



**Tagungsband. 10. Düsseldorfer Vergaberechtstag**  
5. Juni 2009

## Inhaltsverzeichnis

Tagungsprogramm	Seite 3
Eröffnungsstatement Staatssekretär Dr. Jens Baganz	Seite 5
Begrüßungsworte Professor Dr. Martin Burgi	Seite 9
Referat Professor Dr. Martin Burgi Die Zukunft des Vergaberechts	Seite 13
Referat Regierungsdirektor Andreas Machwirth Vergaberecht im Energiesektor: Normative Struktur und Auftraggebereigenschaft	Seite 35
Referat Rechtsanwalt Dr. Carsten Jennert, LL.M. Innerstaatliche und interkommunale Kooperation (ohne Private) im Spiegel des Vergaberechts	Seite 45
Referat Professor Dr. Bernhard W. Wegener Auswirkungen des Umwelt- und Klimaschutzrechts auf die öffentliche Auftragsvergabe	Seite 59
Referat Richter am BGH Uwe Scharen Vertragslaufzeit und Vertragsverlängerung als vergaberechtliche Herausforderung	Seite 81
Teilnehmerliste	Seite 97

## Auswirkungen des Umwelt- und Klimaschutzrechts auf die öffentliche Auftragsvergabe

### A. EINLEITUNG

#### I. Umweltschutz- und Wirtschaftspolitik im Klimawandel

Umweltschutzpolitik und Wirtschaftspolitik gehen derzeit eine bemerkenswerte Symbiose ein. Unter dem Vorzeichen des Klimaschutzes scheinen beide Politikbereiche die Schützengräben zu verlassen, in denen sie sich jahrzehntelange scheinbar unversöhnlich und unbeweglich gegenüberlagern. Der alte Gegensatz, in Anlehnung an das Bild vom Schützengraben ließe sich auch von der Erbfeindschaft sprechen, zwischen Umweltschützern einerseits und Wirtschaftsvertretern andererseits, scheint jedenfalls auf breiteren Frontabschnitten einer eigentümlichen Allianz zu weichen. Weitergehend lässt sich sogar so etwas wie eine neue gegenseitige Abhängigkeit beobachten.

Auf Seiten der Umweltschutzpolitik findet diese Abhängigkeit ihren Ausdruck vor allem in der programmatischen These von der Notwendigkeit des Wirtschaftswachstums als einer Voraussetzung für die nachhaltige Ökologisierung der Marktwirtschaft. Sprachen Umweltschützer lange von den „Grenzen des Wachstums“,<sup>1</sup> so werden Hinweise auf die in der Sache selbstverständlich nach wie vor bestehenden Spannungen zwischen Wirtschaftswachstum und Umwelt- und Klimaschutz heute zumindest von der offiziellen Umweltpolitik als ketzerisch abgekanzelt. An ihre Stelle ist die Rede von den wachstumsfördernden Effekten eines ökologischen Umbaus der Industriegesellschaft und von den durch das Wirtschaftswachstum erst bereitgestellten Mitteln zur Bewerkstelligung dieses Umbaus getreten.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Vgl. insbesondere *Meadows u.a.*, Die Grenzen des Wachstums – Bericht an den Club of Rome, 1972.

<sup>2</sup> Vgl. exemplarisch etwa das SPIEGEL-Interview mit Umweltminister *Gabriel*, DER SPIEGEL 17/2009 v. 20.4.2009, S. 30; selbst ein Wahlplakat der GRÜNEN zum Bundestagswahlkampf 2009 wirbt mit dem über ökologische Investitionen und Innovationen zu erreichenden Wachstum.

Auch die Wirtschaftsseite hat den ökologischen Umbau als Wachstumsmotor und als Instrument zur Erlangung staatlicher Finanzmittel längst entdeckt. Ihren breitenwirksamen Ausgangspunkt nahm diese Entwicklung in der staatlicherseits angeleiteten Subventionierung der Erneuerbaren Energien. Auch außerhalb dieses Sektors hat der zunehmende Gebrauch ökonomischer Instrumente des Umweltschutzes, erinnert sei insoweit nur an die Stichworte Ökosteuer und Emissionshandel, die Wirtschaft zunehmend für die Chancen sensibilisiert, die die staatliche Umweltschutzpolitik generiert. Inzwischen verdanken selbst klassische (und klassisch umweltschädliche) Industriebranchen wie die Automobil- und die Gebrauchsgüterindustrie einen guten Teil ihrer Gewinne einer Umweltschutzpolitik, die die Konsumenten zu einer immer schnelleren und vermeintlich umweltorientierten Neubeschaffung anhält.

Dieser neue ideologisch-programmatische Gleichklang von Umweltschutz- und Wirtschaftspolitik scheint derzeit sogar die globale Finanz- und Wirtschaftskrise zu überdauern. Eindrucksvolles Beispiel dafür sind die im letzten Dezember abgeschlossenen Verhandlungen über das sog. Klimaschutzpaket der Europäischen Union.<sup>3</sup> Ungeachtet der manifesten Wirtschaftskrise überstand das von der EU-Kommission entwickelte Klimaschutzpaket die Verhandlungen im Europäischen Rat fast unbeschädigt. Den Skeptikern war es nicht gelungen, den von hoheitlicher Seite initiierten Klimaschutz als eine Gefahr für das Wirtschaftswachstum zu porträtieren. Im Gegenteil setzte sich auch hier die vor allem von der EU-Kommission propagierte These von den wachstumsfördernden Impulsen der Klimaschutzpolitik durch.

## II. Vom „vergabefremden Zweck“ zum „green procurement“

Der hier beschriebene programmatische Gleichklang von Umweltschutz- und Wirtschaftspolitik hat in den letzten Jahren auch das Vergaberecht erreicht. Dabei war gerade das europäische Vergaberecht ursprünglich ganz unter den Vorzeichen einer neoliberalen Wettbewerbskonzeption angetreten. Es sollte – und soll bis heute – den gemeinschaftsweiten Wettbewerb um die Vergabe öffentlicher Aufträge ermöglichen. Primäres und prinzipiell einziges Kriterium der Vergabeentscheidung sollte dabei der Preis bzw. die Wirtschaftlichkeit des jeweiligen Angebotes sein. Die mit der Vergabe nationalen Zuschnitts traditionell verfolgten politischen Zwecke wurden demgegenüber systematisch zurückgedrängt und für tendenziell illegitim erklärt. Schon begrifflich kam dieses Unwerturteil über die politischen Ge-

<sup>3</sup> Für die wesentlichen Inhalte des Pakets, vgl. [http://ec.europa.eu/commission\\_barroso/president/focus/energy-package-2008/index\\_de.htm#Das%20EU-Klimapaket](http://ec.europa.eu/commission_barroso/president/focus/energy-package-2008/index_de.htm#Das%20EU-Klimapaket).

halte der öffentlichen Auftragsvergabe in der Rede von den „vergabefremden“ Zwecken zum Ausdruck.<sup>4</sup> Regionale, soziale und umweltpolitische Zielsetzungen sollten nach diesem Verständnis mit der Vergabe grundsätzlich nicht mehr oder nur noch unter erheblichen Einschränkungen angestrebt werden können.

Schon früh hat allerdings gerade die Rechtswissenschaft auf die Problematik dieser Begriffsbildung und des mit ihr mitschwingenden Unwerturteils hingewiesen. So hat etwa *Burgi* schon 2001 darauf hingewiesen, dass die Verfolgung nicht allein wirtschaftlicher oder genauer finanzwirtschaftlicher Zwecke in der Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe Tradition habe. Die Mitverfolgung weiterer Zwecke sei überdies grundsätzlich auch demokratisch legitim und entspreche vielfach einer berechtigten Erwartungshaltung der öffentlichen Meinung.<sup>5</sup> In der Literatur wird der Begriff der „vergabefremden“ Zwecke deshalb heute entweder überhaupt nicht mehr oder nur noch in Anführungszeichen und unter deutlichem Hinweis auf seine zu begrenzenden Implikationen gebraucht.<sup>6</sup>

Dennoch ist das Schicksal der verschiedenen politischen Zielsetzungen, die mit der öffentlichen Auftragsvergabe verfolgt werden können, ein durchaus unterschiedliches gewesen. Regionalpolitische Zielsetzungen sind unter dem Binnenmarktparadigma bis heute nahezu durchweg als unzulässig stigmatisiert.<sup>7</sup> Auch sozialpolitischen Zielsetzungen haben der EG-Gesetzgeber und der EuGH, zuletzt etwa in der sog. Ruffert-Entscheidung,<sup>8</sup> vergleichsweise engere Grenzen gezogen.<sup>9</sup>

Demgegenüber hat die umweltschutzpolitisch aufgeladene öffentliche Auftragsvergabe eine bemerkenswerte Karriere gemacht. Aus der Schmutzdecke der „vergabefremden“ Zwecksetzung hat sie es ins Rampenlicht des anerkannten, geförderten und geforderten „green procurement“ geschafft. Als „green procurement“ tönt ihr heute Applaus von (fast) allen Seiten entgegen. Dazu haben der Europäische Gerichtshof ebenso wie der Gemeinschaftsgesetzgeber die Grundlagen gelegt. Ersterer hat schon vergleichsweise früh, insbesondere in den grundlegenden Entscheidungen „Concordia Bus“<sup>10</sup> und „Wienstrom“,<sup>11</sup> eine weitgehende

<sup>4</sup> Vgl. etwa *Fischer*, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, EuZW 2004, 492 ff.

<sup>5</sup> *Burgi*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, 64, 64 f.; vgl. auch *Ziekow*, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, 72 ff.

<sup>6</sup> Vgl. etwa die Darstellung von *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 17, der deshalb statt von „vergabefremden Zwecken“ von „Sekundärzwecken im Vergabeverfahren“ spricht.

<sup>7</sup> Näher dazu u. B.III.4.

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-346/06, Urt. v. 3.4.2008, Rn. 17 ff. (Ruffert); tendenziell anders zuvor BVerfG v. 11.7.2006, 1 BvL 4/00, Rn. 86 ff.

<sup>9</sup> In der Einschätzung wie hier: *Kus*, Losvergabe und Ausfühungskriterien, NZBau 2009, 21 (24).

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-513/99, Urt. v. 17.9.2002 (Concordia).

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-448/01, Urt. v. 4.12.2003 (Wienstrom).

Toleranz gegenüber der Berücksichtigung ökologischer Belange im Vergabeverfahren erkennen lassen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat dann die Reform des europäischen Vergaberechts 2004 dazu genutzt, um diese Berücksichtigungsfähigkeit auch normativ ausdrücklich zu verankern.<sup>12</sup> Der bundesdeutsche Umsetzungsgesetzgeber hat diesen europarechtlichen Trend aufgegriffen, so dass heute von einer weitgehenden Gleichrichtung der europäischen und der nationalen normativen Vorgaben für die ökologisch orientierte Beschaffung gesprochen werden kann.<sup>13</sup> Auch rechtspolitisch werden das Potential und die segensreichen Wirkungen der ökologisch orientierten Beschaffung inzwischen in einer Vielzahl nationaler und europäischer Studien groß geschrieben. Ein<sup>14</sup> Beleg dafür ist etwa die unlängst vom Bundesumweltministerium in Auftrag gegebene McKinsey-Studie über die „Potentiale der öffentlichen Beschaffung für ökologische Industriepolitik und Klimaschutz“.<sup>15</sup> Auch die Kommission veröffentlicht in einer sich beschleunigenden Taktfrequenz Mitteilungen, die dem „green-procurement“ den Weg ebnen sollen.<sup>16</sup> Sie entwickelt spielerisch daher kommende „green-procurement-tool-kits“ die die öffentlichen Auftraggeber in der gesamten Union auf ihre neuen Handlungsoptionen einschwören.<sup>17</sup> Auch im nationalen Kontext sind zahlreiche Handreichungen, Leitfäden, Musterbeispiele und Beratungsangebote für die umweltfreundliche Beschaffung erarbeitet worden, die größtenteils kostenlos zur Verfügung stehen.<sup>18</sup>

### III. Potential und Probleme der ökologischen Vergabe

Die hier beschriebene neue Euphorie für die ökologisch orientierte Vergabe ist aus umweltschützerischer Sicht grundsätzlich zu begrüßen. In der Tat scheinen die

12 Vgl. dazu auch Erwägungsgrund (1), S. 2 der Richtlinie 2004/18/EG. Entsprechende Einschätzung von Beckmann, Die Verfolgung ökologischer Zwecke bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2004, 600 ff; und von Britz, Ökologisierte Auftragsvergabe im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs, in: Schneider (Hrsg.), Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik, 2005, 109, 111, die die stärkere Berücksichtigung des Umweltschutzes in den jüngeren Vergaberechtsrichtlinien der EG für eine Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH ansieht. Eingehend zur Reform unter Umweltgesichtspunkten auch Dageförde/Dross, Reform des europäischen Vergaberechts - Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, NVwZ 2005, 19 ff.

13 In diesem Sinne schon Kühling, Rechtliche Grenzen der »Ökologisierung« des öffentlichen Beschaffungswesens, VerwArch 2004, 337 (354 ff.).

14 Für weitere vgl. etwa das Programmpapier des Rates für nachhaltige Entwicklung, Glaubwürdig – wirtschaftlich – zukunftsfähig: Eine moderne Beschaffungspolitik muss nachhaltig sein, 2008; oder den „Aktionsplan“ des sog. cora-Netzwerks für eine „sozial-ökologische öffentliche Auftragsvergabe in Deutschland“, [www.cora-netz.de](http://www.cora-netz.de). Das Umweltbundesamt hat eine eigene Webseite zur Bündelung der unterschiedlichen Projekte zur Förderung der umweltfreundlichen Beschaffung eingerichtet; vgl. dazu <http://www.umweltbundesamt.de/produkte/beschaffung/>.

15 Mc Kinsey, Potentiale der öffentlichen Beschaffung für ökologische Industriepolitik und Klimaschutz, 2008.

16 Vgl. etwa Mitteilung der Kommission „Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen“, KOM 400 (2008).

17 Vgl. [http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en.htm).

18 Vgl. beispielhaft: <http://www.greenlabelpurchase.net/de.html>.

Potentiale einer am Umweltschutz ausgerichteten Vergabe öffentlicher Aufträge beachtlich. Nach Darstellung der EU-Kommission geben staatliche Stellen in Europa jährlich umgerechnet etwa 16 % des Bruttoinlandsprodukts der EU für die Beschaffung von Gütern, wie Bürogeräte, Bauteile und Transportmittel, und Dienstleistungen, wie Gebäudeinstandhaltung, Transport, Reinigungs- und Cateringdienstleistungen und öffentliche Arbeiten aus. Das öffentliche Beschaffungswesen beeinflusst damit Produktions- und Verbrauchstendenzen. Eine spürbare Nachfrage der Behörden nach „grünere“ Waren soll Märkte für umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen schaffen oder ausbauen und damit die in diesen Bereichen ohnehin hoch entwickelte Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie weiter stärken.<sup>19</sup>

Nach der bereits erwähnten neueren McKinsey-Studie soll das direkt treibhausgasrelevante Volumen der öffentlichen Auftragsvergabe allein in Deutschland bei mehr als 50 Mrd. Euro jährlich liegen. Von den dem öffentlichen Sektor für 2006 zugeschriebenen 42,8 Megatonnen CO<sub>2</sub>e (Kohlendioxidäquivalente) sollen bis 2020 dank technischer Innovationen und des gezielten Einsatzes der ökologischen Beschaffung bis 2020 knapp 30% eingespart werden können. Der überwiegende Teil dieser Einsparungen soll dabei mit Maßnahmen erreicht werden können, die ihrerseits über den Lebenszyklus betrachtet rentabel sind.<sup>20</sup>

Auch wenn das Potential der ökologischen Beschaffung also beachtlich ist, dürfen doch auch ihre Probleme nicht übersehen werden. Vier grundsätzliche Einwände seien hier kurz angesprochen:

Da ist zunächst der innere ökologische Widerspruch der in jeder Beschaffung liegt. Beschaffung impliziert Verbrauch und Verbrauch impliziert Umweltbelastung. Die „grünste“ aller Beschaffungen ist deshalb grundsätzlich die Nichtbeschaffung. Die Nichtbeschaffung bzw. der Nichtkonsum von Gütern ist regelmäßig die für die Umwelt schonendste Option. Diese Erkenntnis wird von einer geradezu verzweifelt nach Wachstum strebenden Wirtschaftspolitik teils ignoriert, teils als ketzerisch bekämpft. Im Gegenteil wird das Label der grünen Beschaffung auch solchen Maßnahmen verliehen, die auf eine Schonung der Umwelt weder abzielen, noch diese bewirken. Das aktuell wohl bekannteste Beispiel solch systematisch irreführenden „green-labelings“ ist die der privaten Beschaffung dienende und offiziell als

19 Vgl. KOM 400 (2008), o. Fn. 16, S. 2.

20 Davon entfielen knapp 32 Mrd. EUR auf Kommunen einschließlich kommunaler Unternehmen der Daseinsvorsorge. Der Bund war mit ca. 13 Mrd. EUR und die Länder waren mit ca. 6 Mrd. EUR an den Beschaffungsausgaben in treibhausgasrelevanten Produktkategorien beteiligt. Der Unterschied zu den vom statistischen Bundesamt geführten Gesamtausgaben des öffentlichen Sektors von ca. 260 Mrd. EUR besteht unter anderem in Sachleistungen der Sozialversicherungen, Rüstungsausgaben, Grunderwerb sowie Erstattungen und Zuschüssen; vgl. McKinsey-Studie, BMU-Zusammenfassung, 2008, S. 3.

„Ökoprämie“ bezeichnete Prämie für den Kauf eines Neuwagens. Die Prämie wird bekanntlich ganz unabhängig von irgendwelchen ökologischen Kosten-/Nutzenrelationen gewährt und dürfte – wenn man die Gesamtbilanzen der betroffenen Fahrzeuge in Rechnung stellt – auch tatsächlich keinen Gewinn für die Umwelt mit sich bringen.<sup>21</sup>

Angesprochen ist damit ein bis heute nur höchst unvollständig angegangenes Problem „grüner“ Beschaffung: das der fehlenden oder ungenügenden Ökobilanzen. Als Beispiel kann hier ausgerechnet das in der bereits angesprochenen McKinsey-Studie prominent herausgestellte „Leuchtturmprojekt“ der Anschaffung von Hybridbussen im ÖPNV dienen. Bereits bei laienhafter Durchsicht des seinerseits unvollständig wirkenden Papiers müssen an der ökologischen Euphorie, mit der das Projekt beworben wird, gewisse Zweifel angebracht werden. So rechnet die Studie mit Kraftstoffeinsparungen von 30%, die aber selbst von den Herstellern der Busse bislang noch keineswegs als realistisch versprochen werden. Dort ist vielmehr weit vorsichtiger von Einsparungen von bis zu 20-30% die Rede. Scheinbar keine Berücksichtigung findet in der ökologischen Bewertung auch die Frage der ökologischen Kosten der Ausrüstung der Busse mit den für den Fahrbetrieb notwendigen Batterien. Herstellung, nach gewisser Zeit notwendiger Ersatz und Entsorgung der verbrauchten Batterien, deren Gewicht pro Bus auch im günstigsten Fall über 300 Kilo liegt, belasten ihrerseits die Umwelt, ohne dass diese Kosten bislang in die Ökobilanz eingestellt worden wären.<sup>22</sup> Das Beispiel belegt, dass „grüne“ Beschaffung ohne eine umfassende und sorgsame Ökobilanz nicht zu haben ist. Theorie und Praxis der Ökobilanzierung sind zwar in den vergangenen Jahren ein gutes Stück vorangekommen. Ein vollständiges Bild der Umweltauswirkungen einzelner Beschaffungsentscheidungen vermögen sie aber immer noch nicht durchweg zu vermitteln.

Selbst dort, wo die „grüne Beschaffung“ aber tatsächlich dazu dient, die öffentliche Hand mit „grünen“ Produkten und Dienstleistungen zu versorgen, muss der grüne Mehrwert stets kritisch hinterfragt werden. Denn dieser Mehrwert ist nur ein relativer: „Grüne“ Produkte und Dienstleistungen sind nur vergleichsweise weniger umweltschädlich als andere, umweltbelastend sind auch sie. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf neuere Forschungen zum sog. „Rebound“-Effekt. Danach steht die Einführung neuer und sparsamerer Technologien nicht selten am Anfang eines mit ihr einhergehenden sprunghaften Anstiegs des abso-

21 Vgl. dazu Brake, Ökobilanz der Abwrackprämie ist negativ, Telepolis v. 10.3.2009, <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/29/29881/1.html>.

22 Vgl. zu alldem Mc Kinsey, o. Fn. 15, 2008, S. 54; aus der Sicht der zur Beschaffung der Fahrzeuge angehaltenen Kommunen ergeben sich darüber hinaus noch weitere (nicht ökologische) Kosten etwa aus der aufwändigeren Wartung der neuen Fahrzeuge und aus dem Parallelbetrieb unterschiedlicher Systeme.

luten Energieverbrauchs. Die Glühlampe, deren Verkauf die EU-Kommission von September diesen Jahres wegen ihrer vergleichsweise schlechten Lichtausbeute sukzessive unterbindet, galt bei ihrer Einführung als die Energiesparlampe der Zukunft. Sie brauchte – ebenso wie die heute beworbenen Energiesparlampen – bei gleicher Leuchtstärke vier Mal weniger Energie als die Kohlenstofflampe, die sie ersetzte. Der für Beleuchtung notwendige Energieverbrauch stieg in der Folge dennoch schnell auf das Zwanzigfache, weil erst die Glühlampe neue Möglichkeiten flächendeckender Beleuchtung mit sich brachte. Der heutige Umstieg auf die Energiesparlampen- und LED-Technik dürfte von ähnlichen Effekten begleitet sein.<sup>23</sup>

Schließlich sei noch der Zusammenhang zwischen der „grünen“ Beschaffung und der dem Verursacherprinzip entsprechenden Internalisierung externer Umweltkosten angesprochen. Gegenüber letzterer ist die „grüne“ Beschaffung nur eine Hilfskonstruktion. Würden die Preise die ökologischen Kosten wenigstens annähernd realistisch widerspiegeln, könnte ein allein am Preis orientiertes Vergabeverfahren stattfinden und auf den Einsatz vergabefremder Kriterien bei der Auftragsvergabe verzichtet werden.<sup>24</sup> Zugleich würde eine solche Internalisierung externer Kosten Preissignale aussenden, die nicht allein den öffentlichen Sektor, sondern die Gesamtwirtschaft beeinflussten. Weil eine umfassende Internalisierung externer Kosten allerdings auch in Zukunft kaum gelingen dürfte, ergibt sich aus dieser Überlegung allenfalls ein relativer Einwand gegen die „grüne“ Beschaffung. Sie dürfte auf absehbare Zeit ein praktikabler und notwendiger Teil des Instrumentenmixes sein, dessen der ökologische Umbau der Industriegesellschaft bedarf.

## B. RECHTSFRAGEN DER ÖKOLOGISCHEN VERGABE

Nach diesen langen einführenden Bemerkungen sind die nachfolgenden Überlegungen den eigentlichen Rechtsfragen der ökologischen Vergabe gewidmet.

### I. Grundentscheidung für die ökologische Vergabe

Hier ist zunächst auf die rechtliche Grundentscheidung für die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Umweltaspekten im Vergabeverfahren hinzuweisen. Es war nach den erwähnten Grundentscheidungen des EuGH die europäische Vergaberechtsreform von 2004, die hier die grundsätzliche Klarstellung brachte. Die Einzelheiten waren dabei allerdings zwischen Parlament einerseits und Rat und

23 Eingehend zu diesem Beispiel und zum „Rebound“-Effekt: Hänggi, Wir Schwätzer im Treibhaus. Warum die Klimapolitik versagt, 2008.

24 In diesem Sinne auch Kühling, (o. Fn. 13) VerwArch 2004, 337, 358; Britz, (o. Fn. 12) 2005, S. 109, 111.

Kommission andererseits umstritten. Während das Parlament auf eine möglichst weitgehende Berücksichtigungsfähigkeit von Umweltaspekten drängte, verfolgten Rat und Kommission insoweit einen deutlich restriktiveren und auf die Sicherung des Wettbewerbes zielenden Ansatz. Dieser Interessengegensatz ist an dem Kompromisscharakter der einschlägigen Detailregelungen bis heute abzulesen.

Ein typisches Beispiel sind schon die Erwägungsgründe (5) und (6) der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR),<sup>25</sup> in denen es ausdrücklich heißt: „Nach Art. 6 des Vertrages müssen die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der in Art. 3 des Vertrags genannten Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden. Diese Richtlinie stellt daher klar, wie die öffentlichen Auftraggeber zum Umweltschutz und zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung beitragen können, und garantiert ihnen gleichzeitig, dass sie für ihre Aufträge ein optimales Preis/Leistungsverhältnis erzielen können. Keine Bestimmung dieser Richtlinie sollte dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen entgegenstehen, die zum Schutz (...) insbesondere im Hinblick auf eine nachhaltige Entwicklung notwendig sind, sofern diese Maßnahmen mit dem Vertrag in Einklang stehen“.

Die für die „grüne“ Beschaffung wichtigsten Vorschriften finden sich dann in den Art. 23 VKR über technische Spezifikationen und die Verwendung von Umweltzeichen, sowie in Art. 26 VKR über sog. „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“. Nach dem zugehörigen Erwägungsgrund 33 zählen zu diesen zusätzlichen Bedingungen insbesondere umweltbezogene Aspekte.

## II. Der ökologische Auftragsgegenstand

Die vom neueren europäischen Vergaberecht damit eingeräumte grundsätzliche Freiheit zur Berücksichtigung ökologischer Aspekte im Vergabeverfahren findet ihren Ausdruck zunächst in der insbesondere von der Kommission immer wieder herausgestellten Freiheit der Auftraggeber, den von ihnen zu vergebenden Auftragsgegenstand frei zu bestimmen. Nach Auffassung der Kommission liegt die Bestimmung des Auftragsgegenstandes gänzlich außerhalb des eigentlichen europarechtlich geregelten Vergabeverfahrens. Hier soll den öffentlichen Auftraggebern deshalb grundsätzlich freie Hand gelassen sein, die von ihnen zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen zu bestimmen und dabei ökologische Maß-

<sup>25</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EG 2004, L 134/114.

stäbe anzulegen.<sup>26</sup> Zulässig sind daher etwa Entscheidungen wie die über die Beschaffung von Recyclingpapier oder die Nichtbeschaffung von Tropenholz.

### 1. Willkürgrenzen

Allerdings sind schon an dieser Stelle gewisse äußere, sich aus dem Diskriminierungsverbot des EG-Primärrechts ergebende, Grenzen der Wahl des Auftragsgegenstandes zu beachten. Insbesondere darf die Auftragswahl nicht so getroffen werden, dass sie dem Auftraggeber eine willkürliche Auswahl zwischen den späteren Bietern erlaubt.

### 2. Einengung auf einen einzelnen Bieter/eine einzelne Leistung

Problematisch kann es nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH auch sein, wenn der Auftraggeber sich bereits bei der Wahl des Auftragsgegenstandes (oder durch die Definition von Zuschlagskriterien oder auf andere Weise) auf eine einzige denkbare Leistung, etwa eine einzig erlaubte Ware beschränkt. Auch der exklusive Verweis auf eine (nationale) Norm stellt jedenfalls dann eine grundsätzlich unzulässige Einengung des Auftragsgegenstandes dar, wenn nicht zugleich das Angebot gleichwertiger Produkte oder Leistungen zugelassen wird.<sup>27</sup>

Demgegenüber ist es grundsätzlich unschädlich, wenn sich im Laufe des Vergabeverfahrens die Zahl der möglichen Wettbewerber verringert, die den aufgestellten (Umwelt-)Anforderungen entsprechende Leistungen anbieten können.<sup>28</sup>

## III. Die ökologische Leistung

Wenn der eigentliche Auftragsgegenstand bestimmt ist, muss dessen Erbringung näher spezifiziert werden. Dem dient die Leistungsbeschreibung. Sie muss zugleich sicherstellen, dass alle Anbieter von den gleichen Voraussetzungen ausgehen und die Angebote untereinander vergleichbar sind.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4.7.2001, KOM (2001) 274 endg., S. 8.

<sup>27</sup> EuGH, Rs. 45/87, Urt. v. 22.9.1988, Slg. 1988, I-4929 (Kom/Irland – Dundalk III); vgl. auch EuGH, Rs. C-359/93, Urt. v. 24.1.1995 (Kom/Niederlande – Unix)..

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-513/99, Urt. v. 17.9.2002 (Concordia); der Entscheidung EuGH, Rs. C-27/98, Urt. v. 16.9.1999, Slg. 1999, I-5697, Rn. 33 (Fracasso und Leitschutz), lässt sich allerdings tendenziell die Überzeugung des EuGH entnehmen, dass eine frühe Verengung der Ausschreibung auf nurmehr einen Anbieter eine zu weitgehende Einschränkung des Wettbewerbsgrundsatzes bedeutet; wie hier auch Dross/Dageförde/Acker, Rechtsgutachten Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungsrichtlinien, UBA-Texte 41/08, S. 55 f.

### 1. Produktanforderungen (Verweis auf Umweltzeichen)

Zur Definition der Anforderungen an das zu leistende bedienen sich die öffentlichen Auftraggeber sog. technischer Spezifikationen, deren zulässiger Inhalt in Art. 23 VKR<sup>29</sup> im Einzelnen vorgezeichnet wird.

Die sehr umfangreiche Regelung erlaubt nach einer entsprechenden Intervention des Umweltausschusses des Europäischen Parlaments nunmehr nicht allein den Verweis auf internationale und europäische Normen sowie technische Zulassungen. Vielmehr ist es öffentlichen Auftraggebern auch erlaubt, bei der Beschreibung der zu beschaffenden Ware oder Leistung auf die in internationalen, europäischen, hilfsweise auch in nationalen Umweltzeichen verwendeten Spezifikationen<sup>30</sup> zu verweisen, sofern diese ihrerseits gewissen Qualitäts- und Transparenzkriterien genügen. Bei Waren oder Leistungen, die mit diesen Umweltzeichen versehen sind, können die öffentlichen Auftraggeber vermuten, dass sie den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Spezifikationen genügen: Sie müssen allerdings auch jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen akzeptieren.

Darüber hinaus ist es den öffentlichen Auftraggebern möglich, in den Technischen Spezifikationen auch Anforderungen an die Umweltauswirkungen eines Produkts während seiner gesamten Lebensdauer zu stellen. Die Beurteilung von der „Wiege-bis-zur-Bahre“ kann auch Zeiträume erfassen, die außerhalb der Benutzung durch den Auftraggeber liegen. Zwar sind Regelungen der VKR insoweit nicht ganz eindeutig, weil die vom Parlament zunächst beantragte ausdrückliche Klarstellung „während der gesamten Lebensdauer“ nicht aufgenommen wurde. Schon nach der Rechtsprechung des EuGH,<sup>31</sup> an der sich der Gemeinschaftsgesetzgeber orientiert hat,<sup>32</sup> war und ist es jedoch zulässig, eine spezifisch umweltfreundliche Produktion der zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen zu verlangen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum Gleiches nicht auch für die der Benutzung vor- oder nachgelagerte Einwirkungen des Produktes als solchem gelten soll.

29 Vgl. auch die entsprechenden Regelungen in § 8a VOL/A und § 9 Nr. 8 VOB/A.

30 § 8a Nr. 3 VOL/A sagt ebenso wie Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG ausdrücklich, dass die in Umweltzeichen definierten Spezifikationen verwendet werden dürfen. Der Auftraggeber muss daher die Anforderungen, die das Umweltzeichen aufstellt und die er übernehmen möchte, in der Leistungsbeschreibung selbst benennen. Ein pauschaler Verweis auf die Anforderungen des jeweiligen Umweltzeichens ist nicht ausreichend.

31 Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-448/01, Urt. v. 4.12.2003 (Wienstrom).

32 Vgl. schon o. Fn. 12.

### 2. Anforderungen an den Produktionsprozess

Wie eben gesagt, dürfen grundsätzlich auch Umweltaanforderungen an das Produktionsverfahren gestellt werden. Dies soll allerdings nur dann gelten, wenn diese Anforderungen dazu beitragen, das Produkt selbst zu charakterisieren. Wie großzügig diese Einschränkung verstanden wird, zweigt der einschlägige Musterfall aus der Rechtsprechung des EuGH, in dem es um die (zulässige) Forderung nach der Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energien ging.<sup>33</sup> Anforderungen an das Produktionsverfahren, die sich mit dem Produkt verbinden lassen sind beispielsweise auch die nach der Lieferung von organisch gewachsenen Lebensmitteln oder dem Ausschluss von Tropenholz, das nicht aus nachhaltiger Bewirtschaftung stammt.

Unzulässig sollen demgegenüber Anforderungen an den Produktionsprozess sein, die nicht in Zusammenhang mit dem Produkt stehen. Als solche werden etwa der Verzicht auf die Verwendung von Einweggeschirr in der Werkskantine oder die Verwendung von Recyclingpapier in den Büros des Bieters genannt.<sup>34</sup> Allerdings lassen sich auch solche Forderungen unter Umständen in der Forderung nach der Anwendung von Umweltmanagementsystemen unterbringen.

### 3. Externe Kosten

Wie weit die Anerkennung der ökologischen Vergabe mittlerweile gediehen ist, zeigt sich bei Berücksichtigung sog. externer Kosten der zu beschaffenden Produkte oder Leistungen. Bei der Zuschlagserteilung können die öffentlichen Auftraggeber nach inzwischen herrschender Meinung<sup>35</sup> nämlich nicht nur solche Kosten berücksichtigen, die ihnen selbst während der gesamten Lebensdauer etwa eines zu beschaffenden Fahrzeuges entstehen würden. Als Zuschlagskriterium können vielmehr auch solche Kosten in die Vergabeentscheidung eingestellt werden, die – wie etwa die CO<sub>2</sub>- oder die Schadstoffemissionen des Fahrzeuges<sup>36</sup> – nicht bei den Auftraggebern selbst, sondern bei Dritten oder der Allgemeinheit anfallen. Ab Ende nächsten Jahres verpflichtet die unlängst in Kraft getretene Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge die öffentlichen Auftraggeber sogar zur Berücksichtigung dieser externen Kosten.<sup>37</sup>

33 EuGH, Rs. C-448/01, Urt. v. 4.12.2003 (Wienstrom).

34 Dross/Dageförde/Acker, (o. Fn. 28) UBA-Texte 41/08, S. 53.

35 Dross/Dageförde/Acker, (o. Fn. 28) UBA-Texte 41/08, S. 53 f.

36 So hat nach Presseberichten etwa der Ältestenrat des Bundestages beschlossen, künftig nur noch solche Fahrzeuge als Dienstfahrzeuge für die Abgeordneten des Bundestages zu beschaffen, die weniger als 140g/km CO<sub>2</sub> emittieren, vgl. umwelt aktuell 6/2009, S. 14.

37 Vgl. dazu auch die entsprechende Verpflichtung in Art. 5 der Richtlinie 2009/33/EG v. 23.4.2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABl. 2009, L 120/5.

Die eigentliche Problematik liegt dabei nicht in der grundsätzlichen Berücksichtigungsfähigkeit externer Kosten, sondern in deren angemessener Gewichtung. Externe Kosten etwa des CO<sub>2</sub>-Ausstosses von Fahrzeugen lassen sich nur näherungsweise prognostizieren. Um intransparente und willkürliche Vergabeentscheidungen nach Möglichkeit auszuschließen besteht deshalb die Tendenz zur Schaffung EU-einheitlicher Bewertungsverfahren. Die eben erwähnte Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge sieht deshalb eine eigene, detailliert vorgegebene Methodik zur Bewertung der Umwelteinwirkungen der zu beschaffenden Fahrzeuge vor.<sup>38</sup> Die einschlägigen Vergabeverfahren werden durch diese Detailvorgaben allerdings nicht unbedingt einfacher und weniger bürokratisch.

Wo es an EU-weit harmonisierten methodischen Vorgaben fehlt, muss es grundsätzlich den öffentlichen Auftraggebern überlassen bleiben, über die relative Gewichtung externer Kosten in der Vergabeentscheidung zu entscheiden. Beschränkt wird diese Freiheit allein durch die Gebote der Transparenz und der Willkürfreiheit. Schon dies stellt aber nicht unerhebliche Anforderungen an die ordnungsgemäße Auftragsausschreibung.

#### 4. Die ökologischen Kosten des Transports

Nach wie vor „blinder Fleck“ der Ökologisierung der Auftragsvergabe ist das Verbot der Berücksichtigung der ökologischen Kosten des Transports. Zwar sollten diese Kosten gerade in Relation zu den sonstigen mit der Beschaffung und dem Verbrauch von Waren und Dienstleistungen verbundenen ökologischen Kosten nicht überschätzt werden. Ökobilanzstudien zeigen nämlich für viele Fälle eine relative ökologische Irrelevanz des Transportfaktors. Dennoch gibt es Bereiche, etwa in der Nahrungsmittelbeschaffung (Stichwort: Kantinen- oder Krankenhausverpflegung), in denen eine kleinräumig orientierte Beschaffung signifikante ökologische Vorteile bringen kann.

Trotz dieser Zusammenhänge stehen sowohl das europäische wie das nationale Vergaberecht jedenfalls nach ganz herrschender Meinung einer Berücksichtigung der ökologischen Kosten des Transports auch in diesen Fällen entgegen. Sie soll insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot in § 97 Abs. 2 GWB, § 8 Nr. 1 VOB/A bzw. gegen europäisches Recht (Art. 12, 28, 43, 49 EG) sowie gegen die Verdingungsordnungen verstoßen.<sup>39</sup> In der Tat regeln § 7 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A bzw.

38 Vgl. Art. 6 der Richtlinie 2009/33/EG (o. Fn. 37).

39 Dross/Dageförde/Acker, (o. Fn. 28) UBA-Texte 41/08, S. 56; Müller-Wrede, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes? VergabeR 2005, S. 32 ff.

§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ausdrücklich: „Inländische und ausländische Bewerber sind gleich zu behandeln. Der Wettbewerb darf insbesondere nicht auf Bewerber, die in bestimmten Bezirken ansässig sind, beschränkt werden.“ Auch europarechtlich soll eine Bevorzugung regionaler Bieter einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellen. Dieses verpflichtet den Auftraggeber zur Gleichbehandlung der Teilnehmer des Vergabeverfahrens. Die Vergabestelle darf deshalb Angebote ausländischer Unternehmen nicht anders behandeln als die Angebote deutscher Bieter. Darüber hinaus soll sie den Wettbewerb auch nicht regional oder lokal beschränken dürfen. Der so verstandene Grundsatz der Gleichbehandlung soll zu den Grundprinzipien des nationalen und europäischen Vergaberechts gehören. Seine Anwendung ist nicht beschränkt auf eine Vergabe oberhalb der Schwellenwerte und bezieht sich auf alle Phasen des Vergabeverfahrens. Eine Diskriminierung soll danach nicht nur gegeben sein, wenn regionale Produkte (oder Bau- oder Dienstleistungen) beschafft werden. Eine – dann mittelbare – Diskriminierung soll auch dann vorliegen, wenn beispielsweise in der Ausschreibung vorgegeben wird, dass Bieter mit kurzen Transportwegen bevorzugt werden. Eine nur scheinbar tolerantere Haltung hat die Kommission hinsichtlich möglicher Einschränkungen bei der Wahl des für die Ware oder Dienstleistung genutzten Transportmittels erkennen lassen.<sup>40</sup> Zwar sollen entsprechende Beschränkungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Sie sollen aber keine Diskriminierung zwischen verschiedenen Anbietern bewirken dürfen.<sup>41</sup> Eine solche soll jedenfalls dann vorliegen, wenn einer der potentiellen Anbieter seine Leistung ohne die Nutzung des ausgeschlossenen Transportmittels (etwa des Flugzeugs) nicht erbringen kann.<sup>42</sup>

Im Hintergrund all dieser Restriktionen steht die für die europäische Integration insgesamt grundlegende Binnenmarktidee. Die Entgrenzung des europäischen Raumes ist eines der Leitmotive der EG. Groß ist deshalb die Sorge, dass durch eine ökologisch angeleitete Re-Regionalisierung der Märkte die mit der Schaffung des Binnenmarktes erreichten ökonomischen Vorteile wieder verspielt werden könnten. Diese Sorge erscheint umso berechtigter, als es – gerade im Lebensmit-

40 Für unproblematisch zulässig erachtet aber etwa Krohn, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, S. 102 eine Transportmittelbestimmung durch den Auftraggeber.

41 Europäische Kommission, Interpretierende Mitteilung über auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 4.7.2001, KOM (2001) 274 end. ABl. EG 2001 Nr. C 333/12, S. 25: „Hinsichtlich der Frage, ob eine bestimmte umweltfreundliche Transportart für die Auslieferung von Waren gefordert werden darf, ist zu sagen, dass eine solche Forderung so formuliert sein sollte, dass sie für die Leistung oder Ausführung des Auftrages von Belang ist, und dass sie den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts entsprechen sollte. Ein Auftraggeber kann mithin eine bestimmte Form des Transportes für die zu liefernden Waren vorschreiben, wenn dies bei dem betreffenden Auftrag nicht zu einer Diskriminierung führt.“

42 Dross/Dageförde/Acker, (o. Fn. 28) UBA-Texte 41/08, S. 66.

telsektor – bereits in der Vergangenheit nationale Versuche zu einer gewissermaßen „subkutanen“ Renationalisierung oder Re-Regionalisierung der Märkte gegeben hat. Erinnerung sei insoweit an die erst durch den EuGH gestoppten Werbekampagnen „Buy Irish“<sup>43</sup> und „Markenqualität aus deutschen Landen“<sup>44</sup>.

Unter ökologischen Vorzeichen darf die Entgrenzung des Binnenmarktes dennoch kein unhinterfragtes Dogma bleiben. Die gerade im Bereich der Nahrungsmittelproduktion und Nahrungsmittelbereitstellung zu beobachtenden Transportexzesse<sup>45</sup> bedürfen sicherlich einer ökologisch angeleiteten Korrektur. Zwar darf dabei der durch das Vergaberecht zu leistende Beitrag nicht überschätzt werden. Es ist in erster Linie Aufgabe der Steuer-, Abgaben- und Verkehrspolitik, hier entsprechend dem Verursacherprinzip die ökologisch richtigen Preissignale zu setzen. Diese einschränkende Beobachtung gilt jedoch auch für andere Felder der Umweltpolitik.<sup>46</sup> Wie auf diesen Feldern, so muss es dem Vergaberecht auch hinsichtlich der Berücksichtigung der Transportwege erlaubt sein, ergänzende Steuerungssignale für eine ökologisch orientierte Produktion von Waren und Dienstleistungen zu setzen. Dies gilt gerade dann, wenn dem „green procurement“ die Vorreiterfunktion zuwachsen soll, die ihm in den programmatischen Studien von EU-Kommission und Bundesregierung gleichermaßen zugeschrieben wird.

Um den gerade bei der Berücksichtigung der Transportwege drohenden Missbrauchsgefahren wirksam zu begegnen, könnte die EU-Kommission Hinweise für die entsprechende Ausgestaltung von Leistungsanforderungen und von Zuschlagskriterien im Vergabeverfahren entwickeln. Dabei könnten insbesondere die relative Gewichtung kurzer Transportwege, und der Ausschluss pauschaler Regional- oder Nationalgrenzziehungen vorbestimmt werden. Eine transparente, rationale und diskriminierungsfreie Berücksichtigung der ökologischen Folgen des Transports im Vergabeverfahren erscheint nach diesen Maßgaben jedenfalls machbar. Sie würde zudem die vielfältigen Ausweich- und Umgehungsstrategien überflüssig machen, mit denen öffentliche Auftraggeber sich derzeit behelfen, wenn sie die ökologischen Vorteile einer regionalen Lebensmittelproduktion durch ihre Vergabeentscheidung nutzen wollen.<sup>47</sup>

43 EuGH, Rs. 249/81, Urt. v. 24.11.1982 (Kom/Irland – Buy Irish).

44 EuGH, Rs. C-325/00, Urt. v. 5.11.2002 (Kom/Deutschland – CMA).

45 So werden etwa Nordseekrabben zum Pulen nach Marokko verfrachtet um anschließend wieder in Deutschland vermarktet zu werden, vgl. den entsprechenden WDR-Bericht unter <http://www.wdr.de/radio/wdr2/weltzeit/459900.phtml>.

46 Vgl. dazu schon o. bei Fn. 24.

47 Ökologisch orientierte Verwaltungen arbeiten derzeit etwa mit Anforderungen wie der Verwendung saisonaler Lebensmittel oder deren Produktion außerhalb von Gewächshäusern, vgl. dazu Dross/Dageförde/Acker, (o. Fn. 28) UBA-Texte 41/08, S. 57.

## 5. Ausführungsanforderungen

Umweltaspekte können auch bei der Ausführung von Verträgen, die die öffentliche Hand abschließt, eine Rolle spielen. Dazu gehören Anforderungen an die Lieferung von Waren und ihre Verpackung, z. B. die Rücknahme und das Recycling von Verpackungsmaterial oder anderen Abfällen. Im Bereich der Bau- oder Dienstleistungen kommen Anforderungen an die Art der Leistungserbringung wie etwa die Dosierung von Putzmitteln bei der Reinigung öffentlicher Gebäude, die Verwendung wiederverwendbarer Behälter für den Transport oder auch die Schulung der Mitarbeiter des Auftragsnehmers über Umweltaspekte in Betracht.<sup>48</sup>

Die Zulässigkeit von Auftragsausführungsklauseln ist in Art. 26 VKR geregelt. Er lautet: „Die öffentlichen Auftraggeber können 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.“

Die Bestimmung des Art. 26 VKR ist unterdessen durch die Neuregelung des 97 Abs. 4 S. 2 GWB in deutsches Recht umgesetzt worden. Danach können „Für die Auftragsausführung [...] zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“<sup>49</sup> Die Neuregelung ermöglicht insbesondere die Einführung umweltbezogener Aspekte in das Vergabeverfahren auch ohne die bisher dafür erforderliche ausdrückliche und spezifische gesetzliche Grundlage. In der Literatur wird deshalb schon befürchtet, dass mit ihr die „flächendeckende Einführung von vergabefremden Zwecken [...] denkbar“ er-scheine.<sup>50</sup> Zumindest für den Bereich der ökologischen Vergabe ist die Neuregelung insoweit allerdings nur Ausdruck eines ohnehin zu beobachtenden Trends.

Problematisch ist dagegen die dogmatische Einordnung der zusätzlichen Ausführungsbedingungen und die sich daran anknüpfenden Streitfragen. Hier ist nicht der Ort, um dies eingehend zu vertiefen. Erkennbar ist aber das Bemühen des Gemeinschaftsgesetzgebers, die Ausführungsbedingungen entgegen der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH<sup>51</sup> als außerhalb des eigentlichen Vergabeverfahrens

48 Vgl. Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung, Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2005, S. 38 f.

49 Die Neuregelung ist am 24.4.2009 in Kraft getreten, vgl. Bundesgesetzblatt Teil 1, 2009 Nr. 20 v. 23.04.2009.

50 Steiff, Vergabefremde Aspekte – Eine Zwischenbilanz, VergabeR 2009, 290 (301); Kus, (o. Fn. 9) NZBau 2009, 21 (24).

51 Vgl. Dageförde/Dross, (o. Fn. 12) NVwZ 2005, 19 (20 f.).

rens liegend zu definieren. Insbesondere sollen sie keine Rolle bei der Zuschlagserteilung spielen dürfen und deshalb auch nicht den besonderen Anforderungen genügen müssen, die das Gemeinschaftsrecht für Zuschlagskriterien aufstellt. Unklar ist allerdings bis heute, ob die zusätzlichen Ausführungsbedingungen zum Ausschluss von Angeboten führen können.<sup>52</sup>

#### 6. Gewichtung der ökologischen Anforderungen

Ganz allgemein gilt für die Berücksichtigung von Umwelanforderungen im Vergabeverfahren, dass diese dem Auftraggeber keine unbegrenzte Wahlfreiheit einräumen dürfen. Damit soll verhindert werden, dass sich der Auftraggeber durch die Auswahl von Kriterien die Möglichkeit eröffnet, willkürlich zwischen Bietern entscheiden zu können und damit das Gleichbehandlungsgebot zu verletzen.<sup>53</sup> Des Weiteren dürfen Kriterien nicht so gewählt werden, dass unklar bleibt, nach welchen Maßstäben der Auftraggeber entscheiden will, denn damit würde er gegen das Transparenzgebot verstoßen. Aus diesem Grund fordert § 25a S. 2 VOL/A die Gewichtung der vom Auftraggeber gewählten Kriterien. Die Gewichtung kann nach S. 3 auch durch Angabe einer angemessenen Marge erfolgen und nach S. 4 nur ausnahmsweise „aus nachvollziehbaren Gründen“ unterbleiben. In diesem Fall müssen allerdings die Kriterien in absteigender Reihenfolge genannt werden. Erforderlich ist also vor allem die Nennung und Gewichtung der Umweltaspekte als Zuschlagskriterien.

#### IV. Die „ökologische“ Auswahl der Bieter

Eine begrenzte Rolle können Umweltkriterien auch hinsichtlich einer „ökologischen“ Auswahl der Bieter spielen.

##### 1. Umweltmanagementsysteme

Dies betrifft zunächst die technische Leistungsfähigkeit der Bieter. Besonders umstritten war und ist dabei die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit der Einführung von Umweltmanagementsystemen in Unternehmen.<sup>54</sup> Dabei kann es sich beispielsweise um den Nachweis der Zertifizierung nach dem europäischen Umweltmanagementsystem EMAS handeln oder um das internationale privatwirtschaftliche System DIN EN ISO 14001. Die neuen Vergaberichtlinien erlauben eine Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen nur in beschränktem Umfang. Art. 48 Abs. 2 lit. f) VKR beschränkt die Möglichkeit des Nachweises der Eignung

52 Vgl. dazu eingehend: *Dross/Dageförde/Acker*, (o. Fn. 28) UBA-Texte 41/08, S. 59 ff.

53 Vgl. dazu schon o. B.II.1.

54 Dazu auch *Steiff*, (o. Fn. 50) VergabeR 2009, 290 (297)

durch ein Umweltmanagementsystem auf Bau- und Dienstleistungsaufträge. Dabei müssen nach Art. 50 VKR/§ 5 Abs. 2 VOL/A die Managementsysteme EMAS und ISO sowie gleichwertige nationale und privatwirtschaftliche Zertifizierungssysteme anerkannt werden.

#### 2. Verstöße gegen Umweltrecht als Ausschlusskriterium

Negativ kann sich die ökologische Auswahl der Bieter auch an deren einschlägiger Zuverlässigkeit orientieren. Insbesondere können Verstöße gegen das Umweltrecht unter bestimmten Voraussetzungen zum Ausschluss von Bietern führen. Auch wenn Art. 45 VKR den Verstoß gegen Umweltvorschriften nicht mehr ausdrücklich erwähnt, enthält Erwägungsgrund 43 in Satz 4 doch eine entsprechende Klarstellung. Danach kann, wenn „das nationale Recht entsprechende Bestimmungen enthält“, „ein Verstoß gegen das Umweltrecht [...], der mit einem rechtskräftigen Urteil oder einem Beschluss gleicher Wirkung geahndet wurde, als Delikt, das die berufliche Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellt, oder als schwere Verfehlung betrachtet werden.“

Da Erwägungsgrund 43 ausdrücklich auch die „schwere Verfehlung“ als Minus zur rechtskräftigen Verurteilung nennt, kann ein Ausschluss vom Vergabeverfahren auch auf einen bestandskräftigen Bußgeldbescheid gestützt werden, der wegen eines Umweldelikts ergangen ist.<sup>55</sup> Nach § 7 Abs. 2 Nr. 5 c) VOL/A können dementsprechend Bieter ausgeschlossen werden, die „nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt.“<sup>56</sup>

#### V. Völkerrechtliche Grenzen der ökologischen Vergabe?

Ein besonderes und im Einzelnen noch nicht vollständig ausgelotetes Problem ist die Frage nach möglichen völkerrechtlichen Grenzen der ökologischen Vergabe. Solche ergeben sich nach ganz herrschender und überzeugender Ansicht nicht aus dem allgemeinen Welthandelsrecht. Dieses stellt die öffentliche Auftragsvergabe vielmehr von der Anwendbarkeit seiner Vorschriften grundsätzlich frei.<sup>57</sup> Zu beachten ist allerdings das im Rahmen der Uruguay-Runde ausgehandelte sog. Government Procurement Agreement (GPA).<sup>58</sup> Zwar ist dieses Unterabkommen erst von einer begrenzten Zahl von WTO-Mitgliedern ratifiziert worden. Zu diesen

55 Ebenso *Dross/Dageförde/Acker*, (o. Fn. 28) UBA-Texte 41/08, S. 45 f.

56 Die Aussage von *Dross/Dageförde/Acker*, (o. Fn. 28) UBA-Texte 41/08, S. 46, wonach die abschließende Aufzählung der zwingenden Ausschlussgründe des § 7a Nr. 2 Abs. 1 lit. a bis g VOL/A, die keinen Verweis auf Umweldelikte enthält, auch eine fakultative Berücksichtigung von Umweldelikten nach § 7 Abs. 2 Nr. 5 c) VOL/A verbietet, ist mir nicht verständlich.

57 *Herrmann/Weiß/Ohler*, *Welthandelsrecht*, 2007, Rn. 1017.

58 Vom 15. April 1994; (ABl. Nr. C 256/1 v. 3.9.1996, englische Fassung; ABl. 1994 L 336/273).

zählen aber die EU und ihre Mitgliedstaaten ebenso wie eine Reihe ihrer wichtigsten Handelspartner.

Das GPA enthält als mittlerweile vergleichsweise ältere Regelung des Vergaberechts keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Zulässigkeit einer an ökologischen Maßstäben orientierten Vergabe. Art. VIII (4b) GPA sieht allein vor, dass der Zuschlag dem Bieter zu erteilen ist, „von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und dessen Angebot [...] entweder das niedrigste oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen als das vorteilhafteste beurteilt wird.“ Nach Art. XIII (4c) GPA muss die Vergabe im Übrigen „in Übereinstimmung mit den in den Vergabeunterlagen angegebenen Kriterien und wesentlichen Anforderungen“ erfolgen.

Aus diesen Formulierungen ist in der älteren Literatur teilweise der Schluss gezogen worden, das GPA erlaube keine Berücksichtigung ökologischer Aspekte bei der Auftragsvergabe.<sup>59</sup> Diese Ansicht wird aber von einer Mehrheit im Schrifttum inzwischen zu Recht zurückgewiesen.<sup>60</sup> Für die Berücksichtigungsfähigkeit ökologischer Kriterien spricht auch die derzeit laufende Novellierung des GPA. Art. X (6) des vorliegenden fertigen Entwurfs für eine Neufassung des GPA (im folgenden GPA-N.F.)<sup>61</sup> erlaubt den Vertragsparteien ausdrücklich, der Ausschreibung öffentlicher Aufträge technische Spezifikationen zugrunde zu legen, „to promote the conservation of natural resources or protect the environment“. Nach Art. X (9) GPA-N.F. ist es darüber hinaus möglich, „environmental characteristics“ als sog. „evaluation criteria“ zur Angebotsbewertung heranzuziehen. Das völkerrechtliche GPA vollzieht damit den im europäischen und nationalen Recht bereits zuvor zu beobachtenden Trend hin zu einer Öffnung der Vergabe gerade für die Berücksichtigung ökologischer Aspekte nach.

### C. AUSBLICK: PFLICHT ZUR ÖKOLOGISCHEN VERGABE?

Welche Entwicklung wird die zukünftige Entwicklung der ökologischen Vergabe nehmen? Vom vergabefremden Zweck haben sich Umweltaspekte zu regelmäßig berücksichtigungsfähigen Kriterien der öffentlichen Auftragsvergabe entwickelt. Auch die nächste Stufe der Entwicklung scheint vorgezeichnet: Sie dürfte geprägt sein von der breitflächigen Entwicklung zwingender Verpflichtungen zur Berücksichtigung von Umweltaspekten in der Vergabe.

59 Vgl. die N. bei Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, 2007, Rn. 1056, Fn. 33.

60 In diesem Sinne auch Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, 2007, Rn. 1056.

61 Vgl. WTO – Committee on Government Procurement: Revision of the Agreement on Government Procurement as at 8 Dec. 2006, GPA/W/297 (06-5935).

Im nationalen Recht sind solche Verpflichtungen bislang nur sehr schwach ausgeprägt. Es herrscht weitgehend ein Prinzip der Freiwilligkeit und Eigeninitiative. Ausnahme war bislang die allgemeine und unspezifische Verpflichtung zur Berücksichtigung ökologischer Aspekte schon bei der Entscheidung über die zu beschaffenden Waren oder Bau- und Dienstleistungen in § 37 Abs. 1 KrW-/AbfG. Danach haben die Behörden des Bundes und die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts bei der Beschaffung „zu prüfen, ob und in welchem Umfang Erzeugnisse eingesetzt werden können, die sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit und Wiederverwendbarkeit oder Verwertbarkeit auszeichnen, im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder zu schadstoffärmeren Abfällen führen oder aus Abfällen zur Verwertung hergestellt worden sind.“ Auf eine entsprechende Beschaffung soll der Bund nach § 37 Abs. 2 KrW-/AbfG auch bei den Privatunternehmen hinwirken, an denen er beteiligt ist. Selbst hinsichtlich dieser Vorschrift war aber in der Literatur umstritten, ob sich aus ihr eine echte Verpflichtung der Bundesbehörden zur umweltfreundlichen Beschaffung ableiten lasse.<sup>62</sup>

Dagegen unternimmt die EU seit jüngerer Zeit entschiedene Anläufe zu einer neuen Verbindlichkeit der ökologischen Beschaffung. Ein vergleichsweise wenig spektakuläres Beispiel<sup>63</sup> ist die bereits seit Anfang 2008 für die EU-Organe und die zentralen Regierungsbehörden der Mitgliedstaaten sich aus Art. 6 der sog. Energy-Star-VO ergebende Verpflichtung, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Stromsparanforderungen für Bürogeräte aufzustellen, die wenigstens denen der Verordnung entsprechen.<sup>64</sup>

Prototyp einer ganzen Reihe neuartiger gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zur ökologischen Beschaffung dürfte dagegen die bereits erwähnte neue Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge sein.<sup>65</sup> Die in dieser Richtlinie entwickelte Methodik der EU-einheitlichen ökologischen Bewertung von zu beschaffenden Fahrzeugen entspricht dem, was die Kommission in

62 Dafür: Griem, Umsetzung des § 37 KrW/AbfG durch die Bundesbehörden, UBA-Forschungsbericht, Bremen 2000. Dagegen: Dageförde/Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, 2004, S. 234, 236, die § 37 Abs. 1 KrW-/AbfG lediglich als eine Art Rechtfertigungsgrund zugunsten der Vergabestelle einstuft, für den Fall, dass diese sich bei der Vergabeentscheidung für die umweltfreundliche Variante entscheidet.

63 Vgl. außerdem den Überblick über weitere Maßnahmen in der Mitteilung der Kommission über „Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen“, KOM (2008) 400 endg.

64 VO (EG) Nr. 106/2008 v. 15.1.2008 über ein gemeinschaftliches Kennzeichnungsprogramm für Strom sparende Bürogeräte, ABl. 2008, L 39/1; allerdings gilt die Verpflichtung nur „unbeschadet des Gemeinschafts- und einzelstaatlichen Rechts sowie wirtschaftlicher Kriterien“. Die Verpflichtung reicht dennoch deutlich weiter als die in Art. 6 Abs. 3 der Vorgänger-VO (EG) 2422/2001 v. 6.11.2001, ABl. 2001, L 332/1 enthaltene bloße Förderungsverpflichtung. Zur jüngsten Weiterentwicklung der einschlägigen technischen Anforderungen, vgl. umwelt-aktuell 8/2009, S. 13 und www.eu-energystar.org.

65 Vgl. Richtlinie 2009/33/EG (o. Fn. 37).

ihren programmatischen Papieren zum „green public procurement“ unter dem Stichwort der Schaffung einheitlicher GPP-Kriterien für die gesamte Palette potentiell zu beschaffender Waren und Dienstleistungen fordert.<sup>66</sup> Noch ist in der einschlägigen Mitteilung von einem Koordinations- und Konsultationsprozess nach der sog. „Methode der offenen Koordinierung“ die Rede. Es zeichnen sich aber bereits jetzt weitreichende Bestrebungen zu einer rechtsverbindlichen Vereinheitlichung der GPP-Kriterien auf europäischer Ebene ab. Die Kommission schreibt sich selbst dabei eine federführende Rolle zu.

Umgesetzt und ergänzt werden soll dieser Ansatz nach den Vorstellungen der EU-Kommission durch die Bestimmungen der Ökodesign<sup>67</sup> und der Produktkennzeichnungsrichtlinie. Erstere enthält die Ermächtigung für Kommissions-Verordnungen wie die zu dem unlängst erlassenen flächendeckenden Handelsverbot für Glühbirnen. Sie geht damit über die engere Thematik der öffentlichen Beschaffung weit hinaus. Ihr Anwendungsbereich wird gerade derzeit großflächig erweitert.<sup>68</sup> Von spezifischer Bedeutung für die öffentliche Auftragsvergabe ist die parallele Richtlinie über die Produktkennzeichnung. In den zu ihrer Durchführung ergehenden Verordnungen wird die Kommission zukünftig nämlich eine der Kennzeichnungsclassen als Niveau festlegen, bei dessen Unterschreiten öffentliche Auftraggeber keinen Zuschlag erteilen dürfen.<sup>69</sup>

Die sich hier abzeichnende Entwicklung hin zu einer weitflächigen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zur ökologischen Vergabe hat viele Facetten. Zum einen kann mit ihr ein wesentlicher, vielleicht der entscheidende Beitrag zu der von mir bereits oben angemahnten Entwicklung rational belastbarer Kriterien der Ökobilanzierung und der ökologischen Vergabeentscheidung geleistet werden. Zum anderen bedarf der Prozess aber mit Blick auf die sich mit ihm verbindenden bürokratischen Beschränkungen der Freiräume der Vergabe und mit Blick auf die weitere Einengung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten der kritischen Beobachtung. Die Ergebnisse der auf europäischer Ebene unternommenen Bemühungen um eine Ökologisierung der Beschaffung konnten schließlich schon bislang auch in

66 Vordergründig hat die Kommission (lediglich?) zehn Schwerpunktbereiche definiert, für die gemeinsame GPP-Kriterien entwickelt werden sollen. Die Schwerpunkte (Bauwesen, Verpflegungs- und Cateringdienstleistungen, Verkehr und Verkehrsdienstleistungen, Energie, Büromaschinen und Computer, Bekleidung, Papier und Druckereileistungen, Möbel, Reinigungsprodukte und -dienstleistungen, sowie Ausstattung im Gesundheitswesen) decken aber bereits wesentliche Bereiche der öffentlichen Auftragsvergabe ab.

67 Richtlinie 2005/32/EG des Europäischen Parlament und des Rates v. 6.7.2005 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energiebetriebener Produkte, ABl. EG 2005, L 191/29.

68 Die Ökodesign-Richtlinie galt bislang nur für energiebetriebene Produkte. Durch die Neufassung wird der Geltungsbereich der Richtlinie auf alle energieverbrauchsrelevanten Produkte ausgeweitet.

69 Mitteilung der Kommission über den Aktionsplan für Nachhaltigkeit in Produktion und Verbrauch und für eine nachhaltige Industriepolitik, KOM (2008) 397 endg. v. 16.7.2008, Punkt 2.3.

der Sache nicht durchweg überzeugen. Hier ist also ein hohes Maß an Aufmerksamkeit geboten.