

## Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

Privates Baurecht · Recht der Architekten, Ingenieure und Projektsteuerer · Vergabewesen

NZBau 5/2010 · 11. Jahrgang · Seite 273–336

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus D. Kapellmann, Mönchengladbach (Geschäftsführender Herausgeber); Prof. Dr. Meinrad Dreher, Mainz; Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Englert, Schrobenuhausen; Vors. Richter am OLG a. D. Rechtsanwalt Wolfgang Jaeger, Essen; Rechtsanwalt Dr. Nils Kleine-Möller, München; Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg, Berlin; Richter am BGH Dr. Johann Kuffer, Karlsruhe; Vors. Richter am OLG Dr. Jürgen Kühnen, Düsseldorf; Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn; Rechtsanwalt Dr. Klaus Minuth, Frankfurt a. M.; Vors. Richter am OLG a. D. Prof. Dr. Gerd Motzke, München; Richter am OLG Prof. Dr. Frank Peters, Hamburg; Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Prieß, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröder, Frankfurt a. M.

Redaktion: Rechtsanwältin Elisabeth Jackisch, M. A., Rechtsanwältin Kerstin Korn, Frankfurt a. M.

### Aufsätze

Professor Dr. Bernhard W. Wegener, Erlangen

## Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe\*

Die ehemals als gegensätzlich empfundenen Ziele des Umweltschutzes und des europäischen Vergaberechts scheinen derzeit in der Formel vom „green public procurement“ zu verschmelzen. Seit der Vergaberechtsreform erlaubt das EU-Vergaberecht eine weitgehende „Ökologisierung“ der öffentlichen Auftragsvergabe. In jüngeren EU-Rechtsetzungsvorhaben deutet sich eine Entwicklung hin zu einer weitflächigen Verpflichtung zur ökologischen Vergabe an. Die sich daraus ergebenden Herausforderungen für die Vergabepaxis sind nur teilweise rechtlicher, im Übrigen aber sachlicher Natur.

### I. Einleitung

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

Umweltschutzpolitik und Wirtschaftspolitik gehen derzeit eine bemerkenswerte Symbiose ein. Unter dem Vorzeichen des Klimaschutzes lassen sich zwischen beiden neue eigenständige Allianzen und gegenseitige Abhängigkeiten beobachten. Auf Seiten der Umweltschutzpolitik finden diese Abhängigkeiten 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>.

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.

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

Der hier beschriebene programmatische Gleichklang von Umweltschutz- und Wirtschaftspolitik hat in den letzten Jah-

\* Der Autor ist Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. – Der Beitrag gibt den Inhalt eines am 5. 6. 2009 auf dem 10. Düsseldorfer Vergaberechtstag gehaltenen Vortrags wieder.

1 Vgl. insb. *Meadows u. a.*, Die Grenzen des Wachstums – Bericht an den Club of Rome, 1972.

2 Vgl. exemplarisch etwa das Spiegel-Interview mit dem damaligen Bundesumweltminister *Gabriel*, Der Spiegel 17/2009 v. 20. 4. 2009, S. 30.

ren 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 Angebots 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 Gehalte der öffentlichen Auftragsvergabe in der Rede von den „vergabefremden“ Zwecken zum Ausdruck<sup>3</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>4</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>5</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>6</sup>. Auch sozialpolitischen Zielsetzungen haben der EU-Gesetzgeber und der *EuGH*, zuletzt etwa in der so genannten „Rüffert“-Entscheidung<sup>7</sup>, vergleichsweise engere Grenzen gezogen<sup>8</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 hat der *EuGH* ebenso wie der Gemeinschaftsgesetzgeber die Grundlagen gelegt. Ersterer hat schon vergleichsweise früh, insbesondere in den grundlegenden Entscheidungen „Concordia Bus“<sup>9</sup> und „Wienstrom“<sup>10</sup>, eine weitgehende 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>11</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>12</sup>. Auch rechtspolitisch werden das Potenzial und die segensreichen Wirkungen der ökologisch orientierten Beschaffung inzwischen in einer Vielzahl nationaler und europäischer Studien groß geschrieben. Ein<sup>13</sup> Beleg dafür ist etwa die unlängst vom Bundesumweltministerium in Auftrag gegebene *McKinsey*-Studie über die „Potenziale der öffentlichen Beschaffung für ökologische Industriepolitik und Klimaschutz“<sup>14</sup>. Auch die Kommission veröffentlicht in einer

sich beschleunigenden Taktfrequenz Mitteilungen, die dem „greenprocurement“ den Weg ebnen sollen<sup>15</sup>. Sie entwickelt spielerisch daher kommende „green-procurement-tool-kits“ die die öffentlichen Auftraggeber in der gesamten Union auf ihre neuen Handlungsoptionen einchwören<sup>16</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>17</sup>.

### 3. Potenzial und Probleme der ökologischen Vergabe

Die hier beschriebene neue Euphorie für die ökologisch orientierte Vergabe ist aus Sicht des Umweltschutzes grundsätzlich zu begrüßen. In der Tat scheinen die Potenziale 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>18</sup>.

Auch wenn das Potenzial 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

3 Vgl. etwa *Fischer*, *EuZW* 2004, 492.

4 *Burgi*, *NZBau* 2001, 64 (64 f.); vgl. auch *Ziekow*, *NZBau* 2001, 72.

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

6 Näher dazu u. B III 4.

7 *EuGH*, *NZBau* 2008, 332 = *NJW* 2008, 3485 = *EuZW* 2008, 306 – „Rüffert“; tendenziell anders zuvor *B VerfG*, *B VerfGE* 116, 202 (223) = *NZBau* 2007, 53 (56) = *NJW* 2007, 51 = *NZA* 2007, 42.

8 In der Einschätzung wie hier: *Kus*, *NZBau* 2009, 21 (24).

9 *EuGH*, *NZBau* 2002, 618 = *EuZW* 2002, 628 = *NZG* 2002, 1029 – „Concordia Bus“.

10 *EuGH*, *NZBau* 2004, 105 = *NVwZ* 2004, 201 = *EuZW* 2004, 81 – „Wienstrom“.

11 Vgl. dazu auch Erwägungsgrund (1), S. 2 der Richtlinie 2004/18/EG. Entsprechende Einschätzung von *Beckmann*, *NZBau* 2004, 600, und von *Britz*, *Ökologisierte Auftragsvergabe im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs*, in: *Schneider*, *Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik*, 2005, S. 109 (111). Eingehend zur Reform unter Umweltsichtspunkten auch *Dageford/Dross*, *NVwZ* 2005, 19.

12 In diesem Sinne schon *Kühling*, *VerwArch* 2004, 337 (354 ff.).

13 Für weitere vgl. die Webseite des UBA: <http://www.umweltbundesamt.de/produkte/beschaffung/>.

14 *McKinsey*, *Potenziale der öffentlichen Beschaffung für ökologische Industriepolitik und Klimaschutz*, 2008.

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

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

17 Vgl. beispielhaft <http://www.greenlabelsprocurement.net/de.html>.

18 Vgl. KOM 400 (2008) (o. Fußn. 15), S. 2. Für eine Einschätzung des Potenzials der ökologischen Beschaffung in Deutschland vgl. *McKinsey-Studie*, *BMU-Zusammenfassung*, 2008, S. 3.

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“ war die der privaten Beschaffung dienende und offiziell als „Ökoprämie“ bezeichnete Prämie für den Kauf eines Neuwagens. Die Prämie wurde 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 gebracht haben<sup>19</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. Von dieser Seite ist vielmehr weit vorsichtiger von Einsparungen von bis zu 20 bis 30% die Rede. Keine Berücksichtigung findet in der ökologischen Bewertung scheinbar 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>20</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 so genannten „Rebound“-Effekt. Danach steht die Einführung neuer und sparsamerer Technologien nicht selten am Anfang eines mit ihr einhergehenden sprunghaften Anstiegs des absoluten Energieverbrauchs.

Die Glühlampe, deren Verkauf die EU-Kommission seit September 2009 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>21</sup>.

Schließlich sei noch der Zusammenhang zwischen der „grünen“ Beschaffung und der dem Verursacherprinzip entsprechenden Internalisierung externer Umweltkosten angespro-

chen. 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>22</sup>. Zugleich würde eine solche Internalisierung externer Kosten Preissignale ausstrahlen, 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.

## II. Rechtsfragen der ökologischen Vergabe

### 1. Grundentscheidung für die ökologische Vergabe

Hinsichtlich der eigentlichen Rechtsfragen der ökologischen Vergabe 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 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 Wettbewerbs zielenden Ansatz. Dieser Interessengegensatz ist an dem Kompromisscharakter der Detailregelungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)<sup>23</sup> bis heute abzulesen.

### 2. 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 Auftragsgegenstands 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 Maßstäbe anzulegen<sup>24</sup>. Zulässig sind daher etwa Entscheidungen wie die über die Beschaffung von Recyclingpapier oder die Nichtbeschaffung von Tropenholz.

19 Vgl. dazu *Brake*, *Telepolis* v. 10. 3. 2009, <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/29/29881/1.html>.

20 Vgl. zu alldem *McKinsey* (o. Fußn. 14), 2008, S. 54.

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

22 In diesem Sinne auch *Kühling*, *VerwArch* 2004, 337 (358); *Britz* (o. Fußn. 11), 2005, S. 109 (111).

23 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, *ABIEG* 2004 v. 30. 4. 2004, Nr. L 134, S. 114.

24 Vgl. dazu die Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 4. 7. 2001, *KOM* (2001) 274 endg., S. 8.

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

b) *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 Auftragsgegenstands (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 Auftragsgegenstands dar, wenn nicht zugleich das Angebot gleichwertiger Produkte oder Leistungen zugelassen wird<sup>25</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>26</sup>.

### 3. 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.

a) *Produktanforderungen (Verweis auf Umweltzeichen)*. Zur Definition der Anforderungen an das zu leistende bedienen sich die öffentlichen Auftraggeber so genannter technischer Spezifikationen, deren zulässiger Inhalt in Art. 23 VKR<sup>27</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>28</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 Vergabekoordinierungsrichtlinie 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>29</sup>, an der sich der Gemeinschaftsgesetzgeber orientiert hat<sup>30</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 nachgelagerten Einwirkungen des Produkts als solchem gelten soll.

b) *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, zeigt 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>31</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 Ausschuss 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>32</sup>.

c) *Externe Kosten*. Wie weit die Anerkennung der ökologischen Vergabe mittlerweile gediehen ist, zeigt sich bei Berücksichtigung so genannter externer Kosten der zu beschaffenden Produkte oder Leistungen. Bei der Zuschlagserteilung können die öffentlichen Auftraggeber nach inzwischen herrschender Meinung<sup>33</sup> nämlich nicht nur solche Kosten berücksichtigen, die ihnen selbst während der gesamten Lebensdauer etwa eines zu beschaffenden Fahrzeugs 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 Fahrzeugs<sup>34</sup> – nicht bei den Auftraggebern selbst, sondern bei Dritten oder der Allgemeinheit anfallen. Ab Ende 2010 verpflichtet die unlängst in Kraft getretene Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge die öffentlichen Auftraggeber sogar zur Berücksichtigung dieser externen Kosten<sup>35</sup>.

Die eigentliche Problematik liegt dabei nicht in der grundsätzlichen Berücksichtigungsfähigkeit externer Kosten, son-

25 *EuGH*, Urt. v. 22. 9. 1988 – Rs. 45/87, Slg. 1988, I-4929 – „Dundalk III“; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 24. 1. 1995 – Rs. C-359/93, BeckRS 2004, 76720 – „Unix“.

26 Vgl. *EuGH*, NZBau 2002, 618 = *EuZW* 2002, 628 – „Concordia Bus“; der Entscheidung *EuGH*, NZBau 2000, 153 = *EuZW* 2000, 312 RdNr. 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.

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

28 § 8a Nr. 3 VOL/A sagt ebenso wie Art. 23 VI der Richtlinie 2004/18/EG ausdrücklich, dass (nur) 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.

29 Vgl. insb. *EuGH*, NZBau 2004, 105 = *NVwZ* 2004, 201 = *EuZW* 2004, 81 – „Wienstrom“.

30 Vgl. schon o. Fußn. 11.

31 *EuGH*, NZBau 2004, 105 = *NVwZ* 2004, 201 = *EuZW* 2004, 81 – „Wienstrom“.

32 *Dross/Dageförde/Acker* (o. Fußn. 26), UBA-Texte 41/08, S. 53.

33 *Dross/Dageförde/Acker* (o. Fußn. 26), UBA-Texte 41/08, S. 53 f.

34 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 140 g/km CO<sub>2</sub> emittieren, vgl. umwelt aktuell 6/2009, S. 14.

35 Vgl. dazu auch die entspr. Verpflichtung in Art. 5 der Richtlinie 2009/33/EG v. 23. 4. 2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABIEG v. 15. 5. 2009, Nr. L 120, S. 5.

dern 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 Methode zur Bewertung der Umwelteinwirkungen der zu beschaffenden Fahrzeuge vor<sup>36</sup>.

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.

d) *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 II GWB, § 8 Nr. 1 VOB/A bzw. gegen europäisches Recht (Art. 18, 34, 49, 56 AEUV) sowie gegen die Verdingungsordnungen verstoßen<sup>37</sup>. In der Tat regeln § 7 Nr. 1 I VOL/A bzw. § 8 Nr. 1 I 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. Das so verstandene Verbot 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>38</sup>. Zwar sollen entsprechende Beschränkungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Sie sollen aber keine Diskriminierung zwischen verschiedenen Anbietern bewirken dürfen<sup>39</sup>. Eine solche soll jedenfalls dann vorliegen, wenn einer der potenziellen Anbieter seine Leistung ohne die Nutzung des ausgeschlossenen Transportmittels (etwa des Flugzeugs) nicht erbringen kann<sup>40</sup>.

Im Hintergrund all dieser Restriktionen steht die für die europäische Integration insgesamt grundlegende Binnenmarktidée. Die Entgrenzung

des europäischen Raums ist eines der Leitmotive der EU. 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 Lebensmittelsektor – bereits in der Vergangenheit nationale Versuche zu einer gewissermaßen „subkutanen“ Renationalisierung oder Re-Regionalisierung der Märkte gegeben hat. Erinnert sei insoweit an die erst durch den *EuGH* gestoppten Werbekampagnen „Buy Irish“<sup>41</sup> und „Markenqualität aus deutschen Landen“<sup>42</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>43</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>44</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.

e) *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 ihrer Verpackung, zum Beispiel 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 Auftragnehmers über Umweltaspekte in Betracht<sup>45</sup>.

Die Zulässigkeit von Auftragsausführungsklauseln ist in Art. 26 VKR geregelt. Die Bestimmung ist unterdessen durch die Neuregelung des § 97 IV 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>46</sup>. Die Neuregelung ermöglicht insbesondere die Einführung umweltbezogener Aspekte in das Vergabeverfahren auch ohne die bisher

36 Vgl. Art. 6 der Richtlinie 2009/33/EG (o. Fußn. 35).

37 *Dross/Dageförde/Acker* (o. Fußn. 26), UBA-Texte 41/08, S. 56; *Müller-Wrede*, VergabeR 2005, 32.

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

39 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 endg. ABIEG v. 28. 11. 2001, Nr. C 333, S. 12 (25).

40 *Dross/Dageförde/Acker* (o. Fußn. 26), UBA-Texte 41/08, S. 66.

41 *EuGH*, Urt. v. 24. 11. 1982 – Rs. 249/81, BeckRS 2004, 72613 – „Buy Irish“.

42 *EuGH*, BeckRS 2004, 76380 = GRURInt 2002, 1021 – „CMA“.

43 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>.

44 Vgl. dazu schon o. Fußn. 22.

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

46 Die Neuregelung ist am 24. 4. 2009 in Kraft getreten, vgl. BGBl I 2009, 790.

dafür erforderliche ausdrückliche und spezifische gesetzliche Grundlage. In der Literatur wird deshalb schon befürchtet, dass mit ihr die „flächendeckende Einführung von vergabefremden Zwecken (...) denkbar“ erscheine<sup>47</sup>. Zumindest für den Bereich der ökologischen Vergabe ist die Neuregelung insoweit allerdings nur Ausdruck eines ohnehin zu beobachtenden Trends.

Problematisch sind 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>48</sup> als außerhalb des eigentlichen Vergabeverfahrens 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>49</sup>.

f) *Gewichtung der ökologischen Anforderungen.* Ganz allgemein gilt für die Berücksichtigung von Umweltaforderungen 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>50</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 § 25 a S. 2 VOL/A die Gewichtung der vom Auftraggeber gewählten Kriterien. Die Gewichtung kann nach Satz 3 auch durch Angabe einer angemessenen Marge erfolgen und nach Satz 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.

#### 4. 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>51</sup>. Zu beachten ist allerdings das im Rahmen der Uruguay-Runde ausgehandelte so genannte Government Procurement Agreement (GPA)<sup>52</sup>. Zwar ist dieses Unterabkommen erst von einer begrenzten Zahl von WTO-Mitgliedern ratifiziert worden. Zu diesen 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>53</sup>. Diese Ansicht wird aber von einer Mehrheit im Schrifttum inzwischen zu Recht zurückgewiesen<sup>54</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>55</sup> erlaubt den Vertragsparteien ausdrücklich, der Ausschreibung öffentlicher Aufträge technische Spezifikationen zu Grunde 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 so genannte „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.

#### III. 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.

Im nationalen Recht sind solche Verpflichtungen bislang nur sehr schwach ausgeprägt. Es herrscht weitgehend ein Prinzip der Freiwilligkeit und Eigeninitiative<sup>56</sup>. Dagegen unternimmt die EU seit jüngerer Zeit entschiedene Anläufe zu einer neuen Verbindlichkeit der ökologischen Beschaffung. Prototyp einer ganzen Reihe neuartiger gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zur ökologischen Beschaffung dürfte die bereits erwähnte neue Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge sein<sup>57</sup>. Die in dieser Richtlinie entwickelte Methodik der EU-einheitlichen ökologischen Bewertung von zu beschaffenden Fahrzeugen entspricht dem, was die Kommission in ihren programmatischen Papieren zum „green public procurement“ unter dem Stichwort der Schaffung einheitlicher GPP-Kriterien für die

47 Steiff, *VergabeR* 2009, 290 (301); Kus, *NZBau* 2009, 21 (24).

48 Vgl. *Dageförde/Dross*, *NVwZ* 2005, 19 (20 f.).

49 Vgl. dazu eingehend *Dross/Dageförde/Acker* (o. Fußn. 26), *UBA-Texte* 41/08, S. 59 ff.

50 Vgl. dazu schon o. II 2 a.

51 *Herrmann/Weiß/Ohler*, *WelthandelsR*, 2007, Rdnr. 1017.

52 Vom 15. 4. 1994 (*ABIEG* v. 3. 9. 1996, Nr. C 256, S. 1; englische Fassung: *ABIEG* v. 23. 12. 1994, Nr. L 336, S. 273).

53 Vgl. die Nachw. bei *Herrmann/Weiß/Ohler* (o. Fußn. 51), Rdnr. 1056 (Fußn. 33).

54 In diesem Sinne auch *Herrmann/Weiß/Ohler* (o. Fußn. 51), Rdnr. 1056.

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

56 Zu der relativ unbedeutenden Ausnahme des § 37 I KrW-/AbfG vgl. (mit teilw. kontroversen Einschätzungen): *Griem*, Umsetzung des § 37 KrW-/AbfG durch die Bundesbehörden, *UBA-Forschungsbericht*, Bremen 2000; *Dageförde/Reuter*, *Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe*, 2004, S. 234 (236).

57 Vgl. Richtlinie 2009/33/EG (o. Fußn. 35).

gesamte Palette potenziell zu beschaffender Waren und Dienstleistungen fordert. Noch ist in der einschlägigen Mitteilung von einem Koordinations- und Konsultationsprozess nach der so genannten „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>58</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>59</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 Kennzeichnungsklassen als Niveau festlegen, bei dessen

Unterschreiten öffentliche Auftraggeber keinen Zuschlag erteilen dürfen<sup>60</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 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. ■

58 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, ABIEG v. 22. 7. 2005, Nr. L 191, S. 29.

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

60 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.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Christian Braun, Leipzig

## Rückforderungen von europäischen Zuwendungen bei Vergaberechtsverstößen\*

Europa fördert aus politischen Gesichtspunkten eine Vielzahl von Vorhaben in den Mitgliedstaaten. Was geschieht, wenn diese Fördermittel unter Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften verwandt werden? Der vorliegende Beitrag untersucht die Frage, welchen Einfluss europäische Regelungen auf die nationale Rückforderungspraxis haben werden. Insbesondere stellt sich das Problem, ob es durch die europäischen Vorgaben zu vermehrten Rückforderungen kommen und ob die nationale Rückforderungspraxis strenger werden wird.

### I. Einleitung

Der Binnenmarkt ist das Herzstück der heutigen Gemeinschaft. Die EG-Regeln sind auf einen verstärkten Wettbewerb und auf die Wahrung der Dienstleistungsfreiheit innerhalb des europäischen Binnenmarkts ausgerichtet. Mit den nationalen Bestimmungen des Vergaberechts soll den Grundsätzen zur sparsamen Haushaltsführung und Mittelverwendung in besonderem Maße Rechnung getragen werden<sup>1</sup>. Fördermittelnehmer haben diese Regeln anzuwenden und der Fördermittelgeber bleibt im Rahmen einer Nachkontrolle für den regelgerechten und wirtschaftlichen Einsatz der Gelder durch den Fördermittelnehmer verantwortlich. Wenn vom Fördermittelnehmer Vergabevorschriften verletzt werden, kann dies unstreitig zur Rückforderung von Zuwendungen führen. Zur Klärung, welche Verstöße gegen Vergaberegeln welche Rückforderung zur Folge haben, haben Bundesländer teilweise Verwaltungsvorschriften erlassen<sup>2</sup>. Sowohl die Rechtsprechung<sup>3</sup> als auch die Literatur<sup>4</sup> bemühen sich intensiv um eine Erörterung der Frage, nach welchen Kriterien und in welchem Umfang die Rückforderung bei Vergabeverstößen zu erfolgen hat. Eine neue Dimension gewinnt die Diskussion dadurch, dass die Europäische Kommission im November 2007 Leitlinien für die Rückforderungen von Zuwendungen veröffentlicht hat. Diese legen fest,

für welchen Verstoß die Rückforderung welchen Umfang haben sollte<sup>5</sup>. Unmittelbar bindend sind diese Leitlinien zunächst nur für die Kommissionsdienststellen, die die Gelder aus den europäischen Struktur- und Kohäsionsfonds verwalten. Da diese Verwaltung aber teilweise entsprechend dem europarechtlichen Subsidiaritätsprinzip auch durch mitgliedstaatliche Behörden ausgeführt wird und außerdem viele

\* Der Autor ist Partner der Kanzlei Braun & Rieske in Leipzig.

1 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23. 9. 2009 – 7 K 1371/05, BeckRS 2009, 41803.

2 Bauleistungen (VOB/A) und Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL/A), Runderlass des Finanzministeriums v. 18. 12. 2003, NWMBL 2005, 1310; Förderrechtliche Maßnahmen bei Verstößen gegen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A), Rundschreiben des Ministeriums der Finanzen und des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau v. 16. 6. 2003; Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen v. 23. 11. 2006.

3 Vgl. zuletzt VG Düsseldorf, Urt. v. 11. 2. 2009 – 20 K 2335/08, BeckRS 2009, 32988; Urt. v. 1. 4. 2009 – 20 K 443/07, BeckRS 2009, 42434; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23. 9. 2009 – 7 K 1371/05, BeckRS 2009, 41803; VG Meiningen, BeckRS 2009, 31826 = ThürVBl 2009, 191; OVG Münster, BeckRS 2008, 39546 = DVBl 2008, 1450; BeckRS 2007, 24512 = NWVBl 2008, 66; NZBau 2006, 64 = NVwZ-RR 2006, 86; VG Stuttgart, Urt. v. 24. 11. 2009 – 6 K 114/09, BeckRS 2009, 42427.

4 Antweiler, NVwZ 2005, 168; Attendorn, NVwZ 2006, 991; ders., NWVBl 2007, 293; Brunel/Mannes, VergabeR 2006, 864; Dreher, NZBau 2008, 93; Greb, VergabeR 2010, 387; Haak/Hogeweg, Behörden Spiegel 2009, 17; Jennert, KommJur 2006, 286; Jennert/Pauka, KommJur 2009, 321; Kulartz/Schilder, NZBau 2005, 552; Leimbach/Jurczyk, LKV 2001, 450; Martin-Ehlers, NVwZ 2007, 289; Mayen, NZBau 2009, 98; Müller, VergabeR 2006, 592; Schilder, NZBau 2009, 155; Weides, NJW 1981, 841.

5 S. die Leitlinien für die Festsetzung der Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe auf durch die Strukturfonds und den Kohäsionsfonds kofinanzierte Ausgaben anzuwenden sind (v. 29. 11. 2007, im Folgenden: „LF“), NZBau 2010, 297 (in diesem Heft). In den Leitlinien wird statt des Begriffs „Rückforderung“ der Begriff „Finanzkorrektur“ verwendet; in der Abhandlung wird durchgängig das Wort „Rückforderung“ verwendet.