

Felix Steengrafe

Ökologische Aspekte im öffentlich-rechtlichen Beschaffungswesen



Nomos

Schriftenreihe des
ZENTRUMS FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
der Universität Bremen (ZERP)

Band 82

Felix Steengrafe

Ökologische Aspekte im öffentlich-rechtlichen Beschaffungswesen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8385-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2775-4 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Das Promotionskolloquium für die vorliegende Dissertation, die der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen angenommen hat, fand am 13.8.2020 statt.

Für die intensive Betreuung mit umfangreichen Anregungen und die stetige Ermunterung – insbesondere nach den erheblichen rechtlichen Änderungen auf allen untersuchten Rechtsebenen – danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Josef Falke. Mein weiterer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Gerd Winter für das zügige Erstellen des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Claudio Franzius und Herrn Prof. Dr. Jörn Reinhardt für ihre Bereitschaft das Promotionskolloquium flexibel durchzuführen, trotz aller Hindernisse, die die Covid-19-Pandemie mit sich brachte.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Marco Körner für seine zahlreichen wertvollen Anregungen. Meinen Eltern, die mich stets unterstützt und mir diese Arbeit ermöglicht haben. Bei meiner Lebensgefährtin Olga Bauer, die mir die zeitlichen Freiräume geschaffen hat und mit ihren Anregungen zur Seite stand, kann ich mich für ihr Verständnis, Hilfe und Unterstützung nur bedanken.

Bremen im Juni 2021

Felix Rainer Steengrafe

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
B. Öffentliche Beschaffung	23
I. Definition	23
1. Unterschiede zwischen öffentlicher und privatwirtschaftlicher Beschaffung	24
2. Abgrenzung zu Subventionen	31
II. Der Staat als Wirtschaftsakteur	32
1. Das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft	32
a. Der „fürsorgliche Staat“	32
b. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Liberalismus	35
c. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Sozialismus	36
d. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Neoliberalismus	36
e. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Ordoliberalismus	37
f. Gegenwärtiges Verständnis des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft	38
g. Folgen für das öffentlich-rechtliche Beschaffungswesen	45
2. Arten der wirtschaftlichen Betätigung des Staates	46
a. Wirtschaftsaufsicht und Wirtschaftslenkung	47
b. Das Verwaltungsprivatrecht	48
c. Die fiskalische Hilfsverwaltung	49
III. Zwischenfazit	49
C. „Politische Ziele“ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge	51
I. Definitionen	52
1. „Vergabefremde Kriterien“	52
2. „Politische Belange“	55
3. Zwischenfazit	56
4. Ökologische Aspekte als „politische Belange“	56

Inhaltsverzeichnis

II. Gründe für „politische Ziele“	57
III. Mögliche Anknüpfungen für „politische Ziele“	64
1. Festlegung des zu beschaffenden Gutes durch die Vergabestellen	64
2. Technische Spezifikationen / Leistungsbeschreibung	65
3. Bieterauswahl	69
4. Zuschlagskriterien	71
5. Vertrags- oder Auftragsausführungsbedingungen	73
IV. Das Zusammenspiel von Ökologie und Ökonomie	75
1. Definition der Ökologie	75
2. Das Spannungsverhältnis zwischen Ökologie und Ökonomie	76
a. Die Interessen	76
b. “Sustainable Development”	78
c. Die Umweltökonomie als Teilgebiet der Wirtschaftswissenschaft	82
3. Steuerungsmechanismen der ordnungsrechtlichen Instrumentarien	82
4. Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung	83
a. Vorteile und Nachteile der indirekten Verhaltenssteuerung	84
b. Das öffentliche Beschaffungswesen als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung	87
aa. Wirtschaftliche Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens	87
bb. Innovationsanreize	89
cc. Vorbildfunktion des Staates	93
V. Umweltethik	94
1. Anthropozentrismus	96
2. Physiozentrismus	97
3. Bedeutung der Umweltethik	98
VI. Zwischenfazit	100
D. Regelung der öffentlichen Beschaffung im Völkerrecht	101
I. Einleitung	101
II. Das UNCITRAL-Modellgesetz	102
1. Einleitung	102
2. Die grundsätzlichen Ziele von UNCITRAL	104

3. Das allgemeine Instrumentarium von UNCITRAL	107
4. Vorteile einer Harmonisierung und Angleichung von Rechtsnormen	108
a. Verbesserung der rechtlichen Lage	108
b. Ökonomische Aspekte	110
5. Probleme bei der Schaffung eines weltweit gleichen Rechts	112
a. Legitimität	113
b. Erforderlichkeit	121
c. Reduzierung eines Wettbewerbs von Rechtsordnungen	122
d. Verlust von Wertvorstellungen	126
6. Ziele des UNCITRAL-Modellgesetzes	128
a. Präambel des UNCITRAL-Modellgesetzes	129
b. Gründe für die Wahl eines Modellgesetzes	130
7. Der Anwendungsbereich des UNCITRAL-Modellgesetzes	131
8. Anerkennung „politischer Belange“ im UNCITRAL-Modellgesetz	133
9. Bieterauswahl	135
a. Die Bieterauswahl nach dem UNCITRAL-Modellgesetz 1994	136
b. Die Bieterauswahl nach dem UNCITRAL-Modellgesetz 2011	137
10. Zuschlagskriterien	139
a. Zuschlagskriterien nach dem UNCITRAL-Modellgesetz 1994	140
b. Zuschlagskriterien nach dem UNCITRAL-Modellgesetz 2011	140
11. Zwischenergebnis	143
III. Das Agreement on Government Procurement (GPA)	144
1. Einführung	144
2. Sinn und Zweck des GPA	149
a. Funktionen der WTO: Freihandel, Liberalisierung, aber nicht Deregulierung	149
b. Einschränkung des Protektionismus durch das GPA	154
c. Haushaltsentlastung	155
d. Entwicklung der Güter	155
e. Nachhaltige Entwicklung als künftige Option	156
f. Transparenz	157
3. Grundprinzipien des GPA	158
a. Die Inländerbehandlung	158
b. Der Meistbegünstigungsgrundsatz	162

Inhaltsverzeichnis

c. Ausnahmen des Anhang I	163
d. Verbot der Diskriminierung	164
4. Der Anwendungsbereich des GPA	165
a. Persönlicher Anwendungsbereich	165
b. Sachlicher Anwendungsbereich	166
c. Räumlicher Anwendungsbereich	168
d. Das Verhältnis zum GATT und zum GATS	168
5. „Politische Ziele“ außerhalb des Anwendungsbereichs des GPA	171
a. Vereinbarkeit mit den Regelungen zum Anwendungsbereich des GPA	171
b. Ausschlussklauseln zur Verfolgung ökologischer Ziele	174
6. „Politische Belange“ im GPA	174
a. Terminus	175
b. Ökologische Aspekte	176
c. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung	179
d. Vereinbarkeit mit den Regelungen zu den Teilnahmebedingungen	181
e. Vereinbarkeit mit den Verfahren zur Selektion qualifizierter Bieter	182
f. Gestaltung der Anforderungen an Güter und Dienstleistungen, Bekanntgabe der Zuschlagskriterien	184
g. Zuschlagserteilung	186
h. Die Bedeutung von Art. III: 2 GPA 2012	187
i. Das „Purity Principle“ bzw. das fiskalische Reinhaltegebot	192
7. Bedeutung des GPA im Völkerrecht	193
a. Die Stellung der Entwicklungsländer im GPA	193
b. Überführung des GPA in einen multilateralen Rahmen	201
c. Vorbildcharakter des GPA	204
IV. Auswirkungen anderer völkerrechtlicher Verträge und des Gewohnheitsrechts auf das öffentliche Beschaffungswesen	205
1. Völkerrechtliche Verträge	207
a. Auslegung bei Konkurrenz zwischen dem GPA und Umweltabkommen	209
aa. Die Regel „lex posterior derogat priori“ nach Art. 30 Abs. 3 WVRK	210
bb. Die „harmonisierende“ Auslegung nach Art. 31 WVRK	211

cc. Die Regel „lex specialis derogat legi generali“	214
dd. Berücksichtigung umweltvölkerrechtlicher Verträge im GPA	214
b. Das Genfer Übereinkommen über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung	215
c. Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht	217
d. Montrealer Protokoll	218
e. Bericht der Brundtlandt-Kommission	220
f. Aktivitäten der UN Conference on Environment and Development	222
aa. Klimarahmenkonvention	223
bb. Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung in Johannesburg im Jahr 2002	228
cc. Biodiversitätskonvention	230
dd. Agenda 21	234
2. Völkergewohnheitsrecht	236
a. Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbelastungen	237
aa. Grundsatz der absoluten Souveränität	238
bb. Grundsatz der absoluten territorialen Integrität	239
cc. Trail-Smelter-Schiedsspruch	239
dd. Lac Lanoux-Schiedsspruch	240
ee. Zwischenergebnis	241
b. Gebot der Reduzierung bestehender und der Minimierung künftiger Umweltbelastungen	243
c. Vorsorgeprinzip	243
d. Verursacherprinzip	246
e. Bedeutung für das Völkervertragsrecht und das GPA	247
V. Zwischenfazit	248
E. Regelung der öffentlichen Beschaffung im Europarecht	250
I. Einleitung	250
II. Geschichtliche Entwicklung	251
III. Umwelt im Sinne des Europarechts	257
IV. Primärrechtliche Vorgaben für das Vergaberecht	259
1. Art. 37 GRC	259
a. Bindung der EU	260
b. Inhalt	260

Inhaltsverzeichnis

c. Bedeutung des Art. 37 GRC	261
2. Art. 2 EMRK	266
3. Art. 8 EMRK	269
4. Art. 191 AEUV	271
a. Ziele der EU-Umweltpolitik	272
b. Vorsorge und Vorbeugung	279
c. Verursacherprinzip	282
d. Ursprungsprinzip	283
5. Art. 11 AEUV	285
a. Inhalt der Querschnittsklausel	287
b. Wirkung für andere Politikbereiche	288
aa. Klassische Ausrichtung des europäischen Vergaberechts	289
bb. EuGH-Urteil im Fall Concordia Bus Finland	290
cc. EuGH-Urteil im Wienstrom-Fall	295
dd. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH	299
c. Zwischenergebnis	302
6. Beihilferecht	303
7. Art. 28 AEUV	311
a. Anwendbarkeit	312
b. Schutzbereich	312
c. Mengemäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung	313
aa. Regelung des Vergabewesens als Maßnahme gleicher Wirkung	313
bb. Die Keck-Rechtsprechung	315
(i.) Die Regelung des öffentliche Beschaffungswesens als Verkaufsmodalität	315
(ii.) Einordnung als Produkt- oder Verkaufsmodalität	316
d. Beschränkung der Grundfreiheiten durch die Beschaffungsautonomie	318
e. Zwischenergebnis	323
f. Rechtfertigungsgründe bzw. immanente Schranken	323
aa. Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 AEUV	324
(i.) Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen	324
(ii.) Schutz der Gesundheit von Tieren oder Pflanzen	325

bb. Cassis de Dijon-Doktrin – immanente Schranke der Warenverkehrsfreiheit	326
cc. Verhältnismäßigkeit	328
g. Zwischenergebnis	330
8. Art. 56 AEUV	330
9. Zwischenergebnis	331
V. Sekundärrechtliche Vorgaben für die Mitgliedstaaten	332
1. Überblick über die Richtlinien zum Vergaberecht	332
2. Der Anwendungsbereich der Richtlinien	337
3. Beschreibung des Auftragsgegenstandes	340
4. Leistungsbeschreibung	343
a. Umweltkriterien in der Leistungsbeschreibung	345
b. Zwischenfazit	351
5. Varianten	351
6. Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung	353
7. Eignungskriterien	357
a. Ausschlussgründe	358
aa. Zwingende Ausschlussgründe	358
bb. Fakultative Ausschlussgründe	359
cc. Nachweis der Zuverlässigkeit und Befristung des Ausschlusses	360
b. Die technische und berufliche Leistungsfähigkeit	361
8. Zuschlagskriterien	362
9. Beeinflussung durch das Völkerrecht	371
a. Die Regelung des Art. 216 Abs. 2 AEUV	372
b. UNCITRAL-Modellgesetz	373
c. GPA	374
d. Umweltvölkerrecht	381
VI. Zwischenergebnis	383
F. Nationales deutsches Recht	385
I. Einleitung	385
II. Geschichtliche Entwicklung des Vergaberechts innerhalb der BRD	385
III. Völkerrechtliche Vorgaben	390
1. Bindung an völkerrechtliche vergaberechtliche Regelungen	390
2. Bindung an das Umweltvölkerrecht	392
IV. Europarechtliche Vorgaben	394

Inhaltsverzeichnis

V. Verfassungsrechtliche Vorgaben	399
1. Die wirtschaftspolitische Ausrichtung des Grundgesetzes	399
2. Staatsziele	403
a. Art. 109 Abs. 2 GG	404
b. Art. 20a GG	407
3. Die Grundrechte	413
a. Grundrechte und deren Funktion	413
b. Anwendbarkeit der Grundrechte im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe	415
c. Zwischenergebnis	417
d. Relevante Grundrechte	418
aa. Art. 3 Abs. 1 GG	418
(i.) Ungleichbehandlung	419
(ii.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	420
bb. Art. 12 Abs. 1 GG	422
(i.) Schutzbereich	422
(ii.) Eingriff	425
(iii.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	428
cc. Art. 14 Abs. 1 GG	429
dd. Art. 2 Abs. 1 GG	430
VI. Systematik des deutschen Vergaberechts	430
VII. Kartellvergaberecht	436
1. Anwendungsbereich	438
a. Persönlicher Anwendungsbereich nach §§ 98 ff. GWB	438
b. Sachlicher Anwendungsbereich	440
2. Bestimmung des Auftragsgegenstands	443
3. Leistungsbeschreibung	444
4. Eignungskriterien	448
a. Fachkunde	450
b. Leistungsfähigkeit	450
c. Zuverlässigkeit und Gesetzestreue	451
5. Zuschlagkriterien	453
6. § 45 KrWG als ein weiteres Kriterium für die Zuschlagserteilung	457
7. Zusätzliche Anforderungen für die Auftragsausführung	461
8. Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen	464
9. Beschaffung von Straßenfahrzeugen	465

VIII. Haushaltsrechtliche Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe	466
1. Prinzipien des Haushaltsrechts	467
2. Das Bundeshaushaltsrecht	472
3. Einfluss des Europarechts im nationalen Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte	474
4. Begriff des öffentlichen Auftraggebers	474
5. Beschreibung des Auftragsgegenstandes	475
6. Technische Spezifikationen und Gütezeichen	478
7. Eignungsprüfung	478
8. Zuschlagskriterien	480
9. Auftragsausführung	482
G. Zusammenfassung und Ausblick	484
Literaturverzeichnis	487

A. Einleitung

Das Vergaberecht dient nicht mehr nur der Frage, wie eine Ware oder Dienstleistung beschafft werden kann, es regelt nach einer Vielzahl von Novellierungen auch weitergehende Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Dies betont auch die Europäische Kommission in ihrer Leitlinie vom 15.5.2018¹. Die Kommission führt in diesem Zusammenhang aus:

„Public procurement rules are no longer only concerned with “how to buy” – they provide scope for incentives on “what to buy”, without prescribing them. The objective of spending tax-payers’ money well is gaining new dimensions, beyond merely satisfying the primary needs of public entities. With each public purchase, the public opinion is rightly interested to know whether the procured solution is not only formally compliant, but also whether it brings the best added value in terms of quality, cost-efficiency, environmental and social impact and whether it brings opportunities for the suppliers’ market.“²

Die Kommission greift damit eine Entwicklung des Vergaberechts auf. Ökologische Kriterien in Vergabeverfahren waren bereits Gegenstand verschiedenster Rechtsstreitigkeiten, zur Veranschaulichung wird an dieser Stelle auf die prominenten Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Wienstrom*³, *Concordia Bus Finland*⁴ sowie *Max Havelaar*⁵ verwiesen. Die Bedeutung, die diesen Urteilen beigemessen wird, kann der umfangreichen Resonanz innerhalb der Literatur entnommen werden. Trotz der bisherigen Aufarbeitung der Frage der Zulässigkeit von ökologischen Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Wissenschaft und der Rechtsprechung ist diese Frage immer wieder Gegenstand von Diskussionen. Beispielsweise wandte sich die Mittelstands- und Wirtschaftsvereinigung der CDU/CSU (MIT) noch 2015 gegen die Aufnahme „vergabefremder Kriterien“ in das Vergaberecht des Bundes. Als Begründung führte die

1 Europäische Kommission, Commission notice, Guidance on Innovation Procurement, C(2018)3051 final vom 15.5.2018.

2 Ebenda, S. 3.

3 EuGH, Urt. v. 4.12.2003, Rs. C-448/01 – EVN und Wienstrom, Slg. 2003, I-14527.

4 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-513/99 – Concordia Bus Finland, Slg. 2002, I-7251.

5 EuGH, Urt. v. 10.5.2012, Rs. C-368/10 – Kommission / Niederlande, digitale Slg.

A. Einleitung

Vereinigung an, dass über gesetzliche Pflichten hinausgehende Vorgaben die mittelständische Wirtschaft schwächen solle und zu einer weiteren Bürokratisierung sowie einem Missbrauch zur Durchsetzung politischer Zwecke führe.⁶

Zugleich erfuhr der Umweltschutz in den letzten Jahrzehnten eine Zunahme an Bedeutung, der sich auch in der Vielzahl rechtlicher Regelungen sowohl auf völkerrechtlicher, europäischer als auch nationaler Ebene widerspiegelt. Bei der wachsenden Bedeutung und rechtlichen Durchdringung stellt sich die Frage, wie der Schutz der Umwelt (rechtlich) effizient ausgestaltet werden kann. Naheliegend ist zunächst ein ordnungsrechtlicher Ansatz des Umweltrechts, in dem der Umweltschutz durch Verbote erfolgt. Eine rein ordnungsrechtliche Ausgestaltung des Umweltrechts dürfte keine Wirkung außerhalb der räumlichen Grenzen des Regelungsgebers bewirken. Dabei entstehen Umweltschäden häufig durch multikausale Ursachen und wirken sich grenzüberschreitend aus. Eine rein nationalstaatliche Bekämpfung oder Verhinderung von Umweltschäden dürfte dementsprechend nicht erfolgsversprechend sein. Insofern kann der Eindruck eines Steuerungsverlustes der „klassischen“ Nationalstaaten entstehen.

Neben dem Ordnungsrecht können allerdings auch Instrumente der indirekten Verhaltenssteuerung für ökologische Ziele eingesetzt werden. Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe könnte ein solches Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung sein. Die politische und auch die rechtswissenschaftliche Diskussion über die Zulässigkeit von ökologischen Aspekten bei der öffentlichen Auftragsvergabe werden durch die verschiedenen Standpunkte zur Wirtschaftspolitik mitgeprägt. Das Volumen der öffentlichen Aufträge in der Europäischen Union beträgt circa 14 % des Bruttoinlandsprodukts.⁷ Bereits dieses Volumen verdeutlicht die Steuerungsmöglichkeit durch die Vergabe öffentlicher Aufträge. Die Europäische Kommission betonte in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, dass insbesondere bei einer gebotenen spar-

6 Mittelstands- und Wirtschaftsvereinigung der CDU/CSU (MIT), Beschluss des Bundesvorstandes vom 7.9.2015, abrufbar unter: https://www.mit-bund.de/sites/mit/files/dokumente/beschluesse/beschluss_vergabefremde_kriterien.pdf, letzter Abruf: 7.2.2021.

7 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa, KOM(2017) 572 final vom 3.10.2017, S. 2.

samen Verwendung öffentlicher Mittel die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ein „wirksames Instrument zur effizienten, nachhaltigen und strategischen Verwendung öffentlicher Gelder“⁸ darstellen könne. Bereits 2008 strebte die Europäische Kommission die Aufnahme von ökologischen Kriterien in 50 % aller öffentlichen Aufträge innerhalb der EU an.⁹ Dieses Ziel wurde allerdings verfehlt.¹⁰ Das 7. Umweltaktionsprogramm für die Jahre 2014 bis 2020 griff dieses Ziel (erneut) auf.¹¹ Aus dem zuvor angeführtem Zitat der Europäischen Kommission kann bereits die doppelte Bedeutung des Vergaberechts entnommen werden. Einerseits kann durch die Vergabe öffentlicher Aufträge eine Steuerung erreicht werden, andererseits sind öffentliche Gelder sparsam und effizient zu verwenden. Für eine solche sparsame und effiziente Verwendung der öffentlichen Finanzmittel ist ein Wettbewerb unabdingbar. Durch die völkerrechtlichen und europarechtlichen Regelungen sollen die nationalen Beschaffungsmärkte geöffnet und der Wettbewerb gesteigert werden. Ökologische Kriterien könnten in einem Widerspruch zu dem Ziel der Öffnung der Beschaffungsmärkte stehen und zugleich zu höheren Preisen für die zu beschaffende Leistung oder Ware führen. Umweltbelange können sich infolgedessen in einem Spannungsverhältnis zwischen den Zielen des Umweltschutzes und der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel bewegen.

Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung von Umweltbelangen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen wird aufgrund des zuvor aufgezeigten Spannungsverhältnisses kontrovers diskutiert. Insbesondere vor dem Hintergrund erheblicher und zahlreicher Novellierungen stellt sich die Frage der Auswirkungen der geänderten Rechtslage auf die Zulässigkeit von Umweltbelangen. Insbesondere die Novellierung des Government Procurement Agreement als plurilaterales welthandelsrechtliches Abkommens über die öffentliche Auftragsvergabe, des UNCITRAL Model Law on Public Procurement sowie auf europäischer Ebene der Vergaberichtlinien und infolge der Umsetzung dieser

8 Ebenda, S. 3.

9 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen, KOM(2008) 400 endg. vom 16.7.2008, S. 12.

10 Herrmann, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, S. 12.

11 Beschluss Nr. 1386/2013/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20.11.2013 über ein allgemeines Umweltaktionsprogramm der Union für die Zeit bis 2020 „Gut leben innerhalb der Belastbarkeitsgrenzen unseres Planeten“, ABl. L 354 v. 28.12.2013, S. 172 – 200, Ziff. 38.

A. Einleitung

Richtlinien in das Kartellvergaberecht ist für die Frage der rechtlichen Zulässigkeit von ökologischen Kriterien bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags von grundlegender Bedeutung.

Für die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von ökologischen Kriterien in einem Vergabeverfahren wird zunächst die öffentliche Auftragsvergabe definiert und zu der privaten Beschaffung und Subventionen abgegrenzt (B. I.) sowie anschließend das Verhältnis zwischen der Wirtschaft und dem Staat aufgearbeitet (B. II.). Eine Begriffsbestimmung von der ökologischen Kriterien sowie der Gründe und möglicher Anknüpfungspunkte dieser Kriterien im Rahmen eines Vergabeverfahrens erfolgt unter C. I. bis III. Das Verhältnis zwischen Ökologie und Ökonomie ist Gegenstand von C. IV. Ebenfalls unter C. werden Aspekte der Umweltethik für die Berücksichtigung von ökologischen Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe dargestellt.

Die völkerrechtlichen Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe werden unter D. untersucht. Dies umfasst sowohl die Regelungen des UNCITRAL Model Law on Public Procurement (D. II.) als auch des Government Procurement Agreement (D. III.). Im Rahmen des Government Procurement Agreement umfasst diese Untersuchung unter anderem auch die Wirkung von weiteren völkerrechtlichen Verträgen sowie des Völkergewohnheitsrechts auf das plurilaterale Abkommen (D. III. 7. und D. IV.).

Anschließend wird geprüft, ob europarechtliche Vorgaben einer Berücksichtigung ökologischer Aspekte im Vergabeverfahren entgegenstehen (E.). Diese Prüfung umfasst insbesondere neben Art. 37 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 2 und 8 der EMRK auch Art. 191, 11 und 28 AEUV (E. IV.) sowie die Regelungen der Vergaberichtlinien samt des Einflusses des Völkerrechts auf das europäische Vergaberecht (E. V.).

Auf der dritten Ebene wird die Zulässigkeit von Umweltschutzbefehlen im deutschen Vergaberecht dargestellt. Hierfür werden zunächst die Wechselwirkung mit den Vorschriften des Völker- und Europarechts (F. III und IV.) sowie anschließend die Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Staatsziele 109 Abs. 2 GG und Art. 20a GG sowie der Grundrechte Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG, thematisiert (F. V.). Anschließend wird anhand der Vorschriften des Kartellvergaberichts (F. VII.) sowie der haushaltsrechtlichen Vorschriften (F. VIII.) die vergaberechtliche Zulässigkeit von ökologischen Kriterien bewertet.