

TEXTE

136/2024

Teilbericht

Berücksichtigung von Klimaschutz- und Ressourcenschutzaspekten in der umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung

Darstellung der rechtlichen Lage

von:

Andreas Hermann, Friedhelm Keimeyer
Öko-Institut e.V., Darmstadt/Berlin

Herausgeber:

Umweltbundesamt

TEXTE 136/2024

REFOPLAN des Bundesministeriums Umwelt,
Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz

Forschungskennzahl 3721 37 307 0

FB001573

Teilbericht

Berücksichtigung von Klimaschutz- und Ressourcenschutzaspekten in der umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung

Darstellung der rechtlichen Lage

von

Andreas Hermann, Friedhelm Keimeyer
Öko-Institut e.V., Berlin

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Impressum

Herausgeber

Umweltbundesamt

Wörlitzer Platz 1

06844 Dessau-Roßlau

Tel: +49 340-2103-0

Fax: +49 340-2103-2285

buergerservice@uba.de

Internet: www.umweltbundesamt.de

Durchführung der Studie:

Öko-Institut e.V.

Merzhauser Straße 173

79100 Freiburg

Abschlussdatum:

Dezember 2023

Redaktion:

Fachgebiet III 1.3 Ökodesign, Umweltkennzeichnung, Umweltfreundliche Beschaffung

Dr. Kristin Stechemesser

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>

ISSN 1862-4804

Dessau-Roßlau, September 2024

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autorinnen*Autoren.

Kurzbeschreibung: Berücksichtigung von Klimaschutz- und Ressourcenschutzaspekten in der umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung

Dieser Teilbericht zur vergaberechtlichen Berücksichtigung von Klima- und Ressourcenschutzkriterien ist ein Teilergebnis des UBA-Forschungsprojekts „Erarbeitung methodischer Grundlagen und Arbeitshilfen für Klima- und Kreislaufwirtschaftsaspekte in der öffentlichen Beschaffungspraxis“ (FKZ 3721373070). Der Bericht gibt den Bedarfsträgern und Beschaffungsstellen Hinweise zur Umsetzung des speziellen Berücksichtigungsgebots für Klimaschutzaspekte in § 13 Abs. 2 und 3 des Klimaschutzgesetzes (KSG), des CO₂-Schattenpreises in § 13 Abs. 1 KSG sowie der Bevorzugungspflicht in § 45 Abs. 2 Satz 1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG). Die Regelungen enthalten verpflichtende Vorgaben zum Klima- und Ressourcenschutz, welche die Ermessensspielräume der Beschaffungsstellen eingrenzen. Der Bericht enthält eine grundlegende rechtliche Betrachtung und Auslegung beider Gesetze sowie Hinweise und Empfehlungen zu ihrer Operationalisierung entlang der Stufen des Vergabeverfahrens (Bedarfsfeststellung, Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, Leistungsbeschreibung, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und Auftragsausführungsbedingungen). Die Darstellung berücksichtigt die Rechtslage im Ober- und Unterschwellenbereich und geht auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV), die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) sowie die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen“ (AVV Klima) ein.

Abstract: Consideration of climate protection and resource protection aspects in green public procurement

This substudy report on the consideration of climate and resource protection criteria in public procurement law is a partial result of the UBA research project "Development of methodological principles and working aids for climate protection and circular economy aspects in public procurement practice" (FKZ 3721373070). The report provides information for procuring entities and procurement authorities on the implementation of the special requirement to take climate protection aspects into account in Section 13 (2) and (3) of the German Climate Change Act (KSG), the CO₂ shadow price in Section 13 (1) KSG and the preferential treatment obligation in Section 45 (2) sentence 1 of the German Circular Economy Act (KrWG). The regulations contain mandatory requirements for climate and resource protection, which limit the discretionary scope of the procurement agencies. The report contains a basic legal analysis and interpretation of both laws as well as information and recommendations on their operationalization along the stages of the procurement procedure (needs assessment, economic feasibility study, performance specifications, suitability criteria, award criteria and contract performance conditions). The report takes into account the legal situation above and below the EU procurement-thresholds and deals with the German Act against Restraints of Competition (GWB), the German Award Ordinance (VgV), the Below-Threshold Procurement Ordinance (UVgO) and the "General Administrative Regulation on the Procurement of Climate-Friendly Services" (AVV Klima).

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 8 |
| 1 Einleitung..... | 10 |
| 2 Verpflichtende Berücksichtigung des Klimaschutzes | 11 |
| 2.1 Allgemeines Berücksichtigungsgebot des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSG | 12 |
| 2.2 Berücksichtigung des Klimaschutzes in der Beschaffung des Bundes (§ 13 Abs. 2 und 3 KSG)..... | 13 |
| 2.2.1 Anwendungsbereich..... | 13 |
| 2.2.2 Rechtsfolgeseite: Auf welche Weise erfolgt die Berücksichtigung des Klimaschutzes?..... | 14 |
| 2.2.3 Operationalisierung durch die AVV Klima | 15 |
| 2.3 Der CO ₂ -Schattenpreis des § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG | 18 |
| 3 Verpflichtende Berücksichtigung des Ressourcenschutzes..... | 20 |
| 3.1 Bevorzugungspflicht (§ 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG) | 20 |
| 3.2 Begrenzung der Bevorzugungspflicht (§ 45 Abs. 2 Sätze 2 bis 5) | 22 |
| 3.3 Normadressaten der Bevorzugungspflicht (Träger der unmittelbaren bzw. mittelbaren Staatsverwaltung)..... | 24 |
| 4 Freiwillige Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens .. | 26 |
| 5 Berücksichtigung von Klimaschutz- und Ressourcenkriterien in den einzelnen Stufen der Beschaffung | 27 |
| 5.1 Bedarfsfeststellung (gem. § 6 BHO) | 27 |
| 5.1.1 Klimaschutz..... | 28 |
| 5.1.2 Ressourcenschutz | 28 |
| 5.2 Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (gem. § 7 Abs. 2 BHO)..... | 31 |
| 5.2.1 Klimaschutz..... | 32 |
| 5.2.2 Ressourcenschutz | 32 |
| 5.3 Zwischenergebnis..... | 33 |
| 5.4 Leistungsbeschreibung | 33 |
| 5.4.1 Klimaschutz..... | 34 |
| 5.4.2 Ressourcenschutz | 35 |
| 5.4.3 Verwendung von Gütezeichen..... | 36 |
| 5.5 Eignungskriterien und Ausschlussgründe | 37 |
| 5.6 Zuschlagskriterien | 38 |
| 5.6.1 Allgemeine Voraussetzungen für Zuschlagskriterien (inkl. Klima- und Ressourcenschutz)..... | 39 |
| 5.6.2 Klimaschutz..... | 41 |

| | | |
|-------|---|----|
| 5.6.3 | Ressourcenschutz | 42 |
| 5.6.4 | Nachweis durch Gütezeichen | 42 |
| 5.7 | Auftragsausführungsbedingungen..... | 42 |
| 5.7.1 | Klimaschutz..... | 43 |
| 5.7.2 | Ressourcenschutz | 44 |
| 5.7.3 | Nachweis durch Gütezeichen | 45 |
| 6 | Dokumentation des Vergabeverfahrens | 46 |
| 7 | Quellenverzeichnis | 47 |

Abkürzungsverzeichnis

| Abkürzung | Erläuterung |
|-----------|---|
| AA | Auswärtiges Amt |
| ABl. | Amtsblatt |
| AfA | Absetzung für Abnutzung |
| AVV | Allgemeine Verwaltungsvorschrift |
| BEHG | Brennstoffemissionshandelsgesetz |
| BEV | Bundeseisenbahnvermögen |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BHO | Bundeshaushaltsordnung |
| BMF | Bundesministerium der Finanzen |
| BMI | Bundesministerium des Innern und für Heimat |
| BMUV | Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz |
| BMVI | Bundesministerium für Digitales und Verkehr |
| BR-Drs. | Bundesratsdrucksache |
| BT-Drs. | Bundestagsdrucksache |
| BvR | Registerzeichen des Bundesverfassungsgerichts: Verfassungsbeschwerdeverfahren |
| CEN | Comité Européen de Normalisation, dt.: Europäisches Komitee für Normung |
| DLR | Deutsches Zentrum für Luft- und Raumfahrt e.V. |
| EBeV | Emissionsberichterstattungsverordnung |
| EMAS | Eco-Management and Audit Scheme |
| EN | Europäische Norm |
| EnVKV | Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung |
| EPREL | European Product Registry for Energy Labelling |
| ERP | European Recovery Program |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| KrW-/AbfG | Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen |

| Abkürzung | Erläuterung |
|--------------------|--|
| KrWG | Kreislaufwirtschaftsgesetz |
| KSG | Klimaschutzgesetz |
| OLG | Oberlandesgericht |
| PPM | Prozess- und Produktionsmethoden |
| Rn | Randnotiz |
| SaubFahrzeugBeschG | Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge |
| UBA | Umweltbundesamt |
| UVgO | Unterschwelvenvergabeordnung |
| VgV | Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, Vergabeverordnung |
| VOB | Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen |
| VV | Verwaltungsvorschrift |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |

1 Einleitung

Aus Nachhaltigkeitssicht besteht ein hoher Problem- und Zeitdruck, um eine Richtungsänderung hin zu nachhaltigeren Produktions- und Konsummustern zu erreichen. Aufgrund ihrer Marktmacht kann die öffentliche Hand ein hohes Potenzial zur Entlastung der Umwelt entfalten.

Vor diesem Hintergrund wurden in den letzten Jahren die rechtlichen Vorgaben für die nachhaltige Beschaffung weiterentwickelt. Vorliegend sollen zunächst die Regelungen zur **verpflichtenden** Berücksichtigung des Klimaschutzes (Abschnitt 2) sowie des Ressourcenschutzes (Abschnitt 3) im Rahmen der Beschaffung dargestellt werden. Weitere Nachhaltigkeitskriterien können **freiwillig** berücksichtigt werden (Abschnitt 4). Schließlich wird näher darauf eingegangen, auf welchen Stufen des Vergabeverfahrens Klimaschutz- und Ressourcenkriterien einbezogen werden können (Abschnitt 5).

In den bisherigen Rückmeldungen zu den neuen Regelungen für eine verpflichtende Berücksichtigung des Klima- und Ressourcenschutzes ist deutlich geworden, dass in einigen Punkten noch Klärungsbedarf besteht und Folgefragen aufgeworfen werden. Insbesondere fehlt es oft noch an klaren Hinweisen zur Operationalisierung, so dass davon auszugehen ist, dass die neue Rechtslage noch nicht von allen Beschaffungsstellen angemessen umgesetzt wird. Zu einer vergleichbaren Einschätzung gelangt jedenfalls auch der Bundesrechnungshof, welcher im Dezember 2020 der Bundesverwaltung vorhielt, bei fast jeder zweiten finanzwirksamen Entscheidung „*Nachhaltigkeitsaspekte nicht oder nicht angemessen berücksichtigt*“ zu haben.¹

¹ Vgl. Unterrichtung durch den Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2020 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes – Ergänzungsband – BT-Drs. 19/28690, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/286/1928690.pdf> (so am 30.11.2023).

2 Verpflichtende Berücksichtigung des Klimaschutzes

Angesichts der Klimakrise hat der Gesetzgeber seit 2019 weitergehende Regelungen verabschiedet, welche Beschaffungsstellen des Bundes verpflichten, Klimaschutz zu berücksichtigen. 2019 wurde im Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)² ein „Berücksichtigungsgebot“ verankert.³ Das Berücksichtigungsgebot des § 13 KSG erstreckt sich auf zwei Regelungsbereiche:

- ▶ Zum einen enthält es ein „allgemeines Berücksichtigungsgebot“, welches darauf gerichtet ist sicherzustellen, dass der Klimaschutz im Rahmen der nach außen gerichteten Anwendung von Fachgesetzen berücksichtigt wird (§ 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSG).
- ▶ Zum anderen enthält es eine Reihe von Regelungen, die sich auf das Eigenhandeln des Bundes beziehen. Dabei geht es insbesondere um Investitionen und Beschaffungen des Bundes, also um haushaltswirksame Maßnahmen (§ 13 Abs. 2 und 3 KSG, ferner – auf Grund der Novelle 2021 – auch § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG).

Aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutz vom 24. März 2021⁴ wurde das KSG novelliert.⁵ Dabei wurde auch die beschaffungsrelevante Vorschrift des § 13 KSG um einen „CO₂-Schattenpreis“ ergänzt, der unter anderem bei der Beschaffung auf Bundesebene zugrunde zu legen ist (§ 13 Abs. 1 Satz 3 KSG). Die aktuelle Fassung des § 13 KSG hat folgenden Wortlaut:

„§ 13 Berücksichtigungsgebot

(1) Die Träger öffentlicher Aufgaben haben bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck dieses Gesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen. Die Kompetenzen der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände, das Berücksichtigungsgebot innerhalb ihrer jeweiligen Verantwortungsbereiche auszugestalten, bleiben unberührt. Bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung auf Bundesebene ist für die Vermeidung oder Verursachung von Treibhausgasemissionen ein CO₂-Preis, mindestens der nach § 10 Absatz 2 Brennstoff-Emissionshandelsgesetz gültige Mindestpreis oder Festpreis zugrunde zu legen.

(2) Der Bund prüft bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung, wie damit jeweils zum Erreichen der nationalen Klimaschutzziele nach § 3 beigetragen werden kann. Kommen mehrere Realisierungsmöglichkeiten in Frage, dann ist in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Ziel der jeweiligen Maßnahme solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus der Maßnahme zu den geringsten Kosten erreicht werden kann. Mehraufwendungen sollen nicht außer Verhältnis zu ihrem Beitrag zur Treibhausgasemissionsminderung stehen. Soweit vergaberechtliche Bestimmungen anzuwenden sind, sind diese zu beachten.

(3) Bei der Anwendung von Wirtschaftlichkeitskriterien sind bei vergleichenden Betrachtungen die dem Bund entstehenden Kosten und Einsparungen über den jeweiligen gesamten Lebenszyklus der Investition oder Beschaffung zugrunde zu legen.“

² Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

³ Grundsätzlich zum Bundes-Klimaschutzgesetz: Scharlau et al. (2020): NVwZ 2020, 1 ff. sowie Wickel (2021), ZUR 2021, 332 ff.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

⁵ Diese Novelle trat am 31.08.2021 in Kraft.

Im Anschluss hat die Bundesregierung am 15. September 2021 die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima)⁶ verabschiedet, welche die bisherige Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)⁷ ersetzt und zum 1. Januar 2022 in Kraft getreten ist. Die AVV Klima konkretisiert die Regelungen des § 13 KSG. Darüber hinaus enthält sie diverse Vorgaben an die Energieeffizienz von energierelevanten Produkten (§ 4 Abs. 1 AVV Klima) und die Produktkennzeichnung (§ 4 Abs. 2 AVV Klima) sowie konkrete Verbote, welche Produkte nicht beschafft werden dürfen (§ 2 i.V.m. Anlage 1 AVV Klima).

Zudem wurde mit dem Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (SaubFahrzeugBeschG)⁸ eine Regelung speziell für bestimmte Straßenfahrzeuge erlassen, auf die in dieser Ausarbeitung nicht näher eingegangen werden soll. § 1 Abs. 1 Satz 3 AVV Klima stellt insoweit klar, dass das SaubFahrzeugBeschG insoweit als *lex specialis* für den Klimaschutz anzusehen ist und damit kein Platz mehr für eine Anwendung der AVV Klima bleibt.⁹ Es ist allerdings offen, inwieweit dies auch für den Ressourcenschutz gilt, da das SaubFahrzeugBeschG keine entsprechenden Vorgaben enthält.

Mit den Änderungen dieser Gesetze wurden die bislang im Wesentlichen als Kann-Bestimmungen geregelten Vergabevorschriften (vgl. z.B. den Grundsatz des Vergaberechts, umweltbezogene und soziale Aspekte in der öffentlichen Beschaffung zu berücksichtigen)¹⁰ um verpflichtende Vorgaben zum Klimaschutz ergänzt.

2.1 Allgemeines Berücksichtigungsgebot des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSG

Die Grundformel des § 13 Abs. 1 Satz 1 KSG – das allgemeine Berücksichtigungsgebot – hat einen sehr weitreichenden Anwendungsbereich: Dass Gebot erstreckt sich nicht nur auf den Bund mit seinen Einrichtungen, sondern auf die (alle) Träger öffentlicher Aufgaben.¹¹ Der zweite Satz der Vorschrift bringt zum Ausdruck, dass der Bund mit dem Berücksichtigungsgebot die den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden zustehenden eigenen Kompetenzbereich respektiert und ihnen daher selbst die Ausgestaltung überlässt. Wie die Begründung der Vorschrift ausdrücklich erkennen lässt, richtet sich das Gebot jedoch auf die Anwendung und Auslegung von materiellem Bundesrecht, welches in der Regel durch Landesbehörden oder in deren Auftrag durch kommunale Stellen vollzogen wird. Insoweit werden auch die Länder (und deren Kommunen) an das Berücksichtigungsgebot gebunden. Wirkung entfaltet das allgemeine Berücksichtigungsgebot insbesondere dann, wenn bestimmte Entscheidungen vom Vorliegen von „öffentlichen Interessen“ oder „vom Wohl der Allgemeinheit“ abhängig gemacht werden

⁶ Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) vom 15. September 2021 (abrufbar unter: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwwvbund_19102021_IB3.htm);

Verwaltungsvorschrift nebst Begründung: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/A/allgemeine-verwaltungsvorschrift-zur-beschaffung-klimafreundlicher-leistungen-avv-klima.html>.

⁷ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) vom 18. Mai 2020. (BAnz AT 26.05.2020).

⁸ Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1691).

⁹ § 1 Abs. 1 Satz 3 AVV Klima lautet: „Die Verwaltungsvorschrift gilt nicht für die Beschaffung von Straßenfahrzeugen in der Bundesverwaltung, soweit speziellere Regelungen des Gesetzes über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge in der Bundesverwaltung oder einer darauf beruhenden Verwaltungsvorschrift Anwendung finden.“

¹⁰ Siehe hierzu Kap. 4.

¹¹ In der Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drs. 19/14337, S. 36) wird zu § 13 Abs. 1 Satz 1 KSG ausgeführt: „Das Berücksichtigungsgebot gilt für alle „Träger öffentlicher Aufgaben“. Angesprochen sind dadurch Behörden und sonstige öffentliche Aufgabenträger, wie Sozialversicherungen, Bildungseinrichtungen, Unternehmen des öffentlichen Nah- und Fernverkehrs, Krankenhäuser, Pflegeeinrichtungen oder die Kammern bestimmter Berufsgruppen. Auf die Rechtsform oder die Trägerschaft des Staates kommt es dabei nicht an. Auch Unternehmen der öffentlichen Hand in privatrechtlicher Rechtsform (z.B. GmbH) sind erfasst, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die Ausgestaltung des Berücksichtigungsgebots obliegt ihnen als eigene Angelegenheit.“

oder Abwägungs-, Beurteilungs- und Ermessensspielräume vorhanden sind.¹² Diese beabsichtigte Wirkung ist somit von nicht zu unterschätzender Tragweite und Bedeutung für den Erfolg der Klimaschutzpolitik.

Für das Beschaffungsrecht des Bundes spielt diese Regelung jedoch angesichts der spezielleren Regelungen in Absatz 2 und 3 sowie des CO₂-Schattenpreises des Absatz 1 Satz 3 (siehe sogleich) keine Rolle. Es könnte allerdings in Betracht kommen, aus dem allgemeinen Berücksichtigungsgebot des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSG eine solche Pflicht für Beschaffungsvorgänge von Ländern und Kommunen abzuleiten.¹³

2.2 Berücksichtigung des Klimaschutzes in der Beschaffung des Bundes (§ 13 Abs. 2 und 3 KSG)

§ 13 Abs. 2 KSG ist die zentrale Vorschrift für den Umgang mit den Klimaschutzziele bei haushaltswirksamen Entscheidungen **des Bundes**, insbesondere bei Investitionen und Beschaffungen.¹⁴ Es handelt sich insoweit um eine speziellere Norm gegenüber der allgemeinen Berücksichtigungspflicht des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSG, die – im Rahmen ihres Anwendungsbereichs – vorrangig heranzuziehen ist.

2.2.1 Anwendungsbereich

Satz 1 des § 13 Abs. 2 KSG (der den **Anwendungsbereich** und das **Ziel der Prüfung** umreißt) ist klar und eindeutig formuliert, so dass er keine Auslegungsfragen aufwirft. Es geht (nur) um Investitionen und um die Beschaffung des Bundes. Nicht abgedeckt werden durch die bisherige Formulierung hingegen etwa Förderprogramme oder vom Bund durch Haushaltsmittel abgesicherte Kredite Dritter (z.B. sog. Hermes-Sicherheiten). In diesen Fällen besteht **keine Verpflichtung**, die spezielleren Vorgaben des § 13 Abs. 2 und 3 einzuhalten oder den Schattenpreis des Abs. 1 Satz 3 KSG anzuwenden. Es ist den entscheidenden Stellen jedoch unbenommen, die Regelungen dennoch anzuwenden, um damit das allgemeine Berücksichtigungsgebot des § 13 Abs. 1 Satz 1 KSG umzusetzen. Der Begriff der „Beschaffung“ in § 13 Abs. 2 Satz 1 KSG ist nach der Gesetzesbegründung entsprechend der üblichen Vergaberechtspraxis *„als Oberbegriff für den Erhalt von vertraglichen Leistungen (wie den Erwerb von Waren und die Inanspruchnahme von sonstigen Leistungen, insbesondere Dienstleistungen) durch einen Träger öffentlicher Verwaltung“* zu verstehen. Als bedeutendster Unterfall der Beschaffung hebt die Gesetzesbegründung Investitionen hervor. Daneben seien auch andere vertragliche Leistungen, beispielsweise Nutzungsüberlassungen, von dem Begriff umfasst.¹⁵

Die AVV Klima operationalisiert die Vorgaben des § 13 KSG an den Bund. Allerdings hat die AVV Klima¹⁶ einen engeren Anwendungsbereich als das KSG:

1. Die AVV Klima gilt nur für „Dienststellen des Bundes in unmittelbarer Bundesverwaltung“, d.h. nicht für alle dem Bund zuzuordnenden Träger öffentlicher Aufgaben wie in § 13 Abs. 1

¹² Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/14337, S. 36. Näher zum allgemeinen Berücksichtigungsgebot: Guckelberger (2022), KlimR 2022, 294ff.

¹³ In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es insoweit: *„Das Berücksichtigungsgebot konkretisiert die allgemeine Vorbildfunktion der öffentlichen Hand und kommt bei allen ihren Planungen und Entscheidungen zum Tragen, soweit im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben Entscheidungsspielräume bestehen. Das Gebot umfasst sowohl Verwaltungsentscheidungen mit Außenwirkung als auch Entscheidungen ohne Außenwirkung, wie die Verwaltung eigenen Vermögens, Beschaffung oder andere wirtschaftliche Aktivitäten.“* (BT-Drs. 19/14337, S. 36.)

¹⁴ Grundlegend zum Berücksichtigungsgebot bei der Beschaffung: Schink (2021), NuR 2021, 1 (5 ff.).

¹⁵ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/14337, S. 37. Ebenso: Siegel (2022), NZBau 2022, 315 (316); Fellenberg in: Fellenberg/Guckelberger (2022), § 13 KSG, Rn. 43.

¹⁶ Die AVV Klima dient daneben laut ihrer Begründung einer *„enge[n] Abbildung der Vorgaben aus § 13 Absatz 2 KSG“*. Investitionen dürften daher – wie bei § 13 KSG – als Unterfall der Beschaffung auch von der AVV Klima erfasst sein.

Satz 3 sowie Abs. 2 und 3 KSG (wie beispielsweise Sozialversicherungen, Unternehmen der öffentlichen Hand, Kammern, etc.).

2. Die AVV Klima ermöglicht in ihrem Anwendungsbereich diverse Ausnahmen, z.B. durch § 1 Abs. 3 für das BMI, AA, BMVI („können in Ausführungsbestimmungen jeweils für ihren Geschäftsbereich Ausnahmen von dieser Verwaltungsvorschrift erlauben, [...] soweit erforderlich“).

Die gesetzlichen Regelungen des § 13 KSG gelten hingegen umfassend für die Bundesebene. Träger öffentlicher Aufgaben auf Bundesebene müssen deshalb die beschaffungsrechtlichen Vorgaben des § 13 KSG auch dann einhalten, wenn sie nicht von dem Anwendungsbereich der AVV Klima erfasst sind. Hierfür liegt es nahe, die AVV Klima sinngemäß ebenfalls zur Anwendung zu bringen, da davon ausgegangen werden kann, dass damit den Anforderungen des § 13 KSG Genüge getan werden kann. Sofern letzteres nicht präferiert wird, liegt es nahe, eine eigenständige Regelung zu entwickeln, welche die Einhaltung der beschaffungsrelevanten Vorgaben des § 13 KSG sicherstellt.

2.2.2 Rechtsfolgeseite: Auf welche Weise erfolgt die Berücksichtigung des Klimaschutzes?

Fraglich ist, welche konkreten Konsequenzen zur Berücksichtigung des Klimaschutzes innerhalb des Anwendungsbereichs der Vorschrift zu ziehen sind. Hierzu enthält § 13 Abs. 2 KSG in seinem zweiten und dem dritten Satz folgende Aussagen:

„[Satz 2:] Kommen mehrere Realisierungsmöglichkeiten in Frage, dann ist in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Ziel der jeweiligen Maßnahme solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus der Maßnahme zu den geringsten Kosten erreicht werden kann. [Satz 3:] Mehraufwendungen sollen nicht außer Verhältnis zu ihrem Beitrag zur Treibhausgasreduzierung stehen.“

Die Formulierung des zweiten Satzes lässt sich inhaltlich dahin verstehen, dass es mit Blick auf die Emissionsminderung um die möglichst kosteneffizienteste (kostenoptimale) Lösung geht. Hierbei ist auf die gesamten Lebenszykluskosten abzustellen, womit die Formel mit Absatz 3 korrespondiert.

Durch das Abstellen auf den jeweiligen gesamten Lebenszyklus der Investition oder Beschaffung wird erreicht, dass bei vergleichenden Betrachtungen Optionen nicht anhand der kürzesten Amortisationsdauer, der höchsten Renditeerwartung oder des höchsten internen Zinsfußes ausgewählt werden. Für die Abschätzung des Lebenszyklus-Zeitraums stellen allerdings auch die steuerrechtlichen Abschreibungstabellen für die Absetzung für Abnutzung („AfA-Tabellen“)¹⁷ von Anlagegütern keine geeignete Grundlage dar. Denn diese weisen regelmäßig deutlich kürzere Nutzungsdauern aus, als in der Praxis realistischerweise erwartet werden können.

Darüber hinaus enthalten die Formulierungen des Satzes 2 keine klare Aussage darüber, auf welche Weise die Abwägung mit den anderen zu berücksichtigenden Kriterien stattzufinden hat. Der dritte Satz bietet hierfür ebenfalls keine Klärung.

Offen bleibt in den gesetzlichen Formulierungen schließlich die besonders wichtige Frage, auf welcher Stufe der für Beschaffungen typischen Stufen des Vergabeverfahrens der Klimaschutz konkret berücksichtigt werden soll. § 13 KSG trifft insoweit keine Festlegung, ob dies im

¹⁷ Abrufbar beim BMF unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Steuern/Steuerverwaltung-Steuerrecht/Betriebspruefung/AfA_Tabellen/afa_tabellen.html.

Rahmen der Bedarfsermittlung, der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, der Erstellung der Leistungsbeschreibung, der Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder der Auftragsausführung erfolgen soll.

Eindeutig ist nur, dass (1) im Falle der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsbewertungen auf den gesamten Lebenszyklus abzustellen ist und es auch (2) zu einer Berücksichtigung der Kosten der Minderung von Emissionen kommen soll. Schließlich wird deutlich, dass dem Klimaschutz kein absoluter Vorrang¹⁸ eingeräumt wird. Die Regelung ähnelt vielmehr der Bevorzugungspflicht des § 45 KrWG (siehe hierzu Abschnitt 3), für welche anerkannt ist, dass die Regelung als entsprechendes „**Optimierungsgebot**“¹⁹ verstanden werden kann. Optimierungsgebote sollen im Sinne einer „Soll-Vorschrift“ fungieren und dem Belang so weit wie möglich zur Geltung verhelfen.²⁰ Siegel (2022) spricht insoweit auch von einem „bedingten“ Vorrang.²¹

Aber inwiefern, bei welchem Schritt des Entscheidungsprozesses und im welchem Gewichtungsverhältnis zu anderen Kriterien, bleibt in § 13 KSG unbeantwortet (siehe sogleich).

2.2.3 Operationalisierung durch die AVV Klima

Die AVV Klima setzt sich die Aufgabe, insoweit konkreter zu werden: *„Die [in § 13 Absatz 2 KSG] für den, dem Vergabeverfahren vorgelagerten Prozess der Konzeption und Strukturierung geregelte Prüf-, Berücksichtigungs- und Bevorzugungspflicht klimafreundlicher Leistungen wird in der AVV Klima zu einer zentralen Vorgabe für die Bedarfsanalyse und die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung gemacht. Vorgegeben wird, dass die Ergebnisse von Bedarfsanalyse und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung dann entsprechend auch in die Leistungsbeschreibung und damit in das Vergabeverfahren selbst Eingang finden.“*²²

Das Vorgehen hierzu skizziert § 2 Abs. 1 der AVV Klima:

„Prüf- und Berücksichtigungspflichten vor Einleitung des Vergabeverfahrens

(1) An die Feststellung eines Bedarfs gemäß § 6 Bundeshaushaltsordnung (BHO) hat sich die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach § 7 Absatz 2 BHO anzuschließen. In diese sind

- 1. die Energieeffizienz über den gesamten Lebenszyklus der Leistung (Herstellung, Nutzung, Wartung sowie Abholung, Recycling oder Entsorgung nach Beendigung der Nutzung) und dabei insbesondere der Aspekt der energieeffizientesten Systemlösung sowie,*
- 2. soweit mit vertretbarem Aufwand möglich, eine Prognose der verursachten Treibhausgasemissionen während des gesamten Lebenszyklus*

einzu beziehen. Die Prognose der verursachten Treibhausgasemissionen erfolgt in der Regel auf der Grundlage von Hilfestellungen des Umweltbundesamtes. Bei Lieferleistungen ist unbeschadet der Sätze 1 und 2 abzuwägen, ob anstelle des Neukaufs die Reparatur eines vorhandenen Produkts, der Kauf eines gebrauchten Produkts, Miete oder Leasing ein klima-

¹⁸ Siegel (2022), NZBau 2022, 315 (316).

¹⁹ Hierzu ausführlich Siegel (2022), NZBau 2022, 315 (316ff).

²⁰ So Siegel (2022), NZBau 2022, 315 (316ff).

²¹ Siegel (2022), NZBau 2022, 315 (316).

²² Seite 1 der Begründung der AVV Klima, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/A/allgemeine-verwaltungsvorschrift-zur-beschaffung-klimafreundlicher-leistungen-avv-klima.html>.

Die vorbereitenden Berechnungen und Abschätzungen im Rahmen der Bedarfsermittlung und zur Festlegung des Beschaffungsgegenstands müssen selbstverständlich nicht in den Vergabeunterlagen gegenüber den Bietern offengelegt werden. Auch sonstige vorbereitenden Arbeitsschritte zur Feststellung des Bedarfs gemäß § 6 Bundeshaushaltsordnung (BHO) und der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach § 7 Absatz 2 BHO werden ja nicht in der Leistungsbeschreibung ausgewiesen.

und umweltfreundlicheres Mittel der Beschaffung darstellen. Darüber hinaus sollen auch Aspekte des Umweltschutzes, des schonenden Einsatzes natürlicher Ressourcen und der Kreislaufwirtschaft auf angemessene Weise berücksichtigt werden.

(2) Kommen mehrere Möglichkeiten der Beschaffung in Betracht, ist die wirtschaftlichste Handlungsalternative zu bestimmen. Dabei ist in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Beschaffungszweck solchen Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus der Leistung zu den geringsten Kosten erreicht werden kann. Mehraufwendungen bei der Beschaffung sollen nicht außer Verhältnis zu ihrem Beitrag zur Treibhausgasreduzierung stehen.

(3) Der monetären Bewertung der gemäß Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 prognostizierten Treibhausgasemissionen ist ein CO₂-Preis, mindestens der nach § 10 Absatz 2 Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) gültige Fest- oder Mindestpreis, zugrunde zu legen.

(4) ...“

§ 2 Abs. 2 AVV Klima entspricht dabei weitgehend § 13 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSG. Der dritte Absatz ist an die CO₂-Schattenpreisregelung des § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG angelehnt (hierzu näher unten Abschnitt 2.3).

2.2.3.1 Berücksichtigung im Rahmen der Bedarfsermittlung und der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Aus § 2 Abs. 1 AVV Klima ist zu folgern, dass die Treibhausgasemissionen bei Beschaffungsentscheidungen bereits in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu berücksichtigen sind, so dass sie in die Entscheidung über die Einleitung des Beschaffungsverfahrens und die Festlegung des Leistungsgegenstands einfließen. Hinsichtlich der Ermittlung der Emissionen fordert die Vorschrift nicht mehr als einen „vertretbaren Aufwand“, ohne diesen näher zu beschreiben. Die Beschaffungsstelle kann aus diesem Grund die Ermittlung auf Beschaffungen und Investitionen beschränken, bei denen von einer relevanten Höhe von Treibhausgasemissionen auszugehen ist. Die Prognose der verursachten Treibhausgasemissionen soll dabei in der Regel auf der Grundlage von Hilfestellungen des Umweltbundesamtes (UBA) erfolgen. Solange diese nicht vorliegen, liegt es nahe, zumindest für Scope-1- und 2-Emissionen²³ hierbei auf gesetzliche Vorgaben zur Berechnung von Emissionen zurückzugreifen, wie beispielsweise auf Anlage 2 der Emissionsberichterstattungsverordnung 2030 (EBeV 2030)²⁴ für das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG).²⁵ Teil 4 der Anlage 2 EBeV 2030 enthält Standardwerte zur Berechnung von Brennstoffemissionen von Erdgas, Benzin, Diesel, leichtes Heizöl, Flüssiggas und zahlreiche weitere fossile Brennstoffe. Diese können hierfür mit dem abzuschätzenden Verbrauch des fossilen Brennstoffs multipliziert werden. Je konkreter und besser die Hilfestellungen des UBA werden, umso geringer dürfte der „vertretbare Aufwand“ für die Ermittlung der Emissionen werden, so dass sich diesbezüglich im Laufe der Zeit der Maßstab verschieben dürfte. Allerdings dürfte regelmäßig auch eine Markterkundung eine Alternative darstellen. Denn es dürfte nicht realistisch sein, dass das UBA Hilfestellungen für alle Standardprodukte und -dienstleistungen erstellt.

²³ Scope 1 deckt direkte Emissionen aus eigenen oder kontrollierten Quellen ab (bspw. Betrieb des eigenen Heizkessels oder Fuhrpark). Scope 2 deckt indirekte Emissionen aus der Erzeugung von gekauftem Strom, Dampf, Wärme und Kühlung ab, die durch die Verwaltung bzw. Institution oder Unternehmen verbraucht werden.

²⁴ Emissionsberichterstattungsverordnung 2030 vom 21. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2868).

²⁵ Brennstoffemissionshandelsgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2728), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 9. November 2022 (BGBl. I S. 2006) geändert worden ist.

Es dürfte zudem auf den konkreten Beschaffungsgegenstand ankommen, für welchen die geforderte Ermittlung der Emissionen mit einem „vertretbaren Aufwand“ möglich ist. Eine abstrakte Wertgrenze des Beschaffungsgegenstands erscheint insoweit nicht hilfreich zur Abgrenzung. Denn für Emissionen, welche im Rahmen einer Verbrennung von fossilen Kraft- und Heizstoffen entstehen, erscheint die Ermittlung mit überschaubarem Aufwand realisierbar – unabhängig von der Wertgrenze des Beschaffungsgegenstands. Bei anderen Leistungen wie beispielsweise Beratungs- und Dienstleistungsprojekten erscheint die Ermittlung weitaus schwieriger – auch hier unabhängig von dem Wert des Beschaffungsgegenstands. Die ermittelten Emissionen sind dann mit dem CO₂-Schattenpreis des § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG zu multiplizieren (hierzu näher unten Abschnitt 2.3).

2.2.3.2 Berücksichtigung im Rahmen der Zuschlagsentscheidung

Die AVV Klima geht darüber hinaus davon aus, dass ein CO₂-Schattenpreis in bestimmten Fällen grundsätzlich auch im Rahmen des Zuschlags berücksichtigt werden muss (hierzu näher unten Abschnitt 2.3). § 4 Abs. 4 AVV Klima lautet:

*„(4) Für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots im Rahmen der Zuschlagsentscheidung sind neben den Anschaffungskosten die voraussichtlichen Kosten, die mit der zu beschaffenden Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen (Lebenszykluskosten) zu berücksichtigen, insbesondere die Kosten für den Energieverbrauch, die Wartungskosten und die Kosten am Ende der Nutzungsdauer. Nach Maßgabe des § 59 Absatz 2 Nummer 5 und Absatz 3 VgV beziehungsweise § 16d EU Absatz 2 Nummer 5 VOB/A sind darin als Kosten, die durch externe Effekte der Umweltbelastung entstehen, auch die **Kosten der verursachten Treibhausgasemissionen während des gesamten Lebenszyklus der Leistung zu berücksichtigen**. Der monetären Bewertung der Treibhausgasemissionen ist ein CO₂-Preis, mindestens der nach § 10 Absatz 2 BEHG gültige Fest- oder Mindestpreis, zugrunde zu legen. Die Bestimmung der verursachten Treibhausgasemissionen erfolgt in der Regel auf der Grundlage von Hilfestellungen des Umweltbundesamtes. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht,*

- 1. wenn die Ermittlung der voraussichtlichen Lebenszykluskosten unter Einbeziehung der verursachten Treibhausgasemissionen während des gesamten Lebenszyklus nicht mit vertretbarem Aufwand möglich ist oder*
- 2. wenn ihre **Berücksichtigung als Zuschlagskriterium nicht sachgerecht wäre, weil die Leistung in dieser Hinsicht unter Beachtung von Absatz 1 bereits erschöpfend beschrieben ist.**“*

[Hervorhebungen durch die Autoren].

Aufgrund der Rückausnahme im letzten Satz dürfte dies regelmäßig dann NICHT erforderlich sein, sofern im Rahmen der Leistungsbeschreibung die klimarelevanten Vorgaben bereits „erschöpfend“ berücksichtigt wurden.

§ 4 Abs. 4 AVV Klima findet, wie sich aus den in der Vorschrift in Bezug genommenen vergaberechtlichen Vorschriften ergibt, speziell auf den vergaberechtlichen Oberschwellenbereich (Vergabeverordnung - VgV)²⁶ sowie bei Bauleistungen (VOB/A)²⁷ Anwendung. Außerhalb dieses Bereiches kann die Berücksichtigung bei der Zuschlagserteilung

²⁶ Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 17. August 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 222) geändert worden ist.

²⁷ Bekanntmachung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2019 – vom 31. Januar 2019, abrufbar unter: https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_31012019_BWI781063060120180001604634.htm.

ebenfalls erfolgen, ist aber durch die AVV Klima nicht verpflichtend vorgegeben. Die amtlichen „Erläuterungen“ zur AVV äußern sich diesbezüglich wie folgt:

*„Gemäß § 59 Absatz 1 Vergabeverordnung kann der öffentliche Auftraggeber vorgeben, dass das Zuschlagskriterium „Kosten“ auf der Grundlage der Lebenszykluskosten berechnet wird (siehe Nummer 2.1.1). Die AVV Klima macht dies für den öffentlichen Einkauf durch Dienststellen des Bundes **zum Regelfall**, sofern die Ermittlung der voraussichtlichen Lebenszykluskosten unter Einbeziehung der verursachten Treibhausgasemissionen während des gesamten Lebenszyklus mit vertretbarem Aufwand möglich ist.“*

[Hervorhebung durch die Autoren].

Zudem sieht § 1 Abs. 1 Satz 2 AVV Klima vor, dass die „Vorgabepflichten für das Vergabeverfahren nach § 4 Absatz 4 und Absatz 5 Nummer 2 [...] nur [gelten], wenn der voraussichtliche Auftragswert 10 000 Euro ohne Umsatzsteuer überschreitet.“

2.3 Der CO₂-Schattenpreis des § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG

Die sog. Schattenpreisregelung wurde in der Novelle vom Mitte 2021 kurzfristig dem bestehenden Absatz 1 der Vorschrift hinzugefügt. Ursprünglich sollte sie (vermutlich) so konzipiert werden, dass sie nicht nur für die dem Bund zuzuordnende Träger öffentlicher Belange gelten soll. Deshalb wurde sie in Absatz 1 platziert, obwohl sie eigentlich sachlich in den Regelungskontext des Absatzes 3 gehört bzw. an Absatz 2 angeschlossen werden müsste.

Ein zweiter zu betrachtender Punkt ist die **Höhe des CO₂-Schattenpreises**. Dessen Untergrenze ist gegenwärtig an die für das BEHG festgelegten Festpreise oder Mindestpreise gekoppelt. Damit wird die Zugrundelegung eines höheren Schattenpreises in der Praxis ermöglicht. Abgesehen davon bleibt für die Anwendungspraxis aber unklar, welcher (u.U. höhere) Schattenpreis konkret zugrunde zu legen ist.

Abzustellen ist dabei jedenfalls auf die dem Bund entstehenden Kosten und Einsparungen über den gesamten Lebenszyklus der Maßnahme (§ 13 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 3 KSG) und nicht etwa auf den im Jahr der Investitionsentscheidung oder Beschaffung geltenden Festpreis oder Mindestpreis nach dem BEHG. Andernfalls würde ein Wertungswiderspruch zu § 13 Abs. 3 KSG entstehen.

Für den Nutzungszeitraum der Beschaffung bis einschließlich des Jahres 2026 können die CO₂-Preise des BEHG (als Mindestpreise) zugrunde gelegt werden. Denn § 10 Abs. 2 BEHG legt für die Einführungsphase bis 2026 derzeit einen (jährlich) steigenden Festpreis von 25 bis 55 Euro und für das Jahr 2026 einen Preiskorridor von mindestens 55 und höchstens 65 Euro fest.

Sobald aber die Emissionszertifikate über 2026 hinaus versteigert werden, könnte der Zuschlagspreis schnell sehr stark ansteigen – abgesehen von der Frage, wann das nationale Emissionshandelssystem für Brennstoffe durch ein europäisches System ersetzt wird. Falls aber die Bundesregierung auf Grundlage des Ende 2024 vorzulegenden Erfahrungsberichts eine Fortführung des Preiskorridors bei Versteigerungen für sinnvoll und erforderlich halten, legt sie 2025 einen Vorschlag für die rechtliche Umsetzung vor (§ 23 Abs. 1 Satz 5 BEHG).

Die Preisregelung ist in verschiedener Hinsicht durchaus kritisch zu betrachten:

1. Der festgelegte Mindestpreis ist schon vom Ansatz her zu niedrig. Er liegt weit unter den real in der Zukunft zu erwartenden Größenordnungen für die volkswirtschaftlichen Kosten

unterbliebenen Klimaschutzes. Diese werden vom UBA derzeit auf Grundlage der sog. Methodenkonvention auf rund 195 Euro/Tonne CO₂ taxiert.²⁸

2. Der Preis ist gekoppelt an die BEHG-Preise, die – wenn überhaupt – nur für die Emissionen der Verbrennung fossiler Brennstoffe als Kraftstoffe oder Heizstoffe sachgerecht herangezogen werden können. Im europäischen Emissionshandel ist der Preis derzeit schon mehr als doppelt so hoch als der derzeitige BEHG-Preis (80,- bis 100,- Euro vs. 30,- Euro²⁹).
3. Die Koppelung bezieht sich auf den im BEHG festgelegten „Mindestpreis oder Festpreis“. Dieser ist jedoch bisher lediglich bis 2026 festgelegt, während es bei den hier betrachteten haushaltswirksamen Maßnahmen sehr oft um solche geht, deren Auswirkungen in der mittel- und längerfristigen Zukunft liegen. Hierfür bietet die Regelung keine brauchbaren Maßstäbe, wenn sie lediglich davon spricht, dass diese Preise „mindestens“ anzulegen sind. Hierdurch kann es zu erheblichen Uneinheitlichkeiten des Verwaltungshandelns kommen.
4. Sofern keine Festlegung eines Fest- oder Mindestpreises für die Zeit nach 2026 erfolgt, würde die Verweisung auf den Mindestpreis in § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG ins Leere laufen. Ohne Mindestpreis könnten die Kosten allerdings unter den realen (Versteigerungs-) Kosten liegen, so dass nicht ausgeschlossen ist, dass in der Vergabepaxis ein zu niedriger Schattenpreis einbezogen wird. Ein solches „Herunterrechnen“ der Bedeutung des Klimaschutzes würde der Grundkonzeption des § 13 KSG nicht gerecht.³⁰

Eine weitere Herausforderung ist im Wortlaut der Vorschrift bisher noch nicht angesprochen: Die Frage danach, **welche Treibhausgasemissionen** in die Berechnung einfließen (müssen): Nur die unmittelbaren (Verbrennungs-) Emissionen am Ort des jeweiligen Vorhabens oder auch die mittelbar für den benötigten Strom andernorts erzeugte Energie? Zusätzlich auch die Emissionen, die in der späteren Nutzungsphase ggf. durch Dritte entstehen würden? Bei Gebäuden und Infrastrukturen: nur die Emissionen für die Energie, die für die Errichtung benötigt wird – oder auch die Emissionen, die für die (zu einem früheren Zeitpunkt erfolgten) Erzeugung der verwendeten Materialien benötigt wird? Und wie ist speziell mit Strom zu verfahren, solange dieser nicht zu 100 % aus erneuerbaren Energien erzeugt wird? Dieser Katalog der offenen / zu klärenden Fragen zur Bilanzgrenze ließe sich fortsetzen. Sofern es dazu keine klaren Vorgaben geben sollte, könnte eine weitgehend uneinheitliche Praxis zu erwarten sein.

Schwierig erscheint auch die Aufgabe, die Bilanzgrenze für die zu berücksichtigenden Emissionen zielgerecht und zugleich klar zu definieren. Dabei stellt sich dann zusätzlich auch die Frage, welcher Ermittlungsaufwand den Verwaltungsträgern zugemutet werden kann – oder anders ausgedrückt: In welchen Fällen von einer Ermittlung oder einer vertieften Ermittlung abgesehen werden können soll. Insoweit sollte aus Sicht der Autoren ein pragmatischer Ansatz verfolgt werden, der auch mit Pauschalierungen und Typisierungen arbeitet (z.B. pauschale Annahmen für Produktgruppen / Alltagsgegenstände). Hierbei könnten Handreichungen und Leitlinien etwa des UBA oder der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung eine Rolle spielen.

²⁸ Bünger & Matthey (2020).

²⁹ § 10 Abs. 2 BEHG für das Kalenderjahr 2023.

³⁰ Allerdings ging der Gesetzgeber bei der Regelung des Schattenpreises in § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG davon aus, dass der bisher nur bis 2026 festgelegte Mindestpreis oder Festpreis für die Veräußerung von Emissionszertifikaten nach dem BEHG im Rahmen der Evaluierung des KSG oder des BEHG angemessen fortgeschrieben wird (Siehe Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/30230, S. 22).

3 Verpflichtende Berücksichtigung des Ressourcenschutzes

Um einen verbesserten Ressourcenschutz im Vergaberecht zu erreichen, hat der Bund 1993 erstmals Regelungen im § 36 im KrW-/AbfG eingeführt. Ebenso wie die inhaltlich identische Folgeregelung in § 37 KrW-/AbfG aus dem Jahr 1996 war zu prüfen, ob und in welchem Umfang auf Bundesebene langlebige, reparaturfreundliche, wiederverwendbare oder verwertbare Erzeugnisse beschafft werden können. Diese Prüfpflicht wurde mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG),³¹ im Jahr 2020 zu einer Berücksichtigungspflicht in § 45 KrWG „aufgewertet“.³²

§ 45 KrWG verpflichtet die öffentliche Hand bei der Verwirklichung der Ziele des Kreislaufwirtschaftsgesetzes beizutragen. Diese sind nach § 1 Abs. 1 KrWG die Schonung der natürlichen Ressourcen und der Schutz von Mensch und Umwelt bei der Abfallerzeugung und -bewirtschaftung. Dazu enthält § 45 KrWG verschiedene unmittelbar wirksame Pflichten:

1. die allgemeine Verhaltenspflicht in § 45 Abs. 1 KrWG,
2. die Bevorzugungspflicht in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG,
3. eine Prüfpflicht in § 45 Abs. 2 Satz 5 KrWG,
4. eine Hinwirkungspflicht für Gesellschaften des privaten Rechts in § 45 Abs. 3 KrWG sowie
5. eine Berücksichtigungspflicht in § 45 Abs. 4 KrWG.

Die allgemeine kreislaufwirtschaftliche Verhaltenspflicht in Absatz 1 gilt für alle Tätigkeitsbereiche der Normadressaten (siehe Abschnitt 3.3) und ist in seiner Formulierung so weit gefasst, dass ein Verstoß gegen diese Pflicht wohl nur anzunehmen ist, wenn eine Beschaffungsstelle gar keinen Beitrag zum Erreichen des § 1 KrWG leistet, obwohl sie dies könnte. Ferner dürfte eine Pflichtverletzung vorliegen, wenn der Normadressat seinen etablierten kreislaufwirtschaftlichen Standards absenkt. Die Bevorzugungspflicht des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG gilt im Bereich der Bundeswehr gem. § 45 Abs. 2 Satz 5 KrWG nicht, sondern wird auf eine Prüfpflicht reduziert.

Der Fokus der nachfolgenden Darstellung liegt auf der Bevorzugungspflicht, die gegenüber der allgemeinen Verhaltenspflicht des Abs. 1 spezieller ist und konkrete Verpflichtungen enthält.

3.1 Bevorzugungspflicht (§ 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG)

Zur Stärkung der Kreislaufwirtschaftsziele wurde 2020 eine unmittelbar wirksame „**Bevorzugungspflicht**“ in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG eingeführt.³³ Nunmehr sind die Beschaffungsstellen des Bundes (siehe dazu näher in Abschnitt 3.3) verpflichtet, bei der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern sowie bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen Erzeugnisse zu bevorzugen, die gem. § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrWG:

„1. in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind,

2. durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,

³¹ Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212), das zuletzt durch Artikel 20 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist.

³² Vgl. zur Rechtsentwicklung v. Komorowski (2022), § 45 KrWG, Rn. 33 ff.

³³ Grundlegend zur Bevorzugungspflicht: Petersen & Friedrich (2021): NVwZ 2021, 1 (8 ff.).

3. sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen oder

4. im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.“

Die vier Alternativen beziehen sich auf Erzeugnisse. Dieser Begriff ist als solcher nicht explizit im KrWG legaldefiniert. Nach der Verwendung im KrWG sind darunter Stoffe und Gegenstände zu verstehen, die durch menschliche Umwandlungsprozesse geschaffen wurden und kein Abfall sind. Darunter fallen auch Nebenprodukte i.S.v. § 4 KrWG sowie Stoffe und Gegenstände, bei denen die Abfalleigenschaft nach § 5 KrWG beendet ist.³⁴

Zu den einzelnen Alternativen ist auszuführen:

1. Die in Nummer 1 genannten Erzeugnisse zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihrem Produktionsverfahren im Vergleich zu anderen Produktionsverfahren sowohl der Rohstoffverbrauch als auch die Produktionsmittel (wie Strom, Wasser, Chemikalien) geringer oder weniger umweltschädlich ausfallen.
2. Erzeugnisse, welche die Nummer 2 erfüllen, sind Erzeugnisse, also solche, die durch eine Reinigung, Prüfung oder Reparatur wieder nutzbar sind, z.B. Kleidung oder Elektrogeräte. Diese sparen Ressourcen, Wasser und Energie, weil sie gar nicht erst dem Recycling oder der Beseitigung zugeführt wurden (Vorbereitung zur Wiederverwendung i.S.v. § 3 Abs. 24 KrWG steht auf der 2. Stufe der Abfallhierarchie gem. § 6 Abs. 1 KrWG). Ferner zählen dazu Erzeugnisse aus recycelten Abfällen i.S.v. § 3 Abs. 25 KrWG, die auf der 3. Stufe der Abfallhierarchie gem. § 6 Abs. 1 KrWG angesiedelt sind. Beim Recycling ist durch das Gesetz der Einsatz von Rezyklaten besonders hervorgehoben, also der Ersatz von Primärrohstoffen durch Sekundärrohstoffe bei der Herstellung, so z.B. bei Recyclingpapier oder beim Einsatz von Kunststoffrezyklaten. Schließlich zählen auch Erzeugnisse dazu, die aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt wurden.
3. Nummer 3 bezieht sich auf Produkte, die so konstruiert und hergestellt wurden, dass sie langlebig, reparaturfreundlich, wiederverwertbar und recyclingfähig sind. Dazu zählen z.B. mehrfach verwendbare Erzeugnisse, wie Mehrwegbehältnisse oder Akkus anstatt Einwegbatterien, oder Elektrogeräte, bei denen sich der Akku leicht austauschen lassen. Dadurch weisen diese Erzeugnisse einen minimierten Rohstoff- und Energieverbrauch auf und erfüllen alle drei Stufen der Abfallhierarchie.
4. Nummer 4 nimmt mit der Entsorgungseigenschaft insbesondere das Recycling und die Beseitigung von Abfällen in den Blick, indem Erzeugnisse zu bevorzugen sind, die im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger Abfällen, zu einer geringen Schadstofffracht in den Abfällen führen oder sich besser in eine umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung einfügen i.S.v. § 3 Abs. 14 KrWG.

Die Bevorzugungspflicht ist bei den folgenden Beschaffungstätigkeiten zu berücksichtigen:³⁵

1. Gestaltung von Arbeitsabläufen³⁶: Dies betrifft die Gestaltung von Produktionsprozessen.
2. Beschaffung oder Verwendung von Material: Die beiden synonym zu verstehenden Tätigkeiten beziehen sich auf Materialien i.S.v. von Verbrauchsgütern (z.B. Reinigungsmittel, Druckertinte) und Gebrauchsgütern (z.B. Kfz, Bürogeräte oder Server).

³⁴ V. Komerowski, § 45 KrWG, Rn. 58.

³⁵ Vgl. Jacoby in: Versteyl/Mann/Schomerus, § 45 KrWG, Rn. 14; V. Komerowski, § 45 KrWG, Rn. 55.

³⁶ Ausgeschlossen sind solche, die im Bereich der Bundeswehr liegen (§ 45 Abs. 2 Satz 5 KrWG).

3. Bauvorhaben: In Anlehnung an § 1 VOB/A sind damit jegliche Arbeiten zu verstehen, bauliche Anlagen herzustellen, zu ändern, instandzuhalten oder zu beseitigen. Erfasst ist auch die konkrete Absicht der vorgenannten Tätigkeiten, also bereits vor einer Planung.
4. Sonstigen Aufträgen: Mit dieser Auffangfunktion sind alle Dienst- und Werkleistungsverträge erfasst, wie z.B. Wartungs- oder Schulungsverträge oder die Abfallentsorgung.

Die Bevorzugungspflicht führt dazu, dass die Vergabestellen **keinen Ermessensspielraum** bei der Bedarfsermittlung (siehe Abschnitt 5.1) und der Leistungsbeschreibung (siehe Abschnitt 5.2) haben. Sie müssen (grundsätzlich) Erzeugnisse, die **eine der vier Varianten** des § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrWG erfüllt, bevorzugt beschaffen.³⁷ Es müssen nicht alle Varianten erfüllt sein, denn es handelt sich um eine alternative Aufzählung der Varianten in Nr. 1 bis 4 – nicht um eine kumulative Aufzählung. Dafür spricht der Wortlaut „oder“ in der Aufzählung und die Gesetzesbegründung.³⁸

3.2 Begrenzung der Bevorzugungspflicht (§ 45 Abs. 2 Sätze 2 bis 5)

Die Bevorzugungspflicht gilt nicht oder nur begrenzt, wenn folgende Maßgaben³⁹ (gem. § 45 Abs. 2 Satz 2 KrWG) zutreffen:

1. **Geeignetheitserfordernis:** Als naheliegende Ausnahme greift die Bevorzugungspflicht nicht, wenn der Beschaffungsgegenstand nicht für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet wäre. Offen bleibt dabei, wie die Eignung zu bestimmen ist, als subjektive oder objektive Eignung für den Verwendungszweck. Unabhängig von dieser Frage dürfte die Ausnahme nicht vorliegen, wenn eine identische Funktionalität zwischen Beschaffungsgegenständen vorliegt, die dem Produkt quasi nicht anzusehen ist. Dies dürfte bei den Fällen des § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2 und 4 KrWG vorliegen, weil die Herstellungsverfahren, der Rohstoffeinsatz und die Verminderung von Abfällen oder deren Schädlichkeit in der Regel keine Auswirkungen auf das Erscheinungsbild oder die Eignung des Produktes haben. So greift diese Ausnahme sicherlich nicht, wenn die zu bevorzugenden Produkte die gleiche Funktionalität aufweisen wie vergleichbare Produkte, z.B. ein Kunststoffbehältnis ohne Rezyklate und ein Behältnis mit gleicher Funktionalität aus Rezyklaten. Weniger eindeutig dürften Fälle des § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KrWG sein. So wenn die Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit oder Recyclingfähigkeit zu einer „Produktveränderung“ führen, die sich z.B. durch ein höheres Gewicht, oder aufwändigere Wartung, etc. auszeichnet.
2. Bei der Bevorzugungspflicht nach § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG bleiben die **haushaltsrechtlichen Grundsätze** der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in § 7 Bundeshaushaltsordnung (BHO) „unberührt“ (gem. § 45 Abs. 2 Satz 4 KrWG). Damit wird für die öffentliche Beschaffungsstelle klargestellt, dass sie nicht von ihrer Prüfpflicht nach § 7 BHO befreit ist.⁴⁰ Denn die Wirtschaftlichkeitsprüfung ist eine Vorprüfung, die vor jeder Beschaffung stattfinden muss. Die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung⁴¹ zu § 7 BHO, definiert das Prinzip der Wirtschaftlichkeit als *„günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln*

³⁷ Schneider (2023), S. 66f.; Dieckmann (2019), S. 274 (281).

³⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/19373, S. 72. So auch v. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 63.

³⁹ Schneider (2023) sieht diese Maßgaben als Ausnahmeregelungen, die eng auszulegen sind, S. 70.

⁴⁰ Schneider (2023), S. 70.

⁴¹ Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO), https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwwbund_14032001_DokNr20110981762.htm.

(Ressourcen)⁴², mithin also ein **Optimierungsgebot**.⁴³ Daraus folgt aber nicht, dass automatisch die kostengünstigste Option als wirtschaftlichste zu wählen ist. Es ist also anerkannt, dass bei der Beschaffung andere als rein monetäre Erwägungen in die Bewertung der Wirtschaftlichkeit einfließen können.⁴⁴ Der Bundesgesetzgeber hat mit § 45 KrWG den Beschaffungszweck gesetzlich überformt, indem er die ressourcenschonende Beschaffung als klares (politisches) Ziel der Beschaffungsstelle bei der Definition der zu beschaffenden Leistung formuliert. Für alle Beschaffungsvorgänge, die dem § 45 KrWG unterliegen, muss mindestens eines der Ressourcenschutzkriterien des § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrWG beachtet werden. Damit können die Haushaltsgrundsätze der Bevorzugungspflicht nur in geringem Maße entgegenwirken. Denn die Festlegung des verfolgten Zwecks ist dem Kontrollmaßstab der Wirtschaftlichkeit entzogen.⁴⁵

3. **Unzumutbare Mehrkosten** (§ 45 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz KrWG): Allerdings sieht § 45 KrWG eine Begrenzung der Bevorzugungspflicht vor. Als Ausfluss der im Verhältnismäßigkeitsprinzip vorzunehmenden Angemessenheitsprüfung dürfen den Beschaffungsstellen keine unzumutbaren Mehrkosten durch die Bevorzugung entstehen. Dazu ist für den jeweiligen Beschaffungsvorgang das konkret zu beschaffende Produkt mit den umweltfreundlichen Eigenschaften des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG mit einem (konventionellen) Produkt ohne diese Eigenschaften zu vergleichen. Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 59 VgV – welcher unmittelbar nur für das Zuschlagskriterium „Kosten“ gilt – können bei dem Vergleich jedenfalls auch Anschaffungs-, Wartungs-, die verbrauchsbedingten Energie- und Materialkosten sowie die Entsorgungskosten berücksichtigt werden. Eine genaue Grenze für die Mehrkosten ist im Gesetz nicht vorgegeben. Aus dem Wortlaut „keine unzumutbaren Mehrkosten“ ergibt sich, dass die Mehrkosten von erheblichem Gewicht sein müssen, um im Einzelfall die Bevorzugungspflicht auszuschließen.⁴⁶ Nach der Gesetzesbegründung ist die Grenze der Bevorzugungspflicht dann erreicht, wenn dies „zu einer finanziellen Überforderung der Verwaltung [gemeint sind die öffentlichen Auftraggeber] führt.“⁴⁷ Unzumutbare Mehrkosten liegen demnach nicht bereits dann vor, wenn das Produkt teurer als das Vergleichsprodukt ist.⁴⁸ Die Beschaffungsstelle darf nur dann von der Bevorzugungspflicht abweichen, wenn die dadurch entstehenden höheren Kosten aus besonderen Gemeininteressen nicht hingenommen werden können.⁴⁹
4. **Wettbewerbserfordernis** (§ 45 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz KrWG): Diese allgemeine Grenze erfordert, dass durch die Bevorzugungspflicht ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet sein muss, was durch eine vergaberechtskonforme Beschaffung eingehalten wird.⁵⁰ Demnach darf die Bevorzugungspflicht u.a. nicht dazu führen, dass ein konkretes Produkt oder die Dienstleistung eines konkreten Anbieters ausgeschlossen wird (siehe unten unter 5.1).

⁴² Zu § 7 Nr. 1 Abs. 2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung.

⁴³ Dippel, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 45 KrWG, Rn. 10a; v. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 29 ff.

⁴⁴ Schneider (2023), S. 69 unter Verweis auf Dieckmann (2019), S. 274, 282.

⁴⁵ Für eine vollständige Entziehung der Kontrolle v. Komorowski (2022), § 45 KrWG, Rn. 72.

⁴⁶ Dippel, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 45 KrWG, Rn. 10.

⁴⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/19373, S. 72.

⁴⁸ Vgl. Schneider (2023), S. 70 mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6. 4. 2011 – 15 Verg 3/11.

⁴⁹ Schneider (2023), S. 68; Dippel, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 45 KrWG, Rn. 10.

⁵⁰ V. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 72.

5. **Rechtmäßigkeitserfordernis** (§ 45 Abs. 2 Satz 2 3. Halbsatz KrWG): Dabei handelt es sich um eine „Erinnerung“ für die Beschaffungsstellen, da diese aufgrund des Gesetzesvorrangs ohnehin in der öffentlichen Beschaffung einzuhalten ist.⁵¹
6. **Vergaberechtskonformität** (§ 45 Abs. 2 Satz 3 KrWG): Die Vorgaben der Bevorzugungspflicht gehen dem Vergaberecht nicht vor, sondern die Bevorzugungspflicht muss die formellen und materiellen Anforderungen des bestehenden Vergaberechts im Ober- und Unterschwellenbereich einhalten.⁵²

3.3 Normadressaten der Bevorzugungspflicht (Träger der unmittelbaren bzw. mittelbaren Staatsverwaltung)

Die Bevorzugungspflicht (§ 45 Abs. 2 Sätze 1-4) gilt ebenso wie die allgemeine Verhaltenspflicht des § 45 Abs. 1 KrWG für „Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellen.“⁵³ Die Pflicht muss von einem breiten Kreis an öffentlichen Verwaltungsstellen angewendet werden, so dass der extensive Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG anzuwenden ist.⁵⁴ Darunter fallen:⁵⁵

- ▶ **Bundesbehörden:** Dies sind ausschließlich solche, die unmittelbar dem Zentralstaat zuzuordnen sind. Dazu zählen die obersten Bundesbehörden (Bundesministerien), sämtliche Bundesoberbehörden (z.B. Bundesamt für Wirtschaft u. Ausfuhrkontrolle, das Umweltbundesamt), Bundesmittelbehörden (z.B. Bundesfinanzdirektionen), Bundesunterbehörden (z.B. Hauptzollämter) und nichtrechtsfähige Anstalten des Bundes (z.B. Bundesanstalt Technisches Hilfswerk).
- ▶ **Der Aufsicht des Bundes unterstehende juristische Personen des öffentlichen Rechts:** Dazu zählen Körperschaften (z.B. Deutsche Rentenversicherung Bund, die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See sowie die Bundesagentur für Arbeit) und rechtsfähige Anstalten (z.B. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, die Deutsche Nationalbibliothek, die Deutsche Welle und der Deutsche Weinfonds) und Stiftungen (z.B. die Stiftung Preußischer Kulturbesitz, die Kulturstiftung des Bundes, die Stiftung Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, die Deutsche Stiftung Friedensforschung, die Deutsche Bundesstiftung Umwelt), die mindestens unter der Rechtsaufsicht des Bundes stehen.⁵⁶
- ▶ **Sondervermögen,** die der alleinigen Aufsicht des Bundes unterstehen (z.B. Bundeseisenbahnvermögen (BEV) sowie das ERP-Sondervermögen).⁵⁷
- ▶ Der Aufsicht des Bundes unterstehende **sonstige Stellen:** Dabei handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der alle Verwaltungseinheiten erfasst, die der alleinigen (Rechts-)Aufsicht des Bundes unterstehen und weder rechtsfähig noch organisatorisch selbständig sind.⁵⁸ Dazu zählen „Beliehene“ (z.B. Deutsche Zentrum für Luft- und

⁵¹ V. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 73.

⁵² V. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 74.

⁵³ Vgl. v. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 54.

⁵⁴ V. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 39 ff.

⁵⁵ Vgl. Jacoby in: Versteyl/Mann/Schomerus, § 45 KrWG, Rn. 4ff.

⁵⁶ Vgl. Brühl (2022), S. 31.

⁵⁷ V. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 44.

⁵⁸ V. Komorowski, § 45 KrWG, Rn. 46 ff.

Raumfahrt e.V. (DLR), Toll Collect GmbH, Autobahn GmbH oder von Bundesministerien beliebigen Projektträger im Zuwendungsbereich).

Die vorgenannten werden im Folgenden als „Beschaffungsstellen des Bundes“ bezeichnet.

Nicht von der Verpflichtung des § 45 KrWG betroffen sind Behörden, die von Bund und Ländern gemeinsam verantwortet werden.⁵⁹

Der Kreis der Normadressaten des § 45 Abs. 1 KrWG ist im Vergleich zu den vergaberechtlichen Normadressaten im GWB (§§ 98 ff. GWB) deutlich kleiner. Letztere umfassen auch die Länder, Kommunen und sog. funktionale öffentliche Auftraggeber sowie Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber.⁶⁰

Zu beachten ist, dass in den Landesabfallgesetzen dem § 45 KrWG ähnelnde Regelungen gelten, die teilweise als Pflicht oder als Soll-Vorschriften ausgestaltet sind, und an die die entsprechenden Landesbehörden gebunden sind.⁶¹

⁵⁹ Vgl. die Übersicht der landesabfallrechtlichen Regelungen in v. Komorowski 2022, § 45 KrWG, Rn. 15.

⁶⁰ Schneider (2023), S. 67.

⁶¹ Schneider (2023), S. 68.

4 Freiwillige Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens

Neben den neueren verpflichtenden Vorgaben in Bezug auf Klima- und Ressourcenschutz liegt es im Ermessen der Beschaffungsstellen gem. § 31 Abs. 3 VgV⁶² freiwillig andere Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen der Beschaffung zu berücksichtigen.⁶³

Von wichtiger Bedeutung ist hierbei die Berechnung von Lebenszykluskosten im Rahmen des Zuschlagpreises nach § 59 VgV. Demnach kann die Berechnung des Zuschlagpreises insbesondere auch Kosten über den gesamten Lebenszyklus enthalten. Dazu kann nach § 59 Abs. 2 VgV neben den Anschaffungskosten, Nutzungskosten, insbesondere den Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen, sowie die Wartungs- und Entsorgungskosten gehören. Zudem können auch Kosten berücksichtigt werden, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der ausgeschriebenen Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden. Nach § 43 Abs. 4 der UVgO kann diese Regelung auch im Unterschwellenbereich angewendet werden.

⁶² § 31 Abs. 3 VgV lautet: „Die Merkmale können auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“

⁶³ Vgl. nur die seit 2008 vom Umweltbundesamt aktualisierten „Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung“; letzte aktualisierte Fassung: Schneider (2023); allgemein zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren: Lausen & Pustal, NZBau 2022, 3 ff.

5 Berücksichtigung von Klimaschutz- und Ressourcenkriterien in den einzelnen Stufen der Beschaffung

Dieses Kapitel zeigt auf, wie die Vergabestellen des Bundes (siehe zum Adressatenkreis in den Abschnitten 2.2.1 und 3.3) im Ober- und Unterschwellenbereich ihre Pflichten zum Klimaschutz nach § 13 KSG und dem Ressourcenschutz nach § 45 KrWG nachkommen können. Damit sollen die grundsätzlichen Ausführungen in den Abschnitten 2 und 3 für die verschiedenen Stufen des Vergabeverfahrens näher erläutert und operationalisiert werden.

Folgende Stufen des Vergabeverfahrens werden betrachtet:

1. Im Rahmen der **Bedarfsermittlung** (hierzu 5.1) müssen die öffentlichen Beschaffungsstellen des Bundes zunächst entscheiden, welchen Bedarf sie haben und wie dieser gedeckt werden soll. Die öffentlichen Beschaffungsstellen müssen dann den tatsächlichen Bedarf genau ermitteln und im Anschluss den Auftragsgegenstand festlegen. Der Bund kann und hat beim Klima- und Ressourcenschutz den Beschaffungsstellen dazu Einschränkungen und Vorgaben gemacht.
2. Anschließend ist eine **Wirtschaftlichkeitsuntersuchung** nach § 7 BHO durchzuführen (hierzu 5.2).
3. Die **Leistungsbeschreibung** (hierzu 5.4) umfasst sämtliche Anforderungen an die zu erbringende Leistung, die von allen Bietern beachtet werden müssen und ist so eindeutig und erschöpfend zu formulieren, dass die abgegebenen Angebote vergleichbar sind.
4. **Eignungskriterien** (hierzu 5.5) dienen der Prüfung des Auftraggebers, ob der Bieter grundsätzlich geeignet und in der Lage ist, den Auftrag durchzuführen.
5. Anhand der **Zuschlagskriterien** (hierzu 5.6) erfolgt die Wertung der Angebote im Hinblick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis. Der Auftraggeber wählt die Zuschlagskriterien für den Einzelfall unter sämtlichen in Betracht kommenden Aspekten aus.
6. **Auftragsausführungsbedingungen** (hierzu 5.7) sind Bedingungen, die der Bieter bei der Durchführung des Auftrags (nach Erteilung des Zuschlags) beachten muss.

Zu beachten ist, dass die Übergänge zwischen den einzelnen Stufen fließend sein können. Beispielsweise kann eine bestimmte Anforderung entweder Bestandteil der technischen Spezifikation sein oder im Rahmen der Angebotswertung als Zuschlagskriterium Berücksichtigung finden. Die Entscheidung ein Klima- und/oder Ressourcenschutzkriterium als Ausschlusskriterium oder als Zuschlagskriterium zu formulieren, ist in der Praxis insbesondere dann erheblich, wenn die Markterkundung zeigt, dass keine oder nur wenige Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen den geforderten Merkmalen entsprechen. Auch sind Anforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung immer auch Gegenstand der Vertragsausführung, so dass es auch zwischen den Stufen Leistungsbeschreibung und Auftragsausführungsbedingungen zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen kann.

5.1 Bedarfsfeststellung (gem. § 6 BHO)

Im Rahmen der Bedarfsanalyse bzw. Bedarfsfeststellung muss der öffentliche Auftraggeber zunächst entscheiden, ob und was er beschaffen oder bauen will, bzw. welche Dienstleistung benötigt wird (Leistungsbestimmungsrecht). Dazu muss der tatsächliche Bedarf genau ermittelt werden und im Anschluss der Auftragsgegenstand festgelegt werden. Die öffentlichen Auftraggeber verfügen grundsätzlich im Ober- und Unterschwellenbereich über einen

erheblichen Spielraum (Ermessen), den Auftragsgegenstand entsprechend ihren eigenen Anforderungen / Bedürfnissen zu definieren (§ 97 GWB, § 2 UVgO). Dieser Spielraum wird für die Beschaffungsstellen des Bundes zum Zweck des Klimaschutzes durch das Berücksichtigungsgebot (siehe dazu Abschnitte 2.2.1) und für den Ressourcenschutz durch die Bevorzugungspflicht (hierzu Abschnitt 3.1) erheblich begrenzt. Was dies im Einzelnen für den Klima- und Ressourcenschutz bedeutet, wird in den nachfolgenden Abschnitten 5.1.1 und 5.1.2 erläutert.

Hinzuweisen ist darauf, dass die Vergabestelle gem. § 28 VgV zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne eine Markterkundung durchführen darf. Die Vergabestelle kann sich so einen Überblick verschaffen, ob und welche Waren und Dienstleistungen mit den in § 13 KSG und § 45 KrWG geforderten Klima- und Ressourcenschutzkriterien am Markt verfügbar sind.

5.1.1 Klimaschutz

Die Bedarfsanalyse hat in einem ersten Schritt die konkreten Beschaffungsverbote zu berücksichtigen, die sich aus höherrangigem Recht oder aus der AVV Klima ergeben. Der mögliche Bedarf ist insoweit rechtlich eingegrenzt. Eine solche frühzeitige Einbeziehung der Beschaffungsverbote sorgt dafür, dass Bedarfsanalyse, Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und Erstellung der Leistungsbeschreibung nicht unnötige Varianten für Beschaffungsgegenstände einschließen, die ohnehin nicht beschafft werden dürfen.

§ 3 AVV Klima gibt insoweit den Prüfungsrahmen vor:

„Leistungen, deren Inverkehrbringen oder Verwendung nach den Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts oder des deutschen Rechts aus Gründen des Umwelt- oder Gesundheitsschutzes unzulässig sind, dürfen nicht beschafft werden. Die in Anlage 1 benannten Leistungen dürfen von den Dienststellen des Bundes nicht beschafft werden, es sei denn, dass die Beschaffung solcher Leistungen aus Gründen des öffentlichen Interesses dringend geboten ist.“

Die in Bezug genommene Liste der Anlage 1 umfasst beispielsweise Spraydosen mit halogenierten Treibmitteln und – von bestimmten Ausnahmen abgesehen – Getränke in Einwegverpackungen.

Hinsichtlich des Verfahrens regelt die AVV Klima, dass bereits bei der Bedarfsabfrage auf den Klimabezug und die AVV Klima hingewiesen werden soll. § 2 Abs. 4 AVV Klima gibt insoweit vor:

„Bedarfsabfragen von Beschaffungsstellen erfolgen unter Hinweis darauf, dass

- 1. der Bedarf mit klimafreundlichen Leistungen gedeckt werden soll,*
- 2. die Erwartungen an die Klimafreundlichkeit der Leistung in der Bedarfsmeldung durch die Bedarfsträger so konkret wie möglich bezeichnet werden sollen sowie*
- 3. in der Bedarfsmeldung von den Bedarfsträgern zu dokumentieren ist, falls Aspekte des Klimaschutzes nicht berücksichtigt werden.“*

5.1.2 Ressourcenschutz

Die öffentlichen Beschaffungsstellen des Bundes (siehe Abschnitt 3.3) sind aufgrund der Bevorzugungspflicht des § 45 KrWG verpflichtet, bei Liefer-, Dienst- und Bauleistungen mindestens eine der in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrWG aufgeführten Ressourcenschutzkriterien anzuwenden.

Diese Ressourcenschutzkriterien lassen sich grob in drei – nicht immer ganz klar voneinander trennbare – Lebenszyklen eines Erzeugnisses einteilen:

1. Herstellungsbezogene Kriterien:

- a. Das Erzeugnis wurde in einem rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt (Nr. 1).
- b. Bei der Herstellung wurden Abfälle recycelt, insbesondere Rezyklate eingesetzt oder nachwachsende Rohstoffe verwendet. Das Erzeugnis stammt aus der Vorbereitung zur Wiederverwendung (Nr. 2).

2. **Nutzungsbezogene Kriterien:** Die Erzeugnisse sind langlebig, reparaturfreundlich, wiederverwendbar und recyclingfähig (Nr. 3).

3. **Entsorgungsbezogene Kriterien:** Im Vergleich zu Referenzerzeugnissen führt die Entsorgung der Erzeugnisse zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen und zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung (Nr. 4).

Zur Einhaltung der Bevorzugungspflicht in der Bedarfsprüfung bietet sich folgende Prüfungsreihenfolge an:

- ▶ Prüfungsschritt „**Sachlicher Anwendungsbereich**“: Aufgrund des breiten sachlichen Anwendungsbereichs der Bevorzugungspflicht ist davon auszugehen, dass die Pflicht bei nahezu allen Beschaffungsvorgängen zu beachten ist – mit Ausnahme von solchen im Bereich der Bundeswehr, für welche die schwächere Prüfpflicht des § 45 Abs. 2 Satz 5 KrWG gilt. So spricht der § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG nicht nur von der Beschaffung von Verbrauchs- und Gebrauchsgütern oder Bauvorhaben (einschließlich von der Bauplanung vorgelagerten Tätigkeiten), sondern erfasst auch die Gestaltung von Arbeitsabläufen (z.B. Produktionsprozesse) und aufgrund einer Auffangnorm („sonstige Aufträge“) auch alle Dienst- und Werkleistungsverträge (wie z.B. Wartungs- oder Schulungsverträge oder der Abfallentsorgung). Folglich müssen die öffentlichen Beschaffungsstellen des Bundes genau prüfen, ob und warum sie keine Ressourcenschutzaspekte des § 45 KrWG berücksichtigen. Die Entscheidung sollten sie in der Dokumentation des Vergabeverfahrens festhalten (siehe unten Kapitel 6).
- ▶ Prüfungsschritt „**Alternativenprüfung**“: Bevor ein Gegenstand neu beschafft wird oder ein Neubauvorhaben ausgeschrieben wird, sind Alternativlösungen hinsichtlich ihrer Wirkung auf den Ressourcenschutz zu prüfen. So z.B. ob die Reparatur vorhandener Gegenstände möglich ist, diese gebraucht gekauft werden können oder ein Leasing oder die Miete des Beschaffungsgegenstandes möglich ist. Entsprechend wäre bei einem Bauvorhaben zu prüfen, ob die (energetische) Sanierung bestehender Gebäude gegenüber dem (Abriss und) Neubau aus Klima- und Ressourcenschutzgründen zu bevorzugen ist. Für Lieferleistungen regelt § 2 Abs. 1 Satz 4 AVV Klima entsprechend, dass abzuwägen sei, *„ob anstelle des Neukaufs die Reparatur eines vorhandenen Produkts, der Kauf eines gebrauchten Produkts, Miete oder Leasing ein klima- und umweltfreundlicheres Mittel der Beschaffung darstellen“*. Auch bei Alternativlösungen sind die Anforderungen des § 45 KrWG an die zu mietenden oder leasenden Gegenstände bzw. an die bei der Reparatur verwendeten Materialien zu stellen.
- ▶ Prüfungsschritt „**Bezug zum Auftragsgegenstand**“: Für welches der § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrWG genannten Ressourcenschutzkriterien besteht ein Zusammenhang zum Auftragsgegenstand, so dass dieses Kriterium in der Folge bei der Bedarfsanalyse bzw. der späteren Leistungsbeschreibung angewendet werden sollte?
- ▶ Prüfungsschritt „**Abdeckung durch Klimaschutz**“: Ist eines oder mehrere der Ressourcenschutzkriterien durch entsprechende Kriterien zum Klimaschutz ebenfalls

erfüllt, so dass kein zusätzliches Kriterium für den Ressourcenschutz gefordert werden müsste?

- ▶ Prüfungsschritt „**Auswahl Ressourcenschutzaspekt**“: Welche konkrete Anforderung wird an die zu beschaffende Liefer-, Bau- oder Dienstleistung für das jeweilige Ressourcenschutzkriterium des § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrWG gestellt?
 - Die in Nr. 1 genannten Erzeugnisse zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihrem Produktionsverfahren im Vergleich zu anderen Produktionsverfahren sowohl der Rohstoffverbrauch als auch die Produktionsmittel (wie Strom, Wasser, Chemikalien) geringer oder weniger umweltschädlich ausfallen. Ob und welche Produkte mit diesen Anforderungen am Markt verfügbar sind, kann u.a. durch entsprechende Gütezeichen, wie dem Blauen Engel⁶⁴, nachgeprüft werden.
 - Erzeugnisse, welche die Nr. 2 erfüllen, sind solche, die durch eine Reinigung, Prüfung oder Reparatur wieder nutzbar sind, z.B. gebrauchte Elektrogeräte. Diese sparen Ressourcen, Wasser und Energie, weil sie gar nicht erst dem Recycling oder der Beseitigung zugeführt wurden (Vorbereitung zur Wiederverwendung i.S.v. § 3 Abs. 24 KrWG steht auf der 2. Stufe der Abfallhierarchie gem. § 6 Abs. 1 KrWG). Ferner zählen dazu Erzeugnisse aus recycelten Abfällen i.S.v. § 3 Abs. 25 KrWG, die auf der 3. Stufe der Abfallhierarchie gem. § 6 Abs. 1 KrWG angesiedelt sind. Beim Recycling ist durch das Gesetz der Einsatz von Rezyklaten besonders hervorgehoben, also der Ersatz von Primärrohstoffen durch Sekundärrohstoffe bei der Herstellung, so z.B. bei Recyclingpapier oder beim Einsatz von Kunststoffrezyklaten. Welche konkreten Maßnahmen für Kunststoffrezyklate in der Beschaffung gefordert werden können, behandelt eine aktuelle Handreichung des UBA für Beschaffungsstellen.⁶⁵ Schließlich sollen mit Nr. 2 auch Erzeugnisse beschafft werden, die aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt wurden.
 - Nummer 3 bezieht sich auf Produkte, die so konstruiert und hergestellt wurden, dass sie langlebig, reparaturfreundlich, wiederverwertbar und recyclingfähig sind. In § 45 KrWG werden die vorgenannten Begriffe weder legal definiert noch wird auf Definitionen in anderen Rechtsvorschriften, untergesetzlichen Normen oder privaten Regelwerken verwiesen. Das KrWG definiert Begriffe wie „Wiederverwendung“ und „Recycling“ (§ 3 Abs. 21 und 25 KrWG), ohne aber zu definieren, welche Anforderungen an Produkte daraus folgen sollen.⁶⁶ Im Rahmen des Europäischen Normungsprozesses CEN wurden seit 2019 grundlegende Methoden zur Bestimmung der Langlebigkeit (EN 45552:2020 „Durability“), der Reparaturfreundlichkeit (EN 45554:2020 „Repairability“) und der Recyclingfähigkeit (EN 45555:2020 „Recycability“) standardisiert.⁶⁷ Eine produktgruppenbezogene Konkretisierung dieser grundlegenden Methoden durch Produktnormen ist noch nicht erfolgt. Daneben sollen aber auch im Rahmen der Ökodesign-Richtlinie (zukünftig: Ökodesign-Verordnung) für energieverbrauchsrelevante Produkte Anforderungen zu den vorgenannten Kriterien umgesetzt werden. Auch wenn

⁶⁴ <https://www.blauer-engel.de>

⁶⁵ Müller et al. (2021). Vgl. auch die zugrundeliegende Studie: Betz et al. (2022).

⁶⁶ § 3 Abs. 21 KrWG: „Wiederverwendung im Sinne dieses Gesetzes ist jedes Verfahren, bei dem Erzeugnisse oder Bestandteile, die keine Abfälle sind, wieder für denselben Zweck verwendet werden, für den sie ursprünglich bestimmt waren.“

§ 3 Abs. 25 KrWG: „Recycling im Sinne dieses Gesetzes ist jedes Verwertungsverfahren, durch das Abfälle zu Erzeugnissen, Materialien oder Stoffen entweder für den ursprünglichen Zweck oder für andere Zwecke aufbereitet werden; [...]“

⁶⁷ Siehe die Webseite von ECOS: <https://ecostandard.org/environmentally-sustainable-by-design-thanks-to-new-standards>.

bislang produktbezogene Konkretisierungen noch nicht vorhanden sind, kann die Beschaffungsstelle folgende grundsätzlichen Anforderungen stellen:

- **Langlebigkeit und Wiederverwertbarkeit:** Zu denken ist an eine mehrjährige Gewährleistungsfrist oder einen Reparatur-Service für die geplante Nutzungszeit. Grundsätzlich bilden die steuerrechtlichen Abschreibungszeiträume für die Abnutzung von Produkten („AfA-Tabellen) aus ressourcenrechtlicher Sicht keinen zwingenden Maßstab, da sie nicht der realen Nutzungsmöglichkeit von Produkten entsprechen (siehe oben 2.2.2). Vielmehr sollte aus Ressourcensicht eine möglichst lange Nutzungsdauer erreicht werden. Zu bedenken ist auch, dass aus der beabsichtigten kurzen Nutzungsdauer eines Gebrauchsprodukts nicht zwingend auf dessen Lebensdauer geschlossen werden darf. So kann ein langlebiges Gebrauchsprodukt nach der Nutzung zur Weiternutzung oder Wiederaufbereitung innerhalb oder außerhalb der Beschaffungsstelle weitergegeben werden.
 - Mögliche Kriterien für die „**Reparaturfreundlichkeit**“ sind: Vorgaben an die Verfügbarkeit von Ersatzteilen (z.B. mindestens sieben oder zehn Jahre nach dem Kauf), die Bereitstellung einer ausführlichen Anleitung zur Reparatur oder die Forderung, dass defektanfällige oder lebensdauerbegrenzende Komponenten mit allgemein erhältlichen Werkzeugen ausgetauscht werden können, ohne dass das betreffende Gerät dauerhaft beschädigt wird.
 - **Recyclingfähigkeit:** Beispielsweise die Kennzeichnung der Materialbeschaffenheit auf der jeweiligen Produktkomponente (z.B. der Kunststoffart aus dem die Komponente besteht und der verwendeten Additive).
- ▶ Sicherlich fallen unter diesen Punkt (Nr. 3) z.B. mehrfach verwendbare Erzeugnisse, wie Mehrwegbehältnisse oder Akkus anstatt Einwegbatterien, oder Elektrogeräte, bei denen sich der Akku leicht austauschen lassen.
 - ▶ Nummer 4 nimmt mit der Entsorgungseigenschaft insbesondere das Recycling und die Beseitigung von Abfällen in den Blick, indem Erzeugnisse zu bevorzugen sind, die im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger Abfällen, zu einer geringen Schadstofffracht in den Abfällen führen oder sich besser in eine umweltverträgliche Abfallbewirtschaftung einfügen i.S.v. § 3 Abs. 14 KrWG (z.B. hinsichtlich ihrer Zerlegbarkeit oder der Entnahmemöglichkeit von Batterien).

5.2 Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (gem. § 7 Abs. 2 BHO)

Die im vorgenannten Abschnitt genannten Beschaffungsvorgänge sind nach dem Haushaltsrecht finanzwirksame Maßnahmen, für welche die öffentlichen Beschaffungsstellen jeweils angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchführen müssen. Rechtsgrundlage hierfür ist § 7 Abs. 2 BHO. Als ergänzende Quellen sind die Vorgaben der Nummer 2 der Verwaltungsvorschriften zu § 7 BHO (VV-BHO)⁶⁸ und die „Arbeitsanleitung Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen“ des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) anzuführen.⁶⁹ Nach 2.3.1 VV-BHO ist bei der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen die nach

⁶⁸ Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO): https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_14032001_DokNr20110981762.htm.

⁶⁹ Arbeitsanleitung Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, Rundschreiben des BMF vom 12. Januar 2011, in der Fassung der Änderung durch Rundschreiben des BMF vom 07.05.2021 - II A 3 - H 1012-6/19/10003 :003, DOK 2021/0524501: <https://olev.de/w/BMF-Arbeitsanleitung.pdf>.

den Erfordernissen des Einzelfalls einfachste und wirtschaftlichste Methode anzuwenden. Zur Verfügung stehen hierfür einzelwirtschaftlich und gesamtwirtschaftlich (=volkswirtschaftlich) orientierte Verfahren, deren Voraussetzungen und Verfahren jeweils in den genannten Quellen näher beschrieben sind. Bei einem Vergabeverfahren dürfte in der Regel eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung aus einzelwirtschaftlicher Perspektive Ausgangspunkt der Untersuchung sein.

In welchem Verhältnis die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung dabei die verpflichtenden Vorgaben für den Klima- und Ressourcenschutz einbeziehen muss, soll in den nachfolgenden Abschnitten erläutert werden.

5.2.1 Klimaschutz

§ 2 Abs. 1 Satz 2 AVV Klima regelt für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nach § 7 Abs. 2 BHO, dass in einem ersten Schritt die „Energieeffizienz über den gesamten Lebenszyklus der Leistung“ einzubeziehen ist. Nach dem Wortlaut der Regelung ist dabei „insbesondere der Aspekt der energieeffizientesten Systemlösung“ zugrunde zu legen. Die „Energieeffizienz über den gesamten Lebenszyklus der Leistung“ wird dabei definiert als „Herstellung, Nutzung, Wartung sowie Abholung, Recycling oder Entsorgung nach Beendigung der Nutzung“. Hierdurch sollen insbesondere die Energiekosten des gesamten Lebenszyklus in die Berechnung einfließen. Dadurch wird vermieden, dass nur die reinen Investitionskosten angelegt werden – ohne die finanziellen Folgekosten des Energieverbrauchs zu berücksichtigen.

In einem zweiten Schritt ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nummer 2 AVV Klima jedoch auch eine „Prognose der verursachten Treibhausgasemissionen während des gesamten Lebenszyklus“ zu erstellen, soweit dies „mit vertretbarem Aufwand möglich“ ist. Hierbei wird in § 2 Abs. 1 Satz 3 AVV Klima ergänzend darauf hingewiesen, dass die Prognose der verursachten Treibhausgasemissionen in der Regel auf der Grundlage von Hilfestellungen des UBA erfolgen soll. Diese Hilfestellungen liegen allerdings teilweise noch nicht vor.

Nach § 2 Abs. 3 AVV Klima i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG sind diese prognostizierten Treibhausgasemissionen mit einem CO₂-Preis zu multiplizieren. Die hierdurch ermittelten monetären Werte sind jeweils in die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach § 7 Abs. 2 BHO einzubeziehen (siehe hierzu im Einzelnen oben Abschnitt 2.3).

5.2.2 Ressourcenschutz

Die Bevorzugungspflicht muss gem. § 45 Abs. 2 Satz 4 KrWG die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 BHO) beachten (siehe dazu die Ausführungen in Abschnitt 3.2). Nach den Regelungen in der VV-BHO⁷⁰ zu § 7 BHO muss die Beschaffungsstelle damit die „günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln (Ressourcen)“ erreichen. Allerdings hat der Gesetzgeber durch § 45 KrWG die Zweckbestimmung so überformt, dass die Beschaffungsstelle mindestens einen der Ressourcenschutzaspekte in die Zweckdefinition aufnehmen muss. Entscheidet sich die Beschaffungsstelle ein Produkt unter dem Ressourcenschutzaspekt „Recyclingfähigkeit“ (§ 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KrWG) zu beschaffen, ist bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung vom „recyclingfähigen Produkt“ als Zweck auszugehen und nicht von einem Produkt ohne diese Eigenschaft. Die Wahl des wirtschaftlichsten Produkts (Zweck-Mittel-Relation) kann sich dann nur zwischen den am Markt verfügbaren „recyclingfähigen Produkten“ ergeben. Seine Grenzen findet die Bevorzugungspflicht dann, wenn die Zwecksetzung zu unzumutbaren Mehrkosten bei der Beschaffungsstelle führt. Dazu ist für den konkreten Beschaffungsvorgang das Produkt mit

⁷⁰ Siehe Fußnote 68.

den umweltfreundlichen Eigenschaften des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG mit einem (konventionellen) Produkt ohne diese Eigenschaften bei gleicher Funktionalität zu vergleichen. Ab welcher Höhe der Mehrkosten von einer Unzumutbarkeit auszugehen ist, wird im KrWG nicht festgelegt. Klar ist jedoch, dass dies nicht der Fall ist, bloß weil das Produkt teurer ist als das Vergleichsprodukt.⁷¹

Ein pauschaler rechtlicher Wert (als Vorgabe) für unterschiedlichste Liefer- und Dienstleistungen ist nicht möglich und auch nicht zielführend. Vielmehr sollten dies die Bedarfsträger in der Umsetzung ihrer Nachhaltigkeitsstrategie bzw. Vergabeentscheidung festlegen.

5.3 Zwischenergebnis

Die öffentlichen Auftraggeber verfügen grundsätzlich im Ober- und Unterschwellenbereich über einen erheblichen Spielraum (Ermessen), den Auftragsgegenstand entsprechend ihrer eigenen Bedarfe zu definieren (§ 97 GWB, § 2 UVgO). Dieser Spielraum wird für die Beschaffungsstellen des Bundes sowohl zum Zweck des Klimaschutzes durch das Berücksichtigungsgebot im KSG als auch für den Ressourcenschutz durch die Bevorzugungspflicht in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG erheblich begrenzt. Die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Bedarfsprüfung (Abschnitte 5.1.1 und 5.1.2) sowie die Wirtschaftlichkeitsprüfung (Abschnitte 5.2.1 und 5.2.2) werden beschrieben. Beide Zwecksetzungen sind in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu berücksichtigen, so dass sie in die Entscheidung über die Einleitung des Beschaffungsverfahrens und die Festlegung des Leistungsgegenstands einfließen. Bereits bei der Bezeichnung des Auftragsgegenstandes kann und sollte die Beschaffungsstelle auf die klima- und ressourcenschonenden Anforderungen hinweisen. So könnte die Beschaffungsstelle als Auftragsgegenstand „CO₂-arme oder Recyclingfähige Textilien“ oder „Textilien aus 100 % Recyclingmaterial“ wählen.

Die Ermittlung von Treibhausgasemissionen wird durch den „vertretbaren Aufwand“ begrenzt (Abschnitt 2.2.3.1). Aus dieser Formulierung wird hier geschlussfolgert, dass die Beschaffungsstelle die Ermittlung von Treibhausgasemissionen auf Beschaffungen und Investitionen beschränken kann, bei denen von einer relevanten Höhe von Treibhausgasemissionen auszugehen ist. Die Bevorzugungspflicht des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG darf nicht zu „unzumutbaren Mehrkosten“ führen. Die Höhe der Mehrkosten wird vom Gesetzgeber nicht beziffert. Unzumutbare Mehrkosten liegen nicht bereits dann vor, wenn das Produkt teurer als das Vergleichsprodukt ist. Unzumutbar sind die Mehrkosten, wenn der Bedarfsträger die dadurch entstehenden höheren Kosten aus besonderen Gemeininteressen nicht hinnehmen kann.

5.4 Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung umfasst sämtliche Anforderungen an die zu erbringende Leistung, die von allen Bietern beachtet werden müssen und die im Ober- und Unterschwellenbereich so eindeutig zu formulieren ist, dass die abgegebenen Angebote vergleichbar sind (§ 31 Abs. 1 VgV i.V.m. § 121 GWB; § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A; § 23 UVgO). Die Ergebnisse der Bedarfsermittlung finden Eingang in die Leistungsbeschreibung. Dabei wirkt sich die Verpflichtung zur Berücksichtigung von Klima- und Ressourcenschutzaspekten auch auf die Leistungsbeschreibung aus.

Zu beachten ist schließlich, dass das Leistungsbestimmungsrecht durch die Wettbewerbsfreiheit begrenzt ist. Daraus ergibt sich, dass die Beschaffungsstelle grundsätzlich nicht eine spezielle Marke, ein bestimmtes Produkt oder Verfahren sowie einen bestimmten Ursprungsort oder eine

⁷¹ Vgl. Schneider (2023), S. 70 mit dem Hinweis auf die anwendbare Rechtsprechung zu „unzumutbaren Mehrkosten“, z.B. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6. 4. 2011 – 15 Verg 3/11.

Bezugsquelle vorschreiben darf, da dies zu einer Diskriminierung der anderen anbietenden Unternehmen führt. Die Erläuterung Nr. 4.1.3 zur AVV Klima führt hierzu aus, dass in der Leistungsbeschreibung „*Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren wie beispielsweise Markennamen nur ausnahmsweise, jedoch nur mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, verwendet werden [dürfen], wenn eine hinreichend genaue Beschreibung durch verkehrsübliche Bezeichnungen nicht möglich ist.*“ Der Zusatz „oder gleichwertig“ könne allerdings entfallen, wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe ansonsten rechtfertigt.

5.4.1 Klimaschutz

Grundsätzlich hat die öffentliche Beschaffungsstelle Ermessen bei der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung. Dieses ist jedoch durch die Vorgaben der AVV Klima eingeschränkt. Denn der öffentliche Auftraggeber hat das Ergebnis der in § 2 Abs. 1 AVV Klima vorgeschriebenen Wirtschaftlichkeitsprüfung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AVV Klima zu berücksichtigen.

Besonderheiten sind hierzu insbesondere auch bei der Beschaffung von **energieverbrauchsrelevanten Liefer- oder Dienstleistungen** vorhanden. Hierzu gibt es Vorgaben einerseits durch § 67 Abs. 2 VgV und andererseits durch § 4 Abs. 1 AVV Klima. Die beiden Regelungen haben einen anderen Anwendungsbereich und unterscheiden sich auch inhaltlich.

Die Beschaffungsstellen sind bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Liefer- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich⁷² grundsätzlich verpflichtet in der Leistungsbeschreibung insbesondere folgende Anforderungen zu stellen (gem. § 67 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VgV):

1. das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und,
2. soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (EnVKV⁷³).

Unter energieverbrauchsrelevanten Liefer- und Dienstleistungen sind nach der Legaldefinition in § 67 Abs. 1 VgV solche zu verstehen, bei denen „*energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen Gegenstand einer Lieferleistung oder wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Dienstleistung sind.*“

Die Formulierung „*insbesondere*“ in § 67 Abs. 2 VgV weist darauf hin, dass es sich nicht um abschließende Anforderungen handelt.

Was unter „*höchstes Leistungsniveau*“ in Nr. 1 zu verstehen ist, ist nicht geregelt. Deshalb müssen die Auftraggeber im Rahmen der Bedarfsfeststellung zunächst bestimmen, welche Leistung das zu beschaffende Produkt haben soll und dann eine Markterkundung durchführen, um das höchste am Markt verfügbare Energieeffizienzniveau zu identifizieren. Hierzu kann auch die Europäische Produktdatenbank für die Energieverbrauchskennzeichnung (EPREL) genutzt werden.⁷⁴ Dieses ist dann als Mindestanforderung in der Leistungsbeschreibung vorzugeben.⁷⁵

Da es sich bei der Anforderung um eine „Soll-Vorschrift“ handelt, haben die Beschaffungsstellen einen Ermessensspielraum von den Anforderungen abzuweichen, wenn besondere Umstände

⁷² Eine entsprechende Vorgabe im Unterschwellenbereich ist in der UVgO nicht geregelt. Eine Ausweitung auf den Unterschwellenbereich findet allerdings durch die AVV Klima statt (siehe sogleich).

⁷³ Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung vom 30. Oktober 1997 (BGBl. I S. 2616), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 19. Februar 2021 (BGBl. I S. 310) geändert worden ist.

⁷⁴ Abrufbar unter: <https://eprel.ec.europa.eu/screen/home>.

⁷⁵ Greb, in: Ziekow/Völlink (2020): Vergaberecht, § 67 VgV, Rn. 13.

dies nahelegen. An diese Abweichungsmöglichkeit sind hohe Anforderungen zu stellen.⁷⁶ So können die Beschaffungsstellen von der Festlegung des höchsten Leistungsniveaus der Energieeffizienz (§ 67 Abs. 2 Nr. 1 VgV) dann abweichen, wenn sich trotz größtem Aufwand bei der Beschaffung der Marktinformation kein entsprechendes höchstes Energieeffizienz-Leistungsniveau ermitteln lässt. In diesem Fall müsste die Beschaffungsstelle dann die höchstmöglichen Anforderungen stellen.⁷⁷

Für die Vorgaben des § 67 VgV ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese direkt nur für den Oberschwellenbereich gilt. Eine entsprechende Regelung in der UVgO ist nicht ersichtlich. Die AVV Klima schließt diese Lücke, da sie gleichermaßen für alle Vergaben und damit sowohl für den **Oberschwellen- und den Unterschwellenbereich** gilt. In § 4 Abs. 1 Satz 2 AVV Klima wird verbindlich im Indikativ angeordnet – nicht nur als Soll-Regelung – dass bei der „Erstellung der Leistungsbeschreibung ebenfalls zu berücksichtigen ist:

- 1. soweit vorhanden, die zum Zeitpunkt der Beschaffung höchste und durch auf dem europäischen Markt verfügbare, dem Bedarf entsprechende Produkte erreichte Energieeffizienzklasse im Sinne der Verordnung (EU) 2017/1369 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2017 zur Festlegung eines Rahmens für die Energieverbrauchskennzeichnung und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/30/EU (ABl. L 198 vom 28.07.2017, S. 1) und der gemäß Artikel 11 Absatz 4 und 5 und Artikel 16 der Verordnung (EU) 2017/1369 erlassenen Produktverordnungen,*
- 2. im Übrigen das höchste und durch auf dem europäischen Markt verfügbare Produkte erreichte Leistungsniveau an Energieeffizienz.“*

Damit wird konkret und verbindlich vorgegeben, dass bei Vergabeverfahren des Bundes stets bereits in der Leistungsbeschreibung Produkte mit dem höchsten verfügbaren Leistungsniveau an Energieeffizienz vorzusehen sind.

5.4.2 Ressourcenschutz

Das Ergebnis der zwingend durchzuführenden Prüfung der Bevorzugungspflicht des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG im Rahmen der Bedarfsprüfung (siehe Abschnitte 5.1.2 und 5.2.2), schlägt sich bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung nieder. Ist das Ergebnis der Bedarfsprüfung die Neuanschaffung einer Ware und liegen keine Ausnahmen nach § 45 Abs. 2 Satz 2 KrWG vor, so muss mindestens eine der in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrWG aufgeführten hersteller-, nutzungs- oder entsorgungsbezogenen Kriterien als Anforderung in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden.

Darüber hinaus steht es den öffentlichen Beschaffungsstellen frei, solche Kriterien in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrWG, die sie nicht in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt haben, als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen (siehe unten Abschnitt 5.6).

Bei der Festlegung der Anforderungen sind insbesondere die allgemeinen Grundsätze der Rechtsprechung zu beachten, dass die produktbezogene Ausschreibung willkür- und diskriminierungsfrei sein muss. Produktbezogene Ausschreibungen sind nach § 31 Abs. 6 VgV verboten.

Auf die Verwendung von Gütezeichen zur Leistungsbeschreibung wird im nachfolgenden Abschnitt eingegangen.

⁷⁶ Greb, in: Ziekow/Völlink (2020): Vergaberecht, § 67 VgV, Rn. 14.

⁷⁷ Greb, in: Ziekow/Völlink (2020): Vergaberecht, § 67 VgV, Rn. 14 mit Verweis auf die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 345/11, S. 8.

5.4.3 Verwendung von Gütezeichen

Grundsätzlich stehe es den öffentlichen Beschaffungsstellen frei Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV in zwei Weisen nutzen⁷⁸:

- ▶ Anstatt die Anforderungen an die Liefer-, Dienst- oder Bauleistung detailliert in der Leistungsbeschreibung aufzuführen, kann eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung durch den pauschalen Verweis auf ein Gütezeichen erfolgen.
- ▶ Als Nachweis der bietenden Unternehmen, dass diese die Anforderungen an eine Liefer-, Dienst- oder Bauleistung in der Leistungsbeschreibung einhalten.

In beiden Fällen muss die Beschaffungsstelle in den Vergabeunterlagen auch gleichwertige Gütezeichen zulassen und anerkennen.

Damit Gütezeichen in dem vorbeschriebenen Sinn verwendet werden dürfen, müssen sie die Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV erfüllen. Bei den sogenannten Typ I-Umweltzeichen nach DIN EN ISO 14024, zu denen u.a. der Blaue Engel und das EU-Umweltzeichen gehören, wird in der Regel davon ausgegangen, dass diese die Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV erfüllen.⁷⁹

Möglich ist auch, dass in der Leistungsbeschreibung nur auf bestimmte Kriterien des Gütezeichens verwiesen wird (§ 34 Abs. 3 VgV). In diesem Fall kann die Beschaffungsstelle nicht pauschal auf das Gütezeichen verweisen, sondern muss die ausgewählten Kriterien im Gütezeichen eindeutig in der Leistungsbeschreibung benennen. Die Kriterien selbst müssen zudem die Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV einhalten.⁸⁰

Bei der Verwendung von Gütezeichen sind Beschaffungsstellen des Bundes, die der AVV Klima unterliegen, nach § 4 Abs. 2 Satz 1 AVV Klima **verpflichtet**, durch Verweis auf Gütezeichen die zu beschaffende Leistung zu beschreiben (siehe die Nr. 1 oben). Damit soll der Beschaffungsprozess erleichtert werden und die Verbreitung der Gütezeichen gefördert werden.⁸¹ Die Beschaffungsstellen können zudem nicht ein beliebiges Gütezeichen verwenden, sondern sie müssen das Umweltzeichen Blauer Engel verwenden und dürfen nur dann, wenn es keinen Blauen Engel für den betreffenden Beschaffungsgegenstand gibt, das Europäische Umweltzeichen verwenden (§ 4 Abs. 2 Satz 3 AVV Klima). Bei den zuvor benannten Verpflichtungen in § 4 Abs. 2 AVV Klima handelt es sich um eine Soll-Bestimmung, d.h. die Beschaffungsstellen sind in der Regel dazu verpflichtet und dürfen nur in Ausnahmefällen davon abweichen. Ein solcher Ausnahmefall existiert, wenn weder ein Blauer Engel noch ein Europäisches Umweltzeichen für die zu beschaffende Leistung existiert oder das Gütezeichen für die konkrete Beschaffung nicht verwendbar ist. In letzterem Fall könnte ein Gütezeichen nicht verwendbar sein, weil darin keine klimaschonenden Aspekte an das zu beschaffenden Produkt geregelt sind. Im Blauen Engel finden zwar grundsätzlich klima- und ressourcenbezogene Umweltaspekte zunehmend Berücksichtigung, die Beschaffungsstelle muss sich aber vergewissern, ob die gewünschte Klimaschutz-Anforderungen auch vom entsprechenden Blauen Engel abgedeckt ist.

Um die Verpflichtungen aus § 45 KrWG zu erfüllen, steht es den Beschaffungsstellen frei (Ermessensentscheidung), ob und welche der beiden oben beschriebenen Optionen für

⁷⁸ Siehe dazu ausführlicher Schneider (2023), S. 81.

⁷⁹ Siehe zu den Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV im Detail: Schneider (2023), S. 82 ff.

⁸⁰ Siehe dazu ausführlicher Schneider (2023), S. 90ff.

⁸¹ Vgl. Punkt 4.1.4 in der Begründung zur AVV Klima, S. 20.

Gütezeichen sie nutzen. Der § 45 KrWG enthält dazu keine gegenüber dem allgemeinen Beschaffungsrecht hinausgehenden Anforderungen.

5.5 Eignungskriterien und Ausschlussgründe

Eignungskriterien dienen der Prüfung des Auftraggebers, ob der Bieter grundsätzlich geeignet und in der Lage ist, den Auftrag durchzuführen. Erfüllt ein bietendes Unternehmen die Eignungskriterien nicht oder liegen Ausschlussgründe vor, darf der Bieter nicht bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden (§ 42 Abs. 1 VgV). Dabei sind im Ober- und Unterschwellenbereich die bietenden Unternehmen gleich zu behandeln (§ 97 Abs. 2 GWB bzw. § 31 Abs. 1 VgV; § 31 Abs. 1 UVgO). Die Eignungsprüfung umfasst Ausschlussgründe, die nach § 123 GWB zwingend von der Beschaffungsstelle zu beachten sind sowie Ausschlussgründe nach § 124 GWB, bei denen es im Ermessen der Beschaffungsstelle liegt, ob sie diese im Vergabeverfahren fordert. Im Rahmen der nachhaltigen Beschaffung bietet sich generell an, einen Ausschluss aufgrund eines nachweislichen Verstoßes gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB) als Ausschlussgrund zu fordern. Entsprechendes gilt im Unterschwellenbereich gem. § 31 Abs. 1 UVgO i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB bzw. § 16 Abs. 2 VOB/A.

Eignungskriterien an die bietenden Unternehmen, die spezifisch zur Verwirklichung von Klimaschutz- und Ressourcenaspekten beitragen, können im Rahmen der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit im Oberschwellenbereich (§§ 44 bis 46 VgV) und im Unterschwellenbereich (§ 33 UVgO) festgelegt werden. Dabei ist zu beachten, dass öffentliche Beschaffungsstellen nur Nachweise über die technische und berufliche (fachliche) Leistungsfähigkeit zu den in § 46 VgV Abs. 3 (bzw. § 6a EU Nr. 3 VOB/A sowie im Unterschwellenbereich in § 33 UVgO) abschließend aufgeführten Fällen verlangen dürfen. Dazu zählen insbesondere:

„3. Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmens,

4. Angabe des Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems, das dem Unternehmen zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht,

[...]

7. Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet,

[...]

9. Erklärung, aus der ersichtlich ist, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung das Unternehmen für die Ausführung des Auftrags verfügt,

[...].“

Zur Stärkung des Klima- und Ressourcenschutzes im Vergabeverfahren bietet sich an, den Nachweis eines **Umweltmanagementsystems** von den bietenden Unternehmen zu fordern (§ 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV). Die Anforderung kann sowohl für Bau- und Dienstleistungsaufträge als auch für Lieferaufträge gestellt werden.⁸² Einen entsprechenden Verweis auf diese Eignungsvoraussetzung findet sich in § 4 Abs. 3 AVV Klima. Die Regelung verweist auf die bestehenden Regelungen im allgemeinen Vergaberecht ohne zusätzliche Vorgaben zu machen

⁸² Vgl. Schneider (2023), S. 104 ff.

oder den Beschaffungsstellen die Verwendung dieses Eignungskriteriums verpflichtend vorzuschreiben.

Im Rahmen dieses Eignungskriteriums (technische Leistungsfähigkeit) können nach § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV sowohl einzelne Umweltschutzmanagementmaßnahmen gefordert werden, wie die Anwendung eines Klimaschutz- und/oder Ressourcenmanagements im Unternehmen, als auch ein komplettes Umweltmanagementsystem wie z.B. Eco-Management and Audit Scheme (EMAS) (§ 49 Abs. 2 VgV).⁸³ Trotz des irritierenden Wortlauts in Nr. 7 „während der Auftragsausführung“, ist das Eignungskriterium nicht auf die Auftragsausführung beschränkt, sondern gilt für das bietende Unternehmen generell - unabhängig vom konkreten Auftrag.⁸⁴ Alle Eignungskriterien in § 46 Abs. 1 und 3 VgV dürfen nur gefordert werden, wenn das jeweilige Eignungskriterium einen konkreten Bezug zum Auftragsgegenstand hat und die Anforderungen mit Blick auf den Umfang und die Art des Auftrags angemessen sind.⁸⁵ Im Fall des § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV sollte die Beschaffungsstelle im Eignungskriterium und/oder dem Vergabevermerk darlegen, dass und wie bei der zu beschaffenden Bau-, Liefer- oder Dienstleistung der Klima- und Ressourcenschutz gefördert werden soll. Insbesondere sollte sie darlegen, welcher Bezug zu Klima- und Ressourcenschutzmanagementmaßnahmen seitens der anbietenden Unternehmen besteht. In der Literatur und in Leitfäden wird von einer Verbindung zum Auftragsgegenstand ausgegangen, wenn es sich um Umweltmanagementmaßnahmen handelt, die während der Ausführung von umweltrelevanten Tätigkeiten zu beachten sind. Als Beispiele werden Transport-, Reinigungs- und Entsorgungsleistungen genannt.⁸⁶

Die Beschaffungsstelle kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Oberschwellenbereich eine Zertifizierung nach dem europäischen Umweltmanagementsystem EMAS⁸⁷ oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen (z.B. der DIN EN ISO 14001)⁸⁸ verlangen (gem. § 49 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VgV bzw. § 6c EU Abs. 2 VOB/A).

5.6 Zuschlagskriterien

Anhand der Zuschlagskriterien erfolgt die Wertung der Angebote im Hinblick auf das wirtschaftlichste Angebot, d.h. der Preis ist nicht allein ausschlaggebend, sondern das Preis-Leistungs-Verhältnis (§ 127 Abs. 1 Satz 1 GWB, § 58 VgV; § 43 UVgO; § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A). Sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich steht es im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstellen Zuschlagskriterien z.B. für die Qualität oder die Umwelteigenschaften (also auch den Klima- und Ressourcenschutz) der Leistung aufzustellen (vgl. § 58 VgV; § 43 Abs. 2 UVgO, § 16d Abs. 1 Nr. 4 VOB/A). Dann muss die öffentliche Beschaffungsstelle die Zuschlagskriterien in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen bekannt geben und gewichten (§ 58 Abs. 3 Satz 1 VgV).

⁸³ Vgl. auch Schneider (2023), S. 109.

⁸⁴ Vgl. Stolz in: Ziekow/Völlink (2020): Vergaberecht, § 46 VgV, Rn. 31; Schneider (2023), S. 109 ff.

⁸⁵ Vgl. Stolz in: Ziekow/Völlink (2020): Vergaberecht, § 46 VgV, Rn. 5.

⁸⁶ Schneider (2023), S. 109 ff.

⁸⁷ Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (EMAS III) (Abl. L 342 vom 22.12.2009, S. 1) zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2018/2026 der Kommission vom 19. Dezember 2018 zur Änderung des Anhangs IV der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (EMAS) (Abl. L 325 vom 20.12.2018, S. 18).

⁸⁸ Siehe für die deutsche Website zur Umweltmanagementnorm ISO 14001: Glatzner (o. J.).

Konkrete Vorgaben zum Gewichtungsverhältnis zwischen den einzelnen Zuschlagskriterien sind weder durch den Gesetzgeber noch durch die Rechtsprechung aufgestellt worden. Nach der Vergaberechtsprechung soll der Preis 30 Prozent nicht unterschreiten.⁸⁹

Allerdings wird das Ermessen für die Beschaffung bestimmter Leistungen oder um Klima- und Ressourcenschutzaspekte zu berücksichtigen, eingeschränkt. Die AVV Klima macht in ihrem Anwendungsbereich aus **Klimaschutzgründen** weitgehende und verbindliche Vorgaben wie das Ermessen ausgeübt werden muss (siehe nachfolgenden Abschnitt 5.5.2); ebenso für den **Ressourcenschutz** nach § 45 KrWG (siehe nachfolgenden Abschnitt 5.5.3). Bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen (vgl. § 67 Abs. 2 VgV) muss bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots insbesondere die Energieeffizienz „angemessen“ berücksichtigt werden.⁹⁰ Ferner ist das Ermessen auch bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen eingeschränkt (vgl. SaubFahrzeugBeschG).

Generell spielt bei der Frage, ob die Beschaffungsstellen Kriterien zum Ressourcenschutz oder der Senkung von Treibhausgasen als Leistungs- oder Zuschlagskriterien aufstellen, natürlich auch die Verfügbarkeit entsprechender Produkte in den ausgewählten Produktgruppen eine Rolle.

5.6.1 Allgemeine Voraussetzungen für Zuschlagskriterien (inkl. Klima- und Ressourcenschutz)

Damit die Beschaffungsstellen Zuschlagskriterien (einschließlich der Klima- und Ressourcenschutzkriterien) aufstellen dürfen, müssen sie folgende Voraussetzungen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁹¹ sowie der Richtlinie 2014/24/EU⁹² kumulativ erfüllen. Die Kriterien müssen:

1. mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,
2. der öffentlichen Beschaffungsstelle keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen und
3. den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den davon abgeleiteten Grundsätzen, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz sowie der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb, entsprechen.

Für die Beachtung von Klimaschutz- und Ressourcenschutzkriterien kritisch ist das Merkmal „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen“. Ein Zusammenhang besteht z.B. wenn das geforderte Merkmal beim Auftraggeber zu einem wirtschaftlichen Vorteil führt, z.B. zu geringerem Stromverbrauch, zu geringeren Entsorgungskosten oder zu mehr Wiederverwendungsmöglichkeiten.⁹³ Schwierig ist die Frage eines Zusammenhanges mit dem Auftragsgegenstand dann zu beantworten, wenn als **Zuschlagskriterien** Umwelteigenschaften berücksichtigt werden sollen, die der ausgeschriebenen Leistung **nicht unmittelbar anhaften** (z.B. wie ein Rohstoff oder Vorprodukt gewonnen oder verarbeitet wurde oder ob für die

⁸⁹ Vgl. Schneider (2023), S. 122 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

⁹⁰ Ausführlicher dazu Schneider (2023), S. 112 ff.

⁹¹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finnland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussiliikenne („Concordia Bus“), Rn. 55.

⁹² Vgl. Erwägungsgrund (104) Richtlinie 2014/24/EU.

⁹³ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede (2017), § 58 VgV, Rn. 124.

Herstellung des konkreten Produkts erneuerbare Energien genutzt wurden). Besonders relevant ist dies in Bezug auf:

1. Produktionsmethoden,
2. Lebenszykluskosten oder
3. externe Kosten.

Diese werden nachfolgend vorgestellt:

5.6.1.1 Produktionsmethoden

Die öffentliche Beschaffungsstelle darf als Zuschlagskriterien auch solche Kriterien wählen, die die Produktionsphase des Auftragsgegenstandes betreffen (Anforderungen hinsichtlich sogenannter Prozess- und Produktionsmethoden, englisch PPMs).⁹⁴ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es „*nicht erforderlich, dass sich ein Zuschlagskriterium auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist, bezieht*“.⁹⁵ Nicht erforderlich ist zudem, dass die Kriterien der öffentlichen Beschaffungsstelle einen (betriebs-)wirtschaftlichen Vorteil bringen.⁹⁶ Die PPM müssten also nicht zwingend eine Werterhöhung zur Folge haben, die der öffentlichen Beschaffungsstelle zugutekommt.

Somit können Klimaschutz- und Ressourcenkriterien nicht nur die Herstellung des Produkts selbst betreffen, sondern können auch vorgelagerte Wertschöpfungsketten erfassen, z.B. den Ab- oder Anbau der genutzten Rohstoffe (z.B. für die Herstellung von Elektrogeräten, Fahrzeugen, Lebensmitteln, Textilien oder Baustoffen).

5.6.1.2 Lebenszykluskosten

Lebenszykluskosten dürfen als Zuschlagskriterium bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen sowohl im Oberschwellenbereich (§ 59 VgV) als auch im Unterschwellenbereich (§ 43 UVgO) berücksichtigt werden. Dazu zählen auch externe Kosten, die im nächsten Abschnitt behandelt werden. Die Berechnungsmethode für die Lebenszykluskosten kann nach § 59 Abs. 2 VgV umfassen: Die Anschaffungskosten, Nutzungskosten (insbesondere den Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen), Wartungskosten, Kosten am Ende der Nutzungsdauer sowie Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der ausgeschriebenen Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann (z. B. Kosten der Emission von Treibhausgasen oder anderen Schadstoffen).

Die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten im Rahmen der Angebotswertung ist für die Beschaffungsstellen herausfordernd, da diese nicht gegen die Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verstoßen dürfen. So muss die Beschaffungsstelle genau definieren, wie die bietenden Unternehmen die

⁹⁴ Zur Zulässigkeit von Produktionsmethoden hat sich auch die 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss vom 30.4.2002 geäußert. In dem Nachprüfungsverfahren ging es um die europaweite Ausschreibung eines Neubaus. In der Vorbemerkung der Ausschreibung hatte die Vergabestelle dargelegt, es dürften nur Materialien verwendet werden, „*die hinsichtlich Gewinnung, Transport, Verarbeitung, Nutzung und Entsorgung eine hohe Gesundheits- und Umweltverträglichkeit aufweisen*.“ Als Zuschlagskriterium war Ökologie genannt. Die Vergabekammer entschied ausdrücklich, dass die Berücksichtigung des Energieaufwands bei der Herstellung in der Wertung durch das Kriterium der Umweltverträglichkeit bei der Herstellung des Materials gerechtfertigt sei. Vgl. 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss vom 30.04.2002, VK 2- 10/02, S. 3, 18.

⁹⁵ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 92 unter Verweis auf seine Entscheidungen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“.

⁹⁶ EuGH (2002), Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussilinen („Concordia Bus“), Rn. 55 sowie EuGH (2003), Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 31, 32.

Lebenszykluskosten ermitteln sollen und mit welcher Gewichtung sie in der Angebotswertung berücksichtigt werden.⁹⁷

5.6.1.3 Externe Kosten

Betriebs- und Folgekosten, die mit der Beschaffung eines Produktes verbunden sind, dürfen von den öffentlichen Beschaffungsstellen ausdrücklich als Zuschlagskriterien im Oberschwellenbereich gem. § 59 Abs. 2 VgV (entsprechendes gilt im Unterschwellenbereich gem. § 43 Abs. 4 UVgO) berücksichtigt werden:

„Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert nach Absatz 3 bestimmt und geprüft werden kann; solche Kosten können Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels umfassen.“

Zu den externen Kosten zählen die Kosten von Treibhausgasemissionen, die durch die Herstellung und die Nutzung einer Leistung/Dienstleistung entstehen. Die AVV Klima enthält dazu eine spezifische Regelung, auf die im nachfolgenden Abschnitt eingegangen wird.

Zudem können sich die externen Kosten verschiedener Bauprodukte im Rahmen der Anschaffung und Wartung in den Lebenszykluskosten unterschiedlich niederschlagen. Als Beispiel können die unterschiedlichen Anschaffungs- und Wartungskosten bei Holz-, Aluminium- und Kunststofffenstern im Zusammenhang mit den externen Umweltbelastungseffekten (z.B. dem CO₂-Ausstoß) bei der Gewinnung von Holz, Kunststoff und Aluminium genannt werden.

5.6.2 Klimaschutz

Wie oben unter 2.2.3.2 bereits ausgeführt, geht § 4 Abs. 4 AVV Klima grundsätzlich davon aus, dass sowohl Lebenszykluskosten als auch der CO₂-Schattenpreis in bestimmten Fällen auch im Rahmen des Zuschlags berücksichtigt werden müssen. Dies gilt ausweislich des Wortlauts allerdings nicht im Unterschwellenbereich. Aufgrund der sehr breit angelegten Rückausnahmen dürfte das Regel-Ausnahme-Verhältnis allerdings in der Praxis umgekehrt sein. So gelten die Vorgaben nicht, wenn *„die Ermittlung der voraussichtlichen Lebenszykluskosten unter Einbeziehung der verursachten Treibhausgasemissionen während des gesamten Lebenszyklus nicht mit vertretbarem Aufwand möglich ist“* oder ihre Berücksichtigung als Zuschlagskriterium *„nicht sachgerecht“* wäre, weil diese Aspekte unter Beachtung der Ergebnisse aus Bedarfsfeststellung, Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sowie deren Umsetzung in der Leistungsbeschreibung *„bereits erschöpfend“* berücksichtigt wurden. Es dürfte für viele Vergabeverfahren gegenwärtig zu empfehlen sein, die Erfassung der Treibhausgasemissionen und die sich daran anschließende Multiplikation mit dem CO₂-Schattenpreis im Rahmen der Bedarfsfeststellung, den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sowie deren Umsetzung in der Leistungsbeschreibung bereits zu behandeln, so dass diese gesetzliche Ausnahme genutzt werden kann. Denn eine zuverlässige Ermittlung und Berücksichtigung der verursachten Treibhausgasemissionen im Rahmen der Zuschlagsentscheidung dürfte aktuell mit Unsicherheiten verbunden sein.

Zwar sieht § 4 Abs. 5 AVV Klima vor, dass die Beschaffungsstellen die damit einhergehenden Informationen bei den Bewerbern und Bietern erfragen kann. Dies könnte jedoch abschreckend sein, Unternehmen überfordern oder auch dazu führen, dass fehlerhafte Daten zugrunde gelegt werden. Es bietet sich damit für Auftraggeber wie Auftragnehmer gleichermaßen an, die Treibhausgasemissionen und den CO₂-Schattenpreis bereits in früheren Vergabephasen

⁹⁷ Siehe dazu ausführlich: Schneider (2023), S. 114ff.

„erschöpfend“ zu berücksichtigen, so dass „klimaschädliche“ Produkte und Dienstleistungen kein zulässiger Leistungsgegenstand und damit von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen sind. Dies gilt entsprechend auch für die weiteren Lebenszykluskosten.

Sofern die Beschaffungsstellen nach § 4 Abs. 4 Lebenszykluskosten im Rahmen des Zuschlags berücksichtigen, müssen sie nach § 4 Abs. 5 Nr. 1 AVV Klima von den bietenden Unternehmen Angaben zum Energieverbrauch der Leistung über den gesamten Lebenszyklus der Leistung verlangen. Davon kann nur abgesehen werden, wenn die am Markt verfügbaren Produkte sich beim Energieverbrauch nur geringfügig unterscheiden.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AVV Klima sind die Regelungen zur Berücksichtigung von Lebenszykluskosten und Treibhausgasemissionen im Rahmen des Zuschlags (§ 4 Abs. 4 und 5 Nummer 2 AVV Klima) ab einem Beschaffungswert über 10.000 Euro (netto) anzuwenden.

5.6.3 Ressourcenschutz

Eine dem § 4 Abs. 4 AVV Klima vergleichbare Regelung zur verpflichtenden Berücksichtigung von Ressourcenschutzaspekten in den Zuschlagskriterien findet sich in § 45 KrWG nicht. Insofern steht es im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstellen, ob sie Ressourcenschutzkriterien bei den Zuschlagskriterien berücksichtigen wollen (vgl. § 58 VgV; § 43 Abs. 2 UVgO, § 16d Abs. 1 Nr. 4 VOB/A). Dieses Ermessen wird aber durch Bevorzugungspflicht in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG dann eingeschränkt, wenn in der Leistungsbeschreibung keines der Ressourcenschutzkriterien des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG festgelegt wird. In diesem Fall muss die Beschaffungsstelle mindestens eines der Kriterien in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG als Zuschlagskriterium festlegen. Ansonsten würde die Bevorzugungspflicht weitgehend leerlaufen. Werden Zuschlagskriterien formuliert, geht der Gesetzgeber zudem davon aus, dass die Bevorzugungspflicht des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG auch Auswirkungen auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien hat.⁹⁸ Dies bedeutet, dass die Beschaffungsstellen den Anforderungen aus § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG im Vergleich zu anderen Zuschlagskriterien eine höhere Gewichtung zukommen lassen müssen (siehe allgemein zur Gewichtung in Abschnitt 5.6).

5.6.4 Nachweis durch Gütezeichen

Die Zuschlagskriterien müssen dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgend auch nachweisbar sein. Als Nachweis können die öffentlichen Beschaffungsstellen im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich Gütezeichen verlangen (§ 58 Abs. 4 i.V.m. §§ 33, 34 VgV; § 43 Abs. 7 i. V. m. § 24 UVgO). Näheres dazu in Abschnitt 5.4.3.

5.7 Auftragsausführungsbedingungen

Auftragsausführungsbedingungen sind Vertragsbedingungen, die vom bietenden Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags zu beachten sind (§ 128 Abs. 2 GWB; § 61 VgV; § 45 UVgO). Auch bei Auftragsausführungsbedingungen können Klima- und Ressourcenschutzkriterien im Vergabeverfahren berücksichtigt werden. Allerdings sind bei der Formulierung von Ausführungsbedingungen folgende Voraussetzungen zu beachten:

1. Es muss ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen.
2. Die Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts müssen beachtet werden.

⁹⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie der Europäischen Union vom 3.2.2020, S. 41.

3. Möglich und angemessen.
4. Die Bedingungen müssen sich klar aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

Eine detaillierte Betrachtung der Voraussetzungen befindet sich in Abschnitt 5.5.

5.7.1 Klimaschutz

Die AVV Klima enthält in § 4 Abs. 6 eine grundsätzliche Verpflichtung der Beschaffungsstellen Auftragsausführungsbedingungen festzulegen (siehe den Wortlaut: „sind ... festzulegen“), um die Ziele des § 3 KSG zu erreichen und die Vorgaben der §§ 13, 15 KSG umzusetzen (siehe § 4 Abs. 6, der auf § 1 Abs. 2 AVV Klima verweist):

„Sofern möglich und angemessen und ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, sind Ausführungsbedingungen für den Auftragnehmer festzulegen, um die in § 1 Absatz 2 benannten Zwecke zu fördern.“

Danach müssen die Beschaffungsstellen auch im Rahmen der Auftragsausführung Bedingungen festlegen, mit den Treibhausgasemissionen im Zusammenhang mit der Auftragsausführung der zu beschaffenden Leistung hinreichend berücksichtigt werden. Die AVV Klima verpflichtet die Beschaffungsstellen aber nicht, eine bestimmte Ausführungsbedingung zu wählen. Eingeschränkt wird diese Verpflichtung durch die eingangs in Kapitel 5.6.1 beschriebenen Voraussetzungen für Zuschlagskriterien, welche entsprechend für Auftragsausführungsbedingungen gelten.⁹⁹

Als Beispiele für Klimaschutzanforderungen bei der Ausführung von Verträgen, können angeführt werden¹⁰⁰:

1. Gerade bei wiederkehrenden Lieferdienstleistungen können Vorgaben an das Verkehrsmittel sinnvoll sein, z.B. die Nutzung eines Elektrofahrzeugs oder eines Lastenrads zur Lieferung, sowie Vorgaben zu dem Lieferzeitpunkt und -umfang, z.B. seltenere größere Lieferungen oder außerhalb von Verkehrsstoßzeiten.
2. die Verpflichtung bei wiederkehrenden Lieferungen, regelmäßig über die CO₂-Emissionen aus der Produktlieferung zu berichten und anzugeben, welche Maßnahmen getroffen wurden, um diese Emissionen während der Auftragsdauer zu reduzieren.

Daneben können auch Anforderungen aus dem Bereich des Ressourcenschutzes (siehe nachfolgenden Abschnitt) klimaschützende Wirkung entfalten.

Im Bereich der Bau- oder Dienstleistungen sind zur Berücksichtigung des Klimaschutzes verschiedene weitere Anforderungen an die Art der Leistungserbringung denkbar, wie etwa

1. die Schulung der Mitarbeiter des Auftragnehmers über Klimaschutzaspekte, z.B. bei der Herstellung und Sanierung von Bauwerken oder Herstellung von Produkten.
2. die Anwendung konkreter Umweltmanagementmaßnahmen, die mit dem Auftrag in Verbindung stehen, z.B. für den Energie-, Ressourcen- und Wasserverbrauch bei der Herstellung der zu beschaffenden Produkte, gegebenenfalls nach Maßgabe eines von einer unabhängigen Stelle zertifizierten Systems wie EMAS oder ISO 14001.

⁹⁹ Schneider (2023), S. 127 ff.

¹⁰⁰ In diese Richtung auch: Rosenauer & Steinthal (2022), S. 202 (203). Vgl. auch Schneider (2023), S. 127 ff.

5.7.2 Ressourcenschutz

Auch zum Zweck des Ressourcenschutzes, insbesondere zur Umsetzung der Bevorzugungspflicht in § 45 KrWG, können Ausführungsbedingungen genutzt werden. Im Gegensatz zum Klimaschutz (siehe vorherigen Abschnitt) sind die Beschaffungsstellen dazu allerdings nicht verpflichtet. Ebenso wie bei Klimaschutzanforderungen in den Auftragsausführungsbedingungen müssen auch bei Anforderungen zum Ressourcenschutz die Voraussetzungen für Auftragsausführungsbedingungen eingehalten werden.

Beispiele für Ressourcenschutzanforderungen bei der Ausführung von Verträgen, können z.B. umfassen¹⁰¹:

1. Anforderungen an die gelieferten Produkte selbst:

- ▶ Statt dem Kauf von Produkten Leasingmodelle fordern, die Reparatur- und Wartungspflichten umfassen.
- ▶ Es sollten Reparatur- und Wartungspflichten vereinbart werden, um die Produktnutzungsdauer zu verlängern.
- ▶ Produktinformationen für die Anwendenden zum ressourcenschonenden Umgang mit den Produkten.
- ▶ Die Verpflichtung des Lieferanten, die Produkte nach der Nutzung zurückzunehmen.
- ▶ Die Verpflichtung des Lieferanten, die Produkte nach der Nutzung, einer weiteren Nutzung zuzuführen (eventuell Wiederaufbereitung).
- ▶ Die Verpflichtung, die zurückgenommenen Produkte einem hochwertigen Recycling zuzuführen.
- ▶ Bei wiederkehrenden Lieferungen den Lieferanten zu verpflichten über die ressourcenbezogene Zusammensetzung der Produkte zu informieren, z.B. den Anteil an Rezyklaten.

2. Anforderungen an die Verpackungen der gelieferten Waren¹⁰²:

- ▶ Die Verwendung von Mehrwegtransport- und -umverpackungen (gerade bei wiederkehrenden Lieferungen). Wenn und soweit dies nicht möglich ist, den Verzicht auf (Kunststoff-)verpackungen oder die mögliche Reduktion des Verpackungsmaterials, indem Reduktionsziele oder Höchstmengen vereinbart werden.
- ▶ Anforderungen an die Recyclbarkeit des Verpackungsmaterials bzw. dessen Zusammensetzung (z.B. Vorgaben zum Rezyklatanteil). Diese kann alle Verpackungstypen i.S.v. § 3 VerpackG betreffen, insbesondere Verkaufs-, Um-, Versand- und Transportverpackungen. Zu beachten: Sofern es sich um Transportverpackungen i.S.v. § 3 Absatz 1 Nr. 3 VerpackG handelt, sind die Verwendungsverbote in Anlage 1 der AVV Klima zu beachten. Danach dürfen keine Produkte beschafft werden, *„deren Transportverpackungen aus Karton nicht mindestens 85 Prozent (Masse) recyceltes Material enthalten, sofern der Bieter beziehungsweise Bewerber hinreichenden Einfluss auf die Gestaltung der Transportverpackung“* hat.

¹⁰¹ Vgl. dazu Müller et. al (2021), S. 21.

¹⁰² Vgl. Schneider (2023), S. 120.

- ▶ Die Rücknahme (und das Recyceln oder die Wiederverwendung) von Produktverpackungen (dies hat den doppelten Vorteil, dass Verpackungsvorgänge vor der Wiederverwendung oder dem Recycling zentralisiert werden und Lieferanten ein Anreiz geboten wird, jede unnötige Verpackung zu vermeiden).

Im Bereich der Bau- oder Dienstleistungen sind zur Berücksichtigung des Ressourcenschutzes verschiedene weitere Anforderungen an die Art der Leistungserbringung denkbar, wie etwa

- ▶ die Schulung der Mitarbeitenden des Auftragsnehmers über Ressourcenaspekte, z.B. bei der Herstellung und Sanierung von Bauwerken oder Herstellung von Produkten.
- ▶ die Anwendung konkreter Umweltmanagementmaßnahmen, die mit dem Auftrag in Verbindung stehen, z.B. für den Ressourcen- und Wasserverbrauch bei der Herstellung der zu beschaffenden Produkte, gegebenenfalls nach Maßgabe eines von einer unabhängigen Stelle zertifizierten Systems wie EMAS oder ISO 14001.

5.7.3 Nachweis durch Gütezeichen

Die öffentlichen Beschaffungsstellen können gem. § 61 VgV als Beleg, dass die angebotene Leistung den geforderten Ausführungsbedingungen gemäß § 128 Abs. 2 GWB entspricht, Nachweise nach §§ 33 und 34 VgV verlangen. Als Nachweis können demnach z.B. Eigenerklärungen und die Erlaubnis zu Betriebsbesichtigungen (um die Einhaltung nachzuprüfen) gefordert werden.

Im Unterschwellenbereich kann die öffentliche Beschaffungsstelle als Nachweis der Ausführungsbedingungen die Vorlage von Gütezeichen verlangen (§§ 45 Abs. 3 UVgO, § 24 UVgO). Anders als im Oberschwellenbereich kann die Beschaffungsstelle aber den Nachweis durch eine Bescheinigung einer Konformitätsbewertungsstelle nicht fordern (§ 61 VgV).

6 Dokumentation des Vergabeverfahrens

Die Vergabestelle muss das gesamte Vergabeverfahren im Ober- und Unterschwellenbereich in Textform dokumentieren (§ 8 VgV; § 6 Abs. 1 UVgO); im Oberschwellenbereich als förmlichen Vergabevermerk. Jede Stufe des Verfahrens muss nachvollziehbar sein, deshalb müssen auch interne Erwägungen dokumentiert werden. Hieraus muss sich nachvollziehbar ergeben, wie die Vergabestelle zu ihrer Entscheidung gelangte, die ebenfalls zu dokumentieren ist.

Anforderungen an Behörden und Einrichtungen der Bundesverwaltung zur Dokumentation von Nachhaltigkeitsanforderungen im Vergabevermerk sind im „Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit der Bundesregierung“¹⁰³ enthalten. Danach dokumentieren die Vergabestellen des Bundes im Vergabevermerk „die Prüfung von Nachhaltigkeitsaspekten“ und sind verpflichtet zu begründen, warum sie Nachhaltigkeitsaspekte nicht berücksichtigt haben (vgl. IV Beschaffung, Nr. 2 Buchstabe h) Maßnahmenprogramm).

Zu speziellen Dokumentationspflichten im Rahmen der AVV Klima siehe Abschnitt 5.1.1 oben sowie die Erläuterungen Nr. 4.3.1 der AVV Klima.

¹⁰³ Bundesregierung (2021): Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit – Weiterentwicklung 2021 - „Nachhaltigkeit konkret im Verwaltungshandeln umsetzen“, S. 15.

7 Quellenverzeichnis

Betz, J.; Hermann, A.; Bulach, W.; Hermann, C.; Dieroff, J.; Mehlart, G.; Müller, R.; Wiesemann, E. (2022): Prüfung konkreter Maßnahmen zur Steigerung der Nachfrage nach Kunststoffzyklaten und rezyklathaltigen Kunststoffprodukten. Online verfügbar:

https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/479/publikationen/texte_128-2022_pruefung_konkreter_massnahmen_zur_steigerung_der_nachfrage_nach_kunststoffzyklaten_und_rezyklathaltigen_kunststoffprodukten.pdf, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

BMF (o. J.): AfA-Tabellen. Online verfügbar:

https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Steuern/Steuerverwaltung/Steuerrecht/Betriebspruefung/AfA_Tabellen/afa_tabellen.html, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Brühl, R. (2022): Staatsorganisation und Behördenaufbau in der Bundes- und Landesverwaltung. Online verfügbar:

https://www.bakoev.bund.de/SharedDocs/Publikationen/LG_2/Werkpapier_Staatsorganisation_Behoerdenaufbau.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Bundesrat (2011): Drucksache 345/11, 06.06.2011, Verordnung der Bundesregierung, Vierte Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Online verfügbar:

<https://dserver.bundestag.de/brd/2011/0345-11.pdf>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Bundesregierung (2021): Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit – Weiterentwicklung 2021 – „Nachhaltigkeit konkret im Verwaltungshandeln umsetzen“. Online verfügbar: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/massnahmenprogramm-nachhaltigkeit-der-bundesregierung-427896>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Bünger, B.; Matthey, A. (2020): Methodenkonvention 3.1 zur Ermittlung von Umweltkosten. Kostensätze. Stand 12/2020. Online verfügbar: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/methodenkonvention-umweltkosten>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Deutscher Bundestag (2019): Drucksache 19/14337, 19. Wahlperiode 22.10.2019, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften. Online verfügbar:

<https://dserver.bundestag.de/btd/19/143/1914337.pdf>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Deutscher Bundestag (2021a): Drucksache 19/28690, 19. Wahlperiode 13.04.2021, Unterrichtung durch den Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2020 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes. Ergänzungsband. Online verfügbar: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/286/1928690.pdf>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Deutscher Bundestag (2021b): Drucksache 19/30230, 19. Wahlperiode 02.06.2021, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes. Online Verfügbar: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/302/1930230.pdf>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Dieckmann, M. (2019): Abfallarme Beschaffung im Spannungsfeld zwischen Kreislaufwirtschaftsrecht und Vergaberecht. In: Recht der Abfallwirtschaft, 18, 6, Lexion Verlag, Berlin, S. 274 ff.

Dippel, M. (2022) in: Giesberts, L., Reinhardt, M. (Hrsg.): BeckOK Umweltrecht, 63. Ausgabe, Verlag C.H. Beck, München, Stand 01.07.2022.

ECOS (o. J.): Environmentally sustainable by design – thanks to new standards. Online verfügbar:

<https://ecostandard.org/environmentally-sustainable-by-design-thanks-to-new-standards/>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

Europäische Kommission (o. J.): EPREL – Europäische Produktdatenbank für die

Energieverbrauchskennzeichnung. Online verfügbar: <https://eprel.ec.europa.eu/screen/home>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.

- Fellenberg, F; Guckelberger, A. (2022): Klimaschutzrecht, 1. Auflage 2022, Verlag C.H. Beck, München.
- Glatzner, L. (o. J.): 14001new. Die deutsche Website zur Umweltmanagementnorm. Online verfügbar: www.14001news.de, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.
- Greb, K. (2020) in: Ziekow, J.; Völlink, U.-C. (Hrsg.): Vergaberecht, 4. Auflage, 2020, Verlag C.H. Beck, München.
- Guckelberger, A. (2022): Konturen des Berücksichtigungsgebots des § 13 Abs. 1 S. 1 KSG. In: Klima und Recht (KlimR) 2022, Verlag C.H. Beck, München, S. 294 ff.
- Jacobj, H. (2019) in: Versteyl, A.; Mann, T.; Schomerus, S. (Hrsg.): Kreislaufwirtschaftsgesetz, 4. Auflage, 2019, Verlag C.H. Beck, München.
- Lausen, I.; Pustal, A. (2022): Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren. In: NZBau 2022, 3, Verlag C.H. Beck, München, S. 3 ff.
- Müller, R.; Wiesemann, E.; Hermann, A.; Dieroff, J.; Betz, J. (2021): Beschaffung von Kunststoffprodukten aus Post-Consumer-Rezyklaten, Handreichung für den öffentlichen Einkauf, UBA-Texte 130/2021. Online verfügbar: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/479/publikationen/texte_130-2021_handreichung_kunststoffrezyklat-beschaffung.pdf, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.
- Müller-Wrede, M. (2014) in: Müller-Wrede (Hrsg.): Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, VOL/A, Kommentar. In: Vergabe Infoletter (VIL), 2014, 3, Verlag Österreich, Wien, S. 16 ff.
- Petersen, F.; Friedrich, B. (2021): Die Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes 2020. In: NVwZ 2021, 1, Verlag C.H. Beck, München, S. 1 ff.
- Rosenauer, A.; Steinthal, J. (2022): Der Umgang mit Klima- und Umweltschutzkriterien. In: Klima und Recht (KlimR) 2022, 7, Verlag C.H. Beck, München, S. 202 ff.
- Scharlau, J.; von Swieykowski-Trzaska, L.; Keimeyer, F.; Sina, S.; Klinski, S. (2020): Das Bundes-Klimaschutzgesetz. In: NVwZ 2020, 1, Verlag C.H. Beck, S. 1 ff.
- Schink, A. (2021): Das Berücksichtigungsgebot des § 13 Klimaschutzgesetz. In: NuR 2021, 43, Springer, Heidelberg, S. 1 ff.
- Schneider, T. (2023): Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, UBA-Texte 46/2023. Online verfügbar: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-oeffentliche-0>, zuletzt geprüft am: 30.11.2023.
- Siegel, T. (2022): Das Berücksichtigungsgebot des Bundes-Klimaschutzgesetzes und seine Relevanz im Vergaberecht. In: NZBau 2022, 6, Verlag C.H. Beck, München, S. 315ff.
- Stolz, B. (2020) in: Ziekow, J.; Völlink, U.-C. (Hrsg.): Vergaberecht, 4. Auflage, 2020, Verlag C.H. Beck, München.
- v. Komorowski, A. (2022) in: Jarass, H. D.; Petersen, F. (Hrsg.): Kreislaufwirtschaftsgesetz, 2. Auflage, 2022, Verlag C.H. Beck, München.
- Wickel, M. (2021): Das Bundes-Klimaschutzgesetz und seine rechtlichen Auswirkungen. In: ZUR 2021, 6, Verlag C.H. Beck, München, S. 332 ff.