

CLIMATE CHANGE

36/2022

Rechtsgutachten

Ausschreibung von Regionalstrom durch öffentliche Auftraggeber

von:

Energierechtskanzlei AssmannPeiffer, München

Herausgeber:

Umweltbundesamt

CLIMATE CHANGE 36/2022

Projektnummer 157337

FB000841

Rechtsgutachten

Ausschreibung von Regionalstrom durch öffentliche Auftraggeber

von

Energierrechtskanzlei AssmannPeiffer, München

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

[f/umweltbundesamt.de](https://www.facebook.com/umweltbundesamt.de)

[t/umweltbundesamt](https://www.twitter.com/umweltbundesamt)

Durchführung der Studie:

Energierechtskanzlei AssmannPeiffer Partnerschaft von Rechtsanwälten mdB
Amalienstraße 67
80799 München

Abschlussdatum:

Februar 2022

Redaktion:

Fachgebiet V 1.7 – Herkunftsnachweisregister für Strom aus erneuerbaren
Energiequellen
Martin Berelson

Publikationen als pdf:

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

ISSN 1862-4359

Dessau-Roßlau, August 2022

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

Kurzbeschreibung: Ausschreibung von Regionalstrom durch öffentliche Auftraggeber

Das Gutachten setzt sich mit der Frage auseinander, ob öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens i.S.v. § 97 ff. GWB als Beschaffungsgegenstand Regionalstrom (nach § 79a EEG oder anderweitig nachgewiesen) festlegen dürfen. Das aus dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz folgende „Gebot der produktneutralen Ausschreibung“ scheint dem zunächst entgegenzustehen. Allerdings rechtfertigt das Prinzip der „Regionalen Klimaneutralität“ sachlich eine Ausnahme von diesem Gebot. Im Ergebnis wird die Ausschreibung von Regionalstrom durch den öffentlichen Auftraggeber daher als vergaberechtlich zulässig angesehen, solange und soweit dies nachweislich zur Umsetzung eines entsprechenden Klimaschutzkonzeptes erfolgt.

Abstract: Public procurement of regional electricity

The expert opinion deals with the question whether public-sector customers may specify regional electricity (according to § 79a EEG (German Renewable Energies Act) or otherwise proven) as the object of procurement within the framework of a public procurement procedure in the sense of § 97 et seq. GWB (German Act against Restraints of Competition). The "requirement of product-neutral procurement", which follows from the competition principle under public procurement law, initially seems to contradict this. However, the principle of "regional climate neutrality" objectively justifies an exception to this requirement. In conclusion, the procurement of regional electricity by public-sector customers is therefore considered permissible under public procurement law as long as and to the extent that this is demonstrably carried out for the implementation of a corresponding climate protection concept.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis..... | 7 |
| Zusammenfassung..... | 8 |
| Summary | 10 |
| 1 Gegenstand des Gutachtens und Fragestellung..... | 12 |
| 2 Regionalstrom als Beschaffungsgegenstand..... | 13 |
| 2.1 Gebot der produktneutralen Ausschreibung..... | 14 |
| 2.2 Ausnahmen von der produktneutralen Ausschreibung..... | 16 |
| 2.3 Produktspezifische Ausschreibungen in der Rechtsprechung | 17 |
| 2.3.1 Anerkannte Rechtfertigungsgründe für auftrags- und sachbezogene Gründe | 17 |
| 2.3.2 Abgelehnte Rechtfertigungsgründe für auftrags- und sachbezogene Gründe..... | 21 |
| 2.3.3 Fazit zur produktspezifischen Ausschreibung..... | 22 |
| 3 Sachliche Gründe für eine Ausschreibung von Regionalstrom | 23 |
| 3.1 „Regionalität“ als solches kein Rechtfertigungsgrund | 23 |
| 3.2 „Regionale Klimaneutralität“ als Rechtfertigungsgrund..... | 24 |
| 3.2.1 Begriff der regionalen Klimaneutralität | 24 |
| 3.2.2 Prinzip der nationalen Förderung erneuerbarer Energien | 24 |
| 3.2.3 Ursprungsprinzip..... | 26 |
| 3.2.4 Vorbildfunktion der öffentlichen Hand..... | 26 |
| 3.2.5 Regionalnachweise nach § 79a EEG..... | 27 |
| 3.2.6 Fazit zur Rechtfertigung durch das Ziel der regionalen Klimaneutralität..... | 27 |
| 3.3 Räumlicher Bezugspunkt von Regionalstrom | 27 |
| 3.4 Nachweis des Regionalstroms | 28 |
| 3.5 Dokumentationspflichten | 29 |
| 4 Fazit | 30 |
| 5 Quellenverzeichnis | 31 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------------|--|
| Abs. | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| bspw. | beispielsweise |
| BT-Drs. | Bundestag Drucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| bzw. | beziehungsweise |
| EE-Anlagen | Erneuerbare Energien Anlagen |
| EEG | Erneuerbare-Energien-Gesetz |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| GEG | Gebäudeenergiegesetz |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| i.S.v. | im Sinne von |
| KSG | Bundes-Klimaschutzgesetz |
| OLG | Oberlandesgericht |
| RL | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Seite |
| s.a. | siehe auch |
| UBA | Umweltbundesamt, Dessau |
| UVgO | Unterschwelvenvergabeordnung |
| Vgl. | Vergleiche |
| VgV | Vergabeverordnung |

Zusammenfassung

Für öffentliche Auftraggeber gewinnt die Versorgung mit Ökostrom zunehmend an Bedeutung. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob öffentliche Auftraggeber in einem Vergabeverfahren i.S.v. § 97 ff. GWB auch **Regionalstrom als Beschaffungsgegenstand** festlegen dürfen.

Regionalstrom bezeichnet Ökostrom, der in einer Region erzeugt und verbraucht wird. In Deutschland ermöglichen sog. Regionálnachweise nach § 79a Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) den Elektrizitätsversorgungsunternehmen, den an Letztverbraucher gelieferten Strom einzelnen EE-Anlagen in der Region zuzuordnen (nach der gesetzlichen Vorgabe nicht weiter als 50 Kilometer entfernt vom Letztverbraucher). Damit soll die Glaubwürdigkeit des Ökostromprodukts gestärkt werden.

Durch eine produktspezifische Ausschreibung von Regionalstrom in einem Vergabeverfahren i.S.v. § 97 ff. GWB wird anderer Strom (insbesondere anderer „nicht-regionaler“ Ökostrom) von der Teilnahme an der Ausschreibung ausgeschlossen. Dies könnte einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz bedeuten. Schließlich sind öffentliche Auftraggeber nach dem in § 31 Abs. 6 VgV verankerten **Prinzip der produktneutralen Ausschreibung** verpflichtet, eine Ausschreibung möglichst offen zu gestalten und Diskriminierungen auszuschließen.

Nach der Rechtsprechung ist indes eine **produktspezifische Ausschreibung zulässig**, wenn ein Sachgrund vorliegt. Verschiedenste (technische, wirtschaftliche, gestalterische, soziale, ökologische oder ökonomische) Gründe wurden dabei bereits als Rechtfertigungsgründe anerkannt. Sofern ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, richtet sich die Wahl des Beschaffungsgegenstandes nach der **Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers**. Der Auftraggeber ist nach der Rechtsprechung jedoch verpflichtet, den Sachgrund für die produktspezifische Ausschreibung nachvollziehbar zu begründen und genau zu dokumentieren.

Das Vergaberecht hat diesbezüglich einen grundlegenden Wandel vollzogen. So war insbesondere aus europäischer Sicht die Instrumentalisierung des Beschaffungsvorgangs zur Verfolgung „vergabefremder Zwecke“ noch bis vor einigen Jahren als unzulässig angesehen worden. Heute ist die Verfolgung umwelt- und klimaschutzpolitischer Ziele im Rahmen des öffentlichen Auftragswesens anerkannt (sog. **Green Public Procurement**).

Vor diesem Hintergrund kann als Rechtfertigungsgrund für die Ausschreibung von Regionalstrom auf ein Klimaschutzkonzept des öffentlichen Auftraggebers verwiesen werden, in welchem sich dieser dem Ziel einer **regionalen Klimaneutralität** verpflichtet. Dies bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergreift, um seinen CO₂-Fußabdruck durch regionale Emissionseinsparungen zu verringern. Die CO₂-Emissionen aus dem Stromverbrauch werden danach durch Regionalstrom ausgeglichen.

Dafür, dass das Ziel einer regionalen Klimaneutralität als **objektives Interesse** anzuerkennen ist, gibt es verschiedene Anhaltspunkte in der Rechtsordnung:

So ist das Prinzip der **nationalen** (und damit eigentlich diskriminierenden) **Förderung erneuerbarer Energien** allgemein anerkannt und findet sich auch in europäischen Rechtsnormen wieder (vgl. Art. 5 Abs. 1 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie II - RL (EU) 2018/2001). Wenn bereits eine nationale Förderung erneuerbarer Energien rechtlich zulässig ist, muss dies erst recht für eine nationale Beschaffung erneuerbarer Energien gelten.

Weiters besteht auf europäischer Ebene das in Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV verankerte **Ursprungsprinzip**, nach dem Umweltbeeinträchtigungen an der Stelle bekämpft werden sollen, an der sie auftreten. Das Ursprungsprinzip enthält damit ebenso eine räumlich-geographische

Komponente, nach der danach differenziert werden darf, wo Umweltbeeinträchtigungen bekämpft werden (also auch CO₂-Emissionen kompensiert werden). Nach dem Ursprungsprinzip ist das Interesse des öffentlichen Auftraggebers anzuerkennen, dass dieser seine CO₂-Emissionen (aus dem Stromverbrauch) gerade durch regionale erneuerbare Energien ausgleichen möchte.

Im nationalen Recht finden sich entsprechende Anhaltspunkte sowohl im Bundes-Klimaschutzgesetz als auch im Gebäudeenergiegesetz. So trifft die öffentliche Hand eine umfassende **Vorbildfunktion**, wonach sie beispielsweise auf Gebäuden Photovoltaik-Anlage errichten soll, also in unmittelbaren räumlichen Zusammenhang zur Entstehung der CO₂-Emissionen (vgl. § 4 Gebäudeenergiegesetz).

Nicht zuletzt belegen auch die in § 79a EEG verankerten **Regionalnachweise**, dass der Gesetzgeber in der regionalen Zuordnung von erneuerbaren Energien zum Ort des Stromverbrauchs ein anzuerkennendes rechtliches Interesse sieht.

Im **Ergebnis** ist nach Ansicht der Verfasser die Ausschreibung von Regionalstrom durch einen öffentlichen Auftraggeber vergaberechtlich als zulässig anzusehen, solange und soweit diese Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes nachweislich zur Erreichung einer regionalen Klimaneutralität dient. Bis höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage vorliegt, verbleiben allerdings rechtliche Risiken.

Summary

For public-sector customers, the supply of green electricity is becoming increasingly important. In this context, the question arises as to whether public-sector customers may also specify **regional electricity** as the **object of procurement** in a public procurement procedure in the sense of § 97 et seq. GWB (German Act against Restraints of Competition).

Regional electricity is green electricity that is generated and consumed in a region. In Germany, so-called regional certificates pursuant to § 79a EEG (German Renewable Energies Act) enable electricity supply companies to allocate the electricity supplied to end consumers to individual renewable energy plants in the region (no further than 50 kilometers from the end consumer, according to the legal requirement). This is intended to strengthen the credibility of the green electricity product.

In the case of a product-specific procurement of regional electricity in a public procurement procedure in the sense of § 97 et seq. GWB, other electricity (in particular other "non-regional" green electricity) is excluded from participation in the procurement procedure. This could constitute a violation of the competition principle. After all, under the **requirement of product-neutral procurement** enshrined in § 31 para. 6 VgV (German Public Procurement Regulation), contracting authorities are obliged to make a procurement as open as possible and to avoid discrimination.

According to case law, however, **product-specific procurement is permissible** if there is an objective justification. A wide variety of reasons (technical, economic, design, social, ecological or economic) have already been recognized as justifications. If there is a justification, the choice of the object of procurement is subject to the **freedom of determination of the public-sector customer**. However, according to case law, the public-sector customer is obliged to provide comprehensible reasons for the product-specific procurement and to document them precisely.

Public procurement law has changed fundamentally in this respect. From a European perspective in particular, the instrumentalization of the procurement process in pursuit of "non-public procurement purposes" was considered inadmissible until a few years ago. Today, the pursuit of environmental and climate protection policy objectives within the framework of public procurement is recognized (so-called **Green Public Procurement**).

Against this background, reference can be made to a climate protection concept of the public-sector customer in which it commits itself to the goal of **regional climate neutrality** as a justification for the procurement of regional electricity. This means that the public-sector customer takes measures to compensate for the emissions it generates through regional emission savings. Accordingly, the CO₂ emissions from electricity consumption are to be compensated by regional electricity from the public-sector customer's region.

There are various indications in the legal system that the goal of regional climate neutrality is to be recognized as **an objective interest**:

For instance, the principle of **national** (and thus de facto discriminatory) **promotion of renewable energies** is generally recognized and can also be found in European legal norms (cf. Article 5 (1) of the Renewable Energies Directive II - Directive (EU) 2018/2001). If national promotion of renewable energies is already legally permissible, this must apply a fortiori to national procurement of renewable energies.

Furthermore, at the European level, there is the **principle of origin** enshrined in Article 191 (2) sentence 2 TFEU, according to which environmental damage is to be controlled at the point where it occurs. The principle of origin thus also contains a spatial-geographical component,

according to which a distinction may be made as to where environmental damage is controlled (i.e. CO₂ emissions are reduced). According to the principle of origin, the public-sector customer's interest in offsetting its CO₂ emissions (from electricity consumption) with regional renewable energies may be recognized.

In national law, corresponding indications can be found both in the Federal Climate Protection Act and in the Building Energy Act. For example, the public sector has a comprehensive **role model function**, according to which it should, for example, install photovoltaic systems on public buildings, i.e. in direct spatial relation to the generation of CO₂ emissions (cf. § 4 Building Energy Act).

Last but not least, the **regional certificates** pursuant to § 79a EEG also prove that the legislator sees a legal interest to be recognized in the regional allocation of renewable energies.

In **conclusion**, in the opinion of the authors, the procurement of regional electricity by public-sector customers is to be regarded as permissible under public procurement law as long as and to the extent that this restriction of the object of procurement demonstrably serves the regional climate neutrality. However, legal risks remain until there exists final case law on this issue.

1 Gegenstand des Gutachtens und Fragestellung

Nach deutschem Recht dürfen Anlagen, die Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen (**EE-Anlagen**) und die nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (**EEG¹**) eine finanzielle Förderung erhalten, den erzeugten Strom nicht als „Ökostrom“ bzw. „Grünstrom“ vermarkten. Die erneuerbare Eigenschaft des Stroms wird den EE-Anlagenbetreibern vielmehr durch die Förderung nach dem EEG „abgekauft“.

Das Recht, den Strom als Ökostrom zu kennzeichnen, steht daher den Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu, welche damit den Letztverbrauchern genau die Mengen erneuerbare Energie ausweisen, die sie mit Zahlung der EEG-Umlage finanzieren.² Der erzeugte Strom darf von den Betreibern der geförderten EE-Anlagen demnach nur als sog. Graustrom verkauft werden, da andernfalls gegen das Doppelvermarktungsverbot des § 80 EEG verstoßen würde.

Abweichend von diesem Grundsatz hat der deutsche Gesetzgeber eine Ausnahme geschaffen, die es ermöglicht, dass Betreiber von EE-Anlagen für den erzeugten Strom **Regionalnachweise** nach Maßgabe von § 79a EEG erhalten und vermarkten können. Der erzeugte Strom aus erneuerbaren Energien wird in diesem Fall als **Regionalstrom** vermarktet und an Letztverbraucher geliefert.

Die Regionalnachweise ermöglichen es den Elektrizitätsversorgungsunternehmen, den an Letztverbraucher gelieferten Strom einzelnen EE-Anlagen in der Region zuzuordnen und damit die Glaubwürdigkeit ihres Öko- bzw. Regionalstromprodukts zu stärken. Regionalnachweise können nur dann verwendet werden, wenn der versorgte Letztverbraucher nicht weiter als **50 Kilometer von der jeweiligen EE-Anlage** entfernt ist.³ Durch die Regionalnachweise wollte der Gesetzgeber die Möglichkeit schaffen, dass sich Verbraucher mit EE-Anlagen in ihrer Region identifizieren, und damit die Akzeptanz für die Energiewende insgesamt steigern.⁴

Nicht nur für den Privatsektor, sondern auch für öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 GWB gewinnt die Versorgung mit Ökostrom zunehmend an Bedeutung. Denn aufgrund der **Vorbildfunktion der öffentlichen Hand** sind öffentliche Auftraggeber aufgefordert, eine Beschaffung von Strom aus erneuerbaren Energien zu prüfen (vgl. Berücksichtigungsgebot des § 13 Bundes-Klimaschutzgesetz, KSG).

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens i.S.v. § 97 ff. GWB auch **Regionalstrom als Beschaffungsgegenstand** festlegen dürfen.

¹ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 3026) geändert worden ist.

² Vgl. § 78 Abs. 1 EEG: Kennzeichnung des Stroms als „Erneuerbare Energien, finanziert aus der EEG-Umlage“.

³ Zur genauen Zuordnung siehe § 79a Abs. 6 EEG.

⁴ BT-Drs. 18/8832, S. 245; Buchmüller, C. (2016): Regionale Grünstromkennzeichnung – ein neues Geschäftsfeld für Stromversorger?. In: EWeRK 2016, 301.

2 Regionalstrom als Beschaffungsgegenstand

Der Ausschreibung von „Regionalstrom“ als Beschaffungsgegenstand könnten vergaberechtliche Grundsätze entgegenstehen. Bedenken ergeben sich daraus, dass öffentliche Aufträge gem. § 97 Abs. 1 S. 1 GWB im Wettbewerb vergeben werden müssen. Der **Wettbewerbsgrundsatz** und die daraus folgenden Prinzipien der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung verpflichten den öffentlichen Auftraggeber dazu, den Zugang zum Vergabeverfahren so auszugestalten, dass möglichst viele Marktteilnehmer an der Ausschreibung teilnehmen können.

Durch die produktspezifische Ausschreibung von Regionalstrom, wird jedoch gerade anderer Strom (insbesondere anderer „nicht-regionaler“ Ökostrom) von der Teilnahme an der Ausschreibung ausgeschlossen. Dies könnte einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz bedeuten.

Hintergrund des Wettbewerbsgrundsatzes ist die wirtschaftliche Dimension des öffentlichen Auftragswesens und – auf europäischer Ebene – die daraus folgende zentrale Bedeutung des Vergaberechts für die Verwirklichung des gemeinsamen europäischen Binnenmarktes. Ohne effektive vergaberechtliche Vorgaben wäre es den EU-Mitgliedstaaten möglich, Aufträge bevorzugt an heimische Unternehmen zu vergeben, um diese zu subventionieren. Im Gegensatz dazu sollen durch das europäische Vergaberecht die staatlichen Beschaffungsmärkte für einen freien Wettbewerb geöffnet werden.⁵

Gerade das europäische Vergaberecht stand in der Tat ursprünglich ganz unter den Vorzeichen einer neoliberalen Wettbewerbskonzeption. Das heißt, alle politischen Zwecke wurden aus Vergabeverfahren systematisch zurückgedrängt und für illegitim erklärt.⁶ Alleiniges Kriterium der Vergabeentscheidung sollte der Preis des jeweiligen Angebots sein.⁷ Dieses Verständnis hat sich allerdings grundlegend gewandelt. Insbesondere umwelt- und klimapolitische Zwecke haben sich unter Zustimmung von EuGH⁸ und Unionsgesetzgeber zwischenzeitlich von „vergabefremden“ Zwecken hin zu geförderten Zielsetzungen entwickelt (sog. „**Green Public Procurement**“).⁹

Die damit einhergehende **Freiheit zur Berücksichtigung ökologischer Aspekte im Vergabeverfahren** findet ihren Ausdruck insbesondere in der von der EU-Kommission herausgestellten Freiheit der Auftraggeber, den von ihnen zu vergebenden Auftragsgegenstand frei zu bestimmen. Diese Freiheit ist nicht grenzenlos, allerdings soll den öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich ermöglicht werden, die von ihnen zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen zu bestimmen und dabei ökologische Maßstäbe anzulegen.¹⁰

⁵ Frenz, W. (2018): Vergaberecht EU und national, S. 3, Rn. 6.

⁶ Wegener, B.W. (2010): Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe. In: NZBau 2010, 273, 275; Fischer, K. (2004): Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht. In: EuZW 2004, 492.

⁷ Kritisch dazu: Burgi, M. (2001): Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht. In: NZBau 2001, 64; s.a. Ziekow, J. (2001): Vergabefremde Zwecke und Europarecht. In: NZBau 2001, 72; s. Wegener, B.W. (2010): Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe. In: NZBau 2010, 273, 275.

⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 17. September 2002, C-513/99, Celex-Nr. 61999CJ0513 - Concordia Bus; EuGH, Urteil vom 04. Dezember 2003, C-448/01, Celex-Nr. 62001CJ0448 - Wienstrom.

⁹ Wegener, B.W. (2010): Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe. In: NZBau 2010, 273, 274; s.a. Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Burgi, M.; Dreher, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, Rn. 10; s.a. KOM(2008) 400 endgültig, Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen, 16.07.2008; Umweltbundesamt (Hrsg.) Rechtsgutachten umweltfreundliche Beschaffung, 2019, 30, UBA-Texte 30/2019, 17 ff.; s.a. Weiner, K. (2021): § 22 Berücksichtigung strategischer Ziele – Green und Sustainable Public Procurement. In: Gabriel, M; Krohn, W.; Neun, A. [Hrsg.]: Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl. 2021 (mit weiteren Nachweisen).

¹⁰ Wegener, B.W. (2010): Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe. In: NZBau 2010, 273, 275, mit weiteren Nachweisen.

2.1 Gebot der produktneutralen Ausschreibung

Aus dem Wettbewerbsgrundsatz ergeben sich Anforderungen an die Auswahl des Beschaffungsgegenstandes (wie hier die Festlegung auf „Regionalstrom“). Die Anforderungen an die Beschaffungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers, welche dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert ist, formuliert das OLG Brandenburg wie folgt:

*„Die Entscheidung darüber, ob und ggf. was zu beschaffen ist, wird erfahrungsgemäß von zahlreichen Faktoren beeinflusst, unter anderem von technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder solchen der sozialen, ökologischen oder ökonomischen Nachhaltigkeit. Die Wahl unterliegt der **Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers**, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Das Vergaberecht regelt demnach nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Mai 2017 - VII-Verg 36/16, Drohnen, Rn. 40 m. w. N.; OLG Celle, Beschluss vom 31.03.2020 - 13 Verg 13/19, Meldeempfänger, Rn 39; jew. zit. nach juris), also das Verfahren, in welchem ein Vertragspartner für den unabhängig von vergaberechtlichen Bindungen festgelegten Beschaffungsbedarf ausgewählt wird. Allerdings ist bereits der Festlegung eines bestimmten Beschaffungsgegenstandes eine gewisse wettbewerbsbeschränkende Wirkung immanent, da die Entscheidung „für“ etwas gleichzeitig die Entscheidung „gegen“ etwas anderes beinhaltet, das vielleicht auch möglich gewesen wäre, um den zugrundeliegenden Bedarf zu decken. Deshalb ist auch das Bestimmungsrecht des Auftraggebers nicht grenzenlos und gilt das **Gebot der produktneutralen Ausschreibung** als konkrete Ausformung des allgemeine Wettbewerbsgrundsatzes nach § 97 Abs. 1 GWB.¹¹*

Es steht somit im Grundsatz jedem öffentlichen Auftraggeber frei, die auszuschreibende Leistung nach seinen individuellen Vorstellungen zu bestimmen und nur in dieser Gestalt dem Wettbewerb zu öffnen.¹² Die vom Auftraggeber festzulegenden Merkmale können dabei gem. § 31 Abs. 3 VgV 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.¹³ Ein funktionaler Zusammenhang zum Auftragsgegenstand besteht nach der „Max Havelaar“- Rechtsprechung¹⁴ auch dann, wenn eine vom Auftraggeber bevorzugte Herkunft und Produktionsmethode sich nicht in messbaren Eigenschaften des Produkts auswirkt.¹⁵

Bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen ist der öffentliche Auftraggeber also aufgrund der Vertragsfreiheit¹⁶ ungebunden (**Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers**).¹⁷ Danach könnte als

¹¹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 08. Juli 2021 – 19 Verg 2/21 (mit weiteren Nachweisen), Hervorhebungen nicht im Original.

¹² Probst, P. M.; Winters, F. (2019): Einführung in das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte. In: JuS 2019, 1157, 1158; s.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019 – VII-Verg 66/18, Rn. 60.

¹³ Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Burgi, M.; Dreher, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, Rn. 10.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10, Celex-Nr. 62010CJ0368 - Max Havelaar.

¹⁵ Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Burgi, M.; Dreher, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, Rn. 69.

¹⁶ Thiele, R. (2021): § 31 VgV. In: Gabriel, M.; Mertens, S.; Prieß, H.-J.; Stein, R. M. [Hrsg.]: BeckOK Vergaberecht, 21. Aufl., 31.01.2021, Rn. 53.

¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016 – VII-Verg 47/15; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14. September 2016 – 15 Verg 7/16, 93; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Februar 2014 – VII-Verg 29/13; OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2008 – Verg

Beschaffungsgegenstand grundsätzlich auch Regionalstrom festgelegt werden. Allerdings werden dieser Freiheit durch eine **Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung** Grenzen gesetzt.¹⁸

§ 31 Abs. 6 Vergabeverordnung (VgV) sieht hierzu vor¹⁹:

*„In der Leistungsbeschreibung darf **nicht** auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder **einen bestimmten Ursprung** verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, **es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt**. Solche Verweise sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; diese Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.“ (Herv. d. Verf.)*

§ 31 Abs. 6 VgV dient der Umsetzung von Art. 42 Abs. 4 der Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU).²⁰ Dieser beinhaltet ein der nationalen Regelung vergleichbares **Gebot der produktneutralen Ausschreibung**. Die Norm bezweckt die Öffnung des Beschaffungswesens für möglichst viele Marktteilnehmer sowie den Schutz und die Stärkung der Warenverkehrsfreiheit.²¹

Vor dem Hintergrund des Wettbewerbsgrundsatzes ist die **Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung** konsequent.²² Schließlich hätten andernfalls sämtliche Marktteilnehmer, die nicht das vom Auftraggeber gewünschte Produkt anbieten können, von vornherein keine Chance auf den Zuschlag.²³ Die Vorschriften sind dabei in erster Linie bieterschützend.²⁴

Für die Bieter führt die spezifische Ausschreibung eines bestimmten Produktes aber nicht in jedem Fall zu einer wettbewerbsfeindlichen Verengung des Angebotsmarkts. Denn wenn jeder Bieter die Möglichkeit hat, sich das geforderte Produkt zu besorgen und in seinem Angebot anzubieten, ist er von der Ausschreibung nicht ausgeschlossen.²⁵ Regionalnachweise werden entlang der Stromlieferkette gehandelt. Im Grundsatz kann daher jeder Stromlieferant (unabhängig von seinem Sitz in der Europäischen Union) Regionalnachweise beschaffen und in

10/08; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. November 2013 – 15 Verg 5/13; OLG Naumburg, Beschluss vom 14. März 2013 – 2 Verg 8/12; Vergabekammer München, Beschluss vom 08. April 2016 – Z3-3-3194-1-57-11/15). (Thiele, R. (2021): § 31 VgV. In: Gabriel, M.; Mertens, S.; Prieß, H.-J.; Stein, R. M. [Hrsg.]: BeckOK Vergaberecht, 21. Aufl., 31.01.2021, Rn. 53; OLG Brandenburg, Beschluss vom 08. Juli 2021 – 19 Verg 2/21, Rn. 29-39.

¹⁸ Vgl. Thiele, R. (2021): § 31 VgV. In: Gabriel, M.; Mertens, S.; Prieß, H.-J.; Stein, R. M. [Hrsg.]: BeckOK Vergaberecht, 21. Aufl., 31.01.2021, Rn. 54.

¹⁹ Ähnliches ergibt sich für den Unterschwellenbereich aus § 23 Abs. 5 UVgO.

²⁰ Wagner-Cardenal, K. (2019): § 31 VgV. In: Dieckmann, M.; Scharf, J. P.; Wagner-Cardenal, K. [Hrsg.]: VgV, UVgO - Kommentar/, 2. Aufl. 2019, Rn. 88.

²¹ Seebo, C. (2018): § 31 VgV. In: Säcker, F.J.; Meier-Beck, P.; Bien, F.; Montag, F. [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018Rn. 45; Trutzel, B. (2020): § 31 VgV. In: Ziekow, J.; Völlink, U.-C. [Hrsg.]: Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 49. Etwaige spezielle Anforderungen an die Rechtfertigung nach Art. 34 ff. AEUV sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Jedenfalls im Oberschwellenbereich sind diese aufgrund der abschließenden Harmonisierung durch die Vergaberichtlinie verdrängt.

²² BKartA Bonn, Beschluss vom 09. November 2018 – VK 2 - 98/18.

²³ Probst, P. M.; Winters, F. (2019): Einführung in das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte. In: JuS 2019, 1157, 1158.

²⁴ Wagner-Cardenal, K. (2019): § 31 VgV. In: Dieckmann, M.; Scharf, J. P.; Wagner-Cardenal, K. [Hrsg.]: VgV, UVgO - Kommentar/, 2. Aufl. 2019, Rn. 108, 109.

²⁵ Wagner-Cardenal, K. (2019): § 31 VgV. In: Dieckmann, M.; Scharf, J. P.; Wagner-Cardenal, K. [Hrsg.]: VgV, UVgO - Kommentar/, 2. Aufl. 2019, Rn. 99, 100.

öffentlichen Ausschreibungen anbieten. Der Stromlieferant muss seinen Sitz nicht in der Region der Stromerzeugungsanlage haben.

Allein diese Tatsache reicht allerdings noch nicht aus, um einen Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung auszuschließen. Denn für den Beschaffungsgegenstand darf ebenfalls keine bestimmte Herkunft oder ein bestimmter Ursprung vorgegeben werden (vgl. § 31 Abs. 6 VgV).

2.2 Ausnahmen von der produktneutralen Ausschreibung

Das Gebot zur produktneutralen Ausschreibung ist Ausdruck des Wettbewerbsgrundsatzes.²⁶ Eine Ausnahme von dem Gebot ist zulässig, sofern dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist (vgl. § 31 Abs. 6 VgV: „*es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt*“).

Eine **produktspezifische Ausschreibung** ist beispielsweise die Festlegung von Ökostrom oder eben von Regionalstrom als Beschaffungsgegenstand. Es ist mithin zu klären, ob die Festlegung auf Regionalstrom gem. § 31 Abs. 6 VgV „durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“ ist.

Eine produktspezifische Ausschreibung ist nach der insbesondere vom OLG Düsseldorf geprägten Rechtsprechung vergaberechtskonform,²⁷ wenn

1. sie „*durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,*
2. *vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist,*
3. *solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind,*
4. *und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert*“.²⁸

Bei Lieferaufträgen ist die Vorgabe bestimmter Eigenschaften des Liefergegenstandes sachlich gerechtfertigt, wenn diese insbesondere aus technischen, gestalterischen oder wirtschaftlichen Gründen erforderlich sind. Das kann beispielsweise aus Gründen der technischen Kompatibilität, der einheitlichen Ausstattung, Wartung oder Lagerhaltung (vor allem bei Sanierungs- oder Erweiterungsleistungen) der Fall sein, ebenso auch aus Gründen der Nutzung der Sache. Es muss sich um **objektive, in der Leistung selbst liegende Gründe** handeln (konkrete Beispielfälle, die von der Rechtsprechung anerkannt wurden, werden sogleich unter Punkt 2.3.1. erläutert).²⁹

In diesen Fällen ist der regelmäßig geforderte **Zusatz „oder gleichwertig“** nicht anzubringen, da es gerade auf das ausgeschriebene Produkt ankommt und ein anderes, auch wenn es gleichwertig sein sollte, den Anforderungen nach der Definition dieser Ausnahmeregelung gerade nicht genügt.³⁰

²⁶ Trutzel, B. (2020): § 31 VgV. In: Ziekow, J.; Völlink, U.-C. [Hrsg.]: Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 49

²⁷ Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Burgi, M.; Dreher, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, Rn. 99.

²⁸ Kulartz, H.-P.; Weidemann, D. (2021): Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit funktionaler Ausschreibungen. In: NZBau 2021, 571; OLG Brandenburg, Beschluss vom 08. Juli 2021 – 19 Verg 2/21, Rn. 30.

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. Oktober 2004 – VII Verg 56/04; OLG Celle, Beschluss vom 22. Mai 2008 – 13 Verg 1/08.

³⁰ Voppel, R. (2018): § 31 VgV. In: Voppel, R.; Osenbrück, W.; Bubert, C. [Hrsg.]: VgV- Kommentar, 4. Aufl. 2018, Rn. 65; Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Burgi, M.; Dreher, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, Rn. 100.

Auch eine **Diskriminierung** (nach § 97 GWB) liegt in diesen Fällen nicht vor, da die Ungleichbehandlung in Form der produktspezifischen Ausschreibung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist.³¹

Angesichts des Grundsatzes der produktneutralen Ausschreibung sind, wie dies für Ausnahmetatbestände generell gilt, die möglichen Ausnahmen eng auszulegen.³² Dessen ungeachtet gewährt die Rechtsprechung dem Auftraggeber aber einen weiten Spielraum bei der produktscharfen Ausschreibung.³³ Letztlich besteht weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung eine allgemeingültige Vorgabe, ab wann auftrags- und sachbezogene Gründe eine produktspezifische Ausschreibung rechtfertigen. Die Prüfung erfolgt im Einzelfall.

2.3 Produktspezifische Ausschreibungen in der Rechtsprechung

Zur Veranschaulichung wird im Folgenden auf verschiedene Fälle von produktspezifischen Ausschreibungen eingegangen, die von der Rechtsprechung als vergaberechtskonform bewertet wurden.

2.3.1 Anerkannte Rechtfertigungsgründe für auftrags- und sachbezogene Gründe

In der Rechtsprechung sind verschiedene Gründe als Rechtfertigung für eine produktspezifische Ausschreibung anerkannt.

- So hat das **OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17. Februar 2010 – VII-Verg 42/09)** eine technikspezifische Ausschreibung für zulässig gehalten. Die von der Vergabestelle getroffene Technologiewahl zugunsten einer Datenfernübertragung über ISM war nicht zu beanstanden, obwohl sie den Wettbewerb klar einschränkte. [**Datenfernübertragung**]
- Das **OLG Karlsruhe (Beschluss vom 14. September 2016 – 15 Verg 7/16)** hat die Ausschreibung eines öffentlichen Konzerthauses, die spezifisch auf drei Steinway & Sons Flügel Modell C-227 beschränkt war, für zulässig gehalten. Aufgrund dieser Beschränkung durfte ein Bieter ausgeschlossen werden, der Konzertflügel herstellte, die den ausgeschriebenen Konzertflügeln in Klang und Spielbarkeit zwar gleichwertig, aber eben nicht das explizit geforderte Modell waren. [**Konzertflügel**]
- Die **Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster (Beschluss vom 24. Juni 2011 – VK 6/11)** hat entschieden, dass bei der Beschaffung eines Stein-Fußbodens für ein öffentliches Gebäude nicht nur der Ursprungsort des zu verlegenden Steins (Irland) festgelegt werden durfte, sondern darüber hinaus auch der Hersteller des Steins, nämlich die Fa. Erinstone aus Belgien. Durch die Festlegung auf den Hersteller wollte der öffentliche Auftraggeber sicherstellen, dass nur der gewünschte Stein aus dem ausgewählten Steinbruch angeboten werden würde. [**Irischer Blaustein**]
- Das **OLG Düsseldorf (Beschluss vom 27. Juni 2012 – VII-Verg 7/12)** hat es für die Ausschreibung von Anti-Grippe-Impfstoffen als zulässig angesehen, dass der Impfstoff in Fertigspritzen geliefert werden sollte, und zwar entweder ohne Kanüle oder mit

³¹ Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Burgi, M.; Dreher, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, Rn. 106.

³² Pfannkuch, B. (2021): Zu den Anforderungen an den Vergabemerkmale bei einer produktscharfen Ausschreibung und der Möglichkeit der Heilung von Dokumentationsmängeln. In: Pfannkuch, B. (2021): Zu den Anforderungen an den Vergabemerkmale bei einer produktscharfen Ausschreibung und der Möglichkeit der Heilung von Dokumentationsmängeln. In: ZfBR 2021, 39; s.a. Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Burgi, M.; Dreher, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, Rn. 98.

³³ Schellenberg, M. (2019): § 31 VgV. In: Pünder, H.; Schellenberg, M. [Hrsg.]: Vergaberecht, 3. Aufl., 2019, Rn. 80.

abnehmbarer Kanüle, wodurch sämtliche Anbieter von Anti-Grippe-Impfstoffen mit festen Kanülen von der Ausschreibung ausgeschlossen wurden. [**Impfstoffspritzen**]

- Das **OLG Karlsruhe (Urteil vom 15. November 2013 – 15 Verg 5/13)** hat entschieden, dass die softwareseitige Erweiterung eines bereits vorhandenen Einsatzleitsystems der Polizei auf das System beschränkt werden konnte, das bereits durch die Polizei genutzt wurde, obwohl nur ein bestimmtes Unternehmen dieses System liefern konnte. [**Polizei-Notrufvermittlung**]

Obleich keiner der obigen Sachgründe unmittelbar auf „Regionalstrom“ übertragbar ist, soll dennoch ein intensiverer Blick auf die vorstehende Rechtsprechung vorgenommen werden, um ein besseres Verständnis für den **Prüfungsmaßstab** zu vermitteln, der von den Gerichten bei der Bewertung von Rechtfertigungsgründen angelegt wird.

In den vorstehend dargestellten Entscheidungen wurde ein weites Bestimmungsrecht des Auftraggebers hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes anerkannt:

*„Eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand ist dabei bereits anzunehmen, wenn auftrags- und sachbezogene Gründe zu der bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugenden Leistungsbestimmung führen. Derartige Gründe können vielgestaltig sein und sich zum Beispiel aus der **besonderen Aufgabenstellung, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder auch aus der Nutzung der Sache** ergeben. Es genügt, dass sich die Forderung besonderer Merkmale, bezogen auf die Art der zu vergebenden Leistung, (nur) rechtfertigen lässt, womit dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass in die (auch) kaufmännische Entscheidung des Auftraggebers, welche Leistung mit welchen Merkmalen nachgefragt und ausgeschrieben werden soll, in der Regel eine Vielzahl von Erwägungen einfließt, die sich etwa daraus ergeben können, dass sich die auf dem Markt angebotenen Leistungen trotz grundsätzlicher Gleichartigkeit regelmäßig in einer Reihe von Eigenschaften unterscheiden. Eine Differenzierung nach solchen Kriterien, soweit sie auf die Art der zu vergebenden Leistung bezogen sind, kann dem Auftraggeber nicht verwehrt werden. Nach welchen sach- und auftragsbezogenen Kriterien er seine Beschaffungsentscheidung auszurichten hat, ist ihm wegen seines insoweit bestehenden Bestimmungsrechts im Nachprüfungsverfahren nicht vorzuschreiben.“³⁴*

Auch wenn die Beschränkung des Beschaffungsgegenstandes zwangsläufig eine Einschränkung des Wettbewerbs mit sich bringt, ist diese dennoch rechtmäßig, sofern sie **nicht willkürlich getroffen** wird, sondern auf **sach- und auftragsbezogenen Gründen** beruht:

„Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie, ist die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen.“³⁵

Ausgehend von diesen Grundsätzen konnte im Fall der **Datenfernübertragung** die Entscheidung für ein bestimmtes Produkt inhaltlich nicht kontrolliert werden. Sie musste lediglich **willkürfrei** getroffen worden sein:

„Eine produkt-, verfahrens- oder technikspezifische Beschaffungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers ist im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht inhaltlich auf Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit oder erst recht auf Richtigkeit, sondern nur daraufhin zu kontrollieren, ob

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2010 – VII-Verg 42/09, Rn. 30.

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2010 – VII-Verg 42/09, Rn. 31.

sie auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht. Ist ein derartiger sach- und auftragsbezogener Grund zu bejahen, findet keine Überprüfung nach den Maßstäben statt, die für die Ausübung eines Beurteilungsspielraums entwickelt worden sind.“³⁶

Eine weitergehende Überprüfung insbesondere auf die sachliche Richtigkeit oder Nachvollziehbarkeit der vom Auftraggeber benannten Gründe hätte dagegen zur Folge, dass im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren (gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe) ermittelt würde, ob alternative Anforderungen dem Beschaffungsziel des Auftraggebers genauso oder besser entsprechen würden, und er gegebenenfalls verpflichtet würde, eine Leistung mit anderen als den von ihm festgelegten Merkmalen und Eigenschaften zu beschaffen; dies wäre mit dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers unvereinbar.³⁷

Daher hielt auch im **Konzertflügel**-Fall die Festlegung auf ein bestimmtes Modell eines bestimmten Herstellers vergaberechtlichen Grundsätzen stand. Das OLG Karlsruhe entschied, dass im Nachprüfungsverfahren

„die Entscheidung des Auftraggebers allein daraufhin zu überprüfen [ist], ob sie, den Erkenntnishorizont des Auftraggebers zur Zeit der Entscheidung über die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes zugrunde gelegt, nicht auf sachfremden, willkürlichen oder diskriminierenden Erwägungen beruhte; hierbei kommt der Vergabestelle ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu [...]. Ist die Festlegung des Beschaffungsbedarfs aufgrund sachlicher und auftragsbezogener Gründe diskriminierungsfrei erfolgt, so ist eine sich hieraus ergebende, wettbewerbsverengende Wirkung grundsätzlich hinzunehmen [...]. Dies gilt auch dann, wenn die an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis führt und damit einen Wettbewerb ausschließt [...]. Schon aus Gründen der Transparenz sind die hierfür erforderlichen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse im Vergabevermerk zu dokumentieren [...].“³⁸

Im **Impfstoffspritzen**-Fall präzisierte das OLG Düsseldorf:

„Solange die Anforderung nicht dazu führt, dass die Ausschreibung faktisch auf ein oder wenige Produkte zugeschnitten ist und die Anforderung objektiv sach- und auftragsbezogen ist, wird dem Grundsatz der Vergabe im Wettbewerb und der Wahrung der Bietervielfalt hinreichend Rechnung getragen.“³⁹

Die Vergabekammer im **Irischer Blaustein**-Fall scheint noch weiter zu gehen, indem sie entschied, dass die Vergabestelle „vor Einleitung der Ausschreibung zu Recht sich auf das konkrete Produkt „Irischer Blaustein“ von der Fa. Erinstone/ Belgien in ihrer Leistungsbeschreibung festlegen konnte.“⁴⁰ Schließlich handele sich dabei um eine Entscheidung,

„die dem Vergabeverfahren vorgelagert ist und somit nicht um eine Entscheidung, die der Überprüfung der Nachprüfungsinstanzen nach den Maßstäben eines Beurteilungsspielraumes unterliegt. Demzufolge ist es nicht erforderlich zu prüfen, ob die Antragsgegnerin sich willkürlich auf ein bestimmtes Produkt und einen Lieferanten festgelegt hat, obwohl es doch technisch und optisch gleichwertige Alternativen gibt oder geben könnte, die die Anforderungen der Antragsgegnerin ebenso gut erfüllen können. Eine Vergabestelle ist auch nicht verpflichtet, Markterforschungen und Marktanalysen vorzunehmen und sie muss auch

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2010 – VII-Verg 42/09, Orientierungssatz 1.

³⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2010 – VII-Verg 42/09, Orientierungssatz 2.

³⁸ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14. September 2016 – 15 Verg 7/16, Rn. 29.

³⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012 – VII-Verg 7/12, Rn. 26.

⁴⁰ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 24. Juni 2011 – VK 6/11, Rn. 104.

nicht begründen, warum nicht anders - insbesondere nicht produkt- und technikoffen - ausgeschrieben wird.“⁴¹

„Die Frage, ob die Produkte optisch und technisch gleichwertig sind, kann dahinstehen, weil die Konkretisierung auf einen konkreten Beschaffungsgegenstand, nicht der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen unterliegt, soweit die Vergabestelle sachliche und auftragsbezogene Rechtfertigungsgründe dafür hat.“⁴²

Selbst wenn der die Nachprüfung anstrebende Bieter, wie im **Irischer Blaustein**-Fall, nachzuweisen versucht, dass sein Produkt mit dem angeforderten Produkt gleichwertig sei, sei diese Prüfung laut Vergabekammer

„nicht mehr Gegenstand einer Nachprüfung, wenn die Vergabestelle für ihre Entscheidung auf andere sach- und auftragsbezogene Gesichtspunkte abgestellt hat.“⁴³

Daraus folgt, dass sich eine Vergabestelle zwar nicht willkürlich für einen Bieter entscheiden und den Ausschreibungsgegenstand genau auf ihn zuschneiden darf. Solange jedoch objektiv nachvollziehbare Gründe für eine Produktspezifikation gegeben sind (bspw. der irische Blaustein passe am besten ins optische Gesamtkonzept),⁴⁴ die freilich von anderen Vergabestellen oder auch von bestimmten Bietern anders gesehen werden können, wird ihr diesbezüglich in der Regel ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.

Insbesondere wenn sämtliche Bieter das angefragte Produkt anbieten können, liegt regelmäßig keine Diskriminierung vor. Auch wenn das angefragte Produkt nicht zum Betriebskonzept möglicher Bieter passt, steht dies der Rechtmäßigkeit der Produktspezifizierung nicht entgegen:

„Der Auftraggeber ist nicht gehalten, die Ausschreibung so zuzuschneiden, dass sie zum Unternehmens- oder Betriebskonzept eines jeden möglichen Bieters passt (vgl. auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.11.2011 - 15 Verg 3/11 zur Losaufteilung). Der Einwand, diese Rechtsprechung erlaube schrankenlos Produktbestimmungen, greift nicht durch. Auch nach der Rechtsprechung des Senats wird das Vorhandensein sachlich gerechtfertigter objektiver und plausibler Gründe geprüft, was willkürliches und diskriminierendes Verhalten des Auftraggebers ausschließt“⁴⁵

Im **Polizei-Notrufvermittlung**-Fall erläutert das OLG Karlsruhe seine Entscheidung mit Blick auf den Sinn und Zweck des Vergaberechts. Dieses wolle lediglich einen fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerb ermöglichen, solle aber nicht den öffentlichen Auftraggeber in seiner Entscheidung einschränken und ihm das Risiko einer Fehlbeurteilung des Beschaffungsbedarfs aufbürden:

„Zu berücksichtigen ist auch insoweit wiederum, dass die Zielsetzung des Vergaberechts darin liegt, einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten und Vergabeentscheidungen aus sachfremden, diskriminierenden Gründen zu verhindern, dass es hingegen der Zweck des Vergaberechts nicht gebietet, dem öffentlichen Auftraggeber das vergaberechtliche Risiko einer unverschuldeten

⁴¹ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 24. Juni 2011 – VK 6/11, Rn. 105.

⁴² Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 24. Juni 2011 – VK 6/11, Rn. 106.

⁴³ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 24. Juni 2011 – VK 6/11, Rn. 107.

⁴⁴ „Die Wandflächen bestehen aus weißen Oberflächen oder Holzoberflächen in amerikanischer Kirsche (warmer, rötlicher Farbton), wozu im Kontrast ein Bodenbelag gefunden werden musste, der anthrazitfarben ist. Gleichzeitig sollte es sich um Naturstein handeln, der keine monotonen Flächen erzeugt. Der von den Planern vorgeschlagene frische Blaustein sei ein anthrazitfarbener Kalkstein mit deutlich sichtbaren fossilen Elementen, der im Zusammenspiel mit den Wandflächen aus Holz den Gestaltungsansprüchen gerecht werde. Dieser werde nur in den Steinbrüchen des in der Leistungsbeschreibung genannten Lieferanten gebrochen.“ (Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 24. Juni 2011 – VK 6/11, Rn. 51).

⁴⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012 – VII-Verg 7/12, Rn. 26.

Fehlbeurteilung seines Beschaffungsbedarfs oder einer Fehleinschätzung von wirtschaftlichen oder technischen Entscheidungsgrundlagen zuzuweisen. Der öffentliche Auftraggeber verhält sich daher, wovon auch die Vergabekammer ausgegangen ist, jedenfalls dann vergaberechtskonform, wenn er ihm zumutbare Ermittlungen zur Feststellung und Festlegung seines Beschaffungsbedarfs anstellt, insbesondere - wenn ihm selbst die erforderliche Sachkunde fehlt - die Beratung durch ein Beratungsunternehmen in Anspruch nimmt und die für die Festlegung des Beschaffungsgegenstands maßgeblichen Umstände gewissenhaft prüft und auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gelangt, dass sachliche Gründe vorliegen, die die konkrete Festlegung seines Beschaffungsbedarfs rechtfertigen. Der Vergabestelle kommt hierbei ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.“⁴⁶

Sofern also auftrags- und sachbezogene Gründe für eine produktspezifische Ausschreibung bestehen, ist der Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung eingeschränkt und es kann produktspezifisch ausgeschrieben werden. Die Gründe werden dabei inhaltlich im Nachprüfungsverfahren nicht geprüft, solange sie nicht willkürlich oder ohne Zusammenhang zur Beschaffungsentscheidung sind.

2.3.2 Abgelehnte Rechtfertigungsgründe für auftrags- und sachbezogene Gründe

Das vorgehende Ergebnis bestätigt sich durch eine Abgrenzung von Fällen, in denen ein Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung festgestellt wurde. In diesen Fällen lag meist eine willkürliche Festlegung durch die Vergabestelle vor.

Insbesondere wenn sich eine Vergabestelle für eine produktspezifische Ausschreibung entscheidet ohne geprüft zu haben, ob der angestrebte Zweck nicht auch im Wege einer produktneutralen Ausschreibung erreicht werden kann, liegt ein Verstoß gegen das Vergaberecht vor.

So heißt es beispielsweise in einem Beschluss des OLG Celle:

*„Die Antragsgegnerinnen – bzw. die von ihnen beauftragte Zentrale Vergabestelle – haben eine „gesonderte Prüfung“ zur technischen Möglichkeit der Einführung eines weiteren Verschlüsselungssystems – deren Notwendigkeit sie ausweislich des Vergabevermerk erkannt hatten – mit der Begründung nicht vorgenommen, dass diese nicht das ursprüngliche Interesse der angefragten zentralen Ausschreibung darstelle. Dieses **subjektive** Interesse – sei es der Antragsgegnerinnen, sei es der Netzbetreiber – ist aber für sich genommen nicht geeignet, eine Ausnahme vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung objektiv zu rechtfertigen.“⁴⁷*

*„Dies geht vor dem Hintergrund der Darlegungs- und Beweislast der Antragsgegnerinnen für die geltend gemachte Ausnahme vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung zu ihren Lasten, und zwar unabhängig davon, ob dies auch auf einer oberflächlichen Markterkundung beruhen sollte. Insoweit trifft die Antragsgegnerinnen keine allgemeine Markterforschungspflicht. Ein öffentlicher Auftraggeber ist vor Einleitung eines Vergabeverfahrens und zur Vorbereitung einer Auftragsvergabe zwar ggf. zu einer Markterkundung berechtigt, nicht aber verpflichtet [...]. **Er muss aber die maßgeblichen Grundlagen seiner Entscheidung für eine produktscharfe Ausschreibung in einer für Bieter nachvollziehbaren Weise dokumentieren.**“⁴⁸*

⁴⁶ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. November 2013 – 15 Verg 5/13, Rn. 105.

⁴⁷ OLG Celle, Beschluss vom 31. März 2020 – 13 Verg 13/19, Rn. 92, Hervorhebungen nicht im Original.

⁴⁸ OLG Celle, Beschluss vom 31. März 2020 – 13 Verg 13/19, Rn. 98, Hervorhebungen nicht im Original.

Dies gilt selbst dann, wenn durchaus denkbar ist, dass auftrags- und sachbezogene Gründe die Produktspezifizierung im Einzelfall rechtfertigen könnten.

„In dem betreffenden Fall bezeichnete das OLG es zwar als denkbar, dass technische und wirtschaftliche Gründe eine produktspezifische Ausschreibung hätten rechtfertigen können, dies insbesondere unter dem Aspekt der Verringerung von Risikopotentialen und der Wahl des sichersten Weges.“⁴⁹

Solange diesbezüglich keine „hinreichend nachvollziehbaren sachlichen Gründe dargetan“ werden, „dass nur die Tafeln der Firma Pr. die Anforderung an ein für den Schulbetrieb geeignetes Display erfüllen können“⁵⁰, liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung vor.

Während darüber hinaus zwar keine Markterforschung erforderlich ist, von der Vergabestelle also nicht verlangt wird, jedes Produkt am Markt daraufhin überprüft zu haben, ob es dem gewählten Beschaffungsgegenstand gegenüber als gleichwertig anzusehen ist, wird eine konsistente Begründung dennoch gefordert.

2.3.3 Fazit zur produktspezifischen Ausschreibung

Sofern sich der öffentliche Auftraggeber für eine produktspezifische Ausschreibung entscheidet, muss diese Entscheidung unter Beachtung des Grundsatzes der produktneutralen Ausschreibung getroffen werden. Hieraus ergeben sich insbesondere zwei Anforderungen:

- **Prozessuale Anforderung:** Zum einen ist erforderlich, dass sich der öffentliche Auftraggeber zunächst sorgfältig mit den Gründen für eine produktspezifische Ausschreibung auseinandersetzt, ohne dass von ihm allerdings eine tiefergehende Markterforschung erwartet wird. Die vorgenommene Auseinandersetzung ist genau zu dokumentieren.
- **Materielle Anforderung:** Zum anderen darf die Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes stets nur so weit gehen, wie das aus Sicht der auftrags- und sachbezogenen Gründe erforderlich ist. Hinsichtlich der individuellen Bewertung der maßgeblichen Gründe steht dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu.

⁴⁹ Pfannkuch, B. (2021): Zu den Anforderungen an den Vergabemerk bei einer produktscharfen Ausschreibung und der Möglichkeit der Heilung von Dokumentationsmängeln. In: ZfBR 2021, 39.

⁵⁰ OLG München, Beschluss vom 26. März 2020 – Verg 22/19, Rn. 136.

3 Sachliche Gründe für eine Ausschreibung von Regionalstrom

Für die Ausschreibung von Regionalstrom ist (noch) keine Rechtsprechung vorhanden, die (unter bestimmten Voraussetzungen) die Rechtmäßigkeit eines solchen Beschaffungsgegenstandes angenommen oder abgelehnt hätte. Unabhängig davon wurde Regionalstrom in der Praxis bereits in verschiedenen Vergabeverfahren ausgeschrieben.⁵¹

Im Sinne des vorstehend aufgezeigten Prüfungsmaßstabs soll im Folgenden erörtert werden, ob auftrags- oder sachbezogene Gründe vorliegen, die eine produktspezifische Ausschreibung vom Regionalstrom rechtfertigen können.

3.1 „Regionalität“ als solches kein Rechtfertigungsgrund

Zunächst ist hervorzuheben, dass die **Regionalität eines Produkts** als solches **keinen** rechtfertigenden Sachgrund darstellen kann.

Es ist grundsätzlich **unzulässig**, den Wettbewerb auf Unternehmen aus bestimmten Regionen (Ortsansässigkeit) zu beschränken. Daneben darf auch das Kriterium der Ortsnähe bei Vergabeentscheidungen öffentlicher Auftraggeber weder auf der Stufe der Eignungs- noch bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung oder der Zuschlagsentscheidung Berücksichtigung finden.⁵²

Eine Entscheidung zugunsten von regionalen Anbietern kann auch nicht damit begründet werden, dass zusätzliche Gewerbesteuer-Einnahmen erzielt werden, die Beschäftigung einheimischer Arbeitskräfte gefördert wird oder die lokale Konjunktur gestärkt wird.⁵³ Diese Motive der **regionalen Wirtschaftsförderung** stellen keinen zulässigen Grund zur Ungleichbehandlung und zur bevorzugten Beauftragung ortsansässiger Unternehmen dar⁵⁴ und können als sachfremde Aspekte eine produktspezifische Ausschreibung in einem Vergabeverfahren nicht rechtfertigen.

Auch abstrakt umschriebene Anforderungen, die typischerweise ausländische Anbieter stärker belasten, sind aufgrund des Diskriminierungsverbotes unzulässig. Dazu zählen beispielsweise auch ökologische Anforderungen zu Gunsten regionaler Versorgungsstrukturen mit dem Ziel der Verkehrsminimierung, die wegen der Notwendigkeit eines Transports in einem gemeinsamen Binnenmarkt in der Regel nicht als Rechtfertigung gelten können.⁵⁵ Öffentliche Auftraggeber können die Beschaffung also nicht deshalb auf lokal hergestellte Produkte beschränken, weil deren Anlieferung mit weniger Emissionen verbunden ist als die Lieferung von Produkten aus anderen Gegenden.

⁵¹ Vgl. TED 2019/S 054-123987, 2019/S 108-262893; TED 2020/S 245-606991; TED 2021/S 103-270348, 2021/S 153-406555; TED 2019/S 183-445320; TED 2020/S 102-246946.

⁵² Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Dezember 1999 – Verg 8/99.

⁵³ Vgl. Herrmann, A. (2014): „Welche rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen für die Landeshauptstadt München, um auf Grundlage der geltenden rechtlichen Bestimmungen insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen mit Firmensitz in München bei Vergabeverfahren der Landeshauptstadt München betreffend die Vergabe von Bauleistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und von Leistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) bevorzugt bzw. möglichst optimal zu berücksichtigen?“.

⁵⁴ Glahs, H., (2020): § 6 VOB/A. In: Kapellmann, K.D.; Messerschmidt, B. [Hrsg.]: VOB Teile A und B, 7. Aufl. 2020, Rn. 9; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Dezember 1999 – Verg 8/99; Vergabekammer Brandenburg, Beschluss vom 21. Juli 2004 – VK 35/04.

⁵⁵ Schneider, J. P. (2009): Umweltschutz im Vergaberecht. In: NVwZ, 2009, 1057.

3.2 „Regionale Klimaneutralität“ als Rechtfertigungsgrund

Regionalität für sich allein betrachtet kann also nicht ausreichen, um eine produktspezifische Ausschreibung von Regionalstrom zu rechtfertigen. Im Gegensatz dazu könnte aber das Ziel einer „regionalen Klimaneutralität“ einen Sachgrund darstellen.

3.2.1 Begriff der regionalen Klimaneutralität

Regionale Klimaneutralität bedeutet, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber das Ziel setzt, seine CO₂-Emissionen in Bezug auf einen bestimmten räumlichen Bezugsrahmen zu minimieren und langfristig auf null zu setzen. Die regionale Klimaneutralität unterscheidet sich daher von einer allgemeinen Regionalität.

Sofern umwelt- und nicht regionalpolitische Zwecke verfolgt werden,⁵⁶ wurden bereits Vergabekriterien akzeptiert, die zur Emissionsreduzierung auf eine möglichst geringe Transportentfernung abstellten. So durfte die Vergabestelle in einem Fall vor dem OLG Rostock

„die Transportentfernung als sog. "vergabefremden" Gesichtspunkt zum Wertungskriterium machen. [...] Der Transportaufwand zur Abfallbeseitigungsanlage stellt im Hinblick auf die erheblichen Immissionen der Transportfahrzeuge kein ausschreibungsfernes Kriterium dar.“⁵⁷

Bei Strom als Produkt gibt es aber aufgrund der physikalischen Eigenschaft (Weg des geringsten Widerstands) meist keinen Vorteil von kurzen Transportwegen. Auch ist es für das Klima grundsätzlich unerheblich, wo auf der Welt CO₂-Emissionen eingespart werden.

Das Ziel einer regionalen Klimaneutralität beschränkt sich allerdings nicht auf eine rein bilanzielle Betrachtung, wie viele CO₂-Emissionen eingespart werden. Vielmehr geht es hier darum, dass die Einsparung der CO₂-Emissionen (etwa durch erneuerbaren Strom) in einer bestimmten Region stattgefunden hat. Damit soll ein **sichtbarer und glaubwürdiger Beitrag zur Energiewende** geleistet werden. Der öffentliche Auftraggeber möchte so seiner Verantwortung für den Klimaschutz gerecht werden.

Fraglich ist allerdings, ob dieses Interesse als sachlicher Grund i.S.v. § 31 Abs. 6 VgV anzuerkennen ist. Da sich der öffentliche Auftraggeber die regionale Klimaneutralität selbst vorgibt, könnte es sich um ein rein subjektives Interesse handeln. Wie ausgeführt, sind subjektive Interessen nicht geeignet eine produktspezifische Beschaffung zu rechtfertigen. Die Gründe müssen vielmehr objektiv bestehen.

Die entscheidende Frage ist daher, ob es sich bei der regionalen Klimaneutralität um ein bloß subjektives Interesse des öffentlichen Auftraggebers oder ein objektives Interesse handelt. Ein objektives Interesse liegt insbesondere dann vor, wenn das Ziel einer regionalen Klimaneutralität von der Rechtsordnung anerkannt wäre.

3.2.2 Prinzip der nationalen Förderung erneuerbarer Energien

In verschiedenen Rechtsnormen finden sich Anhaltspunkte dafür, dass die regionale Klimaneutralität ein objektiv anerkanntes Ziel ist. Auf europäischer Ebene lässt beispielsweise die Erneuerbare-Energien-Richtlinie II (RL (EU) 2018/2001) eine rein nationale Förderung der

⁵⁶ Schneider, J. P. (2009): Umweltschutz im Vergaberecht. In: NVwZ, 2009, 1057. EuGH, Urteil vom 20. März 1990, C-21/88, Celex-Nr. 61988CJ0021_SUM – Du Pont de Nemours Italiana; EuGH, Urteil vom 03. Juni 1992, C-360/89, Celex-Nr. 61989CJ0360_SUM – Kommission/Italien; zu diskriminierenden Spezifikationen s. EuGH, Urteil vom 12. Februar 2004, C-230/02, Celex-Nr. 62002CJ0230 – Grossmann.

⁵⁷ OLG Rostock, Beschluss vom 30. Mai 2005 – 17 Verg 4/05.

Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen zu. Eine räumlich-geographische Beschränkung der Förderung erneuerbarer Energien ist also zulässig.

In Art. 5 Abs. 1 Erneuerbare-Energien-Richtlinie II heißt es hierzu, dass die Mitgliedstaaten das Recht haben zu entscheiden, in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat produzierte Elektrizität aus erneuerbaren Quellen fördern möchten. Der deutsche Staat ist also nicht gezwungen, beispielsweise auch Windkraftanlagen in Spanien zu fördern, sondern er darf sich auf Windkraftanlagen in Deutschland beschränken.⁵⁸

Vergleichbar dazu, könnte es auch zulässig sein, dass sich öffentliche Auftraggeber in Vergabeverfahren auf erneuerbaren Strom aus Deutschland beschränken und erneuerbaren Strom aus anderen Mitgliedstaaten ausschließen.

Beide Konstellationen (Förderung von erneuerbarem Strom und Beschaffung von erneuerbarem Strom) sind insoweit vergleichbar als in beiden Fällen eine Diskriminierung des erneuerbaren Stroms eines anderen Mitgliedsstaats in Frage steht.

Dass diese Diskriminierung zulässig ist (also eine ausreichende sachliche Rechtfertigung besteht) ist auf den ersten Blick verwunderlich, da – wie erwähnt – für das weltweite Klima nicht entscheidend ist, an welcher Stelle CO₂-Emissionen eingespart werden. Der Erzeugungsort der erneuerbaren Energien müsste also eigentlich unbeachtlich sein und dürfte keine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Gleichwohl hat sich der Unionsgesetzgeber in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie II dafür entschieden, dass eine rein nationale Förderung zulässig ist und daher nach dem Erzeugungsort differenziert werden darf. Der **Erzeugungsort** von erneuerbarem Strom ist also im Unionsrecht ein **sachliches Unterscheidungskriterium**. Der gemeinsame Binnenmarkt in Bezug auf erneuerbaren Strom ist insoweit eingeschränkt.

Die Beschränkung auf inländischen erneuerbaren Strom ist ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 AEUV. Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat bereits entschieden, dass dieser Eingriff durch Art. 5 Abs. 1 Erneuerbare-Energien-Richtlinie II im Sinne des Umweltschutzes gerechtfertigt ist, insbesondere aus Gründen der Nachweissicherheit.⁵⁹

„Nach ständiger Rechtsprechung können nationale Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, u. a. durch zwingende Erfordernisse des Umweltschutzes gerechtfertigt sein.“⁶⁰

Aus dem Prinzip der nationalen Förderung erneuerbarer Energien lässt sich daher für den vorliegenden Fall ableiten, dass für das Erreichen von Klimazielen eine räumlich beschränkte Förderung zugelassen wird. Wenn schon eine räumliche Einschränkung der Förderung erneuerbarer Energien zulässig ist, muss erst recht eine räumlich beschränkte Ausschreibung erneuerbarer Energien möglich sein. Setzt sich ein öffentlicher Auftraggeber entsprechende regionale Klimaziele wäre es nach diesem Rechtsgedanken zulässig, nach dem Erzeugungsort der EE-Anlagen zu differenzieren.

⁵⁸ Erneuerbarer Strom aus anderen Mitgliedstaaten oder Drittstaaten ist nur ausnahmsweise im Rahmen der Art. 8-13 Erneuerbare-Energien-Richtlinie II von einer Förderung umfasst.

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 01. Juli 2014, C-573/12, Celex-Nr. 62012CJ0573 - Ålands Vindkraft, Rn. 76ff.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 01. Juli 2014, C-573/12, Celex-Nr. 62012CJ0573 - Ålands Vindkraft, Rn. 77.

3.2.3 Ursprungsprinzip

Als weiteren Anknüpfungspunkt im europäischen Recht kann auf den in Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV verankerten Grundsatz der Bekämpfung von Umweltbeeinträchtigungen an ihrem Ursprung verwiesen werden (**Ursprungsprinzip**). Dieser eigenständige Grundsatz des Umweltverfassungsrechts besagt, dass Umweltbeeinträchtigungen an der Stelle bekämpft werden sollen, an der sie auftreten. Er enthält damit eine **räumlich-geographische Komponente**. Umweltschutz soll möglichst nah an der Quelle ansetzen.

Bedeutung gewinnt der Grundsatz insbesondere im Abfallrecht,⁶¹ wo er durch die Grundsätze der Entsorgungsausartikulation und der Entsorgungsnähe konkretisiert ist. Darüber hinaus findet er auch im Naturschutzrecht Anwendung, wenn es darum geht, die örtliche biologische Vielfalt zu erhalten.

Auch CO₂-Emissionen sind als grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen anzusehen.⁶² Aus dem Ursprungsprinzip könnte daher gefolgert werden, dass die CO₂-Emissionen am Ort des Stromverbrauchs vermindert werden müssen. Dagegen könnte eingewendet werden, dass die Umweltbeeinträchtigungen am Ort der Stromerzeugung (in fossilen Erzeugungsanlagen) entstehen, aber nicht am Ort des Stromverbrauchs. Dies kann allerdings auch als Frage, der Zuordnung gesehen werden. Zwar entstehen die CO₂-Emissionen tatsächlich am Ort der Stromerzeugung, aber veranlasst werden diese durch den Ort des Stromverbrauchs.

Aus dem Ursprungsprinzip lässt sich jedenfalls ableiten, dass eine räumlich-geographische Komponente, danach wo Umweltbeeinträchtigungen bekämpft werden, rechtlich anerkannt ist. Es ist also nicht unbeachtlich, ob die Umweltbeeinträchtigung auch an anderer Stelle ausgeglichen werden könnte, sondern dies soll **möglichst nahe am Ursprung** erfolgen.

Im Ergebnis spricht das Ursprungsprinzip damit ebenfalls dafür, dass es sich bei regionaler Klimaneutralität um einen sachlichen Grund handelt. Denn eine räumlich-geographische Komponente wird als abstraktes Interesse auch durch das Ursprungsprinzip anerkannt, unbeachtlich, ob die Umweltbeeinträchtigungen auch an anderer Stelle beseitigt werden können.

3.2.4 Vorbildfunktion der öffentlichen Hand

Neben den Anknüpfungspunkten im europäischen Recht bestehen auch im nationalen Recht Rechtsvorschriften, die dafür sprechen, dass es sich bei der regionalen Klimaneutralität um ein objektives Interesse handelt, welches als sachlicher Rechtfertigungsgrund dienen kann.

Zu nennen ist dabei zunächst das in § 13 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) verankerte **Berücksichtigungsgebot**. Danach haben Träger öffentlicher Aufgaben bei ihren Entscheidungen den Zweck des Bundes-Klimaschutzgesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen. Die öffentliche Hand soll mit anderen Worten beim Klimaschutz mit gutem Beispiel vorangehen.

Eine konkrete Ausformung findet sich hierzu in § 4 Gebäudeenergiegesetz (GEG), welcher vorsieht, dass die öffentliche Hand für die Wärmeversorgung von Nichtwohngebäuden eine Vorbildfunktion trifft. In erster Linie verpflichtet das GEG dazu, die Gebäude selbst zu dämmen und damit die Emissionen am Ort der Verursachung zu reduzieren. Die öffentliche Hand kann also die Emissionen nicht bilanziell „grün stellen“ durch Ausgleichsmaßnahmen in anderen Ländern oder Gegenden. Konkret hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 2 GEG geregelt, dass die

⁶¹ EuGH, Urteil vom 09. Juli 1992, C-2/90, Celex-Nr. 61990CJ0002 – Abfall von Wallonien.

⁶² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 1-270, 175.

Vorbildfunktion mit einer Photovoltaik-Anlage erfüllt werden kann, die im **unmittelbaren räumlichen Zusammenhang** mit dem Gebäude errichtet wird.

Hieraus ergibt sich wiederum ein räumlich-geographischer Anhaltspunkt. Die Klimaschutzmaßnahmen sollen nicht losgelöst vom Ort der Entstehung der CO₂-Emissionen getroffen werden, obgleich dies für das weltweite Klima eigentlich unbeachtlich ist. Dennoch hat der deutsche Gesetzgeber eine **räumlich-geographische Verknüpfung der Klimaschutzmaßnahmen mit dem Ort des Energieverbrauchs** gewählt.

Aus diesem Rechtsgedanken kann wiederum gefolgert werden, dass es zulässig ist, Klimaschutzmaßnahmen mit dem Ort der CO₂-Emissionen so räumlich-geographisch zu verknüpfen, wie dies auch in einem Konzept der regionalen Klimaneutralität erfolgt.

3.2.5 Regionalnachweise nach § 79a EEG

Als weiterer Anknüpfungspunkt im deutschen Recht sind zuletzt die in § 79a EEG geregelten Regionalnachweise zu nennen. Der Gesetzgeber ging bei der Konzeption der Regionalnachweise davon aus, dass die **regionale Zuordnung** von EE-Anlagen zu Stromverbrauchern einen **eigenen Wert** hat. Denn durch die regionale Zuordnung kann die Akzeptanz der Energiewende vor Ort steigen.⁶³ Die **Akzeptanz von EE-Anlagen** ist vor dem Hintergrund des Flächenbedarfs für Neuanlagen entscheidend für das Gelingen der Energiewende.⁶⁴

Ein Klimakonzept, welches eine regionale Klimaneutralität vorgibt, steht daher im Einklang mit der Systematik des § 79a EEG. Das Interesse an einer regionalen Klimaneutralität wird durch die Regionalnachweise des § 79a EEG vom Gesetzgeber berücksichtigt.

3.2.6 Fazit zur Rechtfertigung durch das Ziel der regionalen Klimaneutralität

Für das Konzept einer regionalen Klimaneutralität finden sich sowohl im europäischen Recht als auch im nationalen Recht Anknüpfungspunkte, dass diese rechtlich anerkannt ist. Es handelt sich daher bei einer **regionalen Klimaneutralität** nicht um ein rein subjektives Interesse des öffentlichen Auftraggebers, sondern ein **objektiv nachvollziehbares Interesse**.

Die regionale Klimaneutralität ist daher als sachlicher Grund anzusehen, welcher nach der zitierten Rechtsprechung geeignet ist, eine produktspezifische Ausschreibung von Regionalstrom zu rechtfertigen.

3.3 Räumlicher Bezugspunkt von Regionalstrom

Von der vorstehend untersuchten Frage, ob im Grundsatz Regionalstrom durch öffentliche Auftraggeber beschafft werden darf, ist die Frage zu unterscheiden, wie Regionalstrom genau definiert wird. Insbesondere stellt sich die Frage, welcher **räumliche Umkreis** um eine EE-Anlage gezogen wird, damit der von ihr erzeugte Strom, noch definitorisch als Regionalstrom in Bezug auf den versorgten Letztverbraucher angesehen werden kann.

Wie die vorstehende Prüfung ergeben hat, kann grundsätzlich ein sachlicher Grund für öffentliche Auftraggeber bestehen, um Strom aus einer bestimmten Erzeugungsregion (= Regionalstrom) zu beschaffen. Für die Frage, welcher Umkreis für den Regionalstrom angesetzt werden darf, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass ein **fester Umkreis in Kilometern** um den Verbrauchsort geeigneter ist, als eine Unterscheidung nach Verwaltungsgrenzen (etwa

⁶³ BT-Drs. 18/8832, S. 245.

⁶⁴ BT-Drs. 18/8832, S. 245.

Gemeindegebiet oder Landkreis). Denn bei einem festen Umkreis ist die Wettbewerbsbeeinträchtigung deswegen geringer, weil sich bei grenznahem Stromverbrauch unter Umständen auch EE-Anlagen aus anderen Verwaltungsbezirken bzw. dem europäischen Ausland beteiligen können.⁶⁵

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Umkreis nach dem Sinn und Zweck von Regionalstrom nicht zu groß festgelegt werden sollte, da mit zunehmender Entfernung die gewünschte Identifikation mit einer Energieerzeugung vor Ort abnimmt. Demgegenüber darf der Umkreis für Regionalstrom aber auch nicht zu klein gewählt werden, da andernfalls nicht ausreichend EE-Anlagen zur Verfügung stehen, um den ausgeschriebenen Strombedarf zu befriedigen.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 79a Abs. 6 EEG dahingehend eine **Grundsatzentscheidung** getroffen, dass eine Region alle Postleitzahlengebiete umfasst, die sich ganz oder teilweise im **Umkreis von 50 Kilometern** um das Postleitzahlengebiet befinden, in dem der Letztverbraucher den Strom verbraucht.

Eine Ausschreibung von Regionalstrom, die sich definitiv mit dem räumlichen Umkreis des § 79a Abs. 6 EEG deckt, ist daher als zulässig anzusehen. Denn der 50 Kilometer-Umkreis ist aufgrund der gesetzlichen Normierung als objektives Interesse anerkannt. Es stellt daher im Sinne des § 31 Abs. 6 VgV einen sachlichen Grund dar, wenn der öffentliche Auftraggeber nach dieser Kilometer-Angabe differenziert. Eine willkürliche Diskriminierung anderer EE-Anlagen liegt vor diesem Hintergrund nicht vor.

3.4 Nachweis des Regionalstroms

Schreibt ein öffentlicher Auftraggeber Regionalstrom als Beschaffungsgegenstand aus, stellt sich die Folgefrage, wie diese Produkteigenschaft nachgewiesen werden muss. Nach derzeitiger Rechtslage ist die Ausweisung von Regionalstrom in der Stromkennzeichnung ausschließlich mittels Regionalnachweisen i.S.v. § 79a EEG möglich.

Zum weiteren Nachweis der Ökostrom-Eigenschaft greift man derzeit in der Praxis auf eine kombinierte Beschaffung von Regionalstrom und Ökostrom zurück.⁶⁶ Dies bedeutet, dass der Stromlieferant Ökostrom liefert und dies mittels Herkunftsnachweisen i.S.v. § 79 EEG nachweist (und zwar für 100% der Liefermenge um eine 100%ige Ökostromkennzeichnung erstellen zu können). Zusätzlich liefert der Stromlieferant Regionalstrom mit Regionalnachweisen aus Anlagen im Umkreis von 50 km um den Verbraucher und darf diese Lieferung maximal in Höhe des EEG-Anteils in der Stromkennzeichnung ausweisen. Bei der Entwertung im Regionalnachweisregister wird angezeigt, wenn der maximal regional ausweisbare Anteil erreicht ist.

Sofern in Zukunft anstelle von Regionalnachweisen auch Herkunftsnachweise eine regionale Zuordnung ermöglichen, könnten auch diese Nachweise in der Ausschreibung vorgesehen werden. Konkret sieht Art. 19 des Entwurfs für eine Überarbeitung der europäischen Erneuerbare-Energien-Richtlinie vor, dass künftig auch für geförderten Strom Herkunftsnachweise ausgestellt werden müssen.⁶⁷ Im Gegensatz dazu nutzt Deutschland die

⁶⁵ Bislang gab es nur eine geöffnete Ausschreibung mit Dänemark auf Grundlage des völkerrechtlichen Abkommens zwischen Deutschland und Dänemark über die teilweise Öffnung nationaler Fördersysteme. (Domke, F./Marty, M. (2019): § 79a EEG. In: Baumann, T./Gabler, A./Günther, R. [Hrsg.]: EEG Handkommentar, 1. Aufl. 2019, Rn. 39-42).

⁶⁶ Die rechtliche Zulässigkeit einer isolierten Beschaffung von Ökostrom in Vergabeverfahren ist allgemein anerkannt und nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

⁶⁷ COM(2021) 557 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, 14.07.2021.

Öffnungsklausel der bisherigen Vorschrift der Erneuerbare-Energien-Richtlinie II und legt in § 80 Abs. 2 EEG fest, dass Herkunftsnachweise für Strom, der nach dem EEG gefördert worden ist, nicht ausgestellt werden darf. Sofern dieses Verbot zukünftig entfällt, könnte auch der Bedarf für Regionalnachweise wegfallen, da eine regionale Zuordnung auch über Herkunftsnachweise möglich wäre.

Hinweis:

Die im vorliegenden Gutachten behandelte Frage, ob eine Beschaffung von Regionalstrom in Ausschreibungen rechtlich zulässig ist, ist unabhängig von der Frage der Nachweisführung. Insofern wäre auch bei einem Wegfall der Regionalnachweise i.S.v. § 79a EEG weiterhin eine Beschaffung von Regionalstrom, wie in diesem Gutachten ausgeführt, möglich.

3.5 Dokumentationspflichten

Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Einschätzung, ob eine produktspezifische Vergabe gerechtfertigt ist, wie bereits ausgeführt, ein Beurteilungsspielraum zu. Nach Ansicht des OLG Celle⁶⁸ – unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁶⁹ – ist für eine Rechtfertigung erforderlich, dass der Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe *angibt* und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen hat. Die Darlegungs- und Beweislast für die Notwendigkeit einer (ausnahmsweise) produktspezifischen Leistungsbeschreibung liegt beim öffentlichen Auftraggeber.⁷⁰ Um also bei eventuellen Bieterträgen den Vorwurf einer unzulässigen produktspezifischen Ausschreibung entkräften zu können, müssen die auftrags- und sachbezogenen Gründe vorab und genau dokumentiert werden.⁷¹

Eine Heilung der Begründungs- und Dokumentationspflicht ist ausgeschlossen und folglich eine Wiederholung der betroffenen Abschnitte des Vergabeverfahrens in Fällen erforderlich, in denen zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation lediglich im Nachprüfungsverfahren nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten.⁷²

Für den vorliegenden Fall einer Beschaffung von Regionalstrom folgt daraus, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Gründe für die Beschaffung von Regionalstrom genau darlegen und dokumentieren muss. Möchte sich der öffentliche Auftraggeber auf das Ziel einer regionalen Klimaneutralität berufen, hat er nachvollziehbar darzulegen, inwiefern er sich diesem Ziel verpflichtet hat und dies die Beschaffung von Regionalstrom erfordert. Am einfachsten gelingt dies durch ein entsprechendes **Klimaschutzkonzept des öffentlichen Auftraggebers**, in welchem die Klimaschutzziel und -maßnahmen im Einzelnen definiert werden.

⁶⁸ OLG Celle, Beschluss vom 31. März 2020 – 13 Verg 13/19.

⁶⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016 – VII-Verg 47/15.

⁷⁰ OLG Brandenburg, Beschluss vom 08. Juli 2021 – 19 Verg 2/21, Rn. 30; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019 - VII-Verg 66/18 Rn 52; OLG Celle, Beschluss vom 31. März 2020 – 13 Verg 13/19, Rn 42.

⁷¹ Vgl. Seebo, C. (2018): § 31 VgV. In: Säcker, F.; Meier-Beck, P.; Bien, F.; Montag, F. [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 53.

⁷² Pfannkuch, B. (2021): Zu den Anforderungen an den Vergabemerk bei einer produktscharfen Ausschreibung und der Möglichkeit der Heilung von Dokumentationsmängeln. In: ZfBR 2021, 39.

4 Fazit

Die Prüfung hat ergeben, dass die **Ausschreibung von Regionalstrom** im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach den §§ 97 ff. GWB **rechtlich zulässig** ist. Als Regionalstrom wird Strom verstanden, der aus erneuerbaren Energien in einem bestimmten Umkreis zum Ort des Stromverbrauchs erzeugt wird.

Zwar wird durch die Ausschreibung von Regionalstrom Strom je nach seinem Erzeugungsort ungleich behandelt. Dies stellt eine Abweichung vom **Gebot der produktneutralen Ausschreibung** dar, welche dem § 31 Abs. 6 VgV zu Grunde liegt. Diese Ungleichbehandlung ist aber ausnahmsweise gerechtfertigt. Denn nach der Rechtsprechung ist eine **produktspezifische Ausschreibung zulässig**, wenn ein Sachgrund vorliegt.

Als Sachgrund für die Beschaffung von Regionalstrom kann auf ein Klimaschutzkonzept verwiesen werden, in welchem sich der öffentliche Auftraggeber dem **Ziel einer regionalen Klimaneutralität** verpflichtet. Dies bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergreift, um seinen CO₂-Fußabdruck durch regionale Emissionseinsparungen zu verringern. Die CO₂-Emissionen aus dem Stromverbrauch werden danach durch Regionalstrom ausgeglichen.

Mit dem Klimaschutzkonzept des öffentlichen Auftraggebers kann gleichzeitig die Anforderung an die Darlegung des Sachgrundes erfüllt werden. So ist der Auftraggeber nach der Rechtsprechung verpflichtet den Sachgrund für die produktspezifische Ausschreibung nachvollziehbar zu begründen und genau zu dokumentieren.

Die Prüfung hat weiter ergeben, dass es sachlich zulässig ist, für die Definition von Regionalstrom auf den 50-Kilometer-Umkreis des § 79a Abs. 6 EEG abzustellen. Indem ein Gleichklang mit § 79a Abs. 6 EEG hergestellt wird, ist nicht nur sichergestellt, dass der Nachweis der Stromherkunft über Regionalnachweise erfolgen kann, sondern auch, dass die räumliche Abgrenzung keine willkürliche Diskriminierung beinhaltet.

Rechtlicher Hinweis

Die vorstehenden Ausführungen und Einschätzungen geben ausschließlich die Rechtsmeinung der Verfasser wieder. In denjenigen gesetzlich nicht eindeutig geregelten Rechtsfragen, die auch noch nicht durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entschieden worden sind, kann keine Haftung dafür übernommen werden, ob diese Fragen im Rahmen einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung letztlich anders beurteilt werden.

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung von Regionalstrom mit rechtlichen Risiken behaftet ist. Insbesondere kann vertreten werden, dass die damit einhergehende Einschränkung des Beschaffungsgegenstandes willkürlich bzw. diskriminierend und damit als Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung anzusehen ist.

Dieses Gutachten wurde ausschließlich für das Umweltbundesamt erstellt. Gegenüber Dritten übernehmen wir keine Verantwortung oder Haftung.

5 Quellenverzeichnis

- Buchmüller, C. (2016): Regionale Grünstromkennzeichnung – ein neues Geschäftsfeld für Stromversorger?. In: EWERK 2016, Nomos, Baden-Baden, 301
- Burgi, M. (2001): Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht. In: NZBau - Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2001, C.H. Beck, München, 64
- Domke, F.; Marty, M. (2019): § 79a EEG. In: Baumann, T./Gabler, A./Günther, R. [Hrsg.]: EEG Handkommentar, 1. Aufl. 2019, Nomos, Baden-Baden
- Fischer, K. (2004): Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht. In: EuZW 2004, C.H. Beck, München, 492
- Frenz, W. (2018): Vergaberecht EU und national. Springer, Aachen
- Glahs, H., (2020): § 6 VOB/A. In: Kapellmann, K.D.; Messerschmidt, B. [Hrsg.]: VOB Teile A und B, 7. Aufl. 2020, C.H. Beck, München
- Herrmann, A. (2014): „Welche rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen für die Landeshauptstadt München, um auf Grundlage der geltenden rechtlichen Bestimmungen insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen mit Firmensitz in München bei Vergabeverfahren der Landeshauptstadt München betreffend die Vergabe von Bauleistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und von Leistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) bevorzugt bzw. möglichst optimal zu berücksichtigen?“ <https://www.muenchen.de/rathaus/dam/jcr:88612c25-2a76-471d-8978-84aff8f65029/vergaberecht.pdf> (10.12.2021)
- Kulartz, H.-P.; Weidemann, D. (2021): Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit funktionaler Ausschreibungen. In: NZBau - Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2021, C.H. Beck, München, 571
- Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Burgi, M.; Dreher, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, C.H. Beck, München
- Pfannkuch, B. (2021): Zu den Anforderungen an den Vergabemerkmale bei einer produktscharfen Ausschreibung und der Möglichkeit der Heilung von Dokumentationsmängeln. In: ZfBR - Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht, 2021, C.H. Beck, München, 39
- Probst, P. M.; Winters, F. (2019): Einführung in das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte. In: JuS - Juristische Schulung, 2019, C.H. Beck, München, 1157
- Schellenberg, M. (2019): § 31 VgV. In: Pünder, H.; Schellenberg, M. [Hrsg.]: Vergaberecht, 3. Aufl., 2019, Nomos, Baden-Baden
- Schneider, J. P. (2009): Umweltschutz im Vergaberecht. In: NVwZ - Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2009, C.H. Beck, München, 1057
- Seebo, C. (2018): § 31 VgV. In: Säcker, F.J.; Meier-Beck, P.; Bien, F.; Montag, F. [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, C.H. Beck, München
- Thiele, R. (2021): § 31 VgV. In: Gabriel, M.; Mertens, S.; Prieß, H.-J.; Stein, R. M. [Hrsg.]: BeckOK Vergaberecht, 21. Aufl., 31.01.2021, Nomos, Baden-Baden
- Trutzel, B. (2020): § 31 VgV. In: Ziekow, J.; Völlink, U.-C. [Hrsg.]: Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, C.H. Beck, München
- Umweltbundesamt (Hrsg.) Rechtsgutachten umweltfreundliche Beschaffung, 2019, 30, UBA-Texte 30/2019 <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-offentliche> (10.12.2021)

Voppel, R. (2018): § 31 VgV. In: Voppel, R.; Osenbrück, W.; Bubert, C. [Hrsg.]: VgV- Kommentar, 4. Aufl. 2018, C.H. Beck, München

Wagner-Cardenal, K. (2019): § 31 VgV. In: Dieckmann, M.; Scharf, J. P.; Wagner-Cardenal, K. [Hrsg.]: VgV, UVgO - Kommentar, 2. Aufl. 2019, C.H. Beck, München

Wegener, B.W. (2010): Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe. In: NZBau - Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2010, C.H. Beck, München, 273

Weiner, K. (2021): § 22 Berücksichtigung strategischer Ziele – Green und Sustainable Public Procurement. In: Gabriel, M; Krohn, W.; Neun, A. [Hrsg.]: Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, C.H. Beck, München

Ziekow, J. (2001): Vergabefremde Zwecke und Europarecht. In: NZBau - Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2001, C.H. Beck, München, 72

Gerichtsurteile:

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Dezember 1999 – Verg 8/99

BKartA Bonn, Beschluss vom 09. November 2018 – VK 2 - 98/18

BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18

EuGH, Urteil vom 01. Juli 2014, C-573/12, Celex-Nr. 62012CJ0573 - Ålands Vindkraft

EuGH, Urteil vom 03. Juni 1992, C-360/89, Celex-Nr. 61989CJ0360_SUM – Kommission/Italien

EuGH, Urteil vom 04. Dezember 2003, C-448/01, Celex-Nr. 62001CJ0448 - Wienstrom

EuGH, Urteil vom 09. Juli 1992, C-2/90, Celex-Nr. 61990CJ0002 – Abfall von Wallonien

EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10, Celex-Nr. 62010CJ0368 - Max Havelaar

EuGH, Urteil vom 12. Februar 2004, C-230/02, Celex-Nr. 62002CJ0230 – Grossmann

EuGH, Urteil vom 17. September 2002, C-513/99, Celex-Nr. 61999CJ0513 - Concordia Bus

EuGH, Urteil vom 20. März 1990, C-21/88, Celex-Nr. 61988CJ0021_SUM – Du Pont de Nemours Italiana

OLG Brandenburg, Beschluss vom 08. Juli 2021 – 19 Verg 2/21

OLG Celle, Beschluss vom 22. Mai 2008 – 13 Verg 1/08

OLG Celle, Beschluss vom 31. März 2020 – 13 Verg 13/19

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. Oktober 2004 – VII Verg 56/04

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Februar 2014 – VII-Verg 29/13

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016 – VII-Verg 47/15

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019 – VII-Verg 66/18

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2010 – VII-Verg 42/09

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. September 2014 – VII-Verg 17/14

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012 – VII-Verg 7/12

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14. September 2016 – 15 Verg 7/16

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. November 2013 – 15 Verg 5/13

OLG München, Beschluss vom 26. März 2020 – Verg 22/19

OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2008 – Verg 10/08

OLG Naumburg, Beschluss vom 14. März 2013 – 2 Verg 8/12

OLG Rostock, Beschluss vom 30. Mai 2005 – 17 Verg 4/05

Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 24. Juni 2011 – VK 6/11

Vergabekammer Brandenburg, Beschluss vom 21. Juli 2004 – VK 35/04

Vergabekammer München, Beschluss vom 08. April 2016 – Z3-3-3194-1-57-11/15

Sonstige Dokumente:

BT-Drs. 18/8832, S. 245

COM(2021) 557 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, 14.07.2021 (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/amendment-renewable-energy-directive-2030-climate-target-with-annexes_en.pdf)

KOM(2008) 400 endgültig, Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen, 16.07.2008 (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:DE:PDF>)

TED 2019/S 054-123987, 2019/S 108-262893; TED 2020/S 245-606991; TED 2021/S 103-270348, 2021/S 153-406555; TED 2019/S 183-445320; TED 2020/S 102-246946