

Prof. Dr. Martin Dippel und Lars Schwarzenberg*

Umwelt- und Ressourcenschutz in der Auftragsvergabe – Beschaffung „abfallarmer“ Produkte und Leistungen

I. Einleitung: Status quo, Vision und Ziele

„Wer Visionen hat, sollte zum Arzt gehen.“ Dieser Ausspruch Helmut Schmidts im Zusammenhang mit dem Bundestagswahlkampf 1980¹ entspricht – zumal in der Umweltpolitik – nicht mehr den heute vorherrschenden Verhältnissen. Das gilt auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die an der Vision einer an kreislaufwirtschaftsrechtlichen Prinzipien ausgerichteten Beschaffung der Öffentlichen Hand ausgerichtet werden soll und deshalb – mit Recht – mehr und mehr auch in den Dienst des Umwelt- und Ressourcenschutzes gestellt wird. Das jährliche Volumen der öffentlichen Beschaffung in Deutschland ist mit bis zu rund 500 Milliarden Euro beträchtlich. Deshalb kann mit einer umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung grundsätzlich ein erheblicher Beitrag zur Verbesserung der Umweltqualität geleistet werden.² Wenn etwa kreislaufwirtschaftliche Anforderungen (Reparaturfähigkeit, Dauerhaftigkeit, Recyclingfähigkeit usw.) systematisch in Vergabeentscheidungen über öffentliche Aufträge einbezogen werden, kann die öffentliche Auftragsvergabe eine Schlüsselrolle in der Kreislaufwirtschaft spielen. Nicht selten wird der öffentlichen Hand jedoch attestiert, es bestehe bei ihrer Beschaffung eine Schieflage zwischen ihrer politischen Anspruchshaltung (umweltgerechte Beschaffung) und der Ausschreibungswirklichkeit.³ Die Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie nennt als Hemmnisse, die eine umweltfreundliche Beschaffung in Deutschland bislang behindern, insbesondere folgende:

– „Die Beschaffungsstellen beschaffen im Auftrag ihrer Bedarfsträger Waren und Dienstleistungen weitgehend linear und müssen sich häufig am Anschaffungspreis als wichtigstem Kriterium orientieren, ohne Beachtung lang-

fristiger Kosten und Nutzen über den gesamten Lebenszyklus. Anforderungen zur kreislaufwirtschaftsfördernden Beschaffung gibt es zwar in spezialgesetzlichen Regelungen, insbesondere in § 45 KrWG für die Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellen. Die Anforderungen sind den Bedarfsträgern und Beschaffungsstellen teilweise nicht bekannt, werden nicht korrekt angewendet oder sind nicht ausreichend operationalisiert. Es fehlt weiterhin an geeigneten Hilfestellungen, diese Anforderungen umzusetzen.

– Welche eventuellen Mehrkosten die Bedarfsträger und Beschaffungsstellen für zirkuläre Beschaffung ausgeben dürfen, ist (haushalts-)rechtlich nicht bestimmt. Der Zielkonflikt zwischen kurzfristiger haushälterischer Spar-

* Prof. Dr. Martin Dippel ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei BRANDI Rechtsanwälte am Standort Paderborn und Honorarprofessor für Öffentliches Recht an der Universität Rostock; Lars Schwarzenberg, LL.M., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei BRANDI Rechtsanwälte am Standort Paderborn.

1 <https://www.ndr.de/geschichte/koepfe/Helmut-Schmidt-Wer-Visionen-hat-sollte-zum-Arzt-gehen,schmidtzitate102.html>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

2 *BMUV*, Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, abrufbar unter: <https://www.bmu.de/themen/nachhaltigkeit/konsum-und-produkte/umweltfreundliche-beschaffung/umweltfreundliche-oeffentliche-beschaffung>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024; vgl. auch *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 103.

3 Vgl. etwa *Bauindustrieverband Ost e. V.*, Schwarzbuch Bauwirtschaft, 1. Aufl. 2021, 39; *Loschwitz*, *AbfallR* 2019, 285 (287 ff.); *Bruckschen*, *AbfallR* 2020, 142 (145); *BMWK*, Vergabestatistik, Bericht für das zweite Halbjahr 2021, 34 ff.; vgl. auch Handelsblatt v. 8.5.2023: „Deutsche Behörden setzen bei der Beschaffung kaum auf Nachhaltigkeit.“

- samkeit in Bezug auf die direkten Anschaffungskosten und ‚echter‘ Wirtschaftlichkeit unter Einbezug von Kosten über den gesamten Lebensweg von Produkten (inklusive externer Kosten) ist in der Vergabepaxis vielfach nicht gelöst.
- Den Beschaffungsstellen fehlt eine zentrale Anlaufstelle, die sie zusätzlich zu bestehenden Angeboten rechtlich zu zirkulärer Beschaffung und der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen berät.
 - Gemeinsame Strukturen und Strategien, die alle Akteurinnen und Akteure des zirkulären Wirtschaftens mit der öffentlichen Hand zusammenbringen, sind noch nicht flächendeckend etabliert.
 - Indikatoren und Instrumente zur Kennzeichnung und der Qualitätssicherung zirkulärer Produkte sowie zum Monitoring des Beschaffungsverhaltens fehlen weitgehend.⁴

Um diesen Hemmnissen zu begegnen, werden in der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie eine Reihe konkreter Ziele zur Verbesserung des Status quo aufgestellt. Als übergeordnete Vision dieser Ziele sieht die Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie zunächst vor, dass die öffentlichen Beschaffungsstellen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene die Beschaffung, insbesondere von Liefer- und Dienstleistungen, unter Berücksichtigung der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit konsequent an den Prinzipien einer Kreislaufwirtschaft ausrichten.⁵ Diese Vision zugrunde legend, nennt die Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie unter anderem folgende Teilziele, die bis zum Jahr 2045 erreicht werden sollen:

- Für jeden Bedarf wird – soweit nicht der Sache nach offensichtlich ausgeschlossen – geprüft, wie er im Sinne der zirkulären Beschaffung gedeckt werden kann. Dabei werden alle Möglichkeiten der Bedarfsdeckung (Kauf, Miete, Produkt-Service-Systeme etc., auch Nutzungsdauerverlängerung) betrachtet.
- Neue Arbeitsweisen, Nutzungsmuster, längere Haltbarkeit und Servicemodelle sowie Wartungs-, Reparatur- und Aufrüstungsmaßnahmen werden so weit wie möglich genutzt, um Neuanschaffungen auf das notwendige Maß zu reduzieren.
- Bedarfsermittlung und Leistungsbeschreibungen legen den Fokus auf lange Lebenszyklen, Rezyklate enthaltende Produkte und Kreislaufführung der beschafften Gegenstände.
- Lineare oder auf kurze Lebenszyklen ausgerichtete Angebote werden nur in begründeten Ausnahmefällen nachgefragt.

- Es sind Indikatoren zur zirkulären Beschaffung entwickelt und diese werden konsequent angewandt.
- Eine enge Zusammenarbeit und konkrete Einkaufskooperationen zwischen Institutionen der öffentlichen Hand erlauben, wo immer möglich, dass gemeinsam beschafft, getauscht oder geliehen wird.
- Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zur Bewertung der Angebote werden in allen geeigneten Fällen und soweit zusätzlich zur Aufnahme in die Leistungsbeschreibung sinnvoll neben dem Preis auch Nachhaltigkeitskriterien, einschließlich der Kriterien der zirkulären Beschaffung, berücksichtigt.
- Nach Ende der eigenen Nutzung von Produkten werden sie vorrangig an Dritte zur Wiederaufbereitung bzw. Weiterverwendung weitergegeben und nicht entsorgt. Die dafür erforderlichen Anpassungen im Rechtsrahmen öffentlicher Stellen, die Berechtigung für Weiterverkauf und Nachnutzung zulassen, sind in Kraft. Wenn eine Nachnutzung nicht möglich ist, werden ausgesonderte Produkte so recycelt, dass die höchstmögliche Abfallhierarchiestufe gewählt wird.
- Die Ressourcen für die Fortbildung von Mitarbeitenden für die Umsetzung werden entsprechend ausgebaut.⁶

Um diese Teilziele zu erreichen, werden gemäß der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie folgende Zeithorizonte für mittelfristige Ziele angestrebt:

- Der Bund legt für sich bis 2030 unter Auswertung bestehender Programme und Vorgaben und entsprechend den erarbeiteten Handreichungen für zirkuläre Beschaffung qualitative und quantitative Zielwerte einschließlich messbarer Indikatoren fest. Hierbei werden klare Zeiträume für die Zielerreichung bis 2045 festgelegt.
- Es werden frühzeitig Gespräche mit den Ländern mit dem Ziel geführt, dass Länder und Kommunen bis 2035 qualitative und quantitative Ziele für zirkuläre Beschaffung festlegen und man wird sich bemühen, in Abstimmung mit den Ländern und Kommunen ein gemeinsames digitales Monitoring einzuführen.⁷

Inwieweit die in der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie dargelegte übergeordnete Vision, die vorgesehenen Teilziele (die bis zum Jahr 2045 erreicht werden sollen) und die genannten mittelfristigen Ziele bereits im Rahmen aktuell laufender Rechtsetzungsprozesse und Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene verfolgt werden, soll nachfolgend aufgezeigt werden.

II. Aktuell laufende Rechtsetzungsprozesse und Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene

Von Bedeutung für das Handlungsfeld der umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung sind insbesondere folgen-

4 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 103 f.

5 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 105.

6 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 105 f.

7 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 106.

de laufende Vorhaben auf nationaler und europäischer Ebene:

- Prozess zur Transformation des Vergaberechts („Vergabetransformationspaket“) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK). Hierzu hat das BMWK im Oktober 2024 ein Gesamtpaket vorgelegt, das die rechtlichen Grundlagen insbesondere noch stärker auf eine nachhaltige öffentliche Beschaffung ausrichten soll.⁸ Neben vielen anderen Gesetzesvorhaben ist jedoch auch das Vergabetransformationspaket in den Strudel der politischen Entwicklung geraten. Auch wenn nach dem Bruch der Regierungskoalition im November 2024 unklar ist, wie es mit dem Vorhaben weitergeht, kann diese Vorarbeit zumindest Grundlage für künftige Beratungen sein.⁹
- Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit 2021 der Bundesregierung mit zahlreichen Restrukturierungs- und Prozessoptimierungsaufgaben für die öffentliche Beschaffung auf Bundesebene. Nach Kapitel IV „Beschaffung“ des Maßnahmenprogramms sind die Behörden und Einrichtungen der Bundesverwaltung verpflichtet, standardisierbare Produkte und Dienstleistungen elektronisch aus den Rahmenvereinbarungen beim Kaufhaus des Bundes (KdB) zu beziehen, soweit solche Rahmenvereinbarungen mit Nachhaltigkeitskriterien bestehen. Die zentralen Vergabestellen, welche das KdB als Plattform für die Bereitstellung von Rahmenverträgen nutzen, ebenso wie alle anderen Vergabestellen der Bundesverwaltung, sind verpflichtet, die Beschaffung verstärkt am Leitprinzip der Nachhaltigkeit auszurichten. Dabei sind konkrete gesetzliche und verwaltungsinterne Regelungen verpflichtend zu berücksichtigen, u.a. sind dies § 13 KSG, § 45 KrWG, AVV-Klima, Holzlerlass. Das KdB wird laut dem Maßnahmenprogramm dafür als zentrale Stelle für die nachhaltige Beschaffung standardisierbarer Produkte und Dienstleistungen, sofern am Markt erhältlich, weiterentwickelt. Die vorgesehene Aufnahme zirkulärer Beschaffungskriterien in zukünftigen Rahmenverträgen des KdB soll zügig entsprechend den vorhandenen Ressourcen umgesetzt werden.¹⁰
- Es werden Eckpunkte für ein Recycling-Label erarbeitet, das für die nachhaltige öffentliche Beschaffung nutzbar ist. Dabei wird die Machbarkeit von Angaben zu Recyclingfähigkeit und Rezyklatanteilen geprüft und untersucht, für welche Produktgruppen ein solches Recycling-Label besonders geeignet ist. Bei der Konzipierung des Labels wird darauf geachtet, dass das Label (vergabe-)rechtlichen Vorschriften entspricht.
- Die Kriterien der Zirkularität werden auch in weitere für die Beschaffung genutzte Gütezeichen (Label) integriert.
- Das BMWK wird sich dafür einsetzen, Definitionen zu klimafreundlichen Grundstoffen mit dem nationalen und europäischen Vergaberecht zu verknüpfen, um Absatzmärkte für grüne Produkte zu stärken. Dies betrifft die Definitionen für klimafreundlichen Stahl und Ze-

ment sowie ggf. die Definition für klimafreundliches Ethylen aus dem BMWK-Konzept Leitmärkte für klimafreundliche Grundstoffe.

- Auch auf EU-Ebene wird der Einsatz der öffentlichen Beschaffung als Hebel adressiert, aktuell etwa in der Ökodesign-Verordnung für nachhaltige Produkte (Ökodesign-VO) und im Entwurf einer Richtlinie über Umweltaussagen (Green Claims Directive) sowie im EU Monitoring Framework von „Eurostat“ mit der Veröffentlichung eines Indikators für die nachhaltige öffentliche Beschaffung.

Die dargelegten laufenden Rechtsetzungsprozesse und Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene verfolgen (soweit bereits absehbar) die in der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie dargelegte übergeordnete Vision, die vorgesehenen Teilziele (die bis zum Jahr 2045 erreicht werden sollen) und die genannten mittelfristigen Ziele relativ umfassend, wenn auch in unterschiedlicher Akzentuierung. Inwieweit die laufenden Rechtsetzungsprozesse und Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene das Potenzial besitzen, auf die bestehende Regelung des § 45 KrWG (Pflichten der öffentlichen Hand) einzuwirken, um die Beschaffung „abfallarmer“ Produkte und Leistungen im Sinne eines verstärkten Umwelt- und Ressourcenschutzes zu fördern, wird im Folgenden aufgezeigt.

III. Pflichteninhalt des § 45 KrWG

Normierte § 45 KrWG a.F. vor der KrWG-Novelle 2020 – im Gegensatz zu vielen landesrechtlichen Vorschriften¹¹ – grundsätzlich lediglich eine Prüfpflicht der öffentlichen Hand (vgl. § 45 Abs. 1 S. 2 KrWG a.F.: „haben [...] zu prüfen“), ist diese Pflicht im Rahmen der Neufassung zu einer konditionierten Bevorzugungspflicht fortentwickelt wor-

8 Vgl. hierzu die Referentenentwürfe zur Reform des Vergaberechts (Vergabetransformationspaket) des BMWK, Stand: 18.10.2024, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/20241009-vergabetransformationspaket.html>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

9 Vgl. hierzu Vergabe 24, Vielfältige Meinungen zum Vergabetransformationspaket, Stand: 12.11.2024, abrufbar unter: <https://www.vergabe24.de/service/news/vielfaeltige-meinungen-zum-vergabetransformationspaket/>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

10 Vgl. hierzu und zum Folgenden *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 104 f.

11 Vgl. etwa § 2 Abs. 1 S. 1 LKrWG NRW, in dem allen Dienststellen des Landes, den Kommunen sowie sonstigen öffentlichen Stellen aufgegeben wird, durch ihr Verhalten zur Erfüllung der Ziele des Landesabfallgesetzes beizutragen; vgl. für einen Überblick über die landesrechtlichen Regelungen *Schneider*, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, 2023, 68, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-oeffentliche-0>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024; vgl. auch v. *Komorowski*, in: *Jarass/Petersen*, KrWG, § 45 Rn. 15.

den.¹² § 45 KrWG erhält damit eine neue Ausrichtung. Nach § 45 Abs. 1 KrWG sind alle dem Bund zuzurechnenden rechtlich selbstständigen oder unselbstständigen Stellen¹³ verpflichtet, durch ihr Verhalten zur Erfüllung des Zweckes des KrWG (s. § 1 KrWG) beizutragen. § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG konkretisiert diese Verpflichtung, indem er beispielhaft („insbesondere“) aufzählt, in Bezug auf welche Tätigkeiten (u.a. Beschaffung) die öffentliche Hand dabei Erzeugnisse zu bevorzugen hat, welche in besonderer Weise den Zielen der Kreislaufwirtschaft dienen, da sie unter umwelt-, ressourcenschutz- und abfallrechtlich relevanten Aspekten (vgl. hierzu § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–4 KrWG) besonders vorteilhaft sind. § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG setzt dem Leistungsbestimmungsrecht bei der Beschaffung damit verbindliche kreislaufwirtschaftsdienliche Grenzen.¹⁴

Unter Erzeugnissen, die in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KrWG), sind etwa Produkte zu verstehen, die in Verfahren produziert wurden, welche dem Stand der Technik nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3 Abs. 6 BImSchG entsprechen, zuweilen sogar über diesen hinausgehen. Inkonsistent erscheint es, dass die Anforderungen nach § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KrWG (energiesparend, wassersparend etc.) sich dabei nur auf die Produktionsverfahren beziehen, nicht jedoch auf die Nutzung der Produkte selbst.¹⁵ Klassischer Beispielfall für Erzeugnisse aus Abfällen zur Verwertung (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 KrWG) ist das Recyclingpapier. Unter diese Erzeugnisgruppe fallen darüber hinaus naturgemäß alle anderen Produkte aus wiederverwertbaren Abfällen.

Die Tatbestandsmerkmale Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KrWG) sollen zum Ausdruck bringen, dass der Bund die Beschaffung sogenannter Wegwerfartikel vermeiden soll.¹⁶ Unter Erzeugnissen, die zu weniger oder zu schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG), sind Produkte zu verstehen, die über ein geringeres Maß an Verpackung verfügen oder die in Mehrwegverpackungen bzw. wiederverwendbaren Verpackungen geliefert werden. Dieses Gebot dient der vorrangigen Pflicht der Abfallvermeidung sowie dem Vorrang der Abfallverwertung.¹⁷

Die einzelnen, in § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–4 KrWG aufgeführten Umweltaspekte stehen im Verhältnis der Alternativität („oder“) zueinander. Es müssen folglich nicht alle Anforderungen kumulativ erfüllt werden. Ausreichend ist es, dass die Voraussetzungen eines Umweltaspekts einer Nummer vorliegen, damit die Bevorzugungspflicht greift.¹⁸ Werden mehrere der in § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–4 KrWG aufgeführten Umweltaspekte (in unterschiedlichem Maße) erfüllt, sind die ausgewählten Anforderungen sachgerecht zu gewichten (insbes. unter Berücksichtigung der §§ 6–8 KrWG). Es bedarf insoweit einer Abwägungs- und Optimierungsentscheidung der beschaffenden Stelle, die eine hinreichende sachliche Beurteilungsgrundlage voraussetzt. Ist diese nicht vorhanden bzw. unzureichend ausgebildet, besteht zunächst eine Informationsbeschaffungspflicht der beschaffenden Stelle, die unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit jedoch nur in gewissen Grenzen bestehen kann.¹⁹

12 Vgl. hierzu *Dippel*, in: BeckOK UmweltR, KrWG, § 45 Rn. 2 ff.

13 Vgl. zum Adressatenkreis *Dippel*, in: BeckOK UmweltR, KrWG, § 45 Rn. 4 f. (auch zur Hinwirkungsobliegenheit gemäß § 45 Abs. 3 KrWG).

14 Eine vergleichbare Vorschrift (allerdings nicht beschränkt auf die Förderung primär abfallrechtlicher Ziele) findet sich in § 13 KSG. Die Vorschriften des § 45 KrWG und § 13 KSG sind nebeneinander anwendbar.

15 *Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie*, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2019, 7; *Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien*, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2019, 7.

16 *Jacobj*, in: VMS, KrWG, § 45 Rn. 15; *Hilbert*, in: GK-KrWG, § 45 Rn. 22.

17 Vgl. zur Abfallhierarchie § 6 KrWG; s. auch *Jacobj*, in: VMS, KrWG, § 45 Rn. 15.

18 BT-Drucks. 19/19373, 72.

19 *Dieckmann*, AbfallR 2024, 3 (7 f.); v. *Komorowski*, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 45 Rn. 60; *Schneider*, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, 2023, 69, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-oeffentliche-0>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

20 Kritisch hierzu *Bruckschen*, AbfallR 2020, 142 (145), welcher eine grundsätzliche „Umkehr der Beweislast“ bei der nachhaltigen Beschaffung fordert; vgl. auch *Loschwitz*, AbfallR 2019, 285 (287 ff.); *bvse*, Stellungnahme zum Entwurf der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie, 10 sowie die Stellungnahme zum Entwurf der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie von BRB e.V. und IGAM, 2 f.

21 BT-Drucks. 19/19373, 72.

IV. Grenzen der Bevorzugungspflicht

§ 45 Abs. 2 S. 2–5 KrWG stellen eine Begrenzung der allgemeinen Bevorzugungspflicht des § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG dar. Die Bevorzugungspflicht gilt nach § 45 Abs. 2 S. 2 KrWG zum einen nur, soweit die Erzeugnisse für den vorgesehene Verwendungszweck geeignet sind, durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen.²⁰ Durch die Anwendung des Satz 2 wird folglich sichergestellt, dass die behördliche Entscheidung auch bei Umsetzung der in § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG genannten ökologischen Aspekte sachgerecht ist und nicht zu einer finanziellen Überforderung der Verwaltung führt.²¹

Wann etwa „unzumutbare Mehrkosten“ entstehen, ist im Einzelfall anhand eines Vergleichs des umweltverträglichen Produkts mit einem konventionellen Produkt (sowie deren Kosten und Umweltwirkungen) zu beurteilen, wobei beide Produkte für den vorgesehene Verwendungszweck geeignet sein müssen, also eine funktionelle Vergleichbarkeit aufweisen müssen. Die Umweltwirkungen des Produkts und die damit einhergehenden Kosten müssen dabei sach-

gerecht gewichtet werden. Für die Berechnung der Kosten können sowohl die Anschaffungskosten, Wartungskosten, die verbrauchsbedingten Energie- oder Materialkosten als auch die Entsorgungskosten sowie, bei gegebener Relevanz, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehenden Kosten, berücksichtigt werden (§ 59 Abs. 2 VgV). Die Kosten sollten demnach als jährliche Lebenszykluskosten ausgewiesen werden.²²

Der Begriff „unzumutbare Mehrkosten“ ist außerdem regelmäßig in vergaberechtlichem Zusammenhang in Entscheidungen über eine zusammengefasste Losvergabe zu finden. In diesem Sinne hat die Vergaberechtsprechung bereits mehrfach entschieden, dass von der Regel der Losvergabe nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ausnahmsweise abgewichen werden darf, wenn die damit einhergehenden Mehrkosten dem Auftraggeber nicht zuzumuten sind. Insofern kann hinsichtlich dieses Ausnahmetatbestandes auf die bestehende Vergaberechtsprechung zu „unzumutbaren Mehrkosten“ zurückgegriffen werden.²³ Die konditionierte Bevorzugungspflicht nach § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG entfällt also nicht schon, wenn das kreislaufwirtschaftsdienlichere Erzeugnis „nur“ teurer ist als die konventionelle Alternative. Die Mehrkosten müssen vielmehr von erheblichem Gewicht sein, um die Bevorzugungspflicht auszuschließen, was sich schon aus dem Wortlaut des § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG ergibt. Zur Erreichung des Zwecks des § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG müssen Umwelterwägungen bei der Beschaffung demnach nur zurücktreten, wenn die höheren Kosten aus besonderen Gemeininteressen nicht hingenommen werden können.²⁴

Der Einschränkung, dass ein „ausreichender Wettbewerb“ gewährleistet sein muss (§ 45 Abs. 2 S. 2 KrWG), kommt hingegen keine eigenständige Bedeutung zu. Bei hinreichender sachlicher Begründung der Beschaffungsentcheidung ist unter Umständen hinzunehmen, dass der entsprechende Wettbewerb verengt wird, auch auf ein Produkt.²⁵ Die Einschränkung dient damit nur der Illustration, dass die Anwendung der Bevorzugungspflicht nicht zu unzumutbaren wirtschaftlichen Ergebnissen führen darf.²⁶ Bei den oben genannten Beschaffungsvorgängen sind daher die in § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG genannten Anforderungen zu beachten und der unter abfallwirtschaftlichen Aspekten vorzugswürdigen Alternative innerhalb der dargestellten Grenzen des § 45 Abs. 2 S. 2 KrWG der Vorzug zu geben.

Außerdem sind nach § 45 Abs. 2 S. 3 KrWG die rahmensetzenden Vorgaben des Vergaberechts zu beachten (vgl. hierzu V.). Darüber hinaus stellt § 45 Abs. 2 S. 4 KrWG klar, dass § 7 BHO im Übrigen unberührt bleibt. Im Rahmen des § 45 KrWG hat der Bund bei seinem Beschaffungswesen demnach den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten (vgl. § 7 BHO). Aus dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz folgt jedoch lediglich ein Optimierungsgebot dahingehend, dass die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln anzustreben ist.²⁷

Insofern dürfte dieser Grundsatz regelmäßig nicht verletzt sein, da sich die Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit regelmäßig sowohl auf den Zweck der Beschaffung als auch auf den Zweck des § 45 KrWG, nämlich des Einsatzes umweltschonender Erzeugnisse, z.B. Recyclingpapier, bezieht.²⁸ Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz wäre mithin nur verletzt, wenn sich der Zweck des Beschaffungsvorgangs allein in der Beschaffung eines bestimmten Erzeugnisses als solchem (z.B. Papier) erschöpfen würde, was allgemein nicht der Fall sein dürfte.

§ 45 Abs. 2 S. 5 KrWG enthält des Weiteren eine Sonderregelung für die Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern sowie für Bauvorhaben und sonstige Aufträge, die als verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge gelten oder die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte umfassen sowie für sonstige Aufträge, soweit diese für die Einsatzfähigkeit der Bundeswehr erforderlich sind.²⁹

V. Beachtung des Vergaberechts im Rahmen des § 45 KrWG

Außerdem sind nach § 45 Abs. 2 S. 3 KrWG die rahmensetzenden Vorgaben des Vergaberechts zu beachten.

1. Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Beschaffungswesen

Die Verpflichtungen der öffentlichen Hand nach § 45 KrWG beziehen sich zunächst lediglich auf den vorbereitenden Prozess der Konzeption und Strukturierung eines Vergabeverfahrens und sind somit dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert (§ 45 Abs. 2 S. 1 KrWG).³⁰ Gewisse Einschränkungen erfährt die Anwendung des § 45 KrWG aller-

22 Vgl. *Öko-Institut*, Umwelt- und Kostenentlastung durch eine umweltverträgliche Beschaffung, 2015, 13 ff.; vgl. auch *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 107.

23 Vgl. OLG Karlsruhe, NZBau 2011, 567; vgl. auch *Theurer*, in: BeckOK VergabeR, GWB, § 97 Abs. 4 Rn. 16 m.w.N.

24 *Schneider*, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, 2023, 70, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-oeffentliche-0>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

25 Vgl. OLG Rostock, BeckRS 2020, 34207; OLG München, NVwZ 2018, 995; OLG Düsseldorf, NZBau 2017, 679, Rn. 34 f.

26 *Dieckmann*, AbfallR 2024, 3 (8).

27 *Jacobj*, in: VMS, KrWG, § 45 Rn. 18; *Hilbert*, in: GK-KrWG, § 45 Rn. 27; v. *Komorowski*, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 45 Rn. 77.

28 So zutreffend *Jacobj*, in: VMS, KrWG, § 45 Rn. 19; *Hilbert*, in: GK-KrWG, § 45 Rn. 27.

29 Zum Geltungsumfang der Bereichsausnahme vgl. §§ 104 Abs. 1, 117 GWB; vgl. auch *Dieckmann*, AbfallR 2024, 3 (6).

30 BT-Drucks. 19/19373, 72; vgl. auch *Lausen/Pustal*, NZBau 2022, 3 (7).

dings durch die Regelungen des GWB-Vergaberechts, soweit dieses aufgrund der Erreichung des jeweiligen Schwellenwerts einschlägig ist, insbesondere durch den in diesen Regelungen zum Ausdruck kommenden Wirtschaftlichkeitsgrundsatz. Die Schwellenwerte werden in Abständen von zwei Jahren durch Europarecht (seit 1.1.2024 Delegierte VO (EU) 2023/2495 v. 15.11.2023, ABl. L, 2023/2495) mit unmittelbarer Geltung in den Mitgliedstaaten bestimmt. Nach § 127 Abs. 1 S. 1 GWB wird der Zuschlag ausschließlich „auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt“, ohne dass weitere Kriterien eine Rolle spielen dürfen. Bei leistungsmäßig gleichwertigen Angeboten wird regelmäßig der Preis eine entscheidende Rolle spielen. Im Rahmen eines Preis-Leistungs-Vergleichs können jedoch auch andere leistungsbezogene Kriterien zur Beurteilung herangezogen werden. Unter diesen früher so bezeichneten „beschaffungsfremden“ oder „vergabefremden“ Kriterien, die dem Vergaberecht jedoch längst nicht mehr fremd sind, werden Vergabemaßstäbe verstanden, durch die bei der Auftragsvergabe über den eigentlichen Beschaffungszweck hinaus weitere Ziele als „Sekundärzwecke“ verfolgt werden.

2. Berücksichtigung „vergabefremder“ Aspekte, Umweltschutzkriterien

Nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB a.F. wurden Aufträge „an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben“. Diese Kriterien finden sich in dem neuen § 127 GWB nicht mehr wieder. § 127 Abs. 1 S. 4 GWB ermöglicht, in Übereinstimmung mit dem Vergaberichtlinienrecht (s. Art. 41 Abs. 2 RL 2014/23/EU, Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU und Art. 82 Abs. 2 RL 2014/25/EU), dem Auftraggeber jedoch auch die Berücksichtigung herkömmlich so bezeichneter „vergabefremder“ Kriterien, insbesondere die Berücksichtigung sozialer, umweltbezogener oder innovativer Aspekte, wenn sie im sachlichen Zusam-

menhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.³¹

Wichtige Hinweise für infrage kommende umweltbezogene Kriterien und deren Gewichtung können sich dabei aus der Berechnung von Lebenszykluskosten, aus Energieeffizienzklassen, aus der Berechnung des Energieverbrauchs, aus dem Vorliegen eines Umweltmanagementsystems, aus dem Nachweis von Gütezeichen oder allgemein aus Ökobilanzen ergeben.³² Des Weiteren gibt das Umweltbundesamt verschiedene Leitfäden zur umweltfreundlichen Beschaffung heraus, die entsprechende umweltbezogene Kriterien (in Bezug auf die jeweiligen Erzeugnisse) adressieren und an denen sich die Auftraggeber orientieren können.³³ Das betrifft unterschiedlichste Lebensbereiche wie etwa das Bauwesen, die Informations- und Kommunikationstechnik, das Fahrzeugwesen, Möbel und Gebäudeinnenausstattung, Reinigungsmittel, Abfallbehältnisse oder auch die Stromversorgung.³⁴ Noch nicht etabliert, aber grundsätzlich hilfreich könnte insoweit auch eine institutionalisierte Produktdatenbank sein, welche die gesetzlichen Anforderungen kategorisiert und den Auswahlprozess für die Verpflichteten erleichtert. Sie könnte dazu beitragen, eine hinreichende sachliche Beurteilungsgrundlage zu schaffen. Hinsichtlich der Erfüllung der Kriterien wäre sie fortlaufend zu aktualisieren und den technischen Anforderungen sowie den Erfordernissen des Beschaffungsprozesses anzupassen.³⁵

Für die Umsetzung der Bevorzugungsentscheidung (im Rahmen des § 45 Abs. 2 KrWG) im Vergabeverfahren kommen schließlich grundsätzlich die Ebene der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB i.V.m. § 31 VgV bzw. § 23 UVgO) einerseits und die Ebene der Zuschlagskriterien (§ 127 GWB i.V.m. § 58 VgV bzw. § 43 UVgO) andererseits in Betracht.³⁶ Unter Berücksichtigung der in den EU-Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU normierten Voraussetzungen ist die Einbeziehung von Umweltkriterien auf beiden Ebenen (Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterien) möglich und zulässig, soweit sie publiziert werden und darin kein Verstoß gegen Vergabegrundsätze (u.a. Diskriminierungsverbot) zu sehen ist. Grundsätzlich unzulässig sind jedoch etwa Anforderungen, die nicht in Zusammenhang mit dem Produkt stehen, wie es beispielsweise Vorgaben sind, die die Unternehmensführung des Auftragnehmers im Allgemeinen betreffen. Dies ergibt sich aus § 31 Abs. 3 VgV bzw. § 23 Abs. 2 UVgO („sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen“).

Eine Umsetzung der Bevorzugungsentscheidung (im konkreten Vergabeverfahren im Rahmen des § 45 Abs. 2 KrWG) lediglich auf Ebene der Zuschlagskriterien bedeutet dabei allerdings, dass die Bevorzugungsentscheidung sich im Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht zwingend durchsetzen muss. Ist eine Mehrzahl von Zuschlagskriterien angegeben, kann etwa eine Schlechterbewertung eines ökologischen Kriteriums durch eine Besserbewertung in anderen Kriterien (z.B. Preiskriterium) kompensiert werden. Der In-

31 Zu der Zulässigkeit vergabefremder Kriterien s. unter anderem Heyne, ZUR 2011, 578; Abate, KommJur 2012, 41; Frenz, VergabeR 2018, 10; Frenz, in: FFFF, KrWG, § 45 Rn. 47 ff.

32 Vgl. Öko-Institut, Umwelt- und Kostentlastung durch eine umweltverträgliche Beschaffung, 2015, 18 f.

33 Vgl. Opitz, in: Beck VergabeR, GWB, § 97 Abs. 3 Rn. 29.

34 <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/ausschreibungsempfehlungen-des-uba>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

35 Gesellschaft für Umweltberatung und Projektmanagement, Stellungnahme zum Referentenentwurf, 2019, 4; vgl. auch BMUV, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 108 sowie bvse, Stellungnahme zum Entwurf der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie, 9; vgl. außerdem BMUV, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 107, wonach geprüft werden soll, wie die bestehende spezialgesetzliche Regelung für den Bund im § 45 Abs. 2 Nr. 2 KrWG bspw. über eine Verwaltungsvorschrift zu einer besseren praktischen Anwendung gelangen kann.

36 Vgl. auch Dieckmann, AbfallR 2024, 3 (10).

tion des Gesetzgebers folgend, der mit der Bevorzugungspflicht des § 45 Abs. 2 KrWG eine verbindliche Rechtspflicht schaffen wollte, ist daher die Bevorzugungspflicht grundsätzlich auf der Ebene der Leistungsbeschreibung verbindlich umzusetzen, um diese einmal durch den Gesetzgeber geschaffene Bevorzugungspflicht nicht durch anderweitige Zuschlagskriterien in jedem Einzelfall wieder relativieren zu können.³⁷ Eine zusätzliche Berücksichtigung der Bevorzugungsentscheidung auf Ebene der Zuschlagskriterien bleibt darüber hinaus jedoch möglich, etwa wenn Unsicherheiten hinsichtlich der Verfügbarkeit oder der Kosten der betreffenden Produkte auf dem Markt bestehen.³⁸

3. Berücksichtigung von Durchführungsrechtsakten der Ökodesign-Verordnung

Zukünftig könnten auch Durchführungsrechtsakte auf Grundlage des Art. 65 der Ökodesign-VO verbindliche umweltbezogene Mindestanforderungen (in Form von technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien oder für die Auftragsausführung oder Zielvorgaben) für öffentliche Aufträge festlegen, sofern diese die entsprechenden Schwellenwerte (vgl. die Vergaberichtlinien RL 2014/24/EU und RL 2014/25/EU) erreichen. Unterhalb der Schwellenwerte könnten die Mindestanforderungen den Auftraggebern eine hinreichende Orientierung bieten. Da gemäß Art. 65 Ökodesign-VO nur „Mindestanforderungen“ festgelegt werden sollen, bedeutet dies, dass Auftraggeber zusätzliche und strengere Anforderungen festlegen können.³⁹ Die für bestimmte Produktgruppen festgelegten Anforderungen sollen außerdem nicht nur bei der direkten Beschaffung dieser Produkte im Rahmen öffentlicher Lieferaufträge, sondern auch bei öffentlichen Bau- oder Dienstleistungsaufträgen eingehalten werden, wenn diese Produkte für Tätigkeiten verwendet werden, die Gegenstand dieser Aufträge sind (Art. 65 Abs. 1 Ökodesign-VO).

Die Mindestanforderungen sollen gemäß Art. 65 Abs. 2 Ökodesign-VO je nach Sachlage festgelegt werden, um Anreize für das Angebot an und die Nachfrage nach ökologisch nachhaltigen Produkten zu schaffen, die unter einen gemäß Art. 4 Ökodesign-VO erlassenen delegierten Rechtsakt fallen, wobei der Wert und das Volumen der für die betreffenden Produktgruppen vergebenen öffentlichen Aufträge und die wirtschaftliche Durchführbarkeit der Beschaffung ökologisch nachhaltigerer Produkte durch Auftraggeber, ohne dass unverhältnismäßige Kosten entstehen, zu berücksichtigen sind.

Die Mindestanforderungen werden außerdem lediglich in Bezug auf die Produktspekte festgelegt, die in dem gemäß Art. 4 Ökodesign-VO erlassenen, für die betreffenden Produktgruppen geltenden delegierten Rechtsakt behandelt werden, soweit dies für diese Produktgruppen relevant ist (Art. 65 Abs. 3 UAbs. 2 Ökodesign-VO). Sie beruhen grundsätzlich auf den beiden höchsten Leistungsklassen, den

höchsten Punktzahlen oder, falls diese nicht verfügbar sind, auf den bestmöglichen Leistungswerten, die in dem gemäß Art. 4 Ökodesign-VO erlassenen, für die betreffenden Produktgruppen geltenden delegierten Rechtsakt festgelegt wurden (Art. 65 Abs. 3 UAbs. 3 Ökodesign-VO). Im Einklang mit dem Rahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge soll bei diesen verbindlichen Mindestspezifikationen jedoch vermieden werden, dass der Wettbewerb künstlich eingeschränkt wird und bestimmte Wirtschaftsteilnehmer begünstigt werden.⁴⁰

Verbindliche umweltbezogene Mindestanforderungen in Form von Zuschlagskriterien sollen gemäß Art. 65 Abs. 3 UAbs. 4 Ökodesign-VO je nach Sachlage eine Mindestgewichtung im Vergabeverfahren umfassen, die zwischen 15 % und 30 % beträgt, sodass sie einen erheblichen Einfluss auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens haben und so die Auswahl der ökologisch nachhaltigsten Produkte begünstigt werden kann. Mögliche Zielvorgaben sehen darüber hinaus vor, dass ein Anteil von mindestens 50 % der auf der Ebene der Auftraggeber durchgeführten Beschaffungen oder der auf nationaler Ebene aggregierten Beschaffungen auf Jahres- oder Mehrjahresbasis in Bezug auf die in Art. 65 Abs. 3 UAbs. 4 Ökodesign-VO genannten ökologisch nachhaltigsten Produkte durchgeführt werden muss (Art. 65 Abs. 3 UAbs. 5 Ökodesign-VO).⁴¹

Durch Art. 65 Ökodesign-VO kann die Bevorzugungspflicht des § 45 KrWG für einzelne Produkte bzw. Produktgruppen somit hinreichend konkretisiert und effektuiert werden. Auch werden insoweit (insbesondere durch mögliche Beschaffungszielvorgaben mit einem Mindestanteil von 50 % bezogen auf die ökologisch nachhaltigsten Produkte) die in der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie vorgesehenen Teilziele (die bis zum Jahr 2045 erreicht werden sollen) und die genannten mittelfristigen Ziele für einzelne Produktgruppen umfassend verfolgt (siehe I.). Beachtet werden muss allerdings, dass die Durchführungsrechtsakte auf Grundlage des Art. 65 Ökodesign-VO (zunächst) nur einen eng begrenzten Produktkreis adressieren werden, insbesondere aufgrund des großen Zeitbedarfs für die Ausarbeitung der delegierten Rechtsakte nach Art. 4 Ökodesign-VO, auf

37 Zutreffend *Dieckmann*, AbfallR 2024, 3 (11 f.); *Schneider*, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, 2023, 78, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-oeffentliche-0>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

38 Vgl. auch *BMWK*, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 73 f. sowie Erwägungsgrund 100 der Ökodesign-VO.

39 Vgl. Erwägungsgrund 100 der Ökodesign-VO.

40 Vgl. Erwägungsgrund 100 der Ökodesign-VO.

41 Die Anforderungen des Art. 65 der Ökodesign-VO gelten dabei unbeschadet der (öffentlichen) Auftraggebern offenstehenden Möglichkeit, sich auf im Unionsrecht, insbesondere in den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU, festgelegte Abweichungen oder Ausnahmen in Bezug auf öffentliche Aufträge zu stützen, vgl. Erwägungsgrund 100 der Ökodesign-VO.

die sich die Durchführungsrechtsakte nach Art. 65 Ökodesign-VO beziehen sollen.⁴² Der Erlass von delegierten Rechtsakten setzte bislang einen Arbeitsprozess von etwa drei bis fünf Jahren voraus.⁴³ Auch vor dem Hintergrund der Erweiterung der Produktspekte in Art. 5 Abs. 1 Ökodesign-VO und einer damit zunehmenden Komplexität bei der Erarbeitung der Vorgaben (durch die Einbeziehung von etwa Ressourcenschutzaspekten muss der gesamte Lebenszyklus betrachtet werden), ist daher mit einer schnellen Erweiterung der geregelten Produkte durch delegierte Rechtsakte nach Art. 4 Ökodesign-VO auch zukünftig nicht zu rechnen.

Des Weiteren könnten die Durchführungsrechtsakte nach Art. 65 Ökodesign-VO wohl auch nicht auf den bereits nach der Ökodesign-Richtlinie erlassenen Durchführungsverordnungen aufbauen, welche zwar bis auf Weiteres grundsätzlich fortgelten (vgl. Art. 79 Abs. 1 Ökodesign-VO), nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 79 Abs. 2 Ökodesign-VO aber keine Anwendung im Rahmen des Art. 65 Ökodesign-VO finden sollen. Der Regelungsansatz der fortgeltenden, bereits nach der Ökodesign-Richtlinie erlassenen Durchführungsverordnungen blieb in Bezug auf Ressourcenschutzaspekte aber ohnehin darauf beschränkt, die Rahmenbedingungen etwa für die praktische Durchführbarkeit von Reparaturen attraktiver zu gestalten.⁴⁴ Hier besteht vor dem Hintergrund der erweiterten Regelungsmöglichkeiten der Ökodesign-VO daher noch Verbesserungspotenzial hinsichtlich eines effektiveren Ressourcenschutzes.

Eine umfassende Konkretisierung der Bevorzugungspflicht des § 45 KrWG wird durch Art. 65 Ökodesign-VO auf Grundlage von Durchführungsrechtsakten somit bis auf Weiteres nicht erfolgen. Erwägungsgrund 101 der Ökodesign-VO trägt dem Rechnung und weist darauf hin, dass die Mitgliedstaaten durch den neuen Art. 65 der Ökodesign-VO nicht daran gehindert werden sollen, nationale Maßnahmen für eine umweltorientierte Vergabe öffentlicher Auf-

träge in Bezug auf Produktgruppen einzuführen oder beizubehalten, für die im Rahmen dieser Verordnung noch keine Anforderungen bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge festgelegt wurden, oder strengere nationale Anforderungen in Bezug auf Produkte einzuführen, die dem Anwendungsbereich von Durchführungsrechtsakten zur Festlegung von Anforderungen für eine umweltorientierte Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegen, sofern diese Maßnahmen und Anforderungen im Einklang mit dem Unionsrecht stehen.

4. Vergabetransformationspaket

Wie bereits dargestellt (siehe II.), hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) im Oktober 2024 ein Vergabetransformationspaket vorgelegt, wodurch die rechtlichen Grundlagen insbesondere noch stärker auf eine nachhaltige öffentliche Beschaffung ausgerichtet werden sollen.⁴⁵ Auch wenn nach dem Bruch der Regierungskoalition im November 2024 unklar ist, wie es mit dem Vergabetransformationspaket weitergeht, können die Referentenentwürfe zumindest Grundlage für künftige Beratungen sein. Daher sollen die wesentlichen Regelungsvorschläge des Vergabetransformationspakets in Hinblick auf eine nachhaltige öffentliche Beschaffung im Folgenden kurz aufgezeigt und ihr Bedeutungsgehalt eruiert werden.

Der Referentenentwurf des BMWK schlägt zunächst neue Zentralnormen in § 120a GWB und § 22a UVgO vor, die ein dreistufiges Konzept vorsehen, um soziale und umweltbezogene Aspekte im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Dabei wird die Berücksichtigung verbindlicher als bisher, zugleich aber einfach und praktisch umsetzbar ausgestaltet und den Auftraggebern ein hinreichender Spielraum bei der Ausgestaltung von Vergabeverfahren gewährt.⁴⁶ Hierzu sieht der Entwurf zunächst eine allgemeine Soll-Vorgabe vor, durch die mindestens ein soziales oder umweltbezogenes Kriterium bei der Leistungsbeschreibung oder auf einer anderen Verfahrensstufe berücksichtigt werden soll (vgl. § 120a Abs. 1 GWB und § 22a Abs. 1 UVgO). Zur besseren Anwendung in der Praxis werden umweltbezogene und soziale Kriterien in der Norm definiert (vgl. § 120a Abs. 2, 3 GWB und § 22a Abs. 2, 3 UVgO). Die Berücksichtigung bereits spezifisch durch Vergaberecht des Bundes und der Länder vorgeschriebener sozialer oder umweltbezogener Kriterien im Vergabeverfahren soll zur Erfüllung dieser Pflicht ausreichen; ausgenommen sind hiervon die Vorgaben der sogenannten Tariftreuegesetze des Bundes und der Länder (vgl. § 120a Abs. 3 S. 3 GWB).⁴⁷ Wird kein soziales oder umweltbezogenes Kriterium bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens berücksichtigt, so sollen die Gründe dokumentiert werden (vgl. die Vorschläge in § 8 Abs. 2 Nr. 13 VgV und § 22a Abs. 1 UVgO).

Des Weiteren sieht der Entwurf vor, dass jeweils eine Nachhaltigkeitsliste mit besonders für die sozial und um-

42 *Tonner*, VuR 2022, 323 (326); *Prelle*, AbfallR 2018, 106 (114).

43 *CSES*, Evaluation of the Ecodesign-Directive, 122.

44 Vgl. etwa die Verordnung (EU) 2019/2022 der Kommission vom 1.10.2019 zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an Haushaltsgeschirrspüler gemäß der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, zur Änderung der Verordnung Nr. 1275/2008 der Kommission und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1016/2010 der Kommission, ABl. Nr. L 315 v. 5.12.2019 S. 267; vgl. auch *Tonner*, VuR 2022, 323 (330); *Wormit*, EuZW 2021, 873 (873 ff.); *Specht-Riemenschneider/Mehner*, ZfDR 2022, 313 (323 f.) m.w.N.

45 Vgl. hierzu die Referentenentwürfe zur Reform des Vergaberechts (Vergabetransformationspaket) des BMWK, Stand: 18.10.2024, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/20241009-vergabetransformationspaket.html>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

46 *BMWK*, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 38.

47 *BMWK*, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 73.

weltbezogen nachhaltige Beschaffung geeigneten Beschaffungsgegenständen in einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift angelegt werden soll (vgl. § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung). Die Berücksichtigung eines sozialen bzw. umweltbezogenen Kriteriums soll bei der Beschaffung dieser Leistungen – anders als in § 120a Abs. 1 GWB und § 22a Abs. 1 UVgO – verpflichtend sein (vgl. § 120a Abs. 4 GWB und § 22a Abs. 4 UVgO). Wie auch bei der Soll-Vorgabe der § 120a Abs. 1 GWB und § 22a Abs. 1 UVgO geben § 120a Abs. 4 GWB und § 22a Abs. 4 UVgO dabei die Nutzung eines bestimmten Nachhaltigkeitskriteriums nicht verbindlich vor. Ist ein Beschaffungsgegenstand in einer der Nachhaltigkeitslisten der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung aufgeführt, so sollen die Auftraggeber zwar bei der Beschaffung dieser Leistung verpflichtet werden, ein Nachhaltigkeitskriterium vorzugeben; das Kriterium als solches ist aber in pflichtgemäßem Ermessen frei wählbar. Zur Absicherung hinreichender Gestaltungsfreiheit räumen § 120a Abs. 4 GWB und § 22a Abs. 4 UVgO – wie auch die Soll-Vorgabe der § 120a Abs. 1 GWB und § 22a Abs. 1 UVgO – den öffentlichen Auftraggebern bei der Bestimmung der geeignetsten Verfahrensstufe, auf der ein oder mehrere Kriterien berücksichtigt werden, außerdem einen Ermessensspielraum ein.⁴⁸

Die vorgenannten Listen in den §§ 2 und 3 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung sind dabei derzeit relativ kurz gehalten, sollen aber durch das BMWK, gestützt auf fachliche Unterstützung des Interministeriellen Ausschusses für nachhaltige öffentliche Beschaffung (IMA nöB) und in Abstimmung mit den Ländern, nach Erlass der Verordnung fortlaufend um weitere Produktgruppen und Dienstleistungen erweitert werden. Zudem plant die Bundesregierung gemäß der Begründung des Referentenentwurfs – soweit mit Blick auf konkrete Beschaffungsgegenstände sachgerecht – im Bereich der in den Nachhaltigkeitslisten benannten Leistungen Praxishilfen wie etwa Textbausteine für die Leistungsbeschreibung zur Verfügung zu stellen, um die sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung solcher Leistungen für die Auftraggeber so einfach wie möglich zu gestalten.⁴⁹

Schließlich soll auch die bekannte und erprobte Negativliste aus der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) durch das Vergabetransformationspaket Einzug in das allgemeine Vergaberecht finden (vgl. § 4 AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung).⁵⁰ Die Negativliste benennt Leistungen, die nicht beschafft werden dürfen, es sei denn, die Beschaffung solcher Leistungen ist aus Gründen des öffentlichen Interesses dringend geboten (§ 120a Abs. 5 S. 1 Nr. 3 GWB und § 22a Abs. 5 UVgO). Die Liste deckt im Sinne eines multikriteriellen Ansatzes dabei verschiedene Umweltaspekte ab wie etwa Klimaschutz, Ressourceneffizienz (z.B. mit Blick auf Einweggeschirr) oder die Vermeidung von Mikroplastik. Wie die Nachhaltigkeitslis-

ten in den §§ 2 und 3 der AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung soll auch die Negativliste nach § 4 AVV Sozial und umweltbezogen nachhaltige Beschaffung fortlaufend erweitert werden.⁵¹ Die Verbindlichkeit einer sozial und umweltbezogen nachhaltigen Beschaffung würde somit insgesamt gestärkt.

Um die vorgeschlagenen neuen Zentralnormen für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung (§ 120a GWB und § 22a UVgO) in das bestehende Regelungsgeflecht einzupassen, enthält das Vergabetransformationspaket außerdem weitere Folgeänderungen (vgl. etwa die Vorschläge in §§ 127 Abs. 1, 128 Abs. 2, 152 Abs. 5 GWB; §§ 8 Abs. 2 Nr. 13, 28 Abs. 2, 31 Abs. 3, 58 Abs. 2 VgV; §§ 8 Abs. 2 S. 2 Nr. 5, 28 Abs. 3, 52 Abs. 2 SektVO; § 15 Abs. 2 KonzVgV; §§ 23 Abs. 2, 43 Abs. 2, 45 Abs. 2 UVgO). So soll gemäß dem Referentenentwurf in § 28 Abs. 2 VgV etwa geregelt werden, dass, soweit eine Markterkundung durchgeführt wird, sich diese auch darauf beziehen soll, inwieweit bei der Auftragsvergabe Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigt werden können.⁵² Auch die vorgeschlagenen Folgeänderungen würden somit zu einer Effektivierung einer sozial und umweltbezogen nachhaltigen Beschaffung beitragen.

Insgesamt würde durch das Vergabetransformationspaket somit auch eine wirksame Durchsetzung der Bevorzugungspflicht des § 45 KrWG forciert, und die Regelungsvorschläge könnten – bei einer entsprechend umfassenden Ausgestaltung im Sinne eines effektiven Umwelt- und Ressourcenschutzes – die Anforderungen der erlassenen Durchführungsrechtsakte auf Grundlage des Art. 65 Ökodesign-VO sinnvoll ergänzen.

5. Weitere Vorhaben auf nationaler und europäischer Ebene

Die Europäische Kommission hat am 22.3.2023 des Weiteren einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Begründung ausdrücklicher Umweltaussagen und die diesbezügliche Kommunikation (Richtlinie über Umweltaussagen bzw. Green Claims Directive)⁵³ vorgelegt, um die Richtlinie hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen

48 BMWK, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 75; vgl. auch *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 107, wonach der Erlass einer AVV Klima und Umwelt als neue Verwaltungsvorschrift des Bundes zur Beschaffung klima- und umweltschonender Leistungen vorbereitet werden soll.

49 BMWK, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 76.

50 BMWK, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 38.

51 BMWK, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 77.

52 BMWK, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 97.

53 COM(2023) 166 final.

Wandel⁵⁴ zu ergänzen und zu vervollständigen. Nach dem Vorschlag müssen Unternehmen, die freiwillige Umweltaussagen (Werbung) über ihre Produkte oder Dienstleistungen machen, Mindeststandards einhalten. Diese beziehen sich sowohl darauf, wie diese Aussagen zu belegen sind, als auch darauf, wie sie kommuniziert werden.⁵⁵

Bevor Unternehmen eine freiwillige Umweltaussage in ihre Verbraucherinformationen aufnehmen, müssen diese Angaben demnach künftig unabhängig überprüft und anhand wissenschaftlicher Erkenntnisse belegt werden (vgl. Art. 3 f. des Vorschlags für eine Richtlinie über Umweltaussagen). Die Unternehmen sollen im Rahmen einer wissenschaftlichen Analyse die Umweltauswirkungen, die für ihr Produkt tatsächlich relevant sind, und auch etwaige Zielkonflikte ermitteln, um ein vollständiges und genaues Bild zu liefern. Durch mehrere Vorschriften wird künftig außerdem sichergestellt, dass diese Angaben sachdienlich kommuniziert werden (vgl. Art. 5 ff. des Vorschlags für eine Richtlinie über Umweltaussagen). So werden beispielsweise keine Werbeaussagen oder Zeichen mehr gestattet sein, bei denen die gesamten Umweltauswirkungen des Produkts pauschal bewertet werden, außer wenn dies nach den EU-Vorschriften so vorgesehen ist. Werden Produkte oder Organisationen mit anderen verglichen, so sollen solche Vergleiche auf gleichwertigen Informationen und Daten beruhen.⁵⁶ Schließlich sollen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen,

dass die Sanktionen und Maßnahmen bei Verstößen gegen diese Richtlinie den vorübergehenden, im Höchstfall zwölf Monate dauernden Ausschluss von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und vom Zugang zu öffentlicher Finanzierung, darunter auch Ausschreibungsverfahren, Finanzhilfen und Konzessionen, umfassen (Art. 17 Abs. 3 lit. c) des Vorschlags für eine Richtlinie über Umweltaussagen).

Der Vorschlag für eine Richtlinie über Umweltaussagen verspricht demnach insbesondere für Verbraucher, aber auch für Auftraggeber in Zukunft eine größere Klarheit und mehr Sicherheit, dass etwas, das als umweltfreundlich bezeichnet und verkauft wird, auch tatsächlich umweltfreundlich ist. Die Adressaten⁵⁷ freiwilliger Umweltaussagen werden besser informiert, sodass sie (im Idealfall) fundiertere Entscheidungen für umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen treffen können.⁵⁸ Insgesamt würde auch so eine effektive Durchsetzung der Bevorzugungspflicht des § 45 KrWG forciert.

Darüber hinaus sieht die Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie den Ausbau der Digitalisierung der Beschaffung vor.⁵⁹ Auch so kann ein verstärkter Umwelt- und Ressourcenschutz im Rahmen der Auftragsvergabe erreicht werden. Konkret geht es gemäß der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie etwa um Prüfung, Entwicklung, Aufbau und Einführung digitaler Pool- und Sharing-Plattformen. Diese sollen zur gemeinsamen Inventarisierung und Beschaffung selten genutzter Gegenstände eingerichtet werden (Pool-Lösungen) sowie als digitale Tausch-/Weitergabebörsen des Bundes fungieren. Für Produkte am Ende ihrer Nutzungsdauer kann über diese Plattformen die Weitergabe an Dritte, z.B. soziale Einrichtungen, abgewickelt werden.⁶⁰ Weiterhin ist die Entwicklung und für den Bund nach der Durchführung einer erfolgreichen Pilotierung verbindliche Einführung (digitaler) Bewertungstools für zirkuläre Beschaffung vorgesehen. Mithilfe dieser Tools sollen Beschaffungsstellen zusätzliche Hilfsangebote und Informationen zur Umsetzung der zirkulären Beschaffung erhalten.⁶¹ Ferner nennt die Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie die Entwicklung und Einführung eines digitalen Vertrags- und Lieferantenmanagementtools mit einer Schnittstelle zum geplanten Vergabemanagementsystem (VMS) des Bundes mit Kennzeichnung kreislaufwirtschaftsrelevanter Informationen als konkrete Maßnahme. So können insbesondere Gewährleistungsfristen, Wartungsintervalle, Reparaturservice und Garantien automatisiert überwacht oder standardisierte Informationen wie die Art der Lieferung, der Verpackung, Nachnutzung etc. hinterlegt werden.⁶²

Des Weiteren sieht die Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie vor, dass die im Interministeriellen Ausschuss „Nachhaltige Öffentliche Beschaffung“ (IMA nöB) angelegte Bündelung von Kompetenzen und die Stärkung insbesondere der zentralen Beschaffungsstellen in den Bundesbehörden und ihrer Einrichtungen ausgebaut wird. Die organisatorische Einbindung der Länder und Kommunen in die Arbeit des IMA nöB soll geprüft und perspektivisch um-

54 Richtlinie (EU) 2024/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.2.2024 zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und durch bessere Informationen (ABl. L, 2024/825, 6.3.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2024/825/oj>).

55 Vgl. *Europäische Kommission*, Verbraucherschutz: nachhaltige Kaufentscheidungen ermöglichen und Greenwashing beenden, Pressemitteilung vom 22.3.2023, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_1692, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

56 Vgl. *Europäische Kommission*, Verbraucherschutz: nachhaltige Kaufentscheidungen ermöglichen und Greenwashing beenden, Pressemitteilung vom 22.3.2023, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_1692, zuletzt abgerufen am 5.12.2024.

57 Vgl. aber auch den Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie über Umweltaussagen, wonach sich die Richtlinie lediglich auf „Verbraucher“ bezieht.

58 Vgl. *Europäische Kommission*, Verbraucherschutz: nachhaltige Kaufentscheidungen ermöglichen und Greenwashing beenden, Pressemitteilung vom 22.3.2023, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_1692, zuletzt abgerufen am 5.12.2024; vgl. aber auch mit teils kritischen Anmerkungen *Meisterernst/Sosnitzka*, WRP 2023, 771 (779 f.): „Bürokratisierung“; *Alexander*, WRP 2024, 142 (151): „komplexes Regelungsgeflecht“.

59 Vgl. hierzu auch *BMWK*, Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, Stand: 18.10.2024, 5 (Maßnahmen zur Beschleunigung und Digitalisierung).

60 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 108.

61 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 108.

62 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 108; vgl. auch *bitkom*, Stellungnahme Entwurf einer Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie, 16.

gesetzt werden. Unter Berücksichtigung personeller und finanzieller Ressourcen soll außerdem eine zentrale Anlaufstelle für Beratung zu zirkulärer Beschaffung beim Bund, angesiedelt bei der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung (KNB), etabliert werden. Die verschiedenen Anlaufstellen für die Beratung zur öffentlichen Beschaffung erschweren gemäß der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie, dass Beschaffungsstellen in komplexen Fragen der Zirkularität Auskünfte aus einer Hand erhalten. Mit einer weiteren Zentralisierung würden die Stärken der einzelnen Anlaufstellen gebündelt und die Informationen zielgerichtet zur Verfügung gestellt werden. Damit würde die Beschaffung Klimaschutz-, Umwelt-, Innovations- und Kreislaufwirtschaftsanforderungen besser gerecht werden.⁶³ Gemäß der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie sollen demnach folgende Leistungen erbracht werden:

- Soweit strukturell möglich und rechtlich zulässig, zentral abrufbare Beratung zur rechtssicheren Formulierung zirkulärer Beschaffungsvorgänge einschließlich Einzelfallberatung. Dies wird in Abstimmung mit den Ländern geprüft.
- Bereitstellung von Informationen, Arbeitshilfen und Best practice-Beispielen für die zirkuläre Beschaffung, wobei dies auch die Sammlung von Ergebnissen von Markterkundungen umfassen soll.
- Qualifizierungsmaßnahmen zu zirkulärer Beschaffung für Bundesbehörden mit dem Fokus der Problembewusstseinsbildung sowie Lösungsansätzen unter Öffnung für Länder und Kommunen im Rahmen der Fortbildungsinitiative nachhaltige Beschaffung (FoBi). Die Maßnahmen sollen neben den Beschaffungsstellen auch geeignete Informationsangebote für Bedarfsträger und Führungskräfte umfassen.
- Vermiedene Beschaffungen z.B. durch Wiederverwendung, Weiternutzung oder Reparatur sollen als Ansatz zur Ressourcenschonung gefördert und als Praxisbeispiele beworben werden.

Es soll gemäß der Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie außerdem eine Arbeitsgruppe unter Einbindung von Vertreterinnen und Vertretern der Länder und kommunalen Spitzenverbänden mit dem Ziel eingerichtet werden, zur Vereinheitlichung von vergaberechtlichen Regelungen und Anforderungen zur zirkulären nachhaltigen Beschaffung beizutragen und deren Anwendung zu forcieren. Die Arbeitsgruppe soll in die Strukturen des IMA nöB und der KNB eingebunden werden.⁶⁴

Schließlich sollen, um die zirkuläre Beschaffung perspektivisch weiter zu stärken und die genannten Maßnahmen zu flankieren, folgende Forschungs- und Innovationsbedarfe durch den Bund gefördert werden:

- Die Entwicklung produktgruppenspezifischer Mindestanforderungen für die zirkuläre Beschaffung.
- Die Modellierung und Bilanzierung der Umweltauswirkungen speziell im Hinblick auf zirkuläre Produktalter-

nativen mit hoher Relevanz für die öffentliche Beschaffung.

- Die Entwicklung von Kriterien und Indikatoren, mit deren Hilfe eine richtungssichere Kennzeichnung von zirkulären Produkten oder Aspekten möglich wird (z.B. Haltbarkeit, Zuverlässigkeit der Funktionalität, Langlebigkeit, Reparatur- und Recyclingfähigkeit, Rezyklatanteil), damit diese als Nachweisverfahren im Beschaffungsprozess eingesetzt werden können.⁶⁵

Die laufenden Rechtssetzungsprozesse und Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene lassen sich nach allem zwar kaum unter einen Oberbegriff „Entbürokratisierung“ fassen. Sie besitzen aber insgesamt ein hohes Potenzial, u.a. auf die bestehende Regelung des § 45 KrWG umfassend (durch entsprechende Konkretisierungen und organisatorische Hilfestellungen) einzuwirken, um so die Beschaffung „abfallarmer“ Produkte und Leistungen im Sinne eines verstärkten Umwelt- und Ressourcenschutzes zu fördern.

VI. Rechtsschutz im Rahmen des § 45 KrWG

Für eine wirksame Durchsetzung der Bevorzugungspflicht (§ 45 Abs. 2 S. 1 KrWG) sind außerdem effektive Rechtsschutzmöglichkeiten erforderlich.

Kommt es zu einer Verletzung der Bevorzugungspflicht, kann sich ein unterlegener Bieter nach bisher wohl überwiegender, allerdings umstrittener Auffassung hierauf in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren berufen. Zwar könnte aus der Formulierung der Norm, wonach die Bevorzugungspflicht gilt, „ohne Rechte Dritter zu begründen“ (§ 45 Abs. 2 S. 1 KrWG), geschlossen werden, dass sie keinen Drittschutz entfalten soll. Auch der Hinweis in der Gesetzesbegründung zu § 45 KrWG, wonach die Anforderungen des § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG „mangels Drittschutz-Charakter gegenüber anderen Beteiligten im Vergabeverfahren [...] nicht justiziabel [sind], etwa in einem Nachprüfungsverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“,⁶⁶ lässt diesen Schluss zu. Allerdings gilt dies wohl nur für solche „Dritte“, die keine (unterlegenen) Bieter im Vergabeverfahren sind. Denn aus derselben Gesetzesbegründung ergibt sich, dass sich auch Dritte, nämlich die in diesem Bereich tätigen Unternehmen, auf die Norm berufen können. Demnach dient die Regelung „nicht nur dem auf

63 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 109; vgl. auch *Bertelsmann Stiftung*, Stellungnahme zum Entwurf für eine Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie der Bundesregierung vom 18.6.2024, 12.

64 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 109.

65 *BMUV*, Nationale Kreislaufwirtschaftsstrategie, Stand: 4.12.2024, 110.

66 BT-Drucks. 19/19373, 72.

den Umweltschutz und Ressourceneffizienz ausgerichtete[n] Schutzzweck des § 1 KrWG, sondern auch dem Interesse derjenigen Unternehmen, die durch die Herstellung und Vermarktung umweltfreundlicher Erzeugnisse an der Verfolgung der Ziele der Kreislaufwirtschaft mitwirken“.⁶⁷ Die Regelung verfolgt mithin ausdrücklich auch den Schutz der Interessen von Unternehmen und definiert damit einen Adressatenkreis.

Selbst wenn sich dieser Drittschutz nicht schon aus der Intention des Gesetzgebers und der Gesetzesbegründung des KrWG ergäbe, so folgte er doch zumindest aus dem Vergaberecht. Drittschutz ergibt sich, sofern die Möglichkeit besteht, dass eine Regelung mit (auch) bieterschützendem Charakter verletzt wurde.⁶⁸ Dies gilt auch ohne einen expliziten Hinweis auf den Drittschutz in der Norm. Bieter haben nach § 97 Abs. 6 GWB demnach einen vergaberechtl. Anspruch darauf, dass die „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ eingehalten werden. Zu den Bestimmungen des Vergabeverfahrens gehört auch die ordnungsgemäße Bestimmung des Auftragsgegenstandes.⁶⁹ Insofern wirkt § 97 Abs. 6 GWB konstitutiv. § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG setzt dem Leistungsbestimmungsrecht, wie bereits dargestellt, verbindliche kreislaufwirtschaftsdienliche Grenzen.⁷⁰ Der Regelung kommt demnach ein bieterschützender Charakter und damit potenzieller Drittschutz zu.⁷¹

VII. Fazit

Die bestehenden Regelungen zur zirkulären Wirtschaft (insbesondere in § 45 KrWG) reichen nicht aus, um Zirkulari-

tät in der öffentlichen Beschaffung wirksam umzusetzen. Seit langer Zeit wird auf ein in dieser Hinsicht defizitäres Beschaffungsverhalten der Öffentlichen Hand und auf die Schlüsselrolle der Kreislaufwirtschaft allgemein sowie insbesondere der Öffentlichen Hand bei der „Rohstoffwende“ und beim Klimaschutz aufmerksam gemacht.⁷²

Die bestehenden Regelungen sollten daher durch geeignete Vorschriften ergänzt und konkretisiert werden. Die dargestellten aktuell laufenden Rechtssetzungsprozesse und Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene stellen sich dabei (soweit bereits absehbar) in der Sache als hinreichende Fortentwicklung der bisherigen Rechtslage dar, insbesondere weil die einzelnen Anforderungen im Vergleich zur bisherigen Regelung wesentlich detaillierter beschrieben werden. Gegenüber dem bisher verfolgten, nicht stringenten Ansatz wird durch die vorgesehenen verbindlichen Anforderungen für die umweltorientierte Vergabe öffentlicher Aufträge demnach grundsätzlich sichergestellt, dass die Hebelwirkung der öffentlichen Ausgaben zur Steigerung der Nachfrage nach umwelt- und ressourcenschonenderen Produkten maximiert wird.⁷³

Die Bestimmung des Gehalts und der Tragweite der Bevorzugungspflicht (§ 45 Abs. 2 S. 1 KrWG) zur Beförderung einer umwelt- und ressourcenschonenderen Beschaffung ist demnach noch nicht vollendet (auch weil u.a. eine gerichtliche Befassung hiermit noch fehlt). Eine wirksame Um- und Durchsetzung der Bevorzugungspflicht wird allerdings nur bei Annahme eines drittschützenden Charakters der Pflicht erfolgen. Nach bisher wohl überwiegender, allerdings nicht unumstrittener Auffassung ist ein bieterschützender Charakter der Bevorzugungspflicht jedoch gegeben.

67 BT-Drucks. 19/19373, 69.

68 Gabriel/Mertens, in: BeckOK VergabeR, GWB, § 160 Rn. 79; Horn/Hoffmann, in: Beck VergabeR, GWB, § 160 Rn. 29.

69 Vgl. etwa Bungenberg/Schelhaas, in: BeckOK VergabeR, GWB, § 97 Abs. 6 Rn. 11; Dieckmann, AbfallR 2019, 274 (282 ff.); a.A. v. Komorowski, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 45 Rn. 62; vgl. zum Vergaberechtschutz aufgrund von Verstößen gegen kreislaufwirtschaftsrechtliche Vorschriften auch bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.11.2012 – VII Verg 69/11, BeckRS 2013, 1936 sowie zu weiteren vergaberechtlichen Anknüpfungsnormen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.6.2017 – VII Verg 2/17, NZBau 2018, 54.

70 Das gleiche gilt für etwaige Durchführungsrechtsakte nach Art. 65 Ökodesign-VO, welche die Bevorzugungspflicht nach § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG konkretisieren. Auch den Durchführungsrechtsakten nach Art. 65

Ökodesign-VO kommt demnach ein bieterschützender Charakter und damit potenzieller Drittschutz zu.

71 Vgl. Schneider, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, 2023, 71, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-oeffentliche-0>, zuletzt abgerufen am 5.12.2024; Dieckmann, AbfallR 2024, 3, (11 f.); vgl. auch Steins/Schneider, IR 2021, 228 (229 f.); siehe ferner Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht Kommentar, 5. Aufl. 2024, § 97 GWB, Rn. 111a; a.A. v. Komorowski, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 45 Rn. 3, 62; Burgi, VergabeR, 3. Aufl. 2021, § 7 Rn. 2.

72 Vgl. aus jüngerer Zeit nur Loschwitz, AbfallR 2019, 285; Wendenburg, AbfallR 2019, 230; Bruckschen, AbfallR 2020, 142 (145); vgl. dazu auch EUWID Recycling und Entsorgung Nr. 26/2021, 3.

73 Vgl. auch Erwägungsgrund 100 der Ökodesign-VO.