



gerecht

Klimaschutz, Vergaberecht – Geht das zusammen?

Von Dr. Sebastian Schattenfroh

Der Klimaschutz ist omnipräsent; inzwischen hat sogar das Bundesverfassungsgericht der Bundesregierung ins Stammbuch geschrieben, sie müsse die Interessen der künftigen Generationen beim Klimaschutz mehr berücksichtigen. Geht es ums Planen und Bauen, finden sich inzwischen in den verschiedensten Bau- und Umweltgesetzen Ziele, zum Teil sogar »harte« Regelungen, die im Interesse des Klimaschutzes bei der Bauausführung einzuhalten sind. So gibt das Baugesetzbuch den Kommunen schon seit Längerem das Recht, Klimaschutzziele in die Bauleitplanung einfließen zu lassen; die Bauordnungen eröffnen verschiedene Möglichkeiten der Bauausführung mit dem Ziel des Klimaschutzes; diverse Mobilitätsgesetze fördern CO₂-ärmere Verkehrskonzepte, mit teils tiefgreifenden Auswirkungen auf die Stadtlandschaften; und erhebliche Teile der Energie-Gesetzgebung wirken sich ebenfalls auf Infrastruktur- und Hochbaumaßnahmen mit Klimaschutzziele aus.

Beschreibt man aber die Gesetzeslage hierzu einmal als großes wuseliges Wimmelbild mit einer Vielzahl von Akteuren, Schauplätzen und Ereignissen, und sucht man dann in diesem Bild das Vergaberecht, so kehrt ziemliche Stille ein. Die wenigsten öffentlichen Ausschreibungen zu Planungs- oder Bauleistungen sind von Klimaschutzziele geprägt; erst recht steht der Klimaschutz nirgends im Mittelpunkt solcher Ausschreibungen.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen Überblick geben, was Bund und Länder nach heutigem Stand im Vergaberecht geregelt haben: Was fordern sie von den Auftraggebern? Was wünschen sie sich, was erlauben sie lediglich? Wie einheitlich oder uneinheitlich sind die Regelungen in den einzelnen Bundesländern? Auf dieser Grundlage ziehe ich am Ende ein Fazit, welche praktischen Möglichkeiten sich aus der jetzigen Rechtslage für Vergabestellen und auch für Planungsbüros ergeben, um dem Klimaschutz in den Bauvergaben mehr Wirkung zu verschaffen.

Bestandsaufnahme 1 – Umweltschutz und Klimaschutz im Vergaberecht

Sieht man sich die vorhandenen rechtlichen Regelungen von Bund und Ländern näher an, so wird eines schnell deutlich: Die große Mehrzahl der Vergabegesetze (aber beileibe nicht alle) enthalten inzwischen mehr oder weniger detaillierte Regelungen, wie man *Umweltschutz* in der Vergabe praktizieren kann. Aber explizit auf *Klimaschutz* ausgerichtete Regelungen sind nach wie vor rar. Keine bundesrechtliche gesetzliche Vorschrift zum Vergaberecht und kaum eine landesrechtliche unterscheidet klar und deutlich Umweltschutz und Klimaschutz. Der Schwerpunkt liegt rein sprachlich klar beim allgemeinen Umweltschutz, bestenfalls noch bei der Betonung von

Energieeffizienz.

Die zweite Erkenntnis ist: Weder auf Bundesebene noch auf Landesebene gibt es per heute ein klares »Muss« zum Klimaschutz im engeren Sinn in der Vergabe. Einzelne Landesgesetze, zu denen wir später noch kommen, regeln zwar durchaus ein »Muss«; aber eben bezogen auf den Umweltschutz, nicht spezifisch auf den Klimaschutz. Das heißt, dass die Auftraggeber nach diesen Regelungen in unterschiedlichem Maß verpflichtet sind, Umweltschutzanforderungen in die Ausschreibungen aufzunehmen; aber das können dann eben auch Anforderungen sein, die »nur« dem Gewässerschutz oder dem Naturschutz dienen, ohne dass es etwa um die Reduzierung von Emissionen gehen würde.

Trotzdem ist es natürlich möglich und erlaubt, den Klimaschutz rechtlich als Teil des Umweltschutzes zu verstehen. Unter dieser Maßgabe (aber eben nur mit dieser Einschränkung) kann man den bestehenden Vergabegesetzen durchaus einiges zum Klimaschutz entnehmen. Alle nachfolgenden Erläuterungen sind aber mit dieser Einschränkung zu verstehen: Soweit Bund oder Länder in den Vergabegesetzen ein »Muss«, ein »Soll« oder ein »Kann« regeln, betrifft das (fast) immer nur den Umweltschutz insgesamt, kaum einmal den Klimaschutz im engeren Sinn.

Bestandsaufnahme 2 – Muss, Soll, Kann – oder gar nichts?

Betrachtet man dann näher, welche Gesetze wie streng mit den öffentlichen Auftraggebern umgehen, wenn es um Umweltschutz geht, so gibt es im Groben vier Gruppen:

- I Bundesländer, die ihren Vergabestellen zwingende Vorgaben zum Umweltschutz machen (»Muss«),
- I Bundesländer, die Vorgaben zum Umweltschutz als Regelfall fordern (»Soll«),
- I Bund und Bundesländer, die viel erlauben, aber nichts fordern (»Kann«)
- I und schließlich sogar eine Reihe von Bundesländern, deren Vergabegesetze dazu komplett schweigen.

Schon dieser Befund zeigt, dass die Pflichten und die Möglichkeiten, Klimaschutz durch bestimmte Inhalte der Ausschreibungen zu fördern, regional stark unterschiedlich sind.

Vorgaben des Bundes

Überall dort, wo der sog. EU-Schwellenwert für den jeweiligen Auftrag überschritten ist, muss im Prinzip europaweit ausgeschrieben werden. Für solche Vergaben gilt vorrangig Bundesrecht, Landesrecht nur ergänzend. Für den Oberschwellenbereich kann man klar

sagen: Der Bund erlaubt so ziemlich alles, was Umweltschutz angeht, aber er fordert fast nichts, was Klimaschutz angeht. Das »Grundgesetz« des Vergaberechts, § 97 GWB, regelt zwar, dass »umweltbezogene Aspekte« berücksichtigt werden, und § 127 GWB legt fest, dass »neben dem Preis« auch »umweltbezogene oder soziale Aspekte« berücksichtigt werden – aber eben nur *können*. Die Tür für Klimaschutz ist also aufgestoßen, was nach dem eigentlichen Regelungszweck von Vergaberecht (Marktöffnung, Bieterschutz und Vermeidung von Geldverschwendung) keine Selbstverständlichkeit war. In der Vergabeverordnung findet sich in § 59 noch eine komplizierte Vorschrift, wann und wie man »Lebenszykluskosten« beim Zuschlagskriterium der Kosten berücksichtigen darf. Fragen der Energieeffizienz oder des Umweltschutzes sind dort einer von vielen Faktoren. Wie man diese sachgerecht und objektiv bewertet, beantwortet die VgV nicht.

Die einzige wirklich strenge Vorschrift im Zusammenhang mit Energieeffizienz ist § 67 VgV. Dort geht es um »energieverbrauchsrelevante Liefer- oder Dienstleistungen«. Für solche Leistungen »ist« (nicht: kann oder darf) die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen – aber auch nur »angemessen«, was, wie immer, sehr dehnbar ist. Weiter geht auch diese Vorschrift nicht.

Unterhalb der Gesetzesebene regelt eine »Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen« für Bundesbehörden, dass Aspekte des Umwelt- und Klimaschutzes zu berücksichtigen sind – aber auch hier nur »soweit möglich und sachgerecht«. Immerhin enthalten die Erläuterungen hierzu dann recht konkrete Verpflichtungen, sowohl bei den Eignungskriterien, als auch bei der Leistungsbeschreibung und bei den Zuschlagskriterien die Energieeffizienz und den Klimaschutz im Blick zu behalten. Für Landes-Vergabestellen gilt diese Verwaltungsvorschrift des Bundes aber nicht unmittelbar; sie bindet nur Bundesbehörden und betrifft daher nur einen Bruchteil der Vergaben in Deutschland.

Das Bundes-Vergaberecht ist also beim Klimaschutz noch sehr zurückhaltend.

Bundesländer mit »Muss«-Vorgaben zum Umweltschutz

Einige Bundesländer sind in ihren Landesvergabegesetzen deutlich strenger, aber wohlgerne fast immer in Bezug auf »Umweltschutz«. Am strengsten sind die Regelungen – zumindest auf dem Papier – in Berlin und Bayern: Das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz regelt in § 7 ausdrücklich und unmissverständlich: »Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen ökologische Kriterien zu berücksichtigen.« Dies wird er-



© Petra Baum

Geht es ums Planen und Bauen, finden sich inzwischen in den verschiedensten Bau- und Umweltgesetzen Regelungen, die im Interesse des Klimaschutzes bei der Bauausführung einzuhalten sind.

gänzt durch umfangreiche Vorgaben, dass umweltfreundlichen Produkten, Materialien und Verfahren der Vorzug gegeben werden soll. Ergänzend hat Berlin eine umfangreiche »Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt« geschaffen (VwVBU), wonach der Umweltschutz nicht nur berücksichtigt werden darf, sondern – wörtlich – »anspruchsvolle und verbindliche Mindestanforderungen im Hinblick auf Umweltaspekte (Ressourcenschonung, Klimaschutz)« fordert. Dazu definiert die VwVBU sage und schreibe 33 sog. Leistungsblätter, in denen umwelt- und klimaschützende Anforderungen an Produkte, Verfahren, Materialien und Arbeitsweisen gefordert werden – vom Recycling- und Toilettenpapier bis hin zu Anforderungen an Großveranstaltungen. Für Planungs- und Bauleistungen bleiben die Anforderungen aber wortkarg. Die tägliche Ausschreibungspraxis der Berliner Verwaltung erfüllt nach meinen bisherigen Erfahrungen diese Anforderungen nicht; aber jedenfalls der Gesetzgeber stellt hohe Ansprüche an die Landes-Vergabestellen.

Ähnlich streng ist Bayern. Auch dort existiert – zumindest auf der Ebene der Verwaltungsvorschriften – eine ausführliche »Umweltrichtlinie Öffentliches Auftragswesen«, wonach die Vergabestelle zu ermitteln hat (nicht: darf oder soll), welche umweltfreundlichen und energieeffizienten Lösungen auf dem Markt angeboten werden. Gesichtspunkte des Umweltschutzes, »einschließlich des Energieverbrauchs«, sind (nicht: dürfen oder sollen) in den Vergabeverfahren vorzugeben. Weitere umweltschützende Anforderungen können mit der Leistungsbeschreibung vorgegeben werden.

Auch in Bremen *müssen* Umwelteigenschaften von Waren bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen (§ 19 Tariftreue- und Vergabegesetz) beachtet werden; und auch in Hamburg *haben* die Auftraggeber bei der Ausschreibung dafür Sorge zu tragen, dass negative Umweltauswirkungen vermieden werden – allerdings nur, »soweit dies wirtschaftlich vertretbar ist« (§ 3 des Hamburgischen Vergabegesetzes).



© Petra Baum

Das Bundes-Vergaberecht ist beim Klimaschutz noch sehr zurückhaltend.

Bundesländer mit »Soll«- oder »Kann«-Regelungen

Die große Mehrzahl der Bundesländer hingegen beschränkt sich derzeit darauf, ähnlich wie der Bund, es den Vergabestellen zu erlauben, dass sie neben rein wirtschaftlichen Aspekten auch soziale oder ökologische Aspekte in die Vergabeverfahren einfließen lassen; aber dies wird nicht zwingend vorgeschrieben (von Nord nach Süd: Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Brandenburg, Hessen). Das Saarland und Thüringen formulieren die eine oder andere »Soll«-Vorschrift, das heißt, Umweltaspekte sind im Regelfall, aber eben nicht immer zu berücksichtigen. Thüringen ist bei der Beschreibung der zulässigen Gestaltungen sehr ausführlich und ruft ausdrücklich das Ziel aus, den CO₂-Fußabdruck der Bau- oder Dienstleistung durch entsprechende Ausgestaltungen der Leistungsbeschreibung zu reduzieren. Aber all das bleibt vage, bewegt sich im Bereich des Erlaubten, ohne dass es zwingend vorgegeben würde.

Bundesländer ganz ohne Regelungen

In vier Bundesländern (Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen) gibt es bis heute gar keine gesetzliche Aussage dazu, ob und wie Umwelt- oder gar Klimaschutz in den Vergaben berücksichtigt werden kann oder soll. Das heißt nicht, dass dort insoweit ein Rechtsvakuum bestehen würde, denn für die Oberschwellenvergaben gelten natürlich auch in diesen Bundesländern die bundesrechtlichen Regelungen, die (siehe oben) zum Umwelt- und Klimaschutz vieles erlauben (aber nichts fordern). Im Bereich der Unterschwellenvergaben gilt – in unterschiedlichem Umfang, je nach Entscheidung des Bundeslandes – die UVgO (Unterschwellenvergabeordnung), die de facto dieselben Anforderungen (bzw.: Nicht-Anforderungen) an den Klimaschutz enthält. Manche dieser Bundesländer haben sich dann noch an die oben erwähnte Verwaltungsvorschrift des Bundes angedockt (Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz), aber auch das nur als »Kann«-Regelung.

Klimaschutzgesetze

Überlagert wird diese stark unterschiedliche Rechtslage dadurch, dass es inzwischen in rund der Hälfte der Bundesländer sog. Klimaschutzgesetze gibt. Zwar enthält keines dieser Gesetze konkrete

Vorgaben an die Durchführung von Vergabeverfahren; aber alle Klimaschutzgesetze regeln ausdrücklich, dass die staatlichen Stellen in ihrem Handeln eine Vorbildfunktion haben und dass dies gerade bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen gelte. Dadurch wird man in den Bundesländern, die Klimaschutzgesetze haben, nur schwer die Auffassung vertreten dürfen, Klimaschutz sei in den Vergabeverfahren nur eine Option.

VOB/A: Bei der Ausschreibung von Bauleistungen sollte man eigentlich denken, dass die Forderung nach klimaschützenden Baustoffen und Bautechnologien eine wichtige Rolle spielen sollte. Soweit dies – siehe oben – in den Landesgesetzen vorgegeben ist, ist das auch so, ohne dass es auf die VOB/A dann noch ankäme, weil ja schon das Gesetz dies fordert. Dort aber, wo der Umwelt- und Klimaschutz nur als »nice to have« definiert wird, hilft dann auch die VOB/A kaum weiter. Für die EU-weiten Bauausschreibungen gibt es eine einsame Regelung, die festlegt, wie die Auftraggeber mit Umweltmanagement und Umweltmanagementsystemen umgehen können (§ 6c VOB/A EU). Ansonsten kopiert die VOB/A nur das, was im Bundesrecht steht: umweltbezogene Kriterien dürfen bei der Angebotsbewertung berücksichtigt werden, mehr nicht.

Fazit: Die Bestandsaufnahme bei der reinen Gesetzeslage ist ermutigend. Einzig Berlin und Bayern machen mit Umwelt- und Klimaschutz ernst und verpflichten ihre Vergabestellen teils umfangreich auf die Einhaltung strenger Standards. In allen anderen Bereichen, unter wie über der Schwelle, ist zwar so ziemlich alles erlaubt, aber kaum etwas zwingend gefordert; am ehesten noch bei der Energieeffizienz.

Folgen für die Praxis in Ausschreibungsverfahren

Bei den praktischen Auswirkungen wird man – wie immer in Vergabeverfahren – nach der Perspektive der Bieter und nach der Perspektive der Vergabestellen unterscheiden müssen.

Öffentliche Auftraggeber: Die Berliner und die Bayerische Verwaltung sind nach dem recht klaren Wortlaut der Gesetzeslage verpflichtet, deutlich mehr Umwelt- und Klimaschutz zu praktizieren, als es derzeit der Fall ist, jedenfalls in den Planungs- und Bauausschreibungen. Die derzeitige Ausschreibungspraxis in Berlin erfüllt nicht die gesetzlichen Anforderungen; Klimaschutz findet dort letztlich eher beiläufig durch die Einhaltung von ohnehin zwingenden baurechtlichen Vorschriften statt (Gebäude-Energiegesetz, Bauordnungen, EEWärmeG, ...). Ähnlich strenge Anforderungen gelten für Ausschreibungen in Bremen und Hamburg, zu denen ich aber weniger Einblick in die laufende Praxis habe.

Für alle öffentlichen Auftraggeber gilt: Klimaschutz kann man

und sollte man auf den verschiedensten Ebenen des Vergabeverfahrens einpflegen:

- I Es ist zulässig, Eignungsanforderungen an die Bieter danach ausdifferenzieren, wie klimaschützend ein Unternehmen arbeitet. Das wird nicht mit einem Satz zu definieren sein, weil Vergaberecht Klarheit und Transparenz und somit klare, verständliche Anforderungen verlangt. Aber möglich ist es.
- I Dasselbe gilt erst recht für die Ausgestaltung von Leistungsbeschreibungen. Es ist zulässig, Leistungsbeschreibungen strenger an Klimaschutzanforderungen auszurichten, als es derzeitige Praxis ist.
- I Und schließlich kann und sollte Klimaschutz auf der Ebene der Zuschlagskriterien eine Rolle spielen. Dafür muss man sich gerade in den Bauausschreibungen von der schematischen Praxis verabschieden, allein den Preis zum Zuschlagskriterium zu machen. Stattdessen müssen mit Sinn und Verstand Kriterien aufgestellt werden – und dazu dann auch Angaben von den Bietern gefordert werden –, ob die angebotene Leistung ein »Mehr« an Klimaschutz enthält als die des Mitbieters. Das erfordert Gründlichkeit und Sorgfalt bei der Beschreibung der Leistungen und Sorgfalt bei der Bewertung der Angaben.

Planungsbüros, die öffentliche Auftraggeber begleiten, haben schon in der Ausführungsplanung Einfluss auf den Klimaschutz, indem sie umweltfreundlichen und klimaschützenden Technologien den Vorrang einräumen. Bei der Vorbereitung der Bauvergaben in der Leistungsphase 6 kann eine aktive Beratung der Auftraggeber erfolgen, dass Klimaschutz in den Vergabeverfahren gewünscht und sinnvoll ist.

Bieter: Planungsbüros, die sich auf Planerausschreibungen bewerben, haben rechtlich betrachtet keinen Einfluss darauf, dass in den Verfahren mehr Klimaschutz stattfindet. Ob die strengen Regelungen in Berlin und Bayern beteiligten Bietern einen Anspruch darauf geben, dass klimaschutzorientierte Büros einen Vorteil im Verfahren haben, darf bezweifelt werden. Veröffentlichte Rechtsprechung hierzu gibt es noch nicht. Hinzu kommt, dass dieser Zug meist schon abgefahren ist, wenn die Veröffentlichung erfolgt und man als Bieter kaum noch Einfluss darauf hat, wie die Vergabestelle das Verfahren gestaltet und durchführt.

Insoweit wird man die Entwicklung hin zu einer deutlich mehr umwelt- und klimaschützend ausgerichteten Ausschreibungspraxis abwarten müssen – aber, dass sie über kurz oder lang kommen wird, scheint mir sicher.