

MSBH BERNZEN SONNTAG RECHTSANWÄLTE, GENÈVE

**„Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen im Wettbewerbsrecht unter
Berücksichtigung des Rechts der WTO und EU“**

Kurzgutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung

Dr. Christian Pitschas, LL.M.

11/29/2013

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary	2
1. Einleitung	4
1.1 Fragestellungen	4
1.2 Nachhaltigkeit und Externalisierungsverbot	4
2. WTO-Recht und Nachhaltigkeit	6
2.1 Nachhaltigkeit als ein Auslegungsmotiv der WTO-Abkommen	7
2.2 Grundsatz der Nichtdiskriminierung.....	8
2.2.1 Gebot der Meistbegünstigung.....	9
2.2.2 Gebot der Inländerbehandlung.....	9
2.2.3 Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung.....	10
2.2.4 Gleichbehandlung und Nachhaltigkeitskriterien.....	11
2.3 Nachhaltigkeitskriterien als „tarifäres“ Handelshemmnis	12
2.3.1 Tarifäre Handelshemmnisse im eigentlichen Sinn	12
2.3.2 Tarifäre Handelshemmnisse im weiteren Sinn.....	13
2.4 Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe	18
2.4.1 Revision des Beschaffungsübereinkommens	18
2.4.2 Nachhaltigkeitskriterien als technische Spezifikationen	19
2.4.3 Nachhaltigkeitskriterien als Kriterien zur Angebotsbewertung	19
3. EU-Recht und Nachhaltigkeit.....	21
3.1 Mitgliedstaatliche Kompetenz zur Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien.....	21
3.1.1 Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten.....	21
3.1.2 Kompetenzwahrnehmung durch die Mitgliedstaaten	23
3.2 Nationale Nachhaltigkeitskriterien als mögliche Handelshemmnisse	25
3.3 Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht	27
3.3.1 Vergaben oberhalb der Schwellenwerte	27
3.3.2 Vergaben unterhalb der Schwellenwerte	31
Literaturverzeichnis	32
Entscheidungsregister	34

Executive Summary

Die Ergebnisse dieses Kurzgutachtens lauten in geraffter Form wie folgt:

WTO-Recht:

- Die Vereinbarkeit von Nachhaltigkeitskriterien mit dem WTO-Recht kann nicht pauschal beurteilt werden. Vielmehr bedarf es einer Einzelfallbetrachtung, bei der einerseits die Ausgestaltung der konkreten Kriterien und andererseits das jeweils in Betracht kommende WTO-Abkommen betrachtet werden, um eine belastbare Aussage über die WTO-Konformität der betreffenden Kriterien treffen zu können.
- Das GATT 1994 als das zentrale WTO-Abkommen betreffend den Warenhandel beruht insbesondere auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Nachhaltigkeitskriterien müssen diesem Gebot gerecht werden. Sollte das nicht der Fall sein, müsste eine solche Diskriminierung gerechtfertigt sein. Als Rechtfertigungsgrund kommt vor allem die allgemeine Ausnahmeklausel des GATT 1994 in Betracht, die unter bestimmten Bedingungen Maßnahmen zum Schutz der Umwelt zulässt.
- Nachhaltigkeitskriterien könnten die Form von Zöllen oder zollgleichen Abgaben und Belastungen annehmen. Allerdings würde die Einführung derartiger tarifärer Handelshemmnisse Verhandlungen mit anderen WTO-Mitgliedern voraussetzen, in denen diesen Mitgliedern eine Kompensation für die Erhöhung der bisherigen Zölle bzw. zollgleichen Abgaben und Belastungen anzubieten wären. Diese Verhandlungen könnten aus Kompetenzgründen nur von der EU geführt werden.
- Nachhaltigkeitskriterien könnten zudem die Form von Abgaben annehmen, die äquivalent zu inländischen Steuern bzw. Abgaben sind und auf ausländische Waren bei deren Einfuhr erhoben werden. Die Erhebung derartiger Abgaben hat allerdings grundsätzlich im Einklang mit dem Inländerbehandlungsgebot zu erfolgen. Ob die Anwendung dieses Gebot dispensiert werden könnte mit dem Argument, dass die betreffenden ausländischen und inländischen Waren aufgrund unterschiedlicher Umweltbelastungen bei ihrer Herstellung nicht gleichartig sind, ist streitig.
- Das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen erlaubt es den Vertragsparteien dieses Übereinkommens, sowohl im Rahmen von technischen Spezifikationen als auch bei den Kriterien zur Bewertung von Angeboten Nachhaltigkeitskriterien ökologischer Art einfließen zu lassen, sofern diese Kriterien sich auf die konkret zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen beziehen.

EU-Recht:

- In den für (ökologische) Nachhaltigkeitskriterien besonders bedeutsamen Bereichen „Binnenmarkt“ und „Umwelt“ teilen sich die Union und die Mitgliedstaaten die Gesetzgebungskompetenzen. Diese Kompetenzteilung bewirkt, dass Rechtsakte der Union eine Sperrwirkung auf die Kompetenzwahrnehmung der Mitgliedstaaten

ausüben. In den durch Unionsrechtsakte geregelten Materien dürfen die Mitgliedstaaten nur noch solche Elemente regeln, die von den Unionsrechtsakten nicht erfasst sind. Die Regelungstiefe und damit die Reichweite der Sperrwirkung ist für jeden Unionsrechtsakt gesondert zu prüfen.

- Artikel 114 AEUV (Binnenmarkt) und Artikel 193 AEUV (Umwelt) sehen eine partielle Durchbrechung der von Unionsrechtsakten ausgehenden Sperrwirkung vor und gestatten parallele Maßnahmen der Mitgliedstaaten, jedoch nur nach Maßgabe bestimmter materieller und prozeduraler Bedingungen, die für beide Bereiche unterschiedlich ausfallen. Der den Mitgliedstaaten nach diesen Bedingungen verbleibende Spielraum zur Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien ist nach hiesiger Einschätzung eher gering.
- Im Bereich des ihnen noch verbleibenden Spielraums dürfen die Mitgliedstaaten Nachhaltigkeitskriterien in ihr (autonomes) nationales Recht aufnehmen, müssen insoweit aber die Vorgaben des primären Unionsrechts, insbesondere in Gestalt der Grundfreiheiten, beachten. So dürften z.B. auf Waren bezogene Nachhaltigkeitskriterien regelmäßig in den Anwendungsbereich des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten nach Artikel 34 AEUV fallen. Ihre Rechtfertigung aus Gründen des Umweltschutzes hängt dann davon ab, ob sie mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sind; das ist einzelfallabhängig zu ermitteln.
- Nachhaltigkeitskriterien im oberhalb der Schwellenwerte geltenden (durch sekundäres Unionsrecht harmonisierten) Vergaberecht können insbesondere als auf Umwelteigenschaften bezogene technische Spezifikationen oder Zuschlagskriterien zum Zuge kommen, müssen aber jeweils einen unmittelbaren Zusammenhang zum konkreten Auftragsgegenstand aufweisen. Zudem können umweltbezogene Nachhaltigkeitskriterien als Vertragsbedingungen vorgesehen werden, müssen aber auf die Ausführung des konkreten Auftrags bezogen sein.
- Nachhaltigkeitskriterien im unterhalb der Schwellenwerte geltenden Vergaberecht müssen den Vorgaben des primären Unionsrechts, insbesondere den Grundfreiheiten, genügen.

1. Einleitung

1.1 Fragestellungen

Die Friedrich-Ebert-Stiftung hat ein Kurzgutachten zu der Frage in Auftrag gegeben, ob Nachhaltigkeitskriterien, insbesondere in Form eines Externalisierungsverbots, mit dem Recht der WTO und EU vereinbar sind. Zur Klärung dieser Frage soll das Kurzgutachten auf verschiedene Gesichtspunkte im Zusammenhang mit dem WTO-Recht einerseits und dem EU-Recht andererseits eingehen.

Für das WTO-Recht lauten die Fragestellungen des Auftraggebers wie folgt:

1. Wie viel Spielraum lassen die WTO-Bestimmungen, um Nachhaltigkeitskriterien im Wettbewerbsrecht zu verankern?
2. Wären Nachhaltigkeitskriterien als tarifäres Handelshemmnis mit den derzeitigen WTO-Bestimmungen vereinbar?
3. Inwiefern droht Rechtsunsicherheit, wenn Nachhaltigkeitskriterien in das Wettbewerbsrecht aufgenommen werden, beispielsweise im Bereich der öffentlichen Vergabe?

Für das EU-Recht lauten die Themenstellungen des Auftraggebers wie folgt:

1. Wie viel Spielraum lassen die EU-Bestimmungen im Rahmen der EU-Verfassungsdokumente (EUV, AEUV, EuGRC), um Nachhaltigkeit im Wettbewerbsrecht zu verankern?
2. Wären nationale Alleingänge einzelner EU-Mitgliedstaaten als mögliche Handelshemmnisse mit den derzeitigen EU-Bestimmungen vereinbar?
3. Inwiefern droht Rechtsunsicherheit, wenn Nachhaltigkeitskriterien in das Wettbewerbsrecht aufgenommen werden, beispielsweise im Bereich der öffentlichen Vergabe?

Nach einem kurzen Überblick über den Nachhaltigkeitsbegriff, von dem die Friedrich-Ebert-Stiftung ausgeht (siehe unten 1.2), wird das Kurzgutachten zunächst die für die erwähnten Fragestellungen erheblichen Normen des WTO-Rechts untersuchen, die den völkerrechtlichen Rahmen bilden (siehe unten 2.), um danach die für die aufgeworfenen Fragen bedeutsamen Vorschriften des Unionsrechts zu beleuchten (siehe unten 3.).

1.2 Nachhaltigkeit und Externalisierungsverbot

Die von der Friedrich-Ebert-Stiftung gestellten Fragen zur Vereinbarkeit von Nachhaltigkeitskriterien mit dem Recht der WTO und EU gehen zurück auf ein Thesenpapier von Gerhard Scherhorn mit dem Titel „Nachhaltigkeit in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht“, das die Auffassung der Projektgruppe Ethisch-Ökologisches Rating an

der Goethe Universität in Frankfurt am Main skizziert. Dort vertritt er die Forderung, dass die Nachhaltigkeitspflicht in das BGB und das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) eingefügt werden soll. Diese Forderung begründet er damit, dass das Recht des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, im Widerspruch zur Nachhaltigkeit stehe, die verlange, dass die allgemeinen Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen verfügbar bleiben. Die für die Erhaltung allgemeiner Lebensgrundlagen notwendigen Kosten dürften nicht auf die Allgemeinheit abgewälzt (externalisiert) werden. Ebenso stelle es unlauteren Wettbewerb dar, wenn Unternehmen sich einen Marktvorteil verschafften, indem sie die beim Verzehr von Gemeingütern entstehenden Kosten externalisieren, und das als Marktleistung angesehen werde. Die von ihm vorgeschlagene Änderung des BGB solle die Nutzer von Gemeingütern zur Mäßigung verpflichten, während die von ihm vorgeschlagene Änderung des UWG diese Mäßigungspflicht durch gegenseitige Überwachung im Sinne des Allmendeprinzips absichern solle.

2. WTO-Recht und Nachhaltigkeit

(1) Die vom Auftraggeber vorgegebenen Fragen (siehe oben 1.) bestimmen den Gang der Untersuchung des Verhältnisses zwischen Nachhaltigkeit und WTO-Recht: Das Kurzgutachten wird zunächst kurz auf den Begriff der *Nachhaltigkeit* im Recht der WTO und seine Bedeutung für die Auslegung von WTO-Normen eingehen (siehe unten 2.1). Darauf folgt eine Erörterung des Grundsatzes der *Nichtdiskriminierung*, der die gesamte WTO-Rechtsordnung prägt, und dem daher eine maßgebliche Rolle bei der Einführung von Nachhaltigkeitskriterien im nationalen (Wettbewerbs-)Recht der WTO-Mitglieder zukommt (siehe unten 2.2). Daran schließt sich eine Auseinandersetzung mit Nachhaltigkeitskriterien als *tarifäres Handelshemmnis* an, wobei hier zwischen tarifären Handelshemmnissen im eigentlichen Sinn (Zölle und sonstige zollgleiche Abgaben und Belastungen) und tarifären Handelshemmnissen im weiteren Sinn (fiskalische Belastungen, die sich aus der Anwendung inländischer Steuern und Abgaben auf ausländische Waren ergeben) unterschieden wird (siehe unten 2.3). Zum Abschluss wird auf Nachhaltigkeitskriterien im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe eingegangen und insoweit das neue *WTO-Beschaffungsübereinkommen* als Beurteilungsmaßstab herangezogen (siehe unten 2.4).

(2) (a) Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die WTO-Rechtsordnung aus einer ganzen Reihe von verschiedenen Abkommen besteht. Diese Abkommen werden durch das WTO-Rahmenübereinkommen (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) miteinander verklammert, denn sie sind letzterem als Anhänge beigefügt (Anhänge 1 – 4). Artikel II.2 des WTO-Rahmenübereinkommens stellt zudem klar, dass die in den Anhängen 1 – 3 enthaltenen *multilateralen* Abkommen integraler Bestandteil des WTO-Rahmenübereinkommens mit verbindlicher Wirkung für alle WTO-Mitglieder sind; für die im Anhang 4 enthaltenen *plurilateralen* Abkommen gilt das nur hinsichtlich derjenigen WTO-Mitglieder, die diese Abkommen angenommen haben (Artikel II.3 des WTO-Rahmenübereinkommens). Die Revisionsinstanz des WTO-Streitbeilegungssystems – der Appellate Body – hat gleichfalls hervorgehoben, dass alle diese Abkommen (Bestand-)Teil des WTO-Rahmenübereinkommens und als einheitliches Ganzes zu betrachten sind (*Brazil – Desiccated Coconut*, S. 12; *Korea – Dairy*, Rz. 81).

(b) Dennoch hat die „Klammerfunktion“ des WTO-Rahmenübereinkommens nicht zur Folge, dass für ein WTO-Abkommen zutreffende Aussagen ohne weiteres auf andere WTO-Abkommen übertragbar sind. Insoweit ist zweierlei zu berücksichtigen: Erstens betreffen die WTO-Abkommen ganz unterschiedliche Materien, nämlich den Warenhandel, den Dienstleistungshandel und die (handelsbezogenen) Rechte am geistigen Eigentum, die jeweils ihre Eigenheiten aufweisen. Zweitens regeln selbst die WTO-Abkommen über den Warenhandel im Anhang 1A zum WTO-Rahmenübereinkommen im einzelnen sehr verschiedene Bereiche des Warenhandels (von der Landwirtschaft über technische Handelshemmnisse zu handelspolitischen Schutzmaßnahmen), die sich gleichfalls nicht über einen Kamm scheren lassen.

Es sollte daher nicht erstaunen, wenn sich für die WTO-Rechtsordnung als solche keine allgemein gültige Aussage darüber treffen lässt, ob Nachhaltigkeitskriterien im nationalen (Wettbewerbs-)Recht eines WTO-Mitglieds mit dem WTO-Recht vereinbar sind. Vielmehr muss jedes WTO-Abkommen für sich darauf hin untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen es Nachhaltigkeitskriterien zulässt. Anzumerken ist, dass die Einführung von Nachhaltigkeitskriterien unterschiedliche WTO-Abkommen berühren kann, je nach dem wie die Nachhaltigkeitskriterien ausgestaltet sind. Jedoch sind nicht sämtliche WTO-Abkommen von der Einführung von Nachhaltigkeitskriterien potenziell betroffen; so kommen beispielsweise das Abkommen über Vorversandkontrollen, das Abkommen über Ursprungsregeln und das Abkommen über Einfuhrlizenzverfahren insoweit nicht als Prüfungsmaßstäbe in Betracht.

(3) Im Vordergrund dieses Kapitels stehen – entsprechend der inhaltlichen Schwerpunktsetzung des Auftraggebers – das GATT 1994 und das WTO-Beschaffungsübereinkommen. Die nachstehenden Ausführungen lassen daher den Dienstleistungshandel (geregelt im Allgemeinen Abkommen über den Dienstleistungshandel - GATS) sowie die handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums (geregelt im Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums - TRIPS) außen vor.

2.1 Nachhaltigkeit als ein Auslegungsmotiv der WTO-Abkommen

(1) In der Präambel des WTO-Rahmenübereinkommens drücken die WTO-Mitglieder ihre Erwartung aus, dass ihre Handels- und Wirtschaftsbeziehungen eine optimale Verwendung der globalen Ressourcen im Einklang mit dem Ziel einer nachhaltigen Entwicklung („sustainable development“) erlauben und zugleich darum bemüht sein sollen, die Umwelt zu schützen und zu bewahren, sowie die dazu erforderlichen Mittel in einer Weise zu verstärken, die mit den jeweiligen Bedürfnissen und Anliegen der WTO-Mitglieder entsprechend ihrem wirtschaftlichen Entwicklungsstand vereinbar ist.

Dieses grundsätzliche, aber nicht unqualifizierte Bekenntnis zu nachhaltiger Entwicklung und Umweltschutz ist eine Maxime, die bei der Auslegung der verschiedenen WTO-Abkommen, die im Anhang 1 zum WTO-Rahmenübereinkommen aufgeführt sind, zu berücksichtigen ist. So hat der Appellate Body ausgeführt: „[...] the preamble attached to the *WTO Agreement* shows that the signatories to that Agreement were [...] fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the *WTO Agreement* [...] informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements“ (*US – Shrimp*, Rz. 129; die Bedeutung der Präambel des WTO-Rahmenübereinkommens für die Auslegung der verschiedenen im Anhang 1 zum WTO-Rahmenübereinkommen angeführten WTO-Abkommen hat der Appellate Body auch in seinem Bericht *EC – Tariff Preferences* betont, Rz. 161).

(2) Ungeachtet dessen ist die Präambel des WTO-Rahmenübereinkommens bei der Auslegung der WTO-Abkommen nicht vorrangig zu berücksichtigen. Die Auslegung des

WTO-Rechts vollzieht sich nach der völkergewohnheitsrechtlichen Auslegungsmethodologie, die durch die Art. 31f. der Wiener Vertragsrechtskonvention (weitgehend) kodifiziert wurde, worauf der Appellate Body mehrfach nachdrücklich hingewiesen hat (*US – Carbon Steel*, Rz. 61; *US – Continued Zeroing*, Rz. 268; *China – Auto Parts*, Rz. 145, 151; *China – Raw Materials*, Rz. 278). Innerhalb dieser Auslegungsmethodologie ist die Präambel des WTO-Rahmenübereinkommens zwar *ein* Element zur Ermittlung des Sinns und Zwecks (einer Vorschrift) eines WTO-Abkommens, aber nicht *das* oder das *entscheidende* Element.

Es wäre daher unzutreffend, Nachhaltigkeit als ein übergeordnetes Leitmotiv bei der Auslegung der WTO-Abkommen zu verstehen. Vielmehr ist die Konformität von Nachhaltigkeitskriterien mit der WTO-Rechtsordnung anhand und im Lichte (der in Rede stehenden Vorschrift(en) des betreffenden WTO-Abkommens zu beurteilen. Eine verallgemeinernde Aussage über die Vereinbarkeit von Nachhaltigkeitskriterien mit dem WTO-Recht lässt sich daher nicht treffen.

2.2 Grundsatz der Nichtdiskriminierung

(1) Das Regelwerk der WTO kennt kein spezifisches Wettbewerbsabkommen. Aus diesem Grund beschlossen die WTO-Mitglieder auf ihrer Ministerkonferenz in Singapur im Jahr 1996, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, die sich mit dem Verhältnis zwischen Handel und Wettbewerb befassen sollte (Ministererklärung von Singapur, WT/MIN(96)/DEC, 18.12.1996, Rz. 20). Diese Arbeitsgruppe sollte nach der Vorstellung der Ministerkonferenz von Doha im Jahr 2001 ihre Arbeit fortsetzen und sich dabei auf bestimmte Bereiche konzentrieren; eine Entscheidung über die Einbettung in die durch diese Ministerkonferenz angestoßene Doha-Verhandlungsrunde blieb ausdrücklich einer späteren Ministerkonferenz vorbehalten (Ministererklärung von Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, 22.11.2001, Rz. 23-25). Nachdem sich die Ministerkonferenz von Cancun im Jahr 2003 nicht darüber einigen konnte, ob über das Verhältnis zwischen Handel und Wettbewerb im Rahmen der Doha-Runde verhandelt werden sollte, entschied der Allgemeine Rat der WTO im Jahr 2004, die Beziehung zwischen Handel und Wettbewerb aus dem Arbeitsprogramm der Doha-Verhandlungsrunde herauszunehmen (WT/L/579, 2.8.2004, Nr. 1 (g)). Die Arbeitsgruppe hat seitdem ihre Arbeit eingestellt, ohne jedoch formell aufgelöst worden zu sein (siehe den Überblick zur Thematik Handel und Wettbewerb auf der WTO-Webseite: http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#singapore (29.11.2013)).

(2) (a) Das Fehlen eines gesonderten Wettbewerbsabkommens in der WTO-Rechtsordnung hat nicht zur Folge, dass diese Rechtsordnung für das (nationale) Wettbewerbsrecht der WTO-Mitglieder bedeutungslos ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn man Wettbewerbsrecht nicht in einem engen Sinn als Kartellrecht versteht, sondern als Sammelbegriff für alle rechtlichen Regeln, die sich auf den Wettbewerb auswirken können. Das hängt damit zusammen, dass die WTO-Abkommen in den von ihnen erfaßten Sachbereichen grundsätzlich bezwecken, gleiche Wettbewerbsbedingungen („equality of competitive conditions“) sicherzustellen und damit die Bestreitbarkeit von Märkten zu gewährleisten (Tietje 2003: 25, Rz. 22).

(b) Um diesen Zweck zu erreichen, kennt etwa das GATT 1994 zwei Formen des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes (WTO Background Note: 1; WTO 2011: 10): Zum einen das Gebot, alle gleichen oder gleichartigen Waren aus anderen WTO-Mitgliedern *bei* deren Zugang zum inländischen Markt eines WTO-Mitglieds gleich bzw. nicht weniger günstig zu behandeln (sog. *Meistbegünstigungsgebot*; siehe unten 2.2.1); zum anderen das Gebot, alle Waren aus anderen WTO-Mitgliedern *nach* deren Zugang zum inländischen Markt eines WTO-Mitglieds gegenüber gleichen oder gleichartigen inländischen Waren gleich bzw. nicht weniger günstig zu behandeln (sog. *Gebot der Inländerbehandlung*; siehe unten 2.2.2).

2.2.1 Gebot der Meistbegünstigung

Das Gebot der Meistbegünstigung nach Artikel I:1 GATT 1994 besagt nicht, dass den Waren aus anderen WTO-Mitgliedern *ungehindert* Zugang zum inländischen Markt eines WTO-Mitglieds einzuräumen ist. Allerdings gebietet das Meistbegünstigungsgebot unter anderem, dass jedes WTO-Mitglied etwaige Anforderungen betreffend den Verkauf, das Angebot, den Einkauf, Transport, Vertrieb oder die Verwendung von Waren im Inland in gleicher bzw. nicht weniger günstiger Weise auf alle gleichen oder gleichartigen Waren aus allen anderen WTO-Mitgliedern anzuwenden hat; entsprechende Anforderungen dürfen also nicht nach der Herkunft der ausländischen Waren unterscheiden bzw. daran anknüpfen (Appellate Body, *Canada – Autos*, Rz. 84).

Gewährt ein WTO-Mitglied in Bezug auf die besagten Anforderungen den Waren aus einem anderen WTO-Mitglied (oder einem Drittstaat, der nicht WTO-Mitglied ist) eine *Vergünstigung*, ist letztere unverzüglich und bedingungslos auch den gleichen oder gleichartigen Waren aus allen anderen WTO-Mitgliedern einzuräumen (bedingungslos meint nicht, dass ausländische Waren keinerlei Bedingungen unterworfen werden dürfen; jedoch müssen etwaige Bedingungen *herkunftslandsneutral* ausgestaltet sein, siehe Herrmann et al. 2007: Rn. 383).

2.2.2 Gebot der Inländerbehandlung

Sobald der Zugang zum inländischen Markt eines WTO-Mitglieds erfolgt ist, greift das in Artikel III GATT 1994 verankerte Inländerbehandlungsgebot. Dieses Gebot gilt insbesondere im Hinblick auf inländische Steuern und Abgaben – also *fiskalische* Belastungen – (siehe dazu auch unten 2.3) und inländische Regelungen des Angebots, Ein- und Verkaufs, Transports, Vertriebs und der Verwendung von Waren – also *regulatorische* Anforderungen.

Im Hinblick auf die zuletzt erwähnten regulatorischen Anforderungen ist jedes WTO-Mitglied verpflichtet, ausländische Waren aus allen anderen WTO-Mitgliedern in gleicher bzw. nicht weniger günstiger Weise zu behandeln als gleiche oder gleichartige inländische Waren. Die Anwendung regulatorischer Anforderungen darf also die ausländischen Waren im Vergleich zu den gleichen oder gleichartigen inländischen Waren nicht benachteiligen (Appellate Body, *Thailand – Cigarettes*, Rz. 128). Bloß formale Unterschiede im Verhältnis zwischen den beiden Warengruppen allein reichen allerdings noch nicht aus, um eine solche Benachteiligung annehmen zu dürfen (Appellate Body, *EC – Asbestos*, Rz. 100; *Korea – Various Measures on Beef*, Rz. 137). Vielmehr müssen die regulatorischen Anforderungen einen Wettbewerbsnachteil für die ausländischen Waren (oder umgekehrt einen

Wettbewerbsvorteil für die gleichen oder gleichartigen inländischen Waren) begründen (Appellate Body, *Korea – Various Measures on Beef*, Rz. 137; *Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes*, Rz. 93). Voraussetzung ist, dass der Wettbewerbsnachteil für die ausländischen Waren eine echte Verbindung („genuine relationship“) zu der betreffenden regulatorischen Anforderung aufweist (Appellate Body, *Thailand – Cigarettes*, Rz. 134). Ob dem so ist, muss sich aus der Ausgestaltung, Struktur und Wirkungsweise der betreffenden regulatorischen Anforderungen ergeben (Appellate Body, *Thailand – Cigarettes*, Rz. 130, 134).

2.2.3 Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung

(1) Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung – sei es in Gestalt der Meistbegünstigung, sei es in Form der Inländerbehandlung – gilt nicht absolut: WTO-Mitglieder dürfen von diesem Grundsatz abweichen, sofern sie sich dabei an die Vorgaben des WTO-Rechts halten. Das GATT 1994 kennt vor allem zwei Ausnahmetatbestände, die eine Abweichung vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung erlauben: zum einen eine allgemeine Ausnahmeklausel zum Schutz bestimmter (abschließend genannter) Rechtsgüter (Artikel XX GATT 1994); zum anderen eine Ausnahme zugunsten präferenzialer Handelsabkommen zwischen einzelnen WTO-Mitgliedern (Artikel XXIV GATT 1994).

(2) (a) WTO-Mitglieder dürfen auf die allgemeine Ausnahmeklausel zurückgreifen, um mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung unvereinbare Maßnahmen zu rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung setzt jedoch voraus, dass die betreffende (diskriminierende) Maßnahme den Anforderungen der allgemeinen Ausnahmeklausel genügt (WTO Background Note: 1). Diese Anforderungen fallen in zwei Kategorien: Zum einen Anforderungen, die an einen *konkreten* Tatbestand der allgemeinen Ausnahmeklausel zum Schutz eines spezifischen Rechtsguts anknüpfen; zum anderen Anforderungen, die – querschnittshaft – für *alle* Tatbestände der allgemeinen Ausnahmeklausel gelten .

(b) Diese Struktur der allgemeinen Ausnahmeklausel führt zu einer zweistufigen Prüfungsreihenfolge: Auf der ersten Stufe wird zunächst geprüft, ob die Anforderungen eines konkreten Tatbestands eingehalten sind; anschließend – wenn die Anforderungen auf der ersten Stufe erfüllt sind – wird überprüft, ob die übergreifend für alle Tatbestände geltenden Anforderungen auf der zweiten Stufe erfüllt sind (Appellate Body, *US – Gasoline*, S. 22; WTO 2010: 168). Zur Vereinbarkeit von Maßnahmen der WTO-Mitglieder mit dieser allgemeinen Ausnahmeklausel gibt es inzwischen eine umfangreiche Spruchpraxis der WTO-Streitbeilegungsorgane (siehe hierzu näher unten 4.2.3).

(3) (a) Daneben sieht das GATT 1994 vor, dass einzelne WTO-Mitglieder untereinander Handelsabkommen abschließen dürfen, in denen sie sich gegenseitig Vergünstigungen (Präferenzen) für ihren Handel einräumen (davon macht insbesondere die EU zuletzt zunehmend Gebrauch, siehe Europäische Kommission 2013: 4-6). Solche Vergünstigungen beziehen sich nicht allein auf tarifäre, sondern mehr und mehr auch auf *nicht-tarifäre* Hemmnisse des Handelsverkehrs zwischen den Vertragsparteien derartiger Handelsabkommen (Europäische Kommission 2007: 4f.).

(b) Artikel XXIV GATT 1994 erlaubt den Vertragsparteien solcher Handelsabkommen, die darin eingeräumten Handelspräferenzen anderen WTO-Mitgliedern, die an diesen Handelsabkommen nicht beteiligt sind, vorzuenthalten. Allerdings stellt diese Vorschrift bestimmte Bedingungen auf, welche die Vertragsparteien der Präferenzabkommen einzuhalten haben (siehe zu diesen Bedingungen im einzelnen Pitschas 2007: 116-137). Diese Bedingungen richten sich zum einen an den Handel innerhalb des durch das jeweilige Handelsabkommen geschaffenen Präferenzraums und verlangen im Kern, diesen Binnenhandel zu liberalisieren (Abschaffung von tarifären und nicht-tarifären Handelshemmnissen für annähernd den gesamten Binnenhandel). Zum anderen erfordern diese Bedingungen, dass die tarifären und nicht-tarifären Hemmnisse den (Außen-)Handel mit anderen WTO-Mitgliedern, die keine Vertragsparteien des jeweiligen Präferenzabkommens sind, nicht mehr belasten als vor der Schaffung des Präferenzraums. Waren aus anderen WTO-Mitgliedern, die keine Vertragsparteien sind, müssen also unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zu den Märkten der Vertragsparteien des Präferenzabkommens haben wie vor dem Abschluss eines solchen Abkommens (siehe Pitschas 2007:137).

(c) Im Jahr 2006 haben die WTO-Mitglieder ein neues Notifikations- und Überprüfungsverfahren für präferenzielle Handelsabkommen eingerichtet (sogenannter Transparenzmechanismus für regionale Handelsabkommen, Entscheidung des Allgemeinen Rates der WTO, WT/L/671, 18.12.2006), in dessen Rahmen grundsätzlich auch zu prüfen ist, ob ein der WTO notifiziertes Abkommen den Bedingungen des GATT 1994 genügt (Vereinbarung über die Auslegung des Artikels XXIV GATT 1994, Ziffer 7). Die WTO-Streitbeilegungsorgane hatten hingegen erst in einem Fall Gelegenheit, sich mit diesen Bedingungen zu befassen (*Turkey – Textiles*, WT/DS34).

2.2.4 Gleichbehandlung und Nachhaltigkeitskriterien

(1) Die Einführung von Nachhaltigkeitskriterien, insbesondere in Form eines Externalisierungsverbots, im nationalen (Wettbewerbs-)Recht eines WTO-Mitglieds muss sich am Grundsatz der Nichtdiskriminierung – und zwar in seiner Ausprägung als Meistbegünstigungsgebot einerseits und als Inländerbehandlungsgebot andererseits – messen lassen (WTO 2011: 3). Das bedeutet, dass entsprechende Kriterien den Anforderungen dieser Gebote genügen müssen. Die *Maßstabsfunktion* des WTO-Rechts für nationale Maßnahmen der WTO-Mitglieder zum Schutz der Umwelt hat auch der Appellate Body betont: „WTO Members have a large measure of autonomy to determine their own policies on the environment (including its relationship with trade), their environmental objectives and the environmental legislation they enact and implement. So far as concerns the WTO, that autonomy is circumscribed only by the need to respect the requirements of the *General Agreement* and the other covered agreements” (*US – Gasoline*, S. 30).

(a) Im Hinblick auf das Gebot der Meistbegünstigung heißt das: Nachhaltigkeitskriterien dürfen zwischen gleichen oder gleichartigen Waren aus anderen WTO-Mitgliedern weder einen *rechtlichen* noch einen *faktischen* Unterschied allein wegen ihres Ursprungs aus einem bestimmten WTO-Mitglied machen. Solche Kriterien dürfen also Waren aus einem WTO-

Mitglied nicht allein wegen ihres Ursprungs in diesem WTO-Mitglied gegenüber gleichen oder gleichartigen Waren aus anderen WTO-Mitgliedern bevorzugen oder benachteiligen.

(b) Im Hinblick auf das Gebot der Inländerbehandlung dürfen Nachhaltigkeitskriterien Waren aus anderen WTO-Mitgliedern gegenüber gleichen oder gleichartigen inländischen Waren weder *rechtlich* noch *faktisch* benachteiligen; ausländische Waren aus anderen WTO-Mitgliedern dürfen demnach im Verhältnis zu gleichen oder gleichartigen inländischen Waren aufgrund derartiger Kriterien keinen Wettbewerbsnachteil erleiden.

(2) Falls Nachhaltigkeitskriterien dennoch gegen die Gebote der Meistbegünstigung und / oder Inländerbehandlung verstoßen sollten, müssen sie jedenfalls den Bedingungen einer auf solche Kriterien anwendbaren Ausnahme genügen. Häufig wird es sich dabei um die allgemeine Ausnahmeklausel handeln. Das wiederum bedeutet, dass solche Kriterien nur gerechtfertigt werden können, wenn sie dem Schutz eines der in der allgemeinen Ausnahmeklausel *abschließend* genannten Rechtsgüter dienen (WTO 2011: 4). Die allgemeine Ausnahmeklausel sieht u.a. vor, dass die WTO-Mitglieder grundsätzlich Maßnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen und zum Schutz erschöpflicher natürlicher Ressourcen ergreifen dürfen (siehe näher unten 4.2.3).

Gemäß der zweistufigen Prüfung im Rahmen der allgemeinen Ausnahmeklausel müssen derartige Maßnahmen zunächst den Bedingungen der jeweils auf diese Schutzgüter bezogenen Tatbestände genügen und sodann die allgemeinen – querschnittsartigen – Anforderungen der allgemeinen Ausnahmeklausel erfüllen. Andernfalls sind die betreffenden Maßnahmen bzw. die von ihnen aufgestellten Kriterien mit dem WTO-Recht unvereinbar und müssen an das WTO-Recht angepaßt werden (diese Anpassungspflicht folgt aus Artikel XVI.4 des WTO-Rahmenübereinkommens, der die WTO-Mitglieder dazu verpflichtet, die Vereinbarkeit ihrer Gesetze, Regelungen und Verwaltungsverfahren mit ihren Verpflichtungen aus den WTO-Abkommen zu gewährleisten; im Streitbeilegungsverfahren folgt die Anpassungspflicht für WTO-widrig befundener Maßnahmen aus den Artikel 3.7, 19.1, 21.1, 21.3, 22.1 und 22.8 der Streitbeilegungsvereinbarung; siehe zur Bindungswirkung des WTO-Rechts für die EU Ohler 2012: 144-151).

2.3 Nachhaltigkeitskriterien als „tarifäres“ Handelshemmnis

2.3.1 Tarifäre Handelshemmnisse im eigentlichen Sinn

(1) (a) Nachhaltigkeitskriterien könnten zu einer *fiskalischen* Belastung ausländischer Waren führen. Eine fiskalische Belastung ausländischer Waren ergibt sich bereits aus den Zöllen oder den im Zusammenhang mit der Einfuhr stehenden sonstigen Abgaben oder Belastungen, die bei der Einfuhr auf ausländische Waren erhoben werden. Diese Instrumente sind tarifäre Handelshemmnisse im eigentlichen Sinn.

(b) WTO-Mitglieder „binden“ diese tarifären Handelshemmnisse für alle ausländischen Waren in ihren Listen mit Zugeständnissen und dürfen nach Artikel II:1 b) GATT 1994 keine höheren Zölle oder höheren sonstigen Abgaben oder Belastungen auf ausländische Waren erheben als ihre Zugeständnislisten vorsehen. Beabsichtigt ein WTO-Mitglied, auf

ausländische Waren höhere Zölle oder höhere sonstige Abgaben oder Belastungen zu erheben, ist dieses WTO-Mitglied nach Artikel XXVIII:1 GATT 1994 verpflichtet, zuvor darüber mit den davon (besonders) betroffenen WTO-Mitgliedern zu verhandeln. In diesen Verhandlungen soll nach Artikel XXVIII:2 GATT 1994 versucht werden, einen für alle Verhandlungsparteien vorteilhaften Ausgleich zu finden, der die gegenseitigen (Zoll-) Zugeständnisse auf einem allgemeinen Niveau belässt, das nicht weniger günstig ist als das zum Zeitpunkt der Verhandlungen bestehende Niveau.

Derartige Verhandlungen können sehr langwierig sein und u.U. eine Vielzahl an Produkten betreffen, um zu einem beiderseitig befriedigenden Ergebnis zu gelangen. Aus diesem Grund dürften sich Änderungen der in den Zugeständnislisten eingegangenen „Zollbindungen“ nicht ohne weiteres als ein geeignetes Mittel zur Einführung von Nachhaltigkeitskriterien anbieten (im übrigen könnte nur die EU entsprechende Verhandlungen mit anderen WTO-Mitgliedern führen, weil die EU eine Zollunion mit einem einheitlichen Außenzoll ist und im Bereich der Gemeinen Handelspolitik nach Artikel 3(1)e), 207 AEUV über eine ausschließliche Kompetenz verfügt; Pitschas 2010: 42f.; Streinz et al. 2012: 150f.).

(2) In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass das Arbeitsprogramm der Doha-Verhandlungsrunde eine *gegenläufige* Tendenz aufweist: Es zielt darauf ab, umweltfreundliche Waren („environmental goods“) von bestehenden tarifären Handelshemmnissen in Form von Zöllen oder sonstigen Abgaben oder Belastungen ganz oder teilweise zu befreien. Dahinter steht die Vorstellung, dass die begünstigten Waren ihr umweltfreundliches Potenzial besser entfalten könnten (WTO Background Note: 3; WTO 2011: 16f.; siehe auch den Überblick hierzu auf der WTO-Webseite: http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_neg_serv_e.htm (29.11.2013).

2.3.2 Tarifäre Handelshemmnisse im weiteren Sinn

Statt in Gestalt von tarifären Handelshemmnissen im eigentlichen Sinn könnten Nachhaltigkeitskriterien zu fiskalischen Belastungen ausländischer Waren in anderer Form führen (tarifäre Handelshemmnisse im weiteren Sinn). Solche fiskalischen Belastungen könnten sich beispielsweise aus Steuern auf Energie oder Treibhausgas-Emissionen (nachfolgend THG-Emissionen) ergeben, deren Erhebung bzw. Anwendung auf ausländische Waren insbesondere im Zusammenhang mit dem Klimawandel diskutiert wird (siehe Low et al. 2011: 3-10; WTO-UNEP Report 2009: 90-110). Die Diskussion über diese Instrumente ist äußerst facettenreich und kann hier nicht in allen Verästelungen nachvollzogen werden. Im Vordergrund stehen drei Fragen:

1. Stellen die bei der Herstellung einer Ware verbrauchte Energie oder die dabei ausgestoßenen THG-Emissionen einen Artikel dar, aus dem die Ware ganz oder teilweise hergestellt wurde (siehe unten 2.3.2.1)?
2. Kann die Gleichartigkeit von Waren aufgrund unterschiedlicher Herstellungsprozesse verneint werden, wenn sich dieser Unterschied nicht in den physischen Eigenschaften der Waren niederschlägt (siehe unten 2.3.2.2)?

3. Zählt der Schutz des Klimas zu den von der allgemeinen Ausnahmeklausel des GATT 1994 geschützten Rechtsgütern, und – falls ja – welche Bedingungen müssen in diesem Fall erfüllt sein (siehe unten 2.3.2.3)?

2.3.2.1 Energieverbrauch und THG-Emissionen als abgabemäßig erfassbarer „Input“?

(1) Auf inländische Waren erhobene Energie- oder THG-Emissionssteuern könnten – im Wege des sog. Steuerausgleichs an der Grenze („border tax adjustment“) – in Form einer Abgabe auf ausländische Waren bei deren Einfuhr erhoben werden (WTO-UNEP Report 2009: 103). Eine derartige Abgabe ist dann kein Zoll oder sonstige Abgabe oder Belastung im Zusammenhang mit der Einfuhr iSd Artikels II:1 b) GATT 1994, wenn die Abgabe gemäß Artikel II:2 a) GATT 1994 den folgenden Bedingungen genügt:

1. Sie ist äquivalent zu einer inländischen Steuer (Äquivalenzerfordernis) und wird im Einklang mit Artikel III:2 GATT 1994 erhoben (Konsistenzerfordernis).
2. Sie wird entweder auf eine gleichartige inländische Ware oder auf einen Artikel erhoben, aus dem die ausländische Ware ganz oder teilweise hergestellt wurde.

(2) Ungeachtet der zu erfüllenden Bedingung zu 1. (Äquivalenz- und Konsistenzerfordernis) (siehe zu diesen beiden Erfordernissen den Bericht des Appellate Body in *India – Additional Import Duties*, Rz. 170-181) erhebt sich die Problematik, ob die im Herstellungsprozess konsumierte Energie oder die dabei ausgestoßenen THG-Emissionen einen Artikel darstellen, aus dem die ausländische Ware (teilweise) hergestellt wurde (wird die Abgabe unmittelbar auf Energieträger wie Kohle oder Öl erhoben, die als solche eingeführt werden, stellt sich die Frage naturgemäß nicht). Im authentischen englischen Wortlaut der Vorschrift ist die Rede von „an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part“ (Hervorhebung hinzugefügt). Dieser Wortlaut scheint vorauszusetzen, dass die Abgabenerhebung an einen Gegenstand anknüpft, der im Endprodukt *physisch* (noch) nachweisbar bzw. enthalten ist (siehe WTO-UNEP Report 2009: 104). Das ist weder bei der im Herstellungsprozess verbrauchten Energie noch bei den dabei ausgestoßenen THG-Emissionen der Fall.

Allerdings wird auch die Ansicht vertreten, dass Artikel II:2 a) GATT 1994 *nicht* erfordere, dass die Abgabenerhebung an einen im Endprodukt physisch noch nachweisbaren oder enthaltenen Gegenstand anknüpfe (siehe Low et al. 2011: 8). Für diese Ansicht wird zusätzlich Artikel III:2 GATT 1994 ins Feld geführt, dessen Anforderungen nach dem Konsistenzerfordernis ebenfalls maßgeblich für die Abgabenerhebung sind. Nach dieser Bestimmung dürfen eingeführte Waren weder direkt noch indirekt höheren inländischen Steuern oder sonstigen Abgaben jedweder Art unterworfen werden als gleichartige inländischen Waren. Aus dem Wort „indirekt“ wird gefolgert, dass es mit Artikel III:2 GATT 1994 vereinbar wäre, mit entsprechenden inländischen Steuern äquivalente Abgaben auch auf den Energieanteil bzw. die THG-Emissionen zu erheben, die bei der Herstellung ausländischer Waren verbraucht bzw. ausgestoßen wurden (WTO-UNEP Report 2009: 104).

2.3.2.2 Gleichartigkeit ausländischer und inländischer Waren

(1) Die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung setzt voraus, dass die ausländischen Waren, auf die inländische Steuern bzw. Abgaben erhoben werden, mit anderen ausländischen Waren (im Fall des Meistbegünstigungsgebots) bzw. mit inländischen Waren (im Fall des Inländerbehandlungsgebots) hinreichend vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit wird dann angenommen, wenn die jeweiligen Waren *gleichartig* („like“) sind.

(a) Das Erfordernis der Gleichartigkeit durchzieht die gesamte WTO-Rechtsordnung, soweit es um den Grundsatz der Nichtdiskriminierung geht. Allerdings hat der Appellate Body davor gewarnt, dem Begriff „gleichartig“ in jedem WTO-Abkommen bzw. in jeder WTO-Vorschrift dieselbe Bedeutung beizumessen bzw. ihn in derselben Weise zu interpretieren. Er vertritt die Auffassung: „The concept of ‘likeness’ is a relative one that evokes the image of an accordion. The accordion of ‘likeness’ stretches and squeezes in different places as different provisions of the *WTO Agreement* are applied. The width of the accordion in any of those places must be determined by the particular provision in which the term ‘like’ is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply” (*Japan – Alcoholic Beverages II*, S. 21).

(b) Ungeachtet dieser Einschränkung ziehen die WTO-Streitbeilegungsorgane grundsätzlich vier Kriterien heran, um eine Gleichartigkeit von Waren beurteilen zu können (Appellate Body, *Canada – Periodicals*, S. 20f.; WTO Background Note: 1):

1. Endverwendung der Waren im Markt,
2. Beschaffenheit und Eigenschaften der Waren,
3. Vorlieben und Gewohnheiten der Verbraucher, und
4. Zollklassifikation.

Diese vier Kriterien dienen letztlich dazu, ein zwischen den Waren tatsächlich, latent oder potenziell bestehendes Wettbewerbsverhältnis im Sinne ihrer Substituierbarkeit zu eruieren (Appellate Body, *EC – Asbestos*, Rz. 99; *Philippines – Distilled Spirits*, Rz. 205).

(2) (a) Die im hiesigen Kontext relevante Frage lautet, ob unterschiedliche Herstellungsprozesse, die keinen Niederschlag in der physischen Beschaffenheit bzw. den physischen Eigenschaften einer Ware finden, den Schluss rechtfertigen, dass es sich bei den betreffenden Waren nicht um gleichartige Waren handelt (siehe Low et al. 2011: 6f.; WTO 2010: 170). Wenn dem so wäre, könnten die betreffenden Waren in unterschiedlicher (d.h. ungleicher) Weise behandelt (insbesondere besteuert) werden, ohne dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung beeinträchtigt wäre (siehe Low et al. 2011: 6).

(b) Betrachtet man zunächst die zuvor erwähnten vier Kriterien, dann ist festzuhalten, dass jedenfalls drei dieser Kriterien durch für die physische Beschaffenheit bzw. physischen Eigenschaften einer Ware unerhebliche Unterschiede im Herstellungsprozess nicht beeinflusst werden: Die Endverwendung einer Ware, ihre Beschaffenheit und Eigenschaften sowie ihre Zollklassifikation ändern sich wegen solcher Unterschiede im Herstellungsprozess nicht (siehe WTO 2010: 170). Allein das Kriterium der Verbrauchervorlieben und –

gewohnheiten könnte wegen der zunehmenden öffentlichen Besorgnis über die Konsequenzen des Verbrauchs fossiler Brennstoffe für die Umwelt im allgemeinen und das Klima im besonderen eine andere Beurteilung nahelegen (siehe WTO 2010: 170). Dabei ist allerdings zu bedenken, dass Verbrauchergewohnheiten und –vorlieben beileibe nicht überall auf der Welt gleich ausgeprägt sind, sondern von den Gegebenheiten des betreffenden Marktes abhängen (vgl. Appellate Body, *US – Clove Cigarettes*, Rz. 137). Einen „globalen“ Standard für Konsumentenvorlieben gibt es nicht; das zeigt sich auch und gerade im Hinblick auf die Haltung zur Erderwärmung und zum Klimaschutz.

Der Appellate Body hat den Standpunkt eingenommen, dass die von einer Ware ausgehenden bzw. mit ihrem Umgang verbundenen Gesundheitsgefahren bei der Beurteilung ihrer Gleichartigkeit mit anderen Waren im Kontext des Artikels III:4 GATT 1994 zu beachten sei (*EC – Asbestos*, Rz. 113). Dennoch spricht das nicht dafür, die Gleichartigkeit von Waren wegen unterschiedlicher Herstellungsprozesse, die ohne Folgen für die physische Beschaffenheit bzw. physischen Eigenschaften einer Ware sind, zu verneinen. Denn in dem besagten Streitfall ging es um Gesundheitsgefahren, die sich unmittelbar aus der *physischen* Beschaffenheit des betroffenen Produkts – Asbest – ergaben. Insoweit besteht ein erheblicher Unterschied zur hiesigen Konstellation.

(3) Zuletzt sei auf die Legaldefinitionen von „technische Vorschrift“ und „Norm“ für die Zwecke des WTO-Abkommens über technische Handelshemmnisse (nachfolgend TBT-Abkommen) hingewiesen (näher dazu der Bericht des Appellate Body in *US – Tuna II (Mexico)*, Rz. 183-188). Diese Definitionen heben u.a. ab auf die „entsprechenden Verfahren und Produktionsmethoden“ (im authentischen englischen Wortlaut heißt es: „related processes and production methods“). Dieser Wortlaut lässt Raum, um bei der Beurteilung der Gleichartigkeit von Waren im Rahmen des TBT-Abkommens auch Eigenheiten des jeweiligen Herstellungsprozesses zu berücksichtigen. Allerdings ist auch insoweit umstritten, ob Unterschiede im Herstellungsprozess, die für die physische Beschaffenheit oder physischen Eigenschaften der Ware folgenlos sind, ausreichen, um eine Gleichartigkeit der betreffenden Waren abzulehnen (Van den Bossche/Zdouc 2013: 854f.).

2.3.2.3 Klima als Rechtsgut im Sinne der allgemeinen Ausnahmeklausel

Sollten fiskalische Maßnahmen eines WTO-Mitglieds zum Klimaschutz nicht mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung vereinbar sein, steht jedenfalls im Anwendungsbereich des GATT 1994 die allgemeine Ausnahmeklausel des Artikels XX parat, um solche Maßnahmen zu rechtfertigen (siehe oben 2.2.3). Die Anwendbarkeit dieser Klausel hängt allerdings davon ab, dass sich das Klima als ein von dieser Klausel geschütztes Rechtsgut einordnen lässt. Zwei Tatbestände der allgemeinen Ausnahmeklausel könnten dabei fruchtbar gemacht werden: zum einen Buchstabe b) über den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen; zum anderen Buchstabe g) über die Bewahrung erschöpflicher natürlicher Ressourcen (siehe Low et al. 2011: 18).

(1)(a) Nach Artikel XX b) GATT 1994 dürfen WTO-Mitglieder Maßnahmen ergreifen, die notwendig sind, um das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen zu schützen. In Anbetracht der Bedeutung des Klimas für die Bedingungen, unter denen

Menschen, Tiere und Pflanzen auf der Erde leben, könnte das Klima als für deren Leben und Gesundheit unabdingbares bzw. unverzichtbares Element angesehen werden, das daher gleichfalls in den Anwendungsbereich des Buchstaben b) fällt.

(b) Sofern Maßnahmen zum Schutz des Klimas von Buchstabe b) erfasst sind, müssen solche Maßnahmen im konkreten Fall „notwendig“ sein. Zu dem Erfordernis der „Notwendigkeit“ hat der Appellate Body eine recht ausgefeilte Spruchpraxis entwickelt, derzufolge im jeweiligen Einzelfall die folgenden Parameter in einen Abwägungsprozess einzubeziehen sind (siehe Appellate Body, *Brazil – Retreaded Tyres*, Rz. 156, 178):

- der Schutzzweck der Maßnahme und das von ihr angestrebte Schutzniveau,
- die Wertigkeit des zu schützenden Rechtsguts,
- der Beitrag der Maßnahme zur Erreichung des Schutzzwecks und –niveaus (im Sinne einer Zweck-Mittel Relation), wobei die handelsbeschränkende Wirkung der Maßnahme ebenso zu berücksichtigen ist wie die Verfügbarkeit alternativer Maßnahmen, die eine geringere handelsbeschränkende Intensität aufweisen, gleich geeignet zur Zweckerreichung und technisch machbar sind sowie keine prohibitiven Kosten verursachen (siehe Pitschas 2012: 75; Low et al. 2011: 16).

(2)(a) Artikel XX Buchstabe g) GATT 1994 erlaubt den WTO-Mitgliedern, Maßnahmen zur Erhaltung erschöpflicher natürlicher Ressourcen zu ergreifen, sofern diese Maßnahmen in (hinreichend enger) Verbindung mit Beschränkungen der einheimischen Produktion oder des einheimischen Verbrauchs stehen. Das Klima fiele nur dann in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift, wenn es eine „erschöpfliche natürliche Ressource“ ist (der englische Originalwortlaut spricht von „exhaustible natural resources“). Das Klima entsteht aus einem Zusammenspiel verschiedener Faktoren, von denen einige als natürliche Ressourcen eingestuft werden können (so hat der Appellate Body das Element „Luft“ als eine natürliche Ressource iSd Buchstaben g) eingeordnet, *US – Gasoline*, S. 19). Es ist daher wohl vertretbar, auch das Klima – in einer gesamthaften Betrachtung – als eine natürliche Ressource anzusehen. Zweifelhaft ist hingegen, ob das Klima *erschöpflich* ist. Der Umstand, dass sich das Klima „verschlechtert“, dürfte dafür allein keine hinreichende Begründung darstellen.

(b) Wollte man das Klima als „erschöpfliche natürliche Ressource“ unter Buchstabe g) subsumieren, müssen entsprechende Maßnahmen eines WTO-Mitglieds erstens darauf abzielen, das Klima zu bewahren bzw. zu erhalten; es muss insoweit ein enger Zusammenhang zwischen der betreffenden Maßnahme und der zu erhaltenden natürlichen Ressource (in casu das Klima) bestehen (Appellate Body, *China – Raw Materials*, Rz. 355). Zweitens müssen solche Maßnahmen einhergehen mit tatsächlichen Einschränkungen der Produktion bzw. des Verbrauchs im Inland (Appellate Body, *US – Gasoline*, S. 20f.; *China – Raw Materials*, Rz. 356, 360). Da das Klima als solches weder produziert noch verbraucht wird, müssten solche produzierenden oder verbrauchenden Aktivitäten bzw. Tätigkeiten eingeschränkt werden, die einen (nachweisbaren) schädlichen Einfluss auf das Klima haben (könnten).

(3) Unabhängig davon, ob man das Klima unter den Buchstaben b) und / oder Buchstaben g) des Artikels XX GATT 1994 subsumiert, müssen Maßnahmen eines WTO-Mitglieds zu dessen Schutz eine zweite Hürde nehmen: Sie müssen den Anforderungen des Einleitungssatzes des Artikels XX GATT – der sog. „chapeau“ – genügen, der ein Rechtsmissbrauchsverbot aufstellt (Pitschas 2012: 78). Der Einleitungssatz der allgemeinen Ausnahmeklausel untersagt, die betreffende Maßnahme in einer Art und Weise *anzuwenden*, die entweder (a) zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen WTO-Mitgliedern, in denen gleiche Verhältnisse bestehen, oder (b) zu einer verschleierte Handelsbeschränkung führt (Appellate Body, *US – Shrimp*, Rz. 120). Im Kern geht es um die Frage, ob die (Anwendung der) Maßnahme einen *rationalen* Zusammenhang zu dem Rechtsgut aufweist, das durch die Maßnahme geschützt werden soll (Appellate Body, *Brazil – Retreaded Tyres*, Rz. 227).

Im Kontext des Klimaschutzes dürfte vor allem darauf zu achten sein, dass nicht an alle WTO-Mitglieder der gleiche Maßstab angelegt wird, sondern deren unterschiedliche Verhältnisse und Bedingungen hinreichend beachtet werden; klimaschützende Maßnahmen müssen also hinreichend *flexibel* ausgestaltet sein, um den Anforderungen des „chapeau“ gerecht zu werden (Low et al. 2011: 20).

2.4 Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe

2.4.1 Revision des Beschaffungsübereinkommens

(1) Die Beschaffung von Waren durch staatliche Einrichtungen für staatliche Zwecke („procurement by governmental agencies of products for governmental purposes“) ist nach Artikel III:8 a) GATT 1994 von der Anwendung des Inländerbehandlungsgebots ausgenommen. Im Bereich des Dienstleistungshandels geht das GATS sogar noch einen Schritt weiter als das GATT 1994 und nimmt die öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des Meistbegünstigungsgebots sowie der Regelungen über den Marktzugang und die Inländerbehandlung aus (Artikel XIII:1 GATS, dessen zweiter Absatz allerdings den WTO-Mitgliedern die Pflicht auferlegt, über die öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen Verhandlungen aufzunehmen, siehe näher Pitschas 2006: 111).

Trotz dieser Ausnahmetatbestände im GATT 1994 und GATS kennt die WTO-Rechtsordnung Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen, die im Beschaffungsübereinkommen niedergelegt sind. Dieses Übereinkommen gilt allerdings nicht für alle WTO-Mitglieder, sondern nur für diejenigen, die das Übereinkommen ausdrücklich angenommen haben (siehe oben 2., Punkt (2)(a). Abgesehen von einer Ausnahme sind bislang ausschließlich *entwickelte* WTO-Mitglieder Vertragsparteien dieses Übereinkommens, darunter die EU, Japan, Kanada, Korea und die USA (allerdings verhandeln einige WTO-Mitglieder mit Entwicklungslandstatus über ihren Beitritt zum Beschaffungsübereinkommen, wozu insbesondere auch China gehört; siehe den Überblick über die Vertragsparteien und Beobachter des Übereinkommens auf der WTO-Webseite: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm#memobs (29.11.2013).

(2) Artikel XXIV:7 des Beschaffungsübereinkommens richtet einen Verhandlungsauftrag an die Vertragsparteien: Sie sollen zum einen das Übereinkommen verbessern („improving this Agreement“) und zum anderen den von ihnen zugesagten Zugang zu ihren Beschaffungsmärkten (insbesondere die Zahl der erfassten Vergabestellen) ausweiten. Im Einklang mit diesem Auftrag nahmen die Vertragsparteien Verhandlungen auf, die sich allerdings über einen langjährigen Zeitraum hingezogen haben (wobei sie sich mit der Verbesserung des Übereinkommens wesentlich leichter taten als mit der Ausweitung des Marktzugangs). Schließlich gelang es den Vertragsparteien, auf der WTO-Ministerkonferenz im Dezember 2011 eine Einigung zu erzielen (Decision on the Outcomes of the Negotiations Under Article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, GPA/112, 16.12.2011), die dann im März 2012 vom Ausschuss über das Beschaffungswesen in Gestalt eines Protokolls über die Änderung des Beschaffungsübereinkommens angenommen wurde (GPA/113, 2.4.2012). Es wird gehofft, dass eine ausreichende Anzahl an Vertragsparteien dieses Protokoll vor Ende dieses Jahres ratifizieren wird (siehe zum aktuellen Stand die Zusammenfassung der Sitzung des Ausschusses über das Beschaffungswesen vom 9.10.2013 auf der WTO-Webseite: http://www.wto.org/english/news_e/news13_e/gpro_09oct13_e.htm (29.11.2013). Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf dieses *neue* Beschaffungsübereinkommen (von dem es noch keine offizielle deutsche Übersetzung gibt).

2.4.2 Nachhaltigkeitskriterien als technische Spezifikationen

Technische Spezifikationen beziehen sich auf die im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen und können nach der Legaldefinition des Artikels I (u) eine von zwei Formen annehmen: Zum einen können sie die Merkmale („characteristics“) der zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen wie deren Qualität, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit und Abmessungen festlegen, einschließlich der Verfahren und Methoden für ihre Herstellung oder Erbringung. Zum anderen können sie Erfordernisse bezüglich Terminologie, Symbole, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung betreffen, die sich auf Waren oder Dienstleistungen beziehen.

Festzuhalten ist, dass ausweislich der Legaldefinition technische Spezifikationen auch Verfahren und Methoden für die Herstellung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen festlegen können. Die Definition schränkt die hierfür in Frage kommenden Verfahren und Methoden nicht ein. Dieser offene Wortlaut spricht dafür, dass technische Spezifikationen auch Nachhaltigkeitskriterien umfassen können. Artikel X:6 bestätigt dieses Verständnis für Nachhaltigkeitskriterien ökologischer Art: Nach dieser Vorschrift steht es (den Vergabestellen) einer Vertragspartei frei, technische Spezifikationen auszuarbeiten, anzunehmen oder anzuwenden, welche die Erhaltung natürlicher Ressourcen oder den Schutz der Umwelt fördern („promote the conservation of natural resources or protect the environment“; WTO 2011: 12).

2.4.3 Nachhaltigkeitskriterien als Kriterien zur Angebotsbewertung

Das Beschaffungsübereinkommen sieht in Artikel XV:5 zwei Kategorien von Kriterien zur Bewertung von Angeboten vor, die von Bietern eingereicht wurden, deren Fähigkeit zur Ausführung des Auftrags die Vergabestelle festgestellt hat. Die eine Kategorie kennt allein

den Preis als Bewertungskriterium: In diesem Fall geht der Zuschlag an das Angebot mit dem niedrigsten Preis. Die andere Kategorie umfasst mehrere Bewertungskriterien: In diesem Fall geht der Zuschlag an das vorteilhafteste Angebot („most advantageous tender“). Allerdings darf die den Zuschlag erteilende Vergabestelle nur solche Bewertungskriterien heranziehen, die in der Bekanntmachung bzw. Ausschreibung des Vergabeverfahrens und den Vergabeunterlagen ausdrücklich genannt wurden.

Artikel X:9 nennt beispielhaft Kriterien, die von einer Vergabestelle zur Bewertung von Angeboten herangezogen werden dürfen; dazu zählen der Preis und andere Kostenfaktoren, Qualität, technische Güte, Lieferbedingungen und Umwelteigenschaften („environmental characteristics“). Damit sind auf die Umwelteigenschaften der im konkreten Vergabeverfahren zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen bezogene Nachhaltigkeitskriterien als Bewertungskriterien grundsätzlich zulässig (Hermann et al. 2007: 490, Rn. 1056; WTO 2011: 12).

3. EU-Recht und Nachhaltigkeit

Die vom Auftraggeber für den Themenkomplex „EU-Recht und Nachhaltigkeit“ festgelegten Fragen verhalten sich spiegelbildlich zu denen, die auf das Verhältnis zwischen WTO-Recht und Nachhaltigkeit bezogen sind. Wie jene bauen sie aufeinander auf: An erster Stelle steht die prinzipielle Frage, ob Mitgliedstaaten nach dem primären Unionsrecht überhaupt (noch) befugt sind, Nachhaltigkeitskriterien in ihr nationales Recht aufzunehmen – und wenn ja, in welchem Ausmaß; diese Frage zielt also auf die *Kompetenzverteilung* zwischen Union und Mitgliedstaaten in diesem Bereich ab (siehe unten 3.1). Daran schließt sich die Frage an, ob bzw. unter welchen Umständen nationale Nachhaltigkeitskriterien als *Handelshemmnis* im Sinne des primären Unionsrechts einzustufen wären; diese Frage impliziert, dass die Mitgliedstaaten zwar (noch) befugt sind, Nachhaltigkeitskriterien in ihrem nationalen Recht festzulegen, dabei aber bestimmte Anforderungen des primären Unionsrechts einzuhalten haben (siehe unten 3.2). An letzter Stelle steht die sektorspezifische Frage, ob Nachhaltigkeitskriterien im *Vergaberecht* zu Rechtsunsicherheit führten, wobei wiederum den Vorgaben des Unionsrechts herausragende Bedeutung zukommt (siehe unten 3.3.).

3.1 Mitgliedstaatliche Kompetenz zur Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien

Die Frage, wieviel Spielraum das *primäre* Unionsrecht den Mitgliedstaaten belässt, um Nachhaltigkeitskriterien im nationalen Recht zu verankern, zielt im Kern auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten in diesem Bereich. Insoweit sind zwei Teilfragen zu unterscheiden: Einerseits die Frage, ob die Mitgliedstaaten (noch) über die Kompetenz verfügen, Nachhaltigkeitskriterien in ihr nationales Recht aufzunehmen (3.1.1). Andererseits – angenommen, eine solche Kompetenz besteht grundsätzlich – die Frage, ob die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Kompetenz an bestimmte Bedingungen gebunden sind (3.1.2).

3.1.1 Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten

(1) Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass nach deutschem Staatsrecht die Union ein Verbund von Staaten ist, der selbst keinen staatlichen Charakter aufweist (BVerfG, 2 BvE 2/08, (Lissabon-Urteil), Rz. 231). Damit fehlt es der Union an der *Kompetenz-Kompetenz*, die für die originäre Staatsgewalt kennzeichnend ist (BVerfG, 2 BvE 2/08, Rz. 233). Deshalb kommt im Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zum Tragen (BVerfG, 2 BvE 2/08, Rz. 234; EuGH, Rs. C-370/07, Rz. 46 f.). Artikel 5(2) EUV umschreibt diesen Grundsatz wie folgt: „Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.“ Haben die Mitgliedstaaten der Union in den Verträgen eine Kompetenz übertragen, hat die Union gemäß Artikel 5(1)

EUV diese Kompetenz nach den – in Artikel 5(3) und (4) EUV näher ausgeführten – Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit auszuüben (EuGH, Rs. C-504/09 P, Rz. 79).

(2) (a) Nach Artikel 4(2) AEUV teilen sich die Union und die Mitgliedstaaten die Kompetenz für die Bereiche „Umwelt“ und „Binnenmarkt“, die für Nachhaltigkeitskriterien besonders bedeutsam sind. Im Hinblick auf die zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilten Kompetenzen trifft Artikel 2(2) AEUV folgende Bestimmung: „Übertragen die Verträge der Union für einen bestimmten Bereich eine mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit, so können die Union und die Mitgliedstaaten in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit erneut wahr, sofern und soweit die Union entschieden hat, ihre Zuständigkeit nicht mehr auszuüben.“

(b) Aus Artikel 2(2) AEUV folgt, dass im Grundsatz sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten in den Bereichen zur Gesetzgebung befugt sind, in denen sie sich die Kompetenz teilen. Allerdings muss Vorsorge getroffen werden, dass diese Kompetenzteilung die aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbaren Gebote der Rechtssicherheit und –klarheit nicht beeinträchtigt. Daher bedarf es der Festlegung, welche Folgen die Kompetenzausübung durch einen Kompetenzträger für die Kompetenzwahrnehmung durch den anderen Kompetenzträger hat. Dementsprechend sieht Artikel 2(2) AEUV vor, dass die Gesetzgebung durch die Union sich auf die Gesetzgebungsbefugnis der Mitgliedstaaten auswirkt, und zwar in zweifacher Art und Weise: Erstens dürfen die Mitgliedstaaten ihre Kompetenz wahrnehmen, „sofern“ die Union ihre Kompetenz in einem von der Kompetenzteilung erfassten Bereich noch nicht ausgeübt hat. Daraus folgt, dass eine Kompetenzausübung der Union die Kompetenzwahrnehmung der Mitgliedstaaten einschränkt. Demnach dürfen die Mitgliedstaaten zweitens ihre Kompetenz nicht mehr wahrnehmen, „soweit“ die Union ihre Kompetenz in einem von der Kompetenzteilung erfassten Bereich ausgeübt hat.

Ein gesetzgeberisches Handeln der Union in einem von der Kompetenzteilung erfassten Bereich hat also nicht zur Folge, dass *jegliche* Gesetzgebung seitens der Mitgliedstaaten in diesem Bereich ausgeschlossen ist (König 2010: 22). Protokoll Nr. 25 über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit stellt das ausdrücklich klar: „Ist die Union in einem bestimmten Bereich im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend die geteilte Zuständigkeit tätig geworden, so erstreckt sich die Ausübung der Zuständigkeit nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakt der Union geregelten Elemente und nicht auf den gesamten Bereich.“ (Unterstreichung hinzugefügt)

Die Gesetzgebung der Union in einem der Kompetenzteilung unterfallenden Bereich beschränkt somit die Kompetenzwahrnehmung der Mitgliedstaaten in ihrer sachlichen Reichweite: Die Mitgliedstaaten dürfen ihre Kompetenz in dem betreffenden Bereich nur noch nach Maßgabe der Gesetzgebung der Union wahrnehmen (Callies 2011: 17; Lenski 2012: 9). Die Kompetenzausübung durch die Union in den der Kompetenzteilung

unterfallenden Bereichen hat also eine „Sperrwirkung“ auf die Kompetenzwahrnehmung durch die Mitgliedstaaten (Callies 2011: 17; Streinz et al. 2010: 107). Da die Reichweite dieser Sperrwirkung jedoch von der Regeldichte bzw. –tiefe des jeweiligen Gesetzgebungsakts der Union abhängt, kann die in dem durch diesen Gesetzgebungsakt geregelten (Teil-)Bereich noch zulässige Kompetenzwahrnehmung durch die Mitgliedstaaten nur in Ansehung des konkreten Gesetzgebungsakts der Union – und damit gesondert für jeden Einzelfall – beurteilt werden (Callies 2011: 17; König 2010: 22; Lenski 2012: 9).

3.1.2 Kompetenzwahrnehmung durch die Mitgliedstaaten

(1) (a) In den nach den Artikeln 2(2), 4(2) AEUV der Kompetenzteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten unterfallenden Bereichen „Umwelt“ und „Binnenmarkt“ ist die Union bereits in einem sehr weiten Umfang gesetzgeberisch zum Zwecke des Umweltschutzes tätig geworden (siehe die Übersicht bei Krämer/Winter 2010: Punkt A.). Aufgrund der von dieser Gesetzgebung der Union ausgehenden Sperrwirkung ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, in den durch die betreffenden Gesetzgebungsakte der Union geregelten Materien selbst gesetzgeberisch tätig zu werden, etwa durch die Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien. Allerdings erstreckt sich diese Sperrwirkung „nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakt der Union geregelten Elemente“ (Protokoll Nr. 25 über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit). Außerhalb des eigentlichen Regelungsbereichs dieser Unionsrechtsakte ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, gesetzgeberisch zu handeln (Krämer/Winter 2010: 1), etwa durch die Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien.

Bevor die Mitgliedstaaten eigene Gesetzgebungsakte erlassen, müssen sie genau prüfen, wie weit ein von der Union erlassener Rechtsakt eine Materie regelt: Regelt der Unionsrechtsakt die betreffende Materie *abschließend*, verbleibt grundsätzlich kein Raum mehr für einen mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsakt (zu Ausnahmen siehe unten unter (2)). Regelt der Unionsrechtsakt die betreffende Materie jedoch *nicht* umfassend, sondern nur bestimmte Teilbereiche („Elemente“) einer Materie, dürfen die Mitgliedstaaten die vom Unionsrechtsakt nicht erfassten Teilbereiche der Materie durch eigene Gesetzgebungsakte regeln. Die Prüfungspflicht der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Regeldichte und –tiefe der Unionsrechtsakte folgt aus dem Wesen der Kompetenzteilung, wie in Artikel 2(2) AEUV definiert, und aus der in Artikel 4(3) EUV stipulierten Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Union.

(b) Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Artikel 11 AEUV (ex-Artikel 6 EG) in *rechtsverbindlicher* Weise vorgibt, dass die „Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und –maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden“ müssen (Breier 2012: 10; Callies 2011: 7). Nach dieser sogenannten „Querschnittsklausel“ (Callies 2011: 2) stellt der Umweltschutz also ein zwingendes Erfordernis für alle Felder dar, auf denen die Union zur Gesetzgebung befugt ist, wobei einer nachhaltigen Entwicklung besondere Bedeutung zukommt (Breier 2012: 10 („Hauptzweck“); Krämer/Winter 2010: 50). Artikel 11 AEUV führt zwar nicht näher aus, was unter nachhaltiger Entwicklung zu verstehen ist. Aus dem Bezug zu den Erfordernissen des Umweltschutzes folgt jedoch, dass nachhaltige Entwicklung im

Sinne des Artikels 11 AEUV jedenfalls die Erhaltung natürlicher Ressourcen meint, unter Berücksichtigung ökonomischer und sozialer Aspekte (Breier 2012: 10; Calliess 2011: 12; siehe auch Krämer/Winter 2010: 44). Zusätzlich zu der Querschnittsklausel sieht Artikel 191 AEUV vor, dass die Umweltpolitik der Union u.a. zu dem Ziel einer umsichtigen und rationellen Verwendung natürlicher Ressourcen beitragen soll. Diese Zielsetzung ist als konkrete Ausprägung des Grundsatzes der Nachhaltigkeit zu verstehen (Calliess 2011: 12).

Die Querschnittsklausel und Artikel 191 AEUV verdeutlichen, dass der Nachhaltigkeit, insbesondere in Gestalt eines schonenden Umgangs mit natürlichen Ressourcen, ein besonderer Stellenwert im Rahmen der Umweltschutzpolitik der Union zukommt.

(2) Rechtssetzungsakte der Union in den beiden der Kompetenzteilung unterfallenden Bereichen „Binnenmarkt“ und „Umwelt“ schließen es – in Abweichung von der grundsätzlichen Sperrwirkung von Unionsrechtsakten – nicht völlig aus, dass die Mitgliedstaaten daneben eigene Gesetzgebungsakte erlassen, die dem Umweltschutz zu dienen bestimmt sind. Derartige mitgliedstaatliche Maßnahmen in den durch Unionsrechtsakte bereits geregelten (Teil-)Bereichen müssen jedoch bestimmten Bedingungen genügen, die für beide Bereiche unterschiedlich (streng) ausfallen.

(a) Im Bereich „Binnenmarkt“ gelten nach Artikel 114(5) AEUV für mitgliedstaatliche Rechtssetzungsakte zum Zwecke des Umweltschutzes, die parallel zu einer von der Union erlassenen Harmonisierungsmaßnahme eingeführt werden sollen, folgende materielle Kriterien: Sie müssen erstens auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt sein und zweitens aufgrund eines *spezifischen* Problems für den betreffenden Mitgliedstaat ergehen, das sich zudem erst *nach* dem Erlass der unionalen Harmonisierungsmaßnahme ergeben hat. Darüber hinaus unterliegen solche nationalen Rechtssetzungsakte den folgenden prozeduralen Anforderungen: Die sie tragenden Gründe müssen *vor* ihrem Erlass der Kommission mitgeteilt werden, die sodann zu prüfen hat, ob die betreffenden Rechtssetzungsakte „ein Mittel der willkürlichen Diskriminierung und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen und ob sie das Funktionieren des Binnenmarktes behindern“ (Artikel 114(6) AEUV). Je nach Ausgang dieser Prüfung ist die Kommission berechtigt, die Einführung der betreffenden nationalen Rechtssetzungsakte abzulehnen oder (ggf. nach deren Anpassung) zu billigen.

Die materiellen und prozeduralen Bedingungen des Artikels 114(5) und (6) AEUV belassen den Mitgliedstaaten einen vergleichsweise geringen Spielraum, um in einer durch einen Unionsrechtsakt harmonisierten Materie eigenständig rechtssetzend aus Gründen des Umweltschutzes tätig zu werden (vgl. Fischer 2012: 24; Kahl 2011: 45; Krämer/Winter 2010: 17). Das gilt zumal für die Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien, weil kaum vorstellbar ist, dass die umsichtige und rationelle Verwendung natürlicher Ressourcen ein „spezifisches Problem“ für einen Mitgliedstaat darstellt.

(b) Im Bereich „Umwelt“ dürfen die Mitgliedstaaten nach Artikel 193 AEUV verstärkte Schutzmaßnahmen ergreifen, die über das Niveau der von der Union gemäß Artikel 192 AEUV erlassenen Rechtssetzungsakte zum Umweltschutz hinausgehen (Breier 2012: 1;

Calliess 2011: 1). Artikel 193 AEUV stellt an derartige („schutzverstärkende“) nationale Gesetzgebungsakte der Mitgliedstaaten materielle und prozedurale Anforderungen: Materiell müssen die nationalen Gesetzgebungsakte zum einen das von den Unionsrechtsakten festgelegte Schutzniveau verstärken und zum anderen mit den Verträgen vereinbar sein. Das von den Unionsrechtsakten festgelegte Schutzniveau wird verstärkt, wenn nationale Gesetzgebungsakte die in den Unionsrechtsakten niedergelegten materiellen Kriterien bzw. Maßstäbe *verschärfen*; hingegen ist es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, Maßnahmen zu ergreifen, die mit den in den Unionsrechtsakten niedergelegten Kriterien in keinem sachlichen Zusammenhang stehen bzw. diesen zuwiderlaufen (siehe Breier 2012: 3; Calliess 2011: 7 – 9). Aus dem Erfordernis, ein durch einen Unionsrechtsakt festgelegtes Schutzniveau zu verstärken, folgt im übrigen, dass die Mitgliedstaaten entsprechende nationale Schutzmaßnahmen nur als Reaktion auf bereits erlassene und auf Artikel 192 AEUV gestützte Unionsrechtsakte ergreifen dürfen (Breier 2012: 2; Calliess 2011: 5f.). Des Weiteren müssen die nationalen Schutzmaßnahmen mit den Verträgen vereinbar sein, also insbesondere mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes, vor allem dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit (EuGH, Rs. C-203/96, Rz. 39; Calliess 2011: 11f.; Krämer/Winter 2010: 14).

Prozedural müssen die Mitgliedstaaten ihre nationalen Gesetzgebungsakte der Kommission notifizieren. Anders als Artikel 114(6) AEUV sieht Artikel 193 AEUV zwar keine gesonderte Überprüfung einer notifizierten nationalen Schutzmaßnahme durch die Kommission vor, aber aufgrund der ihr in Artikel 17(1) EUV zugewiesenen Aufgabe, für die Anwendung des Unionsrechts zu sorgen und diese zu überwachen, ist die Kommission ohne weiteres berechtigt, die ihr notifizierten nationalen Schutzmaßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem (primären) Unionsrecht zu überprüfen (Breier 2012: 5).

Die materiellen und prozeduralen Anforderungen des Artikels 193 AEUV an nationale Schutzmaßnahmen sind zwar weniger streng als die des Artikels 114 AEUV an von Harmonisierungsmaßnahmen der Union abweichende nationale Rechtssetzungsakte. Dennoch ist zweierlei zu bedenken: Erstens setzen nationale Schutzmaßnahmen im Sinne des Artikels 193 AEUV auf Artikel 192 AEUV gestützte Unionsrechtsakte voraus und dürfen nicht losgelöst von letzteren ergriffen werden; zudem müssen die nationalen Maßnahmen inhaltlich mit den Unionsrechtsakten korrelieren. Das bedeutet, dass Artikel 193 AEUV keine generelle Ermächtigungsklausel für nationale Schutzmaßnahmen bildet, mit denen Nachhaltigkeitskriterien im Bereich der Umweltpolitik festgelegt werden sollen. Zweitens sollen die Unionsrechtsakte nach Artikel 191(1) AEUV zu einer umsichtigen und rationellen Verwendung natürlicher Ressourcen – also zur Nachhaltigkeit – beitragen. Je konkreter und umfassender das umweltpolitische Ziel „Nachhaltigkeit“ für einen bestimmten Sachbereich in einem Unionsrechtsakt geregelt wird, desto weniger Spielraum verbleibt für schutzverstärkende nationale Gesetzgebungsakte (Krämer/Winter 2010: 15).

3.2 Nationale Nachhaltigkeitskriterien als mögliche Handelshemmnisse

(1) Im Einklang mit den vorstehenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass den Mitgliedstaaten ein eher kleiner Spielraum verbleibt, um in ihrem nationalen Recht umweltrelevante Nachhaltigkeitskriterien festzulegen. Im Anwendungsbereich des für Umweltbelange relevanten sekundären Unionsrechts wird der den Mitgliedstaaten insoweit verbleibende Spielraum durch die von den jeweiligen Unionsrechtsakten ausgehende Sperrwirkung begrenzt. Es bedarf also jeweils einer Einzelfallprüfung, wie weit diese Sperrwirkung greift. Eigenständige Regelungen der Mitgliedstaaten zu umweltrelevanten Nachhaltigkeitskriterien sind nur außerhalb der vom betreffenden Unionsrechtsakt ausgehenden Sperrwirkung zulässig. Zwar lassen die Artikel 114 und 193 AEUV Durchbrechungen der Sperrwirkung zu, aber knüpfen solche Durchbrechungen zugleich an bestimmte Bedingungen materieller und prozeduraler Art, die die Mitgliedstaaten einzuhalten haben (siehe näher oben 3.1 unter Punkt (2)). Insbesondere im Rahmen von Artikel 114 AEUV dürfte es den Mitgliedstaaten schwerfallen, eigenständige Kriterien für einen umsichtigen und rationellen Umgang mit natürlichen Ressourcen aufzustellen, zumal die Einführung solcher Kriterien einer vorhergehenden Prüfung durch die Kommission unterliegt, deren (positive oder negative) Entscheidung konstitutive Wirkung dafür hat, ob entsprechende Kriterien aufgestellt werden dürfen.

(2) Soweit den Mitgliedstaaten dennoch ein Spielraum für die Festlegung umweltrelevanter Nachhaltigkeitskriterien im nationalen Recht verbleibt, müssen derartige Kriterien den Anforderungen des primären Unionsrechts entsprechen. Insbesondere müssen die Kriterien mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes vereinbar sein. Exemplarisch sei hier die Warenverkehrsfreiheit herausgegriffen, und zwar das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten nach Artikel 34ff. AEUV.

(a) Unter das besagte Verbot fallen alle Maßnahmen eines Mitgliedstaats, die geeignet sind, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, und zwar selbst dann, wenn sie unterschiedlos für alle Waren gelten (EuGH, Rs. C-142/05, Rz. 24; Rs. C-531/07, Rz. 16). Ausnahmen vom Anwendungsbereich des besagten Verbots gelten nur für durch sekundäres Unionsrecht harmonisierte Bereiche sowie für nationale Maßnahmen, mit denen Verkaufsmodalitäten geregelt werden, sofern die fraglichen Modalitäten für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat ausüben, und den Absatz der inländischen und der aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Waren rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren (EuGH, Rs. C-531/07, Rz. 17). Eine Regelung, die sich auf die Merkmale einer Ware bezieht, stellt jedoch keine Verkaufsmodalität dar (EuGH, Rs. C-531/07, Rz. 20).

Umweltrelevante Nachhaltigkeitskriterien, die – wie hier unterstellt – nicht in einen durch sekundäres Unionsrecht harmonisierten Sachbereich fallen, müssen sich an dem von Artikel 34 AEUV aufgestellten Verbot messen lassen, wenn sie geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der Union zu behindern. Selbst unter der Annahme, dass derartige Kriterien unterschiedslos auf alle Waren anwendbar sind, werden rein nationale Nachhaltigkeitskriterien, zumal solche über die Internalisierung externer Kosten, im Regelfall geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der Union zumindest

potenziell zu behindern. Da solche Kriterien nicht dem Absatz der von ihnen betroffenen Waren gelten, sondern an deren Herstellung oder Eigenschaften anknüpfen, sind sie nicht als dem Verbot des Artikels 34 AEUV entzogene (nicht-diskriminierende) Verkaufsmodalitäten einzuordnen.

(b) In den Anwendungsbereich des Verbots nach Artikel 34 AEUV fallende Maßnahmen eines Mitgliedstaats können jedoch nach Maßgabe des Artikels 36 AEUV – soweit sie dem Schutz der dort explizit genannten Rechtsgüter dienen – oder aufgrund eines zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein (EuGH, Rs. C-265/06, Rz. 37). Der EuGH erkennt den Umweltschutz als ein derartiges zwingendes Erfordernis an (EuGH, Rs. C-142/05, Rz. 32). Allerdings reicht es nicht aus, dass eine staatliche Maßnahme dieses Ziel verfolgt. Sie muss vielmehr auch geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (EuGH, Rs. C-142/05, Rz. 34; Rs. C-265/06, Rz. 39; Rs. C-531/07, Rz. 34).

Im nationalen Recht eines Mitgliedstaates verankerte Nachhaltigkeitsanforderungen müssen demnach auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz überprüft werden. Nur wenn sie dessen Maßstäben (gemäß der Auslegung des EuGH) genügen, sind sie gerechtfertigt. Diese Prüfung ist einzelfallabhängig unter Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung der Nachhaltigkeitskriterien vorzunehmen.

3.3 Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht

Die Beurteilung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht hat die grundlegende Unterscheidung zwischen Vergaben ober- und unterhalb von durch das Unionsrecht festgelegten Auftragswerten (sog. Schwellenwerte) zu beachten: Vergaben oberhalb der Schwellenwerte sind vollständig durch sekundäres Unionsrecht harmonisiert, während Vergaben unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich durch nationales Recht geregelt sind (siehe Ziekow 2010: S. 150 - 154). Da dieser Unterschied eine *differenzierte* rechtliche Bewertung von Nachhaltigkeitskriterien nach sich ziehen mag, werden nachfolgend zuerst Vergaben oberhalb der Schwellenwerte (siehe unten 3.3.1) und anschließend Vergaben unterhalb der Schwellenwerte (siehe unten 3.3.2) betrachtet.

3.3.1 Vergaben oberhalb der Schwellenwerte

Vergaben oberhalb der Schwellenwerte sind (abgesehen von den Rechtsschutzmöglichkeiten) durch zwei EU-Richtlinien vollständig harmonisiert: zum einen die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie, Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004, ABI L 134 vom 30.4.2004, S. 114), zum anderen die Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (sog. Sektorenrichtlinie, Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004, ABL L 134 vom 30.4.2004, S. 1). Hier wird ausschließlich auf die Vergabekoordinierungsrichtlinie abgestellt.

Die Einfügung von Nachhaltigkeitskriterien in das für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte relevante Vergaberecht ist anhand der Vergabekoordinierungsrichtlinie zu bewerten. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie (nachstehend „VKR“) lässt die Heranziehung ökologischer Belange bzw. Gesichtspunkte durch öffentliche Auftraggeber an vier neuralgischen Stellen zu (siehe Fehling 2011: Rn. 141; Ziekow 2010: S. 173f.): (1.) bei der Leistungsbeschreibung in Form technischer Spezifikationen, (2.) bei der Bieterauswahl in Gestalt von Eignungskriterien, (3.) bei der Angebotsbewertung in Form von Zuschlagskriterien, und (4.) bei der Auftragsausführung in Gestalt von Vertragsbedingungen.

3.3.1.1 Technische Spezifikationen

Artikel 23 VKR befasst sich mit technischen Spezifikationen, mit denen die öffentlichen Auftraggeber die Merkmale der von ihnen zu beschaffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen vorschreiben. Nach Artikel 23(3)(b) VKR dürfen technische Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen formuliert werden, die Umwelteigenschaften umfassen können. Der auf technische Spezifikationen abhebende Erwägungsgrund Nr. 29 VKR stellt klar, dass Umwelteigenschaften sowohl bestimmte Produktionsmethoden als auch die Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt umfassen können. Dieser Erwägungsgrund ist bei der Auslegung des Begriffes „Umwelteigenschaften“ in Artikel 23(3)(b) VKR zu berücksichtigen (EuGH, Rs. C-368/10, Rz. 61).

Allerdings müssen technische Spezifikationen die Umwelteigenschaften der durch den konkreten Auftrag zu beschaffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen definieren (Siegel 2012: 372 („funktionaler Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand“); siehe auch Kommission 2001: 13). Der unmittelbare Bezug zum Auftragsgegenstand ergibt sich ohne weiteres aus Artikel 23(3)(b) VKR, der verlangt, dass die durch die technischen Spezifikationen formulierten (Umwelt-)Anforderungen den Bietern ein „klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln“ und „die Erteilung des Zuschlags ermöglichen“. Im Einklang damit stellt Erwägungsgrund Nr. 29 VKR auf „öffentliche Auftraggeber, die für die technischen Spezifikationen eines Auftrags Umwelтанforderungen festlegen möchten“, ab.

Demnach steht es den Mitgliedstaaten frei, in dem für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte geltenden Vergaberecht vorzusehen, dass öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Leistungsbeschreibung technische Spezifikationen in Form von nachhaltigen Umwelтанforderungen verwenden dürfen, sofern derartige Nachhaltigkeitsanforderungen jeweils auf die in einem Vergabeverfahren konkret zu beschaffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen bezogen sind.

3.3.1.2 Eignungskriterien

Im Rahmen der Eignungsprüfung dürfen öffentliche Auftraggeber die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter ausschließlich nach Maßgabe der in Artikel 48 VKR abschließend aufgezählten Kriterien bewerten und überprüfen (EuGH, Rs. C-368/10, Rz. 105). Zu den danach zulässigen Eignungskriterien zählt gemäß Artikel 48(2)(f) VKR bei öffentlichen Bau- und Dienstleistungsaufträgen die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen, die ein Bieter bei der Ausführung des Auftrags

gegebenenfalls anwenden will. Damit sind Maßnahmen gemeint, mit denen Wirtschaftsteilnehmer die Auswirkungen ihrer unternehmerischen Aktivitäten auf die Umwelt bewerten und steuern (Kommission 2001: 18), um ein bestimmtes Umweltschutzniveau zu erreichen (Erwägungsgrund Nr. 44 VKR).

Wie alle Eignungskriterien muss auch das in Artikel 48(2)(f) VKR genannte Eignungskriterium einen unmittelbaren Bezug zu den konkret zu beschaffenden Bau- oder Dienstleistungen aufweisen. Das folgt bereits aus der Funktion der Eignungskriterien, die für die Ausführung des zu vergebenden Auftrags am besten geeigneten Bieter zu ermitteln (Kommission 2001: 17). Dementsprechend macht Artikel 48(2) VKR den für die technische Leistungsfähigkeit erforderlichen Nachweis von den „je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der Bauleistungen, der zu liefernden Erzeugnisse oder der Dienstleistungen“ abhängig. Im Fall des Artikels 48(2)(f) VKR erweist sich die erforderliche Verbindung des Eignungskriteriums zu den konkret zu vergebenden Bau- oder Dienstleistungen zudem daran, dass die besagten Angaben „nur in den entsprechenden Fällen“ gefordert werden dürfen, in denen das durch die Art der Arbeiten oder Dienstleistungen gerechtfertigt ist (Erwägungsgrund Nr. 44 VKR), und sich auf Umweltmanagementmaßnahmen beziehen müssen, „die der Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung des Auftrags gegebenenfalls anwenden will“.

Über das relativ eng gefasste Eignungskriterium in Artikel 48(2)(f) VKR hinaus bieten die sonstigen Eignungskriterien des Artikels 48 VKR keine Grundlage dafür, die technische und berufliche Leistungsfähigkeit von Bietern anhand von ökologischen Nachhaltigkeitskriterien zu überprüfen (Siegel 2012: 372f.; so wohl auch Fehling 2011: Rn. 169). Im Einklang damit hat der EuGH jüngst entschieden, dass „die Anforderung der Einhaltung der ‚Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens‘ an keinen dieser Punkte“ in Artikel 48 VKR anknüpft (EuGH, Rs. C-368/10, Rz. 106). Für eine Aufnahme ökologischer Nachhaltigkeitskriterien als Eignungskriterien zwecks Prüfung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit der Bieter in das für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte relevante Vergaberecht verbleibt somit außerhalb des engen Anwendungsbereichs des Artikels 48(2)(f) VKR kein Raum.

3.3.1.3 Zuschlagskriterien

Auf der Stufe der Angebotsbewertung können die öffentlichen Auftraggeber nach Artikel 53(1) VKR den Zuschlag entweder an das Angebot mit dem niedrigsten Preis oder das aus ihrer Sicht wirtschaftlich günstigste Angebot erteilen.

(1) (a) Zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dürfen öffentliche Auftraggeber gemäß Artikel 53(1)(a) VKR „verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“ heranziehen, sofern diese, einschließlich ihrer Gewichtung, in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen bekanntgemacht wurden. Zu den beispielhaft in Artikel 53(1)(a) VKR genannten Kriterien gehören auch Umwelteigenschaften. Wie aus Erwägungsgrund Nr. 29 VKR ersichtlich, erfassen Umwelteigenschaften sowohl bestimmte Produktionsmethoden als auch Auswirkungen auf die Umwelt. Dementsprechend hat der EuGH es für zulässig erachtet, dass „im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich

günstigsten Angebots für die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium [festgelegt wird], das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt, sofern dieses Kriterium mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängt“ (EuGH; Rs. C-448/01, Rz. 34). Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterium müssen somit nicht zwingend auf eine „echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist“, bezogen sein (EuGH, Rs. C-368/10, Rz. 91; Siegel 2012: 374).

(b) Ungeachtet dessen ist nach Artikel 53(1)(a) VKR (und der zuvor zitierten Rechtsprechung des EuGH) grundlegende Voraussetzung für alle Zuschlagskriterien zwecks Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, einschließlich des Kriteriums der Umwelteigenschaften, ihr Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand (EuGH, Rs. C-513/99, Rz. 59; Egger 2008: Rn. 1236). Dazu besagt Erwägungsgrund Nr. 46 VKR, dass die Zuschlagskriterien „es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen“. Das bedeutet, dass Umwelteigenschaften einen spezifischen und sachlich nachvollziehbaren Bezug zum konkreten Auftragsgegenstand aufweisen müssen, um sie als Zuschlagskriterium heranziehen zu können (vgl. Fehling 2011: Rn. 173; Mestmäcker/Schweitzer 2004: S. 1021f.; Kommission 2001: 21).

Das für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte geltende Vergaberecht der Mitgliedstaaten darf daher nachhaltigkeitsbezogene Umwelanforderungen als Zuschlagskriterium vorsehen, sofern derartige Anforderungen eine objektive und vergleichende Bewertung der Angebote im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand erlauben.

(2) Alternativ dürfen öffentliche Auftraggeber den Zuschlag nach Artikel 53(1)(b) VKR an das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilen. Der Preis bildet dabei das einzige Zuschlagskriterium, unabhängig davon, ob er externe Kosten berücksichtigt, d.h. internalisiert. Für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte gilt in Deutschland nach § 97 V GWB allein das Wirtschaftlichkeitsprinzip (Ziekow 2010: 172), womit das Kriterium des niedrigsten Preises (Günstigkeitsprinzip) als Zuschlagskriterium ausscheidet.

3.3.1.4 Vertragsbedingungen

Nach Artikel 26 VKR dürfen öffentliche Auftraggeber „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ vorschreiben. Derartige Vertragsbedingungen „können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen“. Jedoch müssen sich entsprechende Vertragsbedingungen auf die Ausführung des konkreten Auftrags beziehen (Kommission 2001: 25). Abstrakte, von der Ausführung des konkreten Auftrags losgelöste Bedingungen sind deshalb nicht statthaft (Siegel 2012: 375).

Die Mitgliedstaaten dürfen für das oberhalb der Schwellenwerte geltende Vergaberecht umweltbezogene Nachhaltigkeitskriterien als Vertragsbedingungen vorsehen, sofern entsprechende Kriterien auf die Ausführung des konkreten Auftrags bezogen sind.

3.3.2 Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Die Vergabekoordinierungs- und die Sektorenrichtlinie finden nur auf öffentliche Aufträge oberhalb der dort festgelegten Schwellenwerte Anwendung. Für öffentliche Aufträge unterhalb dieser Schwellenwerte dürfen die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten also von den beiden Richtlinien abweichende Regelungen treffen. Allerdings stehen diese Regelungen unter dem Vorbehalt, dass sie mit dem primären Unionsrecht, insbesondere dessen wesentlichen Grundsätzen, vereinbar sind (vgl. in diesem Sinne EuGH, Rs. 31/87, Rz. 29; Rs. C-513/99, Rz. 63; Rs. C-448/01, Rz. 38). Zu diesen wesentlichen Grundsätzen zählen vor allem die Regeln über den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital im Binnenmarkt (siehe hierzu oben 3.2). Die Aufnahme von Nachhaltigkeitskriterien in das für öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte geltende Vergaberecht hat deshalb in Übereinstimmung mit den wesentlichen Grundsätzen des primären Unionsrechts zu erfolgen. Die Ausführungen unter Punkt 3.2 gelten hier sinngemäß.

Genf, den 29. November 2013

Dr. Christian Pitschas

* * * *

Literaturverzeichnis

Calliess, Christian 2011: Art. 2 AEUV, Art. 11 AEUV, Art. 191 AEUV, Art. 193 AEUV, in: ders./Ruffert (Hrsg.): EUV/AEUV. Kommentar. 4. Auflage, München.

Breier, Siegfried 2012: Art. 11 AEUV, Art. 191 AEUV, Art. 193 AEUV, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.): EU-Verträge. Kommentar, 6. Auflage, Köln/Wien.

Egger, Alexander 2008: Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden.

Europäische Kommission 2001: Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 274 endgültig, 4.7.2001, Brüssel.

Europäische Kommission 2007: Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Das globale Europa - Eine starke Partnerschaft zur Öffnung der Märkte für europäische Exporteure, KOM (2007) 183 endgültig, 18.4.2007, Brüssel.

Europäische Kommission 2013: Trade: a key source of growth and jobs for the EU. Commission contribution to the European Council of 7-8 February 2013, Brüssel, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/archives/2013/02/pdf/20130205_2_en.pdf (14.02.2013).

Fehling, Michael 2011: § 97 GWB, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.): Vergaberecht, Baden-Baden.

Fischer, Hans Georg 2012: Art. 114 AEUV, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.): EU-Verträge. Kommentar, 6. Auflage, Köln/Wien.

Herrmann, Christoph; Weiß, Wolfgang; Ohler, Christoph 2007: Welthandelsrecht, 2. Auflage, München.

Kahl, Wolfgang 2011: Art. 114 AEUV, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.): EUV/AEUV. Kommentar. 4. Auflage, München.

König, Doris 2010: § 2 Gesetzgebung, in: Schulze, Reiner; Zuleeg, Manfred; Kadelbach, Stefan (Hrsg.): Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage, Baden-Baden.

Krämer, Ludwig; Winter, Gerd 2010: § 26 Umweltrecht, in: Schulze, Reiner; Zuleeg, Manfred; Kadelbach, Stefan (Hrsg.): Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage, Baden-Baden.

Lenski, Edgar 2012: Art. 2 AEUV, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.): EU-Verträge. Kommentar, 6. Auflage, Köln/Wien.

Low, Patrick; Marceau, Gabrielle; Renaud, Julia 2011: The Interface Between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues, World Trade Organization, Staff Working Paper ERSD-2011-1, Geneva.

Mestmäcker, Ernst-Joachim; Schweitzer, Heike 2004: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München.

Ohler, Christoph 2012: Die Bindung der Europäischen Union an das WTO-Recht, in: Obwexer, Walter (Hrsg.): Die Europäische Union im Völkerrecht, Europarecht 2012/Beiheft 2, S. 137 – 151.

Pitschas, Christian 2006: Subventionen, Schutzmaßnahmen und öffentliche Auftragsvergabe als Problemfelder des internationalen Dienstleistungsverkehrs, in: Ehlers, Dirk; Wolfgang, Hans-Michael; Lechleitner, Marc (Hrsg.): Rechtsfragen des internationalen Dienstleistungsverkehrs (Schriften zum Außenwirtschaftsrecht), Frankfurt am Main, S. 103 – 127

Pitschas, Christian 2007: Regionale Freihandelsabkommen: Stärkung oder Schwächung des multilateralen Handelssystems?, in: Pitschas, Rainer (Hrsg.): Handel und Entwicklung im Zeichen der WTO – ein entwicklungspolitisches Dilemma (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 184), Berlin, S. 101 – 143.

Pitschas, Christian 2010: The Treaty of Lisbon and the “new” Common Commercial Policy of the European Union, in: International Trade Law and Regulation 2010/Issue 2, S. 37 – 43.

Pitschas, Christian 2012: Internationaler Rohstoffhandel aus der Sicht des WTO-Rechts, in: Ehlers, Dirk; Herrmann, Christoph; Wolfgang, Hans-Michael; Schröder, Ulrich Jan (Hrsg.): Rechtsfragen des internationalen Rohstoffhandels (Schriften zum Außenwirtschaftsrecht), Frankfurt am Main, S. 57 – 79.

Siegel, Thorsten 2012: Wie fair ist das Vergaberecht? Der faire Handel vor dem EuGH, in: Vergaberecht, Heft 2a, Speyerer Vergaberechtstage 2012, S. 370 – 376.

Streinz, Rudolf; Ohler, Christoph; Herrmann, Christoph 2010: Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU. Einführung mit Synopse, München.

Tietje, Christian 2003: Grundlagen und Perspektiven der WTO-Rechtsordnung, in: Prieß, Hans-Joachim; Berrisch, Georg (Hrsg.): WTO-Handbuch. World Trade Organisation, München, S. 17 – 37.

Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner 2013: The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, 3. Auflage, Cambridge.

WTO-UNEP Report 2009: Trade and Climate Change, Geneva.

WTO 2010: World Trade Report. Trade in natural resources, Geneva.

WTO 2011: Harnessing trade for sustainable development and a green economy, Geneva.

WTO: Background Note. Trade and Environment in the WTO, Geneva,
http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/bkgrnd_climate_e.pdf (14.02.2013).

Ziekow, Jan 2010: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, München.

Entscheidungsregister

Berichte des Appellate Body der WTO

- Bericht v. 29.4.1996, WT/DS2/AB/R (zitiert als *US – Gasoline*)
- Bericht v. 4.10.1996, WT/DS8, 10, 11/AB/R (zitiert als *Japan – Alcoholic Beverages II*)
- Bericht v. 21.2.1997, WT/DS22/AB/R (zitiert als *Brazil – Desiccated Coconut*)
- Bericht v. 30.6.1997, WT/DS31/AB/R (zitiert als *Canada – Periodicals*)
- Bericht v. 12.10.1998, WT/DS58/AB/R (zitiert als *US – Shrimp*)
- Bericht v. 14.12.1999, WT/DS98/AB/R (zitiert als *Korea – Dairy*)
- Bericht v. 31.5.2000, WT/DS139, 142/AB/R (zitiert als *Canada – Autos*)
- Appellate Body, Bericht, 11.12.2000, WT/DS161, 169/AB/R (zitiert als *Korea – Various Measures on Beef*)
- Bericht v. 12.3.2001, WT/DS135/AB/R (zitiert als *EC – Asbestos*)
- Bericht v. 28.11.2002, WT/DS213/AB/R (zitiert als *US – Carbon Steel*)
- Bericht v. 20.9.2004, WT/DS246/AB/R (zitiert als *EC – Tariff Preferences*)
- Bericht v. 25.4.2005, WT/DS302/AB/R (zitiert als *Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes*)
- Bericht v. 3.12.2007, WT/DS332/AB/R (zitiert als *Brazil – Retreaded Tyres*)
- Bericht v. 15.12.2008, WT/DS339, 340, 342/AB/R (zitiert als *China – Auto Parts*)
- Bericht v. 30.10.2008, WT/DS360/AB/R (zitiert als *India – Additional Import Duties*)
- Bericht v. 4.2.2009, WT/DS350/AB/R (zitiert als *US – Continued Zeroing*)
- Bericht v. 17.6.2011, WT/DS371/AB/R (zitiert als *Thailand – Cigarettes*)
- Bericht v. 21.12.2011, WT/DS396, 403/AB/R (zitiert als *Philippines – Distilled Spirits*)
- Bericht v. 30.1.2012, WT/DS394, 395, 398/AB/R (zitiert als *China – Raw Materials*)
- Bericht v. 4.4.2012, WT/DS406/AB/R (zitiert als *US – Clove Cigarettes*)
- Bericht v. 16.5.2012, WT/DS381/AB/R (zitiert als *US – Tuna II (Mexico)*)

Urteile des EuGH

- Urteil vom 20.9.1988, Rs. 31/87
- Urteil vom 25.6.1998, Rs. C-203/96
- Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99
- Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01

Nachhaltigkeit im Recht der WTO und EU
E N T W U R F

- Urteil vom 10.4.2008, Rs. C-265/06
- Urteil vom 30.4.2009, Rs. C-531/07
- Urteil vom 4.6.2009, Rs. C-142/05
- Urteil vom 1.10.2009, Rs. C-370/07
- Urteil vom 29.3.2012, Rs. C-504/09 P
- Urteil vom 10.5.2012, Rs. C-368/10

Urteile des BVerfG

- Urteil vom 30.6.2009, 2 BvE 2/08