

RIKE U. KRÄMER

Die Koordinierung zwischen
Umweltschutz und Freihandel
im Mehrebenenrechtsverbund
am Beispiel des Vergaberechts

Jus Internationale et Europaeum

82

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

82



Rike U. Krämer

Die Koordinierung zwischen
Umweltschutz und Freihandel
im Mehrebenenrechtsverbund
am Beispiel des Vergaberechts

Mohr Siebeck

Rike U. Krämer, geboren 1981; Studium der Rechts- und Politikwissenschaften in Bremen und Groningen (NL); Referendariat am OLG Bremen; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen; 2011–12 Emile Noël Fellow am Jean Monnet Centre der New York University; seit September 2012 DAAD-Fachlektorin am University College London.

e-ISBN PDF 978-3-16-152930-6

ISBN 978-3-16-152735-7

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

„Sicher ist, dass nichts sicher ist. Selbst das nicht.“
(Joachim Ringelnatz)

In meiner Kindheit, meiner schulischen und rechtswissenschaftlichen Ausbildung und meiner wissenschaftlichen Laufbahn bin ich immer wieder auf Menschen gestoßen, die mich ermutigt haben, meine Augen zu öffnen, genauer hinzuschauen, weiter zu denken und mich selbst und meine Umgebung zu hinterfragen. Ohne all diese Erfahrungen und Ermutigungen wäre diese Arbeit sicherlich nicht entstanden.

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Bremen im September 2012 als Dissertation angenommen. Sie entstand im Rahmen eines von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Forschungsprojektes am Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen und der Jacobs University.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christoph U. Schmid für seine Anregungen zu meiner Arbeit aber insbesondere auch für das entgegengebrachte Vertrauen. Meine anfänglich etwas unausgegorenen Gedanken für diese Arbeit hat er mit den aufmunternden Worten kommentiert, dass sich hinter diesen schon etwas verborgen halte, das es zu erforschen lohne. Mein weiterer Dank gilt Prof. Dr. Christian Joerges; nicht nur für die Erstellung des Zweitgutachtens und den intensiven Austausch über mein Projekt, sondern auch für die Inspiration zu weiten Teilen dieser Arbeit.

Mein weiterer Dank gilt Prof. Dr. Josef Falke, Arne M. Krämer, Henning Deters und Dr. Daniel Buscher für ihre vielfältigen Anregungen zu dieser Arbeit und der kritischen Durchsicht des Manuskriptes. Sarah Langstaedtler danke ich ebenso für ihre Unterstützung bei der Erstellung des Manuskriptes. Alle noch enthaltenen orthographischen Fehler sind freilich meine eigenen.

Danken möchte ich auch Prof. Dr. Susanne K. Schmidt für die Möglichkeit, mich im Rahmen meiner Tätigkeit am Sonderforschungsbereich in ihrem Projekt mit den „diagonalen Konflikten“ im Vergaberecht zu befassen. Zum Gelingen dieser Arbeit haben ebenso meine wunderbaren Kollegen in diesem Projekt Dr. Michael Blauburger, Tilman Krüger und Björn Schreinermacher beigetragen. Sie und die anderen Kolleginnen und Kolle-

gen am Sonderforschungsbereich haben nicht nur meinen Horizont wissenschaftlich erweitert, sondern auch meinen Freundeskreis.

Das wissenschaftliche Arbeiten ist geprägt vom Zweifel an den Dingen, wie sie sich präsentieren, aber auch an der eigenen Arbeit und den eigenen Annahmen. Wegen der vielen Zweifel ist der Glaube an sich selbst, aber auch der Glaube anderer an die eigene Person unerlässlich. Die Treffen der Mentee-Gruppe des Sonderforschungsbereiches eröffneten mir einen Raum, in dem für Zweifel aber auch für gegenseitige Unterstützung Platz war. Prof. Dr. Anne Peters und Prof. Dr. Markus Krajewski danke ich für ihre Kommentare zu Teilen dieser Arbeit und ihre Unterstützung.

Während meines Aufenthaltes als Emile Noël Fellow am Jean Monnet Center der New York University konnte ich mein Konzept von diagonalen Kollisionen vorstellen und es weiter vertiefen; dafür danke ich Prof. Dr. Joseph H. H. Weiler.

Für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe „Jus Internationale et Europaeum“ danke ich den Herausgebern Prof. Dr. Thilo Marauhn und Prof. Dr. Christian Walter. Dem Verlag Mohr Siebeck, insbesondere Dr. Franz-Peter Gillig, danke ich für die Unterstützung zur Drucklegung.

Mein größter Dank gilt all den wunderbaren Menschen, die mich während der Zeit an dieser Arbeit unterstützt haben, insbesondere meine Eltern Jutta Krämer und Reinhard Duddeck. Ohne ihre Unterstützung wäre diese Arbeit niemals entstanden. Ich widme diese Arbeit daher meiner Familie.

London, im Juni 2013

Rike U. Krämer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einleitung.....	1
I. Ausgangsüberlegungen.....	1
II. Gang der Darstellung.....	4

1. Teil

Kollision und Kollisionenrecht

<i>Kapitel 1: Die Kollision zwischen umweltpolitischen und wirtschaftlichen Belangen im Mehrebenenrechtsverbund</i>	<i>9</i>
§ 1 Die Gründe für das Spannungsverhältnis zwischen Umweltschutz und Freihandel	10
A. Wechselseitige Abhängigkeiten	10
B. Funktionale Differenzierung und Spezialisierung	13
C. Wirtschaftliche Interessenkonflikte.....	15
D. Zwischenergebnis	18
§ 2 Der Begriff der Kollision	18
A. Kooperation, Konvergenz und Pluralität von Rechtsordnungen	19
B. Die Rechtskollision.....	24
C. Diagonale Kollisionen	28
I. Die direkte Kollision	29
II. Die indirekte Kollision	31
III. Die diagonale Kollision	33
1. Die diagonale Kollision als Kompetenzkonflikt.....	33
2. Die diagonale Kollision als Zielkonflikt	35
a) Teilharmonisierung und Entscheidungsfähigkeit.....	36
b) Kompetenztitel und verschiedene politische Ziele	38

3. Ein weites Verständnis des Begriffes der diagonalen Kollision.....	38
D. Zwischenergebnis	39
<i>Kapitel 2: Die Lösungsansätze für diagonale Rechtskollisionen.....</i>	40
§ 1 Die Hierarchisierung	41
A. Die Hierarchisierung im Völkerrecht	42
I. Die Etablierung von ius cogens-Normen.....	42
II. Die Aufnahme von Vorrangregeln	44
B. Die Hierarchisierung im Europarecht.....	45
I. Das Prinzip der Suprematie.....	45
II. Die Anwendung der umweltrechtlichen Querschnittsklausel.....	47
C. Bewertung	48
§ 2 Die Integration	48
A. Die systematische Integration im Völkerrecht.....	49
B. Die Integration des Umweltschutzes in der EU.....	51
I. Die umweltrechtliche Querschnittsklausel	51
II. Schutzergänzungs- und Schutzverstärkungsklauseln.....	51
C. Die praktische Konkordanz.....	52
D. Bewertung	53
§ 3 Der Ansatz des Kollisionenrechts.....	54
A. Der Ansatz des dreidimensionalen Kollisionsrechts.....	55
B. Das Kollisionenrecht zur Adressierung von diagonalen Kollisionen	58
I. Die Grundprinzipien des IPR.....	59
II. Die Übertragung der Prinzipien auf den Mehrebenenrechtsverbund	61
1. Diagonale Kollisionen identifizieren.....	62
2. Die Anerkennung von Regelungsunterschieden	63
3. Die Erkennung der eigenen Grenzen und die Kooperation	64
III. Das Kollisionenrecht im Mehrebenenrechtsverbund: die WTO und die EU	64
1. Die Rechtsordnungen der WTO und der EU als Kollisionenrecht	65
2. Die Vermittlungsfunktion der WTO und der EU.....	66
a) Die Auslegung des bestehenden Rechts	67
b) Die Implementierung: Deliberative Anforderungen	70
aa) Die zweite Dimension des dreidimensionalen Kollisionsrechts.....	71

bb) Die normativen Anforderungen	72
cc) Die Übertragbarkeit der Anforderungen auf die Ebene der WTO	74
§ 4 Zusammenfassung	74

2. Teil

Diagonale Kollisionen im europäischen Vergaberecht und im GPA

<i>Kapitel 3: Das europäische Vergaberecht</i>	79
§ 1 Allgemeine Grundzüge der Vergaberegime und der „grünen“ Beschaffung	81
A. Vergabepflichtiger Vorgang	81
B. Die Wahl des Verfahrens	82
C. Der Ablauf des offenen Vergabeverfahrens	82
D. Allgemeine Grundzüge der „grünen“ Beschaffung	83
§ 2 Die Diskussion um die Einbeziehung von Umweltkriterien im europäischen Vergaberecht	83
A. Die Phase des Vorrangs des Binnenmarktes	84
I. Das Grünbuch zum öffentlichen Beschaffungswesen	84
II. Die Mitteilung über das öffentliche Auftragswesen	86
III. Weitere Äußerungen zur „Grünen Beschaffung“	87
B. Die Phase der Adressierung von diagonalen Kollisionen	89
I. Kritik am Legislativpaket und weitere Entwicklungen	90
1. Stellungnahme des Ausschusses der Regionen zum Richtlinienvorschlag	90
2. Das sechste Umweltaktionsprogramm	91
3. Die interpretierende Mitteilung der Kommission zur Berücksichtigung von Umweltbelangen	92
4. Weitere Kritik am Legislativpaket	93
5. Änderungen durch die Europäische Kommission	95
II. Die Vermittlungsfunktion des EuGH	96
1. Der Sachverhalt des Verfahrens	97
2. Die Position der Europäischen Kommission	98
3. Die Lösung der diagonalen Kollision durch den EuGH	98
a) Die Autonomieschonung: Einräumung eines nationalen Gestaltungsspielraumes bei den Zuschlagskriterien	98
b) Die Sicherstellung der Einbeziehung von Drittinteressen	100

aa) Allgemeine und prozedurale Grenzen	100
bb) Der Bezug zum Auftragsgegenstand	101
cc) Der „ordre public“-Vorbehalt des europäischen Vergaberechts	102
III. Das weitere Vorgehen nach dem Urteil	103
C. Die Phase der Implementierung der umweltfreundlichen Beschaffung	106
I. Die „Neuen Formen des Regierens“	107
II. Die „Neuen Formen des Regierens“ im europäischen Vergaberecht	110
1. Allgemein	111
2. Die Erarbeitung von GPP-Kriterien als Teil des Prozesses der OMK	112
3. Bewertung des Verfahrens	115
D. Neuere Entwicklungen	118
I. Verbindliche Vorgaben zur Einbeziehung von Umweltkriterien	118
II. Überarbeitung der VRL	121
§ 3 Die Richtlinie 2004/18/EG	123
A. Der Anwendungsbereich der VRL	123
I. Persönlicher Anwendungsbereich	124
II. Sachlicher Anwendungsbereich	124
III. Schwellenwerte	124
B. Mögliche Anknüpfungspunkte für diagonale Kollisionen und deren Lösungen	125
I. Die Richtlinie 2004/18/EG als Kollisionenrecht	126
II. Festlegung des Bedarfes	127
III. Die technische Leistungsbeschreibung	128
1. Technische Spezifikation oder funktionale Leistungsbeschreibung	128
2. Das Schutzniveau in der technischen Leistungs- beschreibung	129
3. Die Einbeziehung des Produktionsprozesses in die Leistungsbeschreibung	131
a) Merkmale eines Produktes	132
b) Der Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand	133
c) Verhältnismäßigkeit der Anforderung	134
4. Die Verwendung von Umweltgütezeichen oder „Ökolabels“ in der technischen Spezifikation	135
IV. Eignungsprüfung	137
1. Verstöße gegen das Umweltstrafrecht	138
2. Fachkenntnisse im Bereich des Umweltschutzes	139

3. Umweltmanagementsysteme	140
V. Zuschlagskriterien	142
1. Die Umwelteigenschaften	143
2. Der Auftragsbezug	144
VI. Bedingungen für die Auftragsausführung	145
1. Beschränkungen der Bedingungen	146
2. Der Nachweis und der Ausschluss	146
VII. Die Ausnahmeregelung	148
§ 4 Zusammenfassung	151
<i>Kapitel 4: Das Vergaberecht in der WTO</i>	154
§ 1 Der europäische Einfluss auf das Vergaberecht der WTO	155
A. Die Entstehung des Vergabekodex 1979	155
B. Die Entstehung des GPA	157
C. Die Überarbeitung des GPA	158
D. Ergebnis: Evolütives Zusammenwirken	159
§ 2 Die Entwicklung der „grünen“ Beschaffung im GPA	159
A. Die Vertragsverhandlungsmöglichkeiten in der WTO und im GPA	160
I. Verhandlungslösungen in der WTO	160
II. Verhandlungslösungen im GPA	160
B. Der Umweltschutz im Rahmen der Vertragsverhandlungen	163
C. Die Implementierung in der WTO	166
I. Der Ausschuss für Handel und Umwelt	167
II. Der TBT-Ausschuss	170
III. Das Committee on Government Procurement	171
D. Die Vermittlungsfunktion des Streitbeilegungsverfahrens im GPA	174
§ 3 Das GPA	177
A. Der Anwendungsbereich des GPA	178
I. Persönlicher Anwendungsbereich	178
II. Sachlicher Anwendungsbereich	180
III. Schwellenwerte	180
IV. Räumlicher Anwendungsbereich	180
B. Mögliche Anknüpfungspunkte für diagonale Kollisionen und deren Lösungen	181
I. Das GPA als Kollisionenrecht	181
II. Anwendungsbereich und Bereichsausnahmen	183
III. Die Festlegung des Bedarfs	186
IV. Die technische Leistungsbeschreibung	186
1. Das Diskriminierungsverbot	187

a) Gleichartige Güter	189
b) Ungleichbehandlung	190
2. Unnötige Handelshemmnisse	191
a) Funktionale Leistungsbeschreibung oder technische Spezifikation	192
b) Das Schutzniveau und internationale Normen.....	193
c) Umweltkriterien als unnötige Handelshemmnisse.....	194
V. Die Eignungsprüfung.....	195
1. Allgemeine Anforderungen an Eignungskriterien	196
2. Die persönliche Zuverlässigkeit	197
VI. Die Zuschlagskriterien.....	199
VII. Auftragsausführungsbedingungen.....	202
VIII. Die Ausnahmenvorschrift Art. XXIII: 2 GPA	203
1. Besondere Umstände des Tatbestandsausschlusses	204
a) Der Ausschluss von extraterritorialen Maßnahmen	204
b) Der Ausschluss von produktionsbezogenen Maßnahmen	205
2. Die Tatbestandsmerkmale zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen.....	206
3. Die Chapeau-Klausel	208
§ 4 Zusammenfassung.....	209
<i>Kapitel 5: Zusammenfassung und Ausblick.....</i>	<i>211</i>
Literaturverzeichnis.....	217
Personen- und Sachregister	231

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJIL	The American Journal of International Law
APSR	The American Political Science Review
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BayVBl	Bayrische Verwaltungsblätter
BYBIL	British Yearbook of International Law
CBD	Convention on Biological Diversity
CCP	Centre for Competition Policy
CGP	Committee on Government Procurement
CITES	Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora
CMLR	Common Market Law Review
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EJIL	European Journal of International Law
ELJ	European Law Journal
EMAS	Eco-Management and Audit Scheme
endg.	endgültig
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union
EUP	European Union Politics
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschaft- und Steuerrecht
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GD	Generaldirektion
GIELR	Georgetown International Environmental Law Review
GJICL	Georgia Journal of International and Comparative Law
GLJ	German Law Journal
GPA	Government Procurement Agreement
GPP	Green Public Procurement
HdUR	Handwörterbuch des Umweltrechts
ICL	International Journal of Constitutional Law
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
II&CLR	Indiana International & Comparative Law Review
IPR	Internationales Privatrecht

ISAAA	International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications
ITO	Internationale Handelsorganisation
JCER	Journal of Contemporary European Research
JCMS	Journal of Common Market Studies
JEL	Journal of Environmental Law
JEPP	Journal of European Public Policy
JEEPL	Journal for European Environmental & Planning Law
JESP	Journal of European Social Policy
JIEL	Journal of International Economic Law
JuS	Juristische Schulung
JWT	Journal of World Trade
KJ	Kritische Justiz
L&P	Law & Policy
MJGT	Minnesota Journal of Global Trade
MPYUNL	Max Planck Yearbook of United Nations Law
NJIL	Nordic Journal of International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OMK	Offene Methode der Koordinierung
PPLR	Public Procurement Law Review
RECIEL	Review of European Community & International Environmental Law
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
SRL	Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste
SRZ	Sonderziehungsrechte
TBT	Technical Barriers to Trade
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
USA	United States of America (Die Vereinigten Staaten von Amerika)
Vergaber	Vergaberecht
VRL	Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
World T.R.	World Trade Review
WTO	World Trade Organisation (Welthandelsorganisation)
WTO-Satzung	Übereinkommen zur Gründung der Welthandelsorganisation
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
WUGSLR	Washington University Global Studies Law Review
YEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung
ZIB	Zeitschrift für Internationale Beziehungen
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht

Einleitung

“Achieving a *modus vivendi* between liberalization of the economy and the achievement of other non-economic values has proven one of the most difficult issues of this decade in many industrialized countries. Whether it is the tensions between economic efficiency and environmental protection, or labor-market flexibility and fair labor standards, or deregulation and distributive justice, a resolution of this problem seems some way away.”¹

I. Ausgangsüberlegungen

Bei der Einbeziehung von Umweltkriterien in das Vergaberecht stellt sich die oben zitierte Frage nach dem *modus vivendi* zwischen Freihandel und Umweltschutz. Diese Frage ist von tatsächlicher Relevanz, bietet doch das Vergaberecht ein großes Potential, den Schutz der Umwelt zu fördern. Denn bei der Entscheidung über den Kauf von Waren, Dienst- oder Bauleistungen verfügt der Nationalstaat über eine große Nachfragemacht. Der Anteil öffentlicher Aufträge am Bruttoinlandsprodukt (BIP) betrug in der Europäischen Union (EU) im Jahre 2009 insgesamt fast ein Fünftel.² Aus einer von der Kommission in Auftrag gegebenen Studie geht hervor, dass bei einer Umstellung aller öffentlichen Stellen auf Strom aus erneuerbaren Energien jährlich 60 Mio. t CO₂ eingespart werden könnten. Dies allein entspräche bereits 18 % der im Rahmen des Kyoto-Protokolls von der EU eingegangenen Verpflichtungen.³

Der *modus vivendi* zwischen Freihandel und Umweltschutz könnte von einem Staat, der weder regionale noch internationale Verpflichtungen eingegangen ist, autonom festgelegt werden. Staaten hingegen, die Mitglied der EU oder der Welthandelsorganisation (WTO) sind, haben bei der Auftragsvergabe ihre europäischen und international eingegangenen rechtlichen Verpflichtungen zu berücksichtigen. Die nationalen Regelungen im

¹ MCCRUDDEN, JIEL 2 (1999), 3.

² 19,4 %. Siehe http://ec.europa.eu/internal_market/publications/docs/public-procurement_de.pdf (zuletzt abgerufen am 25.06.2013).

³ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Umweltorientierte Beschaffung, 2005, S. 5.

Bereich des Vergaberechts werden von europäischen und internationalen Regelungen *überlagert*.

Diese Vorgaben legen allerdings nur Mindestanforderungen fest und enthalten weiterhin Spielräume für die Einbeziehung von Umweltgesichtspunkten in das Vergaberecht.⁴ Weder das europäische noch das internationale Recht haben damit die Aufgabe übernommen, den *modus vivendi* zwischen Freihandel und Umweltschutz vollständig zu determinieren. Die Internationalisierung des Rechts hat hier daher nicht zu einer vollständigen *Verlagerung* der Kompetenz für Abwägungsentscheidungen zwischen den Belangen der Wirtschaft und des Umweltschutzes auf die europäische oder internationale Ebene geführt, sondern zur *Anlagerung* neuen Wirtschaftsrechts und zur Herausbildung eines *Mehrebenenrechtsverbundes*.

Der Begriff des „Mehrebenenrechtsverbundes“ überträgt den in der Politikwissenschaft entwickelten Begriff des „Mehrebenensystems“⁵ auf die Rechtswissenschaft.⁶ Der Systembegriff stiftet in der Rechtswissenschaft Verwirrung, suggeriert er doch ein umfassendes, einheitliches Rechtssystem.⁷ Dennoch verwendet ihn auch die Rechtswissenschaft⁸. Hier soll der Begriff des Mehrebenenrechtsverbundes verwendet werden. Er beschreibt die Interaktion zwischen verschiedenen Rechtsordnungen, die nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinander, sondern vielmehr gleichgeordnet nebeneinander stehen und sich gegenseitig beeinflussen. Für das Vergaberecht besteht dieser Mehrebenenrechtsverbund aus der Ebene der Welthandelsorganisation (WTO), der Ebene der Europäischen Union (EU) und der nationalstaatlichen Ebene.

Auch der Mehrebenenrechtsverbund muss die Frage nach der Abwägung zwischen den beiden politischen Zielen Freihandel und Umweltschutz beantworten können. Sowohl in der EU als auch in der WTO sind im Bereich des Vergaberechts nur Mindeststandards festgelegt worden, in denen Spielräume zur Regulierung auf der nationalen Ebene und zur Berücksichtigung von Umweltkriterien enthalten sind. Welchen Umfang haben diese Gestaltungsspielräume⁹ und wer entscheidet wie darüber? Häufig

⁴ Vgl. BUNGENBERG, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 68.

⁵ SCHARPE, MPIfG Discussion Paper 1993.

⁶ KNAUFF, Der Regelungsverbund, 2010, S. 7 ff.

⁷ KNAUFF, Der Regelungsverbund, 2010, S. 8.

⁸ Exemplarisch SAUER, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008; MAYER, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000.

⁹ Unter dem Begriff des Gestaltungsspielraumes sowohl der Mitgliedstaaten der EU als auch der Mitgliedstaaten der WTO werden alle Optionen dieser Mitgliedstaaten beschrieben, die ihnen unter Beachtung der europäischen oder welthandelsrechtlichen Vorgaben möglich sind. Vgl. FURRER, Die Sperrwirkung des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, 1994, S. 6.

sind die genauen Grenzen des Zulässigen unklar. Es bestehen potentielle Konflikte zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen.

Die bis jetzt vorliegenden Studien, die sich diesen potentiellen Konflikten widmen, gehen zu einem großen Teil von einem hierarchischen Verhältnis zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen aus.¹⁰ Sie fragen nur danach, ob die Einbeziehung von Umweltkriterien nach dem jeweils übergeordneten Regime zulässig ist. Unbeantwortet bleibt dabei die Frage, welche Funktion die verschiedenen Ebenen im Mehrebenenrechtsverbund erfüllen und wie mit Kollisionen zwischen unterschiedlichen politischen Zielen auf verschiedenen Ebenen, zwischen denen kein hierarchisches Verhältnis besteht, umgegangen werden soll.

Betrachtet man die Arbeiten, die sich den Lösungen des Spannungsverhältnisses zwischen dem Freihandel und dem Schutz der Umwelt im Allgemeinen widmen, so stellt man fest, dass auch hier die potentiellen Konflikte im Mehrebenenrechtsverbund nicht vollständig erfasst und gelöst werden. In der Debatte um die Fragmentierung des Völkerrechts¹¹ werden zwei Lösungen für den potentiellen Konflikt zwischen Freihandel und Umweltschutz angeboten: hierarchische Lösungsvorschläge, wie die Herausbildung einer *ius cogens*-Norm,¹² oder koordinierende Lösungsansätze, wie die systematische Integration¹³. Im Europarecht gibt es ähnliche Überlegungen;¹⁴ auch hier wird versucht, das Spannungsverhältnis durch den Vorrang des Umweltschutzes vor dem Freihandel oder umgekehrt zu lösen. Diese Vorschläge nehmen allerdings den Mehrebenenrechtsverbund nicht in den Blick. Sie suchen nach Lösungen allein auf der internationalen bzw. europäischen Ebene. Sie fragen danach, wie internationale Umweltabkommen in das WTO-Recht integriert werden können oder wie die europäische Querschnittsklausel zum Umweltschutz auszulegen ist. Dabei verkennen sie, dass weder die internationale noch die europäische Ebene allumfassend entscheidungsfähig ist. Nicht alle Fragen können im Detail auf der europäischen oder internationalen Ebene geregelt werden. Zudem sind unterschiedliche Abwägungsentscheidungen für das Spannungsverhältnis

¹⁰ Beispielsweise MECHER, Die Förderung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2006; GAEDTKE, Politische Auftragsvergabe im Welthandelsrecht, 2006.

¹¹ Beispielhaft FISCHER-LESCANO und TEUBNER, Regime-Kollisionen, 2006.

¹² KORNICKER, GIELR 11 (1998), 101 ff.

¹³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION und KOSKENNIEMI, Fragmentation of International Law, 2006, § 410–480; PAULUS, From Territoriality to Functionality? Towards a Legal Methodology of Globalization, in: Dekker/Werner (Hrsg.), Governance and International Legal Theory, 2004, Governance and International Legal Theory, S. 79; VON ASSELT, SINDICO und MEHLING, L&P 30 (2008), 435.

¹⁴ Beispielhaft SCHEUING, EuR 1989, 176 f.

in verschiedenen Mitgliedstaaten nicht *per se* schlecht. Sie können gegenseitiges Lernen und die Herausbildung von *Best-Practices* anregen.

Die alternative These dieser Arbeit lautet, dass der Ansatz des Kollisionsrechts es ermöglicht, Konflikte zwischen Freihandel und Umweltschutz auf verschiedenen Ebenen des Mehrebenenrechtsverbundes zu erkennen und im Recht zu adressieren. Dieser Ansatz baut auf dem von *Joerges* entwickelten dreidimensionalen Kollisionsrecht auf.¹⁵ Er stellt keinen Gegenentwurf zu allem bisher Dagewesenen dar, sondern verbindet zahlreiche angrenzende Konzepte. Allerdings ermöglicht es diese neue Perspektive, den Aspekt des Mehrebenenrechtsverbundes im Spannungsverhältnis zwischen Freihandel und Umweltschutz zu erkennen. Die Konzeptualisierung des WTO-Rechts und des Europarechts als Kollisionenrecht nimmt den vorherrschenden Rechtspluralismus ernst und zeigt auf, wie die beschriebenen Probleme und Fragen adressiert werden können. Sie weist dem Mehrebenenrechtsverbund und seinen jeweiligen Ebenen eine Funktion zu. Hinzu kommt, dass dieser Ansatz den Blick nicht nur auf die Legislative und Judikative verengt, sondern auch die Implementierung des Rechts durch die Verwaltungen der verschiedenen Mitgliedstaaten berücksichtigt.

II. Gang der Darstellung

Die vorliegende Arbeit ist in zwei Teile gegliedert. Der erste Teil dieser Arbeit vertieft die Problemstellung, führt in die verwendeten Begriffe ein und stellt den theoretischen Analyserahmen dar (Kapitel 1 und 2). Im zweiten Teil wird dieser Analyserahmen auf das Vergaberecht in der WTO und der EU angewandt, um zu zeigen, welche Arten von Konflikten dort existieren und inwieweit die jeweils gewählten Lösungen den normativen Anforderungen des Kollisionsrechts entsprechen (Kapitel 3 und 4).

Bevor der Konflikt zwischen Freihandel und Umweltschutz im Recht adressiert werden kann, gilt es, die Gründe für dieses Spannungsverhältnis darzustellen und zu zeigen, wann dieses Spannungsverhältnis zum Rechtskonflikt werden kann. Das *erste Kapitel* stellt daher zunächst die ökonomischen und politischen Zusammenhänge zwischen Freihandel und Umweltschutz dar, bevor anschließend eine Klärung und Definition des Begriffes

¹⁵ JOERGES, Europarecht als ein Kollisionsrecht neuen Typs: Wie eine europäische unitas in pluralitate verfasst werden kann, in: Führ/Wahl/von Wilmowsky (Hrsg.), Umweltrecht und Umweltwissenschaft, 2007, S. 719 ff.; JOERGES, ELJ 3 (1997), 378 ff.; JOERGES, Kollisionsrecht als verfassungsrechtliche Form: Das Beispiel der Verrechtlichung des internationalen Handels durch die WTO, in: Deitelhoff/Steffek (Hrsg.), Was bleibt vom Staat?, 2009, S. 309 ff.; JOERGES, RECON Online Working Paper 2010/05; JOERGES, TranState Working Papers 146/2011.

Rechtskollision erfolgt. Rechtskollisionen werden in dieser Arbeit weit gefasst. Diese Arbeit behandelt allerdings nicht alle Formen von Rechtskollisionen, sondern ausschließlich diagonale Kollisionen. Das Kapitel dient damit der vertiefenden Erläuterung der Problemstellung und der Definition der für die Arbeit relevanten Begriffe.

Danach bearbeitet das *Kapitel zwei* die Frage, wie diagonale Kollisionen im Mehrebenenrechtsverbund gelöst werden können. Die bis jetzt in der Literatur beschriebenen Lösungsmöglichkeiten werden dar- und dem Ansatz des Kollisionsrechts gegenüber gestellt. Es wird begründet, dass erst die Perspektive eines Kollisionsrechts es ermöglicht, diagonale Kollisionen zu erkennen und zu adressieren. Die Konzeptualisierung des Europarechts und des WTO-Rechts als Kollisionsrecht bietet einen normativen Rahmen für die Koordinierung verschiedener Politikziele im Mehrebenenrechtsverbund.

In den darauf folgenden *Kapiteln drei* und *vier* gilt es, die abstrakte Definition der diagonalen Kollision und des Kollisionsrechts anhand von konkreten Rechtsproblemen im Vergaberecht zu erläutern. Hierbei wird zuerst dargestellt, wie beide Regime mit der Forderung nach einer Einbeziehung von Umweltkriterien seit den 1990er Jahren umgegangen sind. In beiden Regimen wurden Lösungen für diagonale Kollisionen gefunden. Diese Lösungen werden dann anhand der in Kapitel 2 ausgearbeiteten normativen Maßstäbe des Kollisionsrechts bewertet. Zudem wird dargestellt, wann es zu diagonalen Kollisionen kommen kann und wie diese unter Zuhilfenahme der aus dem Kollisionsrecht entwickelten Maßstäbe gelöst werden können. Das Kapitel beginnt mit der europäischen Teilrechtsordnung, da diese gegenüber dem WTO-Regime präzisere Regelungen, insbesondere für die Frage nach der Einbeziehung von Umweltaspekten, enthält. Ferner hat das europäische Vergaberecht das Vergaberegime der WTO stark beeinflusst, so dass diese Reihenfolge die Darstellung erleichtert.

Im *Kapitel sechs* werden die Ergebnisse miteinander verglichen und zusammengefasst. Die kollisionsrechtliche Perspektive ermöglicht es, diagonale Kollisionen im europäischen und internationalen Vergaberecht zu erkennen und bietet einen normativen Rahmen für deren Lösungen im Mehrebenenrechtsverbund. Die im europäischen und internationalen Vergaberechtsregime gefundenen Lösungen für diagonale Kollisionen entsprechen zumindest teilweise diesen normativen Anforderungen. Das Vergaberechtsregime der WTO ist dem europäischen ähnlich. Die Verfahren, in denen Lösungen für diagonale Kollisionen erarbeitet werden, erfüllen allerdings die normativen Maßstäbe des Kollisionsrechts nur unzureichend und sollten entsprechend verbessert werden.

1. Teil

Kollision und Kollisionenrecht

In diesem Teil der Arbeit werden zuerst die ihr zugrunde liegenden Annahmen dargestellt und begründet. Zwischen den beiden politischen Zielen Umweltschutz und Freihandel besteht ein Spannungsverhältnis. Der Freihandel kann sich dabei positiv oder negativ auf den Schutz der Umwelt auswirken. In einer rechtlichen Analyse tritt dieses Spannungsverhältnis als *regulatorischer Effekt* auf. Um einen regulatorischen Effekt festzustellen, ist zu fragen, inwieweit Freihandelsregime den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, die Umwelt zu schützen, einschränken.

Wie können wir diesen regulatorischen Effekt im Recht feststellen? Der politische Gestaltungsspielraum ist immer dann eingeschränkt, wenn eine latente Rechtskollision mit dem Freihandelsregime vorliegt. Rechtskollisionen umfassen daher neben der Kollision einer Gebots- mit einer Verbotsnorm auch Kollisionen zwischen und mit Erlaubnis- oder Ermessensnormen. Denn von dieser Erlaubnisnorm, beispielsweise Umweltgesichtspunkte berücksichtigen zu können, kann der Gesetzgeber keinen Gebrauch machen, wenn eine andere Norm ihm dieses verbietet.

Für vertikale Rechtskollisionen in der EU hat die Literatur verschiedene Kategorien entwickelt: direkte, indirekte und *diagonale* Kollisionen. Die beiden Begriffe der direkten und indirekten Kollision wurden in den 1970er und 1980er Jahren von der Rechtswissenschaft gebildet. Das Spannungsverhältnis zwischen Freihandel und Umweltschutz und der potentielle regulatorische Effekt, den das Freihandelsregime haben kann, lassen sich mit diesen beiden Begriffen nur unzureichend beschreiben. Vielmehr muss hier auf den Begriff der diagonalen Kollision zurückgegriffen werden.

Bis jetzt sind in der Literatur verschiedene Lösungsmöglichkeiten für diagonale Kollision erarbeitet worden. Einige versuchen, die Kollision durch eine *Hierarchisierung* zu lösen. Das Spannungsverhältnis zwischen Umwelt und Handel lässt sich allerdings nicht einfach durch den Vorrang des einen Zieles vor dem anderen lösen. Andere versuchen es mit einer *Integration* von Umweltschutznormen in die Freihandelsregime und verkürzen die diagonale Kollision somit auf einen bloß horizontalen Konflikt zwischen Umweltschutz und Freihandel. Beide Lösungsansätze verharren damit jeweils auf nur einer Ebene des Mehrebenenrechtsverbundes, anstatt

diesen insgesamt zu thematisieren. Das *Kollisionenrecht* ermöglicht es hingegen, diagonale Kollisionen zu erkennen, und bietet normative Maßstäbe für deren Bearbeitung.

Kapitel 1

Die Kollision zwischen umweltpolitischen und wirtschaftlichen Belangen im Mehrebenenrechtsverbund

Das erste Kapitel dieser Arbeit dient der vertiefenden Erläuterung der Problemstellung und der Definition der hier verwendeten Begriffe. Rechtskollisionen finden nicht im „luftleeren Raum“ statt. Sie sind eingebettet in politische Verhältnisse und ökonomische Beziehungen. Insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen Freihandel und Umweltschutz ist kein originär dem Recht entsprungenes Spannungsverhältnis, die Gründe und Zusammenhänge sind komplexer. Teilweise kann sich ein „Mehr“ an Handel positiv auf die Umwelt auswirken, teilweise kann dies negative Folgen haben. Für eine rechtliche Analyse ist der *regulatorische Effekt*, der sich aus diesem Spannungsverhältnis ergibt, von Bedeutung. Hiernach haben Freihandelsregime das Potential, den politischen Gestaltungsspielraum im Bereich der Umweltpolitik einzuschränken. Der erste Abschnitt dieses Kapitels stellt die verschiedenen politischen und ökonomischen Faktoren, die das Spannungsverhältnis zwischen Freihandel und Umweltschutz begründen, überblicksartig dar (§ 1).

Der zweite Abschnitt fragt, wann dieses Spannungsverhältnis zum Gegenstand des Rechts wird, d.h. wann ein regulatorischer Effekt auftritt. Es geht hier darum, den Begriff der Rechtskollision zu erläutern und zu definieren. Zum Teil wird in der Literatur ein sehr enger Begriff der Rechtskollision vertreten. Viele potentielle oder latente Kollisionen würden von diesem engen Verständnis nicht erfasst. Daher wird in dieser Arbeit ein weites Verständnis des Kollisionsbegriffes vertreten. Neben der Definition des Begriffes „Rechtskollision“ wird der Begriff der *diagonalen Kollision* erläutert. Dieser Begriff beschreibt die spezifische Rechtskollision im Mehrebenenrechtsverbund, die das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Zielen Freihandel und Umweltschutz zum Gegenstand hat (§ 2).

§ 1 Die Gründe für das Spannungsverhältnis zwischen Umweltschutz und Freihandel

“The connection between trade liberalisation and the environment is indirect.”¹

Die Gründe für das Spannungsverhältnis zwischen Freihandel und Umweltschutz sind vielfältig und komplex. Sie lassen sich dennoch grob in drei Kategorien einteilen: (A.) wechselseitige Abhängigkeiten, (B.) Partiallogiken und (C.) wirtschaftliche Interessenkonflikte. Gemeinsam zeigen die verschiedenen Kategorien, dass zwischen den Belangen des Umweltschutzes und des Handels eine Interdependenz besteht.

A. Wechselseitige Abhängigkeiten

Das Verhältnis zwischen dem Freihandel, also dem freien Verkehr von Waren über Staatsgrenzen hinweg, und dem Schutz der Umwelt ist komplex.² Dieses Verhältnis wird im Englischen auch als „material linkage“ bezeichnet.³ Aufgrund der Verbindung von Freihandel und Umweltschutz entstehen wechselseitige Abhängigkeiten. So kann die Öffnung von Märkten für Agrarprodukte dazu führen, dass sich der Preis und die Lieferbarkeit von Lebensmitteln verändern sowie die Standorte, an denen die Lebensmittel angebaut werden. Dies kann wiederum Auswirkungen auf die Produzenten von Lebensmitteln, die Konsumenten und den Umweltschutz haben.⁴

In der Literatur wird davon ausgegangen, dass durch die Marktliberalisierung fünf Effekte gefördert werden, die Auswirkungen auf das Niveau des Umweltschutzes haben können. Diese fünf Folgeerscheinungen sind:

- (1) die Erfindung und Herstellung neuer Produkte (Produkteffekt),
- (2) die Verbreitung neuer Technologien (Produkteffekt),
- (3) die Veränderung der sektoralen wirtschaftlichen Struktur eines Landes, z.B. die Umstellung eines Agrarstaates hin zum Dienstleistungsstaat (Struktureffekt),
- (4) die Veränderung des Ausmaßes globaler wirtschaftlicher Aktivität, wie die Zunahme von Transportwegen (Skaleneffekte),

¹ ALTMANN, UBA Research Report Nr. 52/02 2002, S. 34.

² Statt vieler siehe EMERSON, ESTY, SREBOTNJAK und CONETT, *Exploring Trade and the Environment*, 2010.

³ STILWELL, *Trade and Environment in the Context of Sustainable Development*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, 2005, S. 36.

⁴ Ebd. S. 37.