

durch rechtzeitige Planung und entsprechende vertragliche Abreden in der Regel jedenfalls den zwingenden Ausschluss aus dem Vergabeverfahren vermeiden. Den öffentlichen Auftraggebern wird mit dem hier vertretenen Ansatz, bei nicht identitätswahrenden Veränderungen ausnahmslos einen

zwingenden Ausschluss vorzusehen, eine Richtschnur vorgegeben, die zwar vor abweichenden Judikaten nicht gefeit ist, aber für sich in Anspruch nehmen kann, transparente, diskriminierungsfreie und wettbewerbliche Vergaben zu ermöglichen.

## Entscheidungsanmerkungen

Professor Dr. Bernhard W. Wegener und Wissenschaftlicher Mitarbeiter Jörg Ludwig Hahn\*

### Ausschreibung von Öko- und Fair-Trade-Produkten mittels Gütezeichen

Werden von einem privaten Käufer besondere Ansprüche an ökologische und soziale Standards eines Produktes gestellt, können einschlägige Siegel und Gütezeichen der Orientierung dienen und ein Kriterium für die Kaufentscheidung darstellen. Ein Gütezeichen erspart die Mühe, eigene Standards zu formulieren und selbst die Umstände und Auswirkungen der Produktion, die Unternehmenspolitik sowie die Qualität der verwendeten Rohstoffe daran zu messen. Ob auch öffentliche Auftraggeber bei ihrer Beschaffungstätigkeit auf Gütezeichen abstellen können und inwieweit Gütezeichen und Kriterien des nachhaltigen und gesellschaftlich verantwortungsvollen Handelns in die öffentliche Auftragsvergabe einbezogen werden dürfen, ist Gegenstand der hier besprochenen neuen Entscheidung des EuGH.

#### I. Einleitung

Während beim ökologisch orientierten privaten Konsum jeder für sich alleine »die Welt zu retten sucht«, können öffentliche Auftraggeber schon auf Grund ihres Beschaffungsvolumens durch eine entsprechende öffentliche Nachfrage nach Öko- und Fair-Trade-Produkten deutlich tiefere Spuren hinterlassen<sup>1</sup>. Jedem öffentlichen Vergabeverfahren vorgelagert ist die Entscheidung über die Beschaffung als solche. Die Beschaffungsentscheidung und die Festlegung des Auftragsgegenstands werden vergaberechtlich nicht erfasst<sup>2</sup>. Ein öffentlicher Auftraggeber (wie im zu Grunde liegenden Fall die Provinz Nord-Holland) ist demnach frei darin, festzulegen, dass die Zutaten benötigter Lebensmittel unter Berücksichtigung ökologischer Kriterien angebaut und nicht unter ausbeuterischen Bedingungen gehandelt werden sollen<sup>3</sup>.

Hat der öffentliche Auftraggeber wie im vorliegenden Fall die Vorgaben des europäischen Vergaberechts zu beachten, bieten sich verschiedene rechtliche Anknüpfungspunkte, um die geforderten ökologischen und sozialen Kriterien zu verorten. Gemäß Art. 44 I VKR<sup>4</sup> erfolgt die Vergabe eines Auftrags anhand der gem. Art. 53 und Art. 55 VKR vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Zuschlagskriterien an geeignete Wirtschaftsteilnehmer. Was als Gegenstand des Auftrags vergeben werden soll, ist gem. den Vorgaben des Art. 23 VKR („technische Spezifikationen“) zu beschreiben. Welche Eignungskriterien an Wirtschaftsteilnehmer als potenzielle Bieter gestellt werden können, bemisst sich nach Art. 47 ff. VKR. Daneben bietet Art. 26 VKR die Möglichkeit, zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung vorzuschreiben.

Insgesamt bieten sich damit vier Möglichkeiten, ökologische und soziale Kriterien in unterschiedlich starkem Umfang in einem Vergabeverfahren zu berücksichtigen<sup>5</sup>. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die inhaltliche Ausgestaltung ökologischer und sozialer Kriterien zu richten. Gilt ein Kriterium als

technische Spezifikation i. S. des Art. 23 VKR und kann damit für die Leistungsbeschreibung herangezogen werden oder weist es – ohne technische Spezifikation i. S. des Art. 23 VKR zu sein – Bezug zum Auftragsgegenstand auf und kann demnach als Zuschlags- oder Eignungskriterium<sup>6</sup> herangezogen werden, so ist es anders zu verorten und unterliegt anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen als ein Kriterium, das nicht produktbezogen ist, indem es etwa an Handelsbedingungen oder die Unternehmenspolitik anknüpft<sup>7</sup>. Trotz aller politischen Versuche, die Regeln über die „grüne Beschaffung“ als anwenderfreundlich zu präsentieren<sup>8</sup>, bleibt das zu Grunde liegende vergaberechtliche Regelwerk im Einzelnen technisch hochkomplex. Dies spiegelt sich auch in der Detailliertheit des hier besprochenen Urteils wider.

#### II. Leistungsbeschreibung

Der Leistungsbeschreibung kommt als „Kernstück einer erfolgreichen Beschaffung“ zentrale Bedeutung zu. Gemäß Art. 23 III lit. b VKR können technische Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen Umwelteigenschaften umfassen. Technische Spezifikationen sind dabei grundsätzlich produktbezogen<sup>10</sup>. Nach Absatz 6 derselben Vorschrift können öffentliche Auftraggeber zur Festlegung technischer Spezifikationen in Teilen oder zur Gänze

\* Besprechung von *EuGH*, Urt. v. 10. 5. 2012 – C-368/10, NZBau 2012, 445 – „Umweltgütesiegel EKO und MAX HAVELAAR“. – Der Autor Wegener ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; der Autor Hahn ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1 *Burgi*, NZBau 2011, 577; *Jasper/Seidel*, KommJur 2009, 56; *Heyne*, ZUR 2011, 578; *Schneider*, NVwZ 2009, 1057, *ders.*, DVBl 2003, 1186; *Wegener*, NZBau 2010, 273, dort (274 f.) auch zu den inneren Widersprüchen der so genannten grünen Beschaffung.

2 *Schneider*, NVwZ 2009, 1057; zu den europarechtl. Grenzen *Wegener*, NZBau 2010, 273 (276).

3 Vgl. Sachverhalt der besprochenen Entscheidung *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 14 ff.

4 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEG 2004 v. 30. 4. 2004, Nr. L 134, S. 114.

5 Ausführlich *egger*, Europ. Vergaber, 2008 Rdnrn. 1297 ff. m. w. Nachw.; *Siegel*, EuZW 2012, 592 (599).

6 Hierzu grdl. *EuGH*, Urt. v. 20. 9. 1988 – C-31/87, BeckRS 2004, 70722 Rdnrn. 15 ff. – *Beentjes*.

7 *Siegel*, EuZW 2012, 592 (599); *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, 409 (410); *Huerkamp*, NZBau 2009, 755 (756); der *Gerichtshof* hat die Prüfung der Rechtmäßigkeit teils abweichend von der Verortung durch die Provinz Nord-Holland vornehmlich an der inhaltlichen Ausgestaltung der Kriterien und Gütezeichen festgemacht (vgl. *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 71 ff.; 102 ff. sowie Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnr. 87).

8 S. etwa [http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en.htm).

9 *Prieß*, NZBau 2004, 20.

10 *Prieß*, NZBau 2004, 87 (91).

Vorgaben von Umweltgütesiegeln heranziehen und festlegen, dass bei Vorliegen des entsprechenden Gütezeichens vermutet werden darf, dass jene Spezifikationen erfüllt sind.

Für den öffentlichen Auftraggeber hat die Forderung eines bestimmten Gütezeichens in der Ausschreibung in doppelter Hinsicht einen besonderen Reiz. Die Last der Definition der ökologisch und sozial verantwortungsvollen Beschaffung reduziert sich auf die Recherche eines passenden Gütezeichens. Mit Vorliegen des Gütezeichens erübrigt sich auch die vertiefte Prüfung der einzelnen Angebote hinsichtlich der Einhaltung sozialer und ökologischer Standards. Die direkte Verwendung eines Gütesiegels in der Leistungsbeschreibung kann damit zu einer Vereinfachung des Verfahrens führen und so den notwendigen Verwaltungsaufwand reduzieren. Dieses Vorgehen ist jedoch nach der Entscheidung des *Gerichtshofs* nicht richtlinienkonform.

#### 1. Gütezeichen für ökologisch erzeugte Produkte („Bio-Siegel“)

Eine bestimmte Produktionsmethode kann eine Umwelteigenschaft nach Art. 23 III lit. b VKR sein<sup>11</sup>. Zielt ein Gütezeichen unter diesen Umständen auf die Produktionsmethode ab und erfüllt es die Qualitätskriterien des Art. 23 VI VKR, ist die rechtliche Zulässigkeit der Verwendung des Umweltgütesiegels als technische Spezifikation an dieser Vorschrift zu messen<sup>12</sup>. Der *Gerichtshof* betont die besondere Bedeutung der Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung für die rechtliche Beurteilung technischer Spezifikationen<sup>13</sup>. Um einer Diskriminierung von Marktteilnehmern und damit einer Behinderung des Wettbewerbs vorzubeugen, müssen diese demnach allen Bietern gleichermaßen zugänglich sein, ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln sowie die gestellten Anforderungen eindeutig festlegen<sup>14</sup>. Nach Ansicht des *Gerichtshofs* – und entgegen den Ausführungen der Generalanwältin in ihren Schlussanträgen<sup>15</sup> – wird der direkte Bezug auf ein Umweltgütesiegel diesen Anforderungen nicht gerecht. So erlaubt Art. 23 VI Unterabs. 1 VKR zwar die Heranziehung detaillierter Spezifikationen, wie sie Umweltgütesiegeln zu Grunde liegen. Die alleinige Verwendung des Gütezeichens ist danach aber wegen des Klarstellungserfordernisses in Art. 23 III lit. b VKR („...Anforderungen sind so genau zu fassen, dass sie den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln...“) gerade ausgeschlossen<sup>16</sup>. Daran soll auch Art. 23 VI Unterabs. 2 VKR nichts ändern, wonach bei Vorliegen eines Gütezeichens vermutet werden kann, dass die geforderten Spezifikationen erfüllt sind<sup>17</sup>. Danach erlaubt diese Vorschrift die Heranziehung von Umweltgütesiegeln nur nachgeordnet aus Gründen der erleichterten Kontrolle des Vorliegens der geforderten Spezifikationen, erweitert aber ausdrücklich nicht den nach Art. 23 VI Unterabs. 1 VKR zulässigen Umfang der Verwendung von Gütezeichen. Dies ergibt sich nach Ansicht des *Gerichtshofs* auch aus Art. 23 VI Unterabs. 2 aE VKR, wonach neben dem Umweltgütesiegel jedes andere geeignete Beweismittel zu akzeptieren ist, das dem Nachweis der Einhaltung der geforderten Spezifikationen dient<sup>18</sup>.

Ergänzend führt der *Gerichtshof* aus, dass von interessierten Wirtschaftsteilnehmern zwar erwartet werden kann, dass sie gebührend informiert sind und mit der üblichen Sorgfalt handeln, dies jedoch nichts am Maßstab ändert, mit dem die vom öffentlichen Auftraggeber formulierten Anforderungen zu beurteilen sind<sup>19</sup>. Nach der insoweit abweichenden Ansicht der Generalanwältin soll der alleinige Verweis auf ein Gütezeichen dem Transparenzgebot genügen. Für den durchschnittlich fachkundigen Bieter seien die Umwelteigenschaften damit so genau gefasst, dass sich für ihn gem. Art. 23 III lit. b VKR ein klares Bild vom Auftragsgegenstand abzeichne<sup>20</sup>.

Demgegenüber sieht der *Gerichtshof* das Vorliegen eines einheitlichen, amtlichen Dokuments zu den technischen Spezifikationen als erforderlich an, um für den potenziellen Bieter sicherzustellen, dass sich dieser auf eine verbindliche Grundlage stützen könne und nicht den „Zufälligkeiten einer Informationssuche“ und eventuellen Änderungen der Gütezeichenkriterien ausgesetzt sei<sup>21</sup>. Allerdings soll es dem Transparenzgebot der VKR genügen, wenn in der Vergabebekanntmachung oder dem Lastenheft hinsichtlich technischer Spezifikationen auf Rechts- oder Verwaltungsvorschriften verwiesen werde<sup>22</sup>. Beispielhaft führt der *Gerichtshof* die Verordnung 2092/91<sup>23</sup> bzw. deren Nachfolgeverordnungen<sup>24</sup> an, welche die Anforderungen an den ökologischen Landbau („EU-Bio-Siegel“) regeln. Damit kann im Ergebnis in der Leistungsbeschreibung auf diese Verordnung verwiesen werden, ohne dass deren sämtliche Einzelschriften aufgeführt werden müssten. Wird gleichzeitig<sup>25</sup> zusätzlich angegeben, dass bei Produkten mit dem EU-Bio-Siegel vermutet wird, dass das Produkt den geforderten technischen Spezifikationen genügt, ergibt sich im Ergebnis zumindest bei einer Ausschreibung in diesem Bereich die Möglichkeit, ohne größeren Verwaltungsaufwand<sup>26</sup> auf ein Umweltgütesiegel zurückgreifen zu können<sup>27</sup>.

Die alleinige Verwendung von Gütezeichen in der Leistungsbeschreibung – gerade wenn es sich um vornehmlich nationale oder private Gütezeichen handelt – steht damit im Ergebnis den Zielen des europäischen Vergaberechts in der Regel entgegen<sup>28</sup>. In der Sache erscheint dies nicht unbegründet: Handelt es sich um ein Gütezeichen aus einem anderen Mitgliedsstaat, können potenzielle Bieter von vornherein auf Grund der unbekanntenen Anforderung abgeschreckt werden. In der Regel dürfte es auch unmöglich sein, innerhalb des Zeitrahmens einer Ausschreibung das geforderte Gütezeichen noch zu erhalten. Des Weiteren wäre von Bieterseite unverhältnismäßig großer Aufwand zu betreiben, um nach eigener Recherche der Kriterien und über die (zusätzliche) Sprachbarriere hinweg die Gleichwertigkeit des eigenen Produkts bei Fehlen des geforderten Gütezeichens darzulegen.

11 Vgl. Erwägungsgrund 29 VKR.

12 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 61.

13 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 62.

14 Dazu m. w. Nachw. *Prieß*, NZBau 2004, 20 (22).

15 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnrn. 52 f.

16 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 63.

17 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 64.

18 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 65.

19 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 66.

20 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnrn. 55 f.

21 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 67.

22 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 68.

23 ABIEG Nr. L 198 v. 22. 7. 1991, S. 1.

24 Insb. Verordnung (EG) Nr. 834/2007, ABIEG Nr. L 189 v. 20. 7. 2007, S. 1.

25 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 54 ff.

26 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnr. 57; mit Hinweis auf die „Beweislastumkehr“ zu Gunsten des öffentlichen Auftraggebers *Dagefördel/Dross*, NVwZ 2005, 19 (22).

27 Ablehnend bezüglich Verweis auf nationale Rechtsvorschriften *EuGH*, Slg. 2010, I-3458 = NZBau 2010, 643 Rdnrn. 63 ff. – „Autobahn A-6“.

28 Allgemein hierzu *Prieß*, NZBau 2004, 87 (91 f.); daran wird nach jetzigem Stand auch Art. 41 I des Richtlinienvorschlages der Kommission über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM (2011) 896/2) nichts ändern, wonach zwar ein spezifisches Gütezeichen verlangt werden darf, wenn es bestimmten Anforderungen genügt (insb. Transparenz und Nicht-Diskriminierung), der diesbezügliche Nachweis aber gleichfalls über gleichwertige andere Gütezeichen und selbst Eigenerklärungen des Erzeugers erbracht werden darf. Dazu *Semple*, Public Procurement Law, Review 2012, 106 (107).

## 2. Gütezeichen für Fair-Trade-Produkte

Neben der ökologischen Erzeugung sollten die im konkret entschiedenen Fall ausgeschriebenen Produkte zusätzlich einem „fairen“ Handel entstammen. Dazu wurde in der Leistungsbeschreibung gefordert, dass die ausgeschriebenen Produkte ein einschlägiges Gütezeichen tragen<sup>29</sup>. Dessen Kriterien bezogen sich jedoch nicht auf Merkmale des Erzeugnisses selbst oder dessen Art der Produktion, sondern allein auf Handelsbedingungen zwischen Lieferant und Erzeuger. Damit handelt es sich nicht um technische Spezifikationen im Sinne der VKR<sup>30</sup>, sondern um Bedingungen für die Auftragsausführung. Deren Rechtmäßigkeit ist jedoch nicht an Art. 23 VKR, sondern an Art. 26 VKR zu messen (dazu unten V)<sup>31</sup>. Forderungen nach fairen Handelsbedingungen können nicht in der Leistungsbeschreibung verortet werden. Sie sind als zusätzliche Bedingungen der Auftragsausführung zu formulieren<sup>32</sup>.

## III. Eignungsprüfung

Die Provinz Nord-Holland legte nicht nur besondere Maßstäbe an die ausgeschriebenen Produkte an; sie stellte auch besondere Anforderungen an die Eignung des Zuschlagsempfängers. So sollte dieser zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortungsvollen Kaffeeproduktion beitragen<sup>33</sup>. Von den Bietern war zu diesem Zweck anzugeben, wie sie diese Vorgabe im Fall des Zuschlags erfüllen können. Hierüber bestand in mehrfacher Hinsicht Streit<sup>34</sup>. Entgegen des Vorbringens der Niederlande<sup>35</sup> und der Generalanwältin<sup>36</sup> sieht der *Gerichtshof* hierin zum einen eine nicht erlaubte Mindestanforderung an die technische Leistungsfähigkeit nach Art. 44 II und Art. 48 VKR, da an keine der in Art. 48 abschließend aufgezählten Möglichkeiten angeknüpft werde<sup>37</sup>. Insbesondere sieht der *Gerichtshof* anders als die Generalanwältin<sup>38</sup> in dieser Anforderung keine nach Art. 48 II lit. c VKR zulässige Maßnahme zur Qualitätssicherung, da der Begriff der Qualität in Art. 48 VKR als technische Qualität von Lieferungen verstanden werden müsse, die mit dem fraglichen Auftragsgegenstand vergleichbar seien<sup>39</sup>. Die von der Provinz Nord-Holland gewählte Formulierung ist nach Ansicht des *Gerichtshofs* unvereinbar mit dem Transparenzgebot aus Art. 2 VKR<sup>40</sup>.

Die Prüfung der Eignung der Bieter (Ausschluss und Mindestanforderung) unterliegt damit allein den Vorgaben des Art. 44 I VKR. Unabdingbar bleibt gem. Art. 44 II VKR der Zusammenhang zum Auftragsgegenstand<sup>41</sup>. Somit sind Anforderungen an die allgemeine Unternehmenstätigkeit und Unternehmenspolitik im Rahmen der Eignungsprüfung unzulässig<sup>42</sup>. Nur dort wo der öffentliche Auftraggeber mit Art. 2 und Art. 44 VKR konforme Einzeleignungsanforderungen formuliert, kann er angeben, dass die Erfüllung der Anforderungen auch durch ein entsprechendes Zertifikat nachgewiesen werden kann<sup>43</sup>. Die auf anderen Ebenen der Ausschreibung zulässige Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte darf demnach nicht unbesehen auf die Bietereignung übertragen werden<sup>44</sup>.

Was hier zunächst als restriktiv erscheint, ist Konsequenz einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Möchte der Staat regulierend in das produktunabhängige Verhalten von Wirtschaftsteilnehmern eingreifen, bleibt ihm der Weg über gesetzliche Regelungen<sup>45</sup>. Mit anderen Worten: Kaffeebeschaffung ist kein Instrument grundrechtsbeschränkender Regulierung wirtschaftlicher Tätigkeit.

## IV. Zuschlagskriterien

Die Provinz Nord-Holland hatte als Zuschlagskriterium für die ausgeschriebenen Produkte sowohl das Vorliegen eines Gütesiegels bezüglich der ökologischen Erzeugung als auch eines des fairen Handels festgelegt<sup>46</sup>. Art. 53 VKR lässt zwar zu, dass Zuschlagskriterien nicht nur preisbezogener, sondern auch qualitativer Art sein können, verlangt aber nach Art. 53 I lit. a VKR, dass diese mit dem Auftragsgegenstand selbst zusammenhängen<sup>47</sup>. Letzteres dient dem Zweck der Zuschlagskriterien. Diese sollen es ermöglichen, die einzelnen Angebote im Vergleich zum Auftragsgegenstand, wie er in den technischen Spezifikationen beschrieben ist, zu bewerten<sup>48</sup>. Die Gewichtung der einzelnen Kriterien erlaubt es dem öffentlichen Auftraggeber, die unter Umständen höheren Kosten eines sozial- und umweltverträglicheren Angebots abzufedern<sup>49</sup>.

Die von der Kommission erhobene Rüge eines vermeintlich fehlenden Zusammenhangs beider Gütesiegel zum eigentlichen Auftragsgegenstand wies der *Gerichtshof* zurück<sup>50</sup>. Dazu betrachtete dieser die den Gütezeichen zu Grunde liegen-

- 29 Zu den Kriterien im Einzelnen *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 36 ff.  
 30 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 74; erweisen sich soziale Kriterien jedoch als technische Spezifikationen nach Art. 23 VKR, kann auch ein entsprechendes Gütezeichen in der Leistungsbeschreibung mit herangezogen werden. Vgl. Art. 41 I des Richtlinienvorschlages der Kommission über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM (2011) 896/2), wonach soziale Anforderungen explizit auch für technische Spezifikationen mit aufgeführt werden.  
 31 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 76.  
 32 Zur Problematik der Überschneidung und Abgrenzung von technischen Spezifikationen und zusätzlichen Ausführungsbedingungen *Huerkamp*, NZBau 2009, 755.  
 33 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 24 ff., 98.  
 34 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 99 ff.  
 35 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 10. 5. 2012 – C-368/10, NZBau 2012, 445 Rdnr. 102; die Niederlande sahen hierin eine zusätzliche Auftragsbedingung und wollten die Rechtmäßigkeit der Anforderung daher an Art. 26 VKR festmachen.  
 36 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnrn. 127 ff.  
 37 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 108; zu Ausnahmen in besonderen Fällen *EuGH*, NZBau 2009, 133 = *EuZW* 2009, 87 Rdnr. 49 – „Mechaniki“.  
 38 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnrn. 131 ff.  
 39 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 107.  
 40 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 109 ff.; zustimmend *Siegel*, *EuZW* 2012, 592 (600).  
 41 S. dazu auch *EuGH*, Slg. 2008, I-254 = NZBau 2008, 262 Rdnrn. 25 ff. = *NVwZ* 2008, 400 = *EuZW* 2008, 187 – „Lianakis“; *Hözl/Friton*, NZBau 2008, 307 (308 ff.).  
 42 *Abate*, *KommJur* 2012, 41 (41 f.); zur Schwierigkeit der Verortung sozialer Kriterien trotz Auftragsbezug *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, *VergabeR*, 2011, § 97 *GWb* Rdnrn. 130 ff.; dazu ebenfalls *egger* (o. Fußn. 5), Rdnr. 1178 ff.; zur Einbeziehung von Umweltaspekten in der Eignungsprüfung *ders.*, Rdnrn. 1185 f.  
 43 *NJW-Spezial* 2012, 397; zum Umweltmanagementsystem *EMAS Dageförde/Dross*, *NVwZ* 2005, 19 (23).  
 44 *Siegel*, *EuZW* 2012, 592 (599).  
 45 Zur Möglichkeit des Ausschlusses wegen einer Umweltstraft nach Art. 45 II lit. c und lit. d VKR: *Leifer*, Das europäische Umweltmanagementsystem *EMAS* als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 2007, S. 157 f.  
 46 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 81.  
 47 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 85 ff.; vgl. dazu auch bisher *EuGH*, *NJW* 2002, 3458 L = BeckRS 2004, 77525 Rdnr. 64 – „Concordia Bus“; *EuGH*, NZBau 2004, 105 Rdnrn. 66 f. = *NVwZ* 2004, 201 = *EuZW* 2004, 81 – „Wienstrom“; zur Entstehung von Art. 53 VKR *Dageförde/Dross*, *NVwZ* 2005, 19 (23 f.); ausführlich zum Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand *Mechel*, Die Förderung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2006, S. 231 ff.  
 48 *EuGH*, *NJW* 2002, 3458 L = BeckRS 2004, 77525 Rdnr. 64 – „Concordia Bus“.  
 49 Zu den Anforderungen, die an die Gewichtung gestellt werden *Hözl/Friton*, NZBau 2008, 307 (308); *NVwZ* 2009, 1057 (1059) m. w. Nachw.  
 50 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 92.

den Kriterien, die sich allein auf die im Rahmen des konkreten Auftrags zu liefernden Zutaten bezogen und gerade nicht auf das allgemeine Vorgehen des Unternehmens abzielten<sup>51</sup>. Einen darüber hinausgehenden Bezug auf eine integrale Eigenschaft des Auftragsgegenstands verlangt der *Gerichtshof* für diese Zuschlagskriterien nicht<sup>52</sup>. Ein Zuschlagskriterium, das nicht auf einen tatsächlichen („materiellen“) Bestandteil des Auftragsgegenstandes abzielt, wie dies bei fairem Handel der Fall ist, ist damit grundsätzlich möglich, soweit es das zu beschaffende Produkt selbst betrifft und sich nicht auf die allgemeine Einkaufspolitik der Bieter bezieht. Damit beantwortet der *Gerichtshof* auch die in seiner Rechtsprechung bisher offen gelassene Frage, ob sich Zuschlagskriterien, die sich auf das Umfeld der Produktion und den Produktionsprozess selbst beziehen, „sichtbar“ im Endprodukt niederschlagen müssen, um den von Art. 53 lit. a VKR geforderten Auftragszusammenhang aufzuweisen. Mit seiner jetzt gefundenen tendenziell weiten Auslegung des Auftragsbezugs qualifiziert der *Gerichtshof* die dem Fair-Trade-Gütezeichen zu Grunde liegenden Kriterien im Ergebnis sowohl als zulässiges Zuschlagskriterium als auch als zulässige Bedingungen der Auftragsausführung nach Art. 26 VKR<sup>53</sup>. Dem kommt insofern Bedeutung zu, da dies in der Stufigkeit der VKR in dieser Form nicht angelegt ist und somit Abgrenzungsprobleme nach sich ziehen kann<sup>54</sup>. Weitere Abgrenzungsprobleme können sich nach dieser weiten Auslegung im Einzelfall auch im Verhältnis zu technischen Spezifikationen ergeben.

Mit der alleinigen Heranziehung der Gütezeichen selbst sieht der *Gerichtshof* das Erfordernis der Klarheit und Objektivität an die Zuschlagsbedingung aber als nicht erfüllt an<sup>55</sup>. Insbesondere weist er den Einwand<sup>56</sup> zurück, dass nach den Grundsätzen der Gleichheit, Nichtdiskriminierung und Transparenz an Zuschlagskriterien andere Maßstäbe anzulegen seien als an technische Spezifikationen<sup>57</sup>. Nach alledem ist die Verwendung von Gütezeichen sozialer und ökologischer Art als Zuschlagskriterium zulässig, wenn die jeweils zu Grunde liegenden Kriterien mit aufgeführt werden und explizit angegeben wird, dass jedes andere geeignete Beweismittel erbracht werden kann, um das Vorliegen der Kriterien nachzuweisen<sup>58</sup>.

Im Ergebnis werden an die Verwendung von Gütezeichen im Rahmen technischer Spezifikationen und Zuschlagskriterien nunmehr identische Anforderungen gestellt. Dies dürfte insofern von praktischer Bedeutung sein, als die Nichterfüllung einer technischen Spezifikation zum Ausschluss des Gebots führt, während auf Ebene der Zuschlagskriterien eine qualitative Wertung vorgenommen wird. Erfüllen die Nachweise zweier Gebote die Vorgaben der technischen Spezifikation, stellt sich die Frage, ob die Nachweise verschiedener Angebote anschließend auch bezüglich ihrer Qualität bewertet werden können, um einen Zuschlag zu ermöglichen.

## V. Bedingungen für die Auftragsausführung

Gemäß Art. 26 VKR können zusätzliche Bedingungen an die Auftragsausführung gestellt werden, wenn diese unionsrechtskonform sind und in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen mit angegeben werden. Diese können dabei explizit soziale oder umweltbezogene Aspekte betreffen. Die Forderung der Provinz Nord-Holland, nach der die ausgeschriebenen Lebensmittel fair gehandelt werden mussten, sah der *Gerichtshof* als eine solche Bedingung an (oben I 2)<sup>59</sup>. Da der *Gerichtshof* die diesbezügliche Rüge als unzulässig zurückwies, hatte er sich an dieser Stelle mit der Recht-

mäßigkeit der Forderung nach fairen Handelsbedingungen nicht weiter auseinanderzusetzen<sup>60</sup>. Dies ist umso bedauerlicher, da die dogmatische Einordnung von Art. 26 VKR und die sich daran anknüpfenden Streitfragen weiterhin für Ungewissheit im Vergabeverfahren sorgen und damit einen potenziellen Risikofaktor darstellen<sup>61</sup>. Dabei stellen sich insbesondere Fragen nach dem Grad des Zusammenhangs<sup>62</sup> dieser zusätzlichen Bedingungen zum Auftrag und deren Bedeutung im Verfahren und nach der Zuschlagserteilung<sup>63</sup>. Die Beschaffungsentscheidung eines öffentlichen Auftraggebers kann nicht zu einer unbegrenzten Einflussnahme auf die Tätigkeit eines Unternehmens führen<sup>64</sup>. Eine Einflussnahme und damit die Formulierung zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung ist demnach nur bezüglich des konkreten Auftrags zulässig<sup>65</sup>.

Überträgt man die Entscheidungsgründe des *Gerichtshofs* bezüglich der Verwendung von Gütezeichen auf die Forderung zusätzlicher Auftragsausführungsbedingungen, so ist deren Heranziehung zulässig, wenn die jeweils zu Grunde liegenden Kriterien mitaufgeführt werden und explizit angegeben wird, dass jedes andere geeignete Beweismittel erbracht werden kann, um das Vorliegen der Kriterien nachzuweisen. Das geforderte Gütezeichen darf sich dabei nur auf den konkreten Auftrag beziehen und keine darüber hinausgehenden Anforderungen an die Unternehmenspolitik stellen.

- 51 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 89.  
 52 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 91; vgl. Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnrn. 109 ff., die für den Auftragszusammenhang auf das Vorliegen technischer Spezifikationen nach Art. 23 VKR und Bedingungen der Auftragsausführung nach Art. 26 VKR abstellt.  
 53 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 75 f. u. 89.  
 54 *Siegel*, *EuZW* 2012, 592 (600); *Kus*, NZBau 2009, 21 (23).  
 55 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 94 ff., mit Hinweis auf die Ausführungen zu den Anforderungen an technische Spezifikationen.  
 56 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 83.  
 57 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 95; abstellend auf die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sowie des Wettbewerbs: Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnr. 122.  
 58 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnr. 97; dagegen scheint Erwägungsgrund 41 des Richtlinienvorschlages der Kommission über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM (2011) 896/2) Fair-Trade-Kriterien, wie sie hier vorliegen, gerade nicht zulassen zu wollen. Anders aber der geänderte Vorschlag des Rates v. 24. 7. 2012 („Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Presidency compromise text/Consolidated version“; Ratsdokument 12878/12, S. 44), der explizit auf diese Rechtsprechung des *EuGH* Bezug nimmt und Kriterien des fairen Handels mitauführt.  
 59 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rdnrn. 75 f.  
 60 S. aber die hilfsweise Prüfung in den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnrn. 83 ff.  
 61 Ausführlich *Kühling/Huerkamp*, *VergR* 2010, 545; zur Abgrenzung gegenüber Eignungskriterien *Dageförde/Dross*, *NVwZ* 2005, 19 (20 f.); zur Abgrenzung gegenüber technischen Spezifikationen *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *WettbewerbsR*, 4. Aufl. (2007), § 97 *GWb* Rdnr. 192; zur Bedeutung der Einordnung *Heyne*, *ZUR* 2011, 578 (581); *Kus*, NZBau 2009, 21 (23).  
 62 *egger* (o. Fußn. 5), Rdnr. 1922; *Abate*, *KommJur* 2012, 41 (44 f.); krit. zur Umsetzung in § 97 IV 2 *GWb* *Varga*, *VergR* 2009, 535 (539 ff.); ausführlich *Müller-Wrede*, *VergR*, 416 (417 ff.); *Burgi*, NZBau 2011, 577 (581 ff.); *Heyne*, *ZUR* 2011, 578 (581); bzgl. der Landesvergabegesetze *Meißner*, *VergR* 2012, 301 (308).  
 63 *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *WettbewerbsR*, 4. Aufl. (2007), § 97 *GWb* Rdnrn. 189 ff.; *Heyne*, *ZUR* 2011, 578 (581).  
 64 Aus nationaler Sicht steht auch hier der Vorbehalt des Gesetzes entgegen.  
 65 Schlussanträge der GA *Kokott* v. 15. 11. 2011 – C-368/10, BeckRS 2012, 81914 Rdnrn. 88 ff.; vgl. auch Erwägungsgrund 41 des Richtlinienvorschlages in der vom Rat geänderten Version („Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Presidency compromise text/Consolidated version“) v. 24. 7. 2012 (Ratsdokument 12878/12, S. 44 f.).

## VI. Fazit

Die Grundsatzentscheidung des *EuGH* erweist sich insgesamt als geradezu klassischer Kompromiss: Ökologische und soziale Anforderungen an Produkt, Produktionsmethode und Handel können in weitem Umfang zu Kriterien von Vergabeentscheidungen erhoben werden. Auch der Verweis auf gebräuchliche Gütezeichen und Zertifizierungen als Beleg für die Erfüllung der Anforderungen ist dabei nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Den Bewerbern müssen aber schon durch die Ausschreibung konkrete und reale Alternativen aufgezeigt werden, mit denen sie den Nachweis der Anforderungskonformität auch mithilfe anderer Gütezeichen oder ohne die Verwendung von Gütezeichen und Zertifizierungen erbringen können.

Die Entscheidung des *EuGH* macht es den öffentlichen Verbestellen schwerer, ökologische und soziale Anforderungen

in die Ausschreibung einzubeziehen. Sie kann aber unter Umständen auch dazu beitragen, neben der Transparenz des Vergabeverfahrens auch die Transparenz der ökologischen und sozialen Gütezeichen zu verbessern. Die Organisationen, die Gütezeichen und Zertifizierungssysteme erarbeiten und bereitstellen, werden durch das Urteil indirekt dazu angehalten, die von ihnen zu Grunde gelegten Kriterien en detail offen zu legen und den öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung zu stellen. Nur unter dieser Voraussetzung werden sie künftig damit rechnen können, dass ihre Gütezeichen zu Standards der öffentlichen Auftragsvergabe werden und damit an Attraktivität gewinnen. Sollte die Entwicklung tatsächlich in diese Richtung gehen, dann könnte sich das auf den ersten Blick restriktive Urteil des *EuGH* noch als segensreich für eine transparente, wettbewerbsorientierte, ökologische und soziale Auftragsvergabe erweisen. ■

Rechtsanwälte Alexander Leidig und Daniel Hürter\*

## Zusätzliche Vergütung für Reparaturarbeiten vor Abnahme

Insbesondere bei größeren Baumaßnahmen, bei denen eine Vielzahl von Werkunternehmern gleichzeitig auf der Baustelle tätig ist, kommt es in der Praxis häufig vor der Abnahme zu Beschädigungen bereits erbrachter Werkleistungen. Der BGH hat sich in einer Entscheidung vom 8.3.2012 mit der Frage beschäftigt, ob dem Auftragnehmer diesbezüglich beauftragte Mängelbeseitigungsleistungen zu vergüten sind. Die Entscheidung gibt Anlass, sich auch grundsätzlich mit der Frage der Gefahrtragung vor Abnahme, insbesondere der Reichweite des § 7 I VOB/B, zu befassen.

### I. Einleitung

Gemäß § 644 I 1 BGB, § 7 I VOB/B trägt der Werkunternehmer insoweit in aller Regel die Vergütungsgefahr. Bis zur vollständigen Erfüllung übernimmt der Werkunternehmer zudem die Leistungsgefahr<sup>1</sup>, mithin die Gefahr des zufälligen Untergangs. Folge ist, dass der Werkunternehmer die (häufig von einem ihm unbekanntem Dritunternehmer) beschädigten Leistungen auf eigene Kosten wiederherstellen muss, um ein abnahmefähiges und mangelfreies Werk zu erbringen. Eine zusätzliche Vergütung für die Reparaturleistungen erhält der Werkunternehmer auf Grund dieser rigorosen Erfolgshaftung bis zur Abnahme<sup>2</sup> im Regelfall nicht; im Gegenteil, ist gerade die mangelfreie Wiederherstellung der beschädigten Werkleistung Voraussetzung für die Abnahmereife und mithin für den Werklohnanspruch des Unternehmers. In der Praxis kommt es jedoch immer wieder vor, dass Auftraggeber angesichts der aufgetretenen Schäden vor Abnahme nicht nur „Mängelbeseitigung“ verlangen, sondern die Werkunternehmer mit der Reparatur der beschädigten Werkleistungen auch noch separat ausdrücklich beauftragen.

Die Frage, wie die Beauftragung einer nach dem Ursprungsvertrag vom Werkunternehmer bereits geschuldeten – und gegebenenfalls auch auf Abschlagsrechnungen bereits faktisch bezahlten – Leistung rechtlich einzuordnen ist, hat der BGH in einem grundlegenden Urteil im Jahr 2005 dahingehend beantwortet, dass der Auftragnehmer dieselbe Leistung auf Grund einer Nachtragsvereinbarung in der Regel nicht ein zweites Mal bezahlt verlangen kann<sup>3</sup>. Etwas anderes soll nach dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung ausdrücklich nur dann gelten, wenn der Auftraggeber in der Beauftragung eine gesonderte Vergütungspflicht selbstständig anerkannt hat oder sich die Vertragsparteien gerade zur Klärung der Frage einer Doppelvergütung verglichen haben<sup>4</sup>.

Mit der hier zu besprechenden Entscheidung vom 8.3.2012 erweitert der VII. Zivilsenat des BGH die vorstehende Rechtsprechung des X. Zivilsenats. Über die bereits benannten Ausnahmefälle des Anerkenntnisses und Vergleichs hinaus, könne sich nämlich auch stets aus der Vertragsauslegung der zur Mängelbeseitigung zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung selbst ergeben, dass – abweichend von der Regelvermutung – eine zusätzliche Vergütung geschuldet sei. Dabei sei anhand der Vereinbarung und den Begleitumständen im Wege der Auslegung zu prüfen, ob der Auftraggeber bereit gewesen sei, trotz der möglicherweise noch beim Auftragnehmer liegenden Gefahren und unter Berücksichtigung aller sonstigen dem Reparaturauftrag zu Grunde liegenden Umstände, eine Vergütungspflicht zu begründen.

### II. Die Entscheidung des BGH

#### 1. Sachverhalt

Der Auftragnehmer und spätere Kläger wurde von dem beklagten Auftraggeber – unter Einbeziehung der VOB/B – mit der Verlegung von großflächigen PVC-Böden in einem mehrstöckigen Gebäude eines Seniorenzentrums beauftragt worden.

Vor Ausführung der Arbeiten meldete der Auftragnehmer gegen die Verlegung der PVC-Böden gem. § 4 III VOB/B Bedenken an, und zwar unter Hinweis auf die zu hohe Restfeuchte des Estrichs, die einer Verlegung entgegenstünde. Der Auftraggeber bestand gleichwohl auf eine unverzügliche Ausführung der Arbeiten und entließ den Auftragnehmer ausdrücklich aus der Gewährleistung für eine etwaige Blasen- und Beulenbildung auf Grund einer zu hohen Estrichfeuchte.

Noch vor Abnahme der Arbeiten reinigte ein Dritunternehmen die verlegten PVC-Böden im Auftrag der Auftraggeberin, wobei das gesamte Obergeschoss kurzzeitig unter Wasser stand. In der Folge zeigten sich Blasenbildungen an den PVC-Böden. Inwieweit die Blasenbildungen auf die Estrichrestfeuchte oder die Wasserbelastung durch die Endreinigung zurückzuführen waren, ließ sich nicht mehr aufklären.

\* Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 8.3.2012 – VII ZR 177/11, NZBau 2012, 432 = NJW 2012, 2105. – Die Autoren sind im Bonner Büro der Sozietät *Redeker Sellner Dahs* tätig.

1 Thode, ZfBR 1999, 116. Dies ergibt sich beim VOB/B-Vertrag aus den gesetzlichen Normen, nicht unmittelbar aus § 7 VOB/B, dessen Regelungsgehalt sich auf die Vergütungsgefahr beschränkt, vgl. BGH, NJW 1977, 1966 (1967).

2 BGH, NJW 1977, 1966 (1967).

3 BGH, NZBau 2005, 453 = NJW-RR 2005, 1179.

4 BGH, NZBau 2005, 453 = NJW-RR 2005, 1179.