

# **Die Verwendbarkeit des Holz von Hier-Labels in Vergabeverfahren**

## **Rechtsgutachten**

**im Auftrag der**

**der**

**Dr. Gabriele Bruckner & Dr. Philipp Strohmeier  
Umweltberatung & Management GbR**

**von**

**Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.**

**Universität Jena**

## Inhaltsübersicht

A. Ausgangslage und Fragestellung .....	1
B. Rechtlicher Rahmen seit der Vergaberechtsreform (2016).....	1
I. Vorgabe des Nachweises durch Gütezeichen.....	2
II. Alternative Nachweise .....	3
C. Anforderungen an das Holz von Hier-Label als Voraussetzung für seine vergaberechtliche Verwendbarkeit.....	4
I. § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV.....	4
II. § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV .....	6
III. § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV.....	6
IV. § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV.....	7
D. Anforderungen an die Verwendung des Holz von Hier-Labels im Vergabeverfahren.....	8
I. § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV.....	8
II. Spielräume öffentlicher Auftraggeber bei der Festlegung von Umwelteigenschaften des Beschaffungsgegenstands .....	9
E. Folgerungen.....	11

## **A. Ausgangslage und Fragestellung**

Die Holz von Hier gGmbH ist Halter eines wissenschaftlich ausgearbeiteten Systems zur Zertifizierung von Holzprodukten, um deren Klimaverträglichkeit auszuweisen. Im Fokus stehen dabei neben einer nachhaltigen Produktion, hinsichtlich derer unter Verzicht auf eigene Anforderungen an etablierte forstliche Zertifizierungssysteme angeknüpft wird (FSC und PEFC), die Transportwege von Holz. Auf Grundlage der Erkenntnis, dass je nach Herkunft des verwendeten Holzes die mit Transporten verbundenen Umweltbelastungen einen erheblichen Anteil an der gesamten Umweltwirkung ausmachen, dient das Holz von Hier-Label, das die Anforderungen an ein Umweltzeichen ISO Typ 1<sup>1</sup> erfüllt, der Kennzeichnung von Holz, das überdurchschnittlich transportarm entlang der gesamten Verarbeitungskette (vom Baum im Wald bis zum fertigen Produkt) produziert wird. Dabei werden die Obergrenzen, welche insgesamt unterhalb der Durchschnittswerte der Transportwege von entsprechenden Holzprodukten liegen, für nach Holz von Hier zertifizierbare Produkte für verschiedene Sortimenten unterschiedlich hoch angesetzt. Die jeweilige Obergrenze orientiert sich an der Struktur, dem Vorkommen, der Dichte von bestimmten Baumarten bzw. Produktionszweigen und dem Verarbeitungsgrad. Sie beträgt zwischen 50 und 400 km. Infolge dessen ist die Zertifizierung nicht per se auf Holz aus Deutschland beschränkt.<sup>2</sup> In bislang zwei Fällen wurde das Zertifikat nach Angaben des Auftraggebers für Produzenten aus Frankreich bzw. Österreich erteilt.

Vor dem Hintergrund der Vergaberechtsreform 2016 stellt sich die die Frage, inwiefern das Holz von Hier-Label in Vergabeverfahren Verwendung finden kann. Die BS Umweltberatung & Management hat mich gebeten, hierzu eine kurze Stellungnahme abzugeben.

## **B. Rechtlicher Rahmen seit der Vergaberechtsreform (2016)**

Anknüpfend an Art. 43 RL 2014/24/EU,<sup>3</sup> regelt § 34 VgV die Nachweisführung durch Gütezeichen. Dabei handelt es sich gemäß der nicht umgesetzten, aber im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung zu berücksichtigenden<sup>4</sup> Legaldefinition des Art. 2 Abs. 1 Nr. 23 RL 2014/24/EU um „ein Dokument, ein Zeugnis oder eine Bescheinigung, mit dem beziehungsweise der bestätigt wird, dass ein bestimmtes Bauwerk, eine bestimmte Ware, eine bestimmte Dienstleistung, ein bestimmter Prozess oder ein bestimmtes Verfahren bestimmte Anforderungen erfüllt“.

---

<sup>1</sup> ISO 14024.

<sup>2</sup> Vgl. <http://www.holz-von-hier.de/ueber-holz-von-hier/das-umweltzeichen/> sowie <http://www.holz-von-hier.de/wp-content/uploads/2015/12/Transportgrenzen.pdf>.

<sup>3</sup> ABl. EU 2014 L 94/65.

<sup>4</sup> Vgl. zusammenfassend *Knauff*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, 2013, Einf. B Rn. 28 f.

## ***I. Vorgabe des Nachweises durch Gütezeichen***

Gemäß § 34 Abs. 1 VgV kann ein öffentlicher Auftraggeber „[a]ls Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, ... die Vorlage von Gütezeichen ... verlangen“, sofern diese mit den in § 34 Abs. 2 VgV normierten Kriterien für die Qualität von Gütezeichen (Gütezeichen-Anforderungen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Nr. 24 RL 2014/24/EU) übereinstimmen. Damit nimmt das novellierte Vergaberecht eine positive Haltung gegenüber der Verwendung von Gütezeichen im Vergabeverfahren insoweit ein, als diese dem Nachweis der Übereinstimmung mit den Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand entspricht.

Dabei kann ausweislich der Formulierung des Art. 43 Abs. 1 RL 2014/24/EU „ein bestimmtes Gütezeichen als Nachweis“<sup>5</sup> verlangt werden. Der EU-Gesetzgeber hat mit Schaffung dieser Vorschrift der auf Grundlage der (nicht primär auf Gütezeichen bezogenen Vorgänger-)Regelung des Art. 23 Abs. 6 RL 2004/18/EG<sup>6</sup> ergangenen Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Max Havelaar*, wonach es sich um eine unzulässige technische Spezifikation handelt, wenn die Vergabestelle „im Lastenheft vorgeschrieben hat, dass bestimmte zu liefernde Erzeugnisse mit einem bestimmten Umweltgütezeichen versehen sind, anstatt die für dieses Umweltgütezeichen festgelegten detaillierten Spezifikationen zu verwenden“<sup>7</sup>, die Grundlage entzogen. Diese Rechtsprechung korrespondierte unmittelbar mit dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 6 UAbs. 1 RL 2004/18/EG. Dieser bestimmte, dass öffentliche Auftraggeber in Bezug auf Leistungs- oder Funktionsanforderungen „die *detaillierten Spezifikationen* oder gegebenenfalls Teile davon *verwenden* [können], *die in europäischen, (pluri-)nationalen Umweltgütezeichen oder anderen Umweltgütezeichen definiert sind*“. Dazu steht die nunmehr in Art. 43 Abs. 1 RL 2014/24/EU vorgesehene Bezugnahme auf ein *bestimmtes* Gütezeichen im Gegensatz. Diese Änderung des Wortlauts ist grundlegend und wirkt sich unmittelbar auf den Inhalt der Norm aus. Sie kann nicht anders als eine bewusste Abkehr vom überkommenen Regelungsmodell interpretiert werden. Dies systematische Auslegung bestätigt dieses Ergebnis. Anders als in der Richtlinie 2004/18/EU und deren Umsetzung in VOB/A und VOL/A sind die Regelungen über Gütezeichen (Art. 43 RL 2014/24/EU, § 34 VgV) nunmehr von den Vorschriften über technische Spezifikationen (Art. 42 RL 2014/24/EU, § 32 VgV) getrennt. Ungeachtet des sachlichen Zusammenhangs handelt es sich nach Auffassung der Normgeber auf europäischer und nationaler Ebene somit um einen eigenständigen Regelungskomplex. Soweit Gütezeichen technische Spezifikationen betreffen, gehen die explizit die Verwendung von Gütezeichen regelnden Vorschriften denjenigen über technische

---

<sup>5</sup> Parallel auch Erw. 75 RL 2014/24/EU; BR-Drucks. 87/16, S. 187.

<sup>6</sup> ABl. EG 2004 L 134/114.

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 Rn. 70 – Max Havelaar.

Spezifikationen als speziellere Normen vor und sind deren Vorgaben zugleich als abschließend anzusehen.<sup>8</sup>

Eine Aussage über die Zulässigkeit mittels eines Gütezeichens nachzuweisender Anforderungen ist mit dem Vorstehenden allerdings nicht verbunden. Die (weiten) Grenzen des Vergaberechts in Bezug auf die Bestimmung des Beschaffungsgegenstands sowie die Anforderungen der Vergabegrundsätze des § 97 GWB sind auch bei der Vorgabe einer Nachweisführung durch Gütezeichen zu beachten. Somit ist § 34 Abs. 1 VgV dahingehend zu interpretieren, dass die Vorschrift die Forderung des Nachweises der Übereinstimmung der angebotenen Leistung mit bestimmten, in der Leistungsbeschreibung *zulässigerweise* geforderten Merkmalen durch spezifische Gütezeichen, die ihrerseits qualitative Mindestanforderungen erfüllen, gestattet.

## **II. Alternative Nachweise**

Aus Gründen der Nichtdiskriminierung und der Wettbewerbssicherung sind öffentliche Auftraggeber nach § 34 Abs. 4 VgV verpflichtet, „andere Gütezeichen [zu] akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen.“ Dies wirkt zugleich der Begründung der Monopolstellung bestimmter Gütezeichen entgegen und „gilt insbesondere für Gütezeichen, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ausgestellt wurden.“<sup>9</sup>

Zudem muss nach § 34 Abs. 5 VgV unter der Voraussetzung, dass „ein Unternehmen aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, nachweislich keine Möglichkeit [hatte], das vom öffentlichen Auftraggeber angegebene oder ein gleichwertiges Gütezeichen innerhalb einer einschlägigen Frist zu erlangen, ... der öffentliche Auftraggeber andere geeignete Belege akzeptieren, sofern das Unternehmen nachweist, dass die von ihm zu erbringende Leistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens oder die vom öffentlichen Auftraggeber angegebenen spezifischen Anforderungen erfüllt.“ Eine generelle Freistellung von der Nachweisführung durch ein gefordertes oder gleichwertiges Gütezeichen und damit eine Rückverweisung auf die *Max Havelaar*-Rechtsprechung des EuGH und die ihr zugrunde liegende Rechtslage ist darin allerdings nicht zu sehen. Hierfür spricht auch, dass § 34 VgV ebenso wie Art. 43 RL 2014/24/EU keine Formulierung wie Art. 23 Abs. 6 UAbs. 2 RL 2004/18/EG mehr enthält, wonach öffentliche Auftraggeber „jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren [müssen]“. Bei § 34 Abs. 5 VgV handelt sich daher allein um eine an spezifische Voraussetzungen geknüpfte Ausnahme, die als solche eng auszulegen ist und deren Einschlägigkeit von demjenigen Unternehmen nachzuweisen ist, welches sich darauf beruft.

---

<sup>8</sup> Zum *lex specialis*-Grundsatz siehe nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 88 f.

<sup>9</sup> BR-Drucks. 87/16, S. 188.

Nach der Begründung der Vorschrift ist dabei auch „[e]ine reine Eigenerklärung des Bieters, die die - nicht weiter belegte - Versicherung enthält, die angebotene Leistung entspreche den Kriterien des Gütezeichens, ... in diesem Zusammenhang jedoch nicht als ausreichend anzusehen.“<sup>10</sup> Gelingt der Nachweis der Nichterlangbarkeit des geforderten oder eines gleichwertigen Gütezeichens oder der Übereinstimmung mit dessen Kriterien nicht, ist das Angebot nicht wertungsfähig, da es den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht. Ob die Voraussetzungen vorliegen, ist im Vergabeverfahren von der Vergabestelle zu beurteilen; deren Entscheidung unterliegt jedoch in vollem Umfang der Kontrolle durch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen.

### **C. Anforderungen an das Holz von Hier-Label als Voraussetzung für seine vergaberechtliche Verwendbarkeit**

Die Verwendbarkeit des Holz von Hier-Labels in Vergabeverfahren setzt gemäß § 34 Abs. 1 VgV seine Übereinstimmung mit den in § 34 Abs. 2 VgV normierten Voraussetzungen voraus. Anforderungen an das Gütezeichen als solches ergeben sich dabei aus Nr. 2 bis 5, die eng miteinander zusammenhängen. Sie zielen sämtlich darauf ab, Willkür bei der Erteilung des Gütezeichens auszuschließen.

#### ***I. § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV***

Gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV müssen „[d]ie Anforderungen des Gütezeichens ... auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien“ beruhen. Die Norm bezieht sich auf die Voraussetzungen für die Erteilung des Gütezeichens. Diese müssen uneingeschränkt und für jeden nachvollziehbar sein und dürfen keine diskriminierenden Wirkungen entfalten. Aus dem Gebot der objektiven Nachprüfbarkeit folgt zugleich die Notwendigkeit der Transparenz der Kriterien sowie ihrer Bestimmtheit<sup>11</sup>.

Für Umweltgütezeichen folgt daraus die Notwendigkeit einer eindeutigen, wissenschaftlich untermauerten Definition der Erteilungsvoraussetzungen. Dabei kann es sich um unterschiedliche Parameter handeln, die sich auf die Umwelteigenschaften eines Produkts oder seines Entstehungsprozesses beziehen oder das Umweltverhalten eines Unternehmens insgesamt zum Gegenstand haben. Zugleich müssen diese Parameter uneingeschränkt zur Anwendung kommen, um die Diskriminierungsfreiheit sicherzustellen. So sind etwa Bezugnahmen auf die nationale oder regionale Herkunft ausgeschlossen, da diese als solche mit Blick auf die Umwelteigenschaften nicht aussagekräftig ist.

---

<sup>10</sup> BR-Drucks. 87/16, S. 188; zustimmend *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), VgV, § 34 Rn. 9.

<sup>11</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 Rn. 98 ff. – Max Havelaar.

Indem das Holz von Hier-Label als produktbezogenes Gütezeichen die forstbezogenen Nachhaltigkeitskriterien des FSC und PEFC ohne Modifikation durch Forderung nach einem FM-Zertifikat für das Rohholz übernimmt, knüpft es an anerkannte Standards an, welche zweifelsfrei die Anforderungen des § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV erfüllen. Seine zentrale Aussage der Kürze der Transportwege als Ausweis besonderer Umweltfreundlichkeit basiert ebenfalls auf wissenschaftlichen Studien. Die Differenzierung zwischen verschiedenen Produktarten oder Sortimenten unter Anknüpfung an den jeweiligen Durchschnitt der transportbedingten Umweltbelastungen steht zwar einer Erfassung der Erteilungsvoraussetzungen „auf den ersten Blick“ entgegen. Eine größtmögliche Komplexitätsreduktion erfordert § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV jedoch gerade nicht. Für die einzelnen Sortimente sind die Erteilungsvoraussetzungen durch ein entsprechendes Dokument auf der Website von Holz von Hier<sup>12</sup> nachvollziehbar. Fraglich ist allerdings, ob diese transportwegbezogenen Voraussetzungen diskriminierende Wirkungen entfalten. Es ist offensichtlich, dass Anbieter von Holz aus vom Verwendungsort weit entfernten Gegenden das Gütezeichen nicht erlangen können. Dies benachteiligt sie gegenüber ortsnäheren Anbietern. Eine europarechtlich (vgl. Art. 43 Abs. 1 lit. b RL 2014/24/EU) relevante Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit liegt darin jedoch nicht, da die Transportwege in Grenz- und grenznahen Regionen aus dem benachbarten EU-Ausland ggf. geringer sind als diejenigen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland oder sogar einzelner Bundesländer. Insoweit ist zu beachten, dass das Label weder eine Aussage über die nationale Herkunft des verwendeten Holzes trifft noch eine Zertifizierung nichtdeutschen Holzes in irgendeiner Weise ausschließt. Eine unmittelbare Diskriminierung ist daher nicht gegeben. Allerdings ist zu konstatieren, dass deutschen Anbietern *in ihrer Gesamtheit* die Erfüllung der Anforderungen leichter möglich ist als Holz(producte)anbietern aus dem Ausland. Dieser Umstand legt das Vorliegen mittelbar diskriminierender Wirkungen nahe. Auch solche sind europarechtlich grundsätzlich unzulässig und unterfallen daher dem Verbot des § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV; allerdings liegt eine *verbotene* mittelbare Diskriminierung nur vor, wenn die Ungleichbehandlung nicht sachlich gerechtfertigt ist.<sup>13</sup> Da der Umweltschutz europarechtlich anerkannt und gefordert wird, vgl. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV, Art. 4 Abs. 2 lit. e, Art. 11, 191 ff. AEUV, kann er als Rechtfertigungsgrund dienen. Dies verdeutlicht zudem unmittelbar gegenstandsbezogen auch die (tatbestandlich allerdings nicht betroffene) Verordnung (EU) Nr. 995/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzzeugnisse in Verkehr bringen<sup>14</sup>. Da im Falle des Holz von

---

<sup>12</sup> <http://www.holz-von-hier.de/ueber-holz-von-hier/das-umweltzeichen/> unter „Transporte“.

<sup>13</sup> Im Überblick dazu *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 18 AEUV Rn. 12 ff., 37 f.; zu den Besonderheiten regionaler Märkte siehe auch *Kingreen*, ebd., Art. 34-36 AEUV Rn. 182.

<sup>14</sup> ABl. 2010 L 295/23.

Hier-Labels nichts dafür spricht, dass die Bestimmung der Erteilungskriterien und insbesondere die Festlegung der holzartspezifischen Transportwege nicht eigentlich<sup>15</sup> dem Umweltschutz, sondern der Bevorzugung inländischer Anbieter dienen sollen, ist dieses letztlich als nichtdiskriminierend zu qualifizieren, so dass die Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV erfüllt sind.

## **II. § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV**

§ 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV fordert, dass „[d]as Gütezeichen ... im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt [wurde], an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können.“ Die Vorschrift bezieht sich auf den Prozess der Entwicklung des Gütezeichens und soll sicherstellen, dass die Allgemeinheit Einfluss auf die Bildung der Erteilungskriterien nehmen kann und diese nicht das Ergebnis intransparenten Handelns einzelner (ggf. an bestimmten Ergebnissen interessierter) Akteure sind. Verfahrensoffenheit und -transparenz erfordern die Zugänglichkeit des Verfahrens für „alle relevanten, interessierten Kreise wie staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller, Händler und Nichtregierungsorganisationen“<sup>16</sup> und die Möglichkeit ihrer aktiven Beteiligung. Eine abschließende Auswahl der Teilnehmer ist daher ebenso ausgeschlossen wie eine fehlende Publizität des Verfahrens, der Prämissen und Beratungen und ihrer Ergebnisse.

Das Holz von Hier-Label wurde in einem mehrere Jahre dauernden Prozess unter Einbeziehung einer Vielzahl von Stakeholdern auf wissenschaftlicher Grundlage ausgearbeitet. Auch in der Umsetzung im weiteren Verlauf ist eine kontinuierliche Stakeholderbeteiligung sichergestellt. Die Qualifikation als Umweltzeichen ISO Typ I gewährleistet dabei eine Übereinstimmung mit den Anforderungen des § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV. Es ist nicht ersichtlich, dass nach Auffassung des EU-Gesetzgebers oder des Verordnungsgebers dieser etablierte Standard als unzureichend anzusehen ist.

## **III. § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV**

Gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV müssen „[a]lle betroffenen Unternehmen ... Zugang zum Gütezeichen“ haben. Die Vorschrift zielt zum einen auf die Transparenz des Gütezeichens und seiner Anforderungen ab, die etwa durch Veröffentlichung der Anforderungen im Internet hergestellt werden kann.<sup>17</sup> Darüber hinaus erfordert die Vorschrift, dass jeder Marktteilnehmer, welcher bzw. wessen Produkt oder Dienstleistung die Erteilungsvoraussetzungen erfüllt, das Gütezeichen erhalten kann. Es ist mithin erforderlich, dass das Gütezeichen ohne

---

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419 Rn. 76 ff. – Tabakwerbeverbot.

<sup>16</sup> BR-Drucks. 87/16, S. 187.

<sup>17</sup> BR-Drucks. 87/16, S. 187.



Ansehung der Person, ihres Verhaltens etc. allein aufgrund der Anwendung der festgelegten Kriterien erteilt wird.

Das Holz von Hier-Label ist umfassend transparent<sup>18</sup> und wird jedem Anbieter von Holzprodukten für diese erteilt, wenn diese die Nachhaltigkeits- und Transportwegkriterien erfüllen. Eine allgemeine Zugänglichkeit i.S.v. § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV ist damit gegeben.

#### ***IV. § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV***

Schließlich legt § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV zur Vermeidung von Interessenkonflikten<sup>19</sup> fest, dass „[d]ie Anforderungen ... von einem Dritten festgelegt [wurden], auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.“ Die das Gütezeichen erteilende Stelle muss mithin die Gewähr für Neutralität und Unabhängigkeit von denjenigen Unternehmen bieten, die bzw. deren Produkte das Gütezeichen erhalten sollen. „Firmen-“ oder „Konzerngütezeichen“ sind damit ausgeschlossen, wobei es diesbezüglich regelmäßig auch an den Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VgV fehlen dürfte.

Die das Holz von Hier-Label erteilende Holz von Hier gGmbH ist ein gemeinnütziges Unternehmen, dessen Anteile vollständig von den Gründern, Dr. Gabriele Bruckner und Dr. Philipp Strohmeier, gehalten werden. Es bestehen nach den mir vorliegenden Informationen keine vertraglichen oder sonstigen Beziehungen zu Unternehmen der Holzindustrie, welche deren bestimmenden Einfluss auf die Holz von Hier gGmbH begründet könnten. Die Mitwirkung von Vertretern solcher Unternehmen in den beratenden, pluralistisch zusammengesetzten Gremien der Holz von Hier gGmbH (Fachbeirat und – nur theoretisch – Kuratorium<sup>20</sup>) ist allein zur Begründung eines derartigen Einflusses nicht geeignet. Gleiches gilt im Hinblick auf die von Unternehmen für die Inanspruchnahme der gemeinnützigen Leistungen der Holz von Hier gGmbH einschließlich des Zugangs zur Zertifizierung zu zahlenden Solidarbeiträge i.H.v. jährlich 190 bis 2000 €. Diese vermitteln keinen Einfluss auf die Formulierung der Kriterien des Labels und ihre Anwendung im Einzelfall. Während die Neutralität ersterer durch die Zuständigkeit des Kuratoriums verfahrensmäßig abgesichert ist, handelt es sich bei letzterer um einen automatisierten Vorgang, bei dem die Zertifizierungsurkunde vom (fremd überwachten) Computersystem aufgrund einzelner produktbezogener „Buchungen“ der Unternehmen kreiert wird. Dies lässt einen – gar maßgeblichen – Einfluss der Unternehmen, deren Produkte zertifiziert werden, nicht zu. Die Erhebung von Kostenbeiträgen

---

<sup>18</sup> Vgl. <http://www.holz-von-hier.de>.

<sup>19</sup> *Prieß/Simonis*, in: *Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß* (Hrsg.), *VgV*, § 34 Rn. 6.

<sup>20</sup> Mitgliederübersicht unter <http://neu.holz-von-hier.de/ueber-holz-von-hier/die-initiative/kuratorium/>.

ist überdies bei allen gängigen Labels einschließlich FSC und PEFC üblich, ohne dass deren Neutralität in Frage gestellt würde.

#### **D. Anforderungen an die Verwendung des Holz von Hier-Labels im Vergabeverfahren**

Die Qualifikation des Holz von Hier-Labels als Label, welches die allgemeinen vergaberechtlichen Verwendungsvoraussetzungen erfüllt, trifft noch keine Aussage über die Zulässigkeit seiner Verwendung im Einzelfall. Hierfür bedarf es der Beachtung des § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV sowie der Berechtigung öffentlicher Auftraggeber, den Beschaffungsgegenstand in Übereinstimmung mit den Erteilungskriterien festzulegen.

##### ***I. § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV***

Gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV darf ein Gütezeichen in einem konkreten Vergabeverfahren nur verwendet werden, wenn „[a]lle Anforderungen des Gütezeichens ... für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet [sind] und ... mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Abs. 3 in Verbindung [stehen].“ Die Forderung nach einem Nachweis bestimmter Eigenschaften durch ein Gütezeichen wird dadurch insoweit begrenzt, als Gütezeichen nicht pauschal gefordert werden dürfen, sondern bezogen auf den jeweils zu vergebenden Auftrag eine instrumentelle Funktion erfüllen müssen. Die Eignung zur Merkmalsbestimmung stellt die Kongruenz zwischen spezifischen Eigenschaften des Beschaffungsgegenstands und den Kriterien für die Erteilung des Gütezeichens her. Die zusätzlich geforderte Verbindung mit dem Auftragsgegenstand erfordert, dass diese durch das Gütezeichen nachzuweisenden Eigenschaften nicht willkürlich festgelegt werden, sondern dem Beschaffungsziel dienen. Dabei verfügt der öffentliche Auftraggeber allerdings auf Grundlage von § 31 Abs. 3 VgV über recht weite Spielräume. Dies verdeutlicht – unmittelbar bezogen auf die Zuschlagskriterien - § 127 Abs. 3 S. 2 GWB. Danach ist eine Verbindung von Kriterien mit dem Auftragsgegenstand „auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.“ Allein eine „allgemeine Umweltpolitik“ ist dem öffentlichen Auftraggeber nicht gestattet.<sup>21</sup>

Sollen nicht alle Kriterien eines Gütezeichens zur Anwendung kommen oder die Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV erfüllen, darf das Gütezeichen nicht gefordert werden. Vielmehr hat der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall gemäß § 34 Abs. 3 VgV „die betreffenden Anforderungen anzugeben.“

---

<sup>21</sup> *Prieß/Simonis*, in: *Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß* (Hrsg.), *VgV*, § 34 Rn. 3.

In Bezug auf das Holz von Hier-Label bedeutet dies, dass dessen Verwendung in Vergabeverfahren in Betracht kommt, wenn bei der Holz(producte)beschaffung sowohl Nachhaltigkeit als auch besondere Klimafreundlichkeit gefordert werden. Soweit letztere durch einen unterdurchschnittlichen Transportweg hergestellt wird, sind die Anforderungen des § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV gegeben. Die Klimafreundlichkeit zu beschaffenden Holzes durch kurze Transportwege ist sowohl merkmalsbezogen als auch weist es zu diesem eine unmittelbaren Verbindung auf. Es handelt sich dabei – wiederum in Anlehnung an die Formulierung des § 127 Abs. 3 S. 2 GWB – um einen Prozess im Zusammenhang mit der Herstellung, der sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirkt.

Allerdings kann eine entsprechende Klimafreundlichkeit auch auf anderem Wege erreicht werden, etwa durch Kompensationsmaßnahmen. Dies wirft die Frage auf, ob eine unterdurchschnittliche Transportweglänge *als solche* und damit eine spezifische Maßnahme zur Herstellung der Klimafreundlichkeit des Beschaffungsgegenstands vorgegeben werden kann. Deren Beantwortung hängt von den Befugnissen öffentlicher Auftraggeber zur Aufstellung von Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand ab weist damit über den Regelungsbereich des § 34 VgV hinaus.

## ***II. Spielräume öffentlicher Auftraggeber bei der Festlegung von Umwelteigenschaften des Beschaffungsgegenstands***

Im Ausgangspunkt ist jeder öffentlichen Auftraggeber vergaberechtlich frei in der Bestimmung des zu beschaffenden Gegenstands einschließlich der Festlegung seiner Eigenschaften.<sup>22</sup> Dies gilt grundsätzlich und seit der Vergaberechtsreform (2016) in besonderer Weise auch für Umwelteigenschaften.<sup>23</sup> Hierzu zählt auch die Klimafreundlichkeit eines zu beschaffenden Produkts.<sup>24</sup>

Für die Festlegung derartiger, herkömmlich als „vergabefremd“<sup>25</sup> bezeichneter Anforderungen gilt weiterhin, dass diese nicht dazu dienen dürfen, den Wettbewerb willkürlich und zugunsten inländischer Anbieter zu beschränken, vgl. bezogen auf die Zuschlagskriterien § 127 Abs. 4 GWB.<sup>26</sup> Dies ist in Bezug auf das Ziel der Klimafreundlichkeit bei der Beschaffung von Holz(producten) grundsätzlich unproblematisch. Der Klimaschutz ist ein im europäischen wie im nationalen Recht als legitim qualifiziertes Ziel. Im Vergaberecht bildet er

---

<sup>22</sup> Traupel, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Kap. 14 Rn. 5 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Zeise/Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Hrsg.), § 97 Rn. 78 ff.

<sup>24</sup> Näher Fehns-Böer, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB Vergaberecht, 2016, § 97 Rn. 81 ff.

<sup>25</sup> Siehe etwa Glahs, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB-Kommentar, Teil A/B, 5. Aufl. 2015, § 6 EG Rn. 21.

<sup>26</sup> Dazu Müller-Wrede, in: ders. (Hrsg.), GWB Vergaberecht, 2016, § 127 Rn. 155 ff., 192 ff.

einen der „umweltbezogenen Aspekte“ i.S.v. § 97 Abs. 3 GWB und kann als solcher Gegenstand von technischen Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung, von Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen sein, § 127 Abs. 1 S. 3, 128 Abs. 2 S. 3 GWB, § 31 Abs. 3 VgV. Soweit überhaupt eine Beschränkung des Wettbewerbs durch eine (allgemein) „klimafreundliche“ Beschaffung erfolgt, geschieht dies allein zu Lasten derjenigen Anbieter, die keine oder wenig ambitionierte Klimaschutzmaßnahmen ergreifen. Dies ist vor dem Hintergrund des vergaberechtlich anerkannten Stellenwertes des Umwelt- und Klimaschutzes nicht zu beanstanden. Diskriminierende Wirkungen (insbesondere gegenüber ausländischen Anbietern) sind damit nicht verbunden.

Fraglich ist aber, ob diese Erwägungen ohne Weiteres auf *spezifische* Klimaschutzmaßnahmen übertragen werden können. Diese engen die Handlungsspielräume der betroffenen Unternehmen erheblich ein. Zudem können sie geeignet sein, die Realisierung der Warenverkehrsfreiheit und damit des Binnenmarktes in Frage zu stellen, wenn sie sich typischerweise zu Lasten ausländischer Anbieter auswirken. Dies ist bei der Vorgabe eines unterdurchschnittlichen Transportwegs von Holz ungeachtet der formellen Neutralität der Fall. Allein der Umstand, dass auch ein Unternehmen mit Sitz in einem (weiter entfernten) anderen EU-Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, bei seinem Angebot Holz mit kurzen Transportwegen zu verwenden, ändert daran nichts. Dies gilt gleichermaßen für unverarbeitetes Holz, welches eine Herkunft aus einem deutschen oder deutschlandnahen Wald voraussetzt, wie für verarbeitetes Holz, das zusätzlich eine Produktionsstätte in der Nähe des Beschaffungsortes (und damit im Zweifel im Inland) erfordert. Beides geht mit erheblichen – im Vergleich zu Unternehmen vor Ort auch zusätzlichen – Belastungen für die Unternehmen einher, die sich als nachteilig im Wettbewerb zu erweisen geeignet sind.

Allerdings können Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt werden. Der EuGH hat mehrfach selbst unmittelbar diskriminierende staatliche Maßnahmen, die dem Umweltschutz dienen, für gerechtfertigt erachtet.<sup>27</sup> Zu berücksichtigen sind zudem die in Sekundärrechtsakten zu Tage tretenden Wertungen des EU-Gesetzgebers<sup>28</sup> wie auch der Umstand einer bloßen Teilharmonisierung des Umwelt- und Klimaschutzrechts, welche die Mitgliedstaaten zur Festlegung von Maßnahmen zwingt, welche zwangsläufig auf das eigene Territorium beschränkt sind. Vorliegend ist von wesentlicher Bedeutung, dass der vorstehend zitierte § 127 Abs. 3 S. 2 GWB seine Grundlage in Art. 67 Abs. 3 lit. a RL 2014/24/EU

---

<sup>27</sup> Vgl. etwa zur Einführung einer Pfandpflicht auf Einwegverpackungen (hinsichtlich derer allerdings das Fehlen einer angemessenen Übergangsregelung moniert wurde) EuGH, Urt. v. 14.12.2004 – C-309/02, Slg. 2004, I-11794 Rn. 74 ff. – Radlberger Getränkegesellschaft; zur Beschränkung von Fördersystemen zugunsten erneuerbarer Energien EuGH, Urt. v. 1.7.2014 – C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 Rn. 76 ff. – Ålands Vindkraft; näher *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34-36 AEUV Rn. 214 m.w.N.; zur fehlenden dogmatischen Klarheit unverändert aktuell *Heselhaus*, EuZW 2001, 645 ff.

<sup>28</sup> Vgl. in abfallrechtlichem Kontext EuGH, Urt. v. 12.12.2013 – C-292/12, ECLI:EU:C:2013:820 Rn. 44 – Ragn-Sells.

findet. Das EU-Vergaberecht nimmt somit selbst auf den „spezifischen Prozess der Herstellung“ als Zuschlagskriterium Bezug. Erw. 96 spezifiziert dies dahingehend, dass im Rahmen einer Lebenszyklusrechnung in Bezug auf eine Ware die durch „ihre Herstellung hervorgerufenen Umweltverschmutzung“ ohne Eingrenzung berücksichtigt werden kann. Gleichsinig führt dies Erw. 104 für Ausführungsbedingungen aus. In zeitlicher Hinsicht ist dabei ab der Gewinnung der Rohstoffe anzusetzen, wie neben Erw. 96 auch Erw. 97 klarstellt, der zudem in Bezug auf ökologische Aspekte auf die „Ressourceneffizienz“ abstellt. In diesem Sinne zählen zum Herstellungsprozess die Transportwege; Umweltverschmutzungen sind auch Klimabelastungen. Eine abweichende Wertung im Rahmen der Richtlinie liegt prima facie allein Art. 42 Abs. 4 RL 2014/24/EU zugrunde, wonach technische Spezifikationen grundsätzlich nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft verweisen dürfen. Zumindest letzteres ist bei einer Begrenzung der Transportwege fraglich. Allerdings ist auch diese Vorschrift nicht isoliert, sondern im Kontext der gesamten EU-Politiken auszulegen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Reduzierung von Verkehrsemissionen ebenfalls ein bedeutendes (Umwelt- und Klimaschutz-)Ziel der EU ist,<sup>29</sup> zu dem eine Reduzierung der Transportwege einen Beitrag zu leisten geeignet ist. Diese Erwägungen sprechen dafür, dass die Anforderung der Ergreifung spezifischer Klimaschutzmaßnahmen durch Unternehmen in Vergabeverfahren aus europarechtlicher Sicht jedenfalls grundsätzlich gerechtfertigt sind. Dies gilt jedenfalls, solange diese nicht zum Zwecke der (versteckten) Diskriminierung ausländischer Anbieter und der Einschränkung des Wettbewerbs verwendet werden.

## **E. Folgerungen**

Das Holz von Hier-Label erfüllt die Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV, so dass seine Verwendung in Vergabeverfahren grundsätzlich in Betracht kommt. Als solches darf es seitens der Vergabestellen gefordert werden. Im Einzelfall setzt seine Verwendung allerdings voraus, dass ein Bezug zum Beschaffungsgegenstand gegeben ist und keine Diskriminierung ausländischer Anbieter beabsichtigt ist, sondern ausschließlich ein überdurchschnittlicher Beitrag zum Klimaschutz. Dies ist im Vergabebericht zu dokumentieren.

Als produkteigenschaftsbezogene Angabe kann das Holz von Hier-Label Teil der Leistungsbeschreibung sein. In diesem Falle müssen alle Angebote mit dem Gütezeichen (oder einem Äquivalent) gekennzeichnet sein, um wertungsfähig zu sein. Dies kann als besonders wirksame Maßnahme des Klimaschutzes bei der Holz(producte)beschaffung dienen, zugleich aber den Wettbewerb deutlich einschränken.

Eine Verwendung im Zusammenhang mit Eignungskriterien erscheint dagegen zweifelhaft. Zum einen bezieht sich das zugrunde liegende Europarecht nicht auf die Eignungskriterien,<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> [https://europa.eu/european-union/file/1254/download\\_de?token=1dpGTh5w;](https://europa.eu/european-union/file/1254/download_de?token=1dpGTh5w;) [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2545\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2545_de.htm)

<sup>30</sup> Vgl. auch *Baumann*, VergabeR 2015, 367 (372).

zum anderen handelt es sich gerade um ein produkt- und damit unmittelbar auf den Beschaffungsgegenstand bezogenes Gütezeichen, nicht um ein unternehmensbezogenes. Gerade auf Fähigkeiten der am Vergabewettbewerb teilnehmenden Unternehmen zielt die Eignung jedoch ab.

Zulässig ist dagegen wiederum eine Verwendung als Bestandteil der Zuschlagskriterien, vgl. § 127 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 GWB. Je nach Gewichtung in der Bewertungsmatrix kann die Bedeutung des Gütezeichens variieren. Der Vergabewettbewerb wird dabei insgesamt weniger beschränkt, als im Falle einer Verwendung als Teil der Leistungsbeschreibung, da in diesem Falle auch Angebote in die Wertung einbezogen werden, welche nicht zertifiziertes Holz verwenden. Zugleich wird die Erreichung des Klimaschutzbeitrags nicht sichergestellt, sofern nicht insgesamt auf eine überdurchschnittliche Klimafreundlichkeit abgestellt wird, die u.a. durch das Holz von Hier-Label belegt werden kann.

Schließlich kommt eine Verwendung des Holz von Hier-Labels bei geeigneten Beschaffungsvorhaben als Teil der Ausführungsbedingungen i.S.v. § 128 Abs. 2 GWB in Betracht. In diesem Falle muss derjenige Bieter, dem der Zuschlag erteilt wird, mit zertifiziertem Holz arbeiten; auf seine Auswahl hat dies jedoch keinen Einfluss.

Jena, den 12. April 2017



Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.