



Vergaberechtliche Aspekte bei der Beschaffung von Ökostrom

**Rechtsanwältin Birgit Ortlieb
Rechtsanwälte BETHGE.REIMANN.STARI, Berlin**

2. Auflage 2013 – 28. August 2013

Inhaltsverzeichnis

A.	1. Teil: Einleitung	3
I.	Standortbestimmung und Auftragsgegenstand.....	3
II.	Vergaberechtliche Ausgangslage.....	4
1.	Grundlagen jedes Beschaffungsvorgangs	4
2.	Novelle des Vergaberechts – Aufnahme umweltbezogener Aspekte in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB.....	4
3.	Europäische Grundlagen	6
a.	Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie.....	6
b.	Erwägungsgründe	6
c.	GPP – Kriterien der EU-Kommission.....	8
d.	... daraus folgt	8
e.	Gegenüberstellung der europäischen und der deutschen Vorschriften	9
III.	„Ökologische“ Ausgangssituation – Marktlage	12
IV.	Ausgangssituation nach dem EEG	14
B.	2. Teil: Modellbeschreibungen	17
I.	Einleitung	17
II.	Das Händlermodell.....	17
III.	Das Fondsmodell	18
IV.	Das Initiierungsmodell.....	19
V.	Vergaberechtliche Fragestellung	20
C.	3. Teil: Vergaberechtliche Prüfung	21
I.	Formulierung des Auftragsgegenstand „Ökostrom“.....	21
II.	§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB als Ausgangspunkt	21
1.	Die gesetzliche Begründung der Bundesregierung zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts	22
2.	Die gesetzliche Begründung des Bundesrats zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts	23
3.	Feststellungen aufgrund der Parlamentsdokumente	24
III.	Zwischenfazit	24
IV.	Auswertung der Rechtsprechung.....	25
1.	Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	25
a.	EuGH-Urteil „Concordia Bus Finland“ vom 17. September 2002 - Rs. C- 513/99.....	25
b.	EuGH-Urteil „Wienstrom“ vom 4. Dezember 2003 - Rs. C-448/01	26
c.	EuGH-Urteil „Umweltgütezeichen EKO und MAX HAVELAAR“ vom 10. Mai 2012 - Rs. C-368/10.....	29
2.	Rechtsprechung der nationalen Gerichte	33
a.	Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. Januar 2013 – VII-Verg 35/12	33
b.	Beschluss des OLG Koblenz vom 29. November 2012 – 1 Verg 6/12.....	34
c.	Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. Dezember 2010 – VII-Verg 24/10	36
3.	Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung und Schlussfolgerungen.....	38
D.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	39

A. 1. Teil: Einleitung

I. Standortbestimmung und Auftragsgegenstand

Im November 2002 hat die Verfasserin dem Verein Energievision e.V. ein Gutachten zu den vergaberechtlichen Aspekten bei der Beschaffung von Ökostrom vorgelegt. Hintergrund diese Gutachten war zu klären, ob und wie öffentliche Auftraggeber Ökostrom – d.h. nachweislich ökologisch erzeugten Strom mit einem ausgewiesenen Umweltnutzen – nachfragen dürfen. Das Gutachten kam damals zu dem Ergebnis, dass Ökostrom – trotz des Erneuerbaren Energien Gesetzes – zulässigerweise nachgefragt werden darf, soweit diese Ökostrom außerhalb des EEG vermarktet wird. Der ausgewiesene Umweltnutzen wurde damals anhand verschiedener Modelle näher beleuchtet. Außerdem hat das Gutachten herausgestellt, dass sich öffentliche Auftraggeber bei der Nachfrage nach Ökostrom auf Gütesiegel beziehen dürfen, um die Leistung näher zu beschreiben bzw. ihre Vergabeentscheidung daran zu knüpfen.

Mittlerweile sind mehr als 10 Jahre ins Land gegangen. Nicht nur wichtige Regelungen des EEG haben sich geändert; das gesamte Fördersystem EEG hat seit der Novellierung 2009 durch den Übergang von der physikalischen Wälzung von Strommengen zu einer rein finanziellen Wälzung von durch das EEG induzierten Kosten eine wesentliche Neuordnung erfahren.

Des Weiteren sind wichtige Vorschriften des Vergaberechts inzwischen novelliert worden; insbesondere sind die dem deutschen Vergaberecht zugrunde liegenden vergaberechtlichen Richtlinien der EU wesentlich umstrukturiert und erneuert¹ sowie um umweltbezogene Aspekte² mit Hinweis auf den europäischen Vertrag³ ergänzt worden.

Außerdem haben sich auch die Anforderungen, die die Herausgeber an die Vergabe von Gütesiegeln stellen bzw. und die zugrunde liegenden Modelle, unter denen ökologisch nachhaltig erzeugter Strom gefördert werden soll, geändert.

Vor diesem Hintergrund hat der Verein Energievision e.V. um eine Neuauflage und Überarbeitung des Gutachtens gebeten. Zentrale Frage ist dabei, ob nach den derzeit geltenden vergaberechtlichen Regelungen öffentliche Auftraggeber Ökostrom - insbesondere mit Bezug auf das (noch näher zu erläuternde) Initiierungsmodell - nachfragen dürfen.

¹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ABl. EU L 134, S. 114 in der Fassung der Berichtigung vom 26.11.2004 ABl. EU Nr. L 351 S. 44.; Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste ABl. EU L 134 vom 30/04/2004 S. 0001 – 0113.

² Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG

³ Früher Art. 6 des Europäischen Vertrages – EGV - heute (wortgleich) Art. 11 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

II. Vergaberechtliche Ausgangslage

1. Grundlagen jedes Beschaffungsvorgangs

Nach wie vor sind öffentliche Auftraggeber (vgl. § 98 GWB) verpflichtet, jede Beschaffung der Ware⁴ Strom zum eigenen Verbrauch⁵ – auch die Beschaffung von Ökostrom⁶ – als Lieferleistung (vgl. § 99 Abs. 2 GWB) im Rahmen eines offenen Verfahrens (vgl. § 101 Abs. 7 GWB) zwingend EU-weit auszuschreiben, soweit der geschätzte netto-Auftragswert den maßgeblichen EU-Schwellenwerte von derzeit 200.000,- € bzw. von 130.000,- € (für Aufträge oberster oder oberer Bundesbehörden)⁷ erreicht oder überschreitet.

Die klassischen öffentlichen Auftraggeber – also der Bund, die Länder, Städte und Gemeinden (vgl. § 98 Nr. 1 GWB)⁸– sind darüber hinaus über ihre Haushalts-Verordnungen auch unterhalb des erwähnten EU-Schwellenwerts verpflichtet, transparente Vergabeverfahren durchzuführen und insbesondere Lieferungen und Leistungen im Wege öffentlicher Ausschreibungen zu beschaffen⁹.

Öffentliche Auftraggeber haben oberhalb des EU-Schwellenwerts für die Durchführung des Vergabeverfahrens den Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A 2009) – Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (Liefer- und Dienstleistungen) im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG (VKR)¹⁰ – anzuwenden; die klassischen öffentlichen Auftraggeber haben darüber hinaus unterhalb des EU-Schwellenwerts den Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A 2009) anzuwenden.

2. Novelle des Vergaberechts – Aufnahme umweltbezogener Aspekte in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB

Seit der Novellierung des Vergaberechts im Jahr 2008, insbesondere des GWB¹¹, können öffentliche Auftraggeber gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB **„für die Auftragsausführung**

⁴ Strom ist eine Ware nach der Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH Urteil vom 27. April 1994 Rs.C-393/92 „Almelo“

⁵ In Abgrenzung zu § 100 b Abs. 2 Ziffer 3 GWB, wonach die Beschaffung von Strom zum Zweck der Energieerzeugung ausdrücklich von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen ist.

⁶ Ökostrom ist wegen der anderen Art der Herstellung eine andere Ware Strom; so auch der EuGH in der Entscheidung „Wienstrom“, EuGH Urteil vom 4. Dezember 2003 Rs. C-448/01

⁷ EU-Verordnung Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011 zur Änderung der Richtlinie 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union L 319 vom 02.12.2011, Seite 43

⁸ Vgl. Pünder in Pünder/Schellenberg (Hrsg.) Kommentar zum Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 98 GWB Rn. 1.

⁹ Vgl. § 55 Bundeshaushaltsverordnung sowie entsprechend (und meist gleichlautend) die jeweiligen Haushaltsordnungen der Länder

¹⁰ RICHTLINIE 2004/18/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ABl. EU L 134, S. 114 in der Fassung der Berichtigung vom 26.11.2004 ABl. EU Nr. L 351 S. 44.

¹¹ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts BT-Drs. 16/10117 vom 13. August 2008; in Kraft getreten am 24. April 2009, BGBl. Teil I 2009 vom 23. April 2009, S. 790 ff.

(...) zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer (stellen), die insbesondere soziale, umweltbezogene¹² oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit der Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“ Der deutsche Gesetzgeber hat damit an die Formulierung des Art. 26 VKR¹³ und des Art. 8 SKR¹⁴ angeknüpft und dem Anliegen der GWB-Reform, die weiteren Regelungen der EG-Vergaberechtl. von 2004 in das deutsche Vergaberecht umzusetzen, entsprochen¹⁵.

Wie sich diese neue Regelung in das Gesamtgefüge des Vergaberechts systematisch einordnen lässt, wird in der vielfältigen Literatur zu diesem Thema unterschiedlich beurteilt: einige Autoren sehen die zusätzlichen Anforderungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB mindestens als Konkretisierung des Auftragsgegenstandes¹⁶ und damit als zusätzliche Anforderungen im Rahmen der Ausführung der Leistung¹⁷ an; andere lesen diese Vorschrift ausschließlich als Möglichkeit entsprechende technische Spezifikationen in Bezug zu nehmen¹⁸; weitere Autoren interpretieren diese Norm (auch) als Erlaubnis zur Formulie-

¹² Siehe auch die Vorschriften zur Energieeffizienz in §§ 4 Abs. 4 bis 6b) Vergabeverordnung VgV bezogen auf energieverbrauchsrelevante Produkte und das Einbeziehen von Effizienzkriterien in die Wertung; dazu Näheres bei Stockmann/Rusch: Wie viel Energieeffizienz muss es sein? In NZBau 2013, S. 71ff.

¹³ VergabeKoordinierungsRichtlinie - Richtlinie 2004/18/EG

¹⁴ SektorenKoordinierungsRichtlinie - Richtlinie 2004/17/EG

¹⁵ Vgl. Müller-Wrede in Müller-Wrede (Hrsg.) GWB- Vergaberecht Kommentar, 1. Auflage 2009, § 97 GWB Rn. 41 m.w.N.

¹⁶ Wegener: Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2010, S. 273 ff.; Leifert/Mißling: Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im bestehenden und zukünftigen Vergaberecht am Beispiel des europäischen Umweltmanagementsystems EMAS, ZUR 2004, S. 266 ff.; Rechten: Die Novelle des EU-Vergaberechts, NZBau 2004, S. 366 ff.; Dageförde/ Dross: Reform des europäischen Vergaberechts - Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, NVwZ 2005, S. 19 ff.; Schneider: Umweltschutz im Vergaberecht, NVwZ 2009, S. 1057 ff.; Rechten / Junker: Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts - oder: Nach der Reform ist vor der Reform, NZBau 2009, S. 490 ff., die § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ausdrücklich als unsystematisch einstufen; ebenso Summa: Stellungnahme zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, Anhörung im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages Drucksache 16(9)1171 vom 8. Oktober 2008, der die Norm außerdem auch für überflüssig hält.; zu der Einordnung sozialer Vergabeaspekte siehe auch Frenz: Soziale Vergabekriterien, NZBau 2007, S. 17 ff.; siehe auch Fehling in Pünder/Schellenberg (Hrsg.) Vergaberecht Kommentar 2011, § 97 Rn. 142, 150, 173; Dageförde: Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, Praxisleitfaden für Auftraggeber, 2012, S. 69 Rn. 144ff.; S. 81 Rn. 168ff.

¹⁷ So auch Burgi: Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht, NZBau 2011, S. 577 ff.; Diemon-Wies/ Graiche: Vergabefremde Aspekte - Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB NZBau 2009, S. 409 ff.; Kus: Losvergabe und Ausführungskriterien, NZBau 2009, S. 21 ff.; ebenso Frenz a.a.O. S. 20.

¹⁸ Huerkamp: Technische Spezifikationen und die Grenzen des § 97 IV 2 GWB, NZBau 2009, S. 755 ff.; siehe auch Wegener / Hahn: Ausschreibung von Öko- und Fair-Trade-Produkten mittels Gütezeichen, NZBau 2012, S. 684 im Hinblick auf die Ausschreibung von Öko- und Fair-Trade- Produkten mittels Gütezeichen.

rung umweltbezogener Zuschlagskriterien oder sogar Eignungskriterien¹⁹. In der Rechtsprechung des EuGH finden sich ebenfalls unterschiedliche systematische Ansätze²⁰.

3. Europäische Grundlagen

Da § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB auf Art. 26 VKR beruht, müssen Interpretationen des deutschen Vergaberechts immer im Lichte der zugrunde liegenden Richtlinien sowie deren Erwägungsgründen gesehen werden. Insofern kommt den europäischen Regelungen und Erwägungen eine zentrale Leitfunktion zu.

a. Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie²¹

Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie - VKR - lautet:

Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.

Mit dieser Regelung – und gleichlautender in der Sektorenkoordinierungsrichtlinie²² – hat der Europäische Gesetzgeber vor allen Dingen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den sog. vergabefremden Aspekten²³ aufgegriffen und in die Richtlinien überführt.

b. Erwägungsgründe

In den Erwägungen zur Vergabekoordinierungsrichtlinie werden dazu folgende Erläuterungen gegeben (Zitate – Hervorhebungen jeweils durch die Verfasserin):

Auszug aus Erwägungsgrund 1:

Die vorliegende Richtlinie gründet sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien, wodurch klargestellt wird, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen, sofern derartige Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit

¹⁹ Gaus: Ökologische Kriterien in der Vergabeentscheidung, NZBau 2013, S. 401 ff.; Diemon-Wies: Vergabefremde Aspekte – Handhabung in der Praxis. Newsletter der VK Münster, Januar 2011, S. 13 ff.; Diemon-Wies/ Graiche NZBau 2009, S. 409 ff.; kritisch dazu Rechten NZBau 2004, S. 366 ff.

²⁰ EuGH in den Entscheidungen „Concordia Bus Finland“ EuGH-Urteil vom 17. September 2002 Rs. C-513/99; „Wienstrom“, EuGH-Urteil vom 4. Dezember 2003 Rs. C-448/01; „Umweltgütezeichen EKO und MAX HAVELAAR“ EuGH-Urteil vom 10. Mai 2012 Rs. C-368/10.

²¹ Richtlinie 2004/18/EG

²² SektorenKoordinierungsRichtlinie – Richtlinie 2004/17/EG

²³ Insbesondere die EuGH Entscheidung „Beentjes“ vom 20. September 1988, RS 31/82; siehe zu den Hintergründen Fußnote 107 bei Müller-Wrede a.a.O. § 97 Rn. 41 sowie Müller-Wrede in Müller-Wrede (Hrsg.) Kompendium des Vergaberechts, 1. Auflage 2008, Kapitel 11 Rn. 4 m.w.N.

einräumen, ausdrücklich erwähnt sind und den in Erwägungsgrund 2 genannten grundlegenden Prinzipien entsprechen.

Erwägungsgrund 5 nimmt Bezug auf den europäischen Vertrag und ergänzt:

Nach Artikel 6 des Vertrags²⁴ müssen die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der in Artikel 3 des Vertrags genannten Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden. Diese Richtlinie stellt daher klar, wie die öffentlichen Auftraggeber zum Umweltschutz und zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung beitragen können, und garantiert ihnen gleichzeitig, dass sie für ihre Aufträge ein optimales Preis/Leistungsverhältnis erzielen können.

Dem Erwägungsgrund 29 sind folgende Erläuterungen im Hinblick auf technische Spezifikationen im Zusammenhang mit Fragen des Umweltschutzes zu entnehmen:

Öffentliche Auftraggeber, die für die technischen Spezifikationen eines Auftrags Umweltanforderungen festlegen möchten, können die Umwelteigenschaften - wie eine bestimmte Produktionsmethode - und/oder Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt festlegen. Sie können - müssen aber nicht - geeignete Spezifikationen verwenden, die in Umweltgütezeichen wie z.B. dem Europäischen Umweltgütezeichen, (pluri)nationalen Umweltgütezeichen oder anderen Umweltgütezeichen definiert sind, sofern die Anforderungen an das Gütezeichen auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen im Rahmen eines Verfahrens ausgearbeitet und erlassen werden, an dem interessierte Kreise - wie z.B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen - teilnehmen können, und sofern das Gütezeichen für alle interessierten Parteien zugänglich und verfügbar ist.

Außerdem formuliert Erwägungsgrund 33 zur Frage möglicher Diskriminierung bei der Formulierung von Ausführungsbedingungen mit Umweltbezug:

Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags sind mit dieser Richtlinie vereinbar, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung führen und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind. Sie können insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen.

Und Erwägungsgrund 44 ergänzt im Hinblick auf die Zuschlagskriterien und die Erfüllung von Umwelterfordernissen:

Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, sollten die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, versetzen die wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien wie auch die Kriterien über die Erfüllung der Umwelterfordernisse den öffentlichen Auftraggeber in die Lage, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, so wie es in den Leistungsbeschreibungen festgelegt ist, einzugehen.

²⁴ Anm. d. Verf.: Heute (wortgleich) Art. 11 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

c. GPP – Kriterien der EU-Kommission

Die Änderungen im deutschen Recht haben demnach ihren Ursprung in der europäischen Rechtsprechung und in den europäischen Richtlinien.

Sie werden weiterhin gestützt von der europäischen Politik, wie sie beispielsweise in der Mitteilung der EU-Kommission zu „Umweltorientiertem Öffentlichem Beschaffungswesen“²⁵ zum Ausdruck kommt. Danach geben „in Europa (...) staatliche Stellen jährlich umgerechnet etwa 16 % des Bruttoinlandsprodukts der EU für die Beschaffung von Gütern, wie Bürogeräte, Bauteile und Transportmittel, und Dienstleistungen, wie Gebäudeinstandhaltung, Transport, Reinigungs- und Cateringdienstleistungen und öffentliche Arbeiten aus. Das öffentliche Beschaffungswesen beeinflusst Produktions- und Verbrauchstendenzen, und eine spürbare Nachfrage der Behörden nach „grüneren“ Waren wird Märkte für umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen schaffen oder ausbauen. Das wiederum gibt den Unternehmen Anreize, Umwelttechnologien zu entwickeln.“²⁶ Deshalb wird in dieser Mitteilung die umweltorientierte Beschaffung (Green Public Procurement, GPP) in den Mittelpunkt der Diskussion gestellt. Insbesondere sollen über den Weg freiwilliger gemeinsamer EU GPP-Kriterien grundsätzliche technische Mindestspezifikationen definiert werden.

Das Handbuch der EU-Kommission „Umweltorientierte Beschaffung!“ – zweite Ausgabe 2011²⁷ – knüpft daran an und gibt öffentlichen Auftraggebern Hilfestellungen Green Public Procurement – GPP – zu planen und umzusetzen. Anhand praktischer Beispiele sollen „Nachmach-Effekte“ ausgelöst und damit eine Ökologisierung von Beschaffungsvorgängen erreicht werden²⁸. Das Thema Beschaffung von Ökostrom ist in diesem Zusammenhang ein ganz wesentlicher Bereich mit einem eigenen Produktblatt „GPP Kriterien für die umweltorientierte Beschaffung von Strom“ und einem ausführlichen „Technical Background Report“²⁹, wonach eine Nachfrage nach regenerativ erzeugtem Strom (mindestens zu 50%; besser noch zu 100%) ausdrücklich empfohlen wird.

d. ... daraus folgt ...

Zum einen ist festzustellen, dass die europäische Vergabekoordinierungsrichtlinie eine klare umweltbezogene Ausrichtung enthält. Und diese Ausrichtung wird nicht nur getragen von der eindeutigen Umweltorientierung im Beschaffungswesen, wie sie die EU-Kommission formuliert, sondern zusätzlich erhalten sog. Innovationsanforderungen ökologischer Natur³⁰ auch primärrechtlichen „Rückenwind“ durch den neu gefassten Art. 3 III EUV³¹ sowie durch Art. 11 AEUV³²; beide Vorschriften nennen explizit Umweltschutz und nachhaltige Entwicklung als Ziele der EU.

²⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS und den AUSSCHUSS DER REGIONEN – Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen vom 16. Juli 2008, KOM(2008) 400 endgültig, www.europa.eu

²⁶ EU-Kommission a.a.O. S. 2.

²⁷ http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_de.pdf

²⁸ http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_de.pdf S. 5.

²⁹ http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

³⁰ So Burgi a.a.O. S. 581

³¹ Zitat: „(3) Die Union errichtet einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin. Sie fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt. (...)“

Gleichzeitig lässt die Richtlinie dem öffentlichen Auftraggeber offensichtlich die Wahl, wie sie mit umweltbezogenen Aspekten umgehen wollen; d.h. mit welchen vergaberechtlichen Instrumenten öffentliche Auftraggeber den gewünschten Umweltbezug herstellen wollen. Sie können sie nicht nur als Zuschlagskriterien verwenden (im Sinne einer Präferenz, die „das Zünglein an der Waage bilden soll“). Es ist vielmehr auch möglich den Auftragsgegenstand im Rahmen technischer Spezifikationen (im Sinne von Mindestanforderungen) zu bestimmen bzw. einzugrenzen³³.

Diese Feststellung ist wichtig, denn an die unterschiedlichen vergaberechtlichen Instrumente sind unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft:

- Werden umweltbezogene Aspekte direkt am Auftragsgegenstand festgemacht – als Mindestkriterien –, dann müssen alle diejenigen Angebote ausgeschlossen werden, die diese Mindestkriterien nicht erfüllen³⁴. Zwar könnte man dem entgegen halten, dass darin eine Verengung des Bieterkreises liegen dürfte. Aber nach allgemeiner Auffassung obliegt allein dem öffentlichen Auftraggeber die Bestimmung des Auftragsgegenstandes³⁵. Diese Bestimmung ist dem eigentlichen Beschaffungsvorgang vorgelagert und gerade nicht Teil des Vergabeverfahrens³⁶.
- Werden Umweltaspekte im Rahmen von Zuschlagskriterien festgelegt, kommt es bei der Wertung der Angebote lediglich zu differenzierten Bewertungen verschiedener Angebote³⁷. Dann bilden Umweltaspekte den Maßstab, anhand dessen das eine Angebot besser oder schlechter als das andere bewertet wird. Wie man im Einzelfall diesen Maßstab beschreibt, kann man auch anhand der Zuhilfenahme der Kriterien von Ökosiegeln tun, wenn man gleichzeitig „gleichwertige“³⁸ Nachweise zulässt³⁹.

Ungeachtet der unterschiedlichen Rechtsfolgen müssen aber in allen vergaberechtlichen Instrumenten nach den Erwägungsgründen und Art. 26 VKR die umweltbezogenen Aspekte einen Bezug zum Auftragsgegenstand haben⁴⁰. Diese Feststellung ist wichtig, weil sie auch im Hinblick auf die Formulierung des Auftragsgegenstandes Ökostrom und die Bezugnahme auf die unterschiedlichen Modelle den zentralen Beurteilungsmaßstab bildet.

e. Gegenüberstellung der europäischen und der deutschen Vorschriften

³² Zitat: „Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden.“

³³ http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_de.pdf S. 54.

³⁴ So auch Gaus a.a.O. S. 403.

³⁵ Ebenso Gaus a.a.O. mit Hinweis auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf Beschluss vom 17. Februar 2010 Az. VII-Verg 42/09 und Beschluss vom 3. März 2010 Az. VII-Verg 46/09.

³⁶ So auch Huerkamp a.a.O. S. 756 m.w.N.; ebenso Burgi a.a.O. S. 579.

³⁷ So auch Diemon-Wies / Graiche a.a.O. S. 411; siehe auch Frenz a.a.O. S. 18f. für die sozialen Aspekte.

³⁸ Siehe § 7 Abs. 4 VOL/A bzw. § 8 EG Abs. 2, 7 VOL/A; siehe dazu auch die Kommentierung bei Pünder/Schellenberg a.a.O. § 8 EG VOL/A mit Hinweis auf § 7 VOB/A Rn. 63 ff.; Weyand Vergaberecht Praxiskommentar 3. Auflage 2011, § 7 VOL/A Rn. 9642 ff.

³⁹ Hierzu Näheres siehe unten bei der Auswertung der Rechtsprechung des EuGH.

⁴⁰ So auch Dreher in Dreher/Stockmann, Auszug aus Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht 4. Auflage 2008, § 97 Rn. 193 m.w.N.

Nachfolgende **Tabelle** – eine Gegenüberstellung der Vorschriften der Vergabekoordinierungsrichtlinie – VKR⁴¹ – mit den Regelungen des deutschen Vergaberechts (GWB und VOL/A EG) – im Wortlaut – gibt einen detaillierten Überblick über die verschiedenen Normen mit umweltbezogenen Aspekten und deren Umsetzung in deutsches Recht (Zitate – Hervorhebungen jeweils durch die Verfasserin). Es ist dabei auffallend, dass die Umsetzung in das deutsche Recht zum größten Teil sehr dicht am Wortlaut der europäischen Richtlinie gehalten worden ist und dass auch in den einzelnen Regelungen der Richtlinie in allen Bereichen immer auf den Auftragsgegenstand Bezug genommen wird (diese Bezugnahme ist auch bei der späteren Auswertung der Rechtsprechung ein zentraler Gesichtspunkt, auf den noch einzugehen sein wird.):

Vorschriften der VKV	Vorschriften des GWB bzw. der VOL/A EG
<p>Art. 23: (1) Die technischen Spezifikationen im Sinne von Anhang VI Nummer 1 sind in den Auftragsunterlagen, wie der Bekanntmachung, den Verdingungsunterlagen oder den zusätzlichen Dokumenten, enthalten.</p>	<p>§ 8 EG VOL/A: (1) Die Leistung ist eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind (Leistungsbeschreibung).</p>
<p>(3) Unbeschadet zwingender einzelstaatlicher Vorschriften, soweit diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, sind die technischen Spezifikationen wie folgt zu formulieren:</p> <p>a) entweder unter Bezugnahme auf die in Anhang VI definierten technischen Spezifikationen in der Rangfolge (...). Jede Bezugnahme ist mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen;</p> <p>b) oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen; diese können <u>Umwelteigenschaften</u> umfassen. Die Anforderungen sind jedoch so genau zu fassen, dass sie den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen;</p> <p>c) oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Buchstabe b unter Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Buchstabe a als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen;</p> <p>d) oder mit Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Buchstabe a hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Buchstabe b hinsichtlich anderer Merkmale.</p>	<p>§ 8 EG VOL/A: (2) Die technischen Anforderungen sind in der Leistungsbeschreibung zu formulieren</p> <p>1. entweder unter Bezugnahme auf die im Anhang TS definierten technischen Spezifikationen in der Rangfolge: (...) jede Bezugnahme ist mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen;</p> <p>2. oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, die so genau zu fassen sind, <u>dass sie ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln</u> und den Auftraggebern die Erteilung des Zuschlags ermöglichen;</p> <p>3. oder als Kombination von Nummer 1 und 2, d. h.</p> <p>a) in Form von Leistungsanforderungen unter Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Nummer 1 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- und Funktionsanforderungen</p> <p>b) oder mit Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Nummer 1, hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- und Funktionsanforderungen gemäß Nummer 2 hinsichtlich anderer Merkmale.</p>
<p>(6) Schreiben die öffentlichen Auftraggeber <u>Umwelteigenschaften</u> in Form von Leis-</p>	<p>§ 8 EG VOL/A: (5) Schreiben die Auftraggeber <u>Umwelteigenschaften</u> in Form von</p>

⁴¹ VergabeKoordinierungsRichtlinie - Richtlinie 2004/18/EG

Vorschriften der VKV	Vorschriften des GWB bzw. der VOL/A EG
<p>tungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Absatz 3 Buchstabe b vor, so können sie die detaillierten Spezifikationen oder gegebenenfalls Teile davon verwenden, die in europäischen, (pluri-) nationalen Umweltgütezeichen oder anderen Umweltgütezeichen definiert sind, wenn</p> <ul style="list-style-type: none"> – sie sich <u>zur Definition der Merkmale der Waren oder Dienstleistungen eignen, die Gegenstand des Auftrags sind</u>, – die Anforderungen an das Gütezeichen auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden; – die Umweltgütezeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise - wie z.B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen - teilnehmen können, – und wenn das Gütezeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist. <p>Die öffentlichen Auftraggeber können angeben, dass bei Waren oder Dienstleistungen, die mit einem Umweltgütezeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Spezifikationen genügen; sie müssen jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren.</p>	<p>Leistungs- oder Funktionsanforderungen vor, so können sie die Spezifikationen verwenden, die in europäischen, multinationalen oder anderen Umweltzeichen definiert sind, wenn</p> <ul style="list-style-type: none"> a) sie <u>sich zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstandes eignen</u>, b) die Anforderungen des Umweltzeichens auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden, c) die Umweltzeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise wie staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen teilnehmen können und d) das Umweltzeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist. <p>Die Auftraggeber können in den Vergabeunterlagen angeben, dass bei Waren oder Dienstleistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in der Leistungs- oder Aufgabenbeschreibung festgelegten technischen Anforderungen genügen. Die Auftraggeber müssen jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren.</p>
<p>8) Soweit es nicht <u>durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt</u> ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der <u>Auftragsgegenstand</u> nach den Absätzen 3 und 4 nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.</p>	<p>§ 8 EG VOL/A: (7) Soweit es <u>nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt</u> ist, darf in den technischen Anforderungen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der <u>Auftragsgegenstand</u> nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.</p>
<p>Art. 26: Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Aus-</p>	<p>§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB: Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforde-</p>

Vorschriften der VKV	Vorschriften des GWB bzw. der VOL/A EG
<p>führung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und <u>umweltbezogene</u> Aspekte betreffen.</p>	<p>rungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, <u>umweltbezogene</u> oder innovative Aspekte betreffen, <u>wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand</u> stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.</p>
<p>Art. 44: (2) Die öffentlichen Auftraggeber können Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit gemäß den Artikeln 47 und 48 stellen, denen die Bewerber und Bieter genügen müssen. Der Umfang der Informationen gemäß den Artikeln 47 und 48 sowie die für einen bestimmten Auftrag gestellten <u>Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen</u> und ihm angemessen sein.</p>	<p>§ 7 EG VOL/A: (1) Von den Unternehmen dürfen zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (Eignung) nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, <u>die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind</u>. Grundsätzlich sind Eigenerklärungen zu verlangen. Die Forderung von anderen Nachweisen als Eigenerklärungen haben die Auftraggeber in der Dokumentation zu begründen.</p>
<p>Art. 53: (1) Der öffentliche Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:</p> <p>a) entweder - wenn der Zuschlag auf das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene <u>mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien</u>, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, <u>Umwelteigenschaften</u>, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist</p> <p>b) oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises.</p>	<p>§ 97 Abs. 5 GWB: Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.</p> <p>§ 19 EG Abs. 9 VOL/A: Bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigen die Auftraggeber verschiedene <u>durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien</u>, beispielsweise Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, <u>Umwelteigenschaften</u>, Betriebskosten, Lebenszykluskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist.</p> <p>§ 21 EG VOL/A(1) Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.</p>

III. „Ökologische“ Ausgangssituation – Marktlage

Wie schon in der ersten Auflage diese Gutachtens so ist auch aktuell festzustellen, dass die Nachfrage nach Ökostrom gegeben ist – ohne dass der Begriff⁴² bis heute einheitlich

⁴² Vgl. dazu die Ausführungen der Bundesregierung in BT-Drucksache 17/8818 vom 1. März 2012, S.1: „Bei den Begriffen „Ökostrom“ und „grüner Strom“ handelt es sich nicht um gesetzlich definierte oder geschützte Begriffe. Aus welcher Art von Anlagen, ob aus Inland oder Ausland, physischer Stromlieferung oder Zertifikatverkauf dieser Strom stammt, ist dementsprechend nicht vorgegeben. Die Sicherstellung einer bestimmten Qualität des so bezeichneten Stroms erfolgt derzeit über private Label (z. B. TÜV-Qualitätssiegel), die unterschiedliche Qualitätskriterien an die Stromangebote stellen und diese auch überprüfen.“

definiert worden ist⁴³. Nach der Antwort der Bundesregierung vom 1. März 2012⁴⁴ auf die Kleine Anfrage⁴⁵ der Abgeordneten Bärbel Höhn, Nicole Maisch, Hans-Josef Fell und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN haben sich „nach dem Monitoringbericht 2011 der Bundesnetzagentur (BNetzA) (...)im Jahr 2010 rund 3,7 Millionen Haushaltskunden sowie 0,8 Millionen Gewerbe- und Industriekunden für eine Belieferung über einen „Ökostromtarif“ entschieden. Insgesamt wurden demnach 27,3 TWh Ökostrom an Letztverbraucher geliefert. Nach dem Monitoringbericht 2008 der BNetzA lag diese Menge im Jahr 2007 bei rund 6,8 TWh. Die Menge hat sich demzufolge innerhalb von drei Jahren vervierfacht.“⁴⁶

Kunden fragen explizit Ökostrom nach, um einen besondere Umweltutzen zu erzielen⁴⁷. In einem 2012 vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) geförderten Forschungsvorhaben wurde die Motivation zum Bezug von Ökostrom ermittelt. „Demnach wechselten Männer wie Frauen ihren Anbieter oder Tarif und beziehen Ökostrom, um einen Beitrag zum Umweltschutz zu leisten und weil sie die Nutzung von Kernenergie ablehnen. Der Beweggrund, Einfluss auf gesellschaftliche Entwicklungen nehmen zu wollen, ist signifikant stärker bei den Frauen vertreten, während Männer durch ihre Entscheidung eher die Unabhängigkeit von fossilen Energieträgern fördern wollen.“⁴⁸

Umgekehrt bieten einige Unternehmen (entweder ausschließlich oder neben konventionellem Strom)⁴⁹ Ökostrom an und werben damit, dass der Strom regenerativ erzeugt worden ist. Manche verpflichten sich darüber hinaus, mit den Einnahmen aus dem Verkauf solchen Ökostroms neue Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern⁵⁰ (Aufpreistarife)⁵¹, um insgesamt in Deutschland die Anzahl erneuerba-

Bei Strom aus erneuerbaren Energien soll künftig das derzeit in der Errichtung befindliche Herkunftsnachweisregister zumindest sicherstellen, dass Strom aus erneuerbaren Energien gegenüber dem Kunden nur einmal als solcher vertrieben werden kann. Dies wird den Verbraucherschutz stärken, auch wenn der nach der Europäischen Richtlinie 2009/28 vorgesehene Herkunftsnachweis selbst kein Qualitätssiegel ist.

Strom, der nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) bereits direkt gefördert wird, darf wegen des Doppelvermarktungsverbots (§ 56 EEG 2012) nicht zusätzlich als Ökostrom vermarktet werden.“

⁴³ Auch der Deutsche Bundestag plant den Bezug von Ökostrom auszuschreiben, vgl. Ausschreibung im Referat ZT 3 für die Liegenschaften des Deutschen Bundestages.

⁴⁴ BT-Drucksache 17/8818

⁴⁵ Vom 10. Februar 2012, BT-Drucksache 17/8660

⁴⁶ BT-Drucksache 17/8818 S. 2

⁴⁷ Dafür sind diese Kunden einer aktuellen Studie von DIW econ (Tochterunternehmen des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung – DIW) zufolge auch bereit, Preisauzuschläge für ein Ökostromprodukt zu zahlen. Diese Bereitschaft ist besonders ausgeprägt, wenn der Ökostromanbieter in den Ausbau erneuerbarer Energien investiert. Weitere Informationen können der Studie entnommen werden: www.diw-econ.de/de/downloads/DIWecon_HSE_Oeko-strom.pdf; So die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage – – siehe BT-Drs. 17/8818 S. 3

⁴⁸ So die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage – – siehe BT-Drs. 17/8818 S. 3

⁴⁹ Beispielsweise im Internet abrufbare Angebote von Greenpeace, Lichtblick; EWS Elektrizitätswerke Schönau, NaturStrom (allerdings mit einem etwas anderen Fördersystem; sog. Aufpreistarif); siehe auch die Liste bei Stiftung Warentest Heft 2/2012 S. 62ff. und unter <http://www.test.de/Oekostromtarife-Guten-Oekostrom-waehlen-4324812-0>

⁵⁰ Lt. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage – siehe BT-Drs. 17/8818 S. 2 - „hat die Stiftung Warentest (...) 19 Ökostromtarife getestet (test 02/2012), die

rer Energien-Anlagen zu erhöhen⁵². Häufiger sorgen Anbieter mit ihren Lieferverträgen dafür, dass der Strom für ihre Kunden stets aus Ökokraftwerken stammt, die ein Höchstalter nicht überschreiten dürfen⁵³. Dadurch werden laufend neue Kraftwerke auf der Basis erneuerbarer Energien gebaut. Nur soweit also der regenerativ erzeugte Strom mit weiteren Verpflichtungen und Aktivitäten der jeweiligen Anbieter zum Zubau neuer EE-Anlagen verbunden ist, entsteht ein echter Umweltnutzen⁵⁴, denn nur dann werden im Endeffekt Anlagen der konventionellen Stromerzeugung durch Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom Strommarkt verdrängt⁵⁵.

Wie bereits in der ersten Auflage dieses Gutachtens ist daher auch hier Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtungen die soeben beschriebene Marktlage⁵⁶.

IV. Ausgangssituation nach dem EEG

Nach wie vor garantiert das EEG – nunmehr in seiner aktuellen Version 2012 – eine feste Einspeisevergütung für jede ökologisch erzeugte Kilowattstunde Strom, die ins Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird. Dieser Strom kann wegen dieses gesetzlichen Fördermechanismus nicht gesondert als Ökostrom vermarktet werden (sog. Andienungszwang). Das EEG formuliert daher ein Doppelvermarktungsverbot für Strom, der aus geförderten Anlagen ins Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird (vgl. § 56 EEG 2012).

Zum anderen sind unter dem Begriff „Direktvermarktung“⁵⁷ seit der Novellierung 2012 erstmals bestimmte Instrumente im EEG geregelt, die eine gewisse Annäherung an den Strommarkt erreichen sollen. Danach können EE-Anlagenbetreiber entweder in zeitlichen Abständen wählen, ob sie die gesetzlich garantierte EEG-Einspeisevergütung in Anspruch nehmen, oder ihren Strom direkt und (teilweise) außerhalb der EEG-Förderung an einen Dritten veräußern wollen. Oder sie können das sog. Grünstromprivileg gemäß § 39 EEG 2012 in Anspruch nehmen. Daneben sind gemäß § 33 b Ziffer 3 EEG 2012 auch „sonstige (Formen) der Direktvermarktung“ grundsätzlich vom EEG 2012 erfasst, ohne allerdings zu definieren, was sonstige Formen der Direktvermarktung sein könnten und ohne Rechtsfolgen für diese zu regeln⁵⁸. Auch auf die Direktvermarktung bezieht sich das Doppelvermarktungsverbot nach § 56 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012. Außerdem ist auch der so direkt vermarktete Strom in den EEG Wälzungsmechanismus nach § 37 Abs. 1 EEG 2012 ausdrücklich einbezogen, und damit nicht gesondert am Markt verfügbar.

bundesweit verfügbar sind. Hiervon garantieren dem Bericht zufolge 13 Tarife eine Zubauwirkung.“

⁵¹ Siehe den Internetauftritt von NaturStrom <https://www.naturstrom.de/user-strom/privatkunden/die-vorteile.html>

⁵² Vgl, zu, Beispiel die Kriterien von Greenpeace für sauberen Strom (gültig ab 1. Januar 2012), siehe www.greenpeace-energy.de

⁵³ Siehe Stiftung Warentest in test 02/2012 S. 63.

⁵⁴ So auch Stiftung Warentest a.a.O. S. 62; ebenso EU-Kommission Green Public Procurement – Electricity Technical Background Report 2011 S. 19, www.europa.eu .

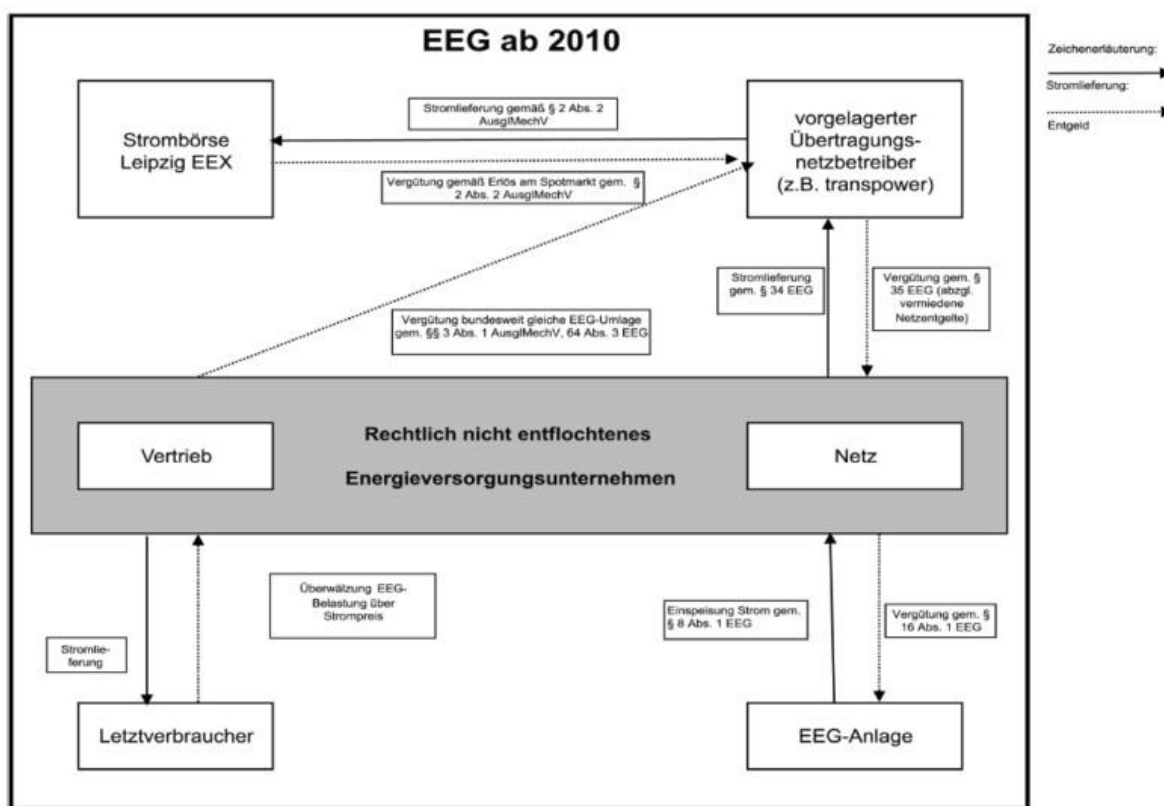
⁵⁵ So auch Stiftung Warentest a.a.O. S. 62

⁵⁶ Diese Marktlage wird gestützt durch die aktuellen Darstellungen des Vereins EnergieVision e.V. siehe www.ok-power.de unter Ökostromwissen, Stand 17. Mai 2013 §§ 33 a bis 33 i EEG 2012

⁵⁷ §§ 33 a bis 33 i EEG 2012

⁵⁸ Für die weitere Diskussion wird, da der Gesetzgeber wohl eher die finanziellen Lasten des EEG insgesamt im Auge gehabt haben dürfte, hier davon ausgegangen, dass – weil alle Ökostromanbieter in den hier zugrunde liegenden Modellen ausdrücklich außerhalb des EEG ihren Strom vermarkten – keine Kollision bzgl. des Doppelvermarktungsverbot vorliegt.

Darüber hinaus hat das Gesetz seit der Novellierung des EEG 2009 eine wesentliche systematische Änderung erfahren: seit 1. Januar 2010 mit dem Inkrafttreten der Ausgleichsmechanismus-Verordnung⁵⁹ ist der vertikale Wälzungsmechanismus grundlegend modifiziert worden; die Elektrizitätsversorgungsunternehmen – EltVU - sind nicht länger verpflichtet, den Strom – also physische Strommengen - von dem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber abzunehmen und zu vergüten. Stattdessen soll der Strom von den ÜNB an der Strombörse veräußert werden. Weiterhin sieht § 3 Abs. 1 AusglMechV vor, dass die ÜNB von den EltVU, die Strom an Letztverbraucher liefern, anteilig Ersatz der erforderlichen Aufwendungen in Form der EEG-Umlage verlangen können. Es werden also nicht mehr Strommengen physisch gewälzt, sondern ausschließlich Aufwendungen finanziell gewälzt⁶⁰, d.h. Einnahmen und Ausgaben werden über ein EEG-Konto über die gesamte Bundesrepublik Deutschland erfasst und gleichmäßig auf alle Letztversorger verteilt (EEG-Umlagepflicht)⁶¹. Letztere geben diese finanzielle Belastung an ihre Kunden über entsprechende vertragliche Verpflichtungen weiter. Diesen neuen Abwicklungsmechanismus verdeutlicht nachfolgende Skizze:



Quelle: Die Versorgungswirtschaft 2010, Heft 4 S. 95

Außerdem regelt § 55 EEG 2012, dass Anlagenbetreiber unter bestimmten Voraussetzungen und außerhalb des Fördersystems nach dem EEG Herkunftsnachweise für den von ihnen erzeugten Strom beantragen können. Dort können nur Strommengen erfasst werden, die nicht innerhalb des EEG gefördert werden.

⁵⁹ Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechV) vom 17. Juli 2009, BGBl. Teil I vom 24. Juli 2009 S. 2101 (In Kraft getreten am 1. Januar 2010)

⁶⁰ Hodurek/Naujoks in Gabler/Metzenthin (Hrsg.) EEG Praxiskommentar (Loseblattausgabe) Stand Oktober 2012, § 3 AusglMechV Rn. 5 ff.

⁶¹ Cosack in Frenz/Müggenborg EEG Kommentar 2. Auflage 2011, § 37 EEG Rn. 35; Hodurek/Naujoks a.a.O. Rn. 12 ff.

Im folgende werden diese gesetzlichen Neuerungen gegenüber der Erstaufgabe dieses Gutachtens gegebenenfalls Anlass zu besondere Erörterungen geben.

B. 2. Teil: Modellbeschreibungen

I. Einleitung

Da Strom ein homogenes Gut ist und man ihm insbesondere nicht ansehen kann, ob er regenerativ oder konventionell erzeugt worden ist, und schon gar nicht, ob er dazu einen echten Umweltnutzen hat, haben sich in der Praxis verschiedene Modelle entwickelt, die das Produkt Ökostrom und die damit einhergehende Zubauwirkung genauer beschreiben. Sie sind auch Grundlage für die Zertifizierung.

Folgende drei Modelle haben sich herausgebildet, für die Gütesiegel vergeben werden können:

- das Ökostrom-Händlermodell
- das Ökostrom-Fondsmodell
- das Initiierungsmodell.

Nach eigenen Angaben des Vereins EnergieVision sind die drei verschiedenen Modelle so konzipiert, dass sie einen etwa gleichwertigen Beitrag zum Ausbau erneuerbarer Energien garantieren⁶².

Alle drei Modelle beachten das Doppelvermarktungsverbot gemäß § 56 EEG 2012 bei der tatsächlichen Belieferung des jeweiligen Ökostrom-Kunden.

„Das Gütesiegel ok-power hat im Jahr 2011 rund 5 TWh (Terawattstunden) Ökostrom zertifiziert. Das entspricht in etwa dem Verbrauch von 1,5 Millionen Haushalten.“ Dabei entfielen bei der Zertifizierung 2011 3,6 Terawattstunden auf das Händlermodell und 1,4 Terawattstunden auf das Initiierungsmodell. Das Fondsmodell spielt eine eher untergeordnete Rolle.⁶³

II. Das Händlermodell

Im Rahmen des Händlermodells erzeugt der Ökostromanbieter selbst Strom aus erneuerbaren Energien oder kauft diesen vom Erzeuger auf und liefert ihn vertraglich an seine Kunden. Entsprechend § 42 EnWG muss der Nachweis der EE-Stromlieferung aus bestimmten Anlagen durch Entwertung entsprechender Herkunftsnachweise nach dem Herkunftsnachweisregister beim Umweltbundesamt abgesichert werden. Ausschlaggebend ist nicht der physikalische Stromfluss, sondern die vertragliche Lieferung des regenerativ erzeugten Stroms. Um den geforderten Umweltgewinn nachzuweisen, muss das gelieferte Stromportfolio bestimmte Mindestanforderungen hinsichtlich der Produktionsart und der Abgrenzung zum EEG sowie in Abgrenzung zum KWKG (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) erfüllen. Kennzeichnend für das Händlermodell ist, dass die Kunden Eigentümer der Strommenge werden, die diese Anforderungen erfüllt. Der Händler kann damit werben, dass er den Kunden mit Ökostrom beliefert, weil er an der „sowieso-Förderung“ nach dem EEG nicht teilnimmt. Der Umweltgewinn entsteht durch die Eigenschaften des gelieferten Stroms und die gezielte Förderung des Stromabsatzes dieser regenerativen Energiequellen. Dieses Modell wird nur vom EnergieVision e.V. zertifiziert.⁶⁴

⁶² <http://www.ok-power.de/zertifizierungsmodelle.html>

⁶³ Vgl. <http://www.ok-power.de/zertifizierungsmodelle.html>; siehe auch http://www.gruenenerstromlabel.de/PDF-Dokumente/130506_Verkaufte_Menge_Gruenstrom_Stand_Mai_2013

⁶⁴ siehe www.energie-vision.de. Die Kriterien für das Gütesiegel „ok-power“ für Ökostrom, Version 7.2, Stand 31. Oktober 2012, S. 3.

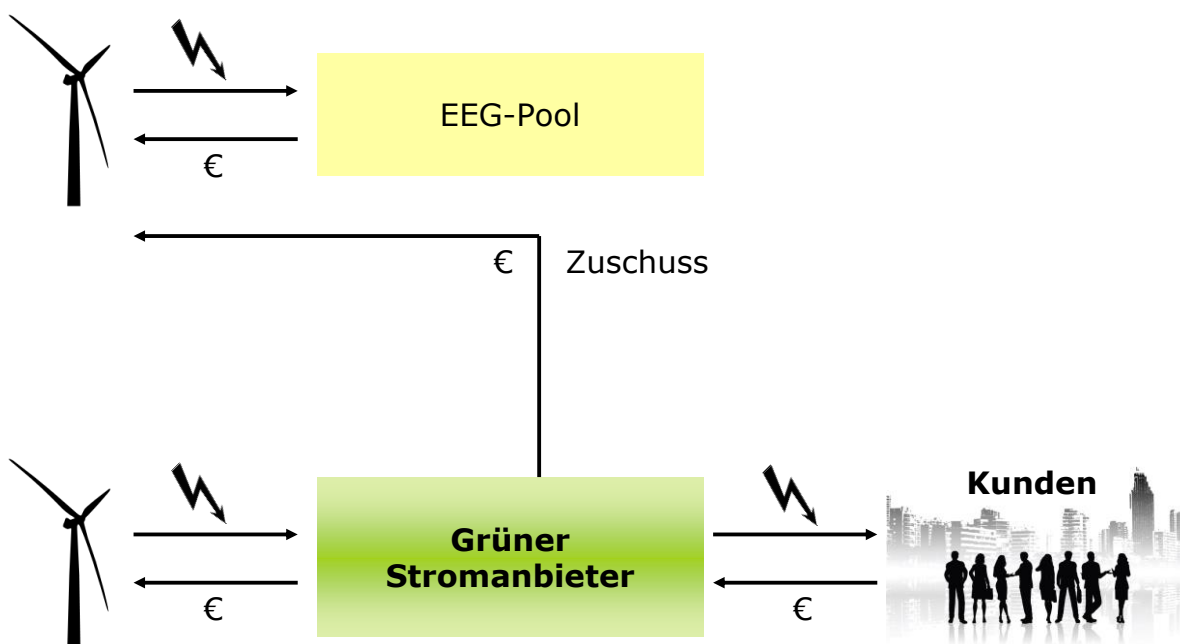
Funktionsweise des „Händler-Modells“



III. Das Fondsmodell

Im Rahmen des Fondsmodells auf der Basis von Strom aus Erneuerbaren Energien liefert der Ökostromanbieter dem Kunden vertraglich Strom, der nachweislich aus erneuerbaren Energien erzeugt wurde. Um den geforderten Umweltgewinn nachzuweisen, wird ein Teil des Strompreises (Förderbetrag) für die finanzielle Förderung von Erzeugungsanlagen verwendet, die ihren Strom nach EEG ins Netz einspeisen, bei denen die vom Netzbetreiber gezahlte Vergütung jedoch nicht einem wirtschaftlichen Betrieb ausreicht. Damit wird der Wirkungsbereich des EEG durch Einsatz relativ geringer zusätzlicher Mittel der Ökostrom-Kunden ausgeweitet (Hebeleffekt). Der Händler kann damit werben, dass er den Kunden mit Ökostrom beliefert. Der Umweltgewinn entsteht hier durch die Verwendung des Förderbetrages für den Ausbau von Erzeugungsanlagen für die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien. Hierbei sind wiederum weitere Mindestanforderungen hinsichtlich der Förderung und der Verwendung der Förderbeträge einzuhalten. Dieses Modell wird sowohl vom Grünen Strom Label e.V. als auch vom EnergieVision e.V. zertifiziert⁶⁵.

Funktionsweise des „Fonds-Modells“



⁶⁵ siehe www.energie-vision.de Die Kriterien für das Gütesiegel „ok-power“ für Ökostrom, Version 7.2, Stand 31. Oktober 2012, S. 3 bzw. www.eurosolar.org

Ebenso ist auch eine Förderung von Erzeugungsanlagen im Ausland möglich, wenn dort ein vergleichbarer öffentlicher Fördermechanismus besteht. In diesem Fall sind die für Deutschland anzuwendenden Kriterien sinngemäß anzuwenden.

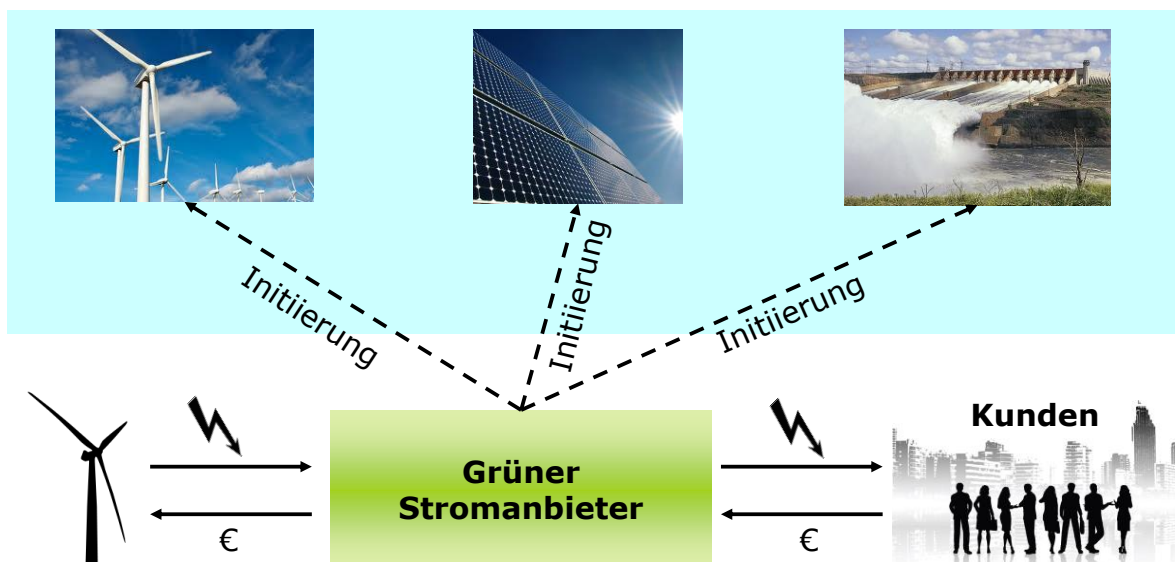
Nach Auskunft des Vereins EnergieVision wird das Fondsmodell derzeit nicht mehr zertifiziert.

IV. Das Initiierungsmodell

Dieses Modell hat ok-power 2011 neu eingeführt, um einen konstanteren Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu erreichen. Der Ökostromanbieter beliefert den Kunden mit Strom aus erneuerbaren Energien. Darüber hinaus muss der Anbieter den Bau von neuen regenerativen Erzeugungsanlagen initiieren und darf dafür bestehende gesetzliche Förderregelungen in Anspruch nehmen. Er muss nachweisen, dass 60 Prozent der Strommenge, den die Neukunden verbraucht haben, durch selbst initiierte Anlagen regenerativ erzeugt und ins Stromnetz eingespeist wurde. Dafür hat der Anbieter fünf Jahre Zeit. Wenn der Anbieter hauptsächlich Ökostrom vertreibt, genügt hier ein Anteil von 50 Prozent. Ist die „Neukundenregelung“ erfüllt, muss der Anbieter dafür sorgen, dass jährlich neue regenerative Anlagen initiiert werden, die eine Strommenge in Höhe von vier Prozent des Stromverbrauchs der Bestandskunden erzeugen. Das führt dazu, dass die regenerativen Anlagen im Turnus von 25 Jahren erneuert und dem aktuellen Stand der Technik angepasst werden.⁶⁶

Neben der Lieferung von Strom aus regenerativen Energiequellen verpflichtet sich also der Lieferant gegenüber dem Stromkunden bestimmte Projektierungs- und Finanzierungsleistungen zugunsten Dritter zu initiieren, wobei die Besonderheit besteht, dass diese Leistungen in zeitlicher und in produkttechnischer Hinsicht von der Lieferung des Ökostroms an den Kunden vollständig entkoppelt sind. Der Verein EnergieVision überwacht die Schaffung (Initiierung) neuer EE-Anlagen im engen zeitlichen Rahmen, d.h. beispielsweise auch, dass nach drei Jahren messbare Teilergebnisse erzielt sein müssen und ein „spätes Scheitern“ begonnener Projekte verhindert werden kann.

Funktionsweise des „Initiierungs-Modells“



⁶⁶ siehe www.energie-vision.de Die Kriterien für das Gütesiegel „ok-power“ für Ökostrom, Version 7.2, Stand 31. Oktober 2012, S. 5; <http://www.ok-power.de/zertifizierungsmodelle.html>

V. Vergaberechtliche Fragestellung

Allen diesen Modellen ist gemeinsam, dass sie eine klare Abgrenzung zu konventionell erzeugtem Strom bezwecken und einen Zubau neuer Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien fördern wollen. Unterschiedlich sind dabei allerdings die Fördergrade und die daraus resultierenden Anforderungen.

Vor dem Hintergrund der oben dargestellten vergaberechtlichen Ausgangssituation, insbesondere im Hinblick auf die Rechtslage, die einen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand fordert, stellt sich daher die Frage, ob insbesondere das Initiierungsmodell diesen gesetzlich erforderlichen Zusammenhang erfüllen kann.

C. 3. Teil: Vergaberechtliche Prüfung

I. Formulierung des Auftragsgegenstand „Ökostrom“

Grundsätzlich steht es öffentlichen Auftraggebern frei, ihre Nachfrage nach einem Produkt so zu formulieren, wie sie es sich vorstellen⁶⁷. Auch bzgl. der Frage Stromeinkauf steht es einem öffentlichen Auftraggeber daher grundsätzlich zu, zwischen den beiden Produkten konventionellem Strom und Ökostrom zu wählen. Dass diese beiden Produkte nicht dasselbe sind, hat der EuGH in seiner Entscheidung „Wienstrom“⁶⁸ ausdrücklich anerkannt und ist spätestens seit dieser Entscheidung unstrittig⁶⁹. Erst wenn die Formulierung der Nachfrage auf einem Markt zu einer Verengung der Nachfrage⁷⁰ oder einer Verzerrung des Wettbewerbs⁷¹ führen könnte, sind öffentliche Auftraggeber in der Formulierung ihrer Nachfrage vergaberechtlichen Restriktionen⁷² unterworfen.

Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob öffentliche Auftraggeber Ökostrom nachfragen und dabei insbesondere verlangen dürfen, dass dieser Ökostrom einen echten Umweltnutzen in der oben beschriebenen Weise (Stichwort Zubauverpflichtungen) haben muss.

II. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB als Ausgangspunkt

Wie bereits in der Einleitung skizziert, ist Dreh- und Angelpunkt der vergaberechtlichen Prüfung § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB. Danach können öffentliche Auftraggeber **„für die Auftragsausführung (...) zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer (stellen), die insbesondere (...), umweltbezogene (...) Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit der Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“**

Die vergaberechtlich entscheidende Frage ist daher, ob die oben genannten Modelle, die die Qualifizierung einer bestimmten Stromlieferung als Ökostrom-Lieferung ermöglichen, „im sachlichen Zusammenhang“ mit dem Auftragsgegenstand Ökostrom stehen. Oder anders formuliert, genügt die verpflichtenden (und überprüfbare) Absicht eines Stromlieferanten, in bestimmtem zeitlichen und organisatorischen Rahmen neue EE-Anlagen zu bauen zu wollen, der vergaberechtlichen Vorgabe des sachlichen Zusammenhangs?

⁶⁷ So auch. OLG Naumburg, Beschluss vom 20.09.2012, 2 Verg 4 / 12, Ziffer II 2 b (zitiert nach veris Vergabedatenbank); Wegener NZBau 2010, S. 273 (275) mit Hinweis auf die EU-Kommission Umweltorientierte Beschaffung! Handbuch 2. Ausgabe 2011, www.europa.eu

⁶⁸ Wienstrom“, EuGH Urteil vom 4. Dezember 2003 Rs. C-448/01

⁶⁹ Siehe auch Huerkamp a.a.O. S. 758, der betont, dass „die Vorgabe der regenerativen Herstellung den Produktionsprozess der Ware Ökostrom betrifft (...), weshalb eine Beschränkung auf regenerativen Strom nur über die technischen Spezifikationen und nicht über zusätzliche Anforderungen an die Durchführung des Auftrags erreichbar“ wäre.

⁷⁰ EU-Kommission: Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit der Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4. Juli 2001, KOM (2001) 274 endg., S. 8.

⁷¹ Bis hin zur Willkür im Hinblick auf die Auswahl des Bieters, vgl. Wegener NZBau 2010, S. 273 (276)

⁷² So sind unmittelbare oder auch nur mittelbare Diskriminierungen als Verstoß gegen europäisches Primärrecht ausdrücklich verboten, so auch Wegener a.a.O. m.w.N.; ebenso Burgi a.a.O. S. 582.

Um diese Frage rechtssicher beantworten zu können, muss zunächst geklärt werden, was Gesetzgeber und Rechtsprechung unter „sachlichem Zusammenhang“ verstehen; insbesondere ist von entscheidender Wichtigkeit, wer eigentlich bestimmt, wann ein sachlicher Zusammenhang im gesetzlich beschriebenen Sinne gegeben ist und wann nicht. Diese Frage wirft die weitere Frage der Anknüpfung auf: wird der gesetzlich notwendige „sachliche Zusammenhang“ nach objektiven Kriterien oder nach subjektiven Kriterien bestimmt? Wenn er nach rein subjektiven Kriterien bestimmt werden sollte, worin liegt dann die Überprüfungsmöglichkeit?

Neben einem Blick in die gesetzliche Begründung zu § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB und die Erwägungsgründe der Richtlinie ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie die nationale Gerichte entscheidend.

1. Die gesetzliche Begründung der Bundesregierung zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts⁷³

In der Begründung zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts hebt die Bundesregierung hervor, dass

„das Vergaberecht (...) dem wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand und der sparsamen Verwendung von Steuergeldern (dient). Im Rahmen ihrer Finanzverantwortung entscheiden öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei darüber, welche Leistungen sie einkaufen, um ihren Bedarf wirtschaftlich zu decken. (...)“⁷⁴.

Bereits nach der seit 1998 geltenden Rechtslage konnten öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht nur die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes im engeren Sinne, sondern auch im weiteren Sinne soziale, umweltbezogene, innovative oder sonstige politische Aspekte berücksichtigen. (...)“⁷⁵

Dazu gehört insbesondere der Klimaschutz – zum Beispiel durch Beachtung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz.

(...) Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB wird an dieser Rechtslage festgehalten, aber zusätzlich eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrages geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages darstellen. Damit wird an die Formulierung des Artikels 26 der Richtlinie 2004/18/EG und des Artikels 38 der Richtlinie 2004/17/EG angeknüpft und klargestellt, dass die öffentlichen Auftraggeber vom Unternehmen ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen können, auch wenn das Unternehmen sich ansonsten am Markt anders verhält.⁷⁶

(...) In der Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber durch Spezifizierung des Auftragsgegenstandes beispielsweise Innovations- oder Umweltschutzaspekte berücksichtigen wie die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie. Durch die Beschreibung der Leistung als „Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ oder „Recyclingpapier“ können dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrags vorgegeben werden.⁷⁷

⁷³ Bundestags-Drucksache 16/10117 vom 13. August 2008

⁷⁴ Bt-Drs. 16/10117 S. 16

⁷⁵ Bt-Drs. 16/10117 S. 16

⁷⁶ Bt-Drs. 16/10117 S. 16

⁷⁷ Bt-Drs. 16/10117 S. 16

(...) Die neue Fassung des § 97 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 GWB setzt wie die Regelungen der betreffenden EG-Richtlinien voraus, dass die zusätzlichen Anforderungen für die Auftragsausführung im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben.⁷⁸

2. Die gesetzliche Begründung des Bundesrats zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts⁷⁹

In ähnlicher Weise äußert sich der Bundesrat:

Über Fachkunde, Leistungsfähigkeit und generelle Zuverlässigkeit inhaltlich hinausgehende Anforderungen können nach geltendem § 97 Abs. 4 GWB an Unternehmen nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich so geregelt ist.⁸⁰

Ob Tarifbindung kraft Gesetzes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, hat der Europäische Gerichtshof für den Bereich der Bauwirtschaft in einer Entscheidung vom 3. April 2008 (Rs. C-346/06, Dirk Ruffert / Land Niedersachsen) davon abhängig gemacht, dass die Voraussetzungen der Gemeinschaftsrichtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern (96/71/EG) erfüllt sind.⁸¹

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB wird an dieser Rechtslage festgehalten, aber zusätzlich eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrages geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages darstellen. Damit wird an die Formulierung der Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 38 der Richtlinie 2004/17/EG angeknüpft und klargestellt, dass die öffentlichen Auftraggeber vom Unternehmen ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen können, auch wenn das Unternehmen sich ansonsten am Markt anders verhält.⁸²

Diese zusätzlichen Anforderungen an Auftragnehmer für die Ausführung des Auftrags stellen somit Leistungsanforderungen dar und sind daher Gegenstand der Leistungsbeschreibung. Sie müssen allen Wettbewerbern zu Beginn des Vergabeverfahrens bekannt gemacht werden.⁸³

In der Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber durch Spezifizierung des Auftragsgegenstandes beispielsweise Innovations- oder Umweltschutzaspekte berücksichtigen wie die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie. Durch die Beschreibung der Leistung als „Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ oder „Recycling-Papier“ können dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrags vorgegeben werden. Bei der Beschaffung von Gütern

⁷⁸ Bt-Drs. 16/10117 S. 16/17

⁷⁹ Bundesrats-Drucksache 349/08 vom 23. Mai 2008

⁸⁰ BR-Drs. 349/08 S. 26

⁸¹ BR-Drs. 349/08 S. 26

⁸² BR-Drs. 349/08 S. 26

⁸³ BR-Drs. 349/08 S. 26

und Dienstleistungen kann die Berücksichtigung innovativer Verfahren oder Produkte im Stadium der Bedarfsanalyse nicht nur bessere Lösungen bringen, sondern auch ein Signal für die Innovationsbereitschaft öffentlicher Auftraggeber sein. In vielen Fällen kann es aber auch schon darauf ankommen, durch eine funktionale Leistungsbeschreibung oder die ausdrückliche Zulassung von Nebenangeboten Angebote über innovative Lösungen zu erhalten.⁸⁴(...)

Die neue Fassung des § 97 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 GWB setzt wie die Regelungen der betreffenden EG-Richtlinien voraus, dass die zusätzlichen Anforderungen für die Auftragsausführung im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z.B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben.⁸⁵

3. Feststellungen aufgrund der Parlamentsdokumente

Nach den soeben zitierten Begründungen steht fest, dass sowohl Bundestag auch Bundesrat die in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB formulierten zusätzlichen Anforderungen (ungeachtet der oben beschriebenen viel diskutierten systematischen Einordnungsschwierigkeiten in das deutsche Vergaberecht) nur dann akzeptieren, wenn diese im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Dagegen sollen allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag nicht in den Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB fallen. Bundestag und Bundesrat haben damit explizit den Ansatz des europäischen Rechts übernommen und - wie das europäische Recht - den Zusammenhang zum Auftragsgegenstand in den Mittelpunkt gestellt. Die Abgrenzungsfrage aber, wann ein solcher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand noch gegeben ist und wann nicht, ist allerdings nicht näher erläutert worden. Außer dem Hinweis auf die allgemeine Geschäftspolitik eines Unternehmens gibt es dazu keine Anhaltspunkte.

III. Zwischenfazit

Fraglich ist nach alledem, ob insbesondere das oben beschriebene Initiierungsmodell eher an die konkrete Ökostromlieferung anknüpft – womit der Zusammenhang zum Auftragsgegenstand bejaht werden könnte - oder allgemein an die Geschäftspolitik eines Unternehmens. Dazu ist zunächst festzustellen, dass das Initiierungsmodell zwar auf Ökostromlieferanten beschränkt ist, aber nicht ausschließlich Unternehmen aufnimmt, die ausschließlich und allein Ökostrom vermarkten. Vielmehr sind die Anforderungen so offen formuliert, dass sich jedes Stromhandels- oder Stromversorgungsunternehmen, das sich den (hohen) Anforderungen unterwerfen will, um ein entsprechend zertifiziertes Ökostromprodukt (gegebenenfalls auch neben anderen – nicht zertifizierten – Stromprodukten) am Markt anbieten zu können, dies grundsätzlich auch kann. Auch ein Blick auf die Internet-Seite und die Liste der zertifizierten Unternehmen beim Label ok-power⁸⁶ stützt diese Einschätzung. Man kann daher nicht sagen, dass die Unternehmen, die nach dem Initiierungsmodell Ökostrom am Markt anbieten, zwingend damit nur eine bestimmte Unternehmenspolitik verfolgen.

Andererseits ist festzustellen, dass die Initiierungsleistungen sich nur mittelbar gegenüber den Stromkunden auswirken; allerdings deutlich zeitlich versetzt, nämlich, wenn

⁸⁴ BR-Drs. 349/08 S. 27

⁸⁵ BR-Drs. 349/08 S. 27

⁸⁶ <http://www.ok-power.de/alle-zertifizierten-produkte.html>

neue EE-Anlagen ans Netz gehen. Grad und Ausmaß der Initiierungsleistung selbst bemessen sich aber nach der Nachfrage (explizit nach der Ökostrommenge) der Neukunden und der je Auftrag zu liefernde Ökostrom wird aus Neuanlagen bewerkstelligt, die Strom bilanziell – und zeitgleich aus regenerativen Energiequellen erzeugt - liefern. Man könnte es daher auf die Formel bringen, ohne Ökostromnachfrage keine Initiierungsleistungen.

Gemessen an der gesetzlichen Begründung und den europäischen Vorgaben spricht daher viel für die Bejahung eines Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand.

Fraglich ist, ob diese Einschätzung – also das Bejahen eines Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand – auch vor dem Hintergrund der deutsche vergaberechtlichen Rechtsprechung sowie den europäischen Entscheidungen zu diesem Thema Bestand haben können.

IV. Auswertung der Rechtsprechung

Da das Thema umweltbezogene Aspekte erst seit 2004 in der VKR verankert ist und erst 2009 eine nationale gesetzliche Grundlage gefunden hat, sind die Entscheidungen sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Vergaberecht überschaubar.

1. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

a. EuGH-Urteil „Concordia Bus Finland“ vom 17. September 2002 - Rs. C-513/99

Bereits in der ersten Auflage dieses Gutachtens wurde die damals neue Entscheidung des EuGH⁸⁷ erläutert. Da sie nach wie vor aktuell ist, kann auf ihre Zusammenfassung hier nicht verzichtet werden.

Der EuGH hatte sich mit der Vergabe von Busverkehrsdiensten zu befassen. Die Stadt Helsinki hatte den gesamten innerstädtischen Busverkehr ausgeschrieben. Der Zuschlag sollte auf das für die Stadt gesamtwirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Bei dieser Beurteilung sollten drei Gruppen von Kriterien berücksichtigt werden, wovon eine das Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmens berücksichtigen sollte. Für eine Gesamtheit von qualitativen Kriterien und für ein zertifiziertes Umweltkonzept konnten zusätzliche Punkte verteilt werden.⁸⁸

Die Bestbieterin erhielt die höchstmögliche Punktzahl für ihre Qualitäts- und Umweltzertifikate bezogen auf Stickoxidemissionen und auf den Lärmpegel der Busse, während dem Beschwerdeführer nur wenige zusätzliche Punkte gegeben wurden.⁸⁹ Dagegen wandte sich der Beschwerdeführer mit dem Argument, jedes Vergabekriterium, das der Auftraggeber festgelegt habe, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, müsste notwendigerweise wirtschaftlicher Art sein.

Dem folgte der EuGH indes nicht, sondern hob hervor, dass Art. 36 Abs. 1 lit. a der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie⁹⁰ zum einen grundsätzlich keine abschließende Aufzählung möglicher Zuschlagskriterien enthalte⁹¹, also auch Umweltaspekte berücksichtigt werden könnten. Zum anderen könnte nicht ausgeschlossen werden, dass Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, sich auf den Wert eines Angebots für den Auftrag-

⁸⁷ EuGH Rs. C-513/99 „Concordia Bus Finland“, WuW 2002, S. 1023 ff.

⁸⁸ EuGH a.a.O. Rn. 21, 24.

⁸⁹ EuGH a.a.O. Rn. 26

⁹⁰ Anm. der Verf.: heute Art. 53 VKR

⁹¹ EuGH a.a.O. Rn. 53, 54

geber auswirken.⁹² Voraussetzung sei allenfalls, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen, der öffentliche Auftraggeber dadurch keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt werde⁹³ und alle Kriterien im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung ausdrücklich angegeben seien, so dass Bieter vom Bestehen und der Tragweite dieser Kriterien Kenntnis nehmen und sich darauf einstellen könnten.⁹⁴

Konkret bezogen auf den Zusammenhang mit den Busverkehrsdienstleistungen führte der EuGH aus:

"Was das Ausgangsverfahren angeht, ist zunächst festzustellen, dass Kriterien, die sich auf die Höhe der Stickoxidemissionen und auf den Lärmpegel der Busse beziehen, wie die in der vorliegenden Rechtssache streitigen, als Kriterien anzusehen sind, die mit dem Gegenstand eines Auftrags zusammenhängen, der die Erbringung von städtischen Busverkehrsdienstleistungen betrifft."⁹⁵

Aus dieser Entscheidung kann man daher den Schluss ziehen, dass sich auch Elemente einer Nachfrage, die sich nicht primär auf den Hauptgegenstand der Nachfrage (hier Busverkehrsdienstleistungen) beziehen (wie hier Schadstoffemissionen und Lärm), einen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand bilden können.⁹⁶

b. EuGH-Urteil „Wienstrom“ vom 4. Dezember 2003 - Rs. C-448/01

In dem Fall „Wienstrom“ schrieb ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag für die Lieferung von Elektrizität im offenen Verfahren aus. Auftragsgegenstand war der Abschluss eines zweijährigen Rahmenvertrags und darauf aufbauender Einzelverträge zur Belieferung sämtlicher im Bundesland Kärnten gelegenen Verwaltungsdienststellen des Bundes mit elektrischem Strom. Als Zuschlagskriterien war angegeben worden: „Wirtschaftlich günstigstes Angebot nach den folgenden Kriterien: Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibung.“

Ein Energielieferant hatte sich zu verpflichten, nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten, Bundesdienststellen elektrische Energie zu liefern, die aus erneuerbaren Energieträgern erzeugt worden ist, zumindest aber nicht wissentlich elektrische Energie zu liefern, die durch Kernspaltung erzeugt wurde. Es wurde jedoch nicht verlangt, dass er sich zum Nachweis seiner Bezugsquellen zu verpflichten hätte. Für den Fall der Verletzung dieser Pflichten wurden ein Recht des Auftraggebers zur Vertragsauflösung und eine Vertragsstrafe vorgesehen.

In den Ausschreibungsunterlagen hieß es, der öffentliche Auftraggeber sei sich bewusst, dass aus technischen Gründen kein Lieferant garantieren könne, dass die von ihm an einen bestimmten Abnehmer gelieferte elektrische Energie tatsächlich aus erneuerbaren Energieträgern gewonnen worden sei. Dennoch sei er entschlossen, mit Bietern zu kontrahieren, die über mindestens 22,5 Gigawattstunden (GWh) pro Jahr elektrische Energie verfügten, die auf diese Weise gewonnen worden sei. Der jährliche Gesamtbezug der Bundesdienststellen sei auf etwa 22,5 GWh geschätzt worden.

⁹² EuGH a.a.O. Rn. 55

⁹³ EuGH a.a.O. Rn. 61

⁹⁴ EuGH a.a.O. Rn. 62

⁹⁵ EuGH a.a.O. Rn. 65; insofern ist der Auffassung von Burgi, a.a.O., S. 582, der nur einen „unmittelbaren“ Zusammenhang und „engen Bezug“ zum Auftragsgegenstand akzeptiert, nicht zuzustimmen.

⁹⁶ Siehe auch Rößner / Schalast: Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH – Conordia Bus Finland, NJW 2003, S. 2361 ff.

Ferner hieß es, dass Angebote ausgeschieden würden, die keinen Nachweis dafür enthielten, dass „der Bieter in den vergangenen zwei Jahren und/oder in den kommenden zwei Jahren zumindest 22,5 GWh pro Jahr elektrische Energie, die aus erneuerbaren Energieträgern stammt, erzeugt oder zugekauft hat und/oder erzeugen oder zukaufen wird und an Endverbraucher geliefert hat und/oder liefern wird“. Als Zuschlagskriterien wurden der Nettopreis pro Kilowattstunde mit 55 % sowie das Kriterium Energie aus erneuerbaren Energieträgern mit 45 % festgelegt. Hinsichtlich des letzten Zuschlagskriteriums wurde festgehalten, dass hier „nur die Menge der lieferbaren Energie aus erneuerbaren Energieträgern, die über 22,5 GWh pro Jahr hinausgeht, berücksichtigt“ werde.

Ein Bieter, der sich an dem Vergabeverfahren beteiligt hatte, beschwerte sich wegen der Bewertung der Angebote; insbesondere vertrat er die Auffassung, das Zuschlagskriterium „Strom aus erneuerbaren Energien“ sei rechtswidrig. Dem folgte der EuGH aber nicht; allerdings hat der EuGH die Bewertung der gesamten verfügbaren Strommenge über den konkreten Auftrag hinaus für vergaberechtswidrig erklärt.

Der EuGH führt zunächst mit Hinweis auf die zuvor zitierte Entscheidung „Concordia Bus Finland“ aus⁹⁷:

Im Einzelnen hat der Gerichtshof (...) in der Rechtssache C-513/99⁹⁸ (Concordia Bus Finland, (...)) festgestellt, dass Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 nicht dahin ausgelegt werden darf, dass jedes Vergabekriterium, das der Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein muss.

Im Übrigen folgt der EuGH der Ansicht des öffentlichen Auftraggebers, der mit Hinweis auf seinen weiten Ermessensspielraum, über den er bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots verfüge, hervorgehoben hatte, dass lediglich eine Gewichtung unzulässig sei, die zu einer unsachlichen Verzerrung führen würde. Im Ausgangsverfahren stünden jedoch nicht nur die Kriterien „Preis“ und „Energie aus erneuerbaren Energieträgern“ in einem sachlich nachvollziehbaren Verhältnis, sondern daneben stehe auch die rein numerische Wirtschaftlichkeit im Vordergrund, da der Preis um 10 % höher bewertet worden sei als die Fähigkeit, Energie aus solchen Trägern zu liefern.⁹⁹ Dem stimmt der EuGH zu und ergänzt:

„Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots den öffentlichen Auftraggebern die Entscheidung über die Kriterien für die Zuschlagserteilung überlässt, sofern diese Kriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen und dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen.“¹⁰⁰

Ferner müssen bei diesen Kriterien sowohl alle Verfahrensvorschriften als auch alle wesentlichen Grundsätze, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, beachtet werden¹⁰¹. Somit sind bei Beachtung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die öffentlichen Auftraggeber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien frei, sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kri-

⁹⁷ EuGH-Urteil „Wienstrom“ vom 4. Dezember 2003 - Rs. C-448/01

⁹⁸ in Randnummer 55 des Urteils vom 17. September 2002

⁹⁹ EuGH a.a.O. Rn. 36

¹⁰⁰ EuGH a.a.O. Rn 37 ; vgl. Urteile vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnrn. 19 und 26, vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-19/00, SIAC Construction, Slg. 2001, I-7725, Randnrn. 36 und 37, und Concordia Bus Finland, Randnrn. 59 und 61.

¹⁰¹ EuGH a.a.O. Rn. 38; vgl. in diesem Sinne Urteile Beentjes, Randnrn. 29 und 31, und Concordia Bus Finland, Randnrn. 62 und 63

terien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen.¹⁰²

Was das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zuschlagskriterium angeht, so dient, wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen dem Umweltschutz, da sie zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beiträgt, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zählen, zu deren Bekämpfung sich die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet haben¹⁰³.

Gerade im Hinblick darauf soll im Übrigen die Richtlinie 2001/77, wie insbesondere aus ihrer achtzehnten Begründungserwägung und aus ihren Artikeln 1 und 2 hervorgeht, durch die Nutzung der Stärke der Marktkräfte eine Steigerung des Anteils erneuerbarer Energiequellen an der Stromerzeugung im Elektrizitätsbinnenmarkt fördern, und dieses Ziel ist, wie es in ihrer zweiten Begründungserwägung heißt, für die Gemeinschaft von hoher Priorität.¹⁰⁴

Im Hinblick auf die Anforderung der über den Auftragsgegenstand hinausgehenden Strommenge aus erneuerbaren Energie vertrat der EuGH demgegenüber eine restriktive Haltung, Zitat:

Im Ausgangsverfahren ist festzustellen, dass sich das festgelegte Zuschlagskriterium nicht auf die Leistung bezieht, die Gegenstand des Auftrags ist, nämlich die Lieferung der Menge Strom des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauchs, sondern auf die Mengen, die die Bieter anderen Abnehmern als dem Auftraggeber geliefert haben oder zu liefern beabsichtigen.¹⁰⁵

Ein Zuschlagskriterium, das sich ausschließlich auf die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern bezieht, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauch übersteigt, kann jedoch nicht als mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängend angesehen werden.¹⁰⁶

Im Übrigen kann der Umstand, dass nach dem festgelegten Zuschlagskriterium die Menge, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauch übersteigt, maßgeblich ist, den Bietern einen Vorteil verschaffen, die wegen ihrer größeren Erzeugungs- oder Lieferkapazitäten in der Lage sind, größere Mengen Strom zu liefern als andere. Dieses Kriterium kann somit zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung von Bietern führen, deren Angebot die mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängenden Voraussetzungen möglicherweise uneingeschränkt erfüllt. Eine solche Beschränkung des Kreises der Wirtschaftsteilnehmer, die in der Lage sind, ein Angebot abzugeben, würde das mit den Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verfolgte Ziel einer Öffnung für den Wettbewerb vereiteln.¹⁰⁷

Selbst wenn dieses Kriterium von dem Bestreben geleitet sein sollte, die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, was zu prüfen dem nationalen Gericht obliegt, ist schließlich zu beachten, dass zwar die Sicherheit der Versorgung grundsätzlich zu den Zuschlagskriterien gehören kann, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, dass aber die Fähigkeit der Bieter, die über die in

¹⁰² EuGH a.a.O. Rn. 39

¹⁰³ EuGH a.a.O. Rn. 40; Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 73

¹⁰⁴ EuGH a.a.O. Rn. 41

¹⁰⁵ EuGH a.a.O. Rn. 67

¹⁰⁶ EuGH a.a.O. Rn. 68

¹⁰⁷ EuGH a.a.O. Rn. 69

der Ausschreibung festgelegte Menge hinaus größtmögliche Menge Strom zu liefern, nicht zum Zuschlagskriterium erhoben werden kann.¹⁰⁸

Mit dieser Entscheidung hebt der EuGH zwei Dinge klar hervor: zum einen den überaus hohen Stellenwert Erneuerbarer Energien, die es rechtfertigt, bei der Nachfrage nach Strom die Erzeugungsart zum Zuschlagskriterium zu erheben. Und zum anderen den Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, der eindeutig dann nicht mehr gegeben ist, wenn allein mengenmäßig – wenn auch unter dem Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit – die ausgeschriebene Menge überschritten wird. Denn insoweit würden auch nach Auffassung des EuGH kleine Unternehmen gegenüber großen Unternehmen diskriminiert. Im Übrigen findet dann auch eine Interessensverlagerung statt: weg vom eigentlichen Auftragsgegenstand – Nachfrage nach einer bestimmten Menge Ökostrom – und hin zu dem allgemeinen wirtschaftlichen Potential eines Unternehmens. Das soll aber gerade verhindert werden (so der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung).

Daraus kann man im Hinblick auf die Nachfrage nach Ökostrom im Rahmen des Initiierungsmodells ebenfalls zwei Schlüsse ziehen: Ökostrom – oder Strom aus erneuerbaren Energien – gehört zu den prioritären Bereichen im Rahmen der EU-Umweltziele; auch aus der Sicht des EuGH. Und zum anderen scheint eine rein mengenmäßige Verknüpfung zwischen Auftragsgegenstand und Umweltaspekt (gemeint ist, diese Menge Ökostrom) hinreichend zu sein, um den geforderten vergaberechtlichen Zusammenhang herzustellen.

c. EuGH-Urteil „Umweltgütezeichen EKO und MAX HAVELAAR“ vom 10. Mai 2012 - Rs. C-368/10

Mitte 2008 wurde im Amtsblatt der Europäischen Union auf Antrag der niederländischen Provinz Nord-Holland eine Bekanntmachung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags für die Lieferung und Bewirtschaftung von Kaffeeautomaten ab 1. Januar 2009 veröffentlicht. Danach sollte auf der Grundlage einer Vermietung ein Auftrag für die Lieferung, Installierung und Wartung von Halbautomaten (full-operational) für die Ausgabe von Heiß- und Kaltgetränken erteilt werden einschließlich der Lieferung der entsprechenden Zutaten (Kaffee und Tee sowie Milch, Zucker und Kakao) zur Bestückung der Automaten. Dafür sahen die Vergabeunterlagen eine Bezugnahme auf zwei nationale privatrechtliche Gütesiegel vor, ohne allerdings die einzelnen Anforderungen dieser Gütezeichen näher zu erläutern oder darzulegen: Umweltgütezeichen EKO für ökologischen Landwirtschaft und MAX HAVELAAR für fairen Handel mit internationalen Produkten. Die Angebote sollten sowohl anhand der Qualitäts- und Umweltkriterien als auch anhand des Preises bewertet werden.

In den Vergabeunterlagen waren folgend Qualitätsanforderungen aufgeführt: „Im Rahmen nachhaltiger Einkäufe und gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens verlangt die Provinz Nord-Holland, dass der Lieferant die Kriterien in Bezug auf nachhaltige Einkäufe und gesellschaftlich verantwortliches Verhalten erfüllt. Auf welche Weise erfüllen Sie die Kriterien in Bezug auf nachhaltige Einkäufe und gesellschaftlich verantwortliches Verhalten[?] Darüber hinaus ist anzugeben, inwiefern der Lieferant zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beiträgt. ...“¹⁰⁹

Die EU-Kommission verklagte das Königreich der Niederlande mit der Begründung, die Provinz Nord-Holland habe dadurch gegen die Richtlinie 2004/18 verstoßen, dass die Gütezeichen MAX HAVELAAR und EKO oder auf vergleichbaren oder identischen Kriterien

¹⁰⁸ EuGH a.a.O. Rn. 70

¹⁰⁹ EuGH-Urteil „Umweltgütezeichen EKO und MAX HAVELAAR“ vom 10. Mai 2012 - Rs. C-368/10 Rn. 26

beruhende Gütezeichen für den zu liefernden Tee oder Kaffee vorgeschrieben, diese Gütezeichen als Zuschlagskriterium für die Zutaten zugrunde gelegt wurden und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter auf der Grundlage von Eignungskriterien bewertet wurde, die nicht zu dem insoweit geschlossenen System der Richtlinie gehörten. Insbesondere stünden die genannten Gütezeichen nicht mit dem Gegenstand des fraglichen Auftrags in Zusammenhang. Außerdem – so die Kommission weiter – hänge die Einhaltung der „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ nicht mit dem Gegenstand des Auftrags zusammen, und verstoße darüber hinaus gegen die Transparenzpflicht nach Art. 2 der Richtlinie, weil die Ausdrücke „Nachhaltigkeit der Einkäufe“ und „gesellschaftlich verantwortliches Verhalten“ kein hinreichendes Maß an Klarheit aufwiesen.¹¹⁰

Dem ist der EuGH nur zum Teil gefolgt. Er hat der Kommission zwar Recht gegeben hinsichtlich der Bezugnahme auf nationale Umweltgütezeichen; die Provinz Nord-Holland habe dadurch, dass sie im Lastenheft vorgeschrieben habe, dass bestimmte zu liefernde Erzeugnisse mit einem bestimmten Umweltgütezeichen versehen seien, anstatt die für dieses Umweltgütezeichen festgelegten detaillierten Spezifikationen zu verwenden, eine mit Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18 unvereinbare technische Spezifikation aufgestellt¹¹¹.

Der Verwendung der Gütezeichen als Zuschlagskriterien hat der EuGH aber nicht widersprochen. Zitat:

„(...) Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 (schreibt) vor, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Insoweit stellt der 46. Erwägungsgrund in seinem dritten Absatz klar, dass „[d]ie Festlegung dieser Kriterien ... insofern vom Auftragsgegenstand ab[hängt], als sie es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen“, wobei das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ das mit dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“ ist.“¹¹²

„Wie sich (...) aus dem ersten und dem vierten Absatz dieses Erwägungsgrundes ergibt, verlangt die Wahrung der Grundsätze der Gleichheit, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, dass die Zuschlagskriterien objektiv sind, was gewährleistet, dass der Vergleich und die Bewertung der Angebote in objektiver Weise erfolgt und somit unter Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs. Das wäre nicht der Fall bei Kriterien, die dem öffentlichen Auftraggeber eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen“¹¹³.

„Um die Begründetheit der Rüge des Fehlens eines hinreichenden Zusammenhangs zwischen dem streitigen Zuschlagskriterium und dem Auftragsgegenstand zu beurteilen, sind zum einen die den Gütezeichen EKO und MAX HAVELAAR zugrunde liegenden Kriterien zu berücksichtigen. Wie sich aus den Randnrn. 34 und 37 des vorliegenden Urteils ergibt, kennzeichnen diese zugrunde liegenden Kriterien Erzeugnisse aus ökologischer Landwirtschaft bzw. fairem Handel. Zum ökologischen Landbau, wie er durch das Unionsrecht, d. h. zur im vorliegenden Fall maßgeblichen Zeit durch die Verordnung Nr. 2092/91 umschrieben war, heißt es

¹¹⁰ EuGH a.a.O. Rn. 39, 46, 47

¹¹¹ EuGH a.a.O. Rn. 70

¹¹² EuGH a.a.O. Rn. 86

¹¹³ vgl. zu entsprechenden Vorschriften der Richtlinien, die der Richtlinie 2004/18 vorausgegangen sind, Urteil vom 17. September 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Slg. 2002, I-7213, Randnr. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung; EuGH a.a.O. Rn. 87

in deren Erwägungsgründen 2 und 9, dass dieser Landbau den Umweltschutz begünstigt, insbesondere weil er erhebliche Einschränkungen bei der Verwendung von Dünge- oder Schädlingsbekämpfungsmitteln bedeutet. Zum fairen Handel ergibt sich aus Randnr. 37, dass die von der Stiftung, die das Gütezeichen MAX HAVELAAR vergibt, vorgeschriebenen Kriterien Kleinerzeuger aus Entwicklungsländern fördern sollen, indem mit ihnen Handelsbeziehungen gepflegt werden, die die tatsächlichen Bedürfnisse dieser Erzeuger und nicht nur die des Gesetzes des Marktes berücksichtigen. Aus diesen Angaben ist ersichtlich, dass das streitige Zuschlagskriterium Umwelt- und soziale Eigenschaften betraf, die unter Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 fallen.“¹¹⁴

„Zum anderen ist festzustellen, dass sich der Auftrag nach seiner Beschreibung (...) im Lastenheft insbesondere auf die Lieferung von Kaffee, Tee und andere zur Herstellung der in den Automaten angebotenen Getränke erforderlichen Zutaten bezog. Aus der Fassung des streitigen Zuschlagskriteriums ergibt sich im Übrigen, dass dieses ausschließlich die im Rahmen dieses Auftrags zu liefernden Zutaten betraf und keine Auswirkung auf die allgemeine Einkaufspolitik der Bieter hatte. Mithin bezogen sich diese Kriterien auf Erzeugnisse, deren Lieferung ein Teil des Gegenstands des fraglichen Auftrags war.“¹¹⁵

„Wie sich schließlich aus Nr. 110 der Schlussanträge der Generalanwältin ergibt, ist es nicht erforderlich, dass sich ein Zuschlagskriterium auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist, bezieht. So hat der Gerichtshof in Randnr. 34 des Urteils EVN und Wienstrom entschieden, dass es die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Unionsrechts einem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehren, im Rahmen der Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt. Grundsätzlich steht somit einem Zuschlagskriterium, das darauf abstellt, dass ein Erzeugnis fair gehandelt worden ist, nichts entgegen.“¹¹⁶

„Es ist daher festzustellen, dass das streitige Zuschlagskriterium den in Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 verlangten Zusammenhang mit dem fraglichen Auftragsgegenstand aufweist, so dass die Rüge der Kommission insoweit nicht begründet ist.“¹¹⁷

Im Weiteren hat der EuGH die „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ geprüft. Hier hat er einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand mit folgender Begründung abgelehnt (Zitat):

„Die Parteien sind unterschiedlicher Auffassung über die Qualifizierung der streitigen Anforderung, wonach die Bieter die „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einhalten müssen, indem sie u. a. zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen. Die Kommission macht geltend, diese Anforderung betreffe die allgemeine Politik der Bieter und beziehe sich daher auf ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit im Sinne von Art. 48 der Richtlinie 2004/18. Dagegen meint das Königreich der Niederlande, diese Anforderung gelte für den streitigen Auftrag, so dass es sich um eine Bedingung der Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie handele.“¹¹⁸

¹¹⁴ EuGH a.a.O. Rn. 89

¹¹⁵ EuGH a.a.O. Rn. 90

¹¹⁶ EuGH a.a.O. Rn. 91

¹¹⁷ EuGH a.a.O. Rn. 92

¹¹⁸ EuGH a.a.O. Rn. 102

„Der letztgenannten Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die streitige Klausel war nämlich (in den) „Eignungskriterien/Mindestanforderungen“ des Lastenhefts enthalten, was der insbesondere in der Überschrift von Art. 44 der Richtlinie 2004/18 und dessen Abs. 2 verwendeten Terminologie entspricht; Art. 44 Abs. 2 verweist dabei auf die Art. 47 und 48 der Richtlinie, deren Überschriften „Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ bzw. „Technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit“ lauten. Außerdem bezogen sich die ersten drei Abschnitte dieses Unterkapitels auf die Mindestanforderungen, die der öffentliche Auftraggeber in Bezug auf den Umsatz, die Abdeckung des Berufsrisikos und die Erfahrung der Bieter verlangte, also auf ausdrücklich von den Art. 47 und 48 erfasste Punkte. Darüber hinaus waren die „Eignungskriterien“ im einleitenden Teil des Lastenhefts als Anforderungen in Form von Ausschlussklauseln oder Mindestanforderungen definiert, die ein Bieter erfüllen musste, damit sein Angebot berücksichtigt wurde, so dass sie als vom eigentlichen Angebot getrennt erschienen. Schließlich war die fragliche Anforderung allgemein und nicht spezifisch im Zusammenhang mit dem streitigen Auftrag formuliert.“¹¹⁹

Aus dieser aktuellen Entscheidung lassen sich weitere Schlüsse im Hinblick auf die hier interessierende Frage des Zusammenhangs zwischen Ökostromlieferung und Initiierungsmodell ziehen: Aus der Sicht des EuGH hängen Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammen, wenn sie es ermöglichen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen, wobei das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ das mit dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“ ist. Soweit also das Initiierungsmodell dazu geeignet ist, objektiv das jeweilige Leistungsniveau eines Ökostromangebots zu bestimmen, was nach dem Kriterienkatalog für das Gütesiegel „ok-power“ der Fall ist, hängt es mit dem Auftragsgegenstand Lieferung von Ökostrom zusammen.

Außerdem zeigt der EuGH auch auf, wo die Grenze zu den allgemeinpolitischen Aspekten ist, welche nicht mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Anhand der „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ hebt der EuGH insoweit hervor, dass die Richtlinie nur einen bestimmten Katalog an Eignungskriterien vorgibt, unter die sich die genannten Kriterien nicht einordnen lassen; im übrigen zeige die Formulierung (z.B. ...“im Rahmen nachhaltiger Einkäufe ...“ - nicht „im Rahmen dieses Vergabeverfahrens“!) keinen Bezug zum Auftragsgegenstand.

Im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen Ökostromlieferung und Initiierungsmodell kann man daher feststellen, es kommt allein auf die Intention des Auftraggebers an, inwieweit er einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand formuliert, also ihn selbst herzustellen vermag. Es ist dagegen nicht erforderlich, dass *„sich ein Zuschlagskriterium auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist, bezieht“*, wie der EuGH auch mit Hinweis auf die Wienstrom-Entscheidung betont. Vor diesem Hintergrund kann man einen weiten Spielraum eines öffentlichen Auftraggebers bejahen¹²⁰ und einen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand immer dann annehmen, wenn dieser sich entweder mengenmäßig – siehe Wienstrom-Entscheidung – oder anhand sonstiger Besonderheiten des Auftragsgegenstand – aber explizit in Bezug genommen – herstellen lässt. Die allgemeine Geschäftspolitik eines Unternehmens (siehe „im Rahmen nachhaltiger Einkäufe“) muss dabei außen vor bleiben.¹²¹

¹¹⁹ EuGH a.a.O. Rn. 103

¹²⁰ So auch Wegener / Hahn a.a.O. S. 687.

¹²¹ Siehe auch Pfarr: EuGH präzisiert Anforderungen an nachhaltige Beschaffung (Urteil vom 10. Mai 2012), www.vergabeblog.de

2. Rechtsprechung der nationalen Gerichte

a. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. Januar 2013 – VII-Verg 35/12

Im Zusammenhang mit der Vergabe von Reinigungsleistungen schrieb ein öffentlicher Auftraggeber die Gebäudereinigung, die Glasreinigung und den Winterdienst EU-weit aus. In einem abzuschließenden Servicevertrag über sog. Unterhaltungsreinigungen war vorgesehen, zur Leistungserbringung sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen. Dagegen wandte sich ein potentieller Bieter, denn die Forderung, nur sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen, schränke den Wettbewerb unangemessen ein und sei deshalb rechtswidrig. Der öffentliche Auftraggeber ist demgegenüber der Auffassung, der Einsatz von sozialversicherungspflichtigem Personal entspreche berechtigten Interessen.

Das OLG Düsseldorf hat sich der Auffassung des Bieters angeschlossen und die Anforderung nur sozialversicherungspflichtiges Personal zu beschäftigen für rechtswidrig erklärt.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf handele es sich zwar bei der Anforderung, dass der Auftragnehmer zur Erbringung seiner Leistungen sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen hat, um eine zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrags im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG und § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Mitteilung dieser Anforderung kann danach entweder in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen erfolgen, zu denen im Streitfall gemäß § 9 Abs. 1 Buchst. c) EG VOL/A auch der abzuschließende Servicevertrag gehört.¹²²

„Die Anforderung, nur sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen, ist (aber) vergaberechtswidrig, weil der erforderliche sachliche Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand fehlt. Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB können für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“¹²³

Ein hinreichender sachlicher Zusammenhang ist hier nicht erkennbar. Zu Unrecht beruft sich der Antragsgegner darauf, den Mietern sei der Einsatz von täglich wechselndem Personal nicht zumutbar, ebenso wenig eine permanent andauernde Einarbeitungsphase des Personals; täglich wechselndes Personal garantiere auch kein hohes Niveau an Reinigungsleistung. Der Einsatz von nicht sozialversicherungspflichtigem Personal ist nicht notwendigerweise mit diesen Nachteilen verbunden. Die Antragstellerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass der Einsatz von geringfügig Beschäftigten in aller Regel in kleineren Reinigungsrevieren mit einem Zeitaufwand von etwa bis zu zwei Stunden täglich erfolge. Es handele sich um fest eingestellte Mitarbeiter, die täglich zur Reinigung erschienen. Dies biete bessere Dispositionsmöglichkeiten beim Ausfall einer Reinigungskraft. Auch böten beispielsweise vier noch nicht von der Arbeit ermüdete Zwei-Stunden-Kräfte ein besseres Reinigungsergebnis als eine Acht-Stunden-Kraft.¹²⁴

Auch im Übrigen hat der Antragsgegner einen sachlichen Zusammenhang der Anforderung, dass der Auftragnehmer zur Erbringung seiner Leistungen sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen hat, mit dem Auftragsgegenstand nicht dargelegt. Der öffentliche Auftraggeber hat zwar bereits auf Grund seiner Verpflichtung zur Wahrung des Allgemeinwohls in besonderem Maß soziale Belange zu beachten und zu fördern. Dies allein reicht jedoch nicht aus, einem Auftrag-

¹²² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII_Verg 35/12 Rn. 33

¹²³ OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 37

¹²⁴ OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 38

nehmer sozialrelevante, aber arbeitsrechtlich erlaubte Gestaltungsmöglichkeiten zu versagen. Die arbeitsrechtlichen und sozialen Belange von geringfügig und zeitlich begrenzt beschäftigten Arbeitnehmern werden durch nationales und europäisches Recht geschützt¹²⁵. Insbesondere durch den gesetzlich festgelegten tariflichen Mindestlohn nach § 3a Abs. 2 AÜG, Art. 2 lit. f) und Art. 5 RL 2008/104/EG und die durch das Arbeitnehmerentsendegesetz begründete Pflicht des Arbeitgebers, tarifvertragliche Arbeitsbedingungen zu gewähren, § 3 AEntsG, Art. 3 RL 96/71/EG, werden vor allem diejenigen Arbeitnehmer geschützt, die in Gewerbebranchen beschäftigt sind, in denen typischerweise eine Vielzahl auch ungelernter Arbeiter auf Zeit eingesetzt werden. Zu solchen Branchen gehört neben dem Baugewerbe auch das Gebäudereinigerhandwerk.¹²⁶

Infolge der Versagung arbeitsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten durch die Ausschreibungsbedingungen werden die Bieter nach § 97 Abs. 7 GWB in ihren Rechten verletzt, weil dies Einfluss auf die Preiskalkulation und ihre wettbewerblichen Möglichkeiten hat.¹²⁷

Diese Entscheidung, die zwar nicht zu umweltbezogenen, aber zu sozialen Aspekten im Rahmen des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ergangen ist, lässt sich 1:1 auf Umweltaspekte übertragen. Insofern werden die Grenzen eines möglichen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand ersichtlich: Dort, wo zu Lasten des Auftragnehmers seine wettbewerblichen Möglichkeiten eingeschränkt werden und andererseits bereits hinreichende Regelungen bestehen, kann für weitere Anforderungen im Rahmen des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB kein Raum mehr sein.

Diese Situation dürfte auf dem Strommarkt nicht gegeben sein. Zwar gibt es Fördermechanismen und entsprechende nationale wie auch europäische Ziele, um die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien voran zu bringen. Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Erzeugungsart gibt es dagegen nicht; d.h. hat sich ein Stromanbieter/Stromhändler einmal entschieden Ökostrom anzubieten, steht das Produktionsverfahren dafür fest.

Interessant ist an der Entscheidung außerdem, dass das OLG Düsseldorf offensichtlich nicht jeden Zusammenhang der Anforderung mit dem Auftragsgegenstand genügen lässt. Der Hinweis auf die Qualität der Reinigungsleistungen ist jedenfalls nah am Auftragsgegenstand aber offensichtlich konnte das Gericht (zu Recht) nicht davon überzeugt werden, dass sozialversichertes Personal besser putzen kann.

b. Beschluss des OLG Koblenz vom 29. November 2012 – 1 Verg 6/12

In dem dem OLG Koblenz zugrund liegenden Fall ging es um die Vergabe von Entsorgungsleistungen (Einsammeln, Befördern und Verwerten von Papier, Pappe und Kartontagen (PPK)), die EU-weit ausgeschrieben worden war. In dem vorgesehenen Vertragsentwurf, der Gegenstand der Vergabeunterlagen war, war eine besondere Abgrenzung zum „Duales System Deutschland“ enthalten (die aus speziellen Gründen des Abfallrechts und nach dem KreislaufwirtschaftG offensichtlich nötig war). Diese lautete:

„Da der AN dazu geboren ist, das kommunale Erfassungssystem zu Zwecken der Erfassung von PPK-Verkaufsverpackungen im Auftrag der Systembetreiber mitzubeneutzen, zahlt der AN dem AG ein angemessenes Entgelt für die Möglichkeit der Mitbenutzung des

¹²⁵ (vgl. AÜG (BGBl. I 1995, S. 158), AEntG 2009 (BGBl. I 2009, S. 799), Richtlinie 2008/104/EG vom 19. November 2008 (ABl. EU L 327/9), Richtlinie 91/383/EWG vom 29. Juli 1991 (ABl. EU L 206/19) sowie Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 (ABl. EU L 18/1))

¹²⁶ OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 39

¹²⁷ OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 40

kommunalen Erfassungssystems im Auftrag Dualer Systeme, das mindestens einen Betrag in Höhe von 0,40 EURO netto pro Einwohner und Jahr betragen muss. Dieser Betrag ergibt sich aus den auf die Betreiber Dualer Systeme entfallenden Kosten an den Erfassungs- bzw. Behälterinfrastruktur- und Verwaltungskosten der AG. Angebote, die den vorgegebenen Mindestbetrag unterschreiten, werden ausgeschlossen. Eine Anpassung des Entgelts für die Möglichkeit der Mitbenutzung des kommunalen Erfassungssystems im Auftrag Dualer Systeme wird für die Vertragslaufzeit ausgeschlossen.“

Ein Bieter wehrte sich gegen diese Klausel, sie sei unzumutbar, weil unkalkulierbar.

Das OLG Koblenz hat diesem Bieter in vollem Umfang Recht gegeben und ausgeführt:

„Die Vergabebedingungen sind so gestaltet, dass es für den Zuschlag nicht ausreicht, wenn ein Bieter, der geeignet im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB ist, das wirtschaftlichste Angebot für die ausgeschriebene Entsorgungsdienstleistung abgibt. Vielmehr ist zusätzliche und unerlässliche Voraussetzung für die Auftragsvergabe, dass sich der Auftragnehmer zur Vermeidung eines Angebotsausschlusses einer Abrede unterwirft, die ihn zu einer Art Konzessionär machte, der an den Auftraggeber als „Konzessionsgeber“ eine jährliche „Konzessionsabgabe“ von mindestens ca. 50.000 € leisten muss.“¹²⁸

„Diese zusätzliche Anforderung ist nicht durch § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB gedeckt. Zwar ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes („insbesondere“), dass die zusätzlichen Anforderungen an den Auftragnehmer nicht von vorn herein auf soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte beschränkt sind. Es fehlt aber der notwendige Bezug zum Auftrag, weil die verlangte Zahlung nicht das Geringste mit der Art und Weise zu tun hat, wie die Erfassung des Altpapiers bewerkstelligt werden soll. Vielmehr wird die ausgeschriebene Entsorgungsleistung von der „Konzessionsabgabe“ überhaupt nicht tangiert. Es handelt sich weder um einen Aspekt, der sich (unmittelbar) im Leistungsgegenstand niederschlagen könnte¹²⁹, noch um ein leistungsbegleitendes Element wie etwa die Beschäftigung von Arbeitnehmern aus einem bestimmten Personenkreis für die Dauer der Auftragsausführung. Vielmehr wird von dem Auftragnehmer verlangt, eine von der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung losgelöste Zahlungsverpflichtung einzugehen, auf die der Auftraggeber zudem noch nicht einmal dem Grunde nach einen Anspruch hat¹³⁰.“¹³¹

Mit dieser Entscheidung wird ebenfalls abgegrenzt, was im Rahmen des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ganz generell als zusätzliche Anforderung formuliert werden darf. Finanzielle Zusatzlasten für Auftragnehmer gehören offensichtlich nicht dazu. Man kann hier aber nicht die Parallelen zum Initiierungsmodell ziehen, denn anders als bei den Entsorgungsleistungen, kann der Auftragsgegenstand Ökostrom nicht von der Zubauverpflichtung getrennt werden, ohne dass das Produkt hinsichtlich seines echten Umweltnutzens entwertet würde. Das ist bei den Entsorgungsleistungen anders: auch ohne die zusätzliche Zahlung können die Entsorgungsleistungen in vollem Umfang erbracht werden.

Im Hinblick auf die Definition des Zusammenhangs ist interessant, dass das OLG Koblenz von einem „leistungsbegleitenden“ Element für die Zeit der Auftragsausführung spricht. Überträgt man diesen Gedanken auf die Nachfrage nach Ökostrom im Rahmen des Initiierungsmodells, so lässt sich eine Leistungsbegleitung durchaus feststellen, denn die

¹²⁸ OLG Koblenz Beschluss vom 29. November 2012 – 1 Verg 6/12 Ziffer 5 a) der Beschlussbegründung.

¹²⁹ siehe dazu Hailbronner in Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Auflage, § 97 GWB Rn. 11

¹³⁰ siehe auch OLG Celle v. 01.03.2001 - 13 Verg 1/01 - VergabeR 2001, 206

¹³¹ OLG Koblenz a.a.O. Ziffer 5 d) der Beschlussbegründung

Nachfrage nach regenerativ erzeugtem Strom (Leistung) wird für die Zeit der Vertragserfüllung von den Verpflichtungen zu Initiierungsleistungen begleitet, die sich wiederum an der Menge des nachgefragten Ökostrom orientiert. Auch hier wäre dann wieder festzustellen: ohne Ökostromlieferung keine Initiierungsleistung.

c. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. Dezember 2010 – VII-Verg 24/10

In dem Fall, der dem OLG Düsseldorf vorlag, waren Bewachungs- und Objektschutzdienstleistungen für eine Liegenschaft des Bundes EU-weit ausgeschrieben worden. Der öffentliche Auftraggeber forderte dafür am 27. Oktober 2009 ausschließlich solche Anbieter zur Angebotsabgabe auf, welche in diesem Zeitpunkt von der VdS Schadenverhütung GmbH, einem Unternehmen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V., nach DIN 77200, Leistungsstufe 3, zertifiziert waren.

Mit der im Juni 2002 veröffentlichten DIN 77200 werden erstmals einheitliche Mindeststandards für Sicherungs-Dienstleistungen (SDL) definiert. Die DIN 77200 formuliert grundlegende Anforderungen an die Organisation, Personalführung und Arbeitsweisen von Sicherungs-Dienstleistern. Sie beinhaltet ein dreistufiges Leistungskonzept, das dem Auftraggeber ermöglicht, das Preis- und Leistungsniveau der benötigten Dienstleistung vorzugeben. Ausweislich der Anlage A zur DIN werden Unternehmen mit der Leistungsstufe 3 zertifiziert, wenn die Qualität von höchster Bedeutung ist und der Preis zweitrangig ist.

Ein Bieter, der über ein gültiges Zertifikat, aber wegen zu später Vorlage vom weiteren Verfahren ausgeschlossen worden war, wehrte er sich gegen diesen Ausschluss unter anderem mit dem Hinweis, dass die Zertifizierungsanforderung rechtswidrig sei.

Das OLG Düsseldorf stimmt dem Bieter im Ergebnis zu, die Forderung des öffentlichen Auftraggebers, eine Zertifizierung nach DIN 77200 nachzuweisen, sei nicht vergaberechtskonform.¹³² Es hat weiter ausgeführt (Zitate):

„Indem die Antragsgegnerin (...) die Einreichung eines Nachweises darüber verlangte, dass die Bieter durch die VdS Schadenverhütung GmbH Köln nach Leistungsstufe 3 der DIN 77200 zertifiziert worden sind, hat sie zwar nicht ausdrücklich die Forderung gestellt, dass die Bieter ihren Arbeitnehmern auch dann Tariflöhne zahlen, wenn kein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag besteht.“¹³³

Da eine Zertifizierung durch den VdS auf der nachzuweisenden Sicherheitsstufe 3 aber die Prüfung einschließt, ob ein die Zertifizierung beantragendes Unternehmen im Zeitpunkt der Antragstellung sowie bei auch bei zurückliegenden Aufträgen, die nach der DIN vergeben worden waren, die am jeweiligen Erfüllungsort geltenden Tarifverträge beachtet hat, unabhängig davon, ob sie für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, hat die Antragsgegnerin den Zuschlag in der Sache von der Erfüllung auch nicht für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge abhängig gemacht.“¹³⁴

Diese Forderung ist in der im streitgegenständlichen Vergabeverfahren gewählten Form eines Eignungsnachweises auch unter der Geltung des durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts neu gefassten § 97 Abs. 4 GWB nicht zulässig.“¹³⁵ (...)

¹³² OLG Düsseldorf vom 30. Dezember 2010 – VII-Verg 24/10 Rn. 55

¹³³ OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 56

¹³⁴ OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 57

¹³⁵ OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 58

Die in dieser Vorschrift (Anm. d Verf.: gemeint ist § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB) vorgehene Möglichkeit, zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer stellen zu können, stellt eine Umsetzung des Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in deutsches Recht dar. Gemäß Art. 26 dieser Richtlinie können öffentliche Auftraggeber zusätzliche Bedingungen, die soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen, für die Ausführung des Auftrages vorgeben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen angegeben werden. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ermöglicht es dem Auftraggeber, für die Auftragsdurchführung zusätzliche Anforderungen sozialer, umweltbezogener oder innovativer Natur an die Auftragnehmer zu stellen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Durch die Neufassung der Vorschrift sollte den Auftraggebern Rechtssicherheit in Bezug auf die Berücksichtigung weiterer, über die Eignungsmerkmale der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Gesetzestreue hinausgehender Anforderungen gegeben werden. Ausdrücklich wird in der Gesetzesbegründung "eine angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wach- oder Fahrdienstpersonal" beispielhaft genannt und die Festlegung einer Lohnuntergrenze für zulässig gehalten. Die Vorschrift ergänze damit das Merkmal der Zuverlässigkeit in den Fällen, in denen kein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag eingreife¹³⁶.

Allerdings ist im Rahmen der Auslegung des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zu beachten, dass die zusätzlichen Anforderungen mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sein müssen (Art. 26 der Richtlinie 2004/18). Ob damit auch die sich aus der Entsende-Richtlinie ergebenden europarechtlichen Anforderungen zu berücksichtigen sind oder durch Art. 26 als neuere und speziellere Bestimmung, die zusätzliche Anforderungen ausdrücklich zulässt, eine Freistellung von den Vorgaben der Entsende-Richtlinie erfolgt ist¹³⁷, kann im Streitfall dahinstehen.(...).¹³⁸

„Auch bei einer rein auf das nationale Recht beschränkten Prüfung liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB nicht vor. Danach können zusätzliche Anforderungen nur für die Auftragsdurchführung gestellt werden und müssen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen nur solche Anforderungen berücksichtigungsfähig sein, die sich auf die Ausführung des konkreten Auftrags und nicht auf das allgemeine Geschäftsgebaren eines Bieters beziehen¹³⁹. Die Vorgabe, dass die sich um einen Auftrag bewerbenden Bieter grundsätzlich und unabhängig von dem konkret in Aussicht gestellten Vertragsschluss Tariflöhne zahlen, die nicht auf einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag beruhen, wird nicht von § 97 Abs. 4 S.2 GWB erfasst. Zulässig könnte danach ausschließlich die Forderung sein, dass der Bieter bei der Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags die zur Leistungserbringung eingesetzten Mitarbeiter nach bestimmten Tarifen entlohnt¹⁴⁰. Die sich im Streitfall durch die Forderung nach Vorlage des Zertifizierungsnachweises ergebende Beschränkung des Wettbewerbs auf solche Unternehmen, die losgelöst von dem konkret in Aussicht gestellten Vertragsschluss Tariflöhne bezahlen, kann demnach nicht auf § 97 Abs. 4 S. 2 GBW gestützt werden.

¹³⁶ BT-Drucksache 16/11428 v. 17.12.2008, S. 49

¹³⁷ zur Diskussion vgl. Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, 414 ff.

¹³⁸ OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 66

¹³⁹ BT-Drucksache 16/11428 v. 17.12.2008, S. 49

¹⁴⁰ vgl. BT-Drs. 16/11428 S. 32; Kirch/Leinemann, aaO; Gesterkamp/Laumann, VergabeR 2007, 477 ff.; Frenz, NZBau 2007, 17 ff.

Zwar ist auch diese Entscheidung zu den sozialen Aspekten im Rahmen des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ergangen und hier ergeben sich speziell zum Thema Tariftreue besondere Probleme, die sich nicht auf umweltbezogenen Aspekte 1:1 übertragen lassen. Aber hinsichtlich der Grenzziehung, wann noch ein Zusammenhang zum Auftragsgegenstand angenommen werden kann und wann nicht mehr, ist diese Entscheidung hilfreich. Hätte der öffentliche Auftraggeber seine Verpflichtung potentieller Auftragnehmer, Tariflöhne zahlen zu müssen, ausdrücklich auf den zu vergebenden Auftrag und das dort einzusetzende Personal beschränkt, hätte das Gericht den sachlichen Zusammenhang wohl bejaht.

Diese Entscheidung zeigt eindrücklich, dass es im wesentlichen ein öffentlicher Auftraggeber in der Hand hat, zusätzliche Anforderungen im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB so präzise zu formulieren, dass der vom Gesetz geforderte sachliche Zusammenhang entstehen kann.

3. Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung und Schlussfolgerungen

Wie schon an anderer Stelle herausgearbeitet, zeigt die Rechtsprechung insgesamt, dass der sachliche Zusammenhang zum Auftragsgegenstand nach eigenem Ermessen des öffentlichen Auftraggebers formuliert werden kann. Er muss jedoch einer vergaberechtlichen Überprüfung standhalten, d.h. unlogische Zusammenhänge, wie beispielsweise im Fall der Forderung der Sozialversicherungspflicht für Reinigungspersonal werden nicht anerkannt.

Auch müssen mögliche Diskriminierungen von Bietern – ob unmittelbar oder mittelbar – vermieden werden. Insofern darf es auch nicht zu Einengungen oder gar Einschränkungen des Wettbewerbs kommen.

D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 1) Das Initiierungsmodell steht im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, weil sich die Initiierungsleistung nach der Ökostromlieferung bemisst (je Auftrag).
- 2) Ein öffentlicher Auftraggeber hat es in der Hand, den nötigen Zusammenhang von Umweltaspekten zum Auftragsgegenstand herzustellen.
- 3) Die Formulierung von Umweltaspekten in Vergabeverfahren können öffentliche Auftraggeber direkt im Auftragsgegenstand, an technischen Spezifikationen, an Eignungs- oder Zuschlagskriterien formulieren, so wie es ein öffentlicher Auftraggeber am sinnvollsten erachtet.

Sie müssen aber logisch und prüfbar sein und dürfen nicht gegen geltende Gesetze verstoßen.

Voraussetzung ist immer, dass der Zusammenhang zum Auftragsgegenstand besteht.

- 4) Die Formulierung von Umweltaspekten im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand Ökostrom sind weder unmittelbar noch mittelbar diskriminierend.

Berlin, den 28. August 2013

gez.
Birgit Ortlieb
Rechtsanwältin