

## **Vergaberechtliche Begutachtung des Labels „Holz von Hier“**

**im Auftrag der Holz von Hier gemeinnützige GmbH**

**erstellt im Mai 2020**

**durch**

**Rechtsanwalt Dr. Christian Braun,  
Fachanwalt für Vergaberecht, Fachanwalt für Verwaltungsrecht**

**und**

**Rechtsanwältin Katrin Zwetkow,  
Fachanwältin für Vergaberecht**

### **Inhalt**

0. Vorbemerkung .....	2
1. Präzisierung der Fragestellung .....	3
1.1 Anwendbare Rechtsnormen/Systematik des Vergaberechts .....	3
1.2 Strategische Beschaffung/Umweltaspekte und Beschaffungsgegenstand .....	5
2. Ergebnis .....	6
2.1 Holzprodukte i.S.d. Kriterien von Holz von Hier als Lieferleistung im Oberschwellenbereich.....	6
2.2 Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV .....	8
2.3 Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 34 Abs. 4 VgV .....	11
2.4 Holz von Hier als Gütezeichen bzw. gleichwertiges Alternativzertifikat nach Maßgabe von § 24 UVgO.....	12
2.5 Holz von Hier im Kontext von Bauleistungen .....	13
2.6 Holz von Hier als Gütezeichen bzw. gleichwertiges Alternativzertifikat nach § 7a EU Abs. 6 VOB/A .....	13
2.7 Holz von Hier als Umweltzeichen i.S.v. § 7a VS und 7a VOB/A .....	13
3. Sachverhalt/Ausgangslage .....	14
4. Rechtliche Würdigung .....	23
4.1 Ausschreibung von Lieferleistungen .....	24
4.1.1 Definition Lieferauftrag (in Abgrenzung zum Bauauftrag) .....	25
4.1.2 Schwellenwerte .....	26
4.1.3 Lieferleistung mit den „Holz von Hier-Kriterien“?.....	27
4.1.3.1 Grundsätzliche Zulässigkeit der Strategischen Beschaffung .....	28
4.1.3.2 Rechtliche Bindungen bei Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes und Leistungsbeschreibung .....	29
(1) „Kein Holz von als international gefährdet eingestuft Baumarten“ .....	31

(2) „Nur Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft“ .....	32
(3) Überdurchschnittlich transportarme Herstellung von Holzprodukten .....	38
(4) „Die Massenbilanz muss aufgehen“ .....	49
4.1.3.3 Zwischenergebnis/Zusammenfassung .....	51
4.1.4 Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 34 Abs. 2 VgV.....	53
4.1.4.1 § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV: Gütezeichen-Anforderungen stehen in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand und sind zu seiner Beschreibung geeignet .....	55
4.1.4.2 § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV: Gütezeichen-Anforderungen beruhen auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien .....	58
4.1.4.3 § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV: Entwicklung des Gütezeichens .....	62
4.1.4.4 § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV: Zugang zum Gütezeichen.....	65
4.1.4.5 § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV: Anforderungen von einem Dritten festgelegt .....	68
4.1.4.6 Zwischenergebnis/Zusammenfassung .....	70
4.1.5 Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 34 Abs. 4 VgV.....	72
4.1.5.1 Gleichwertigkeit.....	74
(1) Leistungsmerkmale/Anforderungskatalog von FSC/PEFC .....	75
(2) Vergleich mit Holz von Hier .....	78
4.1.5.2 Anforderungen an ein Gütezeichen.....	79
4.1.5.3 Ergebnis .....	79
4.1.5.4 Erwägungen zu den möglichen Einwänden .....	80
4.1.6 Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 24 Abs. 2 UVgO .....	82
4.1.7 Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 24 Abs. 4 UVgO .....	83
4.2 Ausschreibung von Bauleistungen .....	83
4.2.1 Bauleistung mit den „Holz von Hier-Kriterien“? .....	84
4.2.2 Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 7a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A .....	86
4.2.3 Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 7a EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A.....	87
4.2.4 Holz von Hier als Umweltzeichen i.S.v. § 7a Abs. 5 VOB/A Abschnitt 1? .....	88
4.2.5 Holz von Hier als Umweltzeichen i.S.v. § 7a VS Abs. 5 VOB/A? .....	89
5. Zusammenfassung.....	90

## **0. Vorbemerkung**

Die Kanzlei Braun & Zwetkow, Leipzig, wurde mit der vergaberechtlichen Begutachtung des Umweltlabels „Holz von Hier“ beauftragt. Hierbei sollte es um die Fragen gehen, ob

- das Zertifikat den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Gütezeichen entspricht, so dass es in Vergabeverfahren, in denen die Holzbeschaffung eine Rolle spielt, zur Anwendung gelangen könnte;

- das Zertifikat zumindest als jedenfalls gleichwertig gegenüber der Zertifizierung FSC/PEFC anzusehen ist, so dass es in Vergabeverfahren, in denen Holz aus nachhaltiger Waldwirtschaft gefordert ist (in der Regel belegt durch FSC/PEFC-Zertifizierung), als gleichwertiges Alternativzertifikat anzuerkennen wäre.

Hintergrund dieser Anfrage ist das Ansinnen der Vertreter von Holz von Hier, dass das Umweltzeichen Holz von Hier® in den gemeinsamen Erlass der Ministerien zur Beschaffung von Holzprodukten mit aufgenommen und namentlich genannt werden soll (als Nachweis für Holz aus nachhaltiger Waldwirtschaft, vergleichbar mit einer Zertifizierung nach PEFC/FSC). Aus Vorgesprächen wurden mögliche Bedenken hiergegen erkennbar, auf die das Gutachten rechtlich eingehen soll. Dies betrifft u.a. Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Labels mit Wettbewerbs- und Vergaberecht aufgrund der definierten Transportwege. Das vorliegende Gutachten setzt sich mit diesen Bedenken auseinander und überprüft, ob und inwieweit das Label Holz von Hier den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Gütezeichen/Umweltzeichen entspricht.

## **1. Präzisierung der Fragestellung**

Die Systematik des Vergaberechts erfordert in zweierlei Hinsicht Präzisierungen der aufgeworfenen Fragestellungen – einerseits im Hinblick auf die jeweils anzuwendenden Rechtsnormen (1.1), andererseits im Hinblick auf die Frage, ob und inwieweit umweltpolitische/strategische Aspekte überhaupt zulässigerweise Gegenstand eines Vergabeverfahrens sein können (1.2).

### **1.1 Anwendbare Rechtsnormen/Systematik des Vergaberechts**

Da das Vergaberecht keine einheitliche Rechtsmaterie ist, sind je nach Zielrichtung, Inhalt und Volumen des zu vergebenden Auftrags unterschiedliche rechtliche Vorgaben zu beachten. Deshalb ist die aufgeworfene Fragestellung zu den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Gütezeichen wie folgt zu systematisieren:

<b>Vergaben von Liefer- (und Dienst)leistungen</b>	
<b>oberhalb der Schwellenwerte</b> (§ 106 GWB)	<b>unterhalb der Schwellenwerte</b> (§ 1 Abs. 1 UVgO i.V.m. § 106 GWB)
Entspricht das Zertifikat Holz von Hier den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Gütezeichen im Sinne von § 34 Abs. 2 VgV? bzw.:	Entspricht das Zertifikat Holz von Hier den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Gütezeichen im Sinne von § 24 Abs. 2 UVgO? bzw.:

<b>Vergaben von Liefer- (und Dienst)leistungen</b>	
<b>oberhalb der Schwellenwerte</b> (§ 106 GWB)	<b>unterhalb der Schwellenwerte</b> (§ 1 Abs. 1 UVgO i.V.m. § 106 GWB)
Ist das Zertifikat Holz von Hier ein gleichwertiges Alternativzertifikat im Sinne von § 34 Abs. 4 VgV?	Ist das Zertifikat Holz von Hier ein gleichwertiges Alternativzertifikat im Sinne von § 24 Abs. 4 UVgO?

<b>Vergaben von Bauleistungen</b>	
<b>oberhalb der Schwellenwerte</b> (§ 1 EU Abs. 2 VOB/A i.V.m. § 106 GWB)	<b>unterhalb der Schwellenwerte</b> (VOB/A Abschnitt 1)
Entspricht das Zertifikat Holz von Hier den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Gütezeichen im Sinne von § 7a EU Abs. 6 VOB/A? bzw.:	Entspricht das Zertifikat Holz von Hier den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Umweltzeichen im Sinne von § 7a Abs. 5 VOB/A?
Ist das Zertifikat Holz von Hier ein gleichwertiges Alternativzertifikat im Sinne von § 7a EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A? bzw.:	
Entspricht das Zertifikat Holz von Hier den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Umweltzeichen im Sinne von § 7a VS Abs. 5 VOB/A?	

Die zitierten Vorschriften enthalten jeweils sehr ähnliche, teilweise wortgleiche Regelungen zu den Anforderungen an ein Gütezeichen (mit Ausnahme von § 7a VS Abs. 5 VOB/A und § 7a Abs. 5 VOB/A – Umweltzeichen). Auch Sinn und Zweck bzw. Zielrichtung der jeweiligen Anforderungen sind weitestgehend deckungsgleich. Deshalb liegt der Schwerpunkt der Begutachtung auf der Prüfung der Voraussetzungen von § 34 Abs. 2 VgV. Die Ergebnisse sind im Wesentlichen auf § 24 Abs. 2 UVgO und § 7a EU Abs. 6 VOB/A (und mit Einschränkungen auch auf § 7a VS Abs. 5 VOB/A bzw. § 7a Abs. 5 VOB/A) übertragbar. Allerdings machen insbesondere die unterschiedlichen Auftragsarten, auf die sich die Vorschriften beziehen (Lieferleistungen in Abgrenzung zu Bauleistungen), stellenweise unterschiedliche Argumentationslinien notwendig. Dies wurde bei der Begutachtung berücksichtigt. Besonderheiten, die sich landesrechtlich für Unterschwellenvergaben aus den Landesvergabegesetzen etc. der einzelnen Bundesländer ergeben können, haben wir hier nicht berücksichtigt.

Eine zu § 7a Abs. 5 VOB/A parallele Vorschrift enthält § 7a VS Abs. 5 VOB/A. Die letztgenannte Norm kommt bei Oberschwellenvergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit zur Anwendung. Hierunter fallen Bauleistungen (z.B. für militärische Zwecke, vgl. § 1 VS VOB/A i.V.m. §§ 104, 106 GWB) – womit grundsätzlich auch die Ausschreibung/Verwendung von (zertifiziertem) Holz in Betracht kommt. Da die

VOB/A und die VOB/A-VS keine Vorschriften zu Gütezeichen enthalten, aber die Verwendung von Umweltzeichen regeln, werden auch diese Normen (§ 7a Abs. 5 VOB/A und § 7a VS Abs. 5 VOB/A) im Gutachten auf die Frage hin untersucht, ob das Label Holz von Hier die Kriterien an ein Umweltzeichen in diesem Sinne erfüllt.

Neben der Frage, ob Holz von Hier als Güte-/Umweltzeichen i.S.d. Vergaberechts eingesetzt werden kann, ist jeweils zu prüfen, ob das Zertifikat Holz von Hier zumindest als jedenfalls gleichwertig gegenüber der Zertifizierung FSC/PEFC anzusehen ist, so dass es in Vergabeverfahren, in denen die FSC/PEFC-Zertifizierung gefordert ist, als gleichwertiges Alternativzertifikat anzuerkennen wäre.

## **1.2 Strategische Beschaffung/Umweltaspekte und Beschaffungsgegenstand**

Die vorangestellten Fragestellungen, ob das Label Holz von Hier die Anforderungen als Güte-/Umweltzeichen bzw. als Alternativzertifikat i.S.d. Vergaberechts erfüllt, setzen implizit voraus, dass umweltpolitische/nachhaltigkeitsorientierte Aspekte überhaupt im Kontext von Vergabeverfahren eine Rolle spielen dürfen, konkret also, dass die geforderten Kriterien (z.B. Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft) zulässigerweise in die Leistungsbeschreibung aufgenommen wurden.

Insoweit wird darauf einzugehen sein, unter welchen Voraussetzungen umweltpolitische Aspekte bei der Definition des Beschaffungsgegenstandes verwendet werden und in der Folge auch in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden können. Im Hinblick auf die Frage, ob Holz von Hier als Leitgütezeichen in Betracht kommt, ist zu prüfen, ob die Anforderungen, die Holz von Hier an das zu zertifizierende Holz stellt (Rohholz aus nachhaltiger Forstwirtschaft; keine gefährdeten Baumarten; überdurchschnittlich kurze Transportwege; Aufgehen der Mengenzahlung) Kriterien sind, die zulässigerweise in ein Vergabeverfahren (insbesondere eine Leistungsbeschreibung) aufgenommen werden können. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Holz von Hier-Kriterien grundsätzlich auch als Zuschlagskriterien oder auch im Rahmen der Zulassung von Nebenangeboten Berücksichtigung finden könnten.

Im Hinblick auf die Frage, ob das Label Holz von Hier im Zusammenhang mit der Holzbeschaffung zumindest als Alternativzertifikat Anerkennung finden müsste, ist zu prüfen, ob die Beschaffung von Holz aus nachhaltiger und legaler Waldbewirtschaftung, wie sie im Gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten vom 22. Dezember 2010 (in Kraft seit dem 17. Januar 2011) sowie im hierzu veröffentlichten Gemeinsamen Leitfaden vom 6. Oktober 2017 (GMBI. 2017, 41/42, 778) geregelt ist, vergaberechtskonform ist.

## **2. Ergebnis**

Die aufgeworfenen Fragen beantworten wir wie folgt:

### **2.1 Holzprodukte i.S.d. Kriterien von Holz von Hier als Lieferleistung im Oberschwellenbereich**

Die Beschaffung von Holz/Holzprodukten ist (nur) dann als Lieferleistung einzuordnen, wenn in der Beschaffung selbst das „Hauptziel“ des Auftraggebers liegt. Steht die Lieferung in einem funktionalen Zusammenhang zu Bauleistungen – etwa, weil die Ware zur Herstellung eines funktionsfähigen Bauwerks erforderlich ist – ist im Zweifel eher von einem Bauauftrag auszugehen. Lediglich Aufträge, die über einen reinen Austausch einer Ware gegen Vergütung nicht hinausgehen, die nämlich die bloße Lieferung von Baustoffen oder Bauteilen ohne individuelle, auf das Bauvorhaben bezogene Be- oder Verarbeitung zum Gegenstand haben, haben keinen hinreichend engen funktionalen Zusammenhang zu der Erstellung des Bauwerks und sind damit als Lieferauftrag anzusehen.

Die für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts relevanten Schwellenwerte werden dynamisch angepasst und liegen für Lieferleistungen seit dem 1. Januar 2020 bei 139.000 € (für Vergaben durch zentrale Regierungsbehörden) bzw. bei 214.000 € (für Vergaben durch andere öffentliche Auftraggeber).

Die Prüfung der Voraussetzungen eines Gütezeichens/Alternativzertifikats i.S.v. § 34 VgV setzt voraus, dass die durch das in Frage stehende Gütezeichen verkörperten Standards zunächst (zulässigerweise) Gegenstand der Leistungsbeschreibung geworden sind – dass der Auftraggeber die Standards also überhaupt einfordert und sie in dieser Form auch einfordern darf. Das ist hier der Fall:

- 2.1.1 Das Kriterium „kein Holz von als international gefährdet eingestuften Baumarten (Internationale Rote Liste nach IUCN)“ grenzt die zulässigerweise verwendbaren Rohstoffe ein und unterliegt als produktbezogenes Kriterium der Leistungsbestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers.
- 2.1.2 Die Anforderung „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft“, entsprechend den Standards der Forstmanagement Zertifizierung nach FSC oder PEFC, könnte zulässigerweise in eine Leistungsbeschreibung aufgenommen werden, sie genügt den Anforderungen aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV. An dieser Stelle ist aber ausdrücklich

offen gelassen, ob die genannten Zertifizierungssysteme ihrerseits die Anforderungen an ein Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV erfüllen. Die Grundaussage „Nachhaltigkeit“ und „Legalität“ lässt sich indes auf die Einhaltung der zitierten Standards stützen. Die Standards sind als Auftraggebervorgabe im Beschaffungsverfahren zur Erreichung der umweltpolitischen Sekundärziele geeignet – sie sind zumindest nicht völlig ungeeignet (wenngleich Umweltverbände durchaus massive Kritik an den Standards, insbesondere aber deren Einhaltung und Kontrolle, üben). Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 €, sind die geforderten Standards (deren Einhaltung mit einem Mehraufwand für die Forstwirte verbunden ist) überdies nicht unverhältnismäßig. Die weite Verbreitung beider Zertifikate sowohl im nationalen wie im internationalen Bereich belegt, dass offenbar zahlreiche Forstwirte den hiermit verbundenen Mehraufwand nicht scheuen.

- 2.1.3 Die Anforderung der Einhaltung bestimmter Transportobergrenzen ist sachlich gerechtfertigt und steht nicht außer Verhältnis zur Zielerreichung, soweit es erkennbar auf eine für den konkreten Beschaffungsvorgang näher spezifizierte CO<sub>2</sub>-Reduktion ankommt (und nicht etwa auf die Bevorzugung regionaler Betriebe; auch eine unspezifisch auf „Umweltschutz“ gerichtete Beschaffung wäre wohl nicht konkret genug – die konkrete Darlegung der erwünschten CO<sub>2</sub>-Reduktion erscheint notwendig). Die Forderung der Einhaltung der Transportobergrenzen ist auch zur Zielerreichung erforderlich, weil weniger strenge Maßnahmen – wie etwa Kompensationszahlungen – nicht die gleichen Effekte erzielen. Der Handel mit Ausgleichszertifikaten erreicht den angestrebten positiven Klimaeffekt nicht mit der gleichen Effektivität und Sicherheit wie die Emissionsvermeidung und ist als „Notlösung“ kein ebenso geeignetes milderes Mittel. Aus diesen Gründen besteht auch kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.

Auf Grundlage des Ergebnisses, dass die Transportobergrenzen zulässigerweise zum Gegenstand eines Beschaffungsvorgangs gemacht werden dürfen, ist weiter festzuhalten, dass die Transportobergrenzen auch die Anforderungen für eine Aufnahme in die Leistungsbeschreibung nach § 31 Abs. 3 S. 2 VgV erfüllen. Die geforderten Merkmale lassen sich zu Attributen wie etwa „aus klimafreundlicher Produktion“ zusammenfassen und stehen so mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung. Der für die Bieter durch den Nachweis der Transportobergrenzen entstehende Mehraufwand ist – bei Nutzung des Holz von Hier-Controllingsystems – mit einem geringen finanziellen Aufwand und nahezu keinen strukturellen Änderungen des Betriebs verbunden. Der für ein Unternehmen im Hinblick auf den möglicherweise durch die Einhaltung der Transportobergrenzen erforderliche Mehraufwand durch das Finden neuer Zulieferer ist ebenfalls überschaubar. Holz von Hier stellt ein geeignetes Suchtool zur Verfügung; zertifizierter Wald als Rohstofflieferant ist vorhanden und

noch nicht zertifizierte „Wunsch-Zulieferer“ können sich durch das flexible Control-lingssystem kurzfristig und mit nur geringem finanziellem Aufwand den Zertifizierungsanforderungen unterwerfen. Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 € stehen Mehraufwand und Wert des Auftragsgegenstands mithin in einem angemessenen Verhältnis zueinander. Es besteht auch kein Verstoß gegen § 31 Abs. 6 VgV.

- 2.1.4 Die Anforderung der „Einhaltung der Mengenbilanz“ ist kein Merkmal des Leistungsgegenstandes, sondern vielmehr ein/e Kontrollmechanismus/Prüfmethode, um die Einhaltung der Klimaschutzziele/Nachhaltigkeitsziele zu belegen. Zu berücksichtigen ist, dass eine Mengenbilanz keine stoffliche Identität zwischen dem eingebrachten Holz und dem Endprodukt garantieren kann und der Endkunde nach diesem System zwar ein Holzprodukt erhält, das nach den Nachhaltigkeitskriterien hergestellt wurde, das aber physisch nicht unbedingt diesem entspricht. Dennoch ist die Methode geeignet, die Einhaltung der Klimaschutzziele/Nachhaltigkeitsziele zu belegen bzw. sicherzustellen. Das umweltpolitische Lenkungsziel wird – vergleichbar der Vorgehensweise bei „grünem Strom“ – dadurch erreicht, dass die Nachfrage nach Holz aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern sowie nach klimafreundlicher Produktion steigt.

In einem Vergabeverfahren wären andere gleichwertige Kontrollmechanismen/Prüfmethoden grundsätzlich zuzulassen.

Der „Problematik“, dass über die Massenbilanz keine stoffliche Identität zwischen dem eingebrachten Holz und dem Endprodukt garantiert werden kann, sollte bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung Rechnung getragen werden. Die vergaberechtliche Zielstellung wäre also nicht, ein Holzprodukt „aus 100 % zertifizierten Wäldern“ oder „aus nachhaltiger Waldwirtschaft“ zu beschaffen – denn diese Formulierungen legen die stoffliche Identität nahe. Der Funktionsweise von Holz von Hier entspräche eine Formulierung wie „aus klimafreundlicher Produktion sowie zur Förderung nachhaltiger Waldwirtschaft“.

## **2.2 Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV**

Holz von Hier erfüllt sämtliche der in § 34 Abs. 2 VgV festgelegten Kriterien eines Gütezeichens.

- 2.2.1 § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV: Die Anforderungen, die Holz von Hier an die zu zertifizierenden Produkte stellt, stehen mit dem Auftragsgegenstand (Lieferleistung bestimmter



Hölzer/Holzprodukte) in Verbindung und sind auch zur Leistungsbeschreibung geeignet. Das Kriterium „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft“ bezieht sich auf die Art und Weise der Rohstoffgewinnung sowie die Herkunft der Rohstoffe. Das Kriterium „keine gefährdeten Baumarten“ grenzt die Verwendbarkeit bestimmter Rohstoffe ein. Die Einhaltung der Transportobergrenzen bezieht sich auf Herstellungsprozesse und bestimmte Abläufe in der Lieferkette. Die genannten Kriterien beziehen sich konkret auf das Holzprodukt und dessen Herstellung/Produktionsprozess bzw. dienen – im Fall der „Einhaltung der Massenbilanz“ – der Überprüfung und Kontrolle der angestrebten Nachhaltigkeitsziele. Sie beziehen sich nicht etwa auf eine allgemeine Firmenpolitik oder sonstige, „neben“ der Lieferleistung stehende Erwägungen.

Weiter erfüllen die genannten Anforderungen die Voraussetzungen aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV, wonach sie zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sein müssen (vgl. soeben, Ergebnisdarstellung in Ziffer 2.1).

- 2.2.2 § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV: Die Anforderungen, die Holz von Hier an die zu zertifizierenden Produkte stellt, sind über Jahre auf wissenschaftlicher Basis entwickelt, wissenschaftlich fundiert und mithin verifizierbar. Sie sind objektiv. Sie sind auch nicht diskriminierend. Sie sind neutral gestaltet und formuliert. Sie zielen nicht auf eine bestimmte Region oder Herkunft oder eine besondere Produktionsmethode ab. Auch die in Bezug genommenen Zertifizierungssysteme FSC und PEFC sind grundsätzlich (für Forstwirte) allgemein zugänglich und weltweit verbreitet, so dass auch nicht etwa – wegen einer örtlich fehlenden Verfügbarkeit – mittelbar diskriminierende Wirkungen auftreten könnten. Weiterhin ist auch die Einrichtung und Verwendung des elektronischen Controllingsystems eine neutrale und insgesamt „niedrigschwellig“ und praxisnah konzipierte Zugangshürde, ohne diskriminierende Wirkung. Die unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung „problematische“ Anforderung der Einhaltung bestimmter Transportobergrenzen ist sachlich gerechtfertigt und steht nicht außer Verhältnis zur Zielerreichung, da es erkennbar auf eine klimafreundliche, nachhaltige und CO<sub>2</sub>-arme Produktion ankommt.
- 2.2.3 § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV: Es lässt sich eine geregelte Struktur mit definierten Zuständigkeitsbereichen und Verfahrensweisen feststellen – sowohl im Hinblick auf den Zeitpunkt der Entwicklung des Labels (Forschungsprojekt), als auch im Hinblick auf die derzeitige Struktur. Demnach ist das Gütezeichen im Rahmen eines transparenten Verfahrens entwickelt worden. Das Verfahren war/ist auch „offen“ für interessierte Kreise. Generell wurden und werden zu jedem Zeitpunkt Interessengruppen beteiligt. Bereits im Rahmen des Forschungsvorhabens/Modellprojekts wurde ein entsprechender Projektarbeitskreis mit interessierten Kreisen besetzt. In der aktu-

ellen Struktur haben Stakeholder und interessierte Kreise verschiedene Möglichkeiten, sich in die Umsetzung von Holz von Hier einzubringen. Neben der strukturell vorgesehenen Beteiligung und Beratung (Fachbeiräte, Stakeholderkuratorium) können Verbraucher oder andere interessierte Kreise Anfragen oder Anregungen direkt an die gGmbH richten, die in die Revisionsprozesse einfließen.

- 2.2.4 § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV: Informationen über das Label Holz von Hier, die im Einzelnen einzuhaltenden Standards sowie die Voraussetzungen für Betriebe, sich bzw. ihre Produkte zertifizieren zu lassen, sind problemlos im Internet auffindbar und daher transparent. Weiter sind auch die Zertifizierungs- und Zugangsvoraussetzungen als solche diskriminierungsfrei. Jeder interessierte Betrieb, der einen Internetzugang hat und bereit ist, das Controllingssystem von Holz von Hier zu nutzen und sich an die Nachhaltigkeitskriterien in der Beschaffungskette zu halten, kann seine Produkte zertifizieren lassen – unabhängig vom konkreten Standort des Unternehmenssitzes. Das von Holz von Hier entwickelte Controllingssystem, das genutzt werden muss, um die Einhaltung der Transportobergrenzen sicherzustellen, ist ebenfalls keine diskriminierende Zugangshürde. Es ist bewusst „einfach“ und „niedrigschwellig“ konzipiert. Der finanzielle wie auch der strukturelle Aufwand für eine Zertifizierung sind überschaubar.
- 2.2.5 § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV: Das notwendige Maß an Neutralität ist durch die organisatorische Struktur von Holz von Hier wie auch durch das automatisierte Controllingssystem abgesichert. Diese Neutralität bestand auch in der Vergangenheit. Als Holz von Hier im Rahmen des Forschungsvorhabens/Modellprojekts entwickelt wurde, existierte eine projektinterne, in Forschungsprojekten übliche Struktur mit abgrenzbaren Zuständigkeiten, orientiert an den Bedürfnissen des Forschungsprojekts und der Zielstellung, wissenschaftlich „sauber“ und fundiert die Interessen Umweltschutz/Nachhaltigkeit mit unternehmerischen Interessen in Einklang zu bringen. Insofern hat hier nicht etwa eine Lobbygruppe die eigenen Zertifizierungsanforderungen festgelegt – dem hätte schon die pluralistische Besetzung der Arbeitsgruppe entgegengestanden. Ein weiteres Korrektiv bildeten der wissenschaftliche Beirat sowie insgesamt der wissenschaftliche Anspruch an das Projekt. Zudem fehlte es zum damaligen Zeitpunkt am konkreten Unternehmensbezug. Die Interessenvertreter waren als Fachleute beteiligt, nicht als zu zertifizierende Unternehmer. Insgesamt steht auch der mehrjährige Forschungsprozess für die Neutralität der entwickelten Anforderungen.

## **2.3 Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 34 Abs. 4 VgV**

2.3.1 In einem laufenden Vergabeverfahren, in dem die Leistungsbeschreibung entsprechend dem Gemeinsamen Erlass zur Holzbeschaffung formuliert ist

*„Die Holzprodukte müssen nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Der Nachweis ist vom Bieter durch Vorlage eines Zertifikats von FSC, PEFC, eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweise zu erbringen“,*

müsste Holz von Hier zwingend als Alternativzertifikat gemäß § 34 Abs. 4 VgV zugelassen werden. Holz von Hier erfüllt z.B. den 100 %-Standard von PEFC (Methode: Mengenbilanz) und ist daher ebenso wie jene Zertifizierung geeignet, die Aussage „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstbewirtschaftung“ zu belegen. Die Gleichwertigkeit besteht; Holz von Hier erfüllt im Übrigen auch die Anforderungen an ein Gütezeichen.

2.3.2 Sämtliche der möglichen „Bedenken“, die Holz von Hier gegenüber bisher geäußert wurden, können entkräftet werden.

- Die Konformität zu internationalem Wettbewerbs- und Vergaberecht, vor allem im Hinblick auf die von „Holz von Hier“ definierten und begrenzten Transportwege für bestimmte Produkte/ Produktgruppen, steht nicht in Frage. Insbesondere liegt kein Verbot gegen das Diskriminierungsverbot vor.
- Die vermeintlich fehlende „Produktkettentransparenz in punkto Daten-Rückverfolgbarkeit“, (ein belastbarer Nachweis über die Herkunft sei aufgrund der Stoffflusskontrolle und der angewandten Mengenmethode nur bedingt möglich) verfängt nicht, weil der „belastbare Nachweis über die Herkunft“ auch in den Standards von PEFC und FSC nicht zwingend gefordert wird. PEFC und FSC lassen – ebenso wie Holz von Hier – Mengenbilanzierungssysteme zu. Die Methode der „physischen Trennung“ ist nur eine mögliche Methode, die überdies von den zu zertifizierenden Unternehmen eher selten gewählt wird, weil sie sehr aufwendig ist. Die Vorgehensweise von Holz von Hier erfüllt den 100 %-Standard von PEFC (Methode: Mengenbilanz) und ist daher ebenso wie jene Zertifizierung geeignet, die Aussage „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstbewirtschaftung“ zu belegen.
- Die Forderung nach der Konformität des elektronischen Prüfsystems zur Stoffflusskontrolle zu internationalen Standards und deren Vorgaben (z.B. nach ISO) kann seitens der Ministerien als Urheber des gemeinsamen Erlasses nur dann erhoben werden, wenn diese Anforderung auch ausdrücklich an die Systeme PEFC und FSC gestellt worden ist. Hierzu ist nichts ersichtlich. Es ist nicht

einmal eindeutig erkennbar, ob beide Systeme entsprechend zertifiziert sind. Auf jeden Fall gibt es keine allgemeine Anforderung, dass Gütezeichen zertifiziert oder akkreditiert sein müssten. Im Übrigen erfüllt Holz von Hier – nach eigenen Prüfungen – die Standards der ISO 14024, Umweltzeichen Typ I und wurde im Rahmen des Forschungsprojekts auch entlang dieser Anforderungen entwickelt. Die Konformität ist in einem eigenen Dokument dargelegt,

<https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/ISO-Konformiti%c3%a4t.pdf>.

Holz von Hier entspricht zudem in Grundstruktur und Kontrollmethode nach aktuellem Kenntnisstand (die Norm ist noch sehr neu), auch der ISO 38200, Lieferkette von Holz und Holz basierten Produkten.

- Die Bedenken bezüglich „Klarheit und Transparenz hinsichtlich Funktionsweise und Aufbau des Systems“ können ohne nähere Begründung nicht nachvollzogen werden. Sie könnten ggfs. in einem Gespräch aufgeklärt werden.

Ein Anspruch von Holz von Hier darauf, als Gütezeichen namentlich in den Gemeinsamen Erlass aufgenommen zu werden, könnte sich nicht unmittelbar auf § 34 Abs. 4 VgV stützen, da diese Norm den Bieter im laufenden Verfahren schützt, nicht aber das Label selbst. Allerdings verbietet das allgemeine Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen. Eine solche findet aber statt, wenn die öffentliche Hand für die Verwendung des einen Umweltzeichens im Vergabeverfahren wirbt, für die Verwendung des anderen hingegen nicht, obwohl beide das gewünschte Beschaffungskriterium belegen und auf Grundlage des Vergaberechts in einem laufenden Vergabeverfahren auch beide anerkannt werden müssten.

Art. 3 Abs. 1 GG bietet zwar keine „harte“ Rechtsfolge, im Sinne eines Anspruchs auf eine bestimmte Art der Gleichbehandlung. Nichtsdestotrotz kann gegenüber den Ministerien mit dem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG argumentiert und die Aufnahme in den Erlass verlangt werden – ein einklagbarer Anspruch bestünde hierauf indes wohl nicht.

#### **2.4 Holz von Hier als Gütezeichen bzw. gleichwertiges Alternativzertifikat nach Maßgabe von § 24 UVgO**

Die Vorgaben für die Verwendung von Gütezeichen im Unterschwellenbereich entsprechen im Wesentlichen den Vorgaben für die Verwendung von Gütezeichen im Oberschwellenbereich – mit der Ausnahme, dass § 24 UVgO auf die Anforderung

aus § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV verzichtet, wonach alle Anforderungen des Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet sein und mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Abs. 3 VgV in Verbindung stehen müssen. Auftraggeber können Gütezeichen unterhalb der EU-Schwellenwerte damit leichter vorgeben. Insofern gelten die Ausführungen zu § 34 Abs. 2 VgV und zu § 34 Abs. 4 VgV entsprechend für Unterschwellenvergaben. Sofern das Landesrecht noch auf die VOL/A, Abschnitt 1, für Lieferleistungen unterhalb der Schwellenwerte verweist, gilt dies jedoch nicht, weil die Nachweisführung durch Gütezeichen dort nicht geregelt ist.

## **2.5 Holz von Hier im Kontext von Bauleistungen**

Sofern ein öffentlicher Auftraggeber Bauleistungen ausschreibt und hierbei verlangt, dass nur solche Holzwerkstoffe Verwendung finden, die die „Holz-von-Hier-Kriterien“ erfüllen, sind die Beschränkungen, die hiermit für die Bieter einhergehen, weit aus geringer als im Kontext der Lieferaufträge. Ein Hersteller/Lieferant, der die Transportobergrenzen nicht einhalten kann, weil seine Herstellungsstätte außerhalb der 200 km-Anliefergrenze liegt, kann sich auf einen entsprechenden Lieferauftrag nicht bewerben. Ein Bauunternehmer, der sich auf einen entsprechenden Bauauftrag bewerben möchte, muss lediglich sicherstellen, dass er einen Holzlieferanten hat, der die Anliefergrenze erfüllt. Insofern ist das Diskriminierungspotential der Transportobergrenzen im Kontext von Bauaufträgen geringer als im Kontext von Lieferaufträgen. Deren Einhaltung kann demnach bei Bauleistungen einfacher noch als bei Lieferleistungen gefordert werden. Auch hier gilt, dass die Transportobergrenzen sachlich gerechtfertigt sind und nicht außer Verhältnis zur Zielerreichung stehen, soweit es erkennbar auf eine für den konkreten Beschaffungsvorgang näher spezifizierte CO<sub>2</sub>-Reduktion ankommt.

## **2.6 Holz von Hier als Gütezeichen bzw. gleichwertiges Alternativzertifikat nach § 7a EU Abs. 6 VOB/A**

Es gelten die Ausführungen zu § 34 VgV entsprechend.

## **2.7 Holz von Hier als Umweltzeichen i.S.v. § 7a VS und 7a VOB/A**

Sofern sich ein Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV – wie im Fall von Holz von Hier – auf bestimmte Umwelteigenschaften bezieht, kann es zugleich auch als Umweltzeichen i.S.v. § 7a Abs. 5 VOB/A (bzw. auch i.S.v. § 7a VS Abs. 5 VOB/A) qualifiziert werden. Die weniger strengen Anforderungen aus der VOB/A sind erfüllt.

Allerdings haben Umweltzeichen lediglich eine Beweisvermutungsfunktion bezüglich der Erfüllung der Umwelteigenschaften aus den Funktionsanforderungen bzw. Spezifikationen. Dies ist qualitativ ein „Weniger“ als die Vorgabe eines Leitgütezeichens oder auch die Benennung als gleichwertiges Alternativzertifikat für ein anderes Leitgütezeichen. Dennoch ist auch bei Bauvergaben im Unterschwellenbereich aufgrund der Beweisvermutung in § 7a Abs. 5 S. 2 VOB/A die Nutzung des Umweltlabels Holz von Hier für die Bieter von Vorteil. Im Übrigen können die Auftraggeber auf die Anforderungen des Labels im Sinne der Funktionsbeschreibung zurückgreifen.

### **3. Sachverhalt/Ausgangslage**

Unserer Prüfung haben wir folgenden Sachverhalt zugrunde gelegt:

3.1 Das Umweltlabel Holz von Hier ist ein wissenschaftlich ausgearbeitetes Zertifizierungssystem für Holzprodukte. Kernelement der Zertifizierung sind der Herkunftsnachweis sowie – unmittelbar damit verknüpft – die Transparenz der Transportentfernungen bzw. -belastungen für ein bestimmtes Produkt. Gestützt auf die Annahme, dass einerseits solche Produkte besonders klima- und umweltfreundlich sind, die in ihrer gesamten Verarbeitungskette überdurchschnittlich kurze Transportwege zurückgelegt haben, und dass andererseits nur solche Rohstoffe zertifiziert werden sollen, die nachweislich aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern stammen, müssen die zu zertifizierenden Produkte folgende Anforderungen erfüllen:

1. Das Rohholz muss aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern stammen.
2. Ein Produkt darf kein Holz als international gefährdet eingestufte Baumarten (Internationale Rote Liste nach IUCN) enthalten.
3. Das jeweilige Holzprodukt muss unter Berücksichtigung der Warenströme entlang der gesamten Verarbeitungskette überdurchschnittlich transportarm und damit umwelt- und ressourcenfreundlich hergestellt worden sein. Dabei gelten maximale Entfernungsgrenzen für jeden Knotenpunkt bzw. Verarbeitungsschritt in der Prozesskette, die sortimentspezifisch festgelegt werden.
4. Die Massenbilanz muss aufgehen, d.h. es darf nicht mehr an hergestelltem Produkt unter Holz von Hier vermarktet werden als zur Herstellung notwendiges Rohmaterial auch nach den Kriterien von Holz von Hier bezogen worden ist,

<https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/Standard.pdf>, S. 5.

### 3.2 Die aufgestellten Kriterien haben den folgenden Hintergrund:

- Zu 1: Das Umweltlabel Holz von Hier setzt am Ursprung bei der Rohstoffgewinnung an. Nur Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft soll überhaupt in das Zertifizierungsverfahren einbezogen werden. Hierfür wurden jedoch keine eigenen Standards entwickelt, da mit FSC und PEFC bereits zwei etablierte Systeme vorliegen, die eine nachhaltige Gewinnung des Rohstoffes Holz ausreichend sicherstellen. Hierzu wurde im Entwicklungsprozess von Holz von Hier durch Experten dringend geraten. Denn ein weiteres eigenes Zertifizierungsverfahren für nachhaltige Forstwirtschaft müsste zunächst bei den Forstwirten und den Kunden etabliert werden, was aufwändig und ggfs. ineffizient wäre. Dementsprechend ist die Vorlage eines Forstmanagement-Zertifikats eines der beiden vorhandenen Systeme oder gleichartiger Einzelnachweise für das in den Prozess eingespeiste Rundholz Voraussetzung für eine Zertifizierung nach Holz von Hier.
- Zu 2: Gefährdete Baumarten sollen nicht als Rohstoff verwendet werden.
- Zu 3: Neben der Rohstoffgewinnung und den Produktionsbedingungen spielen für die Umweltwirkung von Produkten die Warenströme eine entscheidende Rolle. Neuere Ökobilanzstudien (z.B. Thünen Institut 2012: Ökobilanzbasisdaten für Bauprodukte aus Holz) kommen zu dem Ergebnis, dass die durch die Produktionstechnik bedingten Umweltwirkungen wie z.B. Treibhausgasemissionen zwischen verschiedenen Produktionsunternehmen gleicher Art um 25 bis 50 % schwanken können. Demgegenüber können die Umweltwirkungen, die durch Materialströme bedingt sind, aber innerhalb eines Betriebes (und damit auch zwischen Betrieben) sogar um mehrere 1.000 % variieren. Allein die transportbedingten Umweltwirkungen können auch aus diesem Grund ein Vielfaches der gesamten restlichen produktionsbedingten Umweltwirkungen einschließlich der Rohstoffgewinnung betragen. Sie sind damit eine besonders systemrelevante Umweltwirkung und rechtfertigen die Berücksichtigung durch Definition entsprechender Anforderungen. Holz von Hier berücksichtigt diese Umweltwirkungen und trifft dabei sowohl eine qualitative Aussage (Transportobergrenze für ein zertifizierbares Produkt als besonders umweltfreundlich) als auch gleichzeitig eine quantitative, indem es den konkreten Umweltfußabdruck für ein Holzprodukt bilanziert.

In dem Forschungsprojekt zur Entwicklung von Holz von Hier wurden auf der Basis von Auswertungen verfügbarer und vorhandener externer Studien und Ökobilanzen sowie eigener durchgeführter Stoffflussanalysen die Umweltwirkungen von Warenströmen innerhalb der Verarbeitungskette ermittelt. Hieraus konnten Durchschnittswerte für die Warenströme bestimmter Sortimente und

Verarbeitungsschritte erfasst werden, die eine Bezugsbasis für die abgeleiteten Kriterien sind. Die transportprozessbezogenen Kriterien von Holz von Hier (Transportobergrenzen) wurden im Prozess sortimentspezifisch definiert. Die durchgeführten und ausgewerteten Studien bildeten die Grundlage für die Auswahl von nach Holz von Hier zertifizierbaren Produktgruppen. Jeder Änderung des Standards bzw. jeder Erweiterung um Produktgruppen geht eine entsprechende Studie sowie ein Beschluss des Stakeholderkuratoriums voraus.

- Zu 4: Das Zertifizierungssystem von Holz von Hier setzt auf ein Massenbilanzsystem. Es sollen nur so viele Endprodukte als aus nachhaltigem Holz stammend zertifiziert werden wie auch in den Zertifizierungsprozess eingebracht wurden. Hierbei ist es möglich, dass das mit Holz von Hier gekennzeichnete Endprodukt physisch nicht identisch ist mit dem am Anfang der Lieferkette eingebrachten zertifizierten Holz. Holz von Hier kann keine stoffliche Identität zwischen dem eingebrachten Holz und dem Endprodukt garantieren. Das Label garantiert aber, dass nur so viel Holz zertifiziert und als solches vermarktet wird, wie auch in die Lieferkette eingebracht wurde. Ein solches Vorgehen ist gerade im Bereich Umweltschutz/Umweltlabel durchaus üblich und wird z.B. auch bei erneuerbaren Energien praktiziert. Hintergrund ist der, dass eine physische Trennung (etwa: von „grünem Strom“ und „normalem Strom“ oder auch: von zertifiziertem Holz und nicht-zertifiziertem Holz) in aller Regel nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist. Sägewerke beispielsweise sortieren das Rohholz nach anderen Kriterien als nach der Herkunft aus zertifizierten Wäldern. Entscheidend ist aber, dass bei der Einbringung der Rohhölzer in die Zertifizierung von Holz von Hier die Forstmanagement-Standards von FSC/PEFC/ oder vergleichbaren Standards gewahrt sind und dass die Mengenkontrolle entlang der chain of custody (CoC) sichergestellt ist. Denn das umweltpolitische Lenkungsziel soll dadurch erreicht werden, dass jede Erhöhung der Nachfrage nach Holz aus zertifizierten Wäldern die Waldwirte dazu treibt, auf nachhaltige Waldwirtschaft umzustellen (dies entspricht auch dem Grundkonzept bei der Förderung erneuerbarer Energien). Für den Impuls, dass Waldbesitzer ihre Wälder auf nachhaltige Waldwirtschaft umstellen, reicht eine mengenmäßige Steigerung der Nachfrage nach Holz aus solchen Wäldern aus. Dies kann über die Sicherstellung der Mengenkongruenz erreicht werden, da nur dann mehr Holz unter dem Zertifikat vermarktet werden kann, wenn auch mehr entsprechend zertifizierter Rohstoff zur Verfügung steht.



3.3 Die Einhaltung der genannten Kriterien wird wie folgt umgesetzt bzw. sichergestellt; folgende praktische Besonderheiten treten hierbei zutage:

3.3.1 Zu 1: Rohholz aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern

Es können nur solche Hölzer in den Zertifizierungsprozess eingebracht werden, die ein Forstmanagement-Zertifikat nach den Standards FSC oder PEFC oder nach vergleichbaren Standards aufweisen. Eine Ausnahme ist nur möglich, wenn Einzelbäume aus anderen Quellen als bewirtschaftetem Wald stammen (Gärten, Parkanlagen etc.). In diesen Fällen erfolgt eine individuelle Überprüfung der Herkunft der Bäume über Erklärungen, Rechnungen, Lagepläne o.ä.

Im Hinblick auf die Einbringung von PEFC- und FSC-zertifizierten Hölzern ist die systematische Unterscheidung zwischen dem Standard für den Wald (Forstmanagement-Zertifikat) und dem Standard für die Produktkette (Chain-of-Custody, CoC) zu beachten. Letzterer unterliegt weiteren Differenzierungen; beispielsweise wird das CoC-Zertifikat von FSC in drei Varianten erteilt: FSC 100 % (für Produkte, die zu 100 % Material aus FSC-zertifizierten Wäldern enthalten), FSC Recycled (für Produkte, die ausschließlich aus Recyclingmaterial bestehen, z.B. Papier), FSC Mix (für Produkte, bei denen Materialien aus FSC-zertifizierten Wäldern, Recyclingmaterial sowie Material aus kontrollierten Quellen (Controlled Wood) zum Einsatz kommen können),

vgl. Infopapier FSC mix, im Internet abrufbar unter:  
<https://www.fsc-deutschland.de/preview.fsc-mix-infopapier.a-1307.pdf>.

Die Details der FSC-Aussage, insbesondere zu FSC Mix x% mit weiteren Differenzierungen (FSC mixed credit) werden dargelegt im Standard zur Produktketten-Zertifizierung,

im Internet abrufbar unter:  
<https://www.fsc-deutschland.de/preview.produktkettenzertifizierung-coc-fsc-std-40-004-v3-0-auf-deutsch-und-englisch.a-918.pdf>, S. 47 ff.

Diese Differenzierungen werden jedoch erst im Zuge der Weiterverarbeitung des Holzes relevant und spielen für das Umweltlabel Holz von Hier insoweit keine Rolle, als Holz von Hier in seinen Zertifizierungsprozess allein solche Rohhölzer aufnimmt, die dem Forst-Management-Standard (FM) nach FSC/PEFC entsprechen. Diesen Standard gibt es nur als „100 %-Standard“ – daher kann nach den Standards von Holz von Hier am Beginn der Verwertungskette stets ausschließlich Rundholz/Rohholz stehen, das aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern stammt. Insoweit ist es unschädlich, wenn ein Betrieb der Prozesskette, der nicht Rundholz, sondern z.B. Schnittholz einkauft, nicht ausdrücklich FSC-zertifiziertes Schnittholz einkauft. Die

Zertifizierung nach Holz von Hier setzt voraus, dass bei einem bei Holz von Hier registrierten Betrieb Schnittholz eingekauft wird, welcher seinerseits zuvor Rundholz mit einem FM-Zertifikat nach FSC oder PEFC eingekauft haben muss.

Auch externe Studien bestätigen, dass Holz von Hier die Verwendung von Hölzern aus nachhaltiger Forstwirtschaft bescheinigt und somit für nachhaltige Forstwirtschaft steht. Eine Untersuchung von 43 Gütezeichen, Labeln und Umweltdeklarationen aus Westeuropa einschließlich Holz von Hier hat deren Eignung, im Rahmen öffentlicher Bauausschreibungen als Beleg für Nachhaltigkeitseigenschaften der Bauprodukte zu dienen, analysiert. Zur Frage, welche ökologischen Anforderungen das Label Holz von Hier bescheinigt, kommt diese Untersuchung zu dem Ergebnis, dass u.a. die Anforderungen, die an eine nachhaltige Forstwirtschaft gestellt werden, durch die Zertifizierung Holz von Hier bescheinigt werden. Konkret heißt es im Abschlussbericht (auszugsweise):

*„6.2 Nachhaltige Forstwirtschaft*

*Das verwendete Holz muss aus regionalen Holzvorkommen (regionaler Forstbetrieb oder regionalem Sägewerk) oder mindestens zu 50 % aus zertifiziert nachhaltiger Forstwirtschaft stammen. Holz aus tropischen, subtropischen oder borealen Wäldern muss FSC oder gleichwertig zertifiziert sein.*

*(...)*

*Bei direktem Bezug von einem regionalen Forstbetrieb oder Sägewerk genügt als Nachweis eine Herkunftsbestätigung über ein Wuchsgebiet in Deutschland, Österreich, der Schweiz oder einem anderen europäischen Land, in dessen Forstgesetzgebung entsprechende Nachhaltigkeitskriterien verankert sind und deren Einhaltung auch überprüft wird. Ansonsten erfolgt der Nachweis durch ein Zertifizierungssystem, das folgenden Anforderungen genügt:*

*Unabhängigkeit: (...)*

*Leistungsbezogene Standards: (...)*

*Geschlossene Produktkette: (...)*

*Transparenz: (...).*

*Folgende Zertifizierungssysteme zur nachhaltigen Forstwirtschaft und die dazu gehörigen CoC-Zertifikate erfüllen die genannten Kriterien jedenfalls*

- *FSC pure*
- *FSC-mixed (70 – 100 %)*
- *FSC mixed credit (70 – 100 %)*
- *Naturland-Zertifikat*
- *PEFC.*

*Produkte, die mit einem der folgenden Zeichen ausgezeichnet sind, erfüllen die Anforderungen jedenfalls:*

*(...)*

*Holz von Hier*

*(...).“*

Forschungsförderung Projekt II3-F20-13-1-073 „ZUKUNFT BAU“, Vergleich von Prüfzeichen für Baumaterialien mit Nachhaltigkeitsmerkmalen in Europa, Abschlussbericht, Oktober 2015, S. 122 f., im Internet abrufbar unter: [https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/Vergleich-Pruefzeichen\\_Abschlussbericht\\_Natureplus.pdf](https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/Vergleich-Pruefzeichen_Abschlussbericht_Natureplus.pdf).

Ebenso bestätigt das baubook Österreich, Die Datenbank für ökologisches Bauen und Sanieren, dass wenn im Hinblick auf die Nachhaltigkeit von Holz und Holzwerkstoffen entsprechend dem Kriterienkatalog 2020 gefordert wird

- Verbot von Tropenholz aus nicht nachhaltiger Produktion,
- Verbot von Nichttropenhölzern aus nicht nachhaltiger Holzgewinnung,
- Mindestanteil an Hölzern aus nachhaltiger Forstwirtschaft,

diese Kriterien durch das Holz von Hier-Zertifikat bestätigt werden. Baubook erkennt den Holz von Hier-Nachweis als Chain of Custody-Nachweis für die Einhaltung der Kriterien nachhaltiger Holzwirtschaft an,

Schreiben der baubook GmbH vom 27. August 2019.

### 3.3.2 Zu 2: kein Holz von der Internationalen Roten Liste nach IUCN

Die Holz von Hier-Zertifizierung erfolgt durch die Generierung eines produktspezifischen Zertifikats durch ein elektronisches Controllingsystem. Da im Controllingsystem nur solche Hölzer/Produkte hinterlegt sind, die nicht auf der Liste gefährdeter Baumarten stehen, ist die Berücksichtigung/Vermarktung solcher Hölzer unter dem Label Holz von Hier ausgeschlossen. Handelt es sich bei den gefährdeten Baumarten um Tropenhölzer, ist überdies schon wegen der Entfernung zu Europa und der damit verbundenen Transportwege die Berücksichtigung im Rahmen der Zertifizierung Holz von Hier ausgeschlossen. Dass es hierbei im Einzelfall zu fehlerhaften Klassifizierungen kommt, erscheint (nur) dann möglich, wenn Unternehmen (vorsätzlich oder fahrlässig) andere Holzarten deklarieren als tatsächlich verwendet wurden.

### 3.3.3 Zu 3: Warenströme

Holz von Hier hat bestimmte Transportobergrenzen festgelegt. Damit sind die zulässigen Transportentfernungen gemeint, die Produkte, die die Zertifizierung Holz von Hier erhalten sollen, höchstens zurückgelegt haben dürfen. Diese Transportdistanzen unterliegen einem ständigen Monitoringverfahren durch die Management GmbH, um ggfs. notwendige Anpassungen/Aktualisierungen vornehmen zu können. Die zulässigen Entfernungen betreffen die jeweiligen Glieder der Verarbeitungskette (vom Wald ins Sägewerk, vom Sägewerk in den Holzverarbeitenden Betrieb, von dort in den Handel, vom Handel zum Kunden) und können sich über die einzelnen Verarbeitungsschritte akkumulieren. Die Transportobergrenzen betragen beispielsweise:

<b>Rundholz</b>	<b>Transportobergrenze</b>
Fichte	75 km
Kiefer, Tanne, Lärche, Douglasie	150 km
Buche, Eiche	200 km

<b>Produkt</b>	<b>Transportobergrenze</b>
Dielen	300 km
Parkett	300 km
Massivholzplatten	350 km

Auszug aus dem Dokument <https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2019/07/Transportgrenzen-HVH.pdf> (Stand der Holz von Hier-Transportobergrenzen: 30. Juni 2019).

### 3.3.4 Zu 3 und 4: Warenströme und Massenbilanz

Die Einhaltung der Transportobergrenzen wird ebenso wie die als Kriterium 4 benannte Einhaltung der Massenbilanz in technischer Hinsicht durch ein elektronisches Zertifizierungssystem sichergestellt. Die teilnehmenden Unternehmen benötigen hierfür einen Onlinezugang und müssen – nach Abschluss einer Teilnahmevereinbarung – einen eigenen betrieblichen Account bei Holz von Hier einrichten.

Der teilnehmende Lieferant verbucht bestimmte mit Holz von Hier-Nachweis gelieferte Holz mengen auf das Mengenkonto des Kunden im elektronischen Controlling system. Der Kunde muss diese Buchung online bestätigen. Das System prüft bei dieser Transaktion die Einhaltung der vorgegebenen Kriterien (Liegt die Entfernung innerhalb der zulässigen Grenzen? Ist eine entsprechende Rohstoffmenge auf dem Mengenkonto vorhanden, die für die Herstellung des auszuzeichnenden Produktes benötigt werden?) und gibt die Transaktion im positiven Prüfungsfall frei. Eine eindeutige produktspezifische Urkunde wird von dem System nur in diesem Fall generiert. Wenn das System die Urkunde generiert hat, kann der Kunde unmittelbar die Urkunde am PC ausdrucken. Diese Urkunde enthält eine ID-Nummer, die es einem späteren Empfänger/Kunden ermöglicht, durch Eingabe auf der Website [www.holz-von-hier.de](http://www.holz-von-hier.de) eine Echtheitsprüfung durchzuführen.

Soweit also ein Hersteller/Produzent selbst ein Produkt kennzeichnen will, muss sichergestellt sein, dass er auch ausreichend Ausgangsmaterial auf dem Mengenkonto hat. Er muss zuvor entsprechendes Material eingekauft haben, z.B. bei einem Lieferanten, der bereits bei Holz von Hier gelistet ist.

Das Controllingsystem stellt eine Überprüfung der Anforderungen in Echtzeit für jedes spezifische Produkt sicher. Da der Empfänger der Lieferung die Buchung elektronisch bestätigen muss, erfolgt auf diesem Wege eine weitere Kontrolle hinsichtlich der nach Holz von Hier ausgezeichneten Mengen bzw. Produkte. Das elektronische

System wiederum wird nach einem etablierten nationalen Standard (PS 880 des Deutschen Instituts der Wirtschaftsprüfer) fremdüberwacht. Die Fremdüberwachung betrifft grundsätzlich die Funktionalität des Systems bezüglich der Überwachung und Kontrolle der Warenströme und der Konformität der mit einer Urkunde ausgezeichneten Produkte mit den Anforderungen von Holz von Hier. Darüber hinaus erfolgt zusätzlich noch eine Stichprobenkontrolle konkreter Buchungsvorgänge des Systems durch Abgleich mit den Originaldokumenten (Rechnung/Lieferscheine) durch die Überwachungsstelle.

- 3.4 Die technische/tatsächliche Kontrolle der Einhaltung der Holz von Hier-Standards kann wie folgt zusammengefasst werden:

<b>Kontrollmechanismus</b>	<b>Vorgehens-/Funktionsweise</b>
Gutachter/Auditor	Qualifizierung des Rohholzes als Holz aus nachhaltiger Waldwirtschaft durch Vorlage eines FM-Zertifikats nach FSC oder PEFC (Fremdprüfung hat hier bereits durch Zertifizierungsstelle der Waldlabel stattgefunden).
Elektronisches Controlling- und Massenbilanzsystem	Das System prüft die Mengenverfügbarkeiten und Warenströme um sicherzustellen, dass das gekennzeichnete Holz den Kriterien von HvH entspricht und zertifiziert gekauftes Holz nicht mehrfach als zertifiziertes Produkt vermarktet wird.
Individueller Nutzerzugang	Unternehmen verbuchen Vermarktungen und Verkäufe über das elektronische System. Empfänger/Käufer muss elektronisch bestätigen und nimmt so Gegenkontrolle vor.
PS 880 Standard des DIW	Unabhängiger Auditor prüft die Funktionsfähigkeit und Wirksamkeit des elektronischen Systems und nimmt auch Stichprobenkontrollen vor.

- 3.5 Die Entwicklung/Erarbeitung des Zertifikats Holz von Hier erfolgte im Rahmen eines Modellprojekts für Betriebs- und Bereichsübergreifendes Stoffstrommanagement, gefördert von der Deutschen Bundesstiftung Umwelt (DBU). In diesem Projekt sollten innovative Wege für die nachhaltige und umweltfreundliche Steuerung von Produktionsprozessen mit Marktmechanismen entwickelt werden. Die Entwicklung des Umweltlabels fand unter Beteiligung eines von der DBU besetzten Projektbeirats sowie eines Projektarbeitskreises statt, der mit Vertretern aus den Bereichen Umwelt und Holz/Wald/Holzverarbeitung besetzt war. Auf Basis mehrjähriger Forschungen, die von der DBU gefördert wurden, wurden die im Papier

Entwicklungsprozess des Umweltzeichens Holz von Hier, Erläuterndes Dokument HVH-05/2012 – Entwicklungsprozess (Stand Januar 2017), im Internet abrufbar unter <https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2017/06/Entwicklungsprozess.pdf>,

geschilderten Auswertungen/Analysen/Studien durchgeführt bzw. beauftragt. Auf Basis dieser Auswertungen wurden der anzuwendende Standard entwickelt und der Kontrollprozess definiert.

Durch dieses Vorgehen erfüllt Holz von Hier – nach eigener Einschätzung –,

vgl. hierzu das Papier <https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/ISO-Konformiti%c3%a4t.pdf>,

auch die Anforderungen der ISO 14024, Umweltzeichen Typ 1, wonach produktbezogene Umweltkriterien auf einer wissenschaftlichen Grundlage basieren müssen (Kap. 5.14 der ISO 14024).

3.6 Nach Ablauf des Förderprojektes wurde für Holz von Hier zur Umsetzung und Fortführung eine eigene Struktur gegründet, bestehend aus

- verschiedenen Fachbeiräten (z.B. Forstwirtschaft, Holzbearbeitung, Holzverarbeitung und Handwerk, Planung und Architektur), die mit Vertretern der jeweiligen Interessengruppe besetzt sind, in der Regel aus Reihen der Zeichennehmer oder aus Verbänden;
- einem Expertenpanel, das Holz von Hier in verschiedenen spezifischen Fachfragen berät und je nach Anlass und auftretender Fragestellung mit Experten im jeweiligen Fachbereich besetzt wird (aktuelle Besetzung: <https://www.holz-von-hier.eu/ueber-holz-von-hier/die-initiative/1710-2/>);
- einem Stakeholderkuratorium als oberster Entscheidungsinstanz, das über z.B. Änderungen des Standards sowie Entscheidungen mit besonderer Tragweite in der Umsetzung entscheidet (aktuelle Besetzung: <https://www.holz-von-hier.eu/ueber-holz-von-hier/die-initiative/kuratorium/>; das bestehende Kuratorium entscheidet mit über Neuaufnahmen);
- der Holz von Hier gemeinnützige GmbH, die für die operative Arbeit, Geschäftsführung und Kommunikation zuständig ist.

Stakeholder und interessierte Kreise haben verschiedene Möglichkeiten, sich in die Umsetzung von Holz von Hier einzubringen. Unternehmen der Branche (sofern sie

Zeichennehmer sind) und Vertreter von Verbandsorganisationen (sofern sie Partnerorganisationen sind) können jederzeit in den entsprechenden Fachbeiräten von Holz von Hier mitwirken. Verbraucher oder andere interessierte Kreise können Anfragen oder Anregungen direkt an die gGmbH richten. Diese werden dokumentiert und gesammelt und fließen, ggf. im Rahmen von Revisionsprozessen, in die Entscheidungsprozesse mit ein. Im Rahmen von Revisionsprozessen, die auf der Website bekannt gemacht werden, können sich interessierte Kreise in die Entwicklung einbringen und entsprechende Vorschläge oder Kommentare unterbreiten,

vgl. <https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/Struktur-und-Entscheidungsfindung-neu.pdf>.

- 3.7 Gegenstand der Unternehmung Holz von Hier ist ausweislich des Handelsregisterauszugs der gGmbH die

*„Förderung des Klima-, Natur- und Umweltschutzes sowie des Verbraucherschutzes. Förderung von Wissenschaft & Forschung im Bereich Umwelt- und Klimaschutz, Wald, Holz, innovative und klima- und umweltfreundliche Materialien für Bau, Innenausbau, gestaltete Bioenergie und erneuerbare Energien und zusammenhängende Themen, - Förderung von Bildung und Erziehung im Zusammenhang mit Fragen des Klimaschutzes, der Artenvielfalt, des Ressourcenschutzes, Verbraucherschutzes, bei Öffentlichkeit, Multiplikatoren und Entscheidungsträgern in Politik, Umwelt, Wirtschaft und Gesellschaft.“*

Die Finanzierung von Holz von Hier findet über Spenden, Drittmittel und Solidarbeiträge aus der Wirtschaft statt. Zeichennehmer entrichten unabhängig von der Zahl oder Menge der zertifizierten Produkte einen pauschalen jährlichen Solidarbeitrag. Die Organisation ist als gemeinnützig anerkannt.

#### **4. Rechtliche Würdigung**

Gegenstand des Prüfungsauftrags ist die Frage, ob das Label Holz von Hier den vergaberechtlichen Anforderungen an ein Gütezeichen entspricht, so dass es in Vergabeverfahren, in denen die Holzbeschaffung eine Rolle spielt, (als Leitzertifikat) zur Anwendung gelangen könnte. Fraglich ist weiter, ob das Label zumindest als jedenfalls gleichwertig gegenüber der Zertifizierung FSC/PEFC anzusehen ist, so dass es in Vergabeverfahren, in denen Holz aus nachhaltiger Waldwirtschaft, nachgewiesen durch FSC/PEFC-Zertifizierung, gefordert ist, als gleichwertiges Alternativzertifikat anzuerkennen wäre.

Entsprechend der oben (Ziffer 1) vorgenommenen Präzisierung der Fragestellung gliedert sich die Prüfung wie folgt: Ausschreibung von Lieferleistungen (4.1) mit den Unterpunkten Definition Lieferauftrag (4.1.1); Schwellenwerte (4.1.2); Lieferleistung mit den „Holz von Hier-Kriterien“ (4.1.3); Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v.

§ 34 Abs. 2 VgV (4.1.4); Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 34 Abs. 3 VgV (4.1.5); Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 24 Abs. 2 UVgO (4.1.6); Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 24 Abs. 4 UVgO (4.1.7). Ausschreibung von Bauleistungen (4.2) mit den Unterpunkten Bauleistung mit den Holz von Hier-Kriterien (4.2.1); Holz von Hier als Gütezeichen im Sinne von § 7a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A (4.2.2); Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 7a EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A (4.2.3); Holz von Hier als Umweltzeichen im Sinne von § 7a Abs. 5 VOB/A (4.2.4); und Holz von Hier als Umweltzeichen im Sinne von § 7a VS Abs. 5 VOB/A (4.2.5).

#### **4.1 Ausschreibung von Lieferleistungen**

Fraglich ist zunächst, ob und unter welchen Voraussetzungen die Beschaffung von Holz/Holzprodukten als Lieferleistung im Sinne des Vergaberechts eingeordnet werden kann und welche Schwellenwerte hier zu beachten sind.

Auf Lieferleistungen oberhalb der Schwellenwerte findet die VgV Anwendung, auf Lieferleistungen unterhalb der Schwellenwerte die UVgO. Hierbei wird der Begriff der Lieferleistung in beiden Vorschriften gleichlaufend ausgelegt,

vgl. von Wietersheim in: BeckOK VergabeR, 14. Edition, 31. Januar 2020, § 1UVgO, Rn. 10 f.

Die genannten Fragen sind zu klären, weil die Holzbeschaffung bei verschiedenen Auftragsarten (Lieferauftrag, Bauauftrag) eine Rolle spielen kann, was wiederum im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsvorschriften eine Rolle spielt und auch im Hinblick auf die im Rahmen der rechtlichen Prüfung verwendbaren Argumente Auswirkungen haben kann (vgl. dazu bereits oben, Ziffer 1.1). Hiernach ist zunächst darzulegen, wie die Begrifflichkeit Lieferleistung/Lieferauftrag (in Abgrenzung zu Bauleistung/Bauftrag) definiert ist (sogleich, 4.1.1). Außerdem ist kurz auf die relevanten Schwellenwerte einzugehen (4.1.2). Im Anschluss ist zu prüfen, ob die Anforderungen, die Holz von Hier an das zu zertifizierende Holz stellt, Kriterien sind, die zulässigerweise in ein Vergabeverfahren aufgenommen werden könnten (4.1.3). Hieran schließt sich die Prüfung der konkreten Voraussetzungen eines Gütezeichens nach § 34 Abs. 2 VgV (4.1.4) bzw. eines gleichwertigen Alternativzertifikats nach § 34 Abs. 4 VgV an (bezogen auf den Gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten, 4.1.5). Schließlich folgt die Prüfung der Voraussetzungen für ein Gütezeichen nach § 24 Abs. 2 UVgO (4.1.6) bzw. des gleichwertigen Alternativzertifikats nach § 24 Abs. 4 UVgO (4.1.7).



#### **4.1.1 Definition Lieferauftrag (in Abgrenzung zum Bauauftrag)**

Zu den in den Anwendungsbereich der VgV fallenden öffentlichen Aufträgen gehören Lieferaufträge i.S.d. Legaldefinition des § 103 Abs. 2 GWB. Lieferverträge sind demnach Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Mietverhältnisse oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen.

Im Grundsatz geht es also darum, dass Gegenstand des entgeltlichen Vertrags die Beschaffung von Waren ist; die Form der Beschaffung soll dabei nebensächlich sein, ebenso wie die zivilrechtliche Einordnung des dem Auftrag zugrundeliegenden Vertragstyps. Maßgeblich ist der – weite – Warenbegriff des Europarechts, wie er auch in Art. 28 ff. AEUV niedergelegt ist. Er erfasst bewegliche körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können. Dabei ist unerheblich, ob diese standardmäßig oder für den Einzelfall, etwa nach den konkreten Wünschen des Kunden, gefertigt werden. Der Warenbegriff schließt damit auch Anfertigungsverfahren ein, in denen die Gegenstände eigens für den öffentlichen Auftraggeber hergestellt werden,

vgl. hierzu Dieckmann in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgO, 2. Aufl. 2019, § 1 VgV, Rn. 36-38.

Da Holz – gleich in welchem Verarbeitungsstadium – als körperlicher Gegenstand mit Geldwert eingeordnet werden kann, kann es Gegenstand von Lieferaufträgen sein.

Da Lieferaufträge gemäß § 103 Abs. 2 S. 2 GWB auch Nebenleistungen umfassen können, dürfen überdies auch Leistungen, die für sich betrachtet nicht als Lieferungen anzusehen sind, jedoch mit der Lieferung im Zusammenhang stehen, zusammen mit dieser vergeben werden, ohne dass sich hierdurch der Charakter des Auftrags ändert. Neben der sachlichen Verbindung zwischen Hauptleistung (Lieferung) und Nebenleistung setzt dies voraus, dass die Nebenleistung untergeordnete, dienende Funktion hat (z.B. Verlege- und Installationsarbeiten),

Dieckmann in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgO, 2. Aufl. 2019, § 1 VgV, Rn. 39.

Hiernach könnten (beispielsweise) auch die Lieferung und Verlegung von Holzdielen als Lieferleistung eingeordnet werden. Letztlich ist es aber eine Frage der Wertung im Einzelfall, ob der Schwerpunkt der Leistung in der Lieferung einer Ware liegt. Jedenfalls im Verhältnis zum Bauauftrag kommt es insoweit nicht allein auf die Wertverhältnisse an. Auch bei einem hohen Wertanteil der gelieferten Ware kann

ein Bauauftrag vorliegen, wenn ein mittels Installation unter Einsatz bauhandwerklicher Leistungen zu bewirkender Zustand in Rede steht, und hierin das Hauptinteresse des Auftraggebers liegt. Der Begriff des Bauauftrages ist weit auszulegen, was zu einer entsprechenden Einschränkung des Anwendungsbereiches der VgV bei Lieferleistungen führt, die in Zusammenhang mit einem Bauvorhaben stehen,

Dieckmann in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgO, 2. Aufl. 2019, § 1 VgV, Rn. 39.

Hiernach ist die Beschaffung von Holz/Holzprodukten (nur) dann als Lieferleistung in dem genannten Sinne einzuordnen, wenn in der Beschaffung selbst das „Hauptziel“ des Auftraggebers liegt. Steht die Lieferung in einem funktionalen Zusammenhang zu Bauleistungen – etwa weil die Ware zur Herstellung eines funktionsfähigen Bauwerks erforderlich ist – ist im Zweifel eher von einem Bauauftrag auszugehen. Lediglich Aufträge, die über einen reinen Austausch einer Ware gegen Vergütung nicht hinausgehen, die nämlich die bloße Lieferung von Baustoffen oder Bauteilen ohne individuelle, auf das Bauvorhaben bezogene Be- oder Verarbeitung zum Gegenstand haben, haben keinen hinreichend engen funktionalen Zusammenhang zu der Erstellung des Bauwerks und sind damit als Lieferauftrag anzusehen,

vgl. OLG München, Beschluss vom 28. September 2005 – Verg 19/05.

Liegt nach diesen Kriterien eine Lieferleistung vor, finden die Vorschriften der VgV Anwendung, wenn die europäischen Schwellenwerte (dazu sogleich, 4.1.2) überschritten sind und die übrigen Voraussetzungen aus § 1 VgV i.V.m. Teil 4 des GWB erfüllt sind. Diese Anwendungsvoraussetzungen der VgV im Übrigen (öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 99 GWB; keine Anwendungsausnahmen) sollen hier nicht weiter erörtert werden, weil sie für den gutachterlichen Auftrag keine Relevanz entfalten.

#### **4.1.2 Schwellenwerte**

Die für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts relevanten Schwellenwerte werden dynamisch angepasst und liegen für Lieferleistungen seit dem 1. Januar 2020 bei 139.000 € (für Vergaben durch zentrale Regierungsbehörden) bzw. bei 214.000 € (für Vergaben durch andere öffentliche Auftraggeber),

vgl. Delegierte Verordnung 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl. EU vom 31. Oktober 2019, L 279/25.

Gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist der Schwellenwert für zentrale Regierungsbehörden von allen obersten Bundesbehörden sowie allen oberen Bundesbehörden und vergleichbaren Bundeseinrichtungen anzuwenden (also z.B. auch von allen Bundesministerien).

Werden die angegebenen Schwellenwerte überschritten und sind die übrigen Anwendungsvoraussetzungen der VgV erfüllt, ist die Vergabe von Lieferaufträgen an der VgV zu messen, im Übrigen an den Vorgaben der UVgO.

#### **4.1.3 Lieferleistung mit den „Holz von Hier-Kriterien“?**

Im Anwendungsbereich der VgV kann der Auftraggeber als Beleg dafür, dass eine Lieferleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, die Vorlage von Gütezeichen verlangen (§ 34 Abs. 1 VgV). Ein solches Gütezeichen muss den in § 34 Abs. 2 VgV aufgeführten Bedingungen genügen. U.a. müssen alle Anforderungen des Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet sein und mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Abs. 3 VgV in Verbindung stehen (§ 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV).

Die folgende Prüfung der Voraussetzungen eines Gütezeichens/gleichwertigen Alternativzertifikats i.S.v. § 34 VgV setzt also voraus, dass die durch das in Frage stehende Gütezeichen verkörperten Standards zunächst (zulässigerweise) Gegenstand der Leistungsbeschreibung geworden sind – dass der Auftraggeber die Standards also überhaupt einfordert und sie in dieser Form auch einfordern darf. Hierbei ist systematisch zwischen der Bestimmung des Leistungsgegenstandes und den Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung zu unterscheiden. Denn während die Leistungsbeschreibung selbst Kernstück und wesentlicher Bestandteil der Vergabeunterlagen ist und mithin vollumfänglich sämtlichen vergaberechtlichen Vergabe Grundsätzen und -vorschriften genügen muss, findet die Definition des Leistungsgegenstandes vor Beginn des Vergabeverfahrens statt und unterliegt weniger strengen Anforderungen. Hier gilt der Grundsatz der Beschaffungsfreiheit,

Dörr in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, Einleitung, Rn. 5.

Zu prüfen ist also, ob die Anforderungen, die Holz von Hier im Einzelnen an das zu zertifizierende Holz stellt (Holz nur aus zertifizierten Wäldern; keine Verwendung von gefährdeten Baumarten; besondere Klimafreundlichkeit durch kurze Transportwege, Einhaltung der Mengenbilanz), in rechtlich zulässiger Art und Weise zur Definition des Beschaffungsgegenstands verwendet und in der Konsequenz auch in eine Leistungsbeschreibung aufgenommen werden könnten.

#### **4.1.3.1 Grundsätzliche Zulässigkeit der Strategischen Beschaffung**

Generell muss die sogenannte strategische Beschaffung – gerichtet auf die Einhaltung von Umweltkriterien – zulässig sein.

Die strategische Beschaffung, orientiert an sozialen, ökonomischen oder innovativen Kriterien, galt lange Zeit als dem an Wirtschaftlichkeit/Preis-Leistung orientierten öffentlichen Beschaffungswesen fremd. Hierin lag eine Grenze – auch bei der Definition des Beschaffungsgegenstandes durch den Auftraggeber. In dieser Hinsicht ist jedoch in den letzten Jahren ein bedeutender Anschauungswechsel erfolgt, der sich zum Teil bereits seit 2006, mit der ersten Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien, spätestens aber seit der Vergaberechtsreform von 2016 auch im Gesetz manifestiert,

Vgl. Gyulai-Schmidt, Strategische Nutzung des Vergaberechts für mehr Qualität am Beispiel von deutschen, österreichischen und ungarischen Umsetzungsmaßnahmen, ZfBR 2019, 762; zur Rechtslage vor der Vergaberechtsreform: Wegener, Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2010, 273.

Seither ist es rechtlich möglich und allgemein anerkannt, dass strategische Beschaffungsziele – wie die Anwendung von ökologischen oder sozialen Kriterien beim Einkauf – zulässigerweise verfolgt werden können. Ausgehend von der grundsätzlichen Erlaubnisnorm in § 97 Abs. 3 GWB finden sich in der VgV an verschiedenen Stellen Bezugnahmen auf strategische Beschaffungsmaßnahmen. So erlaubt § 31 Abs. 3 VgV ausdrücklich, dass Merkmale der Leistungsbeschreibung auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen dürfen. Gemäß § 58 Abs. 2 VgV erfolgt die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Der öffentliche Auftraggeber kann gemäß § 59 VgV vorgeben, dass das Zuschlagskriterium „Kosten“ auf der Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung berechnet wird – hier können auch die Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, erfasst sein. Zum Teil schreibt das Gesetz sogar die Einhaltung bestimmter Umweltaspekte vor. Beispielhaft verlangt § 67 Abs. 2 VgV für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen u.a., dass in der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die Energieeffizienz insbesondere folgende Anforderungen gestellt werden sollen:

1. das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und,

2. soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung.

Insoweit lässt sich hinsichtlich der einst als „vergabefremd“ eingeordneten ökologischen und sozialen Beschaffungskriterien ein klarer Paradigmenwechsel konstatieren. Die umweltorientierte Beschaffung ist vom Gesetz erlaubt und stellenweise sogar verpflichtend angeordnet. Darüber hinaus binden sich öffentliche Auftraggeber teilweise selbst – wie im Gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten – an bestimmte an Nachhaltigkeit orientierte Beschaffungskriterien. Diese Selbstbindung resultiert nicht zuletzt daraus, dass Umweltschutz als übergeordnetes Ziel sowohl in den Europäischen Verträgen (Art. 11 AEUV) als auch im Grundgesetz (Art. 20a GG) verankert ist. Ökologische Beschaffungskriterien lassen sich hiernach grundsätzlich als gesetzgeberisch gewollte, an Gemeinwohlbelangen orientierte Vergabekriterien einordnen.

Nach diesen Maßstäben ist es rechtlich grundsätzlich unproblematisch, wenn im Rahmen der Holz(product)beschaffung seitens des Auftraggebers die Einhaltung bestimmter Nachhaltigkeits- oder Umweltschutzkriterien gewünscht wird, wie etwa die Herkunft des Holzes nur aus nachhaltiger Waldwirtschaft oder die Nicht-Verwendung von Tropenhölzern.

#### **4.1.3.2 Rechtliche Bindungen bei Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes und Leistungsbeschreibung**

Fraglich ist aber, welchen weiteren rechtlichen Bindungen die Bedarfsbestimmung unterliegt, und – daran anknüpfend – welchen Vorgaben die Leistungsbeschreibung unterliegt.

Trotz der gesetzgeberisch zugelassenen und intendierten Orientierung an ökologischen Beschaffungskriterien behalten nach wie vor die aus dem europäischen Primärrecht abgeleiteten vergaberechtlichen Grundsätze von Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung ihre Gültigkeit und setzen nicht nur der Beschaffungsfreiheit allgemein, sondern (auch) der umweltorientierten Beschaffung Grenzen. Im nationalen Recht sind diese Vorgaben in § 97 Abs. 1 und 2 GWB (allgemeine Grundsätze der Vergabe) und § 31 VgV (Vorgaben an die Leistungsbeschreibung) normiert.

Aus dem Grundsatz, dass die Nachfrage an sich keiner Beschränkung unterliegt, auch wenn sie sozialpolitisch oder umweltpolitisch motiviert ist (z.B.: recyclingfähige Güter), wird zum Teil geschlussfolgert, dass solche Entscheidungskriterien, die

zwar als vergabefremd eingeordnet werden können, aber auf Eigenschaften des zu beschaffenden Gutes abstellen, nicht mit den Grundfreiheiten kollidieren können. Tieferer Grund für diese Annahme ist, dass solche Entscheidungskriterien, die sich auf das Produkt selbst beziehen, als wesentliche Unterschiede zwischen den Bewerbern bzw. ihren Angeboten anzusehen sind, die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote aber nur Unterscheidungen zwischen wesentlich gleichen Anbietern sanktionieren. Produktbezogene Entscheidungskriterien sind also grundsätzlich als gleichheitsrechtlich unbedenklich einzustufen,

Kühling/Huerkamp in: MüKoEuWettbR, 2. Aufl. 2018, 1. Teil. Einleitung zum Vergaberecht Rn. 124.

Spätestens dann aber, wenn der Auftraggeber die produktbezogenen Entscheidungskriterien in die Leistungsbeschreibung aufnimmt, hat er zwar einerseits ein weites Ermessen bei der Formulierung technischer Spezifikationen. Er muss aber andererseits darauf achten, allen Wirtschaftsteilnehmern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren zu gewähren. Unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Transparenz darf das Verfahren nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Daher muss der Detaillierungsgrad der technischen Spezifikationen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, was insbesondere eine Prüfung der Frage erfordert, ob dieser Detaillierungsgrad zur Erreichung der verfolgten Ziele notwendig ist,

vgl. Gyulai-Schmidt, Strategische Nutzung des Vergaberechts für mehr Qualität am Beispiel von deutschen, österreichischen und ungarischen Umsetzungsmaßnahmen, ZfBR 2019, 762 mit Verweis auf EuGH Urteil vom 25. Oktober 2018, C-413/17 - Roche Lietuva.

Das OLG Frankfurt setzt hierbei folgende Maßstäbe an:

*„Dass durch die Festlegung des Auftragsgegenstands bestimmte Lösungen favorisiert werden und dass dies in der Leistungsbeschreibung und den Wertungskriterien zum Ausdruck kommt, entspricht ebenfalls dem Wesen des Leistungsbestimmungsrechts, denn andernfalls wären jegliche Wertungskriterien mit Ausnahme des Preises sinnlos. Dies steht nur eingeschränkt unter der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen, denn das Vergaberecht regelt grundsätzlich nicht, „was“ der Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Auftragsvergabe, das heißt das Verfahren, mit dem der Auftragnehmer ausgesucht wird. **Die Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, ob und was beschafft werden soll, und damit auch die Frage, welche Anforderungen an die zu beschaffenden Leistungen gestellt werden dürfen, unterliegt allerdings vergaberechtlichen Grenzen. Diese sind gewahrt, sofern die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist und sofern dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe vorliegen. Die Festlegung muss willkür- und diskriminierungsfrei sein**“,*

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29. März 2018 – 11 Verg 16/17, Hervorhebung nur hier.

Überdies ist zu berücksichtigen, dass, wenn im Kontext strategischer Beschaffungsziele Merkmale der Leistungsbeschreibung auf bestimmte Herstellungsmethoden oder einzuhaltende Prozesse, beispielsweise in der Lieferkette, gerichtet sind, diese Merkmale zu messen sind an den Vorgaben aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV: Sie müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu dessen Wert und den Beschaffungszielen verhältnismäßig sein.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben sind die Anforderungen, die Holz von Hier an das zu zertifizierende Holz stellt, wie folgt zu bewerten.

### **(1) „Kein Holz von als international gefährdet eingestuften Baumarten“**

Das Kriterium „kein Holz von als international gefährdet eingestuften Baumarten (Internationale Rote Liste nach IUCN)“ grenzt die zulässigerweise verwendbaren Rohstoffe ein – der Auftraggeber legt auf diese Art und Weise fest, welche Rohstoffe/Holzqualität er wünscht. Er kann in diesem Zusammenhang grundsätzlich auch bestimmen, welche Rohstoffe er ausdrücklich nicht wünscht. Hierbei handelt es sich um ein „klassisches“ produktbezogenes Kriterium im Rahmen der Leistungsbestimmungsfreiheit des Auftraggebers, das – nach der eingangs zitierten Ansicht,

Kühling/Huerkamp in: MüKoEuWettbR, 2. Aufl. 2018, 1. Teil. Einleitung zum Vergaberecht Rn. 124,

als produktbezogenes Entscheidungskriterien grundsätzlich gleichheitsrechtlich unbedenklich ist,

so auch Wegener, Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2010, 273 zu der Entscheidung „Nichtbeschaffung von Tropenholz“.

In jedem Fall ließe sich eine Ungleichbehandlung (gefährdete Hölzer vs. andere Hölzer) recht offensichtlich mit Gründen des Umweltschutzes und der Nachhaltigkeit (Artenschutz) begründen. Es darf wohl als allgemein anerkannter öffentlicher Belang gelten, dass der Abbau/die Verwendung gefährdeter Rohstoffe nach Möglichkeit zu vermeiden ist und stattdessen auf gleichwertige Alternativen ausgewichen werden sollte. Hiernach liegt ein sachlicher Grund für die Einschränkung des Leistungsgegenstandes vor.

Im Hinblick auf die Aufnahme in eine Leistungsbeschreibung wäre weiter zu berücksichtigen, dass der Leistungsgegenstand hinreichend bestimmt sein muss. Es soll dem Bieter/Bewerber nicht zugemutet werden, sich selbst die Informationen über

bestimmte Spezifikationen zusammensuchen zu müssen. Hiernach wäre zu erwägen, die als gefährdet eingestuften Baumarten konkret in der Leistungsbeschreibung zu benennen, und nicht allein auf die Internationale Rote Liste zu verweisen.

Im Ergebnis könnte das Kriterium „kein Holz von als international gefährdet eingestuften Baumarten (Internationale Rote Liste nach IUCN)“ zulässigerweise in eine Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.

## **(2) „Nur Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft“**

Die Anforderung „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft“ (bzw. aus geprüften Einzelquellen) knüpft ebenfalls am Beschaffungsgegenstand an – hier aber mit Richtung auf eine spezifische Herkunft bzw. spezifische Bewirtschaftungsmethoden bei der Rohstoffgewinnung und ist deshalb an § 31 Abs. 3 VgV zu messen. Hiernach können die Leistungsmerkmale auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

Das gemäß § 31 Abs. 3 S. 2 VgV erforderliche „in Verbindung stehen“ liegt dann vor, wenn die Vorgaben an den Herstellungs-/Produktionsprozess „einen Auftragsbezug“ aufweisen. In ihnen müssen daher Besonderheiten des konkreten Auftrags zum Ausdruck kommen. Das soll auch dann der Fall sein, wenn die Anforderungen sich in benennbaren Merkmalen des Auftragsgegenstandes äußern, z.B. der Umstand, dass ein Produkt nicht unter Verwendung giftiger Chemikalien oder unter Beachtung des IAO-Abkommens Nr. 182 zum Verbot von Kinderarbeit hergestellt wurde,

vgl. Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 31 VgV, Rn. 80.

Holz von Hier verlangt „Nachhaltigkeit“ in der Forstwirtschaft. Darunter wird allgemein ein Handlungsprinzip zur Ressourcen-Nutzung verstanden, bei dem eine dauerhafte Bedürfnisbefriedigung durch die Bewahrung der natürlichen Regenerationsfähigkeit der beteiligten Systeme (vor allem: Ökosysteme) gewährleistet werden soll. Außerdem wird die „Legalität“ der Forstwirtschaft bzw. der Rohstoffgewinnung



verlangt, worunter prinzipiell die Einhaltung internationaler wie nationaler gesetzlicher Vorgaben (z.B. Forst- und Waldgesetze, aber auch Vorgaben betreffend Arbeitnehmerrechte, Rechte indigener Bevölkerung o.ä.) zu verstehen ist. Für die einzuhaltenden Mindeststandards wird im Detail auf die Standards zweier Zertifizierungssysteme, namentlich auf die Forstmanagement-Zertifikate nach FSC bzw. PEFC, verwiesen. An dieser Stelle wird nicht geprüft, ob die genannten Zertifizierungssysteme ihrerseits die Anforderungen an ein Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV erfüllen, denn dies scheint auch in der Vergabep Praxis unstrittig zu sein. Hierauf wird im Kontext der Prüfung Holz von Hier als Alternativzertifikat – bezogen auf den Gemeinsamen Erlass zur Holzbeschaffung – kurz einzugehen sein (unten, 4.1.5). Hier soll es lediglich um die zitierten Standards gehen.

Diese in Bezug genommenen Zertifikate setzen auf folgende Ziele und Prinzipien:

1. Erhaltung und angemessene Verbesserung der forstlichen Ressourcen und ihr Beitrag zu globalen Kohlenstoffkreisläufen.
2. Erhaltung der Gesundheit und Vitalität von Forstökosystemen.
3. Erhaltung und Förderung der Produktionsfunktion der Wälder (Holz und Nichtholz).
4. Bewahrung, Erhaltung und angemessene Verbesserung der biologischen Vielfalt in Waldökosystemen.
5. Erhaltung und angemessene Verbesserung der Schutzfunktionen bei der Waldbewirtschaftung (vor allem Boden und Wasser).
6. Erhaltung sonstiger sozioökonomischer Funktionen und Bedingungen.

Vgl. **PEFC-Standards** für nachhaltige Waldbewirtschaftung NORMATIVES DOKUMENT PEFC D 1002-1:2014, im Internet abrufbar unter [https://pefc.de/media/filer\\_public/ef/2c/ef2cb4a6-5fea-4fc4-801b-875a87484d63/standard2016\\_online2.pdf](https://pefc.de/media/filer_public/ef/2c/ef2cb4a6-5fea-4fc4-801b-875a87484d63/standard2016_online2.pdf).

Und:

1. Einhaltung der Gesetze
2. Arbeitnehmerrechte und Arbeitsbedingungen
3. Rechte Indigener Völker
4. Beziehungen zur lokalen Bevölkerung
5. Leistungen des Waldes
6. Umweltgüter und Auswirkungen auf die Umwelt
7. Management
8. Monitoring und Bewertung
9. Besondere Schutzwerte
10. Umsetzung von Bewirtschaftungsmaßnahmen

Vgl. Deutscher **FSC-Standard** Version 3-0, im Internet abrufbar unter <https://www.fsc-deutschland.de/de-de/wald/waldstandards>.

Die genannten Prinzipien werden jeweils in den zitierten Regelwerken ausdefiniert. Überdies sind Mechanismen zu deren Einhaltung installiert. Die Zielrichtung beider

Regelwerke liegt auf ökologischen und forstwirtschaftlichen, aber auch sozialen Zielen. Die Einhaltung dieser Standards ist nach allgemeiner Ansicht auch geeignet, die Aussage „Nachhaltige Forstwirtschaft“ und „legale Forstwirtschaft“ zu begründen.

An dieser Stelle wird nicht verkannt, dass die Zertifizierungssysteme FSC und PEFC sowie die von ihnen vertretenen Standards im Einzelnen durchaus umstritten sind und von Umweltorganisationen zum Teil als zu wenig streng und zu wirtschaftsfreundlich kritisiert werden. Beispielsweise ist Greenpeace aus dem FSC ausgetreten und begründet diesen Schritt u.a. damit, dass der FSC die Abholzung von Urwäldern erlaube und zertifiziere, obgleich der Erhalt der letzten intakten Urwaldgebiete zu den Kernzielen von Greenpeace (und den Kernzielen nachhaltiger Forstwirtschaft) gehöre,

vgl. hierzu das Interview vom 6. April 2018 mit dem Greenpeace-Experten für Wälder: <https://www.greenpeace.de/themen/waelder/maengelexemplar-qualitaetssiegel>.

Stärker noch als am FSC-Siegel fällt die Kritik an der Zertifizierung PEFC aus. Zur PEFC-Zertifizierung erklärt der Greenpeace-Vertreter im soeben zitierten Interview:

*„Von dem weit verbreiteten PEFC-Siegel raten alle großen Umweltverbände ab: Hier hat sich die Wirtschaft im Wesentlichen selbst ein Gütesiegel verpasst, unabhängige Kontrollen zum Waldschutz gibt es nicht. Solche Industriezertifikate garantieren keine nachhaltige Waldwirtschaft.“*

a.a.O.

Umweltverbände kritisieren u.a.:

- fehlende regelmäßige unabhängige Kontrollen der Waldbauern vor Ort, Kontrollen fänden nur stichprobenartig statt;
- Regionen werden pauschal bewertet;
- die Vergabe des Zertifikats erfolge auf Basis der Selbstverpflichtung der Forstbetriebe.

vgl. hierzu beispielhaft die Darstellung des WDR:

<https://www1.wdr.de/verbraucher/freizeit/holzsigel-100.html>,

Auch das Umweltbundesamt übt durchaus Kritik an diesem Label:

*„Bei Holzprodukten ist das PEFC-Siegel empfehlenswert, da es zu ökologischen Verbesserungen beim Anbau und beim Handel von Holz beiträgt. Das Umweltbundesamt kritisiert allerdings die nicht ausreichende Kontrolle der Einhaltung der Kriterien. Die Siegelvergabe erfolgt nur auf Basis einer Selbstauskunft, teilweise für ganze Waldregionen. Kontrollen erfolgen nur stichprobenartig.“*

<https://www.umweltbundesamt.de/umwelttipps-fuer-den-alltag/siegel-kunde/pefc-label-holzprodukte>.

Im hiesigen Kontext geht es allerdings nicht um die Frage, ob die höchst- und bestmöglichen Standards angesetzt werden und ob sie auch (im Kontext des jeweiligen Zertifizierungssystems) bestmöglich umgesetzt werden. Es geht vielmehr um die Frage, ob sich die Grundaussage „Nachhaltigkeit“ und „Legalität“ auf die Einhaltung der zitierten Standards stützen kann. Das ist zu bejahen, da hier zumindest Mindeststandards gesetzt werden, die in die entsprechende Zielrichtung weisen, so dass sie sich zu dem benennbaren Merkmal des Auftragsgegenstandes „Holz aus legaler und nachhaltiger Forstwirtschaft“ zusammenfassen lassen. Eine derartige Vorgabe wird – entsprechend den eingangs zitierten Beispielen (z.B. „ohne Kinderarbeit“) – gemeinhin für vergaberechtlich zulässig erachtet,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 31 VgV, Rn. 69 m.w.N.

Zusätzlich muss allerdings auch die Anforderung der Verhältnismäßigkeit zwischen dem Wert des Auftragsgegenstandes und der strategischen Zielsetzung erfüllt sein (§ 31 Abs. 3 S. 2 VgV). Das liegt darin begründet, dass die Verfolgung strategischer Ziele nicht der Primärzweck von öffentlichen Auftragsvergaben ist und auch nicht sein darf. Ziel bleibt (neben der Erfüllung öffentlicher Aufgaben) „in erster Linie“ der wirtschaftliche Einkauf. Das gilt auch für Beschaffungen, die an Umweltkriterien oder Nachhaltigkeitskriterien ausgerichtet werden, da mit ihnen jedenfalls auch die Erwartung finanzieller Einsparungen oder sonst wirtschaftsfördernder Effekte (Wachstums-, Innovationsförderung) verbunden ist. Insoweit verlangt § 31 Abs. 3 S. 2 VgV eine Abwägung im Einzelfall, somit einen zusätzlichen Prüfungsschritt, der zu dokumentieren ist. Hinter diesem Prüfungsschritt steht die Sorge, dass derartige Kriterien potentiell wettbewerbsbeschränkend sind, weil Anbieter sie nicht erfüllen können oder wollen. Die Verhältnismäßigkeit ist daher insbesondere dann zu prüfen, wenn nur wenige Anbieter am Markt vorhanden sind. Der Gesetz- und Verordnungsgeber wollte die Anforderungen an umwelt- und sozialbedingte Kriterien aber nicht grundsätzlich verschärfen, sondern das bislang schon Zulässige weiterhin zulassen. Das spricht dafür, diesen Prüfungsschritt nur bei den Auftraggeberanforderungen i.S.v. § 31 Abs. 3 S. 2 VgV zu verlangen, die eine geringe Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen und daher eine zusätzliche Rechtfertigung aus den Beschaffungszielen benötigen,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 31 VgV, Rn. 81, 82.

Inhaltlich weicht die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht von dem in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB allgemein normierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ab, der auf eine

Zweck-Mittel-Relation abstellt. Gemäß § 31 Abs. 3 S. 2 VgV muss der öffentliche Auftraggeber die verfolgten Sekundärziele in der Vergabedokumentation transparent machen und aufzeigen, dass die Anforderungen an den Produktions-/Herstellungsprozess zu den Umweltzielen bzw. sozialen Zielen beitragen, die gefördert werden sollen. § 31 Abs. 3 S. 2 VgV soll Bedenken gegen die Aufnahme derartiger „immaterieller“ Aspekte Rechnung tragen und einer „Überfrachtung“ mit gesellschaftspolitischen Vorgaben und einer dadurch bewirkten Verteuerung des Einkaufs entgegenwirken. Die Auftraggebervorgaben dürfen daher im konkreten Einzelfall nicht völlig ungeeignet sein oder außer Verhältnis zu den im günstigsten Fall eintretenden positiven Effekten stehen,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 31 VgV, Rn. 81, 82.

Hiernach ist zu prüfen, ob die verfolgten Sekundärziele (Förderung nachhaltiger Forstwirtschaft; Verhinderung illegaler Holzverkäufe mit der übergeordneten Zielstellung der Erhaltung des Ökosystems Wald) durch den Rückgriff auf die in den genannten Zertifizierungssystemen festgelegten Standards erreicht werden können und ob der durch Einhaltung der Standards verursachte Mehraufwand außer Verhältnis zum Wert des Auftragsgegenstands steht.

Im Hinblick auf den erstgenannten Prüfungspunkt (Eignung) könnte mit der soeben dargelegten Kritik an den Standards FSC und PEFC vertreten werden, die Standards seien nicht hinreichend zur Zielerreichung geeignet. Im hiesigen Kontext geht es allerdings nicht um die Frage, ob der Auftraggeber das zur Erreichung seiner Sekundärziele beste und effektivste Kriterium gewählt hat. Hier greift der Grundsatz der Beschaffungsfreiheit. Es geht (nur) um die Frage, ob das gewählte Mittel völlig ungeeignet ist. Das wird man im Hinblick auf die oben aufgezeigten Standards nicht annehmen können, denn selbst wenn diese nur Mindeststandards setzen, ist dies immerhin besser als „nichts“. Auch der Greenpeace-Vertreter weist in dem zitierten Interview darauf hin, dass zumindest das FSC-Siegel auf internationaler Ebene im Hinblick auf Holz- und Papierprodukte aus Sekundärwäldern immer noch das Beste sei, was zur Verfügung stehe,

<https://www.greenpeace.de/themen/waelder/maengelexemplar-qualitaets-siegel>.

Aus einer Befragung von schweizerischen FSC-Holzproduzenten aus dem Jahr 2009 geht hervor, dass 41 % der Betriebe davon ausgehen, dass die Zertifizierung einen positiven Effekt auf die ökologische Bewirtschaftung des Waldes habe,

Seidl I., Bircher N., Eigenmann, A. (2009): Zertifiziertes Holz bringt magere Mehrerlöse. - Inf.bl. Forsch.bereich Wald 25: 15, im Internet abrufbar unter

[https://www.waldwissen.net/waldwirtschaft/holz/markt/wsl\\_fsc/index\\_DE/printerfriendly?](https://www.waldwissen.net/waldwirtschaft/holz/markt/wsl_fsc/index_DE/printerfriendly?)

Und aus der zitierten Aussage des Umweltbundesamtes geht hervor, dass im Hinblick auf die PEFC-Zertifizierung weniger die Standards als solche, als vielmehr die Kontrolle ihrer Einhaltung in der Kritik stehen,

<https://www.umweltbundesamt.de/umwelttipps-fuer-den-alltag/siegel-kunde/pefc-label-holzprodukte>.

Hiernach erzielen die in beiden Zertifizierungssystemen gesetzten Standards zumindest gewisse Effekte, so dass sie als Auftraggebervorgabe im Beschaffungsverfahren zur Erreichung der umweltpolitischen Sekundärziele zumindest nicht völlig ungeeignet sind.

Im Hinblick auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Zielerreichung und des damit verbundenen Mehraufwandes ist weiter festzuhalten, dass je größer das Auftragsvolumen ist, desto mehr Aufwand vom Bieter verlangt werden darf,

vgl. Krönke, Sozial verantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht, VergabeR 2017, 101, 105.

Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 € (s.o. 4.1.2 Schwellenwerte), erscheinen die geforderten Standards nicht unverhältnismäßig. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Zertifizierungssysteme FSC und PEFC international angelegt und weit verbreitet sind, so dass offenbar zahlreiche Forstwirte den hiermit verbundenen Mehraufwand nicht scheuen. Nach Angaben von PEFC sind 314 Mio. Hektar (= 11 %) der globalen Waldfläche PEFC-zertifiziert (FSC: weltweit 200 Mio. Hektar); in Deutschland sind es bei PEFC 7,5 Mio. Hektar = 68 % der Gesamtwaldfläche (FSC: 1,1 Mio. Hektar),

Synopse: Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen PEFC und FSC (Stand: Juli 2018), S. 3, im Internet abrufbar unter:  
[https://pefc.de/media/filer\\_public/c5/dbc52fce-5f18-4430-9d3a-67c9da176824/pefc-fsc\\_synopse\\_2018.pdf](https://pefc.de/media/filer_public/c5/dbc52fce-5f18-4430-9d3a-67c9da176824/pefc-fsc_synopse_2018.pdf).

Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Die Anforderung „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft (bzw. aus geprüften Einzelquellen) – entsprechend den Standards der Forstmanagement-Zertifizierung nach FSC oder PEFC“ könnte zulässigerweise in eine Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. Sie genügt den Anforderungen aus § 31 Abs. 3 VgV.

### **(3) Überdurchschnittlich transportarme Herstellung von Holzprodukten**

Holz von Hier fordert eine besonders klimafreundliche Herstellung von Holzprodukten. Um diese Anforderung umzusetzen, hat Holz von Hier bestimmte Transportobergrenzen (zwischen 50 – 450 km) festgelegt, die die jeweiligen Glieder der Verarbeitungskette (vom Wald ins Sägewerk, vom Sägewerk in den Holzverarbeitenden Betrieb, von dort in den Handel, vom Handel zum Kunden) betreffen und sich über die einzelnen Verarbeitungsschritte akkumulieren können. Längere Strecken als in den Transportobergrenzen vorgesehen darf das Holzprodukt nicht zurückgelegt haben.

Fraglich ist, ob die Aufnahme dieser Anforderungen (konkret: der Transportobergrenzen) in ein Vergabeverfahren rechtlich zulässig wäre. Hierbei handelt es sich um Vorgaben, die sich auf die Produktions- und Lieferkette beziehen, so dass ihre Aufnahme in die Leistungsbeschreibung wiederum an § 31 Abs. 3 VgV zu messen ist. Die geforderten Merkmale müssen in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sein (dazu unten, (b)).

- (a) Vorab stellt sich die Frage, ob mit der Festlegung der Transportobergrenzen möglicherweise eine (zumindest mittelbare) Diskriminierung einhergeht, die die Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers übersteigen könnte und mithin schon gar nicht zur Eingrenzung des Beschaffungsgegenstandes verwendet werden dürfte. Insoweit sei erneut aus dem oben (4.1.3.2) bereits zitierten Prüfmaßstab des OLG Frankfurt zitiert:

*„Die Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, ob und was beschafft werden soll, und damit auch die Frage, welche Anforderungen an die zu beschaffenden Leistungen gestellt werden dürfen, unterliegt allerdings vergaberechtlichen Grenzen. **Diese sind gewahrt, sofern die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist und sofern dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe vorliegen. Die Festlegung muss willkür- und diskriminierungsfrei sein**“,*

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29. März 2018 – 11 Verg 16/17, Hervorhebung nur hier.

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ist zu prüfen, ob die „transportarme Beschaffung“ eine nicht rechtfertigungsfähige Diskriminierung derjenigen Lieferanten bedeutet, die nicht die Holz von Hier-Transportobergrenzen einhalten können. Eine unionsrechtswidrige (mittelbare) Diskriminierung ist dann anzunehmen, wenn die nachteilige unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Unterschiede bzw. durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Die unterschiedliche Behandlung muss – wenn sie denn sachlich gerechtfertigt ist – außerdem verhältnismäßig sein. Sie muss

also zur Zielerreichung geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was zur Zielerreichung erforderlich ist,

vgl. zur Systematik des Diskriminierungsverbots beispielhaft EuGH Urteil vom 13. April 2010, 73/08 – Bressol.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Transportobergrenzen neutral formuliert sind – sie zielen nicht auf eine bestimmte Region oder Herkunft ab (z.B. „aus deutschen Wäldern“). Ein solcher Ansatz wäre nämlich tatsächlich diskriminierend und nach ständiger und gefestigter Rechtsprechung des EuGH und auch der deutschen Obergerichte insgesamt unzulässig. Untersagt ist damit beispielsweise, aus Gründen der Absatzförderung Unternehmen zu bevorteilen, die heimische Baustoffe für den Auftrag verwenden. Nicht gerechtfertigte Diskriminierungen erkannte der EuGH außerdem in der Praxis, aus strukturpolitischen Erwägungen Anbietern aus bestimmten unterentwickelten Regionen eines Mitgliedstaates den Vorzug zu geben,

Kühling/Huerkamp in: MüKoEuWettbR, 2. Aufl. 2018, 1. Teil. Einleitung zum Vergaberecht Rn. 121 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 22. Juni 1993, Rs. C-243/89 – Storebaelt und EuGH, Urteil vom 20. März 1990, Rs. C-21/88 – Du Pont de Nemours.

Allerdings sehen die Streckenbegrenzungen von Holz von Hier auch für die Lieferung an die Baustelle bzw. den Endkunden eine Obergrenze (von 200 km) vor. Ausweislich der Erläuterung hierzu ist damit jede Lieferung an Endkunden außerhalb des Holz von Hier-Netzwerkes gemeint, unabhängig von den sonst definierten Grenzen,

<https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2019/07/Transportgrenzen-HVH.pdf>.

Insoweit kann zwar eine Lieferung durchaus über Ländergrenzen oder „Regionsgrenzen“ hinweg erfolgen; auch wird keine Aussage darüber getroffen, wo der Lieferant/Zwischenhändler oder der Hersteller ihre (Haupt-)Sitze oder Niederlassungen haben müssen. Allerdings bedeutet die Anforderung zumindest für den Hersteller, dass dieser eine Fertigungsstätte im Umkreis von 200 km zum Auftraggeber/dem gewünschten Lieferort haben muss. Überdies muss es im Umkreis der Fertigungsstätte Zulieferer geben, die die produktspezifischen Anforderungen erfüllen. Sollen beispielsweise Eichen-Dielen gefertigt werden, darf der Transportweg des Eichenholzes vom Wald ins Sägewerk höchstens 200 km betragen. Die Dielen dürfen vom Sägewerk zur Fertigungsstätte über höchstens 300 km transportiert werden. Für einen Händler (der sich auf die Ausschreibung bewirbt) bedeutet das, dass er in der Wahl seiner Zulieferer beschränkt wird. Für einen Hersteller (der sich als Direktverkäufer auf die Ausschreibung bewirbt) bedeutet das, dass er sich nur bewerben kann, wenn seine Fertigungsstätte höchstens 200 km vom Lieferort entfernt liegt. Die damit einhergehenden Beschränkungen für Hersteller und Händler (und

mittelbar auch: für Lieferanten oder sonstige „Verarbeiter“ des Endprodukts) sind enorm, wird doch der im freien Handel grundsätzlich offenstehende Weltmarkt – bzw. der im europarechtlichen Kontext vorrangig bedeutsame EU-Binnenmarkt – in letzter Konsequenz auf einen 200 km-Radius begrenzt.

Hiernach liegt eine Ungleichbehandlung „ortsnaher“ und „ortsferner“ Betriebsstätten vor. Sie stützt sich auf klimapolitische Erwägungen: Zur Reduzierung des Ausstoßes von klimarelevanten Stoffen werden solche Produkte (bevorzugt) eingekauft, bei denen nur geringe Emissionen aus Transporten aufgetreten sind. Diese Überlegung ist grundsätzlich plausibel und mithin sachlich begründet – der CO<sub>2</sub>-Ausstoß durch Transportmittel (etwa: LKW-Fahrten) lässt sich ermitteln und ist offensichtlich geringer, je kürzer der jeweilige Transportweg ist (in Abhängigkeit vom gewählten Verkehrsmittel). Eine Diskriminierungsabsicht ist nicht erkennbar. Dennoch wird auf der Grundlage des europarechtlichen Diskriminierungsverbots teilweise vertreten, dass die ökologischen Kosten des Transports im Vergaberecht grundsätzlich nicht berücksichtigungsfähig seien. Laut

Wegener, NZBau 2010, 273, 277,

liege hierin zwar leider ein (bedauerlicher) „blinder Fleck“ der Ökologisierung der Auftragsvergabe. Es sei aber „absolut herrschende Meinung“, dass in solchen Fällen ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot anzunehmen sei. In einem Rechtsgutachten des Umweltbundesamtes heißt es zu dieser Problematik:

*„Nach ganz einhelliger Auffassung ist es grundsätzlich unzulässig, ortsnah hergestellte Produkte zu bevorzugen“,*

Hermann, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, UBA Texte 30/2019, Aktualisierung Februar 2019, S. 103, im Internet abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-offentliche>.

Diesen Einschätzungen steht entgegen, dass Umweltschutz und klimapolitische Belange heute weitaus intensiver als beispielsweise noch vor 10 Jahren Berücksichtigung im Vergaberecht finden dürfen, teilweise sogar finden müssen,

vgl. dazu bereits oben, 4.1.3.1.

Wenn aber – und das darf als allgemein anerkannt gelten – die „absolute Marktöffnung“ durch Belange von Klima- und Umweltschutz relativierbar ist, ist nicht zu erklären, weshalb der so umweltrelevante Faktor der Transportwege keine Berücksichtigung finden dürfte. Der klimapolitisch motivierte Wunsch nach kurzen Transportwegen ist überdies im Vergaberecht in verschiedenen Zusammenhängen als



sachlich begründetes Unterscheidungskriterium anerkannt, z.B. im Kontext von Abfallentsorgungsleistungen:

*„Die Ag. hat ihre wirtschaftlichen und ökologischen Ziele und die Gründe für die gewählte Vorgehensweise in der Leistungsbeschreibung nachvollziehbar dargelegt. Sie sieht auf der Grundlage der Umweltziele der Stadt zur Reduzierung des Ausstoßes von klimarelevanten Stoffen solche Restabfallentsorgungskonzepte als vorteilhaft an, bei denen die Emissionen aus Lkw-Transporten reduziert und die aus den Restabfällen gewinnbare Energie im Stadtgebiet<sup>1</sup> energetisch genutzt werden kann (Vergabeunterlagen, Kapitel II unter Nr. 2.5). **Die Favorisierung ortsnaher Entsorgungslösungen ist ein unter ökologischen Gesichtspunkten sachgerechtes Unterscheidungskriterium**“,*

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29. März 2018 – 11 Verg 16/17, Hervorhebung nur hier.

Kurze Transportwege werden auch z.B. in den Verwaltungsvorschriften des Landes Baden-Württemberg im Kontext der Lebensmittelversorgung (allerdings bezogen auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte) gefordert:

*„10.3.2.3 Sonderregelungen für Lebensmittel*

*Bei der Beschaffung von Lebensmitteln und Speisen sind die Leitsätze der Ernährungsstrategie des Landes Baden-Württemberg zu beachten. **Dabei sollen unterhalb der EU-Schwellenwerte umweltgerechte Aspekte, wie zum Beispiel kurze Wertschöpfungsketten und kurze Transportwege**, unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes berücksichtigt werden, soweit mit verhältnismäßigem Aufwand möglich und sachgerecht und sofern ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht“,*

VwV Beschaffung, Baden-Württemberg.

Und auch in der Literatur wird gefordert, dass die Entgrenzung des Binnenmarktes unter ökologischen Vorzeichen kein unhinterfragtes Dogma bleiben dürfe:

*„Die gerade im Bereich der Nahrungsmittelproduktion und Nahrungsmittelbereitstellung zu beobachtenden Transportexzesse bedürfen sicherlich einer ökologisch angeleiteten Korrektur. (...) so muss es dem Vergaberecht auch hinsichtlich der Berücksichtigung der Transportwege erlaubt sein, ergänzende Steuerungssignale für eine ökologisch orientierte Produktion von Waren und Dienstleistungen zu setzen“,*

Wegener, NZBau 2010, 273, 277.

Hiernach muss es möglich sein, unter Darlegung des klimafreundlichen Beschaffungsziels und ggfs. der Darlegung/Berechnung der erwarteten CO<sub>2</sub>-Einsparungen die gewünschten kurzen Transportwege vergaberechtlich zu begründen,

so im Ergebnis auch Frenz, Einbeziehung von Transportentfernungen in öffentliche Ausschreibungen, VergabeR 2013, 13; Knauff, VergabeR 2017, 551, 558,

letzterer mit Hinweis darauf, dass gerade auch die Reduzierung von Verkehrsemissionen ein bedeutendes Umwelt- und Klimaschutzziel der EU ist, zu dem eine Reduzierung der Transportwege einen Beitrag zu leisten geeignet ist. Auch

Hermann, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, UBA Texte 30/2019, Aktualisierung Februar 2019, S. 103, im Internet abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-offentliche>,

hält es für rechtlich möglich, dass das Einfordern kurzer Transportwege im Vergaberecht unter Berücksichtigung des „Carbon Footprint“ der zu liefernden Ware gerechtfertigt sein könnte. Es müsse aber im Einzelfall geprüft werden, ob die mit der Auswahl des ökologischen Zuschlagskriteriums verbundene, zumindest mittelbare Diskriminierung nicht-regionaler Produkte ausnahmsweise gerechtfertigt sei.

Im Hinblick auf die hiernach vorzunehmende Prüfung, ob die Transportanforderungen geeignet und erforderlich sind, um die gewünschten Klimaschutzziele zu erreichen, kann zunächst festgestellt werden, dass eine generelle Eignung besteht, die sich auch dem Laien erschließt. Die Gleichung liegt auf der Hand: Werden Transportwege reduziert, fällt ein geringerer CO<sub>2</sub>-Ausstoß an, und die Umweltbelastung durch CO<sub>2</sub> wird geringer. Die erzielbaren Reduktionen hängen allerdings ab vom gewählten Verkehrsmittel (eine längere Strecke mit dem Zug verursacht u.U. geringere CO<sub>2</sub>-Werte als eine vergleichsweise kürzere Strecke mit dem LKW) sowie von Umfang und Gewicht der zu transportierenden Güter und wären ggfs. zu konkretisieren. Für den Verkehr/Transport lässt sich allgemein feststellen, dass dieser Sektor (Straßenverkehr, Luftverkehr und Schifffahrt) um die 25 % der EU-Treibhausgasemissionen ausmacht. Dieser Sektor ist überdies der einzige Sektor, in dem die Emissionen über die letzten Jahre immer weiter angestiegen sind – im Luftverkehr um 128,9 %, in der Schifffahrt um 31,7 % und im Inlandsverkehr um 19,2 % (jeweils im Vergleich zu 1990). In den übrigen Sektoren (Landwirtschaft, Energiewirtschaft, Industrielle Fertigung und Produktnutzung, Abfallwirtschaft) sind die Emissionen im gleichen Zeitraum um 19,2 – 42,2 % gesunken,

vgl. hierzu die Schaubilder der Europäischen Umweltagentur 2019, „Entwicklung der Treibhausgasemissionen nach Sektor“ und „Verkehrsemissionen (2017)“, jeweils im Internet einsehbar unter <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20191129STO67756/emissionen-durch-luft-und-schiffsverkehr-zahlen-und-fakten-infografik>.

Eventuelle Auswirkungen der Corona-Pandemie sind hier naturgemäß nicht berücksichtigt. Insoweit birgt der Sektor Verkehr enorme Einsparpotentiale für den CO<sub>2</sub>-Ausstoß. Nach Recherchen und Studien der gemeinnützigen Organisation Holz von Hier sind die Einsparpotentiale gerade in der Holzbranche sehr hoch. Beispielhaft

entstehen für die Produktgruppe Bauholz durch überlappende Warenströme im Außenhandel Deutschlands jährlich überflüssige 746.104 t CO<sub>2</sub>,

vgl. <https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2016/03/CO2-Vergleich-Bauholz.pdf>.

Durch überlappende Warenströme im Außenhandel Deutschlands mit Papier entstehen 2.037.674 t, mit Altpapier 805.154 t und mit Büchern 22.456 t vermeidbares CO<sub>2</sub> pro Jahr,

vgl. [https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2019/06/CO2-Vergleich-Papier-B%bccher\\_f%bcKunden.pdf](https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2019/06/CO2-Vergleich-Papier-B%bccher_f%bcKunden.pdf).

Insoweit wäre eine öffentliche Beschaffung, die diese Faktoren berücksichtigt und auf vermeidbare Transportwege verzichtet, geeignet, zur CO<sub>2</sub>-Reduktion in erheblichem Umfang beizutragen.

Allerdings könnte das angewandte Mittel – Anforderung von Transportobergrenzen – außer Verhältnis zum gewünschten Ziel stehen. Denn der mit den Transportobergrenzen einhergehende Einschnitt ist für die potenziellen Bieter enorm: Nur wer über eine entsprechende Herstellungsstätte im 200 km-Umkreis verfügt bzw. auf entsprechende Hersteller/Zulieferer zugreifen kann, kann ein Angebot abgeben. Als milderer Mittel kommt in Betracht, die Transportobergrenzen als Kann-Kriterium in das Vergabeverfahren einzuführen, etwa dergestalt, dass Produkte mit einem entsprechenden Nachweis über die Einhaltung der Transportobergrenzen besser bewertet werden, also neben anderen Faktoren (Preis, Qualität) im Rahmen der Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden. Allerdings wäre dieser Weg nicht ebenso effektiv, da das Erreichen des Klimaschutzziels nicht sichergestellt wäre. Es würde u.U. – je nach Ausgestaltung der Ausschreibung und in Abhängigkeit von den eingehenden Angeboten - nicht das klimafreundlichste Produkt, sondern das insgesamt wirtschaftlichste Produkt ausgewählt, wobei die Klimafreundlichkeit eben nur ein Aspekt der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung wäre.

Ebenfalls als milderer Mittel kommt in Betracht, die aus den Transportobergrenzen resultierenden CO<sub>2</sub>-Einsparungen für den konkreten Lieferauftrag zu spezifizieren und den Bietern freizustellen, vergleichbare CO<sub>2</sub>-Einsparungen auf anderem Weg nachzuweisen, etwa durch Kompensationsmaßnahmen. Ein Beispiel könnte wie folgt aussehen: Weil sich ein Bieter aus Portugal beteiligt, der das gewünschte Holzprodukt von einer Fertigungsstätte in Portugal aus liefern will, wird ermittelt, wie hoch der CO<sub>2</sub>-Ausstoß für diese Anlieferung ist im Vergleich zum CO<sub>2</sub>-Ausstoß bei Anlieferung innerhalb der Transportobergrenze von 200 km. Für die so ermittelte Differenz muss der portugiesische Bieter eine Kompensation im CO<sub>2</sub>-Ausstoß an anderer Stelle nachweisen (dieses Modell ist z.B. auch Grundlage des Emissionshandels).

Außerdem müsste er nachweisen, dass er die Holz von Hier-Transportobergrenzen wenigstens im Hinblick auf die Fertigung des Holzprodukts einhält, er also vor Ort in Portugal mit entsprechend „ortsnahen“ Zulieferern und Forstwirten zusammenarbeitet und er jeweils nur „transportarmes“ Holz verwendet. In diesem Fall stünde das Produkt aus Portugal im Hinblick auf die positive Klimabilanz gleichwertig neben dem „Holz von Hier“-Produkt und das Diskriminierungspotential der Transportobergrenzen wäre geringer. Problematisch an dieser Herangehensweise ist allerdings, dass die nachzuweisende CO<sub>2</sub>-Kompensation zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht feststeht (und mithin auch nicht in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden kann), weil sie abhängt vom Sitz der Produktionsstätten der Bieter. Für eine Lieferung aus Polen müsste eine andere CO<sub>2</sub>-Kompensation nachgewiesen werden als für eine Lieferung aus Portugal – hierin liegt eine zumindest relative Ungleichbehandlung der Bieter (die sich allerdings damit begründen lässt, dass die CO<sub>2</sub>-Bilanz „aufgehen“ muss, worin auch gerade die Anforderung in den Vergabeunterlagen liegen müsste).

Hinzu kommen aber auch praktische Probleme: Der Markt der Anbieter von Klimazertifikaten ist groß und unübersichtlich und nicht allgemein überwacht; die jeweiligen Standards der Anbieter sind nicht immer erkennbar; die Berechnungsgrundlagen (etwa der zu kompensierenden Emissionswerte) werden teilweise nicht transparent gemacht; die durch die Emissionszertifikate geförderten Projekte sind nicht immer erkennbar, oder es wird nicht überwacht, ob sie tatsächlich Emissionen einsparen; und es besteht stets die Gefahr, dass unseriöse Anbieter Emissionsreduktionszertifikate doppelt verkaufen. Hinzu kommt noch, dass die Preise für CO<sub>2</sub> teilweise sehr gering sind (z.B. 5 €/Tonne), so dass sie keine Steuerungswirkung erzielen und zudem auch unter den tatsächlichen geschätzten externen Kosten der Emissionen liegen. Ein allgemeingültiges öffentliches Register für Zertifikate des freiwilligen Marktes existiert nicht. Vor diesem Hintergrund gibt das Umweltbundesamt die eindeutige Empfehlung ab, der Vermeidung von Treibhausgasemissionen Vorrang vor deren Kompensation einzuräumen,

s. <https://www.umweltbundesamt.de/umwelttipps-fuer-den-alltag/mobilitaet/kompensation-von-treibhausgasemissionen#gewusst-wie>.

Der Bayerische Rundfunk berichtete hierzu am 29. Juli 2019:

*„In einem Punkt sind sich die Wissenschaftler einig: CO<sub>2</sub> zu vermeiden ist besser als es auszugleichen. „Carbon Offsetting ist nur eine Notlösung“, sagt etwa Dr. Janus Schipper, Leiter des Süddeutschen Klimabüros am Karlsruher Institut für Technologie. Denn: Einmal entstandene CO<sub>2</sub>-Emissionen sind in der Luft. Besser wäre es, dass das Flugzeug gar nicht fliegt. Einige Kritiker befürchten sogar, dass die Ausgleichszertifikate das Flugaufkommen insgesamt erhöhen, indem sie den Reisenden eine Art Freifahrtsschein ausstellen. Das Umweltbundesamt empfiehlt deshalb den Dreiklang: Vermeiden – reduzieren – ausgleichen“,*

<https://www.br.de/nachrichten/wissen/co2-ausgleich-ablasshandel-oder-sinnvoller-klimaschutz,RXKUGbO>.

Hiernach erreicht der Handel mit Ausgleichszertifikaten den angestrebten positiven Klimaeffekt nicht mit der gleichen Effektivität und Sicherheit wie die Emissionsvermeidung und ist als „Notlösung“ kein ebenso geeignetes milderes Mittel.

Im Ergebnis steht es also nicht außer Verhältnis zum angestrebten Klimaziel, eine tatsächliche CO<sub>2</sub>-Reduktion zu verlangen, indem auf Transportwege verzichtet wird. Die Transportobergrenzen sind hiernach sachlich gerechtfertigt und stehen nicht außer Verhältnis zur Zielerreichung; ihre Einhaltung könnte in einem Beschaffungsvorgang gefordert werden. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot besteht nicht.

- (b) Auf der Grundlage des Ergebnisses, dass die Transportobergrenzen zulässigerweise zum Gegenstand eines Beschaffungsvorgangs gemacht werden dürfen, ist weiter zu prüfen, ob sich auch die Anforderungen für eine Aufnahme in die Leistungsbeschreibung nach § 31 Abs. 3 VgV erfüllen. Die geforderten Merkmale müssen in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sein.

Nach den Darlegungen oben ((2) Nur Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft) liegt das gemäß § 31 Abs. 3 S. 2 VgV erforderliche „in Verbindung stehen“ dann vor, wenn die Vorgaben an den Herstellungs-/Produktionsprozess „einen Auftragsbezug“ aufweisen. In ihnen müssen daher Besonderheiten des konkreten Auftrags zum Ausdruck kommen. Die hier relevanten Transportobergrenzen lassen sich unter die Attribute „besonders emissionsarm“, „besonders klimafreundlich“ oder „überdurchschnittlich transportarm“ fassen und werden so zu einem benennbaren Merkmal des Auftragsgegenstandes (vergleichbar „ohne Kinderarbeit“ oder „aus fairem Handel“). Um dem Vorwurf der diskriminierenden Wirkung der rein regionalen Produktion zu begegnen, scheint es empfehlenswert, bei der Benennung eher die besondere Klimafreundlichkeit in den Fokus zu rücken als die kurzen Transportwege.

Weiter ist gemäß § 31 Abs. 3 S. 2 VgV zu prüfen, ob die verfolgten Sekundärziele (besondere Klimafreundlichkeit/Reduktion des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes) durch den Rückgriff auf die geforderten Transportobergrenzen erreicht werden können und ob der hierdurch verursachte Mehraufwand außer Verhältnis zum Wert des Auftragsgegenstands steht.

Zur Geeignetheit und Erforderlichkeit kann zunächst auf die Darlegungen zum Diskriminierungsverbot (soeben, (a)) verwiesen werden: Die Transportobergrenzen sind zur Zielerreichung (gut) geeignet, und es steht auch nicht außer Verhältnis

zum angestrebten Klimaziel, eine tatsächliche CO<sub>2</sub>-Reduktion zu verlangen, indem auf Transportwege verzichtet wird. § 31 Abs. 3 S. 2 VgV verlangt allerdings zusätzlich noch die Prüfung der Zweck-Mittel-Relation im Hinblick auf den Wert des Auftragsgegenstandes: Steht der durch die Transportobergrenzen entstehende Mehraufwand (Nachweispflichten/Beschränkungen der Produktionskette) außer Verhältnis zum Wert des Auftragsgegenstands?

Im Hinblick auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Zielerreichung und des damit verbundenen Mehraufwandes ist zunächst festzuhalten, dass je größer das Auftragsvolumen ist, desto mehr Aufwand vom Bieter verlangt werden darf,

vgl. Krönke, Sozial verantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht, VergabeR 2017, 101, 105.

Zum Mehraufwand durch Nachweispflichten: Die Bieter sind nicht darauf angewiesen, die Einhaltung der Transportobergrenzen durch Einzelbelege nachzuweisen – was je nach Produktgruppe und den verwendeten Werkstoffen mit einem gewissen Aufwand verbunden sind dürfte, weil nicht alle Holzverarbeitenden Betriebe die Herkunft der verwendeten Hölzer benennen können bzw. keine Sortierung/Trennung der Hölzer nach ihrer Herkunft oder ihren Lieferwegen durchführen. Holz von Hier stellt mit seinem Mengenbilanzsystem ein bereits funktionierendes und in der Praxis erprobtes Controllingsystem zur Verfügung, das nach eigenen Angaben die Anforderungen der internationalen Norm ISO 14024 für Umweltgütezeichen Typ 1 erfüllt,

vgl. <https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2019/06/ISO-Konformti%c3%a4t-1.pdf>,

und das die Einhaltung der Transportobergrenzen überprüft und sicherstellt und vom jeweiligen Anbieter „nur“ verlangt, sich zu registrieren (und das System auch zu verwenden). Die hierfür anfallenden Kosten betragen 250 € als einmalige Bearbeitungsgebühr zu Beginn des Vertrags. Weiter wird ein jährlicher Solidarbeitrag erhoben, der sich nach der Größe (Mitarbeiterzahl) des registrierten Betriebs richtet und beispielsweise bei einem Unternehmen mit 41 – 45 Mitarbeitern 1.500 € beträgt,

vgl. <https://www.holz-von-hier.eu/fuer-unternehmen/>, dort ist die Solidarbeitragsordnung einsehbar.

Der finanzielle Aufwand ist mithin überschaubar. Das Controllingsystem erfordert keine Installierung eines Managementsystems im Betrieb, es setzt anstelle einer Betriebszertifizierung auf Produktzertifizierung, so dass Betriebe auch (nur) einzelne Produkte oder Chargen im Kontext eines bestimmten Auftrags zertifizieren

können. Hierdurch wird keine grundsätzliche Umstrukturierung des Betriebs erforderlich. Der Holz von Hier-Account erfordert als technische Voraussetzung allein das Vorhandensein eines Internetzugangs. Es muss keine Software angeschafft und installiert werden. Wegen dieser geringen technischen und strukturellen Anforderungen kann die Nutzung des Zertifizierungssystems nahezu „ad hoc“ – z.B. im Hinblick auf einen konkreten Auftrag – erfolgen,

vgl. hierzu insgesamt <https://www.holz-von-hier.eu/fuer-unternehmen/>.

Der für ein Unternehmen im Hinblick auf den Nachweis der Einhaltung der Transportobergrenzen erforderliche Mehraufwand ist mithin überschaubar. Er ist mit einem geringen finanziellen Aufwand und nahezu keinen strukturellen Änderungen des Betriebs verbunden. Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 € (s.o. 4.1.2 Schwellenwerte) stehen Mehraufwand und Wert des Auftragsgegenstands mithin in einem angemessenen Verhältnis zueinander.

Zum Mehraufwand durch die Beschränkung der Produktionskette: Die Transportobergrenzen beschränken den Bieter in seiner unternehmerischen Freiheit. Er ist nicht mehr frei darin, seine Zulieferer (und auch Abnehmer) auszuwählen – er muss dies unter Berücksichtigung der Transportobergrenzen erledigen. Der hiermit verbundene Mehraufwand (ggfs. müssen neue Zulieferer gefunden werden, ggfs. können bestimmte Produktionsstätten nicht mehr beliefert werden) müsste ebenfalls verhältnismäßig zum Wert des Auftragsgegenstandes sein. An dieser Stelle ist klarzustellen, dass es allein um den ggfs. erforderlichen Mehraufwand durch die Suche nach neuen Zulieferern – nicht um die Beschränkung der unternehmerischen Freiheit als solche - geht. Letztere resultiert notwendigerweise aus der Eingrenzung des Beschaffungsgegenstandes durch den Auftraggeber und ist – da sie diskriminierungsfrei erfolgte – rechtlich zulässig (s.o.).

Hinsichtlich des Mehraufwands durch die Suche neuer Anbieter bzw. durch die Neustrukturierung der eigenen Lieferkette ist festzustellen, dass Holz von Hier einige Hilfsmittel zur Verfügung stellt. So lassen sich über den Internetauftritt von Holz von Hier (<https://www.holz-von-hier.eu/anbieter-finden/>) durch eine Suchfunktion sämtliche Holz von Hier-Anbieter in einem gewählten Radius finden. Die „Dichte“ der bereits zertifizierten Anbieter ist insbesondere im Raum Deutschland, Österreich, Norditalien schon sehr hoch. Weiter sind in Deutschland rund 80 % der Waldfläche zertifiziert (nach jeweils eigenen Angaben: PEFC-Zertifizierung: 68 % der Gesamtwaldfläche; FSC: 12 % der Gesamtwaldfläche in Deutschland), so dass es grundsätzlich unkompliziert möglich erscheint, entsprechende Holzzulieferer zu fin-

den. Weiter spielt auch in diesem Kontext das flexible und „niedrigschwellig“ konzipierte Controllingsystem von Holz von Hier eine Rolle. Denn es erlaubt auch solchen Betrieben, die bislang noch nicht zertifiziert sind, einen unkomplizierten und sehr schnell umsetzbaren Zugang zum Massenbilanzsystem. Ein ausgewählter „Wunsch-Zulieferer“ könnte also auch für einen konkreten Auftrag kurzfristig (nur) eine Charge zertifizieren lassen.

Der für ein Unternehmen im Hinblick auf den möglicherweise durch die Einhaltung der Transportobergrenzen erforderliche Mehraufwand durch das Finden neuer Zulieferer ist mithin überschaubar. Holz von Hier stellt ein geeignetes Suchtool zur Verfügung; zertifizierter Wald als Rohstofflieferant ist vorhanden und noch nicht zertifizierte „Wunsch-Zulieferer“ können sich durch das flexible Controllingsystem kurzfristig und mit nur geringem finanziellem Aufwand den Zertifizierungsanforderungen unterwerfen. Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 € (s.o. 4.1.2 Schwellenwerte) stehen Mehraufwand und Wert des Auftragsgegenstands mithin in einem angemessenen Verhältnis zueinander.

Die Transportobergrenzen stehen demnach in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand und sind zu dessen Wert und den Beschaffungszielen verhältnismäßig, i.S.v. § 31 Abs. 2 VgV.

- (c) Zuletzt ist noch darauf einzugehen, dass im Fall der Transportobergrenzen auch kein Verstoß gegen § 31 Abs. 6 VgV besteht.

Die Vorschrift fordert, dass in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. § 31 Abs. 6 VgV soll den Marktzugang für alle Auftragsinteressen offenhalten und Wettbewerbsbeschränkungen durch zu enge, weil auf bestimmte Produkte oder Bieter zugeschnittene, Leistungsbeschreibungen verhindern. Satz 1 regelt den Fall, dass „produktscharf“ ausgeschrieben wird, indem nur das definierte Produkt den Bedarf des Auftraggebers deckt,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 31 VgV, Rn. 94.

Ein solcher Fall liegt im Rahmen der Transportobergrenzen aber gerade nicht vor, weil sie neutral formuliert sind und gerade nicht auf eine spezifische Herkunft („Holz



aus deutschen Wäldern“) abstellen – s. dazu bereits oben, zur Frage der Diskriminierung (s.o. unter (a)).

Im Ergebnis könnten die Transportobergrenzen also in vergaberechtlich zulässiger Weise in eine Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.

#### **(4) „Die Massenbilanz muss aufgehen“**

Holz von Hier stellt weiter die Anforderung, dass „die Massenbilanz aufgehen muss“, dass also jeder Betrieb der Verarbeitungskette nachweisen muss, dass er nicht mehr an hergestelltem Produkt unter Holz von Hier oder gleichwertig vermarktet, als zur Herstellung notwendiges Rohmaterial auch nach den Kriterien von Holz von Hier bezogen worden ist. Bei dieser Anforderung handelt es sich weniger um eine Beschreibung des Leistungsgegenstandes als vielmehr um die Beschreibung des gewählten Kontrollmechanismus, um die Einhaltung der eigentlichen Leistungsmerkmale („transportarmes“ Holz; nachhaltig und legal angebautes Holz) sicherzustellen. Prinzipiell ist die Einhaltung der Mengenbilanz hier nur Mittel zum Zweck, um sicherzustellen, dass die Umweltziele auch erreicht werden bzw. dass deren Einhaltung kontrollierbar ist. Es wäre theoretisch denkbar, den Nachweis hierüber auch durch andere (wenngleich u.U. aufwendigere) Methoden (beispielsweise die physische Trennung und Einzelmarkierung der Hölzer sowie eine Nachweisführung im Einzelfall) zu führen.

Fraglich ist, ob und wie dieses Kriterium in das Vergabeverfahren aufgenommen werden könnte. Möglichkeiten der Nachweisführung sind in §§ 33, 34 VgV geregelt. Demnach können Bescheinigungen, Testberichte, Zertifizierungen, technische Dossiers oder auch Gütezeichen gefordert werden. Auf die Voraussetzungen eines Gütezeichens wird noch gesondert einzugehen sein (dazu unten, 4.1.4). Letztlich belegt nämlich derjenige Anbieter, der die Holz von Hier-Zertifizierung und mit ihr das elektronische Controllingsystem ordnungsgemäß verwendet, über die Methode der Kontrolle der Mengenbilanz, dass die Anforderungen an eine klimafreundliche „transportarme“ Produktion eingehalten werden. Für die hiesige Prüfung ist aber zunächst relevant, dass die spezifische Nachweismethode „Aufgehen der Massenbilanz“ kein eigenständiges Merkmal i.S.v. § 31 Abs. 3 VgV ist, sondern vielmehr ein methodisch-technischer Annex zu den eigentlich geforderten Leistungsmerkmalen.

Für solche Nachweise/Nachweismethoden gilt allgemein, dass sie grundsätzlich nur gefordert werden können, wenn sie auch zur Nachweisführung geeignet sind. Außerdem muss der öffentliche Auftraggeber gleichwertige Nachweise akzeptieren – dieses Grundprinzip zieht sich wie ein roter Faden durch die Regelungen betreffend

Nachweisführungen, vgl. § 31 Abs. 2 S. 2 VgV, wonach technische Anforderungen stets mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu verstehen sind; § 32 Abs. 1 und 2 VgV, wonach der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet ist, technisch gleichwertige Lösungen zu akzeptieren; § 33 Abs. 1 S. 2 VgV, wonach auch Bescheinigungen gleichwertiger anderer Konformitätsbewertungsstellen zu akzeptieren sind, und § 34 Abs. 4 VgV, wonach auch andere Gütezeichen akzeptiert werden müssen, wenn sie gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen.

Hiernach wären in einem Vergabeverfahren also neben der Nachweisführung durch die Mengenbilanz prinzipiell auch vergleichbare Nachweismethoden zu akzeptieren.

Zweifel könnten allerdings an der grundsätzlichen Eignung der Methode der Mengenbilanz bestehen. Denn über die Massenbilanz wird (nur) sichergestellt, dass nur so viele Endprodukte als aus nachhaltigem Holz stammend zertifiziert werden, wie auch nachhaltige/klimafreundliche Rohstoffe in den Zertifizierungsprozess eingebracht wurden. Hierbei kann nicht sichergestellt werden, dass das mit Holz von Hier gekennzeichnete Endprodukt physisch identisch ist mit dem am Anfang der Lieferkette eingebrachten zertifizierten Holz. Die Mengenbilanz kann keine stoffliche Identität zwischen dem eingebrachten Holz und dem Endprodukt garantieren.

Insoweit könnte hinterfragt werden, ob auf diesem Weg die angestrebten Ziele (Verwendung von Holz nur aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft; besonders CO<sub>2</sub>-arme Produktion durch Vermeidung von Transportwegen) überhaupt erreicht werden können. Der Endkunde erhält ja ein Holzprodukt, welches selbst physisch nicht unbedingt den Nachhaltigkeitskriterien entspricht. Allerdings ist ein solches Vorgehen gerade im Bereich Umweltschutz/Umweltlabel durchaus üblich und wird insbesondere auch bei erneuerbaren Energien praktiziert. Hintergrund ist der, dass eine physische Trennung (etwa: von „grünem Strom“ und „normalem Strom“ oder auch: von zertifiziertem Holz und nicht-zertifiziertem Holz) in aller Regel nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist. Sägewerke beispielsweise sortieren das Rohholz nach anderen Kriterien als nach der Herkunft aus zertifizierten Wäldern. Das umweltpolitische Lenkungsziel wird aber dadurch erreicht, dass die Nachfragen nach Holz aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern sowie nach klimafreundlicher Produktion steigt. Auf die Qualität oder besondere Eigenschaften des Holzes hat die Einhaltung der genannten Kriterien überdies keine unmittelbaren Auswirkungen, so dass es den Endkunden auch nicht unbedingt darauf ankommt, ein „original“ nachhaltig produziertes Holzprodukt in den Händen zu halten. Ihnen geht es vielmehr um die Erreichung des Nachhaltigkeitsziels. Anders wäre das beispielsweise bei Biobiolebensmitteln, weil es bei denen den Konsumenten gerade auf die dem Produkt selbst innewohnende Bio-Qualität ankommt.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die geforderte Einhaltung der Mengenbilanz als Kontrollmechanismus/Prüfmethode geeignet ist, die Einhaltung der Klimaschutzziele zu belegen.

Es darf überdies ergänzt werden, dass mit dem Mengenbilanzsystem ein sehr unternehmerfreundlicher Mechanismus gewählt wurde, der Flexibilität in der Handhabung mit sich bringt und keine grundsätzlichen Umstrukturierungen in den Betrieben erfordert (vgl. dazu bereits oben, (b)). Die Methode der „räumlichen Trennung“ wäre weitaus aufwendiger in der Umsetzung, müsste doch sichergestellt werden, dass die nachhaltig produzierten Hölzer getrennt von übrigen Hölzern gelagert und verarbeitet werden oder ggfs. individuell gekennzeichnet werden. Diese Methode wäre durch die flächenintensive doppelte Lagerhaltung (gebundenes Kapital) mit extrem hohen Kosten verbunden und stünde damit evtl. nicht mehr im Verhältnis zum Auftragswert. Insoweit wurde ein geeigneter und erforderlicher Kontrollmechanismus gewählt.

Nichtsdestotrotz wären in einem Vergabeverfahren prinzipiell auch vergleichbare Nachweismethoden zu akzeptieren.

#### **4.1.3.3 Zwischenergebnis/Zusammenfassung**

Die im Einzelnen von Holz von Hier vorgegebenen Anforderungen an die zu zertifizierenden Holzprodukte können zulässigerweise in ein Vergabeverfahren aufgenommen werden.

Das Kriterium „kein Holz von als international gefährdet eingestuftem Baumarten (Internationale Rote Liste nach IUCN)“ grenzt die zulässigerweise verwendbaren Rohstoffe ein und unterliegt als produktbezogenes Kriterium der Leistungsbestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers.

Die Anforderung „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft“, entsprechend den Standards der Forstmanagement-Zertifizierung nach FSC oder PEFC, könnte zulässigerweise in eine Leistungsbeschreibung aufgenommen werden, sie genügt den Anforderungen aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV. Die Grundaussage „Nachhaltigkeit“ und „Legalität“ lässt sich auf die Einhaltung der zitierten Standards stützen. Die Standards sind als Auftraggebervorgabe im Beschaffungsverfahren zur Erreichung der umweltpolitischen Sekundärziele geeignet – sie sind zumindest nicht völlig ungeeignet (wenngleich Umweltverbände durchaus massive Kritik an den Standards, insbesondere aber deren Einhaltung und Kontrolle, üben). Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 € (s.o. 4.1.2

Schwellenwerte), sind die geforderten Standards (deren Einhaltung mit einem Mehraufwand für die Forstwirte verbunden ist) überdies nicht unverhältnismäßig. Die weite Verbreitung beider Zertifikate sowohl im nationalen wie im internationalen Bereich belegt, dass offenbar zahlreiche Forstwirte den hiermit verbundenen Mehraufwand nicht scheuen.

Die Anforderung der Einhaltung bestimmter Transportobergrenzen ist sachlich gerechtfertigt und steht nicht außer Verhältnis zur Zielerreichung, soweit es erkennbar auf eine für den konkreten Beschaffungsvorgang näher spezifizierte CO<sub>2</sub>-Reduktion ankommt (und nicht etwa auf die Bevorzugung regionaler Betriebe; auch eine unspezifisch auf „Umweltschutz“ gerichtete Beschaffung wäre wohl nicht konkret genug – die konkrete Darlegung der erwünschten CO<sub>2</sub>-Reduktion erscheint notwendig). Die Forderung der Einhaltung der Transportobergrenzen ist auch zur Zielerreichung erforderlich, weil weniger strenge Maßnahmen – wie etwa Kompensationszahlungen – nicht die gleichen Effekte erzielen. Der Handel mit Ausgleichszertifikaten erreicht den angestrebten positiven Klimaeffekt nicht mit der gleichen Effektivität und Sicherheit wie die Emissionsvermeidung und ist als „Notlösung“ kein ebenso geeignetes milderes Mittel. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot besteht nicht. Soweit im Hinblick auf diese Bewertung Bedenken bestehen, könnte ihnen Rechnung getragen werden, indem im Vergabeverfahren von der Einhaltung der Transportobergrenze für die Auslieferung zum Endkunden (nach Holz von Hier: 200 km) abgesehen und für eine über 200 km hinausreichende Anlieferung der Nachweis von Kompensationsmaßnahmen für jeden zusätzlichen Transportkilometer gefordert wird. Die übrigen Transportobergrenzen (vom Forst ins Sägewerk, vom Sägewerk in verarbeitende Betriebe) wären dennoch einzuhalten.

Auf Grundlage des Ergebnisses, dass die Transportobergrenzen zulässigerweise zum Gegenstand eines Beschaffungsvorgangs gemacht werden dürfen, ist weiter festzuhalten, dass die Transportobergrenzen auch die Anforderungen für eine Aufnahme in die Leistungsbeschreibung nach § 31 Abs. 3 S. 2 VgV erfüllen. Die geforderten Merkmale lassen sich zu Attributen wie etwa „aus klimafreundlicher Produktion“ zusammenfassen und stehen so mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung. Der für die Bieter durch den Nachweis der Transportobergrenzen entstehende Mehraufwand ist – bei Nutzung des Holz von Hier-Controllingsystems – mit einem geringen finanziellen Aufwand und nahezu keinen strukturellen Änderungen des Betriebs verbunden. Der für ein Unternehmen im Hinblick auf den möglicherweise durch die Einhaltung der Transportobergrenzen erforderliche Mehraufwand durch das Finden neuer Zulieferer ist ebenfalls überschaubar. Holz von Hier stellt ein geeignetes Suchtool zur Verfügung; zertifizierter Wald als Rohstofflieferant ist vorhanden und noch nicht zertifizierte „Wunsch-Zulieferer“ können sich durch das flexible Control-

lingsystem kurzfristig und mit nur geringem finanziellem Aufwand den Zertifizierungsanforderungen unterwerfen. Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 € (s.o. 4.1.2 Schwellenwerte) stehen Mehraufwand und Wert des Auftragsgegenstands mithin in einem angemessenen Verhältnis zueinander. Es besteht auch kein Verstoß gegen § 31 Abs. 6 VgV.

Die Anforderung der „Einhaltung der Mengenbilanz“ ist kein Merkmal des Leistungsgegenstandes, sondern vielmehr ein Kontrollmechanismus bzw. eine Prüfmethode, um die Einhaltung der Klimaschutzziele/Nachhaltigkeitsziele zu belegen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine Mengenbilanz keine stoffliche Identität zwischen dem eingebrachten Holz und dem Endprodukt garantieren kann und der Endkunde nach diesem System ein Holzprodukt erhält, das nicht unbedingt physisch den Nachhaltigkeitskriterien entspricht, ist die Methode (dennoch) geeignet, die Einhaltung der Klimaschutzziele/Nachhaltigkeitsziele zu belegen bzw. sicherzustellen. Das umweltpolitische Lenkungsziel wird – vergleichbar der Vorgehensweise bei „grünem Strom“ – dadurch erreicht, dass die Nachfrage nach Holz aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern sowie nach klimafreundlicher Produktion steigt.

In einem Vergabeverfahren wären andere, gleichwertige Kontrollmechanismen/Prüfmethoden grundsätzlich zuzulassen.

Der „Problematik“, dass über die Massenbilanz keine stoffliche Identität zwischen dem eingebrachten Holz und dem Endprodukt garantiert werden kann, sollte auch bei der Formulierung von Leistungsbeschreibungen Rechnung getragen werden. Die vergaberechtliche Zielstellung wäre also nicht, ein Holzprodukt „aus 100 % zertifizierten Wäldern“ oder „aus nachhaltiger Waldwirtschaft“ zu beschaffen – denn diese Formulierungen zielen auf die stoffliche Identität ab. Hier sollte eher formuliert werden: „zur Förderung nachhaltiger Waldwirtschaft“. Der Funktionsweise von Holz von Hier entspräche zudem eine Beschreibung wie „aus besonders klimafreundlicher Produktion“. Denkbar wäre auch: „aus klimafreundlicher Produktion sowie zur Förderung nachhaltiger Waldwirtschaft“.

#### **4.1.4 Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 34 Abs. 2 VgV**

Fraglich ist, ob das Umweltlabel Holz von Hier den Anforderungen an ein Gütezeichen entspricht.

Im Anwendungsbereich der VgV kann der Auftraggeber als Beleg dafür, dass eine Lieferleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen

entspricht, die Vorlage von Gütezeichen verlangen (§ 34 Abs. 1 VgV). Gemäß § 34 Abs. 2 VgV muss das Gütezeichen allen folgenden Bedingungen genügen:

1. Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet und stehen mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Absatz 3 VgV in Verbindung.
2. Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien.
3. Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können.
4. Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zum Gütezeichen.
5. Die Anforderungen wurden von einem Dritten festgelegt, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.

Die Nachweisführung über Gütezeichen wird als Ausdruck der gesetzgeberisch befürworteten „strategischen Beschaffung“ angesehen. Der in § 34 VgV umgesetzte EU-Richtlinientext stellt explizit auf die Beschaffung von Leistungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen „strategischen“, d.h. nicht unmittelbar aus dem Auftragsgegenstand selbst abgeleiteten Merkmalen ab. Hintergrund der in § 34 Abs. 2 VgV vorgesehenen Vorgaben ist die sogenannte „Max-Havelaar“-Entscheidung des EuGH, in der dieser erstmals Vorgaben zur Verwendung von Gütezeichen gemacht hat. Demnach darf ein öffentlicher Auftraggeber zwar umweltbezogene Leistungsanforderungen stellen. Unzulässig soll es aber sein, wenn Bieter den Nachweis der Erfüllung dieser Anforderungen nur über die Vorlage bestimmter Zertifizierungen führen dürfen. Vielmehr habe der Auftraggeber die in der Zertifizierung festgelegten Kriterien im Einzelnen zu benennen. Dann sei es Sache der Bieter, nachzuweisen, dass ihr Angebot diesen Kriterien entspricht. Als Nachweis könne die Zertifizierung dienen. Alternative Nachweismöglichkeiten müssten aber zugelassen werden. Es sei von entscheidender Bedeutung, dass die in diesem Zusammenhang gestellten Anforderungen auf der Grundlage objektiv überprüfbarer Kriterien und unter Anwendung eines Verfahrens, an dem sich etwa Regierungsstellen, Verbraucher, Hersteller, Vertriebsunternehmen oder Umweltorganisationen beteiligen könnten, definiert werden. Auch dürfe die Bezugnahme auf Gütezeichen nicht innovationshemmend wirken,

vgl. Seebo in: MüKoVergabeR I/, 2. Aufl. 2018, § 34 VgV, Rn. 1-3 mit Verweis auf VgV-Begründung BR-Drs. 87/16, 187 sowie EuGH Urteil vom 10. Mai 2012 – C-368/10 – Max Havelaar.

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob das Umweltlabel Holz von Hier den genannten Anforderungen an ein Gütezeichen entspricht.

#### **4.1.4.1 § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV: Gütezeichen-Anforderungen stehen in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand und sind zu seiner Beschreibung geeignet**

§ 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV verlangt, dass sämtliche Gütezeichen-Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Abs. 3 VgV in Verbindung stehen und zu seiner Beschreibung geeignet sind.

Gemeint ist damit, dass sämtliche der dem Gütezeichen eigenen Standards (hier also die „Holz von Hier-Kriterien“) mit dem konkreten Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu seiner Beschreibung geeignet sein müssen. Der Verweis auf § 31 Abs. 3 VgV gilt als redaktionell missglückt, weil sich aus § 31 Abs. 3 VgV nicht der Auftragsgegenstand ergibt,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 34 VgV, Rn. 24.

§ 31 Abs. 3 S. 1 VgV sieht vor, dass Merkmale der Leistungsbeschreibung auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen können. Sie können sich gemäß § 31 Abs. 3 S. 2 VgV auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind. Der Verweis von § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV auf § 31 Abs. 3 VgV wird gemeinhin so interpretiert, dass die Gütezeichen-Anforderungen sich auch auf Produktions- und Handelsstufen beziehen können (z.B. Fair-Trade-Siegel) und auftragsbezogene Nachhaltigkeitsgesichtspunkte (bis hin zum Klimaschutz durch kurze Transportwege) umfassen können. In diesem Sonderfall müssen sie sich an den Voraussetzungen des § 31 Abs. 3 S. 2 VgV messen lassen,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 34 VgV, Rn. 24 mit Verweis auf Knauff, VergabeR 2017, 553 (557); ähnlich auch Wagner-Cardenal in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, 2. Aufl. 2019, VgV § 34 Rn. 18 („... Herstellungsprozesse und sonstige Abläufe in der Lieferkette“).

Hierbei ist stets zu beachten, dass ein Zusammenhang zur geforderten Leistung besteht – allgemeine Anforderungen an eine bestimmte Unternehmenspolitik fallen nicht darunter. Würde beispielsweise im Kontext eines Lieferauftrags ein öffentlicher Auftraggeber ein bestimmtes Gütezeichen fordern, das seinerseits die Bestellung

eines Compliance-Beauftragten erfordert, ließe sich im Hinblick auf dieses Kriterium wohl keine Verbindung zu Lieferleistungen gleich welcher Art herstellen; auch wäre dieses Kriterium nicht geeignet, eine Lieferleistung zu beschreiben,

Vgl. Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 34 VgV, Rn. 24.

Die Anforderungen, die Holz von Hier an die zu zertifizierenden Produkte stellt, stehen mit dem Auftragsgegenstand (Lieferleistung bestimmter Hölzer/Holzprodukte) in Verbindung und sind auch zur Leistungsbeschreibung geeignet. Das Kriterium „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft“ bezieht sich auf die Art und Weise der Rohstoffgewinnung sowie die Herkunft der Rohstoffe. Das Kriterium „keine gefährdeten Baumarten“ grenzt die Verwendbarkeit bestimmter Rohstoffe ein. Die Einhaltung der Transportobergrenzen bezieht sich auf Herstellungsprozesse und bestimmte Abläufe in der Lieferkette. Die genannten Kriterien beziehen sich konkret auf das Holzprodukt und dessen Herstellung/Produktionsprozess bzw. dienen – im Fall der „Einhaltung der Massenbilanz“ der Überprüfung und Kontrolle der angestrebten Nachhaltigkeitsziele. Sie beziehen sich nicht etwa auf eine allgemeine Firmenpolitik oder sonstige, „neben“ der Lieferleistung stehende Erwägungen.

Weiter erfüllen die genannten Anforderungen die Voraussetzungen aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV, wonach sie zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sein müssen:

- „Keine gefährdeten Baumarten“ ist als produktbezogenes Entscheidungskriterium grundsätzlich gleichheitsrechtlich unbedenklich und muss – weil es nicht auf Herstellungsprozesse oder ähnliche Kriterien i.S.v. § 31 Abs. 3 VgV abzielt – auch nicht den besonderen Anforderungen aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV genügen.
- Die Anforderung „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft“ nimmt Bezug auf die Standards der Forstmanagement-Zertifizierung nach FSC oder PEFC. Die Grundaussagen „Nachhaltigkeit“ und „Legalität“ lassen sich auf die Einhaltung der zitierten Standards stützen. Die Standards sind als Auftraggebervorgabe im Beschaffungsverfahren zur Erreichung der umweltpolitischen Sekundärziele geeignet – sie sind zumindest nicht völlig ungeeignet. Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 €, sind die geforderten Standards (deren Einhaltung mit einem Mehraufwand für die Forstwirte verbunden ist) überdies nicht unverhältnismäßig. Die weite Verbreitung beider Zertifikate sowohl im nati-



onalen wie im internationalen Bereich belegt, dass offenbar zahlreiche Forstwirte den hiermit verbundenen Mehraufwand nicht scheuen. Hiernach sind die Anforderungen aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV erfüllt.

- Auf Grundlage des Ergebnisses, dass die Transportobergrenzen zulässigerweise zum Gegenstand eines Beschaffungsvorgangs gemacht werden dürfen, kann festgestellt werden, dass diese auch die Anforderungen § 31 Abs. 3 S. 2 VgV erfüllen. Die geforderten Merkmale lassen sich zu Attributen wie etwa „aus klimafreundlicher Produktion“ zusammenfassen und stehen so mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung. Der für die Bieter durch den Nachweis der Transportobergrenzen entstehende Mehraufwand ist – bei Nutzung des Holz von Hier-Controllingsystems – mit einem geringen finanziellen Aufwand und nahezu keinen strukturellen Änderungen des Betriebs verbunden. Der für ein Unternehmen im Hinblick auf den möglicherweise durch die Einhaltung der Transportobergrenzen erforderliche Mehraufwand durch das Finden neuer Zulieferer ist ebenfalls überschaubar. Holz von Hier stellt ein geeignetes Suchtool zur Verfügung; zertifizierter Wald als Rohstofflieferant ist vorhanden und noch nicht zertifizierte „Wunsch-Zulieferer“ können sich durch das flexible Controllingsystem kurzfristig und mit nur geringem finanziellem Aufwand den Zertifizierungsanforderungen unterwerfen. Im Kontext der hier relevanten Auftragsvolumina von mindestens 139.000 € bzw. 214.000 € (s.o. 4.1.2 Schwellenwerte) stehen Mehraufwand und Wert des Auftragsgegenstands mithin in einem angemessenen Verhältnis zueinander.
- Die Anforderung der „Einhaltung der Mengenbilanz“ ist kein Merkmal des Leistungsgegenstandes, sondern vielmehr ein Kontrollmechanismus bzw. eine Prüfmethode, um die Einhaltung der Klimaschutzziele/Nachhaltigkeitsziele zu belegen, und daher nicht an § 31 Abs. 3 S. 2 VgV zu messen. Die Methode ist geeignet, die Einhaltung der Klimaschutzziele/Nachhaltigkeitsziele zu belegen bzw. sicherzustellen.

Für die weiteren Details wird vollumfänglich auf die Prüfung oben unter 4.1.3.2 verwiesen.

Im Ergebnis entsprechen die Holz von Hier-Kriterien den Anforderungen aus § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV.

#### **4.1.4.2 § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV: Gütezeichen-Anforderungen beruhen auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien**

Die Anforderungen des Gütezeichens müssen auf objektiv nachprüfbar und nicht-diskriminierenden Kriterien beruhen.

Das bedeutet, dass der Anforderungskatalog für das Gütezeichen vorab feststehen muss und nicht darauf abzielen darf, einzelne Unternehmen oder Unternehmensgruppen von der Erlangung des Gütezeichens auszuschließen, beispielsweise durch Bezugnahme auf bestimmte Produktionsweisen. Insoweit gelten keine anderen Maßstäbe als bei § 31 Abs. 1 VgV. Wettbewerbsrechtlich ist die Erlangung eines Gütezeichens eine Normenvereinbarung, so dass das Aufnahmeverfahren für erfasste Waren und Dienstleistungen, unabhängig von ihrer Herkunft, offen, fair und transparent gestaltet sein muss. Die Standards und einzureichenden Nachweise müssen in einem Leitfaden niedergelegt sein. Umweltgütezeichen müssen durch eine wissenschaftliche Methodik gestützt sein, die zu exakten und reproduzierbaren Ergebnissen führt. Keine Voraussetzung ist die Zertifizierung oder Akkreditierung der Gütezeichenstelle durch eine nationale Konformitätsbewertungsstelle. Die Anforderungen des Gütezeichens dürfen nicht gegen den Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) verstoßen, indem sie den freien Warenverkehr beschränken, ohne dass diese Beschränkung gerechtfertigt wäre,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 34 VgV, Rn. 26, 27.

(1) Hiernach setzt die Vorschrift für ein Umweltgütezeichen zunächst voraus, dass sich die im Einzelnen angesetzten Erteilungskriterien auf wissenschaftlich belegbare Erkenntnisse (und damit auch objektiv nachprüfbar Erkenntnisse) stützen.

- Zur nachhaltigen und legalen Forstwirtschaft: Hinsichtlich der Lebenszyklusbeurteilung setzt Holz von Hier am Ursprung bei der Rohstoffgewinnung an. Hierfür wurden jedoch keine eigenen Standards entwickelt, da mit FSC und PEFC bereits zwei etablierte Systeme vorliegen, die eine nachhaltige Gewinnung des Rohstoffes Holz ausreichend sicherstellen. Dementsprechend ist die Vorlage eines FM-Zertifikats einer der beiden Systeme oder gleichartiger Einzelnachweise für das in den Prozess eingespeiste Rundholz Voraussetzung für eine Zertifizierung nach Holz von Hier.

Die durch FSC und PEFC verkörperten Standards müssten demnach auf belegbaren und objektiv nachprüfbar Erkenntnissen beruhen. Trotz vorhandener Kritik an den beiden Systemen FSC und PEFC (dazu bereits oben, (2) „Nur Holz

aus nachhaltiger Forstwirtschaft“), gelten die durch sie verkörperten Standards doch als wissenschaftlich fundiert. Sie sind, wie beispielsweise das Kriterium

Biozide, Pflanzenschutzmittel und biologische Bekämpfungsmittel werden nicht eingesetzt,

10.7.1 Deutscher FSC-Standard 3-0,

objektiv prüf- und messbar und beruhen auf logisch-naturwissenschaftlichen Erkenntnissen und Zusammenhängen. Die Standards sind nach allgemeiner Ansicht auch geeignet, die Aussage „Nachhaltige Forstwirtschaft“ und „legale Forstwirtschaft“ zu begründen. Beide Institutionen werden kontinuierlich von Wissenschaftlern sowie einer kritischen Öffentlichkeit beraten und begleitet, und auch externe Studien kommen zu dem Ergebnis, dass die Zertifizierungen zumindest teilweise feststellbare Effekte auf Flora, Fauna und Ökosystem haben,

vgl. die Metastudie der Universität Wageningen von 2018: „Environmental impacts of forest certifications“, im Internet abrufbar unter [https://www.wur.nl/upload\\_mm/6/e/6/998c6e88-c6e2-4a38-92e3-c883ea847cee\\_20181010\\_Environmental\\_impacts\\_forest\\_certifications.pdf](https://www.wur.nl/upload_mm/6/e/6/998c6e88-c6e2-4a38-92e3-c883ea847cee_20181010_Environmental_impacts_forest_certifications.pdf)

Hiernach sind die Forstmanagement-Standards der Systeme FSC und PEFC, die Holz von Hier sich durch die Anerkennung der Zertifizierungen zu eigen macht, objektiv prüf- und messbar und beruhen auf logisch-naturwissenschaftlichen Erkenntnissen und Zusammenhängen. Sie sind objektiv.

- Zur Nichtverwendung gefährdeter Baumarten: Auch hierzu wird auf ein bereits vorhandenes, international anerkanntes und etabliertes System verwiesen – namentlich die Rote Liste gefährdeter Arten der Weltnaturschutzunion. Diese wird auf Grundlage eines formalisierten Bewertungsverfahrens durch Wissenschaftler erstellt und ist hiernach ebenfalls objektiv, prüf- und messbar.
- Zu den Transportobergrenzen: Dass die Umweltwirkungen von Warenströmen sehr stark sind, wird auch durch neuere Ökobilanzstudien von typischen Holzprodukten verdeutlicht. Sie haben tatsächlich eine besonders systemrelevante Umweltwirkung. In dem Forschungsprojekt zur Entwicklung von Holz von Hier wurde auf der Basis von Auswertungen verfügbarer und vorhandener externer Studien und Ökobilanzen sowie eigener durchgeführter Stoffflussanalysen die Umweltwirkung von Warenströmen innerhalb der Verarbeitungskette ermittelt. Im Rahmen des Forschungsvorhabens erfolgten:
  - eine umfassende Analyse einschlägiger Literatur und Studien zu den Themen Stoffstrommanagement, Regionsbegriff und -verständnis, Marktstudien zum

Verbraucherverhalten und -präferenzen im Bereich Holz, Ökobilanzen von Holzprodukten und Warenströmen im Bereich Holz;

- eine Stoffflussanalyse Forst und Holz in Deutschland auf der Basis von statistischen Daten und eigenen Umfragen unter Akteuren der Wertschöpfungskette;
- eine Akteurs- und Strukturanalyse in der Forst- und Holzwirtschaft in Deutschland zur Erfassung und Beurteilung der geografischen Verteilung von Produktionsstätten für unterschiedliche potenziell relevante Produkte unter Einbeziehung und Berücksichtigung vorhandener Studien;
- eine systemische Analyse hinsichtlich der Wirkungszusammenhänge und Einflussfaktoren auf die Warenströme entlang der Verarbeitungskette wie z.B. technische Entwicklungen, Konsumentenverhalten, Informationsdefizite, Bankenfinanzierung und Mittelstand;
- eine Zielgruppenanalyse in Zusammenarbeit mit einer Hochschule hinsichtlich der Affinität von Verbrauchern sowie der Reaktion auf unterschiedliche Umweltaussagen sowie potenzielle Zielgruppen für mit einem entsprechenden Umweltzeichen ausgezeichnete Holzprodukte,

<https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2017/06/Entwicklungsprozess.pdf>.

Hieraus konnten Durchschnittswerte für die Warenströme bestimmter Sortimente und Verarbeitungsschritte erfasst werden, die eine Bezugsbasis für die abgeleiteten Kriterien bilden. Für jedes Sortiment bzw. jede Produktgruppe wurden numerische Zahlenwerte definiert, die die Erfüllung des Kriteriums erlauben. Diese sind als Obergrenzen für zertifizierbare Produkte gestaltet. Die Umweltwirkungen beschränken sich dabei nicht nur auf z.B. Emission von Treibhausgasen, sondern auch auf andere Bereiche wie z.B. die Biodiversität über die Gefährdung von Arten. Dies wurde z.B. als einer von neun Nachhaltigkeitsparametern in der von Holz von Hier entwickelten Produktumweltampel bewertet. Da entsprechend gekennzeichnete Produkte flächendeckend verfügbar sein sollten, wurden die Obergrenzen für noch auszeichnenbare Produkte sortimentspezifisch unterschiedlich hoch angesetzt, nach dem Prinzip, so nah wie möglich und so weit, wie notwendig, um ein Produkt flächendeckend auszeichnen zu können.

Hiernach stützen sich die angesetzten Transportobergrenzen einerseits auf wissenschaftliche Erkenntnisse zu Umweltwirkungen von Warenströmen (konkret ermittelt in Bezug auf bestimmte Produktgruppen) und sind insoweit verifizierbar und objektiv. Andererseits berücksichtigen sie unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität die flächendeckende Verfügbarkeit der gekennzeichneten Produkte. Hierdurch erklärt sich, dass für Brennholz beispielsweise andere Transportobergrenzen als für die Produktion von Eichendielen angesetzt werden. Auch

die hierfür verwendeten Datengrundlagen sind wissenschaftlich ermittelt und verifizierbar. Auch in dieser Hinsicht sind die Transportobergrenzen also auf objektiv prüfbare Kriterien gestützt.

- Zum Massenbilanzsystem: Als Verfahren zur Verifizierung wurde ein automatisierter Prozess im Rahmen eines elektronischen Massenbilanzsystems entwickelt. Einzige Anforderung an die Unternehmen, die Produkte kennzeichnen wollen, ist die Nutzung dieses Systems. Zielstellung der Entwicklung war es, ein innovatives Kontrollverfahren zu entwickeln, welches den Nutzern mit geringstmöglichem Aufwand zugänglich ist. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine Mengenzahlung keine stoffliche Identität zwischen dem eingebrachten Holz und dem Endprodukt garantieren kann und der Endkunde nach diesem System lediglich „irgendein“ Holzprodukt erhält, nicht unbedingt dasjenige, das den Nachhaltigkeitskriterien entspricht, erweist sich die gewählte Methode (dennoch) als geeignet, die Einhaltung der Klimaschutzziele/Nachhaltigkeitsziele zu belegen bzw. sicherzustellen. Das umweltpolitische Lenkungsziel soll dadurch erreicht werden, dass die Nachfrage nach Holz aus nachhaltig bewirtschafteten Wäldern sowie nach klimafreundlicher Produktion steigt. Diese Vorgehensweise ist auch bei anderen Ökolabeln etabliert (Beispiel „grüner Strom“) und ist eine übliche, wissenschaftlich anerkannte Methode, die z.B. im Rahmen von Stoffstromanalysen (als Methode der Nachhaltigkeitsbewertung) angewendet wird.

Auch in dieser Hinsicht wurde also eine objektiv überprüfbare Vorgehensweise gewählt.

Im Ergebnis stützen sich die von Holz von Hier entwickelten Anforderungen auf wissenschaftliche Erkenntnisse bzw. bereits etablierte Standards. Sie sind damit verifizierbar und objektiv.

- (2) Weiter müssen die Anforderungen neutral sein – sie dürfen keine diskriminierende Wirkung entfalten. Hierzu kann festgestellt werden, dass die Anforderungen neutral gestaltet und formuliert sind. Sie zielen nicht auf eine bestimmte Region oder Herkunft oder eine besondere Produktionsmethode ab. Auch die in Bezug genommenen Zertifizierungssysteme FSC und PEFC sind grundsätzlich (für Forstwirte) allgemein zugänglich und weltweit verbreitet, so dass auch nicht etwa – wegen einer örtlich fehlenden Verfügbarkeit – mittelbar diskriminierende Wirkungen auftreten könnten. Weiterhin ist auch die Einrichtung und Verwendung des elektronischen Controlling-systems eine neutrale und insgesamt „niedrigschwellig“ und praxisnah konzipierte Zugangshürde. Dieses System ist auch nicht geeignet, eine mittelbar diskriminierende Wirkung zu entfalten (etwa durch die Notwendigkeit, teure Softwareprodukte zu installieren, oder weil das System nur für große Betriebe geeignet wäre).

Problematisch könnten in dieser Hinsicht allerdings die Transportobergrenzen sein. Die Streckenbegrenzungen von Holz von Hier sehen auch für die Lieferung an die Baustelle bzw. den Endkunden eine Obergrenze (von 200 km) vor. Insoweit kann zwar eine Lieferung durchaus über Ländergrenzen oder „Regionsgrenzen“ hinweg erfolgen; auch wird keine Aussage darüber getroffen, wo der Lieferant/Zwischenhändler oder die Hersteller ihre (Haupt-)Sitze oder Niederlassungen haben müssen. Allerdings bedeutet die Anforderung zumindest für den Hersteller des Endprodukts, dass dieser eine Fertigungsstätte im Umkreis von 200 km zum Auftraggeber bzw. zu dem gewünschten Lieferort haben muss. Für einen Händler (der sich auf die Ausschreibung bewirbt) bedeutet das, dass er in der Wahl seiner Zulieferer beschränkt wird. Für einen Hersteller (der sich als Direktverkäufer auf die Ausschreibung bewirbt) bedeutet das, dass er sich nur bewerben kann, wenn seine Fertigungsstätte höchstens 200 km vom Lieferort entfernt liegt. Die damit einhergehenden Beschränkungen für Hersteller und Händler sind offensichtlich.

Die Anforderung der Einhaltung bestimmter Transportobergrenzen ist aber sachlich gerechtfertigt und steht nicht außer Verhältnis zur Zielerreichung, soweit es erkennbar auf eine für den konkreten Beschaffungsvorgang näher spezifizierte CO<sub>2</sub>-Reduktion ankommt (und nicht etwa auf die Bevorzugung regionaler Betriebe). Die Forderung der Einhaltung der Transportobergrenzen ist auch zur Zielerreichung erforderlich, weil weniger strenge Maßnahmen – wie etwa Kompensationszahlungen – nicht die gleichen Effekte erzielen. Der Handel mit Ausgleichszertifikaten erreicht den angestrebten positiven Klimaeffekt nicht mit der gleichen Effektivität und Sicherheit wie die Emissionsvermeidung und ist als „Notlösung“ kein ebenso geeignetes milderes Mittel. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot besteht nicht. Dies folgt aus den Ausführungen oben, (3) Überdurchschnittlich transportarme Herstellung von Holzprodukten, auf die wir verweisen.

Im Ergebnis beruhen die Anforderungen von Holz von Hier insgesamt auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV.

#### **4.1.4.3 § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV: Entwicklung des Gütezeichens**

Das Gütezeichen muss im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt worden sein, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen konnten.

Für ein „offenes“ Aufstellungsverfahren ist entscheidend, dass alle interessierten Kreise die Möglichkeit haben, im Standardsetzungsprozess angehört zu werden, und auf Anfrage Zugang zu den Materialien erhalten,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 34 VgV, Rn. 28.

Nach anderer Ansicht bezieht sich das Merkmal „offen“ nicht allein auf die Möglichkeit interessierter Kreise, angehört zu werden. Das Verfahren soll vielmehr von einer Ergebnisoffenheit geprägt sein, so dass zumindest die theoretische Möglichkeit bestehen muss, dass die interessierten Kreise auch Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess nehmen können (etwa indem nach einer Anhörung das Angehörte auch berücksichtigt wird),

Thiele in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, 31. Oktober 2019, § 34 VgV, Rn. 14.

„Transparent“ ist das Verfahren, wenn es abstrakt und mit klaren Zuständigkeiten geregelt ist. Häufig ist vorgesehen, dass die Gütezeichen-Anforderungen durch ein von der Mitgliederversammlung des Güteschutzvereins bestelltes Fachgremium (Güteausschuss) entwickelt und von der Mitgliederversammlung beschlossen werden,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 34 VgV, Rn. 28.

- (1) Hinsichtlich der „Transparenz“ ist zunächst darauf einzugehen, dass die Entwicklung bzw. Erarbeitung des Zertifikats Holz von Hier im Rahmen eines Modellprojekts für Betriebs- und Bereichsübergreifendes Stoffstrommanagement, gefördert von der Deutschen Bundesstiftung Umwelt (DBU), erfolgte. In diesem Projekt sollten innovative Wege für die nachhaltige und umweltfreundliche Steuerung von Produktionsprozessen mit Marktmechanismen entwickelt werden. Die Entwicklung des Umweltlabels fand unter Beteiligung eines von der DBU besetzten Projektbeirats sowie eines Projektarbeitskreises statt, der mit Vertretern aus den Bereichen Umwelt und Holz/Wald/Holzverarbeitung besetzt war. Mithin existierte eine projektinterne, in Forschungsprojekten übliche Struktur mit abgrenzbaren Zuständigkeiten, orientiert an den Bedürfnissen des Forschungsprojekts und der Zielstellung, wissenschaftlich „sauber“ und fundiert die Interessen Umweltschutz/Nachhaltigkeit mit unternehmerischen Interessen in Einklang zu bringen.

Nach Ablauf des Förderprojektes wurde für Holz von Hier zur Umsetzung und Fortführung eine eigene Struktur gegründet, bestehend aus

- verschiedenen Fachbeiräten (z.B. Forstwirtschaft, Holzbearbeitung, Holzverarbeitung und Handwerk, Planung und Architektur), die mit Vertretern der

jeweiligen Interessengruppe besetzt sind, in der Regel aus Reihen der Zeichnehmer oder Verbände;

- einem Expertenpanel, das Holz von Hier in verschiedenen spezifischen Fachfragen berät und je nach Anlass und auftretender Fragestellung mit Experten im jeweiligen Fachbereich besetzt wird (aktuelle Besetzung: <https://www.holz-von-hier.eu/ueber-holz-von-hier/die-initiative/1710-2/>);
- einem Stakeholderkuratorium als oberster Entscheidungsinstanz, das über z.B. Änderungen des Standards sowie Entscheidungen mit besonderer Tragweite in der Umsetzung entscheidet (das bestehende Kuratorium entscheidet mit über Neuaufnahmen; aktuelle Besetzung: <https://www.holz-von-hier.eu/ueber-holz-von-hier/die-initiative/kuratorium/>);
- der Holz von Hier gemeinnützige GmbH, die für die operative Arbeit, Geschäftsführung und Kommunikation zuständig ist.

Ausweislich § 5 des Gesellschaftsvertrags der Holz von Hier gGmbH ist die entsprechende Gründung der Gremien ausdrücklich vorgesehen, mit dem Ziel, dass diese die richtungsweisenden Entscheidungen maßgeblich mitbestimmen und die Arbeit intern prüfen und mitüberwachen. Die Aktualität der im Entwicklungsprozess definierten Kriterien und Transportdistanzen wird kontinuierlich durch die Management GmbH gemonitort, einerseits regelmäßig über Analysen von Marktstatistiken sowie auch im Rahmen von Projekten zur Weiterentwicklung von Holz von Hier. Die Kriterien des Standards von Holz von Hier haben keine zeitliche Begrenzung. Sie haben solange Gültigkeit, bis neuere Erkenntnisse im Rahmen eines Revisionsprozesses eine Anpassung erfordern. Ein solcher Revisionsprozess ist für einen Zeitraum von in der Regel 5 Jahren angesetzt. Der Revisionsprozess beinhaltet eine Überprüfung auf ggf. erforderliche Anpassungen von z.B. Produktkategorien oder Umweltkriterien.

Im Ergebnis lässt sich eine geregelte Struktur mit definierten Zuständigkeitsbereichen und Verfahrensweisen feststellen – sowohl im Hinblick auf den Zeitpunkt der Entwicklung des Labels (Forschungsprojekt), als auch im Hinblick auf die derzeitige Struktur. Demnach ist das Gütezeichen im Rahmen eines transparenten Verfahrens entwickelt worden.

- (2) Das Verfahren war „offen“ und ist dies auch heute noch, im Sinne der oben zitierten „strengerer“ Ansicht, es müsse bei der Beteiligung von Interessengruppen auch eine Ergebnisoffenheit im Meinungsbildungsprozess bestanden haben. Generell wurden und werden zu jedem Zeitpunkt Interessengruppen beteiligt. Bereits im



Rahmen des Forschungsvorhabens/Modellprojekts wurde ein entsprechender Projektarbeitskreis mit interessierten Kreisen besetzt. Die „interessierten Kreise“, bestehend aus Vertretern der Bereiche Umwelt und Holz/Wald/Holzverarbeitung, waren durch die Besetzung der Projektarbeitsgruppe im Rahmen des Forschungsprojekts sogar die den Meinungsbildungsprozess bestimmende Gruppe.

In der aktuellen Struktur haben Stakeholder und interessierte Kreise verschiedene Möglichkeiten, sich in die Umsetzung von Holz von Hier einzubringen. Unternehmen der Branche (sofern sie Zeichennehmer sind) und Vertreter von Verbandsorganisationen (sofern sie Partnerorganisationen sind) können jederzeit in den entsprechenden Fachbeiräten von Holz von Hier mitwirken. Verbraucher oder andere interessierte Kreise können Anfragen oder Anregungen direkt an die gGmbH richten. Diese werden dokumentiert und gesammelt und fließen, ggf. im Rahmen von Revisionsprozessen, in die Entscheidungsprozesse mit ein. Die Revisionsprozesse werden auf der Website bekannt gemacht, so dass sich interessierte Kreise in die Entwicklung einbringen und entsprechende Vorschläge oder Kommentare unterbreiten können,

vgl. <https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/Struktur-und-Entscheidungsfindung-neu.pdf>.

Insoweit erstreckt sich die Beteiligung interessierter Kreise nicht allein auf Vertreter von Interessengruppen (im Kontext der Fachbeiräte), sondern insgesamt auf die breite Öffentlichkeit. Prinzipiell kann „jeder“ gehört werden, indem er Anregungen an Holz von Hier sendet, die dann (nach entsprechender Prüfung) in die Revisionsprozesse einfließen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, das Holz von Hier im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt wurde, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen konnten und bei Revisionen auch stets weiterhin teilnehmen können.

#### **4.1.4.4 § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV: Zugang zum Gütezeichen**

Alle betroffenen Unternehmen müssen Zugang zum Gütezeichen haben.

Ein solcher Zugang liegt nur vor, wenn die betroffenen Unternehmen diskriminierungsfrei das Gütezeichen auch tatsächlich erlangen können. Das heißt, das Gütezeichen darf nicht nur einer bestimmten Gruppe vorbehalten sein. Auch dürfen bestimmte Gruppen hinsichtlich des Zugangs nicht bevorzugt behandelt werden. Der Zugang zum Gütezeichen muss zwar nicht kostenlos sein. Die für den Zugang zum Gütezeichen erhobenen Kosten dürfen jedoch wiederum nicht so hoch sein, dass

dadurch bestimmte Gruppen wie Newcomer oder kleinere mittelständische Unternehmen faktisch ausgeschlossen werden,

Thiele in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, 31. Oktober 2019, § 34 VgV, Rn. 16.

Die Vorschrift zielt außerdem auf die Transparenz des Gütezeichens und seiner Anforderungen ab, die etwa durch Veröffentlichung der Anforderungen im Internet hergestellt werden kann,

BR-Drucks. 87/16, S. 187.

Zur letztgenannten Voraussetzung ist festzustellen, dass Holz von Hier einen breit angelegten Internetauftritt hat, der übersichtlich und verständlich sortiert ist nach „Unternehmen“, „Kunden“, „Architekten“, „Kommunen“ und „Waldbesitzer“:

<https://www.holz-von-hier.eu/>.

Es soll nicht unterschlagen werden, dass es durchaus eines gewissen Leseaufwandes bedarf, um sich über die „Holz von Hier-Kriterien“ klar zu werden und um herauszufinden, wie genau die Zertifizierung beantragt werden kann. Hier helfen insbesondere das Dokument

<https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/Standard.pdf>, mit dem Unterpunkt VI. Anforderungen an Unternehmen im Hinblick auf eine Produktzertifizierung zur Erfüllung der Kriterien,

sowie die Hinweise unter

<https://www.holz-von-hier.eu/wie-kann-ich-teilnehmen/>, „Wie kann ich teilnehmen“.

Der Internetauftritt ist derzeit überdies stellenweise in der Überarbeitung, so dass hier noch mit einer Verbesserung – der derzeit schon hinreichend vorhandenen – Transparenz und Übersichtlichkeit gerechnet werden kann. Holz von Hier wurde im Übrigen bereits von verschiedenen Institutionen bewertet, so dass sich übersichtliche Informationen zu dem Label auch beispielsweise finden lassen unter:

<https://label-online.de/label/holz-von-hier/>,  
Labelplattform der Verbraucher Initiative e.V.,

oder

<https://www.umweltbundesamt.de/umwelttipps-fuer-den-alltag/siegel-kunde/holz-von-hier>

Internetauftritt des Umweltbundesamtes,

oder:

<https://www.siegelklarheit.de/#holz-holzprodukte>

oder

<https://www.bewusstkaufen.at/guetezeichen/413/holz-von-hier.html?sk=holz%20von%20hier&o=0>,

Plattform auf Initiative des österreichischen Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) und die offizielle Plattform der Initiative „Bewusst kaufen“.

In der Summe ist festzustellen, dass Informationen über das Label Holz von Hier, die im Einzelnen einzuhaltenden Standards sowie die Voraussetzungen für Betriebe, sich bzw. ihre Produkte zertifizieren zu lassen, problemlos im Internet auffindbar und daher transparent sind.

Weiter sind auch die Zertifizierungs- und Zugangsvoraussetzungen als solche diskriminierungsfrei. Jeder interessierte Betrieb, der einen Internetzugang hat und bereit ist, das Controllingsystem von Holz von Hier zu nutzen und sich an die Nachhaltigkeitskriterien in der Beschaffungskette zu halten, kann seine Produkte zertifizieren lassen – unabhängig vom konkreten Standort des Unternehmenssitzes. Holz von Hier ist bislang zwar in erster Linie im deutschsprachigen Raum etabliert. Einer Nutzung der Zertifizierung auch durch ausländische Betriebe steht jedoch nichts entgegen. So sind auch bereits Betriebe in Österreich, Italien und Luxemburg Holz von Hier-Mitglieder.

Das von Holz von Hier entwickelte Controllingsystem, das genutzt werden muss, um die Einhaltung der Transportobergrenzen sicherzustellen, ist ebenfalls keine diskriminierende Zugangshürde. Es ist bewusst „einfach“ und „niedrigschwellig“ konzipiert. Es erfordert keine Installierung eines Managementsystems im Betrieb, es setzt anstelle einer Betriebszertifizierung auf Produktzertifizierung, so dass Betriebe auch (nur) einzelne Produkte oder Chargen im Kontext eines bestimmten Auftrags zertifizieren können. Hierdurch wird keine grundsätzliche Umstrukturierung des Betriebs erforderlich. Der Holz von Hier-Account erfordert als technische Voraussetzung allein das Vorhandensein eines Internetzugangs. Es muss keine Software angeschafft und installiert werden. Wegen dieser geringen technischen und strukturellen Anforderungen kann die Nutzung des Zertifizierungssystems nahezu „ad hoc“ – z.B. im Hinblick auf einen konkreten Auftrag – erfolgen. Die hierfür anfallenden Kosten betragen 250 € als einmalige Bearbeitungsgebühr zu Beginn des Vertrags.

Weiter wird ein jährlicher Solidarbeitrag erhoben, der sich nach der Größe (Mitarbeiterzahl) des Betriebs richtet und beispielsweise bei einem Unternehmen mit 41 – 45 Mitarbeitern 1.500 € beträgt,

vgl. <https://www.holz-von-hier.eu/fuer-unternehmen/>, dort ist die Solidarbeitragsordnung einsehbar; vgl. auch ausführlich oben, 4.1.3.2 (3) (b).

Der finanzielle wie auch der strukturelle Aufwand für eine Zertifizierung sind mithin überschaubar. Insgesamt ist der Zugang zum Label niedrigschwellig und diskriminierungsfrei konzipiert und entspricht den Anforderungen aus § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV.

#### **4.1.4.5 § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV: Anforderungen von einem Dritten festgelegt**

Die Anforderungen des Gütezeichens müssen von einem Dritten festgelegt worden sein, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.

Da die Funktion von Gütezeichen gerade darin liegt, dass ein gewisses Vertrauen auf das Vorliegen der mit dem Gütezeichen belegten Merkmale gestützt werden kann, muss ein gewisses Maß an Neutralität gewährleistet werden, da sonst der Zweck des Gütezeichens entfiel. Daher müssen die Anforderungen an die Gütezeichen von einem Dritten festgelegt worden sein, auf den das Gütezeichen beantragende Unternehmen keinen maßgeblichen Einfluss ausüben kann. Dritter kann eine staatliche, aber auch eine private Stelle sein. Dies ist auch dann noch gewahrt, wenn das beantragende Unternehmen Mitglied der Organisation ist, die das Gütezeichen vergibt, oder sich an dieser finanziell beteiligt, sofern durch organisatorische Maßnahmen sichergestellt ist, dass es zu keiner unmittelbaren oder mittelbaren Einflussnahme hinsichtlich der Vergabe des Gütezeichens kommt,

Thiele in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, 31. Oktober 2019, § 34 VgV, Rn. 17.

Die das Holz von Hier-Label erteilende Holz von Hier gGmbH ist ein gemeinnütziges Unternehmen, dessen Anteile vollständig von den Gründern, Frau Dr. Gabriele Bruckner und Herr Dr. Philipp Strohmeier, gehalten werden. Die Finanzierung von Holz von Hier findet über Spenden, Drittmittel und Solidarbeiträge aus der Wirtschaft statt. Zeichennehmer entrichten, abhängig von der Betriebsgröße und unabhängig von der Zahl oder Menge der zertifizierten Produkte, einen pauschalen jährlichen Solidarbeitrag,

vgl. <https://www.holz-von-hier.eu/fuer-unternehmen/>, dort ist die Solidarbeitragsordnung einsehbar.

Dieser beträgt zwischen 190 € (1 Mitarbeiter) und 4.800 € (196 – 200 Mitarbeiter) und scheint schon aufgrund der eher geringen Größenordnungen nicht geeignet, finanzielle Abhängigkeiten hervorzurufen. Überdies führen die Beitragszahlungen zu keinem unmittelbaren Einfluss auf die Formulierung der Label-Kriterien. Die Mitwirkung von Unternehmensvertretern in den beratenden, pluralistisch zusammengesetzten Gremien der Holz von Hier gGmbH (Fachbeiräte) vermittelt ebenfalls keinen unmittelbaren Einfluss der Zeichennehmer auf die Formulierung der Kriterien des Labels.

Das Stakeholderkuratorium entscheidet als oberste Entscheidungsinstanz z.B. über Änderungen des Standards. Dieses ist zwar auch mit Interessenvertretern besetzt. Hierbei handelt es sich jedoch um Personen mit übergeordneten Funktionen (wie etwa die Vertretung des Verbandes der Säge- und Holzindustrie Baden-Württemberg oder des Bundes Deutscher Innenarchitekten) sowie um Wissenschaftler und Politiker,

zur aktuellen Besetzung s. <https://www.holz-von-hier.eu/ueber-holz-von-hier/die-initiative/kuratorium/>.

Das einzelne Unternehmen bzw. der einzelnen Zeichennehmer als solcher ist im Kuratorium gerade nicht vertreten. Darüber hinaus wird die einzelne Zertifizierung für konkrete Produktchargen durch das automatisierte (und fremd überwachte) Controllingsystem erstellt. Eine Einflussnahme des zu zertifizierenden Unternehmens auf diesen Vorgang ist nicht möglich (von bewusst manipulativen Falscheingaben einmal abgesehen).

Im Ergebnis ist das notwendige Maß an Neutralität durch die organisatorische Struktur von Holz von Hier wie auch durch das automatisierte Controllingsystem abgesichert.

Diese Neutralität bestand auch in der Vergangenheit. Als Holz von Hier im Rahmen des Forschungsvorhabens/Modellprojekts entwickelt wurde, war der Projektarbeitskreis der „interessierten Kreise“, bestehend aus Vertretern der Bereiche Umwelt und Holz/Wald/Holzverarbeitung, durchaus bestimmend für den Meinungsbildungsprozess. Allerdings existierte eine projektinterne, in Forschungsprojekten übliche Struktur mit abgrenzbaren Zuständigkeiten, orientiert an den Bedürfnissen des Forschungsprojekts und der Zielstellung, wissenschaftlich „sauber“ und fundiert die Interessen Umweltschutz/Nachhaltigkeit mit unternehmerischen Interessen in Einklang zu bringen (s.o. 4.1.4.3). Insoweit hat hier nicht etwa eine Lobbygruppe die

eigenen Zertifizierungsanforderungen festgelegt – dem hätte schon die pluralistische Besetzung der Arbeitsgruppe entgegengestanden. Ein weiteres Korrektiv bildeten der wissenschaftliche Beirat sowie insgesamt der wissenschaftliche Anspruch an das Projekt. Zudem fehlte es zum damaligen Zeitpunkt am konkreten Unternehmensbezug. Die Interessenvertreter waren als Fachleute beteiligt, nicht als zu zertifizierende Unternehmer. Insgesamt steht auch der mehrjährige Forschungsprozess für die Neutralität der entwickelten Anforderungen.

Im Ergebnis sind die Anforderungen aus § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV jedenfalls erfüllt.

#### **4.1.4.6 Zwischenergebnis/Zusammenfassung**

Holz von Hier erfüllt sämtliche der in § 34 Abs. 2 VgV festgelegten Kriterien eines Gütezeichens:

- § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV: Die Anforderungen, die Holz von Hier an die zu zertifizierenden Produkte stellt, stehen mit dem Auftragsgegenstand (Lieferleistung bestimmter Hölzer/Holzprodukte) in Verbindung und sind auch zur Leistungsbeschreibung geeignet. Das Kriterium „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstwirtschaft“ bezieht sich auf die Art und Weise der Rohstoffgewinnung sowie die Herkunft der Rohstoffe. Das Kriterium „keine gefährdeten Baumarten“ grenzt die Verwendbarkeit bestimmter Rohstoffe ein. Die Einhaltung der Transportobergrenzen bezieht sich auf Herstellungsprozesse und bestimmte Abläufe in der Lieferkette. Die genannten Kriterien beziehen sich konkret auf das Holzprodukt und dessen Herstellung/Produktionsprozess bzw. dienen – im Fall der „Einhaltung der Massenbilanz“ – der Überprüfung und Kontrolle der angestrebten Nachhaltigkeitsziele. Sie beziehen sich nicht etwa auf eine allgemeine Firmenpolitik oder sonstige, „neben“ der Lieferleistung stehende Erwägungen.

Weiter erfüllen die genannten Anforderungen die Voraussetzungen aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV, wonach sie zum Wert des Auftragsgegenstandes und zu den Beschaffungszielen verhältnismäßig sein müssen (vgl. 4.1.4.1).

- § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV: Die Anforderungen, die Holz von Hier an die zu zertifizierenden Produkte stellt, sind über Jahre auf wissenschaftlicher Basis entwickelt, wissenschaftlich fundiert und mithin verifizierbar. Sie sind objektiv. Sie sind auch nichtdiskriminierend. Sie sind neutral gestaltet und formuliert. Sie zielen nicht auf eine bestimmte Region oder Herkunft oder eine besondere Produktionsmethode ab. Auch die in Bezug genommenen Zertifizierungssysteme

FSC und PEFC sind grundsätzlich (für Forstwirte) allgemein zugänglich und weltweit verbreitet, so dass auch nicht etwa – wegen einer örtlich fehlenden Verfügbarkeit – mittelbar diskriminierende Wirkungen auftreten könnten. Weiterhin ist auch die Einrichtung und Verwendung des elektronischen Controllingsystems eine neutrale und insgesamt „niedrigschwellig“ und praxisnah konzipierte Zugangshürde ohne diskriminierende Wirkung. Die unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung „problematische“ Anforderung der Einhaltung bestimmter Transportobergrenzen ist sachlich gerechtfertigt und steht nicht außer Verhältnis zur Zielerreichung, da es erkennbar auf eine klimafreundliche, nachhaltige und CO<sub>2</sub>-arme Produktion ankommt (und nicht etwa auf die Bevorzugung regionaler Betriebe).

- § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV: Es lässt sich eine geregelte Struktur mit definierten Zuständigkeitsbereichen und Verfahrensweisen feststellen – sowohl im Hinblick auf den Zeitpunkt der Entwicklung des Labels (Forschungsprojekt), als auch im Hinblick auf die derzeitige Struktur. Demnach ist das Gütezeichen im Rahmen eines transparenten Verfahrens entwickelt worden. Das Verfahren war/ist auch „offen“ für interessierte Kreise. Generell wurden und werden zu jedem Zeitpunkt Interessengruppen beteiligt. Bereits im Rahmen des Forschungsvorhabens/Modellprojekts wurde ein entsprechender Projektarbeitskreis mit interessierten Kreisen besetzt. In der aktuellen Struktur haben Stakeholder und interessierte Kreise verschiedene Möglichkeiten, sich in die Umsetzung von Holz von Hier einzubringen. Neben der strukturell vorgesehenen Beteiligung und Beratung (Fachbeiräte, Stakeholderkuratorium) können Verbraucher oder andere interessierte Kreise Anfragen oder Anregungen direkt an die gGmbH richten, die in die Revisionsprozesse einfließen.
- § 34 Abs. 2 Nr. 4 VgV: Informationen über das Label Holz von Hier, die im Einzelnen einzuhaltenden Standards sowie die Voraussetzungen für Betriebe, sich bzw. ihre Produkte zertifizieren zu lassen, sind problemlos im Internet auffindbar und daher transparent. Weiter sind auch die Zertifizierungs- und Zugangsvoraussetzungen als solche diskriminierungsfrei. Jeder interessierte Betrieb, der einen Internetzugang hat und bereit ist, das Controllingssystem von Holz von Hier zu nutzen und sich an die Nachhaltigkeitskriterien in der Beschaffungskette zu halten, kann seine Produkte zertifizieren lassen – unabhängig vom konkreten Standort des Unternehmenssitzes. Das von Holz von Hier entwickelte Controllingssystem, das genutzt werden muss, um die Einhaltung der Transportobergrenzen sicherzustellen, ist ebenfalls keine diskriminierende Zugangshürde. Es ist bewusst „einfach“ und „niedrigschwellig“ konzipiert. Der finanzielle wie auch der strukturelle Aufwand für eine Zertifizierung sind überschaubar.

- § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV: Das notwendige Maß an Neutralität ist durch die organisatorische Struktur von Holz von Hier wie auch durch das automatisierte Controllingsystem abgesichert. Diese Neutralität bestand auch in der Vergangenheit. Als Holz von Hier im Rahmen des Forschungsvorhabens/Modellprojekts entwickelt wurde, existierte eine projektinterne, in Forschungsprojekten übliche Struktur mit abgrenzbaren Zuständigkeiten, orientiert an den Bedürfnissen des Forschungsprojekts und der Zielstellung, wissenschaftlich „sauber“ und fundiert die Interessen Umweltschutz/Nachhaltigkeit mit unternehmerischen Interessen in Einklang zu bringen. Insoweit hat hier nicht etwa eine Lobbygruppe die eigenen Zertifizierungsanforderungen festgelegt – dem hätte schon die pluralistische Besetzung der Arbeitsgruppe entgegengestanden. Ein weiteres Korrektiv bildeten der wissenschaftliche Beirat sowie insgesamt der wissenschaftliche Anspruch an das Projekt. Zudem fehlte es zum damaligen Zeitpunkt am konkreten Unternehmensbezug. Die Interessenvertreter waren als Fachleute beteiligt, nicht als zu zertifizierende Unternehmer. Insgesamt steht auch der mehrjährige Forschungsprozess für die Neutralität der entwickelten Anforderungen.

Zu ergänzen ist an dieser Stelle noch, dass Holz von Hier – nach eigener Einschätzung –

vgl. hierzu das Papier <https://www.holz-von-hier.eu/wp-content/uploads/2015/12/ISO-Konformiti%c3%a4t.pdf>,

sowohl die Standards der ISO 14024, Umweltzeichen Typ I, als auch der ISO 38200, Lieferkette von Holz und Holz basierten Produkten, erfüllt. Ist der Standard ISO 14024 erfüllt, kann davon ausgegangen werden, dass zumindest die Verfahrensanforderungen nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 eingehalten sind,

Thiele in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, 31. Oktober 2019, § 34 VgV, Rn. 18.

Im Ergebnis könnte Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV in einem Vergabeverfahren (Lieferleistung im Oberschwellenbereich) Verwendung finden.

#### **4.1.5 Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 34 Abs. 4 VgV**

Neben der Frage, ob ein Holzprodukt, das die Anforderungen der Holz von Hier-Kriterien erfüllt, als „Hauptprodukt“ zum Gegenstand eines Beschaffungsvorgangs gemacht werden könnte und das Label Holz von Hier dann als Leitzertifikat i.S.v. § 34 Abs. 1 VgV Verwendung finden könnte, führt die eingangs (oben, S. 1. 2) formulierte Anfrage ergänzend zu einer anders gelagerten Fragestellung. Zu prüfen



ist, ob Holz von Hier im Kontext der seitens verschiedener Bundesministerien gemachten Vorgaben an die Holzbeschaffung als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 34 Abs. 4 VgV zugelassen werden müsste. Sachlicher Hintergrund zu diesem Prüfauftrag ist der folgende:

Die Bundesministerien für Wirtschaft und Technologie (BMWI), für Umwelt, Naturschutz und Landwirtschaft (BMU), für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) sowie für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) stellten in ihrem Gemeinsamen Erlass vom 17. Januar 2011 die folgenden Forderungen auf:

*„Holzprodukte, die durch die Bundesverwaltung beschafft werden, müssen nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Der Nachweis ist vom Bieter durch Vorlage eines Zertifikats von FSC, PEFC, eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweise zu erbringen. Vergleichbare Zertifikate oder Einzelnachweise werden anerkannt, wenn vom Bieter nachgewiesen wird, dass die für das jeweilige Herkunftsland geltenden Kriterien des FSC oder PEFC erfüllt werden“,*

<https://www.bmel.de/DE/Wald-Fischerei/Waldpolitik/texte/HolzbeschaffungErlass.html>.

Das Label Holz von Hier verfolgt das Ansinnen, ebenfalls namentlich in den Gemeinsamen Erlass (bzw. den Leitfaden hierzu) aufgenommen zu werden, da das Label ebenfalls die Einhaltung der Kriterien „aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung“ belege. In Vorgesprächen wurden hierzu verschiedene Bedenken erkennbar, insbesondere:

- Konformität zu internationalem Wettbewerbs- und Vergaberecht, vor allem im Hinblick auf die von „Holz von Hier“ definierten und begrenzten Transportwege für bestimmte Produkte/ Produktgruppen;
- Produktkettentransparenz in punkto Daten-Rückverfolgbarkeit, vor allem wenn Produkte mehr als einer Verarbeitungsstufe unterliegen. Ein belastbarer Nachweis über die Herkunft sei aufgrund der Stoffflusskontrolle und der angewandten Mengenmethode nur bedingt möglich;
- Konformität des elektronischen Prüfsystems zur Stoffflusskontrolle zu internationalen Standards und deren Vorgaben (z.B. nach ISO);
- Klarheit und Transparenz hinsichtlich Funktionsweise und Aufbau des Systems,

Für die weitere Prüfung sei im Folgenden unterstellt, in einer Leistungsbeschreibung betreffend die Lieferleistung von Holz(produkten) wäre in Anlehnung an die Formulierung im Gemeinsamen Erlass der entsprechende Passus enthalten:

*„Die [genauer spezifizierten] Holzprodukte müssen nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen.“*

*Der Nachweis ist vom Bieter durch Vorlage eines Zertifikats von FSC, PEFC, eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweise zu erbringen."*

Zu prüfen ist, ob die Nachweisführung durch das Holz von Hier-Label als Alternativzertifikat i.S.v. § 34 Abs. 4 VgV zugelassen und ausdrücklich benannt werden müsste, bzw. ob der öffentliche Auftraggeber dies auf der Basis der in den Vorgesprächen geäußerten Bedenken ablehnen könnte.

Gemäß § 34 Abs. 4 VgV muss der öffentliche Auftraggeber andere Gütezeichen akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen. Hat der öffentliche Auftraggeber also die Vorlage eines bestimmten Gütezeichens verlangt, können Bieter auch abweichende Gütezeichen zum Beleg, dass die Leistungsanforderungen erfüllt werden, einreichen, wenn diese Gütezeichen gleichwertig sind (sogleich, 4.1.5.1) und alle Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV erfüllen (4.1.5.2).

#### **4.1.5.1 Gleichwertigkeit**

Die Gütezeichen müssten gleichwertig sein.

§ 34 Abs. 4 VgV soll eine Diskriminierung durch Markteinengungen vermeiden, die durch die Forderung von spezifischen Gütezeichen herbeigeführt werden könnten. Bei der Vorlage eines alternativen Gütezeichens entsteht jedoch die Herausforderung, dass die Gleichwertigkeit des vom Bieter vorgelegten Gütezeichens im Hinblick auf das vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Leit-Gütezeichen bewertet werden muss. Den Nachweis der Gleichwertigkeit muss der Bieter mit Einreichung des Angebots erbringen,

Thiele in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, 31. Oktober 2019, § 34 VgV, Rn. 20; ebenso Püstow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 34 VgV, Rn. 12.

Allerdings muss der Auftraggeber in einem solchen Fall die Gleichwertigkeit anhand der Anforderungskataloge beider Gütezeichen auch tatsächlich prüfen und dies dokumentieren. Ein Beurteilungsspielraum steht ihm dabei nicht zu,

Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 34 VgV, Rn. 33.

Hiernach ist zunächst festzustellen, welche Anforderungen das seitens des Auftraggebers verlangte Zertifikat (FSC/PEFC) aufstellt, um diese mit dem Kriterienkatalog von Holz von Hier vergleichen zu können.

## **(1) Leistungsmerkmale/Anforderungskatalog von FSC/PEFC**

Ausweislich der (fiktiven) Leistungsbeschreibung möchte der Auftraggeber Holzprodukte beschaffen, die aus nachweislich legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Als Nachweis für diese Kriterien verweist er auf die Zertifizierungen FSC und PEFC. Dieser Verweis ist allerdings ungenau, weil im Rahmen der genannten Standards eine systematische Unterscheidung zwischen dem Standard für den Wald (Forstmanagement-Zertifikat) und dem Standard für die Produktkette (Chain-of-Custody, CoC) besteht. Letzterer unterliegt weiteren Differenzierungen. Es wird nicht klar, welcher Standard Anwendung finden soll.

Der Standard für den Wald ist ein „100%-Standard“: Nur wenn sämtliche der geforderten Standards/Kriterien eingehalten werden, wird für einen entsprechenden Forstbetrieb das Forstmanagement-Zertifikat erteilt – das gilt für FSC wie für PEFC.

Sofern aber Produktketten zertifiziert werden, erlauben die jeweiligen CoC-Standards diverse Abstufungen und Differenzierungen. Bei FSC gibt es drei Grundmodelle: FSC 100 % (für Produkte, die zu 100 % Material aus FSC-zertifizierten Wäldern enthalten), FSC Recycled (für Produkte, die ausschließlich aus Recyclingmaterial bestehen, z.B. Papier), FSC Mix (für Produkte, bei denen Materialien aus FSC-zertifizierten Wäldern, Recyclingmaterial sowie Material aus kontrollierten Quellen (Controlled Wood) zum Einsatz kommen können),

vgl. hierzu bereits die Sachverhaltsdarstellung (3.3.1) sowie im Detail den Internetauftritt von FSC Deutschland mit diversen Erläuterungen und Informationspapieren: <https://www.fsc-deutschland.de/de-de/standard>.

Die Zertifikate FSC-Recycled und FSC-Mix erlauben die Verwendung von Recyclingmaterial bzw. (im Fall von FSC-Mix) die Verwendung von Materialien aus FSC-zertifizierten Wäldern, Recyclingmaterial sowie Material aus kontrollierten Quellen. Der FSC-Standard fordert bei Recyclingmaterialien nicht, dass diese im Ursprung aus nach FM-FSC zertifizierten Wäldern stammen,

vgl. das Dokument FSC Standard für den Nachweis von Recyclingmaterial für die Verwendung in FSC-Produktgruppen oder FSC-zertifizierten Projekten, FSC-STD-40-007 (V2-0) EN, im Internet abrufbar unter <https://www.fsc-deutschland.de/de-de/standard/cocstandard>.

Soweit Materialien aus „kontrollierten Quellen“ (sog. Controlled wood) erlaubt sind, müssen diese lediglich den FSC-Standard „Controlled wood“ erfüllen, der (nur) ein Mindeststandard unterhalb des Standards FM-FSC ist, um Material aus „nicht ak-

zeptablen Quellen“ zu vermeiden (konkret: illegal geerntetes Holz; Holz aus Gebieten, in denen gegen traditionelle und bürgerliche Grundrechte verstoßen wird; Holz aus Wäldern, deren besondere Schutzwerte durch die Waldbewirtschaftung gefährdet sind; Holz aus Wäldern, die mit gentechnisch veränderten Baumarten bepflanzt sind),

vgl. das Dokument Anforderungen für die Beschaffung von FSC Controlled Wood, FSC-STD-40-005 V3-1 EN, S. 5, im Internet abrufbar unter <https://www.fsc-deutschland.de/de-de/standard/cocstandard>.

Hiernach können Produkte nach FSC zertifiziert sein, ohne zu 100 % aus Werkstoffen zu bestehen, die ihrerseits FM-FSC-zertifiziert sind. Beispielsweise würde ein Produkt, das aus einer Kombination von zwei Wareneingangsmaterialien besteht (Input: 4 Anteile Recyclingpapier und 8 Anteile FSC Mix 70 %) im Warenausgang als FSC Mix 80 % klassifiziert,

vgl. die Beispiele auf den Seiten 47 – 50 des Dokuments Produktketten-Zertifizierung FSC-STD-40-004 V3-0 EN-DEU; das Gesamtdokument ist im Internet abrufbar unter: <https://www.fsc-deutschland.de/de-de/standard/cocstandard>.

Ähnlich variiert PEFC nach PEFC 100 %, PEFC x % und PEFC recycelt,

vgl. das Dokument Vom Wald zum Produkt, Die PEFC-Chain-of-Custody: [https://pefc.de/media/filer\\_public/2d/38/2d385cb6-a7be-409a-8dfa-fb8e330b4a3e/tmppefc\\_coc-broschuere.pdf](https://pefc.de/media/filer_public/2d/38/2d385cb6-a7be-409a-8dfa-fb8e330b4a3e/tmppefc_coc-broschuere.pdf).

PEFC 100 % besteht nur dann zu 100 % aus zertifiziertem Holz, wenn die Methode der physischen Trennung praktiziert wird, bei der durch getrennte Lagerung oder individuelle Markierung das zertifizierte Holz entlang der Verarbeitungskette von nicht zertifizierten Werkstoffen getrennt wird. Im Übrigen lässt PEFC (ebenso wie FSC) Prozentsatzmodelle zu, die entweder direkt vom jeweiligen Einkauf auf den Verkauf übertragen werden, oder aber auf einem Mengenguthaben beruhen. Nach dieser Methode können auch nicht zertifizierte Hölzer als PEFC 100 % vermarktet werden,

vgl. hierzu das Rechenbeispiel: Ein Holzhändler hat einen PEFC-Anteil im Einkauf von 80 % errechnet; bei einer angenommenen Verkaufsmenge von insgesamt 100.000 Kubikmetern (m<sup>3</sup>) können z.B. bis zu 80 %, also 80.000 m<sup>3</sup>, seines Verkaufs als zu 100 % zertifiziert verkauft werden (20.000 Kubikmeter müssen dann eindeutig und nachweislich als nicht zertifiziert vermarktet werden),

Leitfaden für die Einführung eines CoC-Systems, [https://pefc.de/media/filer\\_public/b7/10/b7101cbe-b02d-4726-bee3-3b575c0e42de/pefc-coc-leitfaden.pdf](https://pefc.de/media/filer_public/b7/10/b7101cbe-b02d-4726-bee3-3b575c0e42de/pefc-coc-leitfaden.pdf), S. 11.

Eine vergaberechtliche Leistungsbeschreibung, die die aufgezeigten Differenzierungen nicht berücksichtigt, kann wohl nur so aufgefasst werden, dass grundsätzlich alle Standards (und die damit verknüpften Kontroll-/ Berechnungsmethoden), die die Zertifizierungssysteme zulassen, akzeptiert werden sollen. Ein unspezifischer Verweis auf „FSC und PEFC“ ist dann so zu verstehen, dass es ausreicht, wenn das zu beschaffende Produkt irgendeinen FSC- oder PEFC-Standard erfüllt.

Etwas anderes könnte – im Kontext des Gemeinsamen Erlasses – möglicherweise aus dem hierzu erlassenen Leitfaden folgen. Wörtlich heißt es darin (unter 2.2, A)):

**„Chain-of-Custody (CoC) Zertifikat  
FSC- und PEFC-Zertifikate**

*Im Rahmen des Beschaffungserlasses für Holzprodukte werden von der Bundesregierung folgende Zertifizierungssysteme für Waldbewirtschaftung und Holzprodukte ausdrücklich genannt:*

- Forest Stewardship Council (FSC)
- Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes (PEFC).

*Um entlang der Lieferkette sicherzustellen und zu dokumentieren, dass Produkte, die das FSC- oder PEFC-Label tragen, auch tatsächlich aus den entsprechenden nachhaltig nachhaltigen Rohstoffen hergestellt wurden, können holzbe- bzw. holzverarbeitende Unternehmen eine FSC- oder PEFC-Produktkettenzertifizierung (englisch: Chain-of-Custody [COC]) bekommen. Dazu muss jedes Unternehmen in der Produktkette ein bestimmtes innerbetriebliches Verfahren, gemäß den CoC-Standards von FSC oder PEFC, aufbauen und unterhalten, das sicherstellt, dass FSC- oder PEFC-zertifizierte Materialien jederzeit identifizierbar bleiben. FSC- oder PEFC-zertifizierte Unternehmen sind berechtigt, die zertifizierten Produkte mit dem entsprechenden Label auszuzeichnen.“*

Gemeinsamer Leitfaden, GMBI. 2017 Nr. 41/42, S. 778.

Auch diese Aussagen sind im Hinblick auf die geforderten Standards allerdings nicht eindeutig. Zunächst wird zwar systematisch zutreffend auf „Zertifizierungssysteme für Waldbewirtschaftung und Holzprodukte“ – mithin auf ein zweigeteiltes System – Bezug genommen. Die weiteren Ausführungen im Gemeinsamen Leitfaden beziehen sich jedoch allein auf „Chain-of-Custody-Zertifikate“, ohne diese näher einzugrenzen. Aus der Formulierung, es sei sicherzustellen, dass „zertifizierte Materialien jederzeit identifizierbar bleiben“, könnte geschlossen werden, dass hier die Methode der physischen Trennung und mit ihr allein die 100 %-Zertifikate ins Auge gefasst wurden. Doch wie soeben für PEFC dargelegt, kann ein Unternehmer, der sich für die Kontrollmethode der Mengenbilanz oder Prozentsatzmethode entscheidet, u.U. zulässigerweise auch solche Hölzer als PEFC 100 % vermarkten, die nicht physisch getrennt gelagert wurden.

Im Ergebnis bleibt es bei der Interpretation, dass ein unspezifischer Verweis auf „FSC und PEFC“ nur so verstanden werden kann, dass es ausreicht, wenn das zu beschaffende Produkt irgendeinen FSC- oder PEFC-Standard erfüllt. Hiermit werden

weder Kontroll- noch Rechenmethoden festgelegt, noch Festlegungen dahingehend getroffen, dass bestimmte Mindestanteile an zertifiziertem Holz in den Produkten verarbeitet worden sein müssen (soweit sich dies nicht aus den Standards selbst ergibt). Auch die „physische Trennung“ ist hiernach nicht notwendig.

Festzuhalten ist daher, dass die Anforderung „aus nachweislich legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen“ dann als erfüllt gilt, wenn „irgendein“ Standard nach den Produktkettenzertifizierungen FSC oder PEFC oder aber nach der jeweiligen FM-Zertifizierung erfüllt ist. Notwendig ist es daher, dass zumindest anteilig Holz aus FM-zertifizierten Wäldern in die Produktionskette eingespeist wird. Zulässig ist aber die (zumindest anteilige) Vermischung von zertifizierten und nicht zertifizierten Materialien; zulässig ist das Verzichten auf die Methode der physischen Trennung (stattdessen: Prozentsatz- oder credit-Modelle, u.a. gestützt auf Mengenebilanzen).

## **(2) Vergleich mit Holz von Hier**

Fraglich ist, ob Holz von Hier diese Anforderungen gleichermaßen erfüllt.

Holz von hier speist in seinen Zertifizierungsprozess allein solche Hölzer ein, die den Forst Management-Standards (FM) nach FSC/PEFC entsprechen,

vgl. dazu bereits die Sachverhaltsdarstellung.

Insoweit ist die Anforderung, die Holz von Hier an das zu verwendende Holz stellt, sogar eine höhere, als sie die CoC-Zertifizierungen nach FSC und PEFC erlauben. Denn während dort von Anbeginn an das zertifizierte Holz durch nicht-zertifiziertes Holz „gestreckt“ werden darf, setzt Holz von Hier den 100 %-Standard an. Nur so viel wie an zertifiziertem Holz in den Prozess einfließt, darf am Ende auch als Holz von Hier vermarktet werden.

Diese Vorgehensweise entspricht dem oben aufgezeigten Rechenbeispiel zur PEFC-Zertifizierung:

Ein Holzhändler hat einen PEFC-Anteil im Einkauf von 80 % errechnet; bei einer angenommenen Verkaufsmenge von insgesamt 100.000 Kubikmetern (m<sup>3</sup>) können z.B. bis zu 80 %, also 80.000 m<sup>3</sup> seines Verkaufs als zu 100 % zertifiziert verkauft werden (20.000 Kubikmeter müssen dann eindeutig und nachweislich als nicht zertifiziert vermarktet werden),

Leitfaden für die Einführung eines CoC-Systems, [https://pefc.de/media/filer\\_public/b7/10/b7101cbe-b02d-4726-bee3-3b575c0e42de/pefc-coc-leitfaden.pdf](https://pefc.de/media/filer_public/b7/10/b7101cbe-b02d-4726-bee3-3b575c0e42de/pefc-coc-leitfaden.pdf), S. 11.

Die von Holz von Hier gewählte Vorgehensweise entspricht dem 100 %-Standard von PEFC (Methode: Mengenzahlung) und stellt auf diese Art und Weise sicher, dass ausschließlich zertifiziertes Holz, das den Nachhaltigkeitskriterien nach den FM-Zertifikaten FSC und PEFC entspricht, als solches vermarktet wird. Die physische Identität zwischen dem in den Verarbeitungsprozess eingespeisten Holz und dem Endprodukt kann nicht sichergestellt werden. Hierauf kommt es aber auch nach den Standards FSC und PEFC nicht an. Die Methode der physischen Trennung ist weitaus weniger praktikabel als diejenige der Mengenzahlung/Prozentsatzmodelle, weshalb FSC und PEFC es jeweils den Unternehmen überlassen, sich für eine geeignete Methode zu entscheiden.

Im Ergebnis erfüllt Holz von Hier den 100 %-Standard von PEFC (Methode: Mengenzahlung) und ist daher ebenso wie jene Zertifizierung geeignet, die Aussage „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstbewirtschaftung“ zu belegen.

Hinzu kommt, dass Holz von Hier wegen der Berücksichtigung der CO<sub>2</sub>-Bilanz durch die Transportobergrenzen noch stärker als die bloßen FM-Zertifikate von FSC/PEFC die umweltstrategische Beschaffung betont und stärkt. Holz von Hier übererfüllt damit die Anforderungen an ein gleichwertiges Alternativzertifikat, indem es auf FSC/PEFC unmittelbar aufbaut und darüber hinaus die Klimaneutralität befördert.

#### **4.1.5.2 Anforderungen an ein Gütezeichen**

Nach den Voraussetzungen aus § 34 Abs. 4 VgV muss ein gleichwertiges Alternativzertifikat seinerseits die Anforderungen an ein Gütezeichen nach § 34 Abs. 2 VgV erfüllen,

Thiele in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, 31. Oktober 2019, § 34 VgV, Rn. 20.

Diese Anforderungen erfüllt Holz von Hier. Hierzu wird auf die Prüfung oben unter 4.1.4 verwiesen.

#### **4.1.5.3 Ergebnis**

Nach der soeben vorgenommenen Gleichwertigkeitsprüfung ist Holz von Hier mindestens ebenso geeignet wie die Zertifizierungen nach den CoC-Standards von PEFC oder FSC, die Aussage „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstbewirtschaftung“ zu belegen. Holz von Hier erfüllt seinerseits die Anforderungen an ein Gütezeichen

i.S.v. § 34 Abs. 2 VgV und ist demnach gemäß § 34 Abs. 4 VgV als gleichwertiges Alternativzertifikat anzuerkennen. Zu einer solchen Anerkennung sind die Auftraggeber, die in ihren Vergabeunterlagen ein FSC-/PEFC-Gütezeichen verlangen, aus § 34 Abs. 4 VgV heraus verpflichtet, und zwar auch dann, wenn der Beschaffungserlass noch nicht geändert ist. Die Aufnahme in den Beschaffungserlass hätte allerdings den Vorteil, dass die Gleichwertigkeitsdiskussion mit dem jeweiligen Auftraggeber nicht mehr zu führen ist, weil die Gleichwertigkeit im Erlass festgeschrieben wäre.

#### **4.1.5.4 Erwägungen zu den möglichen Einwänden**

Nach den bisherigen Prüfungen lassen sich sämtliche im Vorfeld geäußerten eventuellen Bedenken entkräften:

1. Die Konformität zu internationalem Wettbewerbs- und Vergaberecht, vor allem im Hinblick auf die von „Holz von Hier“ definierten und begrenzten Transportwege für bestimmte Produkte/ Produktgruppen, steht nicht in Frage. Insbesondere liegt kein Verbot gegen das Diskriminierungsverbot vor (vgl. dazu oben (3) Überdurchschnittlich transportarme Herstellung von Holzprodukten).
2. Das vermeintliche Problem der „Produktkettentransparenz in punkto Daten-Rückverfolgbarkeit“ (ein belastbarer Nachweis über die Herkunft sei aufgrund der Stoffflusskontrolle und der angewandten Mengenmethode nur bedingt möglich) besteht tatsächlich nicht, weil der „belastbare Nachweis über die Herkunft“ auch in den Standards von PEFC und FSC nicht zwingend gefordert wird. PEFC und FSC lassen – ebenso wie Holz von Hier – Mengenbilanzierungssysteme zu. Die Methode der „physischen Trennung“ ist nur *eine* mögliche Methode, die überdies von den zu zertifizierenden Unternehmen eher selten gewählt wird, weil sie sehr aufwendig ist. Die Vorgehensweise von Holz von Hier erfüllt den 100 %-Standard von PEFC (Methode: Mengenbilanz) und ist daher ebenso wie jene Zertifizierung geeignet, die Aussage „Holz aus nachhaltiger und legaler Forstbewirtschaftung“ zu belegen.
3. Die Forderung nach der Konformität des elektronischen Prüfsystems zur Stoffflusskontrolle zu internationalen Standards und deren Vorgaben (z.B. nach ISO) kann seitens der Ministerien nur dann erhoben werden, wenn diese Anforderung auch ausdrücklich an die Systeme PEFC und FSC gestellt worden ist. Hierzu ist nichts ersichtlich. Es ist nicht einmal eindeutig erkennbar, ob beide Systeme entsprechend zertifiziert sind. Auf jeden Fall gibt es keine allgemeine Anforderung, dass Gütezeichen zertifiziert oder akkreditiert sein müssten,



vgl. Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 34 VgV, Rn. 26, 27.

Im Übrigen erfüllt Holz von Hier – zumindest nach eigenen Prüfungen – sowohl die Standards der ISO 14024, Umweltzeichen Typ I, als auch der ISO 38200, Lieferkette von Holz und Holz basierten Produkten.

4. Die Bedenken bezüglich „Klarheit und Transparenz hinsichtlich Funktionsweise und Aufbau des Systems“ können ohne weitere Untersetzung nicht nachvollzogen werden. Die hiesigen Erläuterungen sollten zur Transparenz der Methode wie auch der Organisation von Holz von Hier aber deutlich beigetragen haben. Weitere Einzelheiten könnten ggfs. in einem weiterführenden Aufklärungsgespräch geklärt werden.

Die rechtlichen Konsequenzen der bisherigen Prüfung lassen sich zunächst wie folgt zusammenfassen: In einem laufenden Vergabeverfahren, in dem die Leistungsbeschreibung entsprechend dem Gemeinsamen Erlass formuliert ist:

*„Die Holzprodukte müssen nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Der Nachweis ist vom Bieter durch Vorlage eines Zertifikats von FSC, PEFC, eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweise zu erbringen“,*

müsste Holz von Hier zwingend als gleichwertiges Alternativzertifikat gemäß § 34 Abs. 4 VgV anerkannt werden.

Fraglich ist, ob auch ein Anspruch darauf besteht, namentlich in den Gemeinsamen Erlass aufgenommen zu werden. Ein solcher Anspruch könnte sich wohl nicht unmittelbar auf § 34 Abs. 4 VgV stützen, da diese Norm den Bieter im laufenden Verfahren schützt, nicht aber das Label selbst. Allerdings verbietet das allgemeine Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen. Eine solche findet aber statt, wenn die öffentliche Hand für die Verwendung des einen Umweltzeichens im Vergabeverfahren wirbt, für die Verwendung des anderen hingegen nicht, obwohl beide das gewünschte Beschaffungskriterium belegen und auf Grundlage des Vergaberechts in einem laufenden Vergabeverfahren auch beide als gleichwertig anerkannt werden müssten.

Art. 3 Abs. 1 GG bietet allerdings keine „harte“ Rechtsfolge, im Sinne eines Anspruchs auf eine bestimmte Art der Gleichbehandlung. Denn die Ministerien könnten sich im hiesigen Fall auch dazu entschließen, die Ungleichbehandlung dadurch zu beenden, dass sie im Gemeinsamen Erlass auf gar kein Umweltzeichen mehr verweisen. Nichtsdestotrotz kann gegenüber den Ministerien mit dem Verstoß gegen

Art. 3 Abs. 1 GG argumentiert und die Aufnahme in den Erlass verlangt werden – ein einklagbarer Anspruch bestünde allerdings nur auf Gleichbehandlung, nicht auf Aufnahme in den Erlass.

#### **4.1.6 Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 24 Abs. 2 UVgO**

Entsprechend der Fragestellung (1.1) ist weiter zu prüfen, ob Holz von Hier auch im Kontext von Lieferleistungen im Unterschwellenbereich als Gütezeichen in Betracht kommt. Die relevante Rechtsnorm ist hier § 24 Abs. 2 UVgO.

Diese entspricht nahezu wortgleich § 34 Abs. 2 VgV, verzichtet aber teilweise auf die Anforderung aus § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV, wonach alle Anforderungen des Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet sein und mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Absatz 3 VgV in Verbindung stehen müssen. Denn § 24 Abs. 2 Nr. 1 UVgO fordert, dass die Anforderungen des Gütezeichens auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen ( $\cong$  § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV), die für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet sind ( $\cong$  § 34 Abs. Nr. 1 HS 1 VgV). Die Vorgabe aus § 34 Abs. Nr. 1 HS 2 VgV, wonach die Anforderungen des Gütezeichens mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Abs. 3 in Verbindung stehen müssen, ist in § 24 Abs. 2 UVgO nicht erwähnt. Das ändert allerdings nichts an dem Umstand, dass gemäß § 24 Abs. 1 UVgO der Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen (nur) als Beleg dafür verlangen kann, dass eine Leistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht. Die Beziehung zur Leistungsbeschreibung muss also dennoch in jedem Fall vorhanden sein.

Die Erleichterung der Anforderungen an die Gütezeichen in Verfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte ist damit nur in sehr eingeschränktem Maße gegeben. Da § 24 UVgO demnach im Wesentlichen § 34 VgV entspricht, erfüllen Gütezeichen, die die Bedingungen des § 34 Abs. 2 VgV einhalten, auch die Anforderungen des § 24 Abs. 2 UVgO,

Erläuterungen des BMWi zur UVgO, BAnz AT 7. Februar 2017 B1, S. 9.

Insoweit kann hier umfassend auf die Ausführungen unter 4.1.4 verwiesen werden, wobei die Ausführungen zu § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV (4.1.4.1) nur in leicht eingeschränkter Form maßgeblich sind.

#### **4.1.7 Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 24 Abs. 4 UVgO**

Hinsichtlich der Frage, ob Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 24 Abs. 4 UVgO Berücksichtigung finden muss, gilt das soeben (4.1.6) Dargelegte: § 24 UVgO entspricht im Wesentlichen § 34 VgV. Daher kann auch bezüglich der Prüfung der Voraussetzungen aus § 24 Abs. 4 UVgO auf die vorangegangene Prüfung zu § 34 Abs. 4 VgV verwiesen werden. S.o., unter 4.1.5. Soweit also in einem laufenden Vergabeverfahren die Leistungsbeschreibung entsprechend dem Gemeinsamen Erlass formuliert ist:

*„Die Holzprodukte müssen nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Der Nachweis ist vom Bieter durch Vorlage eines Zertifikats von FSC, PEFC, eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweise zu erbringen“,*

müsste Holz von Hier zwingend als gleichwertiges Alternativzertifikat gemäß § 24 Abs. 4 UVgO anerkannt werden. § 4 Abs. 4 UVgO fordert (anders als § 34 Abs. 4 VgV) überdies noch ausdrücklich, dass der Bieter nachzuweisen hat, dass das Alternativzertifikat tatsächlich gleichwertig ist. Wenn Holz von Hier in den Gemeinsamen Erlass aufgenommen würde, wäre der entsprechende Gleichwertigkeitsnachweis dadurch unmittelbar zu erbringen. Schon allein deswegen sollte Holz von Hier unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung gleichwertiger Nachweise ebenfalls in den Gemeinsamen Erlass aufgenommen werden.

#### **4.2 Ausschreibung von Bauleistungen**

Zu prüfen ist weiterhin, ob es zu Abweichungen in der rechtlichen Bewertung kommt, wenn anstelle von Lieferleistungen Bauleistungen nachgefragt werden.

Entsprechend der oben (4.1.1) vorgenommenen Abgrenzung ist die Beschaffung von Holz/Holzprodukten (nur) dann als Lieferleistung in dem genannten Sinne einzuordnen, wenn in der Beschaffung des Holzes selbst das „Hauptziel“ des Auftraggebers liegt. Steht die Lieferung in einem funktionalen Zusammenhang zu Bauleistungen – etwa, weil das Holz als Material zur Herstellung eines funktionsfähigen Bauwerks erforderlich ist – ist im Zweifel eher von einem Bauauftrag auszugehen. Lediglich Aufträge, die über einen reinen Austausch einer Ware gegen Vergütung nicht hinausgehen, die nämlich die bloße Lieferung von Baustoffen oder Bauteilen ohne individuelle, auf das Bauvorhaben bezogene Be- oder Verarbeitung zum Gegenstand haben, haben keinen hinreichend engen funktionalen Zusammenhang zu der Erstellung des Bauwerks und sind damit als Lieferauftrag anzusehen.

Der relevante Schwellenwert für Bauleistungen liegt seit dem 1. Januar 2020 bei 5.350.000 €,

vgl. Delegierte Verordnung 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl. EU vom 31. Oktober 2019, L 279/25.

Bauvergaben oberhalb des Schwellenwerts sind am Maßstab der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A – Abschnitt 2 (VOB/A EU) zu messen; solche unterhalb des Schwellenwerts müssen den Anforderungen der VOB/A – Abschnitt 1 genügen.

#### **4.2.1 Bauleistung mit den „Holz von Hier-Kriterien“?**

Zu prüfen ist, ob (entsprechend der Prüfung unter 4.1.3: Lieferleistung mit den „Holz von Hier-Kriterien“?) Holz mit den „Holz-von-Hier-Kriterien“ auch Gegenstand einer Ausschreibung von Bauleistungen im Oberschwellenbereich i.S.d. Vorschriften der VOB/A EU sein kann.

Fraglich ist, welche rechtlichen Grenzen bei der Ausschreibung von Bauleistungen zu beachten sind und ob Holz von Hier diese einhält.

Ebenso wie im Kontext der VgV gilt auch für die Ausschreibung von Bauleistungen, dass der öffentliche Auftraggeber zwar einerseits weitestgehend frei ist, den Beschaffungsgegenstand festzulegen und beispielsweise besondere Anforderungen an die Bauausführung oder die zu verwendenden Materialien zu stellen. Andererseits ist er aber bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung an die gesetzlichen Vorgaben gebunden, woraus zumindest mittelbare Grenzen folgen. Die Leistungsbeschreibung dient den Bietern als Basis für die Erstellung des Angebots. Sie soll eine gute Angebotskalkulation sowie die Abgabe von vergleichbaren und wertungsfähigen Angeboten ermöglichen, so dass die Grundsätze der Chancengleichheit und der Transparenz gewahrt werden,

von dem Knesebeck in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK VergabeR, 14. Edition, 31. Januar 2020, § 7EU VOB/A, Rn. 2.

Generell gilt auch hier die allgemeine Vorgabe aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB (Bindung an Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung sowie an Verhältnismäßigkeit). Im Übrigen sieht § 7a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A vor, dass die in einer Leistungsbeschreibung geforderten Merkmale sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion beziehungsweise Erbringung der angeforderten

Leistungen oder auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums davon beziehen können, auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig sind.

Diese Vorgabe entspricht im Wesentlichen § 31 Abs. 3 S. 2 VgV. Für die hier aufgeworfene Frage, ob Holz mit den „Holz von Hier-Kriterien“ auch Gegenstand einer Bauausschreibung sein kann, folgt hieraus, dass grundsätzlich auf die rechtliche Prüfung unter

#### 4.1.3 Lieferleistung mit den „Holz von Hier-Kriterien“

und insbesondere unter

##### 4.1.3.2 Rechtliche Bindungen bei Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes und der Leistungsbeschreibung

verwiesen werden kann. Die rechtlichen Anforderungen sind im Wesentlichen die gleichen. Der Bezug zu den spezifischen sozialen oder umweltbezogenen Aspekten aus § 31 Abs. 3 S. 1 VgV ist demgegenüber in der VOB/A oberhalb der Schwellenwerte in § 7a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A „verschoben“, wonach der öffentliche Auftraggeber für Leistungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen ein bestimmtes Gütezeichen als Nachweis dafür verlangen kann, dass die Leistungen den geforderten Merkmalen entsprechen.

Im Ergebnis ist das Anforderungskonvolut zu § 31 Abs. 3 VgV daher vergleichbar. Eine Abweichung ergibt sich allerdings im Hinblick auf den Aspekt „Überdurchschnittlich transportarme Herstellung von Holzprodukten“.

Es ist nämlich zu beachten, dass – entsprechend der vorgenommenen Abgrenzung zur Lieferleistung – die Holzbeschaffung immer dann als Bauleistung zu qualifizieren ist, wenn sie in einem funktionalen Zusammenhang zu Bauleistungen steht, etwa weil bestimmtes Holz im Rahmen eines Bauauftrags Verwendung finden soll. Anders als im Kontext der Lieferleistungen, ist das Holz in diesem Fall nicht „Hauptgegenstand“ des Beschaffungsauftrags, sondern vielmehr ein zu beschaffendes Material unter vielen anderen. Sofern also ein öffentlicher Auftraggeber Bauleistungen ausschreibt und hierbei verlangt, dass nur solche Holzwerkstoffe Verwendung finden, die die „Holz von Hier-Kriterien“ erfüllen, sind die Beschränkungen, die hiermit für die Bieter einhergehen, als weitaus geringer einzustufen als im Kontext der Lieferaufträge. Ein Hersteller/Lieferant, der die Transportobergrenzen nicht einhalten kann, weil seine Herstellungsstätte außerhalb der 200 km-Anliefergrenze liegt,

dazu s.o. (3) Überdurchschnittlich transportarme Herstellung von Holzprodukten,

kann sich auf einen entsprechenden Lieferauftrag nicht bewerben. Ein Bauunternehmer, der sich auf einen entsprechenden Bauauftrag bewerben möchte, muss lediglich sicherstellen, dass er einen Holzlieferanten hat, der die Anliefergrenze erfüllt. Der Unternehmer selbst unterliegt keinen Anreisebeschränkungen/Transportobergrenzen o.ä. Insoweit ist das Diskriminierungspotential der Transportobergrenzen im Kontext von Bauaufträgen deutlich geringer als im Kontext von Lieferaufträgen, weil die eigentlichen Bieter (die Bauunternehmer) sich diskriminierungsfrei und ohne Einschränkungen bewerben können.

Die Einhaltung der Transportobergrenzen kann demnach bei Bauleistungen einfacher noch als bei Lieferleistungen gefordert werden. Auch hier gilt, dass die Transportobergrenzen sachlich gerechtfertigt sind und nicht außer Verhältnis zur Zielerreichung stehen, soweit es erkennbar auf eine für den konkreten Beschaffungsvorgang näher spezifizierte CO<sub>2</sub>-Reduktion ankommt. Hinzu kommt, dass in § 7a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A die Vorgabe eines bestimmten Gütezeichens unmittelbar verknüpft ist mit den spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen der Leistungen und dass hier ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Gütezeichen in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen gefordert werden dürfen. Die umweltbezogenen Klimaziele der CO<sub>2</sub>-Reduktion dürfen daher in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gütezeichen stehen, so dass die Zulässigkeit der Transportobergrenzen für das Material Holz im Rahmen der Vorschriften zur Bauvergabe noch stärker betont sind als im Rahmen der Vorschriften für Vergaben von Lieferleistungen.

Im Ergebnis kann Holz mit den „Holz-von-Hier-Kriterien“ auch Gegenstand einer Ausschreibung von Bauleistungen sein.

#### **4.2.2 Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 7a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A**

Fraglich ist, ob Holz von Hier als Gütezeichen i.S.v. § 7a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A qualifiziert werden kann.

Hierfür müssen die Anforderungen aus § 7a EU Abs. 6 Nr. 1 lit. a) – e) VOB/A erfüllt sein. Diese entsprechen § 34 Abs. 2 VgV.

Zwar weichen die Formulierungen im Detail voneinander ab – etwa wenn gefordert wird:

*„die Gütezeichen werden im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens eingeführt, an dem alle **relevanten** interessierten Kreise – wie z.B. **staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller, Händler und Nichtregierungsorganisationen** – teilnehmen können“,*

§ 7a Abs. 6 Nr. 1 lit. c VOB/A,

anstelle von

*„Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können“,*

§ 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV.

Zielrichtung und Sinn und Zweck der Vorgaben sind jedoch jeweils die gleichen, so dass insgesamt auf die Begutachtung zu § 34 Abs. 2 VgV verwiesen werden kann (oben, 4.1.4).

Im Ergebnis erfüllt Holz von Hier daher auch die Anforderungen an ein Gütezeichen i.S.v. § 7a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A.

#### **4.2.3 Holz von Hier als gleichwertiges Alternativzertifikat i.S.v. § 7a EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A**

Gemäß § 7a EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A akzeptiert der öffentliche Auftraggeber andere Gütezeichen, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen.

Diese Anforderung entspricht der Vorgabe aus § 34 Abs. 4 VgV. Insoweit kann auf die Prüfung unter 4.1.5 verwiesen werden.

Sofern also in einem laufenden Vergabeverfahren betreffend die Vergabe von Bauleistungen entsprechend dem Gemeinsamen Erlass Holzbeschaffung formuliert wäre:

*„Die Holzprodukte müssen nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Der Nachweis ist vom Bieter durch Vorlage eines Zertifikats von FSC, PEFC, eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweise zu erbringen“,*

müsste Holz von Hier zwingend als gleichwertiges Alternativzertifikat gemäß § 7a EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A zugelassen werden.

#### **4.2.4 Holz von Hier als Umweltzeichen i.S.v. § 7a Abs. 5 VOB/A Abschnitt 1?**

Werden Bauleistungen im Unterschwellenbereich ausgeschrieben, sind hierbei die Vorgaben der VOB/A Abschnitt 1 anzuwenden.

Spezifische Vorgaben zu Gütezeichen sind hier nicht aufzufinden. Allerdings ist in § 7a Abs. 5 VOB/A die Verwendung von Umweltzeichen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen geregelt. Der Auftraggeber darf danach die Spezifikationen verwenden, die in europäischen, multinationalen oder anderen Umweltzeichen definiert sind, wenn

1. sie sich zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstands eignen,
2. die Anforderungen des Umweltzeichens auf Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,
3. die Umweltzeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise – wie z. B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen – teilnehmen können, und
4. wenn das Umweltzeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.

Die Anforderungen aus der Aufzählung der Nr. 1 bis 4 scheinen vordergründig im Wesentlichen den in § 34 Abs. 2 VgV festgelegten Vorgaben für Gütezeichen zu entsprechen, sind zum Teil aber weniger streng ausgestaltet. Die Spezifikationen müssen sich „nur“ zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstands eignen – sie müssen nicht auch mit dem Leistungsgegenstand in Verbindung stehen (so aber § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV). Die Spezifikationen müssen auf Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet sein – sie müssen also ebenso wie in § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV gefordert, objektiv sein. Sie müssen aber nicht auf nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen (so aber § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV), auch wenn sie allen Betroffenen zugänglich und verfügbar sein müssen. Auf die in § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV festgelegte Neutralitätsanforderung (Anforderungen von einem Dritten festgelegt) verzichtet § 7a Abs. 5 VOB/A, wobei auch hier wichtig ist, dass die interessierten Kreise am Erlass der Umweltzeichen beteiligt sind.

Insgesamt bezieht sich § 7a Abs. 5 VOB/A auf die Verwendung von Spezifikationen, die in europäischen, multinationalen oder anderen Umweltzeichen definiert sind (sofern sie die eben beschriebenen Anforderungen erfüllen). Sofern sich also ein Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV – wie im Fall von Holz von Hier – auf bestimmte Umwelteigenschaften bezieht, kann es zugleich auch als „anderes Umweltzeichen“ i.S.v. § 7a Abs. 5 S. 1 VOB/A qualifiziert werden. Die weniger strengen Anforderungen



aus § 7a Abs. 5 S. 1 VOB/A an die Umweltzeichen selbst sind bei Holz von Hier sicherlich erfüllt.

Ein wesentlicher Unterschied zu den Vorschriften über Gütezeichen nach §§ 34 VgV, 24 UVgO und 7a EU Abs. 6 VOB/A besteht jedoch darin, dass hier der Auftraggeber die Umweltzeichen nur zur Erstellung der (technischen) Spezifikationen nutzen darf; er darf hingegen keine Umweltzeichen vorschreiben: Anders als in den anderen bisher geprüften Regelungen zur Nachweisführung durch Gütezeichen kann der Auftraggeber bei Bauvergaben im Unterschwellenbereich nicht ein bestimmtes Gütezeichen (Umweltzeichen) als Nachweis verlangen, sondern ein solches dient nur als Beweiserleichterung. Gemäß § 7a Abs. 5 S. 2 VOB/A wird (lediglich) vermutet, dass die abstrakt definierten Funktionseigenschaften erfüllt sind, wenn ein entsprechendes Umweltzeichen vorhanden ist,

vgl. Otting in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 7a VS VOB/A, Rn. 11.

Der Auftraggeber muss darüber hinaus gemäß § 7a Abs. 5 S. 3 VOB/A auch jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren.

Damit kann bei Bauvergaben im Unterschwellenbereich ein Umweltzeichen wie Holz von Hier nicht als Leitzertifikat vorgeschrieben werden; es kann nur zur Beweisvermutung für die Erfüllung der Umwelteigenschaften aus den Funktionsanforderungen bzw. Spezifikationen herangezogen werden. Dies ist qualitativ ein „Weniger“ als die Vorgabe eines Leitgütezeichens oder auch die Benennung als gleichwertiges Alternativzertifikat für ein anderes Leitgütezeichen.

Dennoch ist auch bei Bauvergaben im Unterschwellenbereich aufgrund der Beweisvermutung in § 7a Abs. 5 S. 2 VOB/A die Nutzung des Umweltlabels Holz von Hier für die Bieter von Vorteil. Im Übrigen können die Auftraggeber auf die Anforderungen des Labels im Sinne der Funktionsbeschreibung zurückgreifen und auch z.B. angeben, dass mit dem konkreten Umweltzeichen Holz von Hier die Erfüllung der Umwelteigenschaften als nachgewiesen gilt.

#### **4.2.5 Holz von Hier als Umweltzeichen i.S.v. § 7a VS Abs. 5 VOB/A?**

Die Ausführungen zu § 7a Abs. 5 VOB/A Abschnitt 1 (soeben, 4.2.4) gelten entsprechend auch für Bauvergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit, da § 7a VS Abs. 5 VOB/A wortgleich formuliert ist.

## 5. Zusammenfassung

Holzbeschaffung, die auf die Kriterien von Holz von Hier abstellt, ist sowohl im Kontext von Lieferleistungen als auch im Rahmen von Bauleistungen sowohl im Oberschwellenbereich als auch im Unterschwellenbereich grundsätzlich rechtlich möglich. Nach sämtlichen Vergabeordnungen erfüllt Holz von Hier die Anforderungen an ein Gütezeichen bzw. an ein Umweltzeichen.

Würde – entsprechend der Formulierung im Gemeinsamen Erlass zur Holzbeschaffung – in einem Vergabeverfahren gefordert:

*„Die Holzprodukte müssen nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Der Nachweis ist vom Bieter durch Vorlage eines Zertifikats von FSC, PEFC, eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweise zu erbringen“,*

müsste Holz von Hier zwingend als gleichwertiges Alternativzertifikat zugelassen werden. Im Zusammenhang der Umweltzeichen könnte auf Holz von Hier in der Funktionsbeschreibung abgestellt werden, oder die Bieter könnten auf Holz von Hier als Beweisvermutung für die Einhaltung der Funktionsanforderungen abzielen.

Für Rückfragen und eine weitere Erörterung stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Christian Braun  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht



Katrin Zwetkow  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Vergaberecht