

I. DAS BESONDERE URTEIL	130
Gütesiegel für ökologische Produktion und Max Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung	130

II. GRUNDFREIHEITEN	138
Arzneimittelimport nach Island	138

III. STEUERRECHT	143
Die Erhebung direkter und indirekter Steuern gegen das Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer	143

IV. ZUR VERTIEFUNG	147
The Distinction between New and Existing State Aid	147

Board of Editors

PROF. DR.
CARL BAUDENBACHER
LUXEMBURG/
ST. GALLEN (PRÄSIDENT)

PROF. DR. DR.
GENERALDIREKTOR A.D.
WALTER BARFUß
WIEN

FÜRSTLICHER RAT
ALT REGIERUNGSCHEF
HANS BRUNHART
VADUZ

PROF. DOTT.
ALDO FRIGNANI
AVVOCATO
TORINO

PROF. DR.
CHRISTIAN KOHLER
SAARBRÜCKEN

RECHTSANWALT DR.
FRANK MONTAG
BRÜSSEL

DR. SVEN NORBERG
BRÜSSEL





I.

Marc Steiner, St. Gallen/Bern*

Gütesiegel für ökologische Produktion und Max Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung

(Europäische Kommission v. Königreich der Niederlande, EuGH (Dritte Kammer), Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10)

Eine Vertragsverletzungsklage führt zu bemerkenswerten Klarstellungen betreffend die rechtlichen Rahmenbedingungen der Berücksichtigung von Gütezeichen im Allgemeinen und von Fair Trade-Standards im Besonderen. Das Urteil ist umso interessanter, als derzeit die Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG revidiert werden, wobei die Frage, inwieweit die Berücksichtigung umwelt- und namentlich sozialpolitischer Sekundärzwecke im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge zulässig sein soll, von zentraler Bedeutung ist.

(1) Sachverhalt

Die Provinz Nord-Holland schrieb mit EU-Bekanntmachung Nr. 2008/S 158-21630 vom 16. August 2008 einen öffentlichen Auftrag über die **Lieferung und die Bewirtschaftung von Kaffeeautomaten** öffentlich aus. Beschafft werden sollten nach dem Lastenheft vom 11. August 2008 neben Tee und Kaffee auch die Zutaten zur Bestückung der Automaten. Ein wichtiger Gesichtspunkt sei «das Bestreben» der Auftraggeberin, «die **Verwendung von ökologischen und Fair Trade-Erzeugnissen in Kaffeeautomaten**» zu fördern.¹ Gemäss Unterkapitel 4.4 des Lastenhefts hatte der Anbieter insbesondere anzugeben, inwiefern er zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitrage². Für den Kaffee und den Tee wurde darauf hingewiesen, dass die Provinz Nord-Holland beim Kaffee- und Teeverzehr das **Max Havelaar- und das EKO-Gütesiegel** verwende. In Bezug auf Zutaten wie Zucker, Milchpulver und Kakao wurden im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots Punkte vergeben, wenn die Produkte «möglichst dem EKO- und/oder dem Max Havelaar-Gütesiegel entsprechen».³ Die Frage eines Anbieters, ob die Anforderungen betreffend Gütesiegel im Sinne einer «oder gleichwertig»-Klausel zu verstehen sei, bejahte die Vergabestelle für den Fall, dass die entsprechenden Gütesiegel auf vergleichbaren oder denselben Kriterien beruhen.⁴ Gemäss Bekanntmachung vom 24. Dezember

2008 erhielt das niederländische Unternehmen Maas International B.V. mit Sitz in Eindhoven den Zuschlag.

Auf eine Beschwerde hin wandte sich die Kommission zunächst mit einem Mahnschreiben an die niederländische Regierung, welche das Vorliegen einer Vertragsverletzung bestritt. Schliesslich erhob die Kommission am 20. Juli 2010 gemäss Art. 258 Abs. 2 AEUV **Vertragsverletzungsklage**. Die Kommission beantragt – gemäss der einfacher strukturierten Umschreibung der Begehren in den Schlussanträgen⁵ – festzustellen, dass das Königreich der Niederlande seinen Verpflichtungen aus den unten genannten Artikeln der Richtlinie 2004/18/EG⁶ nicht nachgekommen ist, indem die Vergabebehörde im Rahmen der strittigen Vergabe

– unter Verstoß gegen Art. 23 Abs. 6 und 8 der Richtlinie in den technischen Spezifikationen das «Max Havelaar»- und das «EKO»-Gütesiegel, jedenfalls auf vergleichbaren oder denselben Kriterien beruhende Gütesiegel, vorgeschrieben hat,

– unter Verstoß gegen Art. 48 Abs. 1 und 2, Art. 44 Abs. 2, jedenfalls gegen Art. 2 dieser Richtlinie für die Prüfung der Befähigung der Unternehmer Kriterien und Nachweise in Bezug auf nachhaltige Einkäufe und gesellschaftlich verantwortliches Verhalten aufgenommen hat, und

– unter Verstoß gegen Art. 53 Abs. 1 dieser Richtlinie bei der Formulierung der Vergabekriterien eine Verweisung auf das «Max Havelaar»- und/oder das «EKO»-Gütesiegel, jedenfalls auf Gütesiegel mit denselben Kriterien, aufgenommen hat.

(2) Urteil

Zunächst stellt der EuGH fest, dass ein **öffentlicher Auftrag** vorliegt, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fällt. Ausserdem werden die Auftragsunterlagen insofern als missglückt bezeichnet, als diese selbst den aufgrund einer Anbieteranfrage nachgeschobenen Hinweis, wonach auch **gleichwertige andere Gütesiegel** genügen, nicht enthalten.⁷ Anschliessend erfolgt die thematische **Strukturierung** der Klagegründe. Dabei gilt es einerseits,





ökologische und soziale Gesichtspunkte zu unterscheiden. Andererseits sind die Kategorien des Vergaberechts⁸ zu berücksichtigen (technische Spezifikationen, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls von Interesse die Bedingungen für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG⁹).

Der *erste Teil des ersten Klagegrundes* beinhaltet Folgendes: Die Kommission macht zum EKO-Gütezeichen für Kaffee oder Tee geltend, die *strittige Anforderung*, wonach der zu liefernde Kaffee oder Tee mit diesem oder einem gleichwertigen Gütezeichen, d.h. einem Nachweis, dass die angebotenen Produkte aus ökologischer Landwirtschaft stammen, versehen sein müsse, *entspreche einer technischen Spezifikation*, womit Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie einschlägig sei. Nach dieser Bestimmung können sich die öffentlichen Auftraggeber Umwelteigenschaften berücksichtigen, indem sie «die detaillierten Spezifikationen oder gegebenenfalls Teile davon» verwenden, die in Umweltgütezeichen definiert sind, wobei als Voraussetzung unter anderem verlangt wird, dass das Gütezeichen für alle Betroffenen zugänglich ist. Die Niederlande führen dazu aus, jeder mit der üblichen Sorgfalt handelnde Anbieter könne die Beschreibung der das infrage stehende Gütezeichen betreffenden Kriterien ohne Schwierigkeiten im Internet auffinden, wonach die Angabe des Gütezeichens selbst in der Ausschreibung nicht zur Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung führe. Dieses Argument weist der EuGH klar zurück. Vielmehr führt er aus, *die Vergabestelle hätte die für das infrage stehende Umweltgütezeichen geltenden detaillierten Spezifikationen verwenden müssen*.¹⁰ Schreibe sie stattdessen vor, dass bestimmte zu liefernde Erzeugnisse mit einem bestimmten Umweltgütezeichen versehen sein müssen, werde eine mit Art. 23 Abs. 6 unvereinbare technische Spezifikation geschaffen. Damit erweist sich die Klage der Kommission insoweit als begründet.

Die Kommission rügt im *zweiten Teil des ersten Klagegrundes* in Bezug auf das Gütezeichen Max Havelaar, dass im Rahmen der technischen Spezifikationen etwa für Kaffee oder Tee gemäss Art. 23 Abs. 8 der Richtlinie nicht ein Produkt einer bestimmten Marke nachgefragt werden dürfe. Die Gütezeichen EKO und Max Havelaar sind als Gemeinschaftsmarken eingetragen. Hier stellt sich aber vorab schon die viel grundsätzlichere Frage, ob soziale Produktionsbedingungen wie der Einkauf der Roherzeugnisse zu Bedingungen, die günstiger sind als die durch die Markt-

kräfte bestimmten Bedingungen, überhaupt im Rahmen der technischen Spezifikationen berücksichtigt werden können. Um diese Klippe zu umschiffen, führt das Königreich der Niederlande aus, der Sache nach handle es sich hier um «Bedingungen für die Auftragsausführung» im Sinne von Art. 26 der Richtlinie. In diesem Sinne führt denn auch der EuGH aus, dass das Erfordernis, wonach das Produkt aus fairem Handel stammt, *keine technische Spezifikation* darstellt. Die Definition derselben stelle ausschliesslich auf die *Merkmale der Erzeugnisse* selbst, ihre Produktionsprozesse und -methoden, ihre Verpackung oder ihre Verwendung und nicht auf die Bedingungen ab, unter welchen der Lieferant sie vom Erzeuger erworben habe. Dagegen falle eine *Fair Trade-Anforderung* unter den Begriff «*Bedingungen für die Auftragsausführung*».¹¹ Da die Kommission erst aufgrund der Argumentation des Beklagten im Verfahren vor dem EuGH ausgeführt habe, auch hier stelle sich das in Art. 23 Abs. 8 der Richtlinie behandelte Problem analog, liegt nach der Rechtsprechung insoweit keine zulässige Klage vor.

Der *dritte Klagegrund* bezieht sich nun nicht mehr auf die Anforderungen an den Tee oder den Kaffee selbst, sondern *auf die Lieferung der Zutaten* wie etwa Kakao, für welche nach den Auftragsunterlagen im Rahmen der Zuschlagskriterien *Punkte vergeben* werden sollten, wenn die zu liefernden Zutaten den Gütezeichen EKO und/oder Max Havelaar entsprechen. Damit ist *sedes materiae Art. 53 der Richtlinie*. Die Kommission bemängelt einerseits, es fehle am Auftragsbezug, da die Anforderungen an die Zutaten nicht die zu liefernden Erzeugnisse selbst betreffen, sondern die allgemeine Politik der Bieter, vor allem im Fall des Gütezeichens Max Havelaar. Zudem führe die Verwendung der Gütezeichen EKO und Max Havelaar zur Benachteiligung ausländischer Bieter. Das Königreich weist *beide Rügen* als unbegründet zurück. Insbesondere wird sinngemäss geltend gemacht, in Bezug auf den fairen Handel als Zuschlagskriterium könne der EuGH laxer sein, weil ein solches nicht dieselbe marktausschliessende Wirkung habe wie die technischen Spezifikationen, deren Nichterfüllung dem Anbieter die Chance auf den Zuschlag von vornherein nimmt.¹²

Zur Rüge des fehlenden Auftragsbezugs verweist der EuGH kurz und knapp auf das Lastenheft. In dessen Unterkapitel 1.4 werden nicht nur die Lieferung von Kaffee, Tee, sondern auch diejenige von Zutaten, welche zur Herstellung der in den Automaten angebotenen Getränke erforderlich sind, als Teil des strittigen Auftrags beschrieben. Damit





kann von einem fehlenden Auftragsbezug insoweit keine Rede sein. Interessanterweise **bejaht der EuGH den Auftragsbezug** unter Berufung auf die Schlussanträge¹³ auch in Bezug auf die Fair Trade-Vorgabe für die Zutaten. Wenn im Urteil *EVN und Wienstrom* die Vorgabe der erneuerbaren Energie als auftragsbezogen anerkannt worden sei¹⁴, stehe auch einem Zuschlagskriterium, das darauf abstellt, dass ein Erzeugnis fair gehandelt worden ist, nichts entgegen.¹⁵ Hingegen beanstandet der EuGH ganz im Sinne der Klage der Kommission – wie oben in Bezug auf die technischen Spezifikationen beschrieben – auch im Rahmen der Zuschlagskriterien die **Verwendung der Gütezeichen**. Entgegen dem Vorbringen des Königreichs der Niederlande bestehe kein Grund zu der Annahme, dass die Grundsätze der Gleichheit, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz andere Folgen hätten, wenn es sich um Zuschlagskriterien handelt, die ebenfalls wesentliche Bedingungen eines öffentlichen Auftrags sind, da sie entscheidend dafür sein werden, welches Angebot «als erfolgreiches Angebot ausgewählt werden» wird.¹⁶ Demnach hat die Provinz Nord-Holland **ein mit Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie unvereinbares Zuschlagskriterium** aufgestellt, indem sie im Lastenheft vorgesehen hat, dass wenn bestimmte zu liefernde Erzeugnisse mit bestimmten Gütezeichen versehen seien, dies zur Vergabe einer bestimmten Punktzahl im Rahmen der Auswahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots führe, ohne die Kriterien aufgeführt zu haben, die diesen Gütezeichen zugrunde liegen, und ohne zugelassen zu haben, dass der Nachweis, dass ein Erzeugnis diesen Kriterien genügt, durch jedes geeignete Beweismittel erbracht werden kann.

Der **zweite Klagegrund** betrifft die **Definition der Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit der Anbieter** im Sinne von Art. 44 Abs. 2 und Art. 48 der Richtlinie. Die Kommission führt dazu aus, die Kriterien des Art. 48 der Richtlinie seien als **geschlossenes System** zu verstehen, mit welchem die Anforderungen «Nachhaltigkeit der Einkäufe» und «gesellschaftlich verantwortliches Verhalten» nichts zu tun hätten. Demgegenüber sehe die strittige Vergabe Anforderungen vor, welche die allgemeine Politik der Bieter betreffe. Es fehle an einem **Zusammenhang** zwischen den streitigen Gesichtspunkten und dem Gegenstand des in Rede stehenden Auftrags. Der beklagte Mitgliedstaat bestreitet dies, da die Nachhaltigkeit der Einkäufe der Bieter mit einem Auftrag, welcher selbst als nachhaltige Beschaffung verstanden werden will, in

Zusammenhang stehe. Die infrage stehende Anforderung gelte für den streitigen Auftrag und sei als Bedingung der Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie zu verstehen. Der Gerichtshof macht unter Bezugnahme auf das Lastenheft klar, dass das die zu **beurteilenden Anforderungen** enthaltende Unterkapitel mit «Eignungskriterien/Mindestanforderungen» überschrieben ist, was der Terminologie von Art. 44 der Richtlinie entspreche. Schliesslich seien die genannten Anforderungen allgemein und nicht spezifisch im Zusammenhang mit dem streitigen Auftrag formuliert. Damit mussten die Anbieter diese als Eignungskriterien verstehen. An die Dogmatik der **Eignungskriterien** knüpfe aber die Anforderung «Einhaltung der Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens» gerade nicht an. Vor allem wenn verlangt werde, dass der Anbieter darlege, wie er die Kriterien erfülle und zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitrage, handle es sich hierbei nicht um die Beschreibung der technischen Ausrüstung der Lieferanten oder seiner Massnahmen zur Qualitätssicherung. Demnach kommt das Gericht zum Schluss, **dass eine nicht erlaubte Mindestanforderung an die technische Leistungsfähigkeit der Bieter** vorliegt.¹⁷ Ausserdem seien die Anforderungen auch so allgemein gehalten, dass sie – wie die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen ausgeführt habe – nicht das Mass an Klarheit, Präzision und Eindeutigkeit aufweise, das alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter in die Lage versetze, sicher und in vollem Umfang zu wissen, welches die Kriterien sind, die diese Anforderungen umfassen. Demnach sei der Grundsatz der Transparenz im Sinne von Art. 2 der Richtlinie nicht gewahrt¹⁸.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Königreich der Niederlande, soweit die Klage nicht abgewiesen wird, gegen die Richtlinie 2004/18/EG dadurch verstossen hat, dass sie

- eine mit Art. 23 Abs. 6 dieser Richtlinie **unvereinbare technische Spezifikation** aufgestellt hat, indem sie verlangt hat, dass bestimmte zu liefernde Erzeugnisse mit einem bestimmten Umweltgütezeichen versehen sind, anstatt detaillierte Spezifikationen zu verwenden,
- mit Art. 53 Abs. 1 Buchst. a dieser Richtlinie **unvereinbare Zuschlagskriterien** festgelegt hat, indem sie vorgesehen hat, dass, wenn bestimmte zu liefernde Erzeugnisse mit bestimmten





Gütezeichen ausgestattet seien, dies zur Vergabe einer bestimmten Punktzahl im Rahmen der Auswahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots führe, ohne die Kriterien aufgeführt zu haben, die diesen Gütezeichen zugrunde liegen, und ohne zugelassen zu haben, dass der Nachweis, dass ein Erzeugnis diesen Kriterien genügt, durch jedes geeignete Beweismittel erbracht werden kann,

– eine nach Art. 44 Abs. 2 und Art. 48 dieser Richtlinie **nicht erlaubte Mindestanforderung an die technische Leistungsfähigkeit** aufgestellt hat, indem sie im Rahmen der im Lastenheft aufgeführten Eignungskriterien und Mindestanforderungen die Bedingung vorgeschrieben hat, dass die Bieter die «Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens» einhalten und angeben, wie sie diese Kriterien einhalten und «zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen», und

– eine gegen die **Transparenzverpflichtung** nach Art. 2 dieser Richtlinie verstoßende Klausel aufgestellt hat, indem sie den Bietern die Bedingung vorgeschrieben hat, die «Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens» einzuhalten und anzugeben, wie sie diese Kriterien einhalten und «zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen».

(3) Kommentar

(a) Die Ausgangslage

Nach Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2004/18/EG stellt diese klar, wie die öffentlichen Auftraggeber zum Umweltschutz und zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung beitragen können, und garantiert ihnen gleichzeitig, dass sie für ihre Aufträge ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis erzielen können. Zugleich gründet sich die Richtlinie auf die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien. Hierdurch wird klargestellt, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschliesslich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen, sofern derartige Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen, ausdrücklich erwähnt sind, und den in Erwägungsgrund 2 genannten grundlegenden Prinzipien entsprechen.¹⁹ Im Erwägungsgrund 2 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäi-

schen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20. Dezember 2011²⁰ wird unter Hinweis auf die Strategie «Europa 2020» ebenfalls festgehalten, dass mit dieser einerseits die Effizienz der öffentlichen Ausgaben gesteigert und es andererseits den Vergabestellen ermöglicht werden soll, die öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Masse zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen, wobei zugleich mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten ist. Vor diesem Hintergrund wirkt sich das vorliegend zu besprechende Urteil wohl auch auf den **laufenden Rechtsetzungsprozess** aus²¹. Dies insbesondere angesichts der Tatsache, dass es **Aussagen zur Berücksichtigung sozialer Aspekte** enthält, was vor dem Hintergrund, dass gerade, aber nicht nur in Deutschland unter dem Stichwort «Nachhaltigkeit» das Gewicht bisher eher auf den **umweltschonenden Einkauf** gelegt worden ist²², von besonderer Bedeutung ist. Gleichwohl wird aufgrund des in der Regel leichter herzustellenden Auftragsbezugs die umweltfreundliche Beschaffung der wichtigere Aspekt bleiben; auch das Schlagwort der «Innovationsförderung» durch öffentliche Auftragsvergabe ist wohl leichter zu vermitteln im Sinne umwelttechnischer Innovation als in Bezug auf soziale Aspekte.²³ Die Generalanwältin beschreibt die Lage treffend, wenn sie festhält, dass inzwischen **im Grundsatz anerkannt** ist, dass öffentliche Auftraggeber bei der **Vergabe Sekundärzwecke** mit berücksichtigen dürfen, wobei im Detail «allerdings gleichwohl höchst umstritten» ist, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form umwelt- und sozialpolitische Vorstellungen in die Beschaffung einfließen können.²⁴

(b) Die Methode des Rückgriffs auf Gütezeichen Unstrittig ist, dass bei der Verwendung von Gütezeichen im Rahmen von technischen Spezifikationen gleichwertige Nachweise anzuerkennen sind, worauf wiederum in den Auftragsunterlagen hinzuweisen ist²⁵; die Auftraggeber müssen nach Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG jedes andere geeignete Beweismittel wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen akzeptieren. Ausserdem können die Auftraggeber gemäss Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG angeben, dass bei Waren oder Dienstleistungen, die mit einem Umweltgütezeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Spezifikationen genügen. Ergänzend dazu tritt nun der Tenor des zu besprechenden Urteils, wonach selbst mit dem Hinweis «oder gleichwertig» **nicht das Gütezeichen als solches**, son-





dern **nur die detaillierten Spezifikationen des Umweltgütezeichens** verwendet werden dürfen; dieses Ergebnis lässt sich mit dem Wortlaut von Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie ohne Weiteres in Einklang bringen²⁶ und ist auch nachvollziehbar mit Blick auf Gütezeichen, welche soziale und ökologische bzw. nicht auftragsbezogene und auftragsbezogene Aspekte abdecken, was dazu führt, dass allenfalls nur Teile der detaillierten Spezifikationen eines Gütezeichens für einen Auftrag als massgebend erklärt werden.²⁷ Im Unterschied dazu hat die Generalanwältin festgehalten, aus Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie ergebe sich nicht zwangsläufig, dass öffentliche Auftraggeber in ihren Auftragsunterlagen jede einzelne zu einem Umweltgütezeichen gehörende Spezifikation gesondert auflisten müssten. Vielmehr stehe es den öffentlichen Auftraggebern frei, in den Auftragsunterlagen durch die **blasse Bezugnahme auf Umweltgütezeichen** global auf alle Spezifikationen zu verweisen, auf welchen die jeweiligen Gütezeichen beruhen.²⁸ Quasi als Gegenargument dazu führt wiederum der Gerichtshof aus, die Verpflichtung, die detaillierten Umwelteigenschaften, welche er vorschreiben will, auch dann ausdrücklich anzugeben, wenn er die für ein Umweltzeichen festgelegten Eigenschaften verwendet, sei nicht nur weit von jedem übermässigen Formalismus entfernt, sondern vielmehr unerlässlich, um es potenziellen Bietern zu ermöglichen, sich auf ein **einheitliches und amtliches Dokument des öffentlichen Auftraggebers** selbst zu stützen, ohne dass sie «also den Zufälligkeiten einer Informationssuche und möglichen im Laufe der Zeit eintretenden Veränderungen der für ein Umweltgütezeichen geltenden Kriterien ausgesetzt» sind.²⁹ Tatsache ist, dass die Vorgaben der Richtlinie so umgesetzt werden müssen, dass der dadurch generierte Verwaltungsaufwand in einem verhältnismässigen Rahmen bleibt. In diesem Sinne führt etwa Kratzenberg zur Verpflichtung, wonach der Zusatz «oder gleichwertig» anzubringen ist, aus, dies könne nach jedem Zitat oder auch vor die Klammer gestellt an einer zentralen Stelle der Vergabeunterlagen stehen. Eine Forderung, dass konkret jede einzelne Norm mit diesem Zusatz versehen werden muss, sei abzulehnen.³⁰ Auch das vorliegende Urteil ist nach der hier vertretenen Auffassung Praktikabilitätsüberlegungen zugänglich. **Entscheidend ist, dass den Anbietern die Informationen betreffend die Beschreibung der detaillierten Spezifikationen in der Sphäre der Auftraggeberin zugänglich sind.** Das bedeutet, dass es auch genügen kann, wenn eine Auftraggeberin oder ein Verbund von Auftraggeberinnen die detaillierten Spezifikationen

von regelmässig zugrunde gelegten Gütezeichen etwa auf einer zentralen Internetplattform hinterlegt und in den einzelnen Bekanntmachungen präzise auf diese verweist.

(c) Das Gütezeichen Max Havelaar als technische Spezifikation?

Der Gerichtshof kommt – wie beschrieben – in Übereinstimmung mit der Generalanwältin zum Schluss, dass der **faire Handel** keine Produkteigenschaften oder auf diese bezogenen Herstellungsbedingungen beschreibt, sondern der Sache nach – mit den Worten der Generalanwältin – die «Einkaufspolitik des Auftragnehmers».³¹ Damit liegt **keine technische Spezifikation** vor.³² Die Anforderung, dass der zu liefernde Tee und Kaffee von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern stammt, zu denen für sie günstige Handelsbeziehungen bestehen, ist vielmehr ein sozialer Aspekt und als solcher eine Bedingung für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie. Damit ist die Zulässigkeit der Art der Verwendung des Max Havelaar-Gütezeichens mit Blick auf diese Norm zu prüfen. Während es der Gerichtshof aus prozessualen Gründen bei dieser Feststellung bewenden lässt, äussert sich die Generalanwältin hilfsweise zur Rechtmässigkeit des von der Auftraggeberin gewählten Vorgehens. Sie führt dazu aus, der öffentliche Auftraggeber dürfe nicht verlangen, dass potenzielle Bieter ausschliesslich Produkte aus fairem Handel in ihrem Sortiment führen, sondern nur, dass die konkret zu liefernden Produkte aus fairem Handel stammen. Nichts anderes hat denn auch die Provinz Nord-Holland im vorliegenden Fall bestimmt.³³ Damit ist die Formulierung einer derartigen Bedingung gestützt auf Art. 26 der Richtlinie im Grundsatz zulässig. Dass die entsprechende Bedingung mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen muss, ergibt sich dabei aus dem Erwägungsgrund 33 der Richtlinie, wo in Bezug auf die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen ausdrücklich von «für die Ausführung des Auftrags geltenden» Verpflichtungen die Rede ist³⁴. D.h. es schadet dem Anbieter nicht, wenn er **nur im Rahmen des zu vergebenden öffentlichen Auftrags Langzeitarbeitslose beschäftigt³⁵ oder eben Produkte aus fairem Handel anbietet**. Indessen gilt – worauf nicht im Urteil, wohl aber in den Schlussanträgen hingewiesen wird – auch hier für die Verwendung von Gütezeichen, dass nicht direkt ein solches vorgegeben werden darf³⁶.

(d) Sozialstandards im Rahmen der Lieferung der Zutaten als Zuschlagskriterium?

Vorab ist festzuhalten, dass die Vergabe von Punkten im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich





günstigsten Angebots, wenn Kaffee und/oder Tee **unter Beachtung ökologischer Standards** produziert worden sind, ohne Weiteres mit Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG vereinbar ist. Dieses Kriterium ist nicht nur auftrags-, sondern auch produktbezogen.³⁷ In Wiedererwägung früherer Positionen hat die Kommission im Anschluss an die Urteile *Concordia Bus*³⁸ und *Wienstrom*³⁹ bereits in der ersten Auflage des Handbuchs zur umweltorientierten Beschaffung festgehalten, **es sollte möglich sein, alle technischen Spezifikationen in Zuschlagskriterien umzusetzen**⁴⁰, was auch ökologische Produktionsmethoden umfasst. Und jetzt folgt das angesichts der Beurteilung des zweiten Teils des ersten Klagegrundes logische Argument in Bezug auf soziale Vorgaben: Das Max Havelaar-Gütezeichen definiert **keine Produkteigenschaften im eigentlichen Sinne**, wie sie im Rahmen einer technischen Spezifikation eine Rolle spielen.⁴¹ Dies würde nach der ursprünglichen Position der Kommission im Rahmen der Entstehung der Richtlinie 2004/18/EG eher den Schluss nahe legen, dass **Fair Trade-Standards nicht als Zuschlagskriterium, sondern nur im Rahmen von Ausführungsbedingungen** berücksichtigt werden können.⁴² Vor Ergehen der Urteile *Concordia Bus* und *Wienstrom* hat die Kommission festgehalten, als Zuschlagskriterium taugen soziale Aspekte nur in Form eines Vorteils des Produkts oder der Dienstleistung selbst, etwa Extrapunkte für eine besonders behindertenfreundliche Ausstattung.⁴³ Später hat die Kommission zwar mit Blick auf den Entscheid *Concordia Bus* das Erfordernis des wirtschaftlichen Vorteils für die Vergabestelle ausdrücklich aufgegeben, aber bis in die jüngere Vergangenheit daran festgehalten, dass soziale Zuschlagskriterien als Vorteil des Produkts oder der Dienstleistung selbst zu definieren sind, wobei als Beispiel etwa auch für benachteiligte Gruppen besonders bedienungsfreundliche Computer oder Software gewählt wurde.⁴⁴ In diesem Sinne hält etwa *Ölcüm* fest, im Rahmen von Art. 53 der Richtlinie seien **soziale Aspekte** nur so weit integrierbar, als sie «eine Verlängerung» der Dogmatik «der technischen Spezifikationen in die Phase der Zuschlagserteilung» darstellen.⁴⁵ So gesehen lässt sich auch der Erwägungsgrund 46 der Richtlinie entweder mit Betonung auf den Umstand auslegen, dass soziale Gesichtspunkte berücksichtigt werden können, oder unter Betonung der Art dieser Berücksichtigung, wonach Zuschlagskriterien gewählt werden können, die auf soziale Aspekte gestützt sind, welche etwa für die Nutzer der nachgefragten Bauleistungen von Bedeutung sind. Letzteres würde der dargestellten Auffassung der Kommission näher liegen. Dass die

Richtlinie aber auch so ausgelegt werden kann, wie dies der EuGH tut, entspricht der bis zu einem Grade **gewollten Unklarheit der Regelung** in diesem Punkt aufgrund des Gesetzgebungsprozesses; es wurde zwischen den Formulierungen «direkter Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand» und «mit dem Auftragsgegenstand verbundene Kriterien» gerungen, wobei die geltende Regelung sozusagen dazwischen zu liegen kam.⁴⁶ So gesehen ist die Interpretation des Gerichtshofs **im Sinne objektiv-zeitgemässer Auslegung** sicher möglich und **nimmt damit wohl die künftige Regelung vorweg**.⁴⁷ Indessen ist dieser Akt der Rechtsfortbildung gemessen an der Bedeutung der infrage stehenden Weichenstellung vielleicht – wie *Mosters* zutreffend festhält – **etwas «schlank begründet»**⁴⁸, wenn unter Berufung auf die Schlussanträge gesagt wird, diese sei quasi der logische nächste Schritt nach dem Entscheid *Wienstrom*⁴⁹, welcher die Berücksichtigung von Umweltaspekten zum Gegenstand hatte. Dabei hätte zur Auslegung der infrage stehenden Norm etwa das Konzept betreffend die intendierte Regulierungsdichte der Richtlinien mit Blick auf den Spielraum nationaler Rechtsordnungen und der Vergabestellen in Bezug auf die Zuschlagskriterien herangezogen werden können.⁵⁰ Ausserdem ist in der Lehre auch die **Folgenabschätzung für das Vergabeverfahren bzw. den Anbietermarkt** als Argument herangezogen worden. Wenn das Havelaar-Label im Rahmen von Art. 26 der Richtlinie – in der Auswirkung auf den Markt in gewisser Weise vergleichbar mit einer technischen Spezifikation – als zwingende Ausführungsbedingung definiert werden kann, spricht dies dafür, denselben Gesichtspunkt auch in seiner weniger einschneidenden Form, d.h. dass das Fehlen des Labels mit der Bewertung anhand anderer Kriterien, namentlich mit Blick auf den Preis, abgewogen werden kann, trotz fehlenden Produktbezugs zuzulassen.⁵¹ Jedenfalls zeugt das Ergebnis des EuGH insoweit von **rechtspolitischem Instinkt**, als die Kommission bereits im Rahmen des Grünbuchs vom 27. Januar 2011 Flexibilität angedeutet hat in Bezug auf die Zuschlagskriterien, indem dort in Frage 70 festgehalten wird, die **Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots** scheine (im Vergleich zu technischen Spezifikationen und Eignungskriterien) die **bestgeeignete vergaberechtliche Kategorie** zu sein, um **Sekundärziele** («policy objectives») zu verfolgen; diese Ansicht schlägt sich auch im Erwägungsgrund 41 zum Richtlinien-vorschlag nieder.⁵² Das Urteil ist in diesem sicher **wichtigsten Punkt** zugleich auch eine Interpretation des *Government Procurement Agreement*,





genauer der Regelung betreffend die Zuschlagskriterien in Art. XIII Abs. 4 desselben.⁵³

Im Sinne eines *Exkurses* sei beiläufig auf ein Folgeproblem dieses Entscheides hingewiesen, nämlich die Frage, wie stark Zuschlagskriterien gewichtet werden dürfen, welche als technische Spezifikationen nicht möglich wären und insoweit «vergabefremd» sind. *Mosters* führt dazu aus, das Kriterium des fairen Handels müsse so stark gewichtet werden, dass es nicht durch den regelmässigen Preisvorteil nicht fair gehandelter Waren ausgeglichen werde.⁵⁴ Zugleich führt eine *zu hohe Gewichtung derartiger Kriterien* dazu, dass der *Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots über Gebühr strapaziert wird*. Folgerichtig stellt denn auch die Kommission im Grünbuch die Frage 71, ob nicht für gewisse Kriterien ein Maximum für die mögliche Gewichtung vorgeschrieben werden soll, damit diese nicht wichtiger werden als Preis und (im traditionellen Sinne verstandene) Qualität des Produkts.⁵⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht ist es nahe liegend, dass Kriterien, welche auch als technische Spezifikationen möglich wären – wie etwa die Anforderung, dass die gelieferte Energie erneuerbar ist – höher gewichtet werden können als darüber hinaus gehende soziale Anforderungen. Demnach ist in Bezug auf den Analogieschluss vom Urteil *Wienstrom*, mit welchem eine Gewichtung des ökologischen Gesichtspunktes mit 45 Prozent nicht beanstandet worden ist,⁵⁶ auf die Art der Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte Vorsicht geboten.

(e) Kann das generelle Einkaufsverhalten der Anbieter ein Gesichtspunkt sein im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung?

Der zweite Klagegrund hat *Anforderungen an die Bieter* zum Gegenstand. Wenn ein Unternehmen dazu angehalten wird, «Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Handelns» einzuhalten, dann geht das über die «technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit», welche notwendig ist, um den Auftrag zu erfüllen, offensichtlich weit hinaus. Mit demselben Problem hat sich bereits der EuGH-Entscheid in Sachen *Wienstrom* befasst. Die Vergabestelle darf – so das Gericht – im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht Punkte dafür vergeben, wie viel erneuerbare Energie ein Energieunternehmen *über die nachgefragte Menge hinaus* im Angebot hat, um den in diesem Sinne umweltfreundlichsten Bieter zu belohnen.⁵⁷ Es ist nur folgerichtig, wenn eine derartige Steuerung von Anbieterverhalten auch im Rahmen der Eignungskriterien für unzulässig erklärt wird.⁵⁸ Die «*allgemeine Einkaufs-*

politik der Bieter» hat die Vergabestelle nur insoweit zu interessieren, als sie sich auf die *Erfüllung des Auftrags* auswirkt.⁵⁹ Nur am Rande erwähnt sei in diesem Zusammenhang, dass die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen – um bei den sozialen Standards in Entwicklungsländern zu bleiben –, welche bisher nach deutschem Recht als Ausführungsbedingung im Sinne von Art. 26 der geltenden Richtlinie vorgegeben wird,⁶⁰ künftig allenfalls als *fakultativer Ausschlussgrund* gemäss Art. 55 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs⁶¹ abgefragt werden kann, was dem Inhalt dieser ihrer völkerrechtlichen Natur nach nicht verhandelbaren Standards auch besser entspricht.⁶²

(f) Fazit

Mit diesem Urteil ist das *Gewicht der sozialen Dimension der Nachhaltigkeit zweifellos erhöht* worden. Es wird besonders interessant sein zu sehen, ob und gegebenenfalls in welcher Form der Gesetzgeber auf diesen Entscheid namentlich im Rahmen der Bestimmungen betreffend die Zuschlagskriterien oder der Formulierung der einschlägigen Erwägungsgründe dazu Bezug nimmt.

* Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht (Abteilung II, Kammer 1, zuständig für Kartell-, Vergabe- und Markenrecht).

¹ Urteil, Rn. 15.

² Urteil, Rn. 26.

³ Urteil, Rn. 29.

⁴ Urteil, Rn. 31.

⁵ Schlussanträge Generalanwältin *Juliane Kokott* vom 15. Dezember 2011, C-368/10 *Europäische Kommission v. Königreich der Niederlande*, Nr. 33.

⁶ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. EG 2004 L 134/114).

⁷ Urteil, Rn. 52 f.

⁸ Vgl. zur entscheidenden Bedeutung der Beurteilung «getrennt nach Ebenen» bzw. den Kategorien des Vergaberechts etwa *Jan Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Kommentar Vergaberecht, München 2011, Rz. 109 zu § 97 GWB.

⁹ Vgl. zur Einordnung dieser Bedingungen in die Systematik des deutschen Vergaberechts etwa *Zsófia Varga*, Berücksichtigung sozialpolitischer Anforderungen nach dem neuen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB – europarechtskonform?, in: *VergabeR* 2009, S. 535 ff.

¹⁰ Urteil, Rn. 59 ff., insb. Rn. 63.

¹¹ Urteil, Rn. 71 ff., insb. Rn. 75 f.

¹² Urteil, Rn. 83.

¹³ Schlussanträge Nr. 110; zustimmend wohl *Malte Müller-Wrede*, Nachhaltige Beschaffung, in: *VergabeR* 2012, S. 416 ff., insb. S. 420.

¹⁴ EuGH Slg. 2003, I-14527 *EVN AG und Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich*, Rn. 34.

¹⁵ Urteil, Rn. 91.

¹⁶ Urteil, Rn. 93 ff., insb. Rn. 95.

¹⁷ Urteil, Rn. 102 ff., insb. Rn. 108.

¹⁸ Urteil Rn. 109 ff., insb. Rn. 111.

¹⁹ Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2004/18/EG; vgl. zur





zunehmenden Bedeutung öffentlicher Auftraggeber in Bezug auf die Nachfrage namentlich von Produkten aus fairem Handel wie auch zum Folgenden namentlich *Alexander Hübner*, Öffentliche Lieferaufträge über fair gehandelte und Bio-Produkte – zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 10.05.2012 – Rs. C-368/10 – *Kommission v. Niederlande*, VergabeR 2012, 545 ff. Zur Bedeutung von Nachhaltigkeitsaspekten nach deutschem Vergaberecht vgl. auch etwa *Müller-Wrede*, a.a.O. [Fn. 13], 425.

²⁰ KOM(2011) 896 endgültig.

²¹ Vgl. dazu namentlich unter Berücksichtigung der Position des Europäischen Parlaments etwa *Marc Steiner*, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz, ELR 2011, 380 ff.

²² *Müller-Wrede*, a.a.O. [Fn. 13], 416.

²³ Vgl. zur Innovation als Methode, welche sich in gleicher Weise mit sozialen oder ökologischen Inhalten verbinden lässt, *Martin Burgi*, Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht, NZBau 2011, 577 ff.

²⁴ Schlussanträge, Nr. 36 f.

²⁵ Vgl. dazu Schlussanträge, Nr. 65 und für das deutsche Recht etwa § 7 Abs. 4 Nr. 1 S. 2 VOB/A.

²⁶ Zustimmung *Hübner*, a.a.O. [Fn. 19], S. 549.

²⁷ Vgl. Art. 41 des Richtlinienvorschlages vom 20. Dezember 2011 (KOM[2011] 896 endgültig); vergleichbar im Konzept schon die Kommission, Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2004, 26, in Bezug namentlich auf Zertifikate für nachhaltige Holzbewirtschaftung. Das Handbuch ist im Oktober 2011 in zweiter Auflage erschienen (http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_de.htm).

²⁸ Vgl. Schlussanträge, Nr. 56 und 59.

²⁹ Rn. 67 des Urteils.

³⁰ *Rüdiger Kratzenberg*, in: *Ingenstau/Korbion* (Hrsg. *Vygen/Kratzenberg*), VOB Teile A und B – Kommentar, 17. Auflage, Köln 2010, Rz. 73 zu § 7 VOB/A

³¹ Schlussanträge, Nr. 86.

³² Vgl. zu derselben Schlussfolgerung in Bezug auf die IAO-Kernarbeitsnormen betreffend Kinderarbeit etwa *Ziekow*, a.a.O. [Fn. 8], Rz. 124 zu § 97 GWB.

³³ Schlussanträge, Nr. 88.

³⁴ Wie hier *Hübner*, a.a.O. [Fn. 19], 551.

³⁵ Vgl. nur *Walter Frenz*, in: *Willenbruch/Wiedekind* (Hrsg.), Vergaberecht – Kompaktcommentar, 2. Auflage, Köln 2011, Rz. 60 zu § 97 GWB mit Hinweisen. Entsprechend lautet denn auch ausgehend vom Status quo die Frage 82.4 des Grünbuchs vom 27. Januar 2011 (KOM[2011] 15 endgültig), ob es die (neuen) EU-Vorschriften gestatten sollen, Auftragsausführungsklauseln vorzuschreiben, die nicht streng an die Lieferung der betreffenden Güter und Dienstleistungen geknüpft sind; die Antworten mahnen diesbezüglich überwiegend zur Vorsicht, was auch das Parlament berücksichtigt (vgl. zum Ganzen *Steiner*, a.a.O. [Fn. 21], 381 mit Hinweis auf die *Synthesis of replies* der Kommission und 383 mit Hinweis auf Ziffer 18 der Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011 zur Modernisierung im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens).

³⁶ Schlussanträge, Nr. 93 f.

³⁷ Schlussanträge, Nr. 109.

³⁸ EuGH Slg. 2002, I-7213/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki und HKL-Bussliikenne*.

³⁹ Urteil *EVN und Wienstrom*, a.a.O. [Fn. 14].

⁴⁰ Umweltorientierte Beschaffung!, a.a.O. [Fn. 27], 33.

⁴¹ Schlussanträge, Nr. 110 Schlussanträge in Verbindung mit Nr. 78 bzw. Rn. 74 des Urteils. In Nr. 108 (mit Fussnote 48) weist die Generalanwältin auf die Widersprüchlichkeit der

Ausführungen der Kommission in diesem Punkt hin.

⁴² Vgl. dazu etwa *Hans-Joachim Priess*, Handbuch des Europäischen Vergaberechts, 3. Auflage, Köln usw. 2005, 283. Selbstverständlich genau umgekehrt die Nichtregierungsorganisationen, die aus der Zulässigkeit der Berücksichtigung von Aspekten des fairen Handels im Rahmen des Zuschlags – wie sie der EuGH mit dem zu besprechenden Urteil anerkennt – schliessen, dass derselbe Gesichtspunkt auch in die technischen Spezifikationen einfließen können muss (<http://www.clientearth.org/reports/role-not-content-distinguishing-technical-specifications-and-award-criteria.pdf>, besucht am 23. Juli 2012, S. 6 f.).

⁴³ Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. Oktober 2001 (KOM[2001] 566 endgültig), S. 15 unter Hinweis auf das *Government Procurement Agreement* der WTO.

⁴⁴ Sozialorientierte Beschaffung – Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, Dokument erstellt auf der Grundlage von SEK(2010) 1258 endg. (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/other_aspects/index_de.htm#social); noch deutlicher ist das Dokument SEK(2010) 1258 endg. vom 19. Oktober 2010 selbst, wo das Computer- und Softwarebeispiel ausdrücklich zitiert wird (S. 41 ff., insb. S. 43, vgl. aber auch S. 51 mit Fn. 96).

⁴⁵ *Ipek Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, Berlin 2009, 238.

⁴⁶ Vgl. dazu etwa *Johannes Mosters*, Ethische Beschaffung – Sekundärzwecke im Zeitalter der Globalisierung, Frankfurt am Main 2010, 438 ff.; anders wohl *Ölcüm*, a.a.O. [Fn. 45], 238.

⁴⁷ Vgl. namentlich Erwägungsgrund 41 zum Richtlinien-vorschlag, a.a.O. [Fn. 27], 28 f.

⁴⁸ *Johannes Mosters*, Urteilsbesprechung Rs. C-368/10, in: *IBR* 2012, 405; vgl. auch *Mosters*, Ethische Beschaffung, a.a.O. [Fn. 46], 447.

⁴⁹ Urteil, Rn. 91 unter Hinweis auf Nr. 110 der Schlussanträge.

⁵⁰ Vgl. dazu in anderem Zusammenhang etwa *Sue Arrow-smith/Peter Kunzlik*, EC Regulation of Public Procurement, in: *Arrowsmith/Kunzlik* (Hrsg.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions, 55. ff., insb. 88 ff., und in Bezug auf die Beurteilung der Anbieter das Urteil EuGH Slg. 2006, I-1366 *La Cascina und Zilch v. Ministero della Difesa und Ministero dell'Economia e delle Finanze*, insb. Rn. 23.

⁵¹ So etwa *Ariane Wiedmann*, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2007, 277.

⁵² Vgl. Richtlinien-vorschlag, a.a.O. [Fn. 27], insb. 28 f.

⁵³ Vgl. dazu den Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2004/18/EG. In Gefolge von *Kunnert* hat ein gewichtiger Teil der Lehre namentlich in Bezug auf soziale Aspekte demgegenüber die Ansicht vertreten, dass Art. XIII GPA im Sinne einer «Entpolitisierung» des Vergabeentscheidung zu interpretieren ist (vgl. grundlegend *Wolfgang Kunnert*, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 275; anders namentlich in Bezug auf ökologische Gesichtspunkte früh schon *Peter Kunzlik*, International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement, in: OECD (Hrsg.), The Environmental Performance of Public Procurement – Issues of Policy Coherence, Paris 2003, 157 ff., insb. 163, und nicht nur auf Umweltaspekte beschränkt etwa *Kerstin Odendahl*, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, EuZW 2004, S. 647 ff., insb. S. 651).

⁵⁴ *Mosters*, Urteilsbesprechung, a.a.O. [Fn. 48], 405.





- ⁵⁵ Die schweizerische Rechtsprechung kennt derartige Maximalgewichtungsvorgaben etwa für das Kriterium Lehrlingsausbildung (vgl. dazu *Marc Steiner*, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB), 2. Fassung 2010, 17 ff. und 25).
- ⁵⁶ Urteil *EVN und Wienstrom*, a.a.O. [Fn. 14], insb. Rn. 43; anders wohl *Mosters*, Ethische Beschaffung, a.a.O. [Fn. 46], 447.
- ⁵⁷ Urteil *EVN und Wienstrom*, a.a.O. [Fn. 14], insb. Rn. 68.
- ⁵⁸ Urteil, Rn. 108.
- ⁵⁹ So zusammenfassend Nr. 152 der Schlussanträge.
- ⁶⁰ Vgl. dazu etwa *Michael Fehling*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht – Handkommentar*, Baden-Baden 2011, Rz. 139 zu § 97 GWB, und *Varga*, a.a.O. [Fn. 9], 535 ff.
- ⁶¹ Vgl. Richtlinienvorschlag, a.a.O. [Fn. 27], insb. S. 93 mit Hinweis auf Annex XI (237).

- ⁶² Vgl. dazu § 84 des österreichischen Bundesvergabegesetzes 2006 vom 31. Jänner 2006 (Bundesgesetzblatt I Nr. 2006/17), der quasi Art. 55 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs bereits antizipiert, indem er nicht Art. 26, sondern Art. 27 der geltenden Richtlinie umsetzen will (vgl. dazu etwa *Bernt Elsner*, *BVergG 2006*, 2. Auflage, Wien 2008, Rz. 607 S. 322 ff.). Klar als Ausschlussgrund formuliert ist die Nichteinhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen in der Schweiz (vgl. dazu die Präsentation zur nachhaltigen Beschaffung anlässlich der Anhörung vor dem Binnenmarktausschuss am 24. Mai 2011 (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110527ATT20402/20110527ATT20402EN.pdf>), insb. Folie 25 unter Hinweis auf Art. 7 Abs. 2 der schweizerischen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11; Inkrafttreten der infrage stehenden Bestimmung: 1. Januar 2010).»

II.

Barbara Schroeder, St. Gallen*

Arzneimittelimport nach Island

(Grund, Elli-oghjúkrunarheimili v. Lyfjastofnun, EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 30. März, E-7/11)

Im klassischen Spannungsfeld zwischen dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und dem freien Warenverkehr ist der EFTA-Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsverfahren über die Zulässigkeit von Arzneimittelparallelimporten seiner bisherigen Praxis zur Überwindung der Marktaufteilung im Arzneimittelbereich treu geblieben. So kann in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH eine Parallelimportlizenz vom Importeur zwar verlangt werden. Dies gilt auch dann, wenn der Importeur die Arzneimittel unter Aufsicht an die eigenen Patienten verabreicht. Im entsprechenden Erteilungsverfahren ist die Prüfung jedoch auf die Frage zu beschränken, ob für das betreffende Arzneimittel eine gültige Marktzulassung vorliegt und das Produkt mit einem Arzneimittel identisch ist oder im Wesentlichen einem gleicht, das über eine Zulassung in dem EWR-Staat verfügt, in den das Produkt importiert werden soll. Darüber hinaus können die nationalen Behörden für die Erteilung der Lizenz von den Parallelimporteuren jedoch nicht zusätzlich verlangen, Herstellungskontrollberichte vorzulegen, um die Rückverfolgbarkeit des Vertriebsweges eines jeden einzelnen Medikaments sicherzustellen. Auch darf der Ermessensspielraum der nationalen Behörden, auf der Basis der Richtlinie 2001/83/EG in bestimmten Fällen Ausnahmen von den Sprachanforderungen für die Etikettierung und die Packungsbeilage zu gewähren, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des EWR-Rechts nicht so ausgeübt

werden, dass dies einen per se-Ausschluss der Parallelimporte zur Folge hätte.

(1) Sachverhalt und Vorlagefragen

Isländisches Recht **untersagt den Import von Arzneimitteln** aus anderen EWR-Staaten, wenn die fraglichen Produkte die **Voraussetzungen für eine Genehmigung für das Inverkehrbringen** in Island **nicht erfüllen**. Diese Bestimmung wird auch dann angewendet, wenn für die betreffenden Arzneimittel eine gültige Genehmigung für das Inverkehrbringen im EWR-Exportland vorliegt und in Island für gleichnamige Produkte ebenfalls eine solche Genehmigung existiert. Parallelimporteure müssen ausserdem **Herstellungskontrollberichte** vorweisen, welche bestätigen, dass jede Produktcharge die Anforderungen erfüllt, auf denen die Genehmigung basiert.

Die Klägerin *Grund*, ein isländisches Pflegeheim, beabsichtigt vom norwegischen Grossverteiler *Norske Medisinaldepot AS* Medikamente zu importieren. Dies wurde ihr von der isländischen Arzneimittelbehörde mit der Begründung untersagt, dass trotz des Vorliegens einer isländischen Genehmigung für das Inverkehrbringen gleichnamiger Produkte weder die von der Klägerin beigelegten Rechnungen noch die Zusammenfassung der Produkteigenschaften aus Norwegen ausreichend belegen könnten, dass die Arzneimittel die isländischen Marktzulassungsbedingungen erfüllen. Die Klägerin hätte einen Her-



GESCHÄFTSLEITUNG

Dr. rer. pol. Doris Baudenbacher-Tandler, Luxemburg

REDAKTION

Dr. Philipp Speitler (Chefredaktion)

Ref. iur. Moritz Am Ende (Staatliche Beihilfen)

Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (Immaterialgüterrecht)

RA Ferdinand Ochs/Univ.-Prof. Mag. Dr. Tina Ehrke-Rabel (Steuerrecht)

RA Stefan Lars-Thoren Heun-Rehn, Mag. iur. LL.M. (Bank- und Kapitalmarktrecht)

Dr. Henning Kahlert, LL.M. (Vergaberecht)

Dr. Vincent Kronenberger (Wettbewerbsrecht)

Ref. iur. Romen Link (Markenrecht)

Mag. Dr. Klaus Mayr, LL.M. (Arbeits- und Sozialrecht)

RA Markus Rübenstahl, Mag. iur. (Justiz und Inneres)

Cand. phil. Magnus Schmauch, LL.M. (Staatliche Beihilfen)

PD. Dr. Myriam Senn, LL.M. (Finanzdienstleistungsrecht)

Dr. Gabriel N. Toggenburg, LL.M. (Institutionen und Grundfreiheiten)

RA Dr. Alexander Wittwer, LL.M. (Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht)

Dr. Christine Würfel

AUTOREN (INNEN) DIESER AUSGABE

Prof. Dr. iur. Niels Fenger, Kopenhagen

Gerichtsschreiberin Barbara Schroeder, lic. iur. LL.M. (Bruges), St.Gallen/Basel

Richter am BVGer Marc Steiner, St.Gallen/Bern

Constanze Zahm, LL.B., Dresden

Impressum**ABONNEMENTS:**

Verlag radical brain S.A.

L-1024 Luxemburg

Postfach 2455

info@elr.lu

www.elr.lu

ERSCHEINUNGSWEISE:

Monatlich

BEZUGSBEDINGUNGEN:

Der Jahresbezugspreis beträgt Euro 350,- plus MwSt. und anteilige Versandkosten.

Das Abonnement kann jederzeit ohne Angabe von Gründen gekündigt werden.

Allfällige Guthaben werden in diesem Fall zurückerstattet.

© EUROPEAN LAW REPORTER ELR:

Vervielfältigungen, insbesondere Kopien und Nachdrucke, nur mit Genehmigung.

Weiterverbreitung in elektronischen Medien ist untersagt.

ZITIERWEISE: ELR

Der ELR im Internet: www.elr.lu

in
Zusammenarbeit
mit dem



Institut
für
Europarecht
an der
Universität
St. Gallen HSG