



Rechtliche Anforderungen an ein Gütesiegel oder Prüfzeichen für die Planung von Windenergieanlagen



Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Rechtliche Anforderungen an ein Gütesiegel oder Prüfzeichen für die Planung von Windenergieanlagen

Dr. Sebastian Helmes (Sterr-Kölln & Partner mbB, Berlin)

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski und Dr. Mirko Sauer (EWeRK – Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e. V. an der Humboldt-Universität zu Berlin)

Hintergrundpapier im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land



Inhalt

Vorwort.....	5
Teil I	
Vergabe von Gütesiegeln und Prüfzeichen	
1 Begriffe.....	8
2 Zulässigkeit der Gütesiegelträgerschaft – Wer darf Träger eines Gütesiegels sein?	9
2.1 Private Trägerschaft.....	9
2.2 Staatliche Trägerschaft.....	9
2.2.1 Rechtliche Einordnung der staatlichen Gütesiegelvergabe.....	9
2.2.2 Vorbehalt des Gesetzes.....	10
2.3 Beteiligung privater Dritter an der Gütesiegelvergabe.....	15
3 Rechtsgrundlagen für die Erstellung, die Vergabe, das Management und die Verwendung von Gütesiegeln.....	16
3.1 Kartellrechtliche Vorgaben.....	16
3.1.1 Anwendbarkeit – Unternehmensbegriff.....	17
3.1.2 Kartellverbot.....	18
3.1.3 Missbrauchsverbot.....	19
3.1.4 Gütezeichengemeinschaften.....	20
3.2 Lauterkeitsrechtliche Anforderungen.....	21
3.2.1 Anwendbarkeit – Der Begriff der geschäftlichen Handlung.....	21
3.2.2 Verbot unlauterer Geschäftshandlungen.....	22
3.3 Allgemeine zivilrechtliche Vorgaben.....	23
3.4 Verfassungs- und verwaltungsrechtliche sowie unionsrechtliche Vorgaben.....	23
3.4.1 Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Anforderungen.....	23
3.4.2 Unionsrechtliche Vorgaben.....	24
3.5 Übersicht.....	24
4 Grundsätze zur Festlegung von Gütebedingungen.....	25
4.1 Objektivität der Gütebedingungen (Tatsachen).....	25
4.2 Sachbezogenheit der Gütebedingungen.....	26
4.3 Verhältnismäßigkeit der Gütebedingungen.....	26
4.4 Europarechtskonformität.....	28
4.5 Fazit.....	28

5 Grundsätze zur Vergabe eines Gütesiegels	29
5.1 Neutrale Vergabestelle.....	29
5.2 Diskriminierungsfreiheit	30
5.3 Transparenz.....	30
5.4 Prüfung des Vorliegens der Gütebedingungen.....	31
6 Vergütung	32
7 Management eines Gütesiegels	32
8 Fazit.....	33
Teil II	
Möglichkeiten und Grenzen der behördlichen Steuerung naturschutzfachlicher Gutachter	
1 Gutachtenauftrag durch die Behörde	36
1.1 Primäre Verantwortung beim Antragsteller.....	36
1.2 Sekundäre Zuständigkeit der Behörde	37
1.3 Inhaltliche Anforderungen an die sekundäre Auswahlentscheidung	37
2 Einführung eines Gütesiegels oder einer Empfehlungsliste.....	38
2.1 Generelle Zulässigkeit	38
2.2 Inhaltliche Ausgestaltung	39
3 Inhaltliche »Leitlinien« für die Gutachtenerstellung.....	40
3.1 Behördliche Einschätzungsprärogative	40
3.2 Möglichkeiten einer Vereinheitlichung	41
4 Fazit.....	42
Impressum.....	44

Vorwort

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

die Windenergie wird nach wie vor von großen Teilen der Bevölkerung unterstützt. Trotzdem wird der voranschreitende Ausbau gerade von der lokalen Bevölkerung teilweise kritisch wahrgenommen, da diese die Folgen – insbesondere die Emissionen, die Implikationen auf den Natur- und Artenschutz und den Eingriff in das Landschaftsbild – unmittelbar erlebt. Hinzu kommt die Kritik, in die Planung der Projekte nicht hinreichend mit einbezogen und an der Wertschöpfung nicht beteiligt zu werden.

Die Bemühungen, die negativen Auswirkungen von Windenergieanlagen zu minimieren, sind zahlreich. Es wurden verschiedenste Lösungsvorschläge und Handlungsempfehlungen zur Eindämmung der Emissionen und zur Vereinbarung von Natur- und Artenschutz mit der Windenergie entwickelt. Gleiches gilt für die Einbeziehung der betroffenen Bevölkerung in die Planung und deren Teilhabe am durch die Anlagen generierten Gewinn.

Ob solche Konzepte bei der Planung und dem Betrieb von Windenergieanlagen berücksichtigt werden, ist oft nicht auf den ersten Blick zu erkennen. Hier können Gütesiegel Abhilfe schaffen: Durch die Vergabe solcher Zeichen ist für alle betroffenen Akteure schnell sichtbar, ob bei der Verwirklichung eines Projekts besondere Maßnahmen – etwa im Hinblick auf die informelle und finanzielle Beteiligung oder auf den Natur- und Artenschutz – umgesetzt werden.

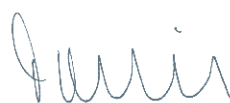
Im Sinne eines besseren Natur- und Artenschutzes und damit auch einer mittelbar gesteigerten Akzeptanz wird zudem eine Zertifizierung von naturschutzfachlichen Gutachtern oder aber deren behördliche Auswahl gefordert. »Schlechte Gutachten« verkomplizieren und verlängern die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen maßgeblich und machen den Genehmigungsbescheid angreifbar – eine für alle Beteiligten letztlich unbefriedigende Situation.

Allerdings gelten sowohl für die Erstellung von Gütesiegeln als auch für die Zertifizierung oder behördliche Auswahl von naturschutzfachlichen Gutachtern rechtliche Grenzen. Beides kann in die Berufsausübungsfreiheit der Betroffenen eingreifen. Bei einer vorschnellen Vergabe von Gütesiegeln besteht außerdem die Gefahr, dass »falsche Versprechungen« gemacht werden.

Mit diesem Papier will die Fachagentur Windenergie an Land die rechtlichen Grundlagen, die bei der Erarbeitung und Vergabe sowie beim Management eines Gütesiegels zu beachten sind, aufzeigen (Teil I). Darüber hinaus will sie einen Beitrag zu der Diskussion leisten, inwieweit es rechtlich zulässig ist, dass Gutachter von Genehmigungsbehörden vorgegeben oder empfohlen werden (Teil II). Ohne die inhaltliche Ausgestaltung vorzugeben, soll das Papier allein im Hinblick auf den rechtlichen Rahmen als eine erste Orientierung und Hilfestellung bei der Erarbeitung von Gütesiegeln oder der Zertifizierung von Gutachtern dienen.

Ich danke den Autoren für die Erstellung des Papiers und wünsche Ihnen eine informative Lektüre!

Ihr



Axel Tscherniak, Geschäftsführer der Fachagentur
Windenergie an Land

Teil I

Vergabe von Gütesiegeln und Prüfzeichen

Die Windenergie an Land wird nach wie vor von einer breiten Mehrheit der Bevölkerung unterstützt. Gleichwohl begegnen Projekte vor Ort immer wieder Vorbehalten in der Bevölkerung. Um eine Planung und einen Betrieb der Anlagen, die den vielfältigen Anforderungen – insbesondere aus dem Bereich der Beteiligung und des Natur- und Artenschutzes – gerecht werden, zu gewährleisten, wird verstärkt über Einführung von Gütesiegeln bzw. Prüfzeichen nachgedacht. Durch die Einführung solcher Siegel könnte die Einhaltung hoher Standards besser sichtbar gemacht werden, was wiederum zu einer besseren Akzeptanz beitragen könnte.

Die Erstellung, die Vergabe und das Management solcher Standards bewegt sich allerdings in keinem außerrechtlichen Bereich. Abhängig insbesondere von der Trägerschaft, der Art und Weise der Vergabe, der Kostentragung, der Rechtsqualität, dem Inhalt und der Verwendung der Gütesiegel sind in unterschiedlichem Maße verfassungs-, verwaltungs-, kartell-, lauterkeits-, zivil- und europarechtliche Anforderungen zu erfüllen. Diese rechtlich komplexe Gemengelage wird häufig als Hemmnis für die Auflage der angesprochenen Qualitätsstandards wahrgenommen.

Im ersten Teil dieses Hintergrundpapiers soll nach Erläuterung grundlegender Begriffe (1) geklärt werden, wer überhaupt Träger von Gütesiegeln sein darf und was die Voraussetzungen dafür sind (2). Es wird erläutert, welche Rechtsgrundlagen für die Erstellung, die Vergabe, das Management und die Verwendung von Gütesiegeln gelten (3), welche Grundsätze bei der Festlegung von Gütebedingungen (4) und bei der Vergabe von Gütezeichen (5) zu beachten sind. Ferner wird auf Grundsätze der Vergütung der Gütesiegelvergabe (6) sowie des Managements eines solchen Siegels (7) eingegangen.

1 Begriffe

Gütesiegel oder Gütezeichen sind Wort- oder Bildzeichen, die im Rechtsverkehr die Einhaltung bestimmter, vorab definierter Gütebedingungen signalisieren und damit für eine bestimmte Beschaffenheit oder Eigenschaft eines Produkts oder einer Leistung Gewähr tragen.

Diese Begriffe sind in der Praxis entstanden. Eine gesetzliche Definition existiert nicht; ebenso wenig wie ausdrückliche spezialgesetzliche Anforderungen für die Gütesiegelerstellung und -vergabe.

Terminologisch ist häufig von Prüfzeichen sowie Gütesiegeln bzw. Gütezeichen die Rede. Daneben können Auszeichnungen, Qualitätskennzeichen, Normungen und Zertifikate vergeben werden. Zum Teil wird zwar eine Unterscheidung dergestalt vorgenommen, dass mit Gütezeichen bzw. Gütesiegeln bestimmte (kontrollierte) Eigenschaften von Produkten und Angeboten signalisiert werden, während Zertifizierungen Unternehmen und Standorte für bestimmte (nachgewiesene) Arbeitsmethoden auszeichnen.¹ Rechtsprechung und Literatur folgen jedoch keiner einheitlichen und kohärenten Terminologie, sodass allein aus der Bezeichnung keine unmittelbaren rechtlichen Implikationen ableitbar sind.² Beispiele sind etwa die Umweltzeichen »Blauer Engel« oder das TÜV-Prüfsiegel. Im Folgenden wird der Begriff des Gütesiegels auch stellvertretend für Prüf- und Gütezeichen verwendet.

Rechtliche Anforderungen an die Trägerschaft und Vergabe von Gütesiegeln ergeben sich erst durch deren Verwendung im Rechtsverkehr. Gütesiegel signalisieren eine bestimmte Beschaffenheit bzw. bestimmte Eigenschaften eines Produkts oder einer Leistung.³ Ihre rechtliche Relevanz erlangen sie damit einerseits durch die geschützte Verkehrserwartung sowie andererseits dadurch, dass die Auszeichnung einzelner Marktteilnehmer marktprägende Wirkungen hat. So können mit der Nichtvergabe des Siegels Wettbewerbsnachteile entstehen.

Gütesiegelträger ist, wer die Gütebedingungen festlegt, nach deren Maßgabe das Recht zur Führung des Gütesiegels (i. d. R. im Rahmen eines Gütesiegelvertrages) vergeben wird. Der Gütesiegelträger ist nicht zwingend identisch mit der Vergabestelle, welche das Vorliegen der Gütebedingungen prüft und das Zeichen verleiht. Gütesiegelverwender ist, an wen das Gütesiegel verliehen worden ist.

¹ So auf der Webseite des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales im Kontext gesellschaftlicher Verantwortung von Unternehmen: <http://www.csr-in-deutschland.de/DE/ Unternehmen/CSR-Berichterstattung/Zertifikate-und-Siegel/zertifikate-und-siegel.html>.

² Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 2, Rn. 6

³ Alexander, in: Münchner Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 2, Rn. 18.

2 Zulässigkeit der Gütesiegelträgerschaft – Wer darf Träger eines Gütesiegels sein?

Als Gütesiegelträger kommen sowohl der Staat als auch Private in Betracht.

2.1 Private Trägerschaft

Privaten (natürliche oder juristische Personen) ist die Vergabe (das »Ob« der Auszeichnung) von Gütesiegeln für Produkte, Dienstleistungen oder Unternehmen in Ausübung ihrer Freiheitsrechte ohne weiteres gestattet. Mit

Blick auf die konkrete Erstellung der Gütebedingungen und ihr Vergabeverhalten (das »Wie«) können sich allerdings gewisse Vorgaben aus dem allgemeinen Zivil-, Kartell- und Lauterkeitsrecht ergeben.

2.2 Staatliche Trägerschaft

Ebenso wie Privaten ist es auch öffentlichen Einrichtungen im Grundsatz möglich, Gütesiegel aufzulegen. Davon wird auch Gebrauch gemacht (z. B. nationales Bio-Siegel,

Umweltzeichen »Blauer Engel« oder »Qualitätszeichen Baden-Württemberg«).

2.2.1 Rechtliche Einordnung der staatlichen Gütesiegelvergabe

Bei der Gütesiegelvergabe kann sich der Staat verschiedener Handlungsformen bedienen; mit prinzipiell unterschiedlichen Voraussetzungen und rechtlichen Konsequenzen. Er kann das Gütesiegel unternehmerisch vermarkten, schlichthoheitlich oder sogar hoheitlich tätig werden.

Die Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer schützen diese nicht vor der unternehmerischen Konkurrenz des Staates.⁴ Dies gilt jedenfalls solange, wie der Staat am Marktgeschehen als gleichgeordneter Marktteilnehmer teilnimmt, insoweit also keine Hoheitsgewalt ausübt oder sonstige gesetzliche oder strukturelle Wettbewerbsvorteile für sich in Anspruch nimmt.

Hieraus folgt, dass der Staat unternehmerisch tätig werden und insoweit also prinzipiell auch Gütesiegel erstellen und vermarkten darf. Soweit für unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand ein öffentlicher Zweck als Zulässigkeitsvoraussetzung gefordert wird⁵, kann dieser in der Schaffung von verlässlichen (Verbraucher-)Informationen sowie hier konkret in der Schaffung von gesellschaftlicher Akzeptanz und Voraussetzungen für eine effizientere und nachhaltige Planung und Genehmigung von Windparkprojekten liegen. Als Unternehmer unterliegt der Staat dann aber auch den Anforderungen und Handlungsgrenzen der allgemeinen Markt- und Wettbewerbsordnung (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)).

⁴ BVerwG, Urt. v. 22.2.1972 – I C 24.69; BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84; RhPfVerfGH, Urt. v. 28.3.2000 – VGH N 12/98; VGH München, Urt. v. 23.7.1976 – 32 V 75; zur Konkurrenz durch staatliche Wirtschaftstätigkeit: Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 78. EL Sept. 2016, Art. 2, Rn. 119ff.; Kirchhof, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 78. EL Sept. 2016, Art. 83, Rn. 105, 107.

⁵ BVerwG, Urt. v. 22.2.1972 – I C 24.69; RhPfVerfGH, Urt. v. 28.3.2000 – VGH N 12/98; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 78. EL Sept. 2016, GG Art. 2, Rn. 123; Grünwald, in: Danner/Theobald, Energierecht, 91. EL Januar 2017, 200. Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht; Grundlinien und Problembereiche wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen, Rn. 24ff.

Bei der staatlichen Gütesiegelvergabe geht es jedoch nicht allein um die mögliche Konkurrenz zu einer privatwirtschaftlichen Siegelvergabe. Mit der Vergabe von Gütesiegeln sind absatzförderliche Empfehlungen zugunsten bestimmter Produkte, Dienstleistungen oder Unternehmen verbunden; und zwar derjenigen Unternehmen, die anhand der festgelegten Gütebedingungen geprüft werden sollen. Zugleich können mit der Versagung der Gütesiegelvergabe (explizit oder implizit) auch absatz- oder sogar marktzutritts hinderliche Warnungen vor anderen Produkten, Dienstleistungen oder Unternehmen einhergehen. Dies kann für sich eine Grundrechtsbeeinträchtigung darstellen, die eine gesetzliche

Grundlage erforderlich machen würde. Der Staat kann sich seiner Grundrechtsbindung nicht durch die Wahl einer unternehmerischen Handlungsform entledigen. Das gilt sowohl für im Alleineigentum des Staates stehende Unternehmen als auch für mehrheitlich durch den Staat beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die in privatwirtschaftlicher Form organisiert sind.⁶ Insoweit gilt auch für die unternehmerische Handlung des Staates, dass damit einhergehende Grundrechtseingriffe⁷ eine gesetzliche Grundlage voraussetzen. Es bleibt also zu prüfen, ob und inwieweit die Gütesiegelvergabe die Grundrechte der Marktteilnehmer berührt.

2.2.2 Vorbehalt des Gesetzes

Die staatliche Vergabe von Gütesiegeln (gegen Entgelt oder Gebühr) und die damit verbundene Versagung der Vergabe an Personen, welche die festgelegten Gütebedingungen nicht erfüllen oder das erhobene Entgelt nicht aufbringen können oder sonst nicht teilnehmen wollen, kann einen Eingriff in die Berufs- und Wettbewerbsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG)) der angesprochenen Unternehmer darstellen.

Greift die staatliche Gütesiegelvergabe in die Grundrechte Dritter ein oder stellt diese Informationshandlung (Gütesiegelvergabe) ihrer Zielrichtung oder Wirkung nach ein sog. »funktionales Äquivalent« zu einem Grundrechtseingriff dar,⁸ bedarf es dafür einer gesetzlichen Grundlage (sog. Vorbehalt des Gesetzes).⁹

Eine allgemeine gesetzliche Grundlage für die Gütesiegelvergabe ist derzeit weder auf Bundes- noch auf Landesebene ersichtlich. Es kommt daher auf die seit längerer Zeit geführte Diskussion über die »grundrechtliche Eingriffsqualität« staatlichen Handelns (v. a. Informationshandelns) an.¹⁰ Es stellt sich im Grunde eine vergleichbare Frage: Ob und inwieweit darf der Staat durch eine Gütesiegelvergabe – auch ohne gesetzliche Grundlage – darüber informieren, welche Personen hohe (überobligatorische), vom Träger des Gütesiegels selbst vorgegebene Qualitätsstandards erfüllen?

⁶ Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 78. EL Sept. 2016, Art. 1 Abs. 3, Rn. 94f.; Kirchof, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 83 Rn. 105, 107; Schwensfeier/Knauff, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, GWB § 130 Abs. 1, Rn. 10; BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06.

⁷ Dies gilt auch, wenn die (privatrechtsförmige) Marktteilnahme der öffentlichen Hand wettbewerbsbeschränkend wirkt. Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 78. EL Sept. 2016, Art. 2, Rn. 123.

⁸ BVerfG, Urt. v. 26.6.2001 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91; Schoch, Die Schwierigkeit des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, 193, 195, 197.

⁹ Vgl. den Wortlaut der Vorschriften; BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84; BVerwG, Urt. v. 18.10.1990 – 3 C 2/88; BVerwG, Urt. v. 7.12.1995 – 3 C 23/94; Möstl, Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für die Verbraucherinformation?, LMuR 2014, 77, 78; Schoch, Die Schwierigkeit des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, 193, 195, 197.

¹⁰ Vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91; BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84; BVerwG, Urt. v. 18.10.1990 – 3 C 2/88; BVerwG, Urt. v. 7.12.1995 – 3 C 23/94; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.5.2014 – OVG 5 S 21.14; VG Düsseldorf, Urt. v. 13.3.2015 – 26 K 4876/13; VG Berlin, Beschl. v. 19.3.2014 – VG 14 L 35.14.

2.2.2.1 Eingriffsqualität einer staatlichen Gütesiegelvergabe

Umstritten ist, ob schon jede staatliche Information mit Wettbewerbsbezug die Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG) beeinträchtigt.

Gerichtlich wird z. T. vertreten, dass eine solche Beeinträchtigung nicht vorläge, wenn es sich um zutreffende und sachliche Informationen handelt, welche die (Bundes- oder Landes-)Regierung im Rahmen ihrer verfassungsmäßig zugewiesenen »besonderen Aufgabe der Staatsleitung« tätigen dürfe.¹¹

Diese Position ist stark kritisiert worden¹² und wird (u. a. von einem anderen Teil der Rechtsprechung) als Ausnahme für die staatliche Leitung in unvorhergesehenen Krisensituationen angesehen.¹³ Soweit die Informationshandlung nach Ziel und Wirkung lediglich eine staatliche Ersatzmaßnahme für einen »klassischen« Grundrechtseingriff darstellt, müssen dafür auch die gewöhnlichen Anforderungen für Grundrechtsbeschränkungen (gesetzliche Grundlage) erfüllt werden.¹⁴

Übertragen auf die Frage der Gütesiegelvergabe bedeutet dies: Selbst wenn nur eine optionale Gütesiegelvergabe (freiwilliger Gütesiegelerwerb) in Rede steht, kann sich dies auf die Ausübung der Gewerbe- bzw. Berufsfreiheit der betroffenen Personen auswirken. Auch solche sog. mittelbaren Auswirkungen können sich als Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Freiheit erweisen¹⁵ und dementsprechend eine gesetzliche Grundlage nötig werden lassen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die staatliche Maßnahme (Information, Gütesiegelvergabe bzw. -versagung) nach ihrer Zielrichtung oder Wirkung ein funktional gleichwertiges Äquivalent zu einem sonstigen imperativen klassischen Grundrechtseingriff darstellt.

Amtliche Informationen sind dann als grundrechtsrelevant anzusehen, wenn sie eindeutig auf einen auf Seiten der Betroffenen eintretenden nachteiligen Effekt abzielen oder als eine voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Freiheitsrechte bewirken.¹⁶

Nur soweit dem Gütesiegel lediglich informatorischer Gehalt zukommt und keine Grundrechte beeinträchtigt werden, ist dies als administrative (schlicht-hoheitliche) Maßnahme ohne gesonderte gesetzliche Grundlage zulässig. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn bei der Gütesiegelvergabe der Aspekt der Verbraucheraufklärung und -beratung durch Schaffung einer Informationsgrundlage zur freien Entscheidungsfindung der betroffenen Akteure (möglicherweise noch verbunden mit dem Ziel des Umweltschutzes) im Vordergrund steht. Die Kompetenz zur Gütesiegelvergabe ergibt sich für die jeweils handelnden staatlichen Organe dann bereits aus ihrer allgemeinen (verfassungsmäßigen) Aufgabenzuweisung.¹⁷ Die handelnde öffentliche Einrichtung muss also sachlich mit der Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben in dem Bereich, in dem das Gütesiegel erteilt werden soll, von Gesetzes wegen befasst sein. Dabei sind die Zuständigkeiten von Bund und Ländern ebenso zu beachten wie die Frage, ob die Kompetenzen für hoheitliches Informationshandeln in diesem Bereich bereits abschließend gesetzlich geregelt sind.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91; BayVGh, Beschl. v. 9.1.2012 – 12 CE 11.2685; VG Berlin, Urt. v. 28.1.2012 – VG 14 K 79.12; VG Berlin, Beschl. v. 19.3.2014 – VG 14 L 35.14.

¹² Möstl, Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für die Verbraucherinformation?, LMuR 2014, 77; Schoch, Die Schwierigkeit des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, 193.

¹³ BayVGh, Beschl. v. 9.1.2012 – 12 CE 11.2685; VG Berlin, Urt. v. 28.1.2012 – 14 K 79.12; Möstl, Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für die Verbraucherinformation?, LMuR 2014, 77; eine Abkehr von dieser Rechtsprechung des BVerfG sieht Schoch in den Beschlüssen des BVerfG v. 31.8.2009 – 1 BvR 3275/07 sowie v. 24.5.2005 – 1 BvR 1072/01; Schoch, Die Schwierigkeit des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, 193, 194.

¹⁴ BayVGh, Beschl. v. 9.1.2012 – 12 CE 11.2685; VG Berlin, Urt. v. 28.1.2012 – 14 K 79.12.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 670/91; BVerfG, Beschl. v. 31.8.2009 – 1 BvR 3275/07; BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84; BVerwG, Urt. v. 18.10.1990 – 3 C 2/88.

¹⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.5.2014 – OVG 5 S 21.14, Rn. 18; BVerwG, Urt. v. 7.12.1995 – 3 C 23.94, Rn. 22 ff.

¹⁷ Schoch, Die Schwierigkeit des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, 193, 196.

Soweit die Gütesiegelvergabe, -versagung und -verwendung jedoch mit Hoheitsmitteln umgesetzt wird (hoheitliche Vergabe von Gütesiegeln in Abgrenzung zur schlicht-hoheitlichen Vergabe)¹⁸, müsste hierfür eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Dies gilt auch

für den Fall, dass der Staat unternehmerisch tätig wird und das Unternehmen ganz oder mehrheitlich vom Staat beherrscht wird. Im Moment ist eine solche Rechtsgrundlage nicht vorhanden.

Hinweis für die Praxis:

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Gütesiegel in die Grundrechte der Marktteilnehmer eingreift und damit eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, kommt es auf die konkrete Ausgestaltung des Gütesiegels an, insbesondere darauf, welche Ziele und Wirkungen damit verfolgt werden.

Eingriffsqualität einer staatlichen Gütesiegelvergabe

Eine grundrechtsrelevante Beeinträchtigung (z. B. durch staatliches Informationshandeln) soll jedenfalls dann vorliegen, wenn mit der Information eine Wirtschaftslenkung¹⁹ intendiert ist, die unzweifelhaft auf den Eintritt

eines nachteiligen Effekts auf Seiten der Konkurrenten der Gütesiegelnutzer abzielt, um eine im öffentlichen Interesse gewünschte Wirkung zu erreichen; und dieser Effekt nicht nur bloße Begleiterscheinung des Handelns ist.²⁰

Hinweis für die Praxis:

Eine hinreichend rechtssichere Abgrenzung zwischen bloßer Verbraucherinformation (ohne ausdrückliches gesetzliches Mandat) und wirtschaftslenkender Zielrichtung (mit zwingend gesetzlichem Mandat) lässt sich nur schwer treffen. Es kommt auf den Einzelfall an. Eine Abgrenzungsfrage könnte wie folgt formuliert werden: »Sollen Unternehmen ohne Gütesiegel, d. h. ohne Erfüllung der Gütebedingungen im Grunde nicht mehr tätig werden können?«

Soll die Gütesiegelvergabe in diesem Sinne zu spürbaren Veränderungen der Marktbedingungen führen, wird man die Vergabe als Element der Wirtschaftslenkung und nicht bloß der Verbraucheraufklärung und -beratung anzusehen haben. Die Gütesiegelvergabe hätte die Qualität eines Grundrechtseingriffs. Eine gesetzliche Grundlage wäre erforderlich.

Davon wird man ausgehen müssen, wenn durch die Gütesiegelvergabe versucht wird, den Markt derart zu beeinflussen, dass sich nur noch Wettbewerber mit einem Gütesiegel durchsetzen.²¹ Dann würde letztlich auf eine faktisch verpflichtende Einhaltung bestimmter Kriterien (Gütebedingungen) abgezielt, ohne dass die Verpflichtung dazu von Gesetzes wegen erforderlich wäre.

¹⁸ Zur Unterscheidung von hoheitlichem und schlicht-hoheitlichem Handeln: vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage 2014, § 1, Rn. 144.

¹⁹ Als Wirtschaftslenkung sind alle staatlichen Maßnahmen zu verstehen, durch die auf den wirtschaftlichen Prozess eingewirkt werden soll, um einen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitisch erwünschten Zustand oder Ablauf des Wirtschaftslebens herzustellen, vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84; BVerwG, Urt. v. 18.10.1990 – 3 C 2/88; BVerwG, Urt. v. 7.12.1995 – 3 C 23/94.

²¹ Dabei lässt die Literatur z. T. für die Annahme eines Eingriffs bzw. funktionalen Äquivalents aufgrund der Verschlechterung der Absatzmöglichkeiten eines Konkurrenten durch das Gütesiegel sogar eine Beeinträchtigung unterhalb der Existenzgefährdung genügen, vgl. Janiszewski, Das Umweltzeichen – Rechtliche Analyse und Neuorientierung, 1992, S. 115 ff., 127.

Eine Ausnahme könnte sich möglicherweise aus dem Aspekt des staatlichen Umweltschutzes ergeben (Art. 20a GG). Soweit ein Gütesiegel überwiegend dem Umweltschutz dient, soll dessen Vergabe laut *OVG Münster* bereits nicht als wirtschaftslenkende Maßnah-

me zu betrachten sein.²² Eine hinreichend rechtssichere Abgrenzung zwischen wirtschaftslenkender Maßnahme einerseits und Umweltschutzmaßnahme andererseits ist schwer zu treffen. Es kommt wieder auf den Einzelfall an.

Schwerwiegende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit als (Neben-)Folge der Gütesiegelvergabe

Ein Grundrechtseingriff bzw. ein funktionales Äquivalent desselben liegt auch dann vor, wenn die staatliche Informationshandlung als Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirkt. Diese Folgen müssen nicht bezweckt sein. Es genügt, dass sie vorhersehbar waren und staatlicherseits in Kauf genommen wurden.²³

Auch die Entfaltung bloß mittelbarer Wirkung steht der Annahme eines Eingriffs nicht entgegen.²⁴ Dies soll selbst dann der Fall sein, wenn auch die wirtschaftlichen Nachteile ausschließlich auf das Verhalten privater Dritter (z. B.

die der Kunden oder Konkurrenten bei der Auswahl des Vertragspartners) zurückzuführen sind²⁵ und dieses Auswahlverhalten auf der staatlichen Äußerung (hier des Gütesiegels) beruht oder jedenfalls ganz maßgeblich durch diese beeinflusst wurde. Die Fälle, in denen das BVerwG diese Grundsätze aufstellte, befassten sich allerdings hauptsächlich mit Veröffentlichungen von Negativinformationen durch den Staat, in denen Warnungen ausgesprochen wurden oder das Vorliegen bestimmter negativer Eigenschaften bzw. das Fehlen positiver Eigenschaften mitgeteilt wurde.

Hinweis für die Praxis:

Auch bei der Feststellung einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit als (Neben-)Folge kommt es auf den Einzelfall an. Eine Abgrenzungsfrage könnte wie folgt formuliert werden: »Können Unternehmen ohne Gütesiegel, d. h. ohne Erfüllung der Gütebedingungen noch tätig werden?« Der Umstand, dass der Staat eine Gütebesiegelung vornimmt, lässt für sich bereits diese Wirkung als naheliegend erscheinen. Soweit aber mit der Gütesiegelvergabe solche negativen Wirkungen nicht verbunden sind, kann eine Eingriffsqualität derselben verneint werden; vorbehaltlich es steht keine beabsichtigte Wirtschaftslenkung in Rede.

Weist das staatliche Gütesiegel lediglich darauf hin, dass entsprechend ausgezeichnete Unternehmer die zugrundeliegenden Gütebedingungen erfüllen und ist damit keine Warnung vor nichtbesiegelten Unternehmern verbunden, dürfte eine schwerwiegende Freiheitsbeeinträchtigung regelmäßig ausscheiden. Ob ein Wettbewerber von der Nutzung des Gütesiegels profitieren kann, erweist sich im Markt (Nachfrageverhalten).

Wird die Versagung der Gütesiegelvergabe nicht veröffentlicht, ist für den Verkehr auch nicht erkennbar, ob die Vergabe wegen Nichterfüllung der Gütebedingungen abgelehnt oder überhaupt begehrt wurde. Dies senkt den Charakter als staatliche Warnung, was seinerseits auch die Schwere möglicher Beeinträchtigungen der Wirtschaftstätigkeit ohne Gütesiegel reduziert.

Eine andere Bewertung ist allerdings dann angebracht, wenn durch das Gütesiegel – auch ohne eine entsprechende Intention des Trägers – der Markt derart prägend beeinflusst wird, dass Wettbewerber ohne Siegel im Wettbewerb praktisch chancenlos wären. Ist dies für den Staat erkennbar und nahm er dies billigend in Kauf, dürfte nach der geschilderten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine gesetzliche Grundlage für den Eingriff in die berufliche Betätigungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG erforderlich sein.

²² So zum Umweltzeichen »Blauer Engel« unter Berücksichtigung der oben geschilderten Grundsätze: *OVG Münster*, Beschl. v. 23.3.2001 – 4 A 2560/00.

²³ *BVerwG*, Urt. v. 18.10.1990 – 3 C 2/88; *BVerwG*, Urt. v. 7.12.1995 – 3 C 23/94.

²⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 670/91; *BVerfG*, Beschl. v. 31.8.2009 – 1 BvR 3275/07; *BVerwG*, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84; *BVerwG*, Urt. v. 18.10.1990 – 3 C 2/88.

²⁵ *BVerwG*, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84.

2.2.2.2 Beispiele staatlicher Gütesiegel

Der Weg eines Gütesiegels auf Grundlage eines Gesetzes wurde beispielsweise für das nationale Bio-Siegel gewählt, welches auf dem Öko-Kennzeichengesetz des Bundes sowie der VO (EG) Nr. 834/2007 beruht.²⁶ Ebenso liegt dem Qualitätszeichen des Landes Baden-Württemberg »Gesicherte Qualität mit Herkunftsangabe« mit § 20 Abs. 3 Landwirtschafts- und Landeskulturgesetz Baden-Württemberg (LLG BW) eine hinreichende (landes-)gesetzliche Grundlage zu Grunde.²⁷

Das Umweltzeichen »Blauer Engel« (in Zeicheninhaberschaft des Bundesumweltministeriums) hingegen beruht auf keiner gesetzlichen Grundlage. Eine höchstrichter-

liche Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung gibt es bislang nicht.²⁸ In der Literatur werden allerdings mit Blick auf die fehlende gesetzliche Grundlage Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Umweltzeichens geäußert.²⁹ Zum Teil wird vertreten, dass es sich dabei um eine Maßnahme zugunsten des Umweltschutzes handelt, mit deren Hilfe gegen unerwünschte (schädliche) Produkte vorgegangen wird.³⁰ Bei einer solchen Maßnahme könnte das Erfordernis einer speziellen Rechtsgrundlage möglicherweise dahinstehen. Der Schwerpunkt dieser Maßnahme könnte aber auch in der Auflegung lediglich verlässlicher Produktinformation liegen.³¹

2.2.2.3 Fazit

Die Frage, ob der Staat – auch wenn er unternehmerisch tätig wird und das Unternehmen ganz oder mehrheitlich in seinem Eigentum steht – für eine Gütesiegelvergabe eine gesetzliche Grundlage benötigt, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Gütesiegels und vor allem davon ab, welche Ziele und Wirkungen damit verfolgt werden.

Verfolgt der staatliche Träger mit dem Gütesiegel wirtschaftslenkende Absichten, ist ihm eine derartige Wirkung bewusst oder nimmt er vorhersehbar schwerwiegende (Neben-)Folgen seines Handelns für die wirtschaftliche Freiheitsausübung der Unternehmer in Kauf, ist mit der Vergabe (bzw. Versagung) eines Gütesiegels regelmäßig ein Grundrechtseingriff (Art. 12 Abs. 1 GG) oder ein funktionales Äquivalent desselben verbunden. Dafür benötigt der Staat eine gesetzliche Grundlage.

Handelt es sich hingegen schwerpunktmäßig um eine Verbraucheraufklärung und eine Schaffung von Markttransparenz ohne Wertung, bei denen schwerwiegende Beeinträchtigungen von Grundrechten als Nebenfolge nicht erkennbar waren und nicht billigerweise in Kauf genommen wurden, dürfte die Vergabe von Gütesiegeln durch den Staat aus verfassungsmäßig zugewiesenen Aufgaben zulässig sein. Erforderlich ist aber auch dann das Handeln der fachlich zuständigen öffentlich-rechtlichen Einrichtung.

Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen ganz sicher zu genügen, bietet es sich daher an, die Vergabe des Gütesiegels auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen.³²

²⁶ Hierzu ausführlicher Klinger/Hartmann/Krebs, Vom Blauen Engel zum Bekleidungsengel? Umweltsiegel als Vorbild staatlicher Zertifizierung in der Textilindustrie, ZUR 2015, 270.

²⁷ Vgl. die Zeichensatzung für das Qualitätszeichen des Landes Baden-Württemberg »Gesicherte Qualität mit Herkunftsangabe« in der Fassung v. 13.12.2013.

²⁸ Janiszewski, Das Umweltzeichen – Rechtliche Analyse und Neuorientierung, 1992, S. 129, 217 f.; Klinger/Hartmann/Krebs, Vom Blauen Engel zum Bekleidungsengel? Umweltsiegel als Vorbild staatlicher Zertifizierung in der Textilindustrie, ZUR 2015, 270, 276; Das OVG Münster deutet an, in der Vergabe des Umweltzeichens »Blauer Engel« lediglich eine Maßnahme aus Gründen des Umweltschutzes und daher bereits keine zielgerichtete Beeinträchtigung des Markts zu sehen (OVG Münster, Beschl. v. 23.3.2001 – 4 A 2560/00). Es geht dabei jedoch nicht darauf ein, inwieweit es sich auch bei einer solchen Maßnahme zum Zwecke des Umweltschutzes um eine wirtschaftslenkende Maßnahme i. S. d. oben geschilderten Grundsätze des BVerwG handeln kann, die jedenfalls bei schwerwiegender Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG eine Gesetzesgrundlage benötigt.

²⁹ Janiszewski, Das Umweltzeichen – Rechtliche Analyse und Neuorientierung, 1992, S. 129, 217 f.; Klinger/Hartmann/Krebs, Vom Blauen Engel zum Bekleidungsengel? Umweltsiegel als Vorbild staatlicher Zertifizierung in der Textilindustrie, ZUR 2015, 270, 276.

³⁰ Janiszewski, Das Umweltzeichen – Rechtliche Analyse und Neuorientierung, 1992, S. 27.

³¹ Vgl. in Zakrzewski, Umweltschutzbezogene Verbraucherinformationen durch das Umweltzeichen »Der Blaue Engel«, 2010, S. 31, 33.

³² So auch hinsichtlich der Schaffung eines nationalen Textilsiegels: Klinger/Hartmann/Krebs, Vom Blauen Engel zum Bekleidungsengel? Umweltsiegel als Vorbild staatlicher Zertifizierung in der Textilindustrie, ZUR 2015, 270, 276.

2.3 Beteiligung privater Dritter an der Gütesiegelvergabe

Soweit die öffentliche Hand im Rahmen der rechtlichen Vorgaben als Trägerin eines Gütesiegels tätig wird (dazu oben, 2.2), ist es nicht zu beanstanden, wenn sie sich bei der Vergabe des Gütesiegels, der damit verbundenen Prüfung und späteren Kontrolle der Einhaltung der Gütebedingungen privater Dritter bedient.

Auch auf diesem Weg kann sich die öffentliche Hand allerdings nicht ihrer Grundrechtsbindung entziehen. Sie muss z. B. über öffentlich-rechtliche Verträge³³ und eine geeignete Aufsicht sicherstellen, dass der private Vertragspartner die Anforderungen der staatlichen Siegelvergabe einhält. Bedient sich die öffentliche Hand bei der Vergabe oder Kontrolle des Gütezeichens privater Dritter, ändert dies nichts an der gegebenenfalls bestehenden Notwendigkeit einer Gesetzesgrundlage für die Gründung und Vergabe des Gütesiegels.

Sollen private Dritte als Beliehene hoheitlich für den Staat tätig werden, bedarf es hierfür eines staatlichen Beleihungsakts, bei dem durch oder aufgrund eines entsprechenden Gesetzes dem Dritten hoheitliche Aufgaben und Befugnisse übertragen werden.³⁴ In dem Fall gilt für den Dritten in der Tätigkeit als Beliehener eine unmittelbare Grundrechtsbindung.

Beispiele für die Einbeziehung Privater in die Vergabe staatlich getragener Gütesiegel sind sowohl das Umweltzeichen »Blauer Engel«, das »Qualitätszeichen Baden-Württemberg« als auch das nationale Bio-Siegel. Tätig werden die Privaten hierbei insbesondere in der Vergabe der Gütesiegel nach staatlicher Vorgabe sowie dem Management der Gütesiegelverwendung (z. B. Kontrollen). Dabei üben sie ihre Aufgaben teilweise auch als Beliehene oder Verwaltungshelfer aus.³⁵

³³ So bspw. beim Umweltzeichen »Blauer Engel« zwischen dem Umweltbundesamt und der RAL gGmbH, vgl. Klinger/Hartmann/Krebs, Vom Blauen Engel zum Bekleidungsengel? Umweltsiegel als Vorbild staatlicher Zertifizierungen in der Textilindustrie, ZUR 2015, 270, 273; Zakrzewski, Umweltschutzbezogene Verbraucherinformationen durch das Umweltzeichen »Der Blaue Engel«, 2010, S. 45.

³⁴ BVerwG, Urt. v. 26.8.2010 – 3 C 35/09; Reimer, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 40, Rn. 49; Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 1, Rn. 246 ff.

³⁵ Eine Tätigkeit als Beliehener und privater Verwaltungshelfer sieht Janiszewski in der Tätigkeit des RAL Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung e. V. (RAL) bei der Vergabe des Umweltzeichens »Blauer Engel«, Janiszewski, Das Umweltzeichen – Rechtliche Analyse und Neuorientierung, 1992, S. 29 ff., 32 ff., 37 ff. Hinsichtlich des nationalen Bio-Siegels ermächtigt das Öko-Landbaugesetz (ÖLG) die Landesregierungen, zugelassene (private) Kontrollstellen mit bestimmten hoheitlichen Kontrollaufgaben zu beleihen, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ÖLG.

3 Rechtsgrundlagen für die Erstellung, die Vergabe, das Management und die Verwendung von Gütesiegeln

Mit Ausnahme einiger weniger gesetzlicher Gütesiegel (die hier nicht von Interesse sind) gibt es für die Erstellung von Gütesiegeln keine spezialgesetzlichen Anforderungen. Im Grundsatz sind also die möglichen Gütesiegelträger (vgl. 2) frei darin, Gütebedingungen zu kreieren und mit ihren Gütesiegeln bestimmte Leistungen, Produkte, Unternehmer oder Unternehmen auszuzeichnen. Ebenso steht es im Grundsatz auch jedermann frei, das ihm oder seinem Produkt verliehene Gütesiegel im Geschäftsverkehr zu seinem Vorteil zu nutzen.

Die Vergabe wie auch die Verwendung solcher Gütesiegel bewegt sich allerdings in keinem außerrechtlichen Bereich. Es gibt Grenzen. Mit Gütesiegeln gehen Leistungs- bzw. Qualitätsstandardisierungen einher, die im Verkehr eine Erwartungshaltung erzeugen und Einfluss auf den Wettbewerb und die Erwerbsmöglichkeiten potentieller Gütesiegelverwender haben können. Gütesiegel berühren die Interessen der Verbraucher (Kunden), der Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer. Ihre Vergabe und Verwendung muss deshalb den allgemeinen Anforderungen der Markt- und Wettbewerbsordnung (UWG, GWB, BGB, AEUV) genügen. Bei der Gütesiegelträgerschaft der öffentlichen Hand treten noch die allgemeinen verfassungs-, verwaltungs- und europarechtlichen Grenzen staatlichen Handelns hinzu.

3.1 Kartellrechtliche Vorgaben

Das Kartellrecht (GWB und Art. 101 ff. AEUV) schützt den unverfälschten Wettbewerb. Es steht Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen entgegen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV). Zugleich verbietet es Unternehmen, die

Die sogleich darzustellenden Rechtsgrundlagen entsprechen sich in ihrem materiellen Gehalt weitgehend. Kartellrecht, Lauterkeitsrecht und allgemeines Zivilrecht verpflichten den Gütezeichenträger zu diskriminierungsfreiem Handeln. Auch im öffentlichen Recht bildet der Gleichbehandlungsgrundsatz die zentrale rechtliche Anforderung.

Gütesiegelträger, die bei der Vergabe oder der Lizenzierung der Gütesiegelvergabe geschäftlich bzw. unternehmerisch handeln, sind an das Lauterkeitsrecht (UWG) und das Kartellrecht (GWB/AEUV) gebunden. Daneben gelten die allgemeinen Regelungen des BGB. Dasselbe gilt für die Verwender des Gütesiegels.

Die sich daraus ergebenden rechtlichen Anforderungen sind umso intensiver, je höher die Erwartungshaltung der Kundenseite ausfällt, die mit dem Gütesiegel bezweckt oder bewirkt wird. Die Handlungsgrenzen nehmen ebenfalls zu, je größer die Bedeutung des Gütesiegels für die wirtschaftliche Tätigkeit der potentiellen Gütesiegelverwender ist. Schließlich erhöhen sich die Anforderungen für Gütesiegelträger auch, wenn sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und für die angesprochenen Gütesiegelverwender insoweit Möglichkeiten zum Ausweichen auf andere Gütesiegelträger nicht oder kaum vorhanden sind.

über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, selbige zu missbrauchen (§§ 18 ff. GWB, Art. 102 AEUV). Beide Aspekte können bei der Vergabe von Gütesiegeln relevant werden. In § 20 Abs. 5 GWB wird überdies der Sonderfall einer Gütezeichengemeinschaft geregelt.

3.1.1 Anwendbarkeit – Unternehmensbegriff

Die Anwendbarkeit der allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen (Kartellverbot nach § 1 GWB, Missbrauchsverbot nach §§ 19 f. GWB) setzt die Unternehmenseigenschaft des Handelnden voraus. Unternehmen i. S. d. GWB/AEUV ist jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (sog. funktionaler Unternehmensbegriff).³⁶ Die Rechtsform der Einheit oder die Art der Finanzierung ist hierbei irrelevant. Nicht erfasst sind BGB-Gesellschaften und Idealvereine, wenn diese nicht wirtschaftlich tätig sind.³⁷ Handeln Private nicht mit Unternehmenseigenschaft, kann gleichwohl eine Gütezeichengemeinschaft i. S. d. § 20 Abs. 5 GWB vorliegen.

Auch öffentliche Unternehmen unterliegen dem Kartellrecht, soweit sie unternehmerisch handeln.³⁸ Öffentliche Träger, die ausschließlich hoheitlich handeln, sind hingegen vom Unternehmensbegriff nicht erfasst.³⁹ Sobald ein Hoheitsträger aber den ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereich verlässt und durch seine Handlung

(ohne Rechtsgrundlage) der Sache nach in den Marktaustausch eingreift, handelt er in Unternehmereigenschaft.⁴⁰ Sein Verhalten wäre am GWB zu messen.

Für die Annahme einer »wirtschaftlichen Tätigkeit« ist eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich.⁴¹ Es genügt, dass wirtschaftliche Güter oder gewerbliche Leistungen angeboten oder nachgefragt werden und insofern eine für den Markt relevante Teilnahme am Wirtschaftsprozess vorliegt.⁴² So begründet die Zertifizierungspraxis eines gemeinnützigen Vereins, etwa durch Festlegung technischer Regeln, für sich allein noch keine Marktteilnahme.⁴³ Wird mit einer solchen Zertifizierungspraxis aber Einfluss auf das wettbewerbliche Verhalten der Mitgliedsunternehmen genommen, wäre der Verein als Unternehmensvereinigung i. S. d. § 1 GWB zu qualifizieren, dessen Beschlüsse dem Kartellrecht unterliegen würden.⁴⁴

Hinweis für die Praxis:

Die Regeln des Kartellrechts können private wie öffentliche Gütesiegelträger treffen. Soweit diese unternehmerisch handeln, sind die allgemeinen Vorgaben nach § 1 GWB sowie §§ 19 f. GWB zu beachten.⁴⁵ Dies ist auch dann der Fall, wenn der Gütesiegelträger mit der Gütesiegelvergabe (ohne Hoheitsmandat) in den Wettbewerb eingreift, das heißt den Marktaustausch beeinflusst.

Fehlt hingegen die Unternehmereigenschaft des Gütesiegelträgers, finden allenfalls die besonderen Vorschriften des § 20 Abs. 5 GWB für Gütezeichengemeinschaften Anwendung.⁴⁶

³⁶ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 23; BGH, Urt. v. 16.12.1976 – KVR 5/75.

³⁷ Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 11; explizit für Gütezeichengemeinschaften: LG Köln, Urt. v. 12.3.2008 – 28 O (Kart) 529/07. Für diese gilt dann allerdings die Sonderregelung des § 20 Abs. 5 GWB.

³⁸ Vgl. Art. 106 AEUV, § 130 Abs. 1 GWB; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, GWB § 130, Rn. 17.

³⁹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 26; Jennert, Wirtschaftliche Tätigkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts, WuW 2004, 37.

⁴⁰ Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 1, Rn. 14; BGH, Beschl. v. 19.3.1991 – KVR 4/89; EuGH, Urt. v. 28.2.2013 – C-1/12.

⁴¹ BGH, Urt. v. 29.10.1970 – KZR 3/70; EuGH, Urt. v. 29.10.1980 – Rs. C-209/78, Rn. 88; EuGH, Urt. v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94, Rn. 21.

⁴² BGH, Beschl. v. 22.3.1976 – GSZ 2/75; vgl. auch EuGH, Beschl. v. 17.12.1993 – Rs. C-159/91 und C-160/91; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 31.

⁴³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.2.2014 – VI-U (Kart) 35/13, Rn. 35 f.; vgl. Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 20, Rn. 127, wonach Gütezeichengemeinschaften i. d. R. keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.

⁴⁴ Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 1, Rn. 12; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.2.2014 – VI-U (Kart) 35/13.

⁴⁵ Vgl. 3.1.2 und 3.1.3.

⁴⁶ Vgl. 3.1.4.

3.1.2 Kartellverbot

Eine nach § 1 GWB (Art. 101 AEUV) verbotene Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit eines oder mehrerer Wettbewerber durch eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen mittelbar oder unmittelbar eingeschränkt wird und dadurch die Wahlmöglichkeiten dritter Marktteilnehmer vermindert oder verändert werden.⁴⁷ Verboten sind auch Beschränkungen von Wettbewerbs- bzw. Marktzutrittsmöglichkeiten Dritter. Damit wäre z. B. auch ein Gütesiegelvertrag zwischen Güte-

siegelträger oder -vergabestelle einerseits und Gütesiegelverwender andererseits nach § 1 GWB (Art. 101 Abs. 1 AEUV) i. V. m. § 134 BGB nichtig, wenn er eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.⁴⁸ Ebenso unzulässig wäre eine Absprache zwischen unternehmerischen Gütesiegelträgern, die Vergabe ihrer Gütesiegel bzw. das Recht zur Verwendung derselben auf bestimmte geographische Gebiete zu beschränken (Gebietsabsprachen).

Hinweis für die Praxis:

Mit Gütesiegeln und den darin festgelegten Gütebedingungen ist eine Standardisierung von Wettbewerbsparametern (u. a. mit Blick auf die Qualität und sonstige Merkmale der angebotenen Güter und Leistungen oder fachliche oder personelle Eignung) verbunden bzw. bezweckt. Dies kann zu einer verbotenen Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den ausgezeichneten Unternehmen führen.⁴⁹

Das wäre besonders dann der Fall, wenn z. B. im Gütesiegelvertrag vereinbart wird, dass die festgelegten Gütebedingungen von den Siegelverwendern nicht überschritten werden dürfen oder wenn die spätere Anhebung des Niveaus der Gütebedingungen ausgeschlossen wäre.⁵⁰ Die Gütebedingungen müssen für weitere wettbewerbsgetriebene Leistungs-, Leistungsfähigkeits- bzw. Qualitätssteigerungen der Gütesiegelverwender offenstehen.

Soweit mit der Festlegung der Gütesiegelkriterien oder der Gütesiegelvergabe das Ziel verfolgt wird, Wettbewerbsnachteile für nichtbesiegelte Unternehmer zu begründen oder Gütesiegel von vornherein nur einigen Unternehmen offenstehen sollen, sind diese durch das allgemeine Kartellverbot untersagt.

Vom allgemeinen Kartellverbot freigestellt sind nach § 2 Abs. 1 GWB (Art. 101 Abs. 3 AEUV) jedoch all jene wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmten Verhaltensweisen, die insgesamt eine wettbewerbsfördernde Wirkung haben. Wenn also die wettbewerbsfördernde Wirkung dahingehender Unternehmenshandlungen die wettbewerbsbeschränkenden Effekte überwiegt, ist das Kartellverbot aufgehoben.⁵¹ Soweit Gütesiegelträger durch Festlegung der Gütebedingungen Ziele wie Prozessoptimierungen, Steigerungen der Leistungsqualität oder Markttransparenz verfolgen, kommt eine Freistellung nach diesen Grundsätzen in Betracht.⁵² So hatte § 2 Abs. 1 GWB a. F. die Freistellung für Vereinbarungen und Beschlüsse, die *»lediglich die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben«* ausdrücklich gewährt. Die Generalklausel des § 2 Abs. 1 GWB (Art. 101 Abs. 3 AEUV) wird durch die Gruppenfreistellungsverordnungen⁵³ konkretisiert.

⁴⁷ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 5.

⁴⁸ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 85.

⁴⁹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1, Rn. 314.

⁵⁰ Ziff. 2.6.3. der Grundsätze des Deutschen Instituts für Gütesicherung und Kennzeichnung e. V. (RAL) (2014), abrufbar unter: https://www.ral-guetezeichen.de/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/RAL_Broschuere_Grundsaeetze_fuer_RAL_Guetezeichen.pdf.

⁵¹ Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 2, Rn. 3.

⁵² Vgl. Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 2, Rn. 120 ff.

⁵³ VO (EU) 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

3.1.3 Missbrauchsverbot

Soweit ein Gütesiegelträger (oder eine davon ggf. getrennte Vergabestelle) ein Gütesiegel unternehmerisch vergibt und dabei keinem wesentlichen Wettbewerb durch andere Gütesiegelträger (andere Gütesiegel) ausgeliefert ist, hat er eine marktbeherrschende Stellung inne (§ 18 Abs. 1 GWB). Marktbeherrschenden Unternehmen ist es wiederum verboten, ihre Stellung missbräuchlich auszunutzen (§ 19 GWB).

Ein solcher Missbrauch läge insbesondere dann vor, wenn der (unternehmerisch handelnde und marktbeherrschende) Gütesiegelträger Unternehmen, die sein Siegel

nachfragen (potentielle Gütesiegelverwender), unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Gütesiegelträger durch die Festlegung diskriminierender bzw. unbilliger Gütebedingungen oder mit seiner Vergabeentscheidung einzelne Wettbewerber ohne Sachgrund von der Verwendung des Gütesiegels ausschließt. Ein Missbrauch läge i. Ü. auch vor, wenn für die Gütesiegelvergabe überbezahlte Entgelte oder sonstige unbillige Geschäftsbedingungen gefordert werden (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

Hinweis für die Praxis:

Wenn die unternehmerische Gütesiegelvergabe (entsprechend ihrem Zweck) bestimmten Unternehmen versagt bleiben soll, läge darin eine Ungleichbehandlung gegenüber ausgezeichneten Unternehmen. Diese Ungleichbehandlung begründet den Vorwurf eines verbotenen Marktmissbrauchs, wenn sie nicht durch sachliche und diskriminierungsfreie Gütebedingungen und Verfahrensregeln gerechtfertigt werden kann.

Die Bedingungen der Gütesiegelvergabe (Gütebedingungen, Preis, etc.) dürfen nicht unangemessen sein, das heißt nicht von denjenigen Bedingungen abweichen, die sich bei (einem gedachten) wirksamem Wettbewerb zwischen verschiedenen Gütesiegelträgern mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

3.1.4 Gütezeichengemeinschaften

Für Gütezeichengemeinschaften enthält das Kartellrecht in § 20 Abs. 5 GWB ein besonderes Diskriminierungsverbot, welches die Aufnahme in diese Gemeinschaft regelt. Bei Gütezeichengemeinschaften handelt es sich um »auf freiwilliger Basis zustande gekommene und privatrechtlich verfasste Vereinigungen von Unternehmen, die als Träger von Gütezeichen und Gütebedingungen für Waren oder Dienstleistungen aufstellen, das Recht zur Führung von Gütezeichen gewähren und die Erfüllung der Gütebedingungen durch die Mitglieder überwachen«.⁵⁴

In der Regel werden Gütezeichengemeinschaften von den zusammengeschlossenen Unternehmen als Verein gegründet.⁵⁵ In den Vereinssatzungen werden sodann die Bedingungen für die Mitgliedschaft, die Vergabe-

kriterien (Güte- und Prüfbestimmungen) sowie die Kontrollpflichten festgelegt. Kennzeichnend ist, dass die Trägerschaft, also die Vergabe und Überwachung der Gütezeichenbedingungen, von den in der Gütezeichengemeinschaft organisierten Unternehmen selbst vorgenommen wird.

Gütezeichengemeinschaften müssen weder eine eigene Unternehmenseigenschaft (vgl. 3.1.1) haben, noch eine marktbeherrschende Stellung aufweisen.⁵⁶ Auch ohnedies darf eine Gütezeichengemeinschaft nach § 20 Abs. 5 GWB die Aufnahme eines Unternehmens (Mitgliedschaft) nicht ablehnen, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellen und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führen würde.⁵⁷

Hinweis für die Praxis:

Wenn die Aufnahme in eine Gütezeichengemeinschaft bestimmten Unternehmen versagt bleiben soll, läge darin eine Ungleichbehandlung gegenüber den Mitgliedsunternehmen der Gütezeichengemeinschaft. Diese Ungleichbehandlung wäre nach § 20 Abs. 5 GWB verboten, wenn sie nicht durch sachliche und diskriminierungsfreie Gütebedingungen und Verfahrensregeln gerechtfertigt werden kann und zu einer unbilligen Benachteiligung des ausgeschlossenen Unternehmens im Wettbewerb führen würde.

⁵⁴ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 20, Rn. 136; LG Köln, Urt. v. 12.3.2008 – 28 O (Kart) 529/07.

⁵⁵ Auch hier begründet § 20 Abs. 5 GWB die Anwendbarkeit des Kartellrechts: Ein Gütezeichenverband ist nach Ansicht des LG Köln in der Regel nicht unternehmerisch i. S. d. Kartellrechts tätig, da die Gewährung des Zeichenbenutzungsrechts keine gewerbliche Leistung und somit keine Tätigkeit auf dem Gebiet des Güter- oder Warenabsatzes darstelle, vgl. LG Köln, Urt. v. 12.3.2008 – 28 O (Kart) 529/07.

⁵⁶ § 20 Abs. 5 GWB zielt nicht darauf ab unternehmerisches Verhalten zu sanktionieren, sondern unterwirft Gütezeichengemeinschaften der besonderen Nichtdiskriminierungsregelung des § 20 Abs. 5 GWB, da die Mitgliedschaft für ein branchenzugehöriges Unternehmen und seine Stellung im Wettbewerb von »sehr wichtiger« Bedeutung sein kann, vgl. Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 20, Rn. 62 f.; LG Köln, Urt. v. 12.3.2008 – 28 O (Kart) 529/07.

⁵⁷ Die Frage, ob die Ablehnung (ungleiche Behandlung) sachlich gerechtfertigt ist, ist im Rahmen einer Interessensabwägung zu bestimmen. Abzuwägen ist das Interesse des Bewerbers an der Aufnahme, mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Nichtaufnahme. Die diskriminierende Behandlung kann dabei in der Aufnahmeentscheidung selbst, wie auch in den der Entscheidung zugrundeliegenden Aufnahmekriterien begründet sein.

3.2 Lauterkeitsrechtliche Anforderungen

Das UWG schützt Mitbewerber, Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer sowie die Allgemeinheit vor Wett-

bewerbsverzerrung durch unlautere geschäftliche Handlungen.

3.2.1 Anwendbarkeit – Der Begriff der geschäftlichen Handlung

Zentraler Aspekt des Anwendungsbereichs des UWG ist neben dem Unternehmensbegriff die sog. geschäftliche Handlung.⁵⁸ Erforderlich ist hierfür eine auf eine gewisse Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben.⁵⁹ Entgeltlich ist die Tätigkeit, wenn sie auf Erzielung einer Gegenleistung gerichtet ist. Die rechtliche Gestaltung ist unerheblich, sodass das Entgelt auch in der Zahlung von Mitgliedsbeiträgen bestehen kann.⁶⁰ Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.⁶¹

Dies gilt grundsätzlich auch für öffentliche oder gemeinnützige Einrichtungen.⁶² Soweit also ein öffentlicher Gütesiegelträger als Unternehmer i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG handelt, unterliegt er ebenfalls den Anforderungen des Lauterkeitsrechts.⁶³

Aber auch außerhalb einer solchen unternehmerischen Tätigkeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG) ist die öffentliche Hand an die Vorgaben des UWG gebunden, wenn sie schlichthoheitlich, das heißt durch Empfehlungen, Warnungen, Auskünfte oder Informationen zur Wettbewerbsförderung eigener oder fremder Unternehmen tätig wird.⁶⁴ Sie nimmt dann eine geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor. Dieser Aspekt gilt zudem

ganz grundsätzlich auch für private Gütesiegelträger. Das UWG untersagt auch Wettbewerbseingriffe durch Dritte, die selbst außerhalb des Wettbewerbs stehen.⁶⁵ Damit ist ein Gütesiegelträger unmittelbar an die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften gebunden, wenn er mit der Siegelvergabe den Wettbewerb zwischen verschiedenen Mitbewerbern zugunsten bestimmter Unternehmen (der besiegelten Unternehmen/Gütesiegelverwender) beeinflusst. Insoweit kann eine Wettbewerbsverfälschung i. S. d. § 1 UWG bereits dann vorliegen, wenn die Gütebedingungen eines Gütesiegelträgers einzelne Marktteilnehmer diskriminieren.⁶⁶

Im Übrigen gilt Folgendes: Auch soweit sich die Regelungen des UWG an den Verwender des Gütesiegels richten, hat dies zugleich Auswirkungen auf den Gütesiegelträger. Dürfen Gütesiegel wegen inhaltlicher Fehler der Gütebedingungen oder wegen einer trägerseitig fehlenden Verifizierung der Erfüllung der Gütebedingungen aus lauterkeitsrechtlichen Gründen von den besiegelten Unternehmen nicht verwendet werden, wird der Zweck ihrer Erstellung verfehlt (»Der Gütesiegelträger ist dann umsonst tätig geworden.«). Überdies liegt es dann auch nahe, dass der Gütesiegelträger bei der geschäftlichen Vermarktung des Siegels seinerseits unlauter handelt.

⁵⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 2 UWG, Rn. 3; vgl. BGH, Urt. v. 4.12.2008 – I ZR 3/06; Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05 BAG, Urt. v. 31.5.2005 – 1 AZR 141/04.

⁵⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 2 UWG, Rn. 21.

⁶⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 2 UWG, Rn. 24; BGH, Urt. v. 23.1.1976 – I ZR 95/75.

⁶¹ BGH, Urt. v. 23.1.1976 – I ZR 95/75 BGH, Urt. v. 19.6.1981 – I ZR 100/79 BGH, Urt. v. 18.12.1981 – I ZR 34/80 BGH, Urt. v. 2.7.2008 – I ZR 145/05 OLG Celle, Urt. v. 9.9.2010 – 13 U 173/09 vgl. auch BGH, Urt. v. 2.7.1985 – X ZR 77/84.

⁶² Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 2 UWG, Rn. 21, 24, § 3a UWG, Rn. 2.34f. Zudem ist die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken zu beachten (RL 2005/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. EG 2005 Nr. L 149/22).

⁶³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 3, Rn. 2.36.

⁶⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 3, Rn. 2.36.

⁶⁵ Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 2 Nr. 31; BGH, Urt. v. 30.4.1997 – I ZR 196/94; BGH, Urt. v. 30.4.1997 – I ZR 154/95.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 30.4.1997 – I ZR 196/94: Hier stellte die redaktionelle Veröffentlichung einer Liste »Die besten Ärzte Deutschlands« einen unlauteren Wettbewerbsverstoß i. S. d. § 1 UWG dar, da der Liste keine aussagekräftigen Beurteilungskriterien zugrunde lagen. Dies lässt sich auf die vorliegende Frage übertragen.

3.2.2 Verbot unlauterer Geschäftshandlungen

Unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung⁶⁷ vornimmt, um so seine oder fremde Absatzmöglichkeiten zu steigern (§§ 3, 5 UWG). Irreführend ist eine geschäftliche Handlung, wenn sie unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält (z. B. über wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung; über die Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers oder die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat). Das Lauterkeitsrecht schützt insoweit die Erwartungshaltung der Marktteilnehmer. Besonders dieser Aspekt ist bei der Vergabe und Verwendung von Gütesiegeln relevant.

Gütesiegel (Prüfzeichen, Gütezeichen, etc.) haben damit einen Erwartungs- und Gewährleistungsgehalt.⁶⁸ Sie sind Ausdruck dafür, dass das ausgezeichnete Unternehmen, dessen Leistung oder Produkt von einem neutralen Dritten mit hinreichender Kompetenz nach vorher festgelegten, objektiven Kriterien geprüft wurde.⁶⁹ Aufgrund dessen sind Gütebedingungen und Vergabeverfahren dahingehend auszugestalten, dass sie der geschützten Erwartungshaltung der relevanten Verkehrskreise entsprechen. Dies gilt in besonderer Weise bei öffentlicher Trägerschaft, da damit naturgemäß eine höhere Erwartung an die Objektivität, Neutralität und Sachgerechtigkeit gegeben sind.⁷⁰

Hinweis für die Praxis:

Bei der Festlegung der Gütebedingungen, der Vergabe des Gütesiegels wie auch bei der nachwirkenden Prüfung der Einhaltung der Gütebedingungen muss sichergestellt werden, dass die ausgezeichnete Leistung, das Produkt oder das Unternehmen (z. B. fachliche Eignung, etc.) tatsächlich auch der Erwartung entspricht, die das Gütesiegel bei den angesprochenen Verkehrskreisen geweckt hat.

⁶⁷ Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist unter einer »geschäftlichen Handlung« zu verstehen: »jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen«.

⁶⁸ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 81.

⁶⁹ Weidert, in: Harte-Bavenkamm/Henning/Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 2, Rn. 8; OLG Celle, Beschl. v. 6.3.1985 – 13 U 166/84; LG Saarbrücken, Urt. v. 10.9.2004 – 7 III O 13/04; vgl. auch: Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 5, Rn. 259; vgl. auch: Slopek/Leister, Bio-Siegel & Co. – die markenrechtliche Einordnung von Gütezeichen, GRUR 2013, 356, 360.

⁷⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 3, Rn. 2.36.

3.3 Allgemeine zivilrechtliche Vorgaben

Relevante Regeln für die Erstellung und Vergabe von Gütesiegeln ergeben sich auch aus dem allgemeinen Zivilrecht. Dies insbesondere mit Blick auf die §§ 826, 138, 242 BGB. Auch außerhalb des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots (§ 19 Abs. 2 Nr. 1, § 20

Abs. 5 GWB) sind damit willkürliche Handlungen untersagt, die einzelnen Marktteilnehmer vorsätzlich (sittenwidrige) Wettbewerbsnachteile zufügen. Handelt die öffentliche Hand als Unternehmer, hat auch sie allgemeine zivilrechtliche Regeln zu beachten.

3.4 Verfassungs- und verwaltungsrechtliche sowie unionsrechtliche Vorgaben

Die Möglichkeit der öffentlichen Hand, Gütesiegel zu erstellen und Träger derselben zu sein (dazu oben, 2.2), führt nicht dazu, dass sie damit von den allgemeinen verfassungs-, verwaltungs- und europarechtlichen Handlungsgrenzen des Staates entbunden wären. Unabhängig davon, ob eine staatliche Gütesiegelträgerschaft und

-vergabe auf einer spezialgesetzlichen Grundlage beruht oder in einer zulässigen Ausübung einer Aufgaben- bzw. Verwaltungszuständigkeit besteht, ist der Staat an Grundrechte, sonstige Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze sowie an das Unionsrecht gebunden.

3.4.1 Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Anforderungen

Anforderungen resultieren für die öffentliche Hand insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Diskriminierungsverbot, welches sich hier aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1, 3 GG und der Wettbewerbsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG (ggf. i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG) ergibt.⁷¹ Es gilt das allgemeine Willkürverbot staatlichen Handelns (Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 GG⁷²).

Soweit ein öffentlicher Träger tätig wird, ist insbesondere das alle staatlichen Organe bei ihrer Tätigkeit bindende Gebot der Sachlichkeit zu beachten.⁷³ Bei marktbezogenen Informationen richten sich die Anforderungen auch nach den Funktionserfordernissen des Wettbewerbs. Wegen des gesteigerten Vertrauens, welches die öffentliche Hand genießt, und der Verpflichtung zu neutraler Amtsführung hat sie Informationen objektiv und sachgerecht zu erteilen.⁷⁴ Auch verwaltungsrechtliche Grundsätze zwingen zu einem angemessenen und sachlich gerechtfertigten Handeln der Behörde. Das Verhalten des öffentlich-rechtlichen Trägers hat sich an den Grundsatz

der Verhältnismäßigkeit, welcher dem Rechtsstaatsprinzip entspringt,⁷⁵ zu halten. Die negativen Folgen, die das staatliche Handeln für die Betroffenen hat, dürfen also zur Erreichung eines legitimen Zwecks nicht unverhältnismäßig sein.

Werden mit privaten Dritten öffentlich-rechtliche Verträge zum Zwecke der Vergabe oder des Vergabemanagements geschlossen, finden die §§ 54 ff. Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Anwendung.

Öffentliche Gebietskörperschaft (z. B. Bundesland, Landkreis, etc.) haben die gesetzliche und verfassungsmäßige Zuständigkeitsverteilung zu beachten. Daraus folgt für sich allerdings nicht sogleich die Pflicht der Gebietskörperschaft, das Recht zur Verwendung ihres Gütesiegels auf ihr Hoheitsgebiet zu begrenzen. Es ist auch nicht erkennbar, dass andere Gebietskörperschaften in ihrem Hoheitsgebiet die Verwendung solcher »gebietsfremder« Gütesiegel einschränken dürfen.

⁷¹ Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gilt auch im Verhältnis zu solchen Grundrechtsträgern, die untereinander im Wettbewerb stehen, soweit die Wettbewerbsfreiheit selbst zugesichert wird, vgl. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 78. EL Sept. 2016, GG Art. 3 Abs. 1, Rn. 276.

⁷² Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 32. Aufl., GG Art. 3, Rn. 83.

⁷³ BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91, Rn. 59 ff.; BVerfG, Beschl. v. 25.3.1982 – 2 BvE 1/79.

⁷⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, UWG § 3, Rn. 2.36.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 15.12.1965 – 1 BvR 513/65.

3.4.2 Unionsrechtliche Vorgaben

Neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) können Gütesiegel sowohl eine ungerechtfertigte Beschränkung des freien Warenverkehrs i. S. d. Art. 34 ff. AEUV, als auch der gem. Art. 56 ff. AEUV garantierten Dienstleistungsfreiheit nach sich ziehen.

Für beide Freiheiten gilt nach der Rechtsprechung des EuGH ein weiter Eingriffs- bzw. Beeinträchtigungsbegriff.⁷⁶ Daher können auch nur mittelbar oder potentiell

beschränkende staatliche Maßnahmen sowie unterschiedslose Beschränkungen zunächst zu einer Beeinträchtigung der Freiheiten führen.⁷⁷

Die Beschränkungen im Zusammenhang mit Gütebedingungen werden allerdings in der Regel einer Rechtfertigung aus geschriebenen (Art. 36 AEUV bzw. Art. 62 i. V. m. 52 Abs. 1 AEUV) oder ungeschriebenen Gründen (sog. zwingende Erfordernisse) zugänglich sein.⁷⁸

Hinweis für die Praxis:

Auch aus dem Europäischen Recht können sich Anforderungen an die Ausgestaltung von Gütesiegelbedingungen ergeben. Weil mit der Ausgestaltung der Gütebedingungen allerdings nur eine niedrigere Eingriffsintensität verbunden sein dürfte,⁷⁹ sind sie einer Rechtfertigung (bspw. aus Gründen des Verbraucherschutzes) meist ohne weiteres zugänglich. Zu beachten ist aber, dass auch vermeintlich neutral formulierte Bedingungen zunächst einen Eingriff begründen können.

3.5 Übersicht

Je nach Trägerschaft und Handlungsform ergeben sich folgende Rechtsgrundlagen:

Träger	Private Trägerschaft		Öffentlich-rechtliche Trägerschaft		
Handlungsform	unternehmerisch	nicht-unternehmerisch	unternehmerisch	schlicht-hoheitlich (nicht-unternehmerisch)	hoheitlich
Rechtsgrundlagen	GWB, UWG, allg. Zivilrecht	§ 20 Abs. 5 GWB, allg. Zivilrecht; UWG (sofern geschäftliche Handlung)	GWB, UWG, allg. Zivilrecht, Grundrechte, AEUV	§ 20 Abs. 5 GWB, UWG (sofern geschäftliche Handlung), Grundrechte, Verwaltungsgrundsätze, AEUV	Grundrechte, Verwaltungsgrundsätze, AEUV

⁷⁶ Als Maßnahme gleicher Wirkung i. S. d. Art 34 AEUV gelten alle staatlichen Maßnahmen, die geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – Rs. C-8/74, allerdings nur wenn es sich um eine produkt- und nicht um eine vertriebsbezogene Regelung handelt, EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 u. C-268/91. Zum Begriff der unterschiedslosen Beschränkungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit vgl. EuGH, Urt. v. 3.12.1974 – Rs. C-33/74 sowie EuGH, Urt. v. 25.7.1991 – Rs. C-76/90.

⁷⁷ Ebd.

⁷⁸ Warenverkehrsfreiheit: EuGH Urt. v. 20.2.1979 – Rs. C-120/78. Im Rahmen des Art. 56 ff. AEUV können diese »zwingenden Gründe des Allgemeinwohls« zur Rechtfertigung der unterschiedslosen Beschränkungen herangezogen werden, EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – Rs. C-79/01. In Art. 4 Nr. 8 der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt (RL 2006/123/EG, ABl. EU L-376/36) befindet sich eine sekundärrechtliche Konkretisierung der rechtfertigenden Gründe.

⁷⁹ Der EuGH hat in seinem Urt. v. 12.12.1996 – Rs. C-3/95 bspw. die gesetzliche Beschränkung der gerichtlichen Inkassotätigkeit auf Rechtsanwälte aus Gründen des Verbraucherschutzes für gerechtfertigt angesehen. Staatlich veranlasste Gütebedingungen dürften hinsichtlich der Eingriffsintensität schon deshalb nicht vergleichbar Intensität aufweisen, da sie in der Regel nicht als notwendige Bedingung für die Erbringung der Dienstleistung ausgestaltet sind.

4 Grundsätze zur Festlegung von Gütebedingungen

Im Grundsatz darf ein Gütesiegelträger die Gütebedingungen frei festlegen. Aus der Markt- und Wettbewerbsordnung (GWB, UWG, BGB) und mit Blick auf öffentliche Trägerschaften auch aus den dargestellten Verwaltungs-

Verfassungs- und Unionsrechtsprinzipien heraus ergeben sich nur ganz allgemeine Anforderungen. Zu diesen Anforderungen gehören insbesondere folgende Grundsätze:

4.1 Objektivität der Gütebedingungen (Tatsachen)

Aus dem kartellrechtlichen Missbrauchs- bzw. Diskriminierungsverbot⁸⁰ (dazu oben, 3.1) sowie auch aus dem öffentlich-rechtlichen Gebot der Sachlichkeit aller staatlicher Handlungen⁸¹, dem Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 GG⁸² (dazu oben, 3.4.1) sowie der Berufs- und Wettbewerbsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, soweit deren Schutzbereich betroffen ist, lässt sich ableiten, dass Gütebedingungen auf objektiv überprüfbaren Kriterien beruhen und insofern durch Tatsachen belegbar sein müssen. Die dem zugrunde liegenden rechtlichen Vorschriften verlangen eine sachliche Rechtfertigung etwaiger Ungleichbehandlungen (bei der Gütesiegelvergabe

oder -versagung). Gütebedingungen und Kriterien, die lediglich auf der subjektiven Meinung des Gütesiegelträgers oder der Vergabestelle beruhen, sind damit unzulässig. Entsprechendes kann sich auch aus dem allgemeinen Zivilrecht (Willkürverbot) ergeben (vgl. 3.3).

Überdies gebietet das Lauterkeitsrecht, dass Angaben, die den eigenen oder den fremden Absatz fördern (sollen), auch tatsächlich wahr sind (vgl. oben 3.2). Dies wiederum legt nahe, dass Gütebedingungen nur auf objektiv überprüfbaren Kriterien beruhen dürfen und insofern durch Tatsachen belegbar sein müssen.

Hinweis für die Praxis:

Gütebedingungen müssen auf objektiv überprüfbaren Kriterien beruhen und insofern durch Tatsachen belegbar sein.

⁸⁰ §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 5 GWB; Weidert, in: Harte- Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5 UWG, Rn. 281 f.; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 5 UWG, Rn. 260; Weidert, in: »Bio« we trust: Werbung mit Genehmigungen, Gütesiegeln und anderen Qualitätskennzeichen, GRUR-Prax 2010, 351, 353; OLG Dresden, Urt. v. 3.7.2012 – 14 U 167/12, 14 U 0167/12, Rn. 8 ff.

⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91; BVerfG, Beschl. v. 25.3.1982 – 2 BvE 1/79.

⁸² Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 32. Aufl., Art. 3, Rn. 83.

4.2 Sachbezogenheit der Gütebedingungen

Die Gütebedingungen müssen sachbezogen sein. Sachbezogen sind all jene Merkmale, die von den betroffenen Verkehrskreisen zur Feststellung der Güte der ausgezeichneten Leistung als wesentlich erachtet werden. Soweit Kriterien keine Gewähr für die zu beurteilende Leistung tragen, sind diese für die Güteentscheidung sachfremd und damit unzulässig. Unzulässig sind damit Bedingungen, die keinen Bezug zur fachgerechten Planung und zum fachgerechten Betrieb von Windenergieanlagen haben.

Diese Anforderung leitet sich wiederum aus dem kartellrechtlichen wie auch öffentlich-rechtlichen Diskriminierungsverbot ab (vgl. 3.1 und 3.4.1). Aus dem lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbot folgt Entsprechendes (vgl. 3.2).

Für öffentlich-rechtliche Träger ergeben sich diese Grundsätze ebenfalls aus dem Gebot der Sachlichkeit aller staatlichen Handlungen.⁸³ Danach dürfen dem staatlichen Informationshandeln keine sachfremden Erwägungen zugrunde gelegt werden; auch wahrheitsgemäße Informationen sind sachlich zu formulieren und auf das Erforderliche zu beschränken.⁸⁴ Die Schlüsse lassen sich auch aus dem Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 GG⁸⁵ (dazu oben, 3.4.1) sowie der Berufs- und Wettbewerbsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, soweit deren Schutzbereich betroffen ist, ziehen.

Hinweis für die Praxis:

Gütebedingungen müssen einen sachlichen Bezug zur Leistung oder Eignung haben, die mit dem Gütesiegel nach der Verkehrsanschauung ausgezeichnet werden soll.

4.3 Verhältnismäßigkeit der Gütebedingungen

Für öffentlich-rechtliche Träger ergibt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seines Handelns direkt aus dem Rechtsstaatsprinzip⁸⁶ wie auch dem Sachlichkeitsgebot. Für marktbeherrschende Unternehmen und Gütezeitengemeinschaften ergibt sich Entsprechendes aus dem Kartellverbot. Unverhältnismäßige Gütebedingungen sind auch am zivilrechtlichen Willkürverbot zu messen.

Unter Berücksichtigung möglicher nachteiliger Wirkungen für betroffene Wettbewerber haben die Gütebedingungen einen legitimen Zweck zu verfolgen und müssen auf das zur Erreichung dieses Zwecks zwingend Erforderliche beschränkt sein. Maßgeblich für die Festlegung von Gütebedingungen ist damit der zu erreichende Zweck; im vorliegenden Fall die Gewährleistung sachgerechter

und angemessener Qualitätsstandards bei der Begutachtung von Windenergieprojekten.

Ausgangspunkt ist insoweit wiederum die Erwartungshaltung der Verkehrsteilnehmer, das heißt sämtlicher Personen und Akteure, die vom Gütesiegel angesprochen werden bzw. dieses zur Kenntnis nehmen (z. B. Auftraggeber von besiegelten Unternehmen). Gütestandards dürfen damit nur insoweit gefordert werden, als dies für die maßgeblichen Verkehrskreise erforderlich ist. Gütebedingungen, die über die Erreichung dieser Ziele hinausgehen, sind unverhältnismäßig.

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91; BVerfG, Beschl. v. 25.3.1982 – 2 BvE 1/79.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91.

⁸⁵ Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 32. Aufl., Art. 3, Rn. 83.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 15.12.1965 – 1 BvR 513/65.

Geeignet sind insoweit nur solche Kriterien, die Gewähr für die Erreichung des definierten Gütestandards leisten. Ungeeignet sind demgegenüber all jene Merkmale, die nicht mit der auszuzeichnenden Leistung selbst in Zusammenhang stehen, also nicht deren Beschaffenheit oder Güte kennzeichnen. Die Erforderlichkeit bezieht sich demgegenüber auf den Maßstab der Gütebedingungen. Qualitative Kriterien sind nur insoweit als Gütebedingungen zulässig, als sie für den Nachweis der zu bewertenden Leistung (hier der Projektierer- oder Gutachterqualität⁸⁷) dienlich und notwendig sind. Gütebedingungen, die einen höheren Gütestandard voraussetzen, als für die Erreichung des Zwecks notwendig, sind hingegen nicht erforderlich. Soweit also Qualitätsmerkmale über das zur Sicherung des Gütestandards erforderliche Maß hinausgehen, sind diese als unverhältnismäßige Bedingungen unzulässig. Dies betrifft etwa den Fall, wenn die zu bewertenden Projektierer oder Gutachter Anforderungen treffen, die über das zur Gewährleistung einer sachgerechten Begutachtung der Windenergieanlagen erforderliche Maß hinausgehen. In qualitativer Hinsicht haben die Gütebedingungen allerdings eine überobligatorische Qualität zu kennzeichnen. Soweit lediglich die Erfüllung verbreiteter Marktstandards geprüft wird, läuft die Güteauszeichnung leer. Ebenso wenig dürfen Gütebedingungen lediglich die Erfüllung gesetzlicher Voraussetzungen zum Gegenstand haben, da die Einhaltung dieser Vorgaben ohnehin erwartet wird.⁸⁸

Dieses Erfordernis ergibt sich – als Einschränkung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – aus der Erwartungshaltung der Verkehrsteilnehmer.⁸⁹ Prüfzeichen setzen in der Regel zunächst voraus, dass anerkannte Normen geprüft und eingehalten werden.⁹⁰ Der Verkehr kann bei einem Gütesiegel zudem davon ausgehen, dass zumindest ein nach objektiven Kriterien bemessener »Güte-Mindeststandard« gewährleistet ist,⁹¹ der anhand objektiver Merkmale in Erfüllung von über dem Durchschnitt liegenden Mindestanforderungen bestimmt wird.⁹² Anderenfalls kann eine Irreführung der Verkehrsteilnehmer gegeben sein, als selbst die ordnungsgemäße Verleihung eines Zeichens einen Verstoß gegen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG nicht ausschließt, wenn der in der Vorstellung vorhandene Gütestandard »guter, besonderer« Qualität durch die Güte- und Prüfbedingungen nicht erreicht wird.⁹³

Hinweis für die Praxis:

Gütebedingungen müssen verhältnismäßig sein.

⁸⁷ Dazu kann z. B. auch die Transparenz bei der Gutachtenerstellung gehören.

⁸⁸ Weidert, In »Bio« we trust: Werbung mit Genehmigungen, Gütesiegeln und anderen Qualitätskennzeichen, GRUR-Prax 2010, 351, 354; vgl. LG Berlin, Ur t. v. 2.2.2010 – 15 O 249/09; LG Köln, Ur t. v. 12.3.2008 – 28 O (Kart) 529/07.

⁸⁹ Nachweis Lauterkeitsrecht: Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 82; vgl. OLG Düsseldorf, Ur t. v. 30.5.1985 – 2 U 97/84; BGH, Ur t. v. 11.10.1990 – I ZR 10/89.

⁹⁰ Kohlmann, Technische Normen und Prüfzeichen im Wettbewerbsrecht, GRUR 2004, 6, 9.

⁹¹ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 82; vgl. OLG Düsseldorf, Ur t. v. 30.5.1985 – 2 U 97/84; BGH, Ur t. v. 11.10.1990 – I ZR 10/89.

⁹² Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 81 m. w. N. Fn. 84; Weidert, In »Bio« we trust: Werbung mit Genehmigungen, Gütesiegeln und anderen Qualitätskennzeichen, GRUR-Prax 2010, 351, 354.

⁹³ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 82.

4.4 Europarechtskonformität

Gegen die Waren- oder die Verkehrsfreiheit verstoßen Gütebedingungen, die eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung des grenzüberschreitenden Waren- bzw. Dienstleistungsverkehrs darstellen. Dies können zunächst einmal solche Bedingungen sein, welche die Vergabe i. S. e. offenen Diskriminierung von der Nationalität des Verwenders abhängig machen.

Der Europäische Gerichtshof hat vor dem Hintergrund der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV) insbesondere solche Gütebedingungen beanstandet, die eine Ver-

knüpfung der Qualitätsmerkmale mit nationalen oder regionalen Kennzeichnungen vorsahen⁹⁴ Gütebedingungen dürfen daher nur von der objektiv zu bestimmenden Qualität und nicht von dem Ort der Fertigung (bspw. einer Region) abhängig gemacht werden.⁹⁵

Auch das Europäische Recht verpflichtet den Ersteller zudem zur Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, sodass die Bedingungen geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen,⁹⁶ insoweit kann auf die Ausführungen oben 4.3 verwiesen werden.

Hinweis für die Praxis:

Gütebedingungen öffentlicher Gütesiegelträger dürfen keine ungerechtfertigte Beschränkung der Warenverkehrs- bzw. Dienstleistungsfreiheit darstellen und müssen überdies verhältnismäßig sein.

4.5 Fazit

Die Anforderungen an die Festlegung von Gütebedingungen für private wie für öffentliche Träger entsprechen sich in ihrem materiellen Gehalt in weiten Teilen. Prägend ist das Diskriminierungsverbot. Gütebedingun-

gen müssen demnach objektiv, sachbezogen und verhältnismäßig, d. h. sowohl geeignet als auch erforderlich sein, eine bestimmte Beschaffenheit oder Eigenschaft der in Rede stehenden Leistung zu gewährleisten.

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 19.11.2002 – Rs. C-325/00; EuGH Urt. v. 17.6.2004 – Rs. C-255/03.

⁹⁵ Müller-Graff, in: Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, 7. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 109; Streinz, EuGH, 5. 11. 2002 – Rs. C-325/00: Deutsches CMA-Gütezeichen verstößt gegen Warenverkehrsfreiheit – Kommission der EG/Bundesrepublik Deutschland, JuS 2003, 389 f.

⁹⁶ Dausen/Brigola, in: Dausen, Handbuch des EU Wirtschaftsrecht, 40. EL Juni 2016, C. I. Grundregeln Rn. 285.

5 Grundsätze zur Vergabe eines Gütesiegels

Für die Gütesiegelvergabe ist der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit verfahrens- und entscheidungsleitend. Dies gilt sowohl für private als auch für öffentliche Gütesiegelträger (bzw. -vergabestellen). Überdies folgt aus dem lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbot ebenso wie aus dem an die öffentliche Hand adressierten Sach-

lichkeitsgebot, dass die Gütesiegelvergabe und die damit verbundene Auszeichnung tatsächlich wahr und insofern der hervorgerufenen Erwartungshaltung der Verkehrskreise entsprechen muss. Dies bedingt eine gewisse Prüfpflicht des Gütesiegelträgers (bzw. der -vergabestelle).

5.1 Neutrale Vergabestelle

Gütesiegel sind ausweislich der durch das Lauterkeitsrecht geschützten Verkehrserwartung grundsätzlich (mit Ausnahme des Sonderfalls der Gütezeichengemeinschaft, § 20 Abs. 5 GWB) im Bereich der Drittzertifizierung angesiedelt, d. h. sie sind durch eine neutrale Stelle zu vergeben, die vom Verwender/Nutzer unabhängig ist.⁹⁷

Die Vergabestelle muss hierbei nicht zwingend mit dem Gütesiegelträger identisch sein, so wird beispielsweise die RAL gGmbH von einigen Gütesiegelträgern als Vergabestelle beauftragt. Erforderlich ist in jedem Fall aber eine Verselbständigung gegenüber dem Kreis der potentiellen Verwender des Gütesiegels. Dem Neutralitäts-

gebot steht es indes nicht entgegen, wenn der Träger unternehmerisch i. S. d. Kartellrechts handelt. Wesentlich ist allein, dass die Vergabe nicht allein nach wirtschaftlichen, sondern anhand der vordefinierten Gütebedingungen erfolgt.

Kennzeichnend ist demnach eine Verleihung durch eine neutrale Instanz in einem objektiven, sachbezogenen Prüf- und Vergabeverfahren.⁹⁸ Die Verwendung von Prüfzeichen/Gütesiegeln/Gütezeichen und vergleichbaren Zeichen suggeriert dem durchschnittlich aufmerksamen und verständigen Verbraucher, dass vorab eine entsprechende Untersuchung nach objektiven Kriterien durch einen neutralen Dritten stattgefunden hat.⁹⁹

Hinweis für die Praxis:

Vergabestelle kann nur eine von den Verwendern des Siegels organisatorisch und wirtschaftlich verschiedene Stelle sein, die mit der Auszeichnung eines ganz bestimmten Unternehmens kein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt.

⁹⁷ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 90; Alexander, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG, Nr. 2, Rn. 4.

⁹⁸ Weidert, in: Harte-Bavenmann/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5, Rn. 281.

⁹⁹ Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5, Rn. 281 f.; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 5, Rn. 260; Weidert, in: »Bio« we trust: Werbung mit Genehmigungen, Gütesiegeln und anderen Qualitätskennzeichen, GRUR-Prax 2010, 351, 353; OLG Dresden, Urte. v. 3.7.2012 – 14 U 167/12, 14 U 0167/12, Rn. 8ff.

5.2 Diskriminierungsfreiheit

Grundsätzlich hat jeder Bewerber Anspruch auf Verleihung des Gütesiegels, wenn er die vorab formulierten Gütebedingungen erfüllt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Gütesiegelträger die öffentliche Hand, eine Gütezeichengemeinschaft (§ 20 Abs. 5 GWB) oder ein marktbeherrschendes Unternehmen (nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) ist.

In allen übrigen Fällen besteht ein dahingehender Anspruch grundsätzlich nicht. Damit könnte ein nichtmarktbeherrschendes Unternehmen die Vergabe verweigern. Indes untersagen auch die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze (§§ 826, 242 BGB) eine willkürliche Versagung der Vergabe.

Aus dem Unionsrecht ergeben sich ebenfalls spezielle Diskriminierungsverbote (aus Gründen der Staatsangehörigkeit). Zwar wurde vertreten, dass bei Ablehnung eines Bewerbers mit Sitz im Ausland im Einzelfall etwas anderes gelten kann, wenn bspw. eine Prüfung im Ausland erforderlich ist, aber nicht gewährleistet werden kann.¹⁰⁰ Dahingehende Ausschlussgründe scheinen aber mittlerweile – jedenfalls für den Binnenmarkt – überholt. Hingegen können individuelle Gründe eine Ablehnung rechtfertigen, wenn etwa das Unternehmen Gütebedingungen erwiesenermaßen nicht dauerhaft einhält oder sonstige Gründe eine Schädigung des Ansehens des Trägers bzw. des Gütesiegels befürchten lassen.

Hinweis für die Praxis:

Gütesiegel sind an jedermann zu vergeben, der die zulässigen Gütebedingungen erfüllt.

5.3 Transparenz

Aus dem Diskriminierungsverbot folgt das Gebot zur Herstellung von Transparenz.

Das Transparenzgebot erfordert die Überprüfbarkeit der Vergabeentscheidung und stellt damit bestimmte Anforderungen an die Verfahrensausgestaltung. Diesbezüglich kann eine Gütesiegelsatzung erlassen werden, die dann die Grundlage des Vergabeverfahrens bildet. Eine Gütesiegelsatzung kann die Kriterien und Bedingungen für die Verleihung des Gütesiegels aufführen. Weiter sind Folgen der Missachtung bzw. von Verstößen gegen die Gütebedingungen festzuhalten.

Im Verfahren der Erteilung des Gütesiegels ist regelmäßig ein Antrag zu stellen, mit welchem der Nachweis über die Erfüllung der Gütebedingungen sowie die rechtsverbindliche Anerkennung der Satzung erfolgt.¹⁰¹ Das Transparenzgebot gebietet insbesondere auch die Veröffentlichung und Zugänglichmachung der Kriterien. Verweigert der Träger einem Bewerber trotz nachgewiesener Erfüllung der Gütebedingungen die Verleihung des Gütesiegels, muss dem abgelehnten Bewerber eine Rechtsschutzmöglichkeit eingeräumt werden. Hinsichtlich der Vergabe durch öffentlich-rechtliche Einrichtungen folgt dies schon aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und den verfassungsmäßigen Rechtsschutzgarantien (Art. 19 Abs. 4 GG).

Hinweis für die Praxis:

Die Vergabe von Gütesiegeln hat in einem transparenten Verfahren zu erfolgen.

¹⁰⁰ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 88.

¹⁰¹ Nr. 2.6.4 der Grundsätze für Gütezeichen.

5.4 Prüfung des Vorliegens der Gütebedingungen

Weiter folgt aus dem lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbot ebenso wie aus dem an die öffentliche Hand adressierten Sachlichkeitsgebot, dass die Gütesiegelvergabe und die damit verbundene Auszeichnung tatsächlich wahr und insofern der hervorgerufenen Erwartungshaltung der Verkehrskreise entsprechen muss. Dies bedingt eine Prüfpflicht des Gütesiegelträgers (bzw. der -vergabestelle).

Die Erfüllung dieser Anforderungen ist vom Bewerber nachzuweisen oder muss von der Vergabestelle selbst abgeprüft werden. Der Prüfmaßstab ist hierbei so zu fassen, dass die Einhaltung der Gütebedingungen nicht lediglich im Zeitpunkt der Vergabe, sondern dauerhaft gewährleistet ist. Der Nachweis der Erfüllung der Gütebedingungen ist zu dokumentieren.

Abzuprüfen sind alle Kriterien, die als Gütebedingungen Gewähr für die auszuzeichnende Beschaffenheit des Produkts oder der Leistung tragen. Der Begriff der Beschaffenheit ist hierbei weit zu fassen. Er umfasst alle Umstände, die nach der Verkehrsauffassung für die Wertschätzung einer Ware oder Leistung von Bedeutung

sein können.¹⁰² Gütesiegel treffen eine direkte Qualitätsaussage und wecken in der Regel im Verkehr die Vorstellung von besonders guter und (stetig) geprüfter Qualität. Selbst wenn keine gesicherten Vorstellungen über die betreffenden geforderten Eigenschaften bestehen, so verlassen sich die angesprochenen Verkehrskreise darauf, dass das Produkt den aufgestellten Anforderungen entspricht.¹⁰³

Soweit die Vergabe allein auf Selbstauskünften der Träger beruht¹⁰⁴ oder lediglich an subjektive Einschätzungen ohne objektives Prüfverfahren¹⁰⁵ anknüpft, begründet die Verleihung des Zeichens ein unlauteres Wettbewerbsverhalten. Selbstverlehene oder »käuflich« erworbene Gütesiegel sind damit wettbewerbsrechtlich unzulässig.¹⁰⁶ Im Übrigen ist es irreführend, wenn ein Gütesiegel allein das Vorliegen der rechtlichen Mindestvoraussetzungen konstatiert, da die Einhaltung dieser Vorgaben im Rechtsverkehr ohnehin erwartet werden darf. Die Vorgaben des Lauterkeitsrechts richten sich in gleicher Weise an öffentliche wie private Stellen, die geschäftliche Handlungen i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 UWG vornehmen (vgl. 3.2).

Hinweis für die Praxis:

Vor Vergabe muss die Erfüllung der zulässigen Gütebedingungen überprüft werden.

¹⁰² Sosnitz, in: Ohly/Sosnitz, UWG, 7. Aufl. 2016, § 5, Rn. 247.

¹⁰³ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 81 m. w. N. aus der Rspr. in Fn. 83; vgl. auch Weidert, In »Bio« we trust: Werbung mit Genehmigungen, Gütesiegeln und anderen Qualitätskennzeichen, GRUR-Prax 2010, 351, 352.

¹⁰⁴ OLG Dresden, Urt. v. 3.7.2012 – 14 U 167/12.

¹⁰⁵ LG Köln, Urt. v. 5.1.2012 – 31 O 491/11.

¹⁰⁶ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 83; Sosnitz, in: Ohly/Sosnitz, UWG, 7. Aufl. 2016, § 5, Rn. 260.

6 Vergütung

Gütesiegel sind besondere Ausweise der Gütesicherung.¹⁰⁷ Daher erwartet der Verkehr einerseits, dass ein Gütesiegel auf der Grundlage neutraler, objektiv vorgegebener Bedingungen geprüft wird, andererseits, dass neben der Prüfung bei Erteilung der Zeichen auch eine Qualitätsüberwachung stattfindet.¹⁰⁸ Damit ist es zum einen irreführend, wenn das Zeichen ohne vorherige Prüfung oder Überwachung »erkauft« wurde.¹⁰⁹

Hingegen steht die Zahlung einer angemessenen Gebühr für die Verleihung des Siegels, die Prüfung und spätere Kontrolle der Einhaltung der Gütebedingungen sowie für die Siegelverwendung (z. B. Lizenzgebühr) nicht entgegen.¹¹⁰ Zum anderen geht der Verkehr davon aus, dass das mit dem Zeichen beworbene Produkt die bei der Vergabepfung gestellten Anforderungen erfüllt hat und auch aktuell noch erfüllt.¹¹¹

7 Management eines Gütesiegels

Da das Gütesiegel auch nach Verleihung Rechtswirkungen hat, treffen den Träger des Zeichens auch nach dessen Verleihung bestimmte Pflichten. Damit wird ein kontinuierliches Management des Gütesiegels erforderlich. Durch laufende Prüfungen der Erzeugnisse oder Leistungen ist die lückenlose Einhaltung der Gütebedingungen zu gewährleisten. Mit der Prüfung der Gütebedingungen übernimmt der Gütesiegelträger Gewähr für die dauerhafte Einhaltung dieser Voraussetzungen. Die Güteauszeichnung kann damit nur solange gewährt werden, wie eine Überprüfbarkeit der Kriterien gewährleistet ist. Ist die dauerhafte Einhaltung der Kriterien nicht nachweisbar, ist die Prüfung zu wiederholen.

Ebenso kann eine Irreführung auch durch die weitere Verwendung des Gütesiegels gegeben sein, wenn ein Produkt in Hinblick auf die geprüften Merkmale so verändert wurde, dass eine erneute Prüfung und Vergabeentscheidung erforderlich scheint, jedoch nicht erfolgt ist.¹¹² Entspricht das Produkt nicht den Anforderungen

der Güte- und Prüfbedingungen, so ist die Verwendung, aber auch die Vergabe des Gütesiegels irreführend. Im Ergebnis ergibt sich somit eine Pflicht des Trägers, die Einhaltung der Gütekriterien auch nach Vergabe einer Kontrolle zu unterziehen. Insoweit kann auch eine Haftung der Zertifizierungsstelle begründet werden.¹¹³

Daher ist entweder eine regelmäßige Überprüfung oder aber eine kontinuierliche Nachweispflicht über die Einhaltung der Anforderungen erforderlich.¹¹⁴ Die Einhaltung der Anforderungen kann im Wege einer Eigen- oder Fremdüberwachung gewährleistet werden. Die Beachtung der Gütegrundsätze muss fortgesetzt überprüfbar sein und einer Überprüfung zugänglich sein.¹¹⁵

Um eine kontinuierliche Einhaltung der Gütebedingungen zu gewährleisten, bietet es sich an, die Pflichten zwischen Träger und ausgezeichnetem Unternehmen in einem Gütesiegelvertrag zu regeln. Für den Fall von Verstößen gegen die Gütebedingungen und Satzungen sind

¹⁰⁷ Vgl. RAL, Grundsätze für Gütezeichen, 21. Aufl. Juni 2014, S. 3, abrufbar unter: https://www.ral-guetezeichen.de/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/RAL_Broschuere_Grundsaeetze_fuer_RAL_Guetezeichen.pdf (im Folgenden »Grundsätze der Gütesicherung«)

¹⁰⁸ Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5, Rn. 285; Weidert, in »Bio« we trust: Werbung mit Genehmigungen, Gütesiegeln und anderen Qualitätskennzeichen, GRUR-Prax 2010, 351, 354.

¹⁰⁹ Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 287; BGH, Urt. v. 11.10.1990 – I ZR 10/89; BGH, Urt. v. 17.11.1960 – I ZR 78/59.

¹¹⁰ Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 287; BGH, Urt. v. 4.10.1990 – I ZR 39/89; BGH, Urt. v. 11.10.1990 – I ZR 10/89.

¹¹¹ Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 289.

¹¹² Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP 1993, 74, 81.

¹¹³ Wiebe, Wettbewerbs- und zivilrechtliche Rahmenbedingungen der Vergabe und Verwendung von Gütezeichen, WRP, 1993, 74 (82, m. w. N. in Fn. 88).

¹¹⁴ Nr. 2.7.1 der Grundsätze für Gütezeichen.

¹¹⁵ Nr. 1.4 der Grundsätze für Gütezeichen.

Ahndungen durch Verwarnung, Geldbuße, befristeten oder dauernden Gütesiegelentzug vorzusehen.¹¹⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint es zudem empfehlenswert, die Vergabe und den Gütesiegelvertrag zeitlich zu befris-

ten. Nach Ablauf der Benutzungsfrist sind die Gütebedingungen in einem neuen Vergabeverfahren nochmals nachzuweisen.

8 Fazit

Als Gütesiegelträger kommen sowohl der Staat als auch Private in Betracht. Privaten ist die Vergabe von Gütesiegeln ohne weiteres gestattet. Der Staat (die öffentliche Hand) benötigt hierfür eine gesetzliche Grundlage, wenn die Gütesiegelvergabe in die Grundrechte Dritter eingreift oder ihrer Zielrichtung oder Wirkung nach ein sog. »funktionales Äquivalent« zu einem Grundrechtseingriff darstellt. Dies hängt von der konkreten Ausgestaltung des Gütesiegels und vor allem davon ab, welche Ziele und Wirkungen damit verfolgt werden. Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen ganz sicher zu genügen, bietet es sich daher an, die Vergabe des Gütesiegels auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen.

Für die Erstellung von Gütesiegeln existieren keine spezialgesetzlichen Anforderungen. Handelt der private oder öffentliche Gütesiegelträger bei der Gütesiegelvergabe geschäftlich bzw. unternehmerisch, ist er an das Lauterkeitsrecht (UWG) und das Kartellrecht (GWB/AEU) gebunden. Daneben gelten die allgemeinen Regelungen des BGB. Die öffentliche Hand ist überdies an das deutsche Verfassungsrecht und das Unionsrecht gebunden.

Die o. g. allgemeinen Anforderungen an die Festlegung von Gütebedingungen (für private wie für öffentliche Träger) entsprechen sich in ihrem materiellen Gehalt in weiten Teilen. Prägend ist das Diskriminierungsverbot. Gütebedingungen müssen demnach transparent, objektiv, sachbezogen und verhältnismäßig, d. h. so-

wohl geeignet als auch erforderlich sein, eine bestimmte Beschaffenheit oder Eigenschaft der in Rede stehenden Leistung zu gewährleisten.

Der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit ist auch für die Gütesiegelvergabe verfahrens- und entscheidungsleitend. Dies gilt sowohl für private als auch für öffentliche Gütesiegelträger (bzw. -vergabestellen). Überdies folgt aus dem lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbot ebenso wie aus dem an die öffentliche Hand adressierten Sachlichkeitsgebot, dass die Gütesiegelvergabe und die damit verbundene Auszeichnung tatsächlich wahr und insofern der hervorgerufenen Erwartungshaltung der Verkehrskreise entsprechen muss. Dies bedingt eine gewisse Prüfpflicht des Gütesiegelträgers (bzw. der -vergabestelle).

Für die Verleihung des Siegels, die Prüfung und spätere Kontrolle der Einhaltung der Gütebedingungen sowie für die Siegelverwendung (z. B. Lizenzgebühr) ist die Zahlung einer angemessenen Gebühr (Entgelt) zulässig. Irreführend und damit unzulässig wäre es hingegen, wenn das Gütesiegel ohne vorherige Prüfung oder Überwachung »erkauft« werden könnte.

Die Güteauszeichnung kann nur solange gewährt werden, wie eine Überprüfbarkeit der Kriterien gewährleistet ist. Ist die dauerhafte Einhaltung der Kriterien nicht nachweisbar, ist die Prüfung zu wiederholen.

¹¹⁶ Nr. 2.7.2 der Grundsätze für Gütezeichen.

Teil II

Möglichkeiten und Grenzen der behördlichen Steuerung naturschutzfachlicher Gutachter

In jüngerer Zeit sind vermehrt auch die arten- und landschaftsschutzfachlichen Gutachten im Zusammenhang mit Windenergieprojekten in den Fokus gerückt. »Schlechte« Gutachten, so der Befund, verzögerten den Planungs- und Genehmigungsprozess und machten den Genehmigungsbescheid angreifbar.

Insoweit wird verschiedentlich – insbesondere von Seiten der Naturschutzverbände – eine stärkere Steuerung und Kontrolle der Gutachter gefordert. Diskutiert werden verschiedene Ansätze: So wird gefordert, dass die Genehmigungsbehörden selbst als Auftraggeber der erforderlichen Gutachten fungieren und so mehr Einfluss auf Gutachter und Gutachten nehmen (dazu sogleich, 1). Außerdem wird (analog zu der in Teil I behandelten Situation bei den Projektentwicklern) diskutiert, auch für Gutachter ein öffentliches Gütesiegel oder eine Empfehlungsliste einzuführen (dazu unten, 2). Zuletzt wird die Forderung erhoben, inhaltliche Leitlinien für die Gutachtenerstellung einzuführen (dazu unten, 3). Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen solcherlei Steuerungsmechanismen rechtlich zulässig sind, wird im Folgenden dargestellt.

1 Gutachtenauftrag durch die Behörde

Zunächst wird die rechtspolitische Forderung erhoben, dass die Genehmigungsbehörden selbst (und nicht wie bislang üblich die Antragsteller) die Gutachter auswählen und beauftragen sollen. Diese Forderung ist letztlich eine Verbindung der beiden genannten anderen Vari-

anten, weil die Behörde damit sowohl die Auswahl des Gutachters als auch die inhaltlichen Anforderungen an das Gutachten bestimmen kann. Sie ist insoweit die am weitesten gehende Forderung.

1.1 Primäre Verantwortung beim Antragsteller

Generell ist für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren durchaus die Möglichkeit vorgesehen, dass die Genehmigungsbehörde selbst Gutachten in Auftrag geben kann. Denn gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 der 9. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (9. BImSchV) »holt die Behörde Gutachten ein, soweit dies für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen notwendig erscheint.«

Auch wenn sich diese Vorschrift bei unbefangener Betrachtung so verstehen lässt, als sei es die originäre Aufgabe der Behörde, die erforderlichen Gutachten einzuholen, so ist dies tatsächlich nach geltender Rechtslage nicht der Fall. Denn die Vorschrift muss in ihrem systematischen Zusammenhang mit den anderen Normen gesehen werden, die die Informationsbeschaffung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren betreffen.

Ausgangspunkt ist, dass das Gesetz dem Antragsteller das Recht und gleichzeitig die Pflicht zuweist, die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen durch geeignete Unterlagen nachzuweisen. Dies ergibt sich aus § 10 Abs. 1 S. 2 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG), wonach der Antragsteller dem Genehmigungsantrag »die zur Prüfung [...] erforderlichen Zeichnungen, Erläuterungen und sonstigen Unterlagen beizufügen hat.« Reichen die Unterlagen zur Prüfung nicht aus, so hat der Antragsteller diese auf Verlangen der Genehmigungsbehörde zu ergänzen, § 10 Abs. 1 S. 3 BImSchG.

Von dieser Regelung erfasst sind auch die hier in Rede stehenden naturschutzfachlichen Gutachten.¹¹⁷ Weil die Frage der Verwirklichung artenschutzrechtlicher Zugriffsverbote nach § 44 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) zum Kanon der gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zu prüfenden Vorschriften gehört¹¹⁸, und der Antragsteller selbst die Nichterfüllung der Zugriffsverbote nicht nachweisen kann, ist ein naturschutzfachliches Gutachten in der Regel eine in diesem Sinne erforderliche sonstige Unterlage.

Damit liegt die Verantwortung für die naturschutzfachlichen Gutachten in erster Linie beim Antragsteller. Er kann deswegen auch grundsätzlich selbst den Sachverständigen auswählen. Dieser Gedanke kommt auch in § 13 Abs. 2 S. 2 der 9. BImSchV zum Ausdruck, wo der Fall geregelt ist, dass der Antragsteller den Gutachtenauftrag in Abstimmung mit der Behörde erteilt. In diesem Fall wird das Gutachten so behandelt, als hätte es die Behörde selbst in Auftrag gegeben.

Auch aus dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht ergibt sich nichts anderes. Gemäß § 24 VwVfG gilt zwar, dass die Ermittlung des Sachverhalts der Behörde obliegt. Der Antragsteller wirkt als Verfahrensbeteiligter an der Sachverhaltsermittlung lediglich mit; eine Verpflichtung zur Ermittlung des Sachverhalts besteht gemäß § 26 Abs. 3 VwVfG aber nur, wenn dies durch Rechtsvorschrift besonders vorgesehen ist. Dies darf gleichwohl nicht dahingehend verstanden werden, dass die Behörde auf dieser Grundlage selbst unmittelbar Gutachten in Auftrag geben müsste oder auch nur könnte. Der Amtsermittlungsgrundsatz verlangt vielmehr nur, dass die Behörde

¹¹⁷ OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 20.4.2016 – 2 L 64/14.

¹¹⁸ Jarass in: BImSchG Kommentar, 11. Aufl. 2015, § 6, Rn. 29.

den Antragsteller zur Beibringung eines (Privat-)Gutachtens auffordert. Soweit ersichtlich haben sich die Rechtsprechung und die Literatur in diesem Kontext bislang lediglich der Frage gewidmet, inwieweit die Behörde verpflichtet sein könnte, anstelle des Antragstellers (auf ihre eigenen Kosten) Gutachten einzuholen- und dies verneint.¹¹⁹ Die Frage, ob die Genehmigungsbehörde berechtigt ist, wird demgegenüber bislang nicht thematisiert.

1.2 Sekundäre Zuständigkeit der Behörde

Tatbestandliche Voraussetzung des § 13 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV ist, dass die Einholung des (weiteren) Gutachtens zum Nachweis der Genehmigungsvoraussetzungen »notwendig« ist. Dies schränkt den Handlungsspielraum der Behörde in zweifacher Hinsicht ein: Ein nicht notwendiges Gutachten darf sie nicht, ein notwendiges muss sie einholen. Auch wenn der Behörde hierbei ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist, sind Überschreitungen möglich (und auch nicht unwahrscheinlich). Wann eine solche anzunehmen ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Eine Überschreitung liegt jedenfalls dann vor, wenn keine sachlich vertretbaren Gründe für die Annahme einer Notwendigkeit bestehen und die Einholung eines weiteren Gutachtens

Letztlich sprechen aber die genannten systematischen Argumente dafür, dass die Behörde nicht nur nicht verpflichtet, sondern auch nicht berechtigt ist, unmittelbar ein solches Gutachten selbst in Auftrag zu geben. Erst wenn der Antragsteller trotz Aufforderung kein Gutachten oder ein fachlich unzureichendes Gutachten vorgelegt hat, besteht die Möglichkeit, dass die Behörde ihrerseits ein Gutachten in Auftrag gibt.

einer politisch motivierten Verzögerung des Verfahrens dienen soll.¹²⁰ Letztlich kommt es immer darauf an, ob der Antragsteller ein fachgerechtes und nachvollziehbares Gutachten vorgelegt hat.¹²¹ In diesem Fall ist die Einholung eines weiteren behördlichen Gutachtens nicht notwendig, sondern im Gegenteil überflüssig.¹²²

Sind hingegen die Voraussetzungen für ein (weiteres) Gutachten erfüllt, hat der Antragsteller die Kosten für das behördlich in Auftrag gegebene Gutachten zu tragen.¹²³ Denn es handelt sich insoweit um Kosten, die durch die Antragsprüfung entstehen und die dem Antragsteller aufzuerlegen sind, § 52 Abs. 4 S. 1 BImSchG.

1.3 Inhaltliche Anforderungen an die sekundäre Auswahlentscheidung

Die Auswahl eines Gutachters steht im pflichtgemäßen Ermessen der Genehmigungsbehörde. Es liegt auf der Hand, dass der entscheidende Faktor bei der Auswahl die Sachkunde des Gutachters sein muss. Außerdem darf (und sollte) die Behörde die Ortsnähe des Gutachters als relevanten Faktor berücksichtigen; schließlich sind relativ umfangreiche Erhebungen vor Ort erforderlich. Schließlich kann – praktisch alles andere als unwichtig – die zeitliche Verfügbarkeit ausschlaggebend sein. Unzulässig ist die Auswahl solcher Gutachter, die gemäß § 20 VwVfG analog ausgeschlossen sind oder bei denen die Besorgnis der Befangenheit im Sinne des § 21 VwVfG besteht.

Darüber hinaus hat die Behörde in einem solchen Fall das Vergaberecht zu beachten. Auch wenn das Volumen in den meisten Fällen nicht die Schwellenwerte des EU-Vergaberechts erreichen wird, ist die Behörde als Auftraggeberin keineswegs vergaberechtlich frei. Künftig gelten hier regelmäßig die Vorgaben der Unterschwellenvergabeordnung.

¹¹⁹ OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 20.4.2016 – 2 L 64/14.

¹²⁰ Czajka, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, § 13 der 9. BImSchV, Rn. 28.

¹²¹ OVG Saarland, Beschl. v. 4.5.2010 – 3 B 77/10 (für ein Schallgutachten).

¹²² Jarass, BImSchG Kommentar, 11. Aufl. 2015, § 10, Rn. 56.

¹²³ Dietlein, in: Landmann/Rohmer UmweltR, 81. EL Sept. 2016, 9. BImSchV, § 13, Rn. 6

2 Einführung eines Gütesiegels oder einer Empfehlungsliste

Diskutiert wird auch die Vergabe eines Gütesiegels oder die Einführung einer Empfehlungsliste. Zur generellen Zulässigkeit und Ausgestaltung eines solchen Verfahrens gilt dem Grunde nach das im ersten Kapitel zu einem

Gütesiegel für Windkraftprojektierer Gesagte – allerdings gelten im Hinblick auf die Gutachter auch einige Besonderheiten.

2.1 Generelle Zulässigkeit

Was das »Ob« eines solchen Systems anbetrifft, ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass die gutachterlichen Tätigkeiten eine gewisse Nähe zur staatlichen Sphäre aufweisen. Denn die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen sind die ganz typischen Anlässe für die Einholung naturschutzfachlicher Gutachten. Arbeiten im Zusammenhang mit der Windenergie machen deswegen einen erheblichen Anteil sämtlicher naturschutzfachlicher Gutachtaufträge aus. Weil die Gutachten primär weiterhin von den antragstellenden Projektentwicklern in Auftrag gegeben werden, tritt der Staat damit zwar nicht als »Nachfragemonopolist« auf. Gleichwohl ist – im Vergleich zur Tätigkeit von Windenergieprojektierern – aber eine größere Sachnähe zur staatlichen Verwaltungstätigkeit gegeben, weil die Gutachten im Rahmen des Verfahrens erbracht werden und eine maßgebliche Voraussetzung für die behördliche Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung sind.

Selbst wenn das Gütesiegel bzw. die Aufnahme in die Empfehlungsliste rechtlich keine Voraussetzung für die Anerkennung eines Gutachtens im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens wäre, so hätten sie gleichwohl eine ganz erhebliche faktische Lenkungswirkung. Es liegt auf der Hand, dass die meisten Antragsteller auf die dergestalt empfohlenen Sachverständigen zurückgreifen würden, um Komplikationen und Verzögerungen im Genehmigungsverfahren zu vermeiden. Gutachtern, die über kein entsprechendes Gütesiegel verfügen bzw. nicht in der Empfehlungsliste eingetragen sind, würde damit faktisch der Zugang zu diesem Tätigkeitsbereich zumindest erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht.

Weil diese Auswirkungen von vornherein erkennbar sind, ist davon auszugehen, dass mit der Einführung eines Gütesiegels oder einer Empfehlungsliste ein Grundrechtseingriff in die Berufsfreiheit der Gutachter nach Art. 12 Abs. 1 GG einhergehen würde.

Hinweis für die Praxis:

Für die Einführung eines Gütesiegels oder einer Empfehlungsliste für naturschutzfachliche Gutachter ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich, die es derzeit nicht gibt.

2.2 Inhaltliche Ausgestaltung

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung (also dem »Wie«) müsste aus verfassungsrechtlichen Gründen zudem gewährleistet sein, dass die Kriterien sachbezogen sind. Auch insoweit wird auf die grundsätzlichen Ausführungen im ersten Kapitel verwiesen. Namentlich müssen die Kriterien diskriminierungsfrei, objektiv, sachbezogen und verhältnismäßig sein.

Auf die konkrete Situation der naturschutzfachlichen Sachverständigen übertragen bedeutet dies, dass nur solche Faktoren eine Rolle spielen dürfen, die die fachliche

Kompetenz betreffen und zudem auch objektiv messbar sind. Beispielsweise könnten regelmäßige fachbezogene Fortbildungen ein berücksichtigungsfähiger Faktor sein. Auch bisherige Referenzen können ein zulässiges Kriterium darstellen, solange »Newcomer« deswegen nicht ausgeschlossen werden. Dem gegenüber wäre es aber sachfremd und deswegen unzulässig, solche Gutachter zu bevorzugen, die in der Vergangenheit häufiger die Erfüllung eines artenschutzrechtlichen Zugriffsverbots bejaht haben.

3 Inhaltliche »Leitlinien« für die Gutachtenerstellung

Als letzte rechtspolitische Forderung wird diskutiert (alternativ oder zusätzlich zu Gütesiegeln oder Empfehlungslisten), verbindliche inhaltliche Leitlinien vorzugeben, die bei der Erstellung von Gutachten beachtet werden müssen. Der steuernde Einfluss wäre in die-

sem Fall also nicht auf die Person/Auswahl des Gutachters, sondern unmittelbar auf den Inhalt des Gutachtens gerichtet, sodass diese Variante bei unbefangener Betrachtung näherliegt, um vermeintlich oder tatsächlich vorgefundene Qualitätsdefizite künftig auszuschließen.

3.1 Behördliche Einschätzungsprärogative

Sinn und Zweck naturschutzfachlicher Gutachten ist der Nachweis, dass durch die zur Genehmigung gestellten Windenergieanlagen keine artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote erfüllt werden, namentlich soll der Nachweis erbracht werden, dass von dem Betrieb der Anlagen keine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos und keine erhebliche Störung für bestimmte Arten ausgehen.¹²⁴ Generell ist es die originäre Aufgabe der Genehmigungsbehörden zu entscheiden, ob der Nachweis erbracht ist oder nicht. Diese Entscheidung und ihre Begründung sind – wie andere behördliche Entscheidungen im Rahmen des Genehmigungsprozesses – nachträglich verwaltungsgerichtlich überprüfbar.

Es ist eine Besonderheit des Artenschutzes, dass die Rechtsprechung der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative einräumt. Bei der Entscheidung, wie eine artenschutzfachliche Prüfung, die der Ermittlung eines solchen Genehmigungshindernisses dient, im Einzelnen durchzuführen ist, steht der öffentlichen Verwaltung

ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Dieser bezieht sich sowohl auf die Erfassung des Bestands der geschützten Arten als auch auf die Bewertung der Gefahren, denen die Exemplare der geschützten Arten bei Realisierung des zur Genehmigung stehenden Vorhabens ausgesetzt sein würden. Gerichtlich überprüfbar bleibt aber die Frage, ob im Gesamtergebnis die naturschutzfachlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen.¹²⁵ Ihren zurückgenommenen Kontrollmaßstab begründet die Rechtsprechung damit, dass es fachwissenschaftlich noch keinen gesicherten Erkenntnisstand gebe, weil ökologische Fragestellungen noch in weitem Umfang keine eindeutigen, in den einschlägigen Fachkreisen in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannten Antworten gefunden hätten.¹²⁶

¹²⁴ BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07.

¹²⁵ BVerwG, Urt. v. 27.6.2013 – 4 C 1.12.

¹²⁶ BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11.

3.2 Möglichkeiten einer Vereinheitlichung

Die Einschätzungsprärogative (und das ihr zugrundeliegende Fehlen in den Fachkreisen allgemein anerkannter Antworten) stellt alle Beteiligten vor erhebliche Herausforderungen, deren Folge eine gesteigerte Rechtsunsicherheit ist. Insoweit liegt es nahe, durch die Vorgabe inhaltlicher Mindestanforderungen eine einheitlichere Genehmigungspraxis zu erreichen. Hierzu werden praktisch bereits Vorgaben gemacht: Die Windenergieerlasse der Bundesländer enthalten teilweise durchaus Vorgaben für naturschutzfachliche Untersuchungen. Namentlich die Erfassungsmethoden besonders kollisionsgefährdeter Vogelarten werden in den Erlassen dezidiert geregelt.¹²⁷

Auch wenn die Vorgaben in den Windenergieerlassen als bloße Verwaltungsanweisungen keine Außenwirkung und schon gar keinen Rechtsnormcharakter haben, so entfalten sie dennoch eine faktische Bindungswirkung, die letztlich einer rechtlichen Verbindlichkeit auch für Projektierer und die beauftragten Gutachter zumindest sehr nahe kommt. Der *Bayerische Verwaltungsgerichtshof* stuft die Vorgaben des Bayerischen Windenergieerlasses als »antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität« ein, von dessen Vorgaben nicht ohne fachlichen Grund und gleichwertigen Ersatz abgewi-

chen werden dürfe.¹²⁸ In anderen Bundesländern haben Verwaltungsgerichte sich dieser Auffassung angeschlossen.¹²⁹ Konsequenz dieser Auffassung: Abweichungen sind möglich, müssen aber die formulierten Voraussetzungen erfüllen. So hat der *Bayerische Verwaltungsgerichtshof* verkürzte Untersuchungszeiträume gebilligt, wenn bereits anderweitig genügend Erkenntnisse vorliegen.¹³⁰ Bleibt hingegen ein naturschutzfachliches Gutachten hinter den Vorgaben des Windenergieerlasses zurück, ohne dass ein sachlicher Grund und ein gleichwertiger Ersatz gegeben wären, so ist dieses unzureichend und keine taugliche Entscheidungsgrundlage für die Genehmigungsbehörde.

Es bietet sich an, diese Struktur auch in anderen Bundesländern zur Anwendung zu bringen. Dabei ist wiederum zu bedenken, dass solche Vorgaben ihrerseits natürlich erforderlich sein müssen, um die Behörde zur Überprüfung der natur- und artenschutzrechtlichen Voraussetzungen im einzelnen Genehmigungsverfahren zu befähigen. Eine darüber hinausgehende »Neugierde« und der Wille zur wissenschaftlichen Erfassung des Artenbestands in Deutschland darf demgegenüber keine Rolle spielen.

¹²⁷ Z. B. Bayern: »Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen« (BayWEE) v. 19.6.2016, Anlage 6.

¹²⁸ BayVGH, Urt. v. 18.6.2014 – 22 B 13.1358.

¹²⁹ VG Aachen, Beschl. v. 2.9.2016 – 6 L 38.16 (im Hinblick auf die artenschutzrechtlichen Vorgaben des nordrhein-westfälischen Windenergieerlasses); ferner: VG Osnabrück, Beschl. v. 20.6.2016 – 2 B 2/16 (im Hinblick auf Ausführungen zum Infraschall im niedersächsischen Windenergieerlass).

¹³⁰ BayVGH, Beschl. v. 13.1.2016 – 22 ZB 15.1506.

4 Fazit

Die primäre Verantwortung für die naturschutzfachlichen Gutachten und damit auch die Auswahl der Gutachter liegt nach geltender Rechtslage beim Antragsteller. Die Genehmigungsbehörde hat dies hinzunehmen. Sie ist rechtlich nur dann berechtigt, selbst Gutachten in Auftrag zu geben, wenn der Antragsteller trotz Aufforderung kein (den Anforderungen genügendes) Gutachten beigebracht hat.

Die Einführung eines Gütesiegels oder einer Empfehlungsliste für Gutachter setzt aus verfassungsrechtlichen Gründen eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraus, die derzeit nicht gegeben ist. Sollte

die normative Grundlage geschaffen werden, wäre inhaltlich erforderlich, dass die Verleihung des Gütesiegels bzw. die Aufnahme in die Empfehlungsliste nach sachbezogenen, objektiven und angemessenen Kriterien erfolgt.

Die Vorgabe fachlicher Leitlinien mit dem Ziel der Vereinheitlichung auf Landes- oder Bundesebene ist bereits nach geltendem Recht möglich. Inhaltlich müssen die Vorgaben aber sachlich gerechtfertigt sein. Hier kommt es allein darauf an, die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen nachzuweisen.



Impressum

© FA Wind, Juli 2017

Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11
12435 Berlin

www.fachagentur-windenergie.de
post@fa-wind.de
V.i.S.d.P.: Axel Tscherniak

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e. V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B.

Autoren:

Dr. Sebastian Helmes (Sterr-Kölln & Partner)
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski und
Dr. Mirko Sauer (EWeRK)

Redaktion:

Dr. Marike Endell (FA Wind)

Zitiervorschlag:

Helmes/Schwintowski/Sauer, in: FA Wind (Hrsg.),
Rechtliche Anforderungen an ein Gütesiegel oder
Prüfzeichen für die Planung von Windenergieanlagen,
Berlin 2017

Gestaltung:

DreiDreizehn Werbeagentur GmbH, www.313.de

Haftungsausschluss:

Die in dieser Broschüre enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt.

Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Druck:

1. Auflage (200 Exemplare), Juli 2017

Klimaneutral gedruckt auf 100 % Recycling-Papier
Mundoplus, ausgezeichnet mit dem Umweltzeichen
Blauer Engel.



Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin
T +49 30 64 494 60-60 | F +49 30 64 494 60-61
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de