

# Freiheit des Auftraggebers beim Auftragsgegenstand

Die deutsche Rechtsprechung ist sich uneins, wie Vorschriften zur Produktneutralität zu bewerten sind.

**E**in bislang ungeklärtes Problem wird nach einigen aktuellen Entscheidungen des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf wieder diskutiert: Welche Freiheit hat der Auftraggeber beim Auftragsgegenstand? Die Frage stellt sich vor allem dann, wenn die Leistungsbeschreibung konkrete Anforderungen aufstellt, die bestimmte Unternehmen benachteiligen. Insbesondere sieht der in allen Vergabeordnungen enthaltene Grundsatz der Produktneutralität vor, dass die Vorgabe von Marken, Patenten, einer bestimmten Herkunft oder Produktion grundsätzlich verboten ist, es sei denn, sie ist aufgrund des Auftragsgegenstandes gerechtfertigt oder der Auftragsgegenstand kann nur mit ihrer Hilfe genau beschrieben werden.

Im Ausgangspunkt herrscht in der deutschen Rechtsprechung noch Einigkeit: Ein öffentlicher Auftraggeber darf den Auftragsgegenstand selbst bestimmen. Wo aber ist die Grenze zwischen zulässiger Bestimmung des Auftragsgegenstands und Verstoß gegen die Produktneutralität? Einige Vergabekammern und Gerichte nehmen an, dass die Vorschriften zur Produktneutralität die Freiheit des öffentlichen Auftraggebers von vornherein begrenzen. Andere trennen die Beschreibung des Auftragsgegenstands von der grundsätzlichen Entscheidung über den Auftragsgegenstand; diese Entscheidung soll dem Vergabeverfahren vorgelagert sein und nicht den vergaberechtlichen Regeln unterfallen.

## ● Niedrige Hürde des OLG Düsseldorf

Dieser Ansicht folgt auch das OLG Düsseldorf (15. 6. 2010, Verg 10/10; 3. 3. 2010, Verg 46/09; 17. 2. 2010, Verg 24/09). Es geht davon aus, dass der Auftraggeber für die produktspezifische Beschreibung lediglich einen auftrags- und sachbezogenen Grund braucht. Die Wettbewerbsbeschränkung durch einen eng gefassten Auftragsgegenstand ist als Folge des vorgelagerten Bestimmungsrechts des Auftraggebers hinzunehmen. Das hatten das Oberlandesgericht Jena (26. 6. 2006, 9 Verg 2/06) und das



## Standpunkte

Die Tendenz ist derzeit, öffentlichen Auftraggebern mehr Freiheit zu geben, meint Philipp-Christian Scheel, Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle.

Oberlandesgericht Celle (22.05.2008, 13 Verg 1/08) anders gesehen. Sie fordern vom Auftraggeber nicht nur einen sachlichen Grund, sondern eine umfassende Begründung, warum der Auftraggeber nur einen spezifischen Gegenstand beschaffen möchte. Die Hürde des OLG Düsseldorf ist also deutlich niedriger.

## ● BGH-Entscheidung steht noch aus

Bedeutet die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nun die große Freiheit für öffentliche Auftraggeber? Vorsicht bei der Produktneutralität ist immer noch geboten: Zum einen gibt es entgegengesetzte Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte. Dem Bundesgerichtshof (BGH) hat das OLG Düsseldorf die Frage nicht vorgelegt. Eine klärende höchstgerichtliche Entscheidung fehlt also nach wie vor. Zum anderen muss der Auftraggeber auch schon von Beginn der Ausschreibung an die sachlichen und auftragsbezogenen Gründe für die spezifische Produktbeschreibung nachvollziehbar dokumentieren. Ob ein Dokumentationsverstoß durch das Nachschieben einer Begründung geheilt werden kann, ist noch nicht abschließend geklärt.

Darüber hinaus könnte – was die Rechtsprechung bisher offenbar noch nicht bedacht hat – ein zu enger Auftragsgegen-

stand die europarechtlichen Grundfreiheiten beschränken. Insbesondere die Warenverkehrsfreiheit ist nämlich auch dann zu beachten, wenn der Auftraggeber sich noch außerhalb vergaberechtlicher Vorschriften bewegt. Selbst wenn die Festlegung eines engen Auftragsgegenstands nach dem Oberlandesgericht Düsseldorf nicht am Vergaberecht zu messen ist, könnte der Auftraggeber damit dennoch die Warenverkehrsfreiheit beschränken.

## ● EuGH könnte strenger urteilen

Um eine solche Beschränkung zu rechtfertigen, braucht er nach europarechtlichen Vorgaben zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses wie beispielsweise Umweltschutz, Aufrechterhaltung des staatlichen Gesundheitssystems und Ähnliches – also weit mehr als der vom Oberlandesgericht Düsseldorf geforderte sachliche Grund oder die vom Oberlandesgericht Jena geforderte Rundumschau. Es wäre daher durchaus möglich, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Falle seiner Anrufung einen weitaus strengeren Maßstab aufstellen könnte, als dies die deutschen Gerichte bisher getan haben.

Die Rechtsprechung hat damit das Verhältnis zwischen Beschaffungsgegenstand und produktneutraler Beschreibung wieder entdeckt, ohne es bislang rechtssicher zu klären. Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf belegt aber die aktuelle Tendenz, öffentlichen Auftraggebern mehr Freiheit zu geben.

**Kontakt** Philipp-Christian Scheel,  
Telefon 07 11/9 76 41 64,  
E-Mail: philipp-christian.scheel@cms-hs.com

## Impressum

Chefredakteur: Joachim Dorfs  
Anzeigenleitung: Bernhard H. Reese  
Postanschrift Stuttgarter Zeitung:  
Postfach 106032, 70049 Stuttgart

Jetzt Wissens-  
vorsprung sichern.

„StZ Wirtschaft kompakt“ für Ihr Unternehmen

Nutzen Sie unsere attraktiven Angebote, damit auch Ihre Kollegen und Mitarbeiter schnell und kompakt über die Wirtschaft in Baden-Württemberg informiert sind:

- » Ab dem 2.–9. Abo 2,90 Euro / Monat
- » Ab dem 10.–19. Abo 2,00 Euro / Monat
- » Ab dem 20. Abo 1,50 Euro / Monat

Jetzt bestellen unter: [www.stuttgarter-zeitung.de/wirtschaft-kompakt](http://www.stuttgarter-zeitung.de/wirtschaft-kompakt)

