

Workshop 3: Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Good Governance im Vergaberecht



Marc Steiner

Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen

These

Good Governance als Thema des Vergaberechts

Meine Damen und Herren,

zum Schluss dieses Tages möchte ich Sie in Richtung auf die Frage nach dem Sinn der ganzen Vergaberechtsregulierung führen. Wozu ist das Ganze eigentlich gut? Polemiker sagen zum EU-Vergaberecht, die ganze Regulierung lohne eigentlich nicht, wenn man weiß, dass nur 2 Prozent des Vergabevolumens grenzüberschreitend vergeben wird. Das kann richtig sein, wenn man sagt, dass das Vergaberecht nur Marktzutrittsrecht ist. Die Gegenthese ist, dass auch die Aufrechterhaltung guter Verwaltungsführung Regulierungsaufwand und die dazugehörigen Transaktionskosten bis hin zum Rechtsschutz zu rechtfertigen vermag. Wenn das Vergaberecht nur aus der Binnenmarktlogik erklärt wird und es einfach der Herstellung von grenzüberschreitendem Wettbewerb dienen soll, dann kann sich in der Tat die Frage stellen, ob diese Vergaberechtsregulierung die ganzen Transaktionskosten wert ist, die sie mit sich bringt. Ich behaupte, dass gerade aus dem internationalen Umfeld erkennbar wird, dass sich die Zwecksetzung von Vergaberechtsregulierung sukzessive ändert, und das versuche ich Ihnen im Folgenden zu zeigen.

Ich fange an mit einem Block Sensibilisierung oder Reputationsrisiko. Ich behaupte mal, dass die öffentliche Hand auch Reputation hat, nicht nur private Unternehmen. Und auf dieser Prämisse aufbauend kann das dann auch schiefgehen. Der Unterschied zum privaten Unternehmen ist, dass die Reputation bzw. der Goodwill und namentlich dessen Verlust nicht in der Bilanz erscheint, sich im öffentlichen Auftragswesen aber sehr wohl auf den Anbieterwettbewerb auswirkt. In der Schweiz hatten wir einen großen Skandal, der ausgerechnet das Sekretariat für Wirtschaft SECO betroffen hat¹. Dieses ist neben anderen Themen für die Außenwirtschaftspolitik und namentlich die Umsetzung des WTO Government Procurement Agreement in der Schweiz verantwortlich. Der Reputationschaden für den Bund war enorm². Der zweite Einstieg in unser Thema führt zum Finanzministerium, wo der oberste Chefbeamte der Eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV freigestellt wurde mit der Begründung der Non-Compliance mit Vergaberecht³. Und das ist der Moment, wo sich auch der unbefangene Beobachter mal am Kopf kratzt und sich fragt, was da eigentlich los ist. Dieser sogenannte INSIEME-Skandal⁴ ist später tatsächlich vor dem Bundesstrafgericht in Bellinzona gelandet⁵. Und da sind wir schon bei der Antwort auf die Frage nach dem Regulierungsziel; es geht eben nicht nur um Marktzutritt, sondern es geht auch um Good Governance in den einzelnen Vergaberechtssystemen und das wird vermehrt auch auf europäischer Ebene so gesehen. Friedhelm Marx würde mir jetzt mit Blick auf die Kompetenzausscheidung sagen, das gehe die EU gar nichts an. Stimmt vielleicht. Aber ein Teil der Regulierungsmotivation ist definitiv nicht mehr nur Marktzutrittsrecht, sondern – nach einem haushaltsrechtlichen Verständnis ohnehin naheliegend – Good Governance, und das versuche ich Ihnen kurz zu zeigen.

Der Good Governance-Ansatz hat die Deutschen vor allem eingeholt bei der Konzessionsrichtlinie. Namentlich hier in Fulda war man – wenn auch durchaus nicht einhellig – überzeugt, dass brauche es gar nicht. Für Grossbritannien und Deutschland dach-

¹ Vgl. dazu die Administrativuntersuchung vom 26. Juli 2014 (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36190.pdf>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016), die an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig ließ: „Mit anderen Worten: Die Normen des Beschaffungsrechts wurden von 2006 bis 2012 systematisch nicht eingehalten, ja recht eigentlich negiert.“ (Rz. 91)

² Vgl. dazu beispielhaft den parlamentarischen Vorstoß (Postulat) 14.3208 vom 20. März 2014 zum Thema (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20143208>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016)

³ <http://www.nzz.ch/schweiz/schweiz-bundesraetin-finanzministerin-widmer-schlumpf-chef-steuerverwaltung-1.17256400>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016. Vgl. zu den dienstrechtlichen Folgen eigentlich korruptiven Verhaltens etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-696/2014 vom 11. November 2014. Dort wird ausgeführt, dass von leitenden Angestellten erwartet werden darf, dass sie „möglichst keinen Anschein an mangelnder Integrität“ zulassen, was eine Entlassung ohne vorangegangene Ermahnung ausnahmsweise als zulässig erscheinen lässt.

⁴ Vgl. dazu die Administrativuntersuchung vom 13. Juni 2012 (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-45015.html>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016)

⁵ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.12 vom 15. September 2015 (http://bstger.weblaw.ch/pdf/20150915_SK_2015_12.pdf, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016). Neben vielen spannenden Passagen besonders erwähnenswert die in Erwägung 2.5 beschriebene Argumentation der Strafverteidiger, wonach der Entscheid, keine WTO-Ausschreibungen durchzuführen, nicht von den Beschuldigten, sondern von der Geschäftsleitung der ESTV getroffen worden sei.

te man, wir regeln das selber und wenn Ihr als EU in Rumänien ein Problem habt, ist das nicht unseres. Diese Argumentation hat wie wir wissen nicht funktioniert. Die Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU ist da und die Begründung dafür war nicht eben nur Marktzutritt und Binnenmarkt, sondern „fraud“, „corruption“ und „abuse“⁶. Und das ist spannend. Diese Tendenzen finden Sie auch international immer mehr – am spektakulärsten aus meiner Sicht im Welthandelsrecht. Im WTO-Recht, das wirklich nur für den Marktzutritt da ist, kommt plötzlich einer an und sagt, er möchte im Rahmen der Vorarbeiten über ein multilaterales Transparenzübereinkommen über Korruption sprechen. Da gehen blitzartig bei einer Unzahl Handelsdelegationen die Fähnchen hoch, „That’s not the mission of the WTO!“, das geht Euch hier nichts an in diesem Kontext! Darauf kam wieder die Antwort: „Was bringt Euch eigentlich Marktöffnung, wenn alles korrupt ist? Dann ist die Marktöffnung auch nichts wert.“ Dieses Argument hat jedenfalls die Industrienationen überzeugt und so sind wir heute beim Government Procurement Agreement so weit, dass unparteiisch geführte Verfahren gefordert werden; man geht Interessenkonflikte an und erklärt die Korruptionsprävention zum Regulierungsziel des revidierten GPA⁷. Das ist für welthandelsrechtliche Verhältnisse ein Hammer. So was gibt es eigentlich im WTO-Recht nicht, da geht’s immer nur um Marktzutritt. Ökologisch wollen wir nicht, sozial wollen wir nicht, Korruptionsprävention wollen wir nicht, sondern wir wollen nur Liberalisierung und sonst nichts. Das war in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts die „trade official“-Position und gemessen daran ist das revidierte GPA 2012 absolut spektakulär. Nach Art. IV Abs. 4 des revidierten GPA sollen die einschlägigen Beschaffungen transparent und unparteiisch durchgeführt werden, so dass insbesondere keine Interessenkonflikte entstehen und korrupte Praktiken verhindert werden⁸. Das sollte uns hellhörig machen, weil es für eine solche Neuorientierung einen ziemlichen Leidensdruck braucht. Dasselbe ist mutatis mutandis auch bei Ihnen im Rahmen der Erarbeitung der neuen EU-Vergaberichtlinien passiert. Das führt etwa dazu, dass die Transparenz nicht nur den Marktzutritt sichert, sondern auch als good governance-Instrument verstanden wird namentlich wenn es darum vergeht, durch Dokumentation die Tätigkeit der öffentlichen Auftraggeberin nachvollziehbar zu machen. Das kennen Sie besser als ich⁹. Besonders interessant ist neben den einschlägigen Aus-

⁶ Vgl. dazu die Erwägungsgründe 61 und 69 sowie die Artikel 35, 39 und 45 der Richtlinie 2014/23/EU

⁷ Vgl. zum Ganzen Hermann Pünder, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013, S. 71 ff., insb. S. 78

⁸ Siehe dazu Robert Anderson/William Kovacic/Anna Caroline Müller, Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance, in: Arrowsmith/Anderson (Hrsg.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2001, S. 681 ff., und darauf aufbauend <http://e15-initiative.org/publications/promoting-competition-and-deterring-corruption-in-public-procurement-markets-synergies-with-trade-liberalisation/> (Februar 2016), zuletzt besucht am 6. Dezember 2016

⁹ Vgl. dazu etwa den Erwägungsgrund 126 zur Richtlinie 2014/24/EU und zum Ganzen Chryssoula Moukiou, The Principles of Transparency and Anti-Bribery in Public Procurement: A Slow Engagement with the Letter and Spirit of the EU Public Procurement Directives, in: EPPPL 2016, S. 72 ff.



schlussgründen die Durchsetzung gemäß Art. 83 der Richtlinie RL 2014/24/EU. Da hatte die Kommission sogar noch ein griffigeres Aufsichtsinstrumentarium geplant, das dann zwar an den Mitgliedsstaaten gescheitert ist, aber die Governance-Zielsetzung ist da und die wird von der EU-Kommission weiterhin klar vertreten über die Binnenmarkt-Zielsetzung hinaus, dessen bin ich mir sicher. Das ist gegenüber dem Esprit der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts ein Paradigmenwechsel. Die Korruptionsprävention ist damit alles andere als ein „vergabefremder“ Aspekt¹⁰. Ich verschone Sie mit den Einzelheiten, möchte aber immerhin den Zusammenhang zwischen Good Governance und Statistikpflicht betonen¹¹. Die Statistikpflicht dient nur nach traditioneller Binnenmarktlogik der Ökonomie lediglich dazu festzustellen, ob grenzüberschreitender Verkehr stattfindet. Und das würde natürlich kaum diesen Aufwand rechtfertigen. Es stimmt aber nicht, dass das ihr einziger Zweck ist. Die Beschaffungstatistik ist jedenfalls – und da bringe ich Ihnen wieder etwas von zuhause mit – eindeutig in der Good Governance begründet, da geht’s um Missbrauchsprävention als Teil des Beschaffungscontrolling¹². Wenn ich zum Beispiel sagen kann die Direktvergaben sind auf Bundesebene im Ministerium A soundso viel Prozent, im Ministerium B soundso viel Prozent und da werden Unterschiede festgestellt (Stichwort: Benchmarking), dann wird die Sache richtig interessant, das kann ich Ihnen sagen. Wir sind jetzt – ursprünglich gegen den Widerstand von

¹⁰ Vgl. dazu das Urteil des schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.4

¹¹ Vgl. dazu auch Art. 85 der Richtlinie 2014/24/EU

¹² <https://www.bbl.admin.ch/bbl/de/home/dokumentation/faktenblaetter/beschaffungscontrolling.html>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016

Regierung und Verwaltung¹³ – zuhause daran, ein Beschaffungscontrolling einzuführen; da ist Musik drin, meine Damen und Herren! Und zwar nicht aus Liberalisierungsoptik, sondern aus Good Governance-Optik. Wenn bei einem Ministerium 10 Prozent mehr Direktvergaben festgestellt werden als im anderen oder in einer Dienststelle, dann stellen sich schon Fragen, die den Amtsdirektor interessieren sollten, und diese Sichtweise möchte ich gerne betonen.

Schließlich kommen wir auf die Frage der Glaubwürdigkeit der Regulierung. Wir hatten in der Schweiz immer gedacht, Vergabeaufsicht brauchen wir nicht; bei uns läuft eigentlich alles gut. Verletzung von vergaberechtlichen Vorschriften war außerdem lange Zeit auch in der Sache selbst namentlich nach der Wahrnehmung hochrangiger Verwaltungsakteure ein Kavaliersdelikt¹⁴. Das wurde von dem Moment an anders, als man nach der Finanzkrise gesehen hat, dass wir eine glaubwürdige Finanzmarktregulierung brauchen. Auch die Einsicht, dass wir ein glaubwürdiges sanktionsbewehrtes Kartellrecht brauchen, war neu. Und dann kamen aber die Wirtschaftsakteure und die Politiker zu einem spannenden Schluss: Wenn Wirtschaftsregulierung plötzlich ernst zu nehmen ist, wo (namentlich große) private Unternehmen betroffen sind, was früher nicht so war, dann wollen wir diese neue Ernsthaftigkeit (gerade wenn die öffentlichen Gelder als Folge der Finanzkrise knapp werden) auch beim öffentlichen Vergaberecht sehen, das ja auch öffentliches Wirtschaftsregulierungsrecht ist einfach mit dem Unterschied, dass das regulierungsbedürftige Subjekt in erster Linie die öffentliche Hand ist. Und dann wurde die Sache wieder spannend. Plötzlich bekam nämlich die Eidgenössische Finanzkontrolle EFK¹⁵, also unser (mit deutlich weniger Befugnissen ausgestattetes) Rechnungshof-Pendant, die politische Legitimation um aktiver einzugreifen. Früher war der Konsens der, dass diese Behörde zwar formal Kompetenzen hat in diesem Bereich, sich aber in der Sache überwiegend ruhig verhält. Heute gehen sie aktiv rein. Das heißt, wenn Sie heute unsere „Rechnungshofberichte“ lesen, das ist richtig süffig. Da wird in Bezug auf ganze Bundesämter festgestellt, dass die nicht mal die Vergabeakten ordentlich führen und aufbewahren¹⁶. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Missbrauchsbekämpfung Stand heute als Legitimationsbasis für die Regulierung des öffentlichen Auftragswesens immer wichtiger wird und letztlich ebenso wichtig ist wie die Gewährleistung funktionierender Marktzutritts und Wettbewerbs. Das werden Sie in den nächsten Jahren nach meiner Prognose vermehrt sehen. Vergaberecht ver-

¹³ <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2014/mm-findel-2014-09-04-2.aspx>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016

¹⁴ Erst als Folge der beschriebenen Skandale wurde das bundesverwaltungsinterne Weiterbildungsangebot zum Thema öffentliches Beschaffungswesen ernsthaft genutzt; die Anzahl der Kursteilnehmer hat sich dadurch vervierfacht.

¹⁵ Dies insbesondere auch unter Berücksichtigung von Whistleblowing (http://www.efk.admin.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=235%3Abundesverwaltung-geht-mit-gutem-beispiel-voran&catid=139%3Awhistleblowing&Itemid=253&lang=de, zuletzt besucht am 6. Dezember 2016)

¹⁶ <http://www.blick.ch/news/politik/regelverstoesse-bei-beschaffungen-donnerwetter-fuer-meteoschweiz-id5394020.html>

steht sich – was man auch bei den Nachhaltigkeitsaspekten schön beobachten kann – zunehmend als Teil einer zu Kohärenz hinstrebenden Gesamtrechtsordnung und da gehören auch Good Governance-Themen mit dazu. Das bedeutet aber nicht, dass man in gut entwickelten Systemen den der Verwaltung etwa im Rahmen der Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bewusst zugestandenen Spielraum, den es zur Förderung von Innovation und Qualitätswettbewerb und gerade für den „strategic use of public procurement“ im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU braucht, unter dem Titel Korruptionsprävention, die dann als falsch verstandene formale Compliance wirkt, wieder wegnehmen soll¹⁷. Aber die Frage nach der Güterabwägung zwischen Nachhaltigkeits- und Korruptionspräventionsinteressen würde unseren Rahmen zeitlich definitiv sprengen. Ich danke Ihnen.

¹⁷ Vgl. zur Überregulierung als Problem in diesem Zusammenhang etwa Horst Franke/Jakob Brugger, Die Umsetzung der Vergaberichtlinien in Italien, in: Vergaberecht 2016, S. 400 ff., insb. S. 401