



Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

Sechzehnte forum vergabe Gespräche 2013

Dokumentation der Veranstaltung
vom 18. bis 20. September 2013

Band 47



Bundesanzeiger
Verlag

Podiumsdiskussion: Zugangsbeschränkungen für Waren oder Unternehmen aus Drittstaaten?

Statement



Marc Steiner

Richter am Schweizerischen Bundesverwaltungsgericht

Ich schildere Ihnen zunächst die Strategie der Schweiz. Wir haben festgestellt, dass wir zum Teil Probleme mit Drittstaaten haben. Das sind natürlich nicht Entwicklungsländer, sondern das sind die emerging economies, die aufstrebenden Nationen, die dann auch von handelspolitischen Maßnahmen im Sinne einer europäischen „market access“-Regulierung betroffen wären. Und die Schweizer haben genau die gleiche Problemlage, wir haben einfach gesagt, wir versuchen es ein bisschen anders, indem wir zum Beispiel ein bilaterales Abkommen mit China abgeschlossen haben, in welchem – und das ist für Welthandelsabkommen keineswegs selbstverständlich –, das öffentliche Beschaffungswesen mit adressiert ist.

Dazu ein paar einleitende Bemerkungen. Die Schweiz und die Volksrepublik China haben am 06. Juli 2013 durch unseren Wirtschaftsminister und den chinesischen Handelsminister ein Freihandelsabkommen perfektioniert, das einerseits eine gewisse technische Zusammenarbeit vorsieht und sonstige nicht-tarifäre Handelshemmnisse adressiert, aber vor allem eben auch die Zusammenarbeit im Bereich öffentliches Beschaffungswesen vorsieht. Dazu gehören spezifische Transparenzpflichten, Auskunftstellen, damit Regulierungslasten so gelöst werden können, dass man sich informieren kann und als Unternehmer eine Chance hat, dann trotzdem ein Angebot zu machen, das den Standards im Drittstaat entspricht, weil die Schweiz hofft, dies hilft den Anbietern ein bisschen durch das Regulierungsdickicht zu kommen. Weiter haben sich die Vertragsparteien verpflichtet, die Konsultation zu vertiefen und zwar einerseits in die Richtung, dass China dem GPA beitrifft. Und sobald China dem Government Procurement Agreement beitreten würde, würde die Bauindustrie vielleicht eine etwas

andere Attitude hier zeigen, weil man einen Teil der Probleme wahrscheinlich durch den GPA-Beitritt in den Griff kriegen könnte. Aber dazu bin ich gespannt, nachher noch Ulrich Paetzold zu hören. Und das zweite ist dann die Frage, ob nicht aus bilateraler Sicht noch zusätzlich das eine oder andere möglich ist, soweit weiter gehende Vereinbarungen mit dem GPA vereinbar sind. Die Schweiz versucht die Dinge proaktiv anzugehen und die Handelsbedingungen für unsere exportorientierte Wirtschaft zu verbessern. Dahinter steckt der Wunsch, der exportorientierten Wirtschaft gutes Business zu ermöglichen und sie möglichst nicht zu stören. Und stören würden wir sie dann, wenn wir dieses Market Access Regulation-Thema offensiv diskutieren würden, weil das wohl Effekte mit sich brächte, die unerwünscht sind und die Ruhe des Business infrage stellen würden.

Eine zweite schweizerische Eigenheit die auch bei Ihnen in dieser Market Access Regulation zum Thema wird, betrifft die Aussage der Kommission, wonach die ILO Core Labour Standards (insb. betreffend Zwangs- und Kinderarbeit) ein Teil der Maßnahmen sind, um mit Drittstaaten umzugehen. Denn wenn man sagt, dass die Anbieter, die aus diesen Drittstaaten kommen, zumindest gewisse Standards einhalten müssen, wenn sie hier offerieren wollen, dann wird natürlich der Spielraum für Dumping nach unten in gewisser Weise begrenzt und dann würde das zum gemeinsamen Thema gehören.

Und jetzt sind wir in der rechtspolitisch absolut paradoxen Situation, dass der BDI, der ILO Core Labour Standards nicht als vergaberechtliche Vorgabe (Ausschlussgrund gemäß Entwurf für die klassische Vergaberichtlinie) will, genau diese Standards der Bau- oder Textilindustrie verkaufen müsste als Maßnahme, um in gewisser Weise die schlimmsten Formen von Dumping aus Drittstaaten-Angeboten zu verhindern. Und das ist natürlich originell, nicht? Gerade aus der Sicht eines Justizangehörigen, der schmunzelnd feststellt, dass dadurch die rechtspolitischen Linien etwas verzogen werden. Bei uns zu Hause ist die Sache so, dass wir ohne Widerstand aus Wirtschaftskreisen gesagt haben, nach schweizerischem Vergaberecht auf Bundesebene sind ILO-Kernarbeitsnormen Ausschlussgründe, das heißt, wenn ein Unternehmer sie nicht einhält, wird er von der Vergabe ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 der schweizerischen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen in der seit 1. Januar 2010 geltenden Fassung).

Das hatte ich in Brüssel bereits so im Mai 2011 vor dem Binnenmarktausschuss vortragen und habe versucht, die Botschaft zu vermitteln, dass dieses Thema in der Revision der Vergaberichtlinien ebenfalls angegangen werden sollte. Das ist geschehen, wahrscheinlich nicht wegen dieser Intervention, aber Sie sehen aus dieser Anekdote, dass sich auch Dinge ändern in der Wahrnehmung der politisch begleitenden Akteure. Jetzt sind diese Standards natürlich in der Marktzugangsregelung auch wieder ein Thema. Interessant ist, dass in der Begründung zum Vorschlag der Kommission steht, „der Notwendigkeit der Einhaltung grundlegender Arbeitsnormen der ILO durch Dritt-

länder wird bereits mit der vorgeschlagen Reform der Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe Rechnung getragen“, sodass es sich erübrigt, im vorliegenden Kontext darauf einzugehen. Zusammenfassend sieht die Kommission demnach ganz klar einen Konnex zwischen diesen Standards, die Drittstaaten Mindestvorgaben machen, einerseits und der Marktzutrittsregulierung andererseits, und das scheint mir äußerst interessant.

Dann sind da die von Ulrich Paetzold bereits erwähnten ungewöhnlich niedrigen Angebote. Auch da gibt es einen Konnex. Ergänzend zu den Bestimmungen über ungewöhnlich niedrige Angebote, die in der Richtlinienreform vorgesehen sind, soll im Vorschlag für die Verordnung zum Marktzugang in Art. 7 eine Verpflichtung geschaffen werden, die anderen Bieter zu informieren, wenn beabsichtigt wird ungewöhnlich niedrige Angebote zuzulassen. Das heißt, es wird eigentlich ein Instrument des traditionellen Vergaberechts fruchtbar gemacht für die Marktzutrittsfrage. Das scheint mir eine äußerst interessante Schnittmenge zu sein; darum möchte ich Sie gerne drauf hinweisen.

Aber gestatten Sie mir noch eine andere Bemerkung: Es kommt grundsätzlich darauf an, nach welcher Kultur Sie beschaffen; davon hängt es ab, wie stark Sie mit diesen Marktzutrittsproblemen überhaupt konfrontiert werden. Wenn Sie ohnehin ein relativ qualitätsbewusstes Einkaufssystem haben, sind Sie nicht so sehr mit diesen Market Access Themen konfrontiert, wie wenn Sie nach dem Lowest Price gehen; bei der Vergabe nach dem niedrigsten Preis eröffnen sich für Drittstaatenanbieter aus emerging economies ganz andere Chancen als bei der Vergabe nach dem besten Preis-/Leistungs-Verhältnis. Das heißt, je mehr Sie auf Qualität achten, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Geschichte mit einem polnischen Autobahnteilstück, wie sie Kollege Paetzold vorhin erwähnt hat, vorkommt. Das heißt, ich glaube, dass es je nach Volkswirtschaft und Vergabekultur in der europäischen Union unterschiedliche Risiken gibt in diesem Bereich, und darüber sollten wir auch mal sprechen. Ich knüpfe hier an meine Wortmeldung von gestern an und sage, dass, wenn man mit Heide Rühle davon ausgeht, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot das Preis/Leistungs-Verhältnis so adressiert, dass der Qualität das richtige Gewicht zukommt und somit das Rennen nach dem preislich günstigsten, billigsten Angebot allein nicht mehr die Kultur beherrscht, dann würden sich in diesem Bereich auch einige Dinge ändern. Schön ist, dass im Vorschlag für die klassische Vergaberichtlinie dieses Thema jetzt nun offensichtlich auf der Agenda steht (Art. 66 des Entwurfs) und das wird das eine oder andere wahrscheinlich bewegen. Ganz in diesem Sinne sieht übrigens auch das schweizerische Vergaberecht die Vergabe nach dem niedrigsten Preis nur für weitgehend standardisierte Produkte vor (vgl. für die Bundesebene Art. 21 des schweizerischen Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen). Ich bin sehr gespannt auch auf Wortmeldung aus dem Publikum zu diesem Thema.

In diesem Sinne unterstreicht das Europäische Parlament in seiner Entschließung vom 25. Oktober 2011, dass der niedrigste Preis als ausschlaggebendes Kriterium nur im Falle von im höchsten Maße standardisierten Waren das entscheidende Kriterium sein soll und für den ganzen Rest der öffentlichen Aufträge sollen wir über das wirtschaftlich günstigste Angebot bzw. das beste Preis/Leistungs-Verhältnis reden und das würde natürlich auch in unserem Kontext den einen oder anderen Wandel bringen.

Bereits erwähnt hatte ich, dass durch die market access-Regulierung natürlich aus politischen Gründen, wie auch mit Blick auf die Lage am Markt, die Emerging Economies adressiert sind und sicher nicht die am wenigsten entwickelten Länder, auf die der Entwurf der Regulierung ganz klar nicht anwendbar ist (vgl. Art. 4 des Verordnungsentwurfs).

Jetzt kommen wir zu weiteren rechtspolitischen Themen, die Ulrich Paetzold auch schon angesprochen hat. Es ist nämlich die Frage, ob die EU als Vertreterin des Prinzips offener Märkte dann einen Imageschaden erleidet, wenn sie eine solche Market Access-Regulierung vorsehen würde. Dazu gibt es welthandelsrechtliche Publikationen, die dann sagen "buy national regulation is contrary to the spirit as well as the explicit objective of the government procurement agreement". Das ist eine mögliche Reaktion, aber die ist nicht ganz fair. Ulrich Paetzold hat es schon gesagt, es ist ja nicht so, dass die EU hier „buy-national“ Regulierungen erlassen würde, sondern nur im Sinne der Retorsion Gegenmaßnahmen ins Auge fasst, wenn auf der anderen Seite etwas nicht klappt. Sie sagt, sie würde sich dann auch entsprechend verteidigen, das ist nicht dasselbe wie eine buy-national-policy, die unabhängig vom Verhalten der Gegenseite einfach den Markt schließt. Das ist ganz sicher ein Unterschied. Andererseits ist aber auch klar, und das hat Dr. Peter Schäfer (BDI) auch in Nottingham (Public Procurement – Global Revolution VI) gesagt, dass eine Marktzugangsregulierung Kommunikationsschwierigkeiten auf welthandelsrechtlicher Ebene mit sich bringt, wenn man ein solches Konzept im internationalen Kontext erklären müsste.

Der zweite Punkt ist natürlich, dass diese Market Access Regulierung, worauf Ulrich Paetzold bereits hingewiesen hat, eigentlich darauf tendiert, gar nie zur Anwendung zu kommen. Was die Kommission letztlich möchte ist, dass man die Drittstaaten, die Emerging Economies, dazu bringt, entweder dem GPA beizutreten oder bilaterale Abkommen zu schließen, die ohnehin dann zu einem konstruktiven Dialog in diesem Bereich führen. So gesehen wären die vorgeschlagene Regelung nur ein erhobener Mahnfinger mit präventiver Wirkung. Die logische Folge ist, und das sieht man dem Vorschlag sehr schön an, dass sobald dann der Drittstaat sagt, er trete dem GPA bei oder er trete in Verhandlungen über bilaterale Abkommen ein, dass auf EU-Seite die in der market access-Regulierung vorgesehenen Konsultationen beendet werden und gesagt wird, jetzt sei man eigentlich wieder im grünen Bereich. Das ist offensichtlich das Ziel, das heißt, die Frage ist, wie ich das richtig kommuniziere, ob ich das mit Hilfe

eines Hinweises mache, ich hätte noch einen Hammer in der Hinterhand wenn es nicht klappt, oder indem ich es auf die nette Art versuche.

Ja und dann ist die handelspolitische Frage, ob sich der angestrebte Präventiveffekt mit diesem Verordnungsvorschlag erreichen lässt? Das ist das, was Ulrich Paetzold tendenziell geltend machen würde. Oder handelt es sich um ein Signal, welches als Protektionismus missverstanden werden könnte und tendenziell einen Weg zu mehr unerwünschten Handelskonflikten vorzeichnet? Das ist das, was tendenziell Dr. Peter Schäfer und Dr. Hans-Joachim Prieß in Nottingham vorgetragen haben.

Dann ist es natürlich auch so, dass in der EU die Meinungen dazu alles andere als einheitlich sind. Sie haben die ganz hoch exportorientierten Nationen in Nordeuropa. Sie haben Deutschland, wo man sagt, man habe lieber Ruhe im Business und die paar Schwierigkeiten im Bausektor nehme man in Kauf. Und wir haben dann andere Volkswirtschaften bzw. Mitgliedstaaten, die sagen, ihr Exportbusiness sei nicht so blendend in den Emerging Economies, das heißt, man sei eigentlich politisch durchaus daran interessiert, dass man auf europäischer Seite einmal auf Hinterbeinen steht. Der BDI sagt natürlich, wir haben ja ganz große exportorientierte Unternehmen, die in China wunderbare Business-Opportunities im Energiesektor, Infrastrukturbereich, Bahn, Rollmaterial oder in anderen Bereichen. Und warum sollen wir das stören, indem wir ein Instrument dazwischen schieben, das die Harmonie stört. Das ist etwas vereinfacht gesagt der approach. Aus schweizerischer Sicht halten wir das nach meiner Wahrnehmung ganz ähnlich. Wir versuchen eigentlich möglichst Ruhe im Business zu behalten und sind ganz eifrig drauf bedacht, dass die EU uns nicht mit bilateralen Instrumenten zuvorkommt. Das ist in der Schweiz ein Thema. Die EU ist im Moment dran, mit den USA so ein Framework zu basteln, in dem man dann zu bilateralen Erfolgen kommen soll. Die Schweiz ist wiederum etwas nervös, wenn sie daran denkt, dass Sie da zuerst dran sind, und umso zufriedener sind wir, dass wir bei China zuerst dran sind. Das heißt, da sind wir jetzt gewissermaßen einen Schritt voraus. Die Schweiz ist insoweit ganz ähnlich aufgestellt wie Deutschland. Wir haben eine hoch exportorientierte Wirtschaft, die gute Business-Opportunities gerade in China hat, und wir würden uns wahrscheinlich – wenn wir in der EU wären – auch gegen eine Market Access Regulation in diesem Sinne wehren, um unserem Business eine Ruhe zu gönnen, die es braucht, und ja keine politischen Störgeräusche dazwischen zu schieben. Aber es ist natürlich nicht meine Aufgabe bzw. meine Rolle, die schweizerische Position zu definieren; das müsste das Wirtschaftsministerium tun. Und ich bitte Sie insofern, mich nicht bei meinen Worten zu behaften. Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.