Interview mit Martin Beyeler, Beschaffungsrechtsexperte

1. Der Vorentwurf für ein neues Bundesgesetz öffentliche Beschaffung (VE BöB) liegt vor - Sozialkriterien spielen darin kaum eine Rolle. Mangelt es am politischen Willen der Schweiz oder gibt es juristische Hürden?

Der VE BöB verlangt für im Ausland erbrachte Leistungen die Einhaltung (mindestens) der ILO-Kernübereinkommen, spricht aber Fair Trade sowie weitere soziale Standards, die über die ILO-Kernarbeitsnormen hinausgehen, weder im Sinne von Produktanforderungen noch von Bewertungskriterien an. Es muss befürchtet werden, dass er solches implizit für unzulässig erklären will.

Das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA 2012) macht Fortschritte im ökologischen Bereich, klammert die soziale Frage jedoch weitgehend aus. Immerhin soll sie weiter untersucht und sollen Beschaffungspraktiken eruiert werden, die sozial nachhaltig sind, ohne die wesentlichen Werte des Abkommens – Nichtdiskriminierung, Transparenz und Wirtschaftlichkeit (best value for money)– infrage zu stellen. Und es wird offiziell anerkannt, dass verschiedene Staaten bereits Strategien der Nachhaltigkeit verfolgen.

Es dürfte demnach nicht per se gegen das GPA 2012 verstossen, wenn das neue BöB mehr als nur die Einhaltung der ILO-Kernnormen vorschriebe. Nur dürfen die Grundsätze des GPA nicht unterminiert werden. Die ebenso an das GPA gebundene EU fördert die sozial nachhaltige Beschaffung in ihren neuen Richtlinien aktiv. Das könnte auch die Schweiz tun.

Es fehlt also entweder am Mut oder am politischen Willen – aber man muss auch sehen, dass die jetzigen Entwürfe bisher nicht breit diskutiert wurden, sondern aus einer kleinen Gruppe stammen. Die Diskussion läuft jetzt.

2. Umweltaspekte werden im Gesetzesentwurf an mehreren Stellen genannt, z.B. als Technische Spezifikationen (=Produkteeigenschaften), und erhalten so im Vergleich zu Sozialkriterien ein stärkeres Gewicht. Weshalb ist das so?

Der VE BöB setzt insofern (wie in vielen anderen Belangen) lediglich um, was im GPA 2012 ausdrücklich vorgesehen wird: Die Ökologie wird hier als relevanter Gesichtspunkt anerkannt, bezüglich der sozialen Frage geschieht das noch nicht eindeutig. Dass diese Frage im Rahmen weiterer Konsultationen zwischen den Staaten geklärt werden soll, kann aber meines Erachtens nicht als vorläufiges Verbot interpretiert werden, denn zugleich wird auch die heute schon bestehende Verfolgung von Nachhaltigkeitsstrategien ausdrücklich anerkannt.

Eine Kombination aus juristischer Vorsicht und politischer Ablehnung der Berücksichtigung der Nachhaltigkeit bei der öffentlichen Beschaffung dürfte dafür gesorgt haben, dass sich der im kleinen Kreis ausgearbeitete VE BöB nur prinzipiell, nicht aber durch neue Regelungen, zur umfassend nachhaltigen Beschaffung bekennt – dies ganz im Unterschied zu den neuen EU-Richtlinien.

Der Art. 3 des Vorentwurfs der Verordnung (VE VöB) hält zwar fest, dass sich der Begriff der Nachhaltigkeit auf alle drei Dimensionen bezieht, also auch auf die soziale. Es dürfte aber gleichwohl ausgeschlossen sein, in diesem Artikel eine Grundlage für die Verwendung sozial orientierter Produktanforderungen oder Zuschlagskriterien zu erblicken. Denn die Verordnung (VE VöB) ist dem Gesetz (VE BöB) rechtshierarchisch untergeordnet und darf ihm nicht widersprechen – weil das Gesetz solche Anforderungen und Kriterien nicht zuzulassen scheint, kann sich aus der Verordnung nichts Gegenteiliges ergeben.

3. Der VE BöB sieht für die Prüfung der Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen die Selbstdeklaration vor – ist das ausreichend? Wäre nicht eine effektive Kontrolle nötig?

Schon heute – und erst recht künftig – müssen Bundes-Auftraggeberinnen bei Leistungen im Ausland auf die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen achten, besonders wenn es um Leistungen aus Schwellen- und Entwicklungsländern geht. Das heisst im Grunde genommen, dass die Vergabestellen die Lieferketten berücksichtigen und auf die Einhaltung der ILO-Normen achten müssen. Vertiefte Überprüfungen sind ihnen schon heute durchaus erlaubt, solange sie transparent, objektiv und gleichbehandelnd durchgeführt werden.

Die heutige Gesetzeslage regelt allerdings die Prüfung der Einhaltung der Arbeitsbedingungen ganz allgemein wenig eingehend und insgesamt eher freizügig. In der Praxis des Vergabeverfahrens wird deswegen auch in

notorisch verdächtigen Bereichen oft nur auf reine Selbstdeklarationen der Anbieterin vertraut. Das gilt heute grundsätzlich als rechtmässig, solange keine konkreten gegenläufigen Indizien vorliegen. Während der Leistungsphase gilt korrelierend dazu, dass sich die Auftraggeberin grundsätzlich auf das vertragliche Versprechen ihrer Leistungserbringerin verlassen darf und auch nicht beispielsweise Prüfungen unternehmen muss, wie sie seit der Änderung des Entsendegesetzes jeder „Hauptunternehmer" des Baugewerbes bezüglich seiner Subunternehmer durchführen muss.

Der VE BöB scheint die Tradition des ohne materielle Prüfung erfolgenden Abstellens auf Selbstdeklarationen und Versprechen weiter stabilisieren zu wollen: Ohne dass aus juristischer Sicht klar (oder erklärt) würde, weswegen das geschehen soll und welche rechtlichen Folgen das haben wird, sieht der Entwurf vor, dass die Selbstdeklaration im Gesetz (erstmals) offiziell als mögliches Mittel des Nachweises der Einhaltung der Arbeitsbedingungen erwähnt wird (Art. 30 Abs. 2). Das ist aus meiner Sicht juristisch unnötig und politisch bedenklich, weil es Bereiche gibt, in denen sich eine vertiefte Überprüfung vor der Vergabe und eine aktive Überwachung während der Erfüllung rechtfertigen.

Die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs sind verletzt, wenn Anbieterinnen den Zuschlag erhalten, die unter Verletzung der Arbeitsbedingungen oder Arbeitsschutzbestimmungen arbeiten, sei es im aktuellen Auftrag oder in anderen Aufträgen. In Bereichen, in denen die Vergabestelle ernsthaft annehmen muss, dass solche Verletzungen in der Produktion der ausgeschriebenen Leistungen mit einiger Wahrscheinlichkeit vorkommen können, verbietet sich auch aus juristischer Sicht ein Abstellen auf Selbstdeklarationen ganz generell (und nicht nur im Ausnahmefall des Vorliegens von konkreten Indizien, wie das auch heute schon gilt). Insofern erachte ich die Pflicht zur vertieften Überprüfung in gewissen Bereichen als juristische Notwendigkeit und nicht als bloss politische Forderung.

4. Sollte man also aus rechtlicher Sicht im Gesetz eine Verpflichtung der Vergabestellen verankern, dass sie Transparenz über die Lieferkette einfordern und die Einhaltung der Normen kontrollieren?

Es wäre aus meiner Sicht nach dem zur Frage 3 Gesagten eine sinnvolle Forderung, dem Anliegen der Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen dadurch die geschuldete Ernsthaftigkeit zu verleihen, dass die Vergabestellen jedenfalls in sensiblen Bereichen vor der Vergabe und während der Auftragserfüllung zur effektiven Überprüfung der Lieferkette und der Einhaltung der Normen auf allen Stufen gesetzlich verpflichtet werden.

Allerdings sollte diese Forderung meines Erachtens mit Vorschlägen für die konkrete Umsetzung dieser Prüf- und Kontrollpflichten kombiniert werden. Würde man allein diese Pflichten festschreiben, ohne auch deren Umsetzung zu klären, schüfe man erhebliche Rechtsunsicherheit und ein nicht zu unterschätzendes Potential für Ungleichbehandlungen.

In diesem Sinne ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nicht stets alle Glieder einer Lieferkette schon zum Voraus feststehen (können). Zugleich sind Regeln darüber zu erarbeiten, bis zu welchem Produktionsschritt eine Kette zurückverfolgt werden muss. Für mich ist dabei klar, dass nur solche Prüfungen Pflicht sein dürfen, die in verlässlicher Weise möglich sind. Es muss also ein Mechanismus gefunden werden, nach dem die heutigen Grenzen des Machbaren respektiert werden, diese Grenzen aber mit zunehmenden Möglichkeiten auch verschoben werden können. Weiter ist zu klären, wie die Vergabestelle mit vernünftigem Aufwand und binnen nützlicher Frist zu den erforderlichen Informationen kommt und effektiv abklären kann, ob ein bestimmter Produktionsbetrieb die Normen einhält, und inwieweit sie dabei auf welche Zertifikate und welche Prüforganisationen abstellen darf. Ebenso muss überlegt werden, nach welchem Verfahren und welchen Kriterien die sensiblen Bereiche zu bestimmen sind, in denen effektive Prüf- und Überwachungspflichten gelten sollen. All diese Fragen sind allerdings nicht im Gesetz, sondern auf den flexibleren, unteren Ebenen (Verordnung, Weisungen usf.) zu regeln.

5. Den Zuschlag erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot, was meist dem preislich billigsten entspricht. Tiefe Preise gehen oft auf Kosten elementarer Arbeitsrechte. Gerade mit Blick auf Löhne, die oft weit unter der Existenzsicherung angesetzt sind (z.B. in Mazedonien), besteht ein dringender Handlungsbedarf. Wieso macht der Gesetzesentwurf keine Vorgaben, die über die ILO-Kernarbeitsnormen hinausgehen?

Nur bei der Beschaffung von in allen relevanten Qualitätsaspekten standardisiert ausgeschriebenen Produkten darf nach heutigem und künftigem Recht allein der Preis als Zuschlagskriterium gewählt werden. Die Vergabestelle hat es in vielen Fällen also bis zu einem gewissen Punkt in der Hand, ob sie standardisierte Qualität ausschreiben will oder nicht. Und sie kann manchmal auch entscheiden, ob sie reine Güterlieferungen oder damit kombinierte Dienstleistungen beschaffen will.

In der Praxis ist der Preis allerdings in der Tat in gewissen Bereichen und Fällen auch dann faktisch allein ausschlaggebend, wenn auch Qualitätskriterien ausgeschrieben werden. Das ist zum Teil aufgrund enormer Preisunterschiede fast nicht zu verhindern (und daran würde sich auch mit vernünftigen Sozialkriterien nicht alles ändern), hat mitunter aber auch damit zu tun, dass manche Vergabestellen lieber (faktisch) den Preis entscheiden lassen als Qualitätsdiskussionen zu führen oder schlicht tiefe Preise favorisieren (entweder über die Gewichtung oder bei Ausübung des Ermessens).

Die Forderung nach der Vorgabe von Existenzlöhnen („living wages“) ist juristisch eine Herausforderung unter mehreren Aspekten. Wie bereits ausgeführt, fehlte es den Autorinnen und Autoren des heute vorliegenden Entwurfs wahrscheinlich entweder am Mut oder am Willen zur (weitergehenden) Berücksichtigung der sozialen Komponente. Das muss aber nicht dem politischen Mehrheitswillen der Schweiz entsprechen, das sind zurzeit lediglich Vorschläge für die Diskussion. Die Forderung nach Existenzlöhnen geht über die ILO-Kernübereinkommen hinaus und läuft rein juristisch auf eine Diskriminierung der dieser Forderung nicht entsprechenden Produzenten hinaus. Strenggenommen ist das kein Problem, wo es um Drittstaaten geht, die dem GPA (und insb. der EU) nicht angehören, wie beispielsweise Mazedonien. Aber ein slowenisches Unternehmen, das in Mazedonien produziert, könnte versuchen, sich auf diese indirekte Diskriminierung zu berufen (und überhaupt bestehen Beschaffungsübereinkommen auch mit weiteren Staaten, die zu beachten sind). Weil aber für alle Unternehmen aus GPA-Staaten dasselbe gälte, ist nicht gesichert, ob eine GPA-Verletzung wirklich vorläge. Immerhin ist nicht zu vergessen, dass auch das Thema Fair Trade nicht zuletzt mit der Frage des Einkommens zu tun hat und dass die EU den Fair Trade-Standard als Anforderung grundsätzlich erlaubt – er wirkt sich nur meist in fernen Ländern aus.

Ganz ausgeschlossen dürfte eine Berücksichtigung von Existenzlöhnen im neuen BöB (und zumindest mit Bezug auf GPA-Drittstaaten) also juristisch nicht sein. Politisch dürfte aber diese Vorgabe, wenn überhaupt, nach meiner Einschätzung nur dann durchsetzbar sein, wenn sie sich auf ganz erhebliche Diskrepanzen zwischen den gesetzlich vorgesehenen und den für ein würdiges Leben effektiv erforderlichen Mindestlöhnen beschränkte und für die Vergabestellen zunächst noch fakultativ bliebe (aber immerhin erlaubt würde). Und in jedem Fall muss auch hier die Frage der Umsetzung geklärt werden.

Zur Person: Martin Beyeler, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, forscht und praktiziert im öffentlichen Beschaffungsrecht und hat dazu zahlreiche Fachpublikationen veröffentlicht.