

## Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

### Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie im öffentlichen Beschaffungswesen



**Marc Steiner**

Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen

**These: „Bei der Fortentwicklung des Vergaberechts und der Beschaffungspraxis erscheint mir unerlässlich, den Austausch zwischen Juristinnen und Ökonomen zu normalisieren.“**

Vielleicht gibt es für den Geschmack von Juristinnen und Juristen schon zu viel Ökonomie im Wettbewerbsrecht, aber das können wir hier offen lassen. Für die Vergaberechtszene ist es jedenfalls unbedingt ein Gewinn, dass Akteure wie die Professoren Michael Eßig aus München oder Ronald Bogaschewsky aus Würzburg ihre ökonomischen Ansätze einbringen. Fakt ist nach meiner Beobachtung aber auch, dass die Juristinnen und Ökonomen immer noch zu sehr nebeneinander herlaufen, als dass sie im Austausch sind. Dabei gibt es über das Wettbewerbsregister, die Bildung von Bietergemeinschaften und die Kartellabsprachen, die sich im Sinne von Freundschaft mit der Deutschen Bahn auf die öffentliche Beschaffung auswirken, hinaus noch viele weitere Themen, in welchen ein keineswegs zu unterschätzendes interdisziplinäres Potenzial steckt. Mit anderen Worten gibt es derzeit im öffentlichen Beschaffungswesen zu wenig Ökonomie. Themen des Austauschs könnten etwa sein die Bedeutung des relevanten Marktes aus vergaberechtlicher Sicht<sup>1</sup> und damit die Notwendigkeit der Marktkenntnisse von Beschaffenden. Stark interdisziplinär sind aber auch die Themen Innovation, Qualitätswettbewerb und Nachhaltigkeit. Der seit den EU-Richtlinien 2014 bzw. dem GWB 2016

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7753/2016 vom 1. Februar 2017, publiziert in: Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] 2017/IV/3 E. 4.7.3

salonfähige „strategic use of public procurement“ erscheint insofern auch als Mittel zur Förderung von Innovation bzw. als Teilgehalt einer Qualitätswettbewerbslogik, welche die in der Ökonomie der 90er tonangebende Preiswettbewerbslogik verdrängt<sup>2</sup>. Anlässlich der letzten forum vergabe Gespräche hat ein Kollege mehr oder weniger scherzhaft gesagt, man dürfe ja inzwischen als Vergaberechtl. nicht mehr „vergabefremde Aspekte“ sagen. Meine These dazu ist, dass die Dogmatik der vergabefremden Aspekte zu nicht unwesentlichen Teilen in die Juristerei importierte Ökonomendenke der 90er Jahre war bzw. ist. Aus dieser hat sich die (letztlich ökonomische) Fundamentalkritik an der „Instrumentalisierung“ des öffentlichen Beschaffungswesens unter Inkaufnahme der Beeinträchtigung der Einzelwirtschaftlichkeit als vorausgesetzter Zielsetzung ergeben<sup>3</sup>. Dabei wurde der Umstand, dass das öffentliche Beschaffungswesen nicht klassische Regulierungstätigkeit, sondern primär „consumer choice“ ist, was beispielsweise aus welthandelsrechtlicher Optik einen weiteren Spielraum für „policy choices“ rechtfertigt als im klassischen WTO-Recht, bewusst nicht berücksichtigt<sup>4</sup>. Wir wissen, dass die neuen EU-Richtlinien 2014 wie auch das GWB 2016 die über das Budget der Auftraggeberin hinausgehenden Folgen des öffentlichen Konsums mit adressieren. Das wird am deutlichsten bei der Internalisierung von ökologischen Externalitäten im Rahmen der Lebenszykluskosten gemäß Art. 68 der Richtlinie 2014/24/EU. Dies basierend auf der Prämisse, dass die früher dem Vergaberecht zugrunde liegende ökonomische Denke der 90er „inzwischen als eine im demokratischen Willensbildungsprozess nicht (mehr) mehrheitsfähige Ansicht angesehen werden“ darf. Und das sagt nicht etwa die Fraktionsleitung der Grünen, sondern im bereits zitierten GWB-Kommentar Richter am OLG Naumburg Jörg Wiedemann, der aufgrund jahrelanger Beobachtung radikaler vergaberechtspolitischer Ansichten völlig unverdächtig ist. Daraus ergeben sich zwei Erkenntnisse: Erstens sollte sich die ökonomische Theorie mit dem soeben diagnostizierten Paradigmenwechsel auseinandersetzen, wenn sie für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens nicht irrelevant werden will<sup>5</sup>. Dies aufbauend auf der Arbeitshypothese, dass die Politikerinnen und Juristen den Ökonomen im Rahmen der Erarbeitung der Richtlinien 2014 weitgehend die Deutungshoheit über die Materie abgenommen

---

<sup>2</sup> Anmerkung für die schriftliche Fassung: In gleicher Weise haben die Medien auch zur Schweizer Vergaberechtsreform, welche am 13. Juni 2018 im Nationalrat (bei Ihnen Bundestag) diskutiert worden ist, festgestellt, dass sich die Politik für den öffentlichen Einkauf das Ende der Geiz ist geil!-Mentalität wünscht (vgl. zum Hintergrund etwa [www.bauen-schweiz.ch/fileadmin/media/Aktualitaeten/Regulierung\\_Qualitaetswettb.\\_Nachhaltigkeit\\_Vollzug\\_LaliveSteiner\\_April\\_2018.pdf](http://www.bauen-schweiz.ch/fileadmin/media/Aktualitaeten/Regulierung_Qualitaetswettb._Nachhaltigkeit_Vollzug_LaliveSteiner_April_2018.pdf), zuletzt besucht am 3. Juli 2018).

<sup>3</sup> Vgl. zur Formulierung Wiedemann, in: Kularztz/Kuss/Protz/Priess (Hrsg.) Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, Köln 2016, Rz. 92 zu § 97 GWB

<sup>4</sup> Vgl. zum „consumer choice“ etwa Marc Steiner, Wie stehen Government Procurement Agreement (GPA) und die umweltfreundliche Beschaffung zueinander? [www.nachhaltige-beschaffung.info/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2016/160225\\_Artikel\\_Steiner.html](http://www.nachhaltige-beschaffung.info/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2016/160225_Artikel_Steiner.html), zuletzt besucht am 17. Juli 2018)

<sup>5</sup> Vgl. dazu etwa Charles B. Blankart, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 9. Auflage, München 2017, insb. S. 382 ff.

haben<sup>6</sup>. Die neuen Richtlinien sind vom Gedanken der Kohärenz der Rechtsordnung geprägt, wogegen nach früherer Auffassung das Vergaberecht so abgespalten werden sollte, dass es bewusst nicht auf andere, ausserhalb des Wirtschaftsrechts liegende Subsysteme der Rechtsordnung Rücksicht zu nehmen brauchte. Derselbe Paradigmenwechsel ist übrigens auch auf der Ebene der WTO zu beobachten. Wenn mir vor zehn Jahren jemand gesagt hätte, dass die WTO einmal ein Symposium zur nachhaltigen Beschaffung veranstalten würde, hätte ich mir wahrscheinlich mit dem Finger an die Stirn getippt, um den vermuteten Geisteszustand des Gesprächspartners zu beschreiben. Vor zehn Jahren wäre die Mehrheitsposition völlig klar gewesen: Das ist kein WTO-Thema, sondern interessiert höchstens UNEP bzw. heute UN Environment. Und doch hat diese Tagung – begünstigt durch das neue Konzept des revidierten Government Procurement Agreement (2012) – am 22. Februar 2017 in Genf stattgefunden<sup>7</sup>. Jetzt brauchen wir zweierlei: Einerseits die ökonomische Theorie, die sich – nach Wahl wohlwollend oder kritisch – mit den neuen Entwicklungen auseinandersetzt. Und andererseits die praktischer interessierte Ökonomie, die uns hilft, die Qualität der Angebote und namentlich die Lebenszykluskosten zu analysieren und zu bewerten. Juristerei und Vergabepaxis können ebenso wenig ohne Ökonomie wie umgekehrt. Insoweit gilt es, das praktische und möglichst effiziente Funktionieren der Beschaffung nach den neuen Regeln sicherzustellen. Das setzt aber das klare Benennen und Austarieren der dem neuen System inhärenten Zielkonflikte voraus, was ebenfalls nur im Austausch der Disziplinen gelingen kann.

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu vor allem die wesentlich von Heide Rühle vorbereitete EP-Entschiessung vom 25. Oktober 2011 zur Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens

<sup>7</sup> [www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_symp\\_22feb17\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_symp_22feb17_e.htm), zuletzt besucht am 3. Juli 2018; vgl. dazu auch den Bericht des WTO-Sekretariats vom 30. Mai 2017 mit der Dokumentennummer GPA/W/341