

Vergabe News Nr.

29

Vermögensverwaltungsmandate unter neuem Vergaberecht

Am 1. Januar 2021 trat das revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen in Kraft, mit dem einerseits das Vergaberecht an das überarbeitete Government Procurement Agreement 2012 (GPA 2012) angeglichen und andererseits eine weitgehende Harmonisierung des schweizerischen Vergaberechts zwischen Bund und Kantonen erreicht wurde. Die schon unter altem Beschaffungsrecht virulente Frage, ob und inwieweit Vermögensverwaltungsmandate dem Vergaberecht unterstellt sind, untersucht dieser Newsletter.



Von **Lena Götzinger**
Rechtsanwältin (Rechtsanwaltskammer
Frankfurt am Main)
Associate
Telefon +41 58 658 56 63
lena.goetzinger@walderwyss.com



und **Hans Rudolf Trüeb**
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 658 55 88
hansrudolf.trueb@walderwyss.com

Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB nimmt Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten pauschal vom Vergaberecht aus. Anders als noch unter altem Recht sind derartige Dienstleistungen – wie die Erteilung von Vermögensverwaltungsmandaten (VVM) – nun prima facie nicht mehr dem Binnenvergaberecht unterstellt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass eine generelle Vergaberechtsfreiheit von Dienstleistungen mit Kapitalmarktbezug nach Sinn und Zweck von Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB nicht gerechtfertigt ist.

Die Vermögensverwaltung als Wettbewerbsfaktor

Viele Bundesstellen vergeben Vermögensverwaltungsmandate (VVM) an private Broker, um (Sonder-)vermögen des Bundes unter anderem in Aktien, Staatsanleihen und Multi-Asset-Portfolios zu investieren. Zu denken ist dabei zunächst an die Sozialversicherungen bzw. Pensionskassen der ersten und zweiten Säule, welche das Vermögen so anzulegen haben, dass das bestmögliche Verhältnis zwischen Sicherheit und marktkonformem Ertrag gewährleistet werden kann. VVM werden aber auch von anderen selbständigen und unselbständigen Stellen des Bundes erteilt, etwa zur Verwirklichung von Projekten der internationalen Zusammenarbeit. Je nach Ausgestaltung der VVM und der Art der Vergabestelle können diese unterschiedlicher Natur sein, z.B. nur Beratungsleistungen für bundeseigene Unternehmen umfassen.

Vermögensverwaltungsmandate unter dem neuen Vergaberecht

Fraglich ist, ob die Erteilung von VVM unter Beachtung des revidierten Vergaberechts zu erfolgen hat. Mit der Revision des Beschaffungsrechts sollte das Landesrecht an das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) angepasst, aber auch eine Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen erreicht werden. Dem Beschaffungsrecht

unterstellt ist die Erteilung der VVM dann, wenn die entsprechende Vergabestelle als Auftraggeberin gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) qualifiziert und die VVM gemäss Art. 8 ff. BöB objektiv unterstellt sind.

Ob eine Bundesstelle subjektiv dem Vergaberecht unterstellt ist, ist nach Art. 4 BöB, ggf. i.V.m. dem RVOG und der RVOV zu beurteilen. Ist eine subjektive Unterstellung gegeben, müssten für eine objektive Unterstellung die VVM einen «öffentlichen Auftrag» gemäss Art. 8 Abs. 1 BöB darstellen. Nach der Legaldefinition wesentlich ist, dass die Vergabestelle die Leistung in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gegen Entgelt nachfragt, wobei die Anbieterin die charakteristische Leistung erbringen muss. Diese Kriterien werden bei VVM in der Regel erfüllt sein, unabhängig davon, ob vom Privaten lediglich Beratungsleistungen erbracht oder auch Anlageentscheidungen getroffen werden sollen.

Art. 8 Abs. 4 und 5 BöB unterscheiden im Weiteren danach, ob die konkrete Beschaffung in den «Staatsvertragsbereich» fällt oder nicht. Fällt die Beschaffung in den Anwendungsbereich des GPA 2012, gelten strengere Vorschriften (z.B. hinsichtlich der zulässigen Verfahrensart) und Anbietern kommt umfassender Rechtsschutz zu (vgl. Art. 42 Abs. 2 und 3, Art. 52 Abs. 2 und Art. 54 Abs. 2 BöB).

Vermögensverwaltungsmandate als Beschaffungen im Staatsvertragsbereich?

Dem Staatsvertragsbereich unterstellt, d.h. von der Schweiz für den internationalen Wettbewerb geöffnet, sind Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge, soweit sie (a) Leistungen betreffen, die in den Anhängen 1 – 3 BöB (jeweils Ziff. 1) aufgeführt sind und (b) wenn der Schwellenwert gemäss Anhang 4 Ziff. 1 erreicht oder überschritten wird (Art. 8 Abs. 4 BöB). Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem Staatsvertragsbereich im Sinne von (a) untersteht, ist im Lichte der entsprechenden provCPC-Referenz-Nummern vorzunehmen.¹

In Anhang 3 Ziff. 1 BöB sind «Versicherungs-, Bank- und Anlagendienstleistungen mit Ausnahme von Wertpapiergeschäften oder Geschäften mit anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken» genannt. Als entsprechende provCPC-Nummern angegeben sind «Teil von 81, 812, 814». Aus dem entsprechenden Annex des GPA (Annex 5 Anhang I) ist erkennbar, dass sich provCPC 812 und 814 allein auf die Versicherungsdienstleistungen beziehen, während Bankdienstleistungen und Wertpapiergeschäfte als «Teil von 81» ohne Angabe von Subklassen und «ohne Verträge über Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken» unterstellt sind. Diese Ausnahme entspricht im Wortlaut Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB, auf den später eingegangen werden soll.

Bei der Einordnung von Dienstleistungen unter die provCPC-Klassen ist ausgeschlossen, dass eine Dienstleistung unter mehrere Klassen fällt. VVM, mit denen das Treffen von Entscheidungen für den Klienten verbunden ist («management services»), sind bei Einordnung in die provCPC-Klassen von der reinen Beratung («consultancy services») zu unterscheiden. Z.B. fallen «portfolio

management services» grundsätzlich unter provCPC 81323. Je nach der beratenden Stelle und der charakteristischen Leistungen sind VVM jedoch nicht zwingend in die provCPC-Klasse 81 einzuordnen. Wird ein bundeseigenes Unternehmen beraten, ohne dass für dieses Anlageentscheidungen getroffen werden sollen, kommt prima facie auch provCPC 86 in Betracht. Sind die konkreten VVM in provCPC 81 einzuordnen, stellt sich als nächstes die Frage, ob die VVM als Geschäft mit Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten vom objektiven Geltungsbereich des GPA 2012 ausgenommen sind (vgl. Annex 5 Anhang I GPA 2012).

Auch für den Fall, dass das konkrete VVM nicht in den Staatsvertragsbereich fällt, folgt daraus aber nicht automatisch Vergaberechtsfreiheit. Vorbehaltlich einer Ausnahme nach Art. 10 BöB sind die Erteilung von VVM ausserhalb des Staatsvertragsbereichs den erleichterten Bestimmungen nach Art. 8 Abs. 5 i.V.m. Anhang 5 Ziff. 2 BöB unterstellt. Greift hingegen eine Bereichsausnahme nach Art. 10 BöB, ist die Erteilung der VVM vergaberechtsfrei.

Die Bereichsausnahme nach Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB

In Betracht kommt die bereits zuvor zitierte Bereichsausnahme nach Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB für «Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit [...] Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken». Der Begriff der Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumente ist im Einklang mit den Legaldefinitionen des FIDLEG auszulegen.²

Für den Staatsvertragsbereich geht Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB zum einen auf Art. II Abs. 3 lit. c GPA 2012 zurück, zum anderen auf die im Wortlaut identische Ausnahme von den (grundsätzlich unterstellten) Finanzdienstleistungen des GPA 2012 (vgl. Annex 5 Anhang I). Nach Art. II Abs. 3 lit. c GPA 2012 sind sinngemäss Finanzdienstleistungen für regulierte Finanzins-

titutionen oder Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung öffentlicher Schulden vergaberechtsfrei. Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB ist deshalb eine eigenwillige Ausnahmebestimmung: Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB ist viel offener formuliert als die GPA-Ausnahme gemäss Art. II Abs. 3 lit. c GPA 2012. Ausserdem führt die systematische Verortung der Ausnahme in Art. 10 BöB prima facie dazu, dass Geschäfte mit Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten nicht nur nicht dem Staatsvertragsbereich, sondern überhaupt nicht dem Vergaberecht unterstehen. Die Reichweite der Ausnahmebestimmung des Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB ist deshalb auszulegen.

Nach dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB sind Finanzdienstleistungen ausgenommen, die «im Zusammenhang» mit Finanzinstrumenten stehen. § 116 Abs. 1 Nr. 4 GWB im deutschen Recht sieht eine ähnlich lautende Ausnahmebestimmung in Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinien³ vor. Umstritten ist dabei vor allem, wie eng oder weit der Begriff des Zusammenhangs auszulegen ist. Während die einen den Begriff im Sinne einer strengen Kausalität verstehen, wollen andere jeden entfernten und mittelbaren Zusammenhang genügen lassen.⁴ Die Vertreter einer engen Auslegung sehen Depot-, Portfoliomanagement- und Vermittlungsgeschäfte als «Zusammenhangsgeschäfte»,⁵ während die Vertreter einer weiten Auslegung auch vorbereitende Geschäfte wie Beratungstätigkeiten als von der Ausnahme erfasst sehen.⁶ Den Wortlaut umschreibende Überlegungen, was «notwendige» oder «typische» Hilfsgeschäfte sein könnten, die mit dem Hauptgeschäft noch «untrennbar» in hinreichend engem Zusammenhang stehen, tragen ebenfalls nicht zur Klärung bei.

Die historische Auslegung ist aufschlussreicher. Schon unter dem GPA 1994 waren Geschäfte mit Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken von

der grundsätzlichen Unterstellung von Finanzgeschäften ausgenommen.⁷ Folgerichtig waren nach altem Recht derartige Fiskalgeschäfte zwar nicht nach den Regeln des Staatsvertragsbereichs, wohl aber nach Binnenrecht zu vergeben.⁸ Bei historischer Betrachtung drängt sich daher der Schluss auf, dass mit der gleichlautenden Ausnahme in Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB lediglich die alte Rechtslage beibehalten werden sollte. Dies spräche dafür, Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB in seiner Anwendbarkeit auf den Staatsvertragsbereich zu reduzieren.

Nach den Gesetzesmaterialien zum BöB soll die Vermögensbewirtschaftung des Bundes jedoch unabhängig davon, wer für sie zuständig ist und wer einen entsprechenden Auftrag erteilt, vergaberechtsfrei sein, also auch nicht dem Binnenrecht unterfallen.⁹ Die beispielhafte Aufzählung der ausgenommenen Vergabestellen macht deutlich, dass es dem Gesetzgeber ein Anliegen war, vor allem die staatliche Tresorie und die Verwaltung staatlicher Sondervermögen wie die erste und zweite Säule umfassend vom Vergaberecht auszunehmen. Die staatliche Tresorie dem Vergabewettbewerb zu entziehen, macht aus naheliegenden Gründen (politische Vorgaben zur Haushaltsführung) Sinn. Gleiches gilt für die Verwaltung staatlicher Sondervermögen wie des Ausgleichsfonds AHV/IV/EO der Compenswiss, deren Anlageentscheidungen massgeblich von politischen Entscheidungen beeinflusst sind und deren Verpflichtung, bei Bedarf jederzeit Vorschüsse gewähren zu können, gewisse Flexibilität erfordert.¹⁰ Vor diesem Hintergrund passen derartige VVM nicht recht in das Fristensystem des Vergaberechts. Diese sind folglich von Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB erfasst und vergaberechtsfrei.

Zweck und Reichweite der Vergabefreiheit von VVM

Bei den genannten Beispielen rechtfertigen die besonderen Umstände die Vergabefreiheit der VVM, die auf VVM anderer Vergabestellen jedoch nicht

übertragen werden können. Abschliessend ist deshalb der Frage nachzugehen, ob die VVM wirklich, wie die Botschaft postuliert, unabhängig von der Vergabestelle nach Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB vergaberechtsfrei sind. Angesichts des Primats des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 BöB) muss Ausgangspunkt der Überlegung sein, ob grundsätzlich eine freie Auswahl von Anbietern – mithin ein offener Markt – besteht, an dem Leistungen bezogen werden können. Ist dies der Fall, legen die genannten Zwecke nahe, solche Geschäfte dem Vergaberecht zu unterstellen. Portfolio-Management und Vermögensberatungsleistungen können in der Regel von einer grossen Vielzahl von Wettbewerbern (nach den Instruktionen der Bundesstelle) erbracht werden.

Es müssten also andere Gründe die Vergabefreiheit rechtfertigen. Im deutschen Recht wird dazu ein «besonderes Vertrauen» zwischen den Beteiligten eines Finanzdienstleistungsgeschäfts bemüht.¹¹ Daran kann man begründete Zweifel haben, ist das Vergaberecht jenseits der freigestellten Bereiche auf Finanzdienstleistungen doch in vollem Umfang anwendbar.¹² Ausserdem wird die Ausnahme mit den sich oftmals kurzfristig ändernden Verhältnissen am Kapitalmarkt begründet. Geschäfte im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten passten wegen ihrer Kapitalmarktbezogenheit kraft Natur der Sache nicht in das Fristensystem des Vergaberechts.¹³ Dies mag zutreffen, wo Asset Manager Aufträge, die Wertpapiere zum Gegenstand haben, unmittelbar ausführen oder Beratungsleistungen eine konkrete Handlungsempfehlung zum Inhalt haben, die sich auf eine zu einem konkreten Zeitpunkt günstige Kapitalanlage bezieht. Beim Eingehen längerer Kooperationen, die eine langfristige Anlagestrategie verfolgen, vermag das Volatilitätsargument jedoch nicht zu überzeugen. Ziel einer langfristigen Anlagestrategie ist immerhin, den Veränderungen des Kapital-

marktes zu trotzen. Die Entscheidung, eine Kooperation über mehrere Jahre einzugehen,¹⁴ ist keine Entscheidung, die aufgrund der stetigen Änderung des Kapitalmarktes besonders zeitgebunden ist. Derartige, auf langfristige Anlagestrategien bezogene Dienstleistungen fallen deshalb nicht in den gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB freigestellten Bereich.

Schlussbemerkung

Ob VVM öffentlicher Bundesstellen vergaberechtsfrei sind oder nicht, ist im Einzelfall und nach der herkömmlichen Systematik zu überprüfen: Ist die öffentliche Stelle als Auftraggeberin dem Vergaberecht subjektiv unterstellt? Fällt das konkrete Geschäft auch objektiv unter das Vergaberecht? Zu beachten ist dabei, dass dem Staatsvertragsbereich nicht unterstellte Beschaffungen immer noch dem Binnenrecht unterstellt sein können. Aufgrund des Wortlauts von Art. 10 Abs. 1 lit. d BöB sollten VVM im Zusammenhang mit Wertpapieren/Finanzinstrumenten nicht vorschnell als vergabefrei beurteilt werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Kapitalmarktbezogenheit im Sinne einer kurzfristigen Anlagestrategie oder politische Vorgaben (Tresorie) eine Ausnahme vom Vergaberecht im Einzelfall rechtfertigen.

Vergabe News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2021

Fussnoten

- 1 Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010, E. 3.8.
- 2 Botschaft B6B, S. 1903, vgl. Art. 3 lit. a und c FIDLEG.
- 3 Art. 16 Lit. d RL 2004/18/EG und Art. 24 lit. c RL 2004/17/EG.
- 4 Einen Überblick gibt Stewen, Vergabepflicht von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Kapitalanlage, ZfBR 2008, 146.
- 5 Dreher/Opitz, Die Vergabe von Bank- und Finanzdienstleistungen, WM 2002, 413, 419.
- 6 Frenz, Handbuch Europarecht, Bank 3: Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin 2007, Rz. 2246.
- 7 Vgl. Fn. 2 und Angabe der provCPC-Klassen in Annex 4 Anhang I GPA 1994.
- 8 Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Rz. 1118.
- 9 Botschaft B6B, S. 1903.
- 10 https://www.compenswiss.ch/doc.cfm?grp_name=avsLibFileListing&doc_name=2-Vermögensverwaltung%20der%20compenswiss.pdf, zuletzt abgerufen am 15. April 2021.
- 11 Hattig/Maibaum/Dippel, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, Köln 2010, § 100 GWB Rz. 130.
- 12 So auch Dreher/Opitz, WM 2002, 413, 419 und 426.
- 13 VK Baden-Württemberg, Urteil 1 VK 40/01 vom 30. November 2001, E. 5 ff. m.w.H., abrufbar unter <https://openjur.de/u/606210.html>.
- 14 Zu beachten ist dabei die Maximaldauer des Art. 25 Abs. 3 B6B.

Ansprechpartner



Thomas P. Müller
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 04
thomas.p.mueller@walderwyss.com



Hans Rudolf Trüeb
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 88
hansrudolf.trueb@walderwyss.com



Ramona Wyss
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com



Daniel Zimmerli
Counsel, Zürich
Telefon +41 58 658 55 33
daniel.zimmerli@walderwyss.com



Pandora Kunz-Notter
Managing Associate, Bern
Telefon +41 58 658 29 30
pandora.kunz@walderwyss.com



Martin Zobl
Managing Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com



Regula Fellner
Senior Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 51 98
regula.fellner@walderwyss.com



Hugh Reeves
Senior Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 52 73
hugh.reeves@walderwyss.com



Lena Götzinger
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 63
lena.goetzinger@walderwyss.com



Flora Reber
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 58 24
flora.reber@walderwyss.com



Florian C. Roth
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 55 79
florian.roth@walderwyss.com