

Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994

PETER GAUCH, Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität
Freiburg

Am 1. Januar 1996 tritt das «Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen» in Kraft, das auf der Stufe der Eidgenossenschaft die grundlegenden Verpflichtungen des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Übereinkommen vom 15. April 1994¹) in das innerstaatliche Recht umsetzt. Dieses Bundesgesetz (BoeB vom 16. 12. 1994) markiert eine wichtige Etappe in der Entwicklung des schweizerischen Vergabewesens, was es rechtfertigt, das Beschaffungsgesetz auch dem juristischen Publikum vorzustellen. Seine Vorstellung hat sich notgedrungen auf das Wesentliche zu beschränken, da die zugehörige Verordnung (VBoeB) erst im Entwurf vorliegt und sich die praktischen Probleme vor allem bei der Anwendung des Gesetzes zeigen werden. Nachfolgend gebe ich zunächst einen Überblick über das neue Gesetz; dann greife ich zehn Einzelpunkte heraus; und schliesslich befasse ich mich mit der Frage, wie das Beschaffungsgesetz sich in das Submissionsrecht der Schweiz integriert.

I. Ein Überblick

1. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen ist ein **Vergabegesetz**. Es regelt das Verfahren zur Vergabe «von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen» (Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB)² und bezweckt, das Vergabeverfahren «transparent (zu) gestalten», «den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen³ (zu) stärken» sowie «den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel (zu) fördern» (Art. 1

¹ Bundesblatt (BBl) 1994 IV 842 ff.

² Zu den Begriffen «Lieferauftrag, Dienstleistungsauftrag und Bauauftrag» vgl. Art. 5 BoeB.

³ Das Gesetz spricht konsequent von «Anbieter und Anbieterin(nen)», verwendet also sowohl die männliche als auch die weibliche Form. Im Sinne einer Vereinfachung gebrauche ich in meinem eigenen Text nur die weibliche Form, was sich umso mehr rechtfertigt, als die «Anbieter» durchwegs Angebotsfirmen und schon von daher «Anbieterinnen» sind.

Abs. 1 BoeB). Insbesondere aber will das Gesetz «auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen» gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 BoeB). In dieser umfassenden Zweckbestimmung widerspiegeln sich drei Postulate, die an eine neuzeitliche Gestaltung der öffentlichen Märkte gestellt werden: «Liberalisierung», «wirtschaftlicher Einsatz öffentlicher Mittel» und «Nichtdiskriminierung».

a. Als Vergabegesetz mit öffentlich-rechtlichem Charakter enthält das BoeB *Regeln über die Vergabe öffentlicher Aufträge*, wobei es drei mögliche Verfahren unterscheidet (Art. 13 BoeB):

- *Das offene Verfahren*, bei dem die Auftraggeberin den geplanten Auftrag öffentlich ausschreibt und jedermann einlädt, ein Angebot einzureichen (Art. 14 BoeB). Es ist das normale Submissionsverfahren, das sich (wenn es zu Ende geführt wird) über die folgenden Stufen abwickelt: Ausschreibung des Auftrages mit darin enthaltener Einladung zur Offertstellung; Einreichung der Angebote durch interessierte Anbieterinnen; Zuschlag und Abschluss des Vertrages mit einer Anbieterin, soweit es überhaupt zum Zuschlag und Vertragsabschluss kommt.
- *Das selektive Verfahren* (Art. 15 BoeB). Es unterscheidet sich vom offenen Verfahren dadurch, dass die an der Übernahme des ausgeschriebenen Auftrages interessierten Firmen zunächst nur einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Als dann bezeichnet die Auftraggeberin jene Firmen, die ein Angebot einreichen und damit am weiteren Verfahren teilnehmen dürfen. Die Bezeichnung erfolgt aufgrund einer Präqualifikation, worin die Auftraggeberin prüft, welche Firmen die zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Eignungskriterien (Art. 9 f. BoeB) erfüllen.
- *Das freihändige Verfahren* (Art. 16 BoeB). Es ist ein Ausnahmeverfahren, zulässig nur unter bestimmten Voraussetzungen, die der Bundesrat in der Verordnung zum BoeB regelt (Art. 13 Abs. 2 BoeB). Sein Merkmal besteht darin, dass die Auftraggeberin den Auftrag «direkt und ohne vorherige Ausschreibung» vergibt. Das bedeutet negativ: Im Unterschied zum offenen und selektiven Verfahren ist die freihändige Vergabe kein Submissionsverfahren, zu dessen Kennzeichen es gehört, dass die Auftraggeberin verschiedene Interessenten in einem gemeinsamen (geordneten) Verfahren um die Vergabe wetteifern lässt. Möglich ist sogar, dass die Auftraggeberin ihre Vertragsverhandlungen nur und gerade mit *einer* Firma führt, der sie dann den Auftrag vergibt.

b. Die erwähnten drei Verfahren werden *komplettiert durch den Planungs- und den Gesamtleistungswettbewerb*, der jedoch nicht im BoeB,

sondern «nach den Grundsätzen des Gesetzes»⁴ in der Verordnung (VBoeB) geregelt wird (Art. 13 Abs. 3 BoeB). «Der Planungswettbewerb soll der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen im Bereich der Planung (z.B. Ingenieur- und Architekturwettbewerbe) dienen. Der Gesamtleistungswettbewerb soll die Möglichkeit bieten, im Rahmen eines Wettbewerbes gleichzeitig nach Planungs- und Bauausführungsleistungen zu fragen».⁵

2. Regelungsobjekt des BoeB ist ausschliesslich die Vergabe öffentlicher Aufträge, die in den Kompetenzbereich des Bundes fallen. Aber auch mit dieser Einschränkung ist der **Geltungsbereich** des Gesetzes nicht unbeschränkt. Denn erstens unterliegt dem Gesetz bloss die Vergabe der in Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB erwähnten Aufträge, sofern sie den in Art. 6 BoeB genannten (GATT-) Schwellenwert erreichen⁶ und nicht unter die Ausschlussklausel des Art. 3 BoeB fallen⁷. Zweitens untersteht dem BoeB nur die Auftragsvergabe durch Auftraggeberinnen, die nach Art. 2 BoeB dem Gesetze unterstehen.⁸ Und was drittens die Angebote aus dem Ausland betrifft, so ist das BoeB nach Massgabe seines Art. 4 nur anwendbar

⁴ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1190.

⁵ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1190.

⁶ Nach Art. 6 BoeB ist «dieses Gesetz nur anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages folgenden Schwellenwert ohne Mehrwertsteuer erreicht: a. 263 000 Franken bei Lieferungen; b. 263 000 Franken bei Dienstleistungen; c. 10,07 Millionen Franken bei Bauwerken; d. 806 000 Franken bei Lieferungen und Dienstleistungen im Auftrag einer Auftraggeberin nach Artikel 2 Absatz 2 oder für Aufträge, welche die Automobildienste der PTT-Betriebe zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit im Bereich des Personentransports vergeben» (Abs. 1). «Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) passt die Schwellenwerte im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) periodisch den Vorgaben des GATT-Übereinkommens an» (Abs. 2).

⁷ Art. 3 BoeB nennt bestimmte Fälle, in denen das Gesetz ausnahmsweise nicht anwendbar oder die Auftraggeberin von der Anwendung des Gesetzes dispensiert ist.

⁸ Nach Art. 2 Abs. 1 des BoeB unterstehen «diesem Gesetz ... als Auftraggeberinnen: a. die allgemeine Bundesverwaltung; b. die Eidgenössische Alkoholverwaltung; c. die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten; d. die Post- und Automobildienst der PTT-Betriebe, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen. Die Automobildienste der PTT-Betriebe unterstehen dem Gesetz zudem nur für Aufträge, die sie zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit im Bereich des Personentransportes vergeben». Nach Art. 2 Abs. 2 BoeB bezeichnet der Bundesrat «die öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation ausüben und für diese Tätigkeiten nach dem GATT-Übereinkommen und andern völkerrechtlichen Verträgen auch unter dieses Gesetz fallen». Nach Art. 2 Abs. 3 des BoeB kann der Bundesrat «dieses Gesetz oder einzelne Bestimmungen auf weitere öffentliche Aufträge des Bundes anwendbar erklären. Gegenüber ausländischen Anbietern und Anbieterinnen gilt eine solche Ausdehnung des Geltungsbereiches nur, soweit schweizerischen Anbietern und Anbieterinnen im betreffenden Staat Gegenrecht gewährt wird. In jedem Fall gelten die Grundsätze nach Artikel 8. Die Anwendung des Rechtsmittelverfahrens (5. Abschnitt) auf solche Aufträge ist ausgeschlossen».

auf Angebote von Anbieterinnen: a. aus «den Vertragsstaaten des GATT-Übereinkommens über das Beschaffungswesen, soweit diese Staaten Gegenrecht gewähren», sowie b. auf Angebote von Anbieterinnen aus «andern Staaten, in dem Ausmass, als die Schweiz mit diesen entsprechende vertragliche Abmachungen eingegangen ist oder der Bundesrat die Gleichbehandlung schweizerischer Anbieter oder Anbieterinnen in diesem Land festgestellt hat». Durch Art. 4 BoeB wird der Grundsatz, wonach das Gesetz «die Gleichbehandlung aller (!) Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten» will (Art. 1 Abs. 2 BoeB), durchbrochen.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes, die *nicht* dem BoeB unterstehen, wird durch die Verordnung zum BoeB (VBoeB) geregelt, die grundsätzlich das gesamte Beschaffungswesen auf Bundesebene erfasst. Das gilt namentlich auch für die Beschaffungen durch die SBB sowie für die Vergabe von Aufträgen, deren Auftragswert unter den Schwellenwerten des BoeB liegen. Für die Beschaffungen im Kompetenzbereich der Kantone und Gemeinden gilt das anwendbare Recht der Kantone und/oder Gemeinden, wobei allerdings ein Dreifaches zu beachten ist: Erstens haben die Kantone am 25. November 1994 eine «Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen» (IVöB) geschlossen, die für jene Kantone verbindlich wird, die dem Konkordat beitreten.⁹ Zweitens tritt am 1. Januar 1996 das GATT-Übereinkommen vom 15. April 1994 in Kraft, das nebst konkretisierungsbedürftigen Grundsätzen auch unmittelbar anwendbare Normen enthält.¹⁰ Und drittens unterstehen die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben den Regeln des Binnenmarktgesetzes, sobald dieses Gesetz (BGBM vom 6. 10. 1995) in Kraft tritt.¹¹

3. Der Inhalt des BoeB wird durch die Titel seiner einzelnen Abschnitte stichwortartig aufgezeigt. Der erste Abschnitt (Art. 1 BoeB) befasst sich mit dem Zweck des Gesetzes, der zweite Abschnitte (Art. 2 -7 BoeB) mit dem «Geltungsbereich» und den «Begriffen». Der dritte Abschnitt (Art. 8-12 BoeB) enthält «Grundsätze und Teilnahmebedingungen». Der vierte Abschnitt regelt den äusseren Ablauf des «Vergabeverfahrens» unter

⁹ «Die Vereinbarung tritt, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind, durch Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung der Bundesgesetze und für weitere Mitglieder mit der Veröffentlichung ihres Beitrittes im gleichen Organ in Kraft» (Art. 21 Abs. 1 IVöB).

¹⁰ Vgl. Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1173 f.

¹¹ Vgl. Art. 5 BGBM, der wie folgt lautet: «Die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben richten sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht» (Abs. 1). «Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen» (Abs. 2).

Einschluss der Zuschlagskriterien. Der fünfte Abschnitt (Art. 26-35 BoeB) widmet sich dem «Rechtsschutz». Und der sechste Abschnitt (Art. 36-38 BoeB) enthält die «Schlussbestimmungen». Nach Massgabe der Schlussbestimmungen wird das geltende Bundesrechtspflegegesetz durch die Einfügung eines neuen Art. 100 lit. x OG geändert, wonach die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen «Verfügungen auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens» unzulässig ist.

Die vom Gesetzgeber gewählten Titel sind im wesentlichen aussagekräftig und zutreffend. Der Titel des dritten Abschnittes bedarf allerdings einer Erläuterung. Die «Grundsätze», von denen dieser Titel handelt, sind allgemeine «Verfahrensgrundsätze» (Art. 8 BoeB) verschiedenartigen Charakters. Dazu gehören das Prinzip der Gleichbehandlung¹², die für die Auftragsvergabe vorausgesetzte Einhaltung der am Leistungsort geltenden Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen¹³, die vorausgesetzte Gleichbehandlung von Mann und Frau durch die Auftragnehmerin¹⁴ sowie die Pflicht der Auftraggeberin zur Wahrung der Vertraulichkeit¹⁵. Die «Teilnahmebedingungen» (Art. 9 f. BoeB) beziehen sich auf die «Eignungskriterien» (Art. 9 BoeB¹⁶), auf die Einrichtung eines «Prüfungssystems» (Art. 10 BoeB¹⁷) sowie auf den Verfahrensausschluss und den Widerruf des Zuschlages (Art. 11 BoeB¹⁸).

¹² Nach Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB achtet die Auftraggeberin «in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der inländischen und der ausländischen Anbieter und Anbieterinnen».

¹³ Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB vergibt die Auftraggeberin «den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an einen Anbieter oder eine Anbieterin, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gewährleisten. Massgebend sind die Bestimmungen am Ort der Leistung». Vgl. dazu unten im Text (II Ziff. 6).

¹⁴ Nach Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB vergibt die Auftraggeberin «den Auftrag nur an Anbieter oder Anbieterinnen, welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten». Vgl. dazu unten im Text (II Ziff. 5).

¹⁵ Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BoeB wahrt die Auftraggeberin «den vertraulichen Charakter sämtlicher vom Anbieter oder der Anbieterin gemachten Angaben. Vorbehalten bleiben die nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen und die im Rahmen von Artikel 23 Absätze 2 und 3 zu erteilenden Auskünfte».

¹⁶ Nach Art. 9 BoeB kann die Auftraggeberin «die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf» (Abs. 1). «Sie gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt» (Abs. 2).

¹⁷ Nach Art. 10 BoeB kann die Auftraggeberin «ein Prüfungssystem einrichten und die Anbieter und Anbieterinnen auf ihre Eignung hin prüfen» (Abs. 1). «Erfüllen diese die nach Artikel 9 verlangten Kriterien, so werden sie in ein Verzeichnis aufgenommen» (Abs. 2). «Der Bundesrat regelt das Verfahren» (Art. 3).

¹⁸ Nach Art. 11 BoeB kann die Auftraggeberin «den Zuschlag widerrufen oder Anbieter und Anbieterinnen vom Verfahren ausschliessen sowie aus dem Verzeichnis nach Artikel 10 streichen, insbesondere wenn sie: a. die geforderten Eignungskriterien nach Artikel 9 nicht mehr erfüllen; b. der Auftraggeberin falsche Auskünfte erteilt haben;

Nach Art. 12 BoeB, der auch noch zum dritten Abschnitt gehört, bezeichnet die Auftraggeberin «die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen» (Abs. 1); «sie berücksichtigt dabei soweit möglich internationale Normen oder nationale Normen, die internationale Normen umsetzen» (Abs. 2).

II. Zehn ausgewählte Einzelpunkte

Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, wie es im Überblick dargestellt wurde, bietet reichhaltigen Diskussionsstoff für wissenschaftliche und andere Auseinandersetzungen. Im Rahmen einer Präsentation, die sich auf das Wesentliche beschränkt, verdienen die folgenden zehn Punkte besonders hervorgehoben zu werden:

1. Die «Vergesetzlichung» des Beschaffungswesens. Während das Beschaffungswesen des Bundes bis anhin vor allem auf Verordnungsstufe geregelt war¹⁹, greift mit dem neuen BoeB der Bundesgesetzgeber ein. Der Erlass eines formellen Beschaffungsgesetzes wurde insbesondere im Hinblick auf den neu geschaffenen (öffentlichen) Rechtsschutz der Anbieterinnen (Art. 26 ff. BoeB) erforderlich. Doch regelt das Beschaffungsgesetz die von ihm erfassten Vergabefälle einerseits nicht abschliessend, sondern wird ergänzt durch die einschlägigen Bestimmungen der zugehörigen Verordnung (VBoeB), die zur Zeit erst im Entwurf vorliegt. Und andererseits unterstehen dem Beschaffungsgesetz (und seinen Rechtsschutzbestimmungen) nicht alle Beschaffungen des Bundes, sondern nur jene, die in seinen Anwendungsbereich fallen. Die übrigen Beschaffungen unterstehen der Verordnung, so dass diesbezüglich ein «Zweiklassensystem» geschaffen wurde.

Zur «zweiten Klasse», die nicht unter das Beschaffungsgesetz fällt, gehören sämtliche Beschaffungen durch die SBB. Das gilt auch für die Auftragsvergabe im Rahmen der NEAT. Damit entzieht sich die Vergabe aller NEAT-Aufträge, welche die SBB durchführen, den Rechtsschutzbestimmungen des neuen Beschaffungsgesetzes, und zwar unbekümmert um die Höhe des jeweiligen Auftragswertes, was rechtlich und praktisch ein fragwürdiges Ergebnis ist.²⁰ Denn in rechtlicher Hinsicht verlangt

c. Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt haben; d. den Verpflichtungen aus Artikel 8 nicht nachkommen; e. Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen; f. sich in einem Konkursverfahren befinden».

¹⁹ Vgl. a. Die Submissionsverordnung vom 31. März 1971 über die Ausschreibung und Vergabung von Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten des Bundes; b. Die Einkaufsverordnung vom 8. Dezember 1975 über die Beschaffung von Gütern.

²⁰ Bei diesem (fragwürdigen) Ergebnis bliebe es selbst dann, wenn der Bundesrat den Geltungsbereich des Beschaffungsgesetzes auf die NEAT-Vergabe ausdehnen würde, wozu er nach Massgabe des Art. 2 Abs. 3 BoeB befugt wäre. Denn für einen solchen Fall

Art. 13 des Alpentransitbeschlusses, dass der Bund «im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau (der NEAT) den freien Wettbewerb sicherstellt» (Abs. 1), wobei für «in- und ausländische Bewerber ... gleichwertige Wettbewerbsbedingungen zu verlangen» sind. Die Erfüllung dieser «Verpflichtung», die der Bund übernommen hat, erfordert, wenn sie ernst genommen wird, dass die Anbieterinnen grösserer Leistungen auch im Rahmen der NEAT über einen angemessenen Rechtsschutz verfügen, durch den das Prinzip des freien Wettbewerbes und der Nichtdiskriminierung am ehesten sichergestellt wird.²¹ Fehlt es an einem solchem Rechtsschutz, so verlagern sich die «Vergabe-Konflikte» auf die politische Ebene, was in jeder Beziehung unerwünscht ist. Insbesondere führt die «Verpolitisierung» der Vergabe zu einer Verunsicherung der Vergabestellen, die sich früher oder später auf die Qualität der Vergabe-Entscheide auswirkt. Da es «politisch» einfacher ist, die Wahl des «Billigeren» zu begründen, wird (um Schwierigkeiten zu vermeiden) die Wahl immer häufiger auf den «Billigeren» statt auf den «Günstigeren» fallen. Und den Nachteil hat die Eidgenossenschaft, was zur Zeit allerdings noch nicht überall erkannt wird!

Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass Aufträge im Rahmen der NEAT nicht nur durch die SBB vergeben werden, sondern insbesondere auch durch die BLS AlpTransit AG, eine Tochtergesellschaft der BLS, die unmittelbar weder dem BoeB noch der VBoeB des Bundes untersteht. Zwar existiert ein im Dezember 1993 abgeschlossener Vertrag zwischen dem Bund und der BLS, der in seinem Art. 4 bestimmt: «Bei der Ausschreibung und Vergabe für Planung, Projektierung und Bau der Neubaustrecke ist Art. 13 des Bundesbeschlusses A bindend. Das jeweils geltende Submissionsrecht des Bundes sowie die Richtlinien des Bundesamtes für Verkehr betreffend Vergabe von Aufträgen im Rahmen der Realisierung der NEAT sind anzuwenden». Trotz dieser Vertragsbestimmung bleiben aber viele ungelöste Fragen, ganz abgesehen davon, dass die zuletzt genannten Richtlinien nach der Diktion des Vertrages nur «bis zum Inkrafttreten der revidierten Submissions- und Einkaufsverordnung des Bundes» gelten (Ziff. V), weshalb sie am 1. Januar 1996 ausser Kraft treten.²²

der bundesrätlichen Erweiterung bestimmt Art. 2 Abs. 3 BoeB, dass die Anwendung des Rechtsmittelverfahrens ausgeschlossen bleibt.

²¹ Mit Rücksicht darauf bleibt zu überlegen, ob sich die Einführung eines ausreichenden Rechtsschutzsystems unmittelbar auf Art. 13 des Alpentransitbeschlusses abstützen liesse.

²² Ungelöst ist meines Erachtens vor allem auch die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Vertrag (Bund/BLS), dem eidgenössischen Submissionsrecht und dem kantonalen Vergaberecht. Zudem fällt auf, dass der Vertrag mit der BLS abgeschlossen wurde, also nicht mit der BLS AlpTransit AG. Freilich bestimmt Art. 6 des Vertrages, dass die BLS ermächtigt sei, «die Rechte und Pflichten, die sie mit diesem Vertrag übernimmt, auf eine von ihr beherrschte Tochtergesellschaft zu übertragen», worauf dann (auch) «die Tochtergesellschaft als Partei dieses Vertrages gelte». Können aber zwei Kontrahentin-

2. Der Einbezug der Dienstleistungen. Das neue Beschaffungsgesetz erfasst auch die Vergabe von «Dienstleistungsaufträgen» (Art. 1 BoeB), deren Auftragswert den vorgesehenen Schwellenwert (Art. 6 BoeB) erreicht. Das bedeutet, dass fortan auch derartige Aufträge öffentlich auszuschreiben und im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben sind (Art. 14 f. BoeB), sofern nicht ausnahmsweise eine freihändige Vergabe zulässig ist (Art. 16/13 Abs. 2 BoeB).

Der erwähnte «Dienstleistungsauftrag», der vom ohnehin erfassten «Bauftrag» zu unterscheiden ist, richtet sich auf die Erbringung einer Dienstleistung, die unter Anhang 1 Annex 4 des GATT-Übereinkommens fällt (Art. 5 Abs. 1 lit. b BoeB). Dieser Anhang enthält eine Positivliste einschlägiger Dienstleistungen. Dazu gehören unter anderem auch Dienstleistungen der Versicherungen und Banken, Leistungen der Unternehmensberatung sowie Architektenleistungen²³. Eine weitere Konkretisierung wird in einem Anhang zur VBoeB enthalten sein.

3. Das Kriterium des günstigsten Angebotes. Das GATT-Übereinkommen, das durch das neue Beschaffungsgesetz (BoeB) umgesetzt wird, stellt es den Signatarstaaten frei, die Aufträge nach dem Kriterium des «billigsten Preises» oder des «wirtschaftlich günstigsten Angebotes» zu vergeben (vgl. Art. XIII, Ziff. 4 lit. b des Übereinkommens). In Art. 21 BoeB hat sich der eidgenössische Gesetzgeber für das Kriterium des «wirtschaftlich günstigsten Angebotes» entschieden (Art. 21 Abs. 1 BoeB). Vorbehalten bleibt die Vergabe «weitgehend standardisierter Güter», die «auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen» kann (Art. 21 Abs. 2 BoeB).

a. Dass der Zuschlag grundsätzlich nach dem Prinzip des «wirtschaftlich günstigsten Angebotes» erteilt wird, *entspricht schweizerischer Vergabetradition und ist ausserdem auch «sachlich» gerechtfertigt*. Zwar eröffnet dieses Kriterium den Vergabestellen einen weiten Ermessensspielraum, was aber für eine optimale Beschaffung namentlich von Langzeitgütern unabdingbar ist, weil sich hier die Wahl des momentan «Billigsten» bei längerfristiger Betrachtung nur allzuoft als «Pyrrhus-Wahl» herausstellt. Dass mit dem zugestandenem Ermessen eine gewisse Gefahr von Ermes-

nen zu Lasten einer Dritten vereinbaren, dass sie Partei eines Vertrages wird, den sie selber nicht abgeschlossen hat?

Und schliesslich stellt sich sogar die Grundsatzfrage, ob die gewählte «Vertragskonstruktion» ausreichend und erforderlich ist, um Art. 13 des Alpentransitbeschlusses Nachachtung zu verschaffen. Da der Wortlaut des Art. 13 den Bund anweist, den freien Wettbewerb «im Rahmen seines Submissionsrechts» sicherzustellen, wäre die Annahme, dass damit eine autonome Regelungsbefugnis des Bundes für den Bereich der *gesamten* NEAT-Vergabe geschaffen wurde, jedenfalls nicht von vornherein abwegig.

²³ Vgl. dazu MICHEL, La passation des marchés publics d'architecture – GATT, Union européenne, Suisse, in: GAUCH/TERCIER (Herausgeber), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 587 ff.

sensmissbrauch in Kauf genommen wird, lässt sich allerdings nicht bestreiten. Um so wichtiger ist deshalb die in Art. 21 Abs. 2 BoeB enthaltene Regel, wonach die Zuschlagskriterien, nach denen sich das «wirtschaftlich günstigste Angebot» bestimmt, «in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen» sind. Diese Vorschrift vermag die Missbrauchsgefahr zwar nicht zu beseitigen, immerhin aber zu mindern.

b. Die *Zuschlagskriterien*, die für die Beurteilung des «günstigsten Angebotes» in Frage kommen, sind mannigfaltig und variieren je nach Auftrag, der vergeben werden soll. Art. 21 Abs. 1 BoeB enthält einen Katalog von Beispielen, indem er die folgenden Kriterien aufzählt: «Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert». Dieser gesetzliche Kriterienkatalog hat keine abschliessende Bedeutung (vgl. das Wort «insbesondere»), macht aber immerhin deutlich, dass die Wirtschaftlichkeit des Angebotes am *Nutzen des Beschaffungsobjektes selbst* zu messen ist. Ein fiskalischer Vorteil, der sich für den Staat aus einer Vergabe an schweizerische Unternehmer ergeben kann, ist kein Kriterium, das im Rahmen des Art. 21 BoeB berücksichtigt werden darf. Demgegenüber verweist Art. 21 Abs. 1 BoeB ausdrücklich auch auf das Kriterium der Ästhetik, wodurch er ästhetische Aspekte den wirtschaftlichen gleichstellt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Ästhetik sich ausnahmsweise in wirtschaftlichen Nutzen umschlägt oder nicht.

4. Die Gleichbehandlung der Anbieterinnen. Sie wird schon durch die Zweckbestimmung des Gesetzes (Art. 1 Abs. 2 BoeB) gefordert und gehört explizit auch zu den Verfahrensgrundsätzen des Art. 8 BoeB, nach dessen Absatz 1 lit. a die «Auftraggeberin in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der inländischen und der ausländischen Anbieter und Anbieterinnen» zu achten hat.

Der Verwirklichung des Gleichbehandlungsprinzips, das für in- und ausländische Anbieterinnen in gleicher Weise gilt, dient mittelbar auch die Vorschrift des Art. 12 Abs. 2 BoeB, der die Auftraggeberin verpflichtet, für ihre technischen Spezifikationen «soweit als möglich» internationale Normen oder national umgesetzte Normen internationalen Charakters zu verwenden. Diese Verpflichtung vermindert die Gefahr, dass bestimmte Anbieterinnen über den Schleichweg der technischen Spezifikation bevorzugt oder benachteiligt werden. Die Wirksamkeit der Vorschrift hängt jedoch weitgehend davon ab, wie die Einschränkung «*so weit als möglich*» ausgelegt wird. Versteht man das Wort «möglich» auch im Sinne von «zweckmässig» oder «angemessen», so wird der Praktiker fast immer plausible Gründe finden, um die Anwendung von reinen Binnen-normen zu rechtfertigen.

Das umschriebene Prinzip der Gleichbehandlung überzeugt umso mehr, als der Staat auch dann an die verfassungsmässigen Grundrechte gebunden ist, wenn er privatrechtliche Verträge abschliesst, was ihm eine rechtungleiche Behandlung der privaten Verhandlungspartner schon aus rechtsstaatlichen Gründen verbietet.²⁴ Hinsichtlich der ausländischen Anbieterinnen bleibt aber daran zu erinnern, dass für sie ein gesetzlicher Anspruch auf Gleichbehandlung nur insoweit besteht, als die Voraussetzungen des Art. 4 BoeB erfüllt sind. Andernfalls entziehen sich ihre Angebote dem Geltungsbereich des Beschaffungsgesetzes, weshalb sie aus dem Gesetz keinerlei Rechte ableiten können.

5. Die Gleichbehandlung von Mann und Frau. Das Gebot, alle Anbieter und Anbieterinnen gleich zu behandeln (Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB), verbietet selbstverständlich auch eine geschlechtsspezifische Diskriminierung bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens. Damit aber lässt das Beschaffungsgesetz es nicht bewenden. In Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB geht es einen Schritt weiter, indem es auf die Stufe der Angebotsfirmen durchgreift. Nach dieser Bestimmung dürfen Aufträge nur an solche Firmen vergeben werden, welche «für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten». Indirekt dient Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB auch der Durchsetzung des Gleichstellungsgesetzes, wobei ein Dreifaches auffällt:

a. Wie das Gleichstellungsgesetz (GIG vom 25. März 1995), so ist auch Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB «*geschlechtsneutral*» formuliert. Unter den heutigen Verhältnissen besteht indes kein Zweifel, dass er eine Vorschrift enthält, die das staatliche Instrumentarium zur Frauenförderung erweitert. Materiell realisiert er ein Postulat des (modernen) liberalen Feminismus, wonach die Rechtsordnung darauf hinwirken muss, dass Mann und Frau namentlich im Erwerbsleben tatsächlich über die gleichen Chancen verfügen. Dass die angestrebte Chancengleichheit über den Umweg der Vergabe erzwungen wird, ist für die Schweiz zwar ein Novum, jedoch keine Erfindung der Eidgenossenschaft, sondern hat Vorbilder in ausländischen Rechtsordnungen, insbesondere im Recht der USA²⁵. Unberück-

²⁴ Vgl. BGE 109 Ib 155; HANGARTNER, Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in: FS Pedrazzini, Bern 1990, S. 143.

²⁵ Vgl. die Executive Order No 11126, 30 Fed. Reg. 12319 (und nachfolgende Änderungen), 42 USCA § 2000e sowie (als Beispiel einer einzelstaatlichen Regelung) §§ 220e, 236 des Labor Law Code of New York (CLS Labor Law). Die Executive Order 11126 sieht für die Auftragsvergabe durch die amerikanische Bundesregierung weitgehende – positive Massnahmen einschliessende – Auflagen zur Verwirklichung der Chancengleichheit durch den Arbeitgeber vor. CLS § 220e schreibt bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen eine Vertragsklausel zwischen der Vergabestelle und dem Anbieter vor, die diesen zu nicht-diskriminatorischem Verhalten (auch bei der Einstellung) verpflichtet. CLS § 236 enthält eine analoge Bestimmung für Verträge über öffentliche Bauvorhaben.

sichtigt bleiben allerdings die Forderungen des relationalen Feminismus, der die Rechtsordnung so umgestalten möchte, dass sie männliche und weibliche Werte²⁶ gleichermaßen einbezieht, indem das Recht auch auf die spezifischen Frauenwerte Rücksicht nimmt.²⁷

b. Im Unterschied zum Gleichstellungsgesetz (GIG) beschränkt sich Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB, wenn man nur auf seinen Wortlaut («Lohngleichheit») abstellt, auf die *Bekämpfung der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung*. Andere Arbeits-Diskriminierungen von Mann oder Frau (etwa bei der Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Beförderung oder Entlassung) werden damit nicht erfasst, ganz zu schweigen von der Diskriminierung durch sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz (vgl. demgegenüber Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 GIG). Mit Rücksicht auf diese eigenartige Differenz stellt sich die Frage, ob die Formulierung des Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB eine gewollte Restriktion enthält, welche die Auftraggeberin bindet. Meines Erachtens dürfte dies zu verneinen sein. Jedenfalls ist schwer einzusehen, weshalb die Auftragnehmerinnen des Bundes einzig und allein die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau (Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV) gewährleisten müssten, nachdem doch das Gleichstellungsgesetz *jede* geschlechtsspezifische Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verbietet und sanktioniert. Eine Interpretation, welche die Rechtsordnung als Einheit begreift, kommt daher zum Schluss, dass Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB zwar von der «Lohngleichheit» spricht, in Wirklichkeit aber eine umfassende Gleichstellung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen meint, die sich *insbesondere* in der Lohngleichheit äussert. Eine solche Auslegung sprengt den Wortlaut des Beschaffungsgesetzes, wird jedoch bestätigt durch die Botschaft des Bundesrates, wonach Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB «die Gleichbehandlung von Mann und Frau, *vor allem* im Bereich der Lohngleichheit»²⁸ sicherstellen soll²⁹.

c. Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB zielt darauf ab, das Postulat der geschlechtsbezogenen Gleichstellung bei den Auftragnehmerinnen durchzusetzen. Hingegen enthält das Beschaffungsgesetz keine Bestimmung, die dazu beiträgt, das Postulat auch *im Tätigkeitsbereich der Auftraggeberinnen* zu verwirklichen. Ausserdem enthält das neue Beschaffungsgesetz keine Vorschrift, welche die Auftraggeberinnen des Bundes verpflichten würde, durch angemessene Massnahmen dafür zu sorgen, dass die männliche

²⁶ Grundlegend dazu: CAROL GILLIGAN, In a Different Voice, 2. Aufl., Cambridge 1993, insbesondere S. 19 ff., 64 ff., 70 f. und 82 f.

²⁷ Die Hinweise zu diesem Abschnitt verdanke ich einem Forschungspapier von Frau lic. iur. SUSAN EMMENEGGER, die bei mir über die «feministische Kritik des Vertragsrechts» dissertiert.

²⁸ Auszeichnung vom Verfasser.

²⁹ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1186.

Dominanz bei der Besetzung der Vergabestellen abgebaut wird. Das hat gesetzestechnisch zwar gute Gründe, weil das Beschaffungsgesetz sich mit der Organisation der Vergabestellen überhaupt nicht befasst. Solange die erwähnte Dominanz aber andauert, steht fest, dass eine männliche Sichtweise darüber entscheidet, ob und welche Angebotsfirmen unter dem Gesichtspunkt des geschlechtsspezifischen Diskriminierungsverbotes «auftragswürdig» sind.

6. Das «Prinzip der gleich langen Spiesse». Dieses Prinzip hat sich im Verfahrensgrundsatz des Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB niedergeschlagen. Danach vergibt die Auftraggeberin «den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an einen Anbieter oder eine Anbieterin, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen» am Ort der Leistung «gewährleisten». Diese Bestimmung hat gemäss bundesrätlicher Botschaft «in erster Linie zum Ziel, soziale Errungenschaften zu sichern und den Arbeitsfrieden zu wahren», weshalb sie sowohl «im Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wie auch der Unternehmer» liege.³⁰ Der Ausdruck «gleich lange Spiesse» stellt allerdings einen anderen Gesichtspunkt in den Vordergrund: nämlich das Interesse der einheimischen Anbieter (z.B. der Bauindustrie), sich im Wettbewerb auch gegenüber Anbietern aus Niedriglohnländern behaupten zu können. Dieser Gesichtspunkt klingt ebenfalls an, wenn der Bundesrat in seiner Botschaft erklärt, Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB enthalte «eine autonome über das GATT-Übereinkommen hinausgehende Regelung ..., deren Notwendigkeit sich aus der Abwehr eines unerwünschten Sozialdumpings» ergebe.³¹ Ohne auf die Angemessenheit der Bestimmung, ihre gesamtwirtschaftliche Auswirkung und die Frage ihrer praktischen Durchsetzbarkeit einzugehen, möchte ich auf zwei besondere Aspekte hinweisen:

a. Erstens steht fest, dass Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB den Wettbewerb namentlich auch im grenzüberschreitenden Bereich erschwert. Demzufolge ist kaum zu erwarten, dass die eidgenössische Abschottung des schweizerischen Arbeitsmarktes gegen billigere Auslandskräfte auf ungeteilte Zustimmung der ausländischen Handelspartner stösst. *Aus der Sichtweise ärmerer Länder* enthält Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB sogar eine Diskriminierung, die dem vom Beschaffungsgesetz verkündeten Ziel, alle Anbieter und Anbieterinnen gleich zu behandeln (Art. 1 Abs. 2 BoeB), materiell zuwiderläuft. Ausserdem wird man sich in solchen Ländern kritisch fragen, warum es einen Unterschied macht, ob die Eidgenossenschaft Fertigprodukte aus Billiglohnländern bezieht oder die Produkte in der Schweiz zu Billiglöhnen herstellen lässt. Das zweite ist zwar «verboten»,

³⁰ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1186.

³¹ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1186.

das erste aber nach wie vor «erlaubt», was auch für schweizerische Anbieterinnen, die sich mit inländischen Fertigprodukten gegen die ausländische Konkurrenz behaupten müssen, nur schwer verständlich ist. Das Territorialitätsprinzip, das der Bundesrat ins Feld führt³², taugt jedenfalls nicht als Argument, um *diese* Differenz zu begründen.

b. Zweitens gilt Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB nicht nur für ausländische Anbieterinnen, sondern auch für Anbieterinnen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz. Auch sie haben die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen «am Ort der Leistung» zu gewährleisten. Daraus entsteht ein eigenartiger Widerspruch zu Art. 5 des Binnenmarktgesetzes (BGBM vom 6. 10. 1995), wonach es bei den öffentlichen Beschaffungen der Kantone und Gemeinden grundsätzlich³³ unzulässig (weil diskriminierend) ist, von ortsfremden Konkurrenten die Einhaltung der am *Ausführungsort* geltenden Arbeitsbedingungen zu verlangen.³⁴ Warum es nach der Wertung des schweizerischen Gesetzgebers bald auf die Bedingungen am Leistungsort ankommt, bald gerade nicht, ist unerfindlich. Verhält es sich vielleicht so, dass die eine Hand nicht wusste, was die andere tat?

7. Die Verhandlungsrunden. Mit ihnen befasst sich Art. 20 BoeB. Danach dürfen auch im offenen und selektiven Verfahren «Verhandlungen» über die eingereichten Angebote «geführt werden», sofern «in der Ausschreibung darauf hingewiesen» wird oder «kein Angebot ... als das wirtschaftlich günstigste» erscheint (Abs. 1). «Der Bundesrat regelt das Verfahren nach den Grundsätzen der Vertraulichkeit, der Schriftlichkeit und der Gleichbehandlung» (Abs. 2).

a. Gegen Offertverhandlungen, die der Präzisierung, Vervollständigung oder Erläuterung eines eingereichten Angebotes dienen, ist mit Sicherheit nichts einzuwenden. Möglicher Gegenstand der Verhandlungen, die Art. 20 BoeB zulässt, sollen aber auch die Preise sein, womit dann die Verhandlungsrunden zu *Abgebotsrunden* werden. Dagegen aber melden sich schwerwiegende *Bedenken*, was schon in der parlamentarischen Diskussion zum Ausdruck kam.³⁵ Denn:

³² Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1186.

³³ Vorbehalten bleibt die Ausnahmebestimmung des Art. 3 Abs. 3 lit. a BGBM.

³⁴ Vgl. S. 1268 f. der bundesrätlichen Botschaft zum Binnenmarktgesetz (BBl 1995 I, S. 1213 ff.).

³⁵ Ständerat 6.12.1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Ständerat, 104, 1994, S. 1166 ff. und 1173 ff.; Nationalrat 13. 12. 1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2276 ff. und 2290 ff.

- Vorab widersprechen derartige Abgebotsrunden der Rechtsauffassung, die in den umliegenden Staaten gilt.³⁶ Sie sind weder «eurokompatibel» noch dazu angetan, das Vertrauen der Nachbarstaaten in die Fairness der eidgenössischen Vergabepraxis zu wecken. Das letztere gilt umso mehr, als bei der parlamentarischen Beratung des Gesetzes gesagt wurde, es gehe bei den Abgebotsrunden «primär auch darum, in Fällen, wo schweizerische Anbieter zu teure Angebote vorlegen, diesen die Möglichkeit zu geben, im Rennen zu bleiben, ihr Angebot nochmals durchzusehen und zu überlegen, wo sie allenfalls günstiger werden könnten».³⁷ Dass dieses Votum kein «Ausreisser» war, belegt die Intervention des damaligen Bundespräsidenten, der seinerseits beifügte: «Wenn ausländische Anbieter kommen, sind unter Umständen gerade die Leute, die jetzt so vehement gegen Preisdiskussionen sind, sehr froh, wenn sie noch solche Preisdiskussionen führen können».³⁸ Soll das die Gleichbehandlung der Ausländer sein, die das Gesetz anstrebt? Wohl kaum. Denn: «Les négociations après le dépôt des offres sont ... le meilleur moyen de continuer à assurer le favoritisme local ...».³⁹
- Was sodann die *ökonomischen Aspekte der Abgebotsrunden* angeht, kann wiederholt werden, was schon anderswo geschrieben steht⁴⁰: Die Idee, das Preis-Leistungs-Verhältnis durch Abgebotsrunden zu verbessern, «hat einen schwerwiegenden Nachteil: Sie funktioniert in der Praxis nicht und produziert *schlechte* Resultate». Denn «bei zu erwartenden Abgebotsrunden (und besonders, wenn sie vorher angekündigt werden) schiessen sich die Anbieter darauf ein, dass der Kampf erst später beginnt. Entsprechend hohe Preise sind die Regel. Gleichzeitig bildet dieses Vorgehen einen idealen Nährboden für Bestechung, Korruption und Betrug».
- Zu alledem kommt, dass nach der Botschaft des Bundesrates das Verhandlungsverfahren «transparent» sein soll⁴¹, der Auftraggeberin nach dem Entwurf der VBoeB (Art. 23) hingegen untersagt ist, an die Verhandlungspartner «irgendwelche Informationen über Konkurrenzangebote weiterzuleiten». Darin liegt ein unlösbarer Widerspruch, da «transparente» Preisverhandlungen unter gleichzeitiger

³⁶ Der Bundesrat weist in seiner Botschaft sogar ausdrücklich darauf hin, dass Abgebotsrunden im Bereich der EU unzulässig sind (BBl 1994 IV 950 ff., S. 1186).

³⁷ LEDERGER, 13.12.1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2278.

³⁸ STICH, 13.12.1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2299.

³⁹ NICOLAS MICHEL, Le Nouveau Quotidien, 15.12.1994, S. 9.

⁴⁰ HERBERGER, Effizienterer Einkauf durch Abgebotsrunden?, Neue Zürcher Zeitung, 23.12.1994, S. 23.

⁴¹ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1192.

Geheimhaltung der Konkurrenzangebote ausgeschlossen sind. In den Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf der VBoeB (S. 10) wird zwar behauptet, dass die Verhandlungen mit der Bekanntgabe der Konkurrenzofferten «ihren Sinn verlieren würden». In Wirklichkeit aber verhält es sich gerade umgekehrt, da über die Preise eingereichter Angebote sinnvoll nur verhandelt werden kann, wenn den Verhandlungspartnern die Konkurrenzofferten bekannt sind. Auf einer anderen Ebene allerdings bewegt sich die Frage, wie weit es der Auftraggeberin unter dem Gesichtspunkt der «Vertraulichkeit» und des lautereren Wettbewerbes (Art. 5 lit. a UWG) überhaupt gestattet ist, Informationen über Konkurrenzofferten preiszugeben.

b. Mit Rücksicht auf die erwähnten Bedenken erstaunt nicht, dass die *Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen* (IVöB) eine andere Lösung gewählt hat, indem sie auf die Durchführung von Abgebotsrunden ausdrücklich verzichtet (Art. 11 lit. c des Konkordates). Aber auch das GATT-Übereinkommen, auf das der Bundesrat sich in seiner Botschaft beruft⁴², ist restriktiv formuliert. Danach sollen die Verhandlungen «hauptsächlich dazu dienen, Stärken und Schwächen der Angebote zu erkennen» (Art. XIV). Von Preisverhandlungen dagegen ist nicht die Rede, weshalb man sich sogar fragen könnte, ob die Lösung des schweizerischen Gesetzgebers den Geist des Übereinkommens verletzt.

8. Der Rechtsschutz. Er bildet ein Kernstück des neuen Beschaffungsgesetzes, das sich in den Artikeln 26-35 mit dem öffentlich-rechtlichen Beschwerdeschutz der Anbieterinnen befasst. Danach sind Verfügungen der Auftraggeberin durch Beschwerde anfechtbar (Art. 27 BoeB). Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören: «a. Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens; b. die Ausschreibung des Auftrags; c. der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer und Teilnehmerinnen im selektiven Verfahren; d. der Ausschluss nach Art. 11; e. der Entscheid über die Aufnahme des Anbieters oder der Anbieterin in das Verzeichnis nach Art. 10» (Art. 29 BoeB). Beschwerdeinstanz ist eine besondere Rekurskommission, die als eine Art «Sondergericht» endgültig entscheidet (Art. 27 BoeB), sei es «in der Sache selbst» oder indem sie die Sache «mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin» zurückweist (Art. 32 Abs. 1 BoeB). Ist die Beschwerde begründet, der Vertrag aber bereits abgeschlossen, «so stellt die Rekurskommission lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt» (Art. 32 Abs. 2 BoeB). Im einzelnen sind die folgenden Punkte hervorzuheben:

a. Der umschriebene Beschwerdeschutz erfüllt die Forderung des GATT-Übereinkommens nach einer unabhängigen Überprüfungsinstanz (Art. XX des Übereinkommens). Er hat insofern «*exklusiven*» Charakter,

⁴² Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1191.

als die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht durch den neu eingefügten Art. 100 lit. x OG ausgeschlossen wird. Dieser Ausschluss gilt, wie bereits gesagt, für den ganzen Bereich des eidgenössischen Beschaffungswesens, also auch für Vergabungen ausserhalb des Beschaffungsgesetzes, die nicht unter die Rechtsschutzbestimmungen des BoeB fallen.

Wie aber verhält es sich mit der *Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat* (Art. 72 ff. VwVG)? Zu den Merkwürdigkeiten des neuen Beschaffungsgesetzes gehört, dass es in den Schlussbestimmungen zwar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, nicht aber die erwähnte Verwaltungsbeschwerde ausschliesst. Gleichwohl steht fest, dass auch die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat unzulässig ist. Für Beschaffungen, die unter das Beschaffungsgesetz fallen, wird sie durch das spezielle Rekursverfahren des BoeB verdrängt (vgl. Art. 74 VwVG). Und für die andern Beschaffungen des Bundes muss angenommen werden, dass der Gesetzgeber sie implizite ausgeschlossen hat. Würde man anders entscheiden, so ergäbe sich die paradoxe Situation, dass z.B. oberhalb der Schwellenwerte «nur» das vereinfachte Rekursverfahren nach BoeB, unterhalb dagegen die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat zur Verfügung stände, soweit die Voraussetzungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren erfüllt sind. Das aber kann vom Gesetzgeber umso weniger beabsichtigt sein, als die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat sogar obligatorische Suspensivwirkung hat (Art. 55 VwVG), während der BoeB-Rekurs aufschiebend nur dann wirkt, wenn ihm die Rekurskommission diese Wirkung erteilt (Art. 28 BoeB).

Ob allerdings auch die Verfasser des VBoeB-Entwurfes an die bundesrätliche Verwaltungsbeschwerde gedacht haben, ist ungewiss. Denn nach Art. 38 Abs. 1 des Entwurfes, der diesbezüglich auf Art. 26 BoeB verweist, sind auch die Beschaffungsentscheide, die nicht unter das Beschaffungsgesetz fallen, «als Verfügungen im Sinne des Bundesverwaltungsrechtes (Art. 34 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes) auszugestalten»⁴³. Tritt diese Bestimmung tatsächlich in Kraft, so ergibt sich ein Widerspruch zur hier vertretenen Ansicht, wonach die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat bei derartigen Beschaffungen ebenfalls unzulässig ist. Zwar bestimmt Art. 38 Abs. 2 des Entwurfes, dass die genannten Verfügungen «nicht anfechtbar» seien. Damit aber wollen die Verfasser der Verordnung lediglich an den Umstand erinnern, dass sich der Beschwerdeschutz des Beschaffungsgesetzes (Art. 27 ff. BoeB) auf die BoeB-Beschaffungen beschränkt.⁴⁴ Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat auf dem Verordnungsweg auszuschliessen, wäre ohnehin nicht möglich.

⁴³ Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf, S. 14.

⁴⁴ Vgl. die Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf, S. 14.

b. Zu den Rechtsbehelfen, die das neue Beschaffungsgesetz des Bundes bereit hält, gehört nicht nur das gesetzliche Beschwerderecht, sondern auch ein *Recht auf Schadenersatz*. Nach Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes hat ein Bieter, der durch eine anfechtbare Verfügung (Art. 29 BoeB) rechtswidrig geschädigt wird, Anspruch auf Ersatz des Schadens. Sein Ersatzanspruch beschränkt sich jedoch «auf Aufwendungen, die dem Anbieter oder der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind» (Art. 34 Abs. 2 BoeB), deckt also im Bereich des Vergabeschadens nicht einmal das volle Negativinteresse.⁴⁵ Aber auch abgesehen davon ist die Schadenersatzregelung alles andere als bürgerfreundlich. Denn erstens setzt der Ersatzanspruch voraus, dass die Rechtswidrigkeit von der Rekurskommission festgestellt wurde (Art. 34 Abs. 1 BoeB), weshalb es ohne Beschwerdeverfahren keinen Schadenersatz gibt.⁴⁶ Zweitens gilt für die Beurteilung des Schadenersatzanspruchs ein spezielles Entscheidungsverfahren mit besonderem (ausserordentlichen) Entscheidinstanzen (Art. 35 Abs. 1 und 2 BoeB). Und drittens unterliegt das Begehren einer kurzen Verwirkungsfrist, indem es «spätestens ein Jahr nach Feststellung der Rechtswidrigkeit ... eingereicht werden» muss (Art. 35 Abs. 3 BoeB).

Auf dem Hintergrund dieser restriktiven Regelung, die sich am Minimalstandard des GATT-Übereinkommens orientiert⁴⁷, stellt sich die Frage nach der «Rechtsnatur» des Ersatzanspruchs. Offenbar handelt es sich um einen Deliktsanspruch des öffentlichen Rechts⁴⁸, der im BoeB besonders geregelt wird. Diese Qualifikation wird mittelbar bestätigt durch Art. 34 Abs. 3 BoeB, wonach «im übrigen das Verantwortlichkeitsgesetz» zur Anwendung kommt. Für den Geschädigten hat sie zwar den Vorteil, dass sein Ersatzanspruch kein Verschulden voraussetzt, was aber nichts an der Tatsache ändert, dass die Schadenersatzregelung des BoeB eher auf den Schutz des Schädigers als des Geschädigten abzielt. «Wir müssen», so sagte der deutschsprachige Berichterstatter im Nationalrat, «dafür sorgen, dass wir den Bund vor Schaden bewahren».⁴⁹

⁴⁵ Obes in gewissen Fällen gerechtfertigt wäre, nicht nur das negative, sondern das positive Interesse zu ersetzen, mag hier offenbleiben. Zwingende Gegengründe sind allerdings nicht ersichtlich. In Deutschland besteht jedenfalls die Tendenz, der submissionswidrig übergangenen Anbieterin das Erfüllungsinteresse zuzusprechen, wenn der Vertrag bei korrektem Verhalten des Ausschreibers mit ihr zustande gekommen wäre (vgl. INGENSTAU/KORBION, Verdingungsordnung für Bauleistungen, Kommentar, 12. Aufl., Düsseldorf, Einleitung, Nr. 66, S. 139 und die dortigen Hinweise, namentlich BGH BauR 1993, S. 215).

⁴⁶ Botschaft, BB1 1994 IV 950 ff., S. 1202.

⁴⁷ Botschaft, BB1 1994 IV 950 ff., S. 1203.

⁴⁸ Vgl. BGE 116 Ib 370.

⁴⁹ FISCHER, 13.12.1994, Aml. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2305.

c. Der umschriebene Schadenersatzanspruch richtet sich auf *Ersatz des Schadens, der dem Geschädigten durch eine widerrechtliche Verfügung entstanden ist*. Dabei sind zu unterscheiden:

- Die Aufwendungen, die der Anbieterin *im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren* erwachsen sind. Diese Aufwendungen sind als Frustrationsschaden zu ersetzen, wenn und soweit sie durch die rechtswidrige Verfügung nutzlos wurden. Ob und inwieweit dies zutrifft, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Grundsätzlich aber ist ein Ersatzanspruch nur dann zu bejahen, wenn die Anbieterin eine sachlich begründete Chance für den Zuschlag hatte, deren sie durch die rechtswidrige Verfügung (insbesondere durch einen rechtswidrigen Zuschlag) verlustig ging.⁵⁰ Befinden sich mehrere Angebotsfirmen in dieser Situation, so ist jede von ihnen ersatzberechtigt, sofern auch die übrigen Voraussetzungen für ihren Anspruch erfüllt sind.
- Die Aufwendungen, die der Beschwerdeführerin *im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren* erwachsen sind. Ersatzfähig ist danach der Kostenaufwand der Beschwerdeführerin, der aus ihrer Sicht vernünftigerweise erforderlich war, um das Rechtsmittelverfahren mit Aussicht auf Erfolg vorzubereiten und durchzuführen. Ob die Beschwerdeführerin, die im Beschwerdeverfahren obsiegt, eine sachlich begründete Chance auf den Zuschlag hatte, spielt unter dem Gesichtspunkt dieses Ersatzanspruches keine Rolle.⁵¹ Ebensowenig beschränkt sich ihr Ersatzanspruch auf den Betrag der Parteientschädigung, welche die Beschwerdeinstanz nach Art. 64 VwVG zusprechen könnte⁵². Ob der Ersatzanspruch aber auch die Kosten für bezahltes Eigenpersonal umfasst, ist zumindest zweifelhaft. In Deutschland, wo die Frage für den zivilen Haftpflichtprozess diskutiert wird, lehnen die bisher herrschende Lehre und Rechtsprechung eine Haftung des Schädigers für derartige Kosten ab.⁵³

9. Die «stabilitas contracti». Durch Beschwerde an die Rekurskommission anfechtbar ist auch der Zuschlag (Art. 29 BoeB), nicht aber der mit einer Anbieterin abgeschlossene Vertrag. Der Abschluss des privatrechtlichen Vertrages ist keine öffentlich-rechtliche Verfügung, auch nicht aus der Sicht der öffentlichen Auftraggeberin (vgl. Art. 29 BoeB). Ob der privatrechtliche Vertrag mit einer Anbieterin gültig zustande gekommen ist und fortbesteht, beurteilt sich ausschliesslich nach privatem Recht, nicht nach dem öffentlichen Vergabegesetz des Bundes. Dementsprechend

⁵⁰ Zu eng jedoch Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1202, wonach ein Ersatzanspruch «in der Regel» nur einer Anbieterin zustehen soll, die sich «in der engsten Auswahl befand».

⁵¹ Anders offenbar Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1202.

⁵² Vgl. demgegenüber BGE 112 Ib 356.

⁵³ Vgl. LANGE, Schadenersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990, S. 387 ff.

bestimmt Art. 32 Abs. 2 BoeB: «Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt die Rekurskommission lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt». Das alles bedarf einer Erläuterung, und zwar in dreifacher Hinsicht:

a. Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes steht auf dem Boden der «Zweistufentheorie», wonach sich der Vergabevorgang bei der öffentlichen Vergabe von Aufträgen über zwei Stufen vollzieht. Die erste Stufe besteht in einer öffentlich-rechtlichen Verfügung: dem Zuschlag; die zweite Stufe besteht in einem zivilrechtlichen «Vollzugsgeschäft», das im Abschluss des Vertrages liegt.⁵⁴

Diese zweistufige Konstruktion des Vergabevorganges wurde von IMBODEN noch als Scheinkonzept kritisiert.⁵⁵ Die moderne Literatur zum schweizerischen Verwaltungsrecht anerkennt das Konzept jedoch als «richtig»⁵⁶, was jetzt seinen Niederschlag im Beschaffungsgesetz des Bundes gefunden hat. Schon in Art. 22 BoeB wird deutlich zwischen «Zuschlag» und «Vertragsabschluss» unterschieden, indem Art. 22 Abs. 1 BoeB bestimmt: «Der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin darf nach dem Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission) habe einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nach Art. 28 Abs. 2 erteilt».

b. Die Feststellung der Rekurskommission, dass der angefochtene Zuschlag oder eine andere Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BoeB), ist aus sich heraus *kein Grund, der den abgeschlossenen Vertrag dahinfallen lässt*. Überhaupt ist die Verletzung des öffentlichen Vergaberechts kein Umstand, der den abgeschlossenen Vertrag nach Art. 20 OR oder sonstwie ungültig macht. Das gilt auch für den Fall, da der Vertrag in Verletzung des zitierten Art. 22 Abs. 1 BoeB abgeschlossen wurde. Möglich ist allerdings, dass der abgeschlossene Vertrag für die Auftraggeberin deshalb unverbindlich ist (Art. 38 OR), weil es ihrem Vertreter an der zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Vollmacht (Art. 32 Abs. 1 OR) gefehlt hat. Da sich die Ermächtigung zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts beurteilt (Art. 33 Abs. 1 OR), bleibt abzuklären, ob und inwieweit Art. 22 Abs. 1 BoeB zugleich auch die Ermächtigung der jeweiligen Vertreter zum Vertragsabschluss beschränkt. Dass Art. 22 Abs. 1 BoeB den Sinn einer Vollmachtsbeschränkung hat, lässt sich jedenfalls nicht ohne weiteres verneinen.

⁵⁴ Vgl. ZULEEG, NJW 1962, S. 2231 ff.

⁵⁵ ZSR 1958 (77), S. 161a f.

⁵⁶ Vgl. z.B. HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 54; HANGARTNER, zit. in Anm. 24, S. 151 ff.; RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 319.

Im übrigen steht ausser Zweifel, dass sämtliche Gründe, die einen Vertrag nach dem anwendbaren Privatrecht ungültig (allenfalls einseitig unverbindlich) machen, im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ebenfalls gelten. Ausserdem steht es der Auftraggeberin frei, den Vertrag unter einer (suspensiven oder resolutiven) Bedingung (Art. 151 ff. OR) abzuschliessen. Aus privatrechtlicher Sicht kann sie den Vertrag z.B. auch unter der Bedingung abschliessen, dass der Zuschlag nicht mit einer erfolgreichen Beschwerde angefochten wird, die nach Art. 32 Abs. 2 BoeB zur Feststellung der Widerrechtlichkeit führt. Aber auch unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Vergaberechts ist eine derartige Vertragsgestaltung (Abschluss unter Bedingung) durchaus zulässig. Eine Regel, die das Gegenteil anordnen würde, lässt sich dem Beschaffungsgesetz nicht entnehmen. Ob im Einzelfall eine einschlägige Bedingung vereinbart wurde, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Die Bedingung kann auch stillschweigend vereinbart sein, wofür aber keine Vermutung spricht.

c. Von der Anfechtung des Zuschlages zu *unterscheiden* ist dessen *Widerruf nach Art. 11 BoeB*. Aber auch der Widerruf bleibt (für sich genommen) ohne Einfluss auf den Bestand oder Fortbestand des bereits abgeschlossenen Vertrages. Ist der Vertrag bereits abgeschlossen, so kann er zwar an einem privatrechtlichen Ungültigkeitsmangel leiden oder bei gültigem Zustandekommen nach Massgabe der privatrechtlichen Regeln (z.B. Art. 404 OR oder Art. 377 OR) aufgelöst werden. Der blosser Widerruf des Zuschlages hat jedoch nicht die Wirkungskraft, die Geltung des abgeschlossenen Vertrag zu beseitigen.

10. Die Submissionsabsprachen. Mit ihnen befasst sich Art. 11 BoeB. Danach sind Abreden, die den «wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen» (Art. 11 lit. c BoeB), ein Grund, der die Auftraggeberin berechtigt, den Zuschlag zu widerrufen oder die beteiligten Anbieterinnen vom Verfahren auszuschliessen sowie aus dem Verzeichnis nach Art. 10 BoeB zu streichen. Die Bestimmung bezieht sich meines Erachtens nur auf *verdeckte* Absprachen, namentlich auf verdeckte Preisabsprachen, die der Auftraggeberin nicht offengelegt werden. Da solche Preisabsprachen die praktisch wichtigste Erscheinungsform der Submissionsabsprachen sind, werden sie nachfolgend besonders behandelt.

a. Verdeckte Preisabsprachen verfälschen den Wettbewerb (Art. 2 UWG) und machen den Wert jeder Ausschreibung hinfällig, gleichgültig auf welche Art und Weise die Preise abgesprochen wurden und ob die Absprache die Angebotspreise unmittelbar oder nur mittelbar beeinflusst. So oder anders wird die Auftraggeberin über eine Tatsache (nämlich die unabhängige Errechnung des Angebotspreises) getäuscht, die erheblich ist für ihren Entschluss, den Vertrag zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen. Die getäuschte Auftraggeberin, die ein Angebot mit abgesprochenem Preis annimmt, braucht den Vertrag nicht gegen sich gelten zu

lassen. Der Vertrag ist für sie wegen der Täuschung (Art. 28 OR), meistens auch wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) unverbindlich⁵⁷. Ausserdem kann die geschädigte Auftraggeberin bei gegebenen Voraussetzungen Schadenersatz verlangen, sei es aus «culpa in contrahendo»⁵⁸, aus widerrechtlicher Schädigung (Art. 41 Abs. 1 OR / Art. 2 UWG) oder allenfalls nach Art. 41 Abs. 2 OR.⁵⁹

Erkennt die Auftraggeberin die verdeckte Preisabsprache noch vor Abschluss des Vertrages, so ist der Täuschungsversuch zwar vorzeitig gescheitert. Dennoch kann die Auftraggeberin einen bereits erfolgten Zuschlag widerrufen oder/und die an der Absprache beteiligten Anbieterinnen aus dem Verfahren ausschliessen, was sich schon deshalb rechtfertigt, weil ein Angebot mit verdeckter Preisabsprache die Unzuverlässigkeit der Anbieterin manifestiert.

b. In der Praxis reichen die erwähnten Konsequenzen nicht aus, um den Submissionsbetrug durch Preisabsprache zu verhindern. Verschiedene Ausschreiber schützen sich daher durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe (Art. 160 OR), worin sie die einzelne Anbieterin zu einer Geldleistung (z.B. in Prozenten der Vergabesumme) verpflichten, falls sich herausstellt, dass sie sich an einer Preisabsprache beteiligt hat. Im öffentlichen Beschaffungswesen der Schweiz kommen derartige Konventionalabreden jedoch kaum zum Einsatz. Ob die verdeckte Preisabsprache allenfalls auch ein strafrechtlicher Betrugstatbestand (Art. 146 StGB) ist, wie der deutsche Bundesgerichtshof für das deutsche Strafrecht annimmt⁶⁰, wurde für die Schweiz noch nicht entschieden^{61,62}.

III. Die Integration in das schweizerische Submissionsrecht

Zwar erfasst das neue Beschaffungsgesetz auch die freihändige Vergabe öffentlicher Aufträge (Art. 16 BoeB), die jedoch ein Ausnahmefall ist (vgl. Art. 13 Abs. 2 BoeB). Im Vordergrund steht die Submissionsvergabe im

⁵⁷ DESCHENAUX, La concurrence en droit privé et en droit des cartels, in: Freiburger Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1980, Freiburg 1980, S. 158

⁵⁸ Vgl. dazu unten III Ziff. 1 lit. a und Ziff. 2.

⁵⁹ Zur Schadensberechnung: DIEHL, ZfBR (Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht) 1994, S. 107 ff.; RUTKOWSKY, Zum Nachweis eines Vermögensschadens bei Submissionsabsprachen, ZfBR 1994, S. 257 f.

⁶⁰ Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 38, S. 186 ff.; zustimmend für Deutschland: BAUMANN, Endlich strafrechtliche Bekämpfung des Submissionsbetruges, NJW 45, 1992, S. 1661 ff.

⁶¹ Vgl. dazu SCHUBARTH, Submissionsbetrug – Zu einem Urteil des deutschen BGH, BR 1993, S. 56 ff.

⁶² Zu weiteren Fragen, insbesondere auch zum kartellrechtlichen Aspekt der Preisabsprache und zu kartellistischen Vorkehren der Submittenten überhaupt, siehe im einzelnen DESCHENAUX, zit. in Anm. 57, S. 155 ff., 161 ff.

offenen oder selektiven Verfahren (Art. 14 und 15 BoeB), weshalb ich abschliessend die Frage aufwerfe, wie sich das neue Beschaffungsgesetz in das schweizerische Submissionsrecht einfügt. Diesbezüglich möchte ich die folgenden Einzelpunkte herausheben:

1. Die Submission ist ein **spezielles Verhandlungsverfahren**, das zum Abschluss eines Vertrages führen soll. Von den «normalen» Vertragsverhandlungen unterscheidet sich die Submission dadurch, dass der Ausschreiber (die «Auftraggeberin») gleichzeitig mehrere Angebotsfirmen in einem geordneten Verfahren um den Vertragsabschluss wetteifern und damit in Wettbewerb treten lässt. Diese Besonderheit aber ändert nichts an der Tatsache, dass die Auftraggeberin, welche die Submission veranstaltet, mit jeder Angebotsfirma in ein Vertragsverhandlungsverhältnis⁶³ tritt. Das betreffende Verhandlungsverhältnis wird als Submissionsverhältnis bezeichnet, was terminologisch den Zusammenhang mit der Submission heraushebt. «Klassifikatorisch» stellt sich die Frage, ob das Submissionsverhältnis dem öffentlichen oder dem privaten Recht untersteht. Meines Erachtens ist die Frage wie folgt zu beantworten:

a. Gleich wie der privatrechtliche Vertrag, über dessen Abschluss im Submissionsverfahren verhandelt wird, ist das *Submissionsverhältnis ein Rechtsverhältnis des privaten Rechts*. Es handelt sich um ein Treueverhältnis (ein Vertrauensverhältnis), das die daran Beteiligten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 2 ZGB) und dessen Verletzung zu einer privatrechtlichen Haftung aus «culpa in contrahendo» führen kann.⁶⁴ Bei dieser Beurteilung bleibt es im Ansatzpunkt auch dann, wenn es im konkreten Fall um die Vergabe eines öffentlichen Auftrages geht. Trotz Beteiligung einer öffentlichen Auftraggeberin gibt es jedenfalls keinen Grund, die Verhandlungen über den privatrechtlichen Vertrag bis und mit Vertragsabschluss *insgesamt* und ausschliesslich dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Eine Zweiteilung in einen öffentlich-rechtlichen *Verhandlungs-* und einen privatrechtlichen *Vertragsteil* würde ein organisch zusammenhängendes Ganzes unnötig zersplittern und zu zahlreichen Komplikationen in der Rechtsanwendung führen.

b. Möglich allerdings ist, dass das privatrechtliche Submissionsverhältnis zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und der einzelnen Angebotsfirma *durch öffentliche Rechte und Pflichten ergänzt* und die Angebotsfirma auch *mit Rechtsmitteln des öffentlichen Rechtes ausgestattet* wird. Exakt diese Situation besteht, wenn im konkreten Fall das neue Beschaffungsgesetz des Bundes zur Anwendung kommt. Denn einerseits enthält das Beschaffungsgesetz verschiedene Regeln über das Verfahren und den

⁶³ GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Zürich 1995, Nr. 947.

⁶⁴ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Nr. 947 ff.

Zuschlag, denen der Charakter eines öffentlichen Rechtssatzes nicht abgesprochen werden kann.⁶⁵ Und andererseits enthält es öffentliche Rechtsschutzbestimmungen, die der verletzten Angebotsfirma eine Beschwerdemöglichkeit gegen widerrechtliche Verfügungen nebst allfälligen Schadenersatzansprüchen einräumt. Demzufolge wird das Gesamtverhältnis zwischen Angebotsfirma und Auftraggeberin sowohl vom privaten als auch vom öffentlichen Recht beherrscht.

2. In erwähntem Zusammenspiel zwischen öffentlichem und privatem Recht äussert sich das interdependente Verhältnis der beiden Rechtsgebiete, die nicht zusammenhangslos «nebeneinander stehen», sondern funktional ineinandergreifen. Von praktischer Bedeutung ist dies vor allem auch **mit Bezug auf die Schadenersatzansprüche**, die aus dem Submissionsverfahren entstehen können. So profitiert die Auftraggeberin von der privatrechtlichen Culpa-Haftung, wenn sie durch treuwidriges Verhalten einer Angebotsfirma (z.B. durch verdeckte Preisabsprachen⁶⁶) geschädigt wird.

Dasselbe gilt aber auch in der umgekehrten Richtung, falls die Auftraggeberin eine Angebotsfirma durch Verletzung des vorvertraglichen Treueverhältnisses schädigt. Bei gegebenen Voraussetzungen verfügt die Angebotsfirma zwar über das deliktische Schadenersatzrecht des Art. 34 BoeB, das ihr einen beschränkten Anspruch auf Schadenersatz einräumt. Dieser Ersatzanspruch aber ist zu unterscheiden von einem allfälligen Anspruch aus «culpa in contrahendo». Denn die Culpa-Haftung ist keine Deliktshaftung, sondern begründet einen Ersatzanspruch «eigener Art»⁶⁷, der mit dem öffentlichen Deliktsanspruch konkurrieren kann, es sei denn, die besondere Schadenersatzregelung des BoeB regle die Schadenersatzfrage abschliessend, unter Ausschluss auch der privatrechtlichen Culpa-Haftung. Träfe das letztere zu, wofür sich dem Wortlaut des Gesetzes aber nichts entnehmen lässt, so wäre der geschädigte Bieter im Anwendungsbereich des Beschaffungsgesetzes grundsätzlich schlechter gestellt als bei

⁶⁵ Nach der Ansicht, die das Bundesgericht noch in BGE 103 Ib 157 vertrat, sind öffentliche Submissionsvorschriften, die das Submissionsverfahren (unter Einschluss der Vergabe) regeln, keine «öffentlich-rechtlichen Bestimmungen mit Rechtssatzcharakter» (ebenso: GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 354). Diese Ansicht, die den erwähnten Vorschriften den Charakter eines Rechtssatzes generell abspricht, lässt sich nicht weiter aufrechterhalten. Erfüllt die Submissionsordnung eines Gemeinwesens die Erfordernisse eines materiellen Gesetzes, so kann sie durchaus öffentlich-rechtliche Verfahrensregeln mit Rechtssatzcharakter enthalten. So verhält es sich auch mit dem neuen Beschaffungsgesetz des Bundes, was aber nicht besagen will, dass sämtliche Bestimmungen des Beschaffungsgesetzes Rechtssätze sind. Ein typisches Gegenbeispiel ist etwa die Regel des Art. 22 Abs. 2 BoeB, welche die Auftraggeberin anweist, den «Vertragsschluss umgehend der Rekurskommission» mitzuteilen, falls «ein Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung hängig» ist.

⁶⁶ Vgl. oben II. Ziff. 10 lit. a.

⁶⁷ BGE 120 II 336.

den übrigen Vergabungen des Bundes, die sich den Schadenersatzregeln des BoeB entziehen. Das dürfte jedoch kaum der «ratio legis» entsprechen, obwohl der Gesetzgeber den nach Art. 34 BoeB zu ersetzenden Schaden bewusst restriktiv und in Abweichung von den Grundsätzen der privatrechtlichen Culpa-Haftung definiert hat.⁶⁸ Die restriktive Umschreibung des Schadens, der nach der öffentlich-rechtlichen Haftungsbestimmung des Art. 34 BoeB ersatzfähig ist, genügt jedenfalls nicht für die Annahme, die privatrechtliche Culpa-Haftung werde durch diese Haftungsbestimmung des öffentlichen Rechts verdrängt.

Mit Rücksicht auf das soeben Gesagte bin ich der Ansicht, dass die Anwendbarkeit des neuen Beschaffungsgesetzes kein Grund ist, der im konkreten Fall eine privatrechtliche Culpa-Haftung der Auftraggeberin eliminiert. Damit aber erlangt das Beschaffungsgesetz eine zusätzliche Bedeutung. Denn die Angebotsfirmen dürfen zweifellos darauf vertrauen, dass die Auftraggeberin sich bei der Durchführung des Submissionsverfahrens und bei der Vergabe an die Regeln des anwendbaren Beschaffungsgesetzes hält, weshalb das für die Culpa-Haftung relevante Vertrauensverhältnis durch die einschlägigen Regeln des Gesetzes (namentlich durch die Vergaberegeln und das Prinzip der Nichtdiskriminierung⁶⁹) inhaltlich konkretisiert und dementsprechend ausgestaltet wird. Auf diese Weise werden die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Beschaffungsgesetzes auch privatrechtlich wirksam, womit sich das Zusammenspiel zwischen öffentlichem und privatem Recht noch erweitert.

3. Selbstverständlich gibt es eine Fülle von Einzelfragen, die zu diskutieren wären. Worauf es mir im letzten Abschnitt ankam, war der schlichte Versuch, die Diskussion um die rechtliche Zuordnung der öffentlichen Submission einen Schritt weiter zu bringen. Nicht ein dogmatisch fixiertes «Entweder-Oder», sondern eine **sinnvolle Kombination von öffentlichem und privatem Recht** scheint mir wegweisend zu sein, wenn es um die Vergabe öffentlicher Aufträge geht. So ist das Inkrafttreten des neuen Beschaffungsgesetzes ein Ereignis, das auch die interdisziplinäre Zusammenarbeit fördern könnte. Hoffen wir, die Spezialisten der einen und der andern Richtung seien dazu bereit!

Peter Gauch
rue des Ecoles 9
1700 Fribourg

⁶⁸ Vgl. die einschlägigen Beratungen im Nationalrat 13. 12. 1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2304 ff.

⁶⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 lit. a BoeB.