

Herrn
Bundesrat Hans-Rudolf Merz
Eidgenössisches Finanzdepartement
Bundesgasse 3
3003 Bern

RR/FM

312

Bern, 14. November 2008

Vernehmlassung zur Totalrevision über das öffentliche Beschaffungswesen

Sehr geehrter Herr Bundesrat

In randvermerkter Angelegenheit nehmen wir Bezug auf die uns unterbreitete Vernehmlassungsvorlage und danken Ihnen für die Gelegenheit, dazu Stellung nehmen zu dürfen.

Der Schweizerische Anwaltsverband SAV nimmt in der Vernehmlassung zur Totalrevision des BoeB Stellung.

Er beschränkt sich dabei im Wesentlichen auf die vier Bereiche:

- Beurteilung der Totalrevision hinsichtlich Zielsetzung
- Gesetzestechnische Umsetzung
- Rechtsschutz (Grundsatz, Verfahren, aufschiebende Wirkung)
- Schadenersatz

1. Beurteilung der Totalrevision hinsichtlich Zielsetzung

Mit einer teilweisen Vereinheitlichung des öffentlichen Beschaffungsrechts wird versucht, eine Harmonisierung dieses Rechtgebietes auf allen drei Staatsebenen (Bund, Kantone, Gemeinden) zu erzielen. Dies gelingt nicht. Vielmehr wird eine verstärkte Rechtszersplitterung zumindest auf kantonaler/kommunaler Ebene die Folge sein.

Der Entwurf vermag weder in methodischen noch in Grundsatzfragen (Adressaten, Alternativen zur harmonisierenden Rechtssetzung, Auswahl der harmonisierten Bestimmungen) noch im Hinblick auf das Verhältnis von eidgenössischen wie kantonalem Recht („subsidiäres“ Bundesrecht in nicht harmonisierten Bereichen,

Bedeutung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft in harmonisierten Bereichen) zu befriedigen.

Wir verweisen diesbezüglich auf das Gutachten von Prof. Dr. Felix Uhlmann (siehe Beilage), welches er für die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) erstellt hat, und das die BPUK zur Verfügung stellt. Der SAV teilt die dort vorgebrachten Mängel und Bedenken vollumfänglich.

2. Gesetzestechnische Umsetzung

- a. Die Bundesverfassung erteilt dem Bund für eine Gesamtvereinheitlichung nicht genügend Kompetenzen. Demzufolge müssen viele Abgrenzungen etc. vorgenommen werden. Eine Gesetzgebung mit zahlreichen Verweisen, bzw. Hinweisen, dass die Kantone abweichende Regelungen erlassen können, erschwert die Rechtsanwendung und die Prozessführung für den Rechtssuchenden.

Es macht daher keinen Sinn, diesen Weg weiterzuverfolgen. Der SAV empfiehlt vielmehr die Optimierung der heutigen, getrennten Regelung: Bundesgesetz für Bund – Konkordat für Kantone/Gemeinden. Die einzelnen Erlasse sollen dafür je für sich klar, aber auch umfassend sein. Dies ist angebracht, da die Kantone offenbar bereit sind, ihrerseits Verbesserungen in dieser Richtung vorzunehmen und die IVöB dem BöB formell anzugleichen.

- c. Der Entwurf für ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen bringt so zahlreiche positive Neuerungen. So werden begriffliche Fragen durch klare Definitionen geklärt, die Instrumente umschrieben und die Verfahrensabläufe verbessert. Er ist grundsätzlich eine taugliche Grundlage für ein Gesetz des Bundes für seine eigenen Beschaffungen.
- d. Bedauerlich ist diesbezüglich lediglich, dass der Mut nicht gefunden wurde, die in den letzten Jahren gewonnenen Erkenntnisse möglichst weitgehend umzusetzen.

In verschiedenen Punkten werden Kann-Lösungen vorgesehen (z.B. Art. 36 Abs. 4: Öffnung der Angebote, Art. 38 Abs. 5; Bedeutung der Ausbildungsplätze) oder es werden nur sehr allgemeine Formulierungen gemacht (Art. 39 Abs.3: unklare Berechnungsweise des wirtschaftlich günstigsten Angebots, Art. 42 in Verbindung mit Art. 75 unklare Fristenregelung/Verhältnis Publikation und Rechtsmittelfrist, Art. 71 ff: klarere Umschreibung der Begründungspflicht, Art. 71 Abs. 2: Fristenlauf und Wirkung der verlangten und von der Vergabestelle erst nachträglich zur Verfügung gestellten Dokumente zur genaueren Begründung, etc.).

3. Rechtsschutz

- a. Die Regelung des Rechtsschutzes muss generell als missglückt bezeichnet werden. Sie verschlechtert die bereits heute unbefriedigende Bundesregelung. Die Bestimmungen der IVöB sollten vielmehr übernommen werden (wobei auf einen Rechtsschutz bei der freihändigen Vergabe mit Fug verzichtet werden kann, so wie es einzelne Kantone auch getan haben).

Sollte sich diese Regelung durchsetzen, bestünde kein Argument mehr, die entsprechende Verpflichtung der Kantone aufrecht zu erhalten (Art. 9 Binnenmarktgesetz, der denn auch aufgehoben werden soll, was falsch ist).

- b. Der Verzicht auf jeden Rechtsschutz für alle Aufträge, die nicht von Staatsverträgen erfasst werden, ist rechtsstaatlich bedenklich. Zentrale Zielsetzung des öffentlichen Beschaffungsrechts ist die Transparenz (Art. 2 Abs. 2 des Entwurfs bestätigt dies). Wesentliches Mittel für die Kontrolle ist denn auch der Rechtsschutz. Ohne Rechtsschutz entsteht erneut die Gefahr von Protektionismus, Korruption, etc.

Die Mehrheit aller Beschaffungen erfolgt im vom Staatsvertragsrecht (Schwellenwerte) nicht erfassten Bereich. Damit wird ein grosser Teil aller Beschaffungen dem Rechtsschutz entzogen. Dies würde für die überwiegende Zahl aller Beschaffungen gelten, wenn die Kantone den Rechtsschutz ebenfalls in analoger Weise ausschliessen und nur noch für den Staatsvertragsbereich zulassen.

- c. Bei der aufschiebenden Wirkung sollen sodann den Grossprojekten ein geringerer Rechtsschutz (keine aufschiebende Wirkung der Beschwerde) gewährt werden als den kleinen (Art. 76 Abs. 2). Auch diese unterschiedliche Behandlung ist rechtsstaatlich bedenklich. Sie dürfte dem Vorgehen des GPA (GATT/WTO-Übereinkommen) sogar widersprechen.

Noch problematischer ist es, dass der Bundesrat per Verordnung gleich selber definieren kann, welche Projekte von gesamtschweizerischer Bedeutung sind und damit vom Rechtsschutz faktisch ausgeklammert werden.

Die Sonderregelung, dass bei Grossprojekten die aufschiebende Wirkung entfällt, wenn das Gericht nicht innert Frist entscheidet (Art. 76 Abs. 2) ist sehr stark interpretationsbedürftig und untauglich. Hinzu kommt, dass damit nämlich der Beschwerdeführer das Risiko für die schleppende Arbeit des Gerichts trägt.

- d. Art. 76 ist reines Verfahrensrecht. Ein Verweis auf Art. 55 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren ist wenig zielführend. Dieses Gesetz soll vielmehr generell gelten. Art. 76 ist deshalb ersatzlos zu streichen.

- e. Die Befürchtung, dass Beschwerden die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zum Teil stark verzögern, kann nachvollzogen werden. Einer solchen Gefahr ist aber nicht durch Einschränkung der Rechtskontrolle zu begegnen, sondern durch Qualitätsverbesserung in der Vorbereitung.

Die Vorbereitung und Beurteilung von Vergaben kann den Beizug Dritter mit hoher Fachkompetenz stark verbessert und beschleunigt werden. Analoges Vorgehen hat sich im Wettbewerbsrecht bewährt.

- f. Bedauerlicherweise gelang es nicht, die Rechtsmittelwege bis zum Bundesgericht zu harmonisieren. Analoge Rechtsmittelwege hätten zu einer Angleichung der Rechtssprechung geführt. Das Bundesgericht muss darum per Gesetz verpflichtet werden, eine letztinstanzliche Beurteilung vorzunehmen, wenn gewisse Schwellenwerte erreicht werden oder (nicht kumulativ) wenn Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung anstehen (vergl. Art. 83 lit f BGG).

4. Schadenersatz

Die Regelung betreffend Schadenersatz ist generell zu überarbeiten. Einerseits sind die Artikel unklar formuliert, verschiedene Tatbestände werden ungleich behandelt, und die Abgrenzung zum Verantwortlichkeitsgesetz ist missverständlich.

- a. Art. 78 ist im Inhalt unklar. Die Voraussetzungen (Nachweis des Zuschlagserhalts) für den Anspruch auf Schadenersatz (beschränkten Verfahrenskostenausgleich) werden nicht deutlich. Grundsätzlich sollte bei Obsiegen in einem Verfahren eine Entschädigungspflicht entstehen.

Bei Art. 78 ist zwar nachvollziehbar, dass fehlerhaftes Unterlassen der Ausschreibung eine Pauschalisierung des "Schadenersatzes" gebietet, weil das betreffende Unternehmen typischerweise gar keinen Aufwand betrieben hat. Zu überlegen ist jedoch, ob eine solche Lösung nicht auch auf die übrigen Fälle ausgedehnt werden könnte. Einerseits ist aus Sicht der Beschaffungsstelle nicht einsichtig, weshalb gerade nur die (oftmals heikle) Frage der Ausschreibung in der vorgeschlagenen Weise sanktioniert werden soll, nicht jedoch andere, grobe Fehler wie etwa beim Zuschlag. Andererseits besteht die praktische Erfahrung, dass ein Schadenersatz im Sinne der Entschädigung des negativen Interesses sehr unattraktiv ist; erfahrungsgemäss werden die meisten Beschwerden nicht weitergeführt, wenn das Gericht die aufschiebende Wirkung verweigert. Die heute geltende Regelung in Art. 34 BoeB ist für zu Unrecht übergangene Unternehmen nicht befriedigend.

Ein pauschalisierter angemessener Schadenersatz - 3 Promille ist bei geringen Beschaffungswerten offensichtlich zu wenig - wäre einfacher handhabbar und würde auch die Problematik der aufschiebenden Wirkung entschärfen: Wenn ein Gericht weiss, dass im Erfolgsfalle das Unternehmen angemessen entschädigt wird, würde die aufschiebende Wirkung wohl weniger oft gewährt, weil das Gericht in dieser prozessualen Frage nicht einen "Alles-oder-Nichts"-Entscheid zu treffen hat."

Unbefriedigend ist auch die grundsätzliche Notwendigkeit, ein separates Schadenersatzverfahren einleiten zu müssen. Dies würde trotz Art. 80 Abs. 2 zum Normalfall werden. Zumindest die umgekehrte Regelung ist vorzusehen.

- d. Art. 79 kann ersatzlos gestrichen werden, weil er in diesem Zusammenhang lediglich zu Missverständnissen führt. Das Verantwortlichkeitsgesetz gilt in jedem Falle, aber betrifft nicht direkt die Ausgestaltung des Beschaffungsverfahrens.
- e. Art. 81 ist unnötig und kann ersatzlos gestrichen werden. Die geltende Praxis, dass wider Treu und Glauben geführte Rechtsmittel eine Haftung nach sich ziehen können, genügt. Es obliegt schliesslich den Gerichten, auf offensichtlich unbegründete Beschwerden nicht einzutreten oder diese abzuweisen.

Zusammenfassend beantragen wir Ihnen eine Überarbeitung des Gesetzesentwurfes in folgender Hinsicht:

- Bundesgesetz allein für die Bundesbeschaffung
- Bereinigung der erwähnten Unklarheiten
- Straffung und Bearbeitung des Kapitel 2 Beschwerde und des Kapitel 3 Schadenersatz im Sinne unserer Hinweise

Gerne hoffen wir, dass unseren Überlegungen und Argumenten Beachtung geschenkt wird.

Mit freundlichen Grüssen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband:

Ernst Staehelin
Präsident SAV

René Rall
Generalsekretär SAV

Beilage: Rechtsgutachten von Prof. Uhlmann



Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (838)

Sehr geehrter Herr Dr. Ganz

Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 17. Juli 2008 sowie unsere Besprechung in Zürich vom 19. August 2008. Sie haben mich gebeten, mich aus dem *Blickwinkel der Rechtssetzungslehre* zur Vernehmlassungsvorlage der Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 zu äussern. Im Vordergrund sollen dabei nicht einzelne Bestimmungen des revidierten Gesetzes stehen, sondern das gemäss Vorlage angestrebte Harmonisierungsziel, seine Umsetzung im vorliegenden Entwurf sowie das Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht (vgl. zum Harmonisierungsziel den erläuternden Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements zur Vernehmlassungsvorlage der Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008, im Folgenden: "Erläuternder Bericht", Ziff. 1.3.5, 1.3.6 und 2.4). Nicht untersucht werden sollen verfassungsrechtliche Fragen, namentlich die Kompetenzzuweisung zwischen Bund und Kantonen im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts. Ebenso ist Zurückhaltung geboten, wo Fragen in bestehenden Gutachten bereits einlässlich diskutiert worden sind.

Dementsprechend habe ich den Vorentwurf eines Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 (im Folgenden: "E-BöB"),

den erläuternden Bericht sowie auszugswise die darin zitierten Unterlagen und Gutachten durchgesehen. Im Sinne einer ersten Einschätzung erlaube ich mir folgende Bemerkungen:

1. Überblick über die gesetzliche Regelung gemäss E-BöB

1. Gemäss dem Erläuternden Bericht, S. 2, habe sich in der Schweiz aufgrund der Vielzahl von Rechtsgrundlagen eine "Vielfalt an Beschaffungspraxen und Rechtsprechung" entwickelt, was "zu einer hohen Unsicherheit bei den Betroffenen" führe. Entsprechend will das neue Recht "die Zersplitterung im Beschaffungsrecht stark reduzieren" (Erläuternder Bericht, S. 2). Es soll eine "Harmonisierung" stattfinden (Erläuternder Bericht, S. 2).

2. Art. 1 lit. b E-BöB sieht vor, dass dieses Gesetz "in Teilen das Recht des Bundes und der Kantone im öffentlichen Beschaffungswesen" vereinheitlicht. Die Bestimmungen des Gesetzes gelten grundsätzlich auch für die Kantone (Art. 3 f. E-BöB). Unter Art. 6 E-BöB ("Kantonales Recht") findet sich folgende Formulierung:

⁴ Die Kantone können eigene Vorschriften erlassen, soweit dieses Gesetz es vorsteht. Dies betrifft insbesondere:

- a. die Senkung der Schwellenwerte (Art. 15 Abs. 2);
 - b. die Zuschlagsregelungen (Art. 39 Abs. 2-5 und 40);
 - c. den Abschluss oder die Einschränkung sowie die Ausgestaltung besonderer Elemente des Ausschreibungsverfahrens (Art. 44-49);
 - d. die Regelung des Einleitungsverfahrens (Art. 58 und 59).
- ² Sie gewährleisten für Beschaffungen in ihrem Zuständigkeitsbereich einen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Vorgaben internationaler Übereinkommen.
- ³ Bund und Kantone informieren sich rechtzeitig und umfassend über geplante Änderungen ihrer Vorschriften. Sie beziehen sich gegenseitig in die vorbereitenden Arbeiten ein."

In den in Art. 6 Abs. 1 E-BöB genannten Bereichen ist die Harmonisierung aus Sicht der Kantone damit freiwillig. Das Bundesrecht enthält zwar eine Regelung, doch kann diese durch die Kantone derogiert werden, wo dies im Zusammenhang mit den in Art. 6 E-BöB genannten Stellen im Gesetz vorgesehen ist. Die Kantone können von den Bestimmungen des Bundes "abweichen" (Art. 41 E-BöB), in eine bestimmte Richtung abweichen (Art. 15 Abs. 2 E-BöB; "... Schwellenwerte senken ..."), die Bestimmungen "ausgeschlossen oder einschränken" (Art. 50 Abs. 2 E-BöB) oder ausdehnen (vgl. Art. 59 Abs. 2 E-BöB).

3. Die Bestimmungen über Rechtspflege und Schadenersatz (Art. 68 ff. E-BöB) finden gemäss Titel nur bei Beschaffungen des Bundes Anwendung (vgl. auch Art. 6 Abs. 2 E-BöB). Es besteht kein Lösungsvorschlag des Bundes für die Kantone. Auch das "Verfahrensrecht" richtet sich für kantonale Beschaffungen grundsätzlich nach kantonalem Recht (wobei mit der Funktion und Bedeutung von Art. 8 E-BöB nicht rastlos klar ist).

II. Harmonisierung

a) Methodische Grundfragen (wie und für wen?)

4. Der erläuternde Bericht begründet den Harmonisierungsbedarf im Wesentlichen damit, dass die Rechtszersplitterung zu einer erheblichen Unsicherheit bei den Anwenderinnen und Anwendern geführt habe. Unter anderem wird ein Vorstoss von Ständerat Jenny vom 7. Oktober 2004 zitiert, wonin dieser beklagt, dass "das geltende Recht so kompliziert und zersplittert [sei], dass eine korrekte Anwendung selbst Juristen Schwierigkeiten [bereite]", und dass dadurch "vor allem Klein- und Mittelunternehmen von einem Angebot" abgehalten würden (Erläuternder Bericht, Ziff. 1.3.1). Die Problematik wurde anhand von Expertisen vertieft (vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 1.3.3).

5. Zur Lösung wurden vier Modelle untersucht (Weitergehende Angleichung = Modell A; Angleichung durch eine Grundsatzgesetzgebung des Bundes = Modell B; Angleichung durch Teilvereinheitlichung des Bundes = Modell C; Einheitliche Bundesregelung auf der Grundlage einer umfassenden Bundeskompetenz = Modell D). Im Rahmen der Vernehmlassungsvorlage wurde das *Modell C (Teilvereinheitlichung)* gewählt.

6. Die mit einlässlichen Studien dokumentierten Modelle sollen an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden; ebenso wenig sollen Vereinheitlichungsbedarf und Harmonisierungsziel als solche diskutiert werden. Zu hinterfragen ist aber deren Umsetzung im vorliegenden Entwurf.
Wünschbar wäre zunächst gewesen, dass der Bericht klar festhält, wem eigentlich die Harmonisierung zu Gute kommt. Sind es die Beschaffungsstellen, die Vollzugsbehörden, die anbietenden Unternehmen oder

3

alle zusammen? Der Bericht lässt insgesamt eher an die Unternehmen denken, was aber mit Blick auf die Aussage im Gutachten Frey/Kluchermann/Krautter (René Frey / Christoph Kluchermann / Nicolas Krautter, *Geltende Rechtssetzungskompetenz im schweizerischen Vergabebereich und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht*, Basel 2003, S. 88), wonach die Transaktionskosten stärker bei den Beschaffungsstellen als bei den Anbietern anfallen, zu erläutern wäre. Die Frage wird sich spätestens bei Anwendung der Evaluationsklausel in Art. 84 E-BöB stellen; sie sollte mit Blick auf den Gesichtspunkt der "Adressatengerechtigkeit" einer Regelung aber eigentlich Richtschnur des ganzen Gesetzgebungsverfahrens sein.

7. Der erläuternde Bericht geht auch relativ selbstverständlich davon aus, dass den Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern mit einer Harmonisierung der materiellen Bestimmungen am besten gedient ist. Da aber Laien, hier etwa die im Erläuternden Bericht angesprochenen KMUs, in der Regel ihre Rechtsinformationen nur begrenzt aus den Gesetzestexten selbst beziehen, lohnt es sich zu fragen, ob tatsächlich die fehlende Harmonisierung das Problem mangelnder Angebote durch KMUs ist oder ob Unternehmen nicht durch andere Erleichterungen zu Angeboten ermuntert werden sollten. So hält etwa das Gutachten Frey/Kluchermann/Krautter, S. 88, Folgendes fest:

"Die Anbieter demgegenüber brauchen lediglich die Ausschreibungen zu verfolgen und profitieren davon, wenn die Unterlagen klar und vollständig sind. Am meisten würden sie sicher einheitliche Formulare (Papierversion) und Masken (Internetversion) schätzen."

In welchem Verhältnis solche Massnahmen zum Bedarf nach materieller Vereinheitlichung stehen, wird soweit ersichtlich nicht thematisiert.

b) Auswahl der harmonisierten Bereiche

8. Aus *methodischer Sicht* ist auch zu fragen, ob die *Ausgestaltung* des Modells einer Teilvereinheitlichung mit dem Harmonisierungsziel wirklich abgestimmt wurde. Diesbezüglich fällt auf, dass das mehrfach erklärte Harmonisierungsziel soweit ersichtlich keinen Einfluss darauf hatte, welche Teile durch den Bund vereinheitlicht und welche Bereiche weiterhin durch die Kantone geregelt werden sollen. Wenn eine Teilvereinheitlichung in erster Linie der Harmonisierung dienen soll, müsste sich dies

4

auch in der *Auswahl* der zu vereinheitlichenden Teile niederschlagen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, lässt sich aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht ohne Weiteres entscheiden, erscheint aber mit Blick auf die Auswahl der nicht-harmonisierten Bereiche wie etwa die Senkung der Schwellenwerte, Zuschlagsregelungen, Ausgestaltung verschiedener Verfahrensarten sowie Rechtsschutz zumindest zweifelhaft. So werden etwa im Gutachten ZUFFEREY/DUAY (JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY / JACQUES DUBER, *Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons*, Freiburg 2003, S. 88 ff.) namentlich Rechtsschutz an das Bundesgericht und unterhalb der Schwellenwerte, Regelung des Begriffs und des Endes des Vergabeverfahrens, etwa Festsetzung der Schwellenwerte, als besonders harmonisierungsbedürftig empfunden. Im erläuternden Bericht haben diese Vorschläge soweit ersichtlich keinen Niederschlag gefunden. Zwar wird etwa die "harmonisierte Rechtsanwendung und Rechtsprechung" als "wichtiges" und das "am meisten diskutierte Ziel" bezeichnet (Erläuternder Bericht, Ziff. 2.4). Wie weit aber dieses Ziel mit dem vorgeschlagenen Entwurf tatsächlich erreicht wird, bleibt meines Erachtens offen, und ob der Optimismus bezüglich Zuständigkeit des Bundesgerichts kraft neuem Bundesgerichtsgesetz tatsächlich gerechtfertigt ist (vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.4), muss mit Blick auf Art. 83 III f. Ziff. 1 und 2 BGG sowie der jüngsten Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 133 II 396 ff., 398 E. 2.1) doch wohl bezweifelt werden. Auch zum Verzicht auf die Harmonisierung von Schwellenwerten, die von verschiedener Seite als besonders harmonisierungsbedürftig bezeichnet wurden, wären mit Blick auf Art. 15 Abs. 2 E-BöB weitere Überlegungen wünschbar gewesen.

Es lässt sich mit anderen Worten nicht nachvollziehen, ob das Harmonisierungsziel bei der Auswahl der zu vereinheitlichenden Rechtsbereiche tatsächlich Pate gestanden hat oder nicht. Soll eine Teilvereinheitlichung wirklich zu einer spürbaren Harmonisierung führen, wäre methodisch zu fordern, dass der erläuternde Bericht diejenigen Teile, welche als besonders harmonisierungsbedürftig gelten, nennt, und gerade diese Bereiche einer Harmonisierung zuführt, währenddem andere Bereiche möglicherweise weiterhin kantonal oder interkantonal unterschiedlich ausgestaltet werden können. Ein solches Vorgehen gebietet auch der Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5a BV). Stösst eine Vereinheitlichung der besonders

harmonisierungsbedürftigen Bereiche an verfassungsrechtliche Grenzen, wäre auch dies im Bericht offen zu legen gewesen.

III. Rechtssetzungsfragen in nicht-harmonisierten Bereichen

a) "Subsidiäres" Bundesrecht als Novum?

9. Bundesrecht bricht kantonales Recht, oder, etwas "freundlicher" aber nicht minder eindeutig formuliert: "Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor" (Art. 49 Abs. 1 BV). Dieser Grundsatz der derogatorischen Kraft von Bundesrecht prägt die rechtliche Struktur von kantonalem und eidgenössischem Recht. Bundesrecht geht widersprechenden kantonalem Recht vor, es "bricht" dieses (vgl. zum Grundsatz der derogatorischen Kraft von Bundesrecht auch unten N. 18).

10. Der vorliegende Gesetzesentwurf verfolgt mit Bezug auf die nicht-harmonisierten Bereiche einen anderen Ansatz: Das Bundesrecht kann durch das Recht der Kantone in deren Zuständigkeitsbereichen derogiert werden. Konkret sieht der Bundesgesetzgeber für verschiedene Bereiche eine rechtliche Regelung vor, *es sei denn, der kantonale Gesetzgeber würde seinerseits von seiner im Bundesgesetz vorgesehenen Regelungskompetenz Gebrauch machen und die entsprechende Rechtsfrage anders regeln*. Man kann diesbezüglich von einer Art "subsidiärem Bundesrecht" sprechen (vgl. eine solche Begriffsverwendung etwa in BVerfGE 29, 11 [14], *Landesbauordnung Baden-Württemberg*).

Die wichtigsten Bereiche von subsidiärem Bundesrecht sind in Art. 6 E-BöB aufgeführt. Die einzelnen Formulierungen betreffend kantonalen Kompetenzen sind zwar uneinheitlich gestaltet (vgl. oben Ziff. 2), laufen im Ergebnis aber darauf hinaus, dass die Anwendung von Bundesrecht für den Kanton nicht verpflichtend ist:

11. Ob ein solcher Regelungsansatz mit Art. 49 BV kompatibel ist, soll hier nicht weiter untersucht werden; *prima vista* dürfte der Bundesgesetzgeber auf das Primat von Bundesrecht verzichten können. Mit Blick auf die bisherige Praxis im föderalen Verhältnis ist aber festzuhalten, dass der Regelungsansatz zumindest *ungewöhnlich* ist, mindestens was den Um-

fang vorbehaltener kantonaler Regelungen betrifft: So ist zwar kantona-
les Recht in verschiedenen Bereichen des ZGB vorgesehen, etwa früher
bei der Regelung des Pflichtteils von Geschwistern gemäss Art. 472
aZGB (vgl. dazu den verhältnismässig neuen Entscheid betreffend dem
Kanton Zürich in BGE 103 Ia 288 ff.: Zulässigkeit der Neuregelung des
Pflichtteils auch lange nach Inkrafttreten des ZGB). Eine solch weitge-
hende Bereitstellung von Bundesrecht wie im vorgeschlagenen Entwurf
ist mir aber nicht bekannt. Typisch sind vielmehr eine Grundsatzgesetz-
gebung des Bundes mit Raum für weitergehende kantonale Regelungen
oder ein für den Kanton zur Regelung ausgesparter Bereich, beispiele-
weise bezüglich Vollzugsfragen.

12. Bereits im Gutachten BIAGINI 2005 (GIOVANNI BIAGINI, Verfassungs-
rechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bun-
desgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Zürich 2005,
S. 62) findet sich der Hinweis, dass der Bundesgesetzgeber mit "schwie-
rigel[n] Fragen der Regelungstechnik" konfrontiert sein werde. Der be-
reits zitierte BGE 103 Ia 288 ff. (Zulässigkeit der "Entharmonisierung"
65 Jahre nach Inkrafttreten des ZGB?) lässt erahnen, dass viele Rechts-
fragen noch offen sind. Stellvertretend seien hier nur zwei elementare
Problembereiche thematisiert, die - soweit ersichtlich - in den Erläute-
rungen sowenig aufgegriffen wurden wie das Phänomen "subsidiäres"
Bundesrecht überhaupt.

b) Eigendssisches oder kantonales Recht?

13. Zunächst stellt sich die lapidare Frage, ob "subsidiäres Bundesrecht"
eigentlich zum kantonalen oder eidgenössischen Recht zu zählen ist,
wenn sich ein Kanton diesem ganz oder teilweise unterwirft. Die Beant-
wortung dieser Frage hat offensichtlich Auswirkungen auf das Rüge-
spektrum vor Bundesgericht (Art. 95 BGG) oder die Anwendung des
Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (Art. 1 Abs. 3 VwVG, Art. 5
VwVG).

Nicht zuletzt mit Blick auf das Harmonisierungsziel erscheint die Qualifi-
kation als Bundesrecht nahe liegend. Wie ist es aber, wenn der Kanton
die Regeln des Bundes wortwörtlich in sein Recht überführt? Handelt es
sich dann immer noch um Bundesrecht oder macht der Transformati-

onsprozess dieses zu kantonalem Recht? Und wie ist es, wenn der Kan-
ton auf Bundesrecht verweist? Wie, wenn er verweist und punktuell Ab-
weichungen vorsieht? Gilt dann (teilweise) Bundesrecht? Oder wie ist es
schliesslich, wenn der Kanton Bundesrecht wiederholt, aber punktuell
Abweichungen vorsieht?

14. Solche Fragen dürfen meines Erachtens nicht einfach der Rechtsanwen-
dung überlassen werden, dies zumindest dann nicht, wenn der erläu-
ternde Bericht "Komplexität, Unübersichtlichkeit und Orientierungs-
schwierigkeiten" des geltenden Rechts beklagt (Erläuternder Bericht,
Ziff. 1.1).

c) Intertemporales Recht

15. Weitere Fragen stellen sich im Bereich des Übergangsrechts, wo sich im
Entwurf (Art. 87-89 E-BöB) im Wesentlichen die üblichen Bestimmungen
mit Bezug auf häufige Verfahren finden. Nicht geklärt und soweit er-
sichtlich auch im Erläuternden Bericht nicht explizit angesprochen ist das
*Verhältnis von subsidiärem Bundesrecht zu bestehendem kantonalem
oder interkantonalen Recht*. Es stellt mit anderen Worten die zentrale
Frage, was das rechtliche Schicksal der IVöB und bestehender kantona-
ler Beschaffungsgesetze wäre, wenn das BöB in Kraft träte, ohne dass
die Kantone ihrerseits mit Bezug auf das BöB kantonal oder interkanto-
nal legiferiert hätten. Dieses Szenario ist durchaus denkbar, da insbe-
sondere eine interkantonale Vereinbarung mehr Zeit in Anspruch neh-
men dürfte als die Verabschiedung und In-Kraft-Setzung des bereits
welt gediehenen neuen Beschaffungsgesetzes des Bundes.

16. Wie ist nun aber das Verhältnis zwischen subsidiärem Bundesrecht und
bestehendem kantonalen oder interkantonalen Recht? Geht in diesem
Verhältnis das kantonale Recht vor, ist das Harmonisierungsziel zumIn-
dest für die den Kantonen ausgesparten Bereiche nur sehr begrenzt er-
reicht worden. Überdies sind heikle Abgrenzungs- und Auslegungsfragen
zwischen IVöB, kantonalem Recht und subsidiärem Bundesrecht abseh-
bar.

Geht hingegen das subsidiäre Bundesrecht den bestehenden kantonalen
und interkantonalen Regeln vor und müssen die Kantone über eine de-

rogierende Regelung neu befinden – was mit Blick auf gewisse Begrifflichkeiten vielleicht nahe liegender ist ("Senkung" der Schwellenwerte des Bundes als bewusster Akt der Abweichung von neu geschaffenen subsidiärem Bundesrecht? Vgl. anders möglicherweise Erläuternder Bericht, Ziff. 6.2: "... nicht berührt ...") – droht eine eigentliche Gesetzgebungskaskade. Im schlechtesten Fall tritt die Bundesregelung z.B. 2012 in Kraft (1. Änderung). Darauf beschliesst ein (ungeduldiger) Kanton 2014 eine kantonale abweichende Regelung (2. Änderung), noch bevor sich die Kantone 2017 auf eine harmonisierte interkantonale Regelung der den Kantonen vorbehaltenen Bereiche geeinigt haben und diese in Kraft tritt (3. Änderung). Auf jeden Fall drohen mehrere Gesetzesänderungen, wenn der Bund nicht zuwartet, bis die Kantone ihrerseits sich einzeln oder gemeinsam über die Anwendung von subsidiärem Bundesrecht ausgesprochen haben. Bei einem Zuwarten wären die Anpassungsschwierigkeiten erheblich gemildert; diesen Zeitverlust will die bestehende Revision aber ja gerade vermeiden (so der Erhäuternde Bericht, Ziff. 1.3.5, in Abgrenzung zum Modell A).

IV. Rechtsetzungsfragen in harmonisierten Bereichen

17. Die bisherigen Überlegungen zeigen erheblichen Klärungsbedarf bezüglich der nicht-harmonisierten Bereiche; Stichwort ist die Figur des "subsidiären" Bundesrechts. Aber auch in den harmonisierten Bereichen stellen sich Fragen, denen meines Erachtens nicht oder nicht hinreichend nachgegangen wurde. Im Vordergrund steht der Grundsatz der derogatorischen Kraft von Bundesrecht.

18. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis lässt sich der Grundsatz der derogatorischen Kraft von Bundesrecht wie folgt umschreiben (BGE 131 I 223 ff., 228 E. 3.2 m.w.H.):

"Nach dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) können Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtssetzung mehr betreiben. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln ..."

19. Im vorliegenden Gesetzesentwurf äussert sich Art. 6 E-BöB zum Verhältnis von kantonalem und eidgenössischem Recht (vgl. oben Ziff. 2). Gemäss Art. 6 Abs. 1 E-BöB können die Kantone eigene Vorschriften erlassen *"soweit dieses Gesetz es vorsieht"*. Es fragt sich, ob Art. 6 Abs. 1 E-BöB in der Weise zu lesen ist, dass die Kantone *nur* in den genannten nicht-harmonisierten Gebieten legislieren dürfen (lies: *"... nur soweit dieses Gesetz es ausdrücklich vorsieht ..."*). Art. 6 E-BöB würde damit ex lege alle harmonisierten Bereiche zur abschliessenden Bundesgesetzgebung machen und kantonales Recht strikte ausschliessen.

Für eine solche Auslegung spricht das mehrfach betonte Harmonisierungsziel. Auch hier würde aber meines Erachtens regulatorisches Neuland betreten. Im Ergebnis wäre eine solche Regelung kaum durchzuführen. Sie würde etwa bedeuten, dass im Bereich von Art. 12 E-BöB jede (kantonale) Beschaffungsstelle sozusagen in eigener Regie und völlig unbehelligt durch kantonale Vorschriften das Beschaffungsverfahren "frei" gestalten könnte. Ist solches wirklich intendiert?

Gelten in den harmonisierten Bereichen dagegen die üblichen Regeln der derogatorischen Kraft von Bundesrecht (was die Wortwahl in Art. 6 Abs. 1 E-BöB mindestens erklärungsbedürftig machen würde), ist erstens mit den üblichen heiklen Abgrenzungsschwierigkeiten zu rechnen. Zweitens müsste zur Beantwortung einer Rechtsfrage im kantonalen Beschaffungsrecht neben GPA, europäischen Abkommen, BGBM (welches wohl auch nach Streichung von Art. 5 und Art. 9 Abs. 1 u. 3 BGBM [gemäss Anhang 5] nicht völlig ausser Acht gelassen werden kann), IVöB und kantonalem Recht das BöB als weitere Grundlage konsultiert werden. Beides steht zu dem angestrebten Abbau von Komplexität in aussergewöhnlichem Widerspruch. Wie Art. 6 Abs. 1 E-BöB dementsprechend zu verstehen ist, bleibt aus meiner Sicht offen.


V. Fazit

20. Die vorstehenden Überlegungen zeigen meines Erachtens, dass der Entwurf sowohl in methodischen Grundfragen (Adressaten, Alternativen zur harmonisierenden Rechtssetzung, Auswahl der harmonisierten Bestim-

mungen) wie auch im Hinblick auf das Verhältnis von eidgenössischem und kantonalem Recht ("subsidiäres" Bundesrecht in nicht-harmonisierten Bereichen, Bedeutung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft in harmonisierten Bereichen) noch keine befriedigenden Antworten gibt. Damit soll nicht gesagt werden, dass die aufgeworfenen Fragen nicht gelöst werden könnten oder dass die angestrebte Teilvereinheitlichung *per se* kein gangbarer Weg sei. Gerade mit Blick auf das Ziel einer für die Adressatinnen und Adressaten besser verständlichen Regelung verdienen die Fragen jedoch mehr Aufmerksamkeit, als ihnen bisher zugekommen ist.

Ich hoffe, Ihnen mit dieser ersten Einschätzung gedient zu haben. Für vertiefte Abklärungen stehe ich Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen


Prof. Dr. Felix Uhlmann