



# Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 45, Januar 2019

## Finanzvermögen: Freiheit oder Vergaberecht?



**Martin Beyeler, Prof. Dr. iur.,  
Ordentlicher Professor an der Universität Freiburg**

### 1. Die Streitfrage

In der Bauverwaltung der Gemeinde Kirchenbach herrschte bis vor kurzem freudige Aufbruchstimmung. Die Gemeinde will die «Sonnmatte», ein umfangreiches Grundstück an bester Südhanglage, mit Mietwohnungen des oberen Segments überbauen und so neue Steuerpflichtige anziehen. Die Freude auf das Grossprojekt wird aber durch einen lähmenden Konflikt überschattet, seitdem die Gemeindepräsidentin den Bauverwalter angewiesen hat, die anstehenden Auftragsvergaben «privatrechtlich» durchzuführen. Die Präsidentin stützt sich darauf, dass die «Sonnmatte» dem Finanzvermögen der Gemeinde zugeordnet ist und dass die zu realisierenden Wohnungen dem freien Markt ausgesetzte Renditeobjekte sein sollen. Der Bauverwalter ist jedoch der Auffassung, dass das Gesetz keine ausdrückliche Ausnahme für Aufträge im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen vorsehe, und er beharrt auf der Anwendung des öffentlichen Vergaberechts.

Die Rollen und Geschlechter sind im geschilderten Sachverhalt zufällig verteilt worden, der Konflikt als solcher jedoch könnte typisch sein. Wer hat nun Recht? Beziehungsweise: Gilt das Vergaberecht, wo eine öffentliche Auftraggeberin Beschaffungen im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen tätigt, oder gilt es nicht? Diese Frage stellt sich nicht nur bei Gebietskörperschaften (wie Gemeinden und Kantonen), sondern ebenso bei «Einrichtungen des öffentlichen Rechts»<sup>1</sup> – Sektorenunternehmen aller Art bleiben vorliegend ausgeklammert.

<sup>1</sup> vgl. Ziff. 2 und 3 Annex 2 und Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA 1994; Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Wurden Sie auch schon mit der Frage konfrontiert, ob die Vergabe von Bauaufträgen zugunsten von Liegenschaften des Finanzvermögens dem Submissionsrecht untersteht oder nicht? Mit seiner Formulierung erweckt Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB (deutsche Fassung) den Eindruck, der Staat unterstehe dem Submissionsrecht nicht, sofern er eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit ausübt: «Im Staatsvertragsbereich unterstehen dieser Vereinbarung Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonalen und kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten» (durch uns hervorgehoben). Diese gesetzliche Grundlage wirft bei Beschaffungsleuten jedoch Fragen auf. Wie soll sie interpretiert werden?

Das Bundesgericht hat diese Frage zur Geltung des Submissionsrechts im Bereich des Finanzvermögens unseres Wissens noch nicht beantwortet. Prof. Martin Beyeler hat sich dieser Fragestellung jedoch angenommen und eine klare Antwort erarbeitet. Diese Antwort wollen wir Ihnen an dieser Stelle nicht verraten und wünschen Ihnen eine genussvolle Lektüre.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe mit einem Beitrag aus der Gerichtspraxis und einem Hinweis auf das Weiterbildungsangebot der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen im Jahr 2019.

Mit den besten Wünschen für ein gutes neues Jahr!

Für das Redaktionsteam  
Nicole Zumstein Bonvin

## 2. Die Positionen

### a) Vergaberechtsfreiheit

Zwar existieren dazu keine Statistiken, doch darf angenommen werden, dass in der Schweiz etliche öffentliche Auftraggeberinnen das Vergaberecht nicht anwenden, wenn es um ihr Finanzvermögen und in diesem Zusammenhang vergebene Aufträge geht. Nicht selten wird dabei darauf verwiesen, dass die Aufträge der Produktion von auf dem Markt angebotenen Leistungen dienen.

Diese Praxis kann sich auf jenen Teil der Rechtslehre abstützen, welcher für die Vergaberechtsfreiheit von Beschaffungen plädiert, die im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen getätigt werden.<sup>2</sup> Zur Untermauerung dieses Standpunkts wird zum einen angeführt, bei der Bewirtschaftung ihres Finanzvermögens stehe die öffentliche Auftraggeberin im Wettbewerb mit privaten Unternehmen, und die Auftraggeberin erleide in diesem Wettbewerb Nachteile, falls sie das öffentliche Vergaberecht beachten müsse.<sup>3</sup> Zum anderen wird darauf verwiesen, dass ein dem Vergaberecht unterstellter öffentlicher Auftrag nur vorliegen könne, wo ein bestimmter Auftrag unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben diene.<sup>4</sup>

Dieses zweite Argument wird insbesondere aus BGE 125 I 209, E. 6b, sowie BGE 135 II 49, E. 4.3.2 und E. 5.1, abgeleitet: Nach dem Verständnis des BGer ist der öffentliche Auftrag ein Rechtsgeschäft, das der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Dieser Begriff des öffentlichen Auftrags impliziert für die hier angeführten Lehrmeinungen im Umkehrschluss, dass Aufträge, die der Bewirtschaftung des Finanzvermögens – und somit nicht unmittelbar der öffentlichen Aufgabenerfüllung – dienen, vom Vergaberecht ausgenommen bleiben.

### b) Unentschieden

Rechtsprechung, die sich direkt zur hier interessierenden Frage äusserte, besteht nach Kenntnis des Autors keine.<sup>5</sup>

Zu erwähnen ist aber, dass das BGer in zwei Entscheiden aus den Jahren 2011 und 2014 die Frage ausdrücklich als unentschieden bezeichnet hat, ob eine als «Einrichtung des öffentlichen Rechts» zu qualifizierende öffentliche Auftraggeberin, welche teilweise öffentliche Aufgaben erfüllt und teilweise gewerblichen Tätigkeiten nachgeht, für sämtliche Aufträge dem Vergaberecht unterstellt ist oder nur für jene, die der öffentlichen Aufgabenerfüllung dienen.<sup>6</sup> Ist diese Frage offen, ist ungeklärt, ob Aufträge von «Einrichtungen des öffentlichen Rechts», die dem Finanzvermögen solcher Einrichtungen dienen, dem Vergaberecht unterstellt sind oder nicht. Gleichermassen ist offen, ob Finanzvermögens-Aufträge von Gebietskörperschaften (insb. Gemeinden und Kantonen) unterstellt sind oder nicht.

Nach dem Gesagten scheint das BGer in den erwähnten Entscheiden nicht anzunehmen, dass sich aus dem bundesgerichtlichen Begriff des öffentlichen Auftrags (bzw. aus dessen Abstellen auf das Element der öffentlichen Aufgabenerfüllung) ergäbe, dass alle Aufträge öffentlicher Auftraggeberinnen, die deren Finanzvermögen betreffen, von der Geltung des Vergaberechts ausgenommen wären.

In einem weiteren, 2016 ergangenen Entscheid (BGE 142 II 369) hat das BGer *obiter dictu* ausgeführt, das Vergaberecht verfüge dort über keinen materiellen Geltungsgrund, «wo eine öffentlich-rechtliche Organisation unter Wettbewerbsbedingungen tätig ist» und dabei dem Druck der Konkurrenz standhalten muss, da dieser Druck, wo vorhanden, für ein wirtschaftliches Beschaffungsverhalten sorgt.<sup>7</sup>

Das kann ohne weiteres dahingehend gedeutet werden, dass Aufträge, die einer Tätigkeit dienen, welche unter vollem Wettbewerbsdruck ausgeführt wird, dem Vergaberecht gemäss einer materiellen Betrachtungsweise nicht unterstellt sein sollten. Nicht bestimmt werden kann aber auf der Basis der zitierten Aussage, ob nach dem BGer die Freistellung nur dann greifen soll, wenn die vergebende Stelle ihren Tätigkeiten ausschliesslich unter Wettbewerbsdruck nachgeht (oder schon dann, wenn die Einheit nur zur Haupt- oder zur Nebensache Tätigkeiten unter Wettbewerbsdruck entfaltet, daneben aber auch öffentliche Aufgaben erfüllt). Zudem wäre es verfehlt, aus der zitierten Aussage abzuleiten, dass jegliche Aufträge betreffend Finanzvermögen vom Vergaberecht ausgenommen sein sollten. Denn in der angeführten Erwägung spricht das BGer nicht bloss von auf dem Markt angebotenen Leistungen, sondern von Stellen, die Leistungen auf dem Markt unter «Kostendruck» bzw. Wettbewerbsdruck anbieten.<sup>8</sup> Diese Dinge sind voneinander zu unterscheiden: Wer Leistungen auf dem Markt anbietet (und zur Unterstützung dieser Tätigkeit Beschaffungsaufträge vergibt), ist gewiss im Wettbewerb tätig, nicht jedoch per se auch unter Wettbewerbsbedingungen bzw. unter Wettbewerbsdruck. Namentlich dann, wenn die Marktaktivität aus öffentlichen Mitteln quersubventioniert wird, findet sie ohne (nennenswerten) Wettbewerbsdruck statt. Wer aber ohne solchen Druck im Markt agiert, vergibt

2 vgl. CHRISTOPH JÄGER, Immobiliengeschäfte und öffentliches Beschaffungsrecht, in: Raum & Umwelt 4/2012, S. 2 ff., S. 13 f.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 178; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 5 BöB N 15.

3 vgl. JÄGER (Fn. 2), S. 13 f.

4 JÄGER (Fn. 2), S. 13; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 2), Rz. 178; TRÜEB (Fn. 2), Art. 5 BöB N 15 (unter Verweisung auf BRK 2004-012/VPB 69.32, E. 1b/bb, was jedoch die Spezialregelungen des Sektorenvergaberichts und nicht die allgemeine Fragestellung betrifft).

5 Der in der Diskussion mitunter angeführte Entscheid des VGer BE, VGE 20564, 15.4.1999, BVR 2000, S. 375 ff., S. 379 ff., E. 1d (insb. E. 1d/dd), ist nicht einschlägig, da er öffentliche Veräusserungsgeschäfte (Veräusserung von Finanzvermögen), nicht jedoch öffentliche Erwerbsgeschäfte (z.B. Erwerb von Leistungen im Hinblick auf die Bewirtschaftung des Finanzvermögens) betrifft.

Redaktion Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.;  
Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli,  
Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf;  
Michèle Klausberger, Stadt Zürich;  
Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDKom

E-Mail [gs-stab@bd.zh.ch](mailto:gs-stab@bd.zh.ch)

Internet [www.beschaffungswesen.zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch)

Bezug

kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail [publikationen@kdmz.zh.ch](mailto:publikationen@kdmz.zh.ch)

6 BGer, 2C\_611/2011, 16.12.2011, E. 4.2; 2C\_134/2013, 6.6.2014, E. 2.7.

7 BGE 142 II 369, E. 3.3.3.1, unter Verweisung auf BGer 2C\_409/2015, 28.9.2015, E. 3; aufgrund des Umstands, dass dieser Verweis einen Entscheid betreffend die Post CH AG betrifft (vgl. BVGer B-4288/2014, 25.3.2015, E. 2.1.2), ist davon auszugehen, dass das BGer nicht nur öffentlich-rechtliche Organisationen meint, sondern jegliche Stellen, die als öffentliche Auftraggeberinnen infrage kommen.

8 BGE 142 II 369, E. 3.3.3.1.

die dafür erforderlichen Beschaffungsverträge nicht per se wirtschaftlich bzw. bar von politischem Einfluss.

### c) Geltung des Vergaberechts

Ein Teil der Lehre spricht sich für eine Anwendung des Vergaberechts auf Aufträge im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen aus.<sup>9</sup> Es wird hierzu insbesondere angeführt, dass die geltenden Erlasse keine Ausnahme für mit dem Finanzvermögen zusammenhängende Auftragsvergaben vorsehen. Weiter wird vorgetragen, dass der Staat dann, wenn er auf dem Markt Wirtschaftstätigkeiten entfaltet, nicht notgedrungen unter Wettbewerbsdruck steht, so dass nicht jede solche Marktaktivität schon per se als wettbewerbsneutral<sup>10</sup> gelten kann. Daraus ergibt sich, dass es im Lichte der vergaberechtlichen Ziele ungerechtfertigt wäre, alle mit solcher Aktivität verbundenen Aufträge von der Vergaberechtsgeltung auszunehmen.<sup>11</sup>

Diese Meinung wird auch vorliegend vertreten. Die anwendbaren Erlasse sehen keine Ausnahme vor (s. unten). Und der blosser Zusammenhang zwischen einem zu vergebenden Auftrag und einer Finanzvermögens-Tätigkeit bzw. einer Marktaktivität der vergebenden Stelle kann für sich allein genommen aus materieller Sicht keine hinreichende Rechtfertigung dafür darstellen, die Auftragsvergabe ausserhalb des Vergaberechts durchzuführen. Denn weder die Zugehörigkeit von Vermögenswerten zum Finanzvermögen noch die Verwendung der beschafften Leistungen im Rahmen einer anbietenden Marktaktivität der vergebenden Stelle führt per se dazu, dass sich das Gemeinwesen bei der Auftragsvergabe wirtschaftlich und ohne politische Beeinflussung verhält. In diesem Sinne erfolgen Auftragsvergaben im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen nicht automatisch in wettbewerbsneutraler Weise.

Hinreichender Wettbewerbsdruck, welcher eine Aussetzung der Vergaberechtsgeltung materiell zu begründen vermag (weil er die Auftraggeberin zu wirtschaftlichen Verhalten zwingt), entsteht nicht schon dadurch, dass ein Subjekt auf dem Markt bzw. im Wettbewerb mit Privaten Leistungen anbietet, sondern nur dann, wenn im Rahmen dieses Marktauftritts jegliche Quersubventionen aus öffentlichen Mitteln (Finanzmittel oder Naturalleistungen; vorgängige Zuwendungen, dauernde Unterstützungen oder zur Not geleistete Nachschüsse) ausgeschlossen sind und die handelnde Stelle alle Konsequenzen von Misserfolgen im Markt selbst tragen muss. Das erfordert insbesondere eine strikt abgegrenzte Buchhaltung der im Markt handelnden Stelle und die Schliessung dieser Stelle, wenn sie aufgrund andauernder Misserfolge ihre Mittel aufgebraucht hat. Des weiteren muss aber auch ausgeschlossen sein, dass Gewinne aus anderen, gut laufenden Projekten des Finanzvermögens in

solche Projekte transferiert werden, die sich in wirtschaftlicher Schieflage befinden – es sei denn, dies wäre aus Sicht des gesamten Finanzvermögens wirtschaftlich rational. Schliesslich muss die betreffende Stelle über die erforderlichen Mittel verfügen, um ihre sich aus den genannten Massnahmen ergebenden wirtschaftlichen Interessen gegenüber allfälligen politischen Druckversuchen effektiv durchsetzen zu können.

Nur unter diesen Voraussetzungen rechtfertigt sich eine Freistellung von Auftragsvergaben bestimmter im Markt bzw. im Zusammenhang mit Finanzvermögen tätiger Stellen öffentlicher Auftraggeberinnen in einer materiellen, den Zielen des Vergaberechts verpflichteten Sichtweise. In allen übrigen Fällen der Bewirtschaftung von Finanzvermögen durch Gebietskörperschaften oder «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» gilt das Vergaberecht nach der hier vertretenen Auffassung für alle Auftragsvergaben.

## 3. Die Gesetzeslage

### a) Exkurs: Unionsrecht

Das europäische Vergaberecht verbietet es den Staaten der EU und des EWR, Aufträge von Gebietskörperschaften sowie «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» allein aufgrund des Umstands, dass die entsprechenden Aufträge dem Finanzvermögen dienen, von der Geltung des Vergaberechts auszunehmen.<sup>12</sup> Daraus ergibt sich keine unmittelbare Determinierung der Rechtslage in der Schweiz, zumindest aber ein Hinweis darauf, dass materielle Gründe dafür sprechen können, Aufträge, die im Zusammenhang mit einer dem Finanzvermögen dienenden Tätigkeit vergeben werden, nicht – oder zumindest nicht ohne weiteres – vom Vergaberecht auszunehmen.

### b) Zum schweizerischen Recht im Allgemeinen

Den in der Schweiz geltenden Vergaberechtserlassen lässt sich keine explizite Regelung zu den mit dem Finanzvermögen zusammenhängenden Auftragsvergaben entnehmen (sieht man einmal davon ab, dass einzelne kantonale Verordnungen eine auf bestimmte kantonale Versicherungskassen beschränkte Antwort geben<sup>13</sup>).

### c) Zum Staatsvertragsbereich im Besonderen

Zwar scheint sich aus dem das Staatsvertragsrecht umsetzenden Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB (deutscher Fassung: «Einrichtungen ..., mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten») zu ergeben, dass «Einrichtungen des öffentlichen Rechts»<sup>14</sup> Aufträge, die mit gewerblichen Tätigkeiten zusammenhängen, nicht nach Vergaberecht zu vergeben haben. Indessen zeigt ein Blick auf die französisch- und die italienischsprachige Fassung von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB («collectivités ..., dans la mesure où elle n'ont pas un caractère commercial ou industriel»; «istituzioni ..., sempre che non abbiano carattere commerciale o industriale») sowie auf Ziff. 2 Annex 2 Anhang I GPA 1994 («organismes ... n'ayant pas un caractère commercial ou industriel») dass der deutsche Text der IVöB eine sinnverändernde Fehlübersetzung des Staatsvertragsrechts enthält: Es

9 vgl. CHRISTIAN BOCK, Einführung ins öffentliche Beschaffungsrecht, in: Christian Bock (Hrsg.), Schweizerische Rechtserlasse, Öffentliches Beschaffungsrecht – Submissionsrecht, Basel 1996, S. 1 ff., S. XXVI; CHRISTIAN BOVET, Marchés publics et patrimoine financier, in: BR/DC 2002, S. 66; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 19 Rz. 15; ÉTIENNE POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs, champ d'application personnel du droit des marchés publics, in: AJP 2008, S. 1107 ff., S. 1109, Fn. 8; DERSELBE, Droit des marchés publics, Bern 2014, Rz. 166; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012 (zit. Geltungsanspruch), Rz. 684 ff.; DERSELBE, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, in: Jusletter 22.12.2014 (zit. Staatsbetriebe), Rz. 22.

10 vgl. Art. 27 und Art. 94 BV. Vgl. auch Fn. 19.

11 vgl. BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 9), Rz. 684 ff.

12 vgl. Erwgrd. 10 Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. EuGH C-44/96, 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau, Rn. 32; EuGH C-393/06, 10.04.2008, Ing. Aigner, Rn. 50 ff.

13 vgl. Art. 7 Abs. 3 RMP/GE; Art. 2 RELCMP/NE.

14 vgl. zum Begriff der «Einrichtung des öffentlichen Rechts» Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA 1994.

## Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2019 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

### Submissionen im öffentlichen Beschaffungswesen (Grundlagen)

2 × ½ Tag (jeweils 8.30 bis 12.00 Uhr)

Daten:

– Montag, 15. April 2019 und

Donnerstag, 18. April 2019

– Montag, 27. Mai 2019 und Montag, 3. Juni 2019

Referent: Stefan Kühnis, Rechtsanwalt

### Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen (Vertiefungsseminar Bereich Bau)

½ Tag (8.30 bis 12.00 Uhr)

Datum: Donnerstag, 4. Juli 2019

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter [www.lernwelt.zh.ch](http://www.lernwelt.zh.ch) abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Die Anmeldung erfolgt sowohl für Interne als auch für Externe online über die Plattform [www.lernwelt.zh.ch](http://www.lernwelt.zh.ch).

geht nicht um die einzelnen Tätigkeiten einer bestimmten Einrichtung (und in der Folge um eine Nichtunterstellung von mit bestimmten Aufträgen zusammenhängenden Tätigkeiten), sondern um die Frage, ob eine bestimmte Einrichtung insgesamt kommerziellen oder industriellen Charakter hat (vgl. Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA 1994: «organisme [...] créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial»), und in der Folge um die Unterstellung oder Nichtunterstellung einer Einrichtung insgesamt.<sup>15</sup> Hat die Einrichtung gesamthaft kommerziellen Charakter, handelt es sich nicht um eine unterstellte «Einrichtung des öffentlichen Rechts»; wenn sie jedoch nur oder auch Ziele im Allgemeininteresse auf nicht-gewerbliche Art verfolgt, handelt es sich um eine unterstellte «Einrichtung des öffentlichen Rechts», für die das Staatsvertragsrecht (entgegen dem durch Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB erweckten Eindruck) eine Ausnahme in Bezug auf einzelne gewerbliche Tätigkeiten bzw. damit zusammenhängende Vergaben nicht vorsieht.<sup>16</sup>

Aus dem Staatsvertragsrecht ergibt sich nach dem Gesagten, dass Auftraggeberinnen, die als «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» zu qualifizieren sind (weil sie, was im Qualifikationsvorgang festzustellen ist, im Allgemeininter-

se liegende Ziele auf nicht-gewerbliche Art verfolgen,<sup>17</sup> selbst wenn sie daneben auch noch gewerblich tätig sind), sämtliche ihre Aufträge nach Staatsvertragsrecht (wo anwendbar) zu vergeben haben. Eine Ausnahme für einzelne mit gewerblichen Tätigkeiten zusammenhängende Aufträge ist im Staatsvertragsrecht für «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» nicht vorgesehen. Das Element der Gewerblichkeit spielt nur auf der Ebene der Frage der Unterstellung oder Nichtunterstellung einer bestimmten Einrichtung (die keine Gebietskörperschaft ist) eine Rolle, nicht jedoch dann, wenn feststeht, dass eine bestimmte Einrichtung unterstellt ist. Damit steht auch fest, dass Gebietskörperschaften (Kantone und Gemeinden) für ihre gewerblichen Tätigkeiten dem Staatsvertragsrecht unterstellt sind, denn es ist nicht anzunehmen, dass dieses Recht die durch Gebietskörperschaften beherrschten «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» für deren gewerbliche Tätigkeiten unterstellen wollte, nicht jedoch die Gebietskörperschaften selbst, wenn diese gewerblich tätig sind.

In diesem Sinne verbietet das geltende Staatsvertragsrecht in seinem Anwendungsbereich eine Freistellung von Aufträgen an sich unterstellter Auftraggeberinnen (Gebietskörperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts) mit der alleinigen Begründung, der Auftrag diene dem Finanzvermögen.

### d) Zum Nicht-Staatsvertragsbereich im Besonderen

Aus staatsvertraglicher Sicht kann die Schweiz im Nicht-staatsvertragsbereich zwar eine andere Regelung treffen. Einer solchen Regelung werden aber nach der hier vertretenen Auffassung durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität,<sup>18</sup> welcher sich aus der (binnenstaatlichen) Bundesverfassung ergibt, enge Grenzen gesetzt. Nach diesem Grundsatz dürfen wirtschaftsrelevante Massnahmen des Staates, also namentlich Auftragsvergaben staatlicher oder staatlich beeinflusster Stellen, nicht dazu verwendet werden oder dazu führen, dass der (im Nichtstaatsvertragsbereich: binnenstaatliche) Wettbewerb verfälscht wird.<sup>19</sup>

Eine Wettbewerbsverfälschung kann jedoch zumindest nicht ausgeschlossen werden, wo Auftragsvergaben im Zusammenhang mit Markttätigkeiten der vergebenden öffentlichen Stelle stehen, die öffentliche Stelle aber bei diesen Tätigkeiten keinem oder bloss unzureichendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Denn in diesem Fall vermag der Wettbewerb nicht dafür zu sorgen, dass sich die vergebende öffentliche Stelle ohne weiteres wirtschaftlich verhält und von einer politisch motivierten Beeinflussung des Marktes aus eigenem Interesse absieht.

Eine generelle, von der Frage des Wettbewerbsdrucks unabhängig bleibende vergaberechtliche Freistellung sämtlicher Beschaffungen, welche öffentliche Stellen zur Unterstützung von Finanzvermögens-Tätigkeiten durchführen, verletzte demnach den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Denn das Vergaberecht hält die öffentlichen Auftraggeberinnen dazu an, unpolitisch und damit wettbewerbs-

<sup>15</sup> vgl. zum Ganzen BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 9), Rz. 289 ff., insb. unter Verweisung auf EuGH C-44/96, 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau, Rn. 32; EuGH C-393/06, 10.04.2008, Ing. Aigner, Rn. 50 ff.

<sup>16</sup> vgl. Fn. 15.

<sup>17</sup> vgl. Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA.

<sup>18</sup> vgl. Art. 27 und Art. 94 BV.

<sup>19</sup> vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Orell Füssli-Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 27 BV N 23, N 26 f.; KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 27 BV N 31.

neutral zu vergeben; die Nichtanwendung der entsprechenden Formen und Bindungen rechtfertigt sich nur dort, wo effektiver Wettbewerbsdruck Platz greift. Das ist, wie bereits ausgeführt, nicht schon dann der Fall, wenn die öffentliche Stelle die beschaffungsgegenständlichen Leistungen für ein eigenes Angebot auf dem Markt verwendet, sondern erst dann, wenn die betreffende Markttätigkeit der öffentlichen Stelle unter getrennter Buchhaltung sowie frei von Quersubventionen entfaltet wird, wenn zudem die Stelle die Konsequenzen allfälliger Rückschläge und Misserfolge im Markt selbst zu tragen hat, sie also im Fall der Illiquidität geschlossen wird, und wenn sie ihre wirtschaftlichen Interessen nötigenfalls gegenüber allfälligem politischem Druck effektiv verteidigen kann.

Solange demgegenüber die vergebende Stelle bei Ausübung ihrer Markttätigkeit im Genuss direkter oder indirekter Vorteile steht, die privaten Unternehmen nicht zukämen, kann nicht angenommen werden, sie werde durch Wettbewerbsdruck dazu angehalten, auf andere als auf wirtschaftliche Regeln und Kriterien der Vergabe zu verzichten, so dass auch nicht davon ausgegangen werden kann, die Vergaben dieser Stelle blieben auch ohne Anwendung des Vergaberechts wettbewerbsneutral. Gleiches gilt dann, wenn das Beschaffungsverhalten der betreffenden Stelle trotz aller getroffener Massnahmen politisch instrumentalisiert wird.

#### **4. Ergebnis (de lege lata)**

Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Bauverwalter Recht: Mit Rücksicht auf das vergaberechtliche Ziel, dass öffentliche Vergaben wettbewerbsneutral vonstatten gehen, und mit Blick auf den Umstand, dass der Zusammenhang zwischen einem Auftrag und dessen Verwendung im Rahmen einer auf dem Markt stattfindenden Angebotstätigkeit (bzw. einer Finanzvermögens-Tätigkeit) für sich allein nicht zu bewirken vermag, dass die Auftragsvergabe ohne politische Beeinflussung abläuft, ist aus dem vorstehend Ausgeführten der folgende Schluss zu ziehen: Die Vergabe von Aufträgen von Gebietskörperschaften oder «Einrichtungen des öffentlichen Rechts», die der Bewirtschaftung des Finanzvermögens dienen, untersteht nach geltendem Recht sowohl im Staatsvertragsbereich als auch im Nichtstaatsvertragsbereich dem öffentlichen Vergaberecht. Aus materieller Sicht ist eine Freistellung solcher Aufträge nur dann zu befürworten, wenn die vergebende Stelle mit dem infrage stehenden Auftrag anbietende Tätigkeiten im Markt unterstützt, welche sie unter Wettbewerbsdruck ausübt. Das ist nur dann der Fall, wenn die Buchhaltung getrennt ist, jegliche Quersubventionierung ausgeschlossen ist, die Stelle die Folgen wirtschaftlicher Misserfolge tragen muss und sie ihre wirtschaftlichen Interessen gegenüber allfälligen politischen Einflussversuchen wirksam verteidigen kann.

Damit könnte unter dem geltenden Recht eine Ausnahme von Finanzvermögens-Aufträgen nur im Nichtstaatsvertragsbereich und nur bei Nachweis des vollen Wettbewerbsdrucks (welcher sich nicht aus dem Auftritt im Markt allein ergeben kann) zulässig sein; es ist hier aber zu beachten, dass die geltenden Erlasse dies nicht vorsehen, zumindest nicht explizit.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass das geltende Staatsvertragsrecht (für den Staatsvertragsbereich) eine spezifische

Ausnahme von Finanzvermögens-Aufträgen nicht vorsieht. Das künftige Staatsvertragsrecht wird sich demgegenüber offener zeigen; aus diesem Grund ist es im Folgenden vorzustellen.

### **5. Die künftige Rechtslage**

#### **a) Nach GPA 2012**

Das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA 2012) wird in der Schweiz nach Abschluss der laufenden Revision von BöB und IVöB in Kraft treten. Gemäss dem alle Arten von Auftraggeberinnen betreffenden Art. II:2/a(ii) dieses Abkommens liegt eine unterstellte Beschaffung nicht vor, wo es um Leistungen geht, die durch die vergebende Stelle «im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf» oder «zur Verwendung in der Produktion oder im Angebot von Waren oder Dienstleistungen für einen gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf» erworben werden sollen. Mit anderen Worten können sich alle dem GPA 2012 an sich unterstellten öffentlichen Auftraggeberinnen auf diese Ausnahme berufen, soweit sie Aufträge im direkten Zusammenhang mit gewerblichen (fr.: «dans le commerce»; en.: «commercial»; sp.: «comercial») Tätigkeiten vergeben.

In Übereinstimmung mit dem weiter oben Ausgeführten ist eine gewerbliche Tätigkeit i.S.v. Art. II:2/a(ii) GPA 2012 nicht bei schlechterdings allen das Finanzvermögen betreffenden Geschäften, sondern nur dort anzunehmen, wo die vergebende Stelle bei ihrem eigenen (anbietenden) Marktauftritt tatsächlich unter Wettbewerbsdruck steht, wo sie also mit getrennter Buchhaltung arbeitet, keine Quersubventionen genießt, die Konsequenzen allfälliger Misserfolge vollumfänglich selbst zu tragen hat und ihre wirtschaftlichen Interessen gegen allfällige politische Druckversuche effektiv verteidigen kann. Denn es erscheint angesichts des Zwecks des GPA 2012, politisch beeinflusste beziehungsweise protektionistische Vergaben unterstellter Auftraggeberinnen zu verhindern, als ausgeschlossen, dass dieses Abkommen Auftraggeberinnen schon dann entlassen will, wenn diese – unter welchen Umständen auch immer – Produkte in einem Markt anbieten und dafür Aufträge vergeben. Es ist viel eher anzunehmen, dass das GPA 2012 als «gewerblich» nur jene Tätigkeiten anerkennt, die unter vollem Wettbewerbsdruck ausgeübt werden,<sup>20</sup> denn nur in diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass die entsprechenden Beschaffungen gleichsam automatisch anderen als politischen Kriterien folgen und dass die Frage der Herkunft der Anbieterinnen als solche irrelevant wird (s. weiter oben).<sup>21</sup>

#### **b) Nach revBöB und revIVöB**

Aller Voraussicht nach wird das künftige schweizerische Vergaberecht das soeben vorgestellte, durch das GPA 2012 ermöglichte Privileg für mit gewerblichen Tätigkeiten zusammenhängende Aufträge binnenstaatlich übernehmen, und zwar für sämtliche Arten von Auftraggeberinnen und sowohl für den Staatsvertrags- als auch für den Nichtstaatsvertragsbereich (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a E-BöB<sup>22</sup>

<sup>20</sup> vgl. BEYELER, Staatsbetriebe (Fn. 9), Rz. 20.

<sup>21</sup> Der Art. I/a GPA 2012 ist hier im Übrigen nicht von Bedeutung, da er nicht den «gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf», sondern «gewerbliche Waren oder Dienstleistungen» und damit die Fristbestimmung des Art. XI:7 GPA 2012 betrifft.

<sup>22</sup> vgl. zum E-BöB vom 15.2.2017 BBl 2017 2005.

und Art. 10 Abs. 1 lit. a E-IVöB<sup>23</sup>). Jede an sich unterstellte Auftraggeberin wird sich demnach auf das Privileg berufen können, doch ist hier abermals daran zu erinnern, dass das Kriterium der «Gewerblichkeit» nicht schon dann erfüllt ist, wenn eine Stelle Leistungen auf einem Markt anbietet, dass das Privileg also die mit dem Finanzvermögen zusammenhängenden Beschaffungen nicht per se abdeckt.

Das künftige Recht wird im hier interessierenden Punkt wohl inkonsistent sein. Denn einerseits sollen, wie ausgeführt, gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a E-BöB bzw. E-IVöB die den gewerblichen Tätigkeiten dienenden Beschaffungen von der Vergaberechtsgeltung ausgenommen werden. Andererseits aber beschränkt schon der Art. 8 Abs. 1 E-BöB bzw. E-IVöB den Begriff des öffentlichen (und damit: unterstellten) Auftrags auf jene Beschaffungen, welche unmittelbar der öffentlichen Aufgabenerfüllung dienen. Das scheint auf einen beabsichtigten Generalauschluss aller Finanzvermögens-Aufträge hinzudeuten. Eine solche Beschrän-

23 vgl. zur E-IVöB vom 15.2.2017 das Vergleichsdokument der BPUK vom 15.2.2017.

kung des Begriffs des öffentlichen Auftrags bzw. eine solche Ausnahme für jegliche Finanzvermögens-Geschäfte wäre jedoch staatsvertragswidrig, weil sie die durch den Art. II:2/a(ii) GPA 2012 gezogene Grenze (s. oben) missachtete. Freigestellt werden können nur Aufträge im Zusammenhang mit unter Wettbewerbsdruck ausgeübten Tätigkeiten.

Diese unzulässige Verengung des Begriffs des unterstellten öffentlichen Auftrags wird im Staatsvertragsbereich unbeachtlich bleiben müssen. Im Nichtstaatsvertragsbereich wird aufgrund des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität<sup>24</sup> (s. oben) gleich zu entscheiden sein. Auch künftig wird es daher nach der vorliegend vertretenen Meinung nicht zulässig sein, eine Auftragsvergabe allein mit der Begründung «Finanzvermögen» (oder: «keine unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben») aus dem Geltungsbereich des Vergaberechts zu nehmen.

24 vgl. Art. 27 und 94 BV. Vgl. auch Fn. 19.

## **Aus der Gerichtspraxis Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00568 vom 12. Mai 2016**

### **1. Ausgangslage**

Die Vergabestelle beabsichtigte, ein bestehendes Altersheim durch einen Neubau zu ersetzen, wobei der Neubau im Baurecht durch einen Dritten realisiert und im Anschluss von der Vergabestelle gemietet und betrieben werden sollte. Zwecks Bestellung einer externen Unterstützung/Projektbegleitung eröffnete die Vergabestelle ein Einladungsverfahren. Diese Dienstleistung vergab sie einem der Anbieter. In der Folge verfügte die Vergabestelle aber den Widerruf des Zuschlags und den Abbruch des Vergabeverfahrens mit der Begründung, dass die nachgefragte Leistung wesentlich geändert werde, indem die Baufinanzierung nun durch die Vergabestelle selber erfolgen sollte. Als Grund für die Anpassung der Baufinanzierung gab die Vergabestelle konkret an, sie habe die Rückstellung für eine spätere Heimfallentschädigung aus Unkenntnis nicht in die Berechnung der Finanzierung einfließen lassen. Die Berücksichtigung einer Heimfallentschädigung würde aber dazu führen, dass die Finanzierung durch Dritte nicht die wirtschaftlich günstigste Lösung sei. Dagegen erhob einer der Anbieter (nicht aber der Zuschlagsempfänger) Beschwerde.

### **2. Rechtswidrigkeit des Abbruchentscheids**

Das Gericht führte mit Verweis auf Art. 13 lit. i IVöB aus, der Abbruch eines Submissionsverfahrens sei nur aus wichtigen Gründen zulässig. Ein rechtsgenügender sachlicher Grund liege insbesondere dann vor, wenn die Zielsetzung für die Beschaffung verfehlt würden, wozu auch jene Fälle gehörten, bei denen eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich geworden sei (vgl. § 37 Abs. 1 lit. d SubmV). Die Behörde, die auf eine vorgesehene Beschaffung verzichte, könne auch mit einer Beschwerde gegen den Verfahrensabbruch grundsätzlich nicht dazu gezwun-

gen werden, die Beschaffung durchzuführen. Bei Gutheissung der Beschwerde sei lediglich die Widerrechtlichkeit des Abbruchs festzustellen. Liege eine wesentliche Projektänderung vor, folge aus den Geboten der Gleichbehandlung und der Transparenz, dass das Verfahren abgebrochen und auf der geänderten Grundlage neu begonnen werden müsse. Der Begriff der wesentlich geänderten Leistung sei dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff und der richterlichen Überprüfung zugänglich. Der Vergabestelle würde dabei ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Spielraum zustehen, den das Gericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen könne.

Das Gericht bestätigte, dass im vorliegenden Fall eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung vorliegen würde, welche den Abbruch des Verfahrens objektiv zu begründen vermöge. In subjektiver Hinsicht habe die Vergabestelle aber die von ihr als massgeblich bezeichnete Ursache für ihren Sinneswandel und den daraus resultierenden Verfahrensabbruch selbst zu verantworten. Denn ein Gemeinwesen von der Grösse der Vergabestelle und mit den entsprechenden professionellen Strukturen müsse sich der Kostenfolgen einer Baurechtsvergabe in jeder Hinsicht bewusst sein. Das Gericht kam zum Schluss, dass die von der Vergabestelle genannten Gründe durchwegs auf unzureichende Abklärungen bzw. der «Korrektur» unsorgfältiger Entscheide basieren würden, welche sie allesamt selber zu verantworten habe. Damit beurteilte das Gericht den Abbruchentscheid als rechtswidrig. Trotz bloss teilweisem Obsiegen auferlegte es der Vergabestelle allein die Verfahrenskosten und verpflichtete sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung. – Von Interesse wäre in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Vergabestelle in einem solchen Fall gegenüber den gutgläubigen Anbietenden schadenersatzpflichtig wird. Dies war vom Verwaltungsgericht allerdings nicht zu beurteilen.