



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction

Schweizerische Baurechtstagung
Journées suisses du droit de la construction

Année / Jahr:
1997

Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen

Auteur / Autor:
Gauch Peter / Tercier Pierre

INSTITUT FÜR BAURECHT

BAURECHTSTAGUNG 1997 / TAGUNGSUNTERLAGE 1

***DIE LIBERALISIERUNG DES
ÖFFENTLICHEN BAUMARKTES
UND VIELE FRAGEN***

PROFESSOR DR. IUR. PETER GAUCH, UNIVERSITÄT FREIBURG

PROFESSOR DR. PIERRE TERCIER, UNIVERSITÄT FREIBURG

Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen

PROFESSOR DR. IUR. PETER GAUCH, UNIVERSITÄT FREIBURG

PROFESSOR DR. PIERRE TERCIER, UNIVERSITÄT FREIBURG

Inhaltsverzeichnis:

- I. Einleitung und Grundlagen
- II. Die Frage, was sich geändert hat
- III. Zahlreiche Einzelfragen
- IV. Die Bedeutung des neuen Wettbewerbsrechts

Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Verzeichnis. Ausserdem:

Amtl. Bull.: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung; **ATB:** Alpentransitbeschluss; **BLS:** Berner Alpenbahn-Gesellschaft Bern-Lötschberg-Simplon; **EMRK:** Europäische Menschenrechtskonvention; **EVD:** Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement; **GATT:** General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen); **GPA:** Government Procurement Agreement (GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen); **NEAT:** Neue Eisenbahn-Alpentransversale; **NSV:** Nationalstrassenverordnung; **PüG:** Preisüberwachungsgesetz; **REKO:** Rekurskommission für Wettbewerbsfragen; **SBB:** Schweizerische Bundesbahnen; **THG:** Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse; **VRöB:** Vergaberichtlinien aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen.

Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen

(Stand: 24.12.1996)

Prof. Dr. Peter Gauch
Universität Freiburg
(Ziff. I - III)

Prof. Dr. Pierre Tercier
Universität Freiburg
(Ziff. IV)

PETER GAUCH

I. Einleitung und Grundlagen

1. Das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz befindet sich in einer tiefgreifenden Umwandlung, die vor allem auch **den öffentlichen Baumarkt** erfasst, da die öffentliche Vergabe baubezogener Aufträge einen wichtigen Bestandteil des öffentlichen Beschaffungswesens ausmacht. Die baubezogenen Aufträge, die ein Gemeinwesen vergibt, umfassen nicht nur die klassischen Bauwerkverträge mit Einzel-, General- oder Totalunternehmern, sondern auch die Aufträge an Architekten, Ingenieure, Geologen und Sonderfachleute, die Materialbeschaffung sowie weitere Verträge (z.B. Versicherungsverträge), welche die öffentliche Auftraggeberin im Hinblick auf die Ausführung einer Bauarbeit abschliesst.

Die Umwandlung des öffentlichen Beschaffungswesens hat wirtschaftliche und juristische Gründe. Vorliegend geht es um die juristische Seite. Die rechtlichen Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens haben sich verändert oder sind in Änderung begriffen. Das neue Beschaffungsrecht zielt im wesentlichen auf eine **Liberalisierung der öffentlichen Märkte**, weshalb ich es insgesamt unter dem Titel der "Liberalisierung" behandle, obwohl es auch Bestimmungen enthält, die andere Zwecke verfolgen.

2. Das neue Beschaffungsrecht¹, von dem nachfolgend die Rede ist, regelt nicht *nur*, aber *auch* den öffentlichen *Baumarkt* der Schweiz. Es beruht auf verschiedenen Rechtsgrundlagen.² Im Vordergrund steht **das revidierte Vergaberecht**.³ Die wichtigsten "Erlasse" sind:

1 Vgl. dazu: Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungsrecht in der Schweiz, Zürich 1996. Dieses Buch vermittelt nicht nur einen hervorragenden Überblick über "die Neuordnung des öffentlichen Beschaffungswesens auf eidgenössischer und kantonaler Ebene unter Berücksichtigung des GATT-Übereinkommens und der Interkantonalen Vereinbarung" (Untertitel). Vielmehr behandelt es auch eine Vielzahl von Einzelfragen.

2 Vgl. dazu auch Bock, Öffentliches Beschaffungsrecht/Submissionsrecht, Basel 1996. Dieses Buch enthält eine umfassende Rechtsquellensammlung zum neuen Beschaffungsrecht.

3 Vgl. dazu: Das neue Vergaberecht der Schweiz, Freiburg 1996, mit Beiträgen von Gauch, Ernst, Daniöth, Michel, Henninger und Tercier (Unterlagen zu einer Informationstagung, herausgegeben vom Seminar für Schweizerisches Baurecht).

Peter Gauch

- ⇒ **Art. 13 des Alpentransitbeschlusses (ATB)** vom 4. Oktober 1991, der am 1. Dezember 1992 in Kraft getreten ist. Dieser Artikel befasst sich mit der NEAT-Vergabe⁴, wofür er die folgenden Vorschriften enthält: "Der Bund stellt im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau den freien Wettbewerb für die einzelnen Teilstücke sicher" (Abs. 1). "Für in- und ausländische Bewerber sind gleichwertige Wettbewerbsbedingungen zu verlangen" (Abs. 2). Nach herrschender Meinung, die ihren Niederschlag in Art. 33 Abs. 2 VoeB gefunden hat, haben ausländische NEAT-Anbieterinnen einen Anspruch auf Gleichbehandlung selbst dann, wenn "ihr" Staat kein Gegenrecht gewährt.⁵
- ⇒ **Das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen** vom 15. April 1994 (GPA)⁶, dem der Bund mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist. Dieses internationale Übereinkommen, das auch für die Kantone gilt⁷, "hat die Ordnung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in grundsätzlich neue Bahnen gelenkt".⁸ Im Rahmen seines (beschränkten) Anwendungsbereiches (Art. I GPA) zielt es darauf ab, die Prinzipien der "Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung" (Art. III GPA) unter den Beitrittsstaaten zu verwirklichen. Bei den Beschaffungen, die dem Übereinkommen unterstehen, dürfen Waren und Dienstleistungen sowie deren Anbieterinnen gegenüber Waren, Dienstleistungen und Anbieterinnen des eigenen Staates oder anderer Vertragsstaaten nicht diskriminiert werden. Nach dem Grundsatz der Reziprozität, der dem Übereinkommen zugrunde liegt, entfalten die einzelnen Liberalisierungsschritte Wirkung nur gegenüber jenen Vertragsstaaten, die Gegenrecht gewähren.⁹
- ⇒ **Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen** vom 16. Dezember 1994 (BoeB)¹⁰, das auf der Stufe der Eidgenossenschaft vor allem die grundlegenden Verpflichtungen des erwähnten GATT/WTO-Übereinkommens in das innerstaatliche Recht umsetzt. Dieses Gesetz, das am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist, regelt die Vergabe "von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen" des Bundes¹¹ (Art. 1 Abs. 1 lit. a / Art. 5 BoeB)¹², soweit sie in den (beschränkten) Anwendungsbereich des Gesetzes (Art. 2 ff. BoeB) fällt¹³. Nach Massgabe seiner Zweckbestimmung (Art. 1 BoeB) will das Gesetz das Vergabeverfahren "transparent gestalten", "den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen

4 NEAT = Neue Eisenbahn-Alpentransversale.

5 Kritisch dazu Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 66 ff.

6 Vgl. Ernst, Das Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen am 1. Januar 1996: ein Meilenstein in der Liberalisierung des internationalen öffentlichen Beschaffungswesens, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 74 ff.

7 Zur Frage, inwieweit auch öffentliche Auftraggeber auf der Gemeindeebene dem Übereinkommen unterstehen, vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 3.

8 Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 1 f.

9 Vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 2 mit FN 4.

10 Vgl. dazu Gauch, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes - Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, in: ZSR 114, 1995 I, S. 313 ff.

11 Zu diesen Aufträgen und den sich stellenden Abgrenzungsfragen vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 39 ff.

12 Das BoeB regelt nur die Vergabe öffentlicher Aufträge, die in den *Kompetenzbereich des Bundes* (nicht der Kantone oder Gemeinden) fallen.

13 Das BoeB regelt *nicht alle Vergabefälle des Bundes*, sondern nur die Vergabe öffentlicher Bundesaufträge, die nach Massgabe der Art. 1 ff. BoeB in seinen Anwendungsbereich fallen (zum Geltungsbereich des Gesetzes vgl. Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 315 f.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 6 ff.). Die übrigen Beschaffungen (z.B. sämtliche Beschaffungen durch die SBB, auch im Rahmen der NEAT) unterstehen (mit gewissen Ausnahmen) der VoeB.

stärken", "den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern" und "auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten".

- ⇒ **Die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen** vom 11. Dezember 1995 (VoeB). Diese Verordnung, die ebenfalls am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist, ergänzt das BoeB. Sie regelt grundsätzlich *alle* öffentlichen Beschaffungen des Bundes (vgl. Art. 1-3 VoeB)¹⁴. Soweit die betreffenden Beschaffungen schon unter das Bundesgesetz fallen ("BoeB-Beschaffungen"), enthält die Verordnung einschlägige Ausführungsbestimmungen.¹⁵ Eine Besonderheit gilt für den Planungs- und für den Gesamtleistungswettbewerb; sie werden direkt und eingehend nur durch die Verordnung geregelt (Art. 40 ff. VoeB), während der Gesetzgeber sich darauf beschränkt hat, den Bundesrat in Art. 13 Abs. 3 BoeB anzuweisen, die erforderliche Regelung vorzunehmen. Dementsprechend regelt die Verordnung: "a. die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Bundesgesetz ... über das öffentliche Beschaffungswesen (Gesetz); b. die übrigen Beschaffungen des Bundes; c. den Planungs- und den Gesamtleistungswettbewerb" (Art. 1 VoeB).
- ⇒ **Die Art. 44 ff. der Nationalstrassenverordnung** vom 18. Dezember 1995 (NSV), die ihrerseits am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist. Die erwähnten Artikel betreffen die Beschaffung von "Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen" beim "Bau und Unterhalt" der Nationalstrassen (Art. 44 NSV). Diesbezüglich beschränken sie sich auf einige Grundsatzbestimmungen (vgl. BEILAGE 1). "Im übrigen findet das kantonale Recht Anwendung" (Art. 46 NSV). Das alles steht im Einklang mit Art. 41 Abs. 2 des schon am 8. März 1960 beschlossenen Nationalstrassengesetzes, wonach die Bauarbeiten für die Nationalstrassen von den Kantonen nach den vom Bundesrat bestimmten Grundsätzen vergeben und überwacht werden.
- ⇒ **Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt** vom 6. Oktober 1995 (BGBM), das am 1. Juli 1996 teilweise¹⁶ in Kraft getreten ist.¹⁷ Dieses (Rahmen-)Gesetz¹⁸ ist eine "Antwort auf die insbesondere im kantonalen und kommunalen Recht noch zahlreichen Mobilitätshindernisse, die sich oft protektionistisch auswirken"¹⁹. Das Gesetz gewährleistet, "dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben" (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Es befasst sich auch mit öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben" (Art. 5 Abs. 1 BGBM), hingegen nicht mit öffentlichen Beschaffungen des Bundes²⁰.
- Nach Art. 5 BGBM richten sich "die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben" zwar "nach kantonalem oder interkantonalem

14 Einzelheiten bei Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 12 ff.

15 Das BoeB regelt die von ihm erfassten *Vergabefälle nicht abschliessend*, sondern wird diesbezüglich ergänzt durch die einschlägigen Ausführungsbestimmungen der VoeB.

16 Art. 9 Abs. 1-3 BGBM tritt in Bezug auf Art. 5 BGBM erst am 1. Juli 1998 in Kraft.

17 Nach Art. 11 Abs. 1 BGBM steht den Kantonen, Gemeinden und andern Trägern öffentlicher Aufgaben eine Übergangsfrist von zwei Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verfügung, innerhalb der sie ihre Vorschriften mit dem BGBM in Einklang zu bringen und die erforderlichen organisatorischen Vorschriften zu erlassen haben.

18 Vgl. dazu Cottier/Wagner, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt, AJP 1995, S. 1582 ff.; Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, SZW 1996, S. 164 ff.; Danioth, Bundesgesetz vom 6.10.1995 über den Binnenmarkt, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 97 ff.

19 Cottier/Wagner, zit. in Anm. 18, S. 1582.

20 So jedenfalls die herrschende Meinung, z.B. Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 18 (mit weiteren Verweisen, auch auf die Botschaft zum Binnenmarktgesetz).

Recht". Doch dürfen "diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen ... Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz" nicht in unzulässiger Weise (Art. 3 BGBM) benachteiligen (Art. 5 Abs. 1 BGBM). Bei "umfangreichen" Beschaffungen sind die "Vorhaben" sowie "die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag" amtlich zu publizieren (Art. 5 Abs. 2 BGBM). "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt ... sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen" (Art. 9 Abs. 1 BGBM).

⇒ **Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen** vom 25. November 1994 (IVöB)²¹. Dieses Vergabekonkordat, das nur für die Beitrittskantone verbindlich ist, dient primär der einheitlichen Umsetzung des GATT/WTO-Übereinkommens in das kantonale Recht. In seinem (beschränkten) Anwendungsbereich (Art. 6 ff. IVöB), der zum Teil über den Geltungsbereich des genannten Übereinkommens hinausgeht, will es die kantonalen Regeln zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (Art. 6 Abs. 1 IVöB) "durch gemeinsam bestimmte Grundsätze und in Übereinstimmung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz harmonisieren" (Art. 1 Abs. 2 IVöB). Seine Ziele sind insbesondere "die Förderung des wirksamen Wettbewerbs", "die Gewährleistung der Gleichbehandlung", "die Sicherstellung der Transparenz" und "die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel" (Art. 1 Abs. 2 IVöB). Gemeinden, Gemeindeverbände und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften sind dem Konkordat nur gegenüber jenen Kantonen und Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens unterstellt, die Gegenrecht gewähren (Art. 8 Abs. 1 lit. b IVöB).

Die Überwachung des Vergabekonkordates liegt in den Händen eines Interkantonalen Organs, das sich aus den Mitgliedern der an der Vereinbarung beteiligten Kantone in der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz zusammensetzt (Art. 4 IVöB). Dieses Organ ist unter anderem auch befugt, einschlägige Vergaberichtlinien zu erlassen (Art. 4 Abs. 2 lit. b IVöB), was es bis anhin noch nicht getan hat. Immerhin liegt aber ein Richtlinienentwurf (VRöB) vor, der von der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz am 14. September 1995 genehmigt wurde. Dieser Entwurf schränkt den Geltungsbereich des Vergabekonkordates insofern ein, als er auch die öffentlich-rechtlichen Kantonalbanken davon ausnimmt.²²

⇒ **Die revidierten Submissionsordnungen der Kantone.** Das GPA, das BGBM und das IVöB zwingen die Kantone und Gemeinden, die bisherigen Submissionsordnungen anzupassen. In einigen Kantonen sind die Revisionsarbeiten bereits abgeschlossen, in anderen sind sie noch im Gange. Das IVöB berührt allerdings nur die Beitrittskantone.

3. Während die bisher vorgestellten "Erlasse" das öffentliche Vergaberecht und damit auch den öffentlichen Baumarkt beschlagen, greift das revidierte Kartellgesetz des Bundes vom 6. Oktober 1995 (KG) weit darüber hinaus. Dieses Gesetz, das seit dem 1. Juli 1996 vollständig in Kraft ist, "gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen" (Art. 2 Abs. 1 KG). Es hat zum Zweck, "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern" (Art. 1 KG). Nach Massgabe seines Zweckes trägt es im Rahmen seiner Bestimmungen zur Liberalisierung auch des öffentlichen Baumarktes bei. Nachstehend wird es zunächst "ausgeklammert", um dann am Schluss des Vortrages (unter Ziff. IV) speziell behandelt zu werden.

²¹ Vgl. dazu Michel, Die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 89 ff.

²² Kritisch dazu: Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 32.

II. Die Frage, was sich geändert hat

1. Mit der rechtlichen Umgestaltung des öffentlichen Vergaberechts ist das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz in eine neue Ära getreten, auch was die Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich des Bauwesens (z.B. die Vergabe öffentlicher "Baufträge") betrifft. Das aber heisst nicht, dass sich die gesamte Rechtslage auch materiell (der Sache nach) geändert hat. Trotz veränderter Rechtsgrundlagen ist manches **gleich geblieben**, was einige Hinweise belegen mögen. Sie betreffen:

- a. Die Unterscheidung zwischen eidgenössischem und kantonalem Vergaberecht. Nach wie vor untersteht die Vergabe eines öffentlichen Auftrages entweder dem eidgenössischen oder dem kantonalen Vergaberecht (allenfalls dem Vergaberecht einer Gemeinde). Eine "Zentralisierung" des schweizerischen Vergaberechts durch Schaffung eines für alle Vergabefälle anwendbaren Bundesgesetzes ist also unterblieben. Immerhin aber sind die Kantone an die Vorgaben gebunden, die sich aus dem Binnenmarktgesetz, der Nationalstrassenverordnung und dem vom Bund unterzeichneten GATT/WTO-Übereinkommen ergeben. Für die Beitrittskantone ist ausserdem auch das Vergabekonkordat (IVöB) verbindlich.
- b. Die Mehrheit der Vergabeverfahren.²³ Nach wie vor wird zwischen verschiedenen Vergabeverfahren unterschieden, deren Voraussetzungen und Ablauf in den einschlägigen Erlassen geregelt sind. Durchgesetzt haben sich *drei Grundformen*: das offene, das selektive und das freihändige Verfahren (vgl. Art. VII Ziff. 3 GPA, Art. 13 ff. BoeB, Art. 12 f./34 VoeB, Art. 12 IVöB).²⁴ Daneben gibt es weitere Formen. So kennt die VoeB (Art. 35) auch das Einladungsverfahren²⁵ und enthält überdies (in ihren Art. 40 ff.) eine eingehende Regelung des Planungs- und des Gesamtleistungswettbewerbes²⁶.

²³ Vgl. dazu auch: Gauch, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, BR 1996, S. 99 ff.

²⁴ *Das offene und das selektive Verfahren* sind Submissionsverfahren, die mit einer Ausschreibung beginnen. Die beiden Verfahren stehen der Auftraggeberin zur freien Disposition, derart, dass sie zwischen diesen Verfahren wählen kann. Wie aber unterscheiden sich die beiden Verfahren?

Das selektive Verfahren unterscheidet sich vom offenen Submissionsverfahren dadurch, dass die an der Übernahme des ausgeschriebenen Auftrages interessierten Firmen zunächst nur einen *Antrag auf Teilnahme* einreichen. Alsdann bezeichnet die Auftraggeberin jene Firmen, die ein Angebot einreichen und damit am weiteren Verfahren teilnehmen dürfen. Die Bezeichnung erfolgt nach einer Präqualifikation, worin die Auftraggeberin prüft, welche Firmen die zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Eignungskriterien (Art. 9 f. BoeB/Art. 9 f. VoeB) erfüllen.

²⁵ *Das Einladungsverfahren* nach Art. 35 der VoeB ist eine Submission auf persönliche Einladung, die sich vom offenen und selektiven Verfahren namentlich dadurch unterscheidet, dass die Auftraggeberin mehrere (nach Möglichkeit mindestens drei) Anbieterinnen direkt zur Angebotseingabe einlädt, ohne den geplanten Auftrag öffentlich auszuschreiben. Dieses Verfahren wird von der Verordnung nur für solche Beschaffungen vorgesehen, die nicht unter das BoeB fallen. Zulässig ist es unter den in Art. 35 Abs. 3 VoeB umschriebenen Voraussetzungen. Doch ist beizufügen:

Obwohl die Verordnung es nicht ausdrücklich sagt, muss das Einladungsverfahren auch in allen Fällen zulässig sein, in denen eine freihändige Vergabe zulässig ist, gleichgültig, ob die Vergabe dem Gesetz untersteht oder nicht. Wenn sogar eine freihändige Vergabe zulässig ist, gibt es keinen Grund, ein Einladungsverfahren auszuschliessen.

²⁶ "*Der Planungswettbewerb* soll der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen im Bereich der Planung (z.B.

Die erwähnten Vergabeverfahren wurden schon bis anhin "praktiziert", sind jetzt aber in den einschlägigen Erlassen mit den zum Teil neuen Bezeichnungen aufgeführt und detailliert(er) geregelt.

- c. Die Bindung an Vergabegrundsätze. Nach wie vor hat die Vergabe nach bestimmten Vergabegrundsätzen zu erfolgen, die festlegen, welche Anbieterin den Zuschlag erhalten soll. Die anwendbaren Grundsätze, welche die jeweilige Auftraggeberin binden, beziehen sich auf die Eignung der Anbieterin, auf den Inhalt des Angebotes und auf weitere Sachverhalte.²⁷ Zum Beispiel schreibt Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB vor, dass der Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an eine Anbieterin vergeben werden darf, "welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen" am Ort der Leistung gewährleistet (analog, wenn auch unpräzis: Art. 11 lit. e IVöB).
- d. Die Wahl des günstigsten Angebotes. Kommen mehrere Anbieterinnen für den Zuschlag in Frage, so gilt in aller Regel der Grundsatz, dass *das wirtschaftlich günstigste Angebot* den Zuschlag erhält (vgl. Art. 21 Abs. 1 BoeB, Art. 37 VoeB, Art. 13 lit. f IVöB).²⁸ Auch dieses Prinzip, das auf das "günstigste" (nicht auf das "billigste") Angebot abstellt²⁹, ist nichts Neues; vielmehr entspricht es einer Vergabetradition, die sich in der Schweiz seit langem eingelebt hat. Zu seinen Vorteilen gehört, dass es auch die Berücksichtigung von Varianten zulässt (vgl. z.B. Art. 22 Abs. 2 VoeB), was mit der Fixierung auf das "billigste" Angebot unvereinbar wäre.

Eine andere Frage allerdings ist, ob die Vergabebehörden vom zugestandenen Ermessen tatsächlich Gebrauch machen oder aus Gründen des "Selbstschutzes" darauf tendieren, den "Billigeren" statt den "Günstigeren" auszuwählen. Den langfristigen Nachteil einer solchen Tendenz hätte das Gemeinwesen zu tragen, was allerdings noch nicht überall erkannt wurde! Insbesondere führt die zunehmende "Verpolitisierung" der Vergabekonflikte zu einer Verunsicherung der Vergabestellen, die sich früher oder später auf die Qualität der Vergabeentscheide auswirken wird.

2. Obwohl auf der einen Seite manches gleich geblieben ist, hat sich auf der anderen Seite doch vieles geändert. Zu den wichtigsten **Änderungen** gehören:

- a. Eine verstärkte Marktöffnung nach innen und nach aussen, wodurch auch der Baumarkt liberalisiert und der Wettbewerb verstärkt wird. Die wichtigsten Mittel der Marktöffnung sind:

⇒ *Die öffentliche Ausschreibung der geplanten Aufträge.*³⁰ Sie fördert den wirksamen Wettbewerb, indem sie darauf hinwirkt, dass die potentiellen Anbieterinnen überhaupt in die Lage kommen, ein Angebot (im offenen Verfahren) oder einen Antrag auf Teil-

Ingenieur- und Architekturwettbewerbe) dienen. *Der Gesamtleistungswettbewerb* soll die Möglichkeit bieten, im Rahmen eines Wettbewerbes gleichzeitig nach Planungs- und Bauausführungsleistungen zu fragen" (BBI 1994 IV 950 ff., S. 1190).

²⁷ Vgl. dazu: Gauch, BR 1996, S. 102 ff., zit. in Anm. 23.

²⁸ Zum Zuschlag im Gesamtleistungswettbewerb vgl. die Sonderbestimmungen der Art. 51 Abs. 2, 53 und 55 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 und Abs. 3 VoeB.

²⁹ Das GATT/WTO-Übereinkommen 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 GPA).

³⁰ Zum Sonderfall einer "Gesamtpublikation" vgl. Art. 18 Abs. 2 BoeB und Art. 16 Abs. 5/Art. 34 Abs. 3 VoeB.

nahme (im selektiven Verfahren) einzureichen. Verschiedene Bestimmungen der einschlägigen Erlasse äussern sich zum erforderlichen Inhalt der Ausschreibung, zu den Ausschreibungsunterlagen und zur Wahl des geeigneten Publikationsorgans. Eine Ausschreibungspflicht besteht allerdings nur insoweit, als der konkrete Auftrag weder freihändig noch im Einladungsverfahren vergeben werden darf (vgl. z.B. Art. 16/18 BoeB, Art. 13/35/36 VoeB, Art. 12 Abs. 1 IVöB). Nach Art. 5 Abs. 2 BGBM, der sich an die Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben richtet, sind alle "Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten" amtlich zu publizieren.

⇒ *Die Einladungspflicht im selektiven Verfahren.* In diesem Verfahren, das mit einer öffentlichen Ausschreibung beginnt, reichen die Anbieterinnen zunächst nur einen Antrag auf Teilnahme ein (vgl. Art. 15 Abs. 2 BoeB, Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB). Die Auftraggeberin prüft und entscheidet dann, wer von den Antragstellern die Eignungskriterien erfüllt und auf Grund der festgestellten Eignung (Präqualifikation) ein Angebot einreichen darf (Art. 15 Abs. 3 BoeB, Art. 12 Abs. 2 und 3 VoeB, Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB).

Das soeben Gesagte bedeutet nun aber nicht, dass die Auftraggeberin befugt wäre, die Zahl der Einladungen nach freiem Belieben zu bestimmen. Vielmehr ist sie *grundsätzlich verpflichtet, alle geeigneten (qualifizierten) Anbieterinnen zur Angebotseinreichung einzuladen*. Ausgenommen bleibt nur der Fall, da sich eine Limitierung rechtfertigt, weil sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden könnte (vgl. Art. X Ziff. 1 GPA, Art. 15 Abs. 4 BoeB und Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB). Und auch in diesem Fall darf die Zahl der Eingeladenen nur so weit beschränkt werden, als ein wirksamer Wettbewerb noch möglich bleibt (Art. 15 Abs. 4 BoeB und Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB). Art. 12 Abs. 1 der VoeB bestimmt, dass bei gegebener Eignung mindestens drei Anbieterinnen zur Angebotseinreichung einzuladen sind, was jedoch nichts am erwähnten Grundsatz ändert, also nicht bedeutet, dass eine Dreier-Einladung in jedem Fall genügt.

⇒ *Die gebotene Gleichbehandlung der Anbieterinnen.* Die Pflicht der jeweiligen Auftraggeberin, verschiedene Anbieterinnen und Angebote gleich zu behandeln, ohne die einen oder andern vorzuziehen oder zu diskriminieren, bildet die Grundlage jeglicher Marktöffnung. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot gehören denn auch zum festen Bestand des neuen Vergaberechts (vgl. Art. III Ziff. 1 GPA, Art. 13 ATB, Art. 1 Abs. 2/Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB, Art. 33 VoeB, Art. 1 Abs. 1/Art. 5 Abs. 1 BGBM, Art. 1 Abs. 2 lit. b/Art. 11 lit. a IVöB und die revidierten Submissionsordnungen der Kantone). Obwohl die zitierten Erlasse eine Pflicht zur Gleichbehandlung nur für ihren jeweiligen Anwendungsbereich und nicht ohne Begrenzung vorschreiben³¹, bewirken sie in ihrer Gesamtheit doch einen erheblichen Abbau der Diskriminierung, auch über die Landesgrenzen hinaus. Falls die laufenden Verhandlungen mit der EU zu einem erfolgreichen Abschluss kommen, geht die Entwicklung noch einen Schritt weiter.³² Denn diese bilateralen Verhandlungen zielen im Verhältnis Schweiz/EU darauf ab, die Regeln des GATT/WTO-Übereinkommens auch auf die ausgeklammerten Kategorien von Beschaffungsstellen (Be-

³¹ Für ausländische Anbieterinnen vgl. z.B. die wesentlichen Einschränkungen in Art. 4 BoeB, Art. 33 VoeB und Art. 8 Abs. 1 lit. b/Art. 9 lit. b und c IVöB.

³² Vgl. dazu Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 3 f.; Bock, zit. in Anm. 2, S. 222.

schaffungsstellen auf Gemeindeebene, private Unternehmen in den Bereichen Wasser, Energie und Verkehr sowie Beschaffungsstellen in den Bereichen Fernmeldewesen und Schienenverkehr) auszudehnen.³³

Durch die angestrebte Marktöffnung wird der Wettbewerb unter den Anbieterinnen gefördert. Die Förderung dieses Wettbewerbes gehört zu den ausdrücklichen Zielsetzungen des neuen Vergaberechts (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b BoeB, Art. 1 Abs. 2 lit. a IVöB und Art. 13 Abs. 1 ATB). Dasselbe gilt für die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 lit. c BoeB und Art. 1 Abs. 2 lit. d IVöB), wozu der verstärkte Wettbewerb beitragen soll.

b. Der Diskriminierungsschutz. Vom Diskriminierungsverbot war schon die Rede. Das allgemeine Diskriminierungsverbot richtet sich selbstverständlich auch gegen eine geschlechtsspezifische Diskriminierung bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens. Es wird durch zahlreiche Einzelbestimmungen ergänzt, die das Verbot konkretisieren oder eine Diskriminierung von Anbieterinnen sonstwie erschweren. Beispiele solcher Bestimmungen sind:

- ⇒ Die Regeln, welche eine *öffentliche Ausschreibung* der geplanten Aufträge verlangen. Die öffentliche Ausschreibung erschwert es, missliebige Anbieterinnen durch schlichte Nichtinformation vom Wettbewerb fernzuhalten. Verstärkt werden diese Regeln durch Bestimmungen, welche die Fälle, in denen ausnahmsweise eine freihändige Vergabe oder eine Vergabe im Einladungsverfahren zulässig ist, enumerativ umschreiben, so dass die Vergabebehörde diesbezüglich gebunden ist (vgl. z.B. Art. 13/35/36 VoeB).
- ⇒ Die Regel, wonach die Auftraggeberin *im selektiven Verfahren* grundsätzlich verpflichtet ist, *alle* qualifizierten Anbieterinnen zur Angebotseinreichung einzuladen.
- ⇒ Die Regeln, welche die *Transparenz des Vergabeverfahrens* erhöhen. Als grundsätzliches Ziel erscheint die transparente Verfahrensgestaltung schon in der Präambel oder im Zweckprogramm einzelner Erlasse (vgl. GPA-Präambel, Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB und Art. 1 Abs. 2 lit. c IVöB). Umgesetzt wird der Grundsatz durch zahlreiche Einzelregeln, die etwa eine Veröffentlichung des Zuschlages vorschreiben (z.B. Art. 24 Abs. 2 BoeB, Art. 5 Abs. 2 BGBM), eine Begründungspflicht der Auftraggeberin gegenüber den nicht berücksichtigten Anbieterinnen vorsehen (z.B. Art. 23 Abs. 2 BoeB) oder die Auftraggeberin verpflichten, über jede freihändige Vergabe einen schriftlichen Bericht mit einem bestimmten Mindestinhalt zu erstellen (vgl. z.B. Art. 13 Abs. 2 VoeB).
- ⇒ Die Regeln, die sicherstellen sollen, dass *die Angebots- und Teilnahmefristen* so bemessen werden, dass alle potentiellen Anbieterinnen über genügend Zeit verfügen, um ein Angebot oder (im selektiven Verfahren) einen Antrag auf Teilnahme einzureichen (z.B. Art. 19 VoeB, Art. 13 lit. c IVöB).
- ⇒ Die Regeln, die vorschreiben, dass die massgeblichen *Eignungskriterien* oder die *Zuschlagskriterien und deren Rangfolge* zum voraus bekanntzugeben sind (vgl. z.B.

³³ Ernst, zit. in Anm. 6, S. 77.

Art. 9 Abs. 2/Art. 21 Abs. 2 BoeB).

- ⇒ Die Regeln, die einer diskriminierenden *Verwendung technischer Spezifikationen* entgegenwirken (vgl. Art. VI GPA, Art. 12 BoeB, Art. 13 lit. b IVöB und Art. 3 Abs. 4 BGBM). Sie werden unterstützt und verstärkt durch das neue Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse. Dieses Gesetz (THG vom 6. Oktober 1995) "gilt für alle Bereiche, in denen der Bund technische Vorschriften aufstellt" (Art. 2 Abs. 1 THG). Es "schafft einheitliche Grundlagen, damit im Regelungsbereich des Bundes technische Handelshemmnisse vermieden, beseitigt oder abgebaut werden" (Art. 1 Abs. 1 THG).
- ⇒ Die Regel, wonach Wettbewerbsbeiträge im Planungs- und Gesamleistungswettbewerb anonym einzureichen und Teilnehmerinnen, die gegen das Anonymitätsgebot verstossen, vom Wettbewerb auszuschliessen sind (Art. 48 VoeB).

Die Beispiele liessen sich vermehren. *Auf einer anderen Ebene* hingegen liegt der Vergabegrundsatz des Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB, wonach Aufträge nur an solche Firmen vergeben werden dürfen, welche "für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten". Dieser Grundsatz (vgl. auch Art. 6 VoeB) sichert nicht die Gleichbehandlung *bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens*, sondern die Gleichstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch die jeweilige Auftragnehmerin.³⁴ In die gleiche Richtung (Gleichstellung durch die Auftragnehmerin) zielt offenbar Art. 11 lit. f IVöB, der die "Gleichbehandlung von Frau und Mann" zu den Vergabegrundsätzen zählt. Die Bestimmung des Art. 11 lit. f IVöB ist allerdings unklar formuliert. Denn nach Wortlaut und systematischer Stellung könnte sie sich auch auf die vergabetechnische Gleichbehandlung der Anbieter und Anbieterinnen beziehen. Und ausserdem enthält sie keinen expliziten Vorbehalt, der das Gebot der geschlechtsspezifischen Gleichbehandlung auf Arbeitsleistungen in der Schweiz beschränkt.

- c. Der Einbezug von Dienstleistungen. Das neue Vergaberecht erfasst, über die "Baufträge"³⁵ hinaus, auch sonstige Dienstleistungen (vgl. z.B. Art. I GPA, Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB, Art. 1 und 3 VoeB, Art. 6 Abs. 1 lit. c IVöB, Art. 5 BGBM), was nach dem bisherigen Vergaberecht nur in einzelnen Kantonen der Fall war. Das bedeutet, dass jetzt der öffentliche Markt auch für diese Dienstleistungen (namentlich auch für Architekten- oder Ingenieurleistungen) geöffnet und liberalisiert wird. Insbesondere sind auch sie öffentlich auszuschreiben und im (offenen oder selektiven) Verfahren zu vergeben, sofern keine an-

³⁴ Indirekt dient der Vergabegrundsatz des Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB auch der Durchsetzung des Gleichstellungsgesetzes vom 25. März 1995. Berücksichtigt man nur und gerade seinen Wortlaut ("Lohngleichheit"), so beschränkt er sich (anders als Art. 11 lit. f IVöB) auf die Bekämpfung der geschlechtsspezifischen *Lohndiskriminierung*. Doch ist kaum 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 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 (so schon Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 322 f.). Diese Auslegung wird bestätigt durch die Botschaft des Bundesrates, wonach Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB "die Gleichbehandlung von Frau und Mann, vor allem im Bereich der Lohngleichheit" sicherstellen soll (Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1186).

³⁵ Annex 5 des GATT/WTO-Übereinkommens verwendet den zutreffenden Ausdruck "Baudienstleistungen".

dere Vergabe zulässig ist.

Welche sonstigen Dienstleistungen (über die "Baufträge" hinaus) dem neuen Vergaberecht unterstehen, ergibt sich aus dem jeweils anzuwendenden Erlass. GPA, BoeB und IVöB beschränken ihren diesbezüglichen Anwendungsbereich auf die im Anhang I/Annex 4 zum GATT/WTO-Übereinkommen umschriebenen Dienstleistungsaufträge.³⁶ Für die "übrigen Beschaffungen" des Bundes, die nicht unter das BoeB (sondern nur unter die VoeB) fallen, enthält die Verordnung keine derartige Beschränkung. Und was das Binnenmarktgesetz angeht, so erstreckt sich sein Anwendungsbereich auf alle "öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben", ohne dass irgendwelche Dienstleistungen ausgeschlossen wären (Art. 5 BGBM).

- d. Der Beschwerdeschutz. Gleichbehandlungsprinzip und Diskriminierungsverbot bleiben leere Rechtsgrundsätze, wenn ihre praktische Durchsetzung versagt. Ein wichtiges Mittel zur Durchsetzung ist der öffentliche Beschwerdeschutz, der es den Anbieterinnen ermöglicht, widerrechtliche Entscheide der Vergabebehörden (namentlich einen widerrechtlichen Zuschlag) durch förmliche Beschwerde anzufechten. Bis anhin bestand ein solcher Schutz nur in wenigen Kantonen. Diesbezüglich aber hat sich einiges geändert.³⁷ Denn:

Für Beschaffungen, die unter das BoeB fallen³⁸, sieht das neue Beschaffungsgesetz des Bundes eine Beschwerdemöglichkeit vor (vgl. Art. 26 ff. BoeB), wozu der Bund schon durch das GATT/WTO-Übereinkommen (Art. XX GPA) verpflichtet ist. Und was die Kantone betrifft, so sind sie gezwungen, einen öffentlich-rechtlichen Beschwerdeschutz der Anbieterinnen einzuführen, der den Anforderungen des GATT/WTO-Übereinkommens (Art. XX GPA), des Binnenmarktgesetzes (Art. 9 BGBM) und gegebenenfalls der IVöB (Art. 15 ff. IVöB) entspricht.³⁹

- e. Das "Prüfungssystem". Den Zuschlag soll nur erhalten, wer zur Ausführung des geplanten Auftrages überhaupt geeignet ist, weshalb zu jedem Vergabeverfahren auch eine Eignungsprüfung gehört (vgl. z.B. Art. 9 BoeB und Art. 9 VoeB). Das neue Vergaberecht des Bundes stellt es der Auftraggeberin aber frei, ein vom konkreten Vergabefall getrenntes (somit abstraktes) "*Prüfungssystem*" einzurichten und Anbieterinnen, welche bestimmte Eignungskriterien erfüllen, in ein Verzeichnis aufzunehmen (Art. 10 BoeB; zu den Einzelheiten: Art. 10 f. VoeB). Dieses "Prüfungssystem" erlaubt es der Auftraggeberin, bei der konkreten Eignungsprüfung, die im einzelnen Vergabefall vorzunehmen ist, auf das Verzeichnis abzustellen, auch wenn die Vergabe im selektiven Verfahren erfolgt (vgl. Art. 12 Abs. 2 VoeB). Nach Art. 12 Abs. 3 VoeB ist die Auftraggeberin allerdings verpflichtet, auch Anbieterinnen, die noch nicht im Verzeichnis aufgeführt sind, am selektiven Verfahren teilnehmen zu lassen, "sofern sich die Beschaffung durch die (vorherige) Aufnahme ins Verzeichnis nicht verzögert"⁴⁰.

- f. Die Schwellenwerte. Ob ein bestimmter Auftrag dem GATT/WTO-Übereinkommen un-

³⁶ Für das BoeB vgl. die konkretisierende Aufzählung in Anhang 1 zur VoeB (BEILAGE 2).

³⁷ Vgl. dazu Michel, Der Rechtsschutz, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 119 ff.

³⁸ Beachte aber Art. 2 Abs. 3 BoeB.

³⁹ Eine noch offene (aber lösbare) Rechtsfrage ist, wie es sich mit der Realisierung des Beschwerdeschutzes verhält, wenn die Auftraggeberin, die ihn zu gewähren hat, ausnahmsweise eine Rechtsperson des privaten Rechtes ist.

⁴⁰ Kritisch zur Einschränkung, wonach sich die Beschaffung durch die Aufnahme ins Verzeichnis nicht verzögern darf: Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 123.

terliegt oder nicht, entscheidet sich unter anderem danach, ob der Wert des Auftrages einen bestimmten Schwellenwert erreicht. Das Übereinkommen sieht für verschiedene Auftragsarten und Auftraggeber verschiedene Schwellenwerte vor, die entsprechenden Eingang auch in das BoeB (Art. 6) und in die IVöB (Art. 7) gefunden haben (vgl. BEILAGE 3).⁴¹ Durch die erwähnten Schwellenwerte wird der Anwendungsbereich der genannten Erlasse mit den darin enthaltenen Rechtsschutzvorschriften konkretisiert. Davon zu unterscheiden sind die Schwellenwerte nach Art. 34 ff. VoeB, Art. 43 VoeB und Art. 45 NSV, die sich auf das anzuwendende Verfahren beziehen.

Keine Schwellenwerte enthält das Binnenmarktgesetz, weshalb ihm "die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben" (Art. 5 Abs. 1 BGBM) ohne Rücksicht auf einen bestimmten Auftragswert unterstehen. Der Publikationspflicht nach Art. 5 Abs. 2 BGBM unterliegen allerdings nur "die Vorhaben für *umfangreiche* öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten".

- g. Die Vergesetzlichung des Vergaberechts. Während das Vergaberecht des Bundes bis anhin vor allem auf Verordnungsstufe geregelt war, hat mit dem neuen BoeB auch der *Bundgesetzgeber* eingegriffen. Der Erlass eines formellen Vergabegesetzes wurde insbesondere im Hinblick auf den neu geschaffenen Beschwerdeschutz der Anbieterinnen (Art. 26 ff. BoeB) erforderlich. Analoge Entwicklungen gibt es in jenen Kantonen, die bis anhin noch über kein formelles Vergabegesetz verfügt haben.

III. Zahlreiche Einzelfragen

Jede Rechtsänderung stellt Praxis und Lehre vor neue Fragen. So verhält es sich auch mit Bezug auf das neue Vergaberecht der Schweiz. Diesbezüglich sind die Fragen sogar besonders zahlreich, weil das geänderte Recht ja auf einer Vielzahl neuer Erlasse beruht. Die Fragen, die sich stellen sind teils praktischer, teils dogmatischer Natur. Einige davon greife ich nachstehend heraus, indem ich sie unter den folgenden Stichworten behandle:

1. Die Suche nach dem anwendbaren Recht. Sie gestaltet sich für den Rechtssuchenden besonders schwierig, weil das neue Vergaberecht der Schweiz heillos zersplittert und in seinem Zusammenspiel keineswegs leicht zu durchschauen ist.

- a. Schon *die Frage nach den Anwendungsbereichen* der verschiedenen Vergabeerlasse lässt sich nur schwer beantworten. Aber auch dann, wenn im Einzelfall feststeht, dass die konkrete Vergabe z.B. in den *Vergabebereich des Bundes* fällt, sind die Schwierigkeiten keineswegs behoben, da die Verteilung des Regelungsstoffes auf BoeB und VoeB zu neuen Anwendungsfragen Anlass gibt, die mit dem Erlass eines umfassenden Vergabegesetzes (für den ganzen Bereich der Bundesbeschaffungen) vermeidbar gewesen wären. Ein kurzer Blick auf das in BEILAGE 4 abgedruckte Schema von Dr. Anton Henninger genügt, um festzustellen, dass der Praktiker bei der Suche nach dem richtigen Recht vielfach überfordert ist. Insbesondere widersprechen auch die zahlreichen Verweisungen, mit denen die Verfahrensvorschriften der Art. 34 ff. VoeB "die übrigen Beschaffungen" des Bundes regeln, den elementarsten Anforderungen an eine klare Rechtsgestaltung.

⁴¹ Zu den massgeblichen Schwellenwerten bei Planungs- und Gesamleistungswettbewerben vgl. die Sonderbestimmungen der Art. 43 und 44 VoeB.

- b. Wer sich anheischig macht, das Vergabeverfahren "transparent" zu gestalten, sollte mit einer transparenten Gestaltung der Rechtsgrundlagen beginnen! Diese Mahnung gilt namentlich auch *mit Bezug auf den Planungs- und den Gesamtleistungswettbewerb*, die für die moderne (ergebnisorientierte) Baupraxis von grosser Bedeutung sind.

Im neuen Bundesvergaberecht werden die erwähnten Wettbewerbe (für den Vergabebereich des Bundes) zwar ausführlich geregelt.⁴² Die einschlägige Regelung, die sich im vierten Kapitel der VoeB (in den Art. 40-57) findet, enthält jedoch zahlreiche Unklarheiten⁴³, die schon bei der Umschreibung der einzelnen Wettbewerbsarten (Art. 42 VoeB)⁴⁴ beginnen. Ausserdem erschwert sie die Rechtsfindung auch dadurch, dass sie die komplizierte Materie nicht abschliessend ordnet, sondern die übrigen Bestimmungen der Verordnung mitgelten lässt, soweit diese Bestimmungen den Vorschriften des vierten Kapitels nicht widersprechen (Art. 40 Abs. 2 VoeB)⁴⁵. Damit bleibt es dem Rechtssuchenden und seiner Findigkeit überlassen, sich durch eigene Kombinationen ein Gesamtbild über die auf den konkreten Wettbewerb anwendbaren Regeln zu verschaffen, was um so anspruchsvoller ist, als partiell je andere Regeln gelten, wenn der Wettbewerb in den Anwendungsbereich des BoeB oder wenn er in den Regelungsbereich der "übrigen Beschaffungen" (Art. 32 ff. VoeB) fällt⁴⁶. Für alle Wettbewerbsverfahren gilt ausserdem der Grundsatz, dass die Detailregelung der Auftraggeberin selber obliegt, die zu diesem Zweck "auf einschlägige Bestimmungen der Fachverbände verweisen" kann, soweit die betreffenden Bestimmungen nicht im Widerspruch zur Verordnung stehen (Art. 41 VoeB).

Trotz aller Schwierigkeiten, die sich aus der geschilderten Rechtslage ergeben, ist aber positiv zu vermerken, dass der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im Bundesvergaberecht *überhaupt* geregelt wurde, während sich das GATT/WTO-Übereinkommen auf wenige Aussagen zum "Design-Wettbewerb" beschränkt (Art. XV Ziff. 1 lit. j GPA)⁴⁷ und das Vergabek Konkordat der Kantone (IVöB) keine einschlägigen Sonderregeln enthält.⁴⁸

2. Das Verhältnis zwischen Vergaberecht und Vertragsrecht. Die Frage, wie das Vergaberecht sich zum Vertragsrecht verhält, gehört zu den grundlegenden Fragen des öffentlichen Beschaffungswesens.

42 Vgl. darüber: Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 187 ff. und Ulrich, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure, in: A. Koller (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht, St. Gallen 1996, S. 161 ff.

43 Vgl. dazu Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 187 ff.

44 Art. 42 VoeB lautet: "Planungswettbewerbe können durchgeführt werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen: a. zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben (Ideenwettbewerb); b. zu klar umschriebenen Aufgaben und zur Ermittlung von geeigneten Vertragspartnern und Vertragspartnerinnen, welche diese Lösungen teilweise oder ganz realisieren (Projektwettbewerb)" (Abs. 1). "Gesamtleistungswettbewerbe werden durchgeführt zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu klar umschriebenen Aufgaben sowie zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung" (Abs. 2). (Auszeichnungen hinzugefügt).

45 Nach Art. 40 Abs. 2 VoeB gelten "die Bestimmungen der übrigen Kapitel dieser Verordnung ... insoweit, als diese denjenigen dieses Kapitels nicht widersprechen". Sic!

46 Vgl. dazu Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 187 ff. und 202.

47 Vgl. dazu Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 186 f.

48 "Um dem Grundsatz einer Rahmenvereinbarung gerecht zu werden, wurde der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb nicht erwähnt" (Musterbotschaft IVöB zu Art. 12 lit. a).

- a. Die Frage ist zwar nicht neu, kommt im Zusammenhang mit der Umgestaltung des Vergaberechts aber erneut zur Diskussion.⁴⁹ Bei ihrer *Beantwortung* stelle ich ab auf den Normalfall, in dem die Vergabe des öffentlichen Auftrages sich auf den Abschluss eines *privatrechtlichen* Vertrages (z.B. eines Bauwerk- oder eines Architektenvertrages) richtet.⁵⁰ Ausgehend von diesem Fall unterscheide ich:

- ⇒ Das *Vergaberecht*, das die einschlägigen Erlasse (BoeB, VoeB usw.) enthält, *regelt die öffentlich-rechtliche Seite der Vergabe*. Das gilt namentlich auch für die rechtlichen Regeln über die Art und den Ablauf des anzuwendenden Vergabeverfahrens, über die Vergabegrundsätze, den Zuschlag und den Beschwerdeschutz. Sie gehören zum öffentlichen Recht. Der Zuschlag selber ist ein verwaltungsrechtlicher Entscheid, allenfalls eine Verfügung (vgl. z.B. Art. 29 lit. a BoeB und Art. 13 lit. g IVöB), worin die Vergabebehörde bestimmt, mit wem und mit welchem Inhalt der Beschaffungsvertrag abgeschlossen werden soll. Der Sache nach ist er zu unterscheiden vom Abschluss des betreffenden Vertrages, der auf Konsens beruht und dem Zuschlag in aller Regel auch zeitlich nachfolgt (vgl. Art. 22 BoeB, Art. 14 IVöB).
- ⇒ *Vertragsabschluss und Vertrag unterstehen dem privaten Vertragsrecht*,⁵¹ somit den Bestimmungen des OR, soweit keine andern Regeln des Privatrechts eingreifen.⁵² Nach den anwendbaren Regeln des privaten Vertragsrechts (nicht des öffentlichen Vergaberechts) beurteilen sich somit: a) die Bindungswirkung eines eingereichten Angebotes: seine Annahmefähigkeit⁵³, die Dauer der Annahmefrist⁵⁴ und die Widerrufbarkeit der Offerte⁵⁵; b) das Zustandekommen, die Gültigkeit⁵⁶, der Inhalt und

49 Vgl. bereits Gauch, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, BR 1996, S. 103 ff.; derselbe, Zuschlag und Vertrag nach dem neuen Beschaffungsgesetz der Schweiz, in: Festschrift für Götz von Craushaar, Düsseldorf 1997, S. 85 ff.

50 Die Möglichkeit, dass es sich bei einem abzuschliessenden Vertrag ausnahmsweise um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag des öffentlichen Rechts handeln könnte, bleibt nachfolgend ausser Betracht.

51 Vgl. dazu und zum Folgenden: Gauch, zit. in Anm. 49.

52 Möglich ist z.B. auch, dass im Einzelfall einschlägige Bestimmungen des Wiener Kaufrechts eingreifen oder dass nach Massgabe des Internationalen Privatrechts die Grundsätze ausländischen Vertragsrechts zur Anwendung kommen.

53 Die privatrechtliche Frage, ob ein eingereichtes Angebot rechtswirksam und damit annahmefähig ist, muss unterschieden werden von der ganz andern, vergaberechtlichen Frage, ob das konkrete Angebot im betreffenden Verfahren berücksichtigt werden darf. Zum Beispiel ändert der blosser Umstand, dass das Angebot mit einem "wesentlichen Formfehler" im Sinne des Art. 19 Abs. 3 BoeB behaftet ist, nichts an der privatrechtlichen Wirksamkeit des Angebotes (vgl. dazu Gauch, BR 1996, S. 103 f., sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 49, S. 90; Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 109 f.).

54 Die Dauer der Annahmefrist beurteilt sich auch dann nach Privatrecht, wenn die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen festlegt, wie lange die Anbieterinnen an ihr Angebot gebunden sind (vgl. z.B. Art. 18 Abs. 2 VoeB). Nach den Grundsätzen des Obligationenrechts wird die Bindefrist der Ausschreibungsunterlagen jedoch zur stillschweigend angesetzten Annahmefrist (Art. 3 Abs. 1 OR), falls die Anbieterin ihr Angebot einreicht, ohne diesbezüglich etwas anderes zu bestimmen. Die für ein Angebot geltende Annahmefrist kann weder durch die Auftraggeberin (einseitig) verlängert werden, noch wird sie durch den blossen Umstand verlängert, dass sich die Vergabe durch Angebotsverhandlungen oder durch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde verzögert. Zum Ganzen: Gauch, BR 1996, S. 104, sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 49, S. 92.

55 Zum Beispiel gilt die Widerrufsregel des Art. 9 Abs. 1 OR auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (zu den Einzelheiten vgl. Gauch, BR 1996, S. 104, sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 49, S. 92 f.).

die vorzeitige Auflösung des Vertrages⁵⁷.

Eine Besonderheit gilt für das *Stellvertretungsrecht*: "Soweit die Ermächtigung, im Namen eines andern Rechtshandlungen vorzunehmen, aus Verhältnissen des öffentlichen Rechtes hervorgeht", beurteilt sie sich, wie Art. 33 Abs. 1 OR bestimmt, "nach den Vorschriften des öffentlichen Rechtes". Dieser Verweis hat im vorliegenden Zusammenhang durchaus praktische Bedeutung, weil die Vollmacht der staatlichen Funktionäre auch durch das anwendbare Vergaberecht beschränkt sein kann. Eine entsprechende Regel enthält z.B. Art. 22 Abs. 1 BoeB, wonach der Vertrag mit der Anbieterin (noch) nicht abgeschlossen werden darf, wenn einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Dieses "Abschlussverbot" wirkt zugleich als Vollmachtsbeschränkung.⁵⁸ Ob andere Vergaberegeln (z.B. die Regeln über den Ausschluss eines Angebotes⁵⁹ oder einer Anbieterin⁶⁰) in gleicher Weise wirken, ist eine Auslegungsfrage, die einer vertieften Untersuchung bedarf.

- b. Mit der getroffenen Unterscheidung ist die Frage, wie sich öffentliches Vergaberecht und privates Vertragsrecht zueinander verhalten, noch nicht erledigt. Denn im Vergabeverfahren tritt die Auftraggeberin mit jeder Anbieterin in ein *Verhandlungsverhältnis*, und zwar gleichgültig, ob sie den Auftrag im offenen, im selektiven oder in einem sonstigen Verfahren vergibt.⁶¹

Dieses Verhandlungsverhältnis ist, wenn es um den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages geht, einerseits ein *Rechtsverhältnis des privaten Rechts*: ein Vertrauensverhältnis (Treueverhältnis), das die daran Beteiligten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verpflichtet und dessen Verletzung (etwa die Verletzung der Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln) zu einer privatrechtlichen Culpa-Haftung der Auftraggeberin oder einer Anbieterin führen kann⁶², was für einzelne Tatbestände sogar gesetzlich vorge-

⁵⁶ Ob der zustandegekommene Vertrag gültig oder ungültig ist, beurteilt sich ausschliesslich nach den anwendbaren Regeln des Privatrechts. Umgekehrt steht aber fest, dass sämtliche Gründe, die einen Vertrag nach dem anwendbaren Privatrecht ungültig (allenfalls einseitig unverbindlich) machen, im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ebenfalls greifen. Zu diesen Gründen gehört auch der Nichtigkeitsmangel des Art. 20 OR, der jedoch ein Inhaltsmangel ist, weshalb die blosser Verletzung der öffentlich-rechtlichen Vergaberegeln keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne des Art. 20 OR darstellt.

⁵⁷ Dass es auch diesbezüglich auf das private Vertragsrecht ankommt, ist unter anderem von Bedeutung, wenn der Zuschlag widerrufen oder angefochten wird. Nach schweizerischem Zivilrecht ist der blosser Widerruf oder die erfolgreiche Anfechtung des Zuschlages kein Grund, der den bereits abgeschlossenen Vertrag ipso iure beseitigt (vgl. Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 331 f., und BR 1996, S. 104 f., sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 49, S. 93 ff.). Im Einzelfall kann der Vertrag jedoch an einem privatrechtlichen Ungültigkeitsmangel leiden oder die Auftraggeberin zur vorzeitigen Vertragsauflösung (allenfalls auch zu einer Auflösungsklage nach Art. 13 lit. a KG) berechtigt sein. Handelt es sich um einen Werkvertrag (Art. 363 OR) oder um einen einfachen Auftrag (Art. 394 OR), so verfügt die Auftraggeberin sogar über ein voraussetzungsloses Auflösungsrecht (Art. 377/404 OR). Macht sie indes von diesem Recht Gebrauch, so hat sie dem Werkunternehmer grundsätzlich das volle Erfüllungsinteresse (Art. 377 OR) oder dem Beauftragten das negative Interesse zu ersetzen, wenn (im zweiten Fall) der einfache Auftrag zur Unzeit aufgelöst wird (Art. 404 Abs. 2 OR). Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Schadenersatzpflicht allerdings herabgesetzt werden oder völlig entfallen (vgl. darüber Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 554/567 ff., und recht 1992, S. 12 f.).

⁵⁸ Vgl. bereits Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 331, wo die Frage aufgeworfen, aber noch nicht eindeutig bejaht wurde.

⁵⁹ Z.B. Art. 19 Abs. 3 BoeB.

⁶⁰ Z.B. Art. 11 BoeB.

⁶¹ Hierzu und zum Folgenden: Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 334 f., und BR 1996, S. 105, sowie Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 49, S. 95 ff.

⁶² Vgl. zum Verhandlungsverhältnis überhaupt: Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht (Allge-

sehen ist (z.B. Art. 26 und Art. 31 Abs. 3 OR). Andererseits enthält das öffentliche Vergaberecht verschiedene *Bestimmungen, die den Charakter öffentlicher Rechtssätze haben*. Solche Rechtssätze komplettieren das privatrechtliche Verhandlungsverhältnis, weshalb das Gesamtverhältnis zwischen Angebotsfirma und Auftraggeberin vom privaten *und* vom öffentlichen Recht beherrscht wird⁶³. Dazu kommt ein Weiteres:

Wer an einem Vergabeverfahren teilnimmt, darf selbstverständlich darauf vertrauen, dass sich die Auftraggeberin bei der Durchführung des Verfahrens (namentlich auch beim Zuschlag) an die Regeln der anwendbaren Vergabeordnung hält. Das aber bedeutet, dass das für die private Culpa-Haftung relevante Vertrauensverhältnis durch die einschlägigen Regeln der öffentlichen Vergabeordnung inhaltlich konkretisiert und näher ausgestaltet wird.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages das private und das öffentliche Recht in mannigfacher Weise zusammenwirken. Darin äussert sich *das interdependente Verhältnis der beiden Rechtsgebiete*, die ineinandergreifen, wenn der abzuschliessende Vertrag (wie es dem Normalfall entspricht) dem privaten Recht untersteht. Die bisweilen geäusserte Meinung, das private Recht beginne erst *mit* oder gar *nach* dem Abschluss des Vertrages zu spielen, während die ganze Vorphase dem öffentlichen Recht unterstehe, widerspiegelt eine überholte Denkweise, welche die funktionale Zusammengehörigkeit des öffentlichen und privaten Rechts verkennt.

3. Der öffentliche Rechtsschutz der Anbieterinnen. Davon war bereits die Rede. Die praktische Bedeutung, welche dem öffentlichen Rechtsschutz für die Realisierung der angestrebten Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zukommt, rechtfertigt es aber, das Thema nochmals aufzugreifen. Da eine umfassende Behandlung des Themas (unter Einschluss der Kantons- und Gemeindestufe) schon für sich allein ein Referat mit zahlreichen Fragen ergäbe, beschränke ich mich auf den Rechtsschutz *im Bereich der öffentlichen Bundesbeschaffungen*. Diesbezüglich ist anzumerken:

- a. Für Beschaffungen, die unter das *BoeB* fallen⁶⁴, sieht das neue Beschaffungsgesetz des Bundes vor, dass die in Art. 29 *BoeB* umschriebenen Verfügungen der Auftraggeberin durch Beschwerde anfechtbar sind (Art. 26 ff. *BoeB*). Möglicher Anfechtungsgrund ist die Verletzung von Bundesrecht, nicht aber die Unangemessenheit der Verfügung (Art. 31 *BoeB*). Beschwerdeinstanz ist eine besondere Rekurskommission, die 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*). Mit der zuletzt zitierten Bestimmung wird zugleich klargestellt, dass die Rekurskommission keinerlei Befugnis hat, den bereits abgeschlossenen Vertrag aufzuheben (im gleichen Sinne: Art. 9 Abs. 3 *BGBM* und Art. 18 Abs. 2 *IVöB*).
- b. Für Praxis und Lehre stellt sich die Frage, was von diesem Beschwerdeschutz zu halten ist. Im Sinne einer kurzen *Würdigung* halte ich fest:

meiner Teil), 6. Aufl., Zürich 1995, Nr. 948 ff./962a ff.; Gauch, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 471/489 ff., und ZSR 114, 1995 I, S. 334; Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 88.

⁶³ Vgl. Gauch, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 485, und ZSR 114, 1995, I, S. 334 f.

⁶⁴ Beachte aber Art. 2 Abs. 3 *BoeB*.

- ⇒ Positiv ist gewiss, dass ein öffentlicher Beschwerdeschutz eingeführt wurde. Umgekehrt aber fällt auf, dass der *Schutz in mehrfacher Hinsicht* abgeschwächt ist: Die anfechtbaren Verfügungen sind restriktiv umschrieben (Art. 29 BoeB)⁶⁵. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung nur, wenn die Rekurskommission sie auf Gesuch hin erteilt (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Abgesehen vom Fall der aufschiebenden Wirkung darf der Vertrag trotz hängiger Beschwerde abgeschlossen werden (Art. 22 Abs. 1 BoeB).⁶⁶ Die Rekurskommission entscheidet endgültig (Art. 27 Abs. 1 BoeB), ohne Möglichkeit zum Weiterzug. Sie ist auch insofern die "einzige" Instanz, als die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht für das gesamte Beschaffungswesen des Bundes ausgeschlossen wurde (Art. 100 lit. x OG).⁶⁷
- ⇒ Der Beschwerdeschutz nach BoeB wird zwar ergänzt durch den besonderen *Haftungsschutz des Art. 34 BoeB*. Danach hat eine Anbieterin, die durch eine anfechtbare Verfügung (Art. 29 BoeB) rechtswidrig geschädigt wird, Anspruch auf Ersatz des Schadens. Dieser Ersatzanspruch ist ein *Deliktsanspruch des öffentlichen Rechts*⁶⁸, 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)⁶⁹, deckt also im Bereich des Vergabeschadens nicht einmal das volle Negativinteresse.⁷⁰ Aber auch sonst ist die Schadenersatzregelung, die sich am Minimalstandard des GATT/WTO-Übereinkommens orientiert⁷¹, alles andere als anbieterfreundlich⁷². Für die Geschädigte hat sie zwar den Vorteil, dass ihr Ersatzan-

⁶⁵ Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören nach Art. 29 BoeB: "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."

⁶⁶ Nach Art. 22 Abs. 1 BoeB darf "der Vertrag ... nach dem Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, die Rekurskommission ... habe einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung ... erteilt". Der Vorbehalt, wonach der Vertrag im zuletzt genannten Fall (noch) nicht abgeschlossen werden darf, stösst allerdings ins Leere, wenn der Vertrag schon vorher abgeschlossen wurde. Deshalb verlangt Art. 14 Abs. 1 IVöB (nicht aber Art. 22 Abs. 1 BoeB!), dass mit dem Vertragsabschluss bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zuzuwarten sei.

⁶⁷ Art. 100 lit. x OG wurde durch die Schlussbestimmungen des BoeB eingefügt. Zur Frage, wie es sich mit der Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat verhält, vgl. Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 328.

⁶⁸ Diese Auffassung wird mittelbar bestätigt durch Art. 34 Abs. 3 BoeB, wonach "im übrigen das Verantwortlichkeitsgesetz" zur Anwendung kommt. Die öffentlich-rechtliche Konzeption der Schadenersatzregelung bedarf jedoch der Überprüfung, soweit privatrechtliche Organisationen dem Gesetz unterstellt werden (Art. 2 Abs. 2 BoeB).

⁶⁹ Vgl. dazu im einzelnen: Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 330.

⁷⁰ Ob es 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 vergaberechtswidrig 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, 13. Aufl., Düsseldorf 1996, Einleitung, Nr. 66, S. 91 ff. und die dortigen Hinweise, namentlich BGH BauR 1993, S. 215).

⁷¹ Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1203.

⁷² Denn erstens setzt der Ersatzanspruch voraus, dass die Rechtswidrigkeit von der Rekurskommission fest-

spruch 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", sagte der deutschsprachige Berichterstatter im Nationalrat, "dafür sorgen, dass wir den Bund vor Schaden bewahren"⁷³. Trotz dieser eigenartigen Zielsetzung bin ich allerdings der Ansicht, dass Art. 34 BoeB die Haftungsfrage nicht abschliessend regelt, sondern eine konkurrierende Haftung aus privatrechtlicher "culpa in contrahendo" zulässt.⁷⁴ Dass für die Beurteilung der konkurrierenden Ansprüche je andere Behörden zuständig sind, verkompliziert zwar die Rechtslage, was jedoch als Inkonvenienz hinzunehmen ist, will man die materiellen Rechtsansprüche der Bürgerinnen und Bürger nicht an der Zuständigkeitsordnung scheitern lassen.

- ⇒ Schon die bisherigen Hinweise zeigen, dass ein gesetzgeberischer Wille, die Anbieterinnen *wirksam* zu schützen, bei der Schaffung des neuen Bundesvergaberechts nur im gerade erforderlichen Minimum vorhanden war. Dazu kommt, dass der neu geschaffene Rechtsschutz sich einzig auf Beschaffungen bezieht, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, und auch diesbezüglich nicht ausnahmslos greift (vgl. Art. 2 Abs. 3 BoeB). Für die "übrigen Beschaffungen" des Bundes erklärt dagegen Art. 39 VoeB, dass die Entscheide der Vergabebehörden keine Verfügungen sind. Mit diesem merkwürdigen Kunstgriff⁷⁵ stellt der Verordnungsgeber klar, dass die betreffenden Anbieterinnen weder über den Beschwerde- noch über den Haftungsschutz des BoeB verfügen, noch die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat (Art. 72 ff. VwVG) erheben können.⁷⁶ Nachdem auch die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen wurde (Art. 100 lit. x OG), ist dies ein deplorable Zustand, den man um so mehr bedauern muss, als zur Zeit noch die gesamte Auftragsvergabe der SBB (auch im Rahmen der NEAT) zu den "übrigen Beschaffungen" des Bundes gehört.⁷⁷ Was den verletzten Anbieterinnen allerdings bleibt, ist ein möglicher Schadenersatzanspruch nach allgemeinen Grundsätzen, namentlich nach den Regeln der privatrechtlichen Culpa-Haftung.

- c. Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage lässt sich ohne Übertreibung sagen, dass der Bund es versäumt hat, die angestrebte Liberalisierung seines Vergabewesens durch ein *grosszügiges* Rechtsschutzsystem wirksam zu unterstützen. Seine diesbezügliche Zurückhaltung ist nur schwer verständlich. Ausserdem steht sie in einem auffälligen

gestellt wurde (Art. 34 Abs. 1 BoeB), weshalb es ohne Beschwerdeverfahren keinen Schadenersatz gibt (Botschaft, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1202). Zweitens gilt für die Beurteilung des Schadenersatzanspruchs ein spezielles Entscheidungsverfahren mit besonderen (ausserordentlichen) Entscheidungsinstanzen (Art. 35 Abs. 1 und 2 BoeB, Art. 64 VoeB). 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).

- 73 Fischer, Nationalrat 13.12.1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2305.
- 74 Vgl. Gauch, ZSR 114, 1995 I, 335 f., mit eingehender Begründung. Beachte auch Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995, S. 131. Ablehnend: Ulrich, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure, in A. Koller (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht, St. Gallen 1996, S. 159.
- 75 Kritisch dazu: Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 155 f.
- 76 Zur Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat vgl. schon Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 328; Galli/Lehmann/Rechsteiner (zit. in Anm. 1, S. 156) scheinen zu bezweifeln, dass sie tatsächlich ausgeschlossen ist.
- 77 Das mit der EU angestrebte Abkommen wird es dem Bundesrat jedoch erlauben, die SBB nach Art. 2 Abs. 2 BoeB dem Gesetz mit seinem Rechtsschutzsystem zu unterstellen (Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 7 f.).

Widerspruch zu den strengen Anforderungen, die das Binnenmarktgesetz des Bundes (Art. 9 BGBM) an den Rechtsschutz der Anbieterinnen bei öffentlichen Beschaffungen der *Kantone und Gemeinden* stellt. Ob und wie lange ein derartiger Widerspruch politisch tragbar bleibt, wird die Zukunft weisen. Aus föderalistischer Sicht ist es jedenfalls stossend, dass der Bundesgesetzgeber mit zwei verschiedenen Ellen misst, je nachdem, ob er seine eigenen Angelegenheiten ordnet oder diejenigen der Kantone und Gemeinden.

Auf einem ganz anderen Blatt steht schliesslich die Frage, ob das Rechtsschutzsystem des Bundesvergabewesens die Erfordernisse erfüllt, die Art. 6 EMRK an ein faires Gerichtsverfahren stellt. Die Frage, die hier nicht weiter untersucht werden soll, stellt sich deshalb, weil der Streit um die Vergabe eines öffentlichen Auftrages (namentlich auch der Streit um allfällige Schadenersatzansprüche) eine "zivilrechtliche" Streitigkeit im Sinne dieser Bestimmung ist.⁷⁸

4. Die NEAT-Vergabe. Mit ihr befasst sich Art. 13 des Alpen transitbeschlusses (ATB). Sein Wortlaut ist bekannt: "Der Bund stellt im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau den freien Wettbewerb für die einzelnen Teilstücke sicher" (Abs. 1). "Für in- und ausländische Bewerber sind gleichwertige Wettbewerbsbedingungen zu verlangen" (Abs. 2). Was aber ist von diesem wettbewerbsfreundlichen Programm geblieben? Sicher eine Menge von Fragen, die immer noch auf eine fundierte Antwort warten. Unter anderem fragt sich, ob der Bund die Aufgabe, den freien Wettbewerb bei der NEAT-Vergabe "im Rahmen seines Submissionsrechts sicherzustellen", tatsächlich erfüllt hat. Hinter diese Frage erlaube ich mir, ein Fragezeichen zu setzen.

Zwar trifft es zu, dass die NEAT-Vergabe, soweit sie durch die SBB erfolgt, unter die neue Vergabeverordnung (die VoeB) des Bundes fällt und insofern "im Rahmen seines Submissionsrechts" (unter der Rubrik "übrige Beschaffungen" des Bundes) geregelt ist. Richtig ist auch, dass die Verordnung explizit auf die NEAT-Vergabe Bezug nimmt, indem Art. 33 Abs. 2 VoeB "die Beschaffungen im Rahmen des Alpen transit-Beschlusses" vom Gegenrechtsprinzip ausnimmt. Was zur Zeit aber noch völlig fehlt, ist ein öffentlicher Beschwerdeschutz der Anbieterinnen: Eine Lücke, die sich mit der Anweisung, den freien Wettbewerb "sicherzustellen", nur schwer vereinbaren lässt. Denn die Erfüllung dieser Anweisung erfordert, dass auch die Anbieterinnen von NEAT-Leistungen über einen angemessenen Beschwerdeschutz verfügen.⁷⁹

Soviel zur SBB! Wie aber verhält es sich mit den NEAT-Aufträgen, die durch andere Bauherren vergeben werden? Im Vordergrund steht die BLS AlpTransit AG, eine Tochtergesellschaft der BLS. Diese Bauherrin (eine juristische Person des privaten Rechts) untersteht weder dem BoeB noch der VoeB des Bundes, sondern dem Vergaberecht der Kantone, soweit das kantonale Vergaberecht auf die konkrete Beschaffung überhaupt zur Anwendung kommt. Nachdem auf Bundesebene auch eine einschlägige Regelung in Analogie zu Art. 44 ff. NSV fehlt, kann mit Bezug auf die fraglichen NEAT-Aufträge wohl kaum gesagt werden, dass der Bund den freien Wettbewerb "im Rahmen seines Submissionsrechts" sichergestellt habe. Dieses Manko besteht unbekümmert um Vereinbarungen, welche die BLS AlpTransit AG gegenüber der Eidgenossenschaft vertraglich verpflichten, das jeweilige Submissionsrecht des Bundes oder die Richtlinien des Bundesamtes für Verkehr einzuhalten. Derartige Vereinbarungen gehören weder zum "Submissionsrecht" des Bundes, wie Art. 13 ATB es versteht, noch vermögen sie die föderalistische Zuständigkeitsordnung der Schweiz zu durchbrechen. Was not tut, ist ein einschlägiger Bundeserlass, der Art. 13 ATB unter Einbezug aller NEAT-Bauherren umsetzt.

⁷⁸ Vgl. z.B. Bock, zit. in Anm. 2, S. 193.

⁷⁹ Vgl. bereits Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 319.

5. Die Besonderheiten des Binnenmarktgesetzes. Damit "Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben" (Art. 1 Abs. 1 BGBM), greift das Binnenmarktgesetz auch in das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden ein, während es die öffentlichen Beschaffungen des Bundes unberührt lässt. Die einschlägige Regelung weist verschiedene Besonderheiten auf, die ihrerseits zu besonderen Fragen Anlass geben, was ich an drei bereits zitierten Bestimmungen demonstrieren will:

⇒ Nach *Art. 5 Abs. 1 BGBM* dürfen Vorschriften des kantonalen und interkantonalen Vergaberechts sowie Verfügungen, die sich darauf stützen, "Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht"⁸⁰. Nach Massgabe dieser Bestimmung ist es den Kantonen, Gemeinden und andern Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben grundsätzlich auch verboten, von ortsfremden Konkurrenten mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz die Einhaltung der am Leistungsort geltenden Arbeits- und Arbeitsschutzbedingungen zu verlangen.⁸¹ Daraus ergibt sich erstens ein eigenartiger Widerspruch zum Bundesvergaberecht, das für die öffentlichen Beschaffungen des Bundes exakt das Gegenteil vorschreibt (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB, Art. 6 VoeB)⁸². Zweitens fragt sich, wie sich dieses Verbot zu Art. 7 UWG⁸³ und zu Art. 11 lit. e IVöB⁸⁴ verhält. Und drittens stellt sich die Frage, was für die ausländischen Anbieterinnen gilt, die nicht unter das Binnenmarktgesetz fallen.

Die zuletzt gestellte Frage bereitet Schwierigkeiten, wenn es sich um ausländische Anbieterinnen handelt, die für den betreffenden Vergabefall einen international vereinbarten Anspruch auf Inländerbehandlung (insbesondere nach Massgabe des GATT/WTO-

⁸⁰ Art. 3 BGBM befasst sich mit den Beschränkungen des freien Marktzuganges, indem er bestimmt: "Für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter darf der freie Zugang zum Markt nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen: a. gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten; b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind; und c. verhältnismässig sind" (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Derartige Beschränkungen "dürfen in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten" (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

⁸¹ Vgl. S. 1268 f. der bundesrätlichen Botschaft zum Binnenmarktgesetz (BBl 1995 I 1213 ff.); ferner: Cottier/Wagner, zit. in Anm. 18, S. 1587; Daniöth, zit. in Anm. 18, S. 99; Weber, zit. in Anm. 18, S. 171. Ein gegenteiliger Antrag wurde in den parlamentarischen Beratungen abgelehnt (Einzelheiten bei Weber, a.a.O.). Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM erlaubt indes die ausnahmsweise Anwendung des Leistungsortsprinzips, wenn sonst die Gefahr eines eigentlichen Sozialdumpings bestände (Weber, a.a.O.).

⁸² Kritisch dazu allerdings Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 324 f., und Cottier/Wagner, zit. in Anm. 18, S. 1587. Cottier/Wagner ziehen a.a.O. sogar in Zweifel, ob Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB mit Art. III Ziff. 1 lit. b GPA vereinbar ist. Zur Gesamtproblematik siehe auch Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 62 f.

⁸³ Nach Art. 7 UWG handelt unlauter, "wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt, oder berufs- oder ortsüblich sind".

⁸⁴ Nach Art. 11 lit. e IVöB gehört die "Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen" zu den Vergabegrundsätzen, die bei der Vergabe der Aufträge einzuhalten sind. Diese Konkordatsregel präzisiert zwar nicht, welche "Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen" einzuhalten sind. Sollten aber die am Leistungsort geltenden Bestimmungen und Bedingungen gemeint sein, was anzunehmen ist, so wäre die Regel, bezogen auf ortsfremde Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz, BGBM-widrig. Daran vermöchte auch die gegenteilige Rechtsauffassung, die der Vorsteher des EVD im Nationalrat vertreten hat (vgl. Weber, zit. in Anm. 18, S. 172), nichts zu ändern.

Übereinkommens) haben. Trifft dies zu, so bleibt meines Erachtens nichts anderes übrig, als auch die anbietenden Auslandfirmen vom Leistungsortsprinzip (Vorortsprinzip) auszunehmen. Diese (konsequente) Lösung scheint allerdings auf Widerstand zu stossen, weshalb zwei Alternativvorschläge diskutiert werden. Nach dem ersten Vorschlag darf und soll von den fraglichen Auslandfirmen verlangt werden, dass ihre Arbeits- und Arbeitsschutzbedingungen (für Leistungen in den Schweiz) dem schweizerischen Mindeststandard entsprechen, was auf die Anwendung eines "temperierten" Leistungsortsprinzips (Leistungsort Schweiz) hinausläuft. Der zweite Vorschlag ist radikaler. Danach soll das grundsätzliche Verbot des Leistungsortsprinzips generell (also auch für inländische Anbieterinnen) entfallen(!), sobald sich "gleichberechtigte" Auslandfirmen am Vergabeverfahren beteiligen.⁸⁵ Weder der eine noch der andere Vorschlag vermag aber zu überzeugen. Beide sind nicht nur unpraktikabel, sondern sind auch unter rechtlichem Gesichtspunkt bedenklich: Der zweite Vorschlag verletzt, was die ortsfremden Anbieterinnen aus der Schweiz betrifft, die Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 BGBM; und für den ersten Vorschlag ist zumindest zweifelhaft, ob er sich, was die ausländischen Anbieterinnen angeht, mit ihrem materiell verstandenen Anspruch auf Gleichbehandlung vereinbaren lässt.

Beim geschilderten Diskussionsstand ist abzusehen, dass die behandelte Frage noch für einige Zeit zu den ungelösten Streitfragen zählen wird. Die Diskussion geht also weiter, um so mehr, als sie jetzt durch die EU-Entsenderichtlinie, die kürzlich verabschiedet wurde, neuen Nährstoff erhält.

- ⇒ Nach *Art. 5 Abs. 2 BGBM* sind "Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben" verpflichtet, "die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag" amtlich zu publizieren. Da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, *das Wort "umfangreich"* durch Schwellenwerte oder anderswie zu präzisieren, stellt sich die Frage nach den massgeblichen Kriterien. Kommt es auf den mengenmässigen Umfang des Vorhabens, auf den wertmässigen Umfang oder auf beides an? Und wo liegt die Grenze, von der an das Vorhaben "umfangreich" ist?⁸⁶
- ⇒ Nach *Art. 9 Abs. 1 BGBM* sind "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, ... in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen".⁸⁷ Diese Bestimmung ist unklar gefasst. Versteht man sie wört-

⁸⁵ So: Weber, zit. in Anm. 18, S. 171 f., und auch Galli/Lehmann/Rechsteiner, zit. in Anm. 1, S. 81 f., welche diese Lösung aber als "wenig befriedigend" erachten (S. 82). Der Vorschlag von Weber steht in Einklang mit einem von ihm mitverfassten Schreiben des Bundesamtes für Aussenwirtschaft (31. Januar 1996), das sich mit den "Schnittstellen zwischen dem Submissionskonkordat und dem Binnenmarktgesetz im Submissionsbereich" auseinandersetzt.

⁸⁶ Wenig hilfreich ist diesbezüglich das in Anm. 85 zitierte "Schnittstellenpapier" des Bundesamtes für Aussenwirtschaft. Nach der Diktion dieses Schreibens ist "der Terminus 'umfangreich' ... nicht an die Obergrenze der GATT-Schwellen geknüpft. Auch besteht ein indirekter Zusammenhang mit den Rechtsschutzbestimmungen (Art. 9 Abs. 1 BGBM). Wo viele Anbieter betroffen sind, wird die Vorschrift, Beschränkungen des Marktzugangs in Form von anfechtbaren Verfügungen zu erlassen, für die Praxis der Behörden bedeuten, dass sie ihre Verfügungen (Bekanntgabe, wer den Zuschlag erhalten hat) durch Publikation in einem amtlichen Blatt eröffnen werden, was Rekursmöglichkeiten impliziert...".

⁸⁷ Pro memoria: Art. 9 Abs. 1-3 BGBM tritt in Bezug auf Art. 5 BGBM erst am 1. Juli 1998 in Kraft. In Art. 9 Abs. 2 BGBM werden die Kantone verpflichtet, "wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz" vorzusehen, die unter Vorbehalt der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht, endgültig entscheidet. Mit dieser Vorschrift steht Art. 15 Abs. 3 der IVöB im Widerspruch (Michel, zit. in Anm. 37, S. 123).

lich, so deckt sie im Bereich der öffentlichen Beschaffungen nur solche Vergabeentscheide, die den freien Zugang zum Markt tatsächlich beschränken. Das aber kann nicht der Sinn der Bestimmung sein. Vielmehr ist sie so auszulegen, dass *jeder* Vergabeentscheid (namentlich *jeder* Zuschlag) auf kantonaler und kommunaler Ebene in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen hat⁸⁸, damit eine Verletzung des BGBM durch Beschwerde rüggbar ist.

Schon die erwähnten Fragen zeigen auf, dass es im Bereich des Binnenmarktgesetzes noch mancherlei zu klären gilt. Zur Klärung aufgerufen ist insbesondere auch die Wettbewerbskommission, welche die Einhaltung des Gesetzes zu überwachen hat und vom Gesetzgeber mit einschlägigen Untersuchungs-, Empfehlungs- und andern Befugnissen oder Pflichten ausgestattet wurde (vgl. Art. 8, Art. 10 und Art. 11 Abs. 2 BGBM).

6. Die Gefahr von Missbräuchen. Auch unter dem neuen Vergaberecht besteht die Gefahr von Missbräuchen. Da zur Durchsetzung der angestrebten Liberalisierung auch eine wirksame Missbrauchsbekämpfung gehört, stellt sich die Frage, wie das neue Vergaberecht auf die Missbrauchsgefahr reagiert. Diese Frage behandle ich am Beispiel des Bundesvergaberechts (BoeB und VoeB), wobei ich mich auf die wichtigsten Missbrauchsfälle konzentriere. Dazu gehören:

a. Die widerrechtliche Bevorzugung. Die Gefahr, dass die Vergabebehörde eine bestimmte Anbieterin (oder eine bestimmte Kategorie von Anbieterinnen) widerrechtlich bevorzugt, ist jedem Vergabesystem immanent. Um so mehr rechtfertigt sich ein *Hinweis auf Schwachstellen, die eine derartige Bevorzugung erleichtern*. Solche Schwachstellen, die (nur, aber immerhin) zum Teil vermeidbar wären, finden sich auch im neuen Bundesvergaberecht. Zu nennen sind etwa:

⇒ *Die freihändige Vergabe.* Zwar ist die freihändig-direkte Vergabe nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig, welche die Verordnung abschliessend aufzählt (vgl. Art. 13 und 36 VoeB). Doch sind einzelne Fälle so umschrieben, dass der Vergabebehörde ein Ermessensspielraum verbleibt, der leicht missbraucht werden kann, um den Auftrag direkt an die bevorzugte Anbieterin zu vergeben.

⇒ *Die Präqualifikation im selektiven Verfahren.* Sie eröffnet den Vergabebehörden die Möglichkeit, die Wettbewerbsposition der bevorzugten Anbieterinnen durch ungerechtfertigte Disqualifikation ihrer Mitbewerberinnen zu stärken, noch bevor die Disqualifizierten überhaupt ein Angebot eingereicht haben. Nachdem das selektive Verfahren eine frei verfügbare Alternative zum offenen Verfahren bildet, die nach den bisherigen Erfahrungen recht häufig gewählt wird, steht jedenfalls fest: Die Frage der Präqualifikation wird sich auch in der eidgenössischen Vergabep Praxis zu einem zentralen Diskussionspunkt entwickeln, gleich wie dies für die Vergabep Praxis der EU-Länder geschehen ist. Für den selektiven Planungswettbewerb besteht schon heute die Befürchtung, dass er eher "die Abschottung Privilegiierter" legalisiert, als dem Wettbewerb zu dienen.⁸⁹

⁸⁸ Vgl. auch Cottier/Wagner, zit. in Anm. 18, S. 1589, wonach "die Vergabe auf kantonaler und kommunaler Ebene in Form eines anfechtbaren hoheitlichen Aktes" erfolgen muss. Ob nur der Zuschlag oder auch andere Vergabeentscheide darunter fallen, lässt diese Formulierung allerdings offen.

⁸⁹ Leuppi, NZZ 1996, Nr. 272, S. 15. Nach der Beurteilung dieses Autors wird mit dem selektiven Planungswettbewerb "vom Territorialprinzip zum Anciennitätsprinzip gewechselt, von der Qualität auf den

- ⇒ *Die Modalitäten der Offertöffnung* (Art. 24 VoeB). Sie differieren je nach dem, ob es um die Vergabe von Bau- oder von anderen Aufträgen geht. Für keinen Fall aber verlangt das Bundesvergaberecht, dass auch die Anbieterinnen zur Offertöffnung einzuladen seien. Deren Teilnahme könnte eine widerrechtliche Bevorzugung zwar nicht verhindern, aber eben doch erschweren. Das bisweilen gehörte Gegenargument, eine Offertöffnung unter Anwesenheit der Anbieterinnen erhöhe die Korruptionsgefahr, statt sie zu bekämpfen, ist nur schwer verständlich.
- ⇒ *Die Abgebotsrunden*, die auf Grund und nach Massgabe der Art. 20 BoeB/Art. 26 VoeB⁹⁰ auch im offenen und selektiven Verfahren erlaubt sein sollen.⁹¹ Solche Runden, die nicht nur der Erläuterung oder Präzisierung eines Angebotes dienen, sondern die Offertpreise zum Gegenstand haben, sind (wenn es darauf ankommt) ein hervorragendes Mittel, um Einheimische oder andere Favoriten zu bevorzugen.⁹² Dessen war sich auch der eidgenössische Gesetzgeber bewusst. Wie paradox es auch tönt: Im eidgenössischen Parlament wurde die Missbrauchsmöglichkeit sogar als Argument *für* die Durchführung von Abgebotsrunden verwendet.⁹³ Demgegenüber hat das Vergabekontordat der Kantone die Abgebotsrunden zu Recht verboten (vgl. Art. 11 lit. c IVöB). Dabei liess man sich unter anderem auch von der richtigen Einsicht leiten, "dass ein transparentes Verfahren eher Gewähr für ein wirtschaftliches Angebot gibt als ... Abgebotsrunden betreffend des Angebotspreises"⁹⁴.
- ⇒ *Die Regel, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält* (Art. 21 Abs. 1 BoeB, Art. 37 VoeB). Diese traditionelle Regel, für die sich der Gesetzgeber aus guten Gründen entschieden hat, eröffnet dem Ermessen der Vergabebehörden einen weiten Spielraum, womit "das Gesetz" notgedrungen auch die Gefahr eines Ermessensmissbrauchs in Kauf nimmt. Das zugestandene Ermessen und die damit verbundene Gefahr wird allerdings in zweifacher Weise vermindert: Erstens durch die

Bekanntheitsgrad umgestellt, womit die kulturelle Entwicklung nachhaltig beschnitten werden dürfte". Ob diese Beurteilung richtig ist, mag hier offen bleiben. Ein gewisses Gegengewicht auf Bundesebene schafft Art. 47 VoeB. Für selektive Planungswettbewerbe kann danach "in der Ausschreibung vorgesehen werden, dass unter den Anbietern und Anbieterinnen, die zur Wettbewerbseingabe eingeladen werden, ein bestimmter Anteil von Nachwuchsfachleuten sein muss". Die Bestimmung lässt allerdings offen, was "Nachwuchsfachleute" sind und wie zu verfahren ist, wenn sich eine zu geringe Zahl von Nachwuchsfachleuten meldet.

⁹⁰ Nach Art. 20 BoeB, der durch Art. 26 VoeB komplettiert wird, dürfen "Verhandlungen" über die eingereichten Angebote auch im offenen und selektiven Verfahren geführt werden, sofern "in der Ausschreibung darauf hingewiesen" wurde oder "kein Angebot ... als das wirtschaftlich günstigste" erscheint.

⁹¹ Kritisch dazu schon: Gauch, ZSR 114, 1995 I, S. 325 ff.

⁹² Vgl. Michel, *Le Nouveau Quotidien*, 15.12.1994, S. 9.

⁹³ In der parlamentarischen Beratung wurde explizit gesagt, bei den Abgebotsrunden gehe es "primär auch darum, in Fällen, wo schweizerische Anbieter zu teure Angebote vorlegen, diesen die Möglichkeit zu geben, im Rennen zu bleiben, ihr Angebot noch einmal durchzusehen und zu überlegen, wo sie allenfalls günstiger werden könnten" (Ledergerber, 13.12.1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2278). 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" (Stich, 13.12.1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2299).

⁹⁴ Musterbotschaft IVöB zu Art. 11 lit. c.

vorherige Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und deren Rangordnung (Art. 21 Abs. 2 BoeB). Und zweitens dadurch, dass die Wirtschaftlichkeit des Angebotes, abgesehen von den Offertpreisen, am *Nutzen des Beschaffungsobjektes selbst* zu messen ist, was auch der exemplifikatorische Kriterienkatalog des Art. 21 Abs. 1 BoeB zum Ausdruck bringt. Ein fiskal- oder arbeitspolitischer Vorteil der Auftraggeberin, der sich aus der Berücksichtigung einer bestimmten Anbieterin ergeben kann, ist kein Kriterium, das zur Bestimmung des günstigsten Angebotes berücksichtigt werden darf. Hingegen verweist Art. 20 Abs. 1 BoeB ausdrücklich auch auf das Kriterium der Ästhetik, wodurch er ästhetische Aspekte, die nur schwer "nachkontrollierbar" sind, den wirtschaftlichen Kriterien gleichstellt.

- ⇒ *Die vielen Unklarheiten, welche im Gebiet des Planungs- und Gesamleistungswettbewerbes* nicht nur die Rechtsfindung, sondern auch die Nachprüfung des Verfahrens erschweren. Als "pars pro toto" sei nur die spezielle Zuschlagsordnung für den Gesamleistungswettbewerb erwähnt, die sich auf verschiedene Bestimmungen verteilt (Art. 51 Abs. 2, Art. 53, Art. 55 Abs. 1 lit. c, Art. 55 Abs. 2 und Art. 55 Abs. 3 VoeB). Unklar ist nicht bloss das Zusammenspiel dieser Bestimmungen, sondern auch die Frage, wann und wie das Prinzip "des wirtschaftlich günstigsten Angebotes" zum Tragen kommt.⁹⁵ Vieles bedarf noch der Abklärung, z.B. auch die Relation zwischen dem Anonymitätsgebot (Art. 48 VoeB) und der gleichzeitigen Verpflichtung des Preisgerichts, eine grundsätzlich bindende (Art. 53 VoeB) Zuschlagsmpfehlung auszusprechen (Art. 51 Abs. 2 VoeB).
- ⇒ *Das komplette Fehlen von Organisationsbestimmungen*, die sich mit der Besetzung und Zusammensetzung der Vergabestellen befassen. Zwar mag es sein, dass derartige Bestimmungen weder in das Vergabegesetz noch in die Vergabeverordnung passen. Das aber ändert nichts an der Tatsache, dass sie zum Arsenal einer effizienten Missbrauchsbekämpfung gehören und dementsprechend in irgendeinem Erlass vorzusehen sind.
- ⇒ *Die restriktive Ausgestaltung des öffentlichen Rechtsschutzes*, worauf bereits hingewiesen wurde.

Die Gründe, welche die Vergabestellen zu einer widerrechtlichen Bevorzugung einzelner Anbieterinnen motivieren können, sind mannigfaltig. Ein möglicher Grund ist gewiss auch die Korruption durch Bestechung. Derartige Korruptionsfälle haben straf-, zivil- und wettbewerbsrechtliche Relevanz.⁹⁶ Das neue Vergaberecht des Bundes enthält hingegen keine Bestimmung, die sich explizit mit dem Tatbestand der Bestechung befasst. Doch sind Schmiergeldzahlungen und Schmiergeldversprechen zweifellos ein Ausschluss- und Widerrufgrund im Sinne des Art. 11 BoeB, obwohl sie in der exemplifikatorischen Aufzählung dieser Bestimmung fehlen.

- b. Der Missbrauch der Nachfragemacht.** Marktöffnung und gleichzeitige Depression haben zur Folge, dass sich namentlich auf dem Bausektor die Nachfragemacht des Staates und die Gefahr ihres Missbrauchs erhöhen. Das berührt einerseits den Problembereich des neu-

⁹⁵ Nach den amtlichen "Erläuterungen" zur VoeB "muss die Gesamleistungsvergabe streng nach den Zuschlagskriterien gemäss Art. 21 BoeB erfolgen".

⁹⁶ Vgl. darüber Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 391.

en Kartellgesetzes, worüber Pierre Tercier (unter Ziff. IV) sprechen wird. Andererseits fragt sich aber auch, welche Abwehrmassnahmen das neue Vergaberecht des Bundes vorsieht. Die Antwort ist enttäuschend, enthält doch das neue Vergaberecht des Bundes keine Bestimmungen, die dem Missbrauch der Nachfragemacht *entgegenwirken*. Insbesondere enthalten weder das BoeB noch die VoeB eine Vorschrift, die sich speziell und eingehend mit dem schwierigen (und europaweit diskutierten) Problem der Unterangebote befasst, obwohl das GATT/WTO-Übereinkommen sich darüber äussert⁹⁷.

In verschiedenen Punkten ist das neue Vergaberecht sogar so gefasst, dass es den Missbrauch der Nachfragemacht noch *erleichtert*. Zu erwähnen sind etwa: das Tarif- und Konditionendiktat nach Art. 29 Abs. 3/58 VoeB, die Institution der Abgebotsrunden (Art. 20 BoeB/26 VoeB) sowie die unlimitierte "Verpflichtung" der Auftraggeberin, die Verfahrensgrundsätze nach Art. 8 BoeB durch Strafabreden zu sichern (Art. 6 Abs. 5 VoeB). Obwohl zu hoffen bleibt, dass eidgenössische Vergabestellen die Mittel der Abgebotsrunden und Strafabreden nur mit der gebotenen Zurückhaltung einsetzen, haben erste Erfahrungen gezeigt, dass in Einzelfällen auch mit dem Gegenteil zu rechnen ist (vgl. die Beispiele auf BEILAGE 5).

- c. Preis- und andere Submissionsabsprachen. Die Gefahr, dass Anbieterinnen den wirksamen Wettbewerb durch solche Absprachen beeinträchtigen oder beseitigen, wird durch die Liberalisierung des Marktes zwar vermindert, nicht aber aufgehoben. Auch diese Gefahr berührt einerseits den Problembereich des neuen Kartellgesetzes. Und andererseits fragt sich wiederum, welche Abwehrmassnahmen das neue Vergaberecht des Bundes vorsieht. Die Antwort ergibt sich aus Art. 11 BoeB, der via Art. 34 Abs. 2 VoeB auch für "die übrigen Beschaffungen des Bundes" gilt. Danach sind Abreden, die den "wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen" (Art. 11 lit. e BoeB), ein Grund, der die Auftraggeberin berechtigt, den Zuschlag zu widerrufen oder die an der Abrede beteiligten Anbieterinnen vom Verfahren auszuschliessen sowie aus dem Verzeichnis nach Art. 10 BoeB zu streichen. Die Bestimmung des Art. 11 BoeB befasst sich nur mit den vergaberechtlichen Konsequenzen der erwähnten Absprachen, nicht auch mit den zivil-, wettbewerbs- und strafrechtlichen Aspekten.⁹⁸ Sie wird ergänzt durch Art. 13 Abs. 1 lit. b VoeB, der eine freihändige Vergabe erlaubt, wenn "im offenen oder selektiven Verfahren ausschliesslich Angebote eingereicht" werden, "die aufeinander abgestimmt sind". Im einzelnen gibt sie zu zahlreichen Fragen Anlass, die im mündlichen Vortrag erörtert werden.

⁹⁷ "Erhält eine Beschaffungsstelle ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, so kann sie" nach Art. XIII Ziff. 4 lit. a GPA "beim Anbieter Erkundigungen einziehen, und sicherstellen, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann". Diese Bestimmung lässt zwar viele Fragen offen. Immerhin stellt sie aber klar, dass ein Unterangebot, das "ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote", nicht ohne weiteres, sondern nur dann ausgeschlossen werden darf, wenn sich auf Grund der eingezogenen Informationen (z.B. über die Kalkulation des Angebotes) herausstellt, dass der Anbieter mit diesem Angebot ausserstande ist, die Teilnahme- oder Auftragsbedingungen zu erfüllen.

⁹⁸ Zu diesen Aspekten siehe Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 472 f.; zum Aspekt des Kartellrechts siehe die nachfolgenden Ausführungen von Pierre Tercier (im Text unter Ziff. IV). Ob Preis- und andere Submissionsabsprachen unter Umständen auch den Tatbestand des strafrechtlichen Betruges (Art. 146 StGB) erfüllen können, wie der deutsche Bundesgerichtshof für das deutsche Strafrecht annimmt (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 38, S. 186 ff.), wurde für die Schweiz noch nicht entschieden (vgl. dazu Schubarth, Submissionsbetrug, BR 1993, S. 56 ff.).

Von den *gesetzlichen* Konsequenzen zu unterscheiden sind die *vereinbarten* Folgen der Submissionsabsprachen. Ausländische Ausschreiber schützen sich bisweilen durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe oder einer Schadenspauschale, worin sie die einzelne Anbieterin zu einer Geldleistung (z.B. in Prozenten der Vergabesumme) verpflichtet, falls sich herausstellt, dass sie sich an einer entsprechenden Absprache beteiligt hat. Für das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz sind derartige Vereinbarungen jedoch kaum bekannt.

PIERRE TERCIER

IV. Die Bedeutung des neuen Wettbewerbsrechts

Bundesrat und Parlament haben zwecks Förderung der marktwirtschaftlichen Erneuerung die Bestimmungen zum Schutz wirksamen Wettbewerbs tiefgreifend geändert (1.). Diese geänderten Bestimmungen haben einen erheblichen Einfluss auch auf den Baumarkt (2.).

1. Das neue Wettbewerbsrecht

Das "neue Wettbewerbsrecht" umfasst hauptsächlich das neue Kartellgesetz (A.), aber auch weitere Erlasse, die zunehmend wichtiger werden (B.).

A. Das neue Kartellgesetz

1. Das neue Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG)⁹⁹ ersetzt das alte BG über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1985 (aKG 1985)¹⁰⁰, welches seinerseits das BG vom 20. Dezember 1962 ersetzt hatte (aKG 1962)¹⁰¹. Merke:

⇒ Die *Inkraftsetzung* des neuen Bundesgesetzes geschah etappenweise: Die Bestimmungen über die Wettbewerbskommission traten am 1. Februar 1996 in Kraft, der Hauptteil des Gesetzes am 1. Juli 1996 und die auf Kartelle anwendbaren Vorschriften erst am 1. Januar 1997. Diese sukzessive Inkraftsetzung und der damit verbundene Verzögerungseffekt vermögen zu erklären, weshalb die Wettbewerbskommission bis anhin kaum Gelegenheit hatte, eine kartellrechtliche Praxis zu entwickeln.

⁹⁹ SR 251; Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 (= Botschaft KG). Zur Revision vgl. insbesondere: Zäch/Zweifel, Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsrevision, St. Gallen 1995, mit Beiträgen von M. Baldi, S. Borner/A. Brunetti/R. Weder, R. Rhinow/G. Biaggini, M. Ruffner; Baudenbacher, Zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, AJP 1994, S. 1367-1375; Zäch/Zweifel, Plädoyer für das neue Kartellrecht, AJP 1995, S. 61 ff.; Drolshammer/Ducrey, Entwicklung im Wettbewerbs- und Kartellrecht, 1994: SJZ 91, 1995, S. 210-218; 1995: SJZ 92, 1996, S. 163-168; Stoffel, Das schweizerische Kartellgesetz: Rückblick auf die jüngste Praxis und Ausblick auf die Revisionsbemühungen, SZW 1994, S. 105-116.

¹⁰⁰ AS 1986 I 874 und 1992 I 288.

¹⁰¹ AS 1964 I 49.

Pierre Tercier

⇒ Die *wichtigsten Neuerungen* des Gesetzes¹⁰² betreffen einerseits die Behörden, die das Gesetz anzuwenden haben (2.), andererseits die materiellen Regeln über die Wettbewerbsbeschränkungen (3.).

2. Die Wettbewerbsbehörden. Im Rahmen des neuen Kartellgesetzes werden verschiedene Behörden¹⁰³ aktiv:

a. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend Kommission genannt). Sie ist die wichtigste Behörde und löst die bisherige Kartellkommission ab. Sie besteht aus elf bis fünfzehn Mitgliedern, wovon die Mehrheit *unabhängige* Sachverständige sind (Art. 18 Abs. 2 Satz 2 KG). Daraus lässt sich e contrario ableiten, dass auch *nicht* "unabhängige" Sachverständige in der Kommission Einsitz nehmen.¹⁰⁴ Dementsprechend sind in der Kommission auch Mitglieder des Vororts, des Schweizerischen Gewerbeverbandes und der Gewerkschaften vertreten.

⇒ Nach ihrem Geschäftsreglement kann sich die Kommission¹⁰⁵ in *Kammern* mit selbständiger Entscheidungsbefugnis gliedern (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 KG). Nach der gegenwärtigen Organisationsform gibt es drei Kammern: eine erste befasst sich mit Problemen der Industrie und der Produktion (u.a. der Bauwirtschaft), eine zweite mit Problemen der Dienstleistungen (u.a. den technischen Berufen) und eine dritte mit Infrastrukturfragen (vor allem Transport und Energie).

⇒ Im Unterschied zur Kartellkommission, die nur Empfehlungen abgeben konnte, handelt es sich bei der neuen Wettbewerbskommission um eine eigentliche Administrativbehörde, die (wie die Eidg. Bankenkommision) unabhängig ist und für die betroffenen Parteien bindende *Verwaltungsverfügungen* erlassen kann (Art. 18 Abs. 3 KG).¹⁰⁶ Zu diesem Zweck führt sie Untersuchungen durch.

¹⁰² Zum endgültigen Gesetzestext vgl. insbesondere: Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, mit Beiträgen von M. Baldi, J. Borer, R. Dähler, E. David, P. Ducrey, C.J. Meier-Schatz, P. Richli, W. Stoffel, Zürich 1996; AJP Sondernummer, Das neue Kartellgesetz/La nouvelle loi sur les cartels, mit Beiträgen von P. Tercier, W.R. Schlupe, C.J. Meier-Schatz, C. Baudenbacher, M. Ruffner, B. Schmidhauser, R. Watter/U. Lehmann, J. Borer, M. Amstutz, R. Walter, R. Malacrida, P. Richli/K. Wunder, P. Ducrey; und A. Brunner, W. Heinzelmann, F. Dasser, in: AJP 1996/8, S. 931-957; SZW Sondernummer 1996, Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht, mit Beiträgen von M. Baldi, W.A. Stoffel, H. Wohlmann, R. Dähler, A. Deiss, P. Tercier; Stoffel, Das schweizerische Kartellrecht 1996: Neues und Altes bei der Wachtablösung nach zehn Jahren, SZW 1996, S. 106-121; Brechbühl, Das neue Kartellgesetz - ein Überblick, recht 1996/3, S. 89-93; Tercier, La lutte contre les contraintes cartellaires internes, JdT 1996 I, S. 2-15; derselbe, Das öffentliche Vergabewesen, Wettbewerbsrechtliche Aspekte, in: Das neue Vergaberecht der Schweiz, zit. in Anm. 3, S. 136 ff.; Berner Tage für die juristische Praxis, 17. Oktober 1996, Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, mit Beiträgen von R. von Büren, Th. Cottier, R. Bär, E. Marbach. Vgl. auch: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1996 (zit. KG); Drolshammer, Wettbewerbsrecht/Competition Law/Droit de la Concurrence, Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1997 (zit. Drolshammer, Wettbewerbsrecht).

¹⁰³ Vgl. Tercier, La procédure devant la Commission de la concurrence, SZW Sondernummer 1996, zit. in Anm. 102, S. 35 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 595 f.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 162.

¹⁰⁵ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (SR 251.1). Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 598.

¹⁰⁶ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 596 f.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 162.

Ihre Zuständigkeit erstreckt sich jedoch nur auf wettbewerbsrechtliche Aspekte. Anders als die frühere Kartellkommission ist sie nicht mehr befugt, alle volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen oder marktbeherrschenden Unternehmen zu untersuchen. Die im öffentlichen Interesse liegende Prüfung solcher Aspekte steht dem Bundesrat zu (Art. 8 und 11 KG).

⇒ Anzuführen bleibt, dass die Kommission zahlreiche *weitere Befugnisse* hat. So kann sie insbesondere Stellungnahmen zugunsten von Behörden bezüglich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften abgeben (Art. 45 ff. KG).

b. Das Sekretariat. Es ist der Kommission zwar unterstellt, hat jetzt aber mehr Kompetenzen und grössere Unabhängigkeit (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 KG).

⇒ *Wie bisher* führt das Sekretariat *Vorabklärungen* selbständig durch, um zu prüfen, ob es auf einem relevanten Markt Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gibt (Art. 26 ff. KG).

⇒ *Neu* wurde dem Sekretariat eine selbständige *Untersuchungsbefugnis* übertragen. Das Sekretariat stellt gegebenenfalls Antrag an die Kommission, die entscheidet.¹⁰⁷

c. Die Beschwerdeinstanzen. Gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission oder ihres Sekretariats kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (= REKO) Beschwerde erhoben werden (Art. 44 KG). Gegen den Entscheid der Rekurskommission ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegeben (Art. 98 lit. e OG).¹⁰⁸

d. Der Bundesrat. Ihm kommt eine neue Aufgabe zu: Bei Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 8 KG) oder bei Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 11 KG), die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt oder untersagt wurden, hat der Bundesrat die Kompetenz, eine an sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung oder Fusion ausnahmsweise zuzulassen. Diese Massnahme verwirklicht den verfassungsrechtlichen Auftrag an die Behörde, *alle* Aspekte (nicht nur die wettbewerbsrechtlichen) bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen. Wenn die Kommission zum Schutze des Wettbewerbs einen Entscheid fällt, hat der Bundesrat bei überwiegenden öffentlichen Interessen die Möglichkeit, diesen Entscheid zu korrigieren.¹⁰⁹

e. Der Preisüberwacher. Das durch das Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG)¹¹⁰ geschaffene Amt des Preisüberwachers wurde durch das neue Gesetz zwar nicht abgeschafft, die neuen Bestimmungen über Kartelle und Preise schränken aber den Aufgabenbereich des Preisüberwachers notwendigerweise ein. Im Bereich der Preisbindung durch marktbeherrschende Unternehmen und vor allem für Stellungnahmen auf dem Gebiete der administrierten Preise bleibt der Preisüberwacher zuständig.¹¹¹ Er nimmt mit beratender Stimme an allen Sitzungen der Kommission teil.

¹⁰⁷ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 599 f.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 166.

¹⁰⁸ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 597 und 617.

¹⁰⁹ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 576 ff. und 586 f.; vgl. auch: Ducrey/Drolshammer, KG, zit. in Anm. 102, zu Art. 11; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 107 ff.

¹¹⁰ SR 942.20.

¹¹¹ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 526 f.

- f. Der Zivilrichter. Er behält auf Grund des neuen Gesetzes (Art. 12-17 KG: "Zivilrechtliches Verfahren") seine Entscheidungskompetenz. Die Parteien können einen Zivilrichter anrufen und die Beseitigung oder Unterlassung einer Behinderung (die für sich genommen auch in der Zuständigkeit der Kommission liegen würde) verlangen. Schadenersatzansprüche oder Ansprüche auf Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinnes können nur im Zivilverfahren durchgesetzt werden (vgl. Art. 12 KG).¹¹²

Merke: Soweit die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht, hat der Zivilrichter die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen (Art. 15 KG). Die Kommission beauftragt das Sekretariat mit der Eröffnung einer Untersuchung, kann sich aber auch damit begnügen, die Wettbewerbsbeschränkung zu begutachten, oder auf eine materielle Stellungnahme gänzlich verzichten.¹¹³

3. Einige materiellrechtliche Bestimmungen. Sieht man von Art. 46 KG ab, so unterscheidet das Gesetz zwei Arten von Wettbewerbsbeschränkungen: Kartell und marktbeherrschende Stellung. Gegen diese Beschränkungen stellt das Gesetz drei Instrumente zu Verfügung:

- a. Die Bekämpfung des Kartellmissbrauchs. Sie wird intensiviert. Die neue Fassung des Gesetzes spricht von "Wettbewerbsabreden" und definiert diese als "rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken" (Art. 4 Abs. 1 KG).¹¹⁴ Wenn sich die Unternehmen auf der gleichen Marktstufe befinden, spricht man von horizontalen Kartellen, wenn sie auf verschiedenen Marktstufen stehen, von vertikalen Kartellen.

Getreu der verfassungsrechtlichen Vorgabe (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV) sind nicht die Kartelle *an sich* unzulässig, sondern deren Missbrauch. Die wichtigste Errungenschaft des neuen Gesetzes ist es, den massgeblichen *Missbrauchs begriff* unter zwei Gesichtspunkten zu klären und zu präzisieren:

⇒ *Unter dem (beschränkten) Gesichtspunkt des Wettbewerbs*, der in den Zuständigkeitsbereich der Kommission fällt, ist nach Art. 5 Abs. 1 KG¹¹⁵ zu unterscheiden:

- Abreden, die den Wettbewerb *erheblich beeinträchtigen*, ohne diesen zu beseitigen, können sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen (Art. 5 Abs. 1 KG). Das Gesetz erklärt, was darunter zu verstehen ist (Art. 5 Abs. 2 KG), und ermächtigt zudem die Kommission und den Bundesrat, durch den Erlass von Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen gewisse Aspekte zu präzisieren (vgl. Art. 6 KG).
- Dagegen lassen sich Abreden, die wirksamen Wettbewerb *beseitigen*, unter wettbewerblichen Gesichtspunkten nicht rechtfertigen (Art. 5 Abs. 1 KG). Die wichtigste Neuerung besteht darin,

¹¹² Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 587 ff.

¹¹³ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 592 f.

¹¹⁴ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 544 ff.; vgl. auch: Schmidhauser, KG, zit. in Anm. 102, N 21 ff. zu Art. 4 KG; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 32 f.

¹¹⁵ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 554 ff.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 49 f.

dass beim Vorliegen bestimmter Kartelle die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird (Art. 5 Abs. 3 KG).¹¹⁶ Dies ist namentlich der Fall bei Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden. Die (widerlegbare) Vermutung erleichtert zwar den Beweis, lässt aber den Nachweis zu, dass wirksamer Wettbewerb bestehe.

Unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts sind Kartelle unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen (Art. 5 Abs. 1 KG). Die betroffenen Unternehmen können mit der Kommission eine einvernehmliche Regelung treffen (Art. 29 f. KG). Kommt eine solche nicht zustande, fällt die Kommission einen Entscheid mit Verfügung (Art. 30 KG), gegen die eine Beschwerde erhoben werden kann.¹¹⁷ Die in der Vergangenheit bestehende Möglichkeit, weitere Interessen zu berücksichtigen, bleibt der Kommission unter dem neuen Recht versagt.

⇒ *Unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses.* Nur der Bundesrat ist befugt, bei überwiegenden öffentlichen Interessen¹¹⁸ eine zeitlich beschränkte Ausnahmebewilligung für eine Wettbewerbsbeschränkung zu erteilen (vgl. Art. 8 KG). Diese Regel ist restriktiv anzuwenden.

- b. Die Bekämpfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Sie entspricht weitgehend dem bisherigen System. Art. 7 KG nennt in einer nicht abschliessenden Aufzählung einige Einzeltatbestände missbräuchlichen Verhaltens, so namentlich die Liefer- oder Bezugssperre, die Diskriminierung von Handelspartnern, die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen, die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung und den Abschluss von Koppelungsgeschäften.¹¹⁹ Als marktbeherrschend gelten jene Unternehmen, die "auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten" (Art. 4 Abs. 2 KG).¹²⁰

Wiederum gilt, dass die Kommission nur Überlegungen des Wettbewerbs zu berücksichtigen hat, während der Bundesrat ausnahmsweise an sich missbräuchliche Verhaltensweisen zulassen kann, wenn sich dafür überwiegende öffentliche Interessen anführen lassen (Art. 8 KG).

- c. Die Kontrolle der Unternehmenszusammenschlüsse. Sie ist eine wesentliche Neuerung. Sie bekämpft die Entstehung marktbeherrschender Stellungen, gleichgültig, ob diese auf Fusionen, Unternehmensübernahmen oder anderen (indirekten) Vorgängen beruhen (Art. 4 Abs. 3 KG).¹²¹

¹¹⁶ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 564 ff.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 51 ff.

¹¹⁷ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 604 f.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 181 ff.

¹¹⁸ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 576 ff.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 55 ff.

¹¹⁹ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 569 ff.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 68 ff.

¹²⁰ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 547 ff.; vgl. auch: Schmidhauser, KG, zit. in Anm. 102, N 50 ff. zu Art. 4 KG; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 33 f.

¹²¹ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 549 ff.; Schmidhauser, KG, zit. in Anm. 102, N 79 ff. zu Art. 4 KG.

- ⇒ Eine Kontrolle rechtfertigt sich entweder, wenn die beteiligten Unternehmen gemeinsam einen besonders hohen Umsatz erzielen (vgl. Art. 9 Abs. 1 KG), oder wenn ein Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt ist, für welches die Kommission in einem früheren Verfahren rechtskräftig festgestellt hat, dass es auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt (vgl. Art. 9 Abs. 4 KG).¹²²

In diesen Fällen sind die Unternehmen verpflichtet, den geplanten Zusammenschluss dem Sekretariat der Kommission zu melden.¹²³ Darauf hat sich die Kommission binnen eines Monats zu entscheiden, ob sie ein Prüfungsverfahren einleiten will (Art. 32 KG). Bei einem ablehnenden Entscheid kann der Zusammenschluss erfolgen. Beschliesst die Kommission hingegen die Durchführung einer Prüfung, so hat sie diese spätestens innert vier Monaten vorzunehmen (Art. 33 KG). Den Unternehmen ist es in der Zwischenzeit unter Androhung von Verwaltungs- (Art. 51 KG) und Strafsanktionen (Art. 55 KG) untersagt, den Zusammenschluss zu vollziehen, ausser wenn die Kommission entscheidet, dass der Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden kann (Art. 33 Abs. 2 KG). Ist ein Zusammenschluss ohne Genehmigung erfolgt, so müssen die Unternehmen Massnahmen zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs ergreifen (Art. 37 KG).¹²⁴

- ⇒ Im einzelnen sind zwei weitere Punkte anzufügen:

Die *Kommission* prüft hauptsächlich, ob durch einen Zusammenschluss nicht eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG). Wenn dies zutrifft, kann sie den Zusammenschluss entweder (ganz oder teilweise) untersagen oder ihn unter Auflagen zulassen.¹²⁵

Der *Bundesrat* kann einen von der Kommission untersagten Zusammenschluss aus überwiegenden öffentlichen Interessen zulassen (Art. 11 KG),¹²⁶ nicht jedoch einen zugelassenen Zusammenschluss (etwa aus sozialen Gründen) untersagen.

B. Weitere Erlasse

Das Anliegen der marktwirtschaftlichen Erneuerung und die Entwicklung des internationalen Handels haben in Bund und Kantonen zu weiteren "Erlassen" geführt, die der Liberalisierung des Marktes dienen. Diese Erlasse wurden in den Ausführungen von Peter Gauch behandelt. Zu ihnen gehört unter anderen auch das *BG über den Binnenmarkt* vom 6. Oktober 1995¹²⁷, welches am gleichen Tag wie das neue Kartellgesetz verabschiedet worden ist.¹²⁸ Vorliegend

¹²² Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 572 ff.; vgl. auch: Ducrey/Drolshammer, KG, zit. in Anm. 102, zu Art. 9; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Art. 102, S. 92 ff.

¹²³ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 606 ff.; vgl. auch: Ducrey, KG, zit. in Anm. 102, Vorb. zu Art. 32-39; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 110 ff.

¹²⁴ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 611 ff.; Ducrey, KG, zit. in Anm. 102, zu Art. 37.

¹²⁵ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 583 ff.; Ducrey/Drolshammer, KG, zit. in Anm. 102, N 48 ff. zu Art. 10 KG.

¹²⁶ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 586 f.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 107 ff.

¹²⁷ SR 943.02; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213.

¹²⁸ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 527 f.

bleibt nochmals zu betonen: Der Wettbewerbskommission obliegt es, die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes zu überwachen; insbesondere kann sie zu vorgesehenen kantonalen Erlassen Stellung nehmen und Empfehlungen abgeben (Art. 8 BGBM).

2. Einfluss auf den Baumarkt

Im Rahmen dieses Vortrags sollen und können nicht alle Probleme untersucht werden, die sich aus der Anwendung der neuen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen auf den Baumarkt ergeben. Zudem ist es nicht möglich, schon jetzt zu beurteilen, wie sich die Praxis der Wettbewerbskommission entwickeln oder wie der Bundesrat von seiner Kompetenz Gebrauch machen wird. Deshalb werden in den nachfolgenden Ausführungen mehr Fragen aufgeworfen als Antworten gegeben. Antworten reflektieren nur meine persönliche Auffassung.

Ohne auf das (aktuelle) Thema der Unternehmenszusammenschlüsse einzugehen, behandle ich einige Gebiete, in denen das neue Kartellrecht auch für den Baumarkt bedeutsam wird. Es handelt sich um die Gebiete der Submission (A.), der Baudienstleistungen (B.), der Bauarbeiten (C.) und der Baumaterialien (D.).

A. Auf dem Gebiet der Submission

Zweck des Submissionsverfahrens ist es, den Wettbewerb zwischen Unternehmen auf einem relevanten Markt zu gewährleisten. Mit Rücksicht auf die besonderen Bestimmungen des öffentlichen Vergaberechts, stellt sich die Frage, wie die beiden Regelwerke (öffentliches Vergaberecht und Kartellrecht) zusammenspielen. Je nachdem, ob man sich mit der Stellung des Bauherrn (1.) oder jener der Anbieterinnen (2.) befasst, ergeben sich verschiedene Fragen.

1. Der Bauherr. An sich ist ein Bauherr berechtigt, ein Submissionsverfahren zu eröffnen, unter dem Vorbehalt, dass er auf einem relevanten Markt keine beherrschende Stellung hat. Das neue Vergaberecht schreibt nun aber für Vergaben in den vom Gemeinwesen beherrschten, wirtschaftlich wichtigen Märkten ein Submissionsverfahren mit strengen Verfahrensregeln vor. Dazu zwei Bemerkungen:

⇒ *Im Prinzip* gehen die Bestimmungen des öffentlichen Vergaberechts den kartellrechtlichen Vorschriften vor. Die Wettbewerbskommission ist nicht befugt, eidgenössische oder kantonale Rechtsvorschriften in Frage zu stellen (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG);¹²⁹ sie kann nur - sowohl gestützt auf das Kartellgesetz (vgl. Art. 45 und 46 KG)¹³⁰ als auch auf das Binnenmarktgesetz (Art. 8 BGBM) - Empfehlungen und Stellungnahmen zuhanden der Behörden abgeben. Und dies kann sie immer nur unter dem Aspekt des Wettbewerbs.

Die Kommission hat kürzlich entschieden, die Gesamtheit der vergaberechtlichen Vorschriften vertieft zu studieren, um rechtzeitig in der Lage zu sein, eine zusammenhängende und begründete Antwort auf die sich stellenden Fragen zu geben. Dieses Vorgehen soll es der Kommission erlauben, an den noch laufenden Gesetzgebungsverfahren teilzunehmen und Probleme, die sich bei der Anwendung der Rechtsvorschriften ergeben können, zu lösen.

⇒ *Die Anwendung* des öffentlichen Vergaberechts hat den Anforderungen des freien Wettbe-

¹²⁹ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 536 ff.

¹³⁰ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 617 f.

werbs zu genügen, dessen Förderung eines seiner Ziele ist. Insbesondere hat ein Bauherr mit marktbeherrschender Stellung keine Befugnis, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, namentlich nicht durch die Ausübung eines übermässigen Preisdrucks. Auch deshalb kann man die von Peter Gauch kritisierten Abgebotsrunden ernsthaft in Zweifel ziehen.

Liegt ein Missbrauch vor, so stellt sich die Frage, ob sich eine Anbieterin auf Grund des Kartellgesetzes an den Zivilrichter (oder die Kommission) wenden kann, um diesen Missbrauch zu rügen. Selbst wenn diese Frage bloss theoretischer Natur zu sein scheint, kann sie nicht gänzlich von der Hand gewiesen werden.

2. Die Anbieterinnen. Eine klassische Gefahr für den freien Wettbewerb besteht in Preis- und anderen Submissionsabsprachen. Davon war bereits in den Ausführungen von Peter Gauch die Rede. Nachzutragen bleibt, dass derartige Absprachen auch "unzulässige Wettbewerbsabreden" im Sinne des Art. 5 KG sein können.

Worin aber bestehen die *kartellrechtlichen Sanktionen*? Zwei Möglichkeiten sind zu unterscheiden:

- ⇒ Die erste Möglichkeit besteht darin, sofort an die Wettbewerbskommission zu gelangen. Dieser Weg ist indes unpraktikabel, weil das Einschreiten der Kommission langsam ist und nicht zu Sanktionen führt, solange kein Verstoss gegen eine mit ihr vereinbarte Regelung oder eine von ihr erlassene Verfügung stattfindet. Zweifellos bildet dies eine Hauptdifferenz zu anderen Systemen, welche Kartelle verbieten (wie jenes der Europäischen Union), da in diesen Systemen bereits die alleinige Tatsache der Bildung eines Kartells zu schweren straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen auf Grund vergangenen Verhaltens führen kann, während die Verhängung von Sanktionen in unserem System vom Verstoss gegen eine Verfügung der Kommission abhängig ist.
- ⇒ Zweite Möglichkeit: Um die Beseitigung einer Wettbewerbsabsprache und vor allem auch Schadenersatz zu verlangen, kann man an den Zivilrichter gelangen (vgl. Art. 12 KG).¹³¹ Die Beziehung zu den ausschliesslich zivilrechtlich durchsetzbaren Ansprüchen ist noch nicht klar. Diese Frage ist jedoch von praktischem Interesse, da die richterlichen Kompetenzen in beiden Fällen unterschiedlich sind.

B. Auf dem Gebiet der Baudienstleistungen

Für verschiedene Baudienstleistungen gibt es Tarife. Sie setzen direkt oder indirekt Preise fest (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG) und haben daher den Charakter von Preisabsprachen. Dies gilt grundsätzlich bei obligatorischen Tarifen, aber auch bei Tarifen mit blosser Empfehlungscharakter. Die Anbieterinnen haben darzulegen, dass ihre Tarife wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen und sich, sofern die Tarife den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen. Ansonsten bleibt nur das Begehren an den Bundesrat, die Preisabrede aus überwiegenden öffentlichen Interessen zuzulassen.

Die Diskussionen, die in den letzten Monaten die SIA bewegt haben, sind bekannt. Die knapp zustande gekommene Abstimmungslösung entspricht zumindest dem Sinn des neuen Kartellgesetzes. Die Tarife des SIA dienen jetzt nur noch als Verhandlungsgrundlagen, und ihre Verletzung kann keine verbandsinternen Sanktion mehr nach sich ziehen. Auch wenn man die durch den Gegenstand der Abstimmung hervorgerufene Unsicherheit versteht, muss festgestellt werden, dass dadurch lediglich eine Angleichung des Verbandsrechts an die

¹³¹ Vgl. Botschaft KG, zit. in Anm. 99, S. 588 ff.; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, zit. in Anm. 102, S. 132 ff.

bereits vorherrschende Übung stattfand. Die tatsächliche Weiterentwicklung des Wettbewerbs wird zu beobachten sein. Dass er heute sehr rege ist, verrät uns ein Blick auf den Baumarkt.

An dieser Stelle bleibt noch anzufügen, dass selbst sogenannt *technische Normen* einen Einfluss auf den Wettbewerb haben können. Solange diese Normen tatsächlich die Sicherheit oder eine von den Bauherrn gewünschte Qualität gewährleisten, ist nichts dagegen einzuwenden. Trotzdem besteht das Risiko, dass einige dieser Normen so hohe Anforderungen stellen, dass gewisse Konkurrenten, namentlich ausländische Anbieterinnen, vom Markt ausgeschlossen werden. Wir haben bereits gesehen, dass der Bund in seinem Kompetenzbereich durch das THG verpflichtet ist, technische Handelshemmnisse zu beseitigen. In dieser Hinsicht ist die Angleichung, wenn nicht gar die Vereinheitlichung der Normen auf europäischer Ebene wünschenswert.

C. Auf dem Gebiet der Bauarbeiten

Es ist bekannt, dass der Wettbewerb auch im Bereich der Bauarbeiten immer stärker wird, auch wenn eine Differenzierung nach Berufsgattung ohne Zweifel notwendig ist. Doch zwei Bemerkungen dazu:

⇒ *Regietarife* können Preisabsprachen darstellen und sind damit dem erwähnten Risiko ausgesetzt. Eine Differenzierung drängt sich gleichwohl auf: Kalkulationshilfen sind grundsätzlich zulässig, was sich bereits aus dem Gesetzestext von Art. 6 Abs. 1 lit. b KG ergibt. Diese Kalkulationshilfen müssen aber dafür geeignet sein, je nach Unternehmen verschiedene Preise zu berechnen, und dürfen nicht zu starren Tarifen führen, welche die Preise zwingend festsetzen. Zu diesem Problem hat die Kommission eine Studie verfasst, die zur Annahme einer neuen Empfehlung führen sollte.

⇒ *Der Unterhalt gewisser Installationen* (z.B. von Aufzügen) kann für die Kunden ein Abhängigkeitsverhältnis schaffen, weil vom Unternehmer oft seltene Ersatzteile zur Verfügung gestellt werden müssen oder der Betrieb der Installationen immer höher entwickelte Technologien benötigt. In vergleichbaren Situationen hat die Kartellkommission entschieden, ein Unternehmen, welches derartige Kundendienstleistungen erbringe, habe eine marktbeherrschende Stellung und unterliege deshalb den kartellrechtlichen Bestimmungen und der Aufsicht des Preisüberwachers, sofern es sich nicht im Wettbewerb mit anderen Konkurrenten befinde.

D. Auf dem Gebiet der Baumaterialien

Obwohl es auch diesbezüglich zu differenzieren gilt, scheinen die auf Lieferung von Baumaterialien spezialisierten Unternehmen äusserst eng zusammengeschlossen, ja sogar von einigen wenigen Unternehmensgruppen beherrscht zu sein. Von der Kartellkommission wurden zwar bestimmte Aspekte untersucht; es ist aber zweifelhaft, ob damit alle Gefahren ausgeschaltet werden können. Dazu drei Bemerkungen:

⇒ Verschiedene Absprachen, die unter dem (angeblichen) Einfluss des Konsumentenschutzgedankens zustande kamen, verhinderten den Direktkauf bestimmter *technischer Geräte* bei (insbesondere ausländischen) Lieferanten. Sie wurden von der Kommission (namentlich auf dem Gebiet der Sanitäranlagen) in Frage gestellt. Sicher wird das neue Recht viele Berufsstände zu einer Praxisänderung zwingen, ansonsten ein Eingreifen der Kommission unumgänglich erscheint.

Pierre Tercier

- ⇒ *Die Kartelle der Zementhersteller* wurden Ende 1994 von der Kartellkommission untersagt. Nur eine Abrede betreffend der Organisation des Transportwesens wurde von der Kartellkommission zugelassen. Begründet wurde dies mit dem Argument des Umweltschutzes (für dessen Beurteilung zur Zeit der Bundesrat ausschliesslich zuständig ist) sowie teilweise auch unter dem Gesichtspunkt eines haushälterischen Ressourcengebrauchs, einem Kriterium der wirtschaftlichen Effizienz. Bald könnte der Zementmarkt die Wettbewerbskommission wieder beschäftigen, weil sich ein vertikaler Zusammenschluss (durch den Kauf von Frischbetonlieferanten) abzeichnet.
- ⇒ Im Rahmen der Untersuchung des Marktes für *Sand und Kies* äusserte sich die Kartellkommission zum Argument des rationellen Umgangs mit Ressourcen; sie stellte fest, dass eine völlige Beseitigung des Wettbewerbs nicht zu rechtfertigen ist. Die Lösung der Frage ist allerdings schwierig, weil sie von kantonalen Raumplanungs- und Umweltbestimmungen abhängt. Auf Grund der erfolgten Untersuchung analysiert nun die Kommission zusammen mit der betroffenen Branche, wie die geltenden Bestimmungen an das neue Gesetz angepasst werden sollen.

3. Schlussfolgerungen

Die Bauwirtschaft befindet sich in einer grossen Krise, die zum Teil strukturell begründet ist: Zu viele Unternehmen haben überlebt, die keine wirtschaftliche Daseinsberechtigung mehr haben oder sich nicht den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen wollten. Ihre weitere Existenz hängt weitgehend davon ab, wie wir den Wettbewerbsabreden gegenüberstehen, die den Baumarkt kennzeichnen.

Das Kartellgesetz ist ein unerlässliches Mittel einer modernen Volkswirtschaft, insbesondere auch der schweizerischen. Es ermöglicht uns nicht nur, gegen Kartelle vorzugehen, die offenbar an Bedeutung verlieren, sondern in erster Linie gegen Unternehmen in marktbeherrschender Stellung und deren Zusammenschlüsse. Das gilt gleichermassen für die Angebots- wie auch für die Nachfrageseite.

Verordnung über die Nationalstrassen (NSV) vom 18. Dezember 1995
(SR 725.111; AS 1996, 250 ff.)

Art. 44 ff.

3. Titel: Beschaffungswesen und Finanzierung der Nationalstrassen

1. Kapitel: Beschaffungswesen

Art. 44 Allgemeiner Wettbewerb

Die Aufträge beim Bau und Unterhalt für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen sind in der Regel in einem nationalen und internationalen Wettbewerb zu vergeben.

Art. 45 Verfahren

¹ Folgende Aufträge sind öffentlich auszuschreiben:

- a. Bauaufträge ab 2 Millionen Franken;
- b. Liefer- und Dienstleistungsaufträge ab 403 000 Franken.

² Folgende Aufträge können auf Einladung vergeben werden, wobei wenn möglich mindestens drei Angebote eingeholt werden müssen:

- a. Bauaufträge ab 500 000 Franken;
- b. Liefer- und Dienstleistungsaufträge ab 263 000 Franken.

³ Die andern Aufträge können freihändig vergeben werden.

⁴ Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag.

Art. 46 Anwendbares Recht

Im übrigen findet das kantonale Recht Anwendung.

Art. 47 Genehmigung des Bundesamtes

¹ Die Kantone haben folgende Aufträge vor dem Zuschlag dem Bundesamt zur Genehmigung zu unterbreiten:

- a. beim Bau ab 2 Millionen Franken und beim Unterhalt ab 1 Million Franken für Bauleistungen;
- b. beim Bau und Unterhalt ab 263 000 Franken für Lieferungen und Dienstleistungen.

² Das Bundesamt entscheidet über die Genehmigung innert einem Monat.

³ Die andern Aufträge sind dem Bundesamt vor Beginn der Bauarbeiten bzw. Lieferung oder Dienstleistungserbringung zur Kenntnis zu bringen.

**Anhang 1 zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB)
vom 11. Dezember 1995 (SR 172.056.11; AS 1996, 538 f.)**

Anhang 1
(Art. 3 Abs. 1)

Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen

	Zentrale Produktklassifikation (CPC) Referenz-Nr.
1. Instandhaltung (Wartung, Inspektion, Instandsetzung)	6112, 6122, 633, 886
2. Landverkehr, eingeschlossen Geldtransport und Kurierdienste, ohne Post- und Eisenbahnverkehr	712 (ausser 71235), 7512, 87304
3. Fracht- und Personenbeförderung im Flugverkehr, ohne Postverkehr	73 (ausser 7321)
4. Postbeförderung im Landverkehr sowie Luftpostbeförderung (ohne Eisenbahnverkehr)	71235, 7321
5. Fernmeldewesen (ohne Fernsprechkennleistungen, Telex, Mobiltelefondienst, Funkrufdienst und Satellitenkommunikation)	752 (ausser 7524, 7525, 7526)
6. Versicherungs- und Bankdienstleistungen mit Ausnahme von finanziellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken	811, 812, 814
7. Informatik und verbundene Tätigkeiten	84
8. Buchführung, -haltung, -prüfung	862
9. Markt- und Meinungsforschung	864
10. Unternehmungsberatung und verbundene Tätigkeiten	865, 866 ¹⁾
11. Architektur, Stadt- und Landschaftsplanung	867
12. Technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen bei Bauvorhaben	867
13. Studienauftrag (Vergabe identischer Aufträge an mehrere Anbieter und Anbieterinnen zwecks Erarbeitung von Lösungsvorschlägen)	867

¹⁾ Ohne Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen

	Zentrale Produktklassifikation (CPC) Referenz-Nr.
14. Technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen, soweit nicht Bauvorhaben betreffend	867
15. Werbung, Information und Public Relations	871
16. Gebäudereinigung und Hausverwaltung	874, 82201–82206
17. Verlegen und Drucken	88442
18. Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen	94

Die Schwellenwerte des BoeB (Art. 6)

Art. 6 Umfang des Auftrags

¹ Dieses Gesetz ist 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.

² Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) passt die Schwellenwerte im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) periodisch den Vorgaben des GATT-Übereinkommens an.

Neue (angepasste) Schwellenwerte (BoeB 6) (ab 1.1.1997/ AS 1996 S. 3096):

Auftragsarten	Wert Schweizer Franken
Lieferungen	248'950
Dienstleistungen	248'950
Bauwerke	9'575'000
Lieferungen und Dienstleistungen nach Art. 2 Abs. 2 BoeB oder für Aufträge der Automobildienste der PTT	766'000

Die Schwellenwerte der IVöB (Art. 7)

Art. 7 Schwellenwerte

¹ Diese Vereinbarung gilt für die Vergabe von Aufträgen, wenn der geschätzte Auftragswert folgenden Schwellenwert ohne Mehrwertsteuer erreicht:

- a. 10 070 000 Franken bei Bauwerken;
- b. 403 000 Franken bei Lieferungen und Dienstleistungen;
- c. 806 000 Franken bei Lieferungen und Dienstleistungen im Auftrag einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers, die gemäss Artikel 8 dieser Vereinbarung in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationsbereich vergeben werden.

² Vergibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend. Der prozentuale Anteil der einzelnen Bauwerke, welchen sie am Gesamtbauwerk ausmachen müssen, damit sie auf jeden Fall den Bestimmungen dieser Vereinbarung unterliegen, richtet sich nach den generellen Festlegungen durch das Interkantonale Organ (Bagatellklausel).

Neue (angepasste) Schwellenwerte (IVöB 7) (ab 1.1.1997):

Auftragsarten	Wert Schweizer Franken
Bauaufträge	9'575'000
Lieferungen, Dienstleistungen allgemein	383'000
Lieferungen, Dienstleistungen im Bereich Sektoren (Wasser, Energie, Verkehr etc.)	766'000

Gesamtsystem BoeB und VoeB (von Dr. Anton Henninger, Murten)

BoeB und VoeB	VoeB Art. 1- 8 u. 32 - 39	Nicht BoeB / VoeB
<p><u>AUFTRAGGEBER</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Allgemeine Bundesverwaltung • Eidgenössische Alkoholverwaltung • ETH und ihre Forschungsanstalten • Post- und Automobildienste der PTT Betriebe, soweit sie Tätigkeit nicht in Konkurrenz mit Dritten ausüben, welche GATT-Übereinkommen nicht unterstehen; Automobildienste nur im Bereich Personenverkehr in der Schweiz • Bundesrat bezeichnete Auftraggeber im Bereich der Sektoren (Art. 2 BoeB) <p><u>AUFTRÄGE</u> (Art. 6 BoeB)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Baufträge in den <u>klassischen Bereichen</u> und <u>in den Sektoren</u> mit einem Auftragswert gleich oder höher als 9'575'000 Franken; Teilaufträge Auftragswert über 2 Mio.; kleinere Teilaufträge, sofern insgesamt mehr als 20 % des Gesamtbauwerkes • Lieferungen und GATT-Dienstleistungen in den <u>klassischen Bereichen</u> Auftragswert gleich oder höher als 248'950 Franken <i>Lieferungen und GATT-Dienstleistungen</i> in den <u>Sektoren</u> Auftragswert gleich oder höher als 766'000 Franken 	<p><u>AUFTRAGGEBER und AUFTRÄGE</u></p> <p>1. Alle Auftraggeber, die grundsätzlich BoeB unterstellt sind, deren Aufträge aber wegen eines zu geringen Auftragswertes nicht unterstellt sind oder aus anderen Gründen nicht unter BoeB fallen.</p> <p>Für Post- und Automobildienste der PTT und für Rüstungsbetriebe vgl. Ausnahmen gemäss nachfolgendem Pt. 2</p> <p>2. - PTT-Betriebe - Rüstungsbetriebe - SBB soweit Auftraggebereinnen</p> <p>a) Tätigkeit nicht in Konkurrenz mit Dritten; oder b) Auftraggeberinnen Auftragsgegenstand nicht an Dritte weiterveräußern oder vermieten, ohne dafür ein besonderes oder ein ausschliessliches Recht zu haben (Art. 2; 32 VoeB)</p>	<p><u>AUFTRAGGEBER und AUFTRÄGE</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • PTT-Betriebe • Rüstungsbetriebe • SBB soweit Auftraggeberinnen: a) Tätigkeit in Konkurrenz mit Dritten oder b) Auftragsgegenstand an Dritte weiter veräußern oder vermieten, ohne dafür ein besonderes oder ein ausschliessliches Recht zu haben (Art. 2 VoeB) <ul style="list-style-type: none"> • Nicht in Anhang 1 und 2 VoeB genannte Dienst- und Bauleistungen (Art. 3 VoeB)
<p><u>HAUPTREGELN</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Öffnung der Märkte für Anbieter mit Sitz/Wohnsitz in Vertragsstaat des GATT, oder aus Staaten mit besonderen Abmachungen, wenn Gegenrecht • Einhaltung der Vergabegrundsätze nach Art. 8 BoeB (Gleichbehandlung Arbeitsschutzbestimmungen am Ort der Leistung, Gleichheit Mann und Frau) • Grundsätzlich offenes oder selektives Verfahren ausnahmsweise freihändige Vergabe (Art. 13 VoeB) • Verhandlungen (Art. 20 BoeB) • Beschwerdeverfahren (Art. 26 bis 35 des BoeB) 	<p><u>HAUPTREGELN</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Öffnung der Märkte für Anbieter mit Sitz/Wohnsitz in Vertragsstaat des GATT, oder aus Staaten mit besonderen Abmachungen, wenn Gegenrecht <u>Besondere Bestimmungen</u> für Beschaffungen im Rahmen des Alptransitbeschlusses • Einhaltung Vergabegrundsätze BoeB • Vergabeverfahren (Art. 34-36 VoeB) Offenes und Selektives Verfahren; Einladungsverfahren bis 248'950 / 766'000 Franken bei Güter und bis 2 Mio. Franken bei Bauaufträgen; freihändige Vergabe unter 50'000 Franken bei Güter und Dienstleistungen unter 100'000 Franken bei Bauaufträgen • Keine Anwendung des Beschwerdeverfahrens gem. BoeB 	<p><u>HAUPTREGELN</u></p> <p>Keine Anwendung der Regeln des BoeB und der VoeB</p>

Abgebotsrunden und Strafabreden (Konventionalstrafen)

Abgebotsrunden - Ein Beispiel. Nach Massgabe und unter den Voraussetzungen der Art. 20 BoeB/26 VoeB soll es der öffentlichen Auftraggeberin auch im Submissionsverfahren gestattet sein, über die angebotenen Preise zu verhandeln (vgl. schon BR 1996, S. 60). Das ist jedenfalls der Standpunkt, den die eidgenössischen Vergabebehörden vertreten, und zwar unbekümmert darum, dass es ihnen bis zum Zuschlag untersagt ist, den beteiligten Anbietern und Anbieterinnen "Informationen über Konkurrenzangebote" abzugeben (explizit: Art. 26 Abs. 5 VoeB). Wohin dies in der Praxis führt, zeigt der folgende (merkwürdige) Brief, den ausgewählte Submittenten eines konkreten Ausschreibungsverfahrens erhielten: "Nach Prüfung aller Angebote befindet sich Ihre Offerte unter den preisgünstigsten. Gemäss Ankündigung im Ausschreibungstext erhalten Sie auf Grund des neuen Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen hiermit Gelegenheit ein zusätzliches Angebot einzureichen. Ihr Angebot wollen Sie bitte schriftlich, per Post, bis zum ... einreichen. Falls ich bis zu diesem Zeitpunkt kein weiteres Angebot erhalte, werde ich Ihre Offerte gemäss Eingabe als gültig annehmen. Für allfällige Fragen stehe ich Ihnen zur Verfügung, kann aber leider keine weiteren Details wie Rang oder Preisdifferenzen bekanntgeben". *Gauch, BR 1996, S. 96.*

Fr. 300 000.- pro Verstoss! "Zur Durchsetzung der Verfahrensgrundsätze nach Art. 8 BoeB sieht die Auftraggeberin beim Vertragsabschluss Konventionalstrafen vor". Dies steht in Art. 6 Abs. 5 VoeB. Und so lautet die vorformulierte Verpflichtungserklärung, die ein Bundesamt für eine konkrete Ausschreibung verwendet hat: "Der Anbieter verpflichtet sich für Leistungen in der Schweiz, die am Ort der Leistung geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einzuhalten. Des weiteren verpflichtet sich der Anbieter für Leistungen in der Schweiz, die Gleichbehandlung von Mann und Frau, namentlich das Prinzip der Lohngleichheit, einzuhalten. Bei Missachtung vorstehender Verpflichtungen hat der Anbieter der Auftraggeberin eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 300'000.- pro Verstoss zu entrichten". In Tat und Wahrheit: 300'000.- (dreihunderttausend Franken) pro Verstoss; und dies zu Gunsten einer Auftraggeberin, die durch den betreffenden Verstoss in keiner Weise geschädigt wird! Der Jurist erinnert sich unwillkürlich an Art. 163 Abs. 3 OR, wonach der Richter "übermässig hohe Konventionalstrafen ... nach seinem Ermessen herabzusetzen" hat. *Gauch, BR 1996, S. 96.*

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

(SR 251; AS 1996 I 546)

Art. 1-17

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

vom 6. Oktober 1995

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Artikel 31^{bis} und 64 der Bundesverfassung,
in Ausführung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen internationaler Abkom-
men,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994¹⁾,
beschliesst:

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

Art. 2 Geltungsbereich

¹ Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen.

² Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

Art. 3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

¹ Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:

- die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
- die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

² Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.

³ Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach diesem Gesetz gehen Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985¹⁾ vor, es sei denn die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung.

Art. 4 Begriffe

¹ Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

² Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

³ Als Unternehmenszusammenschluss gilt:

- die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

2. Kapitel: Materielle rechtliche Bestimmungen

1. Abschnitt: Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen

Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden

¹ Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.

² Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

³ Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

Art. 6 Gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden

¹ In Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen können die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Dabei werden insbesondere die folgenden Abreden in Betracht gezogen:

- a. Abreden über die Zusammenarbeit bei der Forschung und Entwicklung;
- b. Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezügliche Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen;
- c. Abreden über den ausschliesslichen Bezug oder Absatz bestimmter Waren oder Leistungen;
- d. Abreden über die ausschliessliche Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums.

² Verordnungen und allgemeine Bekanntmachungen können auch besondere Kooperationsformen in einzelnen Wirtschaftszweigen, namentlich Abreden über die rationale Umsetzung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Schutze von Kunden oder Anlegern im Bereich der Finanzdienstleistungen, als in der Regel gerechtfertigte Wettbewerbsabreden bezeichnen.

³ Allgemeine Bekanntmachungen werden von der Wettbewerbskommission im Bundesblatt veröffentlicht. Verordnungen im Sinne der Absätze 1 und 2 werden vom Bundesrat erlassen.

Art. 7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

¹ Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

² Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Art. 8 Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen
Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

2. Abschnitt: Unternehmenszusammenschlüsse

Art. 9 Meldung von Zusammenschlussvorhaben

¹ Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

- a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielen; und
- b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen.

² Bei Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften besteht oder die ganz oder teilweise als Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991¹⁾ über Radio und Fernsehen tätig sind, ist das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgebend.

³ Bei Versicherungsgesellschaften treten an die Stelle des Umsatzes die jährlichen Bruttoprämieinnahmen, bei Banken im Sinne des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen²⁾ 10 Prozent der Bilanzsumme. Der auf die Schweiz entfallende Anteil der Bilanzsumme von Banken ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen den Forderungen aufgrund von Geschäften mit in der Schweiz ansässigen Personen (Banken und Kunden) und dem Gesamtbetrag dieser Forderungen.

⁴ Die Meldepflicht besteht ungeachtet der Absätze 1–3, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

⁵ Die Bundesversammlung kann mit allgemeinvertbindlichem, nicht referendumspflichtigem Bundesbeschluss:

- a. die Grenzbeiträge in den Absätzen 1–3 den veränderten Verhältnissen anpassen;
- b. für die Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen in einzelnen Wirtschaftszweigen besondere Voraussetzungen schaffen.

Art. 10 Beurteilung von Zusammenschlüssen

¹ Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

² Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

³ Bei Zusammenschlüssen von Banken im Sinne des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen¹⁾, die der Eidgenössischen Bankenkommision aus Gründen des Gläubigerschutzes als notwendig erscheinen, können die Interessen der Gläubiger vorrangig Berücksichtigung finden. In diesen Fällen tritt die Bankenkommision an die Stelle der Wettbewerbskommision; sie lädt die Wettbewerbskommision zur Stellungnahme ein.

⁴ Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs berücksichtigt die Wettbewerbskommision auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb.

Art. 11 Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen Unternehmenszusammenschlüsse, die nach Artikel 10 untersagt wurden, können vom Bundesrat auf Antrag der beteiligten Unternehmen zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

3. Kapitel: Zivilrechtliches Verfahren

Art. 12 Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung

¹ Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf:

- a. Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung;
- b. Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts²⁾;
- c. Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

² Als Wettbewerbsbehinderung fallen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmassnahmen in Betracht.

³ Die in Absatz 1 genannten Ansprüche hat auch, wer durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist.

Art. 13 Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs

Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers namentlich anordnen, dass:

- a. Verträge ganz oder teilweise ungültig sind;
- b. der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben.

Art. 14 Gerichtsstand

¹ Die Kantone bezeichnen für Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung ein Gericht, welches für das Kantonsgebiet als einzige kantonale Instanz entscheidet. Es beurteilt auch andere zivilrechtliche Ansprüche, wenn sie gleichzeitig mit der Klage geltend gemacht werden und mit ihr sachlich zusammenhängen.

² Zuständig ist das Gericht am Wohnsitz oder am Sitz des Klägers oder des Beklagten. Richtet sich die Klage gegen mehrere Personen, so kann bei einem zuständigen Gericht gegen alle geklagt werden; das zuerst angerufene Gericht ist ausschliesslich zuständig.

Art. 15 Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung

¹ Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird die Sache der Wettbewerbskommision zur Begutachtung vorgelegt.

² Wird geltend gemacht, eine an sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sei zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig, so entscheidet der Bundesrat.

Art. 16 Wahrung von Geschäftsgeheimnissen

¹ In Streitigkeiten über Wettbewerbsbeschränkungen sind die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Parteien zu wahren.

² Beweismittel, durch die solche Geheimnisse offenbart werden können, dürfen der Gegenpartei nur so weit zugänglich gemacht werden, als dies mit der Wahrung der Geheimnisse vereinbar ist.

Art. 17 Vorsorgliche Massnahmen

¹ Zum Schutze von Ansprüchen, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, kann das Gericht auf Antrag einer Partei die notwendigen vorsorglichen Massnahmen anordnen.

² Auf vorsorgliche Massnahmen sind die Artikel 28c–28f des Schweizerischen Zivilgesetzbuches¹⁾ sinngemäss anwendbar.