

Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Vergaberecht

Weiterbildungstagung vom 12. September 2023
der Kammer der Fachanwälte SAV
Bau- und Immobilienrecht

Dr. Stefan Scherler
Ulrich Keusen

1

1

Inhaltsübersicht

1. Einleitung, Vorbemerkungen
2. Ausgangspunkt
3. Zur Erinnerung
4. Die Formel des BGers: In ihre Einzelteile zerlegt
5. Begründungspflichten; Substanziierung
6. Anwendungsfälle (je 3)
7. Fazit



Referat Stefan Scherler und Ulrich Keusen, Neuenburg, 13.09.2023

2

2

Einleitung, Vorbemerkungen

Referat Stefan Scherler und Ulrich Keusen, Neuenburg, 13.09.2023

3

3

Ausgangspunkt - Zugangsbeschränkung

Zugangsbeschränkung zum Bundesgericht (Botschaft zum BGG 2001)

Die **Justizreform** umfasst folgende Neuerungen: (...) Zulässig sind

- **Streitwertgrenzen**
- unter **Vorbehalt von Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung**,
- der **Ausschluss bestimmter Sachgebiete** von der Zuständigkeit des Bundesgerichts und
- ein **vereinfachtes Verfahren** zur Erledigung offensichtlich unbegründeter Beschwerden.

(BBI 2001 4202; 4221)

Referat Stefan Scherler und Ulrich Keusen, Neuenburg, 13.09.2023

4

4

Ausgangspunkt - Zugangsbeschränkung

Die Ausnahmen gelten unabhängig von der Zugehörigkeit des anwendbaren Rechts.

Wenn ein Entscheid ein **ausgeschlossenes Gebiet** betrifft, so ist die Beschwerde ans Bundesgericht unzulässig, unabhängig davon, ob er sich auf **öffentliches Recht des Bundes** oder der **Kantone** stützt.

(BBI 2001 4321)

Zur Erinnerung

Wo im BGG gibt es die Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung noch?

- | | |
|-------------------------------------|---|
| – Art. 20 Besetzung | in Fünferbesetzung |
| – Art. 42 Rechtsschriften | Begründungspflicht |
| – Art. 74 Beschwerde in Zivilsachen | unterhalb der Streitwertgrenze «... Beschwerde dennoch zulässig, wenn ...» [keine Kumulation] |
| – Art. 83 lit. m | bei Erlass von bestimmten Steuern |
| – Art. 83 lit. w | Elektrizitätsrecht und Plangenehmigung Stromanlagen |
| – Art. 83 lit. x | Solidaritätsbeiträge FFE |
| – Art. 84a | internationale Amtshilfe in Steuersachen |
| – Art. 85 | vermögensrechtliche Streitsachen mit Streitwert (öff. Recht) |
| – Art. 109 | Dreierbesetzung bei Nichteintretensentscheiden |

Zur Erinnerung

Art. 83 Ausnahmen (1.1.2007 bis Ende 2020)

Die Beschwerde ist unzulässig gegen: (...)

f. Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen:

1. wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994/56 über das öffentliche Beschaffungswesen oder des Abkommens vom 21. Juni 1999/57 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens nicht erreicht,
2. wenn sich **keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung** stellt;

Zur Erinnerung

Art. 83 Ausnahmen (ab 2021)

Die Beschwerde ist unzulässig gegen: (...)

f. Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen wenn:

1. sich **keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung** stellt; vorbehalten bleiben Beschwerden gegen Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts, der Bundesanwaltschaft sowie der oberen kantonalen Gerichtsstellen, oder
2. der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Artikel 52 Absatz 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen nicht erreicht;

Zur Erinnerung

Revision von Art. 83 lit. f wegen der Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BBI 2017 1851)

- Weiterhin kumulative Geltung der beiden Voraussetzungen
- Keine Änderung in der Begrifflichkeit der «Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung»

→ Gleichzeitig auch Totalrevision der IVöB

Die "Formel" des Bundesgerichts

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG muss es sich um eine **Rechtsfrage** aus dem **Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts** handeln. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien **auf einen Einzelfall** stellt keine Grundsatzfrage dar. Der bloße Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage **noch nie entschieden** worden ist, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheidung für die **Praxis begleitend** sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer **höchstrichterlichen Klärung** ruft. Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die **Lösung des konkreten Falls erheblich** sind.

Pars pro toto: BGer, 5. April 2023, 2C_636/2022, E.2.2

Die Formel – in Einzelteile zerlegt I

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung

(...) um eine **Rechtsfrage** aus dem Gebiet des **öffentlichen Beschaffungsrechts** (...)

- Rechtsfrage – nicht Sachfrage oder Beweisfrage
- Öffentliches Beschaffungsrecht – egal welcher Stufe

11

Die Formel – in Einzelteile zerlegt II

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung

(...) Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien **auf einen Einzelfall** stellt keine Grundsatzfrage dar (...)

- Fragen der konkreten Bewertung?
- Fragen der konkreten Bewertungskriterien?

12

Die Formel – in Einzelteile zerlegt III

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung

(...) Der bloße Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage **noch nie entschieden** worden ist, genügt nicht.

– Umgekehrt kann es auch eine schon entschiedene Frage sein.

Die Formel – in Einzelteile zerlegt IV

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung

(...) Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheidung für die **Praxis wegleitend** sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer **höchstrichterlichen Klärung** ruft.

(...) Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die **Lösung des konkreten Falls erheblich** sind.

– Es reicht nicht, wenn die Frage aus dem Kontext aufgeworfen werden kann oder wenn damit ein obiter dictum avisiert wird.

Begründungspflichten; Substanziierung

Art 42 Rechtsschriften

² In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine **Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung** stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt, **so ist auszuführen, warum die jeweilige Voraussetzung erfüllt ist.**

Begründungspflichten; Substanziierung

Es obliegt der beschwerdeführenden Partei, die Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen, die kumulativ sind, nachzuweisen. Im Bereich des **kantonalen öffentlichen Beschaffungswesens** kann immer eine **subsidiäre Verfassungsbeschwerde** eingereicht werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 83 lit. f BGG nicht erfüllt sind.

Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, dass ihre Beschwerde eine grundsätzliche Rechtsfrage aufwerfen würde, und eine solche Frage ist auch nicht von vornherein klar ersichtlich. Sie hat daher zu Recht den Weg der subsidiären Verfassungsbeschwerde gewählt.

BGer, 30. August 2021, 2D_12/2021, E.1.1

Begründungspflichten; Substanziierung

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung

Im Rahmen ihrer **Begründungspflicht** nach Art. 42 Abs. 2 BGG hat die beschwerdeführende Partei darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist.

- Rechtspflicht nicht nur Sorgfaltspflicht
- Achtung: immer die aufschiebende Wirkung im Auge behalten

Seitenblick «stand still»

Kein «Standstill» nach Urteil letztinstanzl. kant. Gericht/BVGer, deshalb:

- sofort handeln (ohne Verzug!)
- Anzeige an Vergabestelle
- zusätzlich zu Beschwerde (BGer 2C_1080/2017!) vorsorgliche Massnahmen beantragen, superprovisorisch Vertragsabschluss verbieten lassen
- blosser Anmeldung und/oder Vorbehalt nachzureichender Begründung genügen nicht
- Keine Gerichtsferien! Auch für "altrechtlich" eingeleitete Verfahren (BGer 2C_654/2022)

Anwendungsfälle – Praxis des Bundesgerichts

Eine kleine Statistik¹ (de-sprachige; seit 2019; ohne Gewähr)

Vergabeverfahren unter Bundesrecht (BöB, VöB):

– 16 B-Verfahren: 2 Gutheissungen (ca. 12%)
 14 Nichteintreten (ca. 88%)

Vergabeverfahren unter kantonalem Recht (IVöB):

– 33 B-Verfahren: 3 bzw. 4 Gutheissungen (ca. 10%)
 30 Nichteintreten/Abweisungen (ca. 90%)

(¹ Website BGer, "Beschaffungswesen")

Anwendungsfälle – Praxis des Bundesgerichts



Fazit

Referat Stefan Scherler und Ulrich Keusen, Neuenburg, 13.09.2023

21

21