

Rechtsgutachten

Hans Rudolf Trüeb
Partner
Prof. Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt
Direkt +41 58 658 55 88
hansrudolf.trueb@walderwyss.com

an RA Thomas M. Fischer, KAIO
von Hans Rudolf Trüeb und Lena Götzinger
Betrifft **Beitritt zur IVÖB 2019 unter Vorbehalt**
Datum 26. Januar 2021 HRT / LGE / tla

Lena Götzinger
Rechtsanwältin (Rechtsanwaltskammer
Frankfurt am Main)
Direkt +41 58 658 56 63
lena.goetzinger@walderwyss.com

Inhaltsverzeichnis

1. Ausgangslage und Fragestellung..... 2

2. Zusammenfassung 2

3. Wesen und Auslegung von Konkordaten im Allgemeinen 3

3.1. Wesen von Konkordaten..... 3

3.2. Auslegung von Konkordaten im Allgemeinen..... 4

3.3. Praxis des Bundesgerichts zu Konkordaten 5

4. Beitrittsvorbehalte 6

4.1. Begriff des Vorbehalts 6

4.2. Zulässigkeit eines Vorbehalts nach Art. 19 VRK..... 7

4.3. Wirksamkeit..... 7

4.4. Rechtsfolgen 8

4.5. Praxis zu innerstaatlichen Vorbehalten 9

5. Revisionsziele der IVöB 2019..... 9

6. Zulässigkeit eines Vorbehalts zu Art. 52 Abs. 1 IVöB 201911

6.1. Auslegung nach der Vertrauenstheorie/ Art. 19 VKR analog 11

6.2. Auslegungselemente 12

6.2.1. Wortlaut der IVöB 2019 12

6.2.2. Entstehungsgeschichte (Verhandlungen) 13

6.2.3. Zusammenhang..... 15

6.2.4. Zweck..... 15

7. Rechtsfolgen bei (unterstellt zulässigem) Vorbehalt.....17

1. Ausgangslage und Fragestellung

- 1 Derzeit berät der Grosse Rat des Kantons Bern das Beitrittsgesetz zur revidierten IVöB (**IVöB 2019**). Die Reduktion des kantonalen Instanzenzugs auf eine Instanz (Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019) wird kontrovers beurteilt. Unter anderem besteht die Befürchtung, dass mit dem Wegfall der aktuellen Zwischeninstanzen (Direktionen und Regierungsstatthalterämter) das kantonale Verwaltungsgesicht mit Zusatzaufgaben belastet wird, die zu einer Aufstockung des Etats und daher zusätzlichen Kosten führen können. Bereits im Vernehmlassungsverfahren wurde daher das Anliegen geäußert, dem Beitritt zur IVöB 2019 nur unter dem Vorbehalt zuzustimmen, dass der zweistufige Instanzenzug nach aktuellem Recht beibehalten wird.
- 2 Seitens der federführenden Finanzdirektion wurde uns daher die folgende Frage zur rechtlichen Begutachtung unterbreitet:

Kann der Kanton Bern beim Beitritt zur IVöB 2019 einen Vorbehalt anbringen, wonach er entgegen Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 an dem bisherigen zweistufigen Instanzenzug zur Behandlung von Beschwerden im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens festhält?

2. Zusammenfassung

- 3 Aus unserer Sicht ist es unzulässig, zu Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 einen Vorbehalt anzubringen, wonach an dem bisherigen zweistufigen kantonalen Instanzenzug festgehalten wird.
- 4 Zunächst beruhen Konkordate auf (wie privatrechtliche Verträge) auf einem Konsens der Parteien. Vorbehalte nach der Einigung auf einen Vertragstext sind in der schweizerischen Praxis unüblich – uns ist nur eine interkantonale Vereinbarung bekannt, der unter Vorbehalt beigetreten wurde. Dieser spezifische Fall ist hinsichtlich der Frage, ob ein Vorbehalt zu Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 zulässig ist, allerdings nur beschränkt aussagekräftig.
- 5 Zur Auslegung von Konkordaten wird subsidiär das Völkerrecht herangezogen. Die Literatur verweist insbesondere auf Art. 19 ff. des Wiener Übereinkommens

über das Recht der Verträge (**VRK**, SR 0.111). Die dort festgelegten Auslegungsgrundsätze entsprechen der Spruchpraxis des Bundesgerichts.

- 6 Massgebend ist zunächst der Wortlaut der Interkantonalen Vereinbarung. Die IVöB 2019 verbietet Vorbehalte nicht ausdrücklich. Gleichwohl kann auch die Öffnungsklausel des Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019, wonach die Kantone Ausführungsbestimmungen erlassen können, nicht so ausgelegt werden, als erlaube sie einen zweistufigen Instanzenzug. «Ausführungsbestimmungen» sind keine Vorbehalte, da ihre Funktion nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Konkretisierung oder Lückenfüllung besteht, nicht aber in der Abweichung von eindeutigen Normierungen (wie in Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019).
- 7 Folglich schweigt die IVöB 2019 zur Gutachterfrage, die nach den Auslegungsgrundsätzen der VRK und des Bundesgerichts deshalb unter Berücksichtigung der übrigen juristischen Auslegungsmethoden (Historie, Systematik, Telos) zu beantworten ist. Ziel und Zweck der IVöB 2019 ist von besonderer Bedeutung. Der Wille der Kantone, zu Harmonisierungszwecken nur eine Instanz vorzusehen, kommt (u.a. in der Musterbotschaft) unmissverständlich zum Ausdruck. Dieses Ziel würde unterlaufen, wenn gerade diejenigen Kantone, die Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 beträfe, sich dem erzielten Resultat durch Erklärung eines Vorbehalts entziehen könnten. Ebenfalls Schaden nähme das Ziel der IVöB 2019, das Beschaffungswesen für die Anbieter weniger komplex zu gestalten. Mit Ziel und Zweck der IVöB 2019 ist der vom Kanton Bern angemeldete Vorbehalt deshalb nicht vereinbar.
- 8 Nicht zuletzt bestehen auch in tatsächlicher Hinsicht Bedenken gegen den Vorbehalt. Es besteht die Gefahr eines Dammbbruchs oder «cherry picking» bei Interkantonalen Vereinbarungen, wodurch das multilateral harmonisierte Verhandlungsergebnis in Frage gestellt und (insbesondere bei zahlreichen Vorbehalten) eine fragmentierte Rechtslandschaft riskiert würde.

3. Wesen und Auslegung von Konkordaten im Allgemeinen

3.1. Wesen von Konkordaten

- 9 Der Begriff «Konkordat» ist verwandt mit dem lateinischen Begriff «Concordia» (Eintracht). Wie privatrechtliche Verträge beruhen auch Konkordate auf dem Konsens der Parteien. Das Konkordat ist daher ein Instrument konsensualer Rechtsetzung: Gemäss Art. 48 Abs. 1 S. 1 BV können die Kantone miteinander

Verträge schliessen, die auch als «Interkantonale Vereinbarungen» bezeichnet werden.

- 10 Je nach Anzahl der an einem Vertrag beteiligten Kantone wird zwischen bi-, multi- und omnilateralen Verträgen unterschieden. Während bi- und multilaterale Verträge die regionale Zusammenarbeit fördern, sehen die omnilateralen Verträge gesamtschweizerische Lösungen vor.¹ Unterschieden wird in der Regel zwischen rechtsgeschäftlichen oder rechtssetzenden Konkordaten. Interkantonale Vereinbarungen im Bereich der regionalen Zusammenarbeit sind oft rechtsgeschäftlicher Natur (z.B. Errichtung von Ausbildungsanstalten oder Infrastrukturanlagen), während rechtssetzende Vereinbarungen in der Regel die Harmonisierung kantonaler Regeln bezwecken.² Für letzteres gibt es – neben dem öffentlichen Beschaffungswesen – zahlreiche Beispiele, zum Beispiel im Schulwesen (statt vieler: HarmoS-Konkordat).
- 11 Wie völkerrechtliche Verträge (Staatsverträge) auf überstaatlicher Ebene sind auch interkantonale Vereinbarungen verbindliche Rechtsquellen.³ Entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* sind Kantone daran gehindert, rechtswirksam konkordatswidriges Recht zu setzen und sich so von eingegangenen Verpflichtungen unter Berufung auf das kantonale Recht zu befreien.⁴ Aus der Rechtsnatur der Interkantonalen Vereinbarungen als öffentlich-rechtliche Vereinbarungen folgt aber,⁵ dass Kantone frei darin sind, Konkordate einzugehen oder nicht.

3.2. Auslegung von Konkordaten im Allgemeinen

- 12 Bei Fragen zur Gültigkeit des Vertrages oder sofern bestimmte Fragen nicht vertraglich geregelt sind, werden die völkerrechtlichen Grundsätze über das Recht der Verträge analog herangezogen.⁶ Die (zum Bundesrecht und interkantonalen Recht) ergänzende Anwendung von Völkerrecht auf interkantonale Verträge,

¹ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, in: Ehrenzeller/Schindler u.a. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 48 BV Rz. 12.

² JAAG, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, AJP 2013, 774, 776.

³ JAAG, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, AJP 2013, 774, 779.

⁴ BGE 138 I 435 E. 1.3.2; 100 Ia 418 E. 4, 423.

⁵ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, Art. 48 BV Rz. 23.

⁶ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, Art. 48 BV Rz. 22.

insbesondere deren Auslegung, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und der schweizerischen Staatsrechtspraxis.⁷

- 13 Für den Vertragsschluss sind namentlich die Art. 6 ff. VRK, für die Auslegung Art. 31 – 33 VRK massgeblich.⁸ Das Recht auf das Anbringen von Vorbehalten ist in Art. 19 ff. VRK geregelt (vgl. Ziff. 9).

3.3. Praxis des Bundesgerichts zu Konkordaten

- 14 Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung wiederholt auf die subsidiäre Anwendbarkeit des Völkerrechts auf interkantonale Verträge hingewiesen: «Auf interkantonale Verträge sind, soweit nicht nach Bundesrecht, Gewohnheitsrecht oder Vereinbarung etwas anderes gilt, die Grundsätze des Völkerrechts anwendbar.»⁹ Indessen nimmt das Bundesgericht – anders als bei internationalen Abkommen¹⁰ – nicht ausdrücklich auf die Bestimmungen der VRK bei Fragen etwa zur Auslegung oder zum Zustandekommen von Konkordaten Bezug.¹¹ Vielmehr weist es darauf hin, dass nach der Völkerrechtslehre wie auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Vertrauenslehre gelte.¹²

- 15 Im Einzelnen gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die folgenden Auslegungsgrundsätze:
- Die Auslegung von interkantonalen Verträgen hat sich an deren Wortlaut zu orientieren.¹³
 - Ist der Wortlaut nicht eindeutig oder erscheint die durch den klaren Wortlaut vermittelte Bedeutung sinnwidrig, sind als Quelle zur Auslegung die Verhandlungen heranzuziehen, soweit sie den Willen der vertragsschliessenden Kantone klar erkennen lassen.¹⁴

⁷ BGE 112 Ia E. 4.c, 78 ff.; 100 Ia 418 E. 4; 96 I 636 E. 4c, 648 f.; Tschannen, Staatsrecht, § 25, Rz. 27.

⁸ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, Art. 48 BV Rz. 22.

⁹ BGE 100 Ia 418 E. 4; BGE 96 I 636, 648.

¹⁰ Urteil des BGE 9C_728/2011 vom 26. April 2012, E 5.3.1. f.

¹¹ BGE 100 Ia 418 E. 4; BGE 96 I 636, 648.

¹² BGE 94 I 669 E. 4; BGE 96 I 636, 648.

¹³ BGE 94 I 669 E. 4; BGE 96 I 636, 648. Die Vattel'sche Maxime, wonach klare Verträge nicht auszulegen sind, gilt indessen nicht absolut (BGE 97 I 359, E. 3). Bei näherem Hinsehen enthält sie eine Petitio Principii: Ob ein Vertragswortlaut «klar» oder «unklar» ist, ist bereits das Resultat einer (wertenden) Auslegung.

¹⁴ BGE 100 Ia 418 E. 4.

- Konkordate sind so auszulegen, dass der von den Parteien angestrebte Vertragszweck erreicht wird.¹⁵
- Eine über den Wortlaut hinausgehende, ausdehnende Auslegung einer Bestimmung des Konkordats kommt nur in Frage, wenn aus dem Zusammenhang oder der Entstehungsgeschichte mit Sicherheit auf eine vom Wortlaut abweichende Willensmeinung zu schliessen ist.¹⁶

16 Im Ergebnis besteht damit ein Gleichlauf der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Auslegung von Konkordaten mit den Auslegungsregeln des Art. 19 VKR, wonach ebenfalls zuerst auf den Wortlaut des Vertrages selbst abzustellen ist. Erst, wenn dieser nicht eindeutig ist, ist auf Ziel und Zweck des Vertrags abzustellen (vgl. Ziff. 4, insb. Rz. 20).

4. Beitrittsvorbehalte

4.1. Begriff des Vorbehalts

17 «Vorbehalt» meint gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d VRK die einseitige Erklärung eines Staates mit dem Zweck, die Rechtswirkung einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf ihn auszuschliessen oder zu ändern. Anders ausgedrückt ist ein Vorbehalt der Wille einer Vertragspartei, nicht von der Gesamtheit eines Vertragstextes gebunden zu sein.¹⁷ Der unter Vorbehalt beitretende Staat verpflichtet sich daher zu einem «Minus».

18 Bei bilateralen Verträgen und im Privatrecht entspricht dem Vorbehalt im Wesentlichen eine Gegenofferte, das heisst das Angebot eines modifizierten (verminderten) Vertragsinhalts. In multilateralen Vertragswerken soll die Möglichkeit von Vorbehalten einer grossen Anzahl von Staaten den Beitritt erlauben, auch wenn nicht alle dessen Details akzeptabel sein sollten.¹⁸

¹⁵ BGE 100 Ia 418 E. 4 m.w.H.

¹⁶ BGE 100 Ia 418 E. 4 m.w.H.

¹⁷ ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 3. Auflage 2015, Rz. 215.

¹⁸ ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 3. Auflage 2015, Rz. 215.

4.2. Zulässigkeit eines Vorbehalts nach Art. 19 VRK

19 Art. 19 VRK sieht vor, dass ein Staat beim Beitritt zu einem Vertrag einen Vorbehalt anbringen kann, sofern nicht

- der Vertrag den Vorbehalt verbietet (Art. 19 lit. a VRK);
- der Vertrag vorsieht, dass nur bestimmte Vorbehalte gemacht werden dürfen, zu denen der betreffende Vorbehalt nicht gehört (Art. 19 lit. b VRK); oder
- wenn die vorgenannten Fälle nicht einschlägig sind, der Vorbehalt mit Ziel und Zweck des Vertrags unvereinbar ist (Art. 19 lit. c VRK).

20 Um eine gewisse Trennschärfe zwischen den verschiedenen Fällen zu erreichen, wird in der Literatur vertreten, dass Art. 19 lit. a VRK sich auf durch den Vertrag ausdrücklich verbotene Vorbehalte bezieht. Art. 19 lit. b VRK wird entgegen des missverständlichen Wortlauts so verstanden, dass davon «implizite» oder konkludente Vorbehalte erfasst sind. In anderen Worten: Erlaubt der Vertrag bestimmte Vorbehalte, kann man *e contrario* daraus schliessen, dass alle anderen unzulässig sind. Schweigt der Vertrag hingegen zu Vorbehalten, findet Art. 19 lit. c VRK Anwendung.¹⁹

4.3. Wirksamkeit

21 Vorbehalte unterliegen, da sie im Ergebnis zu einem (relativ wirkenden) veränderten Vertragsinhalt führen (dazu ausführlich in Rz. 23 ff.), wie das Konkordat selbst, der Schriftform (Art. 23 Abs. 1 VRK).²⁰ Anders als die Gegenofferte im Privatrecht bedarf der Vorbehalt aber nicht in jedem Fall einer Annahme durch die übrigen Vertragsparteien, um den Vertragsinhalt wirksam modifizieren zu können:

- Ist der erklärte Vorbehalt im Vertrag ausdrücklich zugelassen, ist eine Annahme durch die anderen Vertragsparteien grundsätzlich nicht

¹⁹ Zum Ganzen WALTER, in Dörr/Schmalenbach [Hrsg.], Vienna Convention on the Law of Treaties, Berlin 2012, Art. 19 VRK Rz. 55 ff.

²⁰ SCHWEIZER/ABDERHALDEN, Art. 48 BV Rz. 22; ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 3. Auflage 2015, Rz. 216.

erforderlich. Etwas anderes gilt nur, wenn der Vertrag ausdrücklich die Annahme verlangt (Art. 20 Abs. 1 VRK).

- Ist der Vertrag in seiner Gesamtheit für die «begrenzte Zahl» der Vertragsparteien von wesentlicher Bedeutung, bedarf der Vorbehalt der Annahme durch alle Vertragsparteien (Art. 20 Abs. 2 VRK).
- In allen anderen Fällen (d.h. wenn der Vorbehalt nicht ausdrücklich zugelassen ist oder der Vertrag fragmentiert werden kann) bedarf der Vorbehalt der Annahme durch mindestens eine andere Vertragspartei (Art. 20 Abs. 4 lit. c VRK), wobei der Vorbehalt dann nur unter diesen Parteien Wirkung zukommt (vgl. Rz. 23).

- 22 Ist eine Annahme erforderlich und sieht der Vertrag selbst keine abweichende Regelung vor, gilt ein Vorbehalt durch eine andere Vertragspartei als angenommen, sofern diese nicht innert zwölf Monaten nach Notifikation über den Vorbehalt widerspricht oder – sofern der Beitritt der annehmenden Vertragspartei später erfolgt – diese keinen Einspruch gegen den Vorbehalt erhebt (Art. 20 Abs. 5 VRK).

4.4. Rechtsfolgen

- 23 Vorbehalte führen nach Art. 20 f. VRK zu komplexen Wirkungen unter den Vertragsparteien:
- Haben zwei Vertragsparteien zu einer Bestimmung keinen Vorbehalt gemacht, findet die Bestimmung zwischen ihnen uneingeschränkt Anwendung.
 - Hat eine Vertragspartei einen Vorbehalt zu einer Bestimmung gemacht, welche von einer anderen Vertragspartei explizit oder konkludent (durch fehlenden Widerspruch/Einspruch) akzeptiert wird, findet die Bestimmung zwischen den Vertragsparteien unter Beachtung des Vorbehalts Anwendung. Die eingeschränkte Anwendung gilt dabei gegenseitig (Art. 21 Abs. 1 lit. b VRK).
 - Lehnt eine andere Vertragspartei den Vorbehalt einer Vertragspartei ab (Widerspruch/Einspruch), findet die Bestimmung, auf die sich der Vorbehalt bezieht, im Umfang des Vorbehalts zwischen den beiden Vertragsparteien keine Anwendung (Art. 21 Abs. 4 VRK). Im Übrigen findet der

Vertrag Anwendung, es sei denn, die den Vorbehalt ablehnende Vertragspartei will den Vertrag insgesamt nicht gelten lassen.

4.5. Praxis zu innerstaatlichen Vorbehalten

- 24 Bis heute schlossen die Kantone über 700 Konkordate ab.²¹ Unsere Recherche hat – trotz dieser grossen Zahl – nur eine einzige interkantonale Vereinbarung identifiziert, der unter einem (echten)²² Vorbehalt beigetreten wurde. Es handelt sich dabei um die Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (**IVHB**). Dieser Vereinbarung sind einige Kantone unter dem Vorbehalt beigetreten, den Begriff «Ausnützungsziffer» statt des IVHB-Begriffs der «Geschossflächenziffer» weiterverwenden zu dürfen.
- 25 Den Entscheid,²³ Vorbehalte zur IVHB zuzulassen, begründete die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (**BPUK**) mit den Ausführungen in der Musterbotschaft. Danach ergebe sich, dass die Kantone nicht alle Begriffe übernehmen müssten und die IVHB lediglich einen Teilschritt zur Harmonisierung darstelle.²⁴ Dieser Entscheid, tragende Begriffe des Konkordats als fakultativ zu bezeichnen, ist in der Literatur als Gefährdung der Wirkung der betreffenden kantonalen Vereinbarung kritisiert worden.²⁵
- 26 Von einer Praxis zur Zulässigkeit von Vorbehalten kann deshalb nicht gesprochen werden. Zudem ist der Entscheid der BPUK zur IVHB auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar (vgl. Rz. 28).

5. Revisionsziele der IVÖB 2019

- 27 Die IVÖB 2019 setzt zum einen das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (**GPA 2012**) um. Das Konkordat beschränkt sich aber nicht allein auf die Umsetzung des GPA 2012, sondern bezweckt eine

²¹ <http://www.sgww.ch/2004/12/08/die-interkantonalen-konkordate-grundpfeiler-im-schweizer-foederalismus/>

²² Unechte Vorbehalte wie die Bedingung, dass eine bestimmte Zahl anderer Kantone einem Konkordat beitrete, kommen hin und wieder vor, werden hier aber nicht untersucht.

²³ Ihre Zuständigkeit begründete die BPUK damit, dass dem Interkantonalen Organ die Aufgabe zukomme, zu beurteilen, ob eine Umsetzung rechtsgenügend sei. Entsprechend stehe der BPUK ein Ermessensspielraum zu, allfällige Vorbehalte zu akzeptieren, die mit einem Beitritt verbunden werden (Beschluss der BPUK zur IVHB, E. I. 4.).

²⁴ Beschluss der BPUK zur IVHB, E. II. 1. und 4.

²⁵ FÜEG, Harmonisierung der Baubegriffe – die IVHB kommt voran, in: BR 2011, 177, 177.

Harmonisierung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen. Die IVöB 2019 geht wesentlich über die Verpflichtungen des GPA 2012 hinaus. Zugleich setzt sie die vergaberechtlichen Vorgaben des Binnenmarktgesetzes (**BGBM**, SR 943.02) um.

- 28 Mit der Revision sollte der Wettbewerb gestärkt, Unterstellungsfragen geklärt, der Beschaffungsvorgang flexibilisiert und an zukünftige Herausforderungen angepasst werden.²⁶ Zentrales Ziel der Vorlage ist jedoch die Harmonisierung der Beschaffungsordnungen, und zwar nach zwei Seiten hin: Angleichung der Regeln zwischen Bund und Kantonen und weitere Harmonisierung der kantonalen Regeln untereinander. Indem neu alle massgebenden Bestimmungen auf die Ebene des Konkordats gehoben werden, sollen kantonale Einführungs- und Ausführungsbestimmungen (bisher, d.h. unter der IVöB 2001, in föderaler Vielfalt vorhanden) entfallen bzw. auf ein Minimum beschränkt werden.
- 29 Der von der IVöB 2019 angestrebte Harmonisierungsgrad geht dabei über andere rechtsetzende Konkordate hinaus. In der Musterbotschaft zur IVHB heisst es zum Beispiel ausdrücklich, dass Kantone und Gemeinden von Teilen des Konkordats abweichen dürfen, und das Konkordat ergänzt werden könne, um in weiteren Bereichen eine Harmonisierung zu erreichen.²⁷ Im Gegensatz zu einem solchen Teilschritt auf dem Weg zu einer Harmonisierung ist durch die IVöB 2019 die Harmonisierung «soweit möglich und sinnvoll» erfolgt.²⁸
- 30 Die IVöB 2019 wurde – unter Federführung der BPUK – von den Kantonen gemeinsam erarbeitet und ist entsprechend multilateraler Natur. Die Kantone waren auch in der vorberatenden Expertengruppe AURORA vertreten. Die Harmonisierung beschränkt sich nicht auf das materielle Recht, sie betrifft auch den Bereich des Rechtsschutzes: Dies legt die wiederholte Feststellung, dass Komplexität und Unterschiede im Beschaffungswesen für Anbieter (insbesondere KMU) administrativ aufwändig und kostspielig sei, nahe.²⁹ Auch der Kanton Solothurn und der Kanton Zürich betonen als Ziel der IVöB eine Harmonisierung unter den Kantonen.³⁰

²⁶ Musterbotschaft IVöB, Ziff. S. 5.

²⁷ Musterbotschaft IVHB, S. 2 («Die Gesetzgebung (Kantone/Gemeinden) kann alle oder nur einen Teil der Begriffe übernehmen.») und 12 («Allerdings müssen die Definitionen und Messweisen gemäss Anhang der IVHB nur insoweit in die kantonale Gesetzgebung übernommen werden als der Regelungsgegenstand im Kanton zur Anwendung kommt oder kommen soll.»).

²⁸ Musterbotschaft IVöB, Ziff. 1.

²⁹ Musterbotschaft IVöB, Ziff. 2.1.4 f., 1.3 und 1.1.

³⁰ Kanton Solothurn, Vernehmlassungsentwurf Dezember 2020, Ziff. 1.2; Kanton Zürich, RRB Nr. 1271/2020, S. 1 und 3

- 31 Noch deutlicher liest sich die Erklärung der Musterbotschaft zu Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019:

«In den Kantonen soll künftig in Lichte der Harmonisierungsbestrebungen das kantonale Verwaltungsgericht als einzige Instanz zuständig sein. Aufgrund der Verrechtlichung der Beschaffungsverfahren und der zeitlichen Dimension von Beschwerdeverfahren soll auf einen zweistufigen kantonalen Instanzenzug verzichtet werden.»³¹

- 32 Aus dieser Zusammenschau folgt, dass durch die IVöB 2019 nicht nur eine materielle Vereinheitlichung, sondern auch (soweit möglich und sinnvoll) eine Vereinheitlichung des Verfahrens erreicht werden sollte, um zu verhindern, dass sich Anbieter mit 26 verschiedenen Verfahrensregimes konfrontiert sehen.

6. Zulässigkeit eines Vorbehalts zu Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019

6.1. Auslegung nach der Vertrauens Theorie/ Art. 19 VKR analog

- 33 Eine Anwendung der völkerrechtlichen Grundsätze und Methoden auf die Auslegung interkantonalen Verträge setzt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung allemal voraus, dass Bundesrecht oder Gewohnheitsrecht keine anderen Regeln treffen (Rz. 14). Gewohnheitsrecht ist eine längere Zeit andauernde, ununterbrochene, auf Rechtsüberzeugung beruhende Übung. Die (nach unserer Kenntnis bislang einmalige) Akzeptanz eines kantonalen Vorbehalts durch die BPUK ist nicht geeignet, eine solche Übung zu begründen. Es fehlt deshalb auch an Gewohnheitsrecht in Bezug auf die Zulässigkeit von Vorbehalten bei Konkordaten.
- 34 Weder Bundesrecht noch Gewohnheitsrecht regeln daher die Zulässigkeit von Vorbehalten in interkantonalen Verträgen. Insbesondere kann aus Art. 9 Abs. 2 BGBM nicht abgeleitet werden, dass ein Vorbehalt hinsichtlich einer zusätzlichen Beschwerdeinstanz «per se» zulässig ist. Art. 9 Abs. 2 lit. a BGBM bestimmt, dass das kantonale Recht «wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde» vorsieht, wenn der Auftrag den im

³¹ Musterbotschaft IVöB, S. 94 f.

Einladungsverfahren massgeblichen Schwellenwert erreicht. Art. 52 Abs. 1 IVÖB setzt diese Mindestvorgabe um. Hingegen verlangt das Binnenmarktrecht nicht, dass verwaltungsinterne Vorinstanzen bestellt werden.

- 35 Die gutachterliche Frage ist deshalb unter Rückgriff auf Art. 19 VKR bzw. die Vertrauensatheorie (siehe zum Gleichlauf Rz. 16) zu beantworten.

6.2. Auslegungselemente

- 36 Analog Art. 19 VKR ist zunächst zu untersuchen, ob das Konkordat den Vorbehalt explizit verbietet (lit. a) oder, falls das Konkordat implizit gewisse Vorbehalte zulässt (lit. b), ob der beanspruchte Vorbehalt zu diesen zählt. Auch nach der vom Bundesgericht angewendeten Vertragstheorie ist zunächst vom Wortlaut der IVÖB 2019 auszugehen.

6.2.1. Wortlaut der IVÖB 2019

- 37 Der Wortlaut der IVÖB 2019 sieht weder die Zulässigkeit noch ein Verbot von Vorbehalten vor.

- 38 Es stellt sich jedoch die Frage, ob gegebenenfalls Art. 63 Abs. 4 IVÖB 2019 eine Abweichung von der Einstufigkeit des kantonalen Beschwerdewegs erlaubt. Die Öffnungsklausel bestimmt:

«Die Kantone können unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26 erlassen.»

- 39 Art. 63 Abs. 4 IVÖB 2019 würde den Kantonen die Erklärung eines Vorbehalts mit Blick auf den Instanzenzug dann erlauben, wenn ein solcher Vorbehalt unter den Begriff der «Ausführungsbestimmung» fiele. Dieser Begriff ist auszulegen.

- 40 Ausführungsbestimmungen kommt die Funktion zu, gesetzliche Bestimmungen zu konkretisieren oder untergeordnete gesetzliche Lücken zu füllen. Sie müssen sich an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Bürger beschränken oder ihnen

neue Pflichten auferlegen, selbst wenn diese mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar wären.³²

- 41 Der hier angebrachte Vorbehalt dient nicht dazu, Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 zu konkretisieren oder eine Lücke zu füllen. Im Gegenteil wird durch den Vorbehalt eine Abweichung bezweckt, die im Widerspruch zu Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 steht: Dort werden ausdrücklich die kantonalen Verwaltungsgerichte als *einzig*e Beschwerdeinstanz bestimmt.
- 42 Weil die IVöB 2019 weder ausdrücklich einen solchen Vorbehalt verbietet (vgl. Art. 19 lit. a VRK), noch ihn in Art. 62 Abs. 4 IVöB implizit erlaubt und echte Vorbehalte als Abweichung vom Vertragsinhalt nicht als Konkretisierung oder Lückenfüllung (mithin Ausführungsbestimmung) verstanden werden können (vgl. Art. 19 lit. b VRK), schweigt die IVöB im Sinne von Art. 19 lit. c über die Zulässigkeit des in Frage stehenden Vorbehalts.
- 43 In den Worten des Bundesgerichts trifft die IVöB 2019 damit keine eindeutige Aussage, ob Vorbehalte mit Blick auf den Instanzenzug zulässig sind. Zur Beantwortung der Gutachterfrage ist deshalb zusätzlich die Entstehungsgeschichte (Verhandlungen), der Zusammenhang (Gesetzessystematik) und der Zweck des Konkordats heranzuziehen (vgl. Rz. 15). Ziel und Zweck des Vertrages sind – wenn sich aus der Vereinbarung selbst nichts ergibt – auch nach Art. 19 lit. c VRK für die Frage der Zulässigkeit entscheidend.

6.2.2. Entstehungsgeschichte (Verhandlungen)

- 44 Die IVöB 2019 wurde als weitgehend abschliessender Erlass konzipiert (vgl. Rz. 28). Alle materiellen Bestimmungen (früher in kantonalen Einführungserlassen oder den VRöB enthalten) wurden, auch um den Gleichlauf mit dem Bundesrecht sicherzustellen, auf die Ebene des Konkordats gehoben. Auf die Formulierung von Ergänzungen und Konkretisierungen – wie in kantonalen Ausführungsbestimmungen – sollte deshalb möglichst verzichtet werden.³³ Die durch Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 wiedergegebene Gestaltungsfreiheit der Kantone wurde auf Wunsch einzelner Kantone im Sommer 2019, kurz vor Abschluss der IVöB 2019, eingefügt.³⁴ Hintergrund der eingefügten Bestimmung waren zum einen unterschiedliche Auffassungen zum Leistungs- und Herkunftsortsprinzip und,

³² BGE 124 I 127, E. 3b.

³³ Musterbotschaft IVöB, S. 103; Kanton Zürich, RRB Nr. 1271/2020, S. 3.

³⁴ Musterbotschaft IVöB, S. 103.

damit einhergehend, unterschiedliche kantonale Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen. Zum anderen sollte den Kantonen eine Erweiterung des Geltungsbereichs der IVöB ermöglicht werden. Insbesondere wollten gewisse Kantone an ihrer vorbestehenden Praxis zur Unterstellung von Organisationen der Arbeitsintegration und der Vorsorgeeinrichtungen festhalten.

45 Soweit Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 eine Erweiterung des Geltungsbereichs zulässt, ist dies deklaratorisch, da es den Kantonen ohnehin freisteht, den Geltungsbereich des Vergaberechts weiter zu fassen als das Staatsvertrags-, Bundes- und interkantonale Recht dies vorsieht.³⁵ Eine Ermächtigung in der IVöB bedarf es dazu nicht. Art. 12 IVöB 2019 sieht (im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 1 BöB) das Herkunftsortprinzip in Umsetzung des BGBM vor. Art. 63 Abs. 4 IVöB erlaubt den Kantonen eine Angleichung an die Rechtslage gemäss Bundesrecht (Leistungsortprinzip) im Einzelfall.³⁶ Der Hinweis auf Art. 26 IVöB 2019 (Nachweise) ist in diesem Zusammenhang zu verstehen.

46 Die Aufzählung der Normen, zu denen Ausführungsbestimmungen erlassen werden dürfen, ist nicht abschliessend («insbesondere»). Das Musterbeitrittsgesetz zur IVöB 2019 nennt weitere Beispiele für Ausführungsbestimmungen, bezüglich des Rechtsschutzes etwa die Eröffnung generellen Rechtsschutzes unabhängig von der Verfahrensart und den Schwellenwerten. Einen diesbezüglichen Rechtsschutz sieht die IVöB nicht vor (Lücke). Analog zur Ausdehnung des Geltungsbereichs kann mithin auch eine Ausdehnung des Rechtsschutzes erfolgen.

47 In der Zusammenschau ergibt sich das Bild, dass Modifikationen der IVöB nur insoweit zugelassen werden sollten, als dies ohnehin der aktuellen Rechtslage entspricht (Ausdehnung des Geltungsbereichs oder des Rechtsschutzes) oder zur Harmonisierung mit der Rechtslage nach Bundesrecht (Art. 63 Abs. 4, Art. 10 IVöB) bzw. zur Konkretisierung einzelner Bestimmungen möglich ist. Wie gezeigt (vgl. Rz. 41) entspricht die Schaffung einer zusätzlichen Instanz gerade nicht dieser Intention.

48 Diesen Konsens der Parteien bestätigt der Regierungsrat des Kanton Zürichs: «Abweichende Bestimmungen zur IVöB 2019 in anderen Bereichen mit Ausnahme der zum Vollzug notwendigen Ausführungsbestimmungen sind nicht

³⁵ BGE 142 II 369, E. 4.1 m.w.H.

³⁶ WEKO, Gutachten Leistungsortprinzip, S. 16. Eine allgemeine Anwendung des Leistungsortprinzips wäre demgegenüber BGBM-widrig.

vorgesehen, da ansonsten, da ansonsten das Harmonisierungsziel verfehlt würde.»

- 49 Noch deutlicher führt der Regierungsrat des Kantons Solothurn aus: «Die vorliegende Vereinbarung [IVöB] bezweckt eine Rechtsvereinheitlichung zwischen den Kantonen. Die einzelnen Kantone können dem vorgelegten Text der IVöB entweder zustimmen oder diesen ablehnen. Ein Beitritt unter Vorbehalt ist nicht möglich.»³⁷

6.2.3. Zusammenhang

- 50 Systematische Argumente aus dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der IVöB sind nicht ersichtlich.

6.2.4. Zweck

- 51 Das Ziel der IVöB 2019 ist nicht nur die Umsetzung des GPA 2012 in kantonales Recht, sondern auch die Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen sowie unter den Kantonen selbst (vg. Ziff. 5). Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 dient, soweit darin die kantonalen Verwaltungsgerichte als einzige Rechtsmittelinstanz vorgesehen ist, der Verschlinkung des Rechtsmittelwegs. Gleichzeitig werden auch die Rechtsmittelfristen (vormals: 20 Tage im Bund; 10 Tage in den Kantonen) angeglichen.
- 52 Art. 52 Abs. 1 IVöB setzt somit Art. XVIII GPA 2012 um, der von den Vertragsparteien ein rasches, wirksames und transparentes Überprüfungsverfahren verlangt. In anderen Worten sollen Beschleunigungsgrundsatz und effektivem Rechtsschutz Wirkung verschafft werden. Art. XVIII GPA 2012 wird man jedoch kaum so interpretieren können, als verlange er die geringstmögliche Anzahl an Instanzen. Dem Beschleunigungsgebot als allgemeiner völkerrechtlicher Grundsatz wäre auch durch zwei kantonale Beschwerdeinstanzen ausreichend Rechnung getragen.
- 53 Die IVöB 2019 geht jedoch über die Umsetzung des GPA 2012 hinaus. Durch einen mehrstufigen Beschwerdeweg in einem Kanton gegenüber dem einstufigen in allen anderen gerät das Ziel der interkantonalen Harmonisierung in Gefahr. Fraglich ist, ob dies mit Blick auf Zielsetzung des Konkordats hinnehmbar ist.

³⁷ Vernehmlassungsentwurf des Solothurner Regierungsrats zum Öffentlichen Beschaffungswesen vom Dezember 2020, S. 8, Ziff. 1.4.

- 54 Zunächst ist festzustellen, dass die angestrebte Harmonisierung der IVÖB «so weit möglich und sinnvoll» einem Vorbehalt hinsichtlich des Instanzenzugs entgegensteht. Eine Harmonisierung im Bereich des Instanzenzugs ist sinnvoll, um das Beschaffungswesen für die Anbieter zu vereinfachen und anwenderfreundlicher zu gestalten (vgl. Rz. 30). Dieses Ziel wird hinsichtlich des Rechtsschutzes nicht relativiert durch die Feststellung, dass den Kantonen es freistehe, den Rechtsmittelweg bereits ab einem Franken oder aufgrund der Verfahrensart zu *eröffnen* (und es im Bereich des Rechtsschutzes schon deshalb zu interkantonalen Differenzen kommen kann).³⁸ Zum einen folgt diese Feststellung schon aus der Freiheit der Kantone, das Vergaberecht weiter zu fassen (vgl. Rz. 45), zum anderen wird der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV Wirkung verschafft. Wo der Rechtsweggarantie aber bereits durch eine (mit voller Kognition ausgestattete) Beschwerdeinstanz genüge getan ist, kann eine zweite Instanz zu höheren Aufwendungen und Verfahrensverzögerungen führen.
- 55 Da eine zweite Instanz keine Vorteile für den Wettbewerb und den Individualrechtsschutz bringt, erscheint es möglich und sinnvoll, den Instanzenzug unter den Kantonen zu harmonisieren. Diese war von den Vertragsparteien gerade intendiert: Die Zuständigkeit einer einzigen kantonalen Instanz wird in der Botschaft damit begründet, dass auf einen zweistufigen kantonalen Instanzenzug verzichtet werden soll.³⁹ Dies erleichtert nicht zuletzt den Anbietern, die in mehreren Kantonen aktiv sind, die Orientierung. Sie müssen sich nicht länger mit föderalen Sonderstrukturen auseinandersetzen, sondern können Beschwerden direkt bei den kantonalen Verwaltungsgerichten einreichen, ohne Sorge, dass sie an eine falsche Instanz gelangen.
- 56 Ob die Verschlinkung des Instanzenzugs auch zu personellen Einsparungen und damit zu Kosteneinsparungen führt, kann an dieser Stelle offen bleiben. Es wird zwangsläufig zu einem Arbeits- und Ressourcentransfer zwischen den aktuellen verwaltungsinternen Rekursinstanzen und dem kantonalen Verwaltungsgericht kommen. Die Bilanz dieses Transfers wäre immer dann positiv, wenn die Transaktionskosten (Know-how-Verlust bzw. -Aufbau, öffentliches Personalrecht) gering ausfallen.
- 57 Könnten diejenigen Kantone, welche bisher einen zweistufigen Instanzenzug vorsahen, sich durch einen Vorbehalt von der Verpflichtung des Art. 52 Abs. 1 IVÖB 2019 befreien, hätte man die Bestimmung in die IVÖB 2019 nicht

³⁸ Musterbotschaft IVÖB, S. 95.

³⁹ Musterbotschaft IVÖB, S. 94 f.

aufnehmen müssen, da ihr für die übrigen Kantone keine praktische Bedeutung zukommt. Nach der «effet utile»-Regel, die auch für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge gilt, hätte Art. 52 Abs. 1 daher keine faktische Geltung. Genau dies will die dem Geltungsgedanken verpflichtete «effet utile»-Regel verhindern.

- 58 Diejenigen Kantone, die bisher einen zweistufigen kantonalen Instanzenzug vorsahen, sollten nach dem Konsens der Vertragsparteien diesen ändern. So heisst es bei der Beurteilung der personellen Auswirkungen in der Botschaft:

«[Es] sind verschiedene organisationsbedingte Anpassungen vorgesehen, wie beispielsweise die Zuständigkeit des kantonalen Verwaltungsgerichts als erste und einzige Instanz (Art. 52 IVöB). Diese Änderung sollte in den betroffenen Kantonen sogar zu personellen Einsparungen führen.»

- 59 Der Wille der vertragsschliessenden Kantone ist damit unverkennbar: Vorbehalte hinsichtlich der Zuständigkeit des kantonalen Verwaltungsgerichts als einzige Instanz sind nicht zulässig.

7. Rechtsfolgen bei (unterstellt zulässigem) Vorbehalt

- 60 Unterstellt, ein Vorbehalt hinsichtlich des Instanzenzugs wäre (entgegen dem u.E. klaren Ergebnis) zulässig, dann würde dieser Vorbehalt die Zustimmung *aller* Vertragsparteien erfordern, damit er wirksam wird (Art. 20 Abs. 2 VRK). Nach Art. 20 Abs. 2 VRK ist die Zustimmung aller Vertragsparteien (vereinfacht) immer dann erforderlich, wenn der Vertrag aus Sicht der Vertragsparteien ein untrennbares Ganzes bildet. Dies lässt sich mit den in den Ziffern 6.2.2 und 6.2.4 aufgeführten Argumenten aus unserer Sicht überzeugend vertreten.
- 61 Es genüge daher bereits der Einspruch einer einzelnen Vertragspartei, um den Vorbehalt zu Fall zu bringen. Konsequenz dessen wäre – sofern der Kanton Bern keine vorbehaltlose Willenserklärung zum Beitritt abgibt – dass der Kanton Bern durch die IVöB 2019 nicht gebunden ist, sondern die IVöB 2001 weiter gelten würde (Art. 65 Abs. 2 IVöB). Damit würden zwei Konkordate mit überlappenden Inhalten auf Dauer parallel geführt.
- 62 Nicht zuletzt ist daran zu erinnern, dass Vorbehalte in der schweizerischen Praxis die Ausnahme darstellen. Es ist zu befürchten, dass das Beispiel Schule

macht. Wird der Vorbehalt hinsichtlich des Instanzenzugs *contra legem* zugelassen, wird man anderen Kantonen ähnliches erlauben müssen. Damit würde einer Praxis der Weg geebnet, die eine Harmonisierung verunmöglicht, da ungeachtet der gefundenen Einigung aufgrund (möglicherweise zahlreicher) Vorbehalte am Ende eine fragmentierte Regelungslandschaft resultiert.

- 63 Dies gilt auch dann, wenn die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 VRK (Zustimmung aller Konkordatsparteien zum Vorbehalt) verneint wird. Dann führte bereits die Duldung eines anderen Kantons zum Vorbehalt des Kanton Berns zur Wirksamkeit des bernischen Beitritts. Der Vorbehalt wirkte dann aber nur relativ gegenüber den stillschweigend annehmenden (d.h. duldenden) Kantonen, nicht gegenüber denjenigen, die dagegen remonstrieren. Dies führte zu einer nicht hinzunehmenden Rechtszersplitterung.