

**4/2009**

**Baurecht**

**Droit  
de la  
Construction**

Rédaction :

Prof. Jean-Baptiste Zufferey

Prof. Hubert Stöckli

Prof. Peter Hänni

Prof. Pascal Pichonnaz

§

**Les mandats d'étude parallèles (SIA 143)**

**«Es kann der Frömmste nicht im Frieden bleiben,  
wenn es dem bösen Nachbar nicht gefällt»**

**Enduit bitumineux et règles de l'art**

**Rechtsprechung zum Privatrecht –  
Jurisprudence en droit privé**

**Vergaberecht – Marchés publics**

Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg  
Institut pour le droit suisse et international de la construction, Université de Fribourg

[www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht)



**BR/DC**

## Der Rechtsschutz in Vergabesachen auf dem Prüfstand

### Kritisches zur restriktiven Praxis des Bundesgerichts und zur Revision auf Bundesebene

Dr. Peter Galli, Rechtsanwalt, Zürich

#### I. Einleitung

1. Beschwerdeentscheide der Kantone können seit der Einführung eines Rechtsschutzes in Vergabesachen 1996 mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht gezogen werden; seit dem Inkrafttreten der (Bundes-)Justizreform per 1. Januar 2007 geschieht dies nunmehr mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bzw. einer subsidiären Verfassungsbeschwerde.

2. 1996 wurde der formelle Rechtsschutz in Vergabesachen auch auf Bundesebene eingeführt. Die Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen amtierte ab diesem Zeitpunkt als erst- und letztinstanzliche Beschwerdeinstanz in Bundesvergabesachen. Mit der erwähnten Justizreform wurde u.a. die vorgenannte Rekurskommission abgeschafft. An ihre Stelle ist das neue Bundesverwaltungsgericht getreten. Seither können auch Bundesvergabesachen mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht gezogen werden.

3. Wie wirksam ist nun aber dieser Rechtsschutz des Bundesgerichts?

#### II. Zur Wirksamkeit des Vergaberechtsschutzes im Allgemeinen

1. Die am 20. Dezember 2007 formell verabschiedete und von den Mitgliedstaaten bis zum 20. Dezember 2009 umzusetzende EG-Richtlinie zur «Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens» führt den Begriff bereits in ihrem Titel: Materiell vorgesehen wird namentlich eine Stillhaltefrist vor einem Vertragsabschluss, um eine wirksame Nachprüfung von Vergabeentscheiden auf dem Rechtsweg zu ermöglichen. Die EG-Kommission setzt den Inhalt des Begriffs der Wirksamkeit im Übrigen voraus, erläutert aber u.a. auch, dass er dem Geist des Art. 47 der Charta der Grundrechte der EU «voll und ganz» entspricht: Letztere Bestimmung legt fest, dass jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht hat. Ferner verweist die Kommission darauf, dass wirksamer Rechtsschutz dem von der EU verfolgten allgemeinen politischen Ziel der Korruptionsbekämpfung dient<sup>1</sup>.

2. Eine indirekte Definition der Wirksamkeit des Rechtsschutzes enthält das auch in der Schweiz geltende GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (ÜoEB; SR 0.632.231.422), indem es klarstellt, dass die von ihm verlangten «wirksamen Verfahren» es dem Beschwerdeführer erlauben müssen, «die wirtschaftlichen Chancen» des Submissionsverfahrens wahren zu können<sup>2</sup>.

3. In der Literatur wird die Wirksamkeit des Rechtsschutzes häufig auf die Frage der aufschiebenden Wirkung bezogen<sup>3</sup>. Dies ist sicher richtig, aber nicht vollständig: So können zum Beispiel restriktive Eintretensvoraussetzungen – bei Vergabebeschwerden ans Bundesgericht etwa das Erfordernis des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nach Art. 83 lit. f Ziffer 2 Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110) – die Wirksamkeit des Rechtsschutzes beeinträchtigen.

4. Ein Rechtsschutzsystem, in welchem die Betroffenen die wirtschaftlichen Chancen des Submissionsverfahrens auch bei begründeten Beschwerden nicht wahren können, droht zur Farce zu verkommen.

#### III. Zu welchen Urteilen ist das Bundesgericht in den ihm vorgelegten Vergabefällen gelangt?

1. Mangels einer Spruchstatistik des Bundesgerichts stösst eine solche Untersuchung auf Schwierigkeiten. Zwar enthält der Geschäftsbericht des Bundesgerichts statistisches Material. Wie jedoch die einzelnen Vergabebeschwerden vom Bundesgericht erledigt wurden, lässt sich daraus nicht entnehmen.

2. Es besteht indes die Möglichkeit, aus den auf der Homepage des Bundesgerichts greifbaren Vergabeentscheiden eine Statistik zu erstellen. In der vorliegenden Untersuchung erfolgte eine Beschränkung auf die Jahre 2003 bis Mitte 2009<sup>4</sup>.

3. Sicherheitshalber hat sich der Schreiber zusätzlich mit der Bitte um Auskunftserteilung über die gewünschten statistischen Daten ans Bundesgericht gewandt. Das Gericht hat jedoch die Auskunftserteilung wegen des dadurch entstehenden Aufwandes abgelehnt. Der Generalsekretär des Gerichts verwies in seinem Schreiben aber seinerseits auf die Homepage des Bundesgerichts, auf welcher seit Frühjahr 2001 neben den amtlich publizierten auch nicht publizierte Urteile aufgeschaltet seien. Diese Datenbank enthalte zirka 75% aller Urteile ab dem 1. Januar 2000; seit dem 1. Januar 2007 würden dort alle unter dem Bundesgerichtsgesetz gefällten Urteile veröffentlicht.

4. Der Beginn der Beobachtung der Entscheide im Jahre 2003 ist zufällig. Dieser Zeitraum von sechseinhalb Jahren dürfte für die vergaberechtliche Praxis des Bundesgerichts jedoch als aussagekräftig qualifiziert werden können, denn er umfasst rund die Hälfte der gesamten Dauer, innert welcher das Gericht den formellen Rechtsschutz im (kantonalen) Vergaberecht gewährt; im Bundesvergaberecht ist erst seit 2007 eine Beschwerde ans Bundesgericht möglich.

5. Nicht auszuschliessen ist, dass die vom Schreibenden selbst angefertigte Erledigungsstatistik des Bundesgerichts in Vergabesachen gewisse Fehler aufweist. Zunächst sind auf der Homepage des Bundesgerichts in der Zeit zwischen 2003 und 2006 gemäss den Angaben des Generalsekretärs des Bundesgerichts – wie gesagt – nur 75% der Fälle erfasst worden. Alsdann ist nicht auszu-

<sup>1</sup> Zum Ganzen Vorschlag der Kommission, KOM(2006) 195 endgültig/2, {SEC(2006) 557}.

<sup>2</sup> Art. XX Ziffern 2 und 7 lit. a ÜoEB.

<sup>3</sup> Statt vieler ALFRED KÖLZ/JÜRGEN BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 1–2 zu § 25.

<sup>4</sup> Erfasst wurden die bis Ende Juni 2009 auf der Homepage des Bundesgerichts aufgeschalteten Fälle.

## 202 Marchés publics/Vergaberecht

schliessen, dass der eine oder andere Fall übersehen wurde. Gleichwohl widerspiegeln die vorliegenden Zahlen sicherlich im Wesentlichen die Verhältnisse bezüglich Vergabebeschwerden vor Bundesgericht in den Jahren 2003 bis Mitte 2009.

den in den Jahren 2003 bis Mitte 2009 die definitive aufschiebende Wirkung<sup>8</sup>. Und dies offensichtlich auch nur deshalb, weil die Vergabestelle in jenem Fall nichts gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch das Bundesgericht einwendete. In einem

Jahr	Abweisungen etc. <sup>5</sup> Anbieter- beschwerden	Gutheissungen etc. <sup>6</sup> Anbieter- beschwerden	Abweisungen etc. Vergabestellen- beschwerden	Gutheissungen etc. Vergabestellen- beschwerden	Total Anbieter- und Vergabestellen- beschwerden
2003	11	1	1	0	13
2004	13	1	1	1	16
2005	10	2	0	4	16
2006	11	5	1	0	17
2007	10	0	3	0	13
2008	10	0	0	1	11
2009 (- 31.7.)	4	1	0	0	5
	Total 69	Total 10	Total 6	Total 6	Total 91
Gutheissungsquote Anbieterbeschwerden:		rund 12,6%			
Gutheissungsquote Vergabestellenbeschwerden:		50%			

**6.** Wie die Zahlen in der Tabelle zeigen, erzielen Vergabestellen mit ihren Beschwerden beim Bundesgericht eine vergleichsweise hohe Trefferquote. In der Beobachtungsperiode von 2003 bis Mitte 2009 ist jede zweite Vergabestellenbeschwerde ganz oder teilweise gutgeheissen worden. Ein für die Vergabestelle negatives Verdikt des kantonalen Verwaltungsgerichts bedeutet somit noch lange nicht, dass es diesfalls nach dem Willen des vor kantonalen Instanz siegreich gewesenen Anbietenden geht. Vielmehr hatte die entsprechende Vergabestelle angesichts der hohen Trefferquote der Vergabestellenbeschwerden (zumindest unter altem Recht) statistisch gute Chancen, den ergangenen und für sie negativen Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts vor Bundesgericht noch zu ihren Gunsten verändern zu können<sup>7</sup>. Ob sich nicht auch die Beschwerdechancen der Vergabestellen beim Bundesgericht mit der Justizreform deutlich verschlechtert haben, erscheint zumindest fraglich.

**7.** Zu dieser vergleichsweise hohen Trefferquote der Vergabestellenbeschwerden kommt noch etwas Entscheidendes zugunsten der Vergabestellen hinzu: Bei ihren eigenen Beschwerden kann sich nämlich die Vergabestelle die aufschiebende Wirkung – jedenfalls bei Beschwerden betreffend des Zuschlags – faktisch selbst erteilen. Denn nach geltender Praxis kann der vor kantonalen Beschwerdeinstanz siegreich gewesene Anbieter den Vertragsabschluss mit ihm gegen den Willen der Vergabestelle nicht durchsetzen. Die Vergabestelle kann während der Dauer des Verfahrens vor Bundesgericht in der Tat einfach mit dem Abschluss des Beschaffungsvertrags zuwarten, wodurch ihre Beschwerde gegen den kantonalen Entscheid faktisch aufschiebende Wirkung hat.

**8.** Infolge dieser (faktischen) aufschiebenden Wirkung können Vergabestellen ihren eigenen Willen in der Regel auch tatsächlich durchsetzen, wenn sie vor Bundesgericht obsiegen.

**9.** Völlig anders sieht die Situation bei den Anbieterbeschwerden aus. Nicht nur ist die Gutheissungsquote bei den Anbieterbeschwerden mit ca. 12,6% kleiner als bei den Vergabestellenbeschwerden, wo die Gutheissungsquote – wie erwähnt – bei 50% liegt. Der zentrale Unterschied zwischen Vergabestellen- und Anbieterbeschwerden liegt bei der aufschiebenden Wirkung. Während bei den Vergabestellenbeschwerden bei Zuschlagsanfechtungen jede einzelne Beschwerde bei höherer Gutheissungsquote faktisch die aufschiebende Wirkung hat, erhielt bei den Anbieterbeschwerden nur gerade *eine einzige der gutgeheissenen Beschwer-*

anderer Fall wurde der superprovisorisch gewährte Suspensiv-effekt infolge Gutheissung der Beschwerde gegenstandslos<sup>9</sup>.

**10.** In der Tat wurde keiner der übrigen acht gutgeheissenen Anbieterbeschwerden die aufschiebende Wirkung erteilt. Ob allenfalls abgewiesenen Beschwerden die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, kann offenbleiben, denn damit vermochten die betreffenden Beschwerdeführer selbstverständlich auch nichts zu erreichen. Dabei sei daran erinnert, dass angesichts der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts die Gutheissung einer Vergabebeschwerde nur erfolgt, wenn dem angefochtenen Entscheid ein besonders schwerer Mangel zugrunde liegt. Seit der Justizreform ist für eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten – wie erwähnt – überdies das Vorliegen einer «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» Eintretensvoraussetzung; Faktisch hat dies dazu geführt, dass in den zweieinhalb Jahren von 2007 bis Mitte 2009 nur noch eine einzige Anbieterbeschwerde gutgeheissen wurde<sup>10</sup>.

**11.** Trotz der vom Bundesgericht selbst festgestellten schweren Mängel der angefochtenen Entscheide hat es den erwähnten acht gutgeheissenen Beschwerden die aufschiebende Wirkung konsequent verweigert. Ohne aufschiebende Wirkung kann der betreffende Anbieter nach der geltenden Gesetzeslage bekanntlich die Erteilung des Zuschlags an ihn nicht erwirken; vielmehr steht ihm diesfalls nur noch ein vom Gesetzgeber beschränkter Schadenersatz zu, nämlich für die Aufwendungen der Offerterstellung und der Beschwerdeführung. Diese bescheidene Entschädigung ist freilich weit entfernt vom effektiven Schaden, den der Anbieter

<sup>5</sup> Inkl. Nichteintretensfälle, Rückzüge. Dasselbe gilt bei den Vergabestellenbeschwerden.

<sup>6</sup> Inkl. teilweise Gutheissungen. Dasselbe gilt bei den Vergabestellenbeschwerden.

<sup>7</sup> Seit dem Inkrafttreten der Justizreform scheinen auch die Fallzahlen von Vergabestellenbeschwerden zurückzugehen.

<sup>8</sup> BGE 2P.6/2006, Entscheid vom 31. Mai 2006.

<sup>9</sup> BGE 134 II 49 bzw. 2C 484/2008, Entscheid vom 9. Januar 2009.

<sup>10</sup> Vgl. dazu MARTIN BEYELER, Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, in Jusletter vom 4. Mai 2009. Dieser weist nach, dass das Bundesgericht von den 16 Fällen, in denen von der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziffer 2 BGG die Rede ist, diese nur in zwei Fällen als gegeben angesehen wurde (a.a.O., S. 4, rechte Spalte).

durch das willkürliche Vorenthalten des ihm zustehenden Zuschlags erlitten hat.

**12.** Von den 10 gutgeheissenen Anbieterbeschwerden von 2003 bis Mitte 2009 haben also zumindest deren 8 infolge der nicht gewährten aufschiebenden Wirkung praktisch nichts erreicht.

**13.** Weshalb 80% der vom Bundesgericht gutgeheissenen Anbieterbeschwerden über keine aufschiebende Wirkung verfügten, lässt sich aus den betreffenden auf der Homepage des Bundesgerichts publizierten Entscheiden nicht entnehmen.

**14.** Zur Frage der aufschiebenden Wirkung von Vergabebeschwerden im eigenen Verfahren erlässt das Bundesgericht separate Zwischenentscheide, die es aber offenbar nicht publiziert. Publiziert hat das Gericht lediglich Entscheide zur aufschiebenden Wirkung kantonalen Instanzen<sup>11</sup>. Nur den Verfahrensparteien sind somit die Zwischenentscheide des Bundesgerichts zur aufschiebenden Wirkung im konkreten Verfahren bekannt.

**15.** Das rechtsuchende Publikum hätte aber ein grosses Interesse, die für den Erhalt der aufschiebenden Wirkung notwendigen Voraussetzungen genau zu kennen. Angesichts der extremen Einschränkung des Schadenersatzrechtes durch den Gesetzgeber *steht und fällt* der vergaberechtliche Rechtsschutz *de lege lata* mit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Es ist deshalb kaum akzeptabel, dass das Bundesgericht seine Praxis zu dieser im geltenden Vergaberecht entscheidenden Frage einfach unter Verschluss hält.

**16.** In einem solchen dem Schreibenden bekannten Zwischenentscheid des Bundesgerichts<sup>12</sup> ging der Instruktionsrichter von vier Grundsätzen aus: Im Sinne eines ersten Grundsatzes hielt er fest, dass das private Interesse des Beschwerdeführers an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung das Interesse der Vergabebehörde am sofortigen Vollzug des Entscheids überwiegen müsse, indem der Beschwerdeführer andernfalls einen auch bei Gutheissung der Beschwerde nicht wieder gutzumachenden Nachteil in Kauf nehmen müsste, den hinzunehmen ihm nicht zugemutet werden könne. Die Prozessaussichten will der Instruktionsrichter dabei – im Sinne eines zweiten Grundsatzes – nur berücksichtigen, wenn sie eindeutig seien. Der Instruktionsrichter schränkt dann aber – speziell für das Vergaberecht – die erwähnten Grundsätze ein, indem er erklärt, es existiere – quasi im Sinne eines dritten Grundsatzes – eine Vermutung, wonach das öffentliche Interesse *generell gegen* die Gewährung der aufschiebenden Wirkung spreche, indem eine möglichst umgehende Umsetzung des Entscheids notwendig sei. Daraus folge (vierter Grundsatz), dass die aufschiebende Wirkung nur gewährt werde, wenn der Beschwerdeführer sein sog. «besonderes Interesse» auf Aufschub darlegen könne. Was dieses nicht näher umschriebene «besondere Interesse» des Beschwerdeführers am Aufschub begründen soll, wird nicht erläutert. Der Entscheid macht aber deutlich, dass die ohne Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegebene Möglichkeit der Vergabebehörde, den Vertrag ohne Abwarten des gerichtlichen Entscheids abzuschliessen zu können, dafür nicht genüge.

**17.** Zusammenfassend scheinen zwei Grundsätze zentral zu sein: Der mutmassliche Prozessausgang bleibt grundsätzlich unberücksichtigt, und die Dringlichkeit der Beschaffung scheint im Sinne einer wohl praktisch unwiderlegbaren Vermutung angenommen zu werden, wenn nicht sogar die Vergabestelle selbst der Auffassung ist, dass keine Dringlichkeit besteht.

**18.** Auch (Zwischen-)Entscheide einer Vorinstanz des Bundesgerichts, also des Bundesverwaltungsgerichts oder einer letzten

kantonalen Instanz, über die Verweigerung oder Gewährung der aufschiebenden Wirkung konnten schon unter dem Regime der staatsrechtlichen Beschwerde und können auch unter geltendem Recht beim Bundesgericht angefochten werden<sup>13</sup>. Im Gegensatz zum früheren Recht, in welchem auch etwa direkt die Verletzung der IVöB (Konkordatsrecht) gerügt werden konnte, kann heute nach Art. 98 BGG nur noch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden.

**19.** Nach der Verweigerung der aufschiebenden Wirkung fehlt sodann ein «Standstill», wenn der Betroffene den Entscheid vor Bundesgericht anfechten will<sup>14</sup>.

**20.** Weder unter altem noch unter neuem Recht konnte ein Entscheid gefunden werden, in dem das Bundesgericht in der untersuchten Periode je eine von einer Vorinstanz verweigerte aufschiebende Wirkung auf Beschwerde hin erteilte<sup>15</sup>.

**21.** Seit der Justizreform sind sodann offenbar keine Beschwerden mehr gegen die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung durch Vorinstanzen beim Bundesgericht eingereicht worden: In der Tat muss man wohl feststellen, dass es praktisch kaum möglich ist, auf diesem Wege die nachgesuchte aufschiebende Wirkung noch erhältlich machen zu können, wenn die diesbezügliche Praxis nicht gemildert wird. Dies ist für die Wirksamkeit des submissionsrechtlichen Rechtsschutzes *de lege lata* besonders fatal, verzichten doch die Beschwerdeführer bei Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung i.d.R. auf die Weiterführung des Verfahrens, gleichgültig, wie willkürlich der angefochtene Vergabeentscheid ist: Denn angesichts der bestehenden Schadenersatzregelung lohnt sich die Weiterführung des Verfahrens ohne aufschiebende Wirkung meistens nicht.

#### IV. Hinweise auf die Revisionsbemühungen auf Bundesebene

**1.** Nachdem die Vernehmlassungsergebnisse zum Entwurf eines total revidierten BG über das öffentliche Beschaffungswesen eingegangen waren, hat der Bundesrat am 17. Juni 2009 beschlossen, auf Gesetzesstufe den Eidg. Räten einstweilen im Sinne einer Teilrevision des BoeB lediglich «Massnahmen zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens» vorzuschlagen. Diese Massnahmen sollen nach einer Verlautbarung des EFD vom 18. Juni 2009 darin bestehen, dass Beschaffungen «für dringliche öffentliche Werke von nationaler Bedeutung wie der NEAT» nicht mehr durch Beschwerden mit aufschiebender Wirkung blockiert werden können. Überdies sollen die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiete des öffentlichen Beschaffungswesens endgültig sein<sup>16</sup>. Mit der Ausarbeitung dieser Botschaft für eine Teilrevision des BoeB wurde das UVEK beauftragt.

<sup>11</sup> Vgl. dazu unten III., Ziffern 18 ff. und Fn. 15.

<sup>12</sup> Bundesgerichtlicher Zwischenentscheid vom 3. Februar 2004 in der Angelegenheit 2P.11/2004.

<sup>13</sup> Vgl. Zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl. 2007, S. 421 ff., Rz. 890 ff.

<sup>14</sup> Vgl. dazu MARTIN BEYELER, in BR/DC 2/2009, S. 101.

<sup>15</sup> Namentlich im Urteil vom 29. Mai 2006 (BGE 2P.103/2006) hat das Gericht vielmehr die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung durch die Vorinstanzen extensiv zugelassen.

<sup>16</sup> Im Sinne des seinerzeitigen Engagements des Bundesrates, namentlich des UVEK, gegen die aufschiebende Wirkung bei der Vergabe des NEAT-Teilstücks Erstfeld könnte dieses Gesetzesvorhaben «lex Erstfeld» genannt werden.



2. Gemäss Auskunft des UVEK werden der Öffentlichkeit bis mindestens zum Ende des laufenden Jahres keine weiteren Informationen zur geplanten Gesetzesänderung zur Verfügung gestellt.

3. Schon gemäss dem nunmehr zurückgestellten Gesetzesentwurf zu einem total revidierten «BöB» war in Art. 76 Abs. 2 des Entwurfes vorgesehen, dass «für bestimmte Beschaffungen von nationaler Bedeutung» generell und im Voraus die Möglichkeit der aufschiebenden Wirkung hätte entzogen werden können. Beim Schadenersatz blieb es gemäss Totalrevisionsentwurf auch für diese Beschaffungsgeschäfte bei der bisherigen Regelung, wonach bei Gutheissung der Beschwerde lediglich die Kosten der Offerterstellung und des Beschwerdeverfahrens ersetzt werden. Wie die Praxis zeigt, ist diese Schadenersatzregelung, die dem geschädigten Anbieter nur einen minimalen Anteil seines effektiven Schadens ohne jegliche Gewinnanteile ersetzt, derart unattraktiv, dass bei fehlender aufschiebender Wirkung auf die Beschwerdeführung überhaupt verzichtet wird<sup>17</sup>.

4. *Soll ein wirksamer Rechtsschutz bestehen, darf nicht gleichzeitig die aufschiebende Wirkung verweigert und das Mass des zu ersetzenden Schadenersatzes auf ein für den Beschwerdeführer uninteressantes Niveau abgesenkt werden*<sup>18</sup>.

5. Denn kein Unternehmer könnte bei solchen Verhältnissen noch ein vernünftiges Interesse haben, die Lasten und Kosten eines Beschwerdeverfahrens auf sich zu nehmen. Faktisch würde der Rechtsschutz für diese Beschaffungsgeschäfte somit ganz entfallen. Auch die willkürlichsten Vergabeentscheide blieben damit unwidersprochen. Dies wäre umso stossender, als gerade diese Beschaffungsgeschäfte, bei denen die Möglichkeit der aufschiebenden Wirkung entfallen würde, in der Regel bedeutend sind.

6. Wenn schon die Möglichkeit der aufschiebenden Wirkung weiter eingeschränkt werden sollte, muss wenigstens im gleichen Zuge die beschaffungsrechtliche Schadenersatzregelung verbessert werden.

### V. Fazit

1. Rechtsstaatlichkeit setzt auch im Vergaberecht einen wirksamen Rechtsschutz voraus.

2. Dies ist bei Anbieterbeschwerden der Fall, wenn mit dem Rechtsmittel die wirtschaftlichen Chancen des Submissionsverfahrens gewahrt werden können, wie dies das GATT-WTO-Abkommen ausdrücklich vorschreibt.

3. Vergabestellen müssen mit dem submissionsrechtlichen Rechtsschutz die Respektierung ihres gesetzlichen Entscheidungsspielraums durchsetzen können.

4. Die festgestellte Gutheissungsquote von Vergabestellen- und Anbieterbeschwerden vor Bundesgericht wird im vorliegenden Aufsatz nicht kommentiert. Angesichts der de lege lata geltenden beschaffungsrechtlichen Schadenersatzregelung ist der Erhalt der aufschiebenden Wirkung für Anbieterbeschwerden in aller Regel eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass von einem wirksamen Rechtsschutz gesprochen werden kann.

5. Vergabestellenbeschwerden sind de lege lata bei der aufschiebenden Wirkung gegenüber Anbieterbeschwerden privilegiert, da sich Vergabestellen den Suspensiveffekt bei eigener Beschwerdeführung durch das Zuwarten mit dem Abschluss des Beschaf-

funftsvertrags faktisch selbst einräumen können. Die neuen Eintrittensvoraussetzungen bei Beschwerden vor Bundesgericht scheinen aber auch Vergabestellenbeschwerden auf eidgenössischer Ebene in ihrer Wirksamkeit stark zu beschneiden.

6. Ob der für Anbieterbeschwerden vom Bundesgericht von 2003 bis Mitte 2009 gewährte Rechtsschutz als wirksam qualifiziert werden kann, ist wohl zu verneinen. Da die konkreten Erwägungen des Bundesgerichts zur aufschiebenden Wirkung in den acht gutgeheissenen Fällen<sup>19</sup> infolge der dargestellten Publikationspraxis des Bundesgerichts jedoch nur den betroffenen Parteien bekannt sind, kann diese Frage nicht abschliessend beantwortet werden.

7. Die erwähnte Publikationspraxis bezüglich der Zwischenentscheide des Bundesgerichts zur aufschiebenden Wirkung im eigenen Verfahren ist jedenfalls zu kritisieren.

8. Der (theoretisch gegebene) Rechtsschutz gegen die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung durch die Vorinstanzen des Bundesgerichts hat in der untersuchten Zeitperiode praktisch nicht gegriffen.

9. Von einem wirksamen Rechtsschutz vor Bundesgericht für Anbieterbeschwerden könnte bei einer weiterhin derart restriktiven Praxis zur aufschiebenden Wirkung nur gesprochen werden, wenn (de lege ferenda) ein Schadenersatzrecht zur Verfügung stünde, das auch den entgangenen Gewinn berücksichtigen würde.

10. Mit der Justizreform 2007 ist der vergaberechtliche Rechtsschutz auf der Ebene des Bundesgerichts im Ergebnis zusätzlich eingeschränkt worden. Die Einräumung der Weiterzugsmöglichkeit von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts ans Bundesgericht<sup>20</sup> verbesserte die Wirksamkeit des Rechtsschutzes nicht.

11. Wenn das Vertrauen der Anbieter in den Rechtsschutz verloren geht, werden sie diesen Weg vernünftigerweise nicht mehr beschreiten. Es erfolgt ein Rückfall in Zeiten, in welchen im Vergaberecht noch kein Rechtsschutz existierte. Gleichzeitig steigt namentlich das Korruptionsrisiko. Dass auch im Schweizer Vergabewesen Missbräuche auf Auftragnehmer- wie auch Auftraggeberseite bis hin zu Korruption und Vetternwirtschaft existieren, kann schon aufgrund von entsprechenden wissenschaftlichen Arbeiten<sup>21</sup> heute nicht mehr bestritten werden. Die Gesetzgebung sollte sicherstellen, dass rechtsstaatliche Verfahren und nicht «Ellenbogenrecht» über die Vergabe staatlicher Aufträge entscheiden.

12. In der EU soll die Wirksamkeit des submissionsrechtlichen Rechtsschutzes gerade zur Korruptionsbekämpfung verbessert werden. Es ist zu hoffen, dass bei der anstehenden Revision des Schweizerischen Bundesbeschaffungsrechts der Wirksamkeit des Rechtsschutzes die ihr gebührende Bedeutung zugewiesen wird.

<sup>17</sup> Vgl. dazu auch oben III., Ziffer 21 in fine.

<sup>18</sup> Kritisch zur Frage, ob mit einer blossen Verbesserung des Schadenersatzrechts ein wirksamer Rechtsschutz erzielt wird: MARTIN BEYELER, in BR/DC 3/2009, «Merk-Würdigkeiten», rechte Spalte.

<sup>19</sup> Vgl. oben III., Ziffern 10 und 13.

<sup>20</sup> Die Entscheide der BRK konnten seinerzeit nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden und waren endgültig.

<sup>21</sup> Vgl. dazu die grundlegende Arbeit von DANIEL BIRCHLER/STEFAN SCHERLER, Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bauwesen, Studie für das Nationale Forschungsprogramm 40: Gewalt im Alltag und organisierte Kriminalität. Schlussbericht vom 15. November 2000.