

Nemo iudex in emptionis suae

Das Bundesgericht entscheidet, dass es nicht zuständig ist zur Beurteilung einer Beschwerde, die gegenüber einem durch die Justizleitung des Kantons Aargau verfügten Zuschlag direkt vor ihm erhoben worden ist. Dementsprechend leitet es die Angelegenheit an die Judikative des Kantons weiter, damit eine kantonale Gerichtsbehörde als erste Rekursinstanz über die Beschwerde befindet.

Le Tribunal fédéral décide qu'il n'est pas compétent pour statuer sur un recours qui lui a été directement adressé contre une décision d'adjudication rendue par la Direction de la justice du canton d'Argovie. En conséquence, il renvoie l'affaire au pouvoir judiciaire du canton afin qu'une autorité juridictionnelle cantonale statue en tant que première instance de recours.

Urteil BGer (TF) 2C_735/2025, 2C_736/2025 vom 4. Mai 2026

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(259) 1. Die Justizleitung des Kantons Aargau, die gemäss § 29 Abs. 1 GOG/AG das oberste Führungsorgan der Gerichte (insb. des Obergerichts und damit auch des Verwaltungsgerichts) sowie der Justizverwaltung dieses Kantons ist, hatte einen öffentlichen Auftrag betreffend die Beschaffung einer Software-Fachapplikation im offenen Verfahren vergeben.

2. Eine bei dieser Vergabe nicht berücksichtigte Anbieterin, die zugleich mit dem Zuschlag vom Verfahren ausgeschlossen worden war, erhob gegen diese Vergabe fristgerecht vor dem Bundesgericht Beschwerde und verlangte, dass der Ausschluss und der Zuschlag aufgehoben und die Angebotsbewertung unter Einbezug ihrer Offerte wiederholt werde.

3. Das BGer gewährte der Beschwerde zunächst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung, entschied jedoch daraufhin, dass das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen ist. Später hiess es ein Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin gut und erteilte die aufschiebende Wirkung wieder.

Der Entscheid

Mit Urteil vom 4. Mai 2026 entscheidet das BGer, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, und leitet die Angelegenheit an das Justizgericht des Kantons Aargau weiter, damit dieses über die Beschwerde entscheidet oder sie zuständigkeitshalber einer anderen kantonalen Instanz überweist.

1. Zuvorderst hält das BGer fest, dass die revidierte IVöB im Kanton Aargau am 1. Juli 2021 in Kraft getreten ist. Dementsprechend unterliegt die streitbetroffene, am 23. Juni 2025 ausgeschriebene Beschaffung diesem Konkordat (vgl. Art. 64 Abs. 1 IVöB).

2. Der Art. 52 Abs. 2 IVöB lautet: «Für Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden ist das

Bundesgericht direkt zuständig.» Auf diese Bestimmung hat die Beschwerdeführerin ihre Anrufung des BGer gestützt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese interkantonalrechtliche Bestimmung eine Zuständigkeit dieses bundesrechtlichen Gerichts zu begründen vermag.

3. «Den Zugang zum Bundesgericht gewährleistet laut Art. 191 Abs. 1 BV das Gesetz.»

a. «Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgesetzgeber das Bundesgerichtsgesetz ([BGG]) erlassen. Für Angelegenheiten des öffentlichen Rechts regeln insbesondere die Art. 82–89 BGG den (ordentlichen) Zugang zum Bundesgericht. Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 86 BGG die Vorinstanzen des Bundesgerichts verankert. Selbst wenn ein angefochtener Entscheid in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 82 lit. a BGG ergangen ist, kann er nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mittels einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden, wenn er nicht von einer der in Art. 86 BGG genannten Instanz ergangen ist (vgl. BGE 134 V 443 E. 2.2). Gegen Entscheide anderer Behörden, als jene die in Art. 86 BGG genannt werden, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit unzulässig.»

b. «Vorbehalten bleiben die Beschwerden gegen Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter (vgl. Art. 86 Abs. 3 BGG) sowie Beschwerden gegen Erlasse, sofern kein kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann (vgl. Art. 87 BGG). Ausserdem beurteilt das Bundesgericht als einzige Instanz – d.h. ohne Vorinstanz – Klagen im Sinne von Art. 120 BGG.»

4. «Aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 BV stellt sich in der vorliegenden Angelegenheit die Frage, ob die Regelung von Art. 52 Abs. 2 IVöB mit dem Bundesrecht – namentlich mit Art. 86 BGG – vereinbar ist.»

a. «Als Ausfluss von Art. 49 Abs. 1 BV gilt im Grundsatz, dass das (inter-)kantonale Recht jedenfalls dann keine bundesgerichtliche Zuständigkeit begründen kann, wenn eine bundesrechtliche Bestimmung den Zugang zum Bundesgericht einschränkt und infolgedessen der (inter-)kantonalen Regelung entgegensteht (vgl. BGE 125 II 86 E. 2c; vgl. auch BGE 125 I 406 E. 2b).»

b. «Es ist durch Auslegung von Art. 86 BGG und Art. 120 BGG zu ermitteln, ob sich die Regelung von Art. 52 Abs. 2 IVöB als bundesrechtskonform erweist.» In diesem Sinn «ist primär zu ermitteln, ob die oberen kantonalen Gerichtsbehörden, wenn sie als Vergabebehörden amten, Vorinstanzen des Bundesgerichts im Sinne von Art. 86 BGG sind, und, falls dies verneint wird, sekundär zu klären, ob die Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden auf dem Weg der Klage gemäss Art. 120 BGG durch das Bundesgericht beurteilt werden können».

5. Zunächst widmet sich das BGer dem Wortlaut des Art. 86 BGG.

a. Nach Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG sind insbesondere «letz[t]e kantonal[e] Instanzen» als «Vorinstanzen» (vgl. die Marginalie der zit. Bestimmung) des Bundesgerichts zu betrachten (sofern nicht die Beschwerde an das BVer zulässig ist). Gemäss Art. 86 Abs. 2 BGG setzen die Kantone «als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts obere Gerichte ein, soweit nicht nach einem anderen Bundesgesetz Entscheide anderer richterlicher Behörden der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen». Zudem gilt nach Abs. 3 der Bestimmung, dass die Kantone für «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter [...] anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen» können.

b. Das BGer stellt fest, dass sich aus dem Text von Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG ergibt, dass zumindest die hier angesprochenen Vorinstanzen kantonal letztinstanzlich zu entscheiden haben, was bedeutet, dass gegen die Entscheide dieser Instanzen innerkantonal kein Rechtsmittel (oder jedenfalls keines, mit dem eine mindestens gleich weite Prüfung wie vor dem BGer verlangt werden könnte) offensteht. Daraus kann aber nichts Entscheidendes zur Frage abgeleitet werden, ob die Vergabebehörde des vorliegenden Falls (die Justizleitung des Kantons Aargau) als Vorinstanz des BGer i.S.v. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 zu betrachten ist.

c. «Aus dem Wortlaut von Art. 86 BGG ergeben sich hingegen Anhaltspunkte, dass es sich bei den Vorinstanzen des Bundesgerichts im Allgemeinen um «Recht sprechende» Behörden handeln muss, zumal das Bundesgericht selbst die «oberste Recht sprechende Behörde» ist (Art. 1 Abs. 1 BGG), der Bundesgesetzgeber in Art. 86 Abs. 2 BGG von «Gerichte[n]» und anderen richterlichen Behörden spricht sowie in Art. 86 Abs. 3 BGG vorsieht, dass «anstelle eines Gerichts eine andere Behörde» eingesetzt werden kann. Dieses Verständnis des Wortlauts und insbesondere der Begriffe «Gerichte» und «richterlicher Behörden» ist vorliegend insofern von Relevanz, als die Vergabebehörde nicht in «Recht sprechender» Tätigkeit auftritt und eine Streitsache als Gerichtsbehörde entscheidet oder schlichtet. Vielmehr hat die Vergabebehörde – d.h. die Gerichte Kanton Aargau handelnd durch die Justizleitung – verfügt und dabei die vorliegenden Streitsachen erst geschaffen. Soweit die Gerichte im Rahmen der Justizverwaltung tätig werden, verfolgen sie denn auch eigene (Justiz-)Verwaltungs-

interessen und entscheiden in diesen Angelegenheiten funktional als Verwaltungsbehörden in eigener Sache.»

d. Nach dem Gesagten ergeben sich «aus der grammatikalischen Auslegung von Art. 86 BGG keine abschliessenden Anhaltspunkte für die zulässigen Vorinstanzen des Bundesgerichts [...]. Den in Art. 86 Abs. 1 und Abs. 2 BGG genannten Begriffen der Gerichte und der richterlichen Behörden ist jedenfalls eine «Recht sprechende» Tätigkeit immanent, während es sich im Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 3 BGG auch anders verhalten kann».

6. In systematischer Hinsicht zieht das BGer insbesondere den Art. 83 lit. f sowie die Art. 75 und Art. 80 BGG hinzu.

a. Nach der seit dem 1. Januar 2021 in Kraft stehenden Fassung des Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG ist im «Gebiet der öffentlichen Beschaffungen» die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten namentlich dann unzulässig, wenn sich im betreffenden Streitfall «keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt». Diese Regel gilt jedoch nicht im Fall von «Beschwerden gegen Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts [BVer], des Bundesstrafgerichts [BSGer], des Bundespatentgerichts [BPatGer], der Bundesanwaltschaft [BA] sowie der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen». In Bezug auf diese Instanzen enthält der Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG demnach eine «Ausnahme von der Ausnahme – mithin eine «contre-exception» (AUBRY GIRARDIN, in: Aubry Girardin/Donzallaz/Denys/Bovey/Frésard [Hrsg.], Commentaire de la LTF, 3. Aufl., 2022, N. 82 und N. 97 zu Art. 83 BGG)».

b. «Es ergeben sich aus der Botschaft keine Hinweise darauf, weshalb der Bundesgesetzgeber bei den Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen auf das Erfordernis der Grundsatzfrage verzichtet hat [...]. Es wird lediglich festgehalten, dass eine «moderate Ausweitung des Rechtsschutzes» im Beschaffungsrecht des Bundes eine Anpassung des BGG erfordert (Botschaft BÖB [BBl 2017 1851 ff.], S. 1989 [...]). Einen möglichen Erklärungsansatz liefert eine Lehrmeinung, der zufolge es sich bei den Entscheiden einer oberen kantonalen Gerichtsbehörde, die als Vergabebehörde amte, nicht um eine Vorinstanz im Sinne von Art. 114 BGG handle, weshalb die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht offenstehe (vgl. ZOBL, in: Trüeb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 23 zu Art. 52; a.M. AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N. 107 zu Art. 83 BGG). Da Art. 114 BGG auf Art. 86 BGG verweist, hätte der Bundesgesetzgeber, folgte man dieser Lehrmeinung, erkannt, dass ein Konflikt zwischen Art. 52 Abs. 2 IVöB einerseits und Art. 86 BGG respektive Art. 114 BGG andererseits besteht. Es erschliesst sich allerdings nicht, weshalb der Bundesgesetzgeber dann nur auf das Erfordernis der Grundsatzfrage verzichtet, aber keine Anpassung bei der Regelung von Art. 86 BGG vorgenommen hat. Jedenfalls liegt es nicht auf der Hand, dass der Bundesgesetzgeber mit einer Ausnahme von einer Zugangsschranke – d.h. mit einer Ausnahme von einer Ausnahme («contre-exception») – die Vorinstanzen des Bundesgerichts abweichend von Art. 86 BGG regeln will.» Demnach ist nach dem BGer nicht davon auszugehen, dass sich eine direkte Zuständigkeit dieses Gerichts bei Beschwer-

den gegen die Beschaffungen von oberen kantonalen Gerichtsinstanzen aus dem Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG ableiten lässt.

c. Das BGer fügt als weiteres Argument hinzu, dass es «auch für Angelegenheiten in Zusammenhang mit den Beschaffungen des Bundesstraf- und Bundespatentgerichts sowie der Bundesanwaltschaft direkt zuständig wäre», wenn die «Ausnahme von der Ausnahme» in Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG als Zuständigkeitsvorschrift zu verstehen wäre. Das würde jedoch nicht mit dem Art. 52 Abs. 3 BöB übereinstimmen, der eine Direktzuständigkeit des BGer nur für Beschwerden betreffend Beschaffungen des BVGer vorsieht; damit gilt gemäss Art. 52 Abs. 1 BöB, dass Beschwerden gegen Beschaffungen der anderen in Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG genannten Bundes-Instanzen (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b und lit. c BöB) vor dem Bundesverwaltungsgericht einzureichen sind. «Die Ausnahme in Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG könnte in systematischer Hinsicht gegebenenfalls für eine direkte Zuständigkeit des Bundesgerichts sprechen, wenn darin nur das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 52 Abs. 3 BöB) und die oberen kantonalen Gerichtsinstanzen (vgl. Art. 52 Abs. 2 IVöB) genannt würden. Dies ist allerdings nicht der Fall.»

d. Insgesamt lässt sich in systematischer Hinsicht nicht ohne Weiteres erkennen, dass der Bundesgesetzgeber mit der Regelung in Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG die in Art. 86 BGG verankerten Vorinstanzen – und damit die bundesgerichtliche Zuständigkeit – ändern will.

e. Nach den Art. 75 Abs. 2 Satz 2 und Art. 80 Abs. 2 Satz 2 BGG müssen in Zivil- und Strafsachen die Vorinstanzen des BGer als «Rechtsmittelinstanzen» entschieden haben, dies im Unterschied zu öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, für die der Art. 86 BGG ein solches Erfordernis nicht vorsieht. Dieser Unterschied gründet darin, dass das BGG den Kantonen in Zivil- und Strafsachen eine doppelte kantonale gerichtliche Überprüfung (einen «doppelten gerichtlichen Instanzenzug innerhalb eines Kantons») vorschreibt, eine entsprechende Anforderung für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten jedoch nicht aufstellt. Aus dem Umstand, dass der Art. 86 BGG nicht verlangt, dass die Vorinstanzen des BGer als «Rechtsmittelinstanz», d.h. als zweite kantonale gerichtliche Instanz, entschieden haben, kann nicht gefolgert werden, dass der Art. 86 lit. d BGG es zuliesse, dass in einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit vor dem BGer überhaupt keine kantonale gerichtliche Instanz im Sinn einer «Recht sprechenden Gerichtsbehörde» entschieden hat. Dass nicht zwei gerichtliche Instanzen verlangt sind, bedeutet nicht, dass überhaupt keine verlangt würde. Im vorliegenden Fall hat eine obere kantonale Gerichtsbehörde in der Sache entschieden, dies jedoch nicht «Recht sprechend» (also unabhängig über den Fall urteilend), sondern als funktionale Verwaltungsbehörde in einer eigenen Beschaffungssache.

f. «Dass als Vorinstanzen des Bundesgerichts im Sinne von Art. 86 Abs. 1 und Abs. 2 BGG grundsätzlich nur Behörden in Frage kommen, die den gerichtlichen Rechtsschutz sicherstellen, ergibt sich in systematischer Hinsicht im Übrigen auch aus Art. 110 BGG. Diese Norm verpflichtet die Kantone, zur Verwirklichung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV

wenigstens eine «richterliche Behörde» mit freier Kognition in Sachverhalts- und Rechtsfragen vorzusehen.»

7. «In historisch-teleologischer Hinsicht ist die Regelung von Art. 86 BGG im Lichte des gesetzgeberischen Willens zu lesen, das Bundesgericht zu entlasten» Das BGer weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Direktprozesse aufgrund des hier erforderlichen vollständigen Beweisverfahrens besonders arbeitsintensiv sind und dass die Gesetzgebung namentlich mit dem Art. 86 BGG das Ziel verfolgte, die Zahl der Direktprozesse möglichst gering zu halten. Daher spricht der Zweck von Art. 86 BGG gegen die Annahme einer Direktzuständigkeit des BGer bei Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte.

8. Zur Geschichte der heutigen Fassung des Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG (i.K. seit 1.1.2021) hält das BGer fest, dass die Bundesgesetzgebung «mit der Anpassung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG lediglich eine moderate Ausweitung des Rechtsschutzes im Beschaffungsrecht des Bundes [beabsichtigte] (vgl. Botschaft BÖB, S. 1989 [...]). Demgegenüber ist weder aus der Botschaft noch aus der parlamentarischen Debatte ersichtlich, dass der Bundesgesetzgeber das Beschaffungsrecht der Kantone bei der Anpassung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor Augen hatte. Vielmehr erteilte der Nationalrat als Erstrat lediglich die Zustimmung zum (in der Botschaft erläuterten) Entwurf des Bundesrats (vgl. AB 2018 N 1053), woraufhin sich der Ständerat als Zweitrat dem Beschluss des Nationalrats anschloss (vgl. AB 2018 S 989; vgl. Ziff. II Ziff. 2 zur Änderung des BGG)».

9. «Überdies sind die Fälle, in denen das Bundesgericht als erste und einzige [Klage-]Instanz urteilt, in Art. 120 Abs. 1 lit. a–c BGG abschliessend geregelt [...]. Der Bestimmung zufolge beurteilt das Bundesgericht auf Klage hin Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden, zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen sowie Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung [nach dem VG].» Beschaffungssstreitigkeiten fallen nicht darunter. «Die abschliessende Regelung in Art. 120 Abs. 1 BGG ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, die Direktprozesse vor Bundesgericht weitgehend einzuschränken. In diesem Lichte belässt Art. 120 Abs. 1 BGG in historisch-teleologischer Hinsicht keinen Raum für die (interkantonalrechtliche) Schaffung einer (weiteren) Vorinstanz im Sinne von Art. 86 Abs. 1 BGG, deren Verfügungen das Bundesgericht als erste und einzige Instanz beurteilt.»

10. «Im Ergebnis ergibt sich aus der grammatikalischen Auslegung, dass den Vorinstanzen des Bundesgerichts im Sinne von Art. 86 Abs. 1 und Abs. 2 BGG eine «Recht sprechende» Tätigkeit immanent ist. In systematischer Hinsicht müssen sie diese «Recht sprechende» Funktion zwar nicht als Rechtsmittelinstanzen ausüben (vgl. Art. 75 Abs. 2 BGG; Art. 80 Abs. 2 BGG). Allerdings ist die Regelung von Art. 86 Abs. 1 und Abs. 2 BGG auf Konstellationen zugeschnitten, in denen die Vorinstanzen des Bundesgerichts Recht sprechen und einen gerichtlichen Rechtsschutz gewährleisten, nicht aber auf

solche, in denen sie funktional als Verwaltungsbehörden verfügen und dabei Streitsachen schaffen (vgl. aber Art. 86 Abs. 3 BGG). Die historisch-teleologische Auslegung von Art. 86 BGG zeigt zudem, dass der Bundesgesetzgeber Direktprozesse vor Bundesgericht stark eingeschränkt und seinen Willen in der abschliessend formulierten Regelung von Art. 120 Abs. 1 BGG zum Ausdruck gebracht hat. Von diesem gesetzgeberischen Willen ist er im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts des Bundes – jedenfalls mit Bezug auf die Kantone – nicht abgewichen. Als Auslegungsergebnis ist somit festzuhalten, dass die oberen kantonalen Gerichtsbehörden, wenn sie als Vergabebehörden amten, nicht als Vorinstanzen des Bundesgerichts im Sinne von Art. 86 BGG betrachtet werden können. Es erweist sich angesichts der Regelung von Art. 120 Abs. 1 BGG ebenso als unzulässig, Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden auf dem Weg der Klage vor das Bundesgericht zu tragen.»

11. «Dieses Auslegungsergebnis bedeutet für die vorliegenden Angelegenheiten, dass die Regelung von Art. 52 Abs. 2 IVöB im Widerspruch mit den Vorgaben des BGG steht.»

a. «Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass – im Gegensatz zum (inter-)kantonalen Gesetzgeber – der Bundesgesetzgeber selbstredend eine von den Vorgaben des BGG abweichende Zuständigkeitsregelung für das Bundesgericht im Sinne einer *lex specialis* schaffen kann [...]. So sieht Art. 52 Abs. 3 BöB vor, dass für Beschwerden gegen Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts das Bundesgericht direkt zuständig ist.»

b. «Der Verzicht auf das Erfordernis der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung für Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts ist hierbei angezeigt, da mangels Zulässigkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 113 BGG) ein äusserst eingeschränkter Rechtsschutz im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bestünde.»

12. Aufgrund des Umstands, dass sich die vorliegende Beschwerde nicht gegen einen Entscheid einer Vorinstanz i.S.v. Art. 86 BGG richtet und der Art. 83 lit. f Ziff. 1 nach der Auslegung des BGer eine Direktzuständigkeit nicht begründet, tritt dieses Gericht auf die Beschwerde nicht ein und leitet die Angelegenheit an das Justizgericht des Kantons Aargau weiter.

a. Nach der Rechtsprechung hat das BGer eine Sache, für die es nicht zuständig ist, der ihm am ehesten als zuständig erscheinenden Behörde zu überweisen, falls, wie in casu, keine Klarheit über die Zuständigkeit besteht (abgesehen von der Unzuständigkeit des BGer). Gemäss § 38 Abs. 1 lit. f GOG/AG entscheidet das Justizgericht namentlich «über Beschwerden gegen Entscheide der Justizleitung, soweit diese gemäss Art. 29a der Bundesverfassung anfechtbar sind». Streitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge sind Rechtsstreitigkeiten i.S.v. Art. 29a BV. Daraus schliesst das BGer, dass der vorliegend angefochtene Vergabeentscheid der Justizleitung einen Entscheid nach § 38 Abs. 1 lit. f GOG/AG darstellt

und dass daher das Justizgericht als die innerkantonale am ehesten zuständige Instanz erscheint.

b. «Es steht dem Justizgericht angesichts der Organisationsautonomie und der Gestaltungsfreiheit der Kantone frei [...], mit den anderen infrage kommenden, vom Bundesgericht allenfalls übersehenen Gerichten im Kanton einen Meinungsaustausch oder ein Kompetenzkonfliktverfahren durchzuführen [...]. Das Justizgericht muss die Angelegenheiten indes behandeln, wenn keine andere gerichtliche Zuständigkeit im Kanton Aargau festgelegt werden kann.»

Die Anmerkungen

Der rapportierte Nichteintretensentscheid vermag trotz seiner ausführlichen und in etlichen Einzelpunkten auch zutreffenden Begründung nicht zu überzeugen.

1. Das rapportierte Urteil erkennt zu Recht, dass sich bei Beschwerden gegen Vergabeentscheide oberer kantonalen Gerichte die Frage stellt, ob sich aus der zusammen (vgl. Anhang 7 Ziff. II./2 BöB [AS 2020 641 ff.]) mit dem aktuellen BöB in Kraft gesetzten Fassung des Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG eine Direktzuständigkeit des BGer (im Sinn einer Spezialvorschrift, die insb. dem Art. 86 BGG vorgehen würde) ergibt. Namentlich in E. 3.2.1.1 des rapportierten Urteils argumentiert das BGer gegen die Annahme einer solchen Auslegung des Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG. Allerdings ist die Auslegung dieser Bestimmung im Vergleich zu jener, die das rapportierte Urteil mit dem Art. 86 BGG durchführt, eher cursorisch. Sie geschieht zunächst lediglich im Rahmen und aus der Perspektive der systematischen Auslegung des Art. 86 BGG (vgl. rapportiertes Urteil, E. 3.2). Das ist aus meiner Sicht ein methodisch unzutreffendes Vorgehen, weil für die Frage, ob sich eine Direktzuständigkeit aus dem Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG ergibt, die Auslegung dieser Bestimmung im Zentrum stehen muss (wobei der Art. 86 BGG in systematischer Hinsicht beigezogen werden kann). Dass das rapportierte Urteil sodann auch kurz auf die Entstehungsgeschichte des Art. 83 lit. f BGG (in seiner heutigen Fassung) eingeht (E. 3.3.2), ändert im Grundsatz nichts daran, dass dieses Urteil die genannte Bestimmung weit weniger eingehend auslegt als den Art. 86 BGG. Dazu kommt, dass die Betrachtung dieser Geschichte als oberflächlich erscheint, zumal sie sich mit der Feststellung des Fehlens an expliziten Antworten begnügt. – Wie im Folgenden zu zeigen ist, spricht vieles dafür, dass eine auf Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG abgestützte Direktzuständigkeit des BGer (für Vergabesachen oberer kantonalen Gerichte) zu bejahen ist.

2. Zunächst bedarf der Umstand keiner vertieften Diskussion, dass der Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG nicht ausdrücklich anordnet, dass das BGer in Beschaffungsangelegenheiten oberer kantonalen Gerichte direkt (als erste Beschwerdeinstanz) zuständig sei. Der Wortlaut der Bestimmung spricht demgemäss nicht für die Existenz einer solchen Direktzuständigkeit (welche sich aus dieser Bestimmung ergäbe). Dies wiederum verhindert für sich genommen keine gegenteilige Auslegung (vgl. rapportiertes Urteil, E. 2.4: «Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken

leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen»).

3. Das BGer argumentiert zu Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG in systematischer Hinsicht, dass dann, wenn diese Bestimmung eine Direktzuständigkeit für Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte anordnen würde, diese Zuständigkeit auch für BStGer, BPatGer und BA gelten müsste, die in dieser Bestimmung (im zweiten Teil, der von der Ausnahme der Zulässigkeitsschranke der Grundsatzfrage handelt) ebenso erwähnt werden, was im Widerspruch dazu stünde, dass der Art. 52 Abs. 3 BÖB eine Direktzuständigkeit nur für Beschaffungen des BVGer vorsieht und sich demnach aus Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. b und lit. c BÖB ergibt, dass bei Beschaffungen von BStGer, BPatGer und BA die Beschwerde (zunächst) beim BVGer einzureichen ist. Diesem Argument lässt sich entgegenhalten, dass auch die bundesgerichtliche Auslegung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG zu keinem sinnvollen Ergebnis führt.

a. Soweit es nach dem BGer keine Direktzuständigkeit dieses Gerichts für die Beschaffungen anderer Gerichte gibt (ausser für jene des BVGer und seine eigenen; Art. 52 Abs. 3 und Abs. 4 BÖB), ergibt die «Ausnahme von der Ausnahme» gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG, wonach die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auch ohne Grundsatzfrage zulässig ist (falls der Schwellenwert nach Ziff. 2 der Bestimmung erreicht wird), bei allen hier genannten Gerichten ausser dem Bundesverwaltungsgericht keinen Sinn.

b. Das BGer anerkennt im rapportierten Urteil (E. 4.1), dass die «Ausnahme von der Ausnahme», also der Verzicht auf das Erfordernis der Grundsatzfrage in bestimmten Fällen, dem Zweck dient, dort eine übermässige Erschwerung des Rechtsschutzes zu vermeiden, wo eine bundesgerichtliche Direktzuständigkeit besteht und das BGer daher als erste und einzige Beschwerdeinstanz amtiert. Würde das genannte Erfordernis, dessen Ziel darin liegt, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur in einer kleinen Auswahl von Fällen als zulässig erscheinen zu lassen (eben in jenen, in denen sich Rechtsfragen von grundsätzlicher Natur stellen), auch dort angewandt, wo vor dem BGer kein Gericht die Sache zunächst ohne Anwendung eines solchen Erfordernisses überprüft hat, hiesse das, dass in der (wohl grossen) Mehrheit der Fälle mangels Grundsatzfrage überhaupt keine (oder zumindest keine ordentliche) Beschwerde erhoben werden könnte. Diesen Zusammenhang zwischen dem Verzicht auf die Grundsatzfrage und der Direktzuständigkeit erwähnt das BGer allerdings nicht etwa bei der Auslegung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG (rapportiertes Urteil, E. 3.2.1; immerhin aber implizit E. 3.2.1.2), sondern lediglich im Hinblick auf die vollständigkeitshalber angesprochene Hypothese, dass ein künftiges Bundesgesetz eine Direktzuständigkeit des BGer für Be-

schwerden gegen die Vergaben der oberen kantonalen Gerichte vorsehen würde (rapportiertes Urteil, E. 4.1). Das ändert jedoch nichts daran, dass dieser Zusammenhang offensichtlich ist und dass das BGer ihn nicht übersehen, sondern in seiner ganzen Tragweite erkannt hat.

c. Gleichzeitig steht fest, dass der Verzicht auf das Erfordernis der Grundsatzfrage nicht gerechtfertigt ist und auch dem gesetzlichen Ziel der Entlastung des BGer widerspricht, wenn das BGer erst als zweite Beschwerdeinstanz zum Einsatz kommt. Nach dem rapportierten Urteil (das Art. 52 Abs. 1 und Abs. 3 BÖB insoweit zutreffend auslegt) trifft dies insbesondere bei den Beschaffungen von BStGer, BPatGer und BA sowie bei jenen der oberen kantonalen Gerichte zu. Hier besteht nach dem BGer keine Direktzuständigkeit, doch bedeutet die bundesgerichtliche Auslegung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG, dass dieses Gericht auf das Erfordernis der Grundsatzfrage gleichwohl verzichten muss.

d. Im Ergebnis muss festgestellt werden, dass das Auslegungsergebnis nicht nur dann als höchst eigenartig erscheint, wenn man davon ausgeht, dass der Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG für die Beschaffungsfälle aller hier genannten Instanzen eine Direktzuständigkeit anordnet (was im Widerspruch zum BÖB steht), sondern genauso auch dann, wenn man davon ausgeht, dass die zitierte Bestimmung für all diese Beschaffungsfälle einen Verzicht auf die Anwendung des Erfordernisses der Grundsatzfrage vorsieht (was unzweifelhaft dem Wortlaut dieser Bestimmung entspricht und offenbar durch das BGer vertreten wird). Denn abgesehen von den Beschaffungsangelegenheiten des BVGer geht es um Fälle, in denen das BGer (nach der durch dieses Gericht vertretenen Auffassung) als zweite Beschwerdeinstanz fungiert und der Verzicht auf die Grundsatzfrage daher nicht gerechtfertigt ist.

e. Bei dieser Lage der Dinge kann nur eine (nochmals) andere Auslegung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG zutreffend sein.

4. Bei der systematischen Auslegung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG kann nach dem vorstehend Gesagten nicht entscheidend sein, dass, was an sich zutrifft, eine Direktzuständigkeit des BGer für Beschaffungssachen von BStGer, BPatGer und BA dem Art. 52 Abs. 1 und Abs. 3 BÖB widerspräche. Unter den gegebenen Umständen ist nämlich nicht davon auszugehen, dass die zitierte Bestimmung notgedrungen dahin ausgelegt werden muss, dass sie eine Direktzuständigkeit nur entweder für die Beschaffung von allen hier genannten Instanzen oder von keiner dieser Instanzen vorsieht (ihr Text legt eine solche Dichotomie zwar nahe, ist jedoch nicht allein massgeblich).

5. Relevant ist in systematischer Hinsicht vielmehr, dass die heutige Fassung des Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG, vor allem der im früheren Recht nicht zu findende (vgl. AS 2006, 1205 ff., 1228) Verzicht auf das Erfordernis der Grundsatzfrage in bestimmten Fällen, im Zusammenhang mit dem revidierten BÖB und der revidierten IVöB erlassen worden ist (vgl. Anhang 7 Ziff. 2 BÖB in der in AS 2020 641 ff., 686, publizierten Fassung). Die Gründe dieses Verzichts sind demnach in der BÖB-Revision zu suchen (vgl. auch Botschaft BÖB [BBl 2017 1851 ff.], 1989: «Die

moderate Ausweitung des Rechtsschutzes im Beschaffungsrecht des Bundes erfordert eine Anpassung des BGG»; dazu hinten c./ff.). Dementsprechend ist im Folgenden auf die Entstehungsgeschichte der Art. 52 BÖB und Art. 83 lit. f BGG (i.d. heutigen Fassung) einzugehen. Daraus kann sich ergeben, dass die systematisch orientierte Feststellung nicht als entscheidend erscheint, wonach der Art. 83 BGG an sich nicht von der Zuständigkeit des BGer unter dem Gesichtspunkt der Natur der Vorinstanz handelt.

a. Bereits der Vorentwurf des BÖB (VE BÖB) vom 1. April 2015 (vgl. Vernehmlassung EFD Nr. 2015/11; <https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6015/11/cons_1>; besucht am 31. Mai 2026) sah in Art. 4 Abs. 1 lit. b und lit. c vor, dass die eidgenössischen richterlichen Behörden (damals noch unter Ausnahme der Militärgerichte; dazu hinten b./ee. in fine) und die Bundesanwaltschaft dem Gesetz als öffentliche Auftraggeberinnen subjektiv unterstellt sein sollten (was gegenüber dem bisherigen Recht eine Erweiterung des subjektiven Geltungsbereichs bedeutete). Zugleich sah der (dem heutigen Art. 52 BÖB funktional entsprechende) Art. 54 VE BÖB vor, dass die Beschwerde (erstinstanzlich) im Regelfall vor dem BVGer zu erheben ist (Abs. 1) und in zwei Ausnahmefällen etwas anderes gilt (vgl. auch Erläuternder Bericht des EFD, Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1.4.2015 [EB VE BÖB; vgl. Vernehmlassung EFD Nr. 2015/11 [<https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6015/11/cons_1>; besucht am 31. Mai 2026], S. 82 f.): Bei Beschaffungen des BVGer sollte direkt das BGer als erste Beschwerdeinstanz zuständig sein (Abs. 3 Satz 1); für Beschaffungen des BGer sollte – wohl sinngemäss – auf die bundesgerichtsinterne Lösungsfindung nach Art. 37 Abs. 3 des BGG verwiesen werden (Abs. 3 Satz 2; dieser Punkt ist vorliegend nicht weiter von Interesse; nach dem geltenden Art. 52 Abs. 4 BÖB hat nun das BGer eine interne Rekurskommission einzusetzen). Das BStGer, das BPatGer und die BA wurden in Art. 54 VE BÖB nicht spezifisch erwähnt, woraus zu folgern war, dass Beschwerden gegen die Beschaffungen dieser Behörden der ordentlichen Zuständigkeit des BVGer (Art. 54 Abs. 1 VE BÖB) unterliegen sollten (vgl. EB VE BÖB, S. 82 f.).

b. Ebenso sah schon der VE BÖB vor, dass Art. 83 lit. f (damals: Ziff. 2; heute wäre es die Ziff. 1) BGG dahingehend geändert werden sollte, dass bei vor dem BGer erhobenen «Beschwerden gegen Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts, der Bundesanwaltschaft sowie der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen» (im Verfahren der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) auf das Erfordernis der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung verzichtet werden sollte (Art. 63 Abs. 4 VE BÖB).

aa. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass der EB VE BÖB, S. 91 (textlich in Bezug auf Abs. 3 von Art. 63 VE BÖB, doch handelt es sich dabei offensichtlich um ein Versehen, da der vom BGG und nicht vom VGG handelnde Art. 63 Abs. 4 VE BÖB gemeint sein muss) dazu ausführt: «Dieses Gesetz regelt die Kompetenz zur Beurteilung von Beschwerden gegen Beschaffungsentscheide von nationalen Gerichten. Dies führt zu

einer Änderung von Art. 83 Bst. f BGG». Mehr wird nicht gesagt. Mit «Dieses Gesetz» ist das BÖB bzw. der VE BÖB gemeint. Darin wird, wie soeben gezeigt, in Art. 54 Abs. 1 und Abs. 3 (i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. b und lit. c) die Kompetenz zur Beurteilung von Beschwerden gegen Beschaffungsentscheide von eidgenössischen Gerichtsbehörden (und der BA) geregelt. Allerdings wurden die Beschaffungen des BGer (vgl. Art. 54 Abs. 3 Satz 2 VE BÖB) im vorgeschlagenen neuen Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG (gemäss Art. 63 Abs. 4 VE BÖB) nicht erwähnt. Das lässt vermuten, dass man nicht davon ausging, dass bei entsprechenden Beschwerden die Regeln der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG; insb. die Zutrittsschranke der Grundsatzfrage nach dem damaligen Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG) zur Anwendung kommen würden, oder aber, dass diese Fallkonstellation vergessen wurde. Dafür sollte nach Art. 63 Abs. 4 VE BÖB der Verzicht auf das Erfordernis der Grundsatzfrage nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG (damalige Fassung) nicht nur für das BVGer gelten, für dessen Beschaffungen nach Art. 54 Abs. 3 Satz 1 VE BÖB direkt das BGer zuständig sein würde, sondern auch für die Beschwerden betreffend die Vergabeentscheide des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts und der Bundesanwaltschaft, wo erstinstanzlich das BVGer urteilen sollte (Art. 54 Abs. 1 VE BÖB). Überdies war vorgesehen, dass derselbe Verzicht auch für die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte gelten würde (Art. 63 Abs. 4 BÖB).

bb. Die eher kurze Kommentierung des Art. 63 Abs. 4 VE BÖB im Erläuternden Bericht (S. 91; vgl. vorne aa.) äussert sich weder zu den Beschaffungen des BGer noch zu jenen der oberen kantonalen Gerichte. Sie spricht allgemein von «Beschwerden gegen Beschaffungsentscheide von nationalen [= eidgenössischen] Gerichten» und davon, dass die Regelung der Kompetenz (Zuständigkeit) zur Beurteilung dieser Beschwerden durch das BÖB zu einer Änderung des BGG (in Art. 83 lit. f) «führt», eine solche also erforderlich machte. Nun sah der VE BÖB keine einheitliche Zuständigkeit für «Beschwerden gegen Beschaffungsentscheide von nationalen Gerichten» vor, sondern eine dreifaltige (Art. 51 Abs. 1: BVGer für BStGer, BPatGer und BA; Abs. 3 Satz 1: BGer für BVGer; Abs. 3 Satz 2: BGer-Speziallösung für BGer). Wenn man bedenkt, dass es beim Verzicht auf die Grundsatzfrage als Erfordernis der Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bei materieller Betrachtung nur darum gehen kann, das BGer da zur Beurteilung aller (in den übrigen Punkten zulässigen) Beschwerden zu verpflichten (und nicht nur jener, die Grundsatzfragen aufwerfen), wo dieses Gericht aufgrund einer Direktzuständigkeit als erste (und einzige) Beschwerdeinstanz urteilen muss (weil nur in diesem Fall das Erfordernis der Grundsatzfrage den ordentlichen Rechtsschutz in sehr vielen Fällen aushebeln würde), dann wird klar, dass auf der Ebene der Bundesvergabebehörden (und abgesehen von den Beschaffungen des BGer sowie der Frage nach dem hier zu beachtenden Beschwerdeverfahren) der Verzicht auf die Grundsatzfrage angesichts der Ordnung von Art. 54 Abs. 1 und Abs. 3 VE BÖB nur gerade in Bezug auf die Beschaffungen des BVGer gerechtfertigt sein kann. Eine materielle Rechtfertigung für den Verzicht auf das Erfordernis der Grundsatzfrage bei Be-

schwerden gegen Beschaffungen von BStGer, BPatGer und BA besteht also mit Blick auf die durch den Art. 54 Abs. 1 und Abs. 3 VE BöB geschaffene Zuständigkeitsordnung nicht, und der EB VE BöB nennt auch keine Gründe, da er lediglich (implizit) auf den materiellen Zusammenhang zwischen der Direktzuständigkeit des BGer und dem Verzicht auf die Grundsatzfrage hinweist und damit weder die Erwähnung von BStGer, BPatGer und BA im vorgesehenen Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG (Art. 63 Abs. 4 VE BöB) noch die Nichterwähnung des BGer in dieser Bestimmung erklärt hat.

cc. Ebensowenig geht der EB VE BöB auf die Überlegungen ein, die dazu geführt haben, dass nach dem vorgesehenen neuen Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG (gemäss Art. 63 Abs. 4 VE BöB) auch die Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte vom Verzicht auf die Grundsatzfrage profitieren sollten. Mit Blick auf den Text des VE BöB ist zunächst nicht einmal klar, wie dieses Thema mit dem VE BöB zusammenhängt, da dieser im Übrigen nur die Bundesbeschaffungen betrifft. Aus welchen Gründen die Bundesgesetzgebung im Rahmen der BöB-Revision an die kantonalen Beschaffungen gedacht hat, ist allerdings offenkundig (vgl. nur EB VE BöB, S. 12 f., S. 13: «Am 20. Dezember 2013 verabschiedete die Arbeitsgruppe AURORA einen ersten Erlassentext sowie einen Bericht, der im Rahmen eines gemeinsamen Redaktionsausschusses punktuell ergänzt wurde [...]. Da den Bestrebungen zur parallelen Harmonisierung der nationalen Beschaffungsordnungen grosse Priorität eingeräumt wird [...], sind der Vorentwurf BöB und der Entwurf der revidierten IVöB bezüglich der harmonisierten Bereiche inhaltlich weitgehend identisch [...]. Sobald die Auswertung sowohl der Vernehmlassung zur IVöB als auch zum Vorentwurf BöB vorliegen, werden die Ergebnisse aus den beiden Vernehmlassungen sowie die verbleibenden Differenzen aus der bundesverwaltungsinternen Konsultation in einer weiteren Verhandlungsrunde zwischen Bund und Kantonen gemeinsam bewertet. Gestützt darauf werden die harmonisierten Erlassentexte sowohl materiell wie auch redaktionell überarbeitet und angepasste Lösungen für die Vorlage an das eidgenössische Parlament ausgearbeitet werden. Bei diesen Arbeiten wird der inhaltlichen Angleichung der Beschaffungsregeln grösste Beachtung zuteil werden»; Botschaft BöB, S. 1865 f.: die «paritätisch[e] Arbeitsgruppe Bund-Kantone namens «AURORA» erhielt vom Bund und den Kantonen den «Auftrag, Vorschläge für die Revision der einschlägigen Beschaffungserlasse zu unterbreiten. Nebst einer inhaltlich und formal konsistenten Umsetzung des revidierten GPA beim Bund und bei den Kantonen sollten die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung so weit als möglich angeglichen werden [...]. Im Anschluss an die Vernehmlassungen auf Stufe Bund und Kantone wurden die beiden Vorlagen durch den paritätischen Redaktionsausschuss der Arbeitsgruppe AURORA gemeinsam bereinigt»). Die gesamte Revision, von den Vorentwürfen bis zu den in Kraft getretenen Fassungen, fand im Rahmen eines (erfolgreichen) Strebens nach einer hochgradigen Harmonisierung der Texte der Beschaffungserlasse des Bundes und der Kantone (via die Interkantonale Vereinba-

rung) statt. Dabei wussten der Bund und die Kantone nicht nur die ganze Zeit, was die jeweils andere Seite tat, sondern es wurden die Arbeiten in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe durchgeführt. In diesem Sinn kann auch angenommen werden, dass die feste Absicht bestand, die Texte des Bundes und der Kantone im Verhältnis untereinander zu koordinieren und kohärent auszugestalten (vgl. dazu etwa die Art. 5 des BöB und der IVöB, die in ihren jeweils unterschiedlichen Fassungen insgesamt widerspruchsfrei nebeneinanderstehen; Art. 5 Abs. 3 BöB und Art. 5 Abs. 6 IVöB zeigen dabei, dass der Bund und die Kantone in gemeinsamer Absprache eine Rechtswahl-Regelung für gewisse Sektoren-Auftraggeberinnen geschaffen haben, die nur funktionieren kann, wenn sie in beiden Erlassen figuriert). In diesem Sinn ist die Aufnahme der oberen kantonalen Gerichte in den gemäss Art. 63 Abs. 4 VE BöB vorgesehenen Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG nur damit erklärbar, dass der bereits am 18. September 2014 und damit vor dem VE BöB (1.4.2015) veröffentlichte E IVöB in seinem Art. 52 Abs. 4 vorsah: «Für Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden ist das Bundesgericht direkt zuständig» (der sich in meinem Besitz befindende E IVöB vom 18.9.2014 ist m.W. im Internet nicht mehr auffindbar, dürfte aber in den Archiven der BPUK liegen).

dd. Unabhängig von der (zu verneinenden) Frage, ob ein interkantonales Konkordat eine im Bundesrecht nicht vorgesehene Zuständigkeit des BGer gültig vorsehen kann, wird die Ausnahme der Beschwerden gegen die Beschaffungen oberer kantonalen Gerichte vom Erfordernis der Grundsatzfrage im Bundesgerichtsverfahren (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG gemäss Art. 63 Abs. 4 VE BöB) erst dann verständlich, wenn man annimmt, dass die Bundesgesetzgebung damit auf den Art. 52 Abs. 4 E IVöB reagieren, beziehungsweise in koordinierter Art darauf Bezug nehmen wollte (die Vorentwürfe waren ungeachtet der schliesslich unterschiedlichen Publikationszeitpunkte gemeinsam ausgearbeitet worden; vgl. EB VE BöB, S. 12 f.). Nur bei Annahme einer Direktzuständigkeit des BGer bei Beschwerden gegen die Beschaffungen oberer kantonalen Gerichte rechtfertigt sich ein Verzicht auf das Erfordernis der Grundsatzfrage im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Die Frage, ob bei solchen Beschaffungen die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) offensteht, direkt an das BGer gerichtet oder nicht, spielt insoweit keine Rolle, weil diese Beschwerde kein ordentliches Rechtsmittel darstellt (vgl. Art. 116 BGG sowie Art. 95 und Art. 97 BGG) und ihre allfällige Offenheit den durch das Erfordernis der Grundsatzfrage im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beschränkten Zugang zum Recht nicht auszugleichen vermag.

ee. Nach dem Gesagten kann die Erwähnung der oberen kantonalen Gerichte in dem via Art. 63 Abs. 4 VE BöB vorgeschlagenen Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG nur davon zeugen, dass jene, die diese Bestimmung formulierten, davon ausgingen, das BGer würde für die gegen Beschaffungen oberer kantonalen Gerichte gerichteten Beschwerden direkt zuständig sein, sei dies aufgrund von Art. 52 Abs. 4 E IVöB (der Umstand, dass interkantonales Recht, wie dies auch das rapportierte Urteil festhält [E. 2.3; vgl. zudem Art. 188 Abs. 1 BV], zumindest dem

Grundsatz nach keine Bundesgerichtszuständigkeit begründen kann, ändert nichts daran, dass es möglich ist, dass dies damals übersehen wurde; auch FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Aubry Girardin/Donzallaz/Denys/Bovey/Frésard [Hrsg.], *Commentaire de la LTF*, 3. Aufl., Bern 2022, Art. 83 N 107, nimmt an, dass sich aus der IVöB eine Direktzuständigkeit des BGer ergebe) oder aus anderen Gründen. Das heisst, dass diese Autorinnen und Autoren entweder (irrtümlich; vgl. rapportiertes Urteil, E. 2.3) annahmen, es sei möglich, dass die IVöB eine direkte Bundesgerichtszuständigkeit anordnet (so dass es nicht nötig wäre, eine solche im BGG vorzusehen), oder dass sie meinten, das BöB würde eine solche parallel zu jener betreffend die Beschaffungen des BVGer (Art. 54 Abs. 3 Satz 1 VE BöB; Art. 52 Abs. 3 BöB) schaffen. Dies ist nicht so unwahrscheinlich, wie es klingen mag, zumal die angesichts des Art. 54 Abs. 3 VE BöB bzw. Art. 52 Abs. 3 BöB nicht erklärbare Erwähnung von BStGer, BPatGer und BA in Art. 83 lit. f (damals: Ziff. 2) BGG davon zu zeugen scheint, dass auf der Bundesebene die Arbeiten am VE BöB (Art. 54 Abs. 3) und jene betreffend die Anpassung des BGG nicht besonders gut koordiniert worden sind. Möglicherweise liegt ein weiteres Zeugnis davon im Umstand, dass die in Art. 4 Abs. 1 lit. b VE BöB noch ausdrücklich von der Gesetzesgeltung ausgenommenen Militärgerichte in Art. 4 Abs. 1 lit. b E BöB (BBl 2017 2005 ff.) nicht mehr ausgenommen wurden (vgl. Botschaft BöB [BBl 2017 1851 ff.], S. 1889) und auch nach dem geltenden Art. 4 Abs. 1 lit. b BöB nicht ausgenommen sind. Derweil ist diese Erweiterung des Art. 4 Abs. 1 lit. b BöB in Art. 83 lit. f BGG nicht nachvollzogen worden; die Militärgerichte werden hier nicht erwähnt (ohne dass dafür spezifische Gründe bekannt wären). Ferner ist festzustellen, dass der EB VE BöB im Rahmen der dem Art. 54 VE BöB gewidmeten Ausführungen (S. 82 f.) zwar den Art. 83 lit. f BGG erwähnt, dies allerdings nur in allgemeiner Hinsicht (nämlich in Bezug auf das bundesgerichtliche Verfahren bei Beschwerden, die sich gegen Urteile des BVGer über Vergabeentscheide anderer Bundesauftraggeberinnen richten), und insbesondere bei Art. 54 Abs. 3 BöB mit keinem Wort darauf eingeht, dass die kommentierte Gesetzesvorlage auch eine Änderung des Art. 83 lit. f BGG enthält.

c. Der E BöB und die Botschaft BöB aus dem Jahr 2017 zeigten kein wesentlich anderes Bild als der VE BöB und der EB VE BöB (mit Ausnahme der Erweiterung des subjektiven Geltungsbereichs des BöB auf die Militärgerichte; Art. 4 Abs. 1 lit. b E BöB [vgl. vorne b./ee. in fine]; sowie der Änderung der Regelung für die Beschaffungen des BGer; Art. 52 Abs. 4 BöB [vgl. hinten aa.]).

aa. Nach wie vor ergab sich aus Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. b E BöB (und e contrario aus Art. 52 Abs. 3 E BöB), dass für «Beschaffungen des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts und der Bundesanwaltschaft [...] das Bundesverwaltungsgericht die zuständige Beschwerdeinstanz» ist (Botschaft BöB, S. 1978). Ebenso sollte wie vorher das BGer für Beschwerden gegen Beschaffungen des BVGer direkt zuständig sein (Art. 52 Abs. 3 E BöB). Für die Beschaffungen des BGer wurde neu eine durch dieses Gericht zu bildende interne Rekurskommission vorgesehen, zu der und deren Verfahren keine weiteren Vorgaben gemacht wurden (Art. 52 Abs. 4

E BöB; vgl. auch Botschaft BöB, S. 1978). Im Übrigen fand sich in der Botschaft BöB im Zusammenhang mit Art. 52 BöB (S. 1976 ff.) immer noch kein Hinweis auf die zugleich geplante Anpassung des Art. 83 lit. f BGG (dazu Botschaft BöB, S. 1989).

bb. Unterdessen war seit dem Erscheinen des VE BöB am vorgesehenen Art. 83 lit. f BGG gearbeitet worden. Währenddem der Art. 63 Abs. 4 VE BöB sich noch darauf beschränkte, den Verzicht auf die Anwendung des Erfordernisses der Grundsatzfrage für bestimmte Fälle anzuordnen (dies betraf lediglich die damalige Ziff. 2 von Art. 83 lit. f BGG), sah der Anhang 7 Ziff. II./2 VE BöB eine neue Fassung der gesamten lit. f von Art. 83 BGG vor.

cc. Erstens wurde die Ordnung der beiden Voraussetzungen – Grundsatzfrage und Schwellenwerte bzw. Ziff. 1 und Ziff. 2 – umgestellt (was von rein sprachlicher bzw. formaler Natur ist).

dd. Zweitens wurde die Schwellenwert-Voraussetzung (neue Ziff. 2) dahin geändert, dass der Wert des streitigen Auftrags nicht mehr dem (höheren) staatsvertraglichen Schwellenwert genügen musste, sondern in Übereinstimmung mit Art. 52 Abs. 1 BöB dem binnenstaatlichen Schwellenwert des Einladungs- beziehungsweise (für Bauleistungen) des offenen Verfahrens entsprechen musste. Damit wurde sichergestellt, dass die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ab demselben Schwellenwert zulässig sein kann wie die BöB-Beschwerde überhaupt. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass die Botschaft BöB auf S. 1977 einen weiteren Mangel an Koordination zwischen den Arbeiten am BöB und jenen am BGG offenbart, da an dieser Stelle ausgeführt wird, nach Art. 83 lit. f BGG sei die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten namentlich dann unzulässig, wenn der Beschaffungswert den staatsvertraglichen Schwellenwert nicht erreiche. Dabei wurde nicht darauf hingewiesen, dass dies dem bisherigen Recht entsprach und dass in der gleichen Revisionsvorlage eine Änderung dieses Rechtszustands (Senkung der BGG-Schwellenwerte zur Angleichung an Art. 52 Abs. 1 BöB) geplant war.

ee. Drittens wurde der Text der Voraussetzung der Grundsatzfrage (neue Ziff. 1) in rein sprachlicher Hinsicht geändert (statt «soweit nicht» hiess es nun: «vorbehalten bleiben»). Inhaltlich blieb es bei der schon in Art. 63 Abs. 4 VE BöB vorgesehenen Regelung, wonach eine Grundsatzfrage nicht vorliegen musste, wenn es um «Beschwerden gegen Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts, der Bundesanwaltschaft sowie der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen» geht.

ff. In der Botschaft BöB wird die BGG-Änderung mit lediglich einem Satz kommentiert (S. 1989; auf den S. 1976 ff. steht dazu nichts): «Die moderate Ausweitung des Rechtsschutzes im Beschaffungsrecht des Bundes erfordert eine Anpassung des BGG.» Dies erklärt zunächst die Anpassung von Art. 83 lit. f (neue Ziff. 2) in Bezug auf die Voraussetzung des Schwellenwerts (vgl. vorne dd.), weil das aBöB insbesondere für die Zulässigkeit der Beschwerde das Erreichen der höheren staats-

vertraglichen Schwellenwerte voraussetzte, das neue BöB jedoch die Beschwerde bereits bei geringeren Werten vorsah (das war eine der Ausweitungen des Rechtsschutzes, von der die Botschaft BöB spricht). In diesem Kontext bestand offenbar die Absicht, das Recht zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in finanzieller Hinsicht nicht enger auszugestalten als jenes zur Beschwerde vor dem BVGer (Art. 52 Abs. 1 E BöB). Darüber hinaus kann der zitierte Satz auch dahin verstanden werden, dass die im aBöB noch nicht vorgesehene subjektive Unterstellung der eidgenössischen Gerichte und der BA (vgl. dazu vorne a.; das war eine weitere Ausweitung des Rechtsschutzes, von der die Botschaft BöB spricht) zur Frage geführt hatte, wie es sich in Bezug auf bundesgerichtliche Beschwerden gegen die Beschaffungen dieser Behörden verhalten sollte und ob das grundsätzlich als erste Beschwerdeinstanz vorgesehene BVGer bei Beschwerden gegen seine Beschaffungen oder, weitergehend, auch bei solchen gegen die Beschaffungen der weiteren unterinstanzlichen eidgenössischen Gerichte (und ggfs. auch der BA) in einem Interessenkonflikt stehen könnte (vgl. dazu, in Bezug auf die Beschaffungen des BGer, EB VE BöB, S. 83; vgl. auch AUBRY GIRARDIN, a.a.O., Art. 83 N 97). Möglicherweise ist der Umstand, dass der vorgesehene Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG den Verzicht auf das Erfordernis der Grundsatzfrage für die Beschwerden gegen die Beschaffungen von BVGer, BStGer, BPatGer und BA sowie gegen jene der oberen kantonalen Gerichte anordnet (und nicht nur bezüglich des BVGer und allenfalls des BGer), darauf zurückzuführen, dass die Autorinnen und Autoren annahmen, dass für all diese Instanzen eine Direktzuständigkeit des BGer gelten würde (dies gestützt auf das BöB sowie allenfalls – auch wenn dies nicht zutreffend sein könnte – auf die IVöB). Wie ausgeführt, rechtfertigt sich der Verzicht auf die Grundsatzfrage nur bei einer Direktzuständigkeit des BGer (vgl. vorne b./bb.). Dass eine solche im BöB nur für das BVGer vorgesehen war, ändert nichts daran, dass es möglich (und m.E. auch wahrscheinlich) ist, dass die Überlegungen, die zu Art. 83 lit. f BGG in seiner heutigen Fassung (und gemäss Anhang 7 Ziff. II./2 E BöB sowie nach Art. 63 Abs. 4 VE BöB) geführt haben, auf der Annahme einer (künftigen) Direktzuständigkeit des BGer für alle genannten (Vergabe-)Behörden beruhten.

gg. In historischer Hinsicht ist schliesslich noch darauf hinzuweisen, dass die Bundesgesetzgebung in der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Fassung des Art. 5 Abs. 1 BGBM eine Art Placet in Bezug auf die gemeinsam mit den Kantonen ausgearbeitete IVöB von 2019 ausgesprochen hat. Dieses stellt zwar keine Übernahme der IVöB-Regeln (z.B. Art. 52 Abs. 2) in das Bundesrecht dar und ist auch nicht als Garantie der Anwendung dieser Regeln zu deuten, sondern begründet nur (aber immerhin) eine Vermutung. Dies bezeugt die enge Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen im Rahmen der Revisionsarbeiten und ist in dem Umfang auch selbstverständlich, als die IVöB gleiche Texte enthält wie das BöB. Hieraus wiederum kann abgeleitet werden, dass die Bundesgesetzgebung auch mit der in Art. 52 Abs. 2 IVöB vorgesehenen Direktzuständigkeit einverstanden war und allenfalls

auch annahm, diese sei gesetzlich festgelegt worden (je nachdem im Bundes- oder im interkantonalen Recht).

d. Insgesamt zeigt der Blick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 52 BöB und Art. 83 lit. f BGG (in der seit 1.1.2021 geltenden Fassung), dass gewichtige Indizien dafür sprechen, dass die Arbeiten am BöB und am BGG mangelhaft koordiniert waren (dies auch auf der Ebene von EB VE BöB und Botschaft BöB). Zugleich deutet vieles darauf hin, dass nicht nur bei den Kantonen, sondern auch bei den betreffenden Bundesorganen die feste Absicht bestand, für Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte eine Direktzuständigkeit des BGer einzuführen, wie sie für den Fall der Beschaffungen des BVGer in Art. 52 Abs. 3 BöB tatsächlich festgeschrieben wurde (und wie sie heute der Art. 52 Abs. 2 IVöB vorsieht). Der Umstand hingegen, dass der neue Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG bundesrechtliche Instanzen (als Vergabestellen) nennt (nämlich BStGer, BPatGer und BA), welche gemäss dem BöB zunächst der Gerichtsbarkeit des BVGer unterstellt sind, kann nur als Betriebsunfall aufgefasst werden, da sich bei Beschwerden gegen die Beschaffungen dieser Instanzen der Verzicht auf die Grundsatzfrage nicht rechtfertigt. Ausgeschlossen werden kann dagegen die Hypothese, bei den hier interessierenden Instanzen würde das BVGer nicht unparteiisch entscheiden, so dass eine uneingeschränkte bundesgerichtliche Kontrolle erforderlich wäre. Eine solche Annahme verbietet sich schon nur deshalb, weil sie notgedrungen auch die Unparteilichkeit des BGer in Zweifel ziehen würde.

e. Angesichts der sich aus der Entstehungsgeschichte von Art. 52 BöB und Art. 83 lit. f BGG (heutige Fassung) ergebenden Erkenntnisse ist die Feststellung des BGer zu relativieren, wonach «weder aus der Botschaft noch aus der parlamentarischen Debatte ersichtlich [sei], dass der Bundesgesetzgeber das Beschaffungsrecht der Kantone bei der Anpassung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor Augen hatte» (rapportiertes Urteil, E. 3.3.2). Erstens blendet das BGer hier (wie im Rest des rapportierten Urteils) die jahrelange, enge Zusammenarbeit von Bund und Kantonen bei der Ausarbeitung der Revisionsvorlagen völlig aus. Unabhängig davon, was die Botschaft BöB und die Bundesversammlung spezifisch zu Art. 83 lit. f BGG gesagt haben oder nicht gesagt haben, ist unbestreitbar, dass die Bundesgesetzgebung die IVöB und damit auch deren Art. 52 Abs. 2 dauernd «vor Augen hatte» (vgl. vorne b./cc.). In Art. 5 Abs. 1 BGBM hat die Bundesgesetzgebung die Tatsache der Kenntnis von der IVöB und der Zusammenarbeit mit den Kantonen im Rahmen der Revision bestätigt, und sie hat dem Konkordat eine Art Placet erteilt. Zweitens beweist auch die Erwähnung der «Beschwerden gegen Beschaffungen [...] der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen» im neuen Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG (welche im aBGG nicht enthalten war), dass die Bundesgesetzgebung das kantonale Recht sowie die kantonalen Beschaffungssachen durchaus «vor Augen hatte», zumindest was die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte anbelangt. Anders könnte gar nicht erklärt werden, dass der Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG nunmehr die Beschaffungen dieser Gerichte erwähnt. Dementsprechend ist es irrelevant und kein Zeugnis von Ausgewogenheit, wenn das BGer darauf verweist, dass weder die Botschaft BöB (und auch nicht der EB

VE BÖB) noch das Parlament sich explizit zur Erwähnung der Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte geäußert haben.

f. Unzutreffend ist auch die Aussage des BGer, wonach «mit der Anpassung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG lediglich eine moderate Ausweitung des Rechtsschutzes im Beschaffungsrecht des Bundes [beabsichtigt wurde] (vgl. Botschaft BÖB, S. 1989 [...])» (rapportiertes Urteil, E. 3.3.2). Die Ausweitung des Rechtsschutzes geschah zunächst im BÖB; sie betraf zum einen die Senkung des Rechtsschutz-Schwellenwerts (vgl. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBÖB und Art. 52 Abs. 1 BÖB) und zum anderen die subjektive Unterstellung weiterer Auftraggeberinnen unter das Gesetz (vgl. Art. 2 aBÖB und Art. 4 Abs. 1 lit. b–d BÖB) und damit auch unter das Beschwerderecht (Art. 52 BÖB). Die Senkung des Rechtsschutz-Schwellenwerts wurde in Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG nachvollzogen, doch die hier interessierende Aussage des BGer bezieht sich auf die Ziff. 1 dieser Bestimmung. Diese Ziff. 1 enthält, was die gegen die Beschaffungen des BVGer gerichteten Beschwerden angeht, eine Reaktion auf den Umstand, dass das BVGer (als Vergabestelle) neu dem BÖB unterstellt wurde (Art. 4 Abs. 1 lit. b BÖB) und dass dabei vorgesehen war, dass die genannten Beschwerden direkt vor dem BGer zu erheben waren (Art. 52 Abs. 3 BÖB). Eine solche Direktzuständigkeit des BGer verträge sich höchstens sehr schlecht mit dem Erfordernis der Grundsatfrage, weil dieses dazu führen würde, dass die meisten Beschwerden unzulässig wären und dass das im BÖB statuierte Beschwerderecht durch den Art. 83 lit. f BGG weitgehend ausgehöhlt würde. Daher wurde in Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG der Verzicht auf die Anwendung des Erfordernisses der Grundsatfrage angeordnet. Das ist jedoch, entgegen dem BGer, keine über das BGG erreichte Ausweitung des Rechtsschutzes, sondern die Bewahrung der Wirksamkeit einer im BÖB erfolgten Ausweitung (hier: auf die Beschaffungen des BVGer). Im Weiteren ist zu erwähnen, dass sich der Satz aus der Botschaft BÖB, S. 1989, auf den das BGer sich bezieht («Die moderate Ausweitung des Rechtsschutzes im Beschaffungsrecht des Bundes erfordert eine Anpassung des BGG»), nicht spezifisch auf die Ziff. 1 des Art. 83 lit. f BGG bezieht, und dass er gerade nicht davon spricht, dass die Ausweitung des Rechtsschutzes über das BGG erfolgt wäre. Schliesslich kann angesichts der Kürze des hier interessierenden, nur den erwähnten Satz enthaltenden Kapitels der Botschaft BÖB (S. 1989) sowie des Wortlauts dieses Satzes (der kein einschränkendes Wort wie «lediglich», «nur» o.ä. enthält) nicht gesagt werden, die Botschaft BÖB hätte sich zur Änderung des BGG umfassend oder gar abschliessend geäußert. Dagegen spricht nur schon der Umstand, dass in Anhang 7 Ziff. II./2 E BÖB auch eine Neufassung des Art. 46 Abs. 2 BGG vorgesehen war, welche in der Botschaft BÖB (S. 1989) mit keinem Wort angesprochen wird. Sie betrifft die neu vorgesehene (vgl. zum früheren Recht BGer 2C_496/2017, 29.5.2017, E. 2.1) Nichtgeltung des Fristenstillstands (Gerichtsferien) in den bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren und damit eine Einschränkung, keine Ausweitung des Rechtsschutzes, was zeigt, dass die Botschaft BÖB sich dazu nicht äussert. Dementsprechend kann aus der Botschaft BÖB (S. 1989) entgegen dem

BGer nicht abgeleitet werden, dass es bei der Änderung des Art. 83 lit. f BGG ausschliesslich («lediglich»; rapportiertes Urteil, E. 3.3.2) um die Ausweitung des Rechtsschutzes gegangen wäre. Die Botschaft BÖB ist nicht abschliessend und schliesst andere Ziele nicht aus, insbesondere nicht jenes, für die (angenommene) Direktzuständigkeit des BGer bei Beschwerden gegen die Beschaffungen oberer kantonalen Gerichte über die Ausschaltung des Erfordernisses der Grundsatfrage analog zum Fall der Beschaffungen des BVGer dafür zu sorgen, dass das entsprechende Beschwerderecht nicht durch dieses Erfordernis ausgehöhlt wird. Im hier kritisierten Satz übergeht das BGer schliesslich, dass es sehr eigenartig wäre, wenn die Bundesgesetzgebung durch den neuen Art. 83 lit. f BGG ausschliesslich Ziele im Zusammenhang mit Bundesbeschaffungen und den entsprechenden Beschwerden hätte regeln wollen, denn wenn dem so wäre, bliebe von vornherein unerklärlich, was die «Beschwerden gegen Beschaffungen [...] der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen» (Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG) in der neu geschaffenen Gesetzesbestimmung zu suchen hätten.

6. In teleologischer Hinsicht sind die folgenden Feststellungen zu machen.

a. Zunächst ist festzuhalten, dass das durch Art. 86, Art. 87, Art. 114 und Art. 120 BGG geschaffene System, wie dies im rapportierten Urteil (E. 3.3.1 und E. 3.3.3) zutreffend festgehalten wird, namentlich darauf abzielt, die Zahl der Fälle möglichst gering zu halten, in denen das BGer als erste Beschwerdeinstanz zu urteilen hat. Dieser Umstand spricht auf der Ebene des Telos gegen eine Auslegung von Art. 86 BGG, nach welcher diese Bestimmung impliziter eine Direktzuständigkeit des BGer für Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte vorsehen würde.

b. Diese den Art. 86 BGG betreffende Erkenntnis sagt nichts über den Zweck der Neufassung von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG aus, zumal es der Gesetzgebung freisteht, eine neue Vorschrift zu schaffen, die einem anderen Zweck verpflichtet ist und dem grundsätzlichen Zweck von Art. 86 BGG allenfalls zuwiderläuft.

aa. Der Zweck des neuen Gehalts von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG liegt mit Rücksicht auf die Geschichte dieser Bestimmung und auf den Art. 52 Abs. 3 BÖB jedenfalls darin, im Fall der Direktzuständigkeit des BGer bei Beschwerden gegen Beschaffungen des BVGer durch die Nichtanwendung des Erfordernisses der Grundsatfrage sicherzustellen, dass das in Art. 52 Abs. 3 BÖB vorgesehene Beschwerderecht nicht ausgehöhlt wird (AUBRY GIRARDIN, a.a.O., Art. 83 N 97: «il s'agit [...] d'assurer un contrôle complet par au moins une autorité judiciaire»). Die Direktzuständigkeit des BGer nach Art. 52 Abs. 3 BÖB verfolgt ihrerseits das Ziel, allfällige Interessenkonflikte, in denen sich das BVGer im Fall einer Beurteilung seiner eigenen Vergabeentscheide als Beschwerdeinstanz befinden könnte, von vornherein auszuschalten (AUBRY GIRARDIN, a.a.O., Art. 83 N 97: «il s'agit [...] d'éviter que l'autorité qui attribue le marché soit juge et partie»).

bb. Damit ist die Frage noch nicht beantwortet, welchen Zweck die neue Fassung des Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG dadurch verfolgt, dass sie die Nichtanwendung des Erfordernisses der Grundsatzfrage nicht nur bei Beschaffungen des BVGer statuiert, sondern auch für jene von BStGer, BPatGer und BA sowie der oberen kantonalen Gerichte. Nach meinem Dafürhalten kann dieser Zweck nur darin liegen, analog zum soeben Gesagten für den Fall der Direktzuständigkeit des BGer zu verhindern, dass das betreffende Rechtsmittel durch die Anwendung des Erfordernisses der Grundsatzfrage ausgehöhlt wird (weil es bei Geltung dieses Erfordernisses dazu führen würde, dass in den meisten Fällen die Beschwerde von vornherein nicht offenstände).

cc. Nach meinem Verständnis zeigt allerdings die Geschichte der Beschaffungsrechtsrevision der 2010er-Jahre (BöB und IVöB), in deren Rahmen der Bund auch das BGG änderte, dass die Autorinnen und Autoren des neuen Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG schon sehr früh (d.h. gemäss meiner Annahme, in Entwürfen, die dem VE BöB vorausgingen) davon ausgingen, dass nach dem künftigen BöB das BVGer auch für Beschwerden gegen die Beschaffungen des BStGer, des BPatGer und der BA nicht zuständig sein würde, dass also auch hier eine Direktzuständigkeit des BGer eingerichtet würde. Sie haben es sodann unterlassen, das BStGer, das BPatGer und die BA aus dem entworfenen Art. 83 lit. f (Ziff. 2 und später Ziff. 1) BGG zu entfernen, als sich abzeichnete, dass nach Art. 52 BöB das BVGer nur bei den eigenen Beschaffungen nicht zuständig sein sollte (es sei daran erinnert, dass die angesprochenen Autorinnen und Autoren auch auf die Erweiterung des Art. 4 Abs. 1 lit. b BöB in Bezug auf die Militärgerichte [vgl. vorne 5./b./ee. in fine] nicht reagiert haben, obschon diese in der Logik, die der Text des Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG zum Ausdruck bringt, ebenso genannt werden müssten). Angesichts des Art. 52 BöB und der dazu vorhandenen Materialien ist in Bezug auf BStGer, BPatGer und BA von einem (zumindest heute offenkundigen) gesetzgeberischen Versehen auszugehen und ist anzunehmen, dass der Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG in den betreffenden Fällen überhaupt keinen Zweck verfolgt, weil eine Direktzuständigkeit des BGer hier nicht gegeben ist (auch AUBRY GIRARDIN, a.a.O., Art. 83 N 102, geht davon aus, dass eine Direktzuständigkeit insoweit nicht besteht).

dd. In Bezug auf die Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte, dass die Autorinnen und Autoren des Art. 83 lit. f (Ziff. 2 und später Ziff. 1) BGG wahrscheinlich von Anfang an davon ausgingen, dass auch hier eine Direktzuständigkeit des BGer eingerichtet würde und dass daher auch hier auf die Anwendung des Erfordernisses der Grundsatzfrage verzichtet werden müsste (zumal die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 BGG keinen ordentlichen Rechtsschutz bietet). Hier geht es jedoch nicht um ein gesetzgeberisches Versehen, sondern allem Anschein nach um eine Reaktion darauf, dass im E IVöB eine Direktzuständigkeit des BGer vorgesehen war (vgl. vorne 5./b./cc. in fine). Auch wenn unklar bleibt, ob die Annahme dahin ging, dass die IVöB eine solche Zuständigkeit aus eigener Kraft schaffen könnte (was tatsächlich unzutreffend ist), oder dahin, dass das künftige BöB eine solche Zu-

ständigkeit schaffen oder die interkantonale Bestimmung ausdrücklich anerkennen würde, kann festgehalten werden, dass die Erwähnung der oberen kantonalen Gerichte in Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG nur mit dem Zweck der Regelung eines Problems der Direktzuständigkeit des BGer erklärt werden kann. Hier geht es nicht um ein Versehen der Art, wie es bei BStGer, BPatGer und BA geschehen sein dürfte. Denn in Bezug auf diese Instanzen ist die Absicht der Gesetzgebung verbürgt, dass eine Direktzuständigkeit nicht bestehen soll (EB VE BöB, S. 82 f.; Botschaft BöB, S. 1978). In Bezug auf die oberen kantonalen Gerichte jedoch lässt sich eine solche Ablehnung nicht feststellen, selbst wenn auch eine explizite Befürwortung oder Thematisierung nicht feststellbar ist. Ungeachtet der Nichtbehandlung dieses Themas in den Materialien steht jedoch fest, dass die Bundesgesetzgebung jederzeit über die eine Direktzuständigkeit des BGer vorsehende Vorschrift des Art. 52 Abs. 4 E IVöB informiert war, dass diese Vorschrift im Rahmen einer gemeinsamen und koordinierten Harmonisierungs-Zusammenarbeit entstanden war und dass die IVöB mitsamt ihrem Art. 52 Abs. 2 durch den Art. 5 Abs. 1 BGBM ein grundsätzliches bundesgesetzliches Placet erhalten hat (vgl. vorne 5./c./gg.). In dieser Situation kann die Erwähnung der oberen kantonalen Gerichte in Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG nicht auf dieselbe Stufe gestellt werden wie jene von BStGer, BPatGer und BA. Es handelt sich nicht um ein Versehen in Bezug auf das Ergebnis. Betreffend die oberen kantonalen Gerichte wurde nicht ein gegenteiliger Wille übersehen, vielmehr wurde eine allseits gewollte Direktzuständigkeit supponiert, die sich aus dem Wortlaut der im Rahmen der Revision geschaffenen bundesrechtlichen Vorschriften nun nicht ergibt. Der Zweck der Nennung der Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte im Rahmen der «Ausnahme von der Ausnahme» gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG liegt damit in der Reaktion auf die Annahme einer solchen Direktzuständigkeit, und es ist auch anzunehmen, dass diese Zuständigkeit den Absichten des Bunds und der Kantone entsprach, unabhängig davon, dass dies dem grundsätzlichen Zweck von Art. 86 BGG entgegenläuft.

c. Bei dieser Lage der Dinge spricht die teleologische Auslegung des Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG dafür, diese Bestimmung dahin zu verstehen, dass darin eine (implizite, aber bundesrechtlich wirksame) Anerkennung von Art. 52 Abs. 2 IVöB und Statuierung einer Direktzuständigkeit des BGer zu erkennen ist, die dem Art. 86 BGG im Fall von Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte vorgeht.

7. Insgesamt ist festzuhalten, dass der Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG nach seinem Wortlaut eine Direktzuständigkeit des BGer für Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte nicht anordnet, dass jedoch aus systematischer, historischer und teleologischer Sicht ungeachtet verschiedener Ungereimtheiten der Entstehungsgeschichte und des Ergebnisses überwiegende Argumente dafür sprechen, dass die genannte Bestimmung als bundesrechtliche Grundlage einer solchen Direktzuständigkeit (analog zu Art. 52 Abs. 3 BöB) zu verstehen ist (AUBRY GIRARDIN, a.a.O., Art. 83 N 107, kommt auf anderem Weg, nämlich gestützt auf den Art. 52 Abs. 2 IVöB,

zum gleichen Ergebnis). Damit kommt es auf die Frage der Wirksamkeit (oder Gültigkeit) von Art. 52 Abs. 2 IVöB nicht an. Erheblich ist jedoch der Umstand, dass die hier vertretene Auslegung in den IVöB-Kantonen Rechtssicherheit schafft (im Vergleich zu der nun in jedem Kanton losgehenden Suche nach Pendants zum aargauischen Justizgericht), bis die Gesetzgebung reagiert hat.

8. Ob das BGer den rapportierten Entscheid überdenken wird, ist zunächst offen. Die Anfechtung von gerichtlichen Beschaffungen war zumindest bis zum rapportierten Urteil eher eine Seltenheit (vgl. immerhin z.B. BGer 2C_363/2024, 26.8.2024, insb. E. 1.2; hier verhinderte der Rückzug der Beschwerde, dass sich das BGer mit der vorliegend interessierenden Frage befassen musste), so dass es vielleicht gar nicht so rasch überhaupt zu einer entsprechenden Gelegenheit kommt. So oder anders sollte die Gesetzgebung tätig werden, da eine derart wichtige Frage wie die vorliegend interessierende ausdrücklich geregelt sein sollte.

a. Wie das rapportierte Urteil (E. 4.1) festhält, kann die Bundesgesetzgebung eine Direktzuständigkeit des BGer für Beschwerden gegen die Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte ausdrücklich statuieren. Das könnte im BöB oder im BGG geschehen, zumal das BöB auch in seinem Art. 5 Regelungen mit Bezug auf der IVöB unterstellte Beschaffungen vorsieht. Meines Erachtens ist dennoch eine Regelung im BGG vorzuzugewürdigt, weil sie im 8. Kapitel des BöB, das die Beschwerde gegen die Entscheide von Auftraggeberinnen i.S.v. Art. 4 BöB betrifft, ein Fremdkörper wäre. Dementsprechend bietet sich der Art. 86 BGG an (auf den im Übrigen für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde der Art. 114 BGG verweist).

b. Als Alternative zu einer bundesrechtlichen Regelung könnte ein interkantonales Gericht installiert werden (bestehend z.B. aus Kantonsrichterinnen und -richtern aus jeweils nicht beteiligten Kantonen), welches als erste Beschwerdeinstanz urteilen würde, so dass das BGer wie gewöhnlich nur als zweite Beschwerdeinstanz zur Verfügung stünde. Dies würde allerdings eine Änderung der IVöB (oder ein neues, separates Konkordat) erfordern, also eine Einigung auf der Stufe der Regierungen aller beteiligten Kantone und sodann eine Ratifizierung in allen betroffenen Kantonsparlamenten. Dieser Weg ist offenkundig länger als jener der Bundesgesetzgebung, doch sprechen die mit dem Zweck von Art. 86 BGG, Direktprozesse vor dem BGer zu vermeiden, verbundenen Interessen für eine interkantonale Lösung. Auch dem Interesse der Beschwerdeführenden und der im erstinstanzlichen Verfahren

unterliegenden Gegenparteien derselben, über mehr als nur eine Beschwerdeinstanz zu verfügen, ist nur bei einer interkantonalen Lösung gedient.

c. Unabhängig von diesen Fragen wird die Bundesgesetzgebung den Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG dahingehend zu ändern haben, dass das BStGer, das BPatGer und die BA dort nicht mehr erwähnt werden. Ganz unabhängig von der Frage nach den Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte steht nämlich fest, dass die Erwähnung dieser bundesrechtlichen Instanzen mit der durch Art. 52 BöB errichteten Ordnung nicht im Einklang steht.

9. Das rapportierte Urteil zitiert die Art. 29 f. BGG nicht und führt nicht aus, weshalb das BGer die Streitsache ohne Meinungsaustausch nach Art. 29 Abs. 2 BGG an eine kantonale Behörde überwiesen hat (der Art. 30 Abs. 2 BGG scheint eine ohne Austausch erfolgende Überweisung nur an die Adresse von Bundesbehörden zu gestatten).

10. Das BGer hat der in casu vor ihm erhobenen Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und sie sodann im Rahmen des ordentlichen Zwischenentscheids betreffend diese Frage wieder entzogen. Ab hier hätte die Vergabestelle den streitbetroffenen Beschaffungsvertrag abschliessen dürfen (Art. 42 Abs. 1 IVöB e contrario). Allerdings wurde kurz darauf die aufschiebende Wirkung wieder erteilt, nachdem die Beschwerdeführerin in einem Wiedererwägungsgesuch darum gebeten hatte. Bis zum Nichteintretensentscheid des BGer ist es dabei geblieben. Keine Gesetzesbestimmung regelt ausdrücklich, ob die bis zu dem wegen Unzuständigkeit gefällten Nichteintretensentscheid gewährte aufschiebende Wirkung auch während der Überweisung der Sache an die zuständige Behörde andauert, selbst wenn diese Behörde die aufschiebende Wirkung nicht gestützt auf dasselbe Gesetz (Art. 103 BGG), sondern nur kraft eines anderen Gesetzes (Art. 54 Abs. 2 IVöB) gewähren könnte. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte in analoger Anwendung des Prinzips, wonach trotz Unzuständigkeit und Überweisung die Beschwerdefrist als gewahrt gilt, wenn die Beschwerde rechtzeitig bei der unzuständigen Behörde eingereicht wurde (vgl. z.B. Art. 21 Abs. 2 VwVG), die aufschiebende Wirkung als aufrechterhalten betrachtet werden, bis allenfalls die zuständige Instanz (in casu wäre das nach dem BGer aller Voraussicht nach das Justizgericht des Kantons Aargau) anders entscheidet oder die Beschwerde abschlägig behandelt.