
Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts

System und der Versuch einer Synthese

Hubert Stöckli, Prof. Dr. iur., RA, MCL,
Direktor des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht,
Universität Freiburg Schweiz

Übersicht

I. Die Rechtsquellen (Überblick)

- A Die Staatsverträge
- B Das Landesrecht

II. Bund, Kantone und Sektoren⁴

- A Die Bundesbehörden
 - 1. GPA-Anhang I/Annex 1
 - 2. Art. 2 Abs. 1 BoeB
- B Die Kantone
 - 1. GPA-Anhang I / Annex 2
 - 2. Art. 8 IVöB2001
 - a) *Integrale Unterstellung*
 - b) *Unterstellung nur im Binnenbereich*
- C Die Sektorenunternehmen
 - 1. Die Schweizerische Post
 - 2. Weitere Sektorenunternehmen

III. Versuch einer Synthese

- 1 Über zehn Jahre schon ist es her, seit Bund und Kantone in Umsetzung staatsvertraglicher Verpflichtungen rechtlich bewehrte Vergaberegeln erlassen haben. Vieles, was damals neu war oder auch nur neu schien¹, hat sich inzwischen eingespült. Zu erwarten wäre zudem, dass hinreichend geklärt ist, welche Stellen dem Vergaberecht unterstehen, zumal dies am Anfang jeden Verfahrens geklärt werden muss. Und doch stellen sich in der Praxis immer wieder Fragen, die den persönlichen Geltungsbereich des Vergaberechts betreffen. Es scheint sogar, dass diese Frage – zusammen mit jener nach dem objektiven (sachlichen) Geltungsbereich – heute von zentraler Bedeutung ist, während etwa jene nach der rechtskonformen Wahl und Bekanntgabe der Zuschlagskriterien etwas in den Hintergrund gerückt ist. Diese Einschätzung erklärt, warum die Vergabetagung 08 gleich zwei Referate auf Fragen des Geltungsbereichs verwendet. Ich selber beschäftige mich nachstehend mit dem subjektiven Geltungsbereich, während sich Martin BEYELER zum objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Vergaberechts äussert. An sich wäre mein Thema nach zwei Richtungen auszuloten: zum einen zu den Auftraggeberinnen, zum anderen zu den Bietern hin. Ich konzentriere mich aber im Folgenden auf die Auftraggeberinnen, während ich die Bieterseite fast vollständig ausklammere.
- 2 Beginnen möchte ich mit einer Darstellung des Systems, in das die einschlägigen Regeln eingebettet sind (I.), um dann darzustellen, wie sich der subjektive Geltungsbereich für den Bund, die Kantone und die Sektorenunternehmen bestimmt (II.). Dem schliesst sich der (verzagte) Versuch an, im Ganzen einen Grundgedanken zu erkennen (III.). Dort werde ich also auf die Frage eingehen, ob die Regelung des subjektiven Geltungsbereichs nicht von einer einheitlichen Leitidee durchzogen werde. Um einen Schluss vorzunehmen: Mit einem funktionalen Begriff lässt sich vorderhand kein Staat machen. Zu disparat sind die Regeln, nach denen sich der persönliche Geltungsbereich bestimmt – zu mannigfaltig die Interessen, die auf ihre Ausformung einwirken. Lesenswert dazu ist ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz, in dem festgehalten wird, dass es auch mit Blick auf die «variable Geometrie»², die im Bereich des WTO-Übereinkommens zum Zuge kommt, heikel sei, eine «Leitidee über den Kreis der zu unterstellenden Stellen zu formulieren bzw. aus einer solchen Leitidee normativ verbindliche Folgerungen abzuleiten»³. Ausschlaggebend sind denn auch vielmehr die einschlägigen Regeln des positiven Vergaberechts, aus denen sich mehr oder minder deutlich ergibt,

¹ Verschiedene Regeln wurden aus den alten Erlassen übernommen, wobei aber neu ihre Anwendung richterlich überprüft werden konnte, was auch ihren Gehalt veränderte.

² Gemeint ist damit das «System der unterschiedlichen Liberalisierungsgrade», das es ermöglichte, «in ihrer Substanz unterschiedliche Liberalisierungspakete zwischen verschiedenen Vertragsparteien zu schnüren» (GATT-Botschaft 1, S. 253).

³ Aus einem Gutachten des BJ vom 5. Juni 2002, veröffentlicht als: VPB 67.4.

wer dem öffentlichen Vergaberecht in persönlicher Hinsicht untersteht. Diesen Regeln wende ich mich in der Folge zu.

I. Die Rechtsquellen (Überblick)

Bekanntlich ist das schweizerische Vergaberecht wesentlich von Staatsverträgen geprägt, in denen sich die Schweiz zur Marktöffnung gegenüber Anbietern aus dem Ausland verpflichtet hat, um im Gegenzug den schweizerischen Anbietern den Zugang zu ausländischen Märkten zu erleichtern. Der Binnenbereich zerfällt unverändert – die Harmonisierungsbemühungen sind vorderhand gescheitert – in einen Bundes- und in einen kantonalen Bereich. Die Unterscheidung zwischen Staatsvertrags- und Binnenbereich hat ihre praktische Bedeutung, insoweit öffentliche Aufträge nur im Staatsvertragsbereich international ausgeschrieben werden müssen. Dazu kommt, dass der Bund nur im Staatsvertragsbereich überhaupt Rechtsschutz gewährt, während in den Kantonen bei jeglicher Beschaffung der Weg an die Verwaltungsgerichte offen steht (Art. 9 BGBM und Art. 6 Abs. 2 IVöB²⁰⁰¹). Die Unterscheidung schlägt aber auch auf den persönlichen Geltungsbereich durch, wie sich besonders deutlich aus Art. 8 Abs. 2 IVöB²⁰⁰¹ ergibt, der für den Binnenbereich den Kreis der unterstellten Auftraggeberinnen ausweitet.⁴

A Die Staatsverträge

Im Vordergrund stehen hier das WTO-Übereinkommen (GPA, SR 0.632.231.422) und das einschlägige Bilaterale Abkommen mit der EG (bilat Abk, SR 0.172.052.68). Zu erwähnen ist aber auch das EFTA-Abkommen (SR 0.632.31), das sich an die beiden schon erwähnten Staatsverträge anlehnt; auf dieses Abkommen gehe ich im Folgenden aber nicht gesondert ein.⁵ Auszugehen ist von Art. I Abs. 1 GPA, der Folgendes bestimmt: «Dieses Übereinkommen findet Anwendung auf alle Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken betreffend die öffentlichen Beschaffungen durch Stellen, die, wie in Anhang I ausgeführt, diesem Übereinkommen unterliegen.» Der Vertragstext selber schweigt sich demnach zum Umfang des persönlichen Geltungsbereichs aus, um auf einen Anhang I zu verweisen. Der verwiesene

⁴ Anderes gilt für den Bund: Art. 32 VoeB regelt nicht den persönlichen, sondern den sachlichen Anwendungsbereich der (noch immer rechtsschutzlosen: Art. 39 VoeB!) Regeln über die «Übrigen Beschaffungen». In persönlicher Hinsicht bleibt der Kreis der erfassten Auftraggeberinnen so, wie er sich schon aus Art. 2 BoeB ergibt.

⁵ Lediglich eine Fussnote widme ich schliesslich dem Beschaffungsübereinkommen vom 12. April 1979 (SR 0.632.231.421), da dessen praktische Bedeutung gering ist, indem es – anders als das GPA – auch keinen Rechtsschutz bietet.

Anhang zerfällt in fünf Annexe⁶, wobei aber für den subjektiven Geltungsbereich nur die Annexe 1–3 relevant sind. Der Annex 1 enthält (in der Terminologie des Übereinkommens) die «zentralen Regierungsstellen», während sich in Annex 2 die «subzentralen Regierungsstellen» und in Annex 3 alle übrigen Stellen finden, «die sich bei der Beschaffung an die Bestimmungen dieses Übereinkommens halten». Gemeint sind die Stellen, die in den Sektoren Wasser- und Stromversorgung, Nahverkehr, Flughafeneinrichtungen und Binnenhäfen tätig sind. Die Tätigkeiten in den entsprechenden Wirtschaftsbereichen werden teilweise auch in den Annexen 1 und 2 vorbehalten, wenn dort Folgendes angemerkt wird: «Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par des entités mentionnées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.» Der dadurch erweckte Eindruck allerdings, die durch Annex 1 und Annex 2 erfassten Stellen würden dem Übereinkommen von vornherein entgehen, soweit sie in den genannten Sektoren tätig sind, täuscht. Denn in Annex 3, der den Sektoren gilt, werden einschlägig tätige «pouvoirs publics» dann doch wieder erfasst.

- 5 In den zum GPA gehörenden Annexen 1–3 spiegelt sich, wieweit der jeweilige Vertragsstaat mit der Marktöffnung gehen wollte. Im Prinzip lauten sie deshalb für jeden Vertragsstaat anders, weshalb generelle Aussagen über den subjektiven Geltungsbereich kaum möglich sind. Vielmehr muss die Frage für jeden Vertragsstaat gesondert geklärt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass die Annexe staatsvertragliche Verpflichtungen begründen, von denen sich der einzelne Vertragsstaat (die Kündigung des Übereinkommens natürlich vorbehalten) nicht mehr einseitig zu lösen vermag. So ist es auch nicht möglich, den subjektiven Geltungsbereich landesrechtlich einzuschränken oder auch nur zu präzisieren. Vielmehr ist das GPA autonom auszulegen, und dies nach den Regeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (SR 0.111), dessen Art. 31 Abs. 1 im Sinne einer allgemeinen Auslegungsregel vorsieht, was folgt: «Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.»⁷ Dass auch Anhang I mit seinen Annexen ein integraler Bestandteil des GPA ist und deshalb diese Auslegungsregel auf sich zieht, ergibt sich ohne weiteres aus Art. XXIV Abs. 12 GPA: «Die Anmerkungen, Anhänge und Annexe sind Bestandteil dieses Übereinkommens.»

⁶ Siehe Fn. 4 zu Art. I GPA.

⁷ Dies bestätigte ein WTO-Panel in einem Entscheid vom 1. Mai 2000, eine Streitigkeit zwischen den USA und Korea betreffend. Der einschlägige «Report of the Panel» ist als WT/DS163/R über wto.org greifbar.

Anzumerken bleibt, dass die Annexe in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts nicht publiziert werden, weshalb man sie sich über wto.org zu erschliessen hat⁸. Weiter ist zu beachten, dass die Schweiz ihre Annexe nur in französischer Sprache formulierte und diese deshalb auch über wto.org nur in dieser Sprache greifbar sind. Doch kann man für die Auslegung das Bilaterale Abkommen (CH/EG) heranziehen, da sich dort zum Teil deckungsgleiche Bemerkungen und Vorbehalte finden, die dort aber (auch) in deutscher Sprache abgefasst wurden. Hilfreich können auch die einschlägigen Richtlinien der EU sein, da sie ja grösstenteils auf identischen Konzepten beruhen.⁹

Was nun noch das Bilaterale Abkommen anbelangt, wirkt es in zwei Richtungen: Es unterstellt – nur im Verhältnis zur EG – die Gemeinden dem GPA. Und es reicht in Sektoren hinein, die das GPA nicht abdeckt, indem es auch den Schienenverkehr und die Telekommunikation und zudem private Sektorauftraggeber erfasst, während das GPA nur öffentlichen Vergabestellen gilt. 6

B Das Landesrecht

Die Staatsverträge wurden in Landesrecht umgesetzt, auch was den subjektiven Geltungsbereich angeht. In dieser Umsetzung sind Bund und Kantone bislang – und bedauerlicherweise – getrennte Wege gegangen. Auf Bundesebene fliessen die Staatsverträge in BoeB und VoeB ein. Beidenorts finden sich Regeln zum subjektiven Geltungsbereich, wobei aber nur bei «Beschaffungen im Anwendungsbereich des Gesetzes» (so die Überschrift vor Art. 9 VoeB) Rechtsschutz besteht. Das (revidierte) Konkordat der Kantone umschreibt seinen persönlichen Anwendungsbereich, soweit es um die unterstellten Auftraggeberinnen geht, in Art. 8 IVöB²⁰⁰¹. Dort unterscheidet es zwischen einem Staatsvertragsbereich und einem «von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich», den ich hier kurzerhand als Binnenbereich bezeichne. Anders als beim Bund kann in beiden Bereichen Rechtsschutz verlangt werden, was eine Folge des Binnenmarktgesetzes ist. 7

⁸ Eine andere Quelle ist STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Aufl., Zürich 2008; dort werden die Annexe 1 bis 5 integral abgedruckt.

⁹ Gemeint sind die Richtlinien 2004/17/EG (Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Sektorenunternehmen, auch: SKR) und 2004/18/EG (Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, auch: VKR).

II. Bund, Kantone und Sektoren

A Die Bundesbehörden

- 8 Für die Bundesebene bedeutsam ist vor allem GPA-Anhang I/Annex 1, der durch Art. 2 BoeB umgesetzt wird. Bedeutung kommt aber auch dem Bilateralen Abkommen zu. Denn dieses Abkommen bewirkt – wie gesagt – nicht nur die Unterstellung der Gemeinden und privater Sektoreunternehmen, sondern beschlägt überdies den Bereich der Eisenbahnen und den Telekommunikationssektor, was auch auf Bundesebene eine Ausweitung des Vergaberechts zur Folge hatte.

1. GPA-Anhang I/Annex 1

- 9 Die Schweiz bestückte ihren GPA-Anhang I/Annex 1, der die Bundesebene (die «zentralen Regierungsstellen») betrifft, mit einer «Liste des entités couvrant tous les Départements fédéraux suisses». Angeführt wird die Liste von der Bundeskanzlei, auf die dann die sieben Departemente folgen. Jedem Departement werden die zugehörigen Verwaltungseinheiten zugeordnet, dies jeweils unter ihrer amtlichen Bezeichnung. Mit dieser Liste hatte es augenscheinlich die Meinung, dass darin die dem GPA unterstellten Verwaltungseinheiten abschliessend genannt werden, die Liste also nicht bloss deklaratorische, sondern konstitutive Wirkung hat. Darauf lässt zumindest die Botschaft schliessen, wo ausgeführt wurde: «Der schweizerische Annex 1 listet die unterstellten Beschaffungsstellen des Bundes auf. Diese wurden von 22 auf 34 erhöht.»¹⁰ Von der abschliessenden Natur der Aufzählung ging auch das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten¹¹, in dem es um die Unterstellung des Institutes für Geistiges Eigentum (IGE) ging¹², aus.
- 10 Nun zeigt aber schon ein oberflächlicher Vergleich mit der in der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1) enthaltenen «Liste der Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung», dass sich die Bundesverwaltung heute in einer erheblich anderen Gliederung präsentiert als jener, die seinerzeit die Grundlage für die Ausgestaltung des Annex 1 bildete. Teils wurden Einheiten zu anderen Departementen verschoben: Etwa gehört das Bundesamt für Privatversicherungen heute (noch) zum Eidgenössischen Finanzdepartement, während es in Annex 1 als Teil des EJPD aufgelistet wurde. Teils sind Einheiten verschwunden, so etwa das «Office fédéral de l'économie des eaux». Teils sind neue Einheiten dazugekommen: Von

¹⁰ GATT-Botschaft 1, S. 362.

¹¹ Veröffentlicht als VPB 67.4.

¹² Das Institut war seinerzeit in Annex 1 nicht enthalten, wurde ihm dann aber beigelegt.

«Swissmedic» (dem Schweizerischen Heilmittelinstitut¹³), von einer «Präsenz Schweiz»¹⁴ oder auch von einer «FINMA», die nach Art. 58 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 «an die Stelle der Eidgenössischen Bankenkommission, des Bundesamtes für Privatversicherungen und der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei» tritt¹⁵, war damals noch nicht die Rede.

Was Reorganisationsmassnahmen angeht, ist nach meinem Dafürhalten von 11 folgenden *Faustregeln* auszugehen. Davon die Wichtigste vorab: Die Schweiz kann den Geltungsbereich des GPA durch landesrechtlich abgestützte Massnahmen nicht abändern, da jene Verpflichtungen (staats-)vertraglicher Natur sind und deshalb nur im Konsens mit den übrigen Vertragsstaaten modifiziert werden können.¹⁶ Das Verfahren, das einzuhalten ist, wird in Art. XXIV Abs. 6 GPA detailliert geregelt. Vorgesehen ist, dass gegen «Berichtigungen und Verschiebungen innerhalb der Listen der Beschaffungsstellen», die ein Vertragsstaat vorzunehmen wünscht, Einwände erhoben werden können, was unter Umständen in ein Streitbeilegungsverfahren nach Art. XXII münden kann. Weitere Faustregeln sind: Soweit neu geschaffenen Einheiten keine eigene Rechtspersönlichkeit zugestanden wird, ist bei einer staatsvertragskonformen Auslegung anzunehmen, dass die Einheiten unabhängig davon, ob sie in Annex 1 angesprochen werden, dem Gesetz unterstehen. Geht eine neue Einheit aus der Vereinigung zweier bestehender Einheiten, die in Annex 1 erwähnt werden, hervor, so ist die neue Einheit auch dann unterstellt, wenn sie eigene Rechtspersönlichkeit erlangt. Erst wenn eine neue Einheit aus der Einflussphäre des Bundes entlassen wird, entfällt die Notwendigkeit, sie weiterhin dem Regime des Bundesvergaberechts auszusetzen. Zwar ist noch immer das Verfahren nach Art. XXIV Abs. 6 lit. b GPA einzuhalten, wobei aber

¹³ Bei diesem Institut handelt es sich zwar um eine «öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit» (Art. 68 Abs. 2 HMG). Doch ist zu bedenken, dass es aus der «Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel» hervorging (vgl. Art. 91 HMG), die als «organisme de droit public établis au niveau cantonal» im Sinne des GPA-Anhang I/Annex 2 jedenfalls dem kantonalen Recht unterstand.

¹⁴ Die Organisation hat die Stellung einer Behördenkommission (Art. 4 Abs. 2 des BG über die Pflege des schweizerischen Erscheinungsbildes im Ausland, SR 194.1), verfügt also augenscheinlich nicht über eigene Rechtspersönlichkeit.

¹⁵ Ihrer Rechtsform nach handelt es sich bei der FINMA um eine «öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern». Dies ergibt sich aus Art. 4 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes, der mit Verordnung vom 16. Januar 2008 (SR 956.1) auf den 1. Februar 2008 (vorzeitig) in Kraft gesetzt wurde.

¹⁶ Vgl. dazu die «Allgemeine Regel über die Änderung von Verträgen» bei Art. 39 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (SR 0.111): «Ein Vertrag kann durch Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien geändert werden.» Und Art. 27 des gleichen Übereinkommens («Innerstaatliches Recht und Einhaltung von Verträgen»): «Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen ...»

ausdrücklich vorgesehen ist, dass (im Konfliktfall) die «Marktöffnung durch Aufhebung des staatlichen Einflusses oder der staatlichen Kontrollen berücksichtigt werden» muss. Keine Bedeutung hat nach meinem Verständnis die Unterscheidung zwischen zentraler und dezentraler Bundesverwaltung (dazu Art. 6 und 7 RVOV), da die Schweiz davon in ihrem Annex 1 keinen Gebrauch machte, sondern Einheiten der zentralen und der dezentralen Verwaltung gleichermaßen unterstellte.¹⁷ Entsprechend ist es nur folgerichtig, wenn Art. 2 Abs. 1 BoeB von der «allgemeinen Bundesverwaltung» spricht, ohne die erwähnte Unterscheidung zu treffen.

2. Art. 2 Abs. 1 BoeB

12 Art. 2 Abs. 1 BoeB setzt GPA-Anhang I/Annex 1 um und gibt vor, welche Auftraggeberinnen dem Bundesgesetz unterstehen. Dieser Bestimmung zufolge erstreckt sich der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes zunächst auf die folgenden Stellen:

- a. die allgemeine Bundesverwaltung;
- b. die Eidgenössische Alkoholverwaltung;
- c. die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten;
- d. ...

13 Die Unterstellung der Alkoholverwaltung und der ETH mitsamt ihren Forschungsanstalten ist unproblematisch, da sie schon in GPA-Anhang I/Annex 1 ausdrücklich genannt und dort dem EFD (die «Régie fédérale des alcools») bzw. dem EDI (die «Écoles polytechniques fédérales et établissements annexes») zugeschlagen werden. Doch gibt es weitere Entitäten, die über eigene Rechtspersönlichkeiten verfügen und in Annex 1 aufgeführt werden, ohne dass sie in Art. 2 BoeB oder anderswo noch gesondert erwähnt würden. Sie sind deshalb der «allgemeinen Bundesverwaltung» zuzurechnen, was etwa für das «Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung» gilt, das die Form einer selbständigen, rechtsfähigen Anstalt des Bundes hat¹⁸ und gemäss Anhang zur RVOV eine Einheit der dezentralen Bundesverwaltung ist. Das belegt erneut, dass die Unterscheidung zwischen zentraler und dezentraler Bundesverwaltung für die Auslegung der Bestimmung nichts hergibt (siehe

¹⁷ Zum Beispiel gehört die Wettbewerbskommission der RVOV zufolge zur dezentralen Bundesverwaltung, was aber einzig bedeutet, dass sie in der «Erfüllung ihrer Aufgaben ... weisungsungebunden» ist (Art. 8 Abs. 2 RVOV); auf die Beschaffungstätigkeit, bei der noch immer öffentliche Mittel ausgegeben werden, muss dies keinen Einfluss haben.

¹⁸ Siehe Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SR 425.1).

auch BRK 2001/007 E. 3c/cc [VPB 66.5])¹⁹. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (also die SUVA), eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 61 Abs. 1 UVG), wird weder in Annex 1 noch durch das BoeB aufgegriffen. Das ist wohl der Grund, weshalb diese Anstalt dem Vergaberecht entgeht. Gleichzeitig ist aber zu beachten, dass der Bundesrat die Oberaufsicht über die SUVA ausübt (Art. 61 Abs. 3 UVG) und den Verwaltungsrat wählt (Art. 63 Abs. 2 UVG). Zumindest vermutungsweise verfügt der Bundesrat damit über bestimmenden Einfluss, weshalb es nicht a priori ausgeschlossen gewesen wäre, die SUVA zu unterstellen. Für die Swissmedic, auch sie eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, entschied die Rekurskommission jedenfalls, die Einheit sei Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und damit unterstellt. Wohlgemerkt: Das Institut wird weder in Annex 1 deklariert noch in Art. 2 BoeB gesondert erwähnt. Für die Rekurskommission gab augenscheinlich den Ausschlag, dass das Institut durch den Bund betrieben wird und seine Organe vom Bundesrat ernannt werden (Art. 71 HMG).²⁰ Der Umstand, dass das Institut seine Ausgaben zumindest teilweise durch «Einnahmen aus Dienstleistungen» (Art. 77 Abs. 3 HMG) deckt, spielte dagegen keine Rolle.

Selbstverständlich haben Auftraggeberinnen, die dem BoeB unterstellt sind, auch die VoeB einzuhalten, was Art. 2 Abs. 1 der Verordnung bestätigt. Wenn in Art. 32 VoeB neuerlich die «allgemeine Bundesverwaltung, die Eidgenössische Alkoholverwaltung [und] der Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen» angesprochen werden, dann nur in dem Sinne, dass diese Auftraggeberinnen die Mindestregeln des 3. Kapitels der VoeB zu befolgen haben, wo ihre Aufträge – ihrer Art nach (VoeB/Anhang 1) oder aufgrund ihres Wertes (Art. 32 lit. a Ziff. 1 VoeB) – nicht nach dem Gesetz zu vergeben sind. 14

¹⁹ Im Gutachten des Bundesamtes für Justiz (VPB 67.4) wird die Erwägung, die ich hier als Beleg heranziehe, allerdings kritisiert: «Zu pauschal in dieser Hinsicht die beiläufige, nicht entscheidrelevante Bemerkung im Urteil Swisscontrol/Skyguide vom 28. September 2001 der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, VPB 66.5 E. 3c/cc (S. 73 f.), wonach es sich bei den im Anhang I Annex 1 des ÜoeB abschliessend aufgezählten Verwaltungseinheiten um die «entités de l'administration fédérale centrale et décentralisée, selon l'annexe à la LOGA» handle» (Fn. 17 des Gutachtens).

²⁰ BRK 2003/020 E. 2.

B Die Kantone

1. GPA-Anhang I/Annex 2

- 15 Ausgangspunkt ist wiederum ein Annex zu Anhang I, und zwar Annex 2, der sich mit den «subzentralen Regierungsstellen»²¹ befasst, also – in der schweizerischen Begrifflichkeit – mit den Kantonen und den Gemeinden. Er enthält eine Liste der Kantone, ohne aber die unterstellten Vergabebehörden einzeln aufzuführen. Vielmehr beschränkt er sich auf eine abstrakte Umschreibung, die wie folgt lautet.
1. Les autorités publiques cantonales
 2. Les organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel
 3. Les autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes
- 16 Vorbehalten bleiben auch hier die Tätigkeiten in den Sektorenbereichen Trinkwasser- und Stromversorgung, Verkehr und Telekommunikation, die das GPA zum Teil in einem gesonderten Annex 3 behandelt. Dieser Vorbehalt ergibt sich aus der Anmerkung zu Annex 2: «Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par des entités mentionnées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.» Auf Einzelheiten der Unterstellung gehe ich bei der Auseinandersetzung mit Art. 8 IVöB²⁰⁰¹ ein, der die Vorgaben in diesem Annex ins Landesrecht umsetzt. Hier ist lediglich auf Ziff. 3 des GPA-Anhang I/Annex 2 einzugehen, den die Schweiz eingefügt hat, um dem Bilateralen Abkommen Genüge zu tun. Dort hat sich die Schweiz dazu verpflichtet, die «Behörden und öffentlichen Stellen auf Bezirks- und Gemeindeebene» ebenfalls dem GPA zu unterstellen (Art. 2 bilat Abk). Diese Unterstellung gilt indes nur im Verhältnis zur Europäischen Gemeinschaft, was die Schweiz in ihrer WTO-wirksamen «Erklärung ... zum Prinzip der Gegenseitigkeit im Zusammenhang mit der Öffnung der Märkte für Lieferanten und Dienstleistungserbringer der EG auf Ebene der Bezirke und Gemeinden» bestätigt²².

²¹ Oder im Originaltext mit den «Entités des gouvernements sous-centraux qui passent des marchés conformément aux dispositions du présent accord».

²² Der Wortlaut der Erklärung findet sich im Anhang zum Bilateralen Abkommen und bezieht sich auf «Lieferanten und Dienstleistungserbringer aus Kanada, Israel, Japan, Korea, Norwegen, den Vereinigten Staaten von Amerika, Hongkong (China), Singapur und Aruba».

2. Art. 8 IVöB₂₀₀₁

a) *Integrale Unterstellung*

Wie erwähnt, sind die staatsvertraglichen Vorgaben aus dem GPA, aber auch aus dem Bilateralen Abkommen in Art. 8 IVöB₂₀₀₁ eingeflossen. Diese landesrechtliche Bestimmung unterscheidet zwischen einem Staatsvertrags- und einem Binnenbereich. In beiden Bereichen (also integral) unterstellt sind nach Art. 8 Abs. 1 IVöB₂₀₀₁ die: 17

- a. Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten;
- b. ...
- c. Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, jeweils in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation. Sie unterstehen dieser Vereinbarung nur für Aufträge, die sie zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit in diesen Bereichen vergeben;
- d. weitere Auftraggeberinnen und Auftraggeber gemäss den entsprechenden Staatsverträgen.

Auf den Sektorenbereich, der in lit. c angesprochen wird, ist später einzugehen. Hier ist zu klären, wie es sich mit der Unterstellung der «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» verhält, die neben den Staat und die Gebietskörperschaften²³ treten. Sie werden im Bilateralen Abkommen auch als «öffentliche Stellen» bezeichnet, die von den dort ebenfalls genannten «Behörden» zu unterscheiden sind. Der IVöB-Musterbotschaft zufolge ist hier an «Körperschaften, Stiftungen, Anstalten und dergleichen» zu denken.²⁴ Jedenfalls geht es um einen Auffangtatbestand, was die relativ offene, unbestimmte Formulierung erklärt. Vorab: Ob die fragliche juristische Person öffentlich- oder privatrechtlich verfasst ist, spielt keine Rolle (EuGH, C-84/03, Ziff. 28, «Kommission/Spanien»)²⁵. Entscheidend ist vielmehr – und darin kommt der 18

²³ So die Ausdrucksweise in Art. 1 RL 2004/18/EG: «Öffentliche Auftraggeber» sind der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.»

²⁴ IVöB-Musterbotschaft, S. 20.

²⁵ So ausdrücklich § 98 Ziff. 2 des deutschen GWB. Für die Schweiz siehe Anm. BELLANGER, in: SemJud 3/2008, S. 44; und CLERC, Le champ d'application du droit des marchés publics et les diverses procédures possible, in: Marchés publics 02 (Tagungsunterlage), Freiburg 2002, S. 14.

funktionale Ansatz zum Tragen –, ob die Einheit im öffentlichen Interesse tätig ist und unter der Kontrolle der öffentlichen Hand steht. Das Konkordat allerdings äussert sich dazu nicht weiter, was ein Mangel ist, sich aber halbwegs damit erklären lässt, dass hier ohnehin auf die massgeblichen Staatsverträge abzustellen ist. Das GPA ist im einschlägigen Annex 2 aber gar nicht sonderlich mitteilhaft. Immerhin findet sich in GPA-Anhang I/Annex 3 eine Begriffsbildung funktionaler Art, die sich systematisch zwar lediglich auf die Sektorenbetriebe bezieht, dem Gehalt nach aber von allgemeiner Bedeutung ist.²⁶ Sie ist dem europäischen Recht entlehnt, wo sie sich heute in beiden Richtlinien findet. In der deutschen Fassung dieser Richtlinien-Bestimmung (Art. 2 RL 2004/17/EG und Art. 1 RL 2004/18/EG) gilt als «Einrichtung des öffentlichen Rechts ... jede Einrichtung», die

- zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
- Rechtspersönlichkeit besitzt und
- überwiegend vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leistung der Aufsicht durch Letztere unterliegt, oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

- 19 Prägnanter, aber bedeutungsgleich umschrieben wird die Einrichtung des öffentlichen Rechts im Anhang zur RL 2004/18/EG²⁷, dort mit folgender Formel: «Die der staatlichen Kontrolle unterliegenden und im Allgemeininteresse tätig werdenden Einrichtungen nichtgewerblicher Art». Begriffswesentlich sind demnach der im Allgemeininteresse liegende Zweck, die Nicht-Gewerblichkeit, die Staatsgebundenheit und die Rechtspersönlichkeit. Die erwähnten Kriterien sind kumulativ zu erfüllen, was sich aus dem Wortlaut der Definition ohne weiteres ergibt. Was den Wortlaut der Konkordatsbestimmung angeht, ist dort von «kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten» die Rede. Das ist allerdings irreführend, da es ausschliesslich um die Gewerblichkeit (also die kommerzielle Ausrichtung) geht und nicht auch darum, ob eine Tätigkeit industriell – also auf Massenfertigung – angelegt ist.
- 20 Während ich das Erfordernis der Rechtspersönlichkeit nicht weiter zu vertiefen brauche, sei hier doch der Frage nachgegangen, was es mit den Erforder-

²⁶ Siehe CLERC, Commentaire Romand, N 69 zu Art. 5 BGBM.

²⁷ Dort in Anhang III, der das (nicht erschöpfende) «Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Artikel 1 Absatz 9 Unterabsatz 2» birgt.

nissen der «im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben», der Nicht-Gewerblichkeit und der Staatsgebundenheit auf sich hat.

- Vorab ist zu konstatieren, dass das erste Erfordernis kaum limitierende Wirkung hat in dem Sinne, dass der persönliche Geltungsbereich dadurch empfindlich beschränkt würde. Um dies mit einem Beispiel zu belegen: Der EuGH wertete die «Herstellung von amtlichen Druckprodukten» (namentlich von Reisepässen, Fahr- und Personalausweisen) als Aufgabe, die im Allgemeininteresse liegt (Urteil C-44/96, «Österreichische Staatsdruckerei»). Den Ausschlag gab zwar augenscheinlich der Umstand, dass diese «Druckprodukte ... eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft [sind] und ... eine Versorgungsgarantie und Produktionsbedingungen [verlangen], die die Beachtung der Geheimhaltungs- und Sicherheitsvorschriften gewährleisten» (Ziff. 22–24). Doch ist es sicher so, dass auch diese qualifizierten Voraussetzungen einer Vergabe an einen privaten Anbieter nicht a priori entgegenstehen, wenn bei der Auftragsvergabe entsprechende Vorkehrungen getroffen werden²⁸. Doch trifft es zu, dass die potentielle Privatkonkurrenz schlicht bedeutungslos ist, was der EuGH bestätigt, wenn er schreibt, dass der Begriff der «im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art» solche Aufgaben, die von Privatunternehmen erfüllt werden oder erfüllt werden könnten, nicht ausschliesse (Urteil C-360/96, Ziff. 53, «Gemeente Arnhem»)²⁹. Aus vergaberechtlicher Sicht kommt dem Erfordernis des Allgemeininteresses also wohl keine wesentliche Bedeutung zu. Klar ist aber, dass das Vergaberecht die wirtschaftsverfassungsrechtliche Frage, welche Aufgaben einer staatsgebundenen Einheit übertragen werden dürfen, nicht zu beantworten braucht.
- Gering ist auch der Einfluss der durch «Gemeente Arnhem» getroffenen Unterscheidung zwischen den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gewerblicher Art und jenen Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind (Ziff. 44). Offensichtlich ist, dass eine Einheit, die ausschliesslich eine gewerbliche Tätigkeit entfaltet, auch dann nicht unterstellt ist, wenn ihre Tätigkeit im Allgemeininteresse liegt. Was aber ist gewerblich? Gewerblicher Natur sind Tätigkeiten, bei denen die Einheit dem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, weshalb es nicht erforderlich ist, entsprechenden Druck mittels der Unterstellung unter das öffentliche Vergaberecht «künstlich»

²⁸ Anzusetzen ist vor allem bei der Ausgestaltung der Eignungskriterien und des Vertrages, der wirksame Kontrollmechanismen vorzusehen hat.

²⁹ Zwar erging diese Rechtsprechung zu altem EU-Recht. Doch lässt sie sich auf die geltende Koordinierungsrichtlinie 2004/18/EG übertragen, wo in Art. 1 Ziff. 9 unter anderem die «Einrichtungen des öffentlichen Rechts», die als Auftraggeber im Sinne dieser Richtlinie gelten, umschrieben werden (siehe auch Art. 2 RL 2004/17/EG).

zu erzeugen.³⁰ Anders gewendet: Ist die Mittelverwendung einmal wettbewerbsgesteuert, besteht kein Bedarf mehr nach Vergaberecht, das fehlenden Wettbewerb substituiert. Dieser Gedanke liegt namentlich der Ausklinkklausel zugrunde, wie etwa das Bilaterale Abkommen CH/EG sie vorsieht.³¹ All dies wird bestätigt durch die Erwägung des EuGH, wonach die europäischen Richtlinien verhindern sollen, dass «sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt» (Rs C-18/01, «Korhonen», Ziff. 52). Mithin ist von der Wettbewerbssituation auf die Gewerblichkeit zu schliessen, nicht umgekehrt. Um hier konsistent zu sein, ist wirksamer Wettbewerb vorauszusetzen, wie er im öffentlichen Vergaberecht verschiedentlich (ausdrücklich oder sinngemäss) vorbehalten wird – so etwa in Fussnote 2 zu GPA-Anhang I/Annex 1, in Anmerkung 6 zu GPA-Anhang I/Annex 3 oder auch in Art. 3 Abs. 5 bilat Abk. Von wirksamem Wettbewerb ist auszugehen, wenn «andere Unternehmen die Möglichkeit haben, [die entsprechenden] Dienstleistungen in demselben geographischen Gebiet unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten» (Art. 3 Abs. 5 bilat Abk). Zum Teil wird überdies gefordert, dass die Einheit einem Verlustrisiko ausgesetzt sein müsse (vgl. EuGH, C-283/00, Ziff. 88 ff., «Kommission/Spanien»). Diese weitere Voraussetzung nehmen die eben erwähnten Konkurrenzvorbehalte zwar nicht auf. Doch leuchtet es der Sache nach ein, dass sich eine Auftraggeberin nur dann dem Wettbewerbsdruck beugen und den Auftrag dem wirtschaftlich effizientesten Anbieter vergeben wird, wenn ihr Verhalten letztendlich auch dazu führen kann, dass sie Verluste erleidet.³²

³⁰ Zur Bedeutung der «logique du marché» etwa CLERC, Commentaire Romand, N 71 zu Art. 5 BGBM.

³¹ Siehe auch Art. 3 Anhang R des EFTA-Übereinkommen. Zudem ist die Feststellung wichtig, die sich im einschlägigen Formular des UVEK findet: «Die Ausklinkklausel gilt nur für Auftraggeberinnen und Auftraggeber, welche durch das Bilaterale Abkommen neu dem Beschaffungsrecht des Bundes ... und der Kantone bzw. dem interkantonalen Recht ... unterstellt werden. Sie gilt nicht als allgemeines Prinzip für alle dem BoeB und der IVöB unterstellten Auftraggeberinnen und Auftraggeber.» Das Formular ist abgedruckt bei STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Aufl., Zürich 2008. Vgl. auch die einschlägige Verordnung vom 18. Juli 2002 (SR 172.056.111), die sich auf die Ermächtigung in Art. 2b Abs. 3 VoeB stützt. Zudem ist festzuhalten, dass das BoeB selber – noch vor der Schaffung der Ausklinkklausel – einen Konkurrenz-Vorbehalt anbrachte. Dieser Vorbehalt findet sich in Art. 2 BoeB und bezieht sich auf die «Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen» (Abs. 1 lit. d). Siehe auch Art. 2 Abs. 3 lit. a VoeB.

³² In diesem Zusammenhang vgl. TREMPTE, Regulating Procurement, Oxford 2004, S. 119: «Incompetent or inefficient procurement will not, in the vast majority of cases, result in

- Sicher ist, dass eine gegebene Einheit auch dann untersteht, wenn sie zwar gewerblich tätig ist, daneben aber auch Aufgaben in nicht-gewerblicher Weise erfüllt. Alsdann fragt sich aber, ob die Unterstellung partiell sei und lediglich soweit reiche, als die nicht-gewerbliche Tätigkeit der Einheit in Frage steht. Die Rechtsprechung des EuGH ist streng. Um noch einmal das Urteil «Gemeente Arnhem» heranzuziehen: Die Eigenschaft einer Stelle als Einrichtung des öffentlichen Rechts hängt nach dieser Rechtsprechung nicht davon ab, welchen Anteil die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art an der Gesamttätigkeit der betreffenden Stelle ausmacht (Ziff. 63). Es wird denn auch gesagt, dass die nicht-gewerblichen, im Allgemeininteresse ausgeübten Tätigkeiten auch die gewerblichen Aufträge infizieren würden.³³ Etwas anderes wollen in der Schweiz die Kantone für sich gelten lassen: Ihr Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB₂₀₀₁ geht – zumindest seinem deutschen Wortlaut nach – von einer bloss partiellen Unterstellung aus, indem er die «kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten» (Hervorhebung *hs*) vom (sachlichen) Anwendungsbereich des Vergaberechts ausnimmt, der Einrichtung im wettbewerblich geprägten Bereich also Vergaberechtsfreiheit zugesteht. Diesem Ansatz, der von jenem des EuGH abweicht, ist sicher zugute zu halten, dass er dem System entspricht, das bei den Sektorenenunternehmen zur Anwendung kommt. Für die Sektoren nimmt nämlich schon die Anmerkung 1 zu GPA-Anhang I/Annex 3 Aufträge, die «à des fins autres que la poursuite de leurs activités décrites dans cette Annexe» vergeben werden, vom Geltungsbereich des Übereinkommens aus. Gleichzeitig ist aber zu konstatieren, dass die Umsetzung in der IVöB₂₀₀₁ dem vom GPA vorgezeichneten Weg nicht genau folgt, indem das Konkordat (wie erwähnt) einen Vorbehalt hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereichs anbringt, während das GPA im einschlägigen Annex 2 den persönlichen Geltungsbereich regelt. Der Unterschied ist evident. Nach dem Konkordat untersteht die rechtlich verselbständigte Einheit dem Vergaberecht, kann aber für ihre kommerziellen und industriellen Tätigkeiten Vergaberechtsfreiheit beanspruchen. Anders sieht das GPA vor, dass die Freistellung vom Vergaberecht auf die Einheit selber durchschlägt, sofern sie insgesamt einen «caractère commercial ou industriel» hat. Eine Teilbefreiung hinsichtlich der gewerblichen Tätigkeiten, bei denen die fragliche Einheit definitionsgemäss dem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, ist dem GPA (im Gegensatz zur IVöB₂₀₀₁) indes wohl fremd. So gilt hinsicht-

dismissal or reduction of salary, and, indeed, may only serve to increase the budget allocated to the agent's department.»

³³ So FRENZ, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Berlin und Heidelberg 2007, Rz 2597; siehe auch ZIEKOW, Die vergaberechtliche Auftraggebereigenschaft konzernverbundener Unternehmen, in: NZBau 2004, S. 183.

lich der Unterstellung ein Entweder-Oder und ist schon mit Blick auf die Abgrenzungsschwierigkeiten auch nicht etwa nach Präponderanzen zu verfahren, indem bestimmt würde, ob die wettbewerbliche oder die nicht-gewerbliche Tätigkeit überwiege. Legt der französische Wortlaut der Konkordats-Bestimmung eine andere, GPA-konforme Auslegung nahe? Dort werden die «autres collectivités de droit public cantonal ou communales» unterstellt «dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel». Damit unterscheidet sich der französische Text kaum vom deutschen, indem auch hier nicht bei der Einheit, sondern bei deren Tätigkeiten angeknüpft wird, die gegebenenfalls freigestellt werden. Als staatsvertragskonform aber erweist sich wohl der italienische Konkordatstext, der die «istituzioni di diritto pubblico a livello cantonale o comunale» unterstellt, «sempre che non abbiano carattere commerciale o industriale». Der Vorbehalt bezieht sich hier auf die Einrichtung und nicht deren Tätigkeiten, was der GPA-Vorgabe am Ehesten entspricht. Letzteres deckt sich mit dem Ansatz des Europäischen Gerichtshofes, der das «Fehlen einer Unterscheidung» unter anderem mit dem Zweck der anwendbaren Richtlinie erklärte, die «Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen» (EuGH, C-44/96, Ziff. 33, «Mannesmann/Staatsdruckerei»).

- Bleibt das Erfordernis der «besonderen Staatgebundenheit»³⁴, die im Verbund mit den weiteren Voraussetzungen zur Unterstellung der Einheit führt. Negativ ist mit dem EuGH vorab festzuhalten, dass ein «gewerblich tätiges Unternehmen, an dem ein öffentlicher Auftraggeber mehrheitlich beteiligt ist, nicht allein deshalb als Einrichtung des öffentlichen Rechts ... und somit als öffentlicher Auftraggeber im Sinne dieser Vorschrift zu betrachten ist, weil es vom öffentlichen Auftraggeber gegründet wurde oder weil dieser Geldmittel aus Tätigkeiten, die er zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art ausübt, auf dieses Unternehmen überträgt» (Urteil C-44/96, Ziff. 41, «Österreichische Staatsdruckerei»). Also führt auch der blosse Umstand, dass eine öffentliche Auftraggeberin an einer Gesellschaft beteiligt ist, nicht automatisch dazu, dass die Beteiligungsgesellschaft selber zur öffentlichen Auftraggeberin wird. Für den Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts wesentlich ist vielmehr, dass die Einheit mit öffentlichen Geldern alimentiert oder durch die öffentliche Hand beaufsichtigt oder von ihr kontrolliert wird, indem sie mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans der Einrichtung ernenn-

³⁴ Siehe KULLAK, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Aufl., Wiesbaden 2003, N 119 ff. zu § 98 GWB.

nen kann. Diese Kriterien, welche die «besondere Staatsgebundenheit» konkretisieren, sind alternativ, weshalb es zum Beispiel ausreicht, dass die Einheit öffentlich finanziert wird, wenn sie darüber hinaus eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht-gewerblicher Art erfüllt und über Rechtspersönlichkeit verfügt. Im Übrigen findet sich im Landesrecht – im Zusammenhang mit der bundesrechtlichen Unterstellung von Sektorenunternehmen – ein sehr ähnlich gelagertes Kriterium, wonach ein beherrschender Einfluss des Bundes vor allem dann anzunehmen ist, wenn der Bund die «Kapital- oder Aktienmehrheit besitzt oder wenn er über die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Kontrollorgans stellt» (Art. 2a Abs. 1 lit. a VoeB). Um hier einen aktuelleren Fall aufzunehmen: Eine Einkaufsgemeinschaft in der Form eines privatrechtlichen Vereins, an dem mehrere öffentliche Hände beteiligt sind, ist nach dem Gesagten ihrerseits eine öffentliche Auftraggeberin.³⁵

b) *Unterstellung nur im Binnenbereich*

Art. 8 Abs. 2 IVöB²⁰⁰¹ umschreibt, welche Auftraggeberinnen lediglich im Binnenbereich unterstellt sind, von den Staatsverträgen also nicht erfasst werden. Dieser Bestimmung zufolge unterstehen im von «Staatsverträgen nicht erfassten Bereich ... dieser Vereinbarung überdies»:

- a. andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten;
- b. Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.

Die subventionsbedingte Unterstellung (lit. b) war schon Gegenstand des früheren Konkordats. Ihr Zweck besteht darin zu verhindern, dass eine Auftraggeberin eine andere Rechtsträgerin vorschiebt, um das Vergaberecht zu umgehen, «aber dennoch mittels Subventionierung erheblichen Einfluss auf die Auftragsvergabe»³⁶ nimmt. Im früheren Konkordat wurde noch nicht klar festgehalten, dass sie staatsvertraglich nicht geboten ist. Das steht unter der Herrschaft der IVöB²⁰⁰¹ nunmehr ausser Zweifel. Der Grenzwert von >50% ist starr. Doch ist klar, dass der öffentlichen Hand selbst bei Objekten und Leistungen, die sie zu einem geringeren Anteil subventioniert, ein erhebliches Mitbestimmungsrecht zukommen kann. Unabhängig davon kann sich eine Unterstellung aber schon aus lit. a ergeben, wo das Gemeinwesen einen Träger einer öffentlichen Aufgabe zu maximal 50% subventioniert.

³⁵ Anders aber das Urteil des VGr. Genf vom 24. April 2007, in: SemJud 3/2008, S. 33 ff., mit kritischer Anmerkung von BELLANGER.

³⁶ FRENZ, a.a.O., Rz 2688; siehe auch Art. 8 RL 2004/18/EG.

Was die dort (in lit. a) vorgesehene Unterstellung «anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben» anbelangt, fragt sich, auf wen sie abzielt. Gesichert ist ihre Herkunft: Sie setzt um, was Art. 5 Abs. 2 BGBM den Kantonen vorschreibt. Diese Bestimmung des Bundesrecht hält die «Kantone, Gemeinden und *andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben*» (Hervorhebung *hs*) an, ihre «Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen, und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich» zu publizieren. Ausser Zweifel dürfte es auch sein, dass es sich bei den «kantonalen oder kommunalen Aufgaben», bei denen die Unterstellung anknüpft, um im «Allgemeininteresse liegende Aufgaben» handelt – also um Aufgaben, die der «Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte» (wie hier die Entsorgung von Haushaltsabfällen)³⁷, ohne dass es im Übrigen eine Rolle spielte, ob die Aufgabe auch von Privatunternehmen erfüllt wird oder erfüllt werden könnte (EuGH, Rs C-360/96, «Gemeente Arnhem»). Erfüllt ist das Merkmal auch – wie schon erwähnt – bei ausgewählten Druckprodukten (in casu namentlich bei «Reisepässen, Führerscheinen und Personalausweisen»), die eine «Staatsdruckerei herzustellen hat», insoweit sie «eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft [sind] und ... eine Versorgungsgarantie und Produktionsbedingungen [verlangen], die die Beachtung der Geheimhaltungs- und Sicherheitsvorschriften gewährleisten» (EuGH, Rs C-44/96, Ziff. 24, «Mannesmann/Staatsdruckerei»). Nahe liegend ist schliesslich, den Vorbehalt gewerblicher Tätigkeiten in gleicher Weise ausulegen wie im Staatsvertragsbereich.

Offen ist aber, ob auf die weitere Voraussetzung zu verzichten und die Unterstellung auch dann anzunehmen sei, wenn dem fraglichen Träger einer öffentlichen Aufgabe das Merkmal besonderer Staatsgebundenheit abgeht. Die IVöB-Musterbotschaft ist hierin klar, nach der solch «andere Träger» unterstellt sind, «[s]obald sie von der öffentlichen Hand beherrscht sind (zum Beispiel Mehrheit des Verwaltungsrates, Mehrheit des Stiftungskapitales oder ähnliches)»³⁸. Anders wird zu Art. 5 Abs. 2 BGBM vertreten, die Bestimmung erfasse auch die «entités de droit privé qui ne sont pas dominées par l'Etat»³⁹. Dieser letzteren Auslegung ist beizutreten, da es sonst überhaupt keinen Sinn ergibt, wenn Art. 8 Abs. 2 IVöB²⁰⁰¹ diese Einheiten gesondert erwähnt. Würde man nämlich auch hier Staatsgebundenheit voraussetzen, würden sich die «anderen Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben» in keiner Hinsicht mehr von den «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» unterscheiden. Dass das Konkordat damit über das staatsvertraglich Gebotene hinausgeht, ist

³⁷ Siehe dazu auch das Urteil des VGr. St. Gallen B 2006/184.

³⁸ IVöB-Musterbotschaft, S. 21.

³⁹ CLERC, Commentaire Romand, N 82 zu Art. 5 BGBM.

angesichts seiner ohnehin überschüssenden (wenn auch BGBM-bedingten) Tendenz kein Argument, das sich diesem Ergebnis entgehalten lässt.⁴⁰

C Die Sektorenunternehmen

Das Vergaberecht bezieht sich bekanntlich nicht nur auf öffentliche Hände, sondern auch auf Unternehmen in ausgewählten Wirtschaftsbereichen, sogenannten Sektoren. Wer sich fragt, welches Bedürfnis nach deren Unterstellung besteht, findet Hinweise in der Sektorenrichtlinie, deren Erwägungsgründe 2 und 3 sich wie folgt lesen: «(2) Ein wichtiger Grund für die Einführung von Vorschriften zur Koordinierung der Vergabeverfahren in diesen Sektoren ist die Vielzahl von Möglichkeiten, über die einzelstaatliche Behörden verfügen, um das Verhalten der Auftraggeber zu beeinflussen, unter anderem durch die Beteiligung an deren Kapital und die Vertretung in deren Verwaltungs-, Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorganen. (3) Ein weiterer wichtiger Grund, der eine Koordinierung der Vergabeverfahren durch Auftraggeber in diesen Sektoren notwendig macht, ist die Abschottung der Märkte, in denen sie tätig sind, was darauf zurückzuführen ist, dass die Mitgliedstaaten für die Versorgung, die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen, mit denen die betreffenden Dienstleistungen erbracht werden, besondere oder ausschließliche Rechte gewähren.» Diese Richtlinie (2004/17/EG) erfasst namentlich auch Postdienste, während der schweizerische GPA-Anhang «La Poste» nicht bei den Sektoren, sondern unter den Vergabestellen der Bundesebene (Annex 1) aufführt.

1. Die Schweizerische Post

Oben habe ich lit. d des Art. 2 Abs. 1 BoeB vorbehalten. Die vorbehaltene Bestimmung gilt der Unterstellung bestimmter Dienstleistungen im Postbereich, die sich erstreckt auf

- d. die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen. Die Automobildienste der Schweizerischen Post unterstehen dem Gesetz zudem nur für Aufträge, die sie zur Durchführung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit im Bereich des Personentransports vergeben.

⁴⁰ Diese Tendenz kommt auch in Art. 6 Abs. 2 IVöB²⁰⁰¹ zum Tragen, nach dem die «Vereinbarung Anwendung auf alle Arten von öffentlichen Aufträgen» findet, weshalb namentlich die staatsvertragliche Beschränkung auf bestimmte Dienstleistungsarten (vgl. GPA-Anhang I/Annex 4) im Binnenbereich keine Rolle mehr spielt.

Die Schweizerische Post wird in GPA-Anhang I/Annex 1 ausdrücklich erwähnt, weshalb ihre Beschaffungstätigkeit dem Vergaberecht untersteht – dies allerdings nur insoweit, als «l'entité ne soit pas en concurrence avec des entreprises auxquelles le présent accord n'est pas applicable», wie schon aus Fn. 2 zu Annex 1 erhellt.⁴¹ Zu diesem Konkurrenzvorbehalt, der sich automatisch auswirkt und nicht Gegenstand eines formalisierten Ausklinkverfahrens ist⁴², kommt die Einschränkung in Anmerkung 1 zu Annex 1: «Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par des entités énumérées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications» (Hervorhebung *hs*). Damit sind die Automobildienste der Post⁴³ nicht nach Annex 1, sondern nur insoweit erfasst, als sich dies aus Annex 3, der die Sektorenenunternehmen betrifft, ergibt. Nicht erwähnt werden die Dienstleistungen der Post im Bereich des Zahlungsverkehrs. Fest steht, dass GPA-Anhang I/Annex 1 schlicht von «La Poste» spricht, ohne einen Teil ihrer Geschäftstätigkeiten vorzubehalten, und dass diese Dienstleistungen zum Grundauftrag der Post gehören (Art. 1 Abs. 1 PG). Doch ist auch diesbezüglich der schon erwähnte Konkurrenzvorbehalt zu beachten, den die Schweiz hinsichtlich der Post angebracht hat und der es nahe legt, insoweit von einer Unterstellung abzusehen.

Werden (wie hier) bestimmte Tätigkeiten unterstellt, heisst das, dass die Unterstellung der Post lediglich für Aufträge gilt, die in Verbindung mit diesen Tätigkeiten vergeben werden. Dieser allgemeine Gedanke kommt deutlich in Ziff. 1 der «Notes relatives à l'Annexe 3» zum Ausdruck, wonach das GPA auf Aufträge, die «les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités décrites dans cette Annexe ...», nicht anwendbar ist. Diese Einschränkung kommt den Auftraggeberinnen zwar entgegen, als sie, soweit die Einschränkung reicht, nicht unterstellt sind. Praktisch aber ist es schwierig, die Grenze zu ziehen, weshalb Vergabestellen zu Recht handfestere Kriterien verlangen. Immerhin sind sie es, die den Nachweis zu erbringen haben, dass eine gegebene Beschaffung vollständig einer Tätigkeit gewidmet ist, die nicht unterstellt ist. Sicher ist von einer Unterstellung auszugehen, wenn eine Beschaffung sowohl unterstellten Tätigkeiten (partielle Widmung) als auch vergaberechtsfreien Tätigkeiten dient. Hier ist davon auszugehen, dass auch die nur partielle Widmung einer Beschaffung den gesamten Vorgang

⁴¹ Zum Stand der Liberalisierung siehe Art. 2 Abs. 1 der Postverordnung (SR 783.01). Dieser Bestimmung zufolge umfassen die «reservierten Dienste [nur mehr] ... die Beförderung der adressierten inländischen und aus dem Ausland eingehenden Briefpostsendungen, die nicht schwerer als 100 Gramm sind», dies seit dem 1. Januar 2006.

⁴² Siehe dazu Art. 1 der einschlägigen Verordnung (SR 172.056.11), der einzig beim Bilateralen Abkommen anknüpft.

⁴³ Dieser Geschäftsbereich ist auf die seit dem 1. Januar 2005 tätige PostAuto Schweiz AG übertragen worden, die sich selber auch an öffentlichen Ausschreibungen beteiligt.

infiziert. Um etwas anderes ging es, als die BRK ausführte, dass «[d]erjenige Teil des vorliegenden Auftrages, welcher die reservierten Dienste der Schweizerischen Post betrifft, ... nicht dem BoeB» unterstehe.⁴⁴ Dieser Fall drehte sich um eine Dienstleistung im Monopolbereich der Post⁴⁵ und nicht um eine Beschaffung, welche die Post zu tätigen hat, um derartige Dienstleistungen erbringen zu können.

2. Weitere Sektorenunternehmen

Neben der Schweizerischen Post unterstehen dem Vergaberecht weitere Unternehmen, dies jeweils in Abhängigkeit von ihrem Tätigkeitsgebiet. Erfasst werden vor allem die Bereiche Wasser- und Energieversorgung, der Bereich des Nahverkehrs, der Betrieb von Flughäfen, See- und Binnenhäfen⁴⁶, der Schienenverkehr und die Telekommunikation. Die Schweiz verzichtete darauf, die beiden letzteren Sektoren dem GPA zu unterstellen, und brachte die Energieversorgung nur insoweit ein, als es sich dabei um «production, transport ou distribution de l'électricité» durch öffentliche Stellen handelt. Weiter ging die Schweiz im Bilateralen Abkommen, das Telekommunikation und Schienenverkehr, aber auch die «Energieversorgung mit Ausnahme der Stromversorgung» abdeckt. Dazu kommt ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen dem GPA und dem Bilateralen Abkommen. Er betrifft die unterstellten Akteure:

- Dem schweizerischen Annex 3 zufolge sind Sektorenunternehmen dem GPA von vornherein nur dann unterstellt, wenn es sich dabei entweder um «pouvoirs publics» oder um «entreprises publiques» handelt. Anders gewendet: Staatlich kontrolliert müssen sie sein! Dies bestätigt die GATT-Botschaft 2: «Ausgenommen vom Anwendungsbereich des GATT bleiben die privaten Auftraggeber in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr sowie der Bereich der Eisenbahnen und der Telekommunikationssektor.»⁴⁷ Was als «pouvoirs publics» zu gelten hat und was ein «entreprise publique» ist, definiert der Annex in zwei Fussnoten gleich selber. Diese Definitionen sind in französischer Sprache abgefasst, in der Sache aber ohnehin dem europäischen Recht entlehnt. Einschlägig sind dort Art. 2 der Richtlinie 2004/17/EG und Art. 1 RL 2004/18/EG. Wir sind ihnen im Zusammenhang mit GPA-Anhang I/Annex 2 und Art. 8 Abs. 1 IVöB₂₀₀₁ schon begegnet, wo sie sinngemäss anwendbar sind. Erfasst wer-

⁴⁴ BRK 2003/020 E. 3c/dd.

⁴⁵ Dazu Ziff. 1 der Anmerkungen zu GPA-Anhang I/Annex 4.

⁴⁶ Das GPA bezieht sich lediglich auf Binnenhäfen (auf «ports intérieur»), während das Bilaterale Abkommen darüber hinaus geht und die «Auftraggeber im Bereich des See- oder Binnenhafenverkehrs oder anderer Verkehrsendpunkte» abdeckt.

⁴⁷ GATT-Botschaft 2, S. 366.

den zunächst der Staat und die Gebietskörperschaften, weiter aber auch die «Einrichtungen des öffentlichen Rechts». Damit ist jede Einrichtung gemeint, die «[1] zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, [2] Rechtspersönlichkeit besitzt und [3] überwiegend vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leistung der Aufsicht durch Letztere unterliegt, oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind» (Hervorhebung *hs*).⁴⁸ Unterstellt sind schliesslich auch die «entreprises publiques». Als öffentliches Unternehmen gilt ein Unternehmen dann, wenn der Staat, eine Gebietskörperschaft oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts «aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann». Beherrschender Einfluss ist zu vermuten, wenn der Auftraggeber die «[1] Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens hält oder [2] über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder [3] mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens ernennen kann» (Hervorhebungen *hs*). Die Vermutung, deren Basis durch diese Alternativ-Kriterien gelegt wird, ist nach meinem Dafürhalten unwiderleglich. Doch ist nicht ausgeschlossen, dass das Kontrollkriterium auch noch in anderer Weise erfüllt werden kann, wo nicht eines der drei genannten Indizien vorliegt.

- Im Gegensatz dazu – und das ist eine wesentliche Weiterung – erfasst das Bilaterale Abkommen nicht nur staatliche Behörden und öffentliche Unternehmen, sondern auch *private* Vergabestellen, die «auf der Grundlage ausschliesslicher oder besonderer Rechte, die ihnen von einer staatlichen Behörde gewährt wurden, öffentliche Dienstleistungen erbringen und die im Bereich der Trinkwasser-, Strom- und städtischen Verkehrsversorgung, der Flughäfen und der Binnen- und Seehäfen tätig sind» (aus dem Ingress zum Bilateralen Abkommen) oder die – ausgestattet mit einem besonderen oder einem ausschliesslichen Recht – Telekommunikationsleistungen oder Dienstleistungen des Schienenverkehrs anbieten oder aber im «Bereich der Energieversorgung (mit Ausnahme der Stromversorgung)» tätig sind (Art. 3 Abs. 2 bilat Abk).

⁴⁸ Während die drei Hauptkriterien kumulativ erfüllt sein müssen, handelt es sich bei den Unterkriterien, die hier unter Ziff. 3 aufgeführt werden, um Alternativkriterien. Siehe das Urteil des EuGH «University of Cambridge» (C-380/98), Rz 20.

Umgesetzt werden diese Unterstellungen zum einen durch Art. 2 Abs. 2 BoeB, zum anderen durch Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB²⁰⁰¹. Diesen beiden Bestimmungen, die fast gleich lauten, lässt sich nicht entnehmen, welche Sektorenunternehmen nun dem Vergaberecht des Bundes und welche dem Konkordat unterstehen. Ausschlaggebend ist Art. 2a Voeb, mit dem der Bundesrat von der in Art. 2 Abs. 2 BoeB verankerten Kompetenz Gebrauch gemacht hat, die «öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten in den Bereichen der Wasser-, der Energie- und der Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation ausüben und für diese Tätigkeiten nach dem GATT-Übereinkommen und andern völkerrechtlichen Verträgen» unter das BoeB fallen, zu bezeichnen. Dieser Verordnungsbestimmung zufolge erfasst das Bundesrecht die «öffentlich-rechtliche[n] oder privat-rechtliche[n] Organisationen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, insbesondere wenn der Bund die Kapital- oder Aktienmehrheit besitzt oder wenn er über die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Kontrollorgans stellt» (Art. 2a Abs. 1 lit. a Voeb), und überdies die «privat-rechtlichen Organisationen, die im ganzen Inland eine gemeinwirtschaftliche Leistung erbringen und besondere oder ausschliessliche Rechte besitzen, die ihnen von einer zuständigen Behörde erteilt wurden» (Art. 2a Abs. 1 lit. b Voeb). Die übrigen Vergabestellen unterstehen dem Konkordat und damit dem kantonalen Recht.

III. Versuch einer Synthese

Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts ist zumindest «très complexe»⁴⁹. Der Sache nach wäre es zu begrüssen, wenn sich hier ein einfacheres System herausbilden würde. Der Versuch, die unterstellten Auftraggeberinnen mit Positiv-Listen zu erfassen und auf diesem Wege die wünschbare Einfachheit zu erzeugen, muss jedenfalls dann scheitern, wenn den Listen konstitutive Wirkung beigelegt wird – dies schon deshalb, weil sie mit der Entwicklung nicht Schritt zu halten vermöchten. Werden solche Listen aber bloss zu Orientierungszwecken aufgestellt, sind sie selbstredend sehr nützlich. Hier will ich es indes nicht unversucht lassen, die Leitidee zu formulieren, die – unabhängig von Listen – den subjektiven Geltungsbereich prägt. Dieser Versuch, eine Synthese zu bilden, ist selbstredend der Gefahr ausgesetzt, eine positivrechtliche Vorgabe, zu denen auch die Ausnahmen gehören, zu übersehen. Umgekehrt lassen sich diese Vorgaben hier natürlich auch fruchtbar machen, denn bei aller Vielfalt kommt doch immer wieder ein Kriterium zum Tragen: Das *Kriterium der Staatsgebundenheit bei fehlendem Wettbewerb*, die (im Sinne einer Leitidee!) die subjektive Unterstellung der gebundenen Ein-

⁴⁹ CLERC, a.a.O., S. 11.

heit nach sich zieht. Von diesem Kriterium war verschiedentlich schon die Rede. Hier ist lediglich noch auf eine Fundstelle hinzuweisen, die erst am Rande erwähnt wurde. Gemeint ist Art. XXIV Abs. 6 lit. b GPA, der folgenden Inhalt hat: «Wünscht eine Vertragspartei in Ausübung ihrer Rechte eine Beschaffungsstelle aus Anhang I zu streichen, *weil Kontrolle oder Einfluss der Regierung über die Beschaffungsstelle aufgehoben wurde*, so teilt sie dies dem Ausschuss mit.» Wichtig ist für unseren Zusammenhang die (von mir) kursiv gesetzte Stelle, weil sie belegt, dass die staatliche Einflussmöglichkeit ein wichtiger Grund dafür ist, das Vergaberecht zumindest im Prinzip zum Zuge kommen zu lassen. Der staatliche Einfluss braucht bestimmend zu sein und wird indiziert durch die Kriterien, die schon erwähnt wurden (z.B. die Stimmenmehrheit oder die Mehrheit im Aufsichtsorgan). Alsdann rechtfertigt es sich, die Einheit subjektiv zu unterstellen. Ob und inwieweit sich die unterstellte Einheit im konkreten Fall am öffentlichen Vergaberecht auszurichten hat, ist damit selbstredend noch nicht entschieden. Denn die subjektive Unterstellung ist nur die eine Seite der Medaille. Erforderlich ist weiter, dass das konkrete Geschäft die Merkmale eines öffentlichen Auftrages trägt. Dazu gibt es doch Einiges zu sagen, was etwa der nun folgende Beitrag dokumentiert.