

BGer 2D_35/2022 vom 22. Juni 2023

Bundesgericht, 2023-06-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_35_2022

FR: TF 2D_35/2022 du 22 juin 2023

IT: TF 2D_35/2022 del 22 giugno 2023

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit voller Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 144 II 184 E. 1; 143 III 140 E. 1).

E. 1.2

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gemäss Art. 83 lit. f BGG - abgesehen von hier nicht massgebenden Ausnahmen - unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) und wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (Ziff. 2). Dieser beträgt bei Lieferungen und Dienstleistungen Fr. 150'000.-- und bei Bauleistungen Fr. 2'000'000.--. Die beiden Eintretensvoraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 144 II 184 E. 1.2; 143 II 120 E. 2.2 ; 140 I 285 E. 1.1).

Vorliegend beträgt der Auftragswert für das Projekt "Neubau Gebäude Trafostation V. _____" Fr. 117'371.30 und für das Projekt "Ausbau Neubau Gebäude Trafostation V. _____" Fr. 125'226.10 (je inklusive Mehrwertsteuer), sodass der massgebende Schwellenwert nicht erreicht ist, und zwar ungeachtet dessen, ob es sich bei den in Frage stehenden Leistungen um Bau- oder Dienstleistungen handelt. Dies wird auch von keiner Seite bestritten. Zudem behauptet die WEKO nicht, dass sich eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung stellen würde. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten steht somit nicht zur Verfügung und wird zu Recht nicht erhoben.

Da die vorliegende Beschwerde den Bereich des kantonalen öffentlichen Beschaffungswesens beschlägt, ist zu prüfen, ob die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff.) zulässig ist (vgl. Urteil 2D_24/2018 vom 25. Juni 2018 E. 1.2 und 1.3). In diesem Zusammenhang ist vorab die Legitimation der WEKO zur Erhebung dieses Rechtsmittels zu klären.

E. 2

Die WEKO stützt ihre Legitimation auf Art. 9 Abs. 2bis des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) . Sie macht im Wesentlichen geltend, diese Bestimmung stelle eine spezialgesetzliche Grundlage dar, die sie auch zur Erhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde berechtige. Sie beruft sich dabei insbesondere auf die Entstehungsgeschichte dieses Artikels sowie auf verschiedene Lehrmeinungen.

E. 2.1

Das Bundesgerichtsgesetz sieht in Art. 89 Abs. 2 lit. d vor, dass Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt, vor Bundesgericht beschwerdeberechtigt sind. Der Systematik des BGG entsprechend gilt diese Beschwerdebefugnis nur für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

Nach Art. 9 Abs. 2bis BGBM kann die Wettbewerbskommission Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Das Bundesgericht hat bereits anerkannt, dass dieser Artikel eine spezialgesetzliche Bestimmung darstellt, welche in Verbindung mit Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG die WEKO dazu legitimiert, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu führen (vgl. BGE 141 II 113 E. 1.5; Urteil 2C_919/2014 vom 21. August 2015 E. 4.1).

E. 2.2

Nach Art. 115 BGG ist zur Verfassungsbeschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b). Ein Beschwerderecht für Behörden - analog zu Art. 89 Abs. 2 BGG - enthalten die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes über die Verfassungsbeschwerde nicht, was die WEKO im Übrigen selbst anerkennt.

E. 2.3

Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 9 Abs. 2bis BGBM, wie die WEKO vorbringt, eine spezialgesetzliche Grundlage darstellt, die sie - in Abweichung von den allgemeinen Bestimmungen des BGG - (auch) zur Führung der subsidiären Verfassungsbeschwerde legitimiert.

Das Bundesgericht hat sich bisher einzig mit der Legitimation der WEKO zur Erhebung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausdrücklich befasst. Es ist im Rahmen eines Grundsatzentscheids - unter Hinweis auf die Materialien - zum Schluss gelangt, dass das Beschwerderecht der WEKO nach dem Willen des Gesetzgebers auf Entscheide beschränkt ist, die Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen und auf Beschaffungen, die den massgebenden Schwellenwert erreichen (vgl. BGE 141 II 113 E. 1.5). Auf die gleichzeitig erhobene Verfassungsbeschwerde der WEKO ist das Bundesgericht in jenem Fall mit Blick auf deren Subsidiarität gegenüber der als zulässig erachteten Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht eingetreten (vgl. dort. E. 1.4.4).

Sodann hat das Bundesgericht die Legitimation öffentlich-rechtlicher Körperschaften bzw. juristischer Personen des öffentlichen Rechts zur Verfassungsbeschwerde - bis auf einzelne Ausnahmen - verneint (vgl. z.B. BGE 146 I 195 E. 1.2.1 ; 145 I 239 E. 5.1; ausführlich dazu E. 3.4 hiernach). Die sich hier stellende Frage, ob die WEKO aufgrund einer spezialgesetzlichen Grundlage zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde legitimiert sei, hat das Bundesgericht indessen noch nicht geprüft.

E. 3

Ob die Beschwerdebefugnis der WEKO gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM sich auch auf die Verfassungsbeschwerde erstreckt, ist durch Auslegung zu ermitteln.

E. 3.1

Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden (BGE 148 II 203 E. 4.1; 143 III 600 E. 2.7; 142 V 466 E. 3.2 ; 140 I 305 E. 6.1). Auszugehen ist vom Wortlaut, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden, unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente, wie namentlich der Entstehungsgeschichte der Norm und ihrem Zweck (BGE 142 III 402 E. 2.5.1; 124 II 372 E. 5).

E. 3.2

Wie bereits ausgeführt, kann die WEKO gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt (vgl. E. 2.1 hiervor). Der Wortlaut ist in allen drei Sprachfassungen identisch (französisch: "La Commission de la concurrence peut, pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché, déposer un recours"; italienisch: "La Commissione della concorrenza può interporre ricorso per far accertare che una decisione limita in modo inammissibile l'accesso al mercato"). Der allgemein gehaltene Wortlaut dieser Bestimmung lässt keine eindeutigen Schlüsse hinsichtlich der vorliegend zu klärenden Frage zu.

E. 3.3

In historisch-teleologischer Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

E. 3.3.1

Art. 9 Abs. 2bis BGBM wurde im Rahmen einer Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 16. Dezember 2005 eingefügt und ist am 1. Juli 2006 in Kraft getreten (AS 2006 2363). Die Einführung des Beschwerderechts der WEKO gründet auf den Gesetzesvorschlägen zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (vgl. Botschaft vom 24. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgesetzes [nachfolgend: Botschaft BGBM], BBl 2005 465, S. 489 f.).

Das Beschwerderecht der WEKO hat insbesondere zum Zweck, einen funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen bzw. die Verwirklichung des Binnenmarkts voranzutreiben, indem offene und zentrale Fragen des Marktzugangs gerichtlich geklärt werden können. Aus diesem Grund wurde dieses auf blosser Feststellung und nicht auf eine Leistung ausgerichtet. Damit sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bei Beschränkungen des freien Marktzugangs in erster Linie private und erst in zweiter Linie öffentliche Interessen tangiert werden (vgl. Botschaft BGBM, a.a.O., BBl 2005 465, S. 490).

E. 3.3.2

Aus der Botschaft des Bundesrats ergibt sich, dass die Beschwerdelegitimation der WEKO auf das Bundesgerichtsgesetz abgestützt werden sollte. So wird namentlich - unter Hinweis auf den damaligen Stand der parlamentarischen Beratungen zum Bundesgerichtsgesetz - ausgeführt, dass das Beschwerderecht der WEKO auf Entscheide beschränkt werden solle, die rechtliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen und Beschaffungen über den massgebenden Schwellenwert betreffen. Zudem wird darauf hingewiesen, dass für das Beschwerderecht der WEKO grundsätzlich die allgemeinen Regeln des künftigen Bundesgerichtsgesetzes zur Anwendung gelangen sollen. Schliesslich wird präzisiert, dass

mit der Ausübung dieses Rechts bis zum Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes zu warten sei, falls das revidierte BGBM früher in Kraft treten sollte (vgl. Botschaft BGBM, a.a.O., BBl 2005 465, S. 489 f.).

E. 3.3.3

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur hier interessierenden Änderung des BGBM wurde eine Ausweitung der Beschwerdelegitimation der WEKO vor Bundesgericht ausdrücklich thematisiert. Anlass dazu bildete ein Antrag der Mehrheit des Nationalrats, Art. 9 Abs. 2bis BGBM (in der vom Bundesrat vorgeschlagenen [vgl. BBl 2005 507] und aktuell geltenden Fassung) um folgenden Zusatz zu ergänzen: "Darin eingeschlossen ist die Beschwerde an das Bundesgericht gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide betreffend Beschränkungen des freien Zuganges zum Markt im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens".

Mit dieser Ergänzung wurde bezweckt, das Beschwerderecht der WEKO - in Abweichung vom Bundesgerichtsgesetz - auf den so genannten "unterschwelligem" Bereich auszudehnen bzw. ihr die Möglichkeit einzuräumen, gegebenenfalls subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu erheben (vgl. AB 2005 N 892 f., Voten Schneider und Pelli). Demgegenüber wollte die Minderheit des Nationalrats am ursprünglichen Vorschlag des Bundesrats festhalten und das Beschwerderecht der WEKO im Einklang mit dem Bundesgerichtsgesetz auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beschränken. Argumentiert wurde unter anderem mit dem Umstand, dass die WEKO nicht Trägerin verfassungsmässiger Rechte sein könne (vgl. insb. AB 2005 N 891 f., Votum Leutenegger Oberholzer). In der Folge wurde im Nationalrat der Antrag der Mehrheit angenommen (AB 2005 N 893).

In der anschliessenden ständerätlichen Debatte sprach sich indessen nur eine Minderheit für die Ausweitung des Beschwerderechts der WEKO bzw. die Schaffung einer Sonderregelung gegenüber dem Bundesgerichtsgesetz aus (vgl. AB 2005 S 765 f. und S. 767, Voten Schiesser). Der Ständerat schloss sich schliesslich der Position der Minderheit des Nationalrats bzw. dem ursprünglichen Vorschlag des Bundesrats an und verwarf die Schaffung eines Beschwerderechts der WEKO im "unterschwelligem Bereich" (AB 2005 S 767).

Nachdem der Nationalrat in der zweiten Lesung an seiner Auffassung festgehalten hatte (vgl. das Ergebnis der Abstimmung, AB 2005 N 1622), blieb der Ständerat im Rahmen der Differenzvereinbarung bei seiner Entscheidung, das Beschwerderecht der WEKO vor Bundesgericht nicht auszudehnen (vgl. AB 2005 S 1050). Die Mehrheit des Ständerats erachtete die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung mit Blick auf die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs als ausreichend. Zudem wurden unter anderem Befürchtungen geäussert, dass eine allfällige Ausweitung des Beschwerderechts der WEKO der mit dem Bundesgerichtsgesetz bezweckten Entlastung des Bundesgerichts zuwiderlaufen würde und dass die WEKO gegenüber anderen beschwerdeberechtigten Behörden privilegiert würde (vgl. AB 2005 S 1048 f., Voten Germann, Stadler und Wicki).

Am Ende der Differenzvereinbarung stimmte der Nationalrat dem Antrag des Ständerats zu (AB 2005 N 1785), womit eine Ausweitung des Beschwerderechts der WEKO auf Beschaffungen im "unterschwelligem Bereich" endgültig abgelehnt wurde.

E. 3.3.4

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass das Beschwerderecht der WEKO vor Bundesgericht nach dem Willen des Gesetzgebers im Einklang mit dem Bundesgerichtsgesetz ausgestaltet werden sollte. Dieses sieht die Behördenbeschwerde im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nicht vor. Die Schaffung einer vom BGG abweichenden Regelung für die WEKO wurde zwar ausführlich diskutiert, im Ergebnis jedoch abgelehnt. Die Hinweise in der Eingabe der WEKO auf die parlamentarischen Beratungen beziehen sich auf Voten einzelner National- und Ständeräte, die sich für eine Ausweitung des Beschwerderechts der WEKO ausgesprochen hatten, berücksichtigen jedoch das Ergebnis der Schlussabstimmung in der Bundesversammlung nicht.

E. 3.4

Die Anerkennung der Legitimation der WEKO zur Führung der Verfassungsbeschwerde erscheint auch mit Blick auf das System der Bundesrechtspflege nicht sachgemäss. So kann mit der Verfassungsbeschwerde nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Diese stehen in erster Linie natürlichen sowie juristischen Personen des Privatrechts zu. Öffentlich-rechtliche Körperschaften bzw. juristische Personen des öffentlichen Rechts sind als Inhaberinnen hoheitlicher Gewalt grundsätzlich keine Trägerinnen verfassungsmässiger Rechte (vgl. BGE 146 I 195 E. 1.2.1 ; 145 I 239 E. 5.1; je mit Hinweisen; JEAN-MAURICE FRÉSARD, in: Aubry Girardin et al. [Hrsg.], Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 3 zu Art. 115 BGG). Anders verhält es sich nur, wenn diese nicht hoheitlich handeln, sondern sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen oder sonstwie als dem Bürger gleichgeordnete Rechtssubjekte auftreten und durch den angefochtenen staatlichen Akt wie eine Privatperson betroffen werden (vgl. BGE 145 I 239 E. 5.1; 144 II 77 E. 5.5 ; 140 I 285 E. 1.2).

Eine solche Ausnahmekonstellation kann hier bereits deshalb nicht vorliegen, weil die WEKO über keine Rechtspersönlichkeit verfügt und somit keine öffentlich-rechtliche Körperschaft bzw. juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Zudem bezweckt deren Beschwerderecht, wie bereits erwogen, insbesondere die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs (vgl. E. 3.3.1 hiervor). Es dient somit nicht der Durchsetzung eigener rechtlich geschützter Interessen der WEKO, sondern der Wahrung öffentlicher Interessen, sodass auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass die WEKO durch einen Submissionsentscheid wie eine Privatperson betroffen sein kann.

E. 3.5

Unter Hinweis darauf, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht Trägerinnen verfassungsmässiger Rechte sind, wird auch in der Lehre die Auffassung vertreten, dass sich das Beschwerderecht der Personen, Organisationen und Behörden gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG nicht auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erstreckt (vgl. FRÉSARD, a.a.O., N. 3 zu Art. 115 BGG ; HANSJÖRG SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich/Oberholzer [Hrsg.], SHK Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015, N. 16 zu Art. 115 BGG ; mit Bezug auf die WEKO vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N. 1769 sowie ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, N. 450).

Zwar trifft es zu, wie die WEKO zu Recht bemerkt, dass verschiedene Autoren die Legitimation der WEKO zur Führung der Verfassungsbeschwerde bejahen. So vertritt namentlich BIAGGINI die Auffassung, Art. 9 Abs. 2bis BGBM stelle eine spezialgesetzliche Grundlage dar, welche der WEKO nicht nur bei der ordentlichen

Beschwerde, sondern auch im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde ein Beschwerderecht einräume (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, in: Niggli/Übersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 5 zu Art. 115 BGG). Allerdings wird diese Ansicht nicht näher erläutert; der Autor weist einzig auf BGE 141 II 113 E. 1.5 hin, welcher jedoch nur die Beschwerdelegitimation der WEKO zur Führung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten explizit behandelt (vgl. auch E. 2.3 hiervor).

Auch die weiteren Autoren, auf welche sich die WEKO in ihrer Beschwerdeschrift bezieht, begründen ihre Auffassung nicht weiter (vgl. HANS-JAKOB MOSIMANN, Subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Anwendungsbereich und Verhältnis zur früheren staatsrechtlichen Beschwerde, in: ZBl 108/2007 S. 597 ff., 606 [Fn 63]; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, S. 2035) bzw. verweisen auf die bereits zitierte Lehrmeinung von BIAGGINI (so MARTIN KOCHER, Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen, 2018, N. 1041; HEINZ AEMISEGGER, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 115 BGG) oder auf einzelne Voten im National- und Ständerat, ohne jedoch das Ergebnis der Schlussabstimmung zu berücksichtigen (so ALEXANDER MISIC, Verfassungsbeschwerde: das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte [Art. 113-199 BGG], Diss. Zürich 2011, S. 208 N. 380).

Folglich lassen sich den zitierten Lehrmeinungen keine Argumente entnehmen, welche die Bejahung der Legitimation der WEKO im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nahelegen und die getätigte Auslegung hinreichend in Frage stellen.

E. 4

Im Ergebnis sprechen sowohl die historisch-teleologische Auslegung von Art. 9 Abs. 2bis BGBM als auch das System der Bundesrechtspflege gegen ein Beschwerderecht der WEKO im Verfahren der Verfassungsbeschwerde.

E. 5.1

Mit Blick auf die vorangegangenen Erwägungen ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde mangels Legitimation der WEKO nicht einzutreten.

E. 5.2

Es werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Die WEKO hat der A. _____ AG und der B. _____ AG für das bundesgerichtliche Verfahren je eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Politische Gemeinde U. _____ hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.