Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Empfehlung

vom 8. April 2019

in Sachen

Binnenmarktrechtliche Empfehlung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM

betreffend

Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen

(634-00030)

Zuhanden der

Regierungen der Kantone

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Armin Schmutzler, Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsident/-in),
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,
Clémence Grisel Rapin, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi,
Isabel Martínez, Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider

Inhaltsverzeichnis

1 Übersicht ... 3

2 Begriff der Schutzgebühr ... 4

3 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen ... 5

3.1 Hinweis auf das internationale Recht ... 5

3.2 Öffentliche Beschaffungen gemäss dem Binnenmarktgesetz ... 5

3.3 Grundsatz des freien Marktzugangs ... 6

4 Öffentlichkeitsprinzipien ... 7

5 Prüfung möglicher Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 3 BGBM ... 7

5.1 Voraussetzungen einer Rechtfertigung nach Art. 3 BGBM ... 7

5.2 Wahrung von Geschäftsgeheimnissen bei öffentlichen Beschaffungen ... 8

5.2.1 Begriff Geschäftsgeheimnis ... 8

5.2.2 Wahrung der Geschäftsgeheimnisse als mögliche Rechtfertigung gemäss Art. 3 BGBM? ... 9

5.3 Wahrung der Urheberrechte bei öffentlichen Beschaffungen ... 10

5.3.1 Anwendung des Urheberrechtsgesetzes ... 10

5.3.2 Wahrung der Urheberrechte als mögliche Rechtfertigung gemäss Art. 3 BGBM? ... 11

5.4 Zwischenfazit ... 12

6 Auswirkungen von Schutzgebühren auf den Wettbewerb ... 12

7 Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen ... 13

7.1 Ausgangslage ... 13

7.2 Gesetzesrevision ... 14

8 Empfehlung ... 15

1 Übersicht

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) erhielt Anzeigen zu öffentlichen Beschaffungen, bei denen der Erhalt von Ausschreibungsunterlagen mit einer vorgängigen Kostenpflicht, einer sogenannten Schutzgebühr, verbunden war. Bei Recherchen zur Thematik der Erhebung von Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen stiess das Sekretariat auf weitere Ausschreibungen mit Erhebungen von Schutzgebühren, weshalb bei sieben Kantonen gestützt auf Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) eine Befragung durchgeführt wurde. Zu den Befragten gehörten verschiedene Vergabestellen, unter anderem auch ein öffentlicher Verkehrsbetrieb und ein öffentliches Spital. Bei den Abklärungen wurde insbesondere nach der gesetzlichen Grundlage, den Gründen für eine Auferlegung von Schutzgebühren sowie nach deren Handhabung bei vergangenen und zukünftigen Ausschreibungen gefragt. Die Befragungen haben ergeben, dass die Erhebung von Schutzgebühren zwar nicht die Regel ist, dennoch aber bei Ausschreibungen gelegentlich vorgenommen wird. Nach weiteren Recherchen zur Thematik der Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen konnte festgestellt werden, dass in den letzten 5 Jahren mindestens 50 Ausschreibungen mit vorgesehenen Schutzgebühren, meistens in einer Höhe zwischen 1'000 und 5'000 Franken, auf SIMAP veröffentlicht wurden. Die Anzahl der Ausschreibungen mit Schutzgebühren nahm in den letzten Jahren tendenziell zu.

2. Die eingegangenen Antworten wurden geprüft und es konnte festgestellt werden, dass sich die Vergabestellen bei der Erhebung von Schutzgebühren insbesondere auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sowie von Urheberrechten berufen. Gemäss den Vergabestellen stellt die Schutzgebühr ein geeignetes Mittel dar, um sicherzustellen, dass gewisse Informationen betreffend die Ausschreibung nicht einem breiten Publikum zugänglich gemacht werden. Zudem würde die erhobene Schutzgebühr mit der Einreichung der Offerte den Anbieterinnen in der Regel zurückerstattet werden. Mehrere Vergabestellen gaben an, bei der Veröffentlichung der Ausschreibung auf SIMAP umfassende Zusammenfassungen zum Projekt bereitzustellen, welche die wesentlichen Eckpunkte, wie bspw. Ausgangslage, Anforderungen sowie Eignungskriterien beinhalten würden, damit potenzielle Interessierte vor der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen und der Zahlung der Schutzgebühr einschätzen können, ob eine Einreichung eines Angebots in Frage kommt.

3. Das Binnenmarktgesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch den Bund, die Kantone und die Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Damit die WEKO diesen Vollzugsauftrag wahrnehmen kann, stellen die Behörden und Gerichte ihr die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu (Art. 10*a* Abs. 2 BGBM).

4. Das Binnenmarktgesetz enthält in Art. 5 BGBM Mindeststandards für öffentliche Beschaffungen durch die Kantone, die neben der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5) und dem kantonalen Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangen. Diese Mindeststandards des BGBM umfassen den Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen Beschaffungsmärkten sowie eine Publikationspflicht für umfangreiche Beschaffungen in solchen Fällen.[1] Gestützt auf Art. 9 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens in Form einer anfechtbaren Verfügung zu

[1] MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 5 BGBM N 1 f.

erlassen, gegen die ein Rechtsmittel an eine verwaltungsabhängige Behörde besteht, wobei auch der WEKO ein Beschwerderecht zukommt.

5. Nachfolgend ist insbesondere zu prüfen, ob im Falle der Erhebung von Schutzgebühren zum Erhalt von Ausschreibungsverfahren die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes eingehalten werden. Die vorliegende Analyse befasst sich zunächst mit dem Begriff der Schutzgebühr (Kapitel 2), den binnenmarktrechtlichen Rahmenbedingungen (Kapitel 3) und dem Öffentlichkeitsprinzip (Kapitel 4). Darauf folgt die Prüfung der vorgebrachten Rechtfertigungsgründe der Vergabestellen (Kapitel 5). Zudem werden die Auswirkungen von Schutzgebühren auf den Wettbewerb (Kapitel 6) sowie die Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (Kapitel 7) thematisiert. Die Empfehlungen folgen in Kapitel 8.

2 Begriff der Schutzgebühr

6. In Kapitel 2 wird der Begriff der Schutzgebühr beschrieben und ausgeführt, wie dieser Begriff in der vorliegenden Empfehlung zu verstehen ist.

7. Für den Begriff der Schutzgebühr existiert keine Legaldefinition im Beschaffungsrecht oder in einem anderen Rechtsgebiet. Gemäss allgemeinem Sprachgebrauch wird unter dem Begriff der Schutzgebühr eine Gebühr verstanden, mit der sichergestellt werden soll, dass etwas nur an diejenige Person abgegeben wird, die ernsthaft interessiert ist.[2] In der Literatur zu Art. 8 (Preisausschreiben und Auslobung) des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht; SR 220) wird ausgeführt, dass Schutzgebühren zulässig sind, mit denen nicht ernsthafte Teilnehmer abgehalten werden sollen.[3] Der Begriff der Schutzgebühren wird teilweise auch im Immaterialgüterrecht erwähnt.[4] Vom Bundesgericht wird der Begriff der Schutzgebühren insbesondere in der strafrechtlichen Rechtsprechung verwendet.[5] Im beschaffungsrechtlichen Sinne wird der Begriff der Schutzgebühren zwar gelegentlich verwendet, aber nicht näher definiert.[6]

8. Die Erhebung von Kosten für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen oder Schutzgebühren im Speziellen sind in der IVöB nicht vorgesehen. Im kantonalen Beschaffungsrecht ist die Erhebung solcher Gebühren teilweise vorgesehen. Beispielsweise erwähnt die Submissionsverordnung vom 25. Mai 2004 des Kantons Graubünden in Art. 11 lit. l (SubV; BR 803.310) einen Preis für Ausschreibungsunterlagen. Die Erhebung von Schutzgebühren erfordert eine genügende gesetzliche Grundlage. In der kantonalen Rechtsprechung zum Beschaffungsrecht wird in mindestens einem Fall auf eine offenbar eingesetzte Schutzgebühr hingewiesen.[7]

9. Im öffentlichen Beschaffungswesen wird der Begriff der Schutzgebühr im Zusammenhang mit der Bezahlung einer Gebühr für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen verwendet. Dies heisst, dass Ausschreibungsunterlagen nur denjenigen Interessierten abgegeben werden, welche vorgängig eine Gebühr bezahlen. Eine solche Schutzgebühr soll, wie im Begriff enthalten, einen «Schutz» dafür bieten, damit gewisse Informationen nicht an Dritte gelangen. Zielsetzung der Schutzgebühr ist damit die Wahrung von eventuellen Interessen (z.B. Geschäftsgeheimnisse, Know-how oder Urheberrechte) der Vergabestellen. Bei diesem Begriffsansatz werden die bei den Vergabestellen beim Versand der Ausschreibungsunterlagen anfallenden Kosten, wie zum Beispiel Kanzleigebühren, nicht erfasst.

---

2 Definition gemäss Duden des Begriffs Schutzgebühr.

3 ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, 1986, Art. 8 OR N 39.

4 ROBERT M. STUTZ/STEPHAN BEUTLER /MURIEL KÜNZI, Handkommentar Designgesetz, 2006, Art. 14 DesG N 22.

5 Urteil BGer 6B_107/2010 vom 22. Februar 2011.

6 HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, Das Vergaberecht der Schweiz (Überblick - Erlasse – Rechtsprechung), 9. Auflage, 2014, S. 521.

7 Urteil des Verwaltungsgerichts Glarus VG.2010.00011 vom 28. März 2012.

10. Der Begriff der Schutzgebühr ist von den nachfolgenden Begriffen abzugrenzen. Nicht gleichzusetzen ist der Begriff der Schutzgebühr mit dem Begriff des Kostenvorschusses. In BGE 107 Ia 117 hielt das Bundesgericht fest, dass ein Kostenvorschuss dazu dient, entstehende Kosten zu begleichen. Im selben Urteil hält das Bundesgericht zum Begriff der Kaution fest, dass eine geleistete Kaution erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn Kosten auferlegt worden oder entstanden sind. Eine Kaution bildet gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine geleistete Sicherheit, auf die im Fall von entstandenen Kosten zurückgegriffen werden kann.[8]

11. Für die vorliegende Empfehlung sind unter dem Begriff der Schutzgebühr Kostenerhebungen für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen durch öffentlichen Vergabestellen zu verstehen, die darauf abzielen, allfällige Geheimhaltungsinteressen der Vergabestelle zu wahren.

3 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

12. Kapitel 3 untersucht, inwiefern die Erhebung einer Schutzgebühr als binnenmarktrechtlich relevante Benachteiligung bei öffentlichen Beschaffungen zu qualifizieren ist. Zu diesem Zweck werden die beschaffungsrechtlichen Vorgaben im vorgelagerten internationalen Recht (3.1) sowie im Binnenmarktgesetz (3.2) thematisiert. Des Weiteren wird im vorliegenden Kapital Bezug auf den Grundsatz des freien Marktzugangs (3.3) genommen.

3.1 Hinweis auf das internationale Recht

13. Vorweg ist auf die völkerrechtlichen Grundlagen für das schweizerische Beschaffungsrecht im Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA]; SR 0.632.231.422) der Welthandelsorganisation hinzuweisen.

14. Die Vorschriften des GPA sind grundsätzlich auch auf kantonale Vergaben unmittelbar anwendbar. Dies hat die Folge, dass Ausschreibungen den Anforderungen des GPA genügen müssen und sich die Anbieterinnen auf die Bestimmungen des völkerrechtlichen Vertrags berufen können. Art. IX Ziff. 6 lit. g GPA erwähnt, dass eine Bekanntmachung einer geplanten Beschaffung Angaben zur Höhe der für die Vergabeunterlagen zu entrichtenden Beträge und Zahlungsmodalitäten enthält. Das GPA schliesst die Erhebung von Kosten für Vergabeunterlagen damit nicht aus, sieht aber eine Gebühr zum Schutz von Unterlagen nicht vor. Ansonsten finden sich in den internationalen Regelungen keine expliziten Bestimmungen zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Schutzgebühren im öffentlichen Beschaffungswesen.

3.2 Öffentliche Beschaffungen gemäss dem Binnenmarktgesetz

15. Das schweizerische Binnenmarktrecht hat, analog zum internationalen Beschaffungsrecht, unter anderem das Ziel, dass keine systematischen Bevorzugungen von kommunalen oder kantonalen Unternehmen auf dem Schweizer Binnenmarkt stattfinden.[9] Für eine umfassende Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens auf kantonaler und kommunaler Ebene verfügt der Bund über keine Kompetenzen. Gestützt auf Art. 95 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ist der Bund allerdings verpflichtet, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum und damit für einen Binnenmarkt zu sorgen.[10] Hemmnisse des interkantonalen Waren-, Dienstleistungs- und Personenverkehrs im Bereich der öffentlichen Beschaffungen sowie der Marktregulierung sind deshalb abzubauen. Mit Hilfe des Binnenmarktgesetzes nimmt der Bund die in Art. 95 Abs. 2 BV vorgesehene verfassungsmässige Aufgabe wahr und gewährleistet die interkantonale Freizügigkeit (Art. 2 Abs. 1 - 6 BGBM) sowie den diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen Beschaffungsmärkten (Art. 5 BGBM)

---

8 BGE 107 Ia 117 E. 2.

9 DIEBOLD NICOLAS, Vergaberecht und Wettbewerb, iDé Fribourg, 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2017, S. 3 f.

10 OESCH/ZWALD (Fn 1), Art. 5 BGBM N 1.

und Monopoltätigkeiten (Art. 2 Abs. 7 BGBM). Über das Instrument der öffentlichen Ausschreibung wird der diskriminierungsfreie Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten und Monopoltätigkeiten erreicht.[11]

3.3 Grundsatz des freien Marktzugangs

16. In Art. 5 BGBM sind materielle und formelle Mindeststandards, wie der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten sowie die Publikationspflicht für umfangreiche öffentliche Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene vorgesehen.[12] Art. 5 Abs. 1 BGBM hält fest, dass sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Art. 3 BGBM widerspricht. Gemäss Lehre und Rechtsprechung können sich auch Ortansässige auf Art. 5 Abs. 1 BGBM berufen, was zur Folge hat, dass dadurch jegliche unsachliche Ungleichbehandlung untersagt ist.[13]

17. Art. 5 Abs. 2 BGBM statuiert die Verpflichtung, dass bei umfangreichen Beschaffungen ein öffentliches Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist. Dabei sind auch die Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie die Zuschlagsverfügung amtlich zu publizieren.[14] An dieser Stelle ist anzufügen, dass eine gesetzliche Definition des Begriffes der öffentlichen Beschaffung nicht existiert.[15] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine öffentliche Beschaffung vor, wenn die öffentliche Hand im freien Markt als «Nachfragerin» bei privaten Unternehmen, unter Bezahlung eines Preise, die für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben erforderlichen Mittel erwirbt.[16]

18. Ein Verstoss gegen Art. 5 BGBM liegt beispielsweise dann vor, wenn ein öffentlicher Auftrag gar nicht erst ausgeschrieben wird, weil die Beschaffungsstelle die subjektive oder objektive beschaffungsrechtliche Unterstellung zu Unrecht verneint, weil sie den Auftragswert zu tief berechnet hat, oder weil sie zu Unrecht einen beschaffungsrechtlichen Ausnahmegrund geltend macht. Der interkantonale Wirtschaftsverkehr wird durch die Direktvergabe eingeschränkt, unabhängig davon, ob der Auftrag an eine ortsansässige oder ortsfremde Person vergeben wurde. Eine Verletzung von Art. 5 BGBM ist auch dann gegeben, wenn das Vergabeverfahren durch eine sachlich nicht gerechtfertigt enge Umschreibung des Beschaffungsobjekts bzw. der technischen Spezifikation oder der Eignungs- und Zuschlagskriterien auf eine bestimmte Anbieterin zugeschnitten wird.[17] Bei Art. 5 Abs. 1 BGBM handelt es sich um einen zu Art. 2 BGBM parallelen, jedoch eigenständigen Anspruch auf Marktzugang.[18] Alle Beschränkungen des Zugangs zu öffentlichen Beschaffungsmärkten stellen eine Verletzung des BGBM dar, sofern diese nicht die Voraussetzungen gemäss Art. 3 BGBM erfüllen.[19] Art. 5 Abs. 1 BGBM verwendet in der französischen und italienischen Sprachversion den Begriff der Diskriminierung. Das Erheben von Schutzgebühren führt zu einer Differenzierung zwischen zahlungskräftigen und weniger zahlungskräftigen Unternehmen, ohne darauf abzuzielen, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren. Dadurch ist der Tatbestand der Diskriminierung nach Art. 5 Abs. 1 BGBM erfüllt.

---

11 DIEBOLD (Fn 9), S. 3 f.

12 OESCH/ZWALD (Fn 1), Art. 5 BGBM N 1.

13 M.w.H.: PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, Rz 52.

14 DIEBOLD (Fn 9), S. 4 f.

15 GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 13), Rz 106 f.

16 BGE 141 II 113 E. 1.2.1; m.w.H.

17 DIEBOLD (Fn 9), S. 4 f.

18 BGE 141 II 113 E. 3.1.4.

19 EVELYNE CLERC in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2012, Art. 5 BGBM N 119.

19. Die Erhebung einer Schutzgebühr ist für mögliche interessierte Anbieterinnen eine Beschränkung des Marktzugangs, da diese abhängig von deren Finanzkraft vorgängig und möglicherweise ohne Rückerstattung für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen bezahlen müssen. Der Erhalt der vollständigen Ausschreibungsunterlagen ist eine notwendige Grundlage, damit Offerenten überhaupt ein Angebot einreichen können.[20] Unternehmen, die regelmässig an öffentlichen Beschaffungen teilnehmen, verfolgen die Publikationen aufmerksam und fordern regelmässig Ausschreibungsunterlagen an, um zu prüfen, ob eine Ausschreibung von Interesse ist. Dabei erfolgen Angebote nur in einem Teil aller Fälle, in denen Ausschreibungsunterlagen angefordert wurden. Die Erhebung von Schutzgebühren erhöht damit die Kosten für einen möglichen Markeintritt und benachteiligt mögliche Anbieterinnen. Schutzgebühren sind damit regelmässig als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren, da diese für mögliche Anbieterinnen zu einer Diskriminierung führen und eine Marktzugangsschranke darstellen.

20. Das Ziel von öffentlichen Ausschreibungen ist insbesondere die Schaffung von Wettbewerb (u.a. Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB). Bei einem öffentlichen Vergabeverfahren kann eine vorgängige Kostenerhebung für den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen zu einem negativen Einfluss auf den Wettbewerb im Vergabeverfahren führen, da mögliche Anbieterinnen über nicht genügend Informationen über die Ausschreibung erhalten. Daraus kann eine niedrigere Anzahl von geeigneten Anbieterinnen resultieren, was die Wettbewerbsintensität verringert, worauf hinten unter Kapitel 6 noch einzugehen ist.

21. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass das Erheben von Schutzgebühren für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen bei öffentlichen Beschaffungen in aller Regel eine Benachteiligung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM und somit einen Verstoss gegen diese Bestimmung darstellt. Nachfolgend ist zu erörtern, inwiefern binnenmarktrechtliche Rechtfertigungsgründe vorliegen.

4 Öffentlichkeitsprinzipien

22. In dieser Empfehlung ist ein Hinweis auf die in den meisten Kanton bekannten Öffentlichkeitsprinzipien anzubringen. Grundsätzlich verfügen die Kantone über kantonale Öffentlichkeitsbestimmungen, die Zugang zu Dokumenten der Verwaltung gewähren. Aus diesem Grund wäre es möglich, dass eine Vergabestelle auf entsprechendes Ersuchen hin Ausschreibungsunterlagen unter Umständen, in Ausnahmefällen mindestens teilweise offenlegen müsste, womit das Auferlegen einer Schutzgebühr auch in dieser Hinsicht problematisch erschiene. Auf eine weitere Auseinandersetzung mit der Frage, ob gestützt auf Öffentlichkeitsprinzipien eine Offenlegung erfolgen müsste, ist hier nicht weiter einzugehen, da wie nachfolgend gezeigt wird, die Voraussetzungen der binnenmarktrechtlichen Rechtfertigungsgründe nicht erfüllt sind.

5 Prüfung möglicher Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 3 BGBM

23. Kapitel 5 behandelt unter dem Blickwinkel des BGBM mögliche Rechtfertigungsgründe zur Erhebung von Schutzgebühren. Eingangs folgen allgemeine Erläuterungen zu den Vorgaben für eine Rechtfertigung nach Art. 3 BGBM (5.1). Danach werden insbesondere die in der durchgeführten Befragung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe, die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (5.2) sowie die Wahrung von Urheberrechten (5.3) diskutiert und nach Massgabe von Art. 3 BGBM gewürdigt.

5.1 Voraussetzungen einer Rechtfertigung nach Art. 3 BGBM

24. Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen müssen in Form von Auflagen oder Bedingungen ausgestaltet sein. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht können Marktzugangsbeschränkungen

[20] GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 13), Rz 382 f.

unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden. Benachteiligende Vorgaben in Abweichung zu Art. 5 BGBM sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 - 3 BGBM erfüllt sind.[21] Eine Rechtfertigung muss gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM (a.) gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, (b.) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und (c.) verhältnismässig sein. Dabei fallen für die erwähnten überwiegenden öffentlichen Interessen den Zielsetzungen des BGBM entsprechend in erster Linie diejenigen in Betracht, welche auch Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen können. In diesem Zusammenhang wird allerdings eine «Unerlässlichkeit» einer Marktzugangsbeschränkung vorausgesetzt.[22] Zudem darf keine verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen vorliegen (Art. 3 Abs. 3 BGBM).

25. Die Erhebung von Schutzgebühren stellt eine Benachteiligung nach Art. 5 Abs. 1 BGBM dar. Solche Marktzugangsbeschränkungen müssen insbesondere nach Art. 3 Abs. 1 BGBM zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sein und den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen.

5.2 Wahrung von Geschäftsgeheimnissen bei öffentlichen Beschaffungen

5.2.1 Begriff Geschäftsgeheimnis

26. Von den befragten Vergabestellen wurde zur Rechtefertigung von Schutzgebühren insbesondere auf die Wahrung von in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Geschäftsgeheimnissen hingewiesen. Im Binnenmarktgesetz und in der interkantonalen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen finden sich keine Definitionen des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses. Erwähnt wird die Verletzung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen in Art. 162 des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0). In verschiedenen Rechtsgebieten wird auf die in der strafrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen abgestellt. Der Geheimnisbegriff, der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert wurde, umfasst alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen, die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse daran hat.[23] Das Vorliegen eines berechtigen Geheimhaltungsinteresses liegt vor, wenn die Tatsachen für den geschäftlichen Erfolg bedeutsam sind.[24] Zu fragen wäre zudem, inwiefern in Zusammenhang mit den Vergabestellen der öffentlichen Hand nicht auch die Wahrung von Amtsgeheimnissen in Frage käme.

27. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass den Stellungnahmen der Befragten zu entnehmen ist, dass die Erhebung von Schutzgebühren auch mit der Wahrung von Know-how begründet wird. Das rechtliche Verständnis des Begriffes Know-how hat Ähnlichkeiten zum Begriff des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses nach Art. 162 StGB. In der Praxis wird Know-how als eine Kenntnis definiert, welches ein Unternehmen erworben hat, um mit diesem Probleme in der Herstellung der Produkte, der Entwicklung von Dienstleistungen oder der Organisation seines Unternehmens zu bewältigen. Dabei wird an diesen Kenntnissen Exklusivität genossen, solange diese geheim gehalten werden können.[25] Für die nachfolgende Frage einer Rechtfertigung nach Art. 3 BGBM wird auf Know-how nicht weiter separat eingegangen, sondern Know-how wird nachfolgend analog zur Frage einer binnenmarktrechtlichen Rechtfertigung aufgrund von Geschäftsgeheimnissen behandelt.

---

21 DIEBOLD (Fn 9), S. 1 ff., S. 6.

22 OESCH/ZWALD (Fn 1), Art. 3 BGBM N 2.

23 BGE 142 II 268 E. 5.2.1.

24 ISABELLE HÄNER, Zugang zu Informationen, Öffentlichkeitsprinzip – Geschäftsgeheimnis, in: Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2016, S. 119 f.

25 KAMEN TROLLER, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2001, S. 170 f.

5.2.2 Wahrung der Geschäftsgeheimnisse als mögliche Rechtfertigung gemäss Art. 3 BGBM?

28. Die Mehrheit der befragten Vergabestellen berief sich für eine Erhebung von Schutzgebühren auf die Wahrung von ihren Geschäftsgeheimnissen in den Ausschreibungsunterlagen. Nachstehend ist zu klären, ob die Erhebung einer Schutzgebühr für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sich nach Art. 3 BGBM rechtfertigen lässt. Die Ausschreibungsunterlagen müssen die benötigten Waren oder Dienstleistungen mittels eines umfassenden Produkte-, Aufgabenbeschriebs oder eines detaillierten Leistungsverzeichnisses umfassen, sowie die zu erfüllenden Anforderungen beinhalten.[26] Auf Bundesebene ist der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen in Art. 18 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11) umschrieben. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten somit die benötigten Angaben, damit eine Offerte eingereicht werden kann. Die Ausschreibungsunterlagen und die darin enthaltenen Informationen sind für alle möglichen interessierten Anbieterinnen und mithin die Allgemeinheit bestimmt, da ein Leistungserbringer gesucht wird und die Vergabestelle grundsätzlich ein Interesse an mehreren Angeboten hat. Wie vorstehend erwähnt, werden für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen folgende Eigenschaften vorausgesetzt: Es muss sich um Tatsachen handeln, die weder offenkundig oder allgemein zugänglich sind sowie ein subjektives und objektives Geheimhaltungsinteresse vorliegen. Bei einem Grossteil der regelmässig in Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Informationen, dürfte es sich nicht um geheimhaltungsbedürftige Tatsachen handeln. Punktuell und ausschreibungsspezifisch können in Ausschreibungsunterlagen Geschäftsgeheimnisse enthalten sein, die unter Umständen auch gegenüber potenziellen Anbieterinnen zu schützen sind.

29. Ob das Erheben von Schutzgebühren, um Geschäftsgeheimnisse zu schützen, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM ist, erscheint grundsätzlich und auch mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen fraglich. Das Erheben einer Schutzgebühr könnte in Einzelfällen dazu dienen, bei allfälligen Geschäftsgeheimnissen in Ausschreibungsunterlagen, die Anzahl der Anfragen für die Ausschreibungsunterlagen zu reduzieren, was sich in erster Linie erst im Einzelfall beurteilen liesse. Ob überhaupt überwiegende öffentliche Interessen nach Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM für eine Rechtfertigung vorliegen, muss an dieser Stelle allerdings nicht beantwortet werden, da wie im Folgenden gezeigt wird, das Erheben von Schutzgebühren den Voraussetzungen einer Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM nicht standhält.

30. Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM sieht vor, dass Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig sind, wenn sie die Verhältnismässigkeit wahren. Damit ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit angesprochen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass Massnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesses liegenden Ziels geeignet, erforderlich sowie zumutbar sind. Die behördliche Anordnung muss dabei geeignet sein, das angestrebte, im öffentlichen Interesse stehende Ziel zu erreichen. Bei der Voraussetzung der Erforderlichkeit muss das im öffentlichen Interesse stehende Ziel mit dem mildesten Mittel erreicht werden.[27] Bei der Erhebung von Schutzgebühren stellt sich in Zusammenhang mit der Bezahlung für Ausschreibungsunterlagen die Frage, ob diese der Anforderung der für die Verhältnismässigkeit vorgesehenen Eignung genügen. Das Erheben einer Schutzgebühr soll dazu dienen, allfällige Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Durch die Aushändigung der Ausschreibungsunterlagen gegen Erhebung einer Schutzgebühr werden allfällig vorhandene Geschäftsgeheimnisse allerdings noch nicht gewahrt, sondern nach Bezahlung der Schutzgebühr eben offengelegt. Zwar kann die Erhebung einer Schutzgebühr dazu führen, dass tendenziell weniger Personen Ausschreibungsunterlagen anfordern, insgesamt stellt diese aber kein geeignetes Mittel dar, um die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen.

---

26 GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 13), Rz 383.

27 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, 2014, § 21, Rz 1 ff.

31. Selbst wenn die Erhebung von Schutzgebühren zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen geeignet wäre, müsste diese das mildeste Mittel gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM darstellen. Eine Wahrung von möglichen Geschäftsgeheimnissen könnte aber ohne Weiteres auch durch andere, mildere Vorkehren erreicht werden. Üblich ist beispielsweise eine vorgängige vertragliche Vereinbarung zur Absicherung von Geschäftsgeheimnissen (Geheimhaltungsvereinbarung mit Konventionalstrafen). Insbesondere könnte auch ein selektives Verfahren (Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB) durchgeführt werden. In einem selektiven Verfahren offerieren die Anbieterinnen nicht direkt, sondern stellen zunächst einen Antrag auf Teilnahme am Verfahren. In einem ersten Verfahrensschritt wird die Eignung der Anbieterin geprüft. Nur geeignete Bewerber werden in einem weiteren Schritt unter Abgabe der Ausschreibungsunterlagen eingeladen, eine Offerte bei der Vergabestelle einzureichen.[28] Als weitere mögliche Alternative und auch gelegentlich verwendet wird eine stufenweise Ausgabe von Informationen, indem bereits weitreichende und detaillierte Informationen in der Publikation im SIMAP ersichtlich sind, damit dann erst in einem weiteren Schritt nur interessierte Anbieterinnen Geschäftsgeheimnisse enthaltende Ausschreibungsunterlagen erhalten. Als letzte Möglichkeit könnte bei möglichen ungerechtfertigten Anfragen eine Verweigerung des Zugangs zu Ausschreibungsunterlagen gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot erfolgen. Daraus ergibt sich, dass aufgrund mehrerer, weniger weitgehender Alternativen für einen Schutz von Geschäftsgeheimnissen, Schutzgebühren nicht das mildeste Mittel darstellen und damit nicht verhältnismässig im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM sind.

32. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die Erhebung von Schutzgebühren zum Schutz allfälliger Geschäftsgeheimnisse (analog für Know-how) dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM nicht standhält, da Schutzgebühren weder geeignet noch angesichts weniger weitgehender Alternativen das mildeste Mittel darstellen, um Geschäftsgeheimnisse zu wahren.

5.3 Wahrung der Urheberrechte bei öffentlichen Beschaffungen

5.3.1 Anwendung des Urheberrechtsgesetzes

33. Die befragten Vergabestellen machten als Begründung für das Erheben von Schutzgebühren teilweise auch die Wahrung von Urheberrechten an den erstellten Ausschreibungsunterlagen geltend. Das Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1) bezeichnet in Art. 1 Abs. 1 URG den Regelungsbereich dieses Gesetzes.[29] Darunter fällt der Schutz der Urheber von Werken der Literatur und Kunst, der Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie der Sendeunternehmen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG sind urheberrechtliche Werke geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben unabhängig von ihrem Wert oder Zweck. Der Urheberrechtsschutz setzt das Erfüllen dieser Eigenschaften voraus. Unter den Werksbegriff fallen gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. d URG auch Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt wie Zeichnungen, Pläne, Karten oder plastische Darstellungen. Rechtsprechung und Literatur äussern sich nicht spezifisch dazu, inwiefern Ausschreibungsunterlagen in öffentlichen Beschaffungen urheberrechtlichen Schutz erlangen können. Durch das Urheberrecht hingegen nicht geschützt sind Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden und öffentlichen Verwaltungen (Art. 5 Abs. 1 lit. c URG). Hingegen werden verwaltungsinterne Dokumente beispielsweise Gutachten, Expertenberichte u.a. vom Urheberrechtsschutz erfasst.[30] Art. 5 Abs. 1 lit. c URG enthält sehr konkrete, enge Tatbestandsvoraussetzungen für eine Ausnahme vom Urheberrechtsschutz.[31] Ausschreibungsunterlagen fallen, da nicht explizit erwähnt und nicht unter einer der erwähnten Begriffe subsumierbar, nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 5 Abs. 1 lit. c

---

28 MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffungen, Vergaberecht und Schadenersatz – Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnehmer des Gemeinwesens, 2004, Rz 143.

29 IVAN CHERIPILLOD, in: Urhebergesetz (URG), in: Müller/Oertli (Hrsg.), 2012, Art. 2 URG N 1.

30 THOMAS POLDENA/SIMON SCHLAURI/SAMUEL SCHWEIZER, Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern, 2017, Rz 407.

31 RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, S. 104, Rz 126.

URG. Mangels entsprechender Ausnahmebestimmungen oder entgegengesetzter Praxis oder Lehre beurteilt sich die urheberrechtliche Schutzmöglichkeit von Ausschreibungsunterlagen deshalb nach den in Art. 2 URG enthaltenen Grundsätzen. Auch eine öffentliche Vergabestelle kann sich damit bezüglich der Ausschreibungsunterlagen auf einen Urheberrechtsschutz berufen, wenn die Voraussetzungen eines Werkes nach Art. 2 URG erfüllt sind. Im Hinblick auf die Werksqualifikation von Ausschreibungsunterlagen sind dabei insbesondere Pläne und Zeichnungen von besonderem Interesse, die unter den Werkbegriff des Urhebergesetzes fallen, sofern ein individueller Charakter sowie ein wissenschaftlicher oder technischer Inhalt vorhanden ist.[32]

5.3.2 Wahrung der Urheberrechte als mögliche Rechtfertigung gemäss Art. 3 BGBM?

34. Verfügungen sowie sonstige Handlungen seitens öffentlicher Auftraggeberinnen müssen nicht nur die jeweiligen submissionsrechtlichen Grundlagen, sondern auch die übrige Rechtsordnung beachten, darunter auch das Zivilrecht. Dazu gehören auch die Vorschriften über den Schutz des geistigen Eigentums.[33] Die Vergabestelle geniesst Planungsfreiheit bezüglich der Umschreibung der zu beschaffenden Leistung sowie der Genauigkeit dieser Umschreibung. Diese Freiheit findet jedoch insofern ihre Grenzen, als dass die Umschreibung der Leistung und des damit verfolgten Ziels zumindest so genau sein muss, dass interessierte Anbieterinnen gestützt auf die Ausschreibung eine konkrete Leistung anbieten können, die zur Erreichung des Ziels geeignet ist.[34] Es liegt dabei an der Vergabestelle festzulegen, welche Informationen interessierten Anbieterinnen in einem beschaffungsrechtlichem Verfahren zur Verfügung zu stellen sind, damit diese eine geeignete Offerte einreichen können.

35. Wenn die Voraussetzungen von Art. 2 URG erfüllt sind, können wie oben ausgeführt Ausschreibungsunterlagen urheberrechtlich geschützt sein. Die Urheberschaft am Werk dürfte regelmässig bei der Vergabestelle respektive dem dahinterstehenden Gemeinwesen liegen, welches über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Mit einer Herausgabe der Ausschreibungsunterlagen liegt keine Veräusserung gemäss Art. 12 Abs. 1 URG und auch keine Rechtsübertragung nach Art. 16 Abs. 1 URG vor. Das Urheberrecht an den Ausschreibungsunterlagen verbleibt grundsätzlich bei der Vergabestelle. Dieser stehen im Falle von Verletzungen des Urheberechts insbesondere die zivilrechtlichen Schutzrechte (Art. 61 ff. URG) und die in Art. 67 URG vorgesehenen Strafbestimmungen zur Verfügung.

36. In Bezug auf eine Rechtfertigung einer Schutzgebühr unter dem Blickwinkel des BGBM sind die bereits erwähnten Grundsätze zu wiederholen. Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM sieht vor, dass Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig sind, wenn sie verhältnismässig sind. Da im Falle von urheberrechtlich geschützten Ausschreibungsunterlagen die im URG vorgesehenen Rechtsbehelfe zu Verfügung stehen, sind grundsätzlich weitergehende Massnahmen nicht erforderlich. Eine Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM von Schutzgebühren zur Wahrung der Urheberrechte kann damit nicht angerufen werden.

37. Ausserhalb des Urheberrechts aber spezifisch auf Pläne bezogen ist zudem auf Folgendes hinzuweisen: Neben den urheberrechtlichen Behelfen kann die Verwendung von Ausschreibungsunterlagen zudem in Bezug auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241) problematisch sein. Gemäss Art. 5 lit. a UWG handelt insbesondere unlauter, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet.

38. Weitergehend könnte gefragt werden, inwiefern aufgrund allfälliger begründeter Befürchtungen von anstehenden Urheberrechtsverletzungen Ausschreibungsunterlagen nur eingeschränkt zur Verfügung gestellt werden sollten. In solchen Fällen bestünden jedoch auch die

---

32 BEYELER (Fn 28), Rz 832.

33 GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 13), Rz 1194.

34 BEYELER (Fn 28), Rz 832.

oben erwähnten Alternativen eines absichernden Vertrages, der Wahl eines selektiven Verfahrens, der stufenweisen Ausgabe von Informationen sowie der Schranke des Rechtsmissbrauchsverbots.

39. Betreffend die geprüfte Frage einer urheberrechtlichen Rechtfertigung einer Schutzgebühr lässt sich zusammenfassend Folgendes festhalten: Das Urheberrecht an Ausschreibungsunterlagen verbleibt auch bei Herausgabe der Ausschreibungsunterlage bei der Vergabestelle, womit die Erhebung einer Schutzgebühr nicht als geeignetes Mittel in Frage kommt, das Urheberrecht der Vergabestelle zu wahren. Wie bereits bei der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse kann auch bei der Wahrung der Urheberrechte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass insbesondere mangels Eignung die Voraussetzungen einer Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM nicht gegeben sind.

5.4 Zwischenfazit

40. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die Erhebung von Schutzgebühren zum Schutz allfälliger Geschäftsgeheimnissen (analog für Know-how) oder zum Schutz der Urheberechte dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM nicht entspricht, da Schutzgebühren weder geeignet noch – angesichts weniger weitgehender Alternativen - das mildeste Mittel darstellen, um Geschäftsgeheimnisse oder Urheberrechte zu schützen. Weitere mögliche Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich und wurden von den befragten Vergabestellen auch nicht angegeben. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass einzelfallspezifisch allfällige weitere Rechtfertigungsgründe zu prüfen wären.

41. Damit liegt durch das Erheben von Schutzgebühren eine in der Regel benachteiligende Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 5 BGBM vor, die sich mit der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen oder Urheberrechten gemäss Art. 3 BGBM nicht rechtfertigen lässt.

6 Auswirkungen von Schutzgebühren auf den Wettbewerb

42. Das Ziel von öffentlichen Ausschreibungen ist insbesondere die Schaffung von Wettbewerb (u.a. Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB). Unternehmen erhalten so die Chance, ihr Produkt oder ihre Dienstleistung zur Deckung des Bedarfs der Beschaffungsstelle anzubieten. Der Staat erhält dabei die Gelegenheit, aus den Angeboten die wirtschaftlich günstigste Variante auszuwählen. Funktionierende Beschaffungsmärkte führen dadurch zu einem optimaleren Einsatz der Mittel der öffentlichen Haushalte. Ein wettbewerbsorientiertes Beschaffungswesen dient diesem Ziel. Als Grundsatz sind aus Sicht des Wettbewerbs möglichst offene und transparente Märkte im Interesse des Funktionierens des Wettbewerbs.[35]

43. Offenheit der Märkte bedeutet, dass die Marktzutritte möglichst frei erfolgen können und die Marktzutrittsschranken niedrig sind. Schutzgebühren bei öffentlichen Ausschreibungen stellen eine finanzielle Marktzutrittsschranke dar. Ein Unternehmen kann erst mit den vollständigen Ausschreibungsunterlagen klar einschätzen, ob es ein gutes Angebot unterbreiten kann und damit die Chance auf einen Zuschlag erhält. Die Schutzgebühr wird jedoch bereits erhoben, bevor die notwendigen Details der Ausschreibung dem Unternehmen bekannt sind. Das Risiko einer finanziellen Vorleistung, ohne zu wissen, ob sich die aufwändige Ausarbeitung eines Angebots überhaupt lohnt, schreckt manche Unternehmen vor der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ab. Dies betrifft auch Anbieter, welche ein brauchbares Angebot abgeben könnten, wenn sie die Ausschreibungsunterlagen kennen würden. Die Intensität des Wettbewerbs ist tendenziell grösser, je mehr Anbieterinnen eine Offerte einreichen.[36] Die Beschaffungsstelle profitiert von der geschaffenen Auswahlgrundlage und vom Wettbewerb zwischen den Anbieterinnen, da sie aus einer Vielzahl vergleichbarer Angebote auswählen kann.[37] We-

[35] Vgl. zum Ganzen: Bericht des Sekretariats der WEKO, Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts des Bundes, RPW 2006/2, S. 392 ff., S. 401.

[36] BEYELER (Fn 28), Rz 214 f.

[37] BEYELER (Fn 28), Rz 150.

niger Angebote schaden dem Wettbewerb, da die Beschaffungsstelle aus weniger vergleichbaren Angeboten auswählen kann und sich damit selbst die Chance auf das bestmögliche Angebot verringert.

44. Es ist von wesentlicher Bedeutung, dass öffentliche Vergabeverfahren durchgeführt werden und die Teilnahme an diesen nicht beschränkt wird. Eine Teilnahme am Vergabeverfahren soll allen potenziellen Leistungserbringern offenstehen. Offenere Märkte führen in der Regel zu mehr Wettbewerbern und zu intensiverem Wettbewerb.

7 Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

45. Kapitel 7 thematisiert die aktuelle Gesetzesrevision des öffentlichen Beschaffungswesens auf Stufe Bund. Diese ist in der vorliegenden Empfehlung zu erwähnen, da die Frage der Zulässigkeit von Schutzgebühren auch Gegenstand der parlamentarischen Debatten ist. Zudem werden die bundesrechtlichen Vorgaben in der Regel dann zuerst in das interkantonale Recht (IVöB) und später auch in die jeweiligen kantonalen Rechte übernommen. Eine solche Harmonisierung der Rechtsgrundlagen ist zu begrüssen, da eine Zersplitterung des Rechts die Transparenz senkt, die Rechtunsicherheit erhöht und damit den Wettbewerb hemmt.

46. Zunächst wird die Ausgangslage (7.1) geschildert werden und anschliessend wird darauf hingewiesen, wie der aktuelle Stand des Gesetzestextes zu einer Schutzgebühr aussieht (7.2).

7.1 Ausgangslage

47. Nationalrat Thomas Ammann reichte am 30. Mai 2018 die Frage nach der Einschätzung des Bundesrates zu einem Vergabefall bei der SBB ein, in welchem die Interessenten für einen durch die SBB auf SIMAP ausgeschriebenen Auftrag "Ersatz 36 V-Batteriesysteme" die Ausschreibungsunterlagen nur gegen eine Schutzgebühr von 20’000 Franken zugestellt erhalten.[38] Der Bundesrat antwortete am 4. Juni 2018 Folgendes:

> «Das Instrument der Schutzgebühr ist vergaberechtlich zulässig. Die Schutzgebühr ist explizit vorgesehen bei Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben, welche in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen geregelt sind. Gemäss Auskunft nutzen die SBB das Instrument in Fällen, in denen die Vergabeunterlagen spezifisches Know-how enthalten, welches es zu schützen gilt und deshalb nicht einem breiten Kreis zugänglich gemacht werden soll. Damit soll verhindert werden, dass die Unterlagen auf simap.ch heruntergeladen werden ohne konkretes Interesse, ein Angebot einzureichen. Dies trifft gemäss SBB im vorliegenden Fall zu. Die Höhe der Schutzgebühr wird im Verhältnis zum Vergabevolumen angesetzt. Im vorliegenden Fall beläuft sich das Vergabevolumen auf einen hohen einstelligen Millionenbetrag. Die Gebühr wird nach Abschluss des Beschaffungsverfahrens den Anbieterinnen zurückbezahlt. Der Bundesrat beurteilt diese SBB-Praxis nicht. Diese liegt in der operativen Verantwortung der Unternehmung. »

48. Öffentliche Beschaffungen durch die SBB richten sich nach dem Beschaffungsrecht des Bundes und insbesondere nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1). Die eingangs erwähnte vergaberechtliche Zulässigkeit wird in der bundesrätlichen Antwort nicht näher begründet. Der Bundesrat bezieht sich bei seiner Antwort offenbar auf Anhang 4 Abs. 1 Ziff. 8 VöB, worin festgehalten wird, dass die Ausschreibung eines Auftrages im offenen und selektiven Verfahren eine allfällig geforderte Kaution und Sicherheiten enthalten müsse. Jedoch ist fraglich, ob der Begriff Schutzgebühr mit demjenigen der Kaution oder Sicherheiten gleichgesetzt werden kann (vgl. dazu vorne Rz. 10). Kautionen und Sicherheitsgebühren werden eher bei der Abwicklung zur vertraglichen Absicherung eingesetzt. Im erläuternden Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. Januar 2010 finden sich keine Ausführungen zu den Begriffen Kaution und Sicherheiten.[39]

---

[38] Frage 18.5263; abrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20185263.

[39] Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 1. Januar 2010.

7.2 Gesetzesrevision

49. Auf Bundesebene befindet sich das BöB in Revision. In der Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017 wird an mehreren Stellen festgehalten, dass das Beschaffungsrecht auf Transparenz ausgerichtet ist und diese noch erhöht werden soll.[40] Im Entwurf des Bundesrates ist in Art. 35 lit. s E-BöB festgehalten, dass die Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen sowie eine allfällige Gebühr für den Bezug als Informationen bei einer Ausschreibung veröffentlicht werden. Dem ist der Ständerat gefolgt. Der Nationalrat hat in Art. 11. lit. f E-BöB demgegenüber ergänzt, dass auf die Erhebung von Schutzgebühren jeglicher Art zu verzichten ist und hat den Passus mit der Gebühr in Art. 35 lit. s gestrichen.[41] Wie das Parlament dazu entscheiden wird, ist derzeit noch offen.

[40] Botschaft zur Totalrevision des Bundegesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851, 1871.

[41] Geschäft 17.019, Gesetzesfahne vom 6. Februar 2019; abrufbar unter: https://www.parlament.ch.

8 Empfehlung

50. Zusammenfassend kommt die WEKO zu folgenden Erkenntnissen und zu nachstehender Empfehlung:

A Erkenntnisse

A-1 Das **Erheben von Schutzgebühren** für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen bei kantonalen oder kommunalen öffentlichen Beschaffungen stellt in aller Regel eine Benachteiligung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM und somit einen Verstoss gegen diese Bestimmung dar.

A-2 Eine Rechtfertigung der Beschränkung des freien Zugangs zum Markt dürfte gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und Urheberrechten nicht erfolgen können, insbesondere da im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips auch mildere Massnahmen möglich sind.

Mangels Rechtfertigung liegt ein **Verstoss gegen Art. 5 BGBM** vor. Es ist dabei Sache der Vergabestellen allfällige weitere Rechtfertigungsgründe nach Art. 3 Abs. 1 BGBM darzulegen.

A-3 Als mögliche **alternative mildere Massnahmen** sind insbesondere zu prüfen:

- Vertragliche Abmachungen (z.B. Geheimhaltungsvereinbarung)
- Wahl eines selektiven Verfahrens
- Abgestufte Ausgabe von Ausschreibungsunterlagen
- Verweigerung des Zugangs zu Ausschreibungsunterlagen gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot

B Empfehlung

B-1 Die WEKO empfiehlt, auf **Schutzgebühren** für den Erhalt von Ausschreibungsunterlagen bei kantonalen oder kommunalen öffentlichen Beschaffungen zu **verzichten**.

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Kopien an:

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL, Herr Pierre Broye, Fellerstrasse 21, 3003 Bern

Beschaffungskonferenz des Bundes BKB, Fellerstrasse 21, 3003 Bern

Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz der Kantone (BPUK), Haus der Kantone, Speichergasse 6, Postfach, 3001 Bern

Befragte Vergabestellen