



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ

28. Juni 2021

Rechtsstaatlicher Rahmen für die Beschaffung von Kampfflugzeugen

Inhaltsverzeichnis

1	Verfahren und anwendbares Recht	3
2	Zuschlagskriterien	3
	2.1.1 Grundsatz	3
	2.1.2 Gleichwertigkeit	4
3	Rechtsmittel und Rechtsgeltung	4
4	Beurteilung unter dem Gesichtswinkel der Rechtsstaatlichkeit	5
	4.1 Grundsätze	5
	4.2 Recht- und Gesetzmässigkeit	5
	4.3 Rechtsgleichheit	6
	4.4 Treu und Glauben (Vertrauensschutz)	6
5	Zusammenfassung	7

1 Verfahren und anwendbares Recht

Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten des totalrevidierten Beschaffungsrechts am 1. Januar 2021 eingeleitet wurden, werden in Anwendung des bisherigen Beschaffungsrechts durchgeführt.¹ Anwendbar sind somit das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB) vom 16. Dezember 1994 sowie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB) vom 11. Dezember 1995.

Die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial fällt nach Art. 3 Abs. 1 lit. e aBöB nicht in den Anwendungsbereich des aBöB. Solche sogenannten «übrigen Beschaffungen» werden nach Art. 1 lit. b aVöB durch die aVöB geregelt. Diese Art von Vergabeverfahren ist im 3. Kapitel der aVöB (Art. 23-39 aVöB) geregelt.

Das Evaluationsverfahren wurde im Rahmen eines Einladungsverfahrens durchgeführt.² Dieses ist in Art. 34 Abs. 1 aVöB vorgesehen.

2 Zuschlagskriterien

2.1.1 Grundsatz

Der Bundesrat ist die für den Vergabeentscheid zuständige Behörde. Er ist rechtlich verpflichtet, den Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Der auf «übrige Beschaffungen» anwendbare Art. 37 aVöB hält dies unter dem Titel «Zuschlagskriterien» explizit fest und verweist auf Art. 21 Abs. 1 aBöB. Nach dieser Bestimmung wird das wirtschaftlich günstigste Angebot «ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden (...)». Anhand der Zuschlagskriterien wird der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots konkretisiert.³ Für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ist somit nicht ausschliesslich der Preis ausschlaggebend.⁴

Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zu einem Planungsbeschluss über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge vom 26. Juni 2019⁵ den Rahmen für die Formulierung der Zuschlagskriterien wie folgt festgelegt:

Die Ausschreibung soll nach sachlichen Kriterien erfolgen, d.h. die Anforderungen (Leistungsfähigkeit, Eignung für die Schweiz, Kosten, militärische und industrielle Kooperationsangebote) sollen ausschlaggebend sein. Aussenpolitische Aspekte sollen erst dann eine Rolle spielen, wenn zwischen gleichwertigen Angeboten auszuwählen ist.⁶

Die Kandidaten werden im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse miteinander verglichen. Dabei werden kostenseitig die Beschaffungskosten der Systeme (Systemkosten) sowie die Betriebskosten während einer dreissigjährigen Nutzung berücksichtigt. Für den Nutzen sind die folgenden Kriterien ausschlaggebend: Wirksamkeit (Gewichtung 55 Prozent), Produktsupport (25 Prozent), Kooperation (10 Prozent) sowie die direkte Industriebeteiligung (10 Prozent).⁷

¹ Art. 62 BöB (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019; SR 172.056.1)

² BBI 2019 5100

³ Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021, E. 6.3.1

⁴ BGE 143 II 553 E. 6.4 559

⁵ BBI 2019 5081 ff.

⁶ BBI 2019 5110

⁷ BBI 2019 5105 f.

In der Vorgabe, dass ausserpolitische Gründe erst bei Gleichwertigkeit berücksichtigt werden können, liegt zugleich ein Ausschluss für das Kriterium des ausserpolitischen Grundes, solange die Gleichwertigkeit der entsprechenden Angebote nicht feststeht.

2.1.2 Gleichwertigkeit

Die Frage, ob zwei Angebote gleichwertig sind, so dass auch ausserpolitische Aspekte berücksichtigt werden können, ist in Anwendung der oben aufgeführten Zuschlagskriterien zu beantworten.

Hinweise dazu, wann von Gleichwertigkeit auszugehen ist, gibt es punktuell in der Rechtsprechung. Eine ähnliche Konstellation, d.h. dass bei Gleichwertigkeit zusätzliche Kriterien berücksichtigt werden können/müssen, gibt es beispielsweise bei der Konzessionierung von Radio- und Fernsehveranstaltern: Wenn mehrere Angebote mit Blick auf den Leistungsauftrag weitgehend gleichwertig sind, sind Kriterien der Medienkonzentration zu berücksichtigen. In zwei Entscheiden hat sich das BVGer zur Gleichwertigkeit wie folgt geäussert: Eine Differenz von 10 Prozent wird vom Gericht als «klarer Vorsprung» qualifiziert, der eine weitgehende Gleichwertigkeit ausschliesst.⁸ Dagegen konnte bei einem Unterschied von 3 Prozent noch von weitgehender Gleichwertigkeit ausgegangen werden.⁹

Zu beachten ist allerdings, dass bei diesen Beispielen nur *weitgehende* Gleichwertigkeit gefordert wurde, d.h. die Anforderungen waren weniger streng als bei der hier zur Diskussion stehenden Beschaffung. Die Evaluation der verschiedenen Flugzeugtypen hat an der Spitze sowohl bezogen auf die Systemkosten als auch mit Blick auf den Gesamtnutzen (Kosten-Nutzen-Analyse) Differenzen ergeben, die nach der zitierten Rechtsprechung nicht einmal die Kriterien der weitgehenden Gleichwertigkeit erfüllen würden. Umso weniger kann davon gesprochen werden, dass die Voraussetzung der Gleichwertigkeit erfüllt ist. Das hat zur Konsequenz, dass bei der Auswahl ausserpolitische Aspekte nicht berücksichtigt werden dürfen.

3 Rechtsmittel und Rechtsgeltung

Ordentliche Rechtsmittel stehen gegen den Entscheid des Bundesrates nicht offen. In Frage kommt höchstens eine Aufsichtsbeschwerde an die Bundesversammlung¹⁰ als Rechtsbehelf. Die Bundesversammlung kann aber nicht an die Stelle des Bundesrats treten und seinen Entscheid aufheben.

Die Tatsache, dass keine Beschwerdemöglichkeit besteht, bedeutet allerdings nicht, dass das anwendbare Recht für die Behörden – hier den Bundesrat – nicht verbindlich wäre. Die Sachlage ist vergleichbar mit Art. 190 BV. Diese Norm bestimmt u.a., dass Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden verbindlich sind und schliesst so die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen aus. Das hat nun aber nicht zur Folge, dass das Parlament bei der Gesetzgebung nicht an die Verfassung gebunden wäre. Im Gegenteil: Das Parlament ist selbst verantwortlich, dass seine Gesetze verfassungskonform sind und kann nicht darauf vertrauen, dass allenfalls ein Gericht einen begangenen Fehler korrigieren wird.

⁸ Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009, E. 25

⁹ Urteil des BVGer A-7761/2008 vom 9. Dezember 2009, E. 6.2

¹⁰ Oliver Zibung, Art. 71, in Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Zürich 2016, Rz. 9

Das heisst, dass der Bundesrat bei seiner Entscheidung ans Recht gebunden ist und die anwendbaren Bestimmungen einhalten muss, selbst wenn keine Beschwerdemöglichkeit besteht.

4 Beurteilung unter dem Gesichtswinkel der Rechtsstaatlichkeit

4.1 Grundsätze

Die Rechtsstaatlichkeit ist ein Strukturprinzip unserer Verfassung.¹¹ Strukturprinzipien sind prägende Kennzeichen des Gemeinwesens, welches durch die Verfassung konstituiert wird.¹²

Unter dem Begriff des Rechtsstaates wird primär die Verpflichtung des Staates auf das Recht in all seinen Erscheinungsformen verstanden.¹³ Die Verfassung bekennt sich mehrfach zur Rechtsstaatlichkeit. Verschiedene Elemente werden z.B. in Art. 5 BV unter dem Titel «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» festgehalten. Dort finden sich etwa die umfassenden Prinzipien der Recht- und Gesetzmässigkeit sowie der Hinweis, dass staatliches Handeln dem Grundsatz von Treu und Glauben folgen muss.

Neben den formellen Elementen des Rechtsstaates, die in ihrer Gesamtheit sicherstellen sollen, dass die Staatsgewalt allein im rechtlich freigegebenen Rahmen wirksam wird, existieren auch materielle Gehalte des Rechtsstaates, die verlangen, dass das Staatshandeln gewissen elementaren Gerechtigkeitsanforderungen genügt.¹⁴ Dazu gehören namentlich die Gebote der Rechtsgleichheit der Schutz vor Willkür und die Wahrung von Treu und Glauben.

4.2 Recht- und Gesetzmässigkeit

Art. 5 Abs. 1 BV («Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht») verankert das sogenannte Legalitätsprinzip, das als formelles Element zu den unabdingbaren Bestandteilen jedes Rechtsstaats gehört.¹⁵

Der *Vorbehalt des Gesetzes* als Teilgehalt des Legalitätsprinzips fordert, dass das gesamte staatliche Handeln eine gesetzliche Grundlage haben muss. Generell-abstrakt formulierte Rechtssätze sollen eine gewisse rechtsgleiche Behandlung sicherstellen und verhindern, dass die Einzelnen staatlicher Willkür ausgesetzt sind.¹⁶ Sie schaffen letztlich Berechenbarkeit und Rechtssicherheit.¹⁷

Hinzu tritt der Grundsatz des *Vorrangs des Gesetzes*. Demnach sind alle Behörden ans gesetzte Recht gebunden und dürfen keine Massnahmen treffen, die diesem widersprechen.¹⁸ Für das konkrete Verfahren bedeutet das, dass der Bundesrat von Verfassung wegen gehalten ist, sich auch im Rahmen des Vergabeverfahrens an das anwendbare Recht zu halten.

¹¹ Philippe Mastrorandi, Strukturprinzipien der Bundesverfassung?, ZSR 1988, Beiheft 7, S. 59 f.

¹² Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 6, Rz. 1

¹³ René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 193, 2590

¹⁴ Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, §6, Rz. 25; Benjamin Schindler/Tobias Tschumi, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 10

¹⁵ Astrid Epiney, Basler Kommentar zu Art. 5 BV, Basel 2015, Rz. 35

¹⁶ Astrid Epiney, Basler Kommentar zu Art. 5 BV, Basel 2015, Rz. 40

¹⁷ Benjamin Schindler/Tobias Tschumi, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 32

¹⁸ Astrid Epiney, Basler Kommentar zu Art. 5 BV, Basel 2015, Rz. 51

4.3 Rechtsgleichheit

Art. 8 Abs. 1 BV hält fest: «Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.» Das Bundesgericht hat schon unter der alten Verfassung in dem in Art. 4 aBV enthaltenen Gleichheitssatz seit jeher eine Grundlage des Rechtsstaates erblickt.¹⁹

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt, «dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen».²⁰

Der Rechtsgleichheit als Gebot der Gleichbehandlung kommt im Beschaffungsrecht besonderes Gewicht zu. Art. 8 Abs. 1 aBöB der hier anwendbar ist²¹ hält ausdrücklich fest: «Die Auftraggeberin achtet in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der inländischen und der ausländischen Anbieter und Anbieterinnen».

Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung im Beschaffungsrecht hat zwei Stossrichtungen: Sie dient einmal dem Schutz der Anbietenden. Darüber hinaus soll sie öffentliche Interessen verwirklichen und sicherstellen, dass echter Wettbewerb stattfindet, der einen Zuschlag an das effektiv wirtschaftlich günstigste Angebot ermöglicht.²²

Gleichbehandlung im Vergabeverfahren bedeutet zunächst Neutralität der Vergabestelle. Mit sämtlichen Anbietern und ihren Angeboten ist während der gesamten Dauer der Vergabephase gleich zu verfahren. Den Anbietern dürfen im Zuge des Verfahrens weder besondere Vorteile eingeräumt noch spezielle Nachteile auferlegt werden. Hinsichtlich der Eignungsprüfung bedeutet das, dass die Qualitäten sämtlicher Anbieter an den gleichen Massstäben zu messen sind, d.h. bei der Anwendung der vorab definierten Zuschlagskriterien müssen sich alle jeweiligen vor- oder nachteiligen Punkte der Angebote gleich stark in der Bewertung niederschlagen.²³ Sonderabkommen, die einzelne Anbieter bevorteilen, sind nicht zulässig.

4.4 Treu und Glauben (Vertrauensschutz)

Als Element der Rechtsstaatlichkeit wird in Art. 5 Abs. 5 BV explizit der Grundsatz von Treu und Glauben erwähnt. In Art. 9 BV erhält der Grundsatz darüber hinaus eine grundrechtliche Ausprägung: «Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen (...) nach Treu und Glauben behandelt zu werden.»

Kern dieses grundrechtlichen Anspruchs ist der «Schutz begründeten Vertrauens im Sinne konkreter, (objektiv) schützenswerter Verhaltenserwartungen.»²⁴ Vertrauensschutz hat eine

¹⁹ BGE 94 I 513 E. 4a 521

²⁰ BGE 136 I 17 E. 5.3 29

²¹ Art 2 Abs. 3 Satz 3 aBöB: «In jedem Fall gelten die Grundsätze nach Art. 8»

²² Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, Rz. 238 f.

²³ Dazu Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, Rz. 234 ff.

²⁴ Christoph Rohner, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 39

dreigliedrige Grundstruktur:²⁵ Erstens muss ein vorausgegangenes Handeln des Staates vorliegen. Zweitens muss dieses Handeln bei Dritten eine konkrete Erwartung geweckt haben, die sich drittens als berechtigt und schutzwürdig erweist.

Wichtigster Fall ist der Schutz des Vertrauens in behördliche Auskünfte.²⁶ Dieser Schutz geht so weit, dass selbst das Vertrauen in unrichtige Auskünfte geschützt wird, wenn die falsch informierte Person im Vertrauen darauf Dispositionen getroffen hat und weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Umso mehr müssen Anbietende geschützt werden, die sich im Vertrauen auf rechtmässig definierte und publizierte Zuschlagskriterien an einem Vergabeverfahren beteiligen und erhebliche Vermögensdispositionen treffen. In diesem Falle geht das Vertrauen in das behördliche Verhalten mit dem Vertrauen einher, dass die Behörde das geltende Recht korrekt anwendet.

5 Zusammenfassung

- Auf das vorliegende Verfahren ist das bisherige Beschaffungsrecht anwendbar. Im konkreten Fall geht es um eine sogenannte übrige Beschaffung, die in Anwendung der aVöB abzuwickeln ist.
- Den Zuschlag erhält, wer das wirtschaftlich günstigste Angebot vorlegt. Was als wirtschaftlich günstigstes Angebot gilt, ist nicht nur eine Frage des Preises, sondern definiert sich in Anwendung der vorgängig definierten Zuschlagskriterien.
- Aussenpolitische Aspekte dürfen erst berücksichtigt werden, wenn zwei Angebote im Lichte der Zuschlagskriterien gleichwertig sind. An das Erfordernis der Gleichwertigkeit stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen. Im hier interessierenden Falle kann aufgrund der vorliegenden Ergebnisse nicht von Gleichwertigkeit ausgegangen werden, d.h. die Berücksichtigung aussenpolitischer Gesichtspunkte ist nicht zulässig.
- Ein ordentliches Rechtsmittel gegen den Zuschlagsentscheid des Bundesrats besteht nicht. Das ändert aber nichts daran, dass der Bundesrat an das Recht und an die von ihm bestimmten Zuschlagskriterien gebunden ist.
- Das ganze Vergabeverfahren ist eingebunden in rechtsstaatliche Grundsätze.
- Das Legalitätsprinzip verlangt in seiner Ausprägung als Vorrang des Gesetzes, dass sich der Bundesrat an das anwendbare Recht hält.
- Die Rechtsgleichheit als Gleichbehandlungsgebot ist prägend für das Vergabeverfahren. Es verbietet dem Bundesrat, die Bewerbenden unterschiedlich zu behandeln, beispielsweise die Zuschlagskriterien unterschiedlich anzuwenden.
- Die Bewerber gehen zu Recht davon aus, dass der Bundesrat in Anwendung der definierten Zuschlagskriterien entscheidet und davon nicht abweichen wird. Im Vertrauen darauf haben sie erhebliche wirtschaftliche Dispositionen getroffen. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, liegt darin eine Verletzung des Grundrechts von Treu und Glauben.

²⁵ Axel Tschentscher, Basler Kommentar zu Art. 9 BV, Basel 2015, Rz. 15

²⁶ Christoph Rohner, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 48