



UZH, RWI, Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber, Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann,
Rämistrasse 74 / 38, CH-8001 Zürich

Herrn Alfred W. Kammerhofer
Bundesamt für Umwelt BAFU
Abteilung Wald

CH-3003 Bern

Zürich, 14. Juli 2015

Zweites Ergänzungsgutachten zum Rechtsgutachten II vom 11. März 2015

Sehr geehrter Herr Kammerhofer

Die Unterzeichnenden haben zuhanden des BAFU zwei umfangreiche Gutachten ausgearbeitet, nämlich das Rechtsgutachten I zum Thema „Verwendung von Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung“ vom 23. Juli 2014 (hernach „RG I“) sowie das Rechtsgutachten II zum Thema „Änderung des Schweizer Rechts zum öffentlichen Beschaffungswesen“ vom 11. März 2015 (hernach „RG II“). Mit Zusatzauftrag vom Mai 2015 sind wir gebeten worden, die im RG II erläuterte wünschbare Auswirkung des neuen öffentlichen Beschaffungsrechts der WTO („General Procurement Agreement“, GPA) auf die Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) in konkrete Vorschläge für Gesetzes- und Verordnungsanpassungen umzusetzen.

Die durch den Zusatzauftrag angesprochenen Vorschläge zur Revision des BöB und der VöB erstatten wir gestützt auf die folgende Gliederung:



1.	Art. 1 VE-BöB (Zweck)	2
2.	Art. 31 VE-BöB (Eignungskriterien)	4
3.	Art. 33 VE-BöB (Zuschlagskriterien)	5
4.	Art. 34 VE-BöB (Technische Spezifikationen)	6
5.	Art. 43 VE-BöB (Zuschlag)	8
6.	Art. 46 VE-BöB (Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags)	9
7.	Art. 3 VE-VöB	10

Wie bereits im 1. Ergänzungsgutachten zum RG II, das wir am 20. April 2015 erstattet haben (EG I), erläutert, müssen Förderbestimmungen in der Schweizer Rechtsordnung den internationalen Regelwerken entsprechen, d.h. sie dürfen Pflichten, welche die Schweiz in multilateralen Vereinbarungen übernommen hat, nicht verletzen. Die nachfolgenden Vorschläge für Anpassungen des BöB und des VöB sind deshalb so formuliert, dass die WTO-rechtlichen Grundprinzipien (insbesondere die Vermeidung einer *de jure* oder *de facto* Diskriminierung bzw. der Verletzung des Subventionsabkommen) als eingehalten erscheinen¹.

Die unterbreiteten Formulierungsvorschläge nehmen die allgemeinen Ausführungen und Begründungen des Rechtsgutachtens II auf². Die am 1. April 2015 publizierten erläuternden Berichte des Eidg. Finanzdepartements zum BöB und zur VöB sowie die Erkenntnisse aus den Gesprächen vom 10. Juli 2015 in Ittigen/Bern finden nachfolgend ebenfalls Berücksichtigung.

1. Art. 1 VE-BöB (Zweck)

In leichter sprachlicher Abänderung der heutigen Zweckbestimmung von Art. 1 BöB sieht der vom Bundesrat vorgeschlagene Art. 1 VE-BöB vom 1. April 2015 (entsprechend dem im RG II erwähnten Art. 1 VE-BöB) folgenden Wortlaut vor:

¹ Im Einzelnen dazu EG I, S. 3/4.

² RG II, S. 31-44.



Art. 1 BöB (VE des Bundesrates vom 1. April 2015)

Dieses Gesetz bezweckt:

- a) den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel, unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit;
- b) die Transparenz des Beschaffungsverfahrens;
- c) die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen;
- d) die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen, insbesondere durch Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption.

Von Bedeutung ist im vorliegenden Kontext insbesondere, dass neu die Bezugnahme „unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit“ in das Gesetz aufgenommen werden soll. Mit der ausdrücklichen Erwähnung der Nachhaltigkeit ist klargestellt, dass dieses Kriterium bei der Wahl des besten Anbieters in allen Verfahrensabschnitten der Beschaffung zur Anwendung kommt³.

Die Schweiz stützt sich auf das 1987 publizierte Nachhaltigkeitsverständnis der Weltkommission für Umwelt und Entwicklung („Brundtland-Kommission“)⁴ und dessen Weiterentwicklung anlässlich des Erdgipfels in Rio 1992⁵. Demnach bedingt Nachhaltigkeit eine ganzheitliche Sicht von Umwelt, Gesellschaft und Wirtschaft. Der Begriff „Nachhaltigkeit“ ist deshalb entsprechend sehr weit und beinhaltet auch spezifische Aspekte wie den Umweltschutz, den Schutz gegen den Klimawandel⁶ oder sozialpolitische Anliegen⁷. Art. 1 VE-BöB steht somit im Einklang mit der Nachhaltigkeitsstrategie des Bundesrates⁸.

Eine Konkretisierung des Begriffs der Nachhaltigkeit erfolgt in Art. 3 VE-VöB. Im Hinblick auf die laufenden Arbeiten zur Erneuerung Nachhaltigkeitsstrategie 2016-2019 könnte diese Verordnungsbestimmung – wie nachfolgend erläutert – gegebenenfalls ergänzt werden⁹.

Im Unterschied zu diesem breiten Nachhaltigkeitsverständnis formuliert das revidierte GPA keine sich auf sozialpolitische Anliegen beziehende Anforderungen. Für die Schweiz hat der Gesetzgeber mit Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB das soziale Anliegen des Arbeitsschutzes bereits ins geltende Vergabe-

³ RG II, S. 34.

⁴ Unsere gemeinsame Zukunft. Der Brundtland-Bericht der Weltkommission für Umwelt und Entwicklung, hrsg. von Volker Hauff, Greven 1987, S. 51 und 57.

⁵ Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung, General Assembly, A/Conf.151/26 (Vol. I), 12. August 1992.

⁶ Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung 2012-2015 (SNE), S. 5 f. (Leitlinien für die Politik der nachhaltigen Entwicklung in der Schweiz), sowie S. 25, 35 und 41 (Aktionsplan 2012-2015, Ziff. 1, 5 und 8).

⁷ SNE (Fn 6), S. 15.

⁸ Vgl. auch Erläuternder Bericht des EFD zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. April 2015, S. 18 f.

⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 7.



recht eingeführt und mit Art. 14 VE-BöB weitergeführt¹⁰. Unter diesem Aspekt drängt sich eine Änderung des vorgeschlagenen Art. 1 VE-BöB nicht auf.

2. Art. 31 VE-BöB (Eignungskriterien)

Der Bundesrat schlägt in der Revision des BöB folgende Formulierung zu den Eignungskriterien vor:

Art. 31 BöB (VE des Bundesrates vom 1. April 2015)

¹ Die Auftraggeberin legt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die wesentlichen Kriterien zur Eignung der Anbieterin abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein.

² Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterinnen betreffen.

³ Die Auftraggeberin bezeichnet die Nachweise, die seitens der Anbieterinnen zu erbringen sind.

⁴ Die Auftraggeberin darf nicht zur Bedingung machen, dass die Anbieterin bereits einen oder mehrere Aufträge einer unterstellten Auftraggeberin erhalten hat.

Abs. 2 enthält eine nicht abschliessende Liste von Eignungskriterien, die berücksichtigt werden können. Materiell handelt es sich ausschliesslich um anbieterbezogene Eignungskriterien¹¹.

In Hinblick auf eine möglichst homogene Umsetzung der Vorgaben des GPA wäre indessen eine Klärung der Anforderungen an nachhaltigkeitsbezogene Eignungskriterien wünschenswert. Damit könnten die in der Praxis schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen technischen Spezifikationen und Eignungskriterien zumindest teilweise behoben werden. Eine nicht abschliessende Auflistung möglicher Kriterien hätte weder verpflichtenden Charakter für die Auftraggeber, noch würde damit die Berücksichtigung neuer Entwicklungen verhindert¹².

Weil die Auflistung wichtiger Kriterien eine grössere Rechtssicherheit zu Gunsten aller Beteiligten schafft, wäre es sinnvoll, mit Blick auf die Verwendung von Schweizer Holz den Nachweis von Qualitäts- und Umweltmanagementsystemen sowie der ökologischen Mehreignung als Vergabekriterien zu nennen¹³. Die entsprechenden Vorschläge lassen sich in Absatz 2 wie folgt konkret formulieren:

¹⁰ RG II, S. 34.

¹¹ Erläuternder Bericht (Fn 8), S. 59.

¹² RG II, S. 43.

¹³ Zur ökologischen Mehreignung vgl. BGE 139 II 489, E. 2.2.4; vgl. auch RG II, S. 43.



Art. 31 BöB Abs. 2 neu

² Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterinnen betreffen; spezifische Eignungskriterien sind namentlich

- a. die Einrichtung von Qualitätsmanagementsystemen;
- b. die Einrichtung von Umweltmanagementsystemen;
- c. die ökologische Mehreignung von Produktionsmethoden und -verfahren.

Die Konkretisierung der Eignungskriterien in Form der vorgeschlagenen Beispiele („namentlich“) auf Gesetzesstufe verfolgt zwei Ziele: Sie will zum einen für die Bewerber offen legen, welche anbieterbezogenen Elemente im Verfahren eine Rolle spielen können. Zum andern signalisiert sie die Vereinbarkeit mit den Vorgaben des internationalen Handelsrechts und erleichtert damit die Argumentation für den Fall von Diskussionen oder gar der Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens in der WTO. Schliesslich lässt die nicht abschliessende Aufzählung („namentlich“) Spielraum für weitere, im Gesetz nicht ausdrücklich genannte Eignungskriterien.

Alternativ wäre die Schaffung einer Delegationsnorm in Abs. 2 denkbar, die den Bundesrat ermächtigt, die Eignungskriterien in der VöB zu regeln. Der beschriebene „Signaleffekt“ zuhanden der WTO ginge dann allerdings verloren.

3. Art. 33 VE-BöB (Zuschlagskriterien)

Im bundesrätlichen Vorschlag zur Revision des BöB hat die Bestimmung zu den Zuschlagskriterien folgenden Wortlaut:

Art. 33 BöB (VE des Bundesrates vom 1. April 2015)

¹ Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie kann neben dem Preis einer Leistung insbesondere Kriterien berücksichtigen wie Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Betriebs- und Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik.

² Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann die Auftraggeberin ergänzend berücksichtigen, inwieweit die Anbieterin Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung anbietet.

³ Die Auftraggeberin gibt die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt. Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, so kann auf eine Bekanntgabe der Gewichtung verzichtet werden.



Art. 33 E-BöB ist relativ umfassend formuliert, weshalb ein unmittelbarer Handlungsbedarf nicht besteht. Wie bereits ausgeführt¹⁴, ist die Liste der Zuschlagskriterien in Abs. 1 nicht abschliessend, die Berücksichtigung weiterer Faktoren wäre denkbar. Wie schon im Kontext des Zweckartikels von Art. 1 E-BöB erwähnt, hat der Begriff „Nachhaltigkeit“ einen sehr weiten Anwendungsbereich und schliesst auch die Berücksichtigung internationaler Umweltaspekte bzw. Themen des Klimawandels ein.

Auch mit Blick auf Art. 33 Abs. 3 VE-BöB ergibt sich keine weitere Notwendigkeit für eine gesetzgeberische Anpassung: Der Vorschlag des Bundesrates statuiert zutreffend die Verwirklichung des Transparenzprinzips. Entsprechend ist die besondere Berücksichtigung von Qualitätskriterien mit Bezug auf die Verwendung von Holz als Gewichtungsfaktor in der Ausschreibung klar zu kommunizieren¹⁵.

4. Art. 34 VE-BöB (Technische Spezifikationen)

Der Bundesrat schlägt vor, die im vorliegenden Zusammenhang eine grosse Bedeutung aufweisende Bestimmung zu den technischen Spezifikationen wie folgt zu fassen:

Art. 34 BöB (VE des Bundesrates vom 1. April 2015)

¹ Die Auftraggeberin bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen.

² Dabei definiert sie, soweit möglich und angemessen, die technischen Spezifikationen insbesondere bezüglich Leistungs- und Funktionsanforderungen. Sie stützt sich, soweit vorhanden, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen.

³ Technische Spezifikationen in Bezug auf bestimmte Handelsmarken oder -namen, Patente, Urheberrechte, Muster oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzentinnen sind nicht zulässig, es sei denn, dass es keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt und die Auftraggeberin in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte „oder gleichwertig“ aufnimmt. Die Gleichwertigkeit ist durch die Anbieterin nachzuweisen.

⁴ Die Auftraggeberin kann technische Spezifikationen zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes vorsehen.

¹⁴ RG II, S. 34; so auch Erläuternder Bericht (Fn 8), S. 61.

¹⁵ Vgl. auch Erläuternder Bericht (Fn 8), S. 62.



Art. 34 VE-BöB ist die Kernbestimmung im Kontext der Verstärkung des Nachhaltigkeitselementes im Beschaffungsrecht, insbesondere mit Blick auf die Verwendung von Schweizer Holz. Zutreffend ist die Anordnung in Art. 34 Abs. 2 VE-BöB, dass in schweizerischen Ausschreibungen den internationalen Normen bei den technischen Spezifikationen besondere Beachtung zu schenken ist. Auch der Textvorschlag von Art. 34 Abs. 3 VE-BöB entspricht den WTO-rechtlichen Vorgaben.

Art. 34 Abs. 4 VE-BöB ermöglicht es dem Auftraggeber, technische Spezifikationen zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen und zum Zwecke des Umweltschutzes einzuführen. Für die Verwendung von Schweizer Holz ist diese Gesetzesbestimmung von entscheidender Bedeutung, weil z.B. Vorgaben zu Wasserverbrauch, CO²-Emissionen, Art und Weise der Holzernte (z.B. ohne Kahlschlag durch Abstützung auf das FSC-Label) usw., zulässig sind, selbst wenn sich diese nicht direkt im Produkt Holz niederschlagen¹⁶. Hingegen dürfen technische Spezifikationen, auch mit Blick auf die WTO-rechtlichen Rahmenbedingungen, nicht Anforderungen an die Anbieter selbst enthalten.

Auffallend ist, dass Art. 34 Abs. 4 VE-BöB nicht den Begriff der Nachhaltigkeit, sondern die Sprachwendung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes verwendet. Diese inkonsistente Begrifflichkeit ist deshalb problematisch, weil die technischen Spezifikationen rechtlich Minimalanforderungen darstellen, die von allen Anbietern zu erfüllen sind (und deren Nichterfüllung zur Nichtberücksichtigung des entsprechenden Angebots führt). Zum Zwecke gesetzgeberischer Kohärenz und in Einklang mit der Nachhaltigkeitsstrategie des Bundesrates¹⁷ schlagen die Gutachter aus diesem Grunde vor, den Wortlaut unter Einschluss des Begriffs der Nachhaltigkeit anzupassen, um künftige technologische Entwicklungen jedenfalls zu erfassen; dieser Vorschlag erfolgt vor dem Hintergrund, dass es bei den in Art. 3 VE-VöB genannten Kriterien nicht um protektionistisch motivierte geographische Überlegungen geht¹⁸.

Art. 34 Abs. 4 BöB neu

⁴ Der Auftraggeber kann technische Spezifikationen zur Förderung und Erhaltung der Nachhaltigkeit, namentlich der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes, vorsehen.

Weitere Ergänzungen von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB erweisen sich nicht als erforderlich; insbesondere erscheint es nicht als empfehlenswert, den Gesetzestext mit Blick auf die Verwendung von Holz als erneuerbare Ressource durch die Einfügung des Wortes „erneuerbar“ (Energie) einzuschränken oder eine geographische Bezugnahme z.B. durch die Formulierung „Förderung oder Erhaltung der natürlichen Schweizer Ressourcen“ in Betracht zu ziehen¹⁹.

¹⁶ RG II, S. 35.

¹⁷ Fn 6.

¹⁸ RG II, S. 36; vgl. auch Erläuternder Bericht (Fn 8), S. 63.

¹⁹ Zur Begründung im Einzelnen vgl. RG II, S. 39. Vgl. auch die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Pantani (14.4142) vom 11. Februar 2015.



5. Art. 43 VE-BöB (Zuschlag)

Ähnlich wie im heutigen Recht geht der Bundesrat davon aus, dass die Bestimmung zum Zuschlag kurz gefasst werden kann, und zwar wie folgt:

Art. 43 BöB (VE des Bundesrates vom 1. April 2015)

¹ Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag.

² Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Leistungen kann ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen.

Materiell ist unbestritten, dass die Formulierung „Das wirtschaftlich günstigste Angebot“ nicht das preislich billigste Angebot meint, sondern dass weitere Faktoren in die Berücksichtigung einfließen können. Neben der Qualität und dem Preis einer Leistung lassen sich zusätzliche Kriterien in Betracht ziehen, wie der Erläuternde Bericht des EFD zu Art. 43 VE-BöB ausführt: „Die Berücksichtigung sogenannter Sekundärziele (wie Ressourcen- und Energieeffizienz, Förderung von Innovationen, soziale Eingliederung) darf jedoch nicht in einer versteckten Diskriminierung oder einer ungerechtfertigten Verweigerung des Marktzutritts resultieren“²⁰.

Angesichts der verschiedenen Zuschlagskriterien, die sich berücksichtigen lassen, verlangt das erwähnte Transparenzprinzip eine klare Offenlegung der Gewichtung im Rahmen der Bewertungsmatrix inkl. Punkteskalen schon zu Beginn des Verfahrens. Die vorgeschlagenen Regelungen sind im Lichte der erwähnten Erkenntnis, dass die Formulierung „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ nicht allein ökonomieorientiert ist, sondern auch die Beachtung anderer Sekundärziele ermöglicht, angemessen. Mit Bezug auf Art. 43 VE-BöB besteht deshalb inhaltlich kein weiterer zwingender Handlungsbedarf²¹.

Mit einer sich am französischen („la soumission la plus avantageuse“) und englischen („the most advantageous tender“) Originaltext von Art. XV:5 lit. a des revGPA orientierenden Formulierung, die auf das Adjektiv „wirtschaftlich“ bzw. „économiquement“ verzichtet, könnte die Intention des Gesetzgebers hingegen noch besser zum Ausdruck gebracht werden:

Art. 43 Abs. 1 BöB neu

¹ Das günstigste Angebot erhält den Zuschlag.

¹ Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.

Mit der vorgeschlagenen (gegenüber dem heutigen Wortlaut leicht verkürzten) Formulierung wäre

²⁰ Erläuternder Bericht (Fn 8), S. 70.

²¹ RG II, S. 40 f.



nicht zuletzt der französische Gesetzestext mit Art. XV:5 lit. a revGPA identisch.

6. Art. 46 VE-BöB (Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags)

Art. 46 VE-BöB erweitert die im geltenden Art. 11 BöB genannten Gründe für den Ausschluss vom Verfahren und den Widerruf des Zuschlags in erheblichem Masse.

Art. 46 BöB Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags (VE des Bundesrates vom 1. April 2015)

Die Auftraggeberin kann bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Dritte oder deren Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:

- a. wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllen oder wenn der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigt wird;
- b. [...] – f. [...]
- g. bei Nichtbeachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit sowie bei Nichteinhaltung der Bestimmungen zur Vertraulichkeit;
- h. bei einer Verletzung der Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption;
- i. bei einer Verletzung der Bestimmungen über die Schwarzarbeit;
- j. wenn sie sich den angeordneten Kontrollen widersetzen;
- k. bei Nichtbezahlung fälliger Steuern oder Sozialabgaben;
- l. [...] – q. [...]

Abgesehen vom Element der Bekämpfung der Korruption (Art. 46 lit. h VE-BöB) sind soziale Kriterien mit dem Hinweis auf die Nichtbeachtung von Arbeitsschutzbestimmungen sowie das Gebot der Lohngleichheit für Mann und Frau erwähnt (Art. 46 lit. g VE-BöB); dieselbe Ausrichtung hat die Anordnung zur Verletzung der Bestimmungen über die Schwarzarbeit (Art. 46 lit. i VE-BöB).

Vorkehren mit Bezug zur Nachhaltigkeit (z.B. zum Ressourcenverbrauch oder zum Umweltschutz) fehlen hingegen im Katalog der Ausschlussgründe²². Weil die „Entfernung“ eines Interessenten aus dem Vergabeverfahren auf einem Gesetz in einem formellen Sinne zu beruhen hat (Art. 164 Abs. 1 lit. c BV), könnte die Verletzung solcher Kriterien, die Bestandteil eines Vergabeverfahrens zu sein vermögen, nicht im Sinne von Art. 47 VE-BöB sanktioniert werden²³.

²² Der Erläuternde Bericht (Fn 8), S. 73, äusserst sich nicht konkret zur Nachhaltigkeit.

²³ RG II, S. 44.



Wie bereits im RG II ausgeführt, erweist sich diese Situation in mehrfacher Hinsicht als unbefriedigend: Im Hinblick auf das Ziel einer kohärenten Rechtsordnung und Rechtsdurchsetzung besteht kein sachlicher Grund, die Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Bestimmungen im Vergabeverfahren anders zu behandeln als die Verletzung von Vorschriften zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen. Auch im Lauterkeitsrecht darf die Nichteinhaltung gesetzlicher Standards nicht zu Wettbewerbsvorteilen führen. Die Gutachter schlagen deshalb vor, die im Entwurf des Bundesrates vorgesehene lit. i zur Schwarzarbeit angesichts des Sachzusammenhangs mit den Arbeitsschutzbestimmungen neu als lit. g^{bis} in das Gesetz einzufügen und die dadurch frei werdende lit. i wie folgt als Bestimmung zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen auszugestalten:

Art. 46 BöB neu

a.-f. [unverändert]

g. bei Nichtbeachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit sowie bei Nichteinhaltung der Bestimmungen zur Vertraulichkeit; [unverändert]

g.^{bis} bei einer Verletzung der Bestimmungen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit;

h. [unverändert]

i. bei Nichtbeachtung der Bestimmungen zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen;;

j.-q. [unverändert]

7. Art. 3 VE-VöB

Gemäss dem Vorschlag des Bundesrates soll der Begriff der „Nachhaltigkeit“ in Art. 3 VE-VöB wie folgt umschrieben werden:

Art. 3 VöB (VE des Bundesrates vom 1. April 2015)

Die Nachhaltigkeit wird in allen drei Dimensionen unter Beachtung des gesamten Lebenswegs eines Produktes berücksichtigt:

a. Wirtschaftlichkeit;

b. Ökologie; und

c. Soziales.

Wie bereits erwähnt, konkretisiert Art. 3 VE-VöB den Begriff der Nachhaltigkeit. Den drei Kriterien der Wirtschaftlichkeit, der Ökologie und des Sozialen lässt sich entnehmen, dass der Verordnungsgeber nicht nur den wirtschaftlichen Ressourceneinsatz im Auge hat, sondern auch Wert auf die Einhaltung anerkannter sozialpolitischer Ziele legt. Ausdrücklich hält der Bundesrat dabei fest, dass



die gewählte Reihenfolge der drei Dimensionen der Nachhaltigkeit kein Hinweis auf deren Bedeutung sei²⁴.

Mit Blick auf Anliegen des Umweltschutzes und des sparsamen Einsatzes von Ressourcen steht der Begriff der Ökologie, wie er dem ursprünglichen schweizerischen Nachhaltigkeitsverständnis zugrunde liegt²⁵, im Zentrum. Nachdem der Zweckartikel des USG 2003 um die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen ergänzt und der Begriff der ökologischen Nachhaltigkeit damit präzisiert wurde, stellt sich indessen die Frage, ob Art. 3 VE-VöB nicht terminologisch entsprechend angepasst werden sollte. Im Hinblick auf eine kohärente Begrifflichkeit wäre dies aus Sicht der Gutachter zu begrüssen:

Art. 3 VöB neu

¹Die Nachhaltigkeit wird in allen drei Dimensionen unter Beachtung des gesamten Lebenswegs eines Produktes berücksichtigt:

- a. Wirtschaftlichkeit;
- b. Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen (Ökologie); und
- c. Soziales.

*

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Überlegungen und Vorschlägen gedient zu haben und stehen Ihnen für ergänzende Auskünfte gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Christine Kaufmann / Rolf H. Weber

Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich

²⁴ Erläuternder Bericht des Bundesrates zur Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VE-BöB) vom 1. April 2015, S. 5.

²⁵ Alain Griffel/Heribert Rausch, Kommentar USG, Ergänzungsband 2011, Rz 5 zu Art. 1.