

## Rechtsgutachten

an Kanton Solothurn, zHd Staatskanzlei  
von Hans Rudolf Trüb, unter Mitarbeit von Martin Zobl  
Betreff **Geltungsbereich der Ausnahmen von  
Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB 2019**  
Datum 14. Dezember 2023 HRT / MZB

Hans Rudolf Trüb  
Partner  
Prof. Dr. iur., LL.M.  
Rechtsanwalt  
Direkt +41 58 658 55 88  
hansrudolf.trueb@walderwyss.com

## Inhaltsverzeichnis

|           |                                                                                                      |           |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1.</b> | <b>Ausgangslage und Fragestellung .....</b>                                                          | <b>3</b>  |
| <b>2.</b> | <b>Executive Summary und Kurzantworten auf Gutachterfragen.....</b>                                  | <b>4</b>  |
| 2.1.      | Generelle Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmen<br>gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB ..... | 5         |
| 2.2.      | Beauftragung von Wohltätigkeitseinrichtungen im Besonderen .....                                     | 5         |
| 2.3.      | Beauftragung von Organisationen der Arbeitsintegration im<br>Besonderen.....                         | 6         |
| <b>3.</b> | <b>Zum Ausnahmekatalog von Art. 10 IVöB .....</b>                                                    | <b>7</b>  |
| 3.1.      | Grundlagen .....                                                                                     | 7         |
| 3.2.      | Freistellung spezifischer Leistungen vs. Anbieterkategorien .....                                    | 9         |
| <b>4.</b> | <b>Zur Ausnahme von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB im Besonderen .....</b>                               | <b>12</b> |
| 4.1.      | Grundlagen im Völkervertragsrecht .....                                                              | 12        |
| 4.2.      | Praxis der WTO-Streitbeilegungsorgane .....                                                          | 13        |
| 4.3.      | Umsetzung im Landesrecht .....                                                                       | 15        |
| 4.4.      | Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung .....                                                            | 18        |
| 4.5.      | Zwischenresultat .....                                                                               | 19        |
| <b>5.</b> | <b>Öffentliche Aufträge an Wohltätigkeitseinrichtungen.....</b>                                      | <b>20</b> |
| 5.1.      | Vorbemerkung .....                                                                                   | 20        |
| 5.2.      | Praxis des Bundesgerichts .....                                                                      | 20        |
| 5.3.      | «Persönliche» Reichweite der Ausnahmebestimmung .....                                                | 21        |
| 5.3.1.    | Völkerrechtskonforme Auslegung .....                                                                 | 22        |

|           |                                                                            |           |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 5.3.2.    | Anknüpfung an die Gemeinnützigkeit im steuerrechtlichen Sinn .....         | 24        |
| 5.3.3.    | Zwischenresultat .....                                                     | 26        |
| 5.4.      | Fehlender kommerzieller Zweck im Besonderen .....                          | 27        |
| 5.4.1.    | Im Allgemeinen .....                                                       | 27        |
| 5.4.2.    | Fehlende Gewinnstrebigkeit im Einzelfall.....                              | 28        |
| 5.4.3.    | Unschädlichkeit untergeordneter kommerzieller Tätigkeiten .....            | 30        |
| 5.4.4.    | Zwischenresultat .....                                                     | 30        |
| 5.5.      | Unterstützungs- oder Förderungsabsicht der Auftraggeberin.....             | 31        |
| 5.6.      | Massgeblichkeit der Marktstrukturen (Anbieterwettbewerb)? .....            | 33        |
| <b>6.</b> | <b>Öffentliche Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration .....</b> | <b>34</b> |
| 6.1.      | Begriff und Aufgaben der Organisationen der Arbeitsintegration .....       | 34        |
| 6.2.      | Unterstellung von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration.....  | 35        |
| 6.3.      | Ausnahmen von der Unterstellung .....                                      | 36        |
| <b>7.</b> | <b>Aufträge an Behinderteninstitutionen und Strafanstalten .....</b>       | <b>37</b> |

## 1. Ausgangslage und Fragestellung

- 1 Im Kanton Solothurn sind nach Inkrafttreten der totalrevidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**IVöB**)<sup>1</sup> vom 15. November 2019 und des kantonalen Submissionsgesetzes vom 31. August 2021 (**SubG**)<sup>2</sup> Unsicherheiten bei der Anwendung und Auslegung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB entstanden. Gemäss dieser Bestimmung sind Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten vom Geltungsbereich der IVöB ausgenommen.
- 2 Am 29. März 2023 hat zudem die Fraktion FDP.Die Liberalen die Interpellation «Einheitliche Vergabepaxis im Kanton Solothurn» (1 0080/2023 [STK]) eingereicht und den Regierungsrat um die Beantwortung verschiedener Fragen im Zusammenhang mit der freihändigen Vergabe von Aufträgen aufgrund einer Ausnahme i.S.v. Art. 10 oder Art. 21 Abs. 2 IVöB durch die kantonale Verwaltung ersucht. In seiner Stellungnahme vom 26. Juni 2023 hielt der Regierungsrat u.a. fest, dass trotz Praxishilfen Unsicherheiten bei der Anwendung des Submissionsrechts nicht ausgeschlossen werden könnten. Laut Regierungsrat ist die publizierte (Gerichts- und Verwaltungs-)Praxis zur Anwendung des Ausnahmetatbestands gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB bescheiden und nur begrenzt hilfreich.<sup>3</sup>
- 3 Vor diesem Hintergrund hat uns der Kanton Solothurn gebeten, folgende Fragen gutachterlich zu klären:
  1. Welches sind die Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmen vom objektiven Geltungsbereich der IVöB gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB? Also betr. Aufträge an:
    - 1.1 Behinderteninstitutionen;
    - 1.2 Organisationen der Arbeitsintegration;
    - 1.3 Wohltätigkeitseinrichtungen;
    - 1.4 Strafanstalten?
    - 1.5 Sind die Ausnahmetatbestände im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB auf die Bestellung von Waren (vgl. Art. III Ziff. 2 Bst. d GPA) beschränkt oder sind auch Bau- und Dienstleistungen mitumfasst? Sind allenfalls weitere Kriterien zu beachten in Bezug auf die unter die Ausnahmetatbestände fallenden Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge?
  2. Voraussetzungen betr. Wohltätigkeitseinrichtungen:

<sup>1</sup> BSG 721.532.

<sup>2</sup> BGS 721.54.

<sup>3</sup> Zum Ganzen vgl. Gutachterauftrag vom 5. September 2023.

- 2.1 Reicht es aus, dass der Anbieter «nicht gewinnstrebig» / «nicht kommerziell tätig» ist oder bestehen noch weitere Voraussetzungen? Wenn ja, welche?
- 2.2 Unter welchen Voraussetzungen ist ein Anbieter als «nicht gewinnstrebig» / «nicht kommerziell tätig» zu betrachten? Wie lässt sich beurteilen, ob ein konkretes Geschäft kommerziell ausgestaltet ist oder nicht?
- 2.3 Bei Vorliegen welcher Umstände ist von einer «kommerziellen Absicht auf Seiten des Auftraggebers» auszugehen? Anders gefragt: Aufgrund welcher Kriterien ist zu beurteilen, ob der Auftraggeber eine möglichst günstige Aufgabenerfüllung oder aber die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation anstrebt? Spielt dabei die Höhe der Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis eine Rolle, falls ja, inwiefern (vgl. Urteil 2C 861/2017 des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2018 E. 3.7.3)?
- 2.4 Ist die Frage, ob in einem Bereich überhaupt ein Markt besteht, für die Beurteilung, ob ein Vergabeverfahren durchzuführen ist, von Bedeutung? Wenn ja, aufgrund welcher Kriterien wird beurteilt, ob ein Markt besteht oder nicht?
3. Voraussetzungen betr. Organisationen der Arbeitsintegration (Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB i.V.m. § 2 Abs. 2 SubG):
  - 3.1 Welche Institutionen fallen unter den Begriff «Organisationen der Arbeitsintegration»?
  - 3.2 Untersteht jeder Auftrag an eine gemäss ihrer Grundausrichtung und Zielsetzung überwiegend im Bereich der Arbeitsintegration tätigen Organisation automatisch dem Beschaffungsrecht oder ist im Einzelfall zu entscheiden, ob es sich effektiv um einen Auftrag aus dem Bereich der Arbeitsintegration handelt? In welchen Konstellationen bzw. bei Vorliegen welcher Umstände liegt kein Auftrag an eine solche Organisation vor (z.B. bei Aufträgen aus dem Bereich Soziale Sicherheit [wie etwa Sozialhilfe])?

---

## 2. Executive Summary und Kurzantworten auf Gutachterfragen

- 4 Nach Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB findet die IVöB keine Anwendung auf Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten. Aufträge i.S.v. Art. 10 IVöB können ohne Beachtung des Beschaffungsrechts («vergaberechtsfrei») vergeben werden.
- 5 Was Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten angeht, ging es dem Bundesgesetzgeber und den Konkordatskantonen in erster Linie darum, die staatsvertraglichen Ausnahmen wie bis anhin im Schweizer Recht umzusetzen.

6 Allerdings haben das Bundesparlament im Rahmen der parlamentarischen Beratungen und in der Folge die BPUK zusätzlich Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration dem Geltungsbereich des BöB und der IVöB entzogen. Damit wurde nicht nur der bisherige Ausnahmekatalog erweitert, sondern auch der sachliche Geltungsbereich des Vergaberechts in GPA-widriger Weise beschränkt. Indem der Kanton Solothurn Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration über Art. 63 Abs. 4 IVöB i.V.m. § 2 SuG dem Submissionsrecht (wieder) unterstellt hat, wurde ein Bruch mit dem Staatsvertragsrecht vermieden.

## 2.1. **Generelle Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmen gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB**

- 7 Im Kanton Solothurn sind Aufträge an folgende Organisationen ausgenommen:
- **Behinderteninstitutionen**, d.h. Institutionen, deren Hauptzweck in der sozialen und beruflichen Integration von Menschen mit Behinderungen besteht und in denen mindestens 30 % der Beschäftigten Menschen mit Behinderungen sind (s. hinten Kap. 7).
  - **Wohltätigkeitseinrichtungen**, d.h. Organisationen, die gemeinnützig im steuerrechtlichen Sinn sind. Hierfür bildet nebst dem Allgemeininteresse am verfolgten Zweck insbesondere auch die Uneigennützigkeit der Organisation eine unabdingbare Voraussetzung (dazu hinten Kap. 5.3). Darüber hinaus sind weitere Voraussetzungen zu beachten, die sich aus dem Gebot der Wettbewerbsneutralität ergeben (s. hinten Kap. 2.3 und detailliert Kap. 5.4 f.).
  - **Strafanstalten**, d.h. alle Einheiten, die im Strafvollzug tätig sind (s. hinten Kap. 7).
- 8 Die Ausnahme ist nicht auf Lieferungen bzw. Waren beschränkt, sondern gilt auch für Dienst- und Bauleistungen (vgl. auch Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012).

## 2.2. **Beauftragung von Wohltätigkeitseinrichtungen im Besonderen**

- 9 Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob die Beauftragung einer Wohltätigkeitseinrichtung i.S.v. Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB vergaberechtsfrei erfolgen kann. Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein:
- Der Anbieter ist nicht kommerziell motiviert. Dies bedeutet, dass er generell und dauerhaft darauf verzichtet, mittels Einsatzes wirtschaftlicher Mittel (Kapital und Arbeit) wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus den erwähnten Begriffsmerkmalen der gemeinnützigen Organisationen im steuerrechtlichen Sinn (s. hinten Kap. 5.4.1).

- Der Anbieter verfolgt auch im konkreten Beschaffungsgeschäft keine kommerziellen Absichten. Im Wesentlichen bedeutet dies, dass der Auftrag so ausgestaltet sein muss, dass keine Gewinne erwirtschaftet werden können und allfällige Überschüsse an die öffentliche Auftraggeberin zurückgeführt werden. Sämtliche Kosten dürfen höchstens dem Marktniveau entsprechen (s. hinten Kap. 5.4.2).
- Der Hauptzweck der Beauftragung muss in der Förderung der entsprechenden Organisation bzw. ihrer Aktivitäten liegen. Hierfür ist die Beschaffung entsprechend auszugestalten. Zwar muss die Auftraggeberin mittels geeigneter Muss-Kriterien sicherstellen, dass der Anbieter überhaupt in der Lage ist, den entsprechenden Auftrag auszuführen. Im Rahmen der Angebotsevaluation wird sie jedoch primär auf die Qualität und die Umsetzung des Förderungszwecks abzustellen haben. Hierzu sind geeignete Zuschlagskriterien aufzustellen, z.B. Anteil der Beschäftigten mit Behinderungen, Arbeitsbedingungen, Mittelverwendung zur Erreichung des Förderungszwecks, Effizienzgrad etc. Der Angebotspreis darf höchstens eine untergeordnete Rolle spielen, wobei als Faustregel eine Gewichtung von 20 % - 30 % nicht zu überschreiten ist (s. hinten Kap. 5.5).

10      Untergeordnete kommerzielle Nebentätigkeiten des betroffenen Anbieters (z.B. der Betrieb eines Restaurants) schaden nicht, solange sie losgelöst vom betroffenen öffentlichen Auftrag erfolgen und der Überschuss dem ideellen Zweck zugutekommt, d.h. nicht (mittelbar oder unmittelbar) ausgeschüttet wird (s. hinten Kap. 5.4.3).

11      Keine Voraussetzung der Freistellung bildet das Fehlen eines Anbieterwettbewerbs im Bereich des vergaberechtsfrei erteilten Auftrags (s. hinten Kap. 5.6).

### **2.3. Beauftragung von Organisationen der Arbeitsintegration im Besonderen**

12      Unter den Begriff «Organisationen der Arbeitsintegration» fallen alle Organisationen, die mit Integrationsmassnahmen im Sinne des AVIG und der Asyl-, Ausländer-, Integrations- sowie Invalidenversicherungsgesetzgebung betraut sind. Bei diesen Organisationen handelt es sich teilweise um öffentlich-rechtliche Organisationen, teilweise jedoch auch um private Vereine, Stiftungen und Gesellschaften einschliesslich Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (s. hinten Kap. 6).

13      Der Kanton Solothurn hat in Abweichung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB festgelegt, dass auch Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration nach der Submissionsgesetzgebung vergeben werden (§ 2 Abs. 2 SubG SO). Damit sind im Kanton Solothurn Aufträge im Bereich arbeitsmarktlicher Massnahmen grundsätzlich dem Vergaberecht unterstellt. Eine Generalausnahme besteht weder in Bezug auf spezifische Aufträge im Bereich der Arbeitsintegration noch in Bezug

auf Anbieter, die solche Leistungen ausschliesslich oder teilweise anbieten (s. hinten Kap. 6.2).

- 14 Vielmehr richtet sich die Beauftragung derartiger Organisationen nach den üblichen beschaffungsrechtlichen Vorgaben und ist somit grundsätzlich objektiv unterstellt. Ob die entsprechende Organisation vollständig oder nur teilweise im Bereich der Arbeitsintegration tätig ist, ist demnach unerheblich. Eine Freistellung fällt nur dann in Betracht, wenn eine andere Legalausnahme greift, bspw. die Beauftragung einer Wohltätigkeitseinrichtung oder das In-State-Privileg (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB; s. hinten Kap. 6.3).

### 3. Zum Ausnahmekatalog von Art. 10 IVöB

#### 3.1. Grundlagen

- 15 Die hier interessierenden Bestimmungen gehören zum Ausnahmekatalog von Art. 10 IVöB. Wie aus der systematischen Stellung im 2. Abschnitt «objektiver Geltungsbereich» und der Marginalie («Ausnahmen») der Bestimmung hervorgeht, sind darin Beschaffungen aufgelistet, die vom (sachlichen bzw. objektiven) Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen sind.<sup>4</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob die entsprechenden Geschäfte die Definitionsmerkmale des öffentlichen Auftrags i.S.v. Art. 8 IVöB erfüllen (was sie regelmässig tun).<sup>5</sup>
- 16 Aufträge i.S.v. Art. 10 IVöB können ohne Beachtung des Beschaffungsrechts («vergaberechtsfrei») vergeben werden.<sup>6</sup> Auch die für Freihandvergaben i.S.v. Art. 21 IVöB vorgesehenen Dokumentations- und Publikationspflichten entfallen (vgl. etwa Art. 21 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 1 IVöB).<sup>7</sup> Soweit gegen einen gestützt auf Art. 10 IVöB erteilten Auftrag überhaupt der Rechtsweg offensteht, richtet sich die verwaltungsgerichtliche Beurteilung nicht nach dem spezialgesetzlichen Beschaffungsrecht, sondern (wenn überhaupt) «nur» nach allgemeinem Verwaltungsrecht. Eine «Submissionsbeschwerde» i.S.v. Art. 52 ff. IVöB ist mangels Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts nicht möglich.

<sup>4</sup> Vgl. auch Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Januar 2020, S. 37; TUCHSCHMID in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich - Basel - Genf 2020, Art. 10 N 1. In systemwidriger Weise enthält Art. 10 Abs. 1 lit. g IVöB eine Ausnahme vom subjektiven Geltungsbereich zugunsten von öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden. Dieselbe Regelung besteht auf Stufe Bund zugunsten von öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen des Bundes (Art. 10 Abs. 1 lit. g BöB). Vgl. TUCHSCHMID, Art. 10 N 32.

<sup>5</sup> Vgl. auch BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich - Basel - Genf 2012, Rz. 608.

<sup>6</sup> Vgl. zur alten IVöB BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 610.

<sup>7</sup> Auf Bundesebene unterstanden solche Aufträge gemäss der früheren VöB immerhin noch den Vorschriften über das freihändige Verfahren; vgl. Art. 36 Abs. 2 lit. a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB).

- 17 Damit ist auch gesagt, dass Verwaltungsträger ausserhalb des Geltungsbereichs des Beschaffungsrechts an die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften gebunden bleiben. Von vorrangiger Bedeutung sind in diesem Zusammenhang das aus der Wirtschaftsfreiheit fliessende Gebot der staatlichen Wettbewerbsneutralität<sup>8</sup> (Art. 27 und 94 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV]<sup>9</sup>) oder die Grundsätze des Finanzhaushaltsrechts (Gesetzmässigkeit, Dringlichkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit etc.).<sup>10</sup>
- 18 Die meisten Bestimmungen des Ausnahmekatalogs von Art. 10 IVöB finden ihre Grundlagen im Staatsvertragsrecht (insbesondere im GPA 1994 und 2012) oder gehen aus entsprechenden Vorbehalten der Schweiz anlässlich des Beitritts zu diesen Übereinkommen hervor.<sup>11</sup> Vor allem die Ausnahmen von Art. II Abs. 3 und Art. III GPA 2012, die es einer Vertragspartei erlauben, die Vorgaben des Übereinkommens zu derogieren, standen den Bestimmungen Pate.<sup>12</sup> Diese Ausnahmen entsprechen weitgehend jenen von Artikel XXIII GPA 1994; die Vertragsparteien beabsichtigten nicht, das System der Ausnahmen von 1994 zu erweitern oder einzuschränken.<sup>13</sup>
- 19 Die EU kennt mit Art. 10 IVöB vergleichbare, jedoch nicht deckungsgleiche Ausnahmebestimmungen zum objektiven Geltungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien. In gewissen Bereichen gehen die Ausnahmen der Vergaberichtlinien weiter, in anderen Teilen weniger weit als Art. 10 IVöB. So statuiert die EU weder eine Ausnahme zugunsten von gemeinnützigen Organisationen und Strafanstalten, geschweige denn Organisationen der Arbeitsintegration, noch eine generelle Ausnahme zugunsten des Gesundheits- und Umweltschutzes.<sup>14</sup>
- 20 Ein wesentlicher Teil der in Art. 10 IVöB genannten Ausnahmen findet sich bereits in Art. 10 der Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (**IVöB 1994**), darunter auch Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten (nicht aber an Organisationen der Arbeitsintegration; vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB 1994). Allerdings wurde der Ausnahmekatalog im Rahmen der Revision neu gegliedert und um weitere Tatbestände ergänzt.

<sup>8</sup> BGE 138 I 378 E.6.3; vgl. auch BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 610.

<sup>9</sup> SR 101.

<sup>10</sup> Vgl. für den Kanton Solothurn etwa § 70 des Gesetzes über die wirkungsorientierte Verwaltungsführung (BGS 115.1).

<sup>11</sup> Musterbotschaft, S. 37.

<sup>12</sup> TUSCHSCHMID, Art. 10 N 2.

<sup>13</sup> Botschaft GPA 2012, BBl 2017 2053, 2077 f.

<sup>14</sup> Vgl. TUSCHSCHMID, Art. 10 N 60.

- 21 Der Ausnahmekatalog ist nach dem Willen der Konkordatskantone *abschliessend* («*numerus clausus*» von Ausnahmetatbeständen).<sup>15</sup> Ohnehin stände es im Widerspruch zu den völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, im Binnenrecht weitere, über die internationalen Vereinbarungen hinausgehende Ausnahmen vorzusehen. Dies hat das Bundesparlament und in der Folge die BPUK allerdings nicht daran gehindert, die Liste von Art. 10 BÖB/IVöB um Freistellungstatbestände zu erweitern, die keine Grundlage im Staatsvertragsrecht finden, etwa was die Ausnahme zugunsten von Organisationen der Arbeitsintegration angeht (s. hinten, Kapitel 4.3).<sup>16</sup>
- 22 Das BGBM, das den diskriminierungsfreien Marktzugang innerhalb der Schweiz vorsieht, trägt die Ausnahmen von Art. 10 IVöB mit (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM). Auch nach Art. 5 Abs. 2 BGBM besteht keine Ausschreibungspflicht, wenn ein Fall vorliegt, der nach Art. 10 IVöB dem Vergaberecht nicht unterstellt ist.<sup>17</sup> Zugleich legt das BGBM eine restriktive Auslegung von marktzugangsbeschränkenden Ausnahmen nahe (s. hinten Rz. 71).

### 3.2. Freistellung spezifischer Leistungen vs. Anbieterkategorien

- 23 Die Freistellung von Beschaffungen nach Art. 10 IVöB folgt keiner einheitlichen Regelungslogik. Ein Grossteil der dort geregelten Tatbestände bezieht sich auf die zu beschaffende Leistung, mithin den Vertragsgegenstand oder -zweck, unabhängig vom jeweiligen Anbieter. Dies ergibt sich aus den Formulierungen der Ausnahmebestimmungen, die sich an den staatsvertraglichen Bestimmungen orientieren, und gilt insbesondere für Absatz 1. In diesem Sinne ausgenommen sind u.a. generell «die Beschaffung von Leistungen im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf...» (Abs. 1 lit. a), «der Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken...» (z.B. Abs. 1 lit. b), «Verträge über Finanzdienstleistungen (Abs. 1 lit. d) oder «die Verträge des Personalrechts» (z.B. Abs. 1 lit. f).
- 24 Demgegenüber beziehen sich einzelne Ausnahmen auf die Stellung der Anbieter. So sind nach dem Wortlaut von Abs. 1 lit. e Aufträge «an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten» generell, d.h. unabhängig vom Beschaffungsgegenstand und -zweck, ausgenommen. Ob und inwiefern diese im Konkordat verwendeten Formulierungen sachgerecht sind und mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Einklang stehen, wird an geeigneter Stelle zu diskutieren sein (s. hinten Kapitel 4.3). Ebenso sind im Bereich der sog. In-house-Privilegien Beschaffungen bei gewissen Anbietern aus der öffentlich-rechtlichen Sphäre ausgenommen (vgl. Art. 10 Abs. 2 IVöB). Die Privilegierung von In-house-Vergaben

<sup>15</sup> Musterbotschaft, S. 37.

<sup>16</sup> Vgl. betr. Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB Musterbotschaft, S. 37; TUCHSCHMID, Art. 10 N 18 m.H.

<sup>17</sup> BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 610.

orientiert sich an der Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Vergaberecht, die im Rahmen der Vergabennovelle von 2014 kodifiziert wurde (vgl. Art. 12 RL 2014/24/EU).

- 25 Die pauschale Freistellung ganzer Anbieterkategorien (z.B. von Wohltätigkeits-einrichtungen und Organisationen der Arbeitsintegration i.S.v. Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB) ohne Rücksicht auf Ausgestaltung und Zweck des konkreten Auftrags und die Ausrichtung bzw. Tätigkeit dieser Anbieter birgt die Gefahr unerwünschter Wettbewerbsverfälschungen. Die abstrakte Bezeichnung von Anbietern («Wohltätigkeits-einrichtungen», «Organisationen der Arbeitsintegration» etc.) bedeutet eine idealtypische Kategorisierung, die für sich allein betrachtet die vergaberechtlichen Grundsätze nicht akkurat abzubilden vermag. Vielmehr erscheint eine weitere Konkretisierung der Ausnahmetatbestände zwingend, wenn öffentliche Vergaben wettbewerbsneutral erfolgen sollen. Ansätze dazu finden sich in Rechtsprechung und Lehre.<sup>18</sup>
- 26 Vor diesem Hintergrund dürfen die Ausnahmeregelungen nach Art. 10 nicht streng nach ihrem Wortlaut ausgelegt und angewendet werden, selbst wo dieser (zumindest auf den ersten Blick) klar erscheint. Vielmehr ist auf die klassischen Auslegungsmethoden abzustellen, wobei dem Sinn und Zweck der Regelung im Lichte übergeordneter Grundsätze (z.B. staatliche Wettbewerbsneutralität) eine vorrangige Rolle zukommt (teleologische Auslegung). Dies bestätigt ein Blick in die (leider nur spärlich verfügbare) Judikatur. So knüpft das Bundesgericht<sup>19</sup> die Freistellung eines Auftrags an Wohltätigkeits-einrichtungen nach Abs. 1 lit. e an eine Reihe von Voraussetzungen, die im Gesetzestext nicht explizit verankert sind, sondern aus weitergehenden Überlegungen abgeleitet werden. Von wesentlicher Bedeutung sind zudem im Rahmen der systematischen Auslegung die erwähnten staatsvertraglichen Grundlagen, an denen sich Gesetzgeber und Konkordatskantone bei der Formulierung der Ausnahmebestimmung orientiert haben.
- 27 Gewisse Verwaltungsgerichte, Behörden und Autoren vertreten die Haltung, dass die Ausnahmen von Art. 10 IVöB restriktiv zu verstehen sind. Begründet wird dies (wenn überhaupt) mit dem Ausnahmecharakter der Norm.<sup>20</sup> Zwar

<sup>18</sup> Vgl. insbesondere zu den Voraussetzungen der Beauftragung von Spitex-Organisationen BGer2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.7; dazu BEYELER, Spitex: caritas aut commercium?, BR 2019 S. 14; STAFFELBACH/OLAH/ZOBL, Auswirkungen der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Anwendung des Vergaberechts auf Leistungen der spitalexternen Pflege, VergabeNews Nr. 20, abrufbar unter [https://www.walderwyss.com/user\\_assets/publications/2476.pdf](https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/2476.pdf), besucht am 14.11.2023; KGer (TC) LU LGVE 2014 IV Nr. 1 vom 12.2.2014 E. 13.1; zusammengefasst bei BEYELER/SCHERLER, Vergaberecht 2022: Neue Themen, neue Urteile / I. - II., in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2022 / Marchés publics 2022, Zürich - Basel - Genf 2022, S. 41 ff., S. 44; VGer ZH VB.2007.00531 vom 1.10.2008 E. 3.4.8.; grundlegend BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 713 ff.

<sup>19</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.7.1 f.

<sup>20</sup> KGer (TC) LU LGVE 2014 IV Nr. 1 vom 12.2.2014 E. 13.1; zusammengefasst bei BEYELER/SCHERLER, S. 41 ff., S. 44; Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Januar 2018 zur Beschwerde gegen das Urteil des

steht ein solches Verständnis im Einklang mit früheren Entscheiden der WTO-Streitbeilegungsorgane, wonach die Ausnahmen nach Art. XX GATT, die ihrerseits Vorbild für Art. III GPA waren, restriktiv auszulegen sind.<sup>21</sup> In der Lehre wurde diese «formaljuristische Regel» verschiedentlich kritisiert.<sup>22</sup>

- 28 Das postulierte Gebot der restriktiven Interpretation des Ausnahmekatalogs greift sowohl unter völker- als auch binnenrechtlichen Gesichtspunkten zu kurz. Die alleinige Tatsache, dass eine Bestimmung eine Ausnahme (zur Regel) enthält, bedeutet noch nicht, dass sie restriktiv auszulegen ist. Dies würde allenfalls dann Sinn ergeben, wenn dem Grundsatz stets schützenswertere Interessen zugrunde liegen als der Ausnahme, was regelmässig nicht der Fall ist, wie nicht zuletzt verschiedene Ausnahmen von Art. 10 IVöB illustrieren (Schutz der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit, Leben von Menschen, Tier- und Pflanzenschutz etc.).
- 29 Vielmehr sind Ausnahmebestimmungen nach den anerkannten Methoden (Wortlaut, Teleologie, Systematik etc.) auszulegen. Auch die Wiener Vertragsrechtskonvention (**WVK**)<sup>23</sup>, welche u.a. die Auslegung völkerrechtlicher Verträge normiert, statuiert den Grundsatz, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen ist (Art. 31 Abs. 1 WVK). Die WVK enthält keine Bestimmungen, die für eine enge Auslegung von Ausnahmebestimmungen sprechen würden.<sup>24</sup> In diesem Sinn hielt das Berufungsorgan der WTO mit Blick auf Art. XX GATT fest, dass die restriktive Auslegung keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn zur allgemeinen Regel bringt, wonach Vertragsbestimmungen nach dem «ordinary meaning of the actual treaty words, viewed in context and in the light of the treaty's object and purpose, or, in other words, by applying the normal rules of treaty interpretation» auszulegen sind.<sup>25</sup> Die WVK gilt auch für die Auslegung des GPA 2012.<sup>26</sup>

---

Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 12. September 2017 betreffend Submission (2C\_861/2017), RPW 2019/4 S. 1291 ff., Rz. 13.

<sup>21</sup> Vgl. z.B. United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930, Report by the Panel adopted on 7 November 1989 (L/6439 - 36S/345), GATT BISD 36S/345; ARROWSMITH, Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 144; TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, Staatliche Regulierung im Kontext des internationalen Handelsrechts, Zürich 2001, S. 92 m.H.

<sup>22</sup> VRANES, Trade and the Environment, Fundamental Issues in International Law, WTO Law and Legal Theory, Oxford 2009, S. 260 m.H.; TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, S. 94 m.H.

<sup>23</sup> SR 0.111

<sup>24</sup> ARROWSMITH, S. 144.

<sup>25</sup> Vgl. EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Appellate Body report adopted 13 February 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, S. 39 f.

<sup>26</sup> Dass die WVK auch für die Auslegung des GPA 1994 gilt, wurde in Panel-Entscheid Korea – Measures on Government Procurement, S. 25 ff., 157, festgehalten.

#### 4. Zur Ausnahme von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB im Besonderen

- 30 Bevor die spezifischen Voraussetzungen für Aufträge an Wohltätigkeitseinrichtungen (s. hinten Kapitel 5) und Organisationen der Arbeitsintegration (s. hinten Kapitel 6) untersucht werden, ist auf Aspekte einzugehen, welche Aufträge an Organisationen i.S.v. Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB generell betreffen.

##### 4.1. Grundlagen im Völkervertragsrecht

- 31 Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 lautet in der englischen Originalfassung wie folgt:

*«Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures*

*[...]*

*d) relating to goods or services of **persons with disabilities, philanthropic institutions or prison labour.**»<sup>27</sup>*  
(Hervorhebung beigelegt)

- 32 Gemäss lit. a bis c der Bestimmung werden auch Aufträge zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sowie des geistigen Eigentums vom Geltungsbereich des Übereinkommens ausgenommen. Das GPA 1994 enthielt mit Art. XXIII Ziff. 2 eine nahezu identische Bestimmung. Sie wurde deshalb in den Vertragstext aufgenommen, weil bereits der «Tokyo Code»<sup>28</sup> in Art. VIII und zahlreiche nationale Rechtsordnungen ähnliche Vorbehalte kannten.<sup>29</sup>

- 33 Art. III Ziff. 2 GPA 2012 und Art. XXIII Ziff. 2 GPA 1994 sind verwandt mit den Ausnahmen nach Art. XX des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (**GATT**)<sup>30</sup>. Auch diese Bestimmung erlaubt u.a. Massnahmen zum Schutz öffentlicher Güter (Leben oder Gesundheit von Personen und Tieren, «Ordre public» etc.) sowie im Zusammenhang mit Waren, die in Gefängnissen hergestellt werden. Und auch die im sog. Chapeau von Art. III Ziff. 2 GPA 2012 erwähnten

<sup>27</sup> Die amtliche deutsche Übersetzung von Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 ist insofern unpräzise, als sie nur von «Waren» spricht (dazu hinten Rz. 51). Sie wird hier daher nicht im Wortlaut wiedergegeben.

<sup>28</sup> Vgl. Agreement on Government Procurement, Revised Text 1988, abrufbar unter [https://www.wto.org/english/tra-top\\_e/gproc\\_e/gpa\\_rev\\_text\\_1988\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tra-top_e/gproc_e/gpa_rev_text_1988_e.pdf), besucht am 14.11.2023.

<sup>29</sup> GAEDTKE, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht, Bd. 81, 2006, S. 174 m.H.

<sup>30</sup> SR 0.632.21.

Schranken (keine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung etc.) sind vergleichbar mit denjenigen von Art. XX GATT.

- 34 Die genannten Bestimmungen berechtigen somit die WTO- bzw. GPA-Vertragsstaaten, zum Schutz bestimmter öffentlicher Interessen und Güter unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung der Übereinkommen auszusetzen («derogieren»), da solche Interessen im Einzelfall dem Ziel der Liberalisierung des Welthandels und der Öffnung der Beschaffungsmärkte vorgehen können.
- 35 Trotz ihrer (vermeintlichen) Brisanz fanden die Ausnahmebestimmungen des GPA in der einschlägigen Literatur im Unterschied zu denjenigen des GATT bislang erstaunlich wenig Beachtung.<sup>31</sup> Dies mag u.a. daran liegen, dass sich die WTO-Streitbeilegungsorgane bislang nicht damit zu befassen hatten.
- 36 In den EU-Vergaberichtlinien fand Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 (in Bezug auf von Behinderten, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafgefangenen hergestellte Waren) nur partiell Niederschlag. Zum einen können öffentliche Auftraggeberinnen «das Recht zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren geschützten Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmern, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, vorbehalten» (Art. 20 Abs. 1 RL 2014/24/EU). Zum anderen sind bestimmte Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden, vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen (Art. 10 lit. h RL 2014/24/EU). Schliesslich kann die Vergabe von ausgewählten Dienstleistungsaufträgen im Gesundheits-, Sozial- und kulturellen Bereich Organisationen vorbehalten werden, die sich dem Gemeinwohl verpflichtet haben und weitere Voraussetzungen erfüllen (Art. 74 ff. RL 2014/24/EU).
- 37 Dass Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 von der EU nicht *tel quel* übernommen wurde, ist umso erstaunlicher, als die meisten anderen Ausnahmetatbestände von Art. 10 IVöB ein europarechtliches Pendant kennen.<sup>32</sup> Entsprechend bietet die Rechtsprechung des EuGH nur beschränkt eine Orientierungshilfe, wenn es um die Auslegung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB geht.

#### 4.2. Praxis der WTO-Streitbeilegungsorgane

- 38 Von den bisherigen wenigen Entscheiden der WTO-Streitbeilegungsorgane zum GPA befasste sich keiner mit Art. III Ziff. 2 GPA 2012 oder Art. XXIII Ziff. 2 GPA 1994.<sup>33</sup> Demgegenüber sind zahlreiche Entscheide zur Anwendung von Art. XX GATT ergangen. Angesichts der Ähnlichkeit der beiden Bestimmungen scheint

<sup>31</sup> Vgl. als eine der wenigen Ausnahmen GAEDTKE, insbes. S. 168 ff.

<sup>32</sup> Vgl. für einen Überblick TUCHSCHMID, Art. 10 N 60.

<sup>33</sup> Vgl. die Übersicht unter [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/disput\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/disput_e.htm), besucht am 14.11.2023.

es naheliegend, diese Praxis auch bei der Auslegung von Art. III Ziff. 2 GPA 2012 zu berücksichtigen.<sup>34</sup> Aus der reichhaltigen WTO-Praxis lassen sich folgende Erkenntnisse ableiten:

- 39 Diejenige Partei, welche das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands behauptet, trägt dafür die Beweislast. Im Falle des GPA fällt diese Aufgabe letztlich der zuständigen öffentlichen Auftraggeberin zu.<sup>35</sup>
- 40 Die frühere Praxis der Streitbeilegungsorgane, wonach Art. XX GATT grundsätzlich restriktiv anzuwenden ist, stiess nicht nur in der Lehre auf Kritik, sondern wurde auch vom Berufungsorgan im «Hormones-Fall» verworfen (s. vorne Rz. 29). Denn die Anrufung eines Ausnahmetatbestands beinhaltet immer eine Abwägung zwischen dem Anliegen der Handelsliberalisierung bzw. Marktöffnung einerseits und den mit den Ausnahmen geschützten Interessen und Gütern (Schutz von Leben, Gesundheit und Umwelt, Förderung ideeller Zwecke etc.).<sup>36</sup>
- 41 Eine Massnahme ist immer nur dann notwendig bzw. verhältnismässig i.S.d. Ausnahmebestimmung, wenn keine anderen WTO-konformen Massnahmen zur Verfügung stehen. Zusätzlicher Aufwand bei der Umsetzung solcher Massnahmen ist unerheblich. Es liegt an den Mitgliedstaaten bzw. im Fall des GPA an den Vergabebehörden zu entscheiden, ob das Schutzziel mit mildereren Massnahmen noch erreicht werden kann. Gleichzeitig kann sich eine Massnahme in Bezug auf den angestrebten Zweck als unverhältnismässig erweisen. So mögen etwa Sicherheitsinteressen die Nichtbeachtung von Publikationsvorschriften rechtfertigen, nicht aber zwingend den vollständigen Verzicht auf ein Wettbewerbsverfahren bzw. eine Missachtung sämtlicher Vorschriften des GPA.<sup>37</sup>
- 42 Wie sich aus dem Chapeau von Art. III Ziff. 2 GPA 2012 ergibt, dürfen die Ausnahmen schliesslich nicht zu willkürlichen und ungerechtfertigten Diskriminierungen anderer Vertragsparteien bzw. (im Falle des GPA) von Anbietern aus anderen Vertragsstaaten oder versteckten Handelsbeschränkungen führen.<sup>38</sup> Solche Diskriminierungen und Beschränkungen können etwa dann vorliegen, wenn die Berufung auf eine Ausnahmebestimmung nicht transparent kommuniziert wird oder in Tat und Wahrheit auf protektionistischen bzw. industriepolitischen

<sup>34</sup> ARROWSMITH, S. 144; HOEKMAN/MAVROIDIS, Basic Elements of the Agreement on Government Procurement, in: Hoekman/Mavroidis (Hrsg.), Law and Policy in Public Purchasing, S. 13 ff., 23.

<sup>35</sup> ARROWSMITH, S. 145.

<sup>36</sup> ARROWSMITH, S. 145; BOLTON/QUINOT, Social policies in procurement and the Agreement on Government Procurement: a perspective from South Africa, in: Arrowsmith/Anderson (Hrsg.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, 2011, S. 459 ff., S. 476.

<sup>37</sup> ARROWSMITH, S. 145; zum Ganzen und mit Blick auf Art. 10 Abs. 3 IVöB auch Musterbotschaft IVöB, S. 41; TUCHSCHMID, Art. 10 N 56.

<sup>38</sup> ARROWSMITH, S. 146.

Motiven beruht.<sup>39</sup> Dies bedeutet im Wesentlichen, dass mit öffentlichen Aufträgen, die gestützt auf Art. III Ziff. 2 GPA 2012 vergaberechtsfrei erfolgen, auch tatsächlich (und nicht nur vermeintlich) einer der dort genannten Zwecke angestrebt wird.<sup>40</sup> Die Ausnahmebestimmung darf mithin nicht bloss vorgeschoben sein.

#### 4.3. Umsetzung im Landesrecht

- 43 Im Gegensatz zum Unionsrecht hat der Schweizer Gesetzgeber von der völkervertragsrechtlichen Derogationsmöglichkeit umfassend Gebrauch gemacht und den Ausnahmetatbestand von Art. XXIII Ziff. 2 GPA 1994 bzw. Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 gezielt ins Landesrecht überführt.<sup>41</sup> Bereits Art. 3 Abs. 1 lit. a BöB 1994 und Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB 1994 enthielten eine Ausnahme zugunsten von «Aufträgen an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten». Diese Liste wurde in Form von Art. 10 Abs. 1 lit. e BöB und IVöB nicht nur beibehalten, sondern um Organisationen der Arbeitsintegration (frz. «des organismes d'insertion socioprofessionnelle») erweitert.
- 44 Nicht explizit übernommen wurden hingegen die einschränkenden Voraussetzungen des sog. Chapeaus von Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012, mithin die Bedingung, dass eine Beschaffung gestützt auf den Ausnahmetatbestand keine willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung anderer Vertragsparteien oder eine versteckte Handelsbeschränkung sein darf. Freilich bedeutet dies nicht, dass diese Voraussetzungen und die von den WTO-Streitbeilegungsorganen entwickelte Praxis zu Art. XX GATT (s. vorne Kap. 4.2) bei der Interpretation und Anwendung von Art. 10 Abs. 1 lit. e BöB und IVöB nicht zu berücksichtigen wären. Für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers bestehen keine Anhaltspunkte. Dessen ungeachtet ergeben sich die wesentlichsten Anwendungsbedingungen des Chapeaus (etwa zur Beweislast, der Verhältnismässigkeit und dem Missbrauchsverbot) auch aus den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen.
- 45 Die Materialien zum GPA und zum BöB fallen mit Blick auf Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten knapp aus.<sup>42</sup> Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft zu Art. 10 Abs. 1 lit. e BöB einzig

<sup>39</sup> ARROWSMITH, S. 146 f. m.H.; kritisch zur Unterscheidung von wirtschaftspolitischen vs. nichtwirtschaftspolitischen Motiven GAEDTKE, S. 174.

<sup>40</sup> ARROWSMITH, S. 345 f.

<sup>41</sup> Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1903; Musterbotschaft IVöB, S. 37.

<sup>42</sup> In der Botschaft zum GPA 2012 heisst es undifferenziert, dass «eine Vertragspartei Massnahmen zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, zum Schutze des geistigen Eigentums oder in Bezug auf von Behinderten, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafgefangenen hergestellte Waren oder erbrachte Dienstleistungen beschliessen oder durchsetzen» könne; Botschaft GPA 2012, 2078.

fest, dass die Bestimmung dem bisherigen Art. 3 Abs. 1 lit. a BÖB 1994 entsprechen würde. Und in der Botschaft zum BÖB 1994 wird lediglich ausgeführt, dass Art. 3 diejenigen Ausnahmen enthalte, die gemäss Art. XXIII GPA 1994 ausgenommen seien.<sup>43</sup> Auch die Botschaft zum GPA 1994 enthält keine weiterführenden Hinweise zu Voraussetzungen und Tragweite der Ausnahmen, sondern fasst einzig die Vertragsbestimmung zusammen.<sup>44</sup> In den parlamentarischen Beratungen schienen Ausnahmen zugunsten der drei erwähnten Organisationstypen (Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten) unbestritten zu sein.

- 46 Zu einer ausführlichen parlamentarischen Debatte Anlass gab einzig die Ausnahme von Leistungen an Organisationen der Arbeitsintegration. Im Gesetzesentwurf des Bundesrats waren sie noch nicht enthalten. Erst das Parlament fügte diese Anbieterkategorie als zusätzliche Ausnahme hinzu. Im Gegensatz zu Aufträgen an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten war dieser Entscheid in den Räten bis zum Differenzbereinigungsverfahren umstritten, wie sich den Ratsprotokollen entnehmen lässt.<sup>45</sup>
- 47 Die Organisationen selbst sowie der Nationalrat sprachen sich für eine Befreiung von der Unterstellung aus, wobei sie sich hauptsächlich darauf beriefen, es handle sich gleich wie bei den Wohltätigkeitsorganisationen um Einrichtungen gemeinnütziger Art, die ohne Profit arbeiten und eine Dienstleistung für den sozialen Frieden erbringen würden. Demgegenüber wollte der Ständerat solchen Aufträgen mit Rücksicht auf die vorherrschenden kantonalen Lösungen keine Ausnahme zugestehen. Im Rahmen der Differenzbereinigung setzte sich schliesslich die Meinung des Nationalrats durch.<sup>46</sup>
- 48 Diese parlamentarische Ergänzung bedeutet eine Reduktion des Geltungsbereichs des GPA 2012 und ist demnach völkerrechtswidrig,<sup>47</sup> soweit es sich bei solchen Organisationen nicht zugleich um Wohltätigkeitseinrichtungen i.S.v. Art. III Abs. 2 lit. d GPA 2012 handelt.<sup>48</sup>
- 49 Immerhin geht aus den Ratsprotokollen hervor, dass das Parlament im Zusammenhang mit den Organisationen der Arbeitsintegration kein Ausschreibungsverbot statuieren wollte. Ohnehin sind Vergaben an Organisationen der

<sup>43</sup> Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2) vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 950, 1180.

<sup>44</sup> Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) (GATT-Botschaft 1) vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 1 ff., 360.

<sup>45</sup> Vgl. AB 2018 S 970 ff.

<sup>46</sup> Musterbotschaft IVöB, S. 38.

<sup>47</sup> Vgl. Votum Bundesrat Maurer, AB 2018 S 972.

<sup>48</sup> Zum Ganzen Musterbotschaft IVöB, S. 38; TUCHSCHMID, Art. 10 N 18; TRÜEB/CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar, VKU, SVKG, VertBek, PüG, BÖB, UWG, BGBM, THG, 2. Aufl., Zürich 2021, Nr. 5 BÖB / Art. 10 Ausnahmen N 12.

Arbeitsintegration primär eine Sache der Kantone. Daher sollte ein Zeichen gesetzt werden, dass es – trotz weitgehender Rechtsharmonisierung – den Kantonen überlassen bleibe, ob sie entsprechende Aufträge unterstellen wollen oder nicht.<sup>49</sup>

- 50 Insbesondere mit Blick auf die unterschiedlich gelebte Praxis in den Kantonen, hat die BPUK daraufhin entschieden, die Ausnahmebestimmung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB analog zum BöB zu formulieren und Organisationen der Arbeitsintegration (wie erwähnt völkerrechtswidrig) vom Geltungsbereich auszunehmen. Gleichzeitig wurde den Kantonen die Möglichkeit zugestanden, im Rahmen der Ausführungsbestimmungen eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht vorzusehen (vgl. dazu Art. 63 Abs. 4).<sup>50</sup> Von dieser Möglichkeit machte der Kanton Solothurn Gebrauch. Mit § 2 SuG wurden Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration dem Beschaffungsrecht (wieder) unterstellt, womit in diesem Punkt die Staatsvertragskonformität des kantonalen Rechts sichergestellt ist.
- 51 Was die Leistungsarten angeht, spricht Art. 10 Abs. 1 lit. e BöB und IVöB gleich wie die Vorgängernorm (Art. 3 Abs. 1 lit. a BöB 1994 und Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB 1994) generell von «Aufträgen» (an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten). Erfasst werden somit neben Lieferungen auch allfällige Dienst- und Bauaufträge an die entsprechenden Organisationen.<sup>51</sup> Dies steht im Einklang mit dem GPA 1994 und 2012, dessen englische und französische Fassungen eindeutig sind: Art. III Ziff. 2 lit. d GPA spricht gleich wie die Vorgängernorm von «goods or services of persons with disabilities, philanthropic institutions or prison labour» (frz. «des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus»). Und in Art. I («Definitions») wird ausführt, dass «services» (Dienstleistungen) auch «construction services» (Bauleistungen) erfassen, soweit dies nicht anderweitig spezifiziert wird (Art. I lit. r GPA 2012).
- 52 Zu Missverständnissen Anlass geben mag die in der Systematischen Rechtsammlung (SR) publizierte deutsche Übersetzung des GPA 2012, die nur «in Bezug auf von Behinderten, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafgefangenen hergestellte Waren», nicht jedoch Dienstleistungen nennt. Massgeblich sind allerdings einzig die authentischen Fassungen bzw. Original-Sprachen des GPA 2012, d.h. die englische, französische und spanische Fassung (Art. XXII Ziff. 18 GPA 2012; Art. 33 Abs. 2 WVK). Die in der SR publizierte französische Version

<sup>49</sup> BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof, Zürich 2022, S. 239; AB 2018 N 1005, Votum NR Beat Jans; AB 2018 S 971, Votum SR Christian Levrat; AB 2018 S 971 f., Votum SR Didier Berberat; AB 2018 S 972, Votum SR Anne Seydoux-Christe; AB 2018 S 972, Votum BR Maurer.

<sup>50</sup> Musterbotschaft IVöB, S. 38.

<sup>51</sup> TRÜEB/CLAUSEN, Art. 10 N 12.

des GPA 2012 gibt denn auch den Vertragstext korrekt wieder («des marchandises fabriquées ou des services fournis»).

#### 4.4. Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung

- 53 Die Ausnahmen von Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 und Art. 10 Abs. 1 lit. e BÖB/IVöB erlauben den Vertragsstaaten bzw. öffentlichen Auftraggeberinnen, in bestimmten Situationen von der Anwendung des Beschaffungsrechts abzusehen und gewisse öffentliche Interessen höher zu gewichten als die «klassischen» vergaberechtlichen Ziele (Markttöffnung, Wettbewerb, Gleichbehandlung, haushälterischer Umgang mit öffentlichen Mitteln, Transparenz).
- 54 Insbesondere bei Aufträgen an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten ist hinter der Ausnahmeregelung die legislatorische Absicht zu erkennen, die entsprechenden (gemeinnützigen) Institutionen und somit den von ihnen verfolgten Zweck zu fördern.<sup>52</sup> Auch der EuGH betont in seiner Rechtsprechung zum verwandten Art. 20 Abs. 1 RL 2014/24/EU (geschützte Werkstätte und Wirtschaftsteilnehmer, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist) die sozialpolitische Zielsetzung hinter der Ausnahme.<sup>53</sup> Mit Beyeler ist davon auszugehen, dass eine Förderung solcher Institutionen über öffentliche Aufträge (ausserhalb des Subventionsrechts) kaum möglich wäre, wenn sie sich dem vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitswettbewerb stellen müssten, da sie ihre Leistungen regelmässig nicht zu Marktkonditionen anbieten können.<sup>54</sup>
- 55 Wirtschaftspolitisch lässt sich eine vergaberechtsfreie Beauftragung der genannten Institutionen damit rechtfertigen, dass regelmässig kein Eingriff in den Wettbewerb stattfindet. So liesse sich argumentieren, dass sich der rein ideell motivierte Anbieter nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb mit kommerziell motivierten Anbietern befinde. Während der ideell motivierte Anbieter im Idealfall gemeinnützige und (weitgehend) im öffentlichen Interesse liegende Zwecke ohne Gewinnabsicht verfolgt (z.B. Beschäftigung und Pflege von Menschen mit Behinderungen, Beschäftigung von Gefangenen, Unterstützung sozial benachteiligter Personen etc.), streiten sich kommerzielle Anbieter um Marktanteile zwecks Erzielung von Gewinnen.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> GAEDTKE, Rz. 174; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 714. Vgl. auch VGer ZH VB.2007.00531 vom 1.10.2008 E. 3.4.8.: «Allerdings ist anzunehmen, dass die Ausnahmeregel von Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB [heutiger Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB] nur die Möglichkeit eröffnen will, gemeinnützige Organisationen der genannten Art gezielt zu unterstützen.»

<sup>53</sup> EuGHC-598/19 vom 6. Oktober 2021 (Conacee) insbes. E. 27 m.H.

<sup>54</sup> BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 714.

<sup>55</sup> Zum Ganzen BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 710 ff.

- 56 Die einfache Unterscheidung in «gute Anbieter» (die ideelle Zwecke verfolgen) und «böse Anbieter» (die gewinnstrebig arbeiten) karikiert indessen eine Dichotomie, die nicht den Realien entspricht. Die Linie zwischen ideellen und kommerziellen Anbietern verläuft im Sand. Zum einen hat sich eine eigentliche Sozialindustrie herausgebildet, die massgeblich von staatlichen Aufträgen lebt und im Wesentlichen nach kaufmännischen Grundsätzen betrieben wird. Und zum anderen nehmen gewinnstrebig Anbieter, im Einklang mit dem Mantra der «Corporate Social Responsibility», zunehmend gemeinnützige Aufgaben wahr. Darauf ist zurückzukommen.
- 57 Wenn man einzig in der staatlichen Wettbewerbsförderung und -neutralität den Hauptzweck des Vergaberechts sieht und fiskalische Interessen (wirtschaftlicher Mitteleinsatz) ausblendet, lässt sich der Erklärungsansatz (Förderung gemeinnütziger Arbeit) auch mit der vergaberechtlichen Logik in Einklang bringen, allerdings nur unter einer Bedingung: Die Nichtanwendung des Vergaberechts setzt voraus, dass die gestützt auf die Ausnahmebestimmung eingesetzten Mittel weder direkt noch indirekt zu einer Wettbewerbsverfälschung führen, etwa indem allfällige kommerzielle Tätigkeiten der beauftragten Organisationen mit Überschüssen aus einem vergaberechtsfrei erhaltenen öffentlichen Auftrag querfinanziert werden («spill over»-Effekt). Entsprechend setzt die Anrufung der Bestimmung voraus, dass nebst dem Förderungszweck des betroffenen Auftrags weitere Bedingungen erfüllt sind (s. hinten Rz. 63).

#### 4.5. Zwischenresultat

- 58 Die Ausnahmebestimmung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB geht auf Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 zurück. Analog zur parallelen Ausnahme von Art. XX GATT erlaubt Art. III GPA 2012 den Vertragsstaaten, gewisse öffentliche Güter und Interessen höher zu gewichten als die Ziele der Handelsliberalisierung und Marktöffnung und entsprechend das GPA auszusetzen. In diesem Sinn können Aufträge an bestimmte nicht-kommerziell motivierte Organisationen, namentlich Behindertenorganisationen, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafanstalten, vergaberechtsfrei vergeben werden. Voraussetzung ist, dass die Massnahmen nicht zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen den GPA-Vertragsparteien führen und auch sonst keine versteckte Beschränkung des internationalen Handels bedeuten (so der Chapeau von Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012).
- 59 Was Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten angeht, ging es dem Bundesgesetzgeber und den Konkordatskantonen in erster Linie darum, die staatsvertraglichen Ausnahmen wie bis anhin im Schweizer Recht und damit auch im Nichtstaatsvertragsbereich umzusetzen. Diese Ausnahmen entsprechen der bisherigen Regelung in Art. 3 Abs. 1 lit. a BöB 1994 und Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB 1994 und waren im Gesetzgebungsprozess

unumstritten. Sie beziehen sich auf sämtliche Aufträge an die erwähnten Organisationen, mithin nicht nur auf Waren, sondern auch auf Dienst- und Bauleistungen. Insoweit steht die schweizerische Ausnahmeregelung im Einklang mit Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012.

- 60 Allerdings haben das Bundesparlament im Rahmen der parlamentarischen Beratungen und in der Folge die BPUK zusätzlich Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration dem Geltungsbereich des BöB und der IVöB entzogen. Damit wurde nicht nur der bisherige Ausnahmekatalog erweitert, sondern auch der sachliche Geltungsbereich des Vergaberechts in GPA-widriger Weise beschränkt. Indem der Kanton Solothurn Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration über Art. 63 Abs. 4 IVöB i.V.m. § 2 SuG dem Submissionsrecht (wieder) unterstellt hat, wurde ein Bruch mit dem Staatsvertragsrecht vermieden. Ob und unter welchen Voraussetzungen andere Kantone derartige Aufträge vergaberechtsfrei erteilen dürfen, kann hier offenbleiben.

---

## 5. Öffentliche Aufträge an Wohltätigkeitseinrichtungen

### 5.1. Vorbemerkung

- 61 Im Unterschied zu Behinderteninstitutionen und Strafanstalten (s. hinten Kapitel 7) operieren Wohltätigkeitseinrichtungen und Organisationen der Arbeitsmarktintegration näher am oder gar im Wettbewerb und unterhalten regelmässig ein kaufmännisches Gewerbe. Auf die Voraussetzungen für die Beauftragung solcher Organisationen wird in diesem Kapitel 5 und im Kapitel 6 eingegangen.

### 5.2. Praxis des Bundesgerichts

- 62 Mit Urteil 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 in Sachen Spitex Aarburg (AG) fällte das Bundesgericht einen wegweisenden Entscheid zur Auftragsvergabe an gemeinnützige Organisationen: Es befasste sich insbesondere mit der Frage, ob die Beauftragung einer Spitex-Organisation mit der Erbringung von Leistungen der spitalexternen Pflege einen öffentlichen Auftrag darstellt und somit vom objektiven Bereich der IVöB erfasst wird. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau kam als Vorinstanz zum Ergebnis, dass es sich im konkreten Fall um einen öffentlichen Auftrag an eine ideell motivierte, gemeinnützig tätige Organisation handelte, der dem Beschaffungsrecht nach Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB 1994 (dem heutigen Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB) nicht untersteht.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.6.

- 63 In seinem Urteil nannte das Bundesgericht folgende Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit die Ausnahme von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB zur Anwendung kommt:<sup>57</sup>
- Die (leistungserbringende) Institution verfolgt grundsätzlich einen nicht-kommerziellen Zweck.
  - Sie verfolgt in Bezug auf die fragliche Leistungserbringung nicht-kommerzielle Absichten.
  - Der Auftrag bzw. das Geschäft ist tatsächlich nicht-kommerziell ausgestaltet.
  - Die zuständige Gemeinde strebt die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation an.
- 64 Obwohl es sich mangels weiterer Entscheide um keine gefestigte Praxis handelt, Einzelentscheide nie überbewertet oder überinterpretiert werden dürfen und das Bundesgericht nur das vierte Kriterium vertieft behandelte, ist davon auszugehen, dass sich die schweizerischen Gerichte auch in künftigen Beschwerdeverfahren an den genannten Voraussetzungen orientieren werden. Diese Voraussetzungen sind näher zu prüfen.
- 5.3. «Persönliche» Reichweite der Ausnahmebestimmung**
- 65 Zunächst stellt sich die Frage nach der «persönlichen» Reichweite der Bestimmung. Zu beurteilen ist insbesondere, ob sämtliche Organisationen mit nicht-kommerzieller Zwecksetzung als Wohltätigkeitseinrichtungen i.S.v. Art. 10 Abs 1 lit. e IVöB gelten. Einzelne Autoren sprechen sich für ein derart weites Begriffsverständnis aus.<sup>58</sup> Die bundesgerichtlichen Erwägungen im Spitex-Fall können ebenfalls dahingehend verstanden werden, sind jedoch mangels vertiefter Auseinandersetzung nicht verallgemeinerungsfähig. Erfasst würden bei breitem Begriffsverständnis neben karitativen Organisationen etwa auch Anbieter, die sich im Tier- und Umweltschutz, im Sport- und Kulturbereich oder in der Politik engagieren.
- 66 Wie jede Gesetzesbestimmung ist auch Art. 10 Abs 1 lit. e BÖB/IVöB in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und

<sup>57</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.7.1 f. Ähnliche Kriterien stellte das Luzerner Kantonsgericht im Entscheid LGVE 2014 IV Nr. 1 (E. 13.1 f.) auf. Zusätzlich erwog das Kantonsgericht, dass eine Vergabe gestützt auf den damaligen § 2 lit. d öBG (entspricht Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB) nur an *bestehende* Institutionen erfolgen kann. Damit wurde jedoch nur die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass es auf eine Umgehung des Vergaberechts hinausläuft, «wenn der Kanton den Ausnahmetatbestand gleichsam schafft, indem er einer bestimmten Institution – hier der Genossenschaft Z – vorab einen beschaffungsrechtlich bedeutsamen Auftrag in Aussicht stellt oder zusichert.»

<sup>58</sup> BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 714.

den ihr zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode auszulegen. Die Gesetzesauslegung hat sich nach bundesgerichtlicher Praxis vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist mithin die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Insbesondere bei jüngeren Gesetzen, wozu das BöB und die IVöB gehören, sind auch die Gesetzesmaterialien zu beachten, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben.<sup>59</sup>

### 5.3.1. Völkerrechtskonforme Auslegung

- 67 Der Wortlaut der Konkordatsbestimmung («Wohltätigkeitseinrichtungen», «des œuvres de bienfaisance»; «istituti di beneficenza») deutet nach allgemeinem Sprachverständnis auf Organisationen hin, die einen karitativen, philanthropischen oder zumindest gemeinnützigen Zweck verfolgen. Wohltätigkeit, Philanthropie bzw. «bienfaisance» sind jedoch keine klar definierten Begriffe, weshalb die Wortlautbetrachtung keine trennscharfe Abgrenzung erlaubt.
- 68 Dem Bundesgesetzgeber und den Konkordatskantonen ging es beim Erlass von Art. 10 Abs 1 lit. e BöB/IVöB gleich wie bei der Vorgängerbestimmung in erster Linie darum, die völkerrechtlichen Ausnahmebestimmungen ins nationale Recht zu übertragen (s. vorne Kapitel 4.3). Es besteht (von den hier nicht interessierenden Organisationen der Arbeitsmarktintegration abgesehen) keine Evidenz dafür, dass weitere, vom GPA nicht erfasste Organisationen und Aufträge privilegiert werden sollten. Im Vordergrund stand vielmehr die Übernahme der völkervertraglichen Regelung. In verschiedenen parlamentarischen Voten kam immerhin die Ansicht zum Ausdruck, dass es sich bei allen in Art. 10 Abs 1 lit. e BöB genannten Anbieterkategorien um gemeinnützige, «soziale» oder zumindest nicht gewinnstrebige Organisationen handle.<sup>60</sup>
- 69 Eine völkerrechtskonforme Auslegung bedeutet, die Konkordatsbestimmung im Einklang mit Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 auszulegen. Zur Entstehungsgeschichte von Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 selbst und dem dort verwendeten Begriff der «philanthropic institutions» finden sich kaum (öffentlich verfügbare) Informationen. Hinweise, wonach die GPA-Vertragsstaaten über den Wortlaut hinaus generell Organisationen mit ideeller Zweckverfolgungen privilegieren wollten, bestehen nicht und werden im einschlägigen Schrifttum nicht erwähnt.

<sup>59</sup> BGE 144 III 100 E. 5.2; BGE 141 III 155 E. 4.2 S. 156, BGE 141 III 481 E. 3.2.3 S. 485; je m.H.

<sup>60</sup> Vgl. etwa AB 2018 N 1001, Votum NR Beat Jans; AB 2018 N 1006, Votum NR Regula Rytz; AB 2018 S 971, Votum SR Christian Levrat; AB 2008 N 1007 Votum NR Kathrin Bertschy.

Gaedtke kommt u.a. mit Blick auf die nationalen Förderungsmechanismen, die der staatsvertraglichen Regelung Pate standen, sogar zum gegenteiligen Schluss: Laut diesem Autor «dürfte» eine Subsumtion aller sozial motivierten Massnahmen unter die Ausnahmebestimmung nicht dem Willen der Vertragsparteien entsprechen. Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 sei daher nicht als «General-klausel für soziale Massnahmen» zu verstehen.<sup>61</sup>

- 70 Eine teleologisch-systematische Interpretation der Ausnahmebestimmung, die sich an übergeordneten vergaberechtlichen Grundsätzen orientiert, führt zu keinem eindeutigen Resultat. Betrachtet man die staatliche Wettbewerbsneutralität (Gleichbehandlungsgrundsatz) und die Wettbewerbsförderung als Hauptzweck des Vergaberechts, spricht nichts dagegen, unter Wohltätigkeitseinrichtung generell Organisationen mit nicht-kommerzieller Zweckverfolgung zu verstehen. Dies entspricht der von Beyeler und wohl auch vom Bundesgericht im Spitex-Fall vertretenen Ansicht, wonach solche Organisationen, sofern sie auch im konkreten Fall ohne kommerzielle Absicht operieren, nicht am Wettbewerb teilnehmen.<sup>62</sup> Da Aufträge an solche Organisationen den Wettbewerb somit nicht berühren, lässt sich ein extensives Verständnis der Ausnahmebestimmung unter teleologischen und gesetzessystematischen Aspekten jedenfalls vertreten.
- 71 Andererseits lässt sich mit Fug argumentieren, dass das Vergaberecht auch andere Zwecke, insbesondere den wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel, verfolgt, was gegen eine Überdehnung der Ausnahmebestimmungen spricht. In diesem Sinn mahnen auch die finanzhaushaltsrechtlichen Grundsätze zur Zurückhaltung beim vergaberechtsfreien Einsatz öffentlicher Gelder (s. vorne 17). Und schliesslich spricht das BGBM für eine restriktive Handhabung der Ausnahmebestimmung und damit des Begriffs der Wohltätigkeitseinrichtung, da deren Anrufung auf eine binnenmarktrechtlich verpönte Marktzugangsbeschränkung hinausläuft.<sup>63</sup>
- 72 Auch der EuGH versteht unter gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen in den Bereichen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr i.S.v. Art. 10 lit. h RL 2014/24 Anbieter ohne Gewinnerzielungsabsicht. Solche Anbieter dürften auch keine Möglichkeit der mittelbaren Gewinnausschüttung haben und müssten etwaige Gewinne reinvestieren, um den gemeinnützigen Zweck (besser) zu erreichen.<sup>64</sup>
- 73 Unter Praktikabilitätsaspekten wäre eine Gleichsetzung des Begriffs der Wohltätigkeitseinrichtung mit ideell motivierten Organisationen ein einfacher Weg.

<sup>61</sup> GAEDTKE, S. 175.

<sup>62</sup> BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 711.

<sup>63</sup> Vgl. WEKO, RPW 2019/4 Rz. 13.

<sup>64</sup> EuGH, C-213/21 und C-214/21 vom 7. Juli 2022 insbes. E. 31 ff.

Denn die Grenze zwischen Wohltätigkeitseinrichtungen im engen Wortsinn und weiteren Organisationen mit ideeller, aber nicht wohltätiger bzw. philanthropischer Zweckverfolgung, verläuft fließend. Während klassische Hilfs- und Sozialwerke mit karitativer Ausrichtung nach herrschendem Verständnis als Wohltätigkeitseinrichtungen gelten, ist die Qualifikation von Tierschutz-, Umweltschutz-, Kulturförderungs- und Forschungsförderungsorganisationen bereits deutlich unklarer. Einer Zuordnung zur einen oder anderen Kategorie haftet im Einzelfall zwangsläufig etwas Arbiträres an.

- 74 Nach dem Gesagten spricht einiges dafür, den Begriff der Wohltätigkeitseinrichtung nach Art. III GPA und Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB nicht zu überdehnen. Eine Anwendung auf sämtliche Organisationen mit nicht-kommerzieller Zwecksetzung mag zwar keine spürbare Wettbewerbsverzerrung nach sich ziehen und einem praktischen Bedürfnis entsprechen, trägt jedoch der Entstehungsgeschichte der Norm, dem Gebot der wirtschaftlichen Mittelverwendung und dem BGBM zu wenig Rechnung.

### 5.3.2. Anknüpfung an die Gemeinnützigkeit im steuerrechtlichen Sinn

- 75 Eine Orientierungshilfe (im Sinne eines Auslegungs-Indizes) kann die steuerrechtliche Qualifikation als gemeinnützige Organisation zwecks Steuerbefreiung bieten. Dieser Vergleich bietet sich bereits deshalb an, weil die Steuerbefreiung auf ähnlichen Überlegungen beruht wie die vorgesetzliche Motivation von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB, nämlich auf der Förderungswürdigkeit von Organisationen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen (Art. 56 lit. g DBG).
- 76 Im Gegensatz zur rein ideellen Zwecksetzung steht bei einer gemeinnützigen Organisation die Förderung des Allgemeinwohls im Vordergrund. Sie setzt sich nicht für die eigenen Interessen oder jener ihrer Mitglieder ein, sondern erbringt «Opfer» für andere, sei es finanzieller Natur oder mittels persönlichen Einsatzes der Mitglieder, vollkommen uneigennützig.<sup>65</sup> Die Gemeinnützigkeit im steuerrechtlichen Sinn setzt somit ein Doppeltes voraus: i) das Allgemeininteresse am verfolgten Zweck; ii) die Uneigennützigkeit der Zweckverfolgung.<sup>66</sup>
- 77 Beim Allgemeininteresse am verfolgten Zweck handelt es sich um das *objektive* Element der Gemeinnützigkeit. Es bedeutet, dass die Förderungswürdigkeit eines bestimmten Zwecks von einem beachtlichen Teil der Bevölkerung anerkannt sein muss.<sup>67</sup> Dazu gehören Tätigkeiten in karitativen, humanitären,

<sup>65</sup> Vgl. Solothurner Steuerbuch, Besteuerung von juristischen Personen mit ideellen Zwecken, § 95<sup>bis</sup> Nr. 1, Fassung vom 31.01.2018, Ziff. 2.2.

<sup>66</sup> Vgl. eingehend Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 12, Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke (Art. 56 Bst. g DBG) oder Kultuszwecke (Art. 56 Bst. h DBG) verfolgen; Abzugsfähigkeit von Zuwendungen (Art. 33 Abs. 1 Bst. i und Art. 59 Bst. c DBG).

<sup>67</sup> Degen, Das Schweizer Gemeinnützigkeitsrecht im europäischen Kontext, S. 110.

gesundheitsfördernden, ökologischen, erzieherischen, wissenschaftlichen und kulturellen Bereichen, so etwa die soziale Fürsorge, Kunst und Wissenschaft, Unterricht, die Förderung der Menschenrechte, Heimat-, Natur- und Tierschutz sowie die Entwicklungshilfe.<sup>68</sup> Ein Allgemeininteresse wird regelmässig nur dann angenommen, wenn der Kreis der Destinatäre, denen die Förderung bzw. Unterstützung zukommt, grundsätzlich offen ist. Ein allzu enger Destinatärkreis (z.B. Begrenzung auf den Kreis einer Familie, die Mitglieder eines Vereins, eine Gemeinschaft von Patienten mit der gleichen Krankheit oder die Angehörigen eines bestimmten Berufs) schliesst eine Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit aus.<sup>69</sup>

- 78 Das *subjektive* Element der Uneigennützigkeit meint das altruistische Handeln. Gemeinnützigkeit im steuerrechtlichen Sinne liegt nur dann vor, wenn die Tätigkeit nicht nur das Interesse der Allgemeinheit fördert, sondern wenn ihr auch der Gemein Sinn zugrunde liegt. Der Begriff der «ausschliesslichen Gemeinnützigkeit» setzt daher voraus, dass die Tätigkeit der juristischen Person einerseits im Interesse der Allgemeinheit liegt und andererseits auch uneigennützig ist, d.h. dass für den im Allgemeininteresse liegenden Zweck von Körperschaftsmitgliedern oder Dritten, unter Zurückstellung der eigenen Interessen, Opfer erbracht werden. Selbsthilfeeinrichtungen und Vereinigungen zur Pflege von Freizeitaktivitäten (z.B. Musik-, Theater-, Sport- und Tanzgruppen) fehlt diese uneigennützige (altruistische) Zwecksetzung genauso wie Berufs- und Fachorganisationen, politischen Parteien und Interessenverbänden.<sup>70</sup>
- 79 Die Beschränkung des Begriffs der Wohltätigkeitseinrichtungen i.S.v. Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB auf gemeinnützige Organisationen im steuerrechtlichen Sinn ist aus mehreren Gründen zielführend. Zum einen trägt diese Beschränkung dem Sinn und Geist der Ausnahmeregelung von Art. III GPA (s. vorne Kapitel 4.1) und damit dem Willen der Konkordatskantone Rechnung. Förderungswürdig sind nur Organisationen, deren Zweckverfolgung im allgemeinen bzw. öffentlichen Interesse liegt (objektives Element der Gemeinnützigkeit). Das subjektive Element der Uneigennützigkeit (Altruismus) verhindert zudem, dass öffentliche Mittel vergaberechtsfrei an private Organisationen (z.B. Sportvereine, Branchenverbände etc.) fliessen, die nur oder primär ihren Mitgliedern statt einer breiteren Öffentlichkeit zugutekommen.
- 80 Zum anderen bietet der Vergleich zum Steuerrecht den praktischen Vorteil, dass damit auf verhältnismässig klaren Kriterien und einer etablierten Praxis

<sup>68</sup> Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 12, Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke (Art. 56 Bst. g DBG) oder Kultuszwecke (Art. 56 Bst. h DBG) verfolgen; Abzugsfähigkeit von Zuwendungen (Art. 33 Abs. 1 Bst. i und Art. 59 Bst. c DBG), S. 2 f.

<sup>69</sup> Ebenda S. 3.

<sup>70</sup> Ebenda S. 3 und S. 5; Kantonales Steueramt des Kantons Aargau, Merkblatt Steuerbefreiung von juristischen Personen vom 1. Oktober 2008 S. 4.

aufgebaut werden kann. Den Vergabebehörden erlaubt dies insbesondere in denjenigen Fällen eine einfache Handhabe, in denen ein Anbieter bereits erfolgreich ein Gesuch um Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit gestellt hat. In Fällen, in denen eine Steuerbefreiung (noch) nicht erfolgt ist oder nicht erfolgen kann, bleiben der Vergabebehörde ein Beurteilungsaufwand und die damit verbundene Rechtsunsicherheit.

- 81 Wo keine Steuerbefreiung vorliegt, weil die weiteren steuerrechtlichen Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind (z.B. kein entsprechendes Gesuch, keine juristische Person etc.), ist anhand aller bekannten Umstände zu prüfen, ob die erwähnten Voraussetzungen (Allgemeininteresse am verfolgten gemeinnützigen Zweck und Uneigennützigkeit) gegeben sind. Diese Beurteilung muss zum einen anhand der rechtlichen Grundlagen erfolgen, aus denen die dauerhafte Verpflichtung des Anbieters zur Gemeinnützigkeit hervorgehen muss (z.B. HR-Einträge, Stiftungsurkunde Statuten, ggf. öffentlich-rechtliche Grundlagen etc.). Zum anderen muss sich die Gemeinnützigkeit auch in der tatsächlichen Tätigkeit des Anbieters niederschlagen, worüber u.a. Geschäftsberichte, vergangene Aufträge, öffentlich verfügbare Informationen und der Auftraggeberin bekannte vertragliche Verpflichtungen Aufschluss geben können.

### 5.3.3. Zwischenresultat

- 82 Die Entstehungsgeschichte von Art. III GPA und Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB, das Gebot der wirtschaftlichen Mittelverwendung und das BGBM sprechen dagegen, unter den Begriff der Wohltätigkeitseinrichtung sämtliche Organisationen mit ideeller Zwecksetzung zu subsumieren. Vielmehr ist eine Beschränkung auf Organisationen angezeigt, die gemeinnützig im steuerrechtlichen Sinn sind. Hierfür ist nebst dem Allgemeininteresse am verfolgten Zweck insbesondere auch die Uneigennützigkeit unabdingbare Voraussetzung.
- 83 Ein weites Begriffsverständnis liesse sich nur dann rechtfertigen, wenn man die Hauptzielsetzung des Vergaberechts einzig im wettbewerbsneutralen Verhalten sehen will, da sich argumentieren lässt, dass rein ideell orientierte Anbieter in der Regel nicht im Wettbewerb mit Wirtschaftssubjekten auftreten. Ausnahmen von dieser Regel sind zum Beispiel bei Sprachkursen für die Integration von Ausländern zu beachten, die sowohl von gemeinnützigen Organisationen als auch von kommerziell betriebenen Sprachschulen angeboten werden. In solchen Fällen scheint es jedoch umso wichtiger, zusätzliche Bedingungen an die vergaberechtsfreie Beauftragung nach Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB zu stellen, wie es das Bundesgericht im Spitex-Fall getan hat.

#### 5.4. Fehlender kommerzieller Zweck im Besonderen

##### 5.4.1. Im Allgemeinen

- 84 Gemäss Bundesgericht und Lehre setzt eine Vergabe gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB voraus, dass der Anbieter einen nicht-kommerziellen Zweck verfolgt.
- 85 Von kommerziellen bzw. gewerblichen Zwecken wird gesprochen, wenn ein Unternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb oder in wirtschaftlicher Monopolstellung mit dem Zweck der Gewinnerzielung wirtschaftliche Mittel, namentlich Kapital und Arbeit, einsetzt und für seine Leistungen insgesamt ein Entgelt fordert, wie es im Wirtschaftsleben üblicherweise bezahlt wird.<sup>71</sup> Etwas breiter gefasst verfolgen all diejenigen Unternehmen einen kommerziellen Zweck, die wirtschaftliche Vorteile etwelcher Art anstreben, wozu nebst kurz- oder langfristigen Gewinnen, auch Erfahrungen, Referenzen, Auslastung von Überkapazitäten, Renommee, Kontakte etc. gehören, die sich längerfristig in wirtschaftlichen Vorteilen niederschlagen.<sup>72</sup>
- 86 Ein unmittelbares Gewinnstreben mit Bezug auf den fraglichen Auftrag ist nicht vorausgesetzt. Denn ein kommerziell ausgerichteter Anbieter handelt auch dort in kommerzieller Absicht, wo er einen nicht unmittelbar gewinnbringenden bzw. nur kostendeckenden Auftrag wahrnimmt, da auch ein solcher Auftrag indirekt und längerfristig seiner kommerziellen Zwecksetzung dient, sei es wegen Auslastung vorhandener Ressourcen, Erlangung von Referenzen und Kontakten oder aus Reputationsgründen. Auch eine Gewinnausschüttung ist nicht begriffsnötig; Deckungsbeiträge aus einer kommerziellen Tätigkeit lassen sich auch in der Form von Salären, Boni und anderen geschäftsmässig begründeten Kostenkategorien abführen. Kommerziell motivierte Anbieter können demnach system- und begriffsimmanent nicht wohltätig bzw. gemeinnützig i.S.v. Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB sein.
- 87 Die Differenzierung zwischen Organisationen mit kommerzieller und nicht-kommerzieller Zwecksetzung mag idealtypisch erscheinen und kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, zumal sich zahlreiche «kommerziell» ausgerichtete Unternehmen philanthropisch betätigen und umgekehrt «ideell» motivierte Organisationen auch am Wirtschaftsleben teilnehmen, indem sie bereichsweise gewinnorientiert handeln. Allerdings entspricht die Differenzierung dem gängigen Rechtsverständnis und dient dem Schutz eines funktionierenden Wettbewerbs zwischen «klassischen» Wirtschaftssubjekten, d.h. kommerziell motivierten Anbietern. Auch der EuGH grenzt gemeinnützige Organisationen i.S.v. Art. 10 lit. h RL 2014/24 über das Kriterium der Gewinnstrebigkeit und die

<sup>71</sup> Kreisschreiben, S. 3.

<sup>72</sup> BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 700 f.

fehlende Möglichkeit zur (mittelbaren oder unmittelbaren) Gewinnausschüttung ab.<sup>73</sup>

- 88 Die Anforderung der fehlenden Gewinnstrebigkeit ergibt sich bereits aus den erwähnten Begriffsmerkmalen der gemeinnützigen Organisationen im steuerrechtlichen Sinn (s. vorne Kapitel 5.3.2). Insbesondere der Begriff der Uneigennützigkeit schliesst die Gewinnstrebigkeit bzw. das Streben nach (eigenen) wirtschaftlichen Vorteilen aus. Werden derartige Zwecke verfolgt, so liegt keine Uneigennützigkeit vor.
- 89 Zu Anbietern mit nicht-kommerzieller Zwecksetzung gehören im Gegensatz zu gemeinnützigen Anbietern auch Organisationen mit ideeller Zwecksetzung, die hauptsächlich eigennützig statt altruistisch tätig sind (z.B. politische Parteien und Sportverbände). Dem Kriterium der fehlenden Gewinnstrebigkeit kommt somit neben demjenigen der Gemeinnützigkeit keine eigenständige Bedeutung zu. Ist ein Anbieter von den Steuerbehörden als gemeinnützig anerkannt und damit steuerbefreit, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass er keinen kommerziellen Zweck im vergaberechtlichen Sinn verfolgt.
- 90 Das Abstellen auf die kommerzielle Zwecksetzung bzw. die Gewinnstrebigkeit als Ausschlusskriterium für eine Privilegierung nach Art. 1 Abs. 1 lit. e IVöB ist allerdings nicht zwingend. Denkbar wäre auch ein Erfordernis, wonach der Anbieter kein kaufmännisches Unternehmen bzw. kein «Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» i.S.v. Art. 934 Abs. 1 OR betreiben darf. Denn tut er dies, ist seine wirtschaftliche Tätigkeit nicht mehr nur «nebensächlich» oder «Beiprodukt», sondern erlaubt ihm, gleich wie kommerziell motivierte Anbieter am Markt aufzutreten. Damit würden viele gemeinnützige oder nicht-kommerziell orientierte Organisationen für eine vergaberechtsfreie Beauftragung nach Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB ausscheiden, zumal öffentliche Aufträge, die über den Schwellenwerten für das Einladungsverfahren liegen (CHF 150'000), regelmässig bedingen, dass ein kaufmännisches Unternehmen betrieben wird, da der Auftrag sonst gar nicht angemessen erfüllt werden kann. Während sich eine derartige Beschränkung des Ausnahmetatbestands auf nicht gewerblich tätige Anbieter in wettbewerbsrechtlicher und teleologischer Sicht vertreten liesse, findet sie in der Praxis der schweizerischen und europäischen Gerichte keine Grundlage.

#### 5.4.2. Fehlende Gewinnstrebigkeit im Einzelfall

- 91 Das Bundesgericht setzt weiter voraus, dass der Anbieter in Bezug auf die in Frage stehende Leistungserbringung keine kommerziellen Absichten hat. Dies scheint konsequent, wenn man davon ausgeht, dass die nicht-kommerzielle

<sup>73</sup> EuGH, C-213/21 und C-214/21 vom 7. Juli 2022 E. 31 ff.

Zweckverfolgung des Anbieters das entscheidende Kriterium ist, um die Wettbewerbsneutralität und damit Vergaberechtsfreiheit des Geschäfts sicherzustellen. Wenn ein Anbieter grundsätzlich keinen kommerziellen Zweck verfolgen darf, darf er es umso weniger im konkreten Geschäft. Aber umgekehrt indiziert ein fehlendes kommerzielles Interesse an einem konkreten Auftrag noch keine Gemeinnützigkeit.

- 92 Die fehlende kommerzielle Absicht des Anbieters stellt ein willensbezogenes und damit subjektives Element dar, das als solches nicht einfach überprüfbar ist. Ob ein Anbieter mit einem konkreten Auftrag eine Rendite oder sonstige wirtschaftliche Vorteile im genannten Sinn zu erzielen beabsichtigt, kann sich allenfalls aus der von ihm geführten Korrespondenz und anderen Verlautbarungen ergeben.<sup>74</sup>
- 93 Die fehlende Gewinnstrebigkeit in Bezug auf ein konkretes Geschäft geht Hand in Hand mit dem objektiven Element der nicht-kommerziellen und damit wettbewerbsneutralen Ausgestaltung des entsprechenden Auftrags. Das Bundesgericht nennt dieses objektive Element im Spitex-Fall zwar als eigenständiges Kriterium, doch handelt es sich bei Lichte betrachtet inhaltlich um dasselbe: Mit der nicht-kommerziellen Ausgestaltung eines Geschäfts wird die verlangte nicht-kommerzielle Absicht des Anbieters auf eine objektive Basis gestellt.
- 94 Die fehlende Gewinnstrebigkeit bzw. die wettbewerbsneutrale Ausgestaltung eines Geschäfts bedeutet in erster Linie, dass der Anbieter maximal kostendeckend operieren darf. Die Erzielung von Gewinn, auch wenn er dem vom Anbieter verfolgten gemeinnützigen Zweck zugutekommt, lässt sich weder mit der Wettbewerbsneutralität noch dem Gebot der wirtschaftlichen Mittelverwendung vereinbaren. Die Kosten, d.h. die Löhne, Mieten und andere Betriebskosten, dürfen dabei höchstens dem Marktniveau entsprechen, jedoch nicht darüber liegen. Mitglieder von Stiftungsräten und Vereinsvorständen müssen grundsätzlich ehrenamtlich tätig sein. Vorbehalten bleibt der Ersatz von Barauslagen und allfälligen Transportkosten. Anderenfalls bestände die Gefahr einer versteckten Gewinnausschüttung, z.B. durch übersetzte Löhne oder Naturalvorteile. Die fehlende Möglichkeit zur Gewinnerzielung wird regelmässig mit einem reduzierten Kostenrisiko des Anbieters einhergehen. Dies bedeutet hingegen nicht, dass die Auftraggeberin den Anbieter mit Blick auf die Verwendung öffentlicher Mittel nicht zur Wirtschaftlichkeit anhalten kann und muss. Diese Vorgaben können nur durchgesetzt werden, wenn der Anbieter volle Kostentransparenz gewährt und verpflichtet wird, der Auftraggeberin einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten.

<sup>74</sup> So etwa im Fall des Kantonsgerichts Luzern 2014 IV Nr. 1 (E. 13.2) vom 12.02.2014, in dem die betroffene Wohnbaugenossenschaft explizit eine Renditeerwartung zum Ausdruck brachte.

#### 5.4.3. Unschädlichkeit untergeordneter kommerzieller Tätigkeiten

- 95 Die Erfordernisse der Gemeinnützigkeit und der fehlenden Gewinnstrebigkeit schliessen nicht aus, dass die entsprechende Organisation ausserhalb des nach Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB privilegierten Auftrags in untergeordnetem Ausmass gewerblichen Nebentätigkeiten nachgehen.<sup>75</sup> Soweit die Organisation in diesen Geschäftsbereichen öffentliche Aufträge erhalten will, muss sie sich wie jede Gesellschaft mit gewerblichem (Haupt-)Zweck dem Vergabewettbewerb stellen. In diesem Sinn hielt auch das Verwaltungsgericht Zürich in einem Entscheid von 2008 fest, dass die Ausnahme «nur die Möglichkeit eröffnen will, gemeinnützige Organisationen der genannten Art gezielt zu unterstützen.» Diese Organisationen sollen jedoch nicht daran gehindert werden, «sich an einer ‘gewöhnlichen’, auf Wettbewerb ausgerichteten Ausschreibung als Anbieter zu beteiligen, und in diesem Fall können sie auch den speziellen Schutz von Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB [heute Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB] nicht beanspruchen.»<sup>76</sup>
- 96 Voraussetzung ist, dass diese kommerziellen Nebentätigkeiten (i) dem nicht-kommerziellen Hauptzweck untergeordnet sind und (ii) allfällige Ertragsüberschüsse dem Hauptzweck zugutekommen. In diese Richtung geht auch die steuerbehördliche Praxis, wonach etwa der Betrieb von mit Pflege- und Altersheimen verbundenen untergeordneten gewerblichen Tätigkeiten (z.B. das Führen einer Cafeteria oder eines Kiosks) der Steuerbefreiung nicht schaden, solange die erwähnten Kriterien erfüllt sind.<sup>77</sup>

#### 5.4.4. Zwischenresultat

- 97 Eine vergaberechtsfreie Beauftragung nach Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB setzt zum einen voraus, dass der fragliche Anbieter nicht kommerziell motiviert ist. Dies bedeutet, dass der Anbieter generell und dauerhaft darauf verzichtet, mittels Einsatzes wirtschaftlicher Mittel (Kapital und Arbeit) wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus den erwähnten Begriffsmerkmalen der gemeinnützigen Organisationen im steuerrechtlichen Sinn (s. vorne Kapitel 5.3.2).
- 98 Zum anderen darf der betroffene Anbieter auch im konkreten Beschaffungsgeschäft keine kommerziellen Absichten verfolgen. Im Wesentlichen bedeutet dies, dass der Auftrag so ausgestaltet sein muss, dass keine Gewinne erwirtschaftet werden können und allfällige Überschüsse an die öffentliche

<sup>75</sup> Vgl. BEYLER, Geltungsanspruch Rz. 709 mit Verweis auf den von gemeinnützigen Organisationen oftmals betriebenen Versandhandel.

<sup>76</sup> VGer ZH VB.2007.00531 vom 1.10.2008 E. 3.4.8.

<sup>77</sup> SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke oder Kultuszwecke verfolgen, Praxishinweise zuhanden der Kantonalen Steuerverwaltungen vom 18. Januar 2008, S. 10.

Auftraggeberin zurückgeführt werden. Sämtliche Kosten dürfen höchstens dem Marktniveau entsprechen.

- 99      Untergeordnete kommerzielle Nebentätigkeiten der betroffenen Anbieter (z.B. der Betrieb eines Restaurants) schaden nicht, solange sie losgelöst vom betroffenen öffentlichen Auftrag erfolgen und der Überschuss dem ideellen Zweck zugutekommt, d.h. nicht (mittelbar oder unmittelbar) ausgeschüttet wird.

### 5.5.      **Unterstützungs- oder Förderungsabsicht der Auftraggeberin**

- 100      Gemäss Bundesgericht ist für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB nicht zuletzt auf das Ziel der Beauftragung abzustellen. Relevant ist, ob die öffentliche Auftraggeberin mit der Beauftragung beabsichtigt, zugleich eine gemeinnützige Organisation zu unterstützen, oder ob sie primär an einer möglichst wirtschaftlichen Leistungserbringung interessiert ist.<sup>78</sup> Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang zu Recht fest, dass es nicht allein auf die (kommerzielle oder nicht-kommerzielle) Motivation des Anbieters ankommen kann, zumal im Ausschreibungszeitpunkt regelmässig nicht bekannt ist, wer eine Offerte einreicht.<sup>79</sup>
- 101      Das Abstellen auf die Unterstützungs- und Förderungsabsicht mag rechts- bzw. fiskalpolitisch fragwürdig erscheinen, ist doch das Gemeinwesen zu einem haushälterischen Umgang mit den anvertrauten Mitteln verpflichtet.<sup>80</sup> Allerdings dürfte es dem Willen der GPA-Vertragsstaaten und insofern auch der Konkordatskantone entsprechen, die Förderung entsprechender Institutionen über die Vergabe öffentlicher Aufträge zu ermöglichen, auch wenn die dafür aufgewendeten Mittel allenfalls wirtschaftlicher eingesetzt werden könnten. Auch der in Art. 20 RL 2014/24/EU vorgesehene Vorbehalt trägt sozialpolitischen Anliegen Rechnung, indem er den Mitgliedstaaten bzw. öffentlichen Auftraggeberinnen erlaubt, geschützte Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmer, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, zu fördern.<sup>81</sup> Das zusätzliche Erfordernis der Förderungs- bzw. Unterstützungsabsicht erscheint auch deshalb sinnvoll, weil die Ausnahme so weniger Gefahr läuft, als

<sup>78</sup> In diesem Sinn auch Kantonsgericht LU, 2014 IV Nr. 1: «Soweit eine Beschaffung von Leistungen bei einer Wohltätigkeitseinrichtung im Sinn von § 2 lit. d öBG erfolgt, bezweckt der öffentliche Auftraggeber damit nicht nur den Erhalt der Leistungen, sondern auch die Förderung der ideellen Institution in ihrer im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit (Beyeler, a.a.O., N 714).»

<sup>79</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.7.2.

<sup>80</sup> Vgl. STAFFELBACH/OLAH/ZOBL.

<sup>81</sup> Zum Ganzen EuGH C-598/19 vom 6. Oktober 2021 (Conace).

missbräuchliche oder willkürliche Handelsbeschränkung im Sinne des Chapeau von Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 betrachtet zu werden (s. vorne, Rz. 44).

- 102 Für die Beurteilung des Beschaffungszwecks ist die Ausgestaltung der Ausschreibung von entscheidender Bedeutung.<sup>82</sup> Daraus ergibt sich, ob die Auftraggeberin vor allem die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation oder vielmehr eine möglichst wirtschaftliche Aufgabenerfüllung anstrebt. Im Spitex-Fall schloss das Bundesgericht auf letzteres, da die Auftraggeberin vier gemeinnützige Organisationen zur Abgabe eines Angebots eingeladen hatte, wobei sie den Angebotspreis mit 80 % und die übrigen Kriterien des Anforderungskatalogs mit nur 20 % gewichtete. Damit brachte die Auftraggeberin laut Bundesgericht zum Ausdruck, dass es ihr «nicht um die Unterstützung eines schutzbedürftigen nicht-kommerziellen Anbieters, sondern um das Eruiere eines Anbieters, der die offerierte Dienstleistung am besten und am günstigsten erbringt», ging.<sup>83</sup>
- 103 Soweit das Bundesgericht darüber hinaus die vertragliche Pflicht zur wirtschaftlichen Leistungserbringung als Argument gegen eine Förderungsabsicht ins Feld führte, kann ihm indessen nicht gefolgt werden. Eine wirtschaftliche Leistungserbringung ist mit Blick auf die Verwendung öffentlicher Mittel auch bei der Beauftragung gemeinnütziger Organisationen geboten.
- 104 Ähnliche Erwägungen stellte das Zürcher Verwaltungsgericht im Fall betreffend Organisationen der Arbeitsintegration an. Auch dort kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass für die Auftraggeberin nicht die Unterstützung schutzbedürftiger Auftragnehmer im Vordergrund stand, sondern die Suche nach Anbietern, welche die verlangte Dienstleistung am besten und günstigsten erbringen. Entscheidend war hierfür, dass in den Ausschreibungsunterlagen «nicht die ideellen Ziele der Anbietenden, sondern deren wirtschaftliche, organisatorische und fachliche Leistungsfähigkeit (Eignungskriterien) sowie die Qualität der Leistung und der Preis (Zuschlagskriterien) als massgebliche Kriterien genannt [wurden].»<sup>84</sup>
- 105 Daraus folgt: Zwar muss die Auftraggeberin im Rahmen geeigneter Muss-Kriterien sicherstellen, dass der Anbieter überhaupt in der Lage ist, den entsprechenden Auftrag auszuführen. Im Rahmen der Angebotsevaluation wird er jedoch primär auf die Qualität und die Umsetzung des Förderungszwecks abzustellen haben. Hierzu sind geeignete Zuschlagskriterien aufzustellen, z.B. Anteil der Beschäftigten mit Behinderungen, Arbeitsbedingungen, Mittelverwendung zur Erreichung des Förderungszwecks, Effizienzgrad etc. Der Angebotspreis darf

<sup>82</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.7.2 f.; VGer ZH VB.2007.00531 vom 1.10.2008 E. 3.4.8.

<sup>83</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.7.3.

<sup>84</sup> VGer ZH VB.2007.00531 vom 1.10.2008 E. 3.4.8.

höchstens eine untergeordnete Rolle spielen, wobei als Faustregel eine Gewichtung von 20 % - 30 % nicht zu überschreiten ist.

106 Die genannten Voraussetzungen hindern die öffentliche Auftraggeberin nicht daran, Offerten mehrerer gemeinnütziger Organisationen einzuholen. Auch ein Ausschreibungs- oder Einladungsverfahren analog zu den vergaberechtlichen Bestimmungen ist möglich und schliesst das Vorliegen einer Förderungsabsicht nicht aus, solange die Ausschreibung erkennbar auf entsprechende Anbieter ausgerichtet ist und die Auswahl nicht über wirtschaftliche Wettbewerbsparameter erfolgt.<sup>85</sup> Ein solcher «Quasiwettbewerb» unter gemeinnützigen Organisationen stellt sicher, dass die Auftraggeberin die Auswahl zwischen mehreren Angeboten hat, die sich qualitativ oder inhaltlich differenzieren, wobei sie jenes auswählt, das den Förderungszweck und die Aufgabenerfüllung optimal vereinigt. Auch die in der Judikatur beurteilten Beispiele von Ausschreibungen und Einladungsverfahren sprechen nicht gegen diesen Ansatz. Für die Gerichte war nicht die Ausschreibung oder Einladung zur Offertstellung an sich entscheidend, sondern deren kommerzielle Ausgestaltung.

107 In diesem Sinne sieht § 118 Abs. 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Einklang mit Art. 20 RL 2014/24/EU vor, dass öffentliche Auftraggeberinnen «das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und Unternehmen vorbehalten [können], deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, oder bestimmen, dass öffentliche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchzuführen sind.» Nach Absatz 2 derselben Bestimmung ist vorausgesetzt, dass mindestens 30 % der in diesen Werkstätten oder Unternehmen Beschäftigten Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Personen sind. Den öffentlichen Auftraggeberinnen steht es nach der EuGH-Rechtsprechung frei, zur Erreichung der sozial- und arbeitspolitischen Ziele strengere Voraussetzungen für eine Teilnahme aufzustellen.<sup>86</sup> Für Schweizer Behörden ist eine analoge Handhabung denkbar.

## 5.6. Massgeblichkeit der Marktstrukturen (Anbieterwettbewerb)?

108 Nach dem Gesagten ist für die Anwendung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB auf Wohltätigkeitseinrichtungen entscheidend, ob der Anbieter gemeinnützig oder zumindest nicht-kommerziell ausgerichtet ist (sowohl generell wie auch im konkreten Fall), ob das betroffene Geschäft nicht-kommerziell ausgestaltet ist und ob die öffentliche Auftraggeberin die Förderung des Anbieters als gemeinnützige Organisation bezweckt.

<sup>85</sup> Vgl. auch BEYELER, BR 2019, S. 14 ff., Ziff. 3.c.

<sup>86</sup> EuGH C-598/19 vom 6. Oktober 2021 (Conace) E. 32.

- 109 Im Sinne einer weiteren Einschränkung könnte verlangt werden, dass für den vergaberechtsfrei erteilten Auftrag kein Markt im Sinne eines Anbieterwettbewerbs besteht. Damit könnte sichergestellt werden, dass nur Aufträge gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB vergeben werden, für die sich kein Wirtschaftsteilnehmer interessiert. Umgekehrt würde die öffentliche Hand überall dort, wo Wettbewerb besteht, die Marktkräfte spielen lassen. Die Privatwirtschaft würde so nicht beeinträchtigt, die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt und der Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern gefördert, was einer vergaberechtlichen Zielsetzung entspricht (Art. 2 lit. a und lit d IVöB).<sup>87</sup>
- 110 Allerdings scheint es wie gezeigt dem Willen der GPA-Vertragsstaaten und der Konkordatskantone zu entsprechen, gemeinnützige Organisationen unter bestimmten Umständen (auch) über öffentliche Aufträge zu fördern. Zusätzlich zu verlangen, dass dies nur in Bereichen möglich sein soll, die von der Privatwirtschaft, aus welchen Gründen auch immer, nicht erschlossen wurden, widerspricht wohl der historischen Absicht des Gesetzgebers. Für eine derart restriktive Lesart bestehen trotz der erwähnten Vorteile keine Anhaltspunkte. Privatwirtschaftliche Tätigkeiten und damit ein Anbietermarkt sind in vielen Bereichen anzutreffen, auch und gerade dort, wo staatliche Aufträge in Aussicht stehen. Genauso wenig, wie es öffentlichen Auftraggeberinnen im Rahmen des «make or buy»-Entscheids unbenommen bleibt, einen Auftrag selbst («in-house») und damit allenfalls unwirtschaftlich zu erfüllen, muss er die Möglichkeit haben, damit eine Organisation i.S.v. Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB zu betrauen, solange die Wettbewerbsneutralität gewahrt bleibt. Entsprechend verzichtet auch das Bundesgericht im «Spitex-Fall» auf eine entsprechende Voraussetzung.

---

## 6. Öffentliche Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration

### 6.1. Begriff und Aufgaben der Organisationen der Arbeitsintegration

- 111 Das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) sieht vor, dass die Arbeitslosenversicherung finanzielle Leistungen für arbeitsmarktliche Massnahmen zu Gunsten von versicherten Personen und von Personen, die von Arbeitslosigkeit bedroht sind, erbringt (Art. 59 Abs. 1 AVIG). Damit soll die Eingliederung von Versicherten, die aus Gründen des Arbeitsmarkts erschwert vermittelbar sind, gefördert werden (Art. 59 Abs. 2 AVIG). Die möglichen Massnahmen sind breit gefächert

---

<sup>87</sup> Vgl. KGer LU (TC) LGVE 2014 IV Nr. 1 E 13.1: Das Kantonsgericht Luzern äusserst sich dahingehend, dass die Freistellung von Aufträgen an Wohltätigkeitseinrichtungen u.a. deshalb gerechtfertigt sei, «weil es gerade bei klassischen Wohltätigkeitseinrichtungen keinen relevanten Markt gibt [...]». Das Fehlen eines relevanten Marktes ist hier primär als Erklärung der gesetzlichen Regelung zu verstehen und weniger als konstitutive Voraussetzung für die Nichtbeachtung des Vergaberechts.

und erfassen Bildungsmassnahmen (z.B. Umschulungs- oder Weiterbildungskurse), Beschäftigungsmassnahmen (Berufspraktika, Motivationssemester etc.) und sog. spezielle Massnahmen (Einarbeitungs- und Ausbildungszuschüsse etc.; Art. 59 Abs. 1bis AVIG).

- 112 Gefördert werden können nebst Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, gemeinsamen Einrichtungen der Sozialpartner, Kantone und Gemeinden auch andere öffentliche und private Institutionen, was namentlich über Beiträge an die Kosten der Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen geschieht (Art. 7 Abs. 1 lit b AVIG i.V.m. Art. 59c Abs. 1 AVIG). Erstattet werden den Organisationen die nachgewiesenen und notwendigen Kosten zur Durchführung solcher Massnahmen (Art. 59c Abs. 2 AVIG).
- 113 Im Hinblick auf die Eingliederung von Versicherten mit Migrationshintergrund arbeiten die zuständigen Amtsstellen mit den öffentlichen und privaten Durchführungsorganen der Asyl-, Ausländer- und Integrationsgesetzgebung zusammen. Zudem können Integrationsmassnahmen für Menschen mit Anspruch auf Leistungen aus der Invalidenversicherung auch von Organisationen der privaten Invalidenhilfe durchgeführt werden (Art. 74 IVG).
- 114 Der Begriff der Organisationen der Arbeitsintegration selbst ist weder im Vergaberecht noch im AVIG oder im IVG definiert. Im Sinne einer einheitlichen Auslegung der Rechtsordnung ist davon auszugehen, dass alle Organisationen erfasst werden, die mit Integrationsmassnahmen im Sinne des AVIG und der Asyl-, Ausländer-, Integrations- sowie Invalidenversicherungsgesetzgebung betraut sind. Bei diesen Organisationen handelt es sich teilweise um öffentlich-rechtliche Organisationen, teilweise jedoch auch um private Vereine, Stiftungen und Gesellschaften einschliesslich Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung.<sup>88</sup>

## 6.2. Unterstellung von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration

- 115 Bei den arbeitsmarktlichen und Integrationsmassnahmen handelt es sich regelmässig um öffentliche Aufgaben, da dem Staat eine gesetzliche Erfüllungspflicht zukommt. Soweit Auftragnehmer mit der Durchführung solcher Aufgaben betraut und in der einen oder anderen Form dafür entschädigt werden (sei es über die Arbeitslosen- oder Invalidenversicherung oder sonstige Beiträge), handelt es sich entweder um einen öffentlichen Auftrag i.S.v. Art. 8 IVöB oder die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe i.S.v. Art. 9 IVöB.
- 116 Vor diesem Hintergrund hat der Kanton Solothurn in Abweichung von Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB festgelegt, dass auch Aufträge an Organisationen der

<sup>88</sup> Vgl. dazu die Mitgliederliste des Vereins Arbeitsintegration Schweiz, abrufbar unter <https://www.arbeitsintegration-schweiz.ch/mitglieder>, besucht am 14.11.2023; TUCHSCHMID, Art. 10 N 18.

Arbeitsintegration nach der Submissionsgesetzgebung vergeben werden (§ 2 Abs. 2 SubG SO). Laut Botschaft des Regierungsrats wurde von verschiedenen Vernehmlassungsadressaten geltend gemacht, dass es sich um ein beachtliches Vergabevolumen handelt und dass nebst Einrichtungen mit ideeller Zwecksetzung auch gewinnorientierte Unternehmen in diesem Markt tätig sind.<sup>89</sup> Dies deckt sich mit unseren Praxiserfahrungen.

117 Damit sind im Kanton Solothurn Aufträge im Bereich arbeitsmarktlicher Massnahmen grundsätzlich dem Vergaberecht unterstellt. Organisationen der Arbeitsintegration geniessen keinen «Sonderstatus» und sind gleich zu behandeln wie andere Anbieter. Eine Generalausnahme besteht weder in Bezug auf spezifische Aufträge im Bereich der Arbeitsintegration noch in Bezug auf Anbieter, die solche Leistungen ausschliesslich oder teilweise anbieten. Für die Vergabebehörden bedeutet dies, dass Art. 10 Abs. 1 lit. e IVöB hinsichtlich Organisationen der Arbeitsintegration nicht gilt. Soweit demnach eine öffentliche Ausschreibung dieser Leistungen erfolgt, kann auf ein Kostenaudit nach Massgabe von Art. 84 der Arbeitslosenversicherungsverordnung<sup>90</sup> verzichtet werden.

118 Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn schreibt derartige Aufträge seit einigen Jahren öffentlich aus, allerdings nur *analog* den submissionsrechtlichen Grundsätzen und ohne Rechtsschutz.<sup>91</sup> Da entsprechende Aufträge dem Submissionsrecht unterstehen und falls keine andere Ausnahme greift, wird künftig das Vergaberecht direkt gelten und damit auch der Rechtsschutz gewährleistet sein.

### 6.3. Ausnahmen von der Unterstellung

119 Fraglich ist, ob Aufträge zur Durchführung arbeitsmarktlicher Massnahmen dann vergaberechtsfrei erteilt werden können, wenn eine andere Ausnahme nach Art. 10 IVöB greift, oder ob solche Aufträge ungeachtet des Auftragnehmers immer unterstellt sind, sobald die Schwellenwerte erreicht werden. In Frage kommen insbesondere die Ausnahmen zugunsten von Wohltätigkeitseinrichtungen und das In-State-Privileg (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB), soweit es sich um öffentlich-rechtliche Anbieter handelt.

120 Der Wortlaut von § 2 Abs. 2 SubG spricht von «Aufträge[n] an Organisationen der Arbeitsintegration», was beschränkt aussagekräftig ist, während die Botschaft des Regierungsrats zusätzlich die «in den Kantonen im Bereich des Vollzugs der arbeitsmarktlichen Massnahmen vergebenen Aufträge» erwähnt.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 8. Juni 2021, RRB Nr. 2021/788, S. 14 f.

<sup>90</sup> Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.02).

<sup>91</sup> Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 8. Juni 2021, RRB Nr. 2021/788, S. 14 f.

<sup>92</sup> Ebenda, S. 14.

Der Hinweis in der Botschaft auf das «beachtliche Vergabevolumen» im Bereich arbeitsmarktlicher Massnahmen greift das Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel auf (Art. 2 lit. a IVöB) und deutet darauf hin, dass entsprechende Aufträge unabhängig vom konkreten Anbieter generell unterstellt sind. Der anschliessende Verweis auf in diesem Markt tätige «gewinnorientierte Unternehmen» könnte hingegen dafürsprechen, die vom kantonalen Gesetzgeber vorgenommene Unterstellung auf kommerziell motivierte Anbieter zu beschränken. Letzteres wäre indessen eine unechte Gegen Ausnahme, da Aufträge an gewinnorientierte Anbieter von vornherein und im Staatsvertragsbereich völkerrechtlich zwingend öffentlich auszuschreiben sind. Daher halten wir dafür, dass Aufträge im Bereich der arbeitsmarktlichen Aufgaben ausnahmslos auszuschreiben sind, sofern keine andere Legalausnahme greift.

- 121 Es ist z.B. vorstellbar, dass eine Organisation der Arbeitsintegration generell und mit Blick auf den konkreten Auftrag keine kommerziellen Zwecke verfolgt, d.h. nicht auf die Erlangungen wirtschaftlicher Vorteile ausgerichtet ist. Wenn die öffentliche Auftraggeberin beabsichtigt, die entsprechende Organisation zu fördern und die Auftragsvergabe entsprechend ausgestaltet, muss es ihr offenstehen, den Auftrag vergaberechtsfrei nach der Ausnahme für Aufträge an Wohltätigkeitseinrichtungen zu vergeben.<sup>93</sup> Dasselbe gilt für Aufträge an andere öffentliche Auftraggeberinnen, welche die Anforderungen an In-State-Vergaben erfüllen. Die Freistellung kann in beiden Fällen damit gerechtfertigt werden, dass die Vergabe den Wettbewerb unter den kommerziellen Anbietern nicht berührt. Tritt eine Organisation der Arbeitsintegration hingegen als kommerziell motiviertes Wirtschaftssubjekt im Wettbewerb mit anderen Anbietern auf, was ebenfalls vorkommt, handelt es sich um einen gewöhnlichen öffentlichen Auftrag, der in den objektiven Geltungsbereich des Vergaberechts fällt.
- 122 Zusammengefasst ist die Rechtslage im Kanton Solothurn so, wie wenn Organisationen der Arbeitsintegration in der IVöB keine Erwähnung fänden. Die Beauftragung derartiger Organisationen richtet sich nach den üblichen beschaffungsrechtlichen Vorgaben und ist somit grundsätzlich objektiv unterstellt. Ob die entsprechende Organisation vollständig oder nur teilweise im Bereich der Arbeitsintegration tätig ist, ist unerheblich. Gleichzeitig bedeutet dies jedoch auch, dass die Beauftragung derartiger Organisationen dann freigestellt ist, wenn ein anderer Ausnahmetatbestand erfüllt ist.

---

## 7. Aufträge an Behinderteninstitutionen und Strafanstalten

- 123 Die Begriffe der Behinderteninstitution und der Strafanstalt (Art. 10 Abs 1. lit. e IVöB) werden weder in den Gesetzesmaterialien noch in der Literatur disku-

---

<sup>93</sup> Im Ergebnis gleich BEYLER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, S. 239.

tiert, noch bilden sie (soweit ersichtlich) Gegenstand schweizerischer Gerichtsentscheide. Angesichts der Entstehungsgeschichte der Ausnahmebestimmung (s. vorne Kapitel 4.3), ist die Norm auch in dieser Hinsicht völkerrechtskonform, d.h. im Einklang mit dem GPA 2012, auszulegen.

- 124 Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 bezieht sich, gleich wie die Vorgängernorm Art. XXIII Ziff. 2 GPA 1994, und im Unterschied zur IVöB nicht auf die Identität der Anbieter, sondern spricht von «goods or services of persons with disabilities [...] or prison labour»<sup>94</sup>. WTO-Panel-Entscheide, welche die Begriffe konkretisieren würden, bestehen nicht. Und die (internationale) Rechtsliteratur hat sich, soweit überschaubar, ebenfalls bloss peripher damit auseinandergesetzt. Hintergrund der Ausnahmebestimmung dürfte in erster Linie das Anliegen der Vertragsstaaten sein, in Anlehnung an ähnliche innerstaatliche Normen eine historisch benachteiligte Personengruppe (Menschen mit Behinderungen) zu fördern.<sup>95</sup>
- 125 Wortlaut und Zweck der Bestimmung deuten darauf hin, dass Ausgestaltung und Tätigkeitsbereiche der Behinderteninstitution unerheblich sind, sofern Menschen mit Behinderungen in dieser Institution einen substantziellen Teil der Arbeit erbringen und diese Beschäftigung auch dem Zweck der Institution entspricht. Dieses Verständnis liegt auch Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU und dem darauf basierenden § 118 Abs. 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zugrunde (s. vorne, Rz. 36, 101 und 107). Danach kann die Teilnahme an Vergabeverfahren Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und Unternehmen vorbehalten, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist. Vorausgesetzt ist, dass mindestens 30 % der in diesen Werkstätten oder Unternehmen Beschäftigten Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Personen sind. Irrelevant ist demgegenüber, ob die betreffenden Institutionen (auch) Beratungs- und andere Dienstleistungen für Menschen mit Behinderungen anbieten. Diese Mindestbeschäftigungsquote ist auch für Vergaben in der Schweiz zu fordern.
- 126 Behinderteninstitutionen in diesem Sinn dürften regelmässig unter den Begriff der Wohltätigkeitseinrichtungen i.S.v. Art. 10 Abs 1. lit. e IVöB fallen (s. vorne Kap. 5). Es sind (von seltenen Beispielen abgesehen) kaum Behinderteninsti-

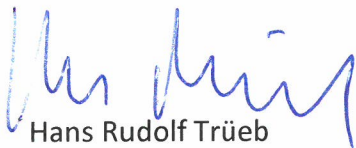
<sup>94</sup> Die amtliche deutsche Übersetzung von Art. III Ziff. 2 lit. d GPA 2012 ist insofern unpräzise, als sie nur von «Waren» spricht (dazu hinten Rz. 51). Sie wird hier daher nicht im Wortlaut wiedergegeben.

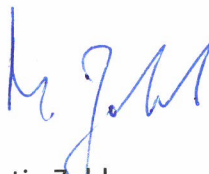
<sup>95</sup> Vgl. BOLTON/QUINOT, S. 459; GAEDTKE, insbes. S. 174 ff.; vgl. zur sozialpolitischen Zielsetzung des Vorbehalts von Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU zugunsten von geschützten Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmern, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist: EuGHC-598/19 vom 6. Oktober 2021 (Conacee) insbes. E. 27 m.H.

tutionen vorstellbar, die nicht ideell und uneigennützig motiviert, sondern gewerblich tätig sind.

- 127 Der Begriff der Strafanstalt (GPA 2012 «prison labor» bzw. «Strafgefangene») wird in der Vergabep Praxis kaum je zu Interpretationen Anlass geben. Es handelt sich um Leistungen von im Strafvollzug tätigen Institutionen bzw. deren Insassen. Hier dürfte häufig das In-State-Privileg greifen, da es sich (jedenfalls in der Schweiz) um staatliche Organisationseinheiten handelt, die kaum je im Wettbewerb mit privaten Anbietern auftreten.

Mit freundlichen Grüßen

  
Hans Rudolf Trüeb

  
Martin Zobl