



04.078

**Bundesgesetz
über den Binnenmarkt.
Änderung**

**Loi fédérale
sur le marché intérieur.
Révision**

Differenzen – Divergences

CHRONOLOGIE

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 15.06.05 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 16.06.05 (FORTSETZUNG - SUITE)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 27.09.05 (ZWEITRAT - DEUXIÈME CONSEIL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 30.11.05 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 01.12.05 (FORTSETZUNG - SUITE)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 07.12.05 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 08.12.05 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 16.12.05 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 16.12.05 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)

**Bundesgesetz über den Binnenmarkt
Loi fédérale sur le marché intérieur**

Art. 9 Abs. 2bis
Antrag der Mehrheit
Festhalten

Antrag der Minderheit
(Schiesser, David, Forster, Leumann, Marty Dick)
Zustimmung zum Beschluss des Nationalrates

Art. 9 al. 2bis
Proposition de la majorité
Maintenir

Proposition de la minorité
(Schiesser, David, Forster, Leumann, Marty Dick)
Adhérer à la décision du Conseil national

Germann Hannes (V, SH), für die Kommission: Beim Binnenmarktgesetz besteht zwischen National- und Ständerat noch diese einzige, nicht ganz unwichtige Differenz bei Artikel 9 Absatz 2bis.

In Artikel 9 wird generell der Rechtsschutz zur Durchsetzung der Ziele des neuen Binnenmarktgesetzes geregelt. Das Binnenmarktgesetz richtet sich unter anderem gegen öffentlich-rechtliche Marktzutrittsbeschränkungen der Kantone und Gemeinden. Die Funktionsfähigkeit des Marktes soll durch den Abbau kantonaler und kommunaler Marktzutrittsschranken verbessert und die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft gestärkt werden. Um diesen Zielen vermehrt Nachachtung zu verschaffen, hat der Bundesrat in Artikel 9 Absatz 2bis der Wettbewerbskommission (Weko) neu ein Beschwerderecht eingeräumt, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

Hinter dieser Stärkung der Weko stehen beide Räte. Der Nationalrat hat nun aber diese Beschwerdemöglichkeiten der Weko zusätzlich ausgeweitet. So soll die Weko Entscheide betreffend Beschränkungen des freien





Zugangs zum Markt im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens an das Bundesgericht weiterziehen können. Gemäss Nationalrat und Kommissionsminderheit würde der Rechtsweg von der letztinstanzlichen unabhängigen kantonalen Instanz, also beispielsweise vom Obergericht, auf das Bundesgericht ausgedehnt, um der Weko eine noch stärkere Position zu geben.

Der Ständerat hat diese Ausweitung des Rechtsweges abgelehnt. Die Mehrheit Ihrer WAK empfiehlt Ihnen, an dieser Position festzuhalten; dies aus folgenden Gründen:

Die Kommissionsmehrheit stellt sich auf den Standpunkt, dass das vom Bundesrat vorgeschlagene Beschwerderecht zugunsten der Weko genügt und dieser eine ausreichend starke Position verschafft. Zudem stellt die Kommissionsmehrheit die Ausweitung der Rechtsmittel generell infrage. In der Schweiz wird bzw. wurde häufig über den ausufernden Rechtsmittelstaat und über oft jahrelang dauernde Gerichtsverfahren geklagt, die zur Folge hatten, dass das Bundesgericht unter ständig wachsenden Pendenzenbergen litt und die Rechtssuchenden zu lange auf Entscheidungen warten mussten. Mit dem neuen Bundesgerichtsgesetz ist es dem Bundesrat und dem Parlament gelungen, Remedur zu schaffen, indem das Bundesgericht entlastet werden soll. Und noch bevor das neue Bundesgerichtsgesetz zu wirken beginnt, soll nun bereits wieder ein Ausnahmestatbestand geschaffen werden. Darüber hinaus stellt sich die grundsätzliche Frage, ob es dem Parlament gut ansteht, einer vom Staat installierten Behörde, wie in diesem Fall der Weko, eine derart übermächtige Position zu verschaffen. Die neugeschaffene Beschwerdemöglichkeit reicht unseres Erachtens vollkommen aus und genügt den Anforderungen im Hinblick auf einen funktionierenden Wettbewerb.

Aus all diesen Erwägungen empfiehlt Ihnen die Kommissionsmehrheit, an der Fassung von Bundesrat und Ständerat festzuhalten.

Schiesser Fritz (RL, GL): Namens der Minderheit – die nur wegen des Stichentscheides des Präsidenten zu einer Minderheit geworden ist – beantrage ich Ihnen, dem Beschluss des Nationalrates zuzustimmen und diese Differenz zu beseitigen.

Wir haben uns schon letztes Mal, also in der ersten Runde, über diesen Zusatz des Nationalrates unterhalten. Der Nationalrat hatte seinerzeit mit 94 zu 65 Stimmen diesen Zusatz beschlossen. Jetzt, in der zweiten Runde, hat er mit 95 zu 63 Stimmen an seinem Entscheid festgehalten. Unsere Beratungen und Erwägungen, die gegen diesen Beschluss des Nationalrates ins Feld geführt wurden, haben im Nationalrat keinen Widerhall gefunden; die Mehrheitsverhältnisse haben sich in der Grossen Kammer in keiner Art und Weise verändert. Wir haben diesen Beschluss – das möchte ich vielleicht auch noch kurz in Erinnerung rufen – im ersten Umgang mit 23 zu 16 Stimmen abgelehnt.

Worum geht es? Es geht um die Frage – und da muss ich gegenüber dem Kommissionsreferenten etwas präzisieren –, ob die Weko auch im unterschweligen Bereich die Möglichkeit haben soll, Entscheide letztinstanzlicher kantonalen Instanzen beim Bundesgericht wegen Beschränkung des freien Zugangs zum Markt anzufechten. Es geht ausschliesslich um diese Frage.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist es so, dass im überschwelligen Bereich die Weko bei wichtigen, grundsätzlichen Fragen an das Bundesgericht gelangen kann. Im unterschweligen Bereich hat die Weko dagegen kein Rechtsmittel zur Verfügung. Ich bitte Sie noch einmal, in Erinnerung zu behalten, dass es um Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt geht und um nichts anderes. Da stellt sich doch die Frage, ob nicht auch in diesem, also im unterschweligen Bereich, wo es pro Jahr um Vergabungen in einer Grössenordnung von immerhin 10 Milliarden Franken geht, eine gewisse einheitliche Rechtsprechung über die Weko – also über das Recht der Weko, einen Entscheid ans Bundesgericht weiterzuziehen – herbeigeführt werden soll.

Die Minderheit ist der Auffassung, dass dies so sein sollte. Dieses Recht der Weko kann eine gewisse präventive Wirkung entfalten. Schliesslich darf nicht vergessen werden, dass es in diesem Bereich oft kleine Unternehmen sind, die nicht berücksichtigt werden – vielleicht zu Recht, vielleicht aus diskriminierenden Gründen –, die nicht die Mittel haben, diesen Entscheid ans Bundesgericht weiterzuziehen. Es sind sehr viele kleine Unternehmen, die darauf angewiesen

AB 2005 S 1049 / BO 2005 E 1049

sind, dass die Weko ein Auge auf den freien Marktzugang hat.

Ich bitte Sie, dem Nationalrat zu folgen. Ich meine, dass hier der Nationalrat einen guten Entscheid getroffen hat. Wer für einen möglichst offenen Marktzugang für alle eintritt, auch im Bereich der öffentlichen Ausschreibungen, der müsste dieses Zeichen setzen. Ich gehe nicht davon aus, dass die Weko, wenn sie dieses Recht auch im unterschweligen Bereich bekommt, Dutzende von Beschwerden einreichen wird. Aber sie wird vielleicht den einen oder anderen präjudiziellen Entscheid herbeiführen. Das wäre für die Regelungen über den freien Marktzugang vorteilhaft.





Ich bitte Sie also aus diesen Überlegungen, der Minderheit zuzustimmen und dem Nationalrat zu folgen und diese Differenz zu beseitigen. Der Nationalrat hat zweimal mit satter Mehrheit an seiner Auffassung festgehalten.

Stadler Hansruedi (C, UR): Wie ich bereits anlässlich der Beratung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen dargelegt habe, stellen wir in der Redaktionskommission zunehmend fest, dass Gesetzesvorlagen, die im Parlament beraten werden, nicht mit dem Bundesgerichtsgesetz koordiniert sind und zum Teil auch in Widerspruch zu diesem Gesetz stehen, das wir erst im Juni dieses Jahres verabschiedet haben.

Ich lege Ihnen vorerst unsere Beurteilung dar. Ausgangspunkt ist der Entwurf des Bundesrates zu Artikel 9 Absatz 2bis. Der Ständerat hat sich dem Bundesrat angeschlossen. Der Nationalrat hatte Absatz 2bis durch einen zweiten Satz ergänzt. Dies entspricht auch dem Antrag der Kommissionsminderheit.

Diese Ergänzung schafft nun Probleme mit Blick auf das neue Bundesgerichtsgesetz, dies aus folgenden Gründen: Das Bundesgerichtsgesetz regelt den Zugang zum Bundesgericht im Beschaffungswesen wie folgt: Eine ordentliche Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert erreicht und wenn gleichzeitig eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so ist die ordentliche Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen. So will es Artikel 83 Buchstabe f des Bundesgerichtsgesetzes. Möglich bleibt aber die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, wenn es um eine kantonale Beschaffung geht. So steht es in Artikel 113 des Bundesgerichtsgesetzes. Gerügt werden kann in diesem Fall nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten. So steht es in Artikel 116 des Bundesgerichtsgesetzes.

In diesem Kontext wirft nun die vom Nationalrat und von der Minderheit der Kommission des Ständerates befürwortete Ergänzung von Artikel 9 Absatz 2bis des Binnenmarktgesetzes verschiedene Fragen auf. Ganz offensichtlich will man mit der Ergänzung ermöglichen, dass die Weko auch im unterschweligen Bereich Beschwerde beim Bundesgericht erheben kann. So lautete auch heute die Begründung von Kollege Schiesser; so äusserte sich Kollege Jenny bereits das letzte Mal. Im unterschweligen Bereich steht jedoch gemäss Artikel 83 Buchstabe f und Artikel 113 des Bundesgerichtsgesetzes nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung.

Heisst das nun, dass der Weko das Recht eingeräumt werden soll, beim Bundesgericht eine Verfassungsbeschwerde zu erheben? Das wäre aber bizarr, zumal die Weko nicht Trägerin von Grundrechten ist. Oder soll mit der Ergänzung von Artikel 9 Absatz 2bis des Binnenmarktgesetzes der Weko das Recht eingeräumt werden, auch im unterschweligen Bereich eine ordentliche Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu erheben? Das würde dann bedeuten, dass man über eine Legitimationsregel hier in einem Spezialgesetz die Zugangsregeln des Bundesgerichtsgesetzes aushebeln bzw. abändern würde. Auch das wäre wieder eine Spezialregelung, und diese müsste sehr gut überlegt werden.

Natürlich könnte man theoretisch die zuletzt genannte Variante verwirklichen, indem man im Anhang zum Binnenmarktgesetz das Bundesgerichtsgesetz abänderte. Eine zusätzliche Öffnung des Zugangs zum Bundesgericht nur für die Weko hätte aber zur Folge, dass im gleichen unterschweligen Submissionsfall der unterliegende Anbieter eine Verfassungsbeschwerde machen könnte, die Weko aber eine ordentliche Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erheben müsste. Das kann aber doch kaum die Meinung sein. Der unterliegende Anbieter sollte doch mindestens die gleichen Beschwerdemöglichkeiten haben wie die Behörde, in diesem Fall die Weko.

Die vom Nationalrat beschlossene Ergänzung ist daher nach unserer Beurteilung vielleicht nicht zu Ende gedacht. Man weiss nicht, was genau damit bezweckt wird; dies war auch der Grund, weshalb wir uns in der Redaktionskommission ausserstande sahen, eine Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtsgesetz herzustellen. Ich möchte erwähnen, dass auch Kollege Lauri anlässlich der letzten Debatte hier im Rat bereits auf diese offenen Fragen hingewiesen hat.

So weit die Darlegungen der Redaktionskommission. Wir stellen in der Regel keine Anträge in materieller Hinsicht; dazu haben wir in dieser Angelegenheit auch keinen Beschluss gefasst. Persönlich meine ich aber, dass heute – gestützt auf diese Ausführungen – unbedingt der Mehrheit zugestimmt werden müsste.

Schiesser Fritz (RL, GL): Nach dieser Intervention des Präsidenten der Redaktionskommission erlaube ich mir doch noch eine Bemerkung. Es ist ohne weiteres möglich, dass wir in einem Gesetz eine Sonderbestimmung zu einem Artikel des Bundesgerichtsgesetzes aufnehmen. Eine solche Lex specialis ist zulässig. Ich habe letztes Mal ausgeführt, dass es sich um die Verfassungsbeschwerde handelt, die auch die Weko ergreifen können sollte. Wenn der Gesetzgeber der Weko in diesem besonderen Bereich die Legitimation zum Ergreifen dieser Beschwerde einräumt, dann ist das ein politischer Entscheid, der im Binnenmarktgesetz so festgelegt



wird. Will man, dass die Weko ein Auge auch auf den unterschweligen Bereich des Marktes der öffentlichen Ausschreibungen haben kann, oder will man hier der Weko die Kompetenz verweigern, in besonderen Fällen einen Entscheid weiterzuziehen? Das ist die Frage, die sich stellt.

Wicki Franz (C, LU): Ich verstehe an sich den Bundesrat durchaus, dass er endlich das Binnenmarktgesetz über die Bühne bringen möchte; das ist auch mein Wille. Aber nachdem ich jetzt gehört habe, was uns Herr Stadler in Bezug auf diese Bestimmung erklärt hat, muss ich sagen, dass es doch so ist, dass wir hier für die Weko ein Recht schaffen, aber den anderen mitbeteiligten Parteien nicht das gleiche Recht geben. Wir haben beim Verbandsbeschwerderecht ja grosse Diskussionen gehabt – ich war Berichterstatter. Aber schaffen wir hier nicht ein Sonderrecht für die Weko? Und der "Gegenpartei" geben wir das Recht nicht. Deshalb gibt es sehr wahrscheinlich gar nichts anderes, als der Mehrheit zuzustimmen, damit dieses Problem endlich noch gelöst wird, wenn man schon in die Richtung des Nationalrates gehen wollte. Deshalb bin ich der Meinung der Mehrheit, die Differenz müsse beibehalten werden.

Deiss Joseph, conseiller fédéral: Je remercie Monsieur Wicki de son intervention pour la partie où il vous recommande de parvenir maintenant à la fin de la délibération sur la loi sur le marché intérieur. Nous avons mis sur pied une politique de croissance qui doit agir par l'intérieur, par le marché national, et par l'extérieur aussi parce que notre pays a été en panne de croissance pendant trop longtemps. Il me semble que ce sont des questions qui doivent pouvoir être traitées maintenant avec une certaine urgence. C'est pourquoi il m'importe que nous puissions terminer maintenant les délibérations sur la loi sur le marché intérieur, qui est une des "pièces" importantes de notre programme pendant cette session.

AB 2005 S 1050 / BO 2005 E 1050

Je n'ai pas le sentiment que la divergence qui subsiste soit d'un caractère aussi complexe que certains le veulent. Pourquoi? Il y a en fait deux questions qui sont en jeu: pour la première – c'est celle que Monsieur Schiesser a démontrée –, il s'agit de donner à la Commission de la concurrence la possibilité d'intervenir ou d'avoir un droit de recours illimité également dans le domaine des marchés publics. Ceci, parce que les marchés situés en dessous des valeurs seuils constituent une grande partie des marchés, et que le risque de conditions discriminatoires d'accès aux marchés et leur cloisonnement est justement plus élevé dans ce domaine dans lequel les règles d'adjudication sont moins strictes. Matériellement, la variante du Conseil national va effectivement plus loin que celle que le Conseil fédéral avait proposée, puisque dans la version du Conseil fédéral, la partie en dessous des seuils limites – "unterschwelliger Bereich", comme le dit Monsieur Schiesser – n'était pas concernée. J'estime que c'est un élément supplémentaire qui permet de donner à cette loi davantage de morale.

La deuxième question: comment faire pour donner à la Commission de la concurrence (Comco) ce droit de recours? Et là, il faut se référer au projet de loi sur le Tribunal fédéral et l'accès au Tribunal fédéral, qui prévoit qu'un certain nombre d'autorités et de collectivités sont habilitées à recourir pour défendre l'intérêt public. C'est le cas des départements fédéraux qui ont un droit de recours: l'administration fédérale ne bénéficie de la qualité pour recourir que dans les affaires qui touchent à ses tâches. Actuellement, l'attribution à des offices de la compétence de recourir devant le Tribunal fédéral est fixée tantôt par des dispositions de lois fédérales, tantôt par des ordonnances du Conseil fédéral.

La révision part du principe selon lequel cette compétence sera dorénavant attribuée par voie d'ordonnance. Il appartiendra donc au Conseil fédéral, voire aux départements, de déterminer si, dans les différents domaines du droit administratif fédéral, la Confédération agit devant le Tribunal fédéral par le biais des départements ou de l'office compétent.

Alors, que vient faire la Comco, là-dedans? Son problème réside dans le fait qu'elle n'est pas un office. Par conséquent, elle ne peut pas bénéficier de cette compétence qui pourrait lui être déléguée par voie d'ordonnance. Il faut donc prévoir cette possibilité de recourir à la loi. Voilà l'exception. Mais, au fond, cette exception est là pour lui donner les mêmes possibilités qu'à un office fédéral, par exemple lorsqu'il s'agit de défendre l'intérêt public.

Par conséquent, j'estime que la solution du Conseil national est défendable du point de vue du droit de la concurrence, mais aussi du point de vue du droit et du fonctionnement du Tribunal fédéral et de l'accès au Tribunal fédéral par des organes publics.

Je vous invite donc à soutenir la minorité, c'est-à-dire la solution du Conseil national, ce qui nous permettrait de clore le débat concernant la loi sur le marché intérieur.

Abstimmung – Vote





AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Wintersession 2005 • Siebente Sitzung • 07.12.05 • 09h00 • 04.078
Conseil des Etats • Session d'hiver 2005 • Septième séance • 07.12.05 • 09h00 • 04.078



Für den Antrag der Mehrheit 27 Stimmen
Für den Antrag der Minderheit 11 Stimmen