

# Möglichkeiten und Grenzen interkantonaler Vereinbarungen unter besonderer Berücksichtigung des Konkordates über das öffentliche Beschaffungswesen

---

CHRISTIAN ROOS<sup>1</sup>

## 1. Einleitung

Am 25. November 1994 haben die Konferenzen der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren sowie der Volkswirtschaftsdirektoren gemeinsam ein Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet. Dieses Konkordat ist hinsichtlich seines Anwendungs- und Geltungsbereiches wohl einzigartig, indem einerseits innerstaatliche Sachverhalte erfasst werden und andererseits gleichzeitig internationale Verpflichtungen geregelt werden, welchen die Kantone im Rahmen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) nachzukommen haben. Im folgenden soll es jedoch nicht darum gehen, die einzelnen Bestimmungen dieser interkantonalen Vereinbarung zu beleuchten, sondern es soll vielmehr die Frage geprüft werden, ob interkantonale Vereinbarungen als geeignet angesehen werden können, durch völkerrechtliche Verträge entstandene Verpflichtungen innerstaatlich umzusetzen und der interkantonalen Rechtsvereinheitlichung zu dienen. Diese Fragestellung erhielt namentlich im Rahmen der Umsetzung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und noch aktueller bei der Anpassung des kantonalen Rechts an das GATT bzw. an die Welthandelsorganisation (WTO) zunehmend an Bedeutung.

In ihrer historischen Konzeption hatten interkantonale Vereinbarungen in aller Regel eine Rechtsharmonisierung in Bereichen ausschliesslicher

---

<sup>1</sup> Die in diesem Beitrag vertretene Auffassung ist die persönliche Ansicht des Verfassers und gibt weder diejenige der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) noch irgendeiner anderen kantonalen Stelle wieder.

oder konkurrierender kantonaler Zuständigkeiten zum Ziel und resultierten häufig aus einer Abwehrhaltung der Kantone vor drohender Vereinheitlichung durch den Bundesgesetzgeber.<sup>2</sup> Diese Feststellung mag zunächst widersprüchlich erscheinen. Einerseits war die mit einem interkantonalen Abkommen verbundene Rechtsvereinheitlichung offenbar wünschenswert, und diese Aufgabe hätte durchaus durch den Bund wahrgenommen werden können. Andererseits dürfte der Bund in Bereichen ausschliesslicher kantonaler Zuständigkeit aufgrund der Bestimmung in Artikel 3 der Bundesverfassung<sup>3</sup> gar nicht legiferieren. Diesen Einschränkungen wird jedoch in der schweizerischen Verfassungswirklichkeit nicht immer nachgelebt. Im Innenverhältnis wird zunächst aufgrund der fehlenden richterlichen Kontrolle der Verfassungskonformität von Bundesgesetzen deutlich, dass der Bund in Bereichen legiferieren kann, welche in kantonale Zuständigkeiten fallen.<sup>4</sup> Des weiteren verhindert die gegenwärtige Ausgestaltung des Ständerates eine direkte Einflussnahme der Kantone auf die gesetzgeberischen Aktivitäten des Bundes. Diese Tatsachen verdeutlichen, dass Kompetenzverschiebungen im bundesstaatlichen Gefüge ohne die eigentlich notwendige Partialrevision der Verfassung möglich sind. Darüber hinaus sei festgehalten, dass einer echten Mitwirkung der Kantone bei der Gesetzgebung des Bundes enge verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind, welche sich in der Praxis auch nur schwer instrumentalisieren lassen. Zu denken ist hierbei an das Kantonsreferendum gemäss Artikel 89 Absatz 2 bzw. Artikel 89<sup>bis</sup> BV, das acht Kantone das Recht einräumt, im Rahmen der ordentlichen Gesetzgebung und bei referendumpflichtigen Staatsverträgen das Referendum zu ergreifen.<sup>5</sup> Mit der fehlenden Mitwirkung der Kantone bei der

---

<sup>2</sup> E. HIS, Schweizerisches Staatsrecht, Bd. III, S. 399, mit dem Hinweis auf die herausragende Bedeutung der Konkordate in der Zeit des Staatenbundes als politisches Mittel zur Schaffung von Bundesrecht.

<sup>3</sup> BV, SR 101.

<sup>4</sup> Ein Beispiel hierfür stellt das im Entwurf vorliegende Gesetz über den Binnenmarkt dar, welches sowohl die gegenseitige Anerkennung von Diplomen als auch das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone regeln will. Beides Domänen, welche gemäss geltendem Verfassungsrecht wohl den kantonalen Kompetenzen zuzuordnen sind.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen: Gutachten PETER HÄNNI, Mitwirkungsrechte der Kantone bei der Willensbildung im Bund; erstattet zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (nicht veröffentlicht); ETIENNE GRISEL, BV-Kommentar, Art. 89 Abs. 2, Rz. 26 ff.

Willensbildung im Bund eng verbunden ist deshalb die Frage, wie eine an sich wünschenswerte bundesweite Rechtsharmonisierung ohne Veränderung der Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen in Bereichen kantonaler Zuständigkeit erreicht werden kann.

Die zunehmende internationale Verflechtung bringt es darüber hinaus mit sich, dass sich dieselbe Problematik durch die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes in der Aussenpolitik ergibt. Gemäss herrschender Lehre ist der Bund befugt, völkerrechtliche Verträge auch über Gegenstände zu schliessen, welche innerstaatlich in die Kompetenz der Kantone fallen. Herkömmliche Staatsverträge welche seit 1874 bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts geschlossen worden sind, haben nur selten in die Autonomie der Kantone eingegriffen. Die europäische Integration sowie das GATT-Abkommen, welches in qualitativer Hinsicht den Typus des Handelsvertrages ebenfalls hinter sich gelassen hat, führen nun dazu, dass im innerstaatlichen Bereich Umsetzungsmassnahmen getroffen werden müssen, welche eine Rechtsharmonisierung notwendig machen.<sup>6</sup> Dieser Umstand stellt die Kantone vor neue Herausforderungen, welche sich aus dem Völkerrecht und dem Verfassungsrecht ergeben.

Während die für die schweizerische Verfassungsgeschichte neue Kategorie des Integrationsvertrages mit Blick auf die Volksrechte folgerichtig in der Revision von Artikel 89 BV mündete, blieben die Instrumente der Gliedstaaten zur Mitwirkung sowie zur Umsetzung allfälliger völkerrechtlicher Integrationsverträge selbst in Bereichen ihrer ausschliesslichen Zuständigkeit seit 1874 dieselben. Der Begriff des Integrationsvertrages macht es aber schon aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes notwendig, dass der durch den Vertrag Begünstigte auf eine einheitliche Umsetzung, d.h. Harmonisierung der entsprechenden Rechtsakte, rechnen darf.

Grundsätzlich soll die innerstaatliche Kompetenzordnung gemäss herrschender Auffassung durch internationale Übereinkommen unberührt

---

<sup>6</sup> Dies natürlich nur insoweit, als die völkerrechtlichen Verträge nicht direkt anwendbar sind, wie dies bspw. bei der Übernahme einer Verordnung der Europäischen Gemeinschaften der Fall wäre.

bleiben.<sup>7</sup> Es drängt sich in diesem Zusammenhang die Frage auf, wie die Kantone eine schleichende Kompetenzdelegation verhindern wollen, wenn der Bund einerseits Verträge in Bereichen schliesst, welche innerstaatlich in die kantonalen Kompetenzen fallen, andererseits der Bund durch eben diese Verträge verpflichtet wird. Daraus ergibt sich, abstrakt formuliert, folgende Fragestellung: Stehen den Kantonen Mittel und Wege zur Verfügung, völkervertragliche Verpflichtungen so umzusetzen, dass einerseits innerstaatlich die notwendige Homogenität der Gesetzgebung sichergestellt, andererseits die Vertragskonformität gewährleistet und allfälligen Entwicklungen der Abkommen Rechnung getragen werden kann?

Aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass unabhängig davon, ob der Bund mittels Kompetenzattraktion eine an sich wünschenswerte Rechtsvereinheitlichung herbeizuführen sucht<sup>8</sup> oder ob eine solche aus völkerrechtlichen Verpflichtungen notwendig ist, die Kantone in Bereichen ihrer verfassungsmässigen Kompetenzen sich im Prinzip mit denselben

---

<sup>7</sup> Kontaktgremium der Kantone, Die Anpassung der kantonalen Rechts an das EWR-Recht, Bericht der Arbeitsgruppe 1.

<sup>8</sup> Unbehandelt bleiben muss in dieser kurzen Darstellung die insbesondere von ULRICH K. SIGRIST aufgestellte These, der Bund besässe das Rechtsvereinheitlichungsmonopol, in: Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus, Bd. II, S. 23. Die zur Stützung dieser These verwendete Auslegung von Art. 3 BV, welche letztlich in der Umkehr der geltenden Verfassungsordnung münden würde, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht begegnet werden. Im Gegenteil liegt den folgenden Ausführungen die Vermutung zugrunde, dass die Kantone befugt sind, in allen Bereichen, in denen der Bundesgesetzgeber nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung zur Gesetzgebung befugt ist, rechtsvereinheitlichend zu wirken und für die Durchführung der interkantonalen Verpflichtungen gar interkantonale Gremien zu bestellen. Die Ablehnung suprakantonalen Institutionen mit der Begründung der zwingend vorgegebenen Verfassungsordnung müsste rein theoretisch im Verbot des Beitritts der Schweiz zu supranationalen Organisationen folgen, da die Bundesverfassung in dieser Hinsicht ebenfalls eine abschliessende Ordnung vorsehen würde, nachdem durch einen Beitritt der Bundesstaat ebenfalls dreigliedrig würde (a. a. O., S. 36). Dieses Dogma würde jedoch die Unveränderlichkeit der geltenden Verfassungsordnung hinsichtlich der Kompetenzordnung einführen, was mit Blick auf die Rechte des Volkes und der Kantone seinerseits bedenklich wäre. Es sei jedenfalls festgehalten, dass eine derartige Interpretation von Art. 3 BV zeitgemässes interkantonales Recht verhindern und eine Kompetenzdelegation an den Bund notwendig machen würde, was gerade nach der hier vertretenen Ansicht nicht wünschenswert ist.

Fragestellungen konfrontiert sehen. Im folgenden sollen zunächst die verfassungsrechtlichen Grenzen interkantonaler Vereinbarungen untersucht werden. Ob diese ebenfalls auf kantonale Harmonisierungsbestrebungen aufgrund internationaler Verpflichtungen anwendbar sein sollen, muss im Rahmen dieser Ausführungen offen bleiben.<sup>9</sup> Anschliessend ist zu prüfen, ob das Instrument der interkantonalen Vereinbarung den Herausforderungen, welche sich durch Integrationsverträge ergeben, gewachsen ist.

## **2. Möglichkeiten und Grenzen interkantonaler Vereinbarungen**

### **2.1 Rechtsnatur interkantonaler Vereinbarungen**

In der Literatur werden verschiedene Thesen betreffend die Rechtsnatur interkantonaler Vereinbarungen vertreten. Die grundlegende Frage ist hierbei, ob durch die ausdrückliche Regelung in Artikel 7 BV alleine verfassungsrechtliche Prinzipien beim Abschluss, der Anwendung und Durchsetzung interkantonaler Vereinbarungen anwendbar sind<sup>10</sup> oder ob mindestens subsidiär aufgrund der Souveränität der Kantone, Völkerrecht anwendbar wird. In diesem Zusammenhang ist jedoch nach dem Inhalt und der Auslegung von interkantonalen Vereinbarungen zu unterscheiden. Hinsichtlich des Inhaltes enthält Artikel 7 Absatz 2 BV relativ klare verfassungsrechtliche Grenzen für interkantonale Vereinbarungen, während sich die Bundesverfassung über die anwendbaren Regeln zur Auslegung ausschweigt.

---

<sup>9</sup> Es sei dennoch angemerkt, dass, nachdem der Bund verfassungswidrige völkerrechtliche Verträge schliessen kann, sich durchaus Probleme bei der Umsetzung solcher Verträge ins kantonale Recht ergeben könnten, weil die Kantone beim Erlass von Vorschriften das Bundesrecht immer zu respektieren haben.

<sup>10</sup> Unbestritten ist immerhin, dass durch Art. 7 BV alle interkantonalen Vereinbarungen, d.h. bilaterale, multilaterale sowie die allen Kantonen offen stehenden Staatsverträge, erfasst werden.

Die explizite Regelung interkantonaler Vereinbarungen in der Bundesverfassung erscheint im Prinzip angesichts der vorgegebenen föderalistischen Staatsordnung nicht notwendig. Sind die Kantone im Rahmen der Bundesverfassung frei, gewisse Bereiche selbst zu regeln, müssen sie folgerichtig auch befugt sein, über diese Gegenstände unter Beachtung der Grundprinzipien der Bundesverfassung Verträge untereinander zu schliessen.

Von der Rechtsnatur her kommt das Konkordat dem völkerrechtlichen Vertrag, wenn auch unter Beachtung gewisser durch die Verfassungsordnung gegebenen Rahmenbedingungen, sehr nahe. Die völkerrechtliche Qualität ergibt sich durch die folgenden Elemente, welche der interkantonalen Vereinbarung inhärent sind:

- Die Kantone sind im Rahmen der schweizerischen Verfassungsordnung souverän und demgemäss im Aussenverhältnis beschränkte Völkerrechtssubjekte.<sup>11</sup>
- Die Kantone schliessen wie die Völkerrechtssubjekte im Rahmen ihrer völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit Verträge ab.
- Die Gegenstände interkantonaler Vereinbarungen fallen wie bei völkerrechtlichen Verträgen in die Kompetenzen der vertragschliessenden Völkerrechtssubjekte.<sup>12</sup>

Daraus lässt sich in Übereinstimmung mit der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>13</sup> und einem Teil der Lehre folgende Schlussfolgerung ziehen<sup>14</sup>: Das Völkerrecht wird auf interkantonale Vereinbarungen wegen deren Rechtsnatur insoweit anwendbar, als nicht

---

<sup>11</sup> Vgl. hierzu die Frage der internationalen Partner an interkantonalen Vereinbarungen im Rahmen von Art. 9 und 10 BV. Vgl. ULRICH HÄFELIN, BV-Kommentar, Art. 7, Rz. 27, und dort zitierte Literatur.

<sup>12</sup> Auf die Problematik hinsichtlich der Kompetenz des Bundes, nach schweizerischer Verfassungsordnung Verträge über Gegenstände abzuschliessen, welche gemäss Kompetenzausscheidung der Bundesverfassung in den Zuständigkeitsbereich der Gliedstaaten fallen, sei hier nicht eingegangen.

<sup>13</sup> BGE 110 Ia 123/124 (Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG); 100 Ia 418 (Kuster); 96 I 636/648.

<sup>14</sup> ULRICH HÄFELIN, BV-Kommentar, Art. 7, Rz. 62.

das Bundesrecht, das durch die Vereinbarung selbst festgelegte Recht oder mangels letzterem das Gewohnheitsrecht anwendbar wird, obwohl das Gewohnheitsrecht ebenfalls den Kategorien des Völkerrechts zugeordnet werden könnte. Im Sinne des Völkerrechts könnte das Bundesrecht als modifiziertes *ius cogens* Schranken interkantonaler Vereinbarungen bilden.<sup>15</sup> Die subsidiäre Anwendbarkeit des Völkerrechts spielt namentlich bei der Auslegung interkantonaler Vereinbarungen eine Rolle, nachdem sich das Zustandekommen der Vereinbarungen sowohl nach den Regeln von Artikel 7 Absatz 2 als auch nach den kantonalen Bestimmungen richtet<sup>16</sup>.

Die Lehre unterscheidet verschiedene Typen interkantonaler Vereinbarungen und macht von dieser Zuordnung die anwendbare Auslegungsmethode abhängig. Dieser Umstand macht es notwendig, auf die unterschiedlichen Typen interkantonaler Vereinbarungen einzugehen.

## 2.2 Typen interkantonaler Vereinbarungen

Aufgrund der unterschiedlichen Typen interkantonaler Vereinbarungen knüpft die Lehre an deren Zuordnung unterschiedliche Rechtsfolgen.<sup>17</sup> So wird die Typologie zur Klärung der Frage des Vorrangs von interkantonalem Recht gegenüber kantonalem Recht und der direkten Anwendbarkeit herangezogen. Weil diese Typologie etwas formalistisch erscheint und nach der hier vertretenen Auffassung zur Klärung obenstehender Fragen gerade nicht oder nur begrenzt herangezogen<sup>18</sup> werden sollte, wird sie im folgenden in der gebotenen Kürze dargestellt werden.

---

<sup>15</sup> Wobei allenfalls der Soft Law-Charakter gewisser Vereinbarungen bestritten werden müsste.

<sup>16</sup> JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd. I, S. 333.

<sup>17</sup> ULRICH HÄFELIN, *BV-Kommentar*, Art. 7, Rz. 33, ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, S. 143 f.; ULRICH HÄFELIN, *Der kooperative Föderalismus in der Schweiz*, S. 619 ff.; kritisch: JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd. I, S. 331.

<sup>18</sup> Gerade wegen des Umstandes, dass diese typologischen Elemente zur häufig beklagten Schwerfälligkeit in der Anwendung von Konkordaten und in der Rechtsfortbildung beitragen, wird zu prüfen sein, ob nicht andere Überlegungen zu vergleichbaren, ergebnisorientierteren Lösungen führen und dem Konkordat eine wesentlich moder-

### 2.2.1 Unmittelbar und mittelbar rechtsetzende Vereinbarungen

Die rechtsetzenden interkantonalen Vereinbarungen streben eine Vereinheitlichung des kantonalen Rechts an. Eine Differenzierung wurde hinsichtlich der rechtsetzenden Konkordate durch die Lehre getroffen, welche zwischen unmittelbar und mittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen zu unterscheiden sucht und daran je nach Zuordnung andere Rechtsfolgen knüpft.<sup>19</sup> Die unmittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen werden in den am Konkordat beteiligten Kantonen direkt anwendbar, d.h. es bedarf keiner innerkantonalen Umsetzung der vertraglichen Verpflichtungen, um für die Bürger rechtswirksam zu werden. Die mittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen streben ebenfalls eine Rechtsvereinheitlichung an. Sie sind jedoch in den beteiligten Kantonen nicht direkt anwendbar. Diese sind deshalb verpflichtet, in Umsetzung der vertraglichen Bestimmungen Rechtsgrundlagen zu schaffen, die für private und juristische Personen die Konkordatsbestimmungen rechtsgültig wirksam werden lassen. In der Lehre werden als Beispiel für solche mittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen das Konkordat über die Heilmittelkontrolle von 1971<sup>20</sup> und das Konkordat über die Schulkoordination von 1970<sup>21</sup> angeführt.<sup>22</sup> Gerade hinsichtlich des Konkordates über die Heilmittelkontrolle, welches wohl in Zukunft durch eine Bundesgesetzgebung verdrängt werden wird, scheint die Typologie des mittelbar rechtsetzenden Konkordates zu kurz zu greifen, indem das Bundesgericht diese Unterscheidung als dem Konkordatsbegriff fremd bezeichnete. Wäre das Bundesgericht der Zuordnung dieses Konkordates gefolgt, hätte sich eine juristische Person mangels diesbezüglicher Umsetzung in einzelnen Kantonen

---

nere Prägung verschaffen könnten. Dieser Ansatz rechtfertigt sich insbesondere durch den Umstand, dass weder die Bundesverfassung, noch die Bundesgesetzgebung eine Typologie der interkantonalen Vereinbarungen festschreiben oder sich zum Verhältnis vom interkantonalen zum kantonalen Recht aussprechen. Diese Frage bemisst sich demnach nach dem Willen der (Konkordats)Parteien, dem Gewohnheitsrecht und dem Völkerrecht, welches subsidiär, d. h. mangels bundes- oder interkantonalrechtlicher Regelung, anwendbar wird.

<sup>19</sup> JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd. I, S. 332.

<sup>20</sup> SR 812.101.

<sup>21</sup> SR 411.9.

<sup>22</sup> ULRICH HÄFELIN, *BV-Kommentar*, Art. 7, Rz. 36.

nicht erfolgreich gegen ein konkordatswidriges Verhalten einer kantonalen Behörde zur Wehr setzen können.<sup>23</sup>

### 2.2.2 Organisationsrechtliche Vereinbarungen

Interkantonale Vereinbarungen haben neben rechtsvereinheitlichenden Elementen auch häufig organisationsrechtliche Bestimmungen zum Inhalt.<sup>24</sup> Nicht selten sehen kantonale Vereinbarungen zur Durchführung eines Abkommens und zur Schlichtung interkantonaler Streitigkeiten, welche sich aus dem Abkommen ergeben, interkantonale Organisationen vor. Gemäss der hier vertretenen Auffassung sind solche Institutionen vor allem im Bereich der Rechtsfortbildung hinsichtlich rechtssetzender interkantonaler Vereinbarungen nicht nur wünschenswert, sondern erforderlich, um einem dynamischen Prozess auf Bundesebene bzw. im internationalen Kontext überhaupt Rechnung tragen zu können. Den durchaus berechtigten Bedenken hinsichtlich der dafür notwendigen Delegation von kantonalen Gesetzgebungskompetenzen, kann einerseits damit begegnet werden, dass zunächst das Parlament und der Souverän über eine solche Delegation befinden, bevor sie für den beitretenden Kanton Gültigkeit haben soll;<sup>25</sup> andererseits scheinen die Kantone in der heutigen aussenpolitischen Wirklichkeit tatsächlich gefordert zu sein, die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel in einer progressiven Art und Weise zu nutzen.

### 2.2.3 Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung bereits im Jahre 1928<sup>26</sup> zwischen rechtsetzenden und rechtsgeschäftlichen interkantonalen Vereinbarungen unterschieden. Diese Unterscheidung sollte der Entschei-

---

<sup>23</sup> BGE 81 I 358; in BGE 90 I 41 kam das Bundesgericht hingegen zum Schluss, dass andere Bestimmungen des Konkordates nicht direkt anwendbar seien.

<sup>24</sup> ULRICH HÄFELIN, BV-Kommentar, Art. 7, Rz 38. ff.

<sup>25</sup> In Analogie zur Rechtsharmonisierung durch den Bund.

<sup>26</sup> BGE 54 I 188.

derung der Frage der einseitigen Kündbarkeit einer interkantonalen Vereinbarung dienen. Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen begründen ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen den Kantonen als Vertragsparteien und beziehen sich regelmässig auf einen konkreten Sachverhalt.<sup>27</sup> Sie betreffen Verwaltungsgeschäfte, welche die Rechtsstellung der natürlichen und juristischen Personen in aller Regel nicht beeinflussen. Solche Regierungs- und Verwaltungsabkommen regeln Gegenstände, die innerkantonal in den Kompetenzbereich der Exekutive fallen (Umbau von Verkehrswegen, Flusskorrekturen, Bau von Brücken etc.) und zwischen den Regierungen der betroffenen Kantone geschlossen werden. Damals kam das Bundesgericht zum Schluss, dass einzig die rechtsetzenden Vereinbarungen einseitig kündbar seien, während bei rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen das Einverständnis der Vertragspartner einzuholen sei.<sup>28</sup>

Im Rahmen dieser Arbeit sind die Staatsverträge unter den Kantonen (d.h. allen Kantonen offenstehende Konkordate) zu untersuchen, weshalb hier auf weitere Ausführungen über rechtsgeschäftliche Vereinbarungen verzichtet werden kann.

#### 2.2.4 Gemischte Vereinbarungen

Bisweilen wird darauf hingewiesen, dass interkantonale Vereinbarungen Bestimmungen aller Kategorien enthalten können.<sup>29</sup> Dies führt m. E. zum positiven Ergebnis, dass Konkordate nicht im vornherein der einen oder anderen Kategorie zuzuordnen sind und dass die einzelne Bestimmung auf ihren Charakter hin zu untersuchen ist. Folglich können einzelne Bestimmungen geeignet sein, den natürlichen und juristischen Personen Rechte und Pflichten zu verschaffen, während andere als Gesetzgebungsauftrag für die Kantone zu verstehen sind. Solange ein Konkordat ledig-

---

<sup>27</sup> YVO HANGARTNER, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts, Bd. I, S. 78.

<sup>28</sup> BGE 54 I 188/203; vgl. auch JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd. I, S. 332, welcher die Frage aufwirft, ob an dieser Differenzierung festgehalten werden soll.

<sup>29</sup> ULRICH HÄFELIN, BV-Kommentar, Art. 7, Rz. 37.

lich unmittelbar und mittelbar rechtsetzende Bestimmungen enthält, ergeben sich hinsichtlich der einseitigen Kündbarkeit keine Probleme.<sup>30</sup>

## 2.3 Inhalte interkantonaler Vereinbarungen

### 2.3.1 Zulässige Inhalte interkantonaler Vereinbarungen

In materieller Hinsicht können alle in den kantonalen Kompetenzbereich fallenden Materien Gegenstand interkantonaler Vereinbarungen sein. Verboten sind jedoch besondere Bündnisse und Verträge politischen Inhalts zwischen den Kantonen. Massgebend für die inhaltlichen Grenzen interkantonaler Übereinkommen ist die durch die Bundesverfassung vorgegebene Kompetenzordnung, woraus der Schluss zu ziehen ist, dass in Anwendung von Artikel 3 BV interkantonale Vereinbarungen in allen Bereichen zulässig sind, welche durch die Verfassung nicht ausdrücklich den Bundeskompetenzen zugewiesen worden sind. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass auch ausdrücklich dem Bund zugewiesene Aufgaben Gegenstand interkantonaler Vereinbarungen sein können, insoweit dieser die Kompetenz noch nicht wahrgenommen hat.<sup>31</sup> Interkantonale Vereinbarungen können ebenfalls die Umsetzung oder den Vollzug von Bundesrecht oder übergeordneten Rechts im weiteren Sinne zum Gegenstand haben. In Artikel 7 Absatz 2 BV werden die Gegenstände interkantonaler Vereinbarungen aufgezählt: Das Gerichtswesen, Gegenstände der Gesetzgebung und der Verwaltung. Im folgenden soll es nicht darum gehen, diese Teilbereiche im einzelnen zu untersuchen, sondern vielmehr soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit interkantonale Vereinbarungen den Anforderungen moderner Gesetzgebung zum Zwecke der Rechtsharmonisierung gerecht werden können. Es erscheint deshalb zweckmässig, zunächst die inhaltlichen Schranken interkantonaler Vereinbarungen zu untersuchen.

---

<sup>30</sup> Welche unter diesen Umständen gemäss BGE 54 I 188 regelmässig gegeben ist.

<sup>31</sup> ULRICH HÄFELIN, BV-Kommentar, Art. 7 Rz. 30.

## 2.3.2 Inhaltliche Schranken interkantonaler Vereinbarungen

### 2.3.2.1 Schranken der Bundesverfassung

Die Kantone haben beim Abschluss interkantonaler Vereinbarungen die Grundprinzipien der Bundesverfassung zu beachten. Hierbei fallen insbesondere die Bundestreue, die Achtung der Interessen der anderen Kantone sowie der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts aller Stufen in Betracht.<sup>32</sup> Inwieweit die Bestimmungen der Kantonsverfassungen durch die vertragschliessenden Kantone zu beachten und als materielle Schranken anzusehen sind, bedarf jedoch einer eingehenderen Prüfung.

Unbestritten und durch die Bundesverfassung gemäss Artikel 7 Absatz 1 BV bereits vorgegeben, ist das Verbot von Vereinbarungen politischen Inhalts unter den Kantonen. Gemäss herrschender Lehre sind unter Verträgen politischen Inhalts Vereinbarungen zwischen einzelnen Kantonen zu verstehen, welche das föderalistische Gleichgewicht der Kantone beeinträchtigen.<sup>33</sup> Hierbei fallen insbesondere regionale Zusammenschlüsse in Betracht, welche eine koordinierte Interessenwahrnehmung einzelner Kantone gegenüber anderen Kantonen erlauben würde und politischen Inhalts sind.

Ein Beispiel für solche unzulässigen interkantonalen Vereinbarungen waren die Überlegungen gewisser Kantone im Anschluss an die EWR-Abstimmung zur Verwirklichung eines "Mini-EWR" in der Westschweiz. An obenstehenden Kriterien gemessen, wären solche Verträge mit der Verfassungsordnung von Artikel 7, 8 und 9 BV nicht vereinbar. Ein Vertrag der Westschweizer Kantone unter sich und anschliessend mit den Mitgliedstaaten des EWR über den Beitritt zum EWR-Abkommen hätte insoweit gegen die Bestimmung von Artikel 7 BV verstossen, als damit sowohl die Interessen der anderen Kantone verletzt worden wären,

---

<sup>32</sup> JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd. I, S. 333; E. HIN, *Schweizerisches Staatsrecht*, Bd. III, S. 399.

<sup>33</sup> ULRICH HÄFELIN, *BV-Kommentar*, Art. 7, Rz. 47; FRITZ FLEINER / ZACCARIA GIACCOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, S. 52; WALTHER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, S. 78; J. SCHOLLENBERG, *Kommentar der Schweizer Bundesverfassung*, S. 149.

als auch die bundesstaatliche Ordnung mittels Delegation gewisser Kompetenzen an die EWR-Organen in Frage gestellt worden wäre. Zudem sind die Kantone gemäss Artikel 8 BV nicht befugt, Verträge über den Handel mit dem Ausland zu schliessen, weshalb eine interkantonale Vereinbarung über diesen Gegenstand ebenfalls unzulässig wäre. Klare Grenzen der Völkervertragsfähigkeit sind den Kantonen überdies durch die Bestimmung von Artikel 9 BV gesetzt. Ohne diese Frage an dieser Stelle weiter verfolgen zu wollen, mag die genannte Bestrebung als illustratives und aktuelles Beispiel für eine verfassungswidrige interkantonale Vereinbarungen politischen Inhalts dienen.

### **2.3.2.2 Schranken der Kantonsverfassungen**

Wie oben bereits angedeutet, stellt sich die Frage, ob interkantonale Vereinbarungen dem kantonalen (Verfassungs)-Recht vorgehen oder ob in Kraft stehende kantonale Bestimmungen oder späteres Verfassungsrecht eine interkantonale Vereinbarung aufzuheben vermögen. Die Lehre scheint in diesem Punkt mehrheitlich zum gleichen Ergebnis zu kommen, wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen. In der Literatur wird bisweilen die These der Differenzierung nach der Frage der rechtsgeschäftlichen und unmittelbar rechtsetzenden einerseits und mittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen andererseits getroffen.<sup>34</sup> Nach dieser Theorie brechen unmittelbar rechtsetzende Vereinbarungen widersprechendes kantonales Recht, während die mittelbar rechtssetzenden und rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen dem innerkantonalen Recht nicht vorgehen. Diese Theorie, welche sich im wesentlichen an die völkerrechtliche Lehre über die internationalen Verträge anlehnt, kann nicht in

---

<sup>34</sup> Anders ULRICH K. SIGRIST, *Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus*, Bd. I, S. 212, welcher kantonales Verfassungsrecht dem interkantonalen Recht vorgehen lassen will. Dieser Ansatz rechtfertigt sich insbesondere in jenen Fällen nicht, wo früheres Verfassungsrecht dem interkantonalen Recht widerspricht. Nachdem in allen Kantonen die Parlamente und in einigen hernach das Volk im fakultativen/obligatorischen Referendum zu Konkordaten befragt werden (müssen), würde es dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, den Vertragspartnern eine entgegenstehende Verfassungsbestimmung nachträglich zur Kenntnis zu bringen. In solchen Fällen müsste folgerichtig die Kündigung des Übereinkommens erfolgen, wollte man am vertragswidrigen Verfassungsrecht festhalten.

jeder Hinsicht überzeugen und führt im Einzelfall zu unbefriedigenden Resultaten, obwohl sie grundsätzlich zu bestechen vermag.

Nach dieser Auffassung sind mittelbar rechtsetzende Vereinbarungen nicht geeignet, Rechte und Pflichten beim Bürger direkt entstehen zu lassen, weshalb in diesen Fällen widersprechendes kantonales Recht dem Konkordatsrecht vorgehen soll. Die unmittelbare Anwendbarkeit solcher interkantonalen Vereinbarungen wird dadurch begründet, dass bei unmittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen das Individuum in seiner Rechtsstellung betroffen ist, während durch mittelbar rechtsetzende Konkordate nur die Kantone berechtigt und verpflichtet werden. Damit kommt der Auslegung von Konkordaten eine grosse Bedeutung zu, denn bereits die Zuteilung zur einen oder anderen Kategorie entscheidet letztlich, ob sich die natürlichen und juristischen Personen auf die Bestimmungen des Konkordates berufen können oder ob lediglich die Kantone aufgefordert sind, entsprechendes Recht zu erlassen. Wäre letzteres der Fall, würde sich die Rechtsstellung der Person im Kanton A, welcher die entsprechenden Umsetzungsnormen erlassen hat, wesentlich unterscheiden von derjenigen Person im Kanton B, wo die Umsetzung noch nicht erfolgt ist oder nie erfolgen wird. Es erscheint denn auch gewagt, mittels der Typologie interkantonalen Vereinbarungen den Vorrang von interkantonalem Recht fallweise feststellen und damit gleichzeitig die Beschwerdelegitimation regeln zu wollen. Weder der Artikel 113 Absatz 1 Ziffer 3 BV noch Artikel 89 Absatz 1 Buchstabe b des Bundesrechtspflegegesetzes<sup>35</sup> treffen eine solche Unterscheidung hinsichtlich der Beschwerdelegitimation. Ebenso wenig kann Artikel 7 BV ein Hinweis auf die verschiedenen Konkordatstypen entnommen werden. Wie zu zeigen sein wird, ist in diesem Zusammenhang auf die einzelnen Bestimmungen des Konkordates und darauf abzustellen, ob diese geeignet sind, die Rechtsstellung einer natürlichen oder juristischen Person zu verändern und Kraft ihrer Bestimmtheit widersprechendes kantonales Recht zu verdrängen.<sup>36</sup>

Die verschiedenen Thesen führen dazu, dass je nach gewähltem Ansatz einzelnen Konkordaten die rechtsetzende Funktion aberkannt oder die

---

<sup>35</sup> OG, SR 173.110.

<sup>36</sup> HANSJÖRG SEILER, Gewaltenteilung, mit der analogen Argumentation bei der Frage der Umsetzung von Völkerrecht in Landesrecht und die direkte Anwendbarkeit an die Bestimmtheit eines materiellen Gesetzes der Völkerrechtsnorm anknüpft.

direkte Anwendbarkeit zuerkannt wird. Um den Anforderungen an die Rechtssicherheit durch interkantonale Harmonisierung zu genügen (bspw. in Umsetzung internationaler Verpflichtungen), müsste ein möglichst offener Ansatz gewählt werden. Die Unterscheidung wird denn auch überflüssig, wenn man die einzelnen vertraglichen Bestimmungen eines Konkordates im Hinblick auf seine direkte Anwendbarkeit untersucht und damit die Zuordnung der gesamten interkantonalen Vereinbarung in die Kategorie der unmittelbar und mittelbar rechtssetzenden Vereinbarungen unterlässt.<sup>37</sup> Demnach bricht interkantonales Recht kantonaes Recht jeder Stufe, insoweit der Vertragstext hinreichend konkret ist, um unmittelbare Wirkung zu entfalten, unabhängig davon, ob das Konkordat insgesamt als mittelbar rechtsetzend zu beurteilen ist.<sup>38</sup> Durch dieses Vorgehen werden die oben getroffenen Unterscheidungen weitestgehend hinfällig und eröffnen die Möglichkeit, die interkantonale Vereinbarung einer ihrer Rechtsnatur entsprechenden Anwendung zuzuführen. Als Beispiel sei in diesem Zusammenhang das Konkordat über die Heilmittelkontrolle angeführt, welchem von einer Reihe von Autoren die rechtsetzende Funktion aberkannt wird.<sup>39</sup> Ungeachtet der Zuordnung des Konkordates zu den verschiedenen Kategorien hat das Bundesgericht festgehalten, dass Artikel 84 Absatz 1 Buchstabe b OG die Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichen und rechtsetzenden Konkordaten nicht mache und diese Unterscheidung jedenfalls nicht zur prozessrechtlichen Frage der Beschwerdelegitimation herangezogen werden könne.<sup>40</sup> Daraus ergibt sich m.E. der oben erwähnte pragmatischere Ansatz, wonach zur Beschwerde legitimiert ist, wer aus einem Konkordat Rechte abzuleiten vermag. Dies ist wohl regelmässig dann der Fall, wenn die

---

<sup>37</sup> ULRICH HÄFELIN, *Der kooperative Föderalismus der Schweiz*, S. 622, welcher alle Konkordate, welche generelle und abstrakte Normen enthalten, den rechtsetzenden Vereinbarungen zuordnet.

<sup>38</sup> Am konkreten Beispiel des Konkordates über das öffentliche Beschaffungswesen soll hernach unter Ziff. 3 gezeigt werden, dass das Konkordat insgesamt wohl eher den mittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen zuzuordnen wäre, einzelne Bestimmungen jedoch eine derart hohe Regelungsdichte aufweisen, die geeignet erscheinen, natürlichen oder juristischen Personen Rechte zu verschaffen.

<sup>39</sup> FELIX WÜST, *Die interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 16. Juni 1957*; gegenteilig: ANTOINE FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, S. 133.

<sup>40</sup> BGE 81 I 358/ 359.

Bestimmungen der interkantonalen Vereinbarung hinreichend präzise formuliert sind, d.h. über eine ausreichende Regelungsdichte verfügen.

## 2.4 Auslegung interkantionaler Vereinbarungen

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt bei der Auslegung interkantionaler Vereinbarungen, soweit nicht nach Bundesrecht, Gewohnheitsrecht oder Vereinbarung etwas anderes gilt, (subsidiär) Völkerrecht zur Anwendung.<sup>41</sup> Diese Rangordnung drängt sich wie bereits obenerwähnt auf und ist, neben ihrer bundesstaatsrechtlichen Komponente, selbst mit dem Völkerrecht vereinbar. Übergeordnetes Recht bricht nachgeordnetes Recht oder wird bei dessen Auslegung anwendbar. In der Lehre werden hinsichtlich der Auslegung der Vereinbarungen zusätzliche Differenzierungen angeführt, weshalb diese im folgenden zur Diskussion gestellt werden.

Wie bereits dargelegt, fällt die Unterscheidung in unmittelbar und mittelbar rechtsetzende Vereinbarungen bisweilen schwer und wirft insbesondere hinsichtlich des Rechtsschutzes und der Beschwerdelegitimation natürlicher und juristischer Personen Probleme auf.<sup>42</sup> Die obengenannten Kriterien bei der Auslegung von interkantonalen Vereinbarungen sollen nur auf die mittelbar rechtsetzenden und rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen Anwendung finden, während bei den unmittelbar rechtsetzenden Vereinbarungen wegen deren Gesetzescharakter die Regeln über die Gesetzesauslegung zur Anwendung kommen sollen.<sup>43</sup> Die Differenzierung bezüglich der anwendbaren Auslegungsmethoden wird mit dem Umstand begründet, dass unmittelbar rechtsetzende Vereinbarungen für alle Bürger in den Kantonen gleich gelten müssen. Die Frage der Zuordnung vorweg zu nehmen und gestützt darauf die anwendbare Methode

---

<sup>41</sup> ULRICH HÄFELIN, BV-Kommentar, Art. 7, Rz. 62; BGE 110 Ia 123, 100 Ia 418/423 und 96 I 636, 648

<sup>42</sup> Vgl. ULRICH HÄFELIN, Aktuelle Fragen des Konkordatsrechts, *SJZ* 1973, S. 253.

<sup>43</sup> ULRICH HÄFELIN, BV-Kommentar, Art. 7, Rz. 64 f.; WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, S. 78 f.; und neuerdings das Bundesgericht in BGE 110 Ia 123/125, ohne allerdings die Frage in casu mit dem Verweis, dass nach beiden Methoden dasselbe Ergebnis erzielt worden wäre, abschliessend zu entscheiden.

um ihrer selbst willen festzulegen, erscheint aus methodologischer Sicht mindestens problematisch. Eine interkantonale Vereinbarung ist von vornherein ein Vertrag, welcher nach den Regeln der Vertragsauslegung zu interpretieren ist. Der Ermittlung des Willens der Vertragsparteien nach *dem Prinzip der Vertragsauslegung* kommt in dieser Hinsicht eine entscheidende Bedeutung zu. Wird bei der Suche nach dem Vertragswillen der Parteien offenkundig, dass eine Rechtsharmonisierung mittels interkantonaler Vereinbarung angestrebt wurde, welche hinreichend bestimmt ist, um Gesetzesqualität zu erlangen, steht m. E. der *Methode der Gesetzesauslegung* - auch nur einzelner Bestimmungen - nichts im Wege.

Im Ergebnis völlig verfälscht ist schliesslich die Globalzuordnung einer Vereinbarung wie das Konkordat über die Heilmittelkontrolle. Dies würde unter obestehender Konstellation dazu führen, dass das mittelbar rechtsetzende Konkordat *ausschliesslich* nach den Regeln der Vertragsauslegung zu behandeln wäre und dadurch einer natürlichen oder juristischen Person den Zugang zu den Gerichten versperren würde, obwohl sie durch das Konkordat in ihrer Rechtsstellung betroffen wäre.

## 2.5 Ergebnis

Aus den obenstehenden Überlegungen können folgende Schlüsse gezogen werden: Soweit die Kantone eine interkantonale Vereinbarung abschliessen wollen, welche die Gesetzgebung der Kantone harmonisiert, würde gut daran getan, dies im Konkordat ausdrücklich zu erwähnen, um allfälligen Spekulationen über die Zuordnung des Übereinkommens zuvorzukommen. Dies trifft insbesondere für offene Konkordate zu, welche eine gesamtschweizerische Harmonisierung zum Ziel haben. Durch dieses Vorgehen würde zudem die Rechtssicherheit wesentlich erhöht, indem natürliche und juristische Personen bereits mit Inkrafttreten der Vereinbarung wüssten, welche Bestimmungen direkt anwendbar sind. Somit könnte eine interkantonale Vereinbarung auch mangels innerkantonaler Ausführungsgesetzgebung bei den Gerichten angerufen werden.

Die oben angeregte fallweise Prüfung der unmittelbar rechtsetzenden Natur einzelner Bestimmungen scheint mindestens das Bundesgericht implizit vorzunehmen, indem es die Beschwerdelegitimation nicht von

dieser Prüfung abhängig macht, sondern diese Frage bei der materiellen Begründetheit der Beschwerde prüft.<sup>44</sup>

### **3. Das Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen**

#### **3.1. Allgemeines**

Das Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen, welches am 25. November 1994 in einer gemeinsamen Konferenz der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren sowie der Volkswirtschaftsdirektoren verabschiedet worden ist, strebt sowohl (1) die interkantonale als auch (2) die internationale Liberalisierung der kantonalen öffentlichen Märkte an. Letztere Verpflichtung ergibt sich aus dem GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, welches die Beschaffungen der subföderalen Ebene ebenfalls in die Liberalisierung einschliesst. Bislang vom Geltungsbereich des GATT ausgeschlossen sind die Beschaffungen der Gemeinden.

Die interkantonale Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens ist als "Folgeprogramm" der Ablehnung des EWR-Abkommens zu verstehen, welches einerseits eine Ausweitung der Anwendung des diesbezüglichen Gemeinschaftsrechts mit sich gebracht hätte, andererseits jedoch eine Selbstdiskriminierung der Kantone unter sich nicht verboten hätte. Aus diesem Grund wollten die Kantone mit der Umsetzung des EWR-Acquis die interkantonale Liberalisierung in Form eines Konkordates festschreiben. Durch den fehlenden Leidensdruck verzögerte sich die Verabschiedung des Konkordates erheblich und gewann wohl erst mit dem Damoklesschwert des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt und der Notwendigkeit der Umsetzung der GATT-Verpflichtungen bis zum 1. Januar 1996 durch die Kantone an Dynamik.

Ungeachtet der Begleitumstände stellt das Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen in mancher Hinsicht ein Sonderfall dar und soll,

---

<sup>44</sup> KARL SPÜHLER, Die Praxis der Staatsrechtlichen Beschwerde, Rz. 219.

obwohl noch von keinem Kanton ratifiziert, unter dem Gesichtspunkt oben gemachter Ausführungen dargestellt werden. Hierbei sind folgende Fragestellungen zu behandeln: Welchem Typ ist das Konkordat zuzuordnen, und bringt die Untersuchung einzelner Bestimmungen gegenüber einer Globalzuweisung wesentliche neue Elemente? Sind die Bestimmungen hinreichend bestimmt, um mangels kantonaler Umsetzung des Konkordates, natürlichen und juristischen Personen Rechte zu verschaffen? Genügt das Konkordat den völkervertraglichen Verpflichtungen, welche der Bund im Bereich kantonaler Kompetenzen im Rahmen des GATT eingegangen ist?

### **3.2 Typologie des Konkordates über das öffentliche Beschaffungswesen**

Im folgenden soll gezeigt werden, dass das Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen unmittelbar und mittelbar rechtsetzende als auch organisationsrechtliche Bestimmungen enthält. Die Zuordnung der einzelnen Bestimmungen zu diesen Kategorien ist nicht von untergeordneter Bedeutung, da anhand derselben mindestens in der Lehre und teilweise in der Rechtsprechung, die Frage des Vorrangs des interkantonalen Rechts vor kantonalem Recht, die anwendbare Auslegungsmethode (Vertrags-/Gesetzesauslegung) als auch die direkte Anwendbarkeit der Konkordatsbestimmungen festgelegt wird und letzteres verschiedentlich zur Prüfung der Beschwerdelegitimation angeführt wird.<sup>45</sup>

Nachdem es im folgenden nicht darum gehen kann, die materiellen Bestimmungen des Konkordates über das öffentliche Beschaffungswesen zu beurteilen, da hierzu vielmehr die geistigen Väter und Spezialisten des Übereinkommens berufen sind,<sup>46</sup> wird ein Versuch unternommen, die zentralen Bestimmungen auf ihren unmittelbar rechtsetzenden Charakter zu untersuchen.

---

<sup>45</sup> Wie bereits oben dargelegt, prüft das Bundesgericht diesen Punkt erst bei der materiellen Begründetheit einer Beschwerde.

<sup>46</sup> Namentlich das Sekretariat der Konferenz der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren (BPUK), die durch die BPUK bestellte Expertengruppe unter der Leitung von Prof. Nicolas Michel, Universität Freiburg, sowie diverse Spezialisten aus den kantonalen Verwaltungen.

### 3.2.1 Zweckartikel

Gemäss Artikel 1 regelt die Vereinbarung die gegenseitige Öffnung der öffentlichen Märkte und will die kantonalen Vergaberegeln durch gemeinsam bestimmte Grundsätze in Übereinstimmung mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz harmonisieren. Des weiteren statuiert Artikel 1 in Buchstabe b die Gleichbehandlung der Anbieter sowie eine diskriminierungsfreie Vergabe der öffentlichen Aufträge. Auf den ersten Blick erscheint sich bereits aus diesen Bestimmungen der Wille der Vertragsparteien zu ergeben, eine Rechtsharmonisierung herbeizuführen. Namentlich die explizite Nennung des Diskriminierungsverbotes in Form des Gebotes der Gleichbehandlung lässt beim unvoreingenommenen Bürger den Eindruck entstehen, dass diese Bestimmung als Grundlage für diesbezügliche Beschwerden hinreichend bestimmt sei, um sich gegen eine willkürliche Vergabe eines öffentlichen Auftrages zur Wehr setzen zu können.

Der Zweckartikel wird jedoch durch die institutionellen Bestimmungen (Art. 4) und insbesondere durch den materiellen Anwendungsbereich in seiner direkten Anwendbarkeit beschränkt.

### 3.2.2 Umsetzung

Die Umsetzung des Abkommens wird nicht einer interkantonalen Behörde, sondern vielmehr dem einzelnen Kanton überlassen, indem dieser gemäss Artikel 3 verpflichtet wird, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, welche mit der Vereinbarung übereinstimmen müssen. Diese Bestimmung würde bei einer Globalzuordnung des Konkordates dazu verleiten, dieses in die Kategorie des mittelbar rechtsetzenden Übereinkommens einzuordnen, nachdem es offenbar nicht der Wille der Vertragsparteien zu sein schien, natürlichen und juristischen Personen mittels Delegation der kantonalen Gesetzgebungskompetenz, durch Aufnahme entsprechender Bestimmungen in das Konkordat, die direkte Anwendbarkeit einzuräumen. Diese Feststellung bedarf der Differenzierung. Obwohl die Kantone aufgefordert sind, entsprechende Ausführungsbestimmungen zur Umsetzung des Konkordates zu erlassen, scheinen gewisse Bestimmungen im Rahmen des Anwendungsbereichs die direkte

Anwendbarkeit zu indizieren. Artikel 13 des Konkordates enumeriert ziemlich detailliert die vorgeschriebenen Inhalte der kantonalen Ausführungsbestimmungen. So wird u.a. festgelegt, dass die Kantone ihre Ausschreibung mindestens im Amtsblatt zu veröffentlichen haben und dass der *Zuschlag mittels Verfügung* zu erfolgen hat und zu begründen ist. Damit scheint ein hinreichendes Anfechtungsobjekt für diesbezügliche Beschwerden gegeben, nachdem Artikel 11 Buchstabe a betreffend die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens ausdrücklich die Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter festlegt. Gefestigt wird diese Sicht zusätzlich durch Artikel 15 über den Rechtsschutz. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung ist die Beschwerde gegen die Verfügungen des Auftraggebers explizit zulässig und das Bundesgericht wird mangels entsprechender kantonalen Ausführungsbestimmungen für die Beurteilung von Beschwerden, welche die Anwendung dieser Vereinbarung betreffen, für zuständig erklärt. Im übrigen ergibt sich die direkte Anwendbarkeit des Abkommens durch Artikel 16 Absatz 3, welcher bei Fehlen interkantonaler Ausführungsbestimmungen festhält, dass die Bestimmungen des Konkordates direkt geltend gemacht werden können.

### 3.2.3 Schlussfolgerung

Das Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen ist den gemischten Konkordaten zuzuordnen. Einerseits enthält es mittelbar rechtsetzende Bestimmungen, die sich direkt an die kantonalen Behörden richten und deshalb natürlichen und juristischen Personen keine Rechte einzuräumen und Pflichten aufzuerlegen vermögen. Andererseits dürfte der beitretende Kanton, ungeachtet seiner internen Umsetzungsarbeiten, bereits durch die Ratifikation an gewisse Mindestgrundsätze gebunden sein, wonach dem zu unrecht übergangenen Anbieter gewisse Verfahrensrechte garantiert werden. Deshalb scheint das Übereinkommen mindestens im Rahmen seines Geltungsbereichs und im konkreten Vergabeverfahren für natürliche und juristische Personen direkt anwendbar zu sein.

### 3.3 Anwendungsbereich

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Abkommens stellen sich wegen der Aufnahme der GATT-Schwellenwerte einige Fragen. Das GATT-Übereinkommen sieht auf subföderaler Ebene eine Liberalisierung der öffentlichen Beschaffungen über einem gewissen Schwellenwert vor. Nachdem die Kantone verpflichtet sind, ihre Rechtsordnungen bis zum 1. Januar 1996 dem Übereinkommen anzupassen, wurden entsprechende Bestimmungen in das Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen aufgenommen. Diese basieren regelmässig auf Reziprozitätsklauseln und auf dem Vorbehalt des Abschlusses entsprechender völkerrechtlicher Verträge durch den Bund. Werden die diesbezüglichen Schwellenwerte überschritten, kann sich ein zu Unrecht übergangener ausländischer Anbieter mit Sitz in einem der Signatarstaaten des GATT-Übereinkommens *direkt* auf die Bestimmungen des Konkordates berufen, obwohl die Kantone gemäss Artikel 3 des Konkordates gehalten sind, die entsprechenden Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

Es ist allerdings unklar, ob die Schwellenwerte lediglich für ausländische Anbieter mit Sitz in einem der Signatarstaaten des GATT-Übereinkommens oder ebenfalls für Anbieter aus anderen Kantonen Anwendung finden sollen. Aufgrund von Artikel 1 des Konkordates wird durch die Stipulierung der diskriminierungsfreien Vergabe eine vollständige interkantonale Liberalisierung bezweckt, während die Schwellenwerte, gemäss dem 3. Abschnitt des Konkordates offenbar unterschiedslos sowohl auf interkantonale als auch auf internationale Anbieter anwendbar sein sollen. Die letzte Feststellung legt den Schluss nahe, dass die Schwellenwerte, unabhängig davon, ob es sich im Einzelfall um nationale oder internationale Anbieter handelt, anwendbar sein sollen. Angesichts der sehr hohen Schwellenwerte des GATT (bspw. 10 Millionen Franken für Bauwerke) erscheint die offenbar einstmals verfolgte Zielsetzung der vollständigen Öffnung der kantonalen Märkte für öffentliche Beschaffungen durch das Konkordat noch nicht erreicht zu sein. Nachdem das gemäss Artikel 4 des Konkordates geschaffene interkantonale Organ für den Erlass von Vergaberichtlinien, welche Grundlagen für die kantonale Gesetzgebung bilden, zuständig erklärt worden ist, darf man mit einer Klärung des geltenden Anwendungsbereichs alsbald rechnen.

#### **4. Schlussbetrachtungen**

Wie bereits eingangs dargelegt wurde, dienen interkantonale Vereinbarungen häufig als Instrument der Abwehr "drohender" bundesrechtlicher Vereinheitlichung. Die zunehmende Internationalisierung des Rechts, die Dynamik gewisser Rechtsentwicklungen und die Globalisierung der Märkte machen unterschiedliche kantonale Regelungen sowie interkantonale Vereinbarungen nicht immer sinnvoll. Der Leidensweg des Konkordates über die Heilmittelkontrolle mag hierfür ein illustratives Beispiel darstellen. Der internationale Handel mit Heilmitteln macht es notwendig, dass der Schweizer Hersteller auf eine speditive Zulassung und Kontrolle von Produkten rechnen kann und dass die diesbezüglichen Vorschriften einen möglichst reibungslosen Export der in der Schweiz kontrollierten und produzierten Produkte zulassen. Offenbar waren die im Rahmen des Konkordates über die Heilmittelkontrolle vorgesehenen Instrumente unzureichend und mit Blick auf die zunehmende internationale Verflechtung der Unternehmen und Märkte nicht mehr sach- und zeitgemäss. Es bleibt zu hoffen, dass der Bund seine verfassungsmässige Kompetenz zum Erlass von entsprechenden Bestimmungen wahrnehmen wird.

Die letzte Feststellung ist jedoch entscheidend. Sofern der Bund über die verfassungsmässigen Kompetenzen zum Erlass einheitlicher Vorschriften befugt ist, spricht nichts dagegen, wenn er diese wahrnimmt und für den Binnenmarkt Schweiz einheitliche Regeln aufstellt. Anders verhält es sich, wenn, wie im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesen oder der gegenseitigen Anerkennung der Diplome, solche Bundeskompetenzen fehlen. Obwohl hier eine gesamtschweizerische Regelung unbestritten wünschenswert wäre, hat der Bund die Kompetenzordnung zu respektieren. Einer diesbezüglichen Vereinheitlichung hat die Schaffung der verfassungsmässigen Grundlagen voranzugehen.

Ebenso verhält es sich bei der Frage der Umsetzung internationaler Verpflichtungen im innerstaatlichen Bereich. Selbst wenn der Bund befugt ist, völkerrechtliche Verträge über Gegenstände abzuschliessen, welche innerstaatlich in den Kompetenzbereich der Kantone fallen, muss bei deren Umsetzung die innerstaatliche Ordnung gewahrt bleiben. Andernfalls verkommt das Völkerrecht zum "Kompetenzselbstbedienungsladen", was

einer innerstaatlichen, durch die Verfassung garantierten föderalistischen Ordnung widerspricht.

Dennoch können sowohl internationale Verpflichtungen als auch Entwicklungen im innerstaatlichen Bereich die Harmonisierung der Rechtsordnung gebieten. Hierfür steht den Kantonen die interkantonale Vereinbarung als Instrument zur Verfügung. Es wird jedoch insbesondere aus der Geschichte verschiedener Konkordate (vor allem demjenigen über die Heilmittelkontrolle) deutlich, dass an diesem Instrument zukunftsorientiert zu arbeiten ist. Entgegen der verschiedentlich geäußerten Auffassung, dass die Kantone keine rechtsverbindliche und -vereinheitlichende Ordnung auf zwischenstaatlicher Ebene schaffen dürfen oder sollen, muss den interkantonalen Vereinbarungen genau diese Rolle zugeordnet werden, um unter Wahrung der bestehenden Kompetenzordnung sowohl einer entwicklungsfähigen interkantonalen Rechtsordnung als auch innerstaatlichen und internationalen Vorgaben genügen zu können.

In Bereichen wo dies notwendig erscheint, sollten deshalb die entsprechenden interkantonalen Vereinbarungen hinreichend präzise formuliert sein, um den natürlichen und juristischen Personen den Zugang zu den Gerichten sicherzustellen und die Rechtsfortbildung durch die richterlichen Behörden zu ermöglichen. Darüber hinaus müssten die interkantonalen Organe, welche mit der Durchführung und Anwendung der Übereinkommen betraut sind, über hinreichende Kompetenzen zur Weiterentwicklung der Konkordate verfügen, damit nicht jede, noch so marginale Anpassung einer interkantonalen Vereinbarung die Ratifikation durch jeden Kanton notwendig machen würde. Die Delegation solcher Kompetenzen rechtfertigt sich durch den Umstand, dass eine interkantonale Vereinbarung ihrerseits den Ratifikationsprozess durchlaufen muss und durch die Tatsache, dass es jedem Kanton unbenommen bleibt, das Abkommen zu kündigen, soweit dessen Weiterentwicklung nicht seinen Vorstellungen entspricht.