



## ► an den Grossen Rat

BD/037743 und P037744  
Basel, 9. Juni 2004

Regierungsratssitzung  
vom 8. Juni 2004

### **1. Motion Peter Zinkernagel und Konsorten betreffend Lehrlingsausbildung als Eignungs- oder Zuschlagskriterium bei öffentlichen Beschaffungen**

### **2. Motion Markus Lehmann und Konsorten betreffend Änderung des Submissionsgesetzes zugunsten von Firmen, die Lehrlinge, Behinderte oder Ausgesteuerte beschäftigen**

1. Der Grosser Rat hat an seiner Sitzung vom 17. März 2004 die nachstehenden Motionen Peter Zinkernagel und Konsorten und Markus Lehmann und Konsorten dem Regierungsrat überwiesen:

#### a) Motion Peter Zinkernagel und Konsorten:

„Das öffentlichen Beschaffungsrecht ist seit Anfang Juli 1999 in Kraft. Gemäss §26 des Beschaffungsgesetz erfolgt der Zuschlag zu Marktpreisen auf das wirtschaftlich günstigste Angebot, wobei in der Ausschreibung die Kriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung angewandt werden müssen. Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass insbesondere der Preis für den Zuschlag ausschlaggebend ist. Kaum je wird die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium genannt. Gewerbetreibende, welche Lehrlinge ausbilden, sind daher regelmässig benachteiligt.

Anerkanntmassen ist die Lehrlingsausbildung ein wichtiges bildungspolitisches Anliegen, das auch im Submissionswesen angemessen berücksichtigt werden sollte. Neben dem Preis und anderen Kriterien soll deshalb bereits in der Ausschreibung die Ausbildung von Lehrlingen in branchenspezifischen Berufen als Zuschlagskriterium mit einer gewissen Gewichtung aufgeführt werden. Dies sollte für das Einladungsverfahren, das selektive und das öffentlichen Verfahren gelten. Die Stadt Winterthur beispielweise gewichtet die Ausbildung von Lehrlingen beim Zuschlagskriterium mit 10%.

Der Regierungsrat wird verpflichtet dem Grossen Rat eine entsprechende Gesetzesänderung vorzulegen.“

b) Motion Markus Lehmann und Konsorten:

„Bekanntlich werden die kantonalen Submissionen sehr streng gehandhabt. Im Normalfall bekommt die preisgünstigste Eingabe den Zuschlag. Dies ist für die sogenannten "Öffentlichen Submissionen" zu akzeptieren, da auch ausserkantonale wie ausländische Unternehmen daran teilnehmen.“

Für die Ausschreibungen im "Einladungsverfahren" (von 50 bis 250'000 Franken) und die direkten Aufträge (bis 50'000 Franken) hingegen sollte gesetzlich festgeschrieben werden, dass Unternehmen, welche Lehrlinge, Behinderte oder Ausgesteuerte beschäftigen, angemessen vorzuziehen sind.

Warum? Unternehmen, die Lehrlinge, Behinderte und Ausgesteuerte anstellen und dadurch für diese eine wichtige psychologische wie soziale Funktion ausüben, sollen angemessen belohnt statt "bestraft" werden. Weil durch die Beschäftigung dieser Menschen zwangsläufig höhere "Vollkosten" entstehen, haben die betreffenden Unternehmen nicht die "gleich langen Spiesse" wie Unternehmungen, die sich weder um den Nachwuchs noch um die Integration benachteiligter Menschen kümmern. Dies fällt insbesondere bei kleineren und mittleren Handwerksbetrieben sehr stark ins Gewicht. Der Staat soll anerkennen, wenn Unternehmen soziale Aufgaben erfüllen, dadurch einen zusätzlichen gesellschaftlichen Nutzen erzeugen und den Staat wesentlich entlasten.

Die Unterzeichnerinnen und Unterzeichner bitten den Regierungsrat, das Submissionsgesetz so abzuändern, dass beim Einladungsverfahren und bei den direkten Vergabungen zu berücksichtigen ist, wenn Unternehmen Lehrlinge, Behinderte oder Ausgesteuerte beschäftigen.“

2. Die beiden Vorstösse haben ein gemeinsames Ziel: Die dem kantonalen Recht unterstellten Vergabebehörden sollen durch eine Änderung des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen vom 20. Mai 1999 verpflichtet werden, bei ihren Entscheiden zu berücksichtigen, ob die sich um öffentliche Aufträge bewerbenden Firmen Lehrlinge ausbilden. Teilweise gleich oder sehr ähnlich sind auch die damit aufgeworfenen rechtlichen und politischen Fragen. Sie können deshalb gemeinsam beantwortet werden.

3. Der Gegenstand dieses Berichts ist durch § 27a Abs. 4 der Ausführungsbestimmungen zum Gesetz über die Geschäftsordnung des Grossen Rates vom 24. März 1988 (SG 152.110) vorgegeben. Danach entscheidet der Grosse Rat anhand der Stellungnahme des Regierungsrates, ob die Motion ganz, teilweise oder nicht überwiesen werden soll. Der Grosse Rat kann die Motion auch als Anzug überweisen. Demnach äussert sich dieser Bericht zu den Fragen, ob die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen recht- und zweckmässig sind und ob sie allenfalls modifiziert werden müssen, damit sie den Anforderungen der Recht- und Zweckmässigkeit entsprechen.

4. Ob die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen recht- und zweckmässig sind, hängt zunächst von der Recht- und Zweckmässigkeit der vorgeschlagenen Auswahl-, Eignungs- oder Zuschlagskriterien ab. Lehre und Rechtsprechung haben sich bisher nur mit der Frage befasst, ob die Zahl der von den Bietern ausgebildeten Lehrlinge ein zulässiges *Zuschlagskriterium* ist. Die mit dem Anzug Lehmann und Konsorten zusätzlich aufgeworfenen Fragen, ob die Lehrlingsausbildung ein Auswahl- oder ein Eignungskriterium sein kann und ob auch die Beschäftigung von Behinderten und Ausgesteuerten in einem Vergabeverfahren honoriert werden darf, sind jedoch teilweise ähnlich. Aus den Erkenntnissen von Lehre und Rechtsprechung lässt sich auch ableiten, ob die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen mit dem übergeordneten Recht vereinbar sind.

## A. Lehre und Rechtssprechung zum **Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung**

### *Lehre*

5. Ob die Zahl der von den Bietern ausgebildeten Lehrlinge ein zulässiges *Zuschlagskriterium* ist, ist umstritten. Es wird geltend gemacht, dass es sich um einen vergabefremden Aspekt handle, der den Wettbewerb verfälsche und es den Vergabestellen erschwere, sachgerechte Entscheide zu treffen (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes – Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 12.1; Denis Esseiva, *Mise en œuvre de la nouvelle législation cantonale en matière de marchés publics*, Baurecht 1998, S. 104 Ziff. 2.7; Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung, Baurecht 2000, S. 59 Nr. S17-S18). Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat sich aus diesem Grund gegen die Anwendung des Kriteriums ausgesprochen (vgl. Roger Zäch, *Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen*, in Nicolas Michel/ Roger Zäch [Hrsg.], *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz*, Zürich 1998, S. 59, 78). Vereinzelt wird die Verwendung des Kriteriums aber auch befürwortet (Matthias Hauser, *Zuschlagskriterien im Submissionsrecht*, AJP 2001, S. 1405, 1418).

### *Rechtsprechung*

6. Am ausführlichsten und gründlichsten hat sich bisher das *Verwaltungsgericht Zürich* mit dem Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung befasst ([www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), Entscheid VB.2002.00255 vom 9. Juli 2003, vgl. auch den Entscheid VB.2001.00215 vom 23. November 2001). Es rechtfertigt sich deshalb, seine Rechtsprechung auch relativ ausführlich vorzustellen.

6.1. Die Anwendung des Kriteriums der Lehrlingsausbildung im *Anwendungsbereich des GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen* schliesst das Gericht aus, weil es gegen die Vorschriften über die Inländerbehandlung und die Nichtdiskriminierung verstosse (Art. III Abs. 1; vgl. auch Art. VIII lit. b GPA). Es weist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hin, dass nicht alle Vertragsstaaten eine mit dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen.

6.2. Zur Frage der Bundesrechtmässigkeit hält das Verwaltungsgericht Zürich fest, dass die Verwendung des Zuschlagskriteriums der Lehrlingsausbildung eine Beschränkung des Marktzugangs im Sinn des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) für Anbieter bewirke, die keine oder wenig Lehrlinge ausbilden. Das Binnenmarktgesetz schliesse Einschränkungen des Marktzugangs, die sich aus Massnahmen mit sozialpolitischer Zielsetzung ergeben, allerdings nicht von vornherein aus (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM). Die Förderung der Lehrlingsausbildung sei angesichts des heutigen Mangels an Lehrstellen ein im öffentlichen Interesse liegendes sozialpolitisches Ziel. Vorausgesetzt werde jedoch, dass die Massnahmen für ortsansässige und ortsfremde Personen gleichermaßen gelten und dass sie zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und überdies verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Ferner dürfe nicht auf die absolute Anzahl Lehrlinge abgestellt werden, sondern es sei das Verhältnis zur Gesamtzahl der Beschäftigten zu berücksichtigen, da andernfalls grosse gegenüber kleinen Betrieben bevorzugt würden.

Die in der Lehre aufgeworfene Frage, ob die Verwendung des Zuschlagskriteriums geeignet sei, das Angebot an Lehrstellen zu fördern oder ob es als ungeeignete Massnahme unverhältnismässig ist, hat das Gericht offen gelassen. Sie sei zu komplex, um im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens überprüft zu werden. Solange keine klaren Hinweise vorlägen, die gegen die Eignung der Massnahme sprechen, müsse der Entscheid dem Ermessen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers überlassen bleiben.

Unverhältnismässig wäre nach Meinung des Verwaltungsgerichts Zürich auch, öffentliche Beschaffungen ausschliesslich oder überwiegend nach dem Einsatz von Lehrlingen durch die beteiligten Anbieter zu vergeben. Die Vergabe sei in erster Linie auf den Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen für die auftraggebende Behörde auszurichten und müsse einen wirksamen, gleichberechtigten Wettbewerb unter den Anbietern gewährleisten. Dem Kriterium der Lehrlingsausbildung dürfe daher im Rahmen der Zuschlagskriterien kein übermässiger Stellenwert zukommen.

6.3. Nach Meinung des Verwaltungsgerichts Zürich schliesst auch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) die Berücksichtigung leistungsfremder Gesichtspunkte nicht von vornherein aus. Die Forderung von Art. 13 lit. f IVöB, wonach der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen hat, behalte aber zweifellos den Vorrang, und der Gesichtspunkt der Lehrlingsausbildung dürfe auch nach dieser Vereinbarung nur mit einer untergeordneten Gewichtung zur gesamten Bewertung beitragen.

6.4. Zusammenfassend kommt das Verwaltungsgericht Zürich zum Schluss, die Verwendung der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium sei grundsätzlich zulässig. Dem Kriterium müsse jedoch im Vergleich zu den übrigen, am Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen orientierten Kriterien eine klar untergeordnete Rolle zukommen. Im Sinn einer einfach anzuwendenden Regel sei davon auszugehen, dass die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung 10 % des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten darf. Ferner dürfe das Kriterium keine Diskriminierung auswärtiger Anbieter bewirken. Es dürfe daher insbesondere gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, nicht angewendet werden.

7. Das *Verwaltungsgericht des Kantons Aargau* hat das in § 18 Abs. 2 des aargauischen Submissionsdekrets vorgesehene Kriterium der Lehrlingsausbildung in einem Fall, welcher den Bestimmungen des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und der IVöB nicht unterstand, als anwendbar betrachtet, bezeichnete es jedoch als fraglich, ob dieses vor dem übergeordneten Recht standhalte. Es dürfe auch nach dem Willen des Aargauischen Dekretgebers für die Vergabe nur dann eine Rolle spielen, wenn sich bei der Zuschlagserteilung bezüglich der übrigen Kriterien gleichwertige Angebote gegenüberstehen. Der Lehrlingsausbildung dürfe mit anderen Worten innerhalb des für massgebend erklärten Kriterienkatalogs lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommen; damit lasse sich auch die Gefahr, dass das Kriterium eine verdeckte Diskriminierung ermögliche, in Grenzen halten (AGVE 2001 S. 342 E. 1c/bb/aaa; vgl. auch AGVE 1999 S. 294 E. 2c/bb).

8. Die *Verwaltungsgerichte Freiburg und Thurgau* anerkennen das Kriterium nur, wenn es keine entscheidende Rolle beim Entscheid über den Zuschlag spielt und nur bei ansonsten gleichwertigen Angeboten den Ausschlag gibt (vgl. die bei Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich, Basel, Genf 2003, S. 201 f., zusammengefassten Entscheide). Die gleiche Meinung vertrat das *Verwaltungsgericht Wallis* in einem vom Bundesgericht am 8. August 2003 beurteilten Fall. Das Bundesgericht bezeichnete sie als nicht willkürlich (BGE 129 I 313 E. 8.4 S. 326).

9. Das *Bundesgericht* hält das Kriterium der Lehrlingsausbildung wie gesagt für nicht willkürlich, wenn es nur bei der Auswahl gleicher oder ähnlicher Angebote den Ausschlag gibt. Im übrigen setzte es sich im zitierten Entscheid mit der weit verbreiteten Meinung auseinander, die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung mit 10 % des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien sei „relativement modeste“ und daher zulässig (vgl. dazu auch die vorn zitierte Meinung des Verwaltungsgerichts Zürich, „im Sinn einer einfach anzuwendenden Regel sei davon auszugehen, dass die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung 10% des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten darf“). Das Kriterium dürfe nicht isoliert betrachtet werden, sondern nur in seinem Zusammenhang mit den anderen Zuschlagskriterien. Es müsse namentlich dem relativen Gewicht und der Bewertungsskala der Angebotspreise gegenübergestellt werden. Wenn eine Gewichtung des „Lehrlingskriteriums“ von 10% - wie im zu beurteilenden Fall - dazu führe, dass eine relativ grosse Preisdifferenz nivelliert wird, sei das Ergebnis unhaltbar (Urteil vom 8. August 2003, BGE 129 I 326 E. 9 S. 326 ff.).

### Schlussfolgerungen

10. Auf den ersten Blick scheinen die herrschende Lehre und die Rechtsprechung diametral auseinander zu gehen. Bei genauerer Betrachtung liegen die wesentlichen Unterschiede jedoch nur in den Blickwinkeln, von denen aus sie die Probleme betrachten. Die herrschende Lehre und die Wettbewerbskommission bezeichnen die Zahl der von den Bietern ausgebildeten Lehrlinge als grundsätzlich unzulässiges Zuschlagskriterium, weil es vergabefremd sei und den Wettbewerb verfälsche. Die zitierten Verwaltungsgerichte halten es unter der Voraussetzung für zulässig, dass es den Wettbewerb nicht verfälscht.

Der Wettbewerb wird durch das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung verfälscht:

- a) wenn es dazu führt, dass der Zuschlag auf ein anderes als das wirtschaftlich günstigste Angebot entfällt;
- b) wenn es auswärtige Anbieter diskriminiert, insbesondere Anbieter aus Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen.

Umgekehrt wird der Wettbewerb durch das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung nicht verfälscht,

- a) wenn es nur innerhalb des Ermessensspielraums angewendet wird, über den die Vergabebehörde bei der Bestimmung des preisgünstigsten Angebots verfügt,

- b) wenn es nicht auf Anbieter aus Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens angewendet wird, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen.

Unter diesen Voraussetzungen sollte nach dem Stand der Lehre und der Rechtsprechung nichts dagegen einzuwenden sein, die Lehrlingsausbildung beim Entscheid über den Zuschlag zu berücksichtigen.

#### *Anwendung auf die beiden Motionen*

11. Der Vorrang des wirtschaftlich günstigsten Angebots ist entgegen dem, was zur Begründung der Motion Markus Lehmann und Konsorten ausgeführt wird, auch im Einladungsverfahren „zu akzeptieren“. Dem steht aber nicht entgegen, was in der Motion konkret verlangt wird: Die Lehrlingsausbildung darf beim Entscheid über den Zuschlag berücksichtigt werden.

Weil der Zuschlag nach den allgemeinen Regeln des Vergaberechts zwingend auf das wirtschaftlich günstigste Angebot entfallen muss, ist aus rechtlicher Sicht eher problematisch, was die Motion Peter Zinkernagel und Konsorten verlangt: Wenn das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung „mit einer gewissen Gewichtung“ in der Ausschreibung aufgeführt wird, kann es dazu führen, dass der Zuschlag auf ein anderes Angebot entfällt. Das ist auch möglich, wenn es im Sinne der „einfach anzuwendenden Regel“ des Zürcher Verwaltungsgerichts mit höchstens 10% gewichtet wird (so das Ergebnis des zitierten Bundesgerichtsentscheids BGE 129 I 326).

Relativ unproblematisch ist das Kriterium nur, wenn es ohne feste Gewichtung zur Klassierung gleicher oder ähnlicher Angebote verwendet wird. Zu diesem Zweck wurde es vom Regierungsrat bereits im Ratschlag und Entwurf Nr. 8820 zu einem Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 21. April 1998 vorgeschlagen (§ 25 Abs. 2 lit. a des Gesetzesentwurfs). In der vorberatenden Grossratskommission setzte sich jedoch die Meinung durch, dass das Kriterien nicht sachgerecht ist. Mit dem Beschaffungsgesetz sollten nur Ziele verfolgt werden, die sich aus seinem Zweck ergeben. Auch als subsidiäre gesetzliche Kriterien kämen deshalb nur Eigenschaften des wirtschaftlich günstigsten Angebots in Frage, d.h. Kriterien, die einen Einfluss auf den Wert der Leistung haben können (Bericht der Grossratskommission Nr. 8901 zum Ratschlag und Entwurf Nr. 8820 zu einem Gesetz über öffentliche Beschaffungen, Ziff. II/4 und Bemerkungen zu § 26 Abs. 2).

Unzulässig ist das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung im Anwendungsbereich des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesens. Das hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich überzeugend dargelegt. Auch insofern erweist sich die Motion Peter Zinkernagel und Konsorten als zu undifferenziert.

#### **B. Lehrlingsausbildung als Eignungskriterium?**

12. Nach der amtlichen Bezeichnung befasst sich die Motion Peter Zinkernagel und Konsorten auch mit der Lehrlingsausbildung als Eignungskriterium. Mit Eignungskriterien wird geprüft, ob die fachliche Qualifikation und die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Bewerber für den ausgeschriebenen

Auftrag ausreicht (§ 7 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes). Ob sich ein Unternehmen für den ausgeschriebenen Auftrag eignet, hängt nicht davon ab, ob und wie viele Lehrlinge es ausbildet. Bereits daraus ergibt sich, dass die Lehrlingsausbildung kein Eignungskriterium sein kann.

Zum selben Ergebnis führen das Gleichheitsgebot des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Art. 2) und das Diskriminierungsverbot des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesens (Art. III). Weder das nationale noch das internationale Recht machen den freien Zugang zum Markt von der Lehrlingsausbildung abhängig. Es wäre deshalb unzulässig, ein Unternehmen als ungeeignet von einem Vergabeverfahren auszuschliessen, weil es keine oder zu wenige Lehrlinge ausbildet.

Die amtliche Bezeichnung der Motion Peter Zinkernagel und Konsorten scheint allerdings ungenau zu sein. Im Wortlaut ist ausschliesslich von Zuschlagskriterien die Rede. Dasselbe gilt für die Vorstösse im Zürcher Kantonsrat, von denen die Motion anscheinend beeinflusst ist. Der Hinweis auf die Unzulässigkeit der Lehrlingsausbildung als Eignungskriterium erfolgt deshalb mehr der Vollständigkeit halber.

### C. Lehrlingsausbildung als gesetzliches Zuschlagskriterium?

13. Die zitierte Rechtsprechung befasst sich mit der Frage, ob und inwieweit die Vergabebehörden das Kriterium Lehrlingsausbildung beim Entscheid über den Zuschlag berücksichtigen *dürfen*; die Motion Peter Zinkernagel und Konsorten scheint zu verlangen, dass sie es in Zukunft auch berücksichtigen *müssen*. Das ist aus mehreren Gründen problematisch:

- a) In der Motion Peter Zinkernagel und Konsorten ist nachzulesen, dass „Gewerbebetreibende, welche Lehrlinge ausbilden, ... regelmässig benachteiligt“ werden. Nach der Motion Markus Lehmann und Konsorten entstehen durch die Beschäftigung von Lehrlingen gar „zwangsläufig höhere Vollkosten“. Demgegenüber weist der Regierungsrat des Kantons Zürich in einer Stellungnahme vom 9. April 2003 zu einem „dringenden Postulat“ Carmen Walker Späh, Lucius Dürr und Peter Mächler unter Hinweis auf „neueste Studien“ darauf hin, dass Nachwuchsbildung „ohnehin für zwei Drittel der Betriebe rentabel ist.“ Die beiden Motiven scheinen daher teilweise auf falschen Vorstellungen zu beruhen. Auf jeden Fall ist der Schluss, dass es zur Lehrlingsausbildung finanzielle Anreize des Staates braucht, zu allgemein. Das öffentliche Interesse daran ist zumindest in jenen Fällen, in denen die Lehrlingsausbildung rentabel ist, in Frage zu stellen. Wenn es aber an einem öffentlichen Interesse fehlt, ist das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung unzulässig.
- b) Besonders wenn die Lehrlingsausbildung rentabel ist, ist es denkbar, dass das Angebot an Lehrstellen die Nachfrage übersteigt. Wenn das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung auch in diesen Branchen angewandt wird, kann es zu einer Diskriminierung von Betrieben führen, die ohne Verschulden nicht alle Lehrstellen besetzen können.
- c) Im Text der Motion wird die Lehrlingsausbildung zu Recht als wichtiges bildungspolitisches Anliegen bezeichnet. Dem kantonalen Beschaffungsgesetz

sind aber nicht nur staatliche Auftraggeber unterstellt, sondern z.B. auch Organisationen und Unternehmen, die von Gemeinwesen subventioniert werden. Es fragt sich, ob auch Organisationen und Unternehmen zur Förderung der Lehrlingsausbildung verpflichtet werden können, die andere öffentliche Aufgaben haben (z.B. Alters- und Pflegeheime). Der Schluss, dass eine solche Verpflichtung zur Zweckentfremdung öffentlicher Gelder führen kann, ist naheliegend.

- d) Die Rechtsprechung hat sich bisher nur mit dem Problem der *Diskriminierung* auswärtiger Anbieter befasst. Das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung kann auch das Gegenteil zur Folge haben. Es kann dazu führen, dass öffentliche Aufträge in andere Kantone oder ins Ausland abwandern. Das wirft die Frage auf, ob es zu den Aufgaben des Kantons Basel-Stadt gehört, die Lehrlingsausbildung ausserhalb des Kantons Basel-Stadt zu fördern. Auf andere Kantone angewendet mag die Frage zwar etwas kleinlich sein; sie stellt sich aber mindestens so lange, als nicht alle anderen Kantone Gegenrecht halten.
- e) Nach § 30 Abs. 4 der Beschaffungsverordnung und nach dem übergeordneten Recht kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preis erfolgen. Mit diesen Vorschriften lässt sich eine gesetzliche Verpflichtung, beim Entscheid über den Zuschlag die Zahl der von den Bieter beschäftigten Lehrlinge zu berücksichtigen, schon dem Wortlaut nach nicht vereinbaren. Wenn der Zuschlag bei der Beschaffung standardisierter Güter nicht auf das preisgünstigste Angebot entfällt, ist das Ergebnis auch nach dem zitierten Bundesgerichtsentscheid BGE 129 I 326 unhaltbar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine gesetzliche Verpflichtung, die Zahl der von den Bieter ausgebildeten Lehrlinge beim Entscheid über den Zuschlag zu berücksichtigen, in vielen Fällen problematisch ist. Besonders bei Vergaben durch subventionierte Organisationen und Unternehmen und bei der Vergabe standardisierter Leistungen kann sie zu rechtlich unhaltbaren Ergebnissen führen. Als sachgerecht kann sie nur bezeichnet werden, wenn finanzielle Anreize zur Förderung der Lehrlingsausbildung nötig sind und im öffentlichen Interesse des Kantons liegen. Eine undifferenzierte gesetzliche Regelung, die vorschreibt, die Zahl der Ausbildungsplätze müsse bei allen Zuschlägen berücksichtigt werden, wäre unzulässig.

## D. Lehrlingsausbildung als Auswahlkriterium im freihändigen und im selektiven Verfahren

14. Nach der Motion Markus Lehmann und Konsorten soll die gesetzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der Lehrstellen auf das freihändige Verfahren und auf das Einladungsverfahren beschränkt werden. Damit könnte das Kriterium bereits bei der Auswahl der Unternehmen angewendet werden. Die Mängel, die es als Zuschlagskriterium hat, würden vermieden.

Die Frage, ob der Kanton die Lehrlingsausbildung in anderen Kantonen und im Ausland unterstützen darf, lässt sich damit allerdings nicht umgehen. Es ist zwar ein weit verbreiteter Brauch, Aufträge im Anwendungsbereich des freihändigen Verfahrens und des Einladungsverfahrens wenn möglich innerhalb des Kantonsgebiets vergeben. Ausnahmen sind aber nicht immer zu vermeiden. So gibt es Aufträge, für die es im Kanton Basel-Stadt keine oder nicht genug geeignete Unternehmen gibt.

Es gibt auch Branchen, die im Kanton Basel-Stadt zwar ausreichend vertreten sind, sich aber aus verschiedenen Gründen nicht mit der Lehrlingsausbildung befassen können. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der Lehrstellen hätte zur Folge, dass zu diesen Branchen gehörende Unternehmen im Kanton von Aufträgen im Anwendungsbereich des freihändigen Verfahrens und des Einladungsverfahrens ausgeschlossen werden. Davon würden besonders Kleinbetriebe betroffen. Das würde dem erklärten Ziel der Motion widersprechen, kleinen und mittleren Handwerksbetrieben zu gleich langen Spiesse zu verhelfen.

15. Eine auf das Gebiet des Kantons Basel-Stadt beschränkte gesetzliche Verpflichtung zur Bevorzugung von Unternehmen, die Lehrlinge ausbilden, wäre mit dem übergeordneten Recht unvereinbar. Das im Binnenmarktgesezt (Art. 1, 2 und 5) festgehaltene Verbot, Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz zu benachteiligen, gilt grundsätzlich in allen Vergabeverfahren, auch wenn es im Anwendungsbereich des freihändigen Verfahrens und des Einladungsverfahrens kaum durchsetzbar ist. Die Kantone dürfen daher keine Vorschriften erlassen, die erkennbar auf der Absicht beruhen, im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren einheimische Unternehmen zu bevorzugen.

Denkbar wäre allenfalls eine abgeschwächte Formulierung, die offen lässt, in welchen Fällen die Lehrlingsausbildung bei der Auswahl der Bewerber zu berücksichtigen ist. Das ist der Ausweg, auf den der Kanton Zürich verfallen ist, nachdem der Kantonsrat zunächst eine der Motion Peter Zinkernagel und Konsorten entsprechende Lösung favorisiert hatte: Nach § 5 seiner Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 sind „bei der Auswahl im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren ... nach Möglichkeit Anbietende zu berücksichtigen, die Lehrstellen in einem für die Branche und die Betriebsgrösse angemessenen Umfang anbieten.“ Damit kann die Anwendung des Kriteriums auf Fälle beschränkt werden, in denen es mit den Interessen der Beschaffungsstellen vereinbar ist.

## E. Die Beschäftigung Ausgesteuter und Behindter als Zuschlagskriterium

16. Nach der Motion Markus Lehmann und Konsorten sollen die Vergabebehörden beim Entscheid über den Zuschlag auch berücksichtigen, ob die sich um den Zuschlag bewerbenden Firmen Ausgesteuerte und Behinderte beschäftigen. Auch dieser Vorschlag wirft zahlreiche Fragen auf. Davon sind viele mit jenen vergleichbar, die das Kriterium der Lehrlingsausbildung aufwirft; einige kommen noch dazu. Soweit ersichtlich haben sich Lehre und Rechtsprechung bisher nicht mit der Frage befassen müssen, ob die Beschäftigung Ausgesteuter und Behindter ein zulässiges Zuschlagskriterium ist. Das lässt darauf schliessen, dass das Kriterium bisher keine praktische Bedeutung erlangt hat. Dafür gibt es eine Reihe von Gründen, auf die im Folgenden einzugehen ist.

### *Behinderte*

17. Die Forderung, die Beschäftigung Behindter zu honorieren, beruht auf teilweise unzutreffenden Tatsachenfeststellungen. Behindertenorganisationen legen Wert auf die Feststellung, dass es zahlreiche Behinderte gibt, die im Berufsleben ebenso viel oder unter Umständen sogar mehr leisten als nicht Behinderte. Es gibt auch Berufe, in denen sich gewisse Behinderungen nicht auswirken. Wenn sich Behinderungen auf die Erwerbsmöglichkeiten auswirken, werden die ökonomischen Folgen in der Regel durch die Invalidenversicherung und nicht durch die Arbeitgeber ausgeglichen. Die Invalidenversicherung kommt auch für die Kosten von Eingliederungsmassnahmen auf. Die Beschäftigung Behindter ist zwar verdienstvoll. Die in der Motion vertretene Meinung, dass „durch die Beschäftigung dieser Menschen zwangsläufig höhere Vollkosten entstehen“, ist jedoch unhaltbar. Es ist deshalb auch nicht einzusehen, warum die Beschäftigung Behindter unendifferenziert durch finanzielle Anreize der öffentlichen Hand gefördert werden soll.

18. Grundlegend anders verhält es sich mit den öffentlichen und gemeinnützigen privaten Werkstätten für die Dauerbeschäftigung von Invaliden. Sie haben keine Chancen, sich auf dem freien Markt zu behaupten. Daran könnte auch eine gesetzliche Verpflichtung, sie beim Entscheid über den Zuschlag zu bevorzugen, nichts ändern. Wie wir bereits in den Abschnitten über die Lehrlingsausbildung festgehalten haben, sind vergabefremde Zuschlagskriterien nur zulässig, wenn sie den Wettbewerb nicht verfälschen. Ihr Gewicht darf nicht so gross sein, dass sie die Wettbewerbsnachteile geschützter Werkstätten aufwiegen können. Die Beschaffungsgesetze - darunter auch das baselstädtische - enthalten deshalb eine andere Lösung dieses Problems: Das Recht der öffentlichen Beschaffungen ist auf Vergaben an Behindertenorganisationen und Wohltätigkeitseinreichungen überhaupt nicht anwendbar (§ 3 Abs. 2 des baselstädtischen Beschaffungsgesetzes).

19. Es bleiben die Unternehmen, denen durch die Beschäftigung von Behinderten tatsächlich höhere Betriebskosten entstehen. Sie könnten in öffentlichen Beschaffungsverfahren aus den gleichen sozialpolitischen Gründen bevorzugt werden wie Unternehmen, die Lehrlinge ausbilden. Ähnlich sind jedoch auch die Rechtsfragen, die dadurch aufgeworfen werden. Zusätzlich stellt sich die spezifische Rechtsfrage, ob das Kriterium mit dem Gleichheitsgebot vereinbar ist. Es ist naheliegend, dass grössere Betriebe eher Zusatzkosten für die Beschäftigung Behindter auf sich nehmen können als kleinere. Denkbar ist auch, dass nicht alle Betriebe, die Behinderte beschäftigen möchten, die dafür geeigneten Stellen mit Behinderten beset-

zen können, weil die Nachfrage zu klein ist. Damit stellt sich erneut die Frage, ob die Forderung nicht dem erklärten Ziel der Motion widerspricht, Wettbewerbsnachteile kleinerer und mittlerer Handwerksbetriebe zu beseitigen.

20. Eine Verpflichtung, die Beschäftigung Behindter als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen, würde schliesslich auf nicht zu unterschätzende praktische Schwierigkeiten stossen. Es gibt keine einfache Methode, mit der sich rasch und zweifelsfrei feststellen lässt, ob den an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen zusätzliche Betriebskosten für die Beschäftigung Behindter entstehen. Den meisten Beschaffungsstellen fehlt wohl auch das Fachwissen, das nötig ist, um dieser Frage nachzugehen. Gelehrte und Praktiker beklagen sich heute schon darüber, dass die Vergabeverfahren immer mehr verrechtlicht und damit immer komplizierter und fehleranfälliger werden. Das öffentliche Beschaffungsrecht sollte daher möglichst nicht mit zusätzlichen schwer praktikablen Vorschriften angereichert werden.

#### **Ausgesteuerte**

21. Die Forderung, die Beschäftigung Ausgesteuerte als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen, wirft zunächst die Frage auf, was darunter zu verstehen ist. Wenn ein Ausgesteuert eine feste Stelle in einem nicht gemeinnützigen Betrieb findet, ist er definitionsgemäss kein Ausgesteuert mehr. Spezielle Beschäftigungsprogramme für Arbeitslose und Ausgesteuerte dürfen nur „nicht gewinnorientierte Institutionen“ anbieten. Voraussetzung ist, dass die Programme die Privatwirtschaft nicht unmittelbar konkurrenzieren (Art. 64a Abs. 1 lit. a des Arbeitslosenversicherungsgesetzes). Es ist deshalb nicht möglich, dass sich ein Betrieb, der Ausgesteuerte beschäftigt, in Konkurrenz mit anderen Anbietern um öffentliche Aufträge bewirbt. Das schliesst auch aus, die Beschäftigung Ausgesteuerte in öffentlichen Beschaffungsverfahren zu honorieren.

22. Die Beschaffungsgesetze halten für Betriebe, die Beschäftigungsprogramme für Arbeitslose und Ausgesteuerte anbieten, die gleiche Lösung bereit wie für Behindertenorganisationen: Arbeitsmarktliche Massnahmen im Sinne des Arbeitslosenversicherungsgesetzes sind dem Recht der öffentlichen Beschaffungen gar nicht unterstellt (vgl. § 3 Abs. 2 des baselstädtischen Beschaffungsgesetzes).

23. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es keinen Anwendungsbereich für den Vorschlag gilt, die Beschäftigung Ausgesteuerte beim Entscheid über den Zu- schlag zu berücksichtigen.

#### **F. Stellungnahme des Regierungsrates**

24. Die Analyse zeigt, dass beide Motionen zahlreiche Fragen rechtlicher und praktischer Art aufwerfen. So wie sie formuliert sind, kann ihnen nicht entsprochen werden. Der Regierungsrat ist jedoch bereit, den Forderungen der Motionäre nach einer angemessenen Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung zu entsprechen, so weit es rechtlich möglich ist.

25. Denkbar wäre zunächst eine Lösung nach dem Vorbild des Kantons Zürich.

Danach sind „bei der Auswahl im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren ... nach Möglichkeit Anbietende zu berücksichtigen, die Lehrstellen in einem für die Branche und die Betriebsgrösse angemessenen Umfang anbieten.“ (§ 5 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003). Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass sich diese Lösung zum Nachteil Betriebe im Kanton Basel-Stadt auswirken könnte, die wegen ihres Angebots oder wegen ihrer Grösse keine Lehrlinge ausbilden können.

26. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der Zahl der beschäftigten Lehrlinge beim Entscheid über den Zuschlag wäre möglich:

- a) zur Auswahl zwischen gleichwertigen Angeboten;
- b) in Beschaffungsverfahren des Kantons;
- c) ausserhalb des Staatsvertragsbereichs;
- d) wenn die Lehrlingsausbildung im öffentlichen Interesse des Kantons liegt.

Da eine Bestimmung mit diesem Inhalt schwierige Auslegungsfragen stellt, müsste sie entweder vereinfacht oder durch Vollzugshilfen wie Wegleitung oder Verordnungsrecht ergänzt werden.

27. Die Forderung der Motion Markus Lehmann und Konsorten, beim Entscheid über den Zuschlag auch zu berücksichtigen, ob ein Betrieb Behinderte oder Arbeitslose beschäftigt, muss der Regierungsrat aus den dargelegten Gründen ablehnen. Er ist jedoch weiterhin bereit, Behindertenorganisationen und Arbeitsbeschaffungsprogramme gestützt auf § 3 Abs. 2 des Beschaffungsgesetzes durch direkte, nicht dem öffentlichen Vergaberecht unterstellte Aufträge zu unterstützen.

28. Da beiden Motionen weder wörtlich noch sinngemäss entsprochen werden kann, sollte sie der Grossen Rat dem Regierungsrat gestützt auf § 27a der Ausführungsbestimmungen zum Geschäftsordnungsgesetz als Anzüge überweisen.

Demgemäss *beantragen* wir dem Grossen Rat, die Motionen Peter Zinkernagel und Konsorten und Markus Lehmann und Konsorten dem Regierungsrat als Anzüge zu überweisen.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Der Präsident

Der Staatsschreiber

Jörg Schild

Dr. Robert Heuss