

Beschaffungskonferenz des Bundes BKB
Fellerstrasse 21
3003 Bern

15. November 2021 (finale Version)

Gutachten «Beschaffungsrechtliche Sanktionsliste»

Inhalt

I.	Ausgangslage und Fragestellungen	3
II.	Begriff der «Auftraggeberin»	6
1.	Allgemeine Begriffsfunktionen im Beschaffungsrecht	6
a.	Geltungsbereich: «Auftraggeberin» als Behörde	6
b.	Verfahrenswahl: «Auftraggeberin» als Bedarfsstelle	7
c.	Verfahrensführung: «Auftraggeberin» als Beschaffungsstelle	9
2.	Spezifische Begriffsfunktion im Bereich der Sanktionen	10
a.	Die Auftraggeberin als sanktionierende Behörde (Sanktionskompetenz)	11
b.	Die Auftraggeberin als sanktionsgebundene Behörde (Sanktionswirkung)	14
c.	Die Auftraggeberin als auskunftsberechtigte Behörde (Sanktionsmitteilung)	15
3.	Zusammenfassung	16
III.	Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen	17
1.	Datenschutzrechtliche Einordnung der Sanktionsliste	17
2.	Mitteilung der sanktionierenden Auftraggeberin an die BKB	19
3.	Rechte und Pflichten im Eintragungsverfahren	21

4.	Fristen	24
5.	Korrekturen	26
6.	Handlungsformen	27
IV.	Bekanntgabe von Daten aus der Liste der sanktionierten Anbieterinnen	27
1.	Bekanntgabe an Auftraggeberinnen des Bundes	28
a.	Adressaten der Bekanntgabe.....	28
b.	Gegenstand der Bekanntgabe	29
c.	Modalitäten der Bekanntgabe	36
2.	Bekanntgabe an sanktionierte Anbieterinnen.....	36
3.	Rechtsnatur der Bekanntgabe.....	39
V.	Austausch von Informationen mit den Kantonen	39
1.	Adressaten, Gegenstand und Modalitäten des Informationsaustausches	40
a.	Adressaten der Informationspflicht.....	40
b.	Gegenstand des Informationsaustausches.....	40
c.	Modalitäten des Informationsaustausches.....	43
2.	Bearbeitung der Daten des InöB	43
3.	Bekanntgabe von Daten des InöB durch die BKB	44
VI.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	45
	Abkürzungen.....	49
	Literatur	51

I. Ausgangslage und Fragestellungen

- 1 Das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB) sieht in Art. 45 neu vor, dass Anbieterinnen, die gegen bestimmte Pflichten verstossen haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren keine öffentlichen Aufträge mehr erhalten dürfen. Die ebenfalls totalrevidierte Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Februar 2020 (VöB) beauftragt in Art. 25 die BKB mit der Aufgabe, **eine Liste der sanktionierten Anbieterinnen** zu führen.
- 2 Die Beschaffungskonferenz des Bundes BKB unterbreitete den Professoren Nicolas Diebold¹ und Bernhard Rütsche² vom Institut für Wirtschaft und Regulierung der Universität Luzern am 9. Juli 2021 den **Auftrag**, verschiedene Fragestellungen im Zusammenhang mit der «Liste der sanktionierten Anbieterinnen» gemäss Art. 45 Abs. 3 BöB in Form eines Rechtsgutachtens zu beantworten.
- 3 Mit Blick auf die Führung der Liste der sanktionierten Anbieterinnen stellen sich für die Auftraggeberin die folgenden **Fragen**:

1. Begriff der Auftraggeberin

a. Im Zusammenhang mit dem Aussprechen der Sanktion

- Wie ist der Begriff «Auftraggeberin» im Sinne von Art. 45 Abs. 1 Satz 1 BöB auszulegen? Welche Auftraggeberinnen können eine Sperre aussprechen (z.B. BBL handelnd für die Eidgenossenschaft? Oder die Bedarfsstelle)?

b. Im Zusammenhang mit der Meldung der Sanktion

- Wie ist der Begriff «Auftraggeberin» im Sinne von Art. 45 Abs. 3 BöB auszulegen? Als Beschaffungsstelle oder Bedarfsstelle, alle Einheiten mit Rechtspersönlichkeit oder auch solche ohne? Wie steht Art. 45 Abs. 3 BöB im Verhältnis zur Begriffsdefinition in Art. 4 Abs. 1 lit. a BöB (s. Definition in Botschaft BöB, S. 1965)?

c. Im Zusammenhang mit der Wirkung der Sanktion

- Wie ist der Begriff «Auftraggeberin» im Sinne von Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB auszulegen? Gilt z.B. eine durch das BBL ausgesprochene Sperre (wegen einem anderen Grund als Korruption) auch für andere Einheiten der Bundesverwaltung?

2. Eintragung von Unternehmen in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen

a. Mitteilung der sanktionierenden Auftraggeberin an die BKB

- Wie erfolgt die Mitteilung der Eintragung der sanktionierenden Auftraggeberin an die BKB? Welche datenschutzrechtlichen Anforderungen sind zu beachten?

¹ Professor für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht, Mitglied der Wettbewerbskommission. Der Autor vertritt seine persönliche Auffassung. Die WEKO ist in keiner Weise an die rechtliche Analyse des vorliegenden Gutachtens gebunden.

² Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie.

b. Rechte und Pflichten im Eintragungsverfahren

- Was sind die Rechte und Pflichten der sanktionierenden Auftraggeberin, der sanktionierten Anbieterin und der BKB bei der Eintragung einer Sanktion in der Liste der sanktionierten Anbieterinnen? Wer muss von wem worüber informiert werden (z.B. die sanktionierte Anbieterin von der Auftraggeberin, dass sie die Listeneintragung ausgelöst hat; oder die BKB, obwohl diese nur umsetzt und keine Verfügung erlässt? (s. zu Verfügung auch 2.e)

c. Fristen

- Die Rechtsgrundlagen und Erläuterungen enthalten keine Regelung hinsichtlich Fristen. Welche Fristen gelten für die Meldung an die BKB und für die Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen?

d. Korrekturen

- Wie erfolgen Korrekturen von Fehleinträgen (z.B. aufgrund Versehen, falscher Angaben oder nicht rechtskräftiger Sanktionsverfügungen)?

e. Handlungsformen

- Welche Handlungen im Zusammenhang mit der Listenführung (insb. Eintrag in die Liste, Korrekturen, Streichung von der Liste) sind anfechtbare Verfügungen, welche Realakte? (vgl. dazu insbesondere auch Botschaft S. 1966, zweiter Abschnitt, letzter Satz zu Art. 45 Abs. 3 BöB)

3. Einsicht in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen

Im Rahmen der Beantwortung der Fragestellungen im Themenbereich 3 sind insbesondere auch die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.

a. Auskunftsberechtigung

- Wer ist konkret berechtigt, Auskunft über die Eintragung einer Anbieterin in der Sanktionsliste zu erhalten? An wen konkret darf / muss Auskunft erteilt werden? Kann das Recht auf Auskunftserteilung auf gewisse Funktionen / Personen eingeschränkt werden? Nach welchen Kriterien?

b. Auskunftsvoraussetzungen

- Ist die Auskunft an gewisse Voraussetzungen geknüpft? Falls ja, welche? Muss die BKB sicherstellen oder sichere Kenntnis haben, dass die Abfrage effektiv eine Anbieterin in einem laufenden Beschaffungsverfahren der anfragenden Auftraggeberin betrifft (und nicht irgendeine Firma)? Muss die Auftraggeberin einen Bezug zu einem Ausschlussgrund in einer laufenden Ausschreibung nachweisen?
- Unterliegt die BKB einer Auskunftspflicht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, oder verfügt sie über einen Ermessensspielraum? Darf die Auskunft verweigert werden? Nach welchen Kriterien?

c. Inhalt der Auskunft

- Welche Informationen aus der Sanktionsliste gibt die BKB der gesuchstellenden Auftraggeberin bekannt?
- Sind die von der BKB erteilten Auskünfte über den Inhalt der Sanktionsliste vertraulich?

d. Rechtsnatur der Auskunft

- Was ist die Rechtsnatur einer Auskunftserteilung der BKB an eine Auftraggeberin des Bundes über Einträge in der Sanktionsliste der BKB?
- Was ist die Rechtsnatur einer Auskunftserteilung der BKB an eine betroffene Anbieterin und an ein betroffenes Subunternehmen über Einträge in der Sanktionsliste der BKB?

4. Austausch von Informationen zwischen BKB und InöB

a. Umfang der Informationspflicht

- Welche Informationen müssen sich die BKB und die InöB konkret gegenseitig mitteilen?
- Stellen die durch kantonale Auftraggeberinnen verhängten Verwarnungen und Bus- sen Sanktionen im Sinn von Art. 45 BöB dar, die der BKB gemeldet werden müssen?

b. Inhalt der Meldungen

- Erfolgt die Information nach Art. 45 Abs. 3, Satz 5 BöB über einen gegenseitigen Zugang zu den Sanktionslisten oder werden nur Einzeldaten mitgeteilt (vgl. VöB / Erläuterungen)? Wie erfolgt die Information an das InöB, dass eine Änderung auf der Sanktionsliste vorgenommen wurde?
- In welcher Form erfolgt der Austausch der Informationen (elektronisch verschlüsselt oder physisch)?

c. Bearbeitung der Informationen durch die BKB

- Was geschieht mit den Meldungen des InöB betreffend kantonale Sanktionen? Welches sind die Anforderungen an deren Bearbeitung und Archivierung?

d. Auskunft über Informationen zu den InöB-Sanktionen

- Wie ist mit Einsichtsgesuchen an die BKB betreffend die Liste der Kantone vorzugehen? Ist die Auskunft durch die BKB zu erteilen (auf Nachfrage beim InöB) oder werden die Anfragen von Amtes wegen an die zuständigen Stellen (InöB) weitergeleitet?
- Was ist die Rechtsnatur einer Auskunftserteilung der BKB an eine Auftraggeberin des Bundes über eine in einem Kanton sanktionierte Anbieterin, die auf der InöB-Liste aufgeführt ist?
- Darf die BKB darauf vertrauen, dass die Liste des InöB und die darin enthaltenen Daten korrekt sind? Staatshaftungsrechtliche Risiken und Folgen, wenn die Listeneintragung des InöB nicht stimmt (v.a. bei kant. Sanktionen wegen Korruptionsdelikten, die für alle Auftraggeberinnen gelten)?

- 4 Die **Struktur des Gutachtens** folgt im Wesentlichen den vorgenannten Fragestellungen. Am Ende der einzelnen Kapitel wird jeweils ein Zwischenfazit gezogen. Am Schluss folgt eine zusammenfassende Wiedergabe der Ergebnisse des gesamten Gutachtens.

II. Begriff der «Auftraggeberin»

- 5 Gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 1 BöB liegt es in der **Sanktionskompetenz** der «Auftraggeberin» oder der «nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörde», eine fehlbare Anbieterin von künftigen öffentlichen Aufträgen für eine Dauer von bis zu fünf Jahren auszuschliessen. Die **Sanktionswirkung** der Auftragsperre ist grundsätzlich auf zukünftige Aufträge der «betroffenen Auftraggeberin» beschränkt (Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB). Mit anderen Worten kann sich die sanktionierte Anbieterin weiterhin auf öffentliche Aufträge von «anderen Auftraggeberinnen» des Bundes bewerben. Nur wenn die Auftragsperre gestützt auf den Tatbestand der Korruption gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. e BöB ausgesprochen wird, wirkt der Ausschluss «für alle Auftraggeberinnen des Bundes».
- 6 Mit Blick auf die Sanktionskompetenz und die Sanktionswirkung stellt sich die Frage, welche Organisationseinheiten als «Auftraggeberinnen» im Sinne von Art. 45 Abs. 1 BöB gelten. Zur Beantwortung dieser Frage ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, welche Funktion der Begriff der Auftraggeberin im Beschaffungsrecht allgemein erfüllt (Kap. II.1). Gestützt auf diese Auslegeordnung ist einem zweiten Schritt zu prüfen, welche Funktion dem Begriff im Bereich der beschaffungsrechtlichen Sanktionen zukommt und wie der Begriff in diesem Kontext auszulegen ist (Kap. II.2). Das Zwischenfazit in Kap. II.3 fasst die Ergebnisse zusammen.

1. Allgemeine Begriffsfunktionen im Beschaffungsrecht

- 7 Der Begriff der «Auftraggeberin» nimmt im öffentlichen Beschaffungsrecht eine **zentrale Rolle** ein. Sowohl der subjektive Geltungsbereich des BöB (Kap. II.1.a.) als auch die Wahl des Vergabeverfahrens (Kap. II.1.b.) und alle mit dem Vergabeverfahren verbundenen Pflichten der Behörde (Kap. II.1.c.) knüpfen an diesem Begriff an.
- 8 Die **Legaldefinition** in Art. 3 BöB definiert zwar den Begriff der «Anbieterin», nicht aber denjenigen der «Auftraggeberin». Somit ist zu untersuchen, ob der Begriff der Auftraggeberin in organisatorischer Hinsicht im gesamten Beschaffungsrecht einheitlich auszulegen ist, oder ob je nach Verwendung und Kontext des Begriffs unterschiedliche Organisationseinheiten bzw. Gruppen von Organisationseinheiten als Auftraggeberinnen gelten können.

a. Geltungsbereich: «Auftraggeberin» als Behörde

- 9 Als beschaffungsrechtliche «Auftraggeberinnen» gelten alle dem BöB **unterstellten Subjekte** im Sinne von Art. 4 BöB. Gemäss der Positivliste in Art. 4 BöB (vgl. auch Annex I in Anhang 1 zum GPA) zählen dazu alle Verwaltungseinheiten der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung (gemäss Verweis auf Art. 2 RVOG und Anhänge 1 und 2 der RVOV), die eidgenössischen Gerichte, die Bundesanwaltschaft sowie öffentliche und private Unternehmen im Bereich der gemäss Art. 4 Abs. 2 BöB unterstellten Sektoren.
- 10 Der Zweck des Auftraggeberbegriffs nach Art. 4 BöB besteht darin, die beiden Bereiche «Staat und Privat» in organisatorischer und sektorieller Hinsicht gegenseitig abzugrenzen und den **subjektiven Geltungsbereich** des Beschaffungsrechts zu bestimmen. Dabei handelt es sich um das Gegenstück zur funktionalen Abgrenzung zwischen den Bereichen «staatliche Aufgaben und private Tätigkeiten», welche nach der Konzeption des BöB primär auf der Ebene des sachlichen Geltungsbereichs getroffen wird (vgl. die Definition des öffentlichen Auftrags nach Art. 8

BöB). Der Auftraggeberbegriff nach Art. 4 BöB grenzt somit – wie auch der verwaltungsverfahrensrechtliche Begriff der «Behörde» nach Art. 1 Abs. 2 VwVG – den Geltungsbereich des Verwaltungsverfahrens ab. Das BöB hat jedoch einen gegenüber dem VwVG eigenständigen subjektiven Geltungsbereich, erklärt aber das VwVG in Art. 55 BöB allgemein auf Vergabeverfahren anwendbar.

- 11 Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die gemäss der Liste in Art. 4 BöB subjektiv dem Beschaffungsrecht unterstellten Organisationseinheiten grundsätzlich staatliche Aufgaben erfüllen und – im Unterschied zu privaten Subjekten – keine Leistungen auf dem Markt und im Wettbewerb erbringen und keinen Gewinn erwirtschaften. Aufgrund der nicht vorhandenen Gewinnabsicht, des fehlenden Wettbewerbs und des reduzierten Kostendrucks besteht das Risiko, dass **staatliche Beschaffungsentscheide** nicht nach wirtschaftlichen, sondern nach politischen Kriterien getroffen werden.
- 12 Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass der Auftraggeberbegriff nach Art. 4 BöB einer **abstrakten Definition** folgt. Zur Bestimmung des subjektiven Geltungsbereichs des Beschaffungsrechts ist es nicht notwendig, den Begriff der Auftraggeberin näher zu konkretisieren und auf einzelne Organisationseinheiten herunterzubrechen. Der Verweis in Art. 4 Abs. 1 BöB auf die Positivliste der Anhänge 1 und 2 zur RVOV wie auch die Orientierung von Annex I zu Anhang 1 des GPA an dieser Positivliste haben rein praktische Gründe und bedeuten nicht zwingend, dass die auf der Liste genannten Einheiten deckungsgleich sind mit den Einheiten, die eine Leistung benötigen und das entsprechende Beschaffungsverfahren durchführen (Bedarfs- und Beschaffungsstellen, vgl. Rz. 14 ff., 23 ff.). Diese Auffassung wird auch dadurch gestützt, dass die Liste in Annex I zu Anhang 1 des GPA nicht abschliessend ist (Botschaft revBöB, BBl 2017 1851, 1888) und dass die neue IVöB 2019 auf Ebene der Kantone und Gemeinden gänzlich auf eine Positivliste verzichtet. Auf kantonaler Ebene umschreiben Annex II zu Anhang 1 des GPA und Art. 4 IVöB 2019 den Begriff des Auftraggebers zum Zwecke der Abgrenzung des subjektiven Geltungsbereichs rein generell-abstrakt als «staatliche Behörde sowie zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten [...] auf Kantons-, Bezirks und Gemeindeebene».
- 13 **Zusammenfassend** ist festzuhalten, dass für die Abgrenzung des subjektiven Geltungsbereichs keine Notwendigkeit besteht, die Organisationseinheiten innerhalb der dem Beschaffungsrecht unterstellten Staatssphäre individuell zu bezeichnen. Entsprechend lassen sich unter den allgemein gefassten Begriff der Auftraggeberin nach Art. 4 BöB eine Vielzahl unterschiedlicher Organisationseinheiten subsumieren.

b. Verfahrenswahl: «Auftraggeberin» als Bedarfsstelle

- 14 Das Beschaffungsrecht schreibt vor, nach welchem Vergabeverfahren öffentliche Aufträge an die Anbieterinnen erteilt werden müssen. Die **Wahl des Verfahrens** richtet sich in erster Linie nach dem Auftragswert (Art. 16 Abs. 1 BöB). Die «Auftraggeberin» bestimmt ihren Bedarf und schätzt gestützt auf die Bedarfsermittlung den voraussichtlichen Auftragswert (Art. 15 Abs. 1 BöB). Je nach Auftragswert ist der öffentliche Auftrag in einem Ausschreibungs-, Einladungs- oder Freihandverfahren zu vergeben.
- 15 Mit Blick auf die Wahl des Vergabeverfahrens ist folglich der Auftragswert entscheidend. Der Auftragswert hängt wiederum davon ab, für welche und wie viele Organisationseinheiten eine Bauleistung, ein Produkt oder eine Dienstleistung beschafft wird. So variiert der Umfang eines

Auftrags erheblich, ob z.B. Druckerpapier für die gesamte Bundesverwaltung, ein Departement oder ein einzelnes Bundesamt eingekauft wird. Um den Auftragswert und damit das anwendbare Vergabeverfahren zu bestimmen, muss im Zusammenhang mit Art. 15 BöB festgelegt werden, welche einzelnen Verwaltungs- und Organisationseinheiten «Bedarf» nach der zu beschaffenden Leistung haben und damit als «Auftraggeberinnen» gelten. Die Einheiten, die als Auftraggeberinnen im Sinne von Art. 15 BöB gelten, lassen sich entsprechend mit dem in der Org-VöB verwendeten Begriff der «**Bedarfsstellen**» bezeichnen. Die Bedarfsstelle ist demnach die Auftraggeberin, welche die zu beschaffende Leistung benötigt und die Ausführung und Erfüllung des Vertrags durch die Zuschlagsempfängerin überwacht.

- 16 Somit stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien der Begriff der Auftraggeberin in Art. 15 Abs. 1 BöB – d.h. die Bedarfsstelle – zu bestimmen ist. Nach einer **grammatikalischen Auslegung** wäre es auf den ersten Blick naheliegend, die gleich lautenden Begriffe der «Auftraggeberin» im Sinne von Art. 15 Abs. 1 BöB (Bedarfsermittlung) und Art. 4 BöB (Geltungsbereich) identisch auszulegen. Daraus würde folgen, dass die in Art. 4 BöB und Anhang 1 und 2 zur RVOV bezeichneten Organisationseinheiten je als Auftraggeberin und Bedarfsstelle gemäss Art. 15 BöB zu qualifizieren sind. Entsprechend müsste etwa das Bundesamt für Strassen ASTRA als positiv benannte Organisationseinheit in Anhang 1 zur RVOV den Bedarf z.B. an Reinigungsdienstleistungen sämtlicher Filialen in Thun, Estavayer, Bellinzona u.a. gesamthaft berechnen. Folglich könnte die Situation eintreten, dass verschiedene geografisch nicht zusammenhängende Kleinaufträge einer Ausschreibungspflicht unterstehen, obschon die Ausschreibung der einzelnen Aufträge aufgrund des geringen Auftragswerts unverhältnismässig wäre. Umgekehrt kann der Bedarf nach bestimmten Leistungen, z.B. Software-Lizenzen, mehrere Verwaltungseinheiten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BöB umfassen. Diese Beispiele machen deutlich, dass die Auftraggeberin als Bedarfsstelle in begründeten Fällen enger oder auch weiter zu fassen ist als die Auftraggeberin im Sinne des subjektiven Geltungsbereichs des Gesetzes.
- 17 Gemäss einer **teleologischen Auslegung** ist die Auftraggeberin im Sinne der Bedarfsstelle in erster Linie nach wirtschaftlichen Kriterien zu definieren. Das bedeutet, dass die Bedarfsstellen so weit zu fassen sind, als eine Bedarfsbündelung wirtschaftlich Sinn ergibt. Neben den wirtschaftlichen Kriterien können auch verwaltungsorganisatorische Aspekte berücksichtigt werden, wie etwa die Zuteilung von Beschaffungs- und Ausgabekompetenzen innerhalb der Verwaltungsorganisation. Letztlich gilt es bei der Definition der Bedarfsstelle auch die Prinzipien von Treu und Glauben sowie das beschaffungsrechtliche Zerstückelungsverbot zu beachten. Die Festlegung der Bedarfsstellen darf nicht den Zweck verfolgen, den Auftragswert ohne sachlichen Grund tief zu halten und eine Ausschreibungspflicht zu umgehen.
- 18 Der **Verordnungsgeber** definiert in Art. 3 Org-VöB den Begriff der «Bedarfsstelle» als Organisationseinheit, die Güter und Dienstleistungen zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Die Org-VöB regelt die Zuständigkeiten im öffentlichen Beschaffungswesen der Bundesverwaltung und trifft zu diesem Zweck innerhalb des gesetzlichen Auftraggeberbegriffs eine Unterscheidung zwischen «Bedarfsstellen» und «Beschaffungsstellen». Indirekt geht somit auch aus der Definition der Bedarfsstelle in Art. 3 Org-VöB hervor, dass die nach Art. 4 BöB und RVOV subjektiv unterstellten Auftraggeberinnen nicht tel quel als Auftraggeberinnen im Sinne der Bedarfsstellen nach Art. 15 BöB gelten können.

- 19 Auch ein Blick in das **kantonale Beschaffungsrecht** zeigt, dass die Begriffe der Auftraggeberin in Art. 4 IVöB 2019 (Geltungsbereich) und Art. 15 IVöB 2019 (Bedarfsstelle) nicht identisch gefasst werden können. Mangels einer konkreten Positivliste hätte eine einheitliche Begriffsbestimmung zur Folge, dass der Auftragswert anhand des Bedarfs der gesamten Kantonsverwaltung ermittelt werden müsste und die dezentrale Beschaffung erheblich erschwert würde. Das geltende Beschaffungsrecht der Kantone sieht deshalb teilweise vor, dass der Auftragswert nach dem Bedarf einer Organisationseinheit eines Gemeinwesens zu berechnen ist, sofern die fragliche Einheit selbständig Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauten beschafft (vgl. z.B. § 2 Abs. 2 öBV-LU).
- 20 In **rechtsvergleichender** Hinsicht ist festzustellen, dass auch das Beschaffungsrecht der EU von einem engen Begriff der Bedarfsstelle ausgeht. Gemäss der Regelung in Art. 5 Abs. 2 EU-Vergaberichtlinie können die Auftragswerte auf der Ebene der betreffenden Einheit geschätzt werden, wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist.
- 21 Die EU-Vergaberichtlinie illustriert diese Regelung in Erwägungsgrund 20 mit folgenden Beispielen: «So könnte es beispielsweise gerechtfertigt sein, die Auftragswerte auf der Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit des öffentlichen Auftraggebers, etwa Schulen oder Kindergärten, zu schätzen, sofern die betreffende Einheit unabhängig für ihre Beschaffungsmaßnahmen zuständig ist. Hiervon kann ausgegangen werden, wenn die eigenständige Organisationseinheit unabhängig Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchführt und die Kaufentscheidungen trifft, wenn sie über eine getrennte Haushaltslinie für die betreffenden Auftragsvergaben verfügt, die Aufträge unabhängig vergibt und diese aus ihr zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln finanziert. Eine Aufteilung in Unterteilungen ist nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auftragsvergabe dezentral durchführt.»
- 22 **Zusammenfassend** ist festzuhalten, dass der Begriff der Auftraggeberin nach Art. 15 BöB einer konkreten Definition bedarf. Der Auftragswert kann nur dann ermittelt werden, wenn innerhalb der dem Beschaffungsrecht unterstellten Staatssphäre konkrete Organisationseinheiten als Auftraggeberin bzw. Bedarfsstelle bezeichnet werden. In erster Linie muss die Auftraggeberin nach wirtschaftlichen Kriterien ermittelt werden, damit Verfahrensaufwand und Einsparungspotential in einem angemessenen Verhältnis stehen. Daraus folgt u.a., dass die Begriffe der Auftraggeberin nach Art. 15 BöB und nach Art. 4 BöB unterschiedliche Funktionen erfüllen und mit Bezug auf den Detaillierungsgrad nicht deckungsgleich sind.

c. Verfahrensführung: «Auftraggeberin» als Beschaffungsstelle

- 23 Sämtliche Pflichten im Zusammenhang mit dem beschaffungsrechtlichen Vergabeverfahren richten sich an die «Auftraggeberin». Die Auftraggeberin führt das Vergabeverfahren, prüft die Angebote und wertet diese aus, erteilt den Zuschlag und ist Partei in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren. Die Auftraggeberin hat gegenüber den Anbieterinnen Verfügungskompetenz. Hinsichtlich ihrer verfahrensrechtlichen Pflichten lässt sich die Auftraggeberin als **«Beschaffungsstelle»** bezeichnen. Das BöB lässt wiederum offen, welche Einheiten innerhalb der beschaffungsrechtlich unterstellten Subjekte im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren als Beschaffungsstelle gelten. Somit ist mittels Auslegung zu bestimmen, welche Organisationseinheiten innerhalb der subjektiv unterstellten Staatssphäre als Beschaffungsstellen agieren können.

- 24 Vorab ist festzuhalten, dass **Bedarfsstelle und Beschaffungsstelle nicht identisch** sein müssen, obschon der Gesetzgeber innerhalb des Auftraggeberbegriffs keine Differenzierung vornimmt. Erst die Org-VöB trifft diese Unterscheidung, indem sie in Art. 3 festhält, dass die Bedarfsstelle die eingekauften Güter und Dienstleistungen zur Erfüllung ihrer Aufgaben *benötigt*, während die Beschaffungsstelle die Güter und Dienstleistungen *beschafft*. Bedarfs- und Beschaffungsstelle fallen dann auseinander, wenn Güter und Dienstleistungen zentral beschafft werden (Art. 9 ff. Org-VöB). Bei der zentralen Beschaffung ist der Auftragswert für eine bestimmte Leistung nach Massgabe des Gesamtwerts des angemeldeten Bedarfs sämtlicher Bedarfsstellen zu bemessen, weshalb die zentrale Beschaffungsstelle auch als Auftraggeberin im Sinne von Art. 15 BöB gilt.
- 25 Zu bedenken ist, dass eine Bedarfsstelle auch ein privates Unternehmen mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragen kann. Eine **private Beschaffungsstelle** gilt jedoch nicht als Auftraggeberin im Sinne des BöB. Die Bedarfsstelle kann ihre beschaffungsrechtlichen Pflichten und Verantwortlichkeiten nicht an eine private Stelle delegieren. Wenn also ein Vergabeverfahren durch ein privates Unternehmen geführt wird, so gilt weiterhin die Bedarfsstelle als Auftraggeberin im Sinne des BöB.
- 26 **Zusammenfassend** ist festzuhalten, dass als Auftraggeberin im Sinne der Beschaffungsstelle eine konkrete Organisationseinheit innerhalb der beschaffungsrechtlich unterstellten Staats-sphäre gilt, die für die Durchführung des Vergabeverfahrens verantwortlich zeichnet. Die Bedarfsstelle kann gleichzeitig als Beschaffungsstelle agieren, sie kann aber die Durchführung des Vergabeverfahrens auch an eine andere Beschaffungsstelle übertragen.

2. Spezifische Begriffsfunktion im Bereich der Sanktionen

- 27 Die Sanktionsbestimmung gemäss Art. 45 BöB greift mehrfach auf den Auftraggeberbegriff zurück. Erstens ist es die «Auftraggeberin oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde», welche gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 1 BöB über die Kompetenz verfügt, eine Anbieterin mit einer Sanktion zu belegen und die gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB den Ausschluss der BKB melden muss (dazu Kap. II.2.a.). Zweitens sieht das Gesetz in Art. 45 Abs. 1 Satz 3 vor, dass eine zukünftige Auftragsperre nur «für die betroffene Auftraggeberin» wirkt. Nur Auftrags-sperren, die gestützt auf den Tatbestand der Korruption ausgesprochen werden, wirken für alle «Auftraggeberinnen des Bundes» (dazu Kap. II.2.b.). Schliesslich hat die «Auftraggeberin» gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 3 BöB das Recht, Auskunft über den Inhalt der nicht öffentlichen Liste der sanktionierten Anbieterinnen zu erhalten (dazu Kap. II.2.c.).
- 28 Mit Blick auf die Auslegeordnung der Begriffsbestimmung im vorangehenden Kap. II.1 stellt sich somit die Frage, ob der jeweilige Auftraggeberbegriff in Art. 45 BöB auf die unterstellten Behörden, auf die Bedarfsstelle, auf die Beschaffungsstelle oder gar eine andere Gruppe von Subjekten Bezug nimmt. Zu untersuchen ist auch, ob der Auftraggeberbegriff innerhalb von Art. 45 BöB einheitlich oder differenziert zu verstehen ist. Weder das Gesetz noch die Verordnung enthalten zu diesen Fragen eine Antwort, weshalb die Begrifflichkeiten wiederum mittels Auslegung zu bestimmen sind.

a. Die Auftraggeberin als sanktionierende Behörde (Sanktionskompetenz)

- 29 Das revidierte Beschaffungsrecht stellt den Auftraggeberinnen in Art. 44 und Art. 45 BöB verschiedene **Vollzugsinstrumente** zur Verfügung. Die Auftraggeberin kann eine Anbieterin, die gegen bestimmte Pflichten inner- und ausserhalb des Beschaffungsrechts verstossen hat, vom Ausschreibungsverfahren ausschliessen (Art. 44 BöB) und ggf. sanktionieren (Art. 45 BöB):
- Der **Ausschluss** nach Art. 44 BöB dient dem Zweck, den rechtmässigen Zustand während eines laufenden Vergabeverfahrens zu gewährleisten. Der Zuschlag soll nicht an eine Anbieterin gehen, die im laufenden Vergabeverfahren eine Pflichtverletzung begangen hat. Entsprechend ist der Ausschluss als *Verwaltungsmassnahme mit restitutorischem Charakter* zu qualifizieren. Dies bedeutet auch, dass grundsätzlich nur Rechtsverletzungen, die einen direkten Zusammenhang zum konkreten Vergabeverfahren aufweisen, als Ausschlussgrund nach Art. 44 BöB in Frage kommen.
 - Demgegenüber handelt es sich bei der **Vergabesperre** nach Art. 45 BöB um eine *Verwaltungssanktion mit repressivem Charakter*, die in erster Linie eine präventive Zielsetzung verfolgt (zur dogmatischen Einordnung von Art. 44 und 45 BöB eingehend DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, Rz. 11 ff.; zur Unterscheidung von Verwaltungsmassnahmen und Verwaltungssanktionen grundsätzlich DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER, S. 49).
- 30 Mit Blick auf die gutachterliche Fragestellung ist vorliegend der Fokus auf die Sanktionsbestimmung gemäss Art. 45 BöB zu legen. Gemäss den **Tatbeständen** in Art. 45 Abs. 1 BöB können Anbieterinnen von der Auftraggeberin sanktioniert werden, wenn sie (i) wegen einem Vergehen zum Nachteil der Auftraggeberin oder einem Verbrechen verurteilt worden sind, (ii) die Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzen, (iii) unzulässige Wettbewerbsabreden treffen, (iv) Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit, Vertraulichkeit oder Umweltschutzbestimmungen missachten oder (v) die Melde- und Bewilligungspflichten nach BGSA verletzen.
- 31 Die Sanktionstatbestände sind sehr offen formuliert und deshalb stark auslegebedürftig. Bis anhin besteht dazu weder Rechtsprechung noch eine etablierte Verwaltungspraxis. Die Auslegung und Konkretisierung der Sanktionstatbestände bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Zur Bestimmung der Sanktionskompetenz (und des Rechts auf Konsultation des Registers, dazu Kap. IV.1.b.) ist aber an dieser Stelle immerhin festzuhalten, dass nach Auffassung der Gutachter eine beschaffungsrechtliche Sanktionierung gemäss Art. 45 BöB einen **direkten Zusammenhang** zwischen dem Sanktionstatbestand und der öffentlichen Beschaffung voraussetzt. Mit anderen Worten kann etwa die Auftraggeberin eine Anbieterin nur dann wegen Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen von einem Verfahren ausschliessen (Art. 44 BöB) und gegebenenfalls sanktionieren (Art. 45 BöB), wenn die Verletzung im Zusammenhang mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags steht. Die Verweigerung des Zugangs zu öffentlichen Aufträgen dient nicht dem Zweck, den Verstoss gegen generelle rechtliche Pflichten ausserhalb des öffentlichen Beschaffungswesens zu sanktionieren bzw. deren Einhaltung generell zu gewährleisten.
- 32 Dieses Ergebnis lässt sich auch per Analogie aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Subventionsrecht herleiten, wonach die Kürzung oder Verweigerung einer Subvention einen Konnex zwischen dem Fehlverhalten und der Subvention voraussetzt. So ist es etwa zulässig, einem Landwirt, der wegen mehrfacher Übertretungen des Tierschutzgesetzes rechtskräftig verurteilt

worden ist, Direktzahlungen zu kürzen, die direkt an die Einhaltung von Tierschutzvorschriften geknüpft sind (wie z.B. RGVE-Beiträge). Hingegen ist es (mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage) unzulässig, dem betroffenen Landwirt Direktzahlungen wie Flächenbeiträge zu verweigern, die für die blossе Bewirtschaftung von Flächen und unabhängig von einer Tierhaltung ausgerichtet werden (BGE 137 II 366 E. 3).

- 33 Mit Blick auf das Gesagte wird deutlich, dass auch die Ausschluss- und Sanktionskompetenzen der Auftraggeberin immer auf Pflichtverletzungen der Anbieterin beschränkt sind, die einen Konnex zu einer öffentlichen Beschaffung aufweisen (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, Rz. 36 f.; JÄGER, Rz. 230). Dies gilt unabhängig davon, ob die Einhaltung der fraglichen Vorschrift gemäss Art. 26 BöB explizit als Teilnahmebedingung (Einhaltung von Arbeits- und Umweltvorschriften, Steuervorschriften und Kartellrecht) statuiert ist. Auch eine Verletzung von Pflichten, die nicht explizit in Art. 26 BöB als Teilnahmebedingung aufgeführt sind (z.B. Verstoss gegen UWG, Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin), kann zu einem Ausschluss oder einer Sanktion führen. Allerdings wäre es aus gesetzessystematischen Gründen von Vorteil gewesen, wenn der Gesetzgeber die Bestimmungen über die Teilnahmebedingungen und über die Ausschlussgründe aufeinander abgestimmt hätte.
- 34 Ein **Abweichen vom Erfordernis eines Konnexes** ist nur dann möglich, wenn das Gesetz dies ausdrücklich so vorsieht. So bestimmt etwa Art. 13 BGSA, dass Unternehmen, die wegen schwerwiegender oder wiederholter Missachtung ihrer Melde- und Bewilligungspflichten gemäss *Sozialversicherungs- oder Ausländerrecht* rechtskräftig verurteilt worden sind, während bis zu fünf Jahren von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden können. Diese Sanktion greift auch dann, wenn die Pflichtverletzung ausserhalb einer öffentlichen Beschaffung begangen worden ist. Im BöB lässt einzig der Sanktionsgrund der Verurteilung wegen eines *schweren Verbrechens* (Art. 45 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB) eine solche Auslegung zu. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung wird deutlich, dass ein Ausschluss wegen einem Vergehen nur möglich ist, wenn das Vergehen einen Bezug zur Auftraggeberin bzw. zum Beschaffungsverfahren aufweist; beim Ausschluss bzw. der Sanktion einer Anbieterin wegen eines Verbrechens wird dieser Konnex dagegen explizit nicht verlangt.
- 35 Die verschiedenen Tatbestände können **unterschiedliche Zeitpunkte** in einem Beschaffungsprojekt betreffen. Gewisse Tatbestände – wie etwa die Verletzung von Korruptionsvorschriften – können bereits während dem Vergabeverfahren erfüllt sein, während sich andere Tatbestände – wie z.B. die Verletzung von Umweltschutzbestimmungen – erst während der Ausführung des Auftrags verwirklichen können.
- 36 Mit Blick auf das Gesagte wird deutlich, dass sowohl die Auftraggeberin als **Beschaffungsstelle** wie auch die Auftraggeberin als **Bedarfsstelle** über die **Sanktionskompetenz** verfügen muss. Tatbestände, die sich während dem Ausschreibungsverfahren verwirklichen, muss die Beschaffungsstelle sanktionieren. Ist der Sanktionstatbestand erst während der Ausführung und Erfüllung des Auftrags verwirklicht, so liegt die Sanktionskompetenz bei der Bedarfsstelle, d.h. derjenigen Organisationseinheit, die die Ausführung und Erfüllung des Vertrags überwacht (vgl. Rz. 15). Dabei ist nicht entscheidend, ob die Bedarfsstelle selber Vertragspartnerin der Zuschlagsempfängerin ist oder ob eine zentrale Beschaffungsstelle den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abschliesst.

- 37 Diese **Unterscheidung** ist rein theoretischer Natur, wenn die Bedarfsstelle auch selber das Beschaffungsverfahren durchführt. Die Unterscheidung wird aber dann relevant, wenn eine Bedarfsstelle ihre Beschaffungskompetenz an eine Beschaffungsstelle delegiert und anschliessend selber als Vertragspartnerin der Anbieterin auftritt. In diesem Fall muss es auch der Bedarfsstelle als Vertragspartnerin möglich sein, die Anbieterin wegen Verstössen während der Ausführung des Auftrags zu sanktionieren, auch wenn das Ausschreibungsverfahren durch eine andere Behörde durchgeführt worden ist.
- 38 Neben der Auftraggeberin verfügt gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 1 BöB auch eine «**nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde**» über die Sanktionskompetenz. Weder das BöB noch die dazugehörigen Verordnungen enthalten irgendwelche Zuweisungen der Sanktionskompetenz an andere Behörden. Ausserhalb des Beschaffungsrechts des Bundes sieht soweit ersichtlich einzig Art. 13 Abs. 1 BGSA vor, dass Anbieterinnen von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden können. Unternehmen, die wegen schwerwiegender oder wiederholter Missachtung ihrer Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs- oder Ausländerrecht rechtskräftig verurteilt worden ist, werden von der zuständigen kantonalen Behörde während höchstens fünf Jahren von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens auf kommunaler, kantonaler und eidgenössischer Ebene ausgeschlossen. Das SECO führt eine Liste der Unternehmen, gegen die ein rechtskräftiger Entscheid über den Ausschluss von öffentlichen Aufträgen ergangen ist. Die Liste ist öffentlich zugänglich. Die Sanktionskompetenz der nach BGSA zuständigen Aufsichtsbehörden stützt sich jedoch direkt auf Art. 13 BGSA und nicht auf Art. 45 BöB, weshalb es sich bei den BGSA-Aufsichtsbehörden nicht um «nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörden» i.S.v. Art. 45 Abs. 1 BöB handeln kann. Soweit ersichtlich bestehen bis heute keine gesetzlichen Bestimmungen, die anderen Behörden die Sanktionskompetenz von Art. 45 BöB gewähren.
- 39 In zeitlicher Hinsicht kann die Beschaffungsstelle Sanktionen auch noch dann aussprechen, wenn das Vergabeverfahren bereits abgeschlossen und der Zuschlag erteilt worden ist. Auch die Bedarfsstelle kann eine Anbieterin **nach Erfüllung des Vertrags** noch sanktionieren. Entscheidend ist, zu welchem Zeitpunkt der Verstoss durch die Auftraggeberin entdeckt worden ist und wann die Beweise erstellt sind. Dieser Zeitpunkt dürfte in vielen Fällen erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens bzw. nach Erfüllung des Auftrags liegen.
- 40 Fraglich ist, in welchem zeitlichen Rahmen zurückliegende Pflichtverletzungen noch gemäss Art. 45 Abs. 1 BöB sanktioniert werden dürfen. Das Strafrecht kennt diesbezüglich die Rechtsfigur der **Verfolgungsverjährung**, wobei nach Ablauf der Frist die Einleitung des Strafverfahrens ausgeschlossen ist (vgl. Art. 97 ff. StGB betreffend Verbrechen und Vergehen sowie Art. 109 betreffend Übertretungen). Der Ausschluss gemäss Art. 45 Abs. 1 BöB ist eine Verwaltungsanktion, für die weder allgemeine Verwaltungsverfahrensweg (VwVG) noch das Spezialgesetz (BöB) Verjährungsbestimmungen enthält. In Bezug auf Verwaltungssanktionen im Spielbankbereich hat das Bundesgericht zu Verjährungsfrage folgende Grundsätze entwickelt: «Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, ist die Verjährung jedoch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts, weshalb öffentlichrechtliche Ansprüche selbst beim Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Verjährung oder Verwirkung unterliegen (...). Dies muss umso mehr für Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter gelten. Fehlen Vorschriften zur Verjährung, so hält sich der Richter vorab an die Regeln, die der Gesetzgeber im öffentlichen Recht für verwandte Tatbestände aufgestellt hat; mangels entsprechender Regelungen sind die

allgemeinen (zivilrechtlichen) Grundsätze über die Verjährung heranzuziehen, wonach für einmalige Leistungen eine zehnjährige, für periodische eine fünfjährige Frist gilt» (BGE 140 II 384 E. 4.2). Im zitierten Entscheid hat das Bundesgericht einer Analogie zur kartellrechtlichen Regelung nach Art. 49a Abs. 3 KG den Vorzug gegeben und festgehalten, dass die Tat als verjährt gilt, wenn das zu sanktionierende Verhalten bei Eröffnung der Untersuchung seit länger als fünf Jahren beendet war. Denkbar wäre gemäss Bundesgericht auch eine Analogie zur strafrechtlichen Verjährungsfrist für die geldspielrechtlichen Übertretungstatbestände gewesen, welche nach damaligem Recht sieben Jahre betrug (BGE 140 II 384 E. 4.3.2). Insgesamt bestehen hinsichtlich der Verfolgungsverjährung somit Rechtsunsicherheiten; im Zweifelsfall sollte sich die sanktionierende Auftraggeberin daher an der kürzeren fünfjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 49a Abs. 3 KG orientieren.

- 41 Gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB ist die Auftraggeberin oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Stelle verpflichtet, einen «rechtskräftigen Abschluss nach Absatz 1» einer vom Bundesrat bezeichneten Stelle zu melden. Gemäss Art. 25 Abs. 1 VöB führt die BKB die Liste der für künftige Aufträge gesperrten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen nach Art. 45 Abs. 3 BöB. Daraus ergibt sich, dass die BKB auch für die Entgegennahme der Meldungen zuständig ist. Die **Meldepflicht** ist mit der Sanktionskompetenz verknüpft, so dass der Auftraggeberbegriff nach Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB mit dem Auftraggeberbegriff nach Art. 45 Abs. 1 Satz 1 BöB identisch ist. Entsprechend muss auch diejenige Bedarfs- oder Beschaffungsstelle, die einen Ausschluss verfügt, den Ausschluss an die BKB mitteilen.

b. Die Auftraggeberin als sanktionsgebundene Behörde (Sanktionswirkung)

- 42 Gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB wirken Auftragssperrungen, die eine Auftraggeberin wegen der Verletzung von Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption ausspricht, für **alle Auftraggeberinnen des Bundes**. Der Auftraggeberbegriff bezieht sich in diesem Kontext auf alle nach Art. 4 BöB dem Beschaffungsrecht unterstellten Subjekte des Bundes gemäss Kap. II.1.a. (Rz. 9 ff.).
- 43 Demgegenüber wirken alle übrigen Auftragssperrungen nur für die «**betreffene Auftraggeberin**». Mit «betroffen» ist grundsätzlich diejenige Auftraggeberin gemeint, die die Sanktion ausgesprochen hat. Mit dieser Einschränkung der Sperrwirkung sollte verhindert werden, dass etwa die SBB, die Post oder die ETH an Auftragssperrungen gebunden sind, welche das BBL als zentrale Beschaffungsstelle der Bundesverwaltung verhängt hat.
- 44 Mit Blick auf die Auslegeordnung des Auftraggeberbegriffs in Kap. II.1 wäre es naheliegend, dass die Sperre einzig für diejenige **Beschaffungsstelle** oder diejenige **Bedarfsstelle** wirkt, welche die Sanktion ausgesprochen hat. Allerdings gilt zu bedenken, dass innerhalb einer juristischen Person des öffentlichen Rechts mehrere Bedarfs- und Beschaffungsstellen bestehen können. Als Bedarfs- oder Beschaffungsstelle agieren innerhalb der zentralen Bundesverwaltung oftmals die Bundesämter oder gar Organisationseinheiten auf tieferer Ebene; dasselbe gilt für öffentliche Unternehmen wie die SBB AG, innerhalb der etwa die SBB Immobilien, SBB Infrastruktur oder SBB Personenverkehr als Bedarfsstellen auftreten können. Entsprechend würde es zu einem in sich widersprüchlichen und in der Umsetzung kaum noch überblickbaren Resultat führen, wenn sich eine durch die SBB Infrastruktur gesperrte Anbieterin weiterhin auf Aufträge des SBB Personenverkehrs oder eine vom BBL gesperrte Anbieterin auf Aufträge von anderen

Beschaffungsstellen innerhalb des Finanzdepartements oder auch von anderen Departementen bewerben dürfte.

- 45 Aus diesen Überlegungen wird deutlich, dass der Begriff der «betroffenen Auftraggeberin» einerseits nicht alle Auftraggeberinnen umfassen kann, andererseits aber umfassender definiert werden muss als die Beschaffungs- oder Bedarfsstelle. Die Botschaft hält in diesem Zusammenhang fest, dass als «betroffene Auftraggeberin» «alle Organisationseinheiten derselben **Rechtspersönlichkeit** (wie Zentralverwaltung, öffentliche Unternehmen) zu verstehen» seien (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1965; so auch TRÜEB/CLAUSEN, BöB 45 N 5). Wenn also eine Beschaffungs- oder Bedarfsstelle eine Auftragssperre gegen eine Anbieterin ausspricht, so sind alle weiteren Beschaffungs- und Bedarfsstellen innerhalb derselben juristischen Person des öffentlichen Rechts an die Sperre gebunden. Diese Regelung erscheint als sinnvoll, auch wenn dadurch der beschaffungsrechtliche Auftraggeberbegriff noch eine vierte Bedeutung erhält.
- 46 Diese Auslegung hat allerdings zur Folge, dass sich die Wirkung der Sanktion innerhalb einer Auftraggeberin mit **Konzernstruktur** auf die jeweiligen Gesellschaften mit Rechtspersönlichkeit beschränkt. So wirkt etwa eine von der PostFinance AG ausgesprochenen Sanktion nicht für deren Schwestergesellschaften wie PostAuto AG, Post CH Kommunikation AG, Post CH Netz AG u.a. Würde für die Festlegung der Sanktionswirkung nicht auf die Rechtspersönlichkeit, sondern auf die Mehrheitsbeteiligung abgestellt, so hätte dies wiederum zur Folge, dass eine durch die SBB ausgesprochene Sanktion auch für den Bund als Mehrheitsaktionär verbindlich wäre, und umgekehrt. Genau dies sollte ja aber gemäss Botschaft zum BöB verhindert werden.
- 47 Damit der persönliche Geltungsbereich einer Sanktion im Interesse der Rechtssicherheit für alle Beteiligten klar festgelegt ist, sollte dieser jeweils in das **Dispositiv der Sanktionsverfügung** aufgenommen werden. Eine entsprechende Formulierung könnte z.B. wie folgt lauten: «Der Ausschluss gilt für sämtliche öffentlichen Aufträge der zentralen Bundesverwaltung».
- 48 Unter Beachtung des **Legalitätsprinzips** wäre es zu bevorzugen, wenn die in der Botschaft umschriebene Tragweite der Sanktionswirkung entweder direkt im Gesetz oder zumindest auf Verordnungsebene (z.B. in der VöB, der Org-VöB oder einer eigenen Sanktionsverordnung) geregelt würde. Das BöB enthält zwar keine globale Delegation zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zugunsten des Verordnungsgebers. Die Aufträge für den Erlass von Ausführungsbestimmungen sind im BöB vielmehr auf konkrete Themen beschränkt und eng umschrieben. Im Bereich der Sanktionen beschränkt sich die Kompetenz des Verordnungsgebers gemäss Art. 45 Abs. 3 BöB darauf, die Einzelheiten im Zusammenhang mit der Führung der Liste der sanktionierten Anbieterinnen zu regeln. Für den Erlass von Ausführungsbestimmungen zur Konkretisierung der unbestimmten gesetzlichen Formulierungen und Begriffe hinsichtlich der Sanktionswirkung kann sich der Bundesrat jedoch auf seine allgemeine Vollzugskompetenz gemäss Art. 182 Abs. 2 BV abstützen.

c. Die Auftraggeberin als auskunftsberechtigte Behörde (Sanktionsmitteilung)

- 49 Gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 2 BöB wird eine nicht öffentliche Liste über die sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmer geführt. In der Liste ist auch der Grund für die Auftragssperre und deren Dauer festzuhalten. Für die Führung dieser Liste zeichnet gemäss Art. 25 Abs. 1 VöB die BKB verantwortlich. Diese muss nach Art. 45 Abs. 3 Satz 3 BöB dafür sorgen, dass **«jede Auftraggeberin»** in Bezug auf eine bestimmte Anbieterin oder Subunternehmerin die

entsprechenden Informationen erhalten kann. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass die wegen Korruption gesperrten Anbieterinnen keine Aufträge der Bundesverwaltung erhalten. Ferner kann die Auftraggeberin so überprüfen, ob aufgrund der Sperre allenfalls ein Ausschlussgrund nach Art. 44 BöB vorliegt (dazu Rz. 116 ff.).

- 50 Mit der Einschränkung des Auskunftsrechts auf den Kreis der dem Bundesbeschaffungsrecht unterstellten **«Auftraggeberinnen»** wird einmal gewährleistet, dass es sich nicht um eine öffentlich zugängliche Liste handelt (zur Bekanntgabe der Liste an die Kantone Rz. 53 und Kap. V, Rz. 145 ff.). Auskunftsberechtigt sind entsprechend alle nach Art. 4 BöB dem Bundesbeschaffungsrecht unterstellten Subjekte. Für die BKB wird sich dabei im Einzelfall die Frage stellen, welche Organisationseinheiten innerhalb dieser Sphäre über ein Auskunftsrecht verfügen.
- 51 Nachdem die Auftragssperre (mit Ausnahme der Sperre wegen Korruption) für alle Bedarfs- und Beschaffungsstellen innerhalb einer juristischen Person des öffentlichen Rechts wirkt, liegt auf den ersten Blick der Schluss nahe, dass die **juristische Person als Gesamtheit** über das Auskunftsrecht verfügt. Dies hätte allerdings zur Folge, dass innerhalb der juristischen Person – wie z.B. der SBB – ebenfalls eine Liste über die sanktionierten Anbieterinnen geführt werden müsste, um zu gewährleisten, dass alle Beschaffungsstellen die relevanten Informationen erhalten. Eine solche Regelung macht wenig Sinn, da sie zu einem unnötigen Mehraufwand für die Verwaltung, eine Gefährdung der Vertraulichkeit der Informationen und zu einer Erhöhung der Fehleranfälligkeit führen würde.
- 52 Die Durchsetzung der Auftragssperre nach Art. 45 BöB und der Ausschlussgründe nach Art. 44 BöB liegt in der Verantwortung der einzelnen Beschaffungsstellen. Entsprechend ist es auch zweckmässig, wenn jede **Beschaffungsstelle** des Bundes über ein Auskunftsrecht verfügt. So hält auch die VöB in Art. 25 Abs. 3 lit. a fest, dass die Informationen «einer Auftraggeberin oder ihrer untergeordneten Vergabestellen» bekanntgegeben werden. Auch nach dieser Formulierung gilt das Auskunftsrecht nicht nur für die dem Beschaffungsrecht unterstellten juristischen Personen, sondern für jede einzelne Beschaffungsstelle. Die BKB muss jedoch dafür besorgt sein, dass die Liste der sanktionierten Anbieterinnen nicht innerhalb der Bundesverwaltung mehr oder weniger frei zugänglich wird (dazu eingehend Rz. 95 ff.).
- 53 Die Bestimmung in Art. 45 Abs. 3 Satz 5 BöB hält fest, dass sich Bund und **Kantone** die nach Art. 45 BöB erhobenen Informationen gegenseitig zur Verfügung stellen. Dies bedeutet indessen nicht, dass auch automatisch alle kantonalen Auftraggeberinnen ein Auskunftsrecht über den Inhalt der Liste zu den nach Bundesrecht sanktionierten Anbieterinnen erhalten (TRÜEB/CLAUSEN, BöB 45 N 10; Erläuterungen des EFD zur VöB vom 12.2.2020, S. 18). Der Auftraggeberbegriff nach Art. 45 Abs. 3 Satz 3 BöB bezieht sich einzig auf die Auftraggeber des Bundes und nicht auf kantonale und kommunale Auftraggeber. Der nach Art. 45 Abs. 3 Satz 5 BöB verlangte Austausch der Daten zwischen Bund und Kantonen wird auf institutioneller Ebene zwischen der BKB und dem InöB sichergestellt (Art. 25 Abs. 5 VöB; dazu eingehend Kap. V, Rz. 45 ff.).

3. Zusammenfassung

- 54 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass sich der beschaffungsrechtliche **Begriff der «Auftraggeberin»** im BöB auf unterschiedliche Organisationseinheiten oder Gruppen von Organisationseinheiten beziehen kann. Je nach Zusammenhang kann sich der Begriff auf i) alle dem

Bundesbeschaffungsrecht unterstellten Subjekte, ii) eine konkrete Bedarfsstelle, iii) eine konkrete Beschaffungsstelle oder iv) eine dem Bundesbeschaffungsrecht unterstellte Organisation mit Rechtspersönlichkeit beziehen.

- 55 Im **Bereich der Sanktionen** sind dem Auftraggeberbegriff folgende Bedeutungen beizumessen:
- Die Bedarfs- und Beschaffungsstellen verfügen über die Kompetenz, Anbieterinnen zu sanktionieren, wenn sich ein Tatbestand in einem konkreten Vergabeverfahren (Beschaffungsstelle) oder der Ausführung eines Auftrags (Bedarfsstelle) verwirklicht. Sie sind gleichzeitig verpflichtet, den Ausschluss der BKB mitzuteilen.
 - Die Auftragssperre wegen Verstosses gegen die Korruptionsbestimmungen wirkt gegenüber allen dem Bundesbeschaffungsrecht unterstellten Subjekten. Die Sperre wegen anderer Tatbestände wirkt für sämtliche Bedarfs- und Beschaffungsstellen innerhalb einer dem Beschaffungsrecht unterstellten Organisation mit Rechtspersönlichkeit.
 - Das Auskunftsrecht über die in der Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmen eingetragenen Unternehmen steht allen Beschaffungsstellen des Bundes zu.
- 56 Mit Blick auf das **Legalitätsprinzip** wäre es angezeigt, die Sanktionskompetenz und Sanktionswirkung wie auch die Frage der Verjährung im Gesetz oder auf Verordnungsstufe klarer zu regeln.

III. Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen

- 57 Der zweite Block der Fragestellungen des vorliegenden Gutachtens betrifft die Eintragung von Sanktionen gemäss Art. 45 Abs. 1 BöB in die von der BKB geführte Liste der sanktionierten Anbieterinnen. Im Folgenden wird vorweg geklärt, wie die Liste sowie die einzelnen Eintragungen datenschutzrechtlich zu qualifizieren sind (Kap. III.1.). Auf dieser Grundlage sind anschliessend die Fragen gemäss Gutachtensauftrag zu beantworten: Wie erfolgt die Mitteilung der Eintragung der sanktionierenden Auftraggeberin an die BKB und welche datenschutzrechtlichen Anforderungen sind dabei zu beachten (Kap. III.2.)? Was sind die Rechte und Pflichten der sanktionierenden Auftraggeberin, der sanktionierten Anbieterin und der BKB bei der Eintragung einer Sanktion in der Liste der sanktionierten Anbieterinnen (Kap. III.3.)? Welche Fristen gelten für die Meldung an die BKB und für die Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen (Kap. III.4.)? Wie erfolgen Korrekturen von Fehleinträgen (Kap. III.5.)? Welche Handlungen im Zusammenhang mit der Listenführung sind anfechtbare Verfügungen, welche Realakte (Kap. III.6.)?

1. Datenschutzrechtliche Einordnung der Sanktionsliste

- 58 Das Datenschutzgesetz gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch **Bundesorgane**. Bundesorgane sind laut Art. 3 lit. h DSG «Behörden und Dienststellen des Bundes sowie Personen, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind». Das Führen der beschaffungsrechtlichen Sanktionsliste ist eine in Art. 45 Abs. 3 Satz 2 BöB verankerte öffentliche Aufgabe des Bundes (zum Begriff der öffentlichen Aufgabe RÜTSCHÉ, S. 157 ff.). Art. 25 Abs. 1 VöB betraut die BKB mit dieser

Bundesaufgabe. Die BKB ist damit ein Bundesorgan im Sinne des Datenschutzrechts. Ebenso sind beschaffungsrechtliche Auftraggeberinnen als Bedarfsstellen (dazu Rz. 14 ff.) Bundesorgane, dienen doch öffentliche Aufträge definitionsgemäss der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Art. 8 Abs. 1 BöB). Auch die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen gemäss Art. 9 BöB kann nur durch Trägerinnen öffentlicher Bundesaufgaben erfolgen. Sodann erfüllen die Auftraggeberinnen auch in ihrer Funktion als Beschaffungsstellen (dazu Rz. 23 ff.) Bundesaufgaben, indem sie das Vergabeverfahren, das ein spezielles Verwaltungsverfahren darstellt, führen. Somit sind Auftraggeberinnen sowohl als Bedarfs- als auch als Beschaffungsstellen als Bundesorgane im Sinne von Art. 3 lit. h DSG zu qualifizieren.

- 59 Die von der BKB geführte **Sanktionsliste** enthält gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 2 BöB die sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen unter Angabe der Gründe für den Ausschluss sowie der Dauer des Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen. Art. 25 Abs. 2 VöB präzisiert die Angaben, die für jeden gemeldeten Ausschluss (Sperrung) auf der Liste zu verzeichnen sind: das Datum der Meldung, die meldende Auftraggeberin, Name (Firma) und Adresse der sanktionierten Anbieterin oder Subunternehmerin, der Grund der Sperrung sowie die Dauer der Sperrung.
- 60 Die auf der Sanktionsliste verzeichneten Angaben beziehen sich auf bestimmte (juristische) Personen und stellen damit Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG dar. Da es sich um Daten über Verwaltungssanktionen bzw. administrative Sanktionen handelt, sind die Angaben auf der Liste gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 4 DSG als **besonders schützenswerte Personendaten** zu qualifizieren (vgl. BGE 143 I 253 E. 4). Diese Qualifikation ist mit erhöhten rechtlichen Anforderungen an die Bearbeitung und Bekanntgabe der Daten verbunden. So dürfen aufgrund von Art. 17 Abs. 2 DSG Bundesorgane schützenswerte Personendaten nur bearbeiten, wenn ein Gesetz im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht, oder ausnahmsweise, wenn dies für eine in einem Gesetz im formellen Sinn klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist (lit. a), wenn der Bundesrat dies im Einzelfall bewilligt, weil die Rechte der betroffenen Person nicht gefährdet sind (lit. b), oder wenn die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat (lit. c). Dasselbe gilt grundsätzlich für die Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten (vgl. Art. 19 Abs. 1 DSG). Weiter dürfen besonders schützenswerte Personendaten nur durch ein Abrufverfahren zugänglich gemacht werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht (Art. 19 Abs. 3 Satz 2 DSG). Die vorsätzliche und unbefugte Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten im Zusammenhang mit der Berufsausübung ist gemäss Art. 35 DSG unter Strafe gestellt (Verletzung der beruflichen Schweigepflicht).
- 61 Als «**Bearbeiten**» gilt «jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten» (Art. 3 lit. e DSG). Das «**Bekanntgeben**» definiert Art. 3 lit. f DSG als «das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichung». Mit der Meldung rechtskräftiger Ausschlüsse nach Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB geben die sanktionierenden Auftraggeberinnen der BKB (besonders schützenswerte) Personendaten weiter. Damit stellt diese Meldung ein Bekanntgeben sowie Bearbeiten von Personendaten im Sinne des Datenschutzrechts dar.
- 62 Die beschaffungsrechtliche Sanktionsliste nach Art. 45 Abs. 3 Satz 2 BöB fällt unter den Begriff der **Datensammlung**. Diese wird von Art. 3 lit. g DSG definiert als «Bestand von Personendaten,

der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind». Inhaberin der Datensammlung ist die BKB, indem sie kraft Art. 25 Abs. 1 VöB für die Führung der Sanktionsliste zuständig ist und im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben im Sinne von Art. 3 lit. i DSGVO über den Zweck und den Inhalt der Datensammlung entscheidet.

- 63 Die vorstehenden Begriffsdefinitionen werden grundsätzlich auch nach dem **totalrevidierten Datenschutzgesetz (revDSG)**, das vom Parlament am 25. September 2020 verabschiedet und voraussichtlich im Verlauf des Jahres 2022 in Kraft treten wird, massgebend sein. Allerdings wird das neue Datenschutzgesetz nur noch für die Bearbeitung von Personendaten natürlicher Personen – nicht aber juristischer Personen – gelten (Art. 2 Abs. 1 revDSG). Entsprechend definiert Art. 5 lit. a revDSG Personendaten neu als «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte natürliche Person beziehen». Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass das neue Datenschutzgesetz auf alle Anbieterinnen, die als juristische Personen konstituiert sind, keine Anwendung finden wird. Mit der Totalrevision des DSGVO wurde indessen zugleich im RVOG für die Bundesorgane eine Reihe von Bestimmungen eingeführt, welche deren Umgang mit Daten juristischer Personen in analoger Weise wie das geltende DSGVO regeln (revArt. 57h-57t RVOG; vgl. auch die Übergangsbestimmung in Art. 71 revDSG). Insbesondere gelten auch künftig nach revArt. 57r Abs. 2 lit. a RVOG Daten juristischer Personen über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen als besonders schützenswerte Daten. Abgesehen davon bleibt für juristische Personen der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre mit dem Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten (Art. 13 BV) von Bedeutung. Die Auftraggeberinnen wie auch die BKB sind als Behörden und Organisationen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, an diese grundrechtlichen Vorgaben gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).

2. Mitteilung der sanktionierenden Auftraggeberin an die BKB

- 64 Die **erste Frage** zur Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen lautet: «Wie erfolgt die Mitteilung der Eintragung der sanktionierenden Auftraggeberin an die BKB? Welche datenschutzrechtlichen Anforderungen sind zu beachten?»
- 65 Die Mitteilung (Meldung) rechtskräftiger Ausschlüsse von künftigen öffentlichen Aufträgen durch die sanktionierenden Auftraggeberinnen an die BKB stellt eine Bearbeitung bzw. Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten dar (Rz. 60 f.). Die Mitteilung ist in Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB ausdrücklich **im formellen Gesetz vorgesehen** und genügt damit den Anforderungen an die Bearbeitung und Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten durch Bundesorgane nach Art. 17 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 1 DSGVO.
- 66 Der Gegenstand der Mitteilung wird in Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB als «rechtskräftiger Ausschluss nach Absatz 1» bezeichnet. Zunächst ist zu fragen, ob nur **Ausschlüsse** als solche oder auch **Verwarnungen** nach Art. 45 Abs. 1 Satz 2 BöB mitzuteilen sind. Während der Wortlaut für Ersteres spricht, legen eine systematische und teleologische Auslegung eine Ausdehnung der Mitteilungspflicht auf Verwarnungen nahe: So sind Verwarnungen im Verhältnis zu Ausschlüssen die mildere Sanktionsart, woraus – a maiore ad minus – zu folgern ist, dass die vom Gesetzgeber ausdrücklich erwähnte Mitteilung von Ausschlüssen auch die Mitteilung von Verwarnungen umfasst. Des Weiteren spricht Art. 45 Abs. 3 Satz 2 BöB in umfassender Weise von der Liste der «sanktionierten» – und nicht von der Liste der «ausgeschlossenen» Anbieterinnen und Subunternehmen. Entscheidend ist letztlich aber die Interpretation von Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB mit

Blick auf den Zweck der Sanktionsliste: Diese soll Auftraggeberinnen, welche die Sanktion nicht selbst verfügt haben, im Sinne einer Vollzugshilfe über ausgesprochene Sanktionen informieren, damit diese ihre Wirkung entfalten können (dazu auch Rz. 82). Verwarnungen sind rechtlich relevant, wenn gegenüber einer verwarnten Anbieterin ein weiteres Sanktionsverfahren durchgeführt wird und dabei die Verhältnismässigkeit und Höhe eines Ausschlusses zu beurteilen sind. Würden Verwarnungen nicht in die Liste aufgenommen, blieben sie in Bezug auf Auftraggeberinnen, welche eine Verwarnung nicht selbst ausgesprochen haben, faktisch wirkungslos. Vor diesem Hintergrund ist der Schluss zu ziehen, dass nicht nur eigentliche Ausschlüsse, sondern auch Verwarnungen Gegenstand der Mitteilung nach Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB sein müssen (a.M. TRÜEB/CLAUSEN, BöB 45 N 4, 9).

- 67 Weiter ergibt sich aus Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB, dass die Mitteilung eines Ausschlusses an die BKB erst erfolgen darf, wenn dieser von der Auftraggeberin **formell rechtskräftig verfügt** worden ist. Die formelle Rechtskraft tritt ein, wenn die Sanktionsverfügung mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann, namentlich weil die Rechtsmittelfrist ungenutzt ablaufen ist, kein ordentliches Rechtsmittel mehr vorgesehen ist oder das Rechtsmittel zurückgezogen wurde (KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 830). Als ordentliche Rechtsmittel gelten die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht sowie die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht – nicht aber die Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 136 ff.).
- 68 Von Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB nicht ausdrücklich geregelt wird die Frage, welche Angaben die sanktionierenden Auftraggeberinnen im Einzelnen der BKB mitzuteilen haben. Die **mitzuteilenden Angaben** ergeben sich jedoch indirekt aus dem Inhalt der Sanktionsliste, der in Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BöB umschrieben und in Art. 25 Abs. 2 VöB näher ausgeführt wird. Demnach hat die meldende Auftraggeberin Name (Firma) und Adresse der sanktionierten Anbieterin oder Subunternehmerin, den Grund der Sperre sowie die Dauer der Sperre der BKB mitzuteilen. Mit dem «Grund der Sperre» sind die in Art. 45 Abs. 1 BöB genannten Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 lit. c und e sowie Abs. 2 lit. b, f und g BöB angesprochen. Die Meldung an die BKB hat entsprechend den oder die Tatbestände zu bezeichnen, aufgrund deren Erfüllung die Sanktion (Sperre) verhängt wurde. Was die Dauer betrifft, sind Anfang und Ende der ausgesprochenen Sperre massgebend. Zudem sind, wie vorne ausgeführt, auch Verwarnungen mitzuteilen (Rz. 66). Art. 25 Abs. 2 VöB ist dabei analog anzuwenden. Das bedeutet, dass im Fall einer Verwarnung Name (Firma) und Adresse der sanktionierten Anbieterin oder Subunternehmerin sowie der Grund der Verwarnung der BKB mitzuteilen sind.
- 69 Nach dem Gesagten umfasst die Mitteilung der sanktionierenden Auftraggeberin an die BKB folgende Angaben: Name (Firma) und Adresse der sanktionierten Anbieterin oder Subunternehmerin, die erfüllten Tatbestände (Grund der Sperre bzw. Verwarnung) sowie Anfang und Ende (Dauer) der Sperre. **Weitere Angaben bzw. Personendaten** dürfen nicht mitgeteilt werden. Dies folgt aus den im Datenschutzgesetz für das Bearbeiten von Personendaten explizit verankerten Grundsätzen der Rechtmässigkeit (Art. 4 Abs. 1 DSGVO) und Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSGVO). Diese Grundsätze sind auch nach Inkrafttreten des neuen DSGVO (vgl. Rz. 63) für die Bearbeitung von Daten juristischer Personen relevant, ergeben sich doch unmittelbar aus der Bundesverfassung (Art. 13 i.V.m. Art. 36 BV sowie Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Für die Bekanntgabe von Personendaten werden die Grundsätze in Art. 19 DSGVO konkretisiert. Nach Art. 19 Abs. 1 DSGVO dürfen Bundesorgane Personendaten ohne oder gegen den Willen der

betroffenen Personen nur bekannt geben, wenn dafür eine Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 17 DSGVO besteht oder wenn die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Nach Inkrafttreten des neuen DSGVO werden diesbezüglich die gleich ausgestalteten Regelungen zur Datenbekanntgabe in revArt. 57s RVOG massgebend sein. Die Mitteilung von Daten, die über die in Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BÖB und Art. 25 Abs. 2 VöB genannten Angaben hinausgehen, wäre weder vom Gesetz abgedeckt noch zur Führung der Sanktionsliste unentbehrlich. Sanktionierende Auftraggeberinnen dürfen somit der BKB ausschliesslich die in Art. 45 Abs. 3 Satz 1 BÖB und Art. 25 Abs. 2 VöB genannten Angaben melden. So wäre es insbesondere unzulässig, der BKB die ganze Sanktionsverfügung mit den Erwägungen mitzuteilen.

- 70 Die Mitteilung rechtskräftiger Ausschlüsse durch die Auftraggeberin an die BKB ist als solche ein rein **verwaltungsinterner Vorgang**, der an keine qualifizierten Formen gebunden ist. Zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität der mitzuteilenden Personendaten sind indes die Anforderungen an die Datensicherheit gemäss Art. 7 DSGVO und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in Art. 20 VDSG zu beachten. So treffen nach Art. 20 Abs. 1 VDSG die verantwortlichen Bundesorgane die nach den Art. 8-10 VDSG erforderlichen technischen und organisatorischen Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden. Dabei geht es im Wesentlichen darum sicherzustellen, dass im Zusammenhang mit der Mitteilung von rechtskräftigen Ausschlüssen an die BKB keine unbefugten Dritten auf die mitgeteilten Personendaten zugreifen können (Grundsatz der Vertraulichkeit) und die Daten unverändert an die Empfängerin gelangen (Grundsatz der Integrität). Um die Gefahr von Verwechslungen oder sonstigen Übermittlungsfehlern zu minimieren, sollte die Mitteilung auf jeden Fall schriftlich erfolgen. Im Übrigen sind die Weisungen anwendbar, die von den verantwortlichen Bundesorganen gestützt auf die Bundesinformatikverordnung vom 26. September 2003 (SR 172.010.58) erlassen wurden (Art. 20 Abs. 4 VDSG).
- 71 Da die Daten juristischer Personen vom **totalrevidierten Datenschutzgesetz** nicht mehr erfasst sein werden (Rz. 63), werden auch die in diesem Gesetz und gestützt darauf auf Verordnungsebene, namentlich in der VDSG, verankerten Anforderungen an die Datensicherheit in Bezug auf juristische Personen nicht mehr gelten (ausser es wird in einem Spezialerlass zur Bearbeitung der Daten juristischer Personen auf die VDSG verwiesen). Es bietet sich an, die in der VDSG normierten Vorgaben zur Datensicherheit nach Inkrafttreten des neuen Datenschutzgesetzes in Bezug auf die Daten juristischer Personen sinngemäss anzuwenden. Dies könnte explizit in der VöB oder einer zu erlassenden Verordnung über beschaffungsrechtliche Sanktionen festgehalten werden.

3. Rechte und Pflichten im Eintragungsverfahren

- 72 Die **zweite Frage** zur Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen lautet: «Was sind die Rechte und Pflichten der sanktionierenden Auftraggeberin, der sanktionierten Anbieterin und der BKB bei der Eintragung einer Sanktion in der Liste der sanktionierten Anbieterinnen? Wer muss von wem worüber informiert werden (z.B. die sanktionierte Anbieterin von der Auftraggeberin, dass sie die Listeneintragung ausgelöst hat; oder die BKB, obwohl diese nur umsetzt und keine Verfügung erlässt?)»

- 73 Zunächst stellt sich die Frage, ob das Datenschutzrecht die sanktionierende Auftraggeberin oder die BKB dazu verpflichtet, betroffene Anbieterinnen über die Meldung und Eintragung rechtskräftiger Ausschlüsse in die Sanktionsliste zu informieren. Das DSG statuiert in Art. 4 Abs. 4 einen Transparenzgrundsatz, wonach die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein müssen. In Konkretisierung dieses Grundsatzes verpflichtet Art. 18a Abs. 1 DSG die Bundesorgane, die betroffene Person über die Beschaffung von Personendaten zu informieren. Diese **datenschutzrechtliche Informationspflicht der Bundesorgane** gilt für die Beschaffung von Personendaten – nicht aber für die Weitergabe (Bekanntgabe) bereits beschaffter Daten. Im Zusammenhang mit Sanktionen nach Art. 45 Abs. 1 BöB erfolgt die Beschaffung der Personendaten durch die sanktionierende Auftraggeberin im verwaltungsrechtlichen Sanktionsverfahren. Die betroffene Anbieterin ist als Partei dieses Verfahrens und Verfügungsadressatin über die Beschaffung der Daten informiert. Gemäss Art. 18a Abs. 2 DSG ist der betroffenen Person jedoch nicht nur die Tatsache der Datenbeschaffung mitzuteilen; die Informationspflicht von Bundesorganen erstreckt sich vielmehr auch auf den Zweck des Bearbeitens und die weiteren in dieser Bestimmung genannten Inhalte. Art. 18a Abs. 4 lit. a DSG sieht wiederum eine Ausnahme von der Informationspflicht vor, wenn die Speicherung oder die Bekanntgabe der Daten ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist. Dies ist vorliegend gerade der Fall: So sehen Art. 45 Abs. 3 Sätze 1 und 2 BöB ausdrücklich vor, dass rechtskräftige Ausschlüsse (Grund und Dauer der Sperre) von der Auftraggeberin an die BKB mitgeteilt und von dieser in die entsprechende Sanktionsliste eingetragen werden.
- 74 Aus dem Gesagten ist zu schliessen, dass das geltende Datenschutzrecht – insbesondere Art. 4 Abs. 4 und Art. 18a DSG – weder die Auftraggeberinnen noch die BKB verpflichtet, sanktionierte Anbieterinnen von sich aus (von Amtes wegen) über die Meldung rechtskräftiger Ausschlüsse und deren Eintragung in die Sanktionsliste zu informieren. Eine Informationspflicht von Amtes wegen lässt sich auch nicht aus dem datenschutzrechtlichen **Auskunftsrecht** gemäss Art. 8 DSG und dessen Konkretisierung in Art. 25 Abs. 3 VöB (vgl. Rz. 134) herleiten. Beide Bestimmungen setzen ein entsprechendes Auskunftsgesuch an die Inhaberin der Datensammlung (BKB) voraus. Aus dem Datenschutzrecht ergibt sich somit keine Pflicht von Auftraggeberinnen oder der BKB, sanktionierte Anbieterinnen von sich aus über die Mitteilung rechtskräftiger Ausschlüsse oder deren Eintragung in die Sanktionsliste zu informieren. Nichts anderes ergibt sich aus dem totalrevidierten Datenschutzgesetz, das auf juristische Personen ohnehin keine Anwendung findet (Rz. 63).
- 75 Eine Informationspflicht gegenüber sanktionierten Anbieterinnen könnte sich indirekt daraus ergeben, dass die Meldung rechtskräftiger Ausschlüsse und deren Eintragung in die Sanktionsliste Gegenstand einer **Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG** sein müssen. Eine Verfügung wäre grundsätzlich dann zu erlassen, wenn die Meldung von Ausschlüssen und deren Eintragung in die Liste schutzwürdige Interessen der sanktionierten Anbieterin betreffen (vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 350 ff.). Im Bereich der Amtshilfe hat das Bundesgericht festgehalten, dass kein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens und damit am Erlass einer Verfügung besteht, «wenn der gesetzliche Informationsanspruch unbedingt gegeben ist und auch gegen den Willen des Betroffenen geltend gemacht werden kann» (BGE 124 I 176 E. 6b). Demzufolge muss die Behörde nicht verfügen, wenn sie zur Amtshilfe gesetzlich verpflichtet ist und dabei keinen Beurteilungsspielraum hat (KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 1089). Die Pflicht von Auftraggeberinnen zur Meldung rechtskräftiger Ausschlüsse und die Pflicht der BKB

zur Eintragung in die Sanktionsliste sind in Art. 45 Abs. 3 Sätze 1 und 2 BöB sowie Art. 25 Abs. 1 und 2 VöB unbedingt vorgesehen und lassen den verpflichteten Bundesorganen keine Beurteilungsspielräume. In Analogie zur Rechtsprechung im Bereich der Amtshilfe sind demzufolge durch die Meldung von Ausschlüssen und deren Eintragung in die Liste keine schutzwürdigen Interessen der sanktionierten Anbieterinnen betroffen. Somit ergibt sich aus Art. 5 VwVG keine Pflicht, über die Meldung und Eintragung von Ausschlüssen eine Verfügung zu erlassen. Die Meldung und Eintragung von Ausschlüssen ergeben sich vielmehr unmittelbar aus dem Gesetz und müssen daher nicht erst im Einzelfall durch Verfügung begründet werden (vgl. BGE 124 I 176 E. 6b).

- 76 Die **Botschaft BöB** hält indessen zu Art. 45 Abs. 3 explizit fest, dass sowohl die Aufnahme in die Liste als auch die Streichung von der Liste auf dem Weg einer beschwerdefähigen Verfügung erfolgen (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1966). Der Bundesrat ging somit davon aus, dass jede Aufnahme in die Liste sowie Streichung von der Liste gegenüber der betroffenen Anbieterin zu verfügen ist. Mit Blick auf den Verfügungsbegriff in Art. 5 VwVG ist dies jedoch, wie vorne ausgeführt (Rz. 75), nicht erforderlich. Aus der Botschaft BöB allein kann – in Abweichung von Art. 5 VwVG und der dazugehörigen Rechtsprechung – nach hier vertretener Auffassung keine Verfügungspflicht abgeleitet werden. Vielmehr bedürfte es dazu einer klaren gesetzlichen Grundlage. Im Übrigen wird in der Musterbotschaft vom 16. Januar 2020 zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) die Aussage gemacht, dass die (in der IVöB analog vorgesehene) Liste der sanktionierten Anbieter «nicht justiziabel» sei und «auf einem nicht anfechtbaren, rechtskräftigen Entscheid der zuständigen Stelle» gründe (Musterbotschaft IVöB, S. 88). Auch wenn die Musterbotschaft IVöB nicht zu den Materialien des BöB gehört, zeigt die zitierte Aussage, dass die Behörden auf Bundes- und interkantonaler Ebene hinsichtlich des Verfügungscharakters von Listeneintragungen unterschiedliche Auffassungen vertraten. Insgesamt ergibt sich aus diesen Überlegungen, dass es der BKB zwar frei steht, Listeneintragungen und Berichtigungen bzw. Streichungen in Form anfechtbarer Verfügungen zu erlassen, dass sie aber dazu nicht verpflichtet ist. Vorbehalten bleiben datenschutzrechtliche Berichtigungsverfahren, die sich kraft ausdrücklicher Vorschrift in Art. 25 Abs. 4 DSG nach VwVG richten (dazu Rz. 89 f.)
- 77 Nach dem Gesagten besteht hinsichtlich Eintragungen in die Liste sowie Berichtigungen bzw. Streichungen von der Liste unter Vorbehalt des datenschutzrechtlichen Berichtigungsverfahrens weder eine Informationspflicht noch eine Verfügungspflicht. Die Meldung der einzutragenden Daten durch die Auftraggeberin an die BKB (vgl. Rz. 70) sowie die tatsächliche Eintragung der gemeldeten Daten durch die BKB sind insoweit blosser Vollzugshandlungen, die als **Realakte** zu qualifizieren sind.
- 78 Im Sinne der Transparenz erscheint es jedoch angezeigt, Eintragungen und Berichtigungen den betroffenen Anbieterinnen mitzuteilen. Damit können die Anbieterinnen auch ihren datenschutzrechtlichen Berichtigungsanspruch gemäss Art. 25 DSG (Rz. 89 f.) effektiver wahrnehmen und sind nicht auf ein Einsichtsgesuch gemäss Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB angewiesen, falls bei der Eintragung oder Änderung von Daten Fehler geschehen. Aus Gründen der Praktikabilität und Effizienz des Verfahrens bietet sich dabei an, dass die sanktionierende Auftraggeberin die **Aufnahme einer Anbieterin in die Liste** zusammen mit der Sanktion selbst mitteilt. Davon ausgehend könnte das Entscheiddispositiv der Sanktionsverfügung einer Auftraggeberin wie folgt lauten:

79 1. Die Firma A wird wegen Erfüllung des Tatbestands von [Nennung der Bestimmung] von künftigen öffentlichen Aufträgen der Auftraggeberin [Nennung der Auftraggeberin, für welche der Ausschluss gilt] bzw. aller Auftraggeberinnen des Bundes [beim Tatbestand der Korruption] für die Dauer von X Jahren bzw. Monaten ausgeschlossen.

[2. Verfahrenskosten]

[Rechtsmittelbelehrung]

[Eröffnung der Verfügung]

Meldung an die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB):

Der Ausschluss nach Ziffer 1 dieser Verfügung wird mit Angabe von Firma und Adresse der Firma A sowie Grund und Dauer des Ausschlusses nach Eintritt der Rechtskraft der BKB zwecks Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen gemäss Art. 25 Abs 2 VöB gemeldet.

80 Im Unterschied zu Listeneintragungen ist eine Mitteilung von **Berichtigungen bzw. Streichungen** Sache der BKB, welche gemäss Art. 25 Abs. 1 VöB für das Führen der Liste verantwortlich ist. Ob Einträge zu berichtigen oder ob Anbieterinnen wegen Falscheintrags von der Liste zu streichen sind, muss von der BKB aufgrund des von ihr erhobenen Sachverhalts beurteilt werden. Eine solche Beurteilung kann von Amtes wegen oder aufgrund des Gesuchs einer betroffenen Anbieterin nach Art. 25 DSG erfolgen (dazu näher Rz. 89 ff.). Demzufolge ist die BKB auch die geeignete Behörde, um Berichtigungen bzw. Streichungen von Einträgen der betroffenen Anbieterin mitzuteilen. Keiner Mitteilung bedarf es hingegen dann, wenn die Dauer einer Sanktion abgelaufen ist (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1966, wo diesbezüglich der Verfügungscharakter verneint wird). Art. 45 Abs. 3 Satz 6 BöB verlangt explizit, dass nach Ablauf der Sanktion der Eintrag aus der Liste (von Amtes wegen) zu löschen ist.

4. Fristen

81 Die **dritte Frage** zur Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen lautet: «Die Rechtsgrundlagen und Erläuterungen enthalten keine Regelung hinsichtlich Fristen. Welche Fristen gelten für die Meldung an die BKB und für die Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen?»

82 Wie in der Fragestellung angesprochen, enthalten die massgebenden Rechtsgrundlagen für die Meldung von Ausschlüssen an die BKB und für die Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen keine Fristen. Die Eintragung sanktionierter Anbieterinnen in die Liste hat zum Zweck, die Wirksamkeit der Sanktion gegenüber Auftraggeberinnen, welche die Sanktion nicht verfügen und damit von dieser keine Kenntnis haben, faktisch sicherzustellen. Die Liste ist insofern eine Vollzugshilfe, d.h. ein Instrument für den effektiven Vollzug der nach Art. 45 Abs. 1 BöB ausgesprochenen Sanktionen. Um die faktische Wirksamkeit der Sanktionen bestmöglich zu gewährleisten, haben daher deren Meldung durch die Auftraggeberin an die BKB sowie die Eintragung in die Liste **unverzüglich** zu erfolgen.

83 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Ausschluss einer Anbieterin von künftigen öffentlichen Aufträgen gemäss Art. 45 Abs. 3 BöB erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft der BKB gemeldet werden darf (Rz. 66). Eine andere Frage ist demgegenüber, ab welchem Zeitpunkt ein Ausschluss **rechtswirksam** wird. Grundsätzlich tritt die Rechtswirksamkeit einer Anordnung mit Eröffnung der Verfügung ein. Die Rechtswirksamkeit wird indessen aufgeschoben,

wenn gegen die Verfügung ein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung eingelegt wird. Während der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 VwVG), gilt dies für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht nicht (Art. 103 Abs. 1 und 2 BGG). Das bedeutet, dass Rechtswirksamkeit einerseits und Meldung sowie Eintragung des Ausschlusses in die Sanktionsliste andererseits zeitlich auseinanderfallen. Ein Ausschluss ist folglich bereits rechtlich wirksam, bevor er an die BKB mitgeteilt und von dieser in die Liste eingetragen wird. Ein solches zeitliches Auseinanderfallen von Rechtswirksamkeit und Listeneintragung ist insofern problematisch, als andere Auftraggeberinnen erst mit der Listeneintragung von der Sanktion Kenntnis haben können. Für anderen Auftraggeberinnen ist die Sanktion somit erst ab der Listeneintragung faktisch wirksam (Rz. 82). Im Ergebnis resultiert daraus, dass eine Sanktion für die sanktionierende Auftraggeberin und die anderen Auftraggeberinnen nicht ab demselben Zeitpunkt (rechtlich bzw. faktisch) wirksam ist.

84 Um das Auseinanderfallen von Rechtswirksamkeit und Listeneintragung bzw. faktischer Wirksamkeit zu vermeiden, bietet sich an, dass die sanktionierende Auftraggeberin im Entscheiddispositiv einen **Aufschub der Rechtswirksamkeit der Sanktion** bis zum Zeitpunkt der Meldung an die BKB anordnet (zu dieser Möglichkeit KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 833). Da das Datum der Meldung gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. a VöB explizit in der Sanktionsliste zu vermerken ist, besteht dabei in Bezug auf den Beginn der Sperre Rechtssicherheit. Damit die betroffene Anbieterin vom Beginn der Sperre Kenntnis erhält und diesbezüglich nicht auf ein Einsichtsgesuch gemäss Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB angewiesen ist, sollte sie von der Auftraggeberin über den Zeitpunkt der Meldung an die BKB informiert werden. Eine solche Information der Anbieterin über die erfolgte Meldung stellt wie die Mitteilung der Meldung an die BKB selbst (Rz. 75 ff.) eine blosser Orientierung ohne Verfügungscharakter (Realakt) dar. Sollte die Auftraggeberin die Meldung der Sanktion nach Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung und damit auch den Zeitpunkt des Ablaufs der Sanktion ungebührlich hinauszögern, stünde der betroffenen Anbieterin immer noch die Möglichkeit offen, mit einem Gesuch nach Art. 25a VwVG eine Berichtigung der Sanktionsdauer zu verlangen.

85 Wird die Rechtswirksamkeit der Sanktion auf den Zeitpunkt ihrer Meldung an die BKB aufgeschoben, könnte das **Entscheiddispositiv** wie folgt lauten:

86 1. Die Firma A wird wegen Erfüllung des Tatbestands von [Nennung der Bestimmung] von künftigen öffentlichen Aufträgen der Auftraggeberin [Nennung der Auftraggeberin, für welche der Ausschluss gilt] bzw. aller Auftraggeberinnen des Bundes [beim Tatbestand der Korruption] **ab dem Zeitpunkt der Meldung an die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB)** für die Dauer von X Jahren bzw. Monaten ausgeschlossen.

[2. Verfahrenskosten]

[Rechtsmittelbelehrung]

[Eröffnung der Verfügung]

Meldung an die BKB:

Der Ausschluss nach Ziffer 1 dieser Verfügung wird mit Angabe von Firma und Adresse der Firma A sowie Grund und Dauer des Ausschlusses nach Eintritt der Rechtskraft der BKB zwecks Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen gemäss Art. 25 Abs. 2 VöB gemeldet.

5. Korrekturen

- 87 Die **vierte Frage** zur Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen lautet: «Wie erfolgen Korrekturen von Fehleinträgen (z.B. aufgrund Versehen, falscher Angaben oder nicht rechtskräftiger Sanktionsverfügungen)?»
- 88 Die Sicherstellung der **Richtigkeit von Daten** gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Datenschutzrechts. Wer Personendaten bearbeitet, hat sich gemäss Art. 5 Abs. 1 DSG über deren Richtigkeit zu vergewissern. Er hat alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Daten berichtigt oder vernichtet werden, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Beschaffung oder Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind. Das neue Datenschutzgesetz hält diesbezüglich ergänzend fest, dass die Angemessenheit der Massnahmen namentlich von der Art und dem Umfang der Bearbeitung sowie vom Risiko, das die Bearbeitung für die Persönlichkeit oder Grundrechte der betroffenen Personen mit sich bringt, abhängt (Art. 6 Abs. 5 revDSG). Gemäss Art. 5 Abs. 2 DSG kann jede betroffene Person verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden.
- 89 Gegenüber Bundesorganen wird der in Art. 5 Abs. 2 DSG allgemein statuierte **datenschutzrechtliche Berichtigungsanspruch** in Art. 25 DSG konkretisiert. Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann gemäss Art. 25 Abs. 1 DSG vom verantwortlichen Bundesorgan verlangen, dass es das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt (lit. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt (lit. b) oder die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (lit. c). Der Gesuchsteller kann insbesondere verlangen, dass das Bundesorgan Personendaten berichtigt, vernichtet oder die Bekanntgabe an Dritte sperrt sowie seinen Entscheid Dritten mitteilt oder veröffentlicht (Art. 25 Abs. 3 DSG). Das in Art. 25 Abs. 1 DSG erwähnte verantwortliche Bundesorgan ist vorliegend die BKB als Verantwortliche für die Führung der Sanktionsliste (Art. 25 Abs. 1 VöB) und damit als Inhaberin der Datensammlung (Rz. 62).
- 90 Betroffene Anbieterinnen oder Subunternehmerinnen, die aufgrund eines Auskunftsgesuchs nach Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB oder auf andere Weise (namentlich im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens) von einem Fehleintrag in der Sanktionsliste erfahren, können jederzeit mittels **Gesuch an die BKB** ihren Berichtigungsanspruch gemäss Art. 25 DSG geltend machen. Die BKB hat auf das Gesuch einzutreten und den geltend gemachten Berichtigungsanspruch materiell zu prüfen, falls die Sanktionsliste Personendaten der Gesuchstellerin enthält. In diesem Fall hat die Gesuchstellerin ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 25 Abs. 1 DSG. Über das Berichtigungsgesuch hat die BKB mittels **Verfügung** zu entscheiden, da sich das Berichtigungsverfahren nach ausdrücklicher Vorschrift in Art. 25 Abs. 4 DSG nach dem VwVG richtet. Die in Vollziehung solcher Verfügungen von der BKB tatsächlich durchgeführten Berichtigungen sind demgegenüber Realakte.
- 91 Die mit dem **totalrevidierten Datenschutzgesetz** eingeführten Datenschutzbestimmungen im RVOG (Rz. 63) statuieren keinen expliziten Berichtigungsanspruch für juristische Personen gegenüber Bundesorganen. Der revidierte Art. 57f RVOG hält lediglich fest, dass das anwendbare Verfahrensrecht die Rechte der betroffenen juristischen Personen regelt. Es ist davon auszugehen, dass Gesuche juristischer Personen künftig gestützt auf Art. 25a VwVG an die zuständigen Bundesorgane zu richten sind (vgl. Art. 25a Abs. 1 lit. b VwVG: Gesuch auf Berichtigung der Folgen widerrechtlicher Handlungen); auch über solche Gesuche wird die BKB mittels Verfügung zu entscheiden haben.

- 92 Falls die BKB selbst auf Fehleinträge in der Sanktionsliste aufmerksam wird oder von Dritten, namentlich von Auftraggeberinnen, von Fehleinträgen erfährt, hat sie diese unverzüglich **von Amtes wegen zu berichtigen**. Auf Berichtigungen von Amtes wegen ist Art. 25 DSG nicht anwendbar; entsprechend unterstehen solche Berichtigungen auch nicht dem VwVG (vgl. Art. 25 Abs. 4 DSG). Einer Berichtigung von Amtes wegen fehlt demzufolge der Verfügungscharakter; die Berichtigung sollte jedoch der betroffenen Anbieterin mitgeteilt werden (vgl. Rz. 75 ff.). Im Übrigen werden für das Verfahren zur Korrektur von Fehleinträgen die vom EFD gestützt auf Art. 25 Abs. 6 VöB zu regelnden technischen und organisatorischen Voraussetzungen zu beachten sein.

6. Handlungsformen

- 93 Die **fünfte Frage** zur Eintragung in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen lautet: «Welche Handlungen im Zusammenhang mit der Listenführung (insb. Eintrag in die Liste, Korrekturen, Streichung von der Liste) sind anfechtbare Verfügungen, welche Realakte?»
- 94 Die Qualifikation der verschiedenen Handlungen im Zusammenhang mit der Liste der für künftige Aufträge gesperrten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen wurde vorstehend geklärt. **Zusammenfassend** sind folgende Akte als Verfügungen bzw. Realakte zu qualifizieren:
- Mitteilung von Eintragungen in die Liste durch die Auftraggeberin an die sanktionierte Anbieterin sowie Meldung der einzutragenden Daten an die BKB: **Realakte** (Rz. 76 ff.),
 - Eintragungen gemeldeter Daten in die Liste durch die BKB: **Realakte** (Rz. 76 ff.),
 - Entscheide der BKB über Berichtigungsgesuche von betroffenen Anbieterinnen gemäss Art. 25 DSG: **Verfügungen** (Rz. 90 f.),
 - Berichtigungen von Einträgen durch die BKB von Amtes wegen und Mitteilung solcher Berichtigungen an die betroffenen Anbieterinnen: **Realakte** (Rz. 92).

IV. Bekanntgabe von Daten aus der Liste der sanktionierten Anbieterinnen

- 95 Die Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmen ist nicht öffentlich (Art. 45 Abs. 3 Satz 2 BöB). Gemäss Art. 45 Abs. 3 Sätze 3 und 5 BöB sowie Art. 25 VöB verfügen die Auftraggeberinnen, die betroffenen Anbieterinnen und Subunternehmen über **Rechte auf Bekanntgabe bzw. Auskunftsrechte**. Entsprechend stellen sich für die BKB die Fragen, welche Personen das Auskunftsrecht konkret geltend machen können, über welche Daten konkret Auskunft erteilt werden darf, wie die Auskunftserteilung zu erfolgen hat und welche Rechtsnatur dieser zukommt.
- 96 Die Beantwortung dieser Fragen hängt davon ab, welcher Gruppe die um Auskunft ersuchende Organisationseinheit zugehört. Entsprechend untersucht Kap. IV.1 zuerst Adressaten, Gegenstand und Modalitäten der Bekanntgabe von Informationen aus der Liste der sanktionierten Anbieterinnen an die Auftraggeberinnen des Bundes. Kap. IV.2 behandelt der Bekanntgabe von

Daten an die betroffenen Unternehmen und in Kap. IV.3 wird schliesslich die Rechtsnatur der Auskunft geklärt.

1. Bekanntgabe an Auftraggeberinnen des Bundes

a. Adressaten der Bekanntgabe

- 97 Wie in Rz. 52 ausgeführt, ist grundsätzlich **jede Beschaffungsstelle** des Bundes berechtigt, Auskunft über den Inhalt der Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmen zu erhalten. Auf diese Weise wird in erster Linie gewährleistet, dass keine öffentlichen Aufträge des Bundes an Anbieterinnen erteilt werden, welche wegen Verstosses gegen die Korruptionsbestimmungen sanktioniert worden sind. Gleichzeitig können die Informationen in der Liste Aufschluss darüber geben, ob gegen eine Anbieterin ein Ausschlussgrund nach Art. 44 BöB vorliegt.
- 98 Mit Art. 45 Abs. 3 Satz 3 BöB verfügen die Beschaffungsstellen des Bundes über die nach Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 lit. a DSGVO erforderliche **gesetzliche Grundlage**, um Auskunft über die Datensammlung zu erhalten (nach Inkrafttreten des neuen DSGVO: revArt. 57s Abs. 3 lit. a RVOG). Die Grundlage ist in einem formellen Gesetz verankert, sodass auch die für die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Daten erforderlichen Anforderungen an die Normstufe erfüllt sind. Indem die öffentliche Beschaffung definitionsgemäss der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben dient (vgl. Art. 8 BöB) und auch die Durchsetzung der beschaffungsrechtlichen Sanktionen eine öffentliche Aufgabe darstellt, ist die Einsicht in die Liste zusätzlich gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. a DSGVO gerechtfertigt.
- 99 Nicht als auskunftsberechtigte Auftraggeberinnen im Sinne von Art. 45 BöB gelten **private Vergabestellen**, die im Auftrag einer Bedarfsstelle des Bundes ein Vergabeverfahren durchführen (Rz. 25). Entsprechend muss in diesem Fall die Bedarfsstelle dafür besorgt sein, dass keine wegen Korruption gesperrte Anbieterin den öffentlichen Auftrag erhält und allenfalls vorliegende Ausschlussgründe nach Art. 44 BöB im Beschaffungsverfahren berücksichtigt werden.
- 100 Mit Blick auf das Gesagte wird deutlich, dass die Personen, die Auskunft über die Liste erhalten, nicht zwingend über eine Organstellung, eine leitende Funktion oder eine Zeichnungsberechtigung verfügen müssen. Das Auskunftsrecht gilt nicht nur für die Auftraggeberin mit Rechtspersönlichkeit, sondern **jede Beschaffungsstelle** innerhalb der juristischen Person (Rz. 52; Art. 25 Abs. 3 lit. a BöB). Folglich hat grundsätzlich jede natürliche Person, die für eine Beschaffungsstelle des Bundes ein Vergabeverfahren durchführt, das Recht, Auskunft über die Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmen zu erhalten. Diese Regelung hat zur Folge, dass potenziell fast jede bei der Bundesverwaltung bzw. einer Auftraggeberin ausserhalb der Zentralverwaltung angestellte Person Auskunft über die in der Liste verzeichneten Daten erhalten könnte. Auf diese Weise würde der nicht öffentliche Charakter der Sanktionsliste bis zu einem gewissen Grad unterlaufen, und es bestünde ein erhebliches Missbrauchspotential.
- 101 Für die BKB stellt sich deshalb die Frage, wie das Auskunftsverfahren ganz konkret umgesetzt werden soll, damit gewährleistet ist, dass die Informationen nur an berechtigte Auftraggeberinnen im Zusammenhang mit der Durchführung eines konkreten Beschaffungsverfahrens mitgeteilt werden. Da die BKB nicht in der Lage ist zu überprüfen, ob eine Anfrage im Zusammenhang mit einer konkreten Beschaffung steht bzw. ob ein im Gesuch angegebener Bezug zu einer Beschaffung zutrifft, muss sie auf die Richtigkeit der Angaben der Gesuchstellerin vertrauen

können. Entsprechend bietet sich für die BKB an, die **Auskunftsmodalitäten** so auszugestalten, dass die öffentliche Auftraggeberin die Verantwortung für die Richtigkeit der Anfragen trägt. In Betracht fallen dabei etwa folgende Möglichkeiten:

- Eine erste Möglichkeit besteht darin, dass die Informationen nur auf ein **begründetes Gesuch** hin mitgeteilt werden. Die Gesuchstellerin müsste demnach neben Namen und Organisationseinheit angeben, für welches konkrete Beschaffungsprojekt die Informationen benötigt werden (zu den materiellen Auskunftsvoraussetzungen Rz. 103 ff.). Als weitere formelle Voraussetzung könnte verlangt werden, dass das Gesuch durch ein Mitglied der Geschäftsleitung oder eine Person mit Zeichnungsberechtigung mitunterzeichnet wird. Auf diese Weise wäre gewährleistet, dass die Gesuchstellerin die Verantwortung für die Richtigkeit der Angaben trägt. Es bietet sich an, dass die BKB ein Gesuchsformular vorbereitet, aus dem für die Gesuchstellerin ersichtlich wird, welche konkreten Angaben erforderlich sind, um die Informationen aus dem Register zu erhalten.
- Eine zweite Möglichkeit wäre, dass die Geschäftsleitung der öffentlichen Auftraggeberin der BKB in regelmässigen Abständen mitteilt, **welche Personen** innerhalb ihrer Organisation Zugang zu den Informationen der Sanktionsliste erhalten sollen. Wird der Zugang auf einen Personenkreis aus Einkäuferinnen und Einkäufern mit Leitungsfunktion eingeschränkt, könnten die formellen Anforderungen an die Gesuche gesenkt werden. So könnte etwa darauf verzichtet werden, dass bei jedem Gesuch das konkrete Beschaffungsprojekt angegeben werden muss und auch die Mitunterzeichnung durch eine zeichnungsberechtigte Person würde sich erübrigen.
- Denkbar ist auch, die beiden Varianten zu **kombinieren**. Für Auftraggeberinnen, die nur wenige Beschaffungen durchführen, wäre es wohl einfacher, für jede Beschaffung ein begründetes Einzelgesuch auszustellen als eine Liste von zugangsberechtigten Personen zu führen und auf dem aktuellen Stand zu halten. Hingegen wäre es für Organisationseinheiten, die ausschliesslich mit öffentlichen Beschaffungen betraut sind, wesentlich effizienter, eine personenbezogene Auskunft einzurichten.

102 Abschliessend ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass es in der **Verantwortung der jeweiligen Auftraggeberin** liegt, zu gewährleisten, dass die Informationen aus der Sanktionsliste als besonders schützenswerte Personendaten innerhalb ihrer Organisation vertraulich gehandhabt werden.

b. Gegenstand der Bekanntgabe

103 Die **gesetzliche Grundlage**, welche die BKB dazu ermächtigt, die in der Sanktionsliste vermerkten Daten den Auftraggeberinnen des Bundes mitzuteilen, ist in Art. 45 Abs. 3 Satz 3 BöB sehr offen formuliert und an keinerlei materiellen Voraussetzungen geknüpft: «Sie [die BKB] sorgt dafür, dass jede Auftraggeberin in Bezug auf eine bestimmte Anbieterin oder Subunternehmerin die entsprechenden Informationen erhalten kann». Nachdem das DSG wie gezeigt eine hinreichend bestimmte formell-gesetzliche Grundlage verlangt, um besonders schützenswerte Daten bekanntzugeben, muss diese Bestimmung mittels Auslegung näher konkretisiert werden. Dabei gilt es die Grundsätze von Art. 4 DSG zu berücksichtigen. Insbesondere dürfen Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 DSG). Deren Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 2 DSG). Ferner dürfen die

Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 3 DSG). Diese Grundsätze sind auch nach Inkrafttreten des neuen DSG für die Bearbeitung von Daten juristischer Personen durch Bundesorgane relevant, ergeben sich doch unmittelbar aus der Bundesverfassung (Rz. 69).

- 104 Aus dem Wortlaut von Art. 45 Abs. 3 BöB geht der **Zweck** der Liste der sanktionierten Anbieterinnen nicht explizit hervor. Aus dem Zusammenhang wird allerdings ohne weiteres deutlich, dass die Liste dazu dient, die Sanktion zu vollstrecken und zu gewährleisten, dass gesperrte Anbieterinnen nicht rechtswidrig einen öffentlichen Auftrag erlangen (Rz. 82).
- 105 In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Sperren gemäss Art. 45 Abs. 1 BöB je nach Sanktionsgrund eine unterschiedliche Wirkung entfalten. Während die Sanktion wegen Korruption eine bundesweite Auftragsperre bezweckt, gilt die Sanktion wegen anderen Tatbeständen nur für die betroffene Auftraggeberin. Entsprechend steht der Zweck der Bearbeitung der Daten in einem direkten **Bezug zur Wirkung der Sanktion**. Die Bearbeitung der nach Art. 45 Abs. 3 BöB erhobenen Daten dient nur soweit einem gesetzlich vorgesehenen Zweck, als das Beschaffungsrecht den Daten überhaupt eine rechtliche Bedeutung beimisst. Hingegen wäre die Datenbearbeitung zwecklos und folglich rechtswidrig, wenn die Daten gemäss Beschaffungsrecht gar keine rechtliche Wirkung haben. Konkret bedeutet dies, dass die in der Liste enthaltenen Daten dann einer Auftraggeberin bekanntgegeben werden müssen, wenn das Beschaffungsrecht der Auftraggeberin die Pflicht oder ein Recht einräumt, gegen in der Liste verzeichnete Anbieterinnen überhaupt irgendwelche Massnahmen zu ergreifen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die sanktionierte Anbieterin gestützt auf Art. 44 BöB aus einem laufenden Beschaffungsverfahren ausgeschlossen werden kann oder – aufgrund einer nach Art. 45 Abs. 1 BöB verfügten Sanktion – ausgeschlossen werden muss (vgl. Rz. 107 am Ende).
- 106 **Fehlt ein solcher Bezug zur Wirkung der Sanktion**, ist die Bekanntgabe der Daten nicht mit den Grundsätzen von Art. 4 DSG vereinbar. Die Liste der sanktionierten Anbieterinnen enthält Informationen über Unternehmen, die wiederholt oder in schwerwiegender Weise gegen ihre beschaffungsrechtlichen Pflichten verstossen haben. Es liegt auf der Hand, dass eine Auftraggeberin, die Kenntnis über die verzeichneten Unternehmen hat, in der Regel alles daransetzen wird, dass ein zu vergebender Auftrag nicht an eine bereits in der Liste verzeichnete Anbieterin erteilt wird. Es besteht deshalb die ernste Gefahr, dass sanktionierte Anbieterinnen auch in denjenigen Vergabeverfahren benachteiligt werden, die von der Sanktionswirkung ausgenommen sind. Die Bekanntgabe der Daten über den in Art. 45 Abs. 1 BöB definierten Kreis von Anbieterinnen hinaus wäre folglich nicht nur unverhältnismässig, sondern würde auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen (Art. 4 Abs. 2 DSG).

aa. Bekanntgabe von Daten über Anbieterinnen, die bundesweit gesperrt sind

- 107 Mit Blick auf das Gesagte wird deutlich, dass die Auskunftsvoraussetzungen von der rechtlichen Wirkung der Sanktion für künftige öffentliche Aufträge abhängen. Die Wirkung der Sanktion hängt ihrerseits davon ab, ob sie wegen Korruption oder wegen einem anderen Tatbestand ausgesprochen worden ist. Gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB wirkt der Ausschluss beim **Tatbestand der Korruption** (Art. 44 Abs. 1 lit. e BöB) für **alle Auftraggeberinnen** des Bundes. Entsprechend verliert eine in der Liste wegen Korruption verzeichnete Anbieterin während der Sperrzeit das Recht, für öffentliche Aufträge des Bundes ein Angebot einzureichen. Alle Auftraggeberinnen des Bundes sind verpflichtet, ein allenfalls dennoch eingereichtes Angebot der

sanktionierten Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB (und nota bene nicht Art. 44 Abs. 1 lit. e BöB) vom Verfahren auszuschliessen. Art. 44 Abs. 1 BöB sieht zwar vor, dass die Auftraggeberin eine Anbieterin von einem Verfahren ausschliessen *kann*, wenn diese nach Art. 45 Abs. 1 BöB für künftige Aufträge gesperrt worden ist; aus Art. 45 Abs. 1 BöB folgt indessen, dass im Fall einer sanktionierten Sperre der Ausschluss von künftigen Beschaffungsverfahren nicht im Ermessen der Auftraggeberin steht, sondern *zwingend* ist. Demzufolge muss jede Auftraggeberin des Bundes jederzeit wissen, ob eine Anbieterin, die sich für einen bestimmten Auftrag bewirbt, wegen Korruption gesperrt worden ist. Entsprechend ist die Bekanntgabe dieser Information an Auftraggeberinnen des Bundes an keine weiteren materiellen Voraussetzungen geknüpft.

bb. Bekanntgabe von Daten über Anbieterinnen, die nur für die betroffene Auftraggeberin gesperrt sind

- 108 Gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB wirkt der Ausschluss wegen **allen übrigen Tatbeständen** nur für die **betroffene Auftraggeberinnen** des Bundes. Wie ausgeführt ist diese Bestimmung dahingehend auszulegen, dass die Sperre für sämtliche Bedarfs- und Beschaffungsstellen innerhalb einer dem Beschaffungsrecht unterstellten Einheit mit Rechtspersönlichkeit gilt (Rz. 45). Entsprechend muss es einer Vergabestelle immer möglich sein, bei der BKB abzuklären, ob eine Anbieterin durch eine andere, derselben juristischen Person zugehörige Vergabestelle gesperrt worden ist.
- 109 Beispielsweise muss das ASTRA von der BKB erfahren können, ob eine im Vergabeverfahren des ASTRA beteiligte Anbieterin von einer anderen Auftraggeberin der Zentralverwaltung – wie z.B. dem BBL – gemäss Art. 45 BöB gesperrt und in die Liste der sanktionierten Anbieterinnen eingetragen worden ist.
- 110 Auch wenn nicht auszuschliessen ist, dass eine Auftraggeberin die ihr untergeordneten Vergabestellen über sanktionierte Anbieterinnen informiert, benötigt die Vergabestelle dennoch eine offizielle Bestätigung der BKB, damit sie den Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB nachweisen und die Anbieterin vom Verfahren ausschliessen kann.
- 111 Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob einer Auftraggeberin (z.B. SBB Immobilien) gestützt auf Art. 45 Abs. 3 Satz 3 BöB mitgeteilt werden darf, ob eine Anbieterin durch eine Auftraggeberin gesperrt worden ist, die einer **anderen juristischen Person** zugehört (z.B. BBL). Die Mitteilung der Daten ist nur dann zulässig, wenn die um Auskunft ersuchende Auftraggeberin anhand der erhaltenen Daten eine Anbieterin aus ihrem Vergabeverfahren gestützt auf einen Ausschlussgrund nach Art. 44 BöB ausschliessen darf.
- 112 Die **Auftragssperre** nach Art. 45 Abs. 1 BöB gilt gemäss **Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB** als Ausschlussgrund. Entsprechend ist zu prüfen, ob eine Auftraggeberin eine gesperrte Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB ausschliessen darf, auch wenn die Auftraggeberin gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 3 nicht von der Wirkung der Sanktion betroffen ist. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, dass sich die öffentlichen Auftraggeberinnen nicht gegenseitig «vorschreiben» sollen, welche Anbieterinnen nicht mehr berücksichtigt werden dürfen (Botschaft BöB, BBI 2017 1851, 1965). Eine Vergabestelle ist folglich **nicht verpflichtet**, Anbieterinnen von einem Verfahren auszuschliessen, welche durch eine Vergabestelle, die einer anderen juristischen Person zugehört, nach Art. 45 Abs. 1 BöB sanktioniert worden sind.

- 113 Aus dem Gesetz geht hingegen nicht klar hervor, ob die Vergabestelle **dennoch berechtigt** ist, die sanktionierte Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB vom Verfahren auszuschliessen. Der Wortlaut von Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB liesse zwar grundsätzlich die Auslegung zu, wonach eine Vergabestelle des Bundes alle die in der Liste verzeichneten Anbieterinnen ausschliessen dürfte, unabhängig davon, wer die Sperre ausgesprochen hat (in diese Richtung wohl Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1965; ebenso Erläuterungen des EFD zur VöB vom 12.2.2020, S. 18; TRÜEB/CLAUSEN, BöB 44 N 16). Ein solches Ergebnis stünde jedoch im direkten Widerspruch zu Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB, wonach nur Sperren wegen Korruption für alle Auftraggeberinnen gelten und die Sperren wegen aller übrigen Tatbestände ausschliesslich gegenüber der betroffenen Auftraggeberin wirken sollen. Es kann nicht das Ziel des Ausschlussgrundes nach Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB sein, die Wirkung einer Sperre entgegen der expliziten Regelung in Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB auf alle Auftraggeberinnen des Bundes auszudehnen. Nach einer systematischen und teleologischen Auslegung ist der Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB somit nur erfüllt, wenn die Anbieterin wegen Korruption sanktioniert worden ist oder wenn der Ausschluss durch diejenige Auftraggeberin verfügt wird, die auch die Sanktion angeordnet hat (so auch DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, Rz. 38; JÄGER, Rz. 230, a.M. TRÜEB/CLAUSEN, BöB 44 N 16, BöB 45 N 5).
- 114 Auch **aus Sicht einer sanktionierten Anbieterin** wäre es ein unhaltbarer Zustand, wenn sie zwar gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB nach wie vor zur Einreichung einer Offerte bei anderen Auftraggeberinnen des Bundes zugelassen wäre, jedoch von Auftraggeberinnen nach Belieben gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB vom Verfahren ausgeschlossen werden könnte. Falls der Gesetzgeber eine Regelung beabsichtigt hätte, wonach es im Ermessen einer Auftraggeberin steht, ob sie eine von einer anderen Auftraggeberin sanktionierte Anbieterin ausschliessen möchte oder nicht, so hätte er dies klar zum Ausdruck bringen müssen. Ein impliziter Hinweis in der Botschaft genügt nicht (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1965). Überhaupt wäre fraglich, ob eine solche Regelung noch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV im Einklang stünde.
- 115 Als **Zwischenfazit** ist somit festzuhalten, dass eine Vergabestelle eine Anbieterin nicht gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB ausschliessen kann, wenn diese nicht wegen Korruption oder von einer Vergabestelle, die derselben juristischen Person zugehört, sanktioniert worden ist. Daraus folgt, dass die Auftraggeberin im Grundsatz **kein generelles Interesse** an der Bekanntgabe von Daten zu Unternehmen hat, die sie nicht selber sanktioniert hat oder die wegen Korruption sanktioniert worden sind. Die Bekanntgabe der Daten wäre mit der Gefahr verbunden, dass die Auftraggeberin andere (unrechtmässige) Mittel suchen würde, um zu erreichen, dass die sanktionierte Anbieterin den Auftrag nicht erhält. Die betroffene Anbieterin hat deshalb ein berechtigtes Interesse, dass ihre Daten aus der Sanktionsliste nicht an andere Auftraggeberinnen des Bundes bekanntgegeben werden.
- 116 Zu prüfen bleibt, ob die in der Liste verzeichneten Daten herangezogen werden dürfen, um eine sanktionierte Anbieterin **gestützt auf andere Ausschlussgründe** als Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB aus dem Vergabeverfahren einer von der Sanktion nicht betroffenen Auftraggeberin auszuschliessen. Diese Konstellation ist nur im Zusammenhang mit Sanktionen gegeben, die gestützt auf eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines **Verbrechens nach Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB** verhängt worden sind. Wie gezeigt verlangt ein Ausschluss wegen eines Verbrechens nicht, dass zwischen dem Verbrechen und der öffentlichen Beschaffung ein Zusammenhang besteht

(Rz. 34). In Bezug auf den Sanktionsgrund des Verbrechens haben demzufolge alle Auftraggeberinnen des Bundes mit Blick auf Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB ein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe der Daten, auch wenn sie gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB vom Wirkungsbereich der Sanktion ausgenommen sind.

- 117 Alle **übrigen Sanktionsgründe** – wie namentlich die Tatbestände des Vergehens zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin (Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB), der unzulässigen Wettbewerbsabreden (Art. 44 Abs. 2 lit. b BöB), der Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit, Vertraulichkeit oder Umweltschutzbestimmungen (Art. 44 Abs. 2 lit. f BöB) sowie der Verletzung von Melde- und Bewilligungspflichten nach BGSA (Art. 44 Abs. 2 lit. g BöB) – beziehen sich auf das der Sanktion zugrundeliegende Vergabeverfahren. Eine andere Auftraggeberin darf aus diesen abgeschlossenen Verstössen von Gesetzes wegen (Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB) keine Rückschlüsse auf ihr eigenes Verfahren ziehen.
- 118 Falls beispielsweise das BBL eine Anbieterin wegen schweren Verletzungen der Arbeitsschutzbestimmungen gestützt auf Art. 45 Abs. 1 Satz 1 BöB i.V.m. Art. 44 Abs. 2 lit. f BöB sanktioniert hat, so sind diese Daten allen Auftraggeberinnen der Zentralverwaltung bekanntzugeben, damit letztere die sanktionierte Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB aus ihren Vergabeverfahren ausschliessen können (Rz. 108 ff.). Hingegen können Auftraggeberinnen des Bundes ausserhalb der Zentralverwaltung die sanktionierte Anbieterin nicht gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB ausschliessen, da die Sanktion gemäss Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB ausserhalb der Zentralverwaltung keine Wirkung hat (Rz. 113 ff.). Auftraggeberinnen ausserhalb der Zentralverwaltung können die fragliche Anbieterin auch nicht gestützt auf Art. 44 Abs. 2 lit. f BöB ausschliessen, da zwischen dem Fehlverhalten der Anbieterin und dem Vergabeverfahren der Auftraggeberin kein Konnex besteht (zum Erfordernis des Konnex Rz. 29 ff.). Allein die Tatsache, dass eine Anbieterin in einem anderen Verfahren z.B. gegen Arbeitsschutzbestimmungen verstossen hat und deshalb sanktioniert worden ist, ist kein rechtsgenügender Nachweis, um die Anbieterin in einem anderen Verfahren wegen Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen auszuschliessen. Folglich haben in diesem Beispiel Auftraggeberinnen ausserhalb der Zentralverwaltung kein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe der Daten über die sanktionierte Anbieterin.
- 119 Zu beachten ist schliesslich, dass eine Anbieterin gestützt auf **Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB** aus einem Verfahren ausgeschlossen werden kann, wenn sie frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt hat oder «in anderer Weise erkennen liess, **keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin** zu sein». Mit Blick auf diesen Ausschlussgrund liesse sich argumentieren, dass Anbieterinnen, die im Zusammenhang mit einer anderen öffentlichen Beschaffung sanktioniert worden sind, offenkundig keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin waren und gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB aus allen künftigen Verfahren ausgeschlossen werden können. Eine solche Auslegung stünde jedoch wiederum der Bestimmung in Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB diametral entgegen, wonach die Sperre nur gegenüber der sanktionierenden Auftraggeberin wirkt. Auch die Auslegung von Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB, wonach eine Sanktion nach Art 45 Abs. 1 BöB nicht als allgemeiner Ausschlussgrund gilt (Rz. 113), würde unterlaufen. Insgesamt zeigen diese Überlegungen, dass der Gesetzgeber das Zusammenspiel von Teilnahmebedingungen, Ausschlussgründen und Sanktionen nicht ausreichend durchdacht oder zumindest ausreichend klar geregelt hat.
- 120 Gemäss Botschaft BöB handelt es sich bei Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB um einen «Auffangtatbestand», dessen Anwendung «einer sorgfältigen Interessenabwägung bedarf» und «in der Regel eine erfolglose Abmahnung der Anbieterin» voraussetze (BBI 2017 1851, 1962). Die Botschaft

führt weiter aus: «Sichere Kenntnis dieser Ausschlussgründe dürfte regelmässig nur die Auftraggeberin haben, die bereits auf entsprechende Erfahrungen mit der Anbieterin zurückblicken kann. Den Vergabestellen wird empfohlen, die fehlende Verlässlichkeit oder Vertrauenswürdigkeit der Vertragspartnerin zu dokumentieren.» Nach Auffassung der Gutachter verwendet der Gesetzgeber hier derart offene Rechtsbegriffe, die kaum noch mit dem Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV vereinbar sind. Die Gerichte werden bei der Überprüfung der Anwendung dieser Bestimmung einen besonders strengen Massstab anlegen müssen (zum Prüfmasstab offener Normen z.B. BGer, 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021, E. 3.2).

- 121 Jedenfalls ist der Wortlaut zusammen mit den Erläuterungen der Botschaft so zu verstehen, dass sich Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB konkret auf die **Leistungsfähigkeit der Anbieterin** beschränkt. Mit anderen Worten ist dieser Ausschlussgrund nur dann gegeben, wenn aufgrund fehlender Verlässlichkeit oder Vertrauenswürdigkeit berechtigte Zweifel bestehen, dass die Anbieterin ihre Leistungspflicht vertragsgemäss erfüllen wird. Hingegen kann mit fehlender Verlässlichkeit oder Vertrauenswürdigkeit nicht die Verletzung irgendwelcher Rechtspflichten gemeint sein, zumal die Verletzung von Rechtspflichten eigenständige Ausschlussgründe darstellen. Diese Überlegungen zeigen, dass eine Sanktion wegen einem Vergehen zum Nachteil der Auftraggeberin, unzulässigen Wettbewerbsabreden, Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit, Vertraulichkeit oder Umweltschutzbestimmungen oder Verletzung von Melde- und Bewilligungspflichten nach BGSA nicht geeignet ist, als Nachweis für den Ausschlussgrund der fehlenden Verlässlichkeit oder Vertrauenswürdigkeit nach Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB zu dienen. Folglich verfügen die Auftraggeberinnen auch mit Blick auf diesen Ausschlussgrund über kein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe der Daten aus der Sanktionsliste.

cc. **Bekanntgabe von Daten an Auftraggeberinnen, die ein eigenes Sanktionsverfahren führen**

- 122 Schliesslich kann die Bekanntgabe von Daten aus der Liste der sanktionierten Anbieterinnen im Zusammenhang mit der Durchführung von **Sanktionsverfahren** erforderlich sein. Auftraggeberinnen, die eine Anbieterin gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. c, lit. e oder Art. 44 Abs. 2 lit. b, lit. f, lit. g BöB aus ihrem Vergabeverfahren ausschliessen und in der Folge prüfen, ob zusätzlich eine Sanktion nach Art. 45 Abs. 1 BöB verhängt werden soll, verfügen mit Blick auf die Ermessensausübung ein berechtigtes Interesse auf Auskunft über die in der Liste der sanktionierten Anbieterinnen enthaltenen Daten. Insbesondere eine bereits in der Liste verzeichnete Verwarnung kann bei einer erneuten Pflichtverletzung dazu führen, dass die betroffene Anbieterin mit einer Auftragssperre sanktioniert wird (vgl. Rz. 66).
- 123 Eine Auftraggeberin, die gegen eine fehlbare Anbieterin ein Sanktionsverfahren führt, kann bereits ausgesprochene Verwarnungen immer dann berücksichtigen, wenn sie von der **Wirkung der Verwarnung** betroffen ist. In Analogie zur Wirkung der Auftragssperre muss auch die Wirkung der Verwarnung grundsätzlich auf die Vergabestellen derjenigen Auftraggeberin beschränkt sein, die die Verwarnung ausgesprochen hat.
- 124 In Anwendung dieses Grundsatzes kann beispielsweise das Astra im Rahmen seines Sanktionsverfahrens berücksichtigen, dass die fehlbare Anbieterin bereits durch andere Vergabestellen der Zentralverwaltung verwarnt worden ist. Hingegen darf das Astra Verwarnungen, die andere Auftraggeberinnen des Bundes – wie etwa die SBB oder die Post – verfügt haben, nicht

berücksichtigen. Daraus folgt, dass die BKB dem Astra auch nur über Verwarnungen Auskunft erteilen darf, die von Vergabestellen innerhalb derselben Auftraggeberin ausgesprochen worden sind.

- 125 Einzig die wegen Verletzung der Bestimmungen über die **Bekämpfung der Korruption** ausgesprochenen Verwarnungen wirken für alle Auftraggeberinnen des Bundes. Entsprechend können die wegen Korruption ausgesprochenen Verwarnungen in allen von Bundesauftraggeberinnen geführten Sanktionsverfahren berücksichtigt werden. Folglich muss auch die BKB an alle Auftraggeberinnen des Bundes Auskunft über Verwarnungen wegen Korruption Auskunft geben, sofern diese Information zur Durchführung eines Sanktionsverfahrens verwendet wird. Ob das fragliche Sanktionsverfahren ebenfalls den Tatbestand der Korruption oder einen anderen Tatbestand betrifft, ist dabei nicht entscheidend.

dd. Zusammenfassung

- 126 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass eine Auftraggeberin des Bundes in den folgenden Fällen über ein **berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe** der Daten zu den sanktionierten Anbieterinnen verfügt:
- Die Anbieterin ist wegen Verletzung der Bestimmungen über die Bekämpfung der **Korruption** mit einer **Auftragssperre** oder einer **Verwarnung** sanktioniert worden: In diesem Fall wirkt die Sanktion für alle Auftraggeberinnen des Bundes, d.h. die gesperrte Anbieterin muss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB ausgeschlossen und eine Verwarnung muss in einem weiteren Sanktionsverfahren berücksichtigt werden.
 - Die Anbieterin ist gestützt auf eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines **Verbrechens** mit einer **Auftragssperre** sanktioniert worden: In diesem Fall gilt der Sanktionsgrund auch als allgemeiner Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB, weshalb alle Auftraggeberinnen im Sinne des BöB ein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe dieser Daten haben. Die Auftraggeberin kann die betroffene Anbieterin gestützt auf die Daten aus der Sanktionsliste aus dem Verfahren ausschliessen und ihrerseits mit einer Auftragssperre belegen.
 - Die Anbieterin ist durch eine Vergabe- oder Bedarfsstelle mit einer **Auftragssperre** oder einer **Verwarnung** sanktioniert worden, die **derselben juristischen Person** zugehört: Alle dieser juristischen Person zugehörenden Vergabestellen sind verpflichtet, die gesperrte Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB auszuschliessen und eine Verwarnung in einem weiteren Sanktionsverfahren zu berücksichtigen.
- 127 Unter diesen Voraussetzungen verfügt die auskunftersuchende Auftraggeberin über einen **Rechtsanspruch** auf Bekanntgabe der Daten. Entsprechend ist die BKB verpflichtet, dem Gesuch zu entsprechen und die Auskunft zu erteilen.
- 128 In allen übrigen Fällen hat die Sanktion keine beschaffungsrechtliche Wirkung, weshalb die Vergabestelle **kein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe** der Daten hat und diese auch nicht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, wie namentlich die Durchführung eines Vergabe- oder Sanktionsverfahrens, verwenden darf. Jedenfalls wäre es Aufgabe der Auftraggeberin, in ihrem Gesuch darzulegen, gegen welche Anbieterin sie den Verdacht hat, dass ein Ausschlussgrund nach Art. 44 BöB vorliegt und inwiefern die Daten gemäss Liste der sanktionierten

Anbieterinnen relevant sein könnten, den Ausschlussgrund nachzuweisen. Andernfalls ist die BKB verpflichtet, das Gesuch abzuweisen und die Bekanntgabe zu verweigern.

c. Modalitäten der Bekanntgabe

- 129 Das Auskunftsverfahren der BKB muss gewährleisten, dass die Daten nur an auskunftsberechtigte Personen (Rz. 97 ff.) mitgeteilt werden und dass die Voraussetzungen für eine Bekanntgabe (Rz. 103 ff.) in jedem Einzelfall erfüllt sind. Konkret stellt sich für das Auskunftsverfahren die Frage, ob die BKB der Auftraggeberin auf Gesuch hin **alle in der Liste** verzeichneten Firmen mitteilt, oder ob eine Auskunft nur mit Bezug auf die im Gesuch **explizit genannten Firmen** erteilt wird.
- 130 Gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 3 BöB sorgt die BKB dafür, dass jede Auftraggeberin «in Bezug auf eine bestimmte Anbieterin oder Subunternehmerin» die entsprechenden Informationen erhalten kann. Bereits aus dem Wortlaut wird deutlich, dass die Anfrage den **Bezug zu einem bestimmten Unternehmen** aufweisen muss. Die wörtliche Auslegung legt den Schluss nahe, dass die Auftraggeberin nur eine Information zu den in ihrem Vergabeverfahren konkret beteiligten Anbieterinnen und Subunternehmen erhalten darf (so auch Botschaft BöB, BBI 2017 1851, 1966; WASER, Rz. 29; TRÜEB/CLAUSEN, BöB 45 N 10).
- 131 Derselbe Schluss ergibt sich auch aus dem Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** nach Art. 4 Abs. 2 DSG (bzw. Art. 13 BV i.V.m. Art. 36 Abs. 2 BV). Um zu gewährleisten, dass eine sanktionierte Anbieterin nicht rechtswidrig einen öffentlichen Auftrag erlangen kann, ist es nicht erforderlich, dass die Auftraggeberin über sanktionierte Unternehmen informiert wird, die gar nicht an ihrem Vergabeverfahren als Anbieterin oder Subunternehmen teilnehmen. Es ist als mildere Massnahme ausreichend, wenn die BKB nur zu denjenigen Unternehmen eine Information erteilt, die tatsächlich am Vergabeverfahren der Auftraggeberin beteiligt sind.
- 132 Die Offenlegung der gesamten Sanktionsliste wäre schliesslich auch nicht mit dem gesetzgeberischen Grundsatz vereinbar, dass es sich um eine **nicht öffentliche Liste** handelt. So liesse sich kaum verhindern, dass der Inhalt der Liste zumindest innerhalb der Bundesverwaltung und allenfalls auch nach Aussen bekannt würde. Auch bestünde das Risiko, dass die Auftraggeberinnen die Listen selber aufbewahren und ihre Beschaffungsentscheide möglicherweise auf veraltete oder fehlerhafte Informationen abstützen könnten.
- 133 **Zusammenfassend** ist somit festzuhalten, dass die BKB nur über diejenigen Unternehmen eine Information erteilt, die im Auskunftsgesuch der Auftraggeberin konkret aufgeführt sind. Wenn die Voraussetzungen für eine Auskunftserteilung (Rz. 103 ff.) erfüllt sind und eine der im Gesuch aufgeführten Unternehmen in der Liste verzeichnet ist, teilt die BKB der Auftraggeberin den Namen (Firma) und die Adresse der sanktionierten Anbieterin oder Subunternehmerin, den Grund der Sperre sowie die Dauer der Sperre mit. Hinsichtlich der technischen und organisatorischen Voraussetzungen für den Zugang zur Liste werden im Übrigen aufgrund von Art. 25 Abs. 6 VöB in einer Verordnung des EFD zu regelnden Vorgaben zu beachten sein.

2. Bekanntgabe an sanktionierte Anbieterinnen

- 134 Weiter stellt sich die Frage, inwieweit Anbieterinnen ein Recht auf Auskunft über die in der Sanktionsliste verzeichneten Daten haben. Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB hält fest, dass die Daten auf

Ersuchen «der betroffenen Anbieterin oder Subunternehmerin» bekannt gegeben werden. Mit dieser Bestimmung wird das allgemeine, in Art. 8 DSG verankerte datenschutzrechtliche **Auskunftsrecht** konkretisiert. Demnach kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden (Art. 8 Abs. 1 DSG). Die BKB ist als Inhaberin der Datensammlung (Rz. 62) Adressatin dieses Auskunftsrechts.

- 135 Die nach Art. 8 DSG und Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB auskunftsberechtigten Personen sind **Unternehmen im gesellschaftsrechtlichen Sinn**. In der Regel handelt es sich um juristische Personen; möglich sind aber auch andere Rechtseinheiten wie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften oder natürliche Personen als Einzelunternehmen (vgl. die Liste der Rechtseinheiten gemäss Art. 927 Abs. 2 OR). Auch Unternehmen mit Sitz im Ausland haben ein Recht auf Auskunft. Gesuche um Auskunft über die in der Sanktionsliste verzeichneten Daten müssen entsprechend von einer Person unterzeichnet sein, die nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften berechtigt ist, das Unternehmen gegenüber Dritten zu vertreten. Ein Unternehmen kann ausschliesslich Auskünfte verlangen, welche *dieses* Unternehmen betreffen – nicht aber Auskünfte über andere Unternehmen. So wäre es etwa unzulässig, einer Anbieterin Auskunft über Einträge bezüglich eines Subunternehmens zu erteilen, soweit das Subunternehmen die Anbieterin nicht ausdrücklich zur Einholung von Auskünften bei der BKB ermächtigt hat.
- 136 Art. 8 DSG ist dazu bestimmt, die Betroffenen in die Lage zu versetzen, ihre übrigen Datenschutzrechte wahrzunehmen, wie namentlich das Recht, gestützt auf Art. 25 DSG die Berichtigung von Fehleinträgen zu verlangen (BGE 139 V 492 E. 3.2; 125 II 473 E. 4b; VOKINGER, BöB 45 N 13). Folgerichtig knüpft Art. 8 Abs. 1 DSG das Auskunftsrecht an **keine inhaltlichen Voraussetzungen** (unbedingtes Auskunftsrecht). Dies gilt auch für die Konkretisierung des Auskunftsrechts in Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB. Für die Wahrnehmung des Auskunftsrechts müssen Anbieterinnen daher gegenüber der BKB kein schutzwürdiges Interesse geltend machen. Vorbehalten bleiben rechtsmissbräuchliche Auskunftsgesuche von Personen, über die von vorher ein keine Daten in einer Datensammlung enthalten sein können. So müsste die BKB etwa auf Auskunftsgesuche von Personen, die keine Unternehmen sind und daher keine sanktionierten Anbieterinnen sein können, nicht eintreten.
- 137 Der **Inhalt der Auskunft** ist in Art. 25 Abs. 3 («Diese Daten») i.V.m. Art. 25 Abs. 2 VöB abschliessend festgelegt. Demnach sind der Gesuchstellerin alle über sie in der Sanktionsliste vorhandenen Daten mitzuteilen: Datum der Meldung, meldende Auftraggeberin, Name (Firma) und Adresse der Anbieterin oder Subunternehmerin, Grund der Sperre und Dauer der Sperre. Art. 8 Abs. 2 DSG umschreibt den Inhalt des Auskunftsrechts zwar weiter. Demnach muss die Inhaberin der Datensammlung der betroffenen Person «alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten» (lit. a) sowie «den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger» mitteilen. Die Angaben über die Herkunft der Daten (Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG) gibt die BKB jedoch mit der Mitteilung der meldenden Auftraggeberin bekannt. Und die in Art. 8 Abs. 2 lit. b DSG genannten Angaben sind alle aus den gesetzlichen Grundlagen für die Datensammlung in Art. 45 Abs. 3 BöB sowie Art. 25 VöB ersichtlich. Daher bleibt es dabei: Die BKB hat einem Unternehmen, das um Auskunft ersucht, alle über dieses Unternehmen in der Sanktionsliste vorhandenen Daten gemäss Art. 25 Abs. 2 VöB mitzuteilen. Ist kein Eintrag in der Liste vorhanden, hat die BKB dies dem Unternehmen so mitzuteilen.

- 138 Das Datenschutzrecht verbietet Bundesorganen die **Bekanntgabe von Personendaten an Dritte**, ohne dass die Voraussetzungen nach Art. 19 DSG erfüllt sind. Art. 35 DSG stellt die unbefugte Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten (Rz. 60) – wie solchen über Verwaltungssanktionen – unter Strafe, wenn sie vorsätzlich im Zusammenhang mit der Berufsausübung geschieht (Verletzung der beruflichen Schweigepflicht). So würde die BKB rechtswidrig handeln, wenn sie Unternehmen, die um Auskunft ersuchen, Daten mit Bezug auf andere Unternehmen mitteilen würde. Ebenso wäre das Datenschutzrecht verletzt, wenn die BKB einer Person, welche unter falscher Identität ein Auskunftsgesuch stellt (z.B. Konkurrenten einer Anbieterin), einen Listeneintrag bekannt geben würde.
- 139 Um die unbefugte Bekanntgabe von Personendaten im Rahmen der Erteilung von Auskünften zu verhindern, verlangt Art. 1 Abs. 1 VDSG, dass sich jede Person, die vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft nach Art. 8 DSG verlangt, über ihre **Identität ausweist**. Es gehört somit zu den datenschutzrechtlichen Sorgfaltspflichten der BKB, von Gesuchstellern den Ausweis der Identität zu verlangen und diesen zu überprüfen.
- 140 Hinsichtlich der **Form von Gesuch und Erteilung der Auskunft** kommt der BKB ein gewisser Spielraum zu. Gemäss Art. 1 Abs. 1 VDSG ist die Auskunft in der Regel in schriftlicher Form zu beantragen. Entsprechend erfolgt auch die Erteilung der Auskunft in der Regel schriftlich. Kraft Art. 1 Abs. 2 VDSG können Auskunftsbegehren und Auskunftserteilung indessen auch auf elektronischem Weg erfolgen, wenn der Inhaber der Datensammlung dies ausdrücklich vorsieht und angemessene Massnahmen trifft, um die Identifizierung der betroffenen Person sicherzustellen und die persönlichen Daten der betroffenen Person bei der Auskunftserteilung vor dem Zugriff unberechtigter Dritter zu schützen. Im Einvernehmen mit dem Inhaber der Datensammlung oder auf dessen Vorschlag hin kann die betroffene Person ihre Daten auch an Ort und Stelle einsehen; die Auskunft kann ferner auch mündlich (z.B. am Telefon) erteilt werden, wenn die betroffene Person eingewilligt hat und vom Inhaber identifiziert worden ist (Art. 1 Abs. 3 VDSG).
- 141 Zur **Frist** hält Art. 1 Abs. 4 VDSG fest, dass die Auskunft innert 30 Tagen seit dem Eingang des Auskunftsbegehrens erteilt wird. Kann die Auskunft nicht innert 30 Tagen erteilt werden, so muss der Inhaber der Datensammlung den Gesuchsteller hierüber benachrichtigen und ihm die Frist mitteilen, in der die Auskunft erfolgen wird. Aus praktischer Sicht kann es im Beschaffungswesen indessen angezeigt sein, dass die Auskunft unverzüglich erteilt wird. So wäre insbesondere denkbar, dass Subunternehmen auf eine rasche Auskunft angewiesen sind, um gegenüber der Anbieterin den Nachweis zu erbringen, dass sie nicht in der Sanktionsliste verzeichnet sind.
- 142 Die Erteilung von Auskünften an Unternehmen durch die BKB ist **grundsätzlich kostenlos**. Eine angemessene Beteiligung an den Kosten kann ausnahmsweise in den von Art. 2 Abs. 1 VDSG genannten Fällen verlangt werden. Vorliegend dürfte nur lit. a dieser Bestimmung relevant sein. Danach kann eine Kostenbeteiligung verlangt werden, wenn der antragstellenden Person in den zwölf Monaten vor dem Gesuch die gewünschten Auskünfte bereits mitgeteilt wurden und kein schutzwürdiges Interesse an einer neuen Auskunftserteilung nachgewiesen werden kann; ein schutzwürdiges Interesse ist insbesondere gegeben, wenn die Personendaten ohne Mitteilung an die betroffene Person verändert wurden. Die Beteiligung beträgt gemäss Art. 2 Abs. 2 VDSG maximal 300 Franken. Der Gesuchsteller ist über die Höhe der Beteiligung vor der Auskunftserteilung in Kenntnis zu setzen und kann sein Gesuch innert zehn Tagen zurückziehen.

3. Rechtsnatur der Bekanntgabe

- 143 Die Rechtsnatur von Auskünften der BKB über Einträge in der Sanktionsliste ist je nach Empfänger differenziert zu beurteilen. Zunächst ist die Rechtsnatur einer Auskunftserteilung der BKB an eine **Auftraggeberin des Bundes** zu beurteilen. Solche Auskünfte werden im Zusammenhang mit einem konkreten Beschaffungsverfahren der Auftraggeberin erteilt und dienen als Beweismittel für einen möglichen Ausschluss vom Verfahren (Auskünfte von Drittpersonen gemäss Art. 12 lit. c VwVG). Es handelt sich dabei um eine Form der Amtshilfe. Wie vorne dargelegt, folgt aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Behörde nicht im Sinne von Art. 5 VwVG verfügen muss, wenn sie zur Amtshilfe gesetzlich verpflichtet ist und dabei keinen Beurteilungsspielraum hat (Rz. 75). Die BKB ist aufgrund von Art. 25 Abs. 3 lit. a VöB gesetzlich verpflichtet, die in der Sanktionsliste verzeichneten Daten auf Ersuchen einer Auftraggeberin oder ihrer untergeordneten Vergabestelle bekanntzugeben. Dabei kommt ihr kein Beurteilungsspielraum zu. Somit ist die BKB nicht verpflichtet, über die Erteilung von Auskünften an Auftraggeberinnen des Bundes eine Verfügung zu erlassen. Solche Auskünfte stellen damit *verwaltungsinterne Realakte* dar. Sollte die BKB eine Auskunft widerrechtlich erteilen, hätte die betroffene Anbieterin die Möglichkeit, sich im jeweiligen Beschaffungsverfahren bzw. im entsprechenden Beschwerdeverfahren dagegen rechtlich zur Wehr zu setzen.
- 144 Die Erteilung von Auskünften an **Anbieterinnen** gestützt auf Art. 8 DSG und Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB stellt als solche ebenfalls rein tatsächliches Verwaltungshandeln (*Realakt*) dar, dessen Modalitäten in Art. 1 VDSG geregelt sind. Gibt aber die BKB einem Auskunftsgesuch ganz oder teilweise nicht statt oder tritt es darauf nicht ein, schränkt es damit den datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch ein. Die Einschränkung gesetzlich verankerter Rechte ist von der Behörde in Form einer Verfügung nach Art. 5 VwVG anzuordnen. Die BKB hat damit eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, wenn sie das Auskunftsgesuch eines Unternehmens ganz oder teilweise abweist oder darauf nicht eintritt. Dasselbe gilt, wenn die BKB (gestützt auf Art. 2 VDSG) von der Gesuchstellerin eine Kostenbeteiligung verlangt.

V. Austausch von Informationen mit den Kantonen

- 145 Gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 5 BöB stellen **Bund und Kantone** einander «alle nach diesem Artikel» erhobenen Informationen zur Verfügung. Die Formulierung dieser Bestimmung ist insofern sinnwidrig, als die Kantone nicht berechtigt sind, gestützt auf Art. 45 BöB irgendwelche Informationen zu erheben. Die Bestimmung sollte vielmehr lauten, dass der Bund den Kantonen die gestützt auf Art. 45 BöB erhobenen Informationen zur Verfügung stellt. Im Gegenzug ist in Art. 45 Abs. 3 Satz 5 IVöB 2019 vorgesehen, dass auch die Kantone dem Bund die Daten zu den nach kantonalem Recht gesperrten Unternehmen zur Verfügung stellen.
- 146 Im Folgenden werden zunächst Adressaten, Gegenstand und Modalitäten der gegenseitigen Informationspflicht geklärt (Kap. V.1.). Danach ist zu fragen, wie die BKB mit den Meldungen betreffend kantonale Sanktionen umzugehen hat, namentlich welches die Anforderungen an deren Bearbeitung und Archivierung sind (Kap. V.2.). Schliesslich gilt es Fragen im Zusammenhang mit der Auskunft der BKB über kantonale Sanktionen zu untersuchen (Kap. V.3.).

1. Adressaten, Gegenstand und Modalitäten des Informationsaustausches

a. Adressaten der Informationspflicht

- 147 Als Adressaten der in Art. 45 Abs. 3 Satz 5 BöB und Art. 45 Abs. 3 Satz 5 IVöB verankerten gegenseitigen Informationspflicht bezeichnen das Gesetz und die interkantonale Vereinbarung «Bund und Kantone». Der Bundesrat hat in Art. 25 Abs. 5 VöB festgelegt, dass die **BKB** die auf der Liste verzeichneten Daten dem **Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB)** unter entsprechender Zweckbindung bekanntgibt (vgl. VOKINGER, BöB 45 N 16). Diese Regelung ist insofern sinnvoll, als gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 2 IVöB 2019 das InöB mit der Aufgabe betraut wird, die Liste der nach kantonalem Recht sanktionierten Anbieterinnen zu führen. Umgekehrt hat das InöB die Daten der von ihm geführten Sanktionsliste der BKB zur Verfügung zu stellen. Dies ergibt sich daraus, dass auf Bundesebene die BKB die Sanktionsliste führt (Art. 25 Abs. 1 VöB). Adressaten der gegenseitigen Informationspflicht sind somit auf der Seite des Bundes die BKB, auf der Seite der Kantone das InöB. Hingegen haben kantonale und kommunale Auftraggeberinnen gegenüber der BKB keinen Anspruch auf Auskunft über die in der Sanktionsliste des Bundes aufgeführten Daten (Rz. 53; TRÜEB/CLAUSEN, BöB 45 N 10; Erläuterungen des EFD zur VöB vom 12.2.2020, S. 18).
- 148 Die in Art. 25 Abs. 5 VöB verankerte Bekanntgabepflicht der BKB gegenüber dem InöB setzt indessen voraus, dass die Kantone die IVöB 2019 auch tatsächlich ratifizieren. Sollten **nicht alle Kantone der neuen IVöB beitreten**, wäre zu entscheiden, ob die nicht beigetretenen Kantone die Daten über die nach Bundesrecht sanktionierten Anbieterinnen bei der BKB oder beim InöB beschaffen bzw. die Daten über die nach dem jeweiligen kantonalen Recht sanktionierten Anbieterinnen der BKB oder dem InöB zur Verfügung stellen müssten.

b. Gegenstand des Informationsaustausches

aa. Bekanntgabe durch die BKB an das InöB

- 149 Aus Art. 45 Abs. 3 Satz 5 BöB folgt, dass der Bund den Kantonen **alle Daten der Sanktionsliste** zur Verfügung zu stellen hat. Das BöB knüpft die Bekanntgabe der Daten an keinerlei Voraussetzungen. Das bedeutet, dass die BKB alle in der Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen verzeichneten Daten gemäss Art. 25 Abs. 2 VöB dem InöB bekanntgeben muss.
- 150 Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist diese Regelung insofern problematisch, als die IVöB 2019 die **Wirkung der Sanktionen** des Bundes nicht auf die kantonale Ebene ausdehnt und deshalb die Einträge in der Sanktionsliste des Bundes für die Kantone gar nicht direkt rechtlich relevant sind. Jedenfalls geht weder aus dem Wortlaut von Art. 44 und Art. 45 IVöB 2019 noch aus der Musterbotschaft hervor, dass es für eine kantonale Auftraggeberin möglich sein sollte, eine durch den Bund nach Art. 45 BöB sanktionierte Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j IVöB 2019 aus einem Vergabeverfahren auszuschliessen. Vielmehr bezieht sich der Ausschlussgrund von Art. 44 Abs. 1 lit. j IVöB 2019 gemäss explizitem Verweis nur auf Sanktionen nach Art. 45 IVöB 2019 – nicht aber auf Sanktion nach Art. 45 BöB. Daraus ist zu schliessen, dass die Sanktionen des Bundes auf kantonaler Ebene keine direkte Wirkung entfalten und deshalb die nach Bundesrecht gesperrten Anbieterinnen nicht gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j IVöB ausgeschlossen werden können.

- 151 Nichts anderes ergibt sich in Bezug auf die Bekanntgabe von Daten an kantonale Auftraggeberinnen, die in ihrem eigenen Vergabeverfahren ein **Sanktionsverfahren** gegen eine Anbieterin führen: Eine kantonale Auftraggeberin, die gegen eine fehlbare Anbieterin ein Sanktionsverfahren führt, könnte eine von einer Auftraggeberin des Bundes ausgesprochene Verwarnung nur dann berücksichtigen, wenn die Verwarnung ihr gegenüber wirksam wäre (vgl. Rz. 123). Die aufgrund von Art. 45 Abs. 1 BöB ausgesprochenen Verwarnungen (wie auch die Auftragsperren selbst) entfalten jedoch, wie vorne ausgeführt (Rz. 150), für kantonale Auftraggeberinnen keine Wirkung.
- 152 Die Kantone hätten grundsätzlich die Möglichkeit, in der IVöB 2019 oder im kantonalen Beschaffungsrecht vorzusehen, dass die nach Bundesrecht mit einer Auftragsperre sanktionierten Anbieterinnen auch auf kantonaler Ebene von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen sind. Bestünde eine solche Regelung, so hätten kantonale Auftraggeber in jedem Fall ein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe aller in der Sanktionsliste des Bundes verzeichneten Anbieterinnen.
- 153 Nachdem die Sanktionen des Bundes auf kantonaler Ebene gemäss IVöB 2019 keine direkte Wirkung entfalten, sind die Einträge in der Sanktionsliste des Bundes für kantonale Auftraggeberinnen höchstens insofern indirekt relevant, als diese Anhaltspunkte für einen **Ausschlussgrund** im Sinne von Art. 44 IVöB 2019 enthalten könnten. Wie bereits ausgeführt, sind aber die Ausschlussgründe gemäss Art. 44 BöB nach hier vertretener Auffassung nur auf Pflichtverletzungen anwendbar, die einen Konnex zu einer konkreten öffentlichen Beschaffung aufweisen (Rz. 29 ff.). Diese Überlegung gilt auch für Art. 44 IVöB 2019. Folglich kann eine kantonale Auftraggeberin die Daten der bundesrechtlichen Sanktionsliste nicht dazu verwenden, um eine nach Bundesrecht sanktionierte Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. e (Korruption), Abs. 2 lit. b (Wettbewerbsabreden), Abs. 2 lit. f (Verletzung von Arbeits- und Umweltschutzbestimmungen) oder Abs. 2 lit. g (Schwarzarbeit) der IVöB 2019 auszuschliessen, sofern kein Konnex zwischen der Pflichtverletzung, die Gegenstand der bundesrechtlichen Sanktion bildet, und dem kantonalen Vergabeverfahren besteht (vgl. zur analogen Situation auf Bundesebene Rz. 117 ff.).
- 154 Einzig bei Ausschlüssen wegen eines **Verbrechens** weicht auch die IVöB 2019 in Art. 44 Abs. 1 lit. c vom Erfordernis eines Konnexes ab (vgl. Rz. 116 mit Hinweis auf Rz. 34). Folglich kann eine von einer Auftraggeberin des Bundes verfügte und in der Liste der BKB eingetragene Sanktion (Auftragsperre oder Verwarnung) gemäss IVöB 2019 immerhin dann zum Ausschluss der betroffenen Anbieterin im kantonalen Beschaffungsverfahren führen, wenn die Sanktion wegen Vorliegens eines Verbrechens (Art. 44 Abs. 1 lit. c IVöB 2019) ausgesprochen wurde. Alle anderen Ausschlussgründe gemäss Art. 44 IVöB 2019 sind dagegen auf das jeweilige kantonale Beschaffungsverfahren bezogen.
- 155 Mit Blick auf den datenschutzrechtlichen **Verhältnismässigkeitsgrundsatz** (Art. 4 Abs. 2 DSG, Art. 36 Abs. 2 BV) müsste sich die Bekanntgabe der Daten an das InöB folglich auf jene Sanktionen beschränken, die wegen eines Verbrechens verhängt wurden. Der Bundesgesetzgeber überspielt jedoch diesen Aspekt der Verhältnismässigkeit, indem er in Art. 45 Abs. 3 Satz 5 BöB explizit die Bekanntgabe aller Daten der Sanktionsliste an die Kantone vorschreibt. Die Bekanntgabe aller Einträge in der Sanktionsliste durch die BKB an das InöB ist damit von einer hinreichenden formellgesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 DSG bzw. revArt. 57s Abs. 2 RVOG getragen.

- 156 Art. 25 Abs. 5 VöB hält fest, dass die BKB die auf der Liste verzeichneten Daten des InöB **unter entsprechender Zweckbindung** bekanntgibt. Die Zwecke, für welche das InöB die empfangenen Daten verwenden darf, ergeben sich abschliessend aus dem massgebenden (inter-)kantonalen Recht, namentlich aus der IVöB 2019 (vgl. Rz. 152). Darüber hinaus bedarf es keiner besonderen Festlegung der Zweckbindung durch die BKB. Der Verweis auf die Zweckbindung in Art. 25 Abs. 5 VöB erscheint somit deklaratorischer Natur. Es obliegt der InöB dafür zu sorgen, dass die Bekanntgabe von Daten der Sanktionsliste des Bundes an kantonale Auftraggeberinnen mit dem Datenschutzrecht vereinbar ist.
- 157 Ergänzend ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass die IVöB in Art. 45 im Unterschied zum BöB keine Bestimmung über die Tragweite der Wirkung der Sanktion enthält. Aus dem Wortlaut der IVöB geht folglich nicht hervor, ob eine kantonale Vergabesperre nur für die sanktionierende Auftraggeberin, die Auftraggeberinnen innerhalb desselben Kantons oder für alle Auftraggeberinnen im Geltungsbereich der IVöB wirkt. Die Klärung dieser Frage bildet indessen nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens und sie ist für die Wirkung der Sanktionen im Verhältnis Bund und Kantone nicht relevant.

bb. Bekanntgabe durch das InöB an die BKB

- 158 Art. 45 Abs. 3 Satz 5 IVöB hält – spiegelbildlich zu Art. 45 Abs. 3 Satz 5 BöB – fest, dass Bund und Kantone einander «alle nach diesem Artikel erhobenen Informationen» zur Verfügung stellen. Aufgrund dieser Bestimmung hat das InöB **alle Daten** der von ihm geführten Liste der sanktionierten Anbieter und Subunternehmer an die BKB bekanntzugeben. Diese Liste umfasst alle Auftragssperren, die von kantonalen Auftraggebern oder nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörden der InöB gemeldet worden sind (Art. 45 Abs. 3 Satz 1 und 2 IVöB). Falls die Kantone mit Blick auf die Sanktionsbemessung bei Wiederholungsfällen auch Verwarnungen und Bussen in die Sanktionsliste aufnehmen sollten (vgl. Rz. 66), so wären diese Daten ebenfalls der BKB mitzuteilen.
- 159 Spiegelbildlich zu den Ausführungen im vorangehenden Kapitel entfalten auch die nach kantonalem Recht verhängten Sanktionen **keine Wirkung** auf der Ebene des Bundes. Das BöB enthält keine Grundlage, welche die Wirkung von kantonalen Sanktionen auf den Bund ausdehnen würde. Auch die von den Kantonen verhängten Sanktionen wegen Korruption sind auf Bundesebene wirkungslos; Art. 45 Abs. 1 Satz 3 BöB verweist explizit auf Art. 44 Abs. 1 lit. e BöB als Rechtsgrundlage für die Sanktion. Entsprechend kann auch der Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB nicht als Grundlage dienen, um eine nach kantonalem Recht gesperrte Anbieterin aus einem Bundesvergabeverfahren auszuschliessen (vgl. Rz. 150 ff.). Im gleichen Sinne dürfen auch kantonale Verwarnungen und Bussen – sofern diese denn in die Liste des InöB eingetragen würden – mangels Wirkung auf Bundesebene nicht im Rahmen von laufenden Sanktionsverfahren der Bundesauftraggeberinnen berücksichtigt werden.
- 160 Für Auftraggeberinnen des Bundes sind die Daten der Sanktionsliste des InöB deshalb nur insoweit rechtlich relevant, als eine Sanktion Anhaltspunkte für einen **Ausschlussgrund** im Sinne von Art. 44 BöB (ausserhalb von lit. j) enthalten könnte. Dies trifft wiederum nur auf Sanktionen zu, die auf den Tatbestand der rechtskräftigen **Verurteilung wegen eines Verbrechens** gründen. In allen anderen Fällen setzt ein Ausschluss nach Art. 44 BöB einen Konnex zwischen der Pflichtverletzung und dem Beschaffungsverfahren voraus (vgl. Rz. 29 ff., 153 f.). Zwischen kantonalen Sanktionen und bundesrechtlichen Beschaffungsverfahren fehlt es von vornherein an

einem solchen Konnex. Auch eine wegen Korruption ausgesprochene kantonale Sanktion kann nicht zu einem Ausschluss von einem bundesrechtlichen Beschaffungsverfahren nach Art. 44 Abs. 1 lit. e BöB führen, sofern nicht zugleich ein Verbrechen gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB vorliegt.

- 161 Auch die von Art. 45 Abs. 3 Satz 5 IVöB vorgesehene Zurverfügungstellung aller Daten der Sanktionsliste durch das InöB an den Bund ist damit mit Blick auf den **Verhältnismässigkeitsgrundsatz** (Art. 4 Abs. 2 DSG, Art. 36 Abs. 2 BV) überschüssend. Die Bekanntgabe der Daten an die BKB müsste sich auf jene Sanktionen beschränken, die wegen eines Verbrechens verhängt wurden. Art. 45 Abs. 3 Satz 5 IVöB stellt jedoch eine genügende formellgesetzliche Grundlage für die Mitteilung sämtlicher Daten der Sanktionsliste an den Bund, d.h. an die BKB, dar.

cc. Zusammenfassung

- 162 Die BKB hat dem InöB gestützt auf Art. 45 Abs. 3 Satz 5 BöB **alle Daten** der von ihr geführten Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen zur Verfügung zu stellen. Für kantonale Auftraggeberinnen sind jedoch nur die Daten zu jenen Sanktionen rechtlich relevant, die von Auftraggeberinnen des Bundes wegen eines Verbrechens verfügt wurden. Dasselbe gilt spiegelbildlich: Das InöB hat der BKB gestützt auf Art. 45 Abs. 3 Satz 5 IVöB alle Daten der von ihm geführten Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen zur Verfügung zu stellen. Für Auftraggeberinnen des Bundes sind indessen nur die Daten zu jenen Sanktionen rechtlich relevant, die von kantonalen Auftraggeberinnen wegen eines Verbrechens verfügt wurden.

c. Modalitäten des Informationsaustausches

- 163 Der Gesetzgeber schweigt sich über die Modalitäten der gegenseitigen Bekanntgabe der Listeneinträge zwischen der BKB und dem InöB aus. Um die Vollständigkeit und Richtigkeit der Daten zu gewährleisten, sind die Eintragungen wie auch die Berichtigung und Löschung von Einträgen **unverzüglich mitzuteilen**. Optimal wäre, mittels geeigneter elektronischer Verknüpfung dafür zu sorgen, dass Eintragungen, Korrekturen und Löschungen gleichzeitig bei der BKB und der InöB erfolgen. Alternativ könnten sich die BKB und das InöB mittels Abrufverfahren (vgl. Art. 45 Abs. 3 Satz 4 BöB) direkte Zugriffsrechte auf die Sanktionsliste einräumen. Unzulässig wäre es hingegen, Daten der Sanktionslisten direkt den Vergabestellen bekanntzugeben (vgl. Rz. 147). In Bezug auf die Sanktionsliste der BKB hält Art. 25 Abs. 5 VöB explizit fest, dass die auf der Liste verzeichneten Daten an das InöB bekanntzugeben sind.
- 164 Die gegenseitige Bekanntgabe der in den Sanktionslisten von BKB und InöB verzeichneten Daten ist dem Bereich der Amtshilfe zuzuordnen. Es handelt sich mithin um verwaltungsinterne Vorgänge, denen **keine Verfügungsqualität** zukommt (vgl. Rz. 143).

2. Bearbeitung der Daten des InöB

- 165 Gemäss Gutachtensauftrag ist weiter die Frage zu beantworten, was mit den Meldungen des InöB betreffend kantonale Sanktionen geschieht und welches die Anforderungen an deren Bearbeitung und Archivierung sind. Dabei ist auch zu untersuchen, wer die Verantwortung für die Richtigkeit der Daten trägt.

- 166 Gemäss Art. 45 Abs. 3 Satz 2 IVöB ist das InöB dafür verantwortlich, die Liste der kantonalen Sanktionen zu führen. Diese **Verantwortlichkeit des InöB** bleibt bestehen, wenn es die Daten der Listen der BKB zur Verfügung stellt. Mit der Bekanntgabe der Daten an die BKB wird somit die Verantwortlichkeit des InöB für die Daten nicht an die BKB übertragen.
- 167 Das bedeutet, dass das InöB für die **Richtigkeit und Vollständigkeit** der von ihm der BKB bekanntgegebenen Daten der kantonalen Sanktionsliste verantwortlich ist. Das InöB hat somit Listeneinträge zu korrigieren bzw. zu berichtigen, wenn sich diese als falsch oder unvollständig erweisen. Ebenso hat das InöB nach Ablauf der Sanktionen die entsprechenden Einträge aus der Liste zu löschen (Art. 45 Abs. 3 Satz 6 IVöB). Gesuche von Anbieterinnen auf Berichtigung oder Löschung von Einträgen in der kantonalen Sanktionsliste sind demzufolge ebenfalls vom InöB zu beurteilen. Geht bei der BKB ein Berichtigungsgesuch in Bezug auf die kantonale Sanktionsliste ein, hat diese das Gesuch somit zur Beurteilung an das InöB weiterzuleiten. Hat das InöB einen Eintrag in der kantonalen Sanktionsliste berichtigt oder gelöscht, hat es dies unverzüglich der BKB mitzuteilen (Rz. 163).
- 168 Hinsichtlich der **Sicherheit der vom InöB bekanntgegebenen Daten** ergeben sich für die BKB dann Verantwortlichkeiten, wenn sie solche Daten selber aufbewahrt oder den Zugang zu solchen Daten kontrolliert. Soweit die BKB über die Daten der InöB verfügen kann, sind die datenschutzrechtlichen Anforderungen des Bundesrechts massgebend. Dazu gehören die Vorschriften zur Datensicherheit gemäss Art. 7 DSGVO und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in Art. 20 VDSG. Danach ist insbesondere sicherzustellen, dass keine unbefugten Dritten auf die Daten zugreifen können (Grundsatz der Vertraulichkeit) und die Daten nicht verändert werden (Grundsatz der Integrität). Nach Inkrafttreten des totalrevidierten Datenschutzgesetzes sollten diese Vorgaben zur Datensicherheit in Bezug auf die Daten juristischer Personen sinngemäss angewendet werden (zum Ganzen vorne Rz. 70 f.).

3. Bekanntgabe von Daten des InöB durch die BKB

- 169 Schliesslich ist gemäss Gutachtensauftrag zu prüfen, wie die BKB mit Gesuchen um Auskunft über die in der kantonalen Sanktionsliste enthaltenen Informationen vorgehen soll. Ist die Auskunft durch die BKB zu erteilen (auf Nachfrage beim InöB) oder werden die Anfragen von Amtes wegen an die zuständigen Stellen (InöB) weitergeleitet?
- 170 Wie bereits dargelegt, ist die BKB gegenüber kantonalen Auftraggeberinnen nicht auskunftsbe-rechtigt (Rz. 147). Gleiches gilt auch umgekehrt. Auftraggeberinnen des Bundes haben gemäss IVöB keinen Anspruch auf Auskunft gegenüber dem InöB. Die Auskunftsgesuche der Bundesauftraggeberinnen müssen sich folglich **an die BKB** richten, wobei diese gestützt auf den Informationsaustausch mit dem InöB auch über die Daten der kantonalen Sanktionsliste Auskunft geben kann, soweit diese Daten für die Auftraggeberinnen rechtlich relevant sind (dazu sogleich Rz. 171 ff.). Der Informationsaustausch zwischen BKB und InöB wäre sinnlos, wenn Auftraggeberinnen des Bundes direkt gegenüber dem InöB auskunftsbe-rechtigt wären.
- 171 Für die BKB stellt sich folglich die Frage, **welche Daten** sie von der kantonalen Liste der sanktionierten Anbieterinnen an Auftraggeberinnen des Bundes bekanntgeben darf. Wie vorne ausgeführt, sind für Auftraggeberinnen des Bundes nur die Daten zu jenen Sanktionen rechtlich relevant, die von kantonalen Auftraggeberinnen bzw. Behörden wegen eines Verbrechens

verfügt wurden (Rz. 149 ff.). Entsprechend haben Auftraggeberin des Bundes nur dann ein berechtigtes Interesse und damit einen Rechtsanspruch auf Bekanntgabe der Daten zu den sanktionierten Anbieterinnen, wenn die Sanktion (Auftragssperre und gegebenenfalls auch Busse und Verwarnung) auf einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines **Verbrechens** gründet. In diesem Fall gilt der Sanktionsgrund auch als allgemeiner Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB, weshalb alle Auftraggeberinnen im Sinne des BöB ein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe dieser Daten haben. Die Auftraggeberin kann die betroffene Anbieterin gestützt auf die Daten aus der Sanktionsliste aus dem Verfahren ausschliessen und ihrerseits mit einer Auftragssperre belegen.

- 172 In allen **übrigen Fällen** haben kantonale Sanktionen für Auftraggeberinnen des Bundes keine beschaffungsrechtliche Wirkung, weshalb diese kein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe der Daten haben und diese auch nicht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, wie namentlich die Durchführung eines Vergabe- oder Sanktionsverfahrens, verwenden dürfen. Jedenfalls wäre es Aufgabe der Auftraggeberin, in ihrem Gesuch an die BKB darzulegen, gegen welche Anbieterin sie den Verdacht hat, dass ein Ausschlussgrund nach Art. 44 BöB vorliegt und inwiefern die Daten aus der Liste der InöB relevant sein könnten, den Ausschlussgrund nachzuweisen. Andernfalls ist die BKB verpflichtet, das Gesuch abzuweisen und die Bekanntgabe zu verweigern.
- 173 Mit Blick auf die **Modalitäten der Bekanntgabe** ist zu bemerken, dass sich die Auskunftsgesuche der Auftraggeberinnen auf eine konkrete Anbieterin beziehen müssen (Rz. 130). Hingegen wäre es wenig praktikabel, von den Auftraggeberinnen zusätzlich zu verlangen, dass sich ihr Gesuch spezifisch auf die Liste des Bundes oder die Liste der Kantone beziehen muss. Wenn das Auskunftsgesuch eine Anbieterin betrifft, die gemäss der kantonalen Liste über die sanktionierten Anbieterinnen gestützt auf den Verbrechenstatbestand mit einer Auftragssperre belegt worden ist, so muss die BKB diese Information der Auftraggeberin bekanntgeben. Die Rechtsnatur der Bekanntgabe gestaltet sich unabhängig davon, ob die Auskunft Daten der kantonalen Liste oder der Bundesliste zum Gegenstand hat; entsprechend kann hinsichtlich der Rechtsnatur der Bekanntgabe auf die Ausführungen in Kap. IV.3 verwiesen werden (Rz. 143 f.). Die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit der Information liegt beim InöB (Rz. 166 f.). Die BKB ist jedoch dafür verantwortlich, dass sie die Daten des InöB richtig bearbeitet.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

- 174 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen sind folgende Ergebnisse festzuhalten:
- 175 Der beschaffungsrechtliche **Begriff der «Auftraggeberin»** kann sich je nach Zusammenhang auf unterschiedliche Organisationseinheiten oder Gruppen von Organisationseinheiten beziehen. Im Bereich der Sanktionen sind dem Auftraggeberbegriff folgende Bedeutungen beizumessen:
- Die Bedarfs- und Beschaffungsstellen verfügen über die Kompetenz, Anbieterinnen zu sanktionieren, wenn sich ein Tatbestand in einem konkreten Vergabeverfahren (Beschaffungsstelle) oder der Ausführung eines Auftrags (Bedarfsstelle) verwirklicht. Sie sind gleichzeitig verpflichtet, den Ausschluss der BKB mitzuteilen. (Kap. II.2.a., Rz. 29 ff.)

- Die Auftragssperre wegen Verstosses gegen die Korruptionsbestimmungen wirkt gegenüber allen dem Bundesbeschaffungsrecht unterstellten Subjekten. Die Sperre wegen anderer Tatbestände wirkt für sämtliche Bedarfs- und Beschaffungsstellen innerhalb einer dem Beschaffungsrecht unterstellten Organisation mit Rechtspersönlichkeit. (Kap. II.2.b., Rz. 42 ff.)
- Das Recht auf Auskunft über die in der Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmen eingetragenen Unternehmen steht allen Beschaffungsstellen des Bundes zu. (Kap. II.2.c., Rz. 49 ff.)

176 Die **Meldung einer Sanktion** durch die Auftraggeberin an die BKB, die **Eintragung in die Liste** der sanktionierten Anbieterinnen sowie die **Berichtigung** eines Eintrags unterliegen folgenden datenschutzrechtlichen Bedingungen (Kap. III, Rz. 57 ff.):

- Die Auftraggeberin hat der BKB folgende Angaben zu melden: Name (Firma) und Adresse der sanktionierten Anbieterin oder Subunternehmerin, die erfüllten Tatbestände (Grund der Sperre) sowie Anfang und Ende (Dauer) der Sperre. Ebenso hat die Auftraggeberin der BKB Verwarnungen mit den entsprechenden Angaben zu melden. Weitere Angaben bzw. Personendaten dürfen nicht mitgeteilt werden. (Kap. III.2., Rz. 64 ff.)
- Die Meldung einer Sanktion an die BKB ist ein rein verwaltungsinterner Vorgang, der an keine qualifizierten Formen gebunden ist (Realakt). Zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität der mitzuteilenden Personendaten sind die Anforderungen an die Datensicherheit gemäss Art. 7 DSG und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in Art. 20 VDSG zu beachten. Es bietet sich an, die in der VDSG normierten Vorgaben zur Datensicherheit nach Inkrafttreten des neuen Datenschutzgesetzes in Bezug auf die Daten juristischer Personen sinngemäss anzuwenden und dies in einer Sanktionsverordnung explizit zu regeln. (Kap. III.2., Rz. 70 ff.)
- Eintragungen in die Liste sowie Berichtigungen bzw. Streichungen von der Liste von Amtes wegen sind ebenfalls als Realakte zu qualifizieren. Eintragungen und Berichtigungen sollten jedoch den betroffenen Anbieterinnen mitgeteilt werden. Dabei bietet sich an, dass die sanktionierende Auftraggeberin die Aufnahme einer Anbieterin in die Liste zusammen mit der Sanktion selbst mitteilt. Demgegenüber ist die Berichtigung bzw. Streichung eines Eintrags durch die BKB von dieser selbst der betroffenen Anbieterin mitzuteilen. Keiner Mitteilung bedarf es dann, wenn die Dauer einer Sanktion abgelaufen ist. (Kap. III.3., Rz. 72 ff.)
- Zwecks Gewährleistung der faktischen Wirksamkeit der Sanktionen haben Auftraggeberinnen Ausschlüsse nach Eintritt der formellen Rechtskraft unverzüglich an die BKB zu melden. Diese hat in der Folge die gemeldeten Daten unverzüglich in die Sanktionsliste einzutragen. Um das Auseinanderfallen von Rechtswirksamkeit und Listeneintragung zu vermeiden, sollte die Auftraggeberin sodann in ihrer Sanktionsverfügung einen Aufschub der Rechtswirksamkeit der Sanktion bis zum Zeitpunkt der Meldung an die BKB anordnen. (Kap. III.4., Rz. 81 ff.)
- Anbieterinnen oder Subunternehmerinnen, die von einem Fehleintrag in der Sanktionsliste erfahren, können jederzeit mittels Gesuch an die BKB ihren Berichtigungsanspruch gemäss Art. 25 DSG geltend machen. Über das Berichtigungsgesuch hat die BKB mittels Verfügung zu entscheiden. Falls die BKB selbst auf Fehleinträge in der Sanktionsliste aufmerksam wird oder von Dritten von Fehleinträgen erfährt, hat sie diese unverzüglich von Amtes wegen zu berichtigen. Einer Berichtigung von Amtes wegen fehlt der Verfügungscharakter; die

Berichtigung sollte jedoch von der BKB der betroffenen Anbieterin mitgeteilt werden. (Kap. III.5., Rz. 87 ff.)

177 Die **Bekanntgabe von Daten an Auftraggeberinnen des Bundes** unterliegt folgenden rechtlichen Anforderungen (Kap. IV.1, Rz. 95 ff.):

- Die BKB hat zu gewährleisten, dass die Daten der Sanktionsliste nur an berechnigte Auftraggeberinnen im Zusammenhang mit der Durchführung eines konkreten Beschaffungsverfahrens mitgeteilt werden. Die BKB kann dabei die Einsichtsmodalitäten so ausgestalten, dass die um Auskunft ersuchende Auftraggeberin die Verantwortung für die Richtigkeit der Anfragen trägt. (Kap. IV.1.a., Rz. 97 ff.)
- Die Bekanntgabe von Daten an Auftraggeberinnen setzt voraus, dass das Beschaffungsrecht der Auftraggeberin die Pflicht oder das Recht einräumt, gestützt auf die entsprechenden Daten gegen in der Liste verzeichnete Anbieterinnen Massnahmen zu ergreifen. Nur dann hat die Auftraggeberin ein berechtigtes Interesse auf Erhalt der Daten (Kap. IV.1.b., Rz. 103). Ein berechtigtes Interesse ist in den folgenden drei Konstellationen gegeben:
 - Die Anbieterin ist wegen Verletzung der Bestimmungen über die **Bekämpfung der Korruption** mit einer Auftragsperre oder einer Verwarnung sanktioniert worden: In diesem Fall wirkt die Sanktion für alle Auftraggeberinnen des Bundes, d.h. die gesperrte Anbieterin **muss** gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB ausgeschlossen und eine Verwarnung muss in einem weiteren Sanktionsverfahren berücksichtigt werden. (Kap. IV.1.b/aa, Rz. 107; Kap. IV.1.b/cc, Rz. 125)
 - Die Anbieterin ist durch eine Vergabe- oder Bedarfsstelle mit einer Auftragsperre oder einer Verwarnung sanktioniert worden, die **derselben juristischen Person** zugehört: Alle dieser juristischen Person zugehörenden Vergabestellen sind **verpflichtet**, die gesperrte Anbieterin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. j BöB auszuschliessen und eine Verwarnung in einem weiteren Sanktionsverfahren zu berücksichtigen. (Kap. IV.1.b/bb, Rz. 108 ff.; Kap. IV.1.b/cc, Rz. 122 ff.)
 - Die Anbieterin ist gestützt auf eine rechtskräftige **Verurteilung wegen eines Verbrechens** mit einer Auftragsperre sanktioniert worden: In diesem Fall gilt der Sanktionsgrund auch als allgemeiner Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB, weshalb alle Auftraggeberinnen im Sinne des BöB ein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe dieser Daten haben. Die Auftraggeberin **kann** die betroffene Anbieterin gestützt auf die Daten aus der Sanktionsliste aus dem Verfahren ausschliessen und ihrerseits mit einer Auftragsperre belegen. (Kap. IV.1.b/bb, Rz. 111 ff.)
- Die BKB darf den Auftraggeberinnen nur über diejenigen Unternehmen eine Information erteilen, die im Auskunftsgesuch konkret aufgeführt sind. Wenn die Vorsetzungen für eine Auskunftserteilung erfüllt sind und eine der im Gesuch aufgeführten Unternehmen in der Liste verzeichnet ist, teilt die BKB der Auftraggeberin den Namen (Firma) und die Adresse der sanktionierten Anbieterin oder Subunternehmerin, den Grund der Sperre sowie die Dauer der Sperre mit. (Kap. IV.1.c., Rz. 129 ff.)

178 Die **Bekanntgabe von Daten an Anbieterinnen** (Unternehmen) erfolgt gestützt auf Art. 8 Abs. 1 DSG und Art. 25 Abs. 3 lit. b VöB. Die BKB hat einem Unternehmen, das um Auskunft ersucht, alle über dieses Unternehmen in der Sanktionsliste vorhandenen Daten mitzuteilen. Ist kein

Eintrag in der Liste vorhanden, hat die BKB dies dem Unternehmen so mitzuteilen. Um die unbefugte Bekanntgabe von Personendaten im Rahmen der Erteilung von Auskünften zu verhindern, muss die BKB von jeder Gesuchstellerin den Ausweis der Identität verlangen und diesen überprüfen. Die Form des Auskunftsgesuchs und die Frist der Auskunftserteilung sind in Art. 1 VDSG geregelt. Die Auskunftserteilung erfolgt gemäss Art. 2 VDSG grundsätzlich kostenlos. (Kap. IV.2., Rz. 134 ff.)

179 Die Bekanntgabe von Daten an Auftraggeberinnen und Anbieterinnen (Unternehmen) stellt einen **Realakt** dar. Die BKB hat nur dann eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, wenn sie das Auskunftsgesuch eines Unternehmens ganz oder teilweise abweist oder darauf nicht eintritt. Dasselbe gilt, wenn die BKB von der Gesuchstellerin eine Kostenbeteiligung verlangt. (Kap. IV.3., Rz. 143 f.)

180 Der **Austausch von Informationen zwischen Bund und Kantonen** bezüglich deren Listen der sanktionierten Anbieterinnen unterliegt folgenden rechtlichen Anforderungen (Kap. V., Rz. 145 ff.):

- Die BKB teilt die Liste der sanktionierten Anbieterinnen dem InöB mit. Kantonale und kommunale Auftraggeberinnen sind gegenüber der BKB nicht auskunftsberechtigt. (Kap. V.1.a., Rz. 147 f.)
- Die BKB hat dem InöB sämtliche Daten, die in der Sanktionsliste verzeichnet sind, bekanntzugeben. Für kantonale Auftraggeberinnen sind jedoch nur die Daten zu jenen Sanktionen rechtlich relevant, die von Auftraggeberinnen des Bundes wegen eines Verbrechens verfügt wurden. Es obliegt der InöB dafür zu sorgen, dass die Bekanntgabe von Daten der Sanktionsliste des Bundes an kantonale Auftraggeberinnen mit dem Datenschutzrecht vereinbar ist. (Kap. V.1.b/aa, Rz. 149 ff.)
- Dasselbe gilt spiegelbildlich: Das InöB hat der BKB gestützt auf Art. 45 Abs. 3 Satz 5 IVöB alle Daten der von ihm geführten Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen zur Verfügung zu stellen. Für Auftraggeberinnen des Bundes sind indessen nur die Daten zu jenen Sanktionen rechtlich relevant, die von kantonalen Auftraggeberinnen wegen eines Verbrechens verfügt wurden (Kap. V.1.b/bb, Rz. 158 ff.). Entsprechend gibt die BKB auf Gesuch einer Auftraggeberin des Bundes hin auch Auskunft über die in der kantonalen Liste verzeichneten Daten zu den Sanktionen, die wegen eines Verbrechens verfügt wurden. (Kap. V.3., Rz. 169 ff.)
- BKB und InöB teilen sich gegenseitig Eintragungen, deren Korrekturen sowie Löschungen unverzüglich mit. Alternativ könnte dem InöB mittels Abrufverfahren ein direktes Zugriffsrecht auf die Sanktionsliste der BKB eingeräumt werden. Die gegenseitige Bekanntgabe der in den Sanktionslisten von BKB und InöB verzeichneten Daten ist dem Bereich der Amtshilfe zuzuordnen und hat keinen Verfügungscharakter. (Kap. V.1.c., Rz. 163 ff.)

Das InöB ist verantwortlich für die Richtigkeit und Vollständigkeit der von ihm der BKB bekanntgegebenen Daten der kantonalen Sanktionsliste. Gesuche von Anbieterinnen auf Berichtigung oder Löschung von Einträgen in der kantonalen Sanktionsliste sind vom InöB zu beurteilen. Die BKB ist demgegenüber für die Datensicherheit verantwortlich, soweit sie die Daten aufbewahrt oder den Zugang zu solchen Daten kontrolliert. (Kap. V.2., Rz. 165 ff.)

Abkürzungen

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd	Band
betr.	betreffend
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BKB	Beschaffungskonferenz des Bundes
BöB 1994	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (nicht mehr in Kraft)
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1)
BR	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
E.	Erwägung
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f. / ff.	folgende
ggf.	gegebenenfalls
GPA	WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 in der revidierten Fassung vom 30. März 2012 (SR 0.632.231.422)
GPA 1994	WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen in der Fassung vom 15. April 1994 (nicht mehr in Kraft)
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
InöB	Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen
insb.	insbesondere
IVöB 2019	Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (noch nicht in Kraft), erhältlich auf www.bpuk.ch
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251)
lit.	litera

m.H.a.	mit Hinweis auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote
Nr.	Nummer
öBG	Gesetz des Kantons Luzern über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (SRL 733)
öBV	Verordnung des Kantons Luzern zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (SRL 734)
revDSG	totalrevidiertes, vom Parlament am 25. September 2020 verabschiedetes Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz)
Rs.	Rechtssache
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
u.a.	und andere
usw.	und so weiter
VDSG	Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG; SR 235.11)
VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; SR 173.32)
vgl.	vergleiche
VRöB	Mustervorlage für Vergaberichtlinien
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021)
WEKO	Wettbewerbskommission
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Literatur

Urteilsanmerkungen sind direkt im Text zitiert und werden nicht im Literaturverzeichnis aufgeführt.

DIEBOLD NICOLAS/KELLER ALWIN/KREIS MANUEL/TANNER ANNE-CATHRINE, Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2020, Zürich 2020, S. 316

DIEBOLD NICOLAS/RÜTSCHÉ BERNHARD/KELLER ALWIN, Instrumente der laufenden Marktaufsicht, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Bern 2019, S. 47 ff.

FETZ MARCO/STEINER MARC, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), SBVR Bd XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 537

FISCHER THOMAS M., Art. 15 BöB, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020

JÄGER CHRISTOPH, 14. Kapitel: Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2021

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015

LOCHER LAURA, Art. 44 BöB, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020

RÜTSCHÉ BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013/4 153

TRÜEB HANS RUDOLF/CLAUSEN NATHALIE, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021

VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Art. 45 BöB, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020

WASER ASTRID, Verschärfung der Sanktionen im Vergaberecht, in: Jusletter vom 28. September 2020