

Aktennotiz

An	Kanton Zug, Staatskanzlei, Regierungsgebäude, Seestr. 2, 6300 Zug
z.K.	Herr Peter Giss, Leiter Rechtsdienst / Herr Tobias Moser, Landschreiber
Von	Dr. Oliver Bucher / MLaw Stefan Meyer, BAUR HÜRLIMANN AG
Betreffend	Rechtsfragen betr. Amtsblatt des Kantons Zug
Datum	13. Dezember 2024

Inhalt

I	Executive Summary.....	2
II	Fragestellung / Ausgangslage	3
III	Rechtliches	4
A	Gesetzliche Grundlagen.....	4
B	Zulässigkeit der Einführung eines kostenpflichtigen Abonnements	5
	1. Aktuelle Regelung im PublG-ZG	5
	2. Auswirkungen FHG (Gebundene / neue Aufgaben)	5
C	Erforderliche Vertragsanpassung / Ausschreibungspflicht	7
	1. Ausgangslage	7
	2. Vertragsrechtliche Aspekte	8
	3. Vergaberechtliche Aspekte	8
D	Hinweis: Zeitliche Umsetzung / Verlängerungsoption	10

I Executive Summary

- 1 Ein kostenpflichtiger Versand des P-Amtsblattes ist in § 7d Abs. 2 PublG-ZG nicht vorgesehen («Die aktuelle Fassung des P-Amtsblattes kann auf der Staatskanzlei, im Staatsarchiv und bei den Einwohnergemeinden unentgeltlich bezogen werden»). Bei der Einführung von § 7d Abs. 2 PublG-ZG ist es dem Gesetzgeber wichtig gewesen, dass das Amtsblatt gratis bezogen werden kann (Bericht und Antrag vom 24. Oktober 2023 [Vorlage Nr. 3602.1 – 17390], S. 2). Ein «Gratis-Abonnement», mithin die unentgeltliche Zustellung des Amtsblattes, wollte der Gesetzgeber aber nicht (Bericht und Antrag vom 11. März 2021 [Vorlage Nr. 3153.3 – 16647], S. 7 f.). Für die Einführung eines Bezahl-Abonnements für das P-Amtsblatt ist daher eine **Änderung des Publikationsgesetzes** erforderlich – gerade auch, wenn eine Abgabe erhoben, d.h. auf eine unentgeltliche Zustellung verzichtet wird.
- 2 **Hinweis:** Mit einer Änderung des Publikationsgesetzes wird zugleich eine ausreichende gesetzliche Grundlage im Sinne des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden für eine (durch die Erhebung von Abonnementsgebühren allein) nicht kostendeckende Zustellung des Amtsblatts, mithin die Schaffung einer neuen Ausgabe gelegt. Wenn die Ausgabe durch die Rechtsgrundlage «grundsätzlich und dem Umfang» nach vorgeschrieben wird, oder zur Erfüllung der Verwaltungsaufgabe unbedingt erforderlich ist, liegt eine gebundene Ausgabe vor (§ 26 Abs. 1 FHG).
- 3 Das Angebot eines kostenpflichtigen Abonnements samt Versand ist vom aktuellen Vertrag mit der Multicolor Print AG nicht umfasst. Zwar besteht gemäss geltendem Vertrag eine vorzeitige Auflösungsmöglichkeit, wenn sich die gesetzlichen Grundlagen verändert haben; indessen ist aufgrund des Vertragswortlauts und des exemplarisch genannten Beispiels einer zulässigen vorzeitigen Vertragsauflösung eine vorzeitige Kündigung in rechtlicher Hinsicht (zur Vermeidung von etwaigen Schadenersatzansprüchen) nicht unproblematisch. Möchte man daher das Bezahl-Abonnement für das P-Amtsblatt vor Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer (31. Dezember 2026) einführen, so ist eine **einvernehmliche Vertragsanpassung empfehlenswert**. Möglich wäre die Vereinbarung, wonach Multicolor Print AG (nebst den Amtsstellen):
 - auch die Endkunden mit dem P-Amtsblatt beliefert; oder
 - ein Drittunternehmen beliefert, welches die Belieferung der Endkunden übernimmt.
- 4 Dabei handelt es sich um eine wesentliche Änderung der ursprünglich ausgeschriebenen Dienstleistung, weshalb die Anforderungen des Beschaffungsrechts einzuhalten sind. Unabhängig vom Auftragswert wäre zumindest eine freihändige Vergabe an die Multicolor Print AG zulässig, sofern ein Wechsel des Anbieters aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich wäre, erhebliche Schwierigkeiten oder substanzielle Mehrkosten verursachen würde.
- 5 **Empfehlung:** Die erforderliche Änderung des Publikationsgesetzes sowie die Vorbereitung und Ausschreibung des neuen Auftrages werden eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Eine vorzeitige Kündigung des Vertrages mit Multicolor Print AG (Vertragsdauer bis 31. Dezember 2026) wird sich kaum rechtfertigen und ggf. nicht erforderlich sein.

- 6 Der Druck und Versand des Amtsblatts nach Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer (notfalls nach einer einvernehmlichen Verlängerung des Vertrages, z.B. um ein Jahr) kann gesamthaft neu ausgeschrieben werden, allenfalls mit unterschiedlichen Optionen hinsichtlich des geschuldeten Leistungsumfangs.

II Fragestellung / Ausgangslage

- 7 Gemäss den am 28. Oktober 2021 beschlossenen Änderungen des Gesetzes über die Veröffentlichung der Erlasse und das Amtsblatt des Kantons Zug vom 29. Januar 1981 (PublG-ZG; BGS 152.3) erscheint das Amtsblatt nicht mehr bloss in gedruckter Form («P-Amtsblatt»), sondern zusätzlich in elektronischer Form («E-Amtsblatt»; § 7 Abs. 1 PublG-ZG). Zudem kann das P-Amtsblatt einen nichtamtlichen Teil («Marktblatt») enthalten (§ 7b Abs. 5 PublG-ZG).
- 8 Mit Beschluss vom 29. März 2022 beauftragte der Regierungsrat die Staatskanzlei mit der Herausgabe eines P-Amtsblatts ohne nichtamtlichen («Marktblatt») Teil. Mit Postulat vom 7. August 2023 wurde die Wiedereinführung eines Amtsblatts mit Marktblatt verlangt (Vorlage Nr. 3602.1 – 17390). Mit Bericht und Antrag vom 24. Oktober 2023 und vom 4. Juni 2024 vertritt der Regierungsrat die Auffassung, dass auf die Wiedereinführung eines nichtamtlichen Teils zu verzichten sei. In der Sitzung vom 1. Dezember 2023 beschloss der Kantonsrat die Teil-Erheblicherklärung und in der Sitzung vom 29. August 2024, dass das Postulat nicht als erledigt abzuschreiben sei.
- 9 Gemäss Staatskanzlei soll das Ziel des weiteren Vorgehens sein, möglichst rasch, unkompliziert und rechtlich korrekt ein **Abonnement für das heutige P-Amtsblatt** anzubieten:
- Das P-Amtsblatt solle auf der Basis des E-Amtsblatts zwar nur den amtlichen Teil ohne Anzeigen («Marktblatt») enthalten (§ 7 Abs. 2 i.V.m. § 7b Abs. 5 PublG-ZG);
 - Neu sei die Möglichkeit zu schaffen, das P-Amtsblatt ohne nichtamtlichen Teil zu einem reduzierten Selbstkostenpreis von CHF 1.20 (A-Post-Versand) abonnieren zu können.
- 10 Es sind folgende Fragen zu prüfen:
- Kann bzw. darf die Einführung eines kostenpflichtigen Abonnements für das P-Amtsblatt ohne Änderung des Publikationsgesetzes erfolgen (vgl. § 7d Abs. 2 PublG-ZG)?
 - Kann bzw. darf die Einführung eines kostenpflichtigen Abonnements für das P-Amtsblatt aus vergaberechtlicher und vertraglicher Sicht ohne Ausschreibung erfolgen?

III Rechtliches

A Gesetzliche Grundlagen

- 11 Gemäss geltendem PublG-ZG bestehen folgende Vorgaben (zentral: § 7d Abs. 2 PublG-ZG):

§ 7 Erscheinungsweise *

¹ Das Amtsblatt erscheint in elektronischer Form (E-Amtsblatt) und in gedruckter Form (P-Amtsblatt). *

² Das E-Amtsblatt bildet die Grundlage für das P-Amtsblatt. *

³ Das E-Amtsblatt ist die massgebende Fassung. Kann das E-Amtsblatt nicht erscheinen, bestimmt der Regierungsrat die massgebende Fassung. *

§ 7a * Herausgabe des Amtsblatts; Übertragung an Dritte

¹ Die Staatskanzlei gibt das Amtsblatt heraus. Sie macht die Internetseite bekannt, auf der das E-Amtsblatt veröffentlicht wird.

² Der Regierungsrat kann die Publikation des E-Amtsblatts und des P-Amtsblatts gemeinsam oder separat durch Vertrag Dritten übertragen.

§ 7b * Inhalt

¹ Sämtliche Erlasse, die in die GS und die BGS aufgenommen werden, sind im Amtsblatt zu veröffentlichen.

² Besteht an einer vollständigen Veröffentlichung kein allgemeines Interesse, so genügen im P-Amtsblatt die Angabe des Titels und der Hinweis, dass der Erlass auf der Staatskanzlei eingesehen werden kann, bzw. genügt im E-Amtsblatt die Angabe der Fundstelle oder Bezugsquelle für die GS und die BGS.

³ Im Amtsblatt werden weitere amtliche Texte, namentlich Anordnungen und Bekanntmachungen, veröffentlicht, deren Veröffentlichung rechtlich vorgeschrieben ist.

⁴ Im Amtsblatt können weitere amtliche Texte veröffentlicht werden, wenn ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht.

⁵ Das P-Amtsblatt kann neben dem amtlichen Teil auch einen nichtamtlichen Teil mit Anzeigen enthalten («Marktblatt»). Im nichtamtlichen Teil dürfen keine rechts- und sittenwidrigen Anzeigen veröffentlicht werden. Im Streitfall entscheidet die Staatskanzlei.

⁶ Die Behörden können in besonderen Fällen ein anderes Publikationsmittel benutzen, sofern die Veröffentlichung im Amtsblatt nicht rechtlich vorgeschrieben ist.

⁷ Wer die Veröffentlichung von Erlassen und amtlichen Texten im Amtsblatt veranlasst, ist für den Inhalt der Veröffentlichung verantwortlich.

⁸ Die Verordnung bezeichnet die für die Veröffentlichung von Erlassen und amtlichen Texten zuständigen Stellen (Meldestellen).

⁹ Die Veröffentlichung von Erlassen und amtlichen Texten ist für die Meldestellen unentgeltlich.

§ 7c * Datenschutz

¹ Veröffentlichungen nach diesem Gesetz dürfen Personendaten und besonders schützenswerte Personendaten gemäss § 2 Abs. 1 Bst. a und b des Datenschutzgesetzes vom 28. September 2000^[3] enthalten, soweit dies für eine in einem Gesetz vorgeschriebene Veröffentlichung notwendig ist.

² Die Verordnung legt die Zeiträume fest, während derer die Veröffentlichungen über eine Suchfunktion erschlossen werden. Sie berücksichtigt dabei insbesondere die Interessen der Öffentlichkeit und die privaten Interessen.

³ Die Verordnung regelt zudem die Einzelheiten, um eine Indexierung und Archivierung bei Suchmaschinen und Archivdiensten im Internet nach Möglichkeit zu verhindern.

§ 7d * Einsichtnahme und Gebühren

¹ Die Einsichtnahme in das E-Amtsblatt sowie dessen Herunterladen für die individuelle Bearbeitung sind unentgeltlich.

² Die aktuelle Fassung des P-Amtsblatts kann auf der Staatskanzlei, im Staatsarchiv und bei den Einwohnergemeinden unentgeltlich bezogen werden.

³ Der Regierungsrat bezeichnet die Behörden, Amts- und weiteren Stellen, denen in gedruckter Form die GS, die BGS und das Amtsblatt unentgeltlich zugestellt werden.^[4]

B Zulässigkeit der Einführung eines kostenpflichtigen Abonnements

1. Aktuelle Regelung im PublG-ZG

- 12 Nach dem derzeit geltenden Wortlaut von § 7d Abs. 2 PublG-ZG gilt Folgendes:

«Die aktuelle Fassung des P-Amtsblattes kann auf der Staatskanzlei, im Staatsarchiv und bei den Einwohnergemeinden unentgeltlich bezogen werden».

- 13 Ein (kostenpflichtiger oder unentgeltlicher) Versand des P-Amtsblattes wird in § 7d Abs. 2 PublG-ZG nicht erwähnt, jedoch auch nicht explizit ausgeschlossen. Für die Erhebung von Abgaben (auch in Form einer Abonnementsgebühr) ist nicht in jedem Fall eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich. Abgaben dürfen jedoch nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage erhoben werden. Dieses Legalitätsprinzip verlangt, dass der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und deren Bemessung in den Grundzügen im formellen Gesetz enthalten sein müssen (Urteil 1C_497/2018 vom 22. Januar 2020 des Bundesgerichts, E. 3.3). Bei der Kanzleigeühr als Sonderform der Kausalabgabe gilt das Gebot der Gesetzesform jedoch nicht. Die Kanzleigeühr ist ein Entgelt in geringer Höhe für einfache Tätigkeiten der Verwaltung (Urteil 1C_497/2018 vom 22. Januar 2020 des Bundesgerichts, E. 3.4). Gleichwohl müssen auch Kanzleigeühren in einem generell-abstrakten, genügend bestimmten Erlass (z.B. Verordnung, Reglement) umschrieben sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allg. Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, N 2804).
- 14 Ferner ist es bei der Einführung von § 7d Abs. 2 PublG-ZG dem Gesetzgeber aufgrund der Gesetzesmaterialien wichtig gewesen, dass das Amtsblatt gratis bezogen werden kann (Bericht und Antrag vom 24. Oktober 2023 [Vorlage Nr. 3602.1 – 17390], S. 2). Ein «Gratis-Abonnement», mithin die unentgeltliche Zustellung des Amtsblattes, wollte der Gesetzgeber aber nicht (Bericht und Antrag vom 11. März 2021 [Vorlage Nr. 3153.3 – 16647], S. 7 f.).
- 15 Im Lichte einer grammatikalischen, teleologischen und historischen Auslegung von § 7d Abs. 2 PublG-ZG fehlt es aktuell an einer gesetzlichen Regelung für die Schaffung eines Abonnements für das P-Amtsblatt. Für dessen Einführung ist daher eine **Änderung des Publikationsgesetzes** erforderlich – gerade auch, wenn eine Abgabe erhoben wird.

2. Auswirkungen FHG (Gebundene / neue Aufgaben)

- 16 Gemäss § 24 Abs. 1 des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden vom 31. August 2006 (FHG; BGS 611.1) ist eine «Ausgabe» die Verwendung von Finanzvermögen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und damit (u.a.) der Aufwand der Erfolgsrechnung (§ 24 Abs. 1 lit. a FHG). Jede Ausgabe braucht eine Rechtsgrundlage und einen Budgetkredit (§ 24 Abs. 3 FHG).

17 Dabei wird zwischen «neuen» und «gebundenen» Ausgaben unterschieden:

- **Ausgaben sind neu**, wenn hinsichtlich ihrer Höhe, des Zeitpunktes ihrer Vornahme oder anderer wesentlicher Modalitäten eine verhältnismässig grosse Handlungsfreiheit besteht (§ 25 Abs. 1 FHG);
- **Ausgaben sind gebunden**, wenn sie durch eine Rechtsgrundlage oder Gerichtsurteil grundsätzlich und dem Umfang nach vorgeschrieben, oder zur Erfüllung der gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgaben unbedingt erforderlich sind, wenn anzunehmen ist, mit der Rechtsgrundlage seien auch die sich daraus ergebenden Aufwände gebilligt worden (§ 26 Abs. 1 FHG).

18 Auch gemäss der Rechtsprechung gelten Ausgaben als gebunden, wenn sie durch einen Rechtsatz prinzipiell und dem Umfang nach vorgeschrieben oder zur Erfüllung der gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgaben unbedingt erforderlich sind. Gebunden ist eine Ausgabe ferner, wenn anzunehmen ist, die Stimmberechtigten hätten mit einem vorausgehenden Grunderlass auch die aus ihm folgenden Aufwendungen gebilligt, falls ein entsprechendes Bedürfnis voraussehbar war oder falls es gleichgültig ist, welche Sachmittel zur Erfüllung der vom Gemeinwesen mit dem Grunderlass übernommenen Aufgaben gewählt werden (BGE 141 I 130, E. 4.1).

19 Der Entscheid, ob eine Ausgabe neu oder gebunden ist, ist im Einzelfall zu treffen. Bei der Abklärung der Frage, ob es sich um eine neue oder gebundene Ausgabe handelt, sind drei Subfragen zu beurteilen: Das «Ob», «Wie» und «Wann». Wenn sich die Fragen aus der gesetzlichen Grundlage ergeben, handelt es sich um eine gebundene Ausgabe; wenn auch nur eine dieser Fragen mit Nein beantwortet werden muss, handelt es sich um eine neue Ausgabe (Handbuch HRM2 der Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren, Anhang E, S. 21).

20 Die Unterscheidung zwischen neuen und gebundenen Ausgaben ist für wichtige Fragen des Finanzrechts wie z.B. die Zuständigkeitsordnung oder das Finanzreferendum (§ 35 Abs. 1 Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 [Kantonsverfassung, KV; BGS 111.1) relevant (ferner muss zur Zahlung einer gebundenen Ausgabe kein Nachtragskredit eingeholt werden, selbst wenn der Budgetkredit überschritten wird [§ 34 Abs. 2 FHG]; Entscheid V 2023 16 vom 25. Januar 2024 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug, E. 4.2).

21 Mit einer Änderung des Publikationsgesetzes wird zugleich eine ausreichende gesetzliche Grundlage im Sinne des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden für eine (durch die Erhebung von Abonnementsgebühren allein) nicht kostendeckende Zustellung des Amtsblatts, mithin die Schaffung einer neuen Ausgabe gelegt. Wenn die Ausgabe durch die Rechtsgrundlage «grundsätzlich und dem Umfang» nach vorgeschrieben wird, oder zur Erfüllung der Verwaltungsaufgabe unbedingt erforderlich ist, liegt sodann eine gebundene Ausgabe vor (§ 26 Abs. 1 FHG).

C Erforderliche Vertragsanpassung / Ausschreibungspflicht

1. Ausgangslage

- 22 Im Jahr 2022 erging der Zuschlag für den Druck und Versand der Printversion des Amtsblatts des Kantons Zug an die Multicolor Print AG, Baar. Im Dezember 2022 wurde der Vertrag zwischen der Staatskanzlei des Kantons Zug und der Multicolor Print AG, Baar, abgeschlossen. Der Vertrag wurde für eine feste Dauer bis zum 31. Dezember 2026 abgeschlossen. Gemäss Vertrag ist nebst dem Druck die wöchentliche Zustellung (Auflage von 1000 Stück) an die Staatskanzlei, das Staatsarchiv sowie die Stadt- und Gemeindeverwaltungen geschuldet:

7. Lieferorte

Lieferort	Auflage
Staatskanzlei des Kantons Zug Seestrasse 2 6300 Zug	150
Staatsarchiv des Kantons Zug Aabachstrasse 5 6300 Zug	70
Stadtverwaltung Zug Gubelstrasse 22 6300 Zug	170
Einwohnergemeinde Oberägeri Alosenstrasse 2 6315 Oberägeri	40
Gemeinde Unterägeri Seestrasse 2 6314 Unterägeri	60
Gemeindeverwaltung Menzingen Alte Landstrasse 2a 6313 Menzingen	30
Einwohnergemeinde Baar Rathausstrasse 6 6341 Baar	150
Einwohnergemeinde Cham Mandelhof 6330 Cham	100
Gemeinde Hünenberg Chamerstrasse 11 6331 Hünenberg	60
Gemeinde Steinhausen Bahnhofstrasse 3 6312 Steinhausen	60
Gemeinde Risch Zentrum Dorfmatte 6343 Rotkreuz	70
Gemeinde Walchwil Dorfstrasse 23 6318 Walchwil	20
Gemeindeverwaltung Neuheim Dorfplatz 5 6345 Neuheim	20
Gesamtauflage	1000

- 23 Die (entgeltliche) Zustellung an private Abonnenten ist gestützt auf den aktuellen Vertrag nicht geschuldet. Die Belieferung diverser Endkunden samt Abonnementverwaltung stellt gegenüber der Belieferung von lediglich 13 Standorten eine deutliche Erweiterung bzw. Mehrleistung dar, die einer Vertragsanpassung und einer entsprechenden Vergabe bedarf.

2. Vertragsrechtliche Aspekte

- 24 Das Angebot eines kostenpflichtigen Abonnements bzw. der (entgeltliche) Versand an Abonnenten ist vom aktuellen Vertrag nicht umfasst – hierzu kann die Multicolor Print AG im Rahmen des bestehenden Vertrages nicht verpflichtet werden. Im Vertrag mit der Multicolor Print AG ist auch keine Anpassungsklausel im Fall von Leistungserweiterungen vorgesehen, weshalb eine Erweiterung des vereinbarten Leistungsumfangs nicht einseitig durchgesetzt werden kann.
- 25 Zwar sieht der derzeitige Vertrag mit der Multicolor Print AG in Ziff. 12 Abs. 3 vor, dass der Vertrag bei veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen auch während der Vertragslaufzeit von der Auftraggeberin aufgekündigt werden kann; dies namentlich bei Wegfall der Pflicht zur Herausgabe des Amtsblatts.
- 26 Dieses (vorzeitige) Kündigungsrecht der Auftraggeberin scheint nach dem Vertragswillen indessen in erster Linie auf Veränderungen der rechtlichen Grundlagen beschränkt, welche sich in grundlegender Weise auf den Bestand der von der Multicolor Print AG übernommenen Leistungspflichten auswirken. Da jedoch die Aufzählung in Ziff. 12 Abs. 3 des Vertrags nicht abschliessend ist, können auch durchaus valable Gründe ins Feld geführt werden, dass sämtliche Veränderungen in den für Bestand und Umfang des Vertrags massgebenden Rechtsgrundlagen die vertraglich vorgesehene «clausula rebus sic stantibus» zur Geltung bringen können; denn der Zweck dieser Regelung ist darin zu erblicken, dass die Auftraggeberin die ihr übertragenen gesetzlichen Aufgaben jederzeit, auch während noch laufendem Vertragsverhältnis erfüllen kann. Folglich könnten gute Argumente ins Feld geführt werden, wonach im Falle einer durch den Gesetzgeber gewollten Zustellung des P-Amtsblatts ein vorzeitiges Kündigungsrecht auf Seiten der Auftragnehmerin besteht. Ein-eindeutig ist dieser Rechtsstandpunkt im Lichte des beispielhaft erwähnten vorzeitigen Kündigungsgrunds indessen nicht. Im Falle einer vertragswidrigen vorzeitigen Auflösung des bestehenden Vertrags stehen der Multicolor Print AG Schadenersatzansprüche gegenüber dem Kanton Zug zu.
- 27 Möchte man das Bezahl-Abonnement für das P-Amtsblatt vor Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer (31. Dezember 2026) einführen, ist im Lichte des Vorgesagten eine **einvernehmliche Anpassung des Vertrages** empfehlenswert. Möglich wäre z.B. die Vereinbarung, wonach Multicolor Print AG (nebst den Amtsstellen):
- auch die Endkunden mit dem P-Amtsblatt beliefert; oder
 - ein Drittunternehmen mit dem P-Amtsblatt beliefert, welches die Belieferung der Endkunden übernimmt (wobei die Wirtschaftlichkeit vorab zu prüfen wäre).

3. Vergaberechtliche Aspekte

- 28 Mit dem rechtskräftigen Zuschlag endet das öffentlich-rechtliche Vergabeverfahren. Der Vertrag muss gestützt auf den Zuschlag erfolgen, welcher die Abschlusserlaubnis sowie den

inhaltlichen Rahmen des zulässigen Vertragsschlusses bildet. Der Vergabestelle ist es verboten, in erheblicher Weise von der im Vergabeentscheid festgelegten Beschaffung und dem im Vergabeverfahren definierten Leistungsinhalt abzuweichen, selbst wenn die Änderungen einvernehmlich vorgenommen würden. Nach dem Zuschlag ist es der Vergabestelle jedoch erlaubt,

- von in der Ausschreibung vorgesehenen Änderungsmöglichkeiten (Optionen, Alternativen, einseitigen Beststellungsänderungsrechten) Gebrauch zu machen; oder
- einen vom Zuschlag abweichenden Vertrag abschliessen, solange dies zu keiner wesentlichen bzw. erheblichen Änderungen des Leistungsgegenstands führt.

- 29 Unerheblich ist eine Abweichung so lange, wie sie den der Zuschlagsempfängerin erteilten Zuschlag nicht infrage stellt, also die Abweichung nicht dazu führt, dass ein hypothetischer Bieterreihenfolgesturz nicht ernsthaft auszuschliessen, wahrscheinlich oder gar gewiss ist. Von einem solchen Bieterreihenfolgesturz ist zu sprechen, wenn Auftraggeber und Zuschlagsempfänger etwas vereinbaren, das vom Zugeschlagenen derart abweicht, dass der Zuschlag unter der Hypothese der Durchführung des Angebotsvergleichs auf den neuen Grundlagen einem anderen Bieter gebühren würde. Ist das nicht auszuschliessen, wahrscheinlich oder gar sicher, gilt die Abweichung als erheblich (JÄGER, Änderungen im Vergabeverfahren, in: ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, Rz. 88 ff.).
- 30 Der Druck und die wöchentliche Zustellung der Printversion an diverse Endkunden samt Abonnementverwaltung stellt gegenüber dem Druck und der Zustellung der Printversion (Auflage von 1000 Stück) an die Staatskanzlei, das Staatsarchiv sowie die Stadt- und Gemeindeverwaltungen (13 Standorte) eine nicht unerhebliche Erweiterung der Leistungen dar. Entsprechend muss der Vertrag (soweit nötig) beendet und mit Bezug auf das geänderte Bedürfnis im dafür vergaberechtlich vorgesehenen Vergabeverfahren eine entsprechende Abschlusserlaubnis erworben werden. Auch bei einer einvernehmlichen Anpassung des Vertrages bzw. dessen Erweiterung um die Zustellung an Endkunden sind die Anforderungen des Beschaffungsrechts zu beachten. In Frage kommen hierfür das freihändige oder das offene bzw. selektive Verfahren. Von Interesse ist vorliegend das freihändige Verfahren:
- 31 Das freihändige Verfahren ist bei Dienstleistungen bis zu einem Auftragswert von weniger als CHF 150'000.00 zulässig (Anhang 2 IVöB). Für die Schätzung des Auftragswerts ist die Gesamtheit der auszuschreibenden Leistungen, soweit sie sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen, zu berücksichtigen (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Es ist unzulässig, einen Auftrag, der wirtschaftlich eine Einheit bildet, aufzuteilen, um die Pflicht zur Durchführung eines Beschaffungsverfahrens zu umgehen (Zerstückelungsverbot; Art. 15 Abs. 2 IVöB). Es gilt Zusammenrechnungspflicht, wenn die Leistungen vernünftigerweise nicht unabhängig voneinander beschafft werden, insbesondere, wenn sie demselben Zweck dienen oder von derselben Person erbracht werden sollen (Trias, Leitfaden für öffentliche Beschaffungen, Ziff. 1.4). Ob dieser Schwellenwert von CHF 150'000.00 für die Restlaufzeit des Vertrags mit der Multicolor AG überschritten wird, wäre zu klären; dürfte aber wohl zu bejahen sein, weil der Gesamtwert der von ihr erbrachten Leistungen zu berücksichtigen ist. Wenn dem so wäre, müsste grundsätzlich (zur Ausnahme nachfolgend) das offene bzw. selektive Verfahren berücksichtigt werden.

- 32 Der Auftraggeber kann einen Auftrag sodann *unabhängig* vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich wäre, erhebliche Schwierigkeiten oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen würde (Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB). Hinsichtlich der erwarteten Mehrkosten liegt die Schwelle hoch und nicht jede Erhöhung der erwarteten Kosten berechtigt zum Ausschluss des Wettbewerbs. Die Mehrkosten müssen unverhältnismässig sein (Botschaft BöB, S. 1927). Der Auftraggeber hat nachvollziehbare Gründe darzulegen, weshalb die Freihandvergabe erforderlich ist (TRÜEB/CLAUSEN, in: OESCH/WEBER/ZÄCH [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Art. 21 BöB N 12).
- 33 Damit wäre unabhängig vom Auftragswert (bzw. unabhängig davon, ob die ursprüngliche Leistung zur Berechnung des aktuellen Auftragswerts anzurechnen ist) eine freihändige Vergabe des Auftrages an die Multicolor Print AG zulässig, sofern ein Wechsel des Anbieters
- aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich; oder
 - erhebliche Schwierigkeiten oder substanzielle Mehrkosten verursachen würde.
- 34 U.E. sprechen gute Gründe dafür, dass angesichts des auf 31. Dezember 2026 befristeten Vertrags mit der Multicolor AG und der dadurch hervorgerufenen zeitlichen Befristung der für die Erbringung der Zustellung des P-Amtsblatts eine dieser Ausnahmeregelungen greifen könnte, allerdings müsste dies noch vertieft geprüft werden. Dabei darf jedoch nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine entsprechende Anpassung des Vertrags auch der Zustimmung der Multicolor AG bedarf und somit nicht einseitig durch die Vergabestelle durchgesetzt werden kann.
- 35 Sofern der Auftrag auch einem Drittunternehmen vergeben werden könnte, wäre dies im regulären Vergabeverfahren durchzuführen (Verfahrensart abhängig vom Auftragswert). Gleiches gilt, wenn man sich nicht auf eine Ausnahmebestimmung stützen will (was mit Risiken verbunden ist) oder kann (weil die Leistung aus wirtschaftlichen und technischen Gründen auch einem Drittunternehmen vergeben werden könnte). Dann muss nach Ablauf des Vertrages mit der Multicolor Print AG eine Ausschreibung über die Gesamtleistung durchführen.

D Hinweis: Zeitliche Umsetzung / Verlängerungsoption

- 36 Der Vertrag mit der Multicolor Print AG ist befristet bis am 31. Dezember 2026:

12. Vertragsdauer, -verlängerung und -beendigung

Der Vertrag beginnt nach rechtsgültiger Unterzeichnung ab 01. Januar 2023 zu laufen. Die 1. Ausgabe wird gemäss den Vorgaben des Auftragsgebers am 6. Januar 2023 zugestellt. Er wird für eine feste Dauer bis am 31. Dezember 2026 abgeschlossen und endet mit Ablauf derselben automatisch.

- 37 Die Änderung des Publikationsgesetzes sowie die Vorbereitung und Ausschreibung der neuen Leistung wird eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Eine vorzeitige Kündigung des Vertrages mit Multicolor Print AG wird unter Umständen nicht erforderlich sein. Allenfalls kann der Druck und Versand nach Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer gesamthaft neu ausgeschrieben werden, allenfalls unter Beizug von Optionen (z.B. mit/ohne Zustellung des P-Amtsblatts), um den dannzumal möglichen Leistungsinhalten besser entsprechen zu können. Dieses Vorgehen bietet aus rechtlicher Sicht deutlich weniger «Angriffsfläche» als eine Einführung Bezahl-Abonnements ohne Änderung der gesetzlichen Grundlage und/oder vor Ablauf der Vertragsdauer.
- 38 Unter Umständen wird aber auch eine Verlängerung des bestehenden Vertrages mit der Multicolor Print AG erforderlich sein, bis die für die Zustellung des P-Amtsblatts erforderliche gesetzliche Grundlage vorliegt. Eine solche Verlängerung lässt der Vertrag grundsätzlich zu:

Der Vertrag kann einmalig höchstens um weitere vier Jahre verlängert werden.

- 39 Eine echte Option gibt dem Berechtigten die Möglichkeit, durch **einseitige Willenserklärung** ein inhaltlich bereits festgelegtes Vertragsverhältnis herbeizuführen oder zu verlängern (Urteil 4A_111/2009 vom 4. Juni 2009 des Bundesgerichts, E. 2.1; BGE 122 III 10, E. 4b). Mit der vorliegenden Bestimmung war jedoch kaum beabsichtigt, dass beide (!) Parteien den Vertrag durch einseitige Willenserklärung um «höchstens weitere vier Jahre» verlängern können. Um eine «echte Option» handelt es sich daher nicht. Vielmehr wurde die «Option» aus beschaffungsrechtlicher Sicht eingeführt, um die Auftraggeberin zu privilegieren bzw. ihr diese Verlängerungsoption einzuräumen (vgl. Pflichtenheft):

2. Beschaffungsgegenstand

Der Auftrag wird an eine einzige Anbieterin oder einen einzigen Anbieter mit einer Gesamtlösung vergeben (Single Sourcing). Mit der Zuschlagsempfängerin oder dem Zuschlagsempfänger wird ein Vertrag über vier Jahre abgeschlossen, der optional um einmal 4 Jahre verlängert werden kann (höchste Vertragsdauer: acht Jahre).

- 40 Zumal die Verlängerungsmöglichkeit in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen war, darf von dieser (ohne neue Ausschreibung) Gebrauch gemacht werden. Der Vertrag mit der Multicolor Print AG kann somit **einvernehmlich «einmalig höchstens um weitere vier Jahre»** verlängert werden. Eine «mehrfache» bzw. «gestaffelte» («scheibchenweise») Verlängerung (z.B. 2x2 Jahre) ist u.E. aufgrund des klaren Wortlauts des Vertrags unzulässig bzw. hätte wiederum die vorstehenden Anforderungen einzuhalten (vgl. Ziff. III.C.3).
- 41 Sofern zu diesem Zeitpunkt noch unklar sein sollte, wann die Einführung des Abonnements erfolgen kann, ist die Kündigungsmöglichkeit zufolge Gesetzesänderung anzupassen bzw. zu präzisieren werden. Aktuell ist die Kündigung wie folgt geregelt:

Der Vertrag kann bei veränderten rechtlichen Grundlagen auch während der Vertragslaufzeit seitens Auftraggeberin aufgekündigt werden. Namentlich bei Wegfall der Pflicht zur Herausgabe des Amtsblatts in Papierform.

- 42 Zweckmässig wäre eine Präzisierung, wonach die Kündigung auch explizit im Falle der Pflicht zur Einführung eines Bezahl-Abonnements für das P-Amtsblatt zulässig ist.