

# BAU- UND IMMOBILIENRECHT

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

MAI 2020  
NEWSLETTER 05



## Liebe Leserin, lieber Leser

Brandaktuell beginnen wir diese Ausgabe mit Auswirkungen von COVID-19 auf das Vergaberecht. Was sagen die aktuelle Gesetzgebung sowie Empfehlungen des Bundes dazu?

Mit ungewöhnlichen Witterungsbedingungen, wie sie in den letzten Jahren häufiger auftreten, und deren Auswirkungen auf den Baustellen, geht es ab Seite 5 weiter. Wer zahlt etwa für die entstandenen Mehraufwendungen? Dafür werden die Regelungen im Obligationenrecht wie in

der SIA-Norm 118 genauer unter die Lupe genommen.

Und schliesslich steht das Notwegrecht im Mittelpunkt unseres Beitrags ab Seite 7. Was tun, wenn alle öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft sind? Und wann liegt überhaupt eine Wegnot vor?

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre.

Junes Babay, Redaktor

## IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:  
COVID-19 – Instrumente  
des Vergaberechts Seite 1
- Best Practice:  
Straflose Bauverzögerung  
bei schwierigen  
Witterungsbedingungen? Seite 5
- Best Practice:  
Der Weg zum Notwegrecht Seite 7
- Kantonale  
Gerichtsentscheide Seite 10
- Bundesgerichtsentscheide Seite 11

## COVID-19 – Instrumente des Vergaberechts<sup>1</sup>

Im Rahmen der Bekämpfung des neuen Coronavirus (SARS-CoV-2)<sup>2</sup> hat der Bundesrat verschiedene Massnahmen ergriffen, welche ebenfalls Auswirkungen auf das Vergaberecht haben. Zudem hat die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) kürzlich Empfehlungen hinsichtlich der COVID-19-Pandemie abgegeben. Aus Sicht des Autors ist jedoch in erster Linie das vorhandene Instrumentarium des Schweizer Vergaberechts zentral, um auf die bestehende Krise adäquat reagieren zu können.

■ Von Adrian Weber, Rechtsanwalt LL.M.

Nachdem das neue Coronavirus bzw. die deshalb vom Bundesrat<sup>3</sup> zu Recht verfügbaren Massnahmen die Wirtschaft, den Handel

und das öffentliche Leben in der Schweiz seit geraumer Zeit lahmlegen, stellen sich berechtigterweise Fragen bezüglich Vergabe-

wesen. Beschafft doch die öffentliche Hand mittels des Submissionsrechts den Grossteil der Waren und Dienstleistungen, welche für das reibungslose Funktionieren des Staates zwingend erforderlich sind. Diese wichtige Funktion des Vergaberechts muss ebenfalls in einer Krisensituation wie der derzeitigen gewährleistet sein.

Aufgrund der bestehenden Ausnahmesituation infolge des Coronavirus kommen deswegen Vergabestellen und Anbieter nicht drum herum, sich den Herausforderungen und Unwägbarkeiten der nächsten Wochen – oder im schlimmeren Fall der nächsten Monate – zu stellen. Die COVID-19-Verordnung 2 (Stand vom Stand vom 4. April 2020) trifft in Bezug auf das Vergabewesen bisher keine direkten Anordnungen. In Bezug auf die Kantone stellt



Art. 1a COVID-19-Verordnung 2 klar, dass die Kantone, soweit die Verordnung nichts anderes bestimmt, ihre Zuständigkeiten behalten, was mithin ebenfalls für das kantonale Vergabewesen gilt.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit äussert der Autor nachfolgend Gedanken zur Corona-Krise im Lichte des Vergaberechts und macht Vorschläge, wie dieser Krise mit den vorhandenen Instrumenten des Vergaberechts begegnet werden kann.

### Empfehlungen des Bundes zum Coronavirus

Der Bund hat zwischenzeitlich am 27. März 2020 reagiert: Die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB)<sup>4</sup> gibt – koordiniert mit der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB)<sup>5</sup> – Empfehlungen zum Coronavirus ab. Für den detaillierten Wortlaut wird auf die Empfehlungen der BKB bzw. der KBOB vom 27. März 2020 verwiesen. Die Empfehlungen sind auf der jeweiligen Internetseite einsehbar. Die Empfehlungen äussern sich im Wesentlichen zu den folgenden Themen: laufende Verträge, laufende Beschaffungen, geplante Beschaffungen sowie dringliche Beschaffungen. Die Empfehlungen decken sich grundsätzlich mit den nachfolgenden Ausführungen. Nach Auffassung des Autors sind die Empfehlungen insgesamt jedoch eher wenig spezifisch. Der Autor hätte sich hier etwas mehr Fokus hinsichtlich der einzelnen Probleme gewünscht.

### Eine Verlängerung der Angebotsfrist ist möglich

In bereits laufenden Ausschreibungsverfahren kann sich die Frage stellen, ob durch die vom Bundesrat verfügten Massnahmen – insbesondere Lockdown sowie Versammlungsverbot – eine Einhaltung der Angebotsfristen, welche in der Regel zwischen 20 bis 40 Tagen dauern, seitens der Anbieter tatsächlich noch möglich ist. Probleme mit der Fristeinholung können ihren Ursprung beispielsweise darin haben, dass

- aufgrund von Betriebsschliessungen, akuten COVID-19-Krankheitsfällen, Quarantänemassnahmen, plötzlicher Home-Office-Organisation usw. die Offerten nicht fristgerecht erstellt werden können;

- wichtige Angaben zu Waren und Dienstleistungen von Subunternehmern in der Schweiz oder im Ausland nicht erhältlich gemacht werden können;
- Offerten, insbesondere bei Ausschreibungen im Staatsvertragsbereich, durch die Post nicht rechtzeitig übermittelt werden können.

Es liegt mithin auf der Hand, dass Anbieter unter Umständen nicht mehr in der Lage sind, Offerten mit den notwendigen Preiskalkulationen, Plänen sowie weiteren Unterlagen fristgerecht zu erstellen. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass sich die Problematik je nach Branche anders präsentiert, wobei wohl vor allem bei komplexen Beschaffungsgegenständen das Risiko grösser ist, dass Angebotsfristen nicht mehr eingehalten werden können.

Für das Vergabeverfahren vor der Vergabestelle hat die Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (Stand am 21. März 2020) keine Auswirkung (vgl. nachstehend zudem die Ausführungen unter dem Titel «Fristenlauf und Rechtsschutz»). Im Bund schliesst Art. 26 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994 die Anwendbarkeit von Art. 22a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) nämlich explizit aus. Für das kantonale Submissionsrecht gilt das vorstehend Gesagte ebenfalls, wobei sich dazu in der massgeblichen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001 keine Regelung wie im BöB findet. Demzufolge laufen im Bund sowie in den Kantonen sämtliche Fristen im Vergabeverfahren (z.B. Angebotsfrist) unbeirrt weiter.

Im Sinne eines wirksamen Wettbewerbs ist es das Ziel, dass eine Vergabestelle genügend qualitativ gute Angebote erhält. Dieses Ziel ist durch die Corona-Krise nun gefährdet, weshalb es bei bestimmten Beschaffungen unter Einzelfallprüfung durchaus sinnvoll sein kann, das Verfahren mittels einer angemessenen



senen Fristverlängerung an die herrschende Ausnahmesituation anzupassen. Das Vergaberecht bietet die Möglichkeit von solchen Fristverlängerungen (vgl. z.B. im Kanton Zürich § 19 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SVO]). Zentral ist dabei, dass die Verlängerung der Frist für sämtliche Anbieter gilt und sie den Anbietern gleichzeitig sowie rechtzeitig bekannt gegeben wird; das Transparenzprinzip und das Gleichbehandlungsgebot gelten nach wie vor uneingeschränkt. Die Fristverlängerung kann schriftlich per Brief oder E-Mail erfolgen. Am besten wäre es wohl, die Verlängerung über das entsprechende Vergabe-Tool auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) zu kommunizieren.

### Begehungen, Unternehmersgespräche und Präsentationen sind einzelfallweise zu betrachten

Inwieweit Begehungen von Anlagen oder Baustellen im Vorfeld der Abgabe des Angebots oder Unternehmersgespräche und Präsentationen nach Abgabe des Angebots noch möglich sind, nachdem der Bundesrat am 20. März 2020 entschieden hat, dass Gruppen von über fünf Leute verboten sind (Versammlungsverbot), ist fraglich.





Hinzu kommt, dass es möglich sein kann, dass Schlüsselpersonen eines Anbieters zu einer gefährdeten Gruppe von Leuten gehören und/oder bereits an COVID-19 erkrankt sind und dementsprechend eine Teilnahme an einer Begehung, einem Unternehmengespräch usw. ausser Betracht fällt.

Obwohl vergaberechtlich im Grundsatz davon auszugehen ist, dass sich die fehlende Teilnahme an einer obligatorischen Begehung, einem Unternehmengespräch usw. zulasten des Anbieters auswirkt, gilt dies nach Auffassung des Autors im aufgezeigten Beispiel vorstehend nicht uneingeschränkt: Eine seitens des Anbieters verlangte Verschiebung – nachweislich gestützt auf das Coronavirus – sollte deshalb im Einzelfall geprüft werden. Unter Umständen könnten ausserdem Videokonferenzen eine gangbare Alternative darstellen.

Wurde in der Ausschreibung eine Präsentation sogar als Zuschlagskriterium oder Teil davon definiert, wäre zu prüfen, ob das entsprechende Kriterium modifiziert werden kann,<sup>6</sup> wobei dies natürlich immer unter Einhaltung der vergaberechtlichen Kriterien wie Transparenz und Gleichbehandlung erfolgen muss.

### Ein Aufschub der Offertöffnung oder des Zuschlags ist möglich

Falls die Offerten bereits eingegangen sind, die Offertöffnung jedoch nicht durchgeführt und/oder der Zuschlag nicht erteilt werden kann, da die notwendigen Entscheide durch die zuständigen Gremien nicht gefällt werden können,<sup>7</sup> wird empfohlen, umgehend alle Anbieter gleichzeitig über diesen Umstand zu informieren und das weitere Vorgehen transparent aufzuzeigen. Im Minimum ist den Anbietern anzugeben, wann die Vergabestelle über das weitere Vorgehen im Zusammenhang mit der hängigen Beschaffung bestimmt. Die entsprechenden Informationen sollten schriftlich per Brief oder E-Mail erfolgen. Der direkte Kontakt zu den Anbietern per Telefon sollte aus Transparenzgründen sowie gestützt auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter vermieden werden.

Bei solchen Verzögerungen muss damit gerechnet werden, dass sich der Vertragschluss sowie der Vertragsbeginn nach hinten verschieben. Das bedeutet, dass unter anderem Preis- und Rabattbindungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses allenfalls nicht mehr gültig sind. Der Vergabestelle ist somit

zu empfehlen, bei den Anbietern vorzeitig um eine Verlängerung der Preis- und Rabattbindung bzw. der Bindefrist in Bezug auf das gesamte Angebot anzufragen.

### Ein Abbruch des Verfahrens ist möglich

Sollte infolge der Corona-Krise der Beschaffungsbedarf für eine nachgefragte Leistung nicht mehr bestehen, oder kann die Beschaffung (auch mittels Fristverlängerung) nicht mehr vergaberechtskonform durchgeführt werden, gilt dies grundsätzlich als wichtiger Grund, weshalb das Verfahren – quasi als Ultima Ratio – abgebrochen werden kann (vgl. z.B. im Kanton Zürich § 37 Abs. 1 SVO).

### Eine freihändige Vergabe ist möglich

In bestimmten Konstellationen sind sogenannte Freihandvergaben zulässig (vgl. z.B. im Kanton Zürich § 10 Abs. 1 SVO). Einschlägig sind insbesondere § 10 Abs. 1 lit. d, e und g SVO:

- «aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung so dringlich, dass kein offenes, selektives oder Einladungsverfahren durchgeführt werden kann» (lit. d);
- «aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse werden zur Ausführung oder Abrundung eines zuvor im offenen oder selektiven Verfahren vergebenen Auftrags zusätzliche Leistungen notwendig, deren Trennung vom ursprünglichen Auftrag aus technischen und wirtschaftlichen Gründen für die Vergabestelle mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Der Wert der zusätzlichen Leistung darf höchstens die Hälfte des Wertes des ursprünglichen Auftrags ausmachen» (lit. e);
- «die Vergabestelle vergibt einen neuen gleichartigen Auftrag, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen oder selektiven Verfahren vergeben wurde. Sie hat in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen für das Grundobjekt darauf hingewiesen, dass für solche Aufträge das freihändige Vergabeverfahren angewendet werden kann» (lit. g).

Beachtlich kann eine solche freihändige Vergabe während der Corona-Krise zum Beispiel im Bereich von medizinischen Produkten, von Dienstleistungen zur Unterstützung der Behörden und Spitäler oder von Hard- und Software-Beschaffungen sein, falls die geltenden



Schwellenwerte der regulären Freihandvergabe überschritten werden. Hauptsächlich wird im Kanton Zürich für solche Fälle die Ausnahmebestimmung von § 10 Abs. 1 lit. d SVO anzurufen sein (vgl. auch Art. 9 Abs. 1 lit. e der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB). Im Bund findet sich eine entsprechende Regelung in Art. 13 Abs. 2 lit. d der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995.

Natürlich kann nur das freihändig beschafft werden, was dringend notwendig ist. Zudem sind unvorhersehbare Ereignisse gefordert, was bedeutet, dass die Freihandvergabe nicht wegen einer selbst verschuldeten Dringlichkeit erfolgen darf. Auf jeden Fall sind die erwähnten Kriterien bei der Anwendung restriktiv auszulegen. Jedoch sollte das öffentliche Interesse bei der Beschaffung von wichtigen Gütern in Zeiten der COVID-19-Pandemie überwiegen, auch falls eine selbst verschuldete Dringlichkeit besteht. Natürlich müssen sämtliche Waren und Dienstleistungen nach Ende der Krisensituation umgehend wieder ordnungsgemäss öffentlich ausgeschrieben werden.

Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang, dass Art. 4f Abs. 3 lit. a COVID-19-Verordnung 2 bestimmt, dass für die Beschaffung von wichtigen medizinischen Gütern (Medizinprodukte und Schutzausrüstungen) im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) die Armeepothek zuständig ist. In diesem Sinn hat der Bundesrat nun für Beatmungsgeräte der Armeepothek als zentrale Beschaffungsstelle die Beschaffungshoheit übertragen.<sup>8</sup> Damit können die Spitäler in den Kantonen Beatmungsstationen nicht mehr selbstständig einkaufen.

### Fristenlauf und Rechtsschutz

In Bezug auf den Fristenlauf hat der Bund die folgenden zwei Verordnungen erlassen:

- Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Art. 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. März 2020 (Stand am 19. März 2020)
- Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (Stand am 21. März 2020)<sup>9</sup>

Der Fristenstillstand gilt gemäss Art. 1 VO über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren – soweit nach dem anwendbaren Verfahrensrecht des Bundes oder des Kantons gesetzliche oder von den Behörden oder Gerichten angeordnete Fristen über die Ostertage stillstehen – grundsätzlich (neben gesetzlichen Fristen) ebenfalls für behördlich oder gerichtlich angeordnete Fristen. Gestützt auf Art. 2 VO über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren beginnt der Fristenstillstand über die Ostertage bereits mit dem Inkrafttreten der Verordnung am 21. März 2020 und dauert bis zum 19. April 2020.

Im Vergaberecht des Bundes besteht mithin gestützt auf Art. 30 BöB sowie Art. 22a Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 1 VO über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren ein Fristenstillstand (bestätigt auf der Internetseite des Bundesverwaltungsgerichts<sup>10</sup>). Für das Bundesgericht gilt der Fristenstillstand ebenfalls.<sup>11</sup>

Wichtig ist in dieser Hinsicht, die aufgrund des Fristenstillstands verlängerte Frist korrekt zu berechnen. Da sich die VO über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zu diesem Thema ausschweigt, hat das Bundesverwaltungsgericht in Ergänzung zum Bundesratsbeschluss entschieden, dass richterlich angesetzte Fristen, die vom Fristenstillstand betroffen sind und ein bestimmtes Enddatum vor dem 19. April 2020 haben, gesamthaft am 20. April 2020 enden.

Vorsicht ist aber im Zusammenhang mit Gesuchen betreffend aufschiebende Wirkung sowie anderer vorsorglicher Massnahmen geboten, zumal für solche Verfahren gemäss Art. 22a Abs. 2 VwVG kein Stillstand der Fristen gilt. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist somit nach wie vor innert 20 Tagen seit Eröffnung der angefochtenen Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht einzureichen.

Etwas anderes gilt im kantonalen Submissionsrecht, das gemäss Art. 15 Abs. 2<sup>bis</sup> IVöB keine Gerichtsferien kennt. Hier laufen die Fristen normal weiter, und ein ergangener kantonaler Zuschlag muss innerhalb der kur-

zen Frist von zehn Tagen angefochten werden. Dies bestätigt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich explizit auf seiner Internetseite.<sup>12</sup>

Eine solche Anfechtung innert zehn Tagen könnte schwierig sein, falls ein Debriefing – als wichtige Vorbereitung der Beschwerdeerhebung – bei der Vergabestelle in Zeiten der Corona-Krise nicht innert nützlicher Frist möglich wäre. Entsprechend sind die kantonalen Vergabestellen gefordert, ein Debriefing wie gewohnt umgehend anzubieten. Hier besteht ebenfalls die Möglichkeit, auf alternative Kommunikationswege zurückzugreifen (z.B. Telefon- oder Videokonferenzen).

### FUSSNOTEN

- 1 Die vorliegenden Ausführungen wurden unter dem Titel «Corona-Krise – Gedanken zum Vergaberecht» erstmals mit Datum vom 20. März 2020 (aktualisiert am 22. März 2020) auf [www.insidelaw.ch](http://www.insidelaw.ch) publiziert. Der vorliegende angepasste und überarbeitete Beitrag berücksichtigt die laufenden Entwicklungen zu COVID-19 infolge Drucklegung bis zum 5. April 2020.
- 2 COVID-19 bezeichnet die Krankheit, welche durch das neue Coronavirus (SARS-CoV-2) beim Menschen ausgelöst wird. Im vorliegenden Beitrag werden die Begriffe jedoch synonym verwendet.
- 3 Unter anderem die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020 (Stand vom 4. April 2020).
- 4 Vgl. [www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/hilfsmittel/coronavirus.html](http://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/hilfsmittel/coronavirus.html) (besucht am 05.04.2020).
- 5 Vgl. [www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-und-trends/coronavirus.html](http://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-und-trends/coronavirus.html) (besucht am 05.04.2020).
- 6 Z.B. als Beschrieb der zu präsentierenden Angaben im Sinne eines technischen Berichts oder ähnlich.
- 7 Die öffentliche Verwaltung ist nicht von der Schliessungspflicht betroffen (Art. 6 Abs. 3 lit. j COVID-19-Verordnung 2).
- 8 Vgl. den Bericht in der NZZ am Sonntag Online: <https://nzzas.nzz.ch/wirtschaft/beatmungsgeraete-die-armee-uebernimmt-die-kontrolle-ld.1549040> (besucht am 05.04.2020).
- 9 Nachfolgend als Verordnung (VO) über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren bezeichnet.
- 10 Vgl. [www.bvger.ch/bvger/de/home/das-bundesverwaltungsgericht/corona\\_gerichtsbetrieb\\_und\\_fristen.html](http://www.bvger.ch/bvger/de/home/das-bundesverwaltungsgericht/corona_gerichtsbetrieb_und_fristen.html) (besucht am 05.04.2020).
- 11 Art. 46 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005.
- 12 Vgl. [www.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/themen/fristen\\_fristerstreckungen.html](http://www.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/themen/fristen_fristerstreckungen.html) (besucht am 05.04.2020).



### AUTOR

**Adrian Weber**, Rechtsanwalt LL.M., CAS Haftpflicht- und Versicherungsrecht IRP-HSG, Zürich, befasst sich schwerpunktmässig mit Submissionsrecht sowie Bau- und Immobilienrecht.