

VERTRAULICH / ANWALTSGEHEIMNIS / KEINE WEITERGABE ODER VERÖFFENTLICHUNG

Kurzgutachten betreffend Festpreise des F-35A

Datum 30. November 2023
An [REDACTED] armasuisse
Von [REDACTED], Homburger AG

I.	Fragestellung.....	2
II.	Ergebnisse.....	2
III.	Vorbemerkungen.....	4
A.	Gegenstand des Kurzgutachtens.....	4
B.	Grundlagen der Beurteilung	4
1.	Vorgaben im Beschaffungsverfahren.....	4
2.	Vertragliche Grundlagen.....	4
IV.	Erläuterungen.....	6
A.	Festpreisvereinbarung mit dem USG	6
1.	Definition von Festpreisen in FMS-Verträgen / Abgrenzung von Kostenerstattungsverträgen.....	6
2.	Übersicht über die getroffenen Vereinbarungen	6
2.1	LOA betreffend den Kauf von 36 Kampfflugzeugen vom Typ F-35A	6
2.2	LOAs betreffend <i>Operation & Sustainment Support</i>	7
3.	Beurteilung des Preisänderungsrisikos.....	8
3.1	Kauf der F-35A Kampfflugzeuge	8
3.2	Operation & Sustainment Support.....	9
B.	Vorkehrern gegen Preisänderungen.....	9
C.	Hinweise zum Währungsrisiko.....	10
V.	Hinweise zu Patriot.....	11
Anhang:	Grundlagen des FMS-Prozesses.....	13

I. Fragestellung

1. Ist eine Preiserhöhung im Zusammenhang mit dem F-35A möglich?
2. Wenn ja, unter welchen Umständen (Teuerung etc.) ist eine Preiserhöhung möglich?
3. Was wären Gegenmassnahmen?

II. Ergebnisse

1. In Bezug auf die Möglichkeit von Preiserhöhungen bzw. den Festpreischarakter der getroffenen Vereinbarungen ist zu unterscheiden zwischen (i) dem Kauf der F-35A Kampfflugzeuge; und (ii) dem Bezug von Operation & Sustainment Support (Produktsupport).

1.1. *Preiserhöhung betreffend den Kauf der F-35A Kampfflugzeuge*

Der LOA SZ-D-SAA enthält in Note 55 eine spezielle und individuell verhandelte Festpreisvereinbarung, die vom Standard-LOA abweicht und unseres Erachtens nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen anderslautenden Bestimmungen in den *LOA Terms & Conditions* vorgeht.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch die expliziten Aussagen bzw. Zusicherungen in Nebenvereinbarungen, die seitens des USG vor Unterzeichnung des LOA durch die Schweiz abgegeben wurden. Auch wenn diese Nebenvereinbarungen formell keinen Vertragsbestandteil darstellen, können sie mindestens zur Auslegung der getroffenen vertraglichen Regelung herangezogen werden.

Soweit die Währungsrisiken durch die Bundestresorerie abgesichert wurden, liegt das Risiko von Kostensteigerungen, einschliesslich der Teuerung (dies wurde ausdrücklich festgehalten), aufgrund der Vereinbarung von Festpreisen grundsätzlich beim Hersteller. Daher sind Preiserhöhungen unseres Erachtens nicht gestattet, es sei denn es gebe neue Umstände, dass z.B. die Schweizerische Eidgenossenschaft Beistellpflichten nicht nachkommt oder neue Anforderungen einbringt.

1.2. *Preiserhöhung betreffend Operation & Sustainment Support*

Der LOA SZ-D-QAJ für Operation & Sustainment Support für die Phase 2027-2031 enthält keine Vertragsklausel mit einer Festpreiszusage. Daher besteht ein gewisses Risiko, dass die LOA-Preise als Schätzungen gelten und das USG die Leistungen *back-to-back* beim Hersteller via *cost-reimbursement* Vertrag beschaffen könnte.¹ Die Unsicherheiten betreffend Leistungen, deren Bezug erst im Jahr 2027 starten soll, erweisen sich als deutlich grösser, sodass eine akkurate Kostenschätzung und damit die Verwendung eines Festpreisvertrags schwieriger umzusetzen wäre.

Falls der Operation & Sustainment Support *back-to-back* mit einem *cost-reimbursement* Vertrag beschafft wird, kann die Schweizerische Eidgenossenschaft unter gegebenen Voraussetzungen und beschränkt auf den im genannten LOA enthaltenen Beschaffungsumfang ein Kostenerhöhungsrisiko treffen. Allerdings wäre auch eine Preissenkung möglich.

¹ Green Book, 9-10 (abrufbar unter <<https://www.dscu.edu/greenbook>>).

2. Soweit im Bereich Operation & Sustainment Support ein *cost-reimbursement* Vertrag zwischen USG und Hersteller geschlossen wird, sind die im LOA eingesetzten Preise als Schätzungen zu verstehen. Das von der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu tragende Kostenrisiko ergibt sich daraus, dass die dem USG vom Hersteller gemeldeten Kosten nach dem Prinzip *cost plus* verrechnet werden.

Die Kostenrisiken dürften insbesondere allfällige programmbedingte und/oder teuerungsbedingte Mehrkosten umfassen. Diese Kosten müssen nachweislich zulässig, zurechenbar und angemessen sein.

3. *Gegenmassnahmen betr. Kauf der F-35A Kampfflugzeuge.* Da grundsätzlich keine Preiserhöhungen möglich sein sollten, sind Gegenmassnahmen vorerst nicht nötig. Indessen steht das USG neutral zwischen Hersteller und Besteller und überwälzt Kosten und Benefits, weshalb wesentlich ist, dass auch die *back-to-back*-Verträge zwischen USG und Hersteller die Preisfixierungen tatsächlich enthalten. Diese Verträge sind gemäss Information von armasuisse noch nicht vereinbart. Sie würden jeweils etwa zwei Jahre vor einer Batch-Auslieferung für den jeweiligen Batch unterzeichnet. Das USG hat der Schweizerischen Eidgenossenschaft ein Einsichts- und Kommentierungsrecht bezüglich dieser Verträge eingeräumt (*Insight Letter*), damit sich diese vergewissern und sicherstellen kann, dass die seitens des USG abgegebenen Zusicherungen tatsächlich eingehalten werden und die Festpreise im *back-to-back* Vertrag mit dem Hersteller den Angebotspreisen im Beschaffungsverfahren entsprechen.

Gegenmassnahmen betr. Operation & Sustainment Support. Das Festpreislelement wurde diesbezüglich nur beschränkt vorgesehen. Dieses kann aber auch gestützt auf einen *Insight Letter* überprüft werden. Das mögliche Kostenrisiko könnte zudem reduziert werden, indem das USG dazu angehalten würde, entsprechend seinem Angebot im Beschaffungsverfahren einen Festpreisvertrag mit dem Hersteller abzuschliessen. Soweit ein *cost-reimbursement* Vertrag abgeschlossen wird, könnte in Ausübung des Einsichtsrechts gemäss einem *Insight Letter* darauf hingewirkt werden, dass stringente Anforderungen an das *cost reporting* definiert und weitere Massnahmen gegen Kostenerhöhungen (z.B. Deckelung der Preissteigerungen, Ausschluss programmbedingter Mehrkosten, etc.) vorgesehen würden.

Wir weisen darauf hin, dass die Beschaffungsverträge U.S.-amerikanischem Recht sowie teilweise möglicherweise auch zwischenstaatlichem Recht unterstehen. Da wir diesbezüglich über keine Expertise verfügen, stützen sich unsere Beurteilungen auf den Wortlaut der einschlägigen Dokumente und allgemeine vertragsrechtliche Grundsätze. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass unter Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechts andere Schlussfolgerungen zu ziehen wären. Diese Unsicherheit könnte durch Beizug eines amerikanischen Rechtsanwalts allenfalls geklärt werden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Streitbeilegungsmechanismus aufgrund der zwischenstaatlichen Natur dieses Beschaffungsvertrags auf den diplomatischen Kanal verweist. Eine gerichtliche Überprüfung bzw. obrigkeitliche Rechtsdurchsetzung ist daher einerseits weniger nötig, dürfte andererseits aber auch kaum möglich sein.

III. Vorbemerkungen

A. Gegenstand des Kurzgutachtens

- 1 Dieses Kurzgutachten stützt namentlich auf die nachfolgend (Rz. 5 ff.) genannten Grundlagen, einerseits die beschaffungsrechtlichen Grundlagen und andererseits die getroffenen vertraglichen Vereinbarungen. Soweit bekannt, wurden zudem tatsächliche Feststellungen und Erkenntnisse im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen berücksichtigt.
- 2 Beigezogen wurden zudem öffentlich verfügbare Informationen, insbesondere im Zusammenhang mit parlamentarischen Vorstössen sowie der Bericht der Eidg. Finanzkontrolle (**EFK**) zur Prüfung des Risikomanagements des Programms Air2030 vom 18. Mai 2022.
- 3 In Bezug auf das Patriot-System lag uns im Hinblick auf die Erstellung dieses Kurzgutachtens ein Entwurf des Beschaffungsvertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem USG vor. Die Beurteilung stützt sich daher einzig auf den Wortlaut dieses Entwurfs ab. Homburger hat das VBS im Zusammenhang mit Patriot nicht beraten – weder betreffend das Beschaffungsverfahren noch betreffend die Vertragsverhandlungen mit dem USG. Daher beschränkt sich dieses Kurzgutachten auf die nachfolgenden summarischen Hinweise in Kapitel V., verzichtet hingegen auf eine vertiefte Beurteilung.
- 4 Die Beschaffungsverträge (*Letter of Offer and Acceptance*; **LOA**) unterstehen U.S.-amerikanischem Recht. Eine abschliessende Beurteilung der Fragestellung nach U.S.-amerikanischem Rechtsverständnis kann diesem Kurzgutachten wie oben erwähnt nicht entnommen werden.

B. Grundlagen der Beurteilung

1. Vorgaben im Beschaffungsverfahren

- 5 Gemäss den Ausschreibungsunterlagen (*Request for Proposal 2*, **RFP 2**) im Einladungsverfahren hatten die Anbieter verbindliche Festpreise ("*firm fixed pricing*") für alle Leistungspositionen zu offerieren. Dabei wurden folgende Preisinformationen verlangt:²
 - *2020 economics* (Jahr des RFP 2);
 - *2023 economics* (voraussichtliche Vertragsunterzeichnung);
 - *Then Year economics* (bei Lieferung des Beschaffungsumfangs).
- 6 Die *Then Year economics* hatte die Inflation und jedes andere Preiselement zu beinhalten, das der Schweizerischen Eidgenossenschaft in Rechnung gestellt wird.

2. Vertragliche Grundlagen

- 7 Die Beurteilung stützt sich im Wesentlichen auf die drei nachfolgend genannten wesentlichen Grundlagen:

² New Fighter Aircraft (NFA), Part 1: Project Requirements, Doc-ID NFA-PM-00379, 24.06.2020, S. 21 (**RESTRICTED**).

- 8 (i) Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat mit dem U.S. Government (**USG**) im Rahmen des *Foreign Military Sales (FMS)* Prozesses folgende Verträge (*Letter of Offer and Acceptance; LOA*) ausgehandelt (für eine Übersicht über den FMS-Prozess vgl. Anhang 1):
- *SZ-D-SAA* betr. 36 Flugzeuge F-35A und dazugehöriger Support (Vertragsvolumen USD ██████████);
 - *SZ-D-QAJ* betr. Operation & Sustainment (O&S) Support (2027-2031) (Vertragsvolumen USD ██████████);
 - *SZ-P-LAY* betr. AIM-9X Sidewinder Missiles (Vertragsvolumen USD ██████████);
 - *SZ-D-YAD* betr. Joint Direct Attack Munitions (JDAM) (Vertragsvolumen USD ██████████);
 - *SZ-D-FAA* betr. Targeting Cell Capability (Vertragsvolumen USD ██████████);
 - *SZ-D-QAQ* betr. Operation & Sustainment (O&S) Support (2032-2040) (Vertragsvolumen USD ██████████). Soweit ersichtlich, ist dieser LOA nicht im mit der Armeebotschaft 2022 beantragten Verpflichtungskredit von CHF 6,035 Mrd. enthalten, das diese Kosten erst nach dem geplanten Erreichen der *Full Operational Capability* ab dem Jahr 2032 anfallen werden;
- 9 (ii) Daneben haben die Vertragsparteien das gemeinsame Verständnis betreffend wesentliche Vertragsinhalte in einer separaten Erklärung in Form von Verständnispunkten, datierend vom 7. Dezember 2021, festgelegt (Dokument "Procurement of F-35A Lightning II aircraft systems"; die **Verständnispunkte**). Die Verständnispunkte betreffen insbesondere die Frage nach dem Festpreischarakter der Beschaffung. Im Rahmen einer Pressemitteilung der U.S. Embassy vom 2. Juni 2022 bestätigten die USA öffentlich, dass die Beschaffung der F-35A Kampfflugzeuge im Rahmen von Festpreisverträgen erfolgt.³
- 10 (iii) Zudem hat die zuständige US-Behörde, das F-35 Joint Program Office (**JPO**), im Rahmen einer Note am 9. November 2021 (der **Insight Letter**)⁴ verschiedene Zusicherungen abgegeben, insbesondere:
- Das Recht auf Einsichtnahme und Kommentierung der zwischen der US-Regierung und den Herstellern abzuschliessenden Verträge vor deren Abschluss;
 - Die Zusicherung, dass die entsprechenden Verträge die der Schweiz unterbreitete Offerte widerspiegeln werden.

³ Press Release: America's Most Advanced Multi-Role Fighter: <<https://ch.usembassy.gov/press-release-americas-most-advanced-multi-role-fighter/>> (zuletzt abgerufen am 27. November 2023).

⁴ Schreiben "Switzerland Insight into F-35 Contracting" vom 9. November 2021.

IV. Erläuterungen

A. Festpreisvereinbarung mit dem USG

1. Definition von Festpreisen in FMS-Verträgen / Abgrenzung von Kostenerstattungsverträgen

11 Das sog. "Green Book 2022" der der Defense Security Cooperation Agency unterstellten *Defense Security Cooperation University* (das **Green Book**)⁵ umschreibt Festpreisverträge wie folgt: "*Fixed-price contracts establish a price that is generally not subject to any adjustment, regardless of the costs the contractor subsequently accumulates in performing the contract. This type of contract makes the contractor responsible for managing costs or dealing with cost risks with little or no cost risk to the government.*"

12 Damit unterscheiden sich Festpreisverträge wesentlich von Kostenerstattungsverträgen (sog. *Cost-Reimbursement Contracts*), die im Green Book wie folgt umschrieben werden:⁶ "*Cost-reimbursement contracts pay the contractor all incurred costs determined to be allowable, allocable, and reasonable per the provisions of the contract. These types of contracts are suitable only when the uncertainties involved in contract performance do not permit costs to be estimated with sufficient accuracy to use a fixed-price contract. Under cost-reimbursement contracts, the contractor has less cost risk, whereas the cost risk to the government is higher.*"

2. Übersicht über die getroffenen Vereinbarungen

2.1 LOA betreffend den Kauf von 36 Kampfflugzeugen vom Typ F-35A

13 Im LOA SZ-D-SAA betreffend den Kauf von 36 Flugzeugen vom Typ F-35A hat die Schweizerische Eidgenossenschaft mit dem USG eine spezielle Vertragsklausel (Note 55) verhandelt und vereinbart:

Note 55. F-35A PROCUREMENT FOR SWITZERLAND.

This Letter of Offer and Acceptance (LOA) constitutes an agreement by the United States of America (USA), acting through the Secretary of the Air Force for International Affairs (SAF/IA) and the Swiss Confederation, acting through the Federal Office for Defence Procurement (armasuisse). On behalf of the USA, SAF/IA hereby confirms that the United States Government (USG) purchases F-35A Lightning II aircraft systems on fix-priced contracts, which already accounts for inflation. The USA further confirms to the Swiss Confederation those 36 F-35A Lightning II aircraft systems to be procured by the Swiss Confederation will be procured by the USG on the same contracts at the same fix-price, which is the same fix-price as the USG offered to armasuisse. The USG will sell these F-35A Lightning II aircraft systems under the LOA for the same fix-price, which also already includes, and will not be increased for, inflation and includes US government charges, US taxes, delivery costs and non-Swiss custom duties, to the Swiss Confederation. Any adjustments to the LOA scope will be agreed to by both the USA and Swiss Confederation. This note is in line with the standard terms and conditions within the LOA. This note will lapse (i) six months after both receipt of final payment has been confirmed by the SAF/IA and delivery of all the aircraft and performance of all services in accordance with the LOA has been confirmed by the Swiss Confederation, or (ii) if the LOA has not been countersigned by the Swiss Confederation, acting through armasuisse, by the LOA expiration date.

14 Dem Wortlaut von Note 55 ist insbesondere zu entnehmen, dass das USG die F-35A beim Hersteller mittels Festpreisverträgen (*fix-priced contracts*) kauft und diese der Schweizerischen Eidgenossenschaft zum gleichen Festpreis, der explizit bereits die U.S. Inflation, U.S. Gebühren,

⁵ Green Book, 9-10 (abrufbar unter <<https://www.dscu.edu/greenbook>>).

⁶ Green Book, 9-10 (abrufbar unter <<https://www.dscu.edu/greenbook>>).

U.S. Steuern, Lieferkosten und die nicht-schweizerischen Zollabgaben beinhaltet, weiterverkauft. Zudem wurde vertraglich festgehalten, dass der Festpreis dem im Beschaffungsverfahren offerierten Preis entsprechen muss.

- 15 Die Note 55 steht im Einklang mit den unter den Parteien vereinbarten Verständnispunkten, insbesondere deren Ziffer 3. Damit haben die Parteien ihr gemeinsames Verständnis des Vertragsinhalts betreffend die Beschaffung des F-35A mit Festpreisen schriftlich anerkannt und unterschrieben bestätigt. Das Dokument wurde insbesondere deswegen erstellt, damit in der Öffentlichkeit geäußerte Behauptungen, es sei gar kein Festpreisvertrag oder würde von U.S.-amerikanischer Seite anders verstanden, beidseitig entgegengetreten werden konnte:

3 The US and Swiss governments are bound by the terms of the Letter of Offer and Acceptance (LOA) which confirms the agreement on the purchase of the 36 F-35 aircraft by Switzerland as a fixed price contract, which factors in inflation. The prices correspond to the Best and Final Offer submitted by the U.S. government in the procurement process.

- 16 In den Verständnispunkten sichert das USG wiederum explizit zu, dass (i) der Kauf der F-35A Kampfflugzeuge im Rahmen von Festpreisverträgen erfolgt, die bereits die U.S. Inflation einpreisen; und (ii) die Preise der vom USG im Beschaffungsverfahren eingereichten Offerte (*Best and Final Offer*, **BAFO**) entsprechen.
- 17 Abgesichert wird die Festpreisvereinbarung durch den Insight Letter, der analoge Zusicherungen enthält und der Schweizerischen Eidgenossenschaft das Recht einräumt, vor Abschluss des Vertrages zwischen USG und Hersteller Einsicht in den Vertragsentwurf zu nehmen und diesen zu kommentieren. Dies ermöglicht es der Schweizerischen Eidgenossenschaft, zu überprüfen, dass die zwischen USG und Hersteller vereinbarten Preise den seitens des USG in der BAFO offerierten Preisen entsprechen.
- 18 Aufgrund des FMS-Prozesses, bei dem das USG die F-35A für die Schweiz auf einer "no profit – no loss" Basis beschafft und hierzu erst noch *back-to-back* Verträge mit dem Hersteller schliessen wird, ist in den LOA an verschiedenen Stellen von "*estimated costs*" o.Ä. die Rede. Entsprechend wird in den LOA Standard Terms and Conditions (**LOA T&C**) verlangt, dass der Käufer das USG für die gesamten Kosten entschädigt, selbst wenn diese die Schätzwerte gemäss LOA übersteigen (Ziffer 4.4.1). Allerdings bleiben nach Ziff. 4.1 LOA T&C Vereinbarungen vorbehalten, welche vom Grundsatz abweichen, wonach die Preise der einzelnen Leistungspositionen blosse Kostenschätzungen darstellen.

2.2 LOAs betreffend *Operation & Sustainment Support*

- 19 Die beiden LOAs betreffend O&S Support (SZ-D-QAJ betreffend die Periode 2027-2031; SZ-D-QAQ betreffend die Periode 2032-2040) enthalten keine besondere Vertragsbestimmung, die eine Festpreisabrede analog zu Note 55 des LOA SZ-D-SAA betreffend den Kauf von 36 Flugzeugen vom Typ F-35A vorsieht (dies gilt auch für die LOA SZ-P-LAY, SZ-D-YAD und SZ-D-FAA, die ein geringeres Beschaffungsvolumen aufweisen).
- 20 Der Wortlaut der LOAs deutet daher darauf hin, dass die vereinbarten Preise Kostenschätzungen darstellen und die LOA T&C gelten, d.h. die Beschaffung *back-to-back* nach dem Prinzip "no profit – no loss" erfolgt.

- 21 Die Verständnispunkte nehmen – anders als in Bezug auf den LOA SZ-D-SAA betreffend den Kauf der F-35A – keinen Bezug auf Festpreisverträge, die die Inflation bereits einpreisen. Jedoch wird sowohl für die offerierten ersten 16'200 Flugstunden als auch für den weiteren O&S Support bis 2040 zugesichert, dass die Preise die seitens des USG im Beschaffungsverfahren unterbreitete BAFO widerspiegeln.

4 The offers submitted by the U.S. government for the operating costs for the first 16,200 flight hours as well as the operating costs until 2040 will be agreed in Letters of Offer and Acceptance (LOA) between the U.S. government and Switzerland. The prices reflect the corresponding Best and Final Offer submitted by the U.S. government in the procurement process.

- 22 In diesem Sinne sichert auch der Insight Letter zu, dass die mit den Herstellern zu schliessenden *back-to-back* Verträge die vom USG unterbreitete Offerte widerspiegeln müssen. Der Schweizerischen Eidgenossenschaft wird mit dem Insight Letter auch diesbezüglich ein Einsichts- und Kommentierungsrecht gewährt.

3. Beurteilung des Preisänderungsrisikos

3.1 Kauf der F-35A Kampfflugzeuge

- 23 Mit Note 55 wurde unseres Erachtens eine vom Standard-LOA abweichende Vereinbarung getroffen und der LOA SZ-D-SAA enthält eine ausdrückliche Festpreisvereinbarung. Das USG hat diesbezüglich einer speziellen Vertragsklausel zugestimmt, die individuell mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgehandelt wurde und vom Standardvertrag abweicht. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die expliziten Zusagen bzw. Zusicherungen in Nebenvereinbarungen, die seitens des USG vor Unterzeichnung des LOA durch die Schweiz abgegeben wurden. Auch wenn diese Nebenvereinbarungen formell keinen Vertragsbestandteil darstellen, können sie mindestens zur Auslegung der getroffenen vertraglichen Regelung herangezogen werden. Ob das USG gestützt auf uns nicht bekannte US-amerikanische Regeln etwas anderes darlegen könnte, können wir wie erwähnt nicht beurteilen. Allerdings halten wir es eher für unwahrscheinlich, dass das USG expliziten Vertragsbestimmungen zustimmen würde, wenn diese beispielsweise gegen zwingendes Recht verstossen würden.
- 24 Aufgrund der Vereinbarung von Festpreisen liegt das Risiko von Kostensteigerungen, einschliesslich der Teuerung, grundsätzlich beim Hersteller. Seitens der Schweiz ist sicherzustellen, dass die im *back-to-back* Vertrag vom USG mit dem Hersteller vereinbarten Festpreise denjenigen der BAFO entsprechen. Dies kann mittels des Einsichtsrechts gemäss Insight Letter überprüft werden, das sich die Schweiz ausbedungen hat. Sollte der *back-to-back* Vertrag Preis Anpassungen vorsehen oder ermöglichen, dürfte das USG allerdings versuchen, diese auf die Eidgenossenschaft zu überwälzen.
- 25 Aufgrund der in Note 55 getroffenen Vereinbarungen ist davon auszugehen, dass Preisänderungen – anders als dies bei FMS-Verträgen üblicherweise der Fall ist – einer Änderung des LOA SZ-D-SAA (*amendment*) bedürfen. Ein *amendment* eines LOA ist zustimmungsbedürftig.⁷

⁷ DCSA (Hrsg.), Security Assistance Management Manual, C6.7.

- 26 Vorbehalten bleiben aus Billigkeitsüberlegungen in den meisten Rechtsordnungen einschliesslich der USA und im Völkerrecht bekannte Korrekturmechanismen – wie in der Schweiz etwa die *clausula rebus sic stantibus* – bei massiven Störungen des Äquivalenzverhältnisses zufolge nicht voraussehbarer und extremer Veränderungen der Umstände.

3.2 Operation & Sustainment Support

- 27 In Bezug auf den vom Verpflichtungskredit erfassten LOA SZ-D-QAJ betreffend O&S Support für die ersten 16'200 Flugstunden bzw. bis zum Erreichen der *Full Operational Capability* Ende 2031 fehlt es an einer expliziten Festpreiszusage. Dies bedeutet grundsätzlich, dass das USG diese Leistungen mittels eines *cost-reimbursement* Vertrags beim Hersteller beschaffen könnte.⁸ Die Unsicherheiten betreffend Leistungen, deren Bezug erst im Jahr 2027 starten soll, erweisen sich als deutlich grösser, sodass eine akkurate Kostenschätzung und damit die Verwendung eines Festpreisvertrags schwieriger umzusetzen wäre (dies gilt umso mehr für den nicht vom Verpflichtungskredit erfassten LOA SZ-D-QAJ für O&S Support von 2032-2040).
- 28 Im Falle eines *cost-reimbursement* Vertrags sind die im LOA eingesetzten Preise Schätzungen. Verrechnet werden aber die vom Hersteller dem USG gemeldeten Kosten nach dem Prinzip *cost plus*, wobei das USG sicherzustellen hat, dass die vom Hersteller geltend gemachten Kosten zulässig, zurechenbar und angemessen sind.⁹
- 29 In Bezug auf den O&S Support besteht damit ein gewisses Risiko, dass die Schweiz Kostenrisiken mitträgt, wobei hier allfällige programmbedingte und/oder teuerungsbedingte Mehrkosten im Vordergrund stehen dürften. Aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten "*Then Year Economics*" (Rz. 5) ist jedoch davon auszugehen, dass die geschätzte Teuerung in den angebotenen Preisen bereits eingerechnet wurde. Mehrkosten ergäben sich entsprechend nur in dem Umfange, in dem die tatsächliche Teuerung die dem Angebot zugrunde gelegte Teuerungsschätzung übersteigt.

B. Vorkehren gegen Preisänderungen

- 30 *Kauf der F-35A Kampfflugzeuge.* In Bezug auf den Kauf der F-35A Kampfflugzeuge gibt es unseres Erachtens wie erwähnt überwiegende Argumente dafür, dass sich das USG dazu verpflichtet hat, diese der Schweiz zu Festpreisen zu verkaufen, die dem im Rahmen der Evaluation für ein Neues Kampfflugzeug unterbreiteten Angebot entsprechen. Gegenmassnahmen scheinen daher vorerst nicht nötig.
- 31 Um den Grundsatz "*no profit – no loss*" des FMS-Prozesses zu wahren und seitens der USA unerwünschten Präzedenzfällen vorzubeugen, ist empfohlen, vom ausbedungenen Einsichtsrecht Gebrauch zu machen. Damit soll sichergestellt werden, dass die Festpreise im *back-to-back* Vertrag mit dem Hersteller tatsächlich den der Schweiz angebotenen Preisen entsprechen.
- 32 *O&S Support.* Betreffend den O&S Support könnte die Schweiz die von ihr zu tragenden Risiken einer Preisänderung reduzieren, indem das USG dazu angehalten würde, mit dem Hersteller

⁸ Green Book, 9-10 (abrufbar unter <<https://www.dscu.edu/greenbook>>).

⁹ Green Book, 9-10 (abrufbar unter <<https://www.dscu.edu/greenbook>>).

zumindest für den O&S Support für die ersten 16'200 Flugstunden einen Festpreisvertrag abzuschliessen (der LOA enthält dazu keine Vorgaben). Argumente hierfür sind u.a.:

- Die Ausschreibung verlangte als Muss-Anforderung ein Angebot mit *Firm Fixed Pricing*, das Inflation und jedes andere verrechnete Preiselement enthalten musste (Rz. 5).
 - Im Rahmen der Verständnispunkte hat das USG zugesichert, dass die Preise die seitens des USG im Beschaffungsverfahren unterbreitete BAFO widerspiegeln. Daran (und an sein Angebot) ist das USG unseres Erachtens gebunden.
- 33 Soweit ein *cost-reimbursement* Vertrag zwischen dem USG und dem Hersteller abgeschlossen wird, kann die Schweizerische Eidgenossenschaft im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Einsichtsrechte darauf hinwirken, dass stringente Anforderungen an das *cost reporting* definiert und weitere Massnahmen gegen Kostenerhöhungen (z.B. Deckelung der Preissteigerungen, etc.) vorgesehen werden.
- 34 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass in den LOA jeweils kein gerichtlicher Mechanismus der Streitschlichtung vorgesehen ist. Dies entspricht den Gepflogenheiten bei Government-to-Government Geschäften von befreundeten Staaten. Im Falle von vertraglichen Uneinigkeiten kann daher auf politischem oder diplomatischem Wege eine einvernehmliche Lösung gefunden werden.

C. Hinweise zum Währungsrisiko

- 35 Neben dem Preisänderungsrisiko bestand – zumindest bis zum Zeitpunkt der Absicherung des Spezialgeschäfts durch die Bundestresorerie – auch ein Risiko von Wechselkursbedingten Mehrkosten.
- 36 Die Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Beschaffung der Kampfflugzeuge F-35A lauten grösstenteils auf US-Dollars.¹⁰ Für den Verpflichtungskredit von CHF 6,035 Mrd. wurde ein Wechselkurs von 0.95 CHF pro USD angenommen.¹¹ Im Einklang mit den finanzhaushaltsrechtlichen Vorgaben¹² hat die Bundestresorerie gemäss ihrem Tätigkeitsbericht die Währungsrisiken nach dem Parlamentsbeschluss im September 2022 abgesichert.¹³ Der Wechselkurs war zu diesem Zeitpunkt leicht höher als der der Armeebotschaft 2022 zugrunde gelegte Wechselkurs. Gemäss Armeebotschaft 2022 entstehen pro Rappen Abweichung vom angenommenen Wechselkurs von 0.95 CHF pro USD Mehr- oder Minderkosten von ca. CHF 70 Mio. für die Beschaffung des F-35A und des Patriot-Systems.¹⁴ Soweit das Fremdwährungsrisiko abgesichert wurde, verbleibt beim Bund insbesondere noch das Risiko einer Veränderung der Zinsdifferenz zwischen den USA und

¹⁰ Ausgenommen bleibt der Lieferumfang aus der Schweiz (insb. RUAG) von rund CHF 67 Mio. (vgl. Armeebotschaft 2022 vom 16. Februar 2022, BBI 2022 615, S. 39).

¹¹ Art. 4 des Bundesbeschlusses über die Kampfflugzeuge F-35A vom 15. September 2022, BBI 2022 2459.

¹² Art. 70a Abs. 1 Finanzhaushaltsverordnung vom 5. April 2006 (FHV; SR 611.01).

¹³ Eidg. Finanzverwaltung (Hrsg.), Bundestresorerie, Tätigkeitsbericht 2022, 28, 35.

¹⁴ Armeebotschaft 2022 vom 16. Februar 2022, BBI 2022 615, 80.

der Schweiz.¹⁵ Für allfällige mit der Währungsrisiko verbundene Mehrkosten kann nach der Ausführung der Beschaffung grundsätzlich ein währungsbedingter Zusatzkredit beantragt werden.¹⁶

V. Hinweise zu Patriot

³⁷ Die oben im Kapitel I. aufgeworfene Fragestellung stellt sich analog auch für die parallel durchgeführte Beschaffung des Patriot-Systems für die bodengestützte Luftverteidigung grösserer Reichweite (**Patriot**).

1. Grundlagen der Beurteilung

Diese Ersteinschätzung stützt sich ausschliesslich auf den Wortlaut des unsignierten Draft LOA SZ-B-UAS (Restated) in der Fassung vom 1. Oktober 2021. Weitere Hintergründe – etwa zu den kommerziellen Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen oder Informationen zum Gang der Verhandlungen – sind uns nicht bekannt. Wie erwähnt hat Homburger das VBS im Zusammenhang mit Patriot nicht beraten – weder betreffend das Beschaffungsverfahren noch betreffend die Vertragsverhandlungen mit dem USG.

Wie bereits im Zusammenhang mit der Beschaffung des F-35A weisen wir darauf hin, dass die Beschaffungsverträge U.S.-amerikanischem Recht sowie teilweise möglicherweise auch zwischenstaatlichem Recht unterstehen. Da wir diesbezüglich über keine Expertise verfügen, stützen sich unsere Beurteilungen auf den Wortlaut der einschlägigen Dokumente und allgemeine vertragsrechtliche Grundsätze. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass unter Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechts andere Schlussfolgerungen zu ziehen wären. Diese Unsicherheit könnte durch Beizug eines amerikanischen Rechtsanwalts allenfalls geklärt werden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Streitbeilegungsmechanismus aufgrund der zwischenstaatlichen Natur dieses Beschaffungsvertrags auf den diplomatischen Kanal verweist. Eine gerichtliche Überprüfung bzw. obrigkeitliche Rechtsdurchsetzung ist daher einerseits weniger nötig, dürfte andererseits aber auch kaum möglich sein.

2. Übersicht über die getroffenen Vereinbarungen

Hinweise auf eine Festpreisabrede sind dem Draft LOA SZ-B-UAS soweit ersichtlich nicht zu entnehmen.

Der Wortlaut deutet vielmehr darauf hin, dass die vereinbarten Preise Kostenschätzungen darstellen: Der Draft LOA SZ-B-UAS verwendet an verschiedenen Stellen Terminologie wie "Estimated Costs" (S. 2 und 16). Note 83 bringt explizit den Vorbehalt an, dass Preise und Verfügbarkeit auf Schätzungen basieren und Änderungen infolge der Vertragsverhandlungen (der *back-to-back* Verträge) vorgenommen werden können:

Note 82. PRICE AND AVAILABILITY.

The quantity is not currently on contract nor have contract negotiations pertaining thereto been initiated. Therefore, the price and availability reflected are based upon established procurement cost estimating procedures only. If price and availability are changed as a result of actual contract negotiations, notification of such changes will be furnished according to current procedures. (P13.A)

¹⁵ Eidg. Finanzverwaltung (Hrsg.), Bundestresorerie, Tätigkeitsbericht 2022, 35.

¹⁶ Art. 27 Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (Finanzhaushaltgesetz, FHG; SR 611.0).

Darüber hinaus dürften auch die LOA T&C zu beachten sein, die das Prinzip "*no profit – no loss*" konkretisieren. Entsprechend verlangen die LOA T&C (Ziffer 4.4.1), dass der Besteller das USG für die gesamten ihm im *back-to-back* Verhältnis mit den Herstellern anfallenden Kosten entschädigt, selbst wenn diese die Schätzwerte gemäss LOA übersteigen.

3. Preiserhöhungen betreffend die Beschaffung von Patriot

Gestützt auf den Wortlaut des Draft LOA SZ-B-UAS zeigt sich, dass soweit ersichtlich keine von der Standardkonzeption der LOA abweichenden speziellen Vereinbarungen getroffen worden sind. Insbesondere besteht keine Zusicherung seitens des USG, wonach es den Leistungsumfang *back-to-back* via Festpreisverträge beschaffe, die denselben Festpreis enthielten wie das gegenüber der Schweizerischen Eidgenossenschaft abgegebene Angebot.

Der Wortlaut des Draft LOA deutet daher darauf hin, dass die vereinbarten Preise Kostenschätzungen darstellen, während die Beschaffung *back-to-back* nach dem Prinzip "*no profit – no loss*" erfolgen wird. Daher ist unseres Erachtens davon auszugehen, dass Preiserhöhungen grundsätzlich möglich sind.

Am 28. März 2023 hat das U.S. Department of Defense bekanntgegeben, dass es dem Hersteller Raytheon Co. einen *firm-fixed-price* Vertrag mit einem Volumen von USD 1'225'368'67 im Zusammenhang mit der FMS-Beschaffung von Patriot durch die Schweiz vergeben hat.¹⁷ Soweit die Preise in diesem *Enterprise Contract* denjenigen des LOA entsprechen und dieser *back-to-back* Vertrag keinen Raum für Preiserhöhungen belässt, wird das Risiko von Preiserhöhungen für den entsprechenden Teil des Beschaffungsumfangs beschränkt. Dies könnte durch eine allfällige Einsichtnahme in den *Enterprise Contract* zwischen dem USG und Raytheon verifiziert werden.

4. Arten der Preiserhöhung

Neben Kostenerhöhungen im Zusammenhang mit Änderungen des Leistungsumfangs, von Spezifikationen oder Konfigurationen können Kostenerhöhungen auch daraus resultieren, dass die in den *back-to-back* Verträgen vorgesehenen Preise von den Schätzungen gemäss Draft LOA abweichen und nach dem Prinzip ("*no profit – no loss*") überwältigt werden. Die von der Schweiz zu tragenden Kostenrisiken dürften insbesondere allfällige programmbedingte und/oder teuerungsbedingte Mehrkosten umfassen. Dazu kommen allfällige nicht abgesicherte Währungsrisiken auf den Mehrkosten.

5. Vorkehrungen gegen Preiserhöhungen

Das Preiserhöhungsrisiko könnte ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der jeweiligen *Enterprise Contracts* beschränkt werden, sofern das USG sich für *firm-fixed-price* Verträge (wie dies für den Vertrag mit Raytheon offenbar der Fall ist), die das der Schweizerischen Eidgenossenschaft unterbreitete Angebot abbilden – und nicht für *cost-reimbursement* Verträge entscheidet. Hierfür könnte bei Bedarf auch für die Beschaffung von Patriot ein Einsichts- und Kommentierungsrecht für die *back-to-back* Verträge mit den verschiedenen Herstellern vom USG eingefordert werden, auch wenn ein solches nach unserem Kenntnisstand seitens

¹⁷ <https://www.defense.gov/News/Contracts/Contract/Article/3343856/>.

des USG bisher nicht zugesichert wurde. Immerhin besteht mit dem F-35A ein Präzedenzfall, auf den verwiesen werden könnte.

Anhang: Grundlagen des FMS-Prozesses

- 38 Die vorliegende Kurzübersicht stellt das sog. FMS-Programm des USG summarisch dar und erläutert auszugsweise den Ablauf eines FMS-Prozesses.
- 39 Sie stützt sich im Wesentlichen auf folgende, öffentlich abrufbare Dokumente:
- (a) das sog. "Green Book" der amerikanischen Defense Security Cooperation University (das **Green Book**)¹⁸, v.a. dessen Kapitel 5 "Foreign Military Sales Process";
 - (b) der von der Defense Security Cooperation Agency (**DSCA**) verfasste "Foreign Customer Guide"¹⁹ (der **Foreign Customer Guide**); sowie
 - (c) das "Security Assistance Management Manual" (das **SAMM**)²⁰ der DCSA.
- 40 FMS ist, vereinfacht ausgedrückt, ein indirekter Kauf von Rüstungsgütern eines US-Herstellers, bei dem die US-Regierung als eine Art "Treuhandler" zwischen Erwerber und Hersteller steht. Die US-Regierung schliesst "*back-to-back*" einen Vertrag mit dem Erwerber sowie einen Vertrag mit dem Hersteller – mit jeweils gleichen wesentlichen Vertragsinhalten.
- 41 FMS-Geschäfte werden gestützt auf verbindliche vertragliche Vereinbarungen zwischen dem USG und einem zum FMS-Programm zugelassenen ausländischen Erwerber (wie z.B. die Schweizerische Eidgenossenschaft) durchgeführt. Der Abschluss eines FMS-Geschäfts zwischen einem ausländischen Erwerber und dem USG erfolgt in folgenden Schritten:
- Der am Erwerb von bestimmten US-amerikanischen Rüstungsgütern und militärischen Dienstleistungen interessierte Staat richtet einen sog. *Letter of Request (LOR)* an die DCSA und die *Implementing Agency (IA)*, mit welchem das USG eingeladen wird, die angefragten Leistungen zu offerieren;
 - Nach allfälliger Notifizierung des US-Kongresses offeriert das USG die nachgefragten Rüstungsgüter und militärischen Dienstleistungen in einem LOA;
 - Sobald der Erwerber das Angebot der US-Regierung annimmt, kommt der LOA als verbindliche vertragliche Vereinbarung über den Verkauf der entsprechenden Rüstungsgüter und militärischen Dienstleistungen zustande.
- 42 Vertragspartei des ausländischen Erwerbers ist einzig das USG, vertreten durch das amerikanische Verteidigungsministerium (*Department of Defense; DoD*) bzw. die DCSA. Gestützt auf den LOA geht das USG anschliessend ihrerseits Verträge mit der Industrie ein, um die Rüstungsgüter und militärischen Dienstleistungen für den ausländischen Erwerber zu beschaffen. Das USG ist insofern in einer Doppelrolle: Einerseits tritt es als Verkäufer gegenüber dem ausländischen Staat

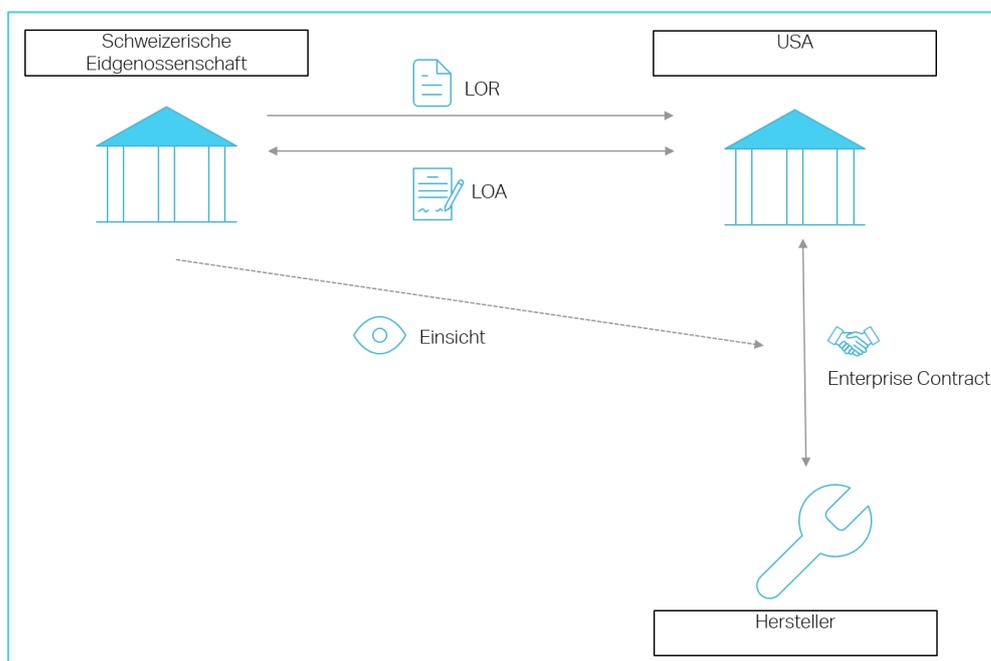
¹⁸ Abrufbar unter <[https://www.dscu.mil/pages/resources/Green Book.aspx](https://www.dscu.mil/pages/resources/Green_Book.aspx)>.

¹⁹ Abrufbar unter <<https://www.dsca.mil/foreign-customer-guide>>.

²⁰ Abrufbar unter <<https://samm.dsca.mil/>>.

auf; andererseits ist es im Verhältnis zu den Herstellern der vom LOA erfassten Rüstungsgüter und militärischen Dienstleistungen auch Käufer. Zwischen dem ausländischen Erwerber als FMS-Kunden und den Herstellern besteht hingegen keine Vertragsbeziehung. Die Hersteller sind entsprechend nur der USG verpflichtet, welche die Beschaffung der vom LOA erfassten Rüstungsgüter abwickelt und diese ausführt.

- 43 Im Zusammenhang mit der Beschaffung der F-35A Lightning II Kampfflugzeuge hat die Schweiz die vom USG vorgelegten LOA am 19. September 2022 unterzeichnet. Die verbindlichen Preise in den LOA entsprechen den offerierten Preisen aus dem Beschaffungsprozess.
- 44 Das USG wird insbesondere mit dem Hersteller (Lockheed Martin) die *Enterprise Contracts* für die Lieferung von 36 F-35A abschliessen. Dabei wird es sich gemäss Vereinbarung zwischen dem USG und der Schweiz im LOA um einen Festpreisvertrag handeln, der auch die Inflation berücksichtigt. Der Preis soll der Offerte entsprechen, welche im Rahmen des Beschaffungsverfahrens für die F-35A abgegeben wurde.
- 45 Das USG hat der Schweiz zugesichert, vor der Unterzeichnung Einsicht in die Entwürfe der *Enterprise Contract* betreffend die schweizerische F-35A-Beschaffung zu gewähren. Die Schweiz kann den sie betreffenden Vertragsentwurf kommentieren. Nachfolgende Abbildung fasst abschliessend schematisch die wesentlichen Vertragsbeziehungen im FMS-Prozess zusammen:



Dieses Dokument wurde ausschliesslich für das Bundesamt für Rüstung armasuisse erstellt. Auf dieses Dokument kann deshalb in keinem anderen Zusammenhang abgestellt werden, und Dritte dürfen sich auf dieses Dokument in keiner Art und Weise verlassen oder sonst darauf abstellen. Der Inhalt dieses Dokuments darf ohne unsere vorgängige schriftliche Zustimmung weder ganz noch teilweise in irgendeiner Weise veröffentlicht oder Dritten weitergegeben oder sonst zugänglich gemacht werden.

Dieses Dokument datiert vom heutigen Tag und wir übernehmen keinerlei Verpflichtung, das Bundesamt für Rüstung armasuisse über irgendwelche Änderungen der Rechtslage oder des Sachverhalts, welche eintreten oder uns zur Kenntnis gebracht werden, zu informieren.