

Ein verfrühter Vertragsschluss bleibt nicht ungesühnt

Das Bundesgericht äussert sich zum ersten Mal einlässlich zur Frage, welche Rechtsfolgen der verfrühte Abschluss des Beschaffungsvertrags nach sich ziehen kann. Es hält in grundsätzlicher Hinsicht fest, dass sich diese Folgen zumindest bei Gutheissung der Beschwerde nicht von vornherein auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung beschränken können und dass sie zugleich verhältnismässig sein müssen.

Le Tribunal fédéral se prononce pour la première fois de manière détaillée sur la question des conséquences juridiques qui peuvent découler de la conclusion prématurée d'un marché public. Il constate de manière générale que ces conséquences, du moins en cas d'admission du recours, ne se limitent pas d'emblée à la constatation de l'illicéité de la décision attaquée et qu'elles doivent en outre être proportionnées.

Urteil des Bundesgerichts 2D_14/2024 vom 19. Mai 2025 (zur BGE-Publikation vorgesehen)

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(1) 1. In einem der IVöB 2019 unterstellten Vergabeverfahren teilte die Vergabestelle der A. AG mit am gleichen Tag individuell eröffneten Verfügungen mit, dass sie aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden war und dass der Zuschlagsentscheid zugunsten der B. AG ausgefallen war. Am letzten Tag der gegenüber diesen Verfügungen laufenden Beschwerdefrist, nämlich am 4. September 2023, reichte die A. AG Beschwerde gegen den Ausschluss und den Zuschlag ein, dies begleitet von einem Gesuch um aufschiebende Wirkung.

2. Das VGer TG, bei dem die Beschwerde am 8. September 2023 eintraf, ordnete am selben Tag ein superprovisorisches Vertragsabschlussverbot an. Die Vergabestelle teilte der Beschwerdeinstanz daraufhin mit, dass sie den streitgegenständlichen Beschaffungsvertrag bereits am 5. September 2023 um 10.00 Uhr morgens abgeschlossen hatte.

3. In der Folge stellte das VGer TG fest, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht gerechtfertigt war und dass deren Offerte ohne Ausschluss auf dem ersten Platz gelegen hätte. Dementsprechend hiess es die Beschwerde gut. Es entschied, dass es unter den gegebenen Umständen trotz des verfrüht (in Verletzung des Art. 42 Abs. 1 IVöB) erfolgten Vertragsschlusses nur die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügungen feststellen konnte.

4. Hierauf erhob die A. AG vor dem Bundesgericht Beschwerde und verlangte, dass das kantonale Urteil insoweit ergänzt werde, als es die Nichtigkeit des verfrüht geschlossenen Vertrags feststellen, eventualiter eine Verpflichtung der Vergabestelle zur Auflösung und Rückabwicklung des Vertrags anordnen und subeventualiter die stellvertretungsrechtliche Nichtgenehmigung des Vertrags erklären sollte.

Der Entscheid

Das BGer behandelt die Beschwerde aufgrund des Umstands, dass der Wert des streitbetroffenen Auftrags den in Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG vorgesehenen Schwellenwert nicht erreicht, als subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) und heisst diese gut.

1. «In der Sache ist im Wesentlichen streitig, ob sich der Rechtsschutz auch bei vergaberechtswidrig, konkret bei verfrüht, abgeschlossenen Beschaffungsverträgen in der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlags- bzw. Ausschlussverfügung (vgl. Art. 58 Abs. 2 IVöB), gegebenenfalls in Kombination mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen (vgl. Art. 58 Abs. 3 IVöB), erschöpft (so die Vorinstanz) oder ob darüber hinaus Konsequenzen für den Beschaffungsvertrag sowie die Zuschlags- bzw. Ausschlussverfügung resultieren (so die Beschwerdeführerin).»

2. Die Beschwerdeführerin verfügt über ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung, weil sie im Fall des Durchdringens ihrer Rechtsauffassung, wonach sich der Rechtsschutz bei verfrüht erfolgtem Vertragsschluss und Gutheissung der Beschwerde nicht auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung und allfälligen Schadenersatz beschränken darf, einen praktischen Nutzen aus den gestellten Rechtsbegehren betreffend das Schicksal des streitbetroffenen Vertrags ziehen würde. Darauf, dass die Vergabestelle und die Vorinstanz die gegenteilige Auffassung vertreten und vortragen, dass die Beschwerdeführerin von vornherein nicht mehr als das bereits ergangene (kantonale) Urteil betreffend Feststellung der Rechtswidrigkeit erhalten könne, weshalb ihr jedes praktische Beschwerdeinteresse abgehe, kommt es im Rahmen der Legitimation nicht an. Diese doppelrelevante Streitfrage ist im Rahmen der Hauptsache zu prüfen.

3. Es war der Beschwerdeführerin gestattet, ihr Begehren um aufschiebende Wirkung in Anträge betreffend das Schicksal des Vertrags umzuwandeln, nachdem sie vom (verfrühten)

Vertragsschluss erfahren hatte. «Eine Ausweitung oder Änderung des Streitgegenstands geht damit nicht einher.»

4. Im Rahmen der Beurteilung der Hauptsache bestätigt das BGer das vorinstanzliche Urteil zunächst insoweit, als dieses den Sachverhalt dahin würdigt, dass die Vergabestelle durch den bereits am 5. September 2023 (d.h. am ersten Tag nach Ablauf der gegenüber der A. AG ausgelösten Beschwerdefrist) durchgeführten Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin die Stillhaltepflicht nach Art. 42 Abs. 1 IVöB verletzt hat.

a. Zwar darf der Vertrag nach dem Wortlaut dieser Bestimmung «nach Ablauf der Frist für die Beschwerde gegen den Zuschlag abgeschlossen werden», doch behält dieser Wortlaut auch den Fall vor, in dem «das kantonale Verwaltungsgericht [...] einer Beschwerde gegen den Zuschlag aufschiebende Wirkung erteilt» hat.

b. Weil dieses Gericht erst nach Eingang einer Beschwerde über die Frage der aufschiebenden Wirkung entscheiden kann und weil eine fristgerecht eingereichte Beschwerde mitunter erst einige Tage nach Fristablauf beim Gericht eintrifft, ist der Art. 42 Abs. 1 IVöB seinem Zweck entsprechend dahin ausulegen, dass der Vertragsschluss nicht sofort nach Ablauf der Beschwerdefrist, sondern erst dann erlaubt ist, wenn «feststeh[t], dass gegen einen Zuschlag entweder keine Beschwerde erhoben wurde oder einer solchen mangels entsprechenden Gesuchs oder aufgrund ablehnenden Entscheids der Beschwerdeinstanz keine aufschiebende Wirkung zukommt».

c. In Bezug auf den konkreten Fall spricht das BGer von einem «klaren Verstoß» gegen Art. 42 Abs. 1 IVöB, zumal die Vergabestelle aufgrund der Fallumstände davon ausgehen musste, dass die A. AG wahrscheinlich Beschwerde einlegen würde.

5. Sodann wendet sich das BGer den Folgen der Verletzung des Art. 42 Abs. 1 IVöB im Fall der Gutheissung der Vergabebeschwerde zu.

a. Es verweist zunächst auf seine Rechtsprechung, wonach die vergaberechtsprozessuale Bestimmung, dass nach erfolgtem Vertragsschluss die Beschwerdeinstanz bei Beschwerdegutheissung lediglich Sekundärrechtsschutz gewähren und damit nur die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen kann (heute: Art. 58 Abs. 2 IVöB), im Fall des *vergaberechtlich zulässigen* Vertragsschlusses anzuwenden ist (BGE 137 II 313, E. 1.2.2). Umgekehrt gilt im Fall des *vergaberechtswidrigen* Vertragsschlusses, dass bei Beschwerdegutheissung grundsätzlich Primärrechtsschutz zu gewähren und der Zuschlag aufzuheben (oder zu reformieren) ist (heute: Art. 58 Abs. 1 IVöB). Im Übrigen spricht nicht dagegen, diese unter dem früheren Recht entwickelte Rechtsprechung auf das heutige Recht zu übertragen.

b. Auch die Lehre geht überwiegend davon aus, dass bei Beschwerdegutheissung nach verfrühtem Vertragsschluss grundsätzlich Primärrechtsschutz zu gewähren ist.

c. Aus der Musterbotschaft IVöB (S. 82; vgl. auch Botschaft BÖB, BBl 2017 1851, 1958) ergibt sich nichts anderes. Im Gegenteil: Hier wird festgehalten, dass der verfrüht ge-

schlossene Vertrag zwar nicht nachgerade nichtig sei, dass jedoch die Beschwerdeinstanz die Vergabestelle unter Umständen verbindlich dazu anweisen könne, den verfrüht geschlossenen Vertrag mit vertraglichen Mitteln aufzulösen. «Demnach geht auch das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) davon aus, dass der verfrühte Abschluss von Beschaffungsverträgen mit über den Sekundärrechtsschutz hinausgehenden Mitteln sanktioniert werden kann. Der interkantonale (wie auch der eidgenössische) Gesetzgeber hat es jedoch unterlassen, diese Frage im Rahmen der letzten Beschaffungsrechtsrevision im Jahr 2019 zu klären.»

d. Rechtsvergleichend stellt das BGer fest, dass das Unionsrecht die Mitgliedsstaaten verpflichtet, die Unwirksamkeit von verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsverträgen vorzusehen und durchzusetzen, dies auch dann, wenn es um dem Zivilrecht des betreffenden Staats unterworfenen Verträge geht.

e. Gestützt auf diese Quellen und Feststellungen urteilt das BGer mit Blick auf den konkreten Fall, dass es «offensichtlich unhaltbar, sprich willkürlich [ist], den Rechtsschutz bei während laufender Stillhaltefrist abgeschlossenen Beschaffungsverträgen auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit (und allenfalls die Geltendmachung von Schadenersatz) zu beschränken. Vielmehr ist das submissionsrechtswidrige Verhalten der Vergabebehörde nach Möglichkeit über den vergleichsweise schwachen Sekundärrechtsschutz hinaus auf dem Wege des Primärrechtsschutzes zu sanktionieren.» Der «Art. 58 Abs. 2 IVöB findet in solchen Fällen also grundsätzlich keine Anwendung. Dies dient der Durchsetzung des Vergaberechts und gewährleistet die Effektivität des Rechtsschutzes.»

6. Es bleibt zu konkretisieren, wie der nach verfrühtem Vertragsschluss bei Beschwerdegutheissung zu gewährende Primärrechtsschutz auszugestalten ist. Für die Beantwortung dieser Frage «sind verschiedene Lösungsansätze denkbar, welche in der Lehre denn auch kontrovers diskutiert werden. Sie reichen von der Nichtigkeit [...] über die Ungültigkeit bis hin zur Gültigkeit [...] des Vertrags.»

a. Vorweg erinnert das BGer daran, dass es die Frage nach der Ausgestaltung des Primärrechtsschutzes nach verfrüht abgeschlossenem Vertrag noch nicht entschieden hat, dass es jedoch ihren grundsätzlichen Charakter (i.S.v. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG) erkannt und immerhin bereits geurteilt hat, dass eine Beschwerdeführerin nach verfrühtem Vertragsschluss im Beschwerdeverfahren ein schutzwürdiges Interesse an der Beantragung von vorsorglichen Massnahmen betreffend die Sistierung der Vertragserfüllung haben kann, jedenfalls solange der Vertrag noch nicht vollständig erfüllt ist und die noch nicht erbrachten Leistungen von den bereits erbrachten abgetrennt werden können (BGer 2C_535/2013 sowie BGer 2C_553/2013, beide vom 3.9.2013, jeweils E. 1.3 m.H.; BGer 2C_338/2010 und 2C_433/2010 sowie BGer 2C_339/2010 und BGer 2C_434/2010, beide vom 11.6.2010, jeweils E. 2.4).

b. Das BGer stellt sodann fest, dass der verfrühte Abschluss des Beschaffungsvertrags auch im Fall der Beschwerdegut-

heissung nicht zur Vertragsnichtigkeit führt. Das gilt insbesondere aufgrund der mit der Nichtigkeit verbundenen Rechtsunsicherheit und des Umstands, dass sich das vergaberechtliche Abschlussverbot (Art. 42 Abs. 1 IVöB a contrario) nur an die öffentliche Auftraggeberin, nicht jedoch an deren Vertragspartnerinnen richtet. Gänzlich ausgeschlossen ist die Nichtigkeitsfolge allerdings nicht. Wenn «etwa [...] strafrechtlich relevantes Verhalten hinzutritt (z.B. Korruption), kann sie ausnahmsweise in Frage kommen».

c. «Wenn man sich nicht in einer solch aussergewöhnlichen Situation befindet, die ausnahmsweise die Feststellung der Vertragsnichtigkeit rechtfertigt, gilt es zu untersuchen, ob der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag aufgelöst oder verändert werden kann respektive ob die Verwaltungsjustizbehörde die Vergabebehörde anweisen kann, den betreffenden Vertrag aufzulösen oder zu verändern.»

aa. «Beim öffentlichen Vergabe- und privaten Vertragsrecht handelt es sich um zwei eigenständige Teilrechtsordnungen [...]. Daher vermag der verfrühte Vertragsschluss für sich die Gültigkeit des Beschaffungsvertrags nicht infrage zu stellen [...]. Den betreffenden Vertrag automatisch als ungültig bzw. inexistent zu betrachten, würde – wie grundsätzlich auch die Annahme der Nichtigkeit [...] – tendenziell (zu) schwerwiegende, dem Einzelfall (zu) wenig angepasste Folgen nach sich ziehen und die Rechtssicherheit gefährden [...]. Im Übrigen sind die Verwaltungsjustizbehörden nicht befugt, direkt in das privatrechtliche Vertragsverhältnis einzugreifen.»

bb. «Allerdings können die Verwaltungsjustizbehörden – ausgehend von der Gültigkeit des Beschaffungsvertrags – der Vergabebehörde Vorschriften über ihr vertragliches Verhalten machen und so indirekt in das Vertragsverhältnis eingreifen [...]. So kann die Beschwerdeinstanz die Vergabebehörde gerichtlich anweisen, einen verfrüht abgeschlossenen Vertrag im Rahmen der bestehenden vertraglichen Möglichkeiten aufzulösen [...], um eine (möglichst) vergaberechtskonforme Lage der Dinge herzustellen.»

cc. «Entsprechende Anordnungen sind jedoch mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Wesentlichen auf zukünftige Massnahmen beschränkt; hingegen dürfte eine Rückabwicklung in der Regel ausgeschlossen sein. Dies bedeutet, dass ein vergaberechtswidrig abgeschlossener Beschaffungsvertrag, welcher bereits vollständig abgewickelt wurde, kaum mehr angegriffen werden kann.»

dd. Wenn in einem konkreten Fall der verfrüht geschlossene Vertrag nicht (ausnahmsweise) nichtig ist und zugleich die Gewährung von Primärrechtsschutz in der Form der Anordnung von Anweisungen zum Vertragsverhalten der öffentlichen Auftraggeberin aufgrund der weitgehenden Erfüllung des Vertrags zum Zeitpunkt des entsprechenden Entscheids ausser Betracht fällt, «besteht stets die Möglichkeit, Schadenersatz zu verlangen [...]. Dabei ist zu beachten, dass der Schadenersatzanspruch bei verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsverträgen grundsätzlich nicht auf die erforderlichen Aufwendungen beschränkt ist, die dem Anbieter im

Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsen sind (vgl. Art. 58 Abs. 4 IVöB). Vielmehr kann in solchen Fällen, in denen zusätzlich zu einer fehlerhaften Verfügung eine widerrechtliche und schädigende Handlung der Vergabestelle vorliegt, Schadenersatz nach Massgabe des einschlägigen (kantonalen) Verantwortlichkeitsrechts gefordert werden (vgl. zum aBöB, wobei dies auch unter der neuen IVöB zu gelten hat: BGE 150 II 225 E. 5.6 [...]).»

7. Gestützt auf diese Ausführungen urteilt das BGer im konkreten Fall, dass nicht nur die Rechtsauffassung der kantonalen Beschwerdeinstanz (wonach in Fällen wie dem vorliegenden nur Sekundärrechtsschutz gewährt werden könne) willkürlich ist, sondern auch das Ergebnis der Anwendung dieser Auffassung auf den konkreten Fall unhaltbar ist.

a. Tatsächlich «hätten (zumindest im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils) prüfenswerte Möglichkeiten bestanden, um einen effektiven Primärrechtsschutz zu gewährleisten». Indem sie diese Möglichkeiten von vornherein nicht in Betracht zog, hat die kantonale Instanz «ihre Kognition, welche es unter den gegebenen Umständen erlaubte bzw. geradezu erforderte, die Möglichkeit der Gewährung von Primärrechtsschutz zu prüfen, in willkürlicher Weise nicht ausgeschöpft und der konkreten Interessenlage keine Rechnung getragen».

b. «Das Rechtsverständnis der Vorinstanz führt zum stossenden Ergebnis, dass sich die Vergabebehörde erfolgreich über die submissionsrechtlichen Rechtsschutzvorschriften hinwegsetzen und sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Gerichte vor vollendete Tatsachen stellen konnte. Würde die vorinstanzliche Sichtweise vom Bundesgericht bestätigt, öffnete dies einem vergaberechtswidrigen Verhalten, insbesondere in Form eines verfrühten Vertragsabschlusses, auch über den vorliegenden Fall hinaus Tür und Tor. Dies wäre mit dem Ziel und Zweck des Vergaberechts (vgl. Art. 2 IVöB) nicht zu vereinbaren [...]. Indem die Vorinstanz im Falle eines verfrüht, d.h. in Verletzung der Stillhalterregelung von Art. 42 Abs. 1 IVöB abgeschlossenen Beschaffungsvertrags Eingriffsmöglichkeiten, welche über den Sekundärrechtsschutz hinausgehen, pauschal, ohne nähere Begründung und insbesondere auch ohne Berücksichtigung des konkreten und aktuellen Standes des Projekts in Abrede gestellt hat, hat sie die beschaffungsrechtlichen Regeln willkürlich angewendet.»

c. Das angefochtene Urteil ist dementsprechend in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Angelegenheit wird an die kantonale Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese die ihr obliegende Prüfung nachholt, inwieweit in casu Primärrechtsschutz gewährt werden kann. Dabei hat sie das Folgende zu beachten: Sie wird «zu beurteilen haben, welches Schicksal den verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrag – und je nachdem auch die Zuschlags- bzw. Ausschlussverfügung – ereilt. Dabei wird sie namentlich zu prüfen haben, ob es sich ausnahmsweise rechtfertigt, die Vertragsnichtigkeit festzustellen. Falls dies nicht der Fall ist, hat sie zu prüfen, ob es angesichts des vertraglich Vereinbarten möglich und im jetzigen Zeitpunkt noch verhältnismässig erscheint, die Vergabebehörde anzuweisen, den Beschaffungsvertrag unverzüglich

aufzulösen bzw. allenfalls sogar rückabzuwickeln. Dies hängt massgeblich davon ab, ob der Vertrag bereits vollständig vollzogen wurde und, falls nicht, ob er sich in verschiedene Etappen unterteilen lässt, was dem Bundesgericht nicht bekannt ist. Sollte die Vorinstanz zum Ergebnis gelangen, dass der Primärrechtsschutz aufgrund der konkreten Umstände in keiner der im Haupt- bzw. Eventualbegehren genannten Formen zur Verfügung steht, wird es im Ergebnis mit der Gewährung von Sekundärrechtsschutz sein Bewenden haben.»

Die Anmerkungen

1. Dem rapportierten Urteil ist zuzustimmen, dies sowohl in Bezug auf die Auslegung des Art. 42 Abs. 1 IVöB (vgl. auch Art. 42 Abs. 2 BöB) als auch hinsichtlich der Frage nach den vergabe- und vertragsrechtlichen Rechtsfolgen des in Verletzung dieser Bestimmung verfrüht erfolgten Abschlusses des Beschaffungsvertrags (zustimmend auch STEPHANIE BUSCHTA/PETER HETTICH, Kommentar zum Urteil BGer 2D_14/2024, in: ZBl 2026, S. 27 ff., S. 39 ff.; LÉONARD BRUCHEZ, La fin de la prime au fait accompli, in: Newsletter immodroit.ch, August 2025 [besucht am 27.1.2026]).

2. Der Art. 42 Abs. 1 IVöB (und Art. 42 Abs. 2 BöB) lautet im Wesentlichen gleich wie der frühere Art. 14 Abs. 1 IVöB 2001 («Der Vertrag mit der Anbieterin oder dem Anbieter darf nach dem Zuschlag nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden, es sei denn, die Beschwerdeinstanz habe der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt.»).

a. Zwar wurde die etwas sperrige Wendung «nach dem Zuschlag nach Ablauf der Beschwerdefrist» (Art. 14 Abs. 1 IVöB 2001) in eine elegantere Form gebracht: «nach Ablauf der Frist für die Beschwerde gegen den Zuschlag» (Art. 42 Abs. 2/1 BöB/IVöB). Unterlassen haben die Redaktorinnen und Redaktoren des revidierten Rechts jedoch die Behebung des Hauptproblems des damaligen Art. 14 Abs. 1 IVöB 2001, das darin liegt, dass dessen Text nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, dass der Vertragsschluss nicht nur bis zum Ablauf der Beschwerdefrist verboten ist, sondern mindestens einige Tage darüber hinaus, nämlich bis klar ist, ob eine Beschwerde fristgerecht eingereicht worden ist (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1957, wonach fünf zusätzliche Tage abzuwarten sind), und im Fall der Einreichung einer Beschwerde mit Gesuch um aufschiebende Wirkung (vgl. zu dieser Voraussetzung insb. KGer GR VR1 25 40, 27.6.2025, E. 5.2) auch weiterhin, bis mindestens zum Entscheid der Beschwerdeinstanz über dieses Gesuch (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1957).

b. Die genannte Unterlassung der textlichen Klärung des wirklichen Sinns des Art. 42 Abs. 2/1 BöB/IVöB ist deshalb zu bedauern, weil der geltende Gesetzestext Vergabestellen, die diesen Text allzu wörtlich nehmen, dazu verleiten könnte, zur falschen Rechtsauffassung zu gelangen, dass der Vertrag schon am ersten Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden könne (z.B. um 10 Uhr morgens), sofern nicht schon an diesem Tag ein Entscheid der Beschwerdeins-

tanz über die aufschiebende Wirkung ergangen ist. Ob es sich im rapportierten Fall so verhielt, dass die Vergabestelle sich vom Text des Art. 42 Abs. 1 IVöB in die Irre führen liess, kann dem Urteil des Bundesgerichts nicht entnommen werden. So oder so ist zu wünschen, dass die zuständigen Organe bei der nächstmöglichen Gelegenheit eine Verbesserung des Gesetzestexts beschliessen. Diese könnte etwa darin bestehen, dass der Art. 42 Abs. 1 IVöB – mit den Worten des BGer (rapportiertes Urteil, E. 5.3.1) – neu bestimmen würde: «Der Vertrag darf abgeschlossen werden, wenn feststeht, dass gegen den Zuschlag entweder keine Beschwerde erhoben wurde oder einer solchen mangels entsprechenden Gesuchs oder aufgrund ablehnenden Entscheids der Beschwerdeinstanz keine aufschiebende Wirkung zukommt.» Der Art. 42 Abs. 2 BöB wäre sinngemäss in gleicher Art zu reformulieren.

c. Nach Art. 42 Abs. 1 BöB darf eine Bundes-Auftraggeberin einen Beschaffungsvertrag umgehend «nach erfolgtem Zuschlag» abschliessen, sofern der Vertrag keinem Staatsvertragsrecht unterworfen ist. Diese Formulierung wirft die Frage auf, ob der Zuschlag tatsächlich nur «erfolgt» (d.h. beschlossen) sein oder ob auch eine Eröffnung nach Art. 51 BöB stattgefunden haben muss. Unabhängig davon ist offenkundig, dass die Vorschrift des Art. 42 Abs. 1 BöB, welche im Zusammenhang mit der Sekundärrechtsschutz-Sonderregelung nach Art. 52 Abs. 2 und Art. 54 Abs. 2 (a contrario) BöB gelesen werden muss, das Potential in sich trägt, den durch Art. 42 Abs. 2, Art. 52 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 BöB für den Staatsvertragsbereich vorgesehenen Primärrechtsschutz zu unterminieren (dieses Problem bereits früh erkannt hat THOMAS P. MÜLLER, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 42 N 39). Denn zum Zeitpunkt des Zuschlags steht in der Regel (vorbehalten bleiben Fälle, in denen die zuständige Beschwerdeinstanz aufgrund einer Ausschreibungs- oder einer Ausschlussbeschwerde bereits vor dem Zeitpunkt des Zuschlags rechtskräftig entschieden hat, dass die betreffende Beschaffung dem Staatsvertragsrecht nicht untersteht) nicht verlässlich fest, ob der infrage stehende öffentliche Auftrag dem Staatsvertragsbereich zuzuordnen ist oder nicht (was nicht nur vom Auftragswert und den Schwellenwerten abhängt, sondern auch von der Art der Auftraggeberin und der Art des Auftragsinhalts). Die Vergabestelle hat sich dazu zwar eine Rechtsmeinung gebildet, doch ist, wie gesagt, in der Regel nicht klar, ob diese zutreffend ist oder nicht. Nun kann es aber nicht angehen, dass die blossе Rechtsmeinung der Vergabestelle zur Frage der Staatsvertragsgeltung de facto darüber entscheidet, ob die nicht berücksichtigten Anbieterinnen Primär- (falls die Vergabestelle von der Staatsvertragsgeltung ausgeht) oder nur Sekundärrechtsschutz erhalten können (falls die Vergabestelle erstens von der Nichtgeltung des internationalen Rechts ausgeht und zweitens gestützt auf den Art. 42 Abs. 1 BöB den Vertrag abschliesst, bevor die Beschwerdeinstanz allenfalls die aufschiebende Wirkung gewähren kann). Aus diesem Grund schlägt THOMAS P. MÜLLER (a.a.O.) vor, den auf Art. 42 Abs. 1 BöB gestützten Sofort-Vertragsabschluss immer dann (ex post) als (potenziell) vergaberechtswidrig einzustufen (mit den damit ein-

hergehenden Folgen), wenn eine Beschwerde erhoben wird und die Beschwerdeinstanz zum Schluss kommt, dass entgegen der Auffassung der Vergabestelle das Staatsvertragsrecht durchaus anwendbar ist. Das halte ich für eine allzu radikale Lösung, zumal sie darauf hinausläuft, dem Art. 42 Abs. 1 BÖB jegliche praktische Bedeutung zu nehmen. Dies, beziehungsweise die faktische Anwendung der Regel des Art. 42 Abs. 2 BÖB auch auf alle Nichtstaatsvertragsbeschaffungen, wäre de lege ferenda zwar wünschbar, widerspräche jedoch de lege lata der in Art. 42 Abs. 1 BÖB erkennbaren Absicht. Daher kann die Bundes-Vergabestelle nach der hier vertretenen Auffassung den Art. 42 Abs. 1 BÖB nur, aber immerhin dann anrufen und den Vertrag vergaberechtskonform abschliessen, bevor klar ist, ob eine Beschwerde mit Gesuch um aufschiebende Wirkung eingereicht wird und ob im Fall einer solchen Beschwerde das Gesuch abgewiesen wird, wenn sie vor dem Zuschlag die Rechtslage einlässlich (und in dokumentierter Weise) abgeklärt hat und dabei zum Schluss der Nichtgeltung des Staatsvertragsrecht gelangt ist, ohne dass ernsthafte objektive Zweifel verblieben wären.

3. Ist aufgrund des rapportierten Urteils klar, von welchem Schicksal des verfrüht abgeschlossenen Vertrags das BGer ausgeht?

a. Zweifel hieran äussern THOMAS P. MÜLLER / MARTIN ZOBL, Bundesgerichtliche Klärungen (und Unschärfen) zu verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsverträgen, in: Walder Wyss AG (Hrsg.), Vergabe-News Nr. 39 (vgl. www.beschaffungswesen.ch; besucht am 27.1.2026). Diese Autoren führen aus, das Gericht habe sich zwar zunächst in allgemeiner Hinsicht für jene Lösung ausgesprochen, die aus verbindlichen Anweisungen der Beschwerdeinstanz betreffend das vertragliche Verhalten der Vergabestelle besteht, soweit dies verhältnismässig ist (rapportiertes Urteil, E. 6.3.2 und E. 6.4), doch habe es im konkreten Streitfall im Zusammenhang mit der Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz «sehr offen» (MÜLLER / ZOBL, a.a.O., S. 3) formuliert und namentlich auch eine Anweisung zur Rückabwicklung des Vertrags nicht per se ausgeschlossen (MÜLLER / ZOBL, a.a.O., S. 3). Damit werde erstens die Rechtssicherheit nicht in besonderem Mass gefördert, und zweitens erscheine «die erwähnte Möglichkeit einer Rückabwicklung des Beschaffungsvertrags [als] mit dem Konzept richterlicher Anweisungen inkompatibel: Sie würde eine (zivilrechtliche) Unwirksamkeit des Vertrags voraussetzen, die das Bundesgericht in Erw. 6.3.2 gerade abgelehnt hat. Die Urteilsbegründung leidet in diesem Punkt an einem Widerspruch.»

b. Diese Zweifel sind meines Erachtens unbegründet. Erstens besteht kein Widerspruch zwischen den in E. 8.1 des rapportierten Urteils enthaltenen und an die kantonale Beschwerdeinstanz gerichteten Worten und der die allgemeine Rechtslage beschreibenden E. 6.3.2 dieses Urteils. Denn in der E. 6.3.2 hält das BGer ausdrücklich fest, dass eine Anweisung der Beschwerdeinstanz, den Vertrag nicht nur aufzulösen, sondern bereits erfolgte Leistungen rückabzuwickeln, «in der Regel» (aber eben nicht kategorisch) ausgeschlossen ist. Es trifft auch nicht zu, dass der (zivilrechtliche) Vertrag notgedrungen zivilrechtlich unwirksam sein müsste, damit eine Rück-

abwicklung möglich würde; denkbar ist auch eine konsensual vereinbarte Rückabwicklung oder ein Vertrag, der ein Extunc-Auflösungsrecht der öffentlichen Auftraggeberin vorsieht. Klar ist dabei, dass eine Rückabwicklung nur möglich ist, wo die vertragsrechtliche Lage eine solche erlaubt beziehungsweise, im Fall der Nichtigkeit, gebietet. Klar ist ebenso, dass das BGer die Rückabwicklung höchstens in Ausnahmefällen als die richtige Lösung betrachtet und dass nach ihm die Anweisungen der Beschwerdeinstanz im Regelfall, beziehungsweise «im Wesentlichen auf zukünftige [lies: zukunftsgerichtete] Massnahmen» (rapportiertes Urteil, E. 6.3.2) zu beschränken sind. Zweitens sind die Hinweise, die das BGer der Vorinstanz des konkreten Falls im Hinblick auf die Wiederbeschäftigung mit der Streitsache mitgibt (rapportiertes Urteil, E. 8.1), so klar wie nur möglich (vgl. oben Ziff. 7c), und sie entsprechen exakt dem, was das Gericht in E. 6.2–6.4 des rapportierten Urteils zur allgemeinen Rechtslage ausführt: In Ausnahmefällen kann der verfrüht geschlossene Vertrag nichtig sein; im Regelfall ist er nicht nichtig, und die Beschwerdeinstanz hat verbindliche Anweisungen, namentlich hinsichtlich einer Vertragsauflösung, zu erteilen, soweit das verhältnismässig ist, wobei eine Anweisung zur Rückabwicklung in der Regel ausgeschlossen ist; sind jedoch Anweisungen zum Vertragsverhalten unverhältnismässig, weil der Vertrag schon weitgehend erfüllt ist oder die Vertragsleistungen untrennbar sind, so kann die Beschwerdeführerin lediglich Sekundärrechtsschutz erhalten (wobei sie nicht auf den vergaberechtlichen Schadenersatz beschränkt ist). Dieses Prüfprogramm auferlegt das BGer der kantonalen Vorinstanz in E. 8.1 des rapportierten Urteils, zumal es mangels entsprechender Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil nicht selbst darüber befinden kann. Im Übrigen darf vermutet werden, dass das BGer zum Zeitpunkt der Fällung des rapportierten Urteils am 19. Mai 2025 annahm, dass eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür bestand, dass der am 5. September 2023 abgeschlossene Vertrag bereits weitgehend, wenn nicht vollständig, erfüllt war, dass es sich dazu aber deshalb nicht geäußert hat, weil eine entsprechende Instruktion des Sachverhalts nicht vorlag.

c. Eine gewisse Rechtsunsicherheit wird durch das rapportierte Urteil höchstens insoweit geschaffen bzw. nicht beseitigt, als dieses sich nicht ausdrücklich mit allen vorhandenen Vorschlägen zur Lösung des Problems des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrags auseinandersetzt. In der Tat werden im rapportierten Urteil weder die Theorie der Ungültigkeit sui generis (vertreten durch PETER GAUCH, Der verfrüht geschlossene Beschaffungsvertrag [eine Reprise], in: BR/DC 2003, S. 3 ff., S. 7 f.; DERSELBE, Zuschlag und Verfügung, in: Peter Hänni [Hrsg.], Mensch und Staat, Festgabe für Prof. Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 595 ff., S. 605), noch die Theorie des Bestands des Zuschlags als notwendige Gültigkeitsvoraussetzung des Beschaffungsvertrags (vertreten durch THOMAS LOCHER, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, Diss. Bern, Bern 2013, insb. S. 79 f., S. 92 f., S. 99 ff., S. 131 f. und S. 142) noch die Theorie des Mangels an einer stellvertretungsrechtlichen Ermächtigung (vertreten durch THOMAS P. MÜLLER, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.],

Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 42 N 26 ff.; vgl. auch PETER GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, in: recht 1997, S. 165 ff., S. 173 f.; DERSELBE, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrags, in: BR/DC 1998, S. 119 ff., S. 123; kritisch VGer AG, AGVE 2001, Nr. 69, S. 311 ff., E. 2c/cc/bbb, danach erscheint «der Rückgriff auf die durch das Vergaberecht beschränkte Vertretungsmacht konstruiert») ausdrücklich diskutiert. Damit ist nicht gänzlich klar, ob das BGer die im Rahmen dieser Theorien vorgeschlagenen Lösungen impliziter verwerfen wollte oder ob es sie unbewusst übergangen hat. Für die erstgenannte Annahme spricht allerdings, dass das rapportierte Urteil den Aufsatz «Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (eine Reprise)» von PETER GAUCH (E. 6.2.2), die Dissertation «Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht» von THOMAS LOCHER (E. 6.2.2) und den Kommentar von THOMAS P. MÜLLER zu Art. 42 BÖB/IVöB (insb. E. 6.2.2) zitiert, diese Werke also offenkundig zur Kenntnis genommen hat.

4. In Ergänzung zum rapportierten Urteil ist daran zu erinnern, dass ein verfrüht (und damit: vergaberechtswidrig) abgeschlossener Beschaffungsvertrag nicht nur dann vorliegt und die entsprechenden Folgen nicht nur dann eintreten, wenn der Abschluss während der Beschwerdefrist oder, wie im rapportierten Fall, allzu kurz nach deren Ablauf geschieht, sondern erst recht auch dann, wenn die in Art. 42 Abs. 2/1 BÖB/IVöB angesprochene Zuschlagsbeschwerdefrist gar (noch) nicht durch Zuschlagseröffnung ausgelöst worden ist. Das gilt namentlich für im Ausnahme-Freihandverfahren nach Art. 21 Abs. 2 BÖB/IVöB erteilte Zuschläge, die vor dem Vertragsschluss nicht publiziert worden sind (und die, was die Bundesebene betrifft [vgl. Art. 52 Abs. 2 BÖB], einen dem Staatsvertragsrecht unterworfenen Auftrag betreffen; vgl. allerdings zu Art. 41 Abs. 1 BÖB oben Nr. 2c). Ausgenommen (und daher einem direkt auf den Beschluss des Zuschlags folgenden Vertragsschluss zugänglich) sind jedoch bestimmte, mit Notstandssituationen zu vergleichende Fälle der Dringlichkeitsvergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. d BÖB/IVöB (vgl. dazu BVGer B-4043/2024, Zwischenentscheid vom 9.8.2024, E. 4.5: «La doctrine et la jurisprudence admettent [...] une exception à l'obligation de statu quo en cas d'intérêt public qualifié nécessitant la conclusion immédiate d'un contrat: par exemple, en cas d'urgence particulière résultant d'une situa-

tion assimilable à un état de nécessité, la conclusion du contrat peut intervenir avant l'échéance du délai de recours [...]. [Il convient de préciser toutefois] qu'il ne saurait être déduit de la seule réalisation, prima facie, des conditions d'application de l'art. 21 al. 2 let. d LMP que le pouvoir adjudicateur était également habilité à s'écarter de l'art. 42 al. 2 LMP.»).

5. Der primäre Zweck der rechtlichen Folgen des verfrühten Vertragsschlusses, die das rapportierte Urteil aufzeigt, liegt nicht in deren Durchsetzung und den damit bewirkten Tatsachen, sondern in der Prävention. Die Aussicht auf diese Folgen soll dazu beitragen, dass die Vergabestellen den Art. 42 Abs. 2/1 BÖB/IVöB beachten. Im Hinblick auf möglicherweise gleichwohl eintretende künftige Rechtsstreitigkeiten, die vor das BGer gelangen könnten, ist hier abschliessend festzuhalten, dass der Umstand, dass das rapportierte Urteil die Frage nach dem rechtlichen Schicksal des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrags lediglich unter Willkürgesichtspunkten (vgl. E. 5, insb. E. 5.4.5) beantwortet hat (und zwar, zumindest nach der vorliegend vertretenen Auffassung, in umfassender und an sich auch abschliessender Art), das BGer nicht daran hindern wird, eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Nichteintreten zu behandeln, wenn in dieser (allein) die Grundsatzfrage gestellt wird, welches Schicksal den verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrag im Allgemeinen zu ereilen habe. Dabei handelt es sich zwar qualitativ betrachtet um eine Grundsatzfrage i.S.v. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG (so auch das rapportierte Urteil, E. 6.1 m.H.), doch kann eine solche Frage nur so lange zur Begründung der Zulässigkeit der genannten Beschwerde beitragen, als das BGer sie noch nicht beantwortet hat (vgl. z.B. BGer 2D_17/2020, 30.11.2020, E. 1.2, insb. E. 1.2.5; vgl. allerdings auch BGer 2C_50/2022, 6.11.2023, E. 1.3.3–1.3.5 zur Möglichkeit der Wiederaufnahme einer bereits beantworteten Frage). Eine solche Antwort muss nicht im Rahmen der Behandlung einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegeben worden sein, sondern kann sich auch bei der Beurteilung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde ergeben haben (so verweist das BGer 2D_17/2020, 30.11.2020, in E. 1.2.3 auf das Urteil 2D_25/2018, 2.7.2019, das eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde betrifft; Gleiches trifft zu auf das Urteil 2C_296/2022, 22.3.2023, das in E. 1.4.2 auf das Urteil 2D_64/2019, 17.6.2020, verweist).