

# Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag

(Eine Reprise)

**Prof. Dr. iur. Peter Gauch**  
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *Baurecht* (BR/DC) 1/2003, S. 3 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

## *Einleitung und Thema*

1. [3] *Aufsätze gebären Aufsätze*. So ist auch der vorliegende Aufsatz<sup>1</sup> das Produkt eines anderen Aufsatzes, an dem ich gerade schrieb, als ich von der Redaktion des *Baurecht* gebeten wurde, einen Beitrag für die erste BR-Nummer 2003 zu verfassen. Der damals im Entstehen begriffene und in der Zwischenzeit eingesandte Aufsatz („Zuschlag und Verfügung“)<sup>2</sup> wird in einer Festschrift erscheinen, die ich wegen des rituellen Geheimnisses, das jede künftige Festschrift umgibt, nicht näher bezeichnen darf. Er enthält unter anderem auch einige Gedanken zum verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrag, an die ich hier anschliesse, da ja Gedanken nicht besser werden, wenn sie herumliegen.

Mit dem verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrag habe ich mich des Weiteren schon in einer Urteilsbesprechung, in BR 1998, S. 119 ff., befasst. Seit dieser Besprechung (es ging um den Entscheid der BRK<sup>3</sup> vom 7. 11. 1997) sind zwar noch nicht einmal fünf Jahre vergangen, aber doch neue Einsichten hinzugekommen, was mich zur Wiederaufnahme des Themas veranlasst. Eine reine Wiederholung des bereits Gesagten ist in der vorliegenden Reprise also nicht zu erwarten. Ich habe etwas dazugelernt, was ich gerne bekenne. Denn es gäbe nichts Schrecklicheres als das Schreckbild eines juristischen Schriftstellers<sup>4</sup>, der, in sich selbst gefangen, geistig stagniert. Das gilt namentlich auch im Umfeld des „neuen“, heillos zersplitterten Vergaberechts<sup>5</sup>, dessen Literatur noch kaum über die „first generation issues“ hinaus gekommen ist.

---

<sup>1</sup> Der Aufsatz mit den darin enthaltenen Zitaten und Verweisen wurde von meinem Assistenten, lic. iur. MARTIN BEYELER, durchgelesen und korrigiert. Ihm danke ich für diese Mitarbeit und auch dafür, dass er da und dort noch eigene Verweise hinzugefügt hat.

<sup>2</sup> Darin befasste ich mich mit dem vergaberechtlichen Zuschlag, seinen Rechtswirkungen, seiner Anfechtung und seinem Verfügungscharakter. Die Analyse führt mich zum Ergebnis, dass der Zuschlag sich nicht unter den anerkannten Begriff der verwaltungsrechtlichen Verfügung subsumieren lässt und sein Verfügungscharakter eine Legalfiktion ist. Abgelehnt wird namentlich auch die Meinung, wonach der Zuschlag eine Kontrahierungspflicht der Auftraggeberin und damit ein subjektives Recht des Zuschlagsempfängers auf den Abschluss des Vertrages begründe.

<sup>3</sup> Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen.

<sup>4</sup> Das maskuline Wort *Schriftsteller* verwende ich hier (wie alle männlichen Personenbezeichnungen) in einem generischen Sinn, der vom Sexus her auch die Frauen umfasst. Umgekehrt umfasst z.B. das Wort *Auftraggeberin* auch die Auftraggeber.

<sup>5</sup> Im Anschluss an das GATT/WTO-Übereinkommen (GPA), dem der Bund mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist, wurde das öffentliche Recht zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen auf allen Ebenen der Eidgenossenschaft revidiert. Vorgegangen ist der Bund mit dem Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB), das zusammen mit der zugehörigen Verordnung (VoeB) die öffentlichen Beschaffungen des Bundes regelt, seitdem die beiden Erlasse am 1. Januar 1996 in

2. *Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag* ist ein Vertrag, den die öffentliche Auftraggeberin<sup>6</sup> abgeschlossen hat, bevor sie ihn nach dem konkret anwendbaren Vergaberecht (z.B. dem BoeB) abschliessen durfte. Ihm widme ich den vorliegenden Beitrag, weil er *zwei zusammenhängende Fragen* aufwirft, die in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung zwar diskutiert wurden, nach meinem Dafürhalten aber noch nicht [4] ausdiskutiert sind. Die erste Frage, die es zu lösen gilt, betrifft die zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrages; bei der zweiten geht es um die Aufhebbarkeit des angefochtenen Zuschlages.

### *Prämissen*

3. Bevor ich auf die beiden Fragen eintrete, möchte ich *einige Prämissen* vorausschicken, auf denen ich meine Ausführungen aufbaue. Ich beginne mit dem Zuschlag:

a. Der *vergaberechtliche Zuschlag* ist ein Vergabeentscheid, der in einem bestimmten Vergabeverfahren getroffen und nach aussen bekanntgegeben wird<sup>7</sup>. Und zwar ist es der Entscheid der Vergabebehörde, *dass, mit welchem Inhalt<sup>8</sup> und mit welchem Anbieter* der in Frage stehende Auftrag durch Abschluss des für die Ausführung erforderlichen Beschaffungsvertrages vergeben werden soll.<sup>9</sup> Davon zu unterscheiden ist der Vertragsabschluss selbst. Denn:

Nach schweizerischem Recht, um das es hier geht, hat der Zuschlag, unter Einschluss seiner Bekanntgabe, keine vertragsabschliessende Wirkung<sup>10</sup>, was sich auch darin zeigt, dass der Vertragsabschluss nach dem Szenario des geltenden Vergaberechts dem Zuschlag zeitlich nachfolgt (vgl. z.B. Art. 22 BoeB). Insbesondere enthält der vergaberechtliche Zuschlag keine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung, mit der die Offerte des Zuschlagsempfängers akzep-

Kraft getreten sind. Es folgten die Kantone mit ihren Gemeinden, deren neues Vergaberecht in starkem Masse auch durch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM vom 6. Oktober 1995) und die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB vom 25. November 1994) beeinflusst wurden. Am 1. Juli 2002 ist schliesslich das am 21. Juni 1999 abgeschlossene Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Eidgenossenschaft in Kraft getreten, das auf allen Stufen zu einer Anpassung des kurz zuvor revidierten Vergaberechts (so auch zur Teilrevision der IVöB vom 15. März 2001) geführt hat.

<sup>6</sup> Die *öffentliche Auftraggeberin* verstehe ich unter Einschluss derjenigen Auftraggeberinnen, die zwar privatrechtlich organisiert sind, für die Vergabe gewisser Aufträge aber dennoch dem öffentlichen Vergaberecht unterstehen.

<sup>7</sup> Indem ich die Bekanntgabe (die „Eröffnung“) des Entscheides (Art. 23 BoeB) in die Begriffsbestimmung des Zuschlages einbeziehe, trage ich dem Umstand Rechnung, dass der Zuschlag erst durch sie „rechtliche Existenz“ erlangt (vgl. sinngemäss HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., München 2002, S. 231). Dementsprechend ist die Bekanntgabe eine „Existenzvoraussetzung“ des Zuschlages und gehört zu dessen Vollendung. Soweit das kodifizierte Vergaberecht von der Bekanntgabe (Veröffentlichung oder Bekanntmachung) des „Zuschlages“ spricht (z.B. Art. 24 BoeB und Art. 28 VoeB), meint es mit dem zu veröffentlichenden „Zuschlag“ allerdings nur den Zuschlagsentscheid.

<sup>8</sup> Der Inhalt wird in aller Regel so bestimmt, dass der Zuschlag auf das (ursprüngliche oder durch Verhandlungen abgeänderte) Angebot Bezug nimmt.

<sup>9</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, S. 59.

<sup>10</sup> Anders z.B. der Zuschlag nach deutschem und österreichischem Recht, der den Vertrag zum Abschluss bringt, wenn die vertragsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind (für Deutschland: ARNOLD BOESEN, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, Köln 2000, N 21 zu § 107 GWB; für Österreich: § 20 Ziff. 41 sowie § 101 des Bundesvergabegesetzes). Nach der Legaldefinition des österreichischen Bundesvergabegesetzes ist der Zuschlag „die an den Bieter abgegebene ... Erklärung, sein Angebot anzunehmen“ (§ 20 Ziff. 41 BVergG).

tiert wird.<sup>11</sup> Vielmehr kommt der Beschaffungsvertrag erst dadurch zustande, dass die Auftraggeberin das Angebot eines Bieters durch eine separate Erklärung des auf den Vertragsabschluss gerichteten Geschäftswillens annimmt. Ist die Annahmefrist für das Angebot bereits abgelaufen, so bedarf es einer erneuten Vertragserklärung auch des betreffenden Bieters, damit der Vertrag mit ihm zum Abschluss gelangt.

Das alles erinnert an die in Deutschland erfundene „Zweistufentheorie“. Diese Theorie aber will ich so wenig anrufen wie die in Frankreich geborene „*théorie de l'acte détachable*“, um mich nicht in einem Streit um Theorien zu verlieren, die in ausländischen Rechtsordnungen unter den dortigen Bedingungen entstanden sind. Für wichtiger halte ich den Hinweis, dass die in der Schweiz geläufige Rechtssprache zwischen dem Abschluss des Vertrages (der „*conclusion du contrat*“) und der Frage unterscheidet, ob der abgeschlossene und damit zustandegewordene Vertrag („*le contrat parfait*“) gültig ist. Ein abgeschlossener (zustandegewordener) Vertrag kann danach gültig (rechtswirksam) oder ungültig (unwirksam) sein.<sup>12</sup>

b. Während der Zuschlag durch die Normen des jeweils anwendbaren Vergaberechts (also öffentlich-rechtlich) geordnet ist, *unterstehen der Beschaffungsvertrag* mit einem Anbieter und damit auch sein Zustandekommen durch Vertragsabschluss nach herrschender Meinung<sup>13</sup> *grundsätzlich dem privaten Recht*. Diesen Grundsatz lege ich meiner Darstellung zugrunde, indem ich davon ausgehe, dass der Beschaffungsvertrag durch die privatrechtlichen Regeln des Obligationenrechts und seiner Nebengesetze beherrscht wird. Damit will ich nicht ausschliessen, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge auch dann dem öffentlichen Vergaberecht unterstehen kann, wenn der anvisierte Beschaffungsvertrag ein Vertrag des öffentlichen Rechtes ist<sup>14</sup>; nur klammere ich diesen Sonderfall aus meiner Betrachtung aus. Unberücksichtigt bleibt im Übrigen auch die Möglichkeit, dass auf den Beschaffungsvertrag einschlägige Bestimmungen des Wiener Kaufrechts oder – nach Massgabe des Internationalen Privatrechts – die Regeln ausländischen Vertragsrechts zur Anwendung kommen.

c. Obwohl der Zuschlag und der Vertragsabschluss auseinanderfallen, sind sie rechtlich doch miteinander verknüpft. Denn der Zuschlag bildet eine *vergaberechtliche Voraussetzung dafür, dass der Beschaffungsvertrag mit einem bestimmten Anbieter abgeschlossen werden darf*. Der Abschluss des Vertrages ist der Auftraggeberin nach den Grundsätzen des anwendbaren Vergaberechts verboten, bevor nicht der Zuschlag erfolgt ist.<sup>15</sup> *Der Zuschlag beseitigt das Verbot des Vertragsabschlusses im Verhältnis zum Zuschlagsempfänger*.<sup>16</sup> Er macht den Abschluss des Vertrages mit dem Zuschlagsempfänger zu den im Zuschlag festgelegten Vertragsbedingungen erlaubt, was ich als Erlaubniswirkung des Zuschlages bezeichne. Ohne und [5] aus-

<sup>11</sup> Dies im Unterschied zum Zuschlag bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung (Art. 229 Abs. 2 OR).

<sup>12</sup> Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, AT Band I, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 224 ff. und 286 ff.

<sup>13</sup> Statt vieler: BGE 125 I 212; EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, S. 496; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 149; PETER GAUCH, Zuschlag und Vertrag nach dem neuen Beschaffungsgesetz der Schweiz, FS GÖTZ VON CRAUSHAAR, Düsseldorf 1997, S. 88 ff.; DERSELBE, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, in: *recht* 1997, S. 173; HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 9, S. 59 f.

<sup>14</sup> Das Bundesgericht scheint den Anwendungsbereich des öffentlichen Vergaberechts demgegenüber überhaupt auf privatrechtliche Verträge beschränken zu wollen (BGr. vom 16. Mai 2001 [2P.19/2001], E. 1a/cc).

<sup>15</sup> Dieses öffentlich-rechtliche Verbot ergibt sich für die Bundesebene aus einem Umkehrschluss aus Art. 22 BVerf. Es muss schon deshalb bestehen, weil sonst die öffentlich-rechtliche Regelung des Vergabeverfahrens bis und mit Zuschlag keinen Sinn ergäbe.

<sup>16</sup> In der Sache übereinstimmend, wenn auch mit anderen Worten: VGer. St. Gallen, GVP-SG 2001, Nr. 22, S. 71, wonach „der Zweck des Zuschlages die Ermächtigung zum Vertragsabschluss ist“.

serhalb dieser Erlaubnis ist die vertragliche Abschlusserklärung der Auftraggeberin verbots- und damit rechtswidrig.<sup>17</sup>

d. Die erwähnte Erlaubniswirkung ist zwar eine Rechtswirkung des Zuschlages, was aber noch nicht besagt, dass sie sofort mit dem Zuschlag eintritt. Vorbehalten sind vielmehr die *Fälle, in denen der Zuschlag durch Beschwerde anfechtbar ist*. Für diese Fälle bleibt zu beachten:

Durch Beschwerde anfechtbar ist der Zuschlag, nicht auch der Beschaffungsvertrag. Eine begründete Beschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Zuschlages, dies aber nur, wenn der Beschaffungsvertrag noch nicht abgeschlossen ist. Der erfolgte Vertragsabschluss schliesst die Aufhebung des Zuschlages und damit den primären Rechtsschutz der Anbieter aus. Das entspricht einer durchgängigen Regel des Vergaberechts (vgl. z.B. Art. 32 Abs. 2 BoeB, Art. 18 Abs. 2 IVöB und Art. 9 Abs. 3 BGBM). Die Regel ist sinnvoll; sie beruht auf der gesetzgeberischen Idee, dass eine Aufhebung des Zuschlages keinen Einfluss auf die Fortgeltung des abgeschlossenen Vertrages hätte. Umgekehrt aber begründet sie einen Konflikt zwischen dem Interesse der Auftraggeberin an einem möglichst raschen Vertragsabschluss und dem gegenläufigen Interesse der Anfechtungsberechtigten, dass der Vertragsabschluss zur Wahrung der Aufhebungsmöglichkeit vorerst unterbleibt.

Wie jeder Interessenkonflikt, so bedarf auch dieser einer rechtlich ausgewogenen Lösung. Soweit sich aus dem jeweils anwendbaren Vergaberecht nicht etwas anderes ergibt, erscheint es mir daher richtig, dass die umschriebene Erlaubniswirkung des Zuschlages zeitlich erst dann eintritt, wenn die Beschwerdefrist ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist oder wenn feststeht, dass allfälligen Beschwerden die aufschiebende Wirkung<sup>18</sup> versagt bleibt<sup>19</sup> oder alle Beschwerden mit aufschiebender Wirkung abgelehnt sind. Der allfällige Schadenersatzanspruch, der einem Beschwerdeführer nach erfolgtem Vertragsabschluss übrig bleibt (vgl. z.B. Art. 32 Abs. 2/34 BoeB), ist im System des geltenden Vergaberechts ein sekundärer Rechtsbehelf, der mit Rücksicht auf seine nur subsidiäre Bedeutung keinen Grund abgibt, die Erlaubniswirkung früher anzusetzen. Das gilt um so mehr, als dieser subsidiäre Haftungsschutz im Allgemeinen sehr restriktiv ausgestaltet ist, indem er im Bereich des Vergabeschadens<sup>20</sup> nicht einmal das volle Negativinteresse abdeckt<sup>21</sup>.

Die dargestellte Meinung harmoniert mit der Ansicht, welche die Eidgenössische Rekurskommission (BRK) für jene Vergabefälle vertritt, die dem Beschwerderecht des BoeB unterstehen. In einer wortübergreifenden Auslegung des Art. 22 BoeB hat die Rekurskommis-

<sup>17</sup> Das gilt grundsätzlich auch mit Bezug auf Abweichungen vom Zuschlag, die den Vertragsinhalt betreffen. Inwieweit allenfalls (namentlich bei Grossaufträgen) in nebensächlichen Vertragspunkten vom Zuschlag abgewichen werden darf, ist eine noch ungeklärte Frage, der ich hier nicht nachgehen will.

<sup>18</sup> Im Allgemeinen hat die vergaberechtliche Beschwerde keinen automatischen Suspensiveffekt, sondern erlangt die aufschiebende Wirkung nur, wenn ihr diese Wirkung auf Gesuch des Beschwerdeführers hin erteilt wird (z.B. Art. 28 BoeB). Anders aber § 26 Abs. 1 des Aargauer Submissionsdekretes vom 26. November 1996.

<sup>19</sup> Art. 14 Abs. 1 IVöB (1994 und 1994/2001) verlangt zwar, dass der Ablauf der Beschwerdefrist abgewartet wird, bei wörtlicher Auslegung aber nicht, dass die Auftraggeberin mit dem Vertragsabschluss zuwartet, bis feststeht, dass allfälligen Beschwerden keine aufschiebende Wirkung erteilt wird. Da jedoch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde nach der gleichen Bestimmung den Vertragsabschluss verbietet, dürfte diese Bestimmung bei sinnvoller Auslegung doch so zu verstehen sein, dass der Vertrag nicht abgeschlossen werden darf, bevor feststeht, dass fristgerecht eingereichten Beschwerden die aufschiebende Wirkung versagt bleibt. So ausdrücklich: Art. 33 des Neuenburger Beschaffungsgesetzes vom 23. März 1999.

<sup>20</sup> Vgl. dazu PETER GAUCH, *recht* 1997, zit. in Anm. 13, S. 175.

<sup>21</sup> Zu Art. 34 Abs. 2 BoeB vgl. GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Nr. 25.6, S. 66 f.; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 13, S. 168.

sion schon früh entschieden, dass der Beschaffungsvertrag (unter dem Vorbehalt besonderer Dringlichkeit) „erst abgeschlossen werden darf, wenn die [Beschwerde-] Frist von 20 Tagen [Art. 30 BoeB] ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist, in einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung verlangt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde“<sup>22</sup>. Mit Blick auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Art. 22 BoeB bin ich der zitierten Rechtsprechung zwar wiederholt entgegengetreten.<sup>23</sup> Aus heutiger Sicht erachte ich sie für zutreffend, obwohl Art. 22 Abs. 1 BoeB so formuliert ist, dass er nach erfolgtem Zuschlag den Vertragsabschluss so lange gestattet, als nicht einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Für die Ansicht der Rekurskommission spricht das teleologische Argument eines effektiven (und daher primären) Anfechtungsschutzes, das nach dem „pragmatischen Methodenpluralismus“, den das Bundesgericht für die Gesetzesauslegung favorisiert<sup>24</sup>, dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte vorgehen kann.

### *Die Frage der Vertragsgültigkeit*

4. Schliesst die Auftraggeberin den Beschaffungsvertrag ab, bevor es ihr vergaberechtlich erlaubt ist, so beurteilen sich *die vertragsrechtlichen Folgen* dieses rechtswidrigen Abschlusses nach den Regeln des Privatrechts, dem der Vertrag untersteht. Diesbezüglich gilt es zunächst zu prüfen, ob der verfrüht abgeschlossene Vertrag nach Massgabe des Art. 20 OR nichtig ist<sup>25</sup>, wie es bisweilen postuliert<sup>26</sup> und auch von der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen in Betracht gezogen wird<sup>27</sup>.

Die Prüfung führt zu einem negativen Ergebnis. Denn eine Vertragsnichtigkeit nach Art. 20 OR setzt voraus, dass der Tatbestand dieser Bestimmung erfüllt ist. Daran aber fehlt es im vorliegenden Zusammenhang, da der verfrühte Abschluss („la conclusion prématurée“) des Beschaffungsvertrages kein [6] Inhaltmangel ist, der den Vertrag nach Art. 20 OR nichtig macht. Das habe ich in BR 1998, S. 119 ff. (S. 121 f.) ausführlich dargelegt, worauf ich für die Einzelheiten verweise. Meine dortige Sichtweise halte ich nach wie vor für richtig. Sie entspricht auch dem allgemeinen Lehrsatz, wonach die Verletzung eines Verbotes, „das sich lediglich gegen die zeitlichen Umstände des Vertragsabschlusses richtet“, keine Nichtigkeit im Sinne des Art. 20 OR begründet<sup>28</sup>. Im Übrigen wendet sich das vergaberechtliche Verbot, das durch den verfrühten Abschluss des Beschaffungsvertrages verletzt wird, nur an die Auftraggeberin (nicht auch an deren Vertragspartner), was nach herrschender Meinung ohnehin gegen die Nichtigkeit des Vertrages spricht<sup>29</sup>. Nach BGE 111 II 54 ist der abgeschlossene

<sup>22</sup> Vgl. BRK 8/1996, BR 1997, S. 121, Nr. 301; BRK 19/1997, BR 1998, S. 51, Nr. 173. Vereinfachend und verkürzt: BRK 10a/1997 = VPB 62.32 I, E. 2b: Le „contrat ne peut en principe être conclu que lorsque la question de l’effet suspensif ne se pose plus“.

<sup>23</sup> So z.B. PETER GAUCH, BR 1997, S. 121, Anm. 5 zu Nr. 301; GAUCH/STÖCKLI, zit. in Anm. 21, Nr. 27.1, S. 70 f.

<sup>24</sup> BGE 125 II 209; 124 III 262; 121 III 225.

<sup>25</sup> Referierend dazu: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, in: ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics, Freiburg 2002, S. 143 f.

<sup>26</sup> Vgl. z.B. EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 13, S. 574 ff., insb. S. 578 und 584 ff.; DIESELBE, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, in: AJP 1997, S. 809 ff.

<sup>27</sup> Vgl. BRK 10b/1997 = VPB 62.32 II, E. 3d = BR 1998, S. 120 f., Ziff. 3; ebenso VGer. Freiburg, BR 1999, S. 60, Nr. S18. Mit dem zitierten BRK-Entscheid habe ich mich in BR 1998, S. 121 ff. ausführlich auseinandergesetzt.

<sup>28</sup> ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Band I, Bern 1996, Nr. 953; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, N 141 zu Art. 19 - 20 OR.

<sup>29</sup> Vgl. z.B. BGE 34 II 686; 111 II 54; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,

Vertrag unter dem Gesichtspunkt des Art. 20 OR sogar dann gültig, wenn eine Partei sich mit dem Abschluss des Vertrages einer Bestrafung nach Verwaltungsrecht aussetzt.

Meine Sichtweise wurde unter anderem durch die Verwaltungsgerichte St. Gallen<sup>30</sup> und Aargau<sup>31</sup> bestätigt. Abgesehen von den angeführten Argumenten, die für ihre Begründung bereits ausreichen, gibt es auch Folgeerwägungen, die für sie sprechen. Wäre nämlich der verfrühte Abschluss des Beschaffungsvertrages ein Nichtigkeitsgrund nach Art. 20 OR, so wäre der verfrüht abgeschlossene Vertrag *unheilbar* nichtig<sup>32</sup>. Die Unangemessenheit dieser Folge ist offensichtlich und tritt noch deutlicher hervor, wenn man im Vergleich dazu bedenkt, dass eine allfällige Rechtswidrigkeit des Zuschlages keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Vertrages hat<sup>33</sup>. Die Eidgenössische Rekurskommission versucht zwar, die Anwendung des Art. 20 OR einzuschränken, indem sie eine Nichtigkeit des verfrüht abgeschlossenen Vertrages ablehnt, falls der Zuschlag („la décision d’adjudication“) fehlerfrei („bien-fondée“) ist.<sup>34</sup> Mit dieser konstruierten Einschränkung aber macht sie einen Argumentationsfehler.<sup>35</sup> Denn entweder ist die Rechtswidrigkeit des Zuschlages ein Nichtigkeitsgrund für den Vertrag; dann wirkt er unabhängig davon, ob der Vertrag zu früh abgeschlossen wurde oder nicht. Oder sie ist kein Nichtigkeitsgrund; dann kann es für die Nichtigkeit des verfrüht abgeschlossenen Vertrages auch nicht *darauf* ankommen, ob der Zuschlag fehlerfrei ist oder nicht. Bei richtiger Betrachtung fällt der verfrühte Abschluss des Beschaffungsvertrages überhaupt nicht unter die Bestimmung des Art. 20 OR.

5. Indem ich eine Vertragsnichtigkeit nach Art. 20 OR verwerfe, verkenne ich nicht, dass es dem Gesetzgeber frei steht, *spezialgesetzlich über Art. 20 OR hinauszugehen* und die Nichtigkeitsfolge aus anderen (nicht in Art. 20 OR genannten) Gründen anzuordnen. Wie ich bereits in BR 1998, S. 121 festgestellt habe und woran ich wiederum festhalte, lässt sich dem Bundesvergaberecht jedoch keine spezialgesetzliche Bestimmung entnehmen, die den zu früh abgeschlossenen Vertrag nichtig macht. Nachzutragen bleibt, dass es sich (soweit ich sehe) auch für das kantonale Recht nicht anders verhält<sup>36</sup>, was mich von der Beantwortung der Frage dispensiert, ob die Kantone überhaupt kompetent wären, auf die besagte Weise in die Gültigkeit bundeszivilrechtlich geordneter Verträge einzugreifen.<sup>37</sup>

---

2. Aufl., Zürich 1988, S. 251; vgl. auch die Nachweise bei ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, N 140 zu Art. 19 - 20 OR, der selber allerdings eine differenzierte Meinung vertritt.

<sup>30</sup> GVP-SG 2001, Nr. 22, S. 71.

<sup>31</sup> AGVE 2001, S. 324 f.

<sup>32</sup> Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 12, Nr. 681 mit dortigen Zitaten; VON TUHR /PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1974, S. 229 f.

<sup>33</sup> Vgl. BGer. vom 2. März 2000 [2P.274/1999], E. 1c; BGer vom 30. Januar 2002 [2P.215/2001], E. 3.1; ausdrücklich auch § 30 Abs. 3 des Baselstädter Beschaffungsgesetzes vom 20. Mai 1999. Die Frage, wie es sich mit der Gültigkeit des Beschaffungsvertrages verhielte, wenn der Zuschlag geradezu nichtig wäre, lasse ich offen. Beachte dazu aber VGer. Zürich, BEZ 2000, S. 26 ff., Nr. 9, S. 42, E. 10: „Nachdem ... [der] Vertrag ... bereits geschlossen [wurde], ist mit der Gutheissung der Beschwerde lediglich festzustellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist. Auch eine allfällige Nichtigkeit des Entscheids macht keine weiter gehenden Anordnungen erforderlich ... [D]ie Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags [würde] durch die allfällige Nichtigkeit des Entscheids kaum beeinträchtigt“.

<sup>34</sup> BRK 10b/1997 = VPB 62.32 II, E. 3d = BR 1998, S. 120 f., Ziff. 3 lit. f.

<sup>35</sup> Im Einzelnen vgl. bereits meine kritischen Anmerkungen in BR 1998, S. 122 f. (lit. d).

<sup>36</sup> Für den Kanton Aargau: VGer. Aargau, AGVE 2001, S. 325.

<sup>37</sup> Ein Teil der einschlägigen Lehre hält (so: MARTIN BEYELER, zit. in Anm. 1) unter Berufung auf Art. 6 ZGB dafür, kantonales öffentliches Recht könne ein privatrechtliches Rechtsgeschäft für ungültig erklären, soweit es dabei öffentliche Interessen verfolge und weder Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widerspreche noch dasselbe vereitle. Art. 19 und 20 OR enthielten eine diesbezügliche, implizite Ermächtigung (HENRI DESCHENAUX, SPR II, S. 26 und S. 33). Es sei unbestritten, dass „die Kantone als Sanktion bei

6. Bei diesem Erkenntnisstand bin ich, was die Frage der Vertragsgültigkeit angeht, in BR 1998, S. 119 ff. stehen geblieben.<sup>38</sup> Als ich den eingangs erwähnten Festschriftbeitrag niederschrieb, kam ich indes zur *Einsicht, dass damit die Frage nicht erledigt sein kann*. Denn unbestreitbar besteht zwischen dem öffentlichen Vergabe- und dem privaten Vertragsrecht ein funktionaler Zusammenhang, wenn es um die Vergabe öffentlicher Aufträge geht. Die öffentlich-rechtlich geregelte Vergabe zielt auf den Abschluss eines Beschaffungsvertrages, dessen „Vorfeld“ das Vergaberecht in einer Weise regelt, dass die von ihm verfolgten Ziele unter Einschluss des Bieterschutzes erreicht werden. Dieser Zusammenhang aber wird auseinandergebrochen, sobald man die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages ohne Rücksicht auf die vergaberechtliche „Vorordnung“ des Vertragsabschlusses beurteilt.

[7] Berücksichtigt man hingegen den umschriebenen Zusammenhang, der den Vertragsabschluss eng mit dem Vergabeverfahren verbindet, so muss sich die Vergaberechtswidrigkeit des verfrühten Abschlusses eben doch auf die Gültigkeit des Beschaffungsvertrages auswirken, wenn das verletzte Abschlussverbot seinen Zweck erfüllen soll. Dass sich das Verbot nur an die Auftraggeberin richtet, vermag daran so wenig zu ändern wie der Umstand, dass der Vertrag dem Privatrecht untersteht. Das Letztere liefert schon deshalb kein Gegenargument, weil die Rechtsordnung eine zusammenhängende Einheit bildet, also nicht in voneinander unabhängige Kompartimente mit je einem öffentlich- und privatrechtlichen „Eigenleben“ zerfällt.

7. Das gesetzliche Obligationenrecht bietet nun freilich keine Hilfe. Es enthält keine einschlägige Ungültigkeitsvorschrift, die am vergaberechtlich geordneten „Vorfeld“ des Vertrages anknüpft, was nicht verwundert, nachdem die Fragestellung relativ neu ist. Will man zu einer adäquaten Lösung gelangen, so bleibt daher nichts anderes übrig, als das private Vertragsrecht durch *eine Lückenfüllung* (Art. 1 Abs. 2 ZGB) fortzuentwickeln, was sich mit Rücksicht auf die gesetzlich ungelöste, aber gleichwohl zu lösende Frage rechtfertigt<sup>39</sup>. Erforderlich ist somit eine kreative Rechtsschöpfung, welche die vergabe- und damit öffentlich-rechtliche „Vorordnung“ des Vertragsabschlusses in die Beurteilung der Vertragsgültigkeit einbezieht.

Obwohl die Lückenfüllung Sache der Gerichte ist (Art. 1 Abs. 2 ZGB), obliegt es der Lehre, bei der Rechtsfortbildung mit eigenen Vorschlägen mitzuwirken. *Mein Vorschlag* geht dahin, dass der verfrüht und deshalb rechtswidrig abgeschlossene Vertrag für beide Parteien unwirksam bleibt, seine Ungültigkeit aber ohne weiteres geheilt wird, wenn und sobald die Erlaubniswirkung des Zuschlags und damit die Erlaubnis zum Vertragsabschluss eintritt. Das heilende Ereignis kann z.B. darin bestehen, dass nach dem verfrühten Abschluss des Vertrages die Beschwerdefrist ohne Einreichung einer Beschwerde abläuft oder allfälligen Beschwerden die aufschiebende Wirkung versagt bleibt, immer vorausgesetzt, dass das anwendbare Vergaberecht den Vertragsabschluss ab dem betreffenden Zeitpunkt erlaubt.

---

Verletzung öffentlich-rechtlicher ... Verbote die Ungültigkeit vertraglicher Abmachungen vorsehen können, sofern die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen die allgemeinen Anforderungen der Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 ZGB [vgl. BGE 119 Ia 61] erfüllen und Sinn und Zweck dieser Bestimmungen eine zivilrechtliche Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts erfordern“ (ARNOLD MARTI, Zürcher Kommentar, N 212 zu Art. 6 ZGB). Nach einer anderen Meinung dagegen können die Kantone zwar bestimmen, dass ein dem kantonalen öffentlichen Recht widersprechendes privatrechtliches Rechtsgeschäft öffentlich-rechtlichen Sanktionen unterworfen ist. „Dagegen können sie daran nicht die zivilrechtliche Konsequenz knüpfen, dass die den kantonalen Bestimmungen widersprechenden Rechtsgeschäfte privatrechtlich nichtig seien“ (BLAISE KNAPP, Kommentar zur BV 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, N 56 zu Art. 64 BV).

<sup>38</sup> Zum vertretungsrechtlichen Ansatz vgl. aber unten Ziff. 12.

<sup>39</sup> Vgl. ARTHUR MEYER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 251 ff. zu Art. 1 ZGB.

Die vorgeschlagene Lösung, die auf eine „*Ungültigkeit sui generis*“ hinausläuft, berücksichtigt den Zusammenhang zwischen dem privatrechtlichen Vertragsabschluss und dem öffentlichen Vergaberecht, unterlässt es aber, durch eine unheilbare Vertragsnichtigkeit über das Ziel hinaus zu schießen. Im Ergebnis dürfte sie auf das Gleiche hinauslaufen wie die ingenieure Idee des Verwaltungsgerichtes Aargau, wonach die vergaberechtliche Erlaubnis zum Vertragsabschluss nach dem dortigen Submissionsdekret eine öffentlich-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung im Sinne einer Rechtsbedingung<sup>40</sup> darstellt, vor deren Eintritt sich der Vertrag in einem Schwebezustand befindet<sup>41</sup>. Durch eine offene Lückenfüllung des Obligationenrechts vermeidet „meine“ Lösung aber den Rückgriff auf eine in das öffentliche Vergaberecht hinein interpretierte Rechtsbedingung und ausserdem die Frage, wie weit die Kantone überhaupt befugt sind, die Gültigkeit bundesrechtlich geordneter Verträge an Rechtsbedingungen des kantonalen Vergaberechts zu knüpfen<sup>42</sup>. Des Weiteren gewährleistet sie eine schweizweit gleiche Regelung des gleichen Problems, was bei der Zersplitterung des Vergaberechts und bei der uneinheitlichen Auslegung analoger Bestimmungen durch verschiedene Gerichte ein nicht geringer Vorteil ist.

### *Die Aufhebbarkeit des angefochtenen Zuschlages*

**8.** Gehen wir davon aus, dass der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag unwirksam ist, seine Ungültigkeit aber geheilt wird, sobald im Nachhinein die Erlaubnis zum Vertragsabschluss eintritt, so stellt sich *eine weitere, und zwar vergaberechtliche Frage*. Sie bezieht sich auf die bereits erwähnte Regel, wonach die Aufhebung eines angefochtenen Zuschlages trotz begründeter Beschwerde ausgeschlossen ist, wenn der Beschaffungsvertrag schon abgeschlossen wurde. Exemplarisch ist Art. 32 Abs. 2 BoeB, der wie folgt lautet: „Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt die Rekurskommission lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt.“

Dass der verfrüht abgeschlossene und deshalb ungültige Beschaffungsvertrag ein „abgeschlossener“ Vertrag im Sinne der geläufigen Rechtssprache ist, steht zwar ausser Zweifel. Zu beantworten aber bleibt die Frage, ob der zustandgekommene Vertrag trotz seines *verfrühten* Abschlusses einen rechtlichen Grund bildet, welcher der Aufhebung eines angefochtenen Zuschlages entgegensteht. Bei einer „wörtlichen“ Auslegung der einschlägigen Beschwerdebestimmungen (z.B. Art. 32 Abs. 2 BoeB, Art. 18 Abs. 2 IVöB, Art. 9 Abs. 3 BGBM) ist die Frage zu bejahen, und zwar unbekümmert darum, ob die Ungültigkeit des Beschaffungsvertrages in der Zwischenzeit geheilt wurde oder nicht. Eine solche Auslegung vermag jedoch vom Ergebnis her nicht zu befriedigen. Sie übersieht das primäre Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeberechtigten und ermöglicht es der Auftraggeberin, die Rechtsschutzlage der Anbieter durch ein vergaberechtswidriges Verhalten zu verschlechtern, wodurch die Vergaberechtswidrigkeit des verfrühten Abschlusses durch das Vergaberecht selbst honoriert, statt sanktioniert wird.

Zieht man auch diese Aspekte in die Interpretation ein, so müssen die einschlägigen Beschwerdebestimmungen so ausgelegt werden, dass der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag *in ihrem Sinne* nur und erst dann als „abgeschlossen“ gilt, wenn die Erlaubnis zum Vertragsabschluss eingetreten und dadurch die Ungültigkeit des Vertrages geheilt ist.

---

<sup>40</sup> Zur Rechtsbedingung (der „*condicio iuris*“), die im Unterschied zur „*condicio voluntaria*“ nicht auf Vereinbarung beruht, vgl. z.B. HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 2 ff. vor Art. 151 - 157 OR und VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, S. 259 ff.

<sup>41</sup> VGer. Aargau, AGVE 2001, S. 329 f.

<sup>42</sup> Vgl. dazu sinngemäss oben Ziff. 5 mit Anm. 37.

Solange dies nicht zutrifft, der Vertrag infolge seines verfrühten Abschlusses also unwirksam ist, kann ein angefochtener Zuschlag bei begründeter Beschwerde aufgehoben werden. Da es im betreffenden Zeitpunkt keinen wirksamen Beschaffungsvertrag gibt, scheitert die Aufhebung des Zuschlages auch nicht daran, dass der abgeschlossene Vertrag fortgelten würde.

**9.** Diese Auslegung der einschlägigen Beschwerdebestimmungen *sanktioniert den verfrühten Abschluss des Beschaffungsvertrages auch vergaberechtlich*. Sie weicht zwar vom geläufigen Sinn des Wortes „Vertragsabschluss“ ab, den auch Art. 1 OR [8] verwendet. Das aber ist kein Widerspruch, der gegen meine Auslegung spricht. Denn erstens bestimmt sich der Sinngehalt rechtlicher Normen nicht ausschliesslich nach deren Wortlaut.<sup>43</sup> Und zweitens gibt es keinen Rechtsgrundsatz, wonach die Auslegung des Vergaberechts an die Wortbedeutungen im Obligationenrecht gebunden wäre.

Dass der „Vertragsabschluss“ in den einschlägigen Beschwerdebestimmungen eine vom geläufigen Wortsinn abweichende Bedeutung hat, lässt sich somit auch vor dem Hintergrund der allgemeinen Auslegungslehre vertreten. Die Rechtsprechung zielt in die gleiche Richtung, indem sie es (um bloss *ein* Beispiel zu zitieren) für unverständlich hielte, wenn bei verfrüht abgeschlossenem Beschaffungsvertrag dem übergangenen Bieter nur noch ein Begehren um Schadenersatz offen stünde<sup>44</sup>. Diese Bewertung deckt sich im Wesentlichen mit meiner Auslegung.<sup>45</sup> Allerdings bin ich der Meinung, dass der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag auch nach den anwendbaren Beschwerdebestimmungen als abgeschlossen gilt, eine Aufhebung des Zuschlages also nicht mehr in Frage kommt, sobald die Ungültigkeit des Vertrages durch einen nachträglichen Eintritt der Abschlusserlaubnis geheilt ist.<sup>46</sup> Die Aufhebung sogar dann noch zuzulassen, wenn die Erlaubniswirkung des Zuschlages eingetreten und die Ungültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Vertrages geheilt ist, wäre im Kontext der anwendbaren Beschwerdebestimmungen durch nichts gerechtfertigt.

**10.** Stellt die Beschwerdeinstanz fest, dass der Beschaffungsvertrag zu früh abgeschlossen wurde und seine Ungültigkeit noch nicht geheilt ist, so steht dem Gesagten zufolge nichts im Wege, dass sie den angefochtenen Zuschlag bei begründeter Beschwerde aufhebt.<sup>47</sup> Diese *Rechtslage kombiniert die „Ungültigkeit sui generis“ des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages mit einer entsprechenden Auslegung der anwendbaren Beschwerdebestimmungen*. Sie beruht also auf zwei Voraussetzungen, die in ihrem Zusammenspiel zum besagten Ergebnis führen. Da das gewonnene Ergebnis befriedigt, ist es bei einer ergebnisorientierten Jurisprudenz wiederum ein Argument dafür, dass der verfrüht abgeschlossene Vertrag im umschriebenen Sinne ungültig und die Aufhebung eines angefochtenen Zuschlages bis zur Heilung der Vertragsungültigkeit möglich ist. Auf diese Weise dient die teleologische Richtigkeitskontrolle des Ergebnisses zur Bestätigung der Voraussetzungen, auf denen das Ergebnis beruht, worin sich die Zirkelhaftigkeit der Rechtsfindung manifestiert.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Statt aller: ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, S. 43 und 62 f.

<sup>44</sup> VGer. Waadt vom 24. Januar 2001, E. 5a.

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch den soeben (in Anm. 44) zitierten Entscheid des VGer. Waadt, worin das Gericht (in E. 5a) ausführt: „Il faut comprendre ... l'art. 13 al. 2 LVMP en ce sens qu'il vise le cas du contrat conclu en conformité avec l'art. 9 de la loi“. – LVMP = Loi vaudoise sur les marchés publics vom 24. Juni 1996. Art. 13 Abs. 2 dieses Gesetzes lautet: „Si le contrat est déjà conclu et le recours soit jugé bien fondé, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision“. Und Art. 9 Abs. 1 bestimmt: „Le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité juridictionnelle cantonale n'a pas accordé au recours un effet suspensif.“

<sup>46</sup> Im Ergebnis gleich: VGer. Aargau, AGVE 2001, S. 330 (Schluss des Entscheides Nr. 69).

<sup>47</sup> Im Ergebnis gleich: VGer. Aargau, AGVE 2001, S. 330 (Schluss des Entscheides Nr. 69).

<sup>48</sup> Vgl. dazu ERNST A. KRAMER, *Methodenlehre*, zit. in Anm. 43, S. 220.

Ob sich das gefundene Ergebnis generalisieren und auf *alle* Fälle ausdehnen lässt, in denen der privatrechtlich abgeschlossene Beschaffungsvertrag (*aus irgend einem Grund*) ungültig ist, soll hier nicht geprüft werden. Spontan neige ich aber dazu, die Aufhebbarkeit des Zuschlages trotz zustande gekommenem Beschaffungsvertrag nur für solche Fälle zu bejahen, in denen die Unwirksamkeit des Vertrages auf einem vergaberechtlichen Grund beruht.<sup>49</sup> Ein solcher Fall liegt z.B. auch dann vor, wenn der Beschaffungsvertrag mit einem anderen als dem Zuschlagsempfänger und *insofern* verbotswidrig abgeschlossen wurde, was ihn aus den gleichen Überlegungen wie den verfrüht abgeschlossenen Vertrag unwirksam macht. Darauf bin ich nicht eingetreten, weil der verfrüht abgeschlossene Vertrag genug des Stoffes war.

**11.** Ausgeklammert blieb auch der mögliche *Sonderfall*, dass der Abschluss des Beschaffungsvertrages nach dem konkret anwendbaren Vergaberecht während einer bestimmten Zeitdauer erlaubt, dann aber wieder verboten ist. Eine derart inkonsistente Regelung, die z.B. den Vertragsabschluss nach abgelaufener Beschwerdefrist trotz erhobener Zuschlagsbeschwerde(n) zulässt, um ihn wieder zu verbieten, sobald einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird, ist zwar nicht leichtthin anzunehmen.<sup>50</sup> Doch muss sie als eine Art „Ausreisser“ hingenommen werden, falls das anwendbare Vergaberecht sie bei richtiger Auslegung tatsächlich vorsieht. In einem solchen Fall kommt ein Beschaffungsvertrag, der in der „erlaubten“ Zeit abgeschlossen wird, gültig zustande, und eine spätere Aufhebung des angefochtenen Zuschlages ist ausgeschlossen. Hingegen werden die Ungültigkeit eines unerlaubt abgeschlossenen Vertrages und die Aufhebbarkeit des Zuschlages nicht dadurch beseitigt, dass der Vertragsabschluss in einem früheren Zeitpunkt erlaubt war.

### *Schluss*

**12.** Natürlich bin ich mir bewusst, dass ich mit meinen Vorschlägen zumindest von der dogmatischen Konstruktion her *Neuland* betrete, weshalb nur die Zukunft und insbesondere die Gerichtspraxis zeigen werden, ob sie plausibel genug sind, um zu überzeugen.<sup>51</sup> Mein früher gewählter Lösungsansatz, wonach es den Vertretern der öffentlichen Auftraggeberin an der Ermächtigung zu einem verfrühten Vertragsabschluss fehle<sup>52</sup>, vermochte sich kaum durchzusetzen, obwohl er von niemandem stichhaltig widerlegt wurde<sup>53</sup>. Darauf will ich hier nicht zurückkommen, obgleich ich den Ansatz immer noch für tragfähig halte, da ich mir nicht vorstellen kann, dass [9] die Vertreter einer öffentlichen Auftraggeberin nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts (Art. 33 Abs. 1 OR) zum Abschluss eines Beschaffungsvertrages ermächtigt sind, dessen Abschluss ihnen das öffentliche Vergaberecht verbietet. Jedenfalls aber bestände kein Hindernis, beim verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrag sowohl eine „Ungültigkeit sui generis“ als auch eine fehlende Ermächtigung des für die Auftraggeberin handelnden Abschlussvertreters anzunehmen<sup>54</sup>. Mit dem Eintritt der Erlaubnis zum Vertrags-

---

<sup>49</sup> Weitergehend z.B. VGer. Aargau, AGVE 2001, S. 321 f.

<sup>50</sup> Zu Art. 14 Abs. 1 IVöB vgl. oben Anm. 19.

<sup>51</sup> Mit Bezug auf die „Ungültigkeit sui generis“ liegt das letzte Wort bei den Zivilgerichten, während sich die Beschwerdeinstanzen diesbezüglich nur vorfrageweise äussern können.

<sup>52</sup> BR 1998, S. 123; ausführlich: *recht* 1997, S. 173 f.

<sup>53</sup> Vgl. z.B. die einschlägigen Passagen bei EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 13, S. 573 f.; DIESELBE, *Droit de la concurrence*, Commentaire Romand, N 95 zu Art. 9 BGBM. Aus der Rechtsprechung etwa BRK 10b/1997 = VPB 62.32 II, E. 3d a.E. (dazu BR 1998, S. 123, Ziff. 5). Zweifelnd, aber dann doch offen gelassen: VGer. Aargau, AGVE 2001, S. 326 f.

<sup>54</sup> Zu den Doppelwirkungen im Recht vgl. den grundlegenden Aufsatz von THEODOR KIPP, in: Festschrift für FERDINAND VON MARTITZ, Berlin 1911, S. 211 ff.

abschluss würde dann nicht nur die Ungültigkeit des Vertrages, sondern auch die Ermächtigungslage geheilt, was in der Rechtswirkung auf eine Genehmigung des abgeschlossenen Vertrages hinausläufe<sup>55</sup>.

**13.** Die rechtlichen Schwierigkeiten, die bei der Behandlung des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages zu Tage getreten sind, zeigen einmal mehr, dass die *Kombination von öffentlich-rechtlichem Zuschlag und privatrechtlichem Vertrag keine optimale Verbindung* ist. Diese Kombination wirft viele ungelöste Fragen nach dem Zusammenspiel zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht auf<sup>56</sup>, die vom Stadium der Vertragsanbahnung<sup>57</sup> bis hinein in das Vertragsverhältnis reichen. Die Suche nach befriedigenden Antworten wird leider noch dadurch erschwert, dass die Protagonisten des öffentlichen und jene des privaten Rechts mit einer ausgeprägten Blindsicht für die je andere Seite geschlagen sind. Wenn es gelingen würde, die beiden Seiten zu einem echten Dialog zu bewegen, so wäre für die Lösung der öffentlich-/privatrechtlichen Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Vergaberecht stellen, schon viel gewonnen. Da die Rechtswissenschaft wie jede Wissenschaft ein gemeinschaftlicher Prozess der Korrektur ist, kann sie gute Resultate nur hervorbringen, wenn alle Beteiligten gemeinschaftlich mitwirken und sich ab und zu auch korrigieren. Ein mögliches Resultat wäre die Herausbildung einer umfassenden Theorie, welche die öffentliche Beschaffung von der Vergabe bis zur Abwicklung der Beschaffungsverträge rechtlich als einen gesamthaften Vorgang betrachten würde. Was praktisch verbunden ist, sollte auch in der Rechtstheorie zusammen bleiben!

Korr.: MD, 25.01.2005

---

<sup>55</sup> Vgl. sinngemäss ROLF WATTER, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 38 OR.

<sup>56</sup> So auch JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, zit. in Anm. 25, S. 143 a.E.

<sup>57</sup> Vgl. dazu PETER GAUCH, Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 13, S. 95 ff.