

Von den Submissionsangeboten, die angeblich keine Vertragsofferten sind

Einige Bemerkungen zu BGE 134 II 297 E. 4.2

Peter Gauch, Dr. iur., Dr. h.c., Prof. em. der Universität Freiburg und Ständiger Gastprofessor der Universität Luzern*

1. Zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft gehört es, auch die Rechtsprechung kritisch zu hinterfragen. Und das will ich jetzt tun, und zwar an einem Beispiel aus dem öffentlichen Beschaffungswesen. Den Anlass dazu gibt mir *BGE 134 II 297* (ein Entscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung), der in seinen Erwägungen die folgende Passage enthält:

«Entgegen der Auffassung des Kantonsgerichts stellen die von verschiedenen Bewerbern im Submissionsverfahren eingereichten Angebote ... technisch noch keine Offerten zum Vertragsschluss dar. Vielmehr beginnen die Vertragsverhandlungen zwischen Vergabebehörden und Zuschlagsempfänger erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens, können sich die Vertragspartner doch – selbst wenn bezüglich der Essentialia des Vertrags keine Abweichungen von Ausschreibungsunterlagen und ausgewähltem Angebot mehr zulässig sind¹ – über blosse Nebenpunkte noch frei verständigen. Mithin haben auf den Zuschlag, wie bei einem vom Submissionsverfahren unabhängigen Vertragsschluss, Offerte und Akzept zu folgen.»

Die zitierte Passage findet sich in *Erwägung 4.2* des erwähnten Entscheides, der im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen ergangen ist. Das Kantonsgericht, das darin als Vorinstanz mit gegenteiliger Auffassung aufgeführt wird, ist das Kantonsgericht Graubünden. Das Submissionsverfahren, um das es im konkreten Falle ging, war ein Verfahren nach dem öffentlichen Vergaberecht des Kantons Graubünden. Die von den verschiedenen Bewerbern eingereichten Angebote betrafen einen Vertrag des privaten Rechts, was in *Erwägung 3* des Entscheides nachzulesen ist. Eine der Streitfragen, die das Bundesgericht zu entscheiden hatte, ging dahin, ob der Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin (die vor Bundesgericht als Beschwerdegegnerin auftrat) durch Annahme ihres eingereichten Angebotes zustande gekommen war. Das wurde vom Bundesgericht verneint: primär mit dem pauschalen Argument, dass die in einem öffentlichen Submissionsverfahren eingereichten Angebote *«technisch noch keine Offerten zum Vertragsschluss»* darstellen. Mit andern Worten ausgedrückt, argumentierte das Bundesgericht mit der Behauptung, dass derartige Angebote (kurz: «Submissionsangebote»), auch wenn sie den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages betreffen, zum vornherein und generell keine verbindlichen und damit annahmefähigen Anträge im («technischen») Sinne des Art. 3 OR sind, die bei rechtsgültiger (insbesondere auch fristgerechter) Annahme zum Zustandekommen des Vertrages führen.²

2. Hätte sich dieses befremdliche Argument nicht in ein höchstgerichtliches (und obendrein noch amtlich publiziertes) Urteil eingeschlichen, so hätte ich mir nicht vorstellen können, dass das Bundesgericht eines Tages auf die Idee käme, es zu verwenden. Denn die rechtliche Behauptung des Gerichts, dass die Submis-

sionsangebote der Bewerber per se keine Vertragsofferten im technischen Sinne (also keine verbindlichen und annahmefähigen Anträge zum Vertragsabschluss) sind, ist *schlicht unzutreffend*. Das wurde bereits von MARTIN BEYELER aufgezeigt, der sich damit in einer ausführlichen und sorgfältig recherchierten Urteilsanmerkung («Angebot oder Nichtangebot?», veröffentlicht in recht 2009, S. 34 ff.) auseinandergesetzt hat. In seiner Anmerkung hat BEYELER unter anderem auch dargetan und mit zahlreichen Belegstellen untermauert, dass die erwähnte Behauptung des Gerichts in klarem Widerspruch zur herkömmlichen und beinahe einhelligen Rechtsauffassung steht.³ Um sich nicht allein auf die Schweiz zu konzentrieren, hat BEYELER einen rechtsvergleichenden Blick auch ins Ausland geworfen und dabei festgestellt, dass den Submissionsangeboten «jedenfalls in Deutschland, Österreich, den Vereinigten Staaten und sogar in den stark verwaltungsrechtlich geprägten Vergaberechtsordnungen von Belgien und Frankreich ... ausnahmslos technischer Offertcharakter zugebilligt wird».⁴

Dass das Bundesgericht (genauer: seine II. öffentlich-rechtliche Abteilung) die Verhältnisse im Ausland ausser Acht gelassen hat, soll ihm nicht zum Vorwurf reichen, obwohl das moderne Beschaffungsrecht des Bundes und der Kantone stark vom internationalen GATT/WTO-Übereinkommen geprägt ist und der Rechtsvergleich in der sonstigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht völlig fehlt. Erstaunlich (auch vor dem Hintergrund des Art. 1 Abs. 3 ZGB) ist dagegen, dass das Gericht die von seiner Argumentation abweichende Rechtsauffassung in der Schweiz mit keinem Wort auch nur erwähnt, ja nicht einmal die bisher konträre Praxis des Bundesgerichts⁵ in die Erwägung einbezieht. Überhaupt hat das Bundesgericht darauf verzichtet, seine rechtliche Behauptung nachvollziehbar zu begründen. Das wäre auch schwierig gewesen. Denn ob die vertragsbezogene Erklärung einer Partei einen Antrag im Sinne des Art. 3 OR darstellt und demzufolge verbindlich (insbesondere auch annahmefähig) ist,⁶ hängt vom Inhalt der betreffenden Erklärung ab⁷ und lässt sich, wenn die inhaltlichen Voraussetzungen eines Antrages erfüllt sind, nicht einfach wegdiskutieren, auch nicht für den Bereich des

* Herrn RA VALENTIN MONN gebührt der Dank für die kritische Durchsicht des Textes.

¹ Zitiert werden hier GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Die Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Band I, Zürich 2007, Nr. 702.

² Zur Bindungswirkung des Antrages gehört auch, dass der Antragsempfänger berechtigt ist, den Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung zum Abschluss zu bringen (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Nr. 394). Das ist rechtliches Basiswissen, das nachfolgend vorausgesetzt wird.

³ MARTIN BEYELER, recht 2009, S. 35 (mit Anm. 11), S. 36 f. und S. 39.

⁴ MARTIN BEYELER, recht 2009, S. 42 mit den dortigen Nachweisen.

⁵ Vgl. dazu MARTIN BEYELER, recht 2009, S. 39.

⁶ Vgl. nochmals die Anm. 2.

⁷ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 2, Nr. 378.

öffentlichen Submissionsverfahrens.⁸ Im konkreten Streitfall hatte die Zuschlagsempfängerin, die um das Zustandekommen des von ihr im Submissionsverfahren angebotenen Vertrages stritt, sogar ausdrücklich erklärt, dass ihr Submissionsangebot bis zum 31. Mai 2006 verbindlich sei. Auch diese Tatsache, die von der Vorinstanz als ein Element des Sachverhaltes festgestellt wurde,⁹ blieb vom Bundesgericht unberücksichtigt. Stattdessen hat das Gericht sich damit begnügt, den Submissionsangeboten und damit auch dem konkreten Angebot der Zuschlagsempfängerin die Qualifikation eines verbindlichen Antrages zum Vertragsabschluss in Bausch und Bogen abzusprechen.

3. Wie sich bereits aus dem bisher Gesagten ergibt, bin ich entgegen der in BGE 134 II 297 E. 4.2 geäusserten Auffassung des Bundesgerichts nach wie vor der Meinung, dass die *Submissionsangebote der Bewerber verbindliche Vertragsofferten* sein können, deren rechtsgültige Annahme zum Zustandekommen des angebotenen Vertrages führt.¹⁰ Ja, es drängt sich auf, noch einen Schritt weiter zu gehen: Nach der gesamten Anlage des Submissionsverfahrens und der gefestigten Verkehrsanschauung ist sogar vorausgesetzt, dass der jeweilige Bewerber eine verbindliche Offerte einreicht, die bis zum Ablauf einer bestimmten, in den Ausschreibungsdokumenten¹¹ meist vorgegebenen Bindungs-(Annahme-)frist durch einseitige Erklärung des Auftraggebers¹² angenommen werden kann.¹³ Unverbindliche Angebote, in denen ein Bewerber z.B. nur seine grundsätzliche Bereitschaft zum Abschluss eines Vertrages erklärt oder es ablehnt, sich beim Angebot behaften zu lassen,¹⁴ sind überhaupt keine Angebote im Sinne des Submissionsrechts, die als solche zu berücksichtigen wären. Angebote, die eine andere als in den Ausschreibungsdokumenten vorgesehene Bindungsfrist ansetzen, was unter dem Gesichtspunkt des Vertragsrechts möglich ist,¹⁵ sind jedenfalls dann vom Verfahren auszuschliessen, wenn die angesetzte Frist kürzer ist als die vorgesehene. Dasselbe gilt für Angebote, in denen sich der Bewerber ein einseitiges Recht zum Widerruf oder zur Abänderung vorbehält.¹⁶

Das alles steht im Gegensatz zur Betrachtungsweise des Bundesgerichts, wonach im öffentlichen Submissionsverfahren die Offerte zum Vertragsabschluss (wenn überhaupt) immer erst nach erfolgtem Zuschlag erklärt wird, sei es, dass sie vom Auftraggeber ausgeht oder vom Zuschlagsempfänger. Richtig ist freilich, dass es dem Auftraggeber vergaberechtlich untersagt ist, einen Vertrag über das gleiche Vorhaben mit einem andern Partner als dem Zuschlagsempfänger abzuschliessen, solange der Zuschlag noch Bestand hat.¹⁷ Das aber ist kein Grund, den verbindlichen Offertcharakter des vom Zuschlagsempfänger ursprünglich eingereichten Angebotes zu verneinen. Dasselbe gilt für den Umstand, dass sich die Parteien nach erfolgtem Zuschlag «noch über blosse Nebenspunkte frei verständigen» können, ohne dass der Auftraggeber das anwendbare Submissionsrecht verletzt. Dieser Umstand spricht weder gegen den verbindlichen Offertcharakter der Submissionsangebote, da ja auch bei verbindlichen Offerten nichts im Wege steht, dass der jeweilige Offerent sie im Einvernehmen mit dem Antragsempfänger ergänzt oder sonstwie modifiziert. Noch gestattet er den Schluss, dass die Vertragsverhandlungen erst nach dem Zuschlag beginnen, wie das Bundesgericht es in der besprochenen Entscheidungsstelle annimmt. Vielmehr verhält es sich so, dass das gesamte Submissionsverhältnis ein Verhandlungsverhältnis ist, das teils vom privaten, teils vom öffentlichen Recht beherrscht wird, wenn es in einer öffentlichen Submission um den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages geht.¹⁸ Dabei bleibt es, selbst wenn sich aus der in Deutschland (in anderem Kontext) erfundenen «Zweistufentheorie», der in Frankreich konstruierten «théorie de l'acte détachable» oder einer sonstigen Theorie etwas anderes ableiten liesse. Denn worauf es für die Erfassung einer Rechtslage ankommt, sind nicht irgendwelche Ableitungen aus

irgendwelchen Theorien, sondern genaue Analysen der wirklichen Rechtsverhältnisse. Das zu betonen, scheint mir deshalb wichtig zu sein, weil nicht zuletzt auch im Gebiete des Vergaberechts eine gewisse Tendenz besteht, die tatsächlichen und rechtlichen Phänomene an Theorien anzupassen statt umgekehrt; und dies, obwohl in der Schweiz «seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat».¹⁹

4. Die *apodiktische Behauptung des Bundesgerichts*, wonach die Submissionsangebote der Bewerber «technisch noch keine Offerten zum Vertragsschluss» sind, sondern es sich so verhält, dass eine Vertragsofferte, wenn überhaupt, erst nach erfolgtem Zuschlag erklärt wird, hinterlässt den Eindruck einer wenig durchdachten Feststellung. Jedenfalls lässt der veröffentlichte Entscheid in keiner Weise erkennen, dass der gerichtlichen Behauptung eine vertiefte Auseinandersetzung mit den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten zugrunde liegt.²⁰ Als bundesgerichtliche Aussage

⁸ Diese klare Rechtslage wäre gewiss zur Sprache gekommen, hätte sich die I. zivilrechtliche Abteilung am Entscheid beteiligt, was nach MARTIN BEYELER (recht 2009, S. 39 f.) den Vorgaben des Art. 23 BGG entsprochen hätte.

⁹ Vgl. das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 11. März 2008 (ZF 07 104), lit. A. Wörtlich heisst es dort: «Am 30. Januar 2006 reichte [die Unternehmung] ihre Offerte ein. In Ziffer 1.8 der Offerte erklärte die ... Unternehmung ihr Angebot bis zum 31. Mai 2006 als verbindlich.»

¹⁰ Auf einer anderen (weiteren) Ebene liegt die Frage, ob der mit dem konkreten Bewerber zustande gekommene Vertrag gültig oder ungültig (allenfalls einseitig unverbindlich) ist.

¹¹ Sei es in der Ausschreibungspublikation oder in den Ausschreibungsunterlagen.

¹² Der Ausdruck «Auftraggeber» wird hier im vergaberechtlichen Sinne gebraucht. Für das Submissionsverfahren präziser, aber weniger verbreitet ist der Terminus «Submissionar». Bisweilen wird stattdessen auch vom «Submittenten» gesprochen (so z.B. in BGE 134 II 297, E. 4.1), was terminologisch ungenau ist, da es sich bei den «Submittenten» nach dem verkehrstypischen Sinn des Wortes um die Anbieter (die Bewerber) handelt (so z.B. BG R 2P.151/1999 vom 30.5.2000, E. 2b; 2P.184/2005 vom 8.12.2005, E. 3.2.2).

¹³ Um sich Gewissheit über das soeben Gesagte zu verschaffen, genügt es, die Realität der gängigen Ausschreibungspraxis zur Kenntnis zu nehmen. Denn die in der Praxis gebräuchlichen Ausschreibungsdokumente enthalten praktisch ausnahmslos auch Bestimmungen, die sich mit der Bindungsfrist befassen. So heisst es etwa: «Das Angebot bleibt für die Frist von 6 Monaten ab Eingabedatum verbindlich» (Ziff. 2.10 der Allgemeinen Bedingungen des Tiefbauamtes Basel-Landschaft für Bauleistungen, Betriebs- und Sicherheitsanlagen und für Lieferaufträge), oder: «Gültigkeit des Angebotes: 18 Monate ab Schlussstermin für den Eingang der Angebote» (Ziff. 3.12 der Ausschreibung neuer IC-Doppelstockzüge in: SHAB 20.4.2009, S. 37). Art. 18 Abs. 1 lit. a i.V.m. Ziff. 5 Anhang 5 VoeB schreibt den Bundes-Auftraggebern sogar vor, eine Bindungsfrist in allen Ausschreibungsunterlagen festzulegen. Und Analoges gilt auch in den meisten Kantonen (vgl. nur § 15 lit. c SubmV-ZH: «Die Ausschreibungsunterlagen enthalten die Angaben gemäss § 13 und zudem mindestens: ... b. Dauer der Verbindlichkeit des Angebots»).

¹⁴ Zu diesen Fällen vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 2, Nr. 369 und Nr. 422.

¹⁵ Vgl. dazu PETER GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, Baurecht (BR) 1996, S. 104.

¹⁶ Zu diesem Fall vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 2, Nr. 423.

¹⁷ BGE 134 II 192 E. 1.4; bestätigt in BGE 134 II 297 E. 4.4.; ausführlich: PETER GAUCH, Zuschlag und Verfügung, in Festgabe für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 601 ff.

¹⁸ Dazu bereits PETER GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze, zit. in Anm. 15, S. 103 ff.

¹⁹ BGE 127 III 80 unter Verweis auf BGE 67 II 74.

²⁰ Ob gerichtsintern eine solche Auseinandersetzung stattgefunden hat, ist mir unbekannt, da ich wie der allergrösste Teil der Bevölkerung nicht zu den Insidern der bundesgerichtlichen Rechtspflege gehöre, sondern auf das abstellen muss, was das Bundesgericht publiziert.

geniesst sie zwar die Autorität unseres höchsten Gerichts, was aber nichts an ihrer materiellen Unrichtigkeit ändert.²¹ «In den interessierten Kreisen» hat sie, wie BEYELER schreibt, «rundherum Ratlosigkeit ausgelöst».²² Das ist verständlich, auch mit Rücksicht auf die praktischen Konsequenzen, die sich aus der Betrachtungsweise des Bundesgerichts ergeben. Denn:

Würde man dem Bundesgericht folgen, so könnten sich die Bewerber, da sie ja an ihre Submissionsangebote zum vornherein nicht gebunden wären, jederzeit und unbekümmert um die bereits entstandenen Kosten aus dem Verfahren zurückziehen; und dem Zuschlagempfänger wäre es freigestellt, den mit der Submission eingabe angebotenen Vertrag mit dem Auftraggeber abzuschliessen oder nicht.²³ Natürlich bestünde die Möglichkeit, von den Bewerbern Bietungsgarantien einzuverlangen, um den Auftraggeber gegen die entsprechenden Risiken finanziell abzusichern. Mit einer solchen Absicherung wäre es jedoch nicht getan, um eine in der Sache erfolgreiche Abwicklung des Vergabeverfahrens sicherzustellen. Ausserdem belasten Bietungsgarantien die jeweiligen Bieter mit erheblichen Kosten, die zu Ungunsten des Auftraggebers auf die Vertragspreise durchschlagen. Und schliesslich beeinträchtigen sie die Wettbewerbsfähigkeit der kleineren Unternehmen, für die es oft ein Ding der Unmöglichkeit ist, verlangte Bank- oder Versicherungsgarantien beizubringen.

5. Um Missverständnisse zu vermeiden, möchte ich abschliessend hervorheben, dass sich meine vorstehende Kritik einzig auf die eingangs zitierte Passage im fraglichen Bundesgerichtsentscheid bezieht. Insbesondere will ich mich nicht dazu äussern, ob das Zustandekommen des streitigen Vertrages im Ergebnis zu Recht verneint wurde oder nicht. Das pauschale Argument allerdings, dass Submissionsangebote «technisch noch keine Offerten zum Vertragsschluss» darstellen, bleibt auch dann unrichtig, wenn es andere Gründe gegeben hätte, um das Zustandekommen des streitigen Vertrages zu verneinen oder der Zuschlagempfängerin das Recht abzusprechen, sich auf den zustande gekommenen Vertrag zu berufen.

Im Übrigen bin ich bei meiner Kritik davon ausgegangen, dass der streitige Beschaffungsvertrag, um dessen Zustandekommen es

ging, ein Vertrag des Privatrechts war. Wäre es ein Vertrag des öffentlichen Rechts gewesen, was das Bundesgericht verneint hat, so hätte sich an meiner Kritik allerdings nichts geändert, obwohl auf einen solchen Vertrag die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Vertragsabschluss (namentlich auch Art. 3 OR) höchstens sinngemäss zur Anwendung kommen.

Und ganz am Schluss bleibt beizufügen, dass die kritisierte Passage in BGE 134 II 297 mein grundsätzliches Vertrauen in die Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht «erschüttert» hat. Auch den allerbesten Gerichten können Argumentationsfehler unterlaufen. Wichtig und für ihr längerfristiges Ansehen entscheidend ist jedoch, dass sie solche Fehler korrigieren, ansonst das Vertrauen in die Rechtsprechung an ihrer Fortsetzung stirbt. Ich selber vertraue auf die Fähigkeit des Bundesgerichts, die in concreto erforderliche Korrektur vorzunehmen, damit zwischen der tatsächlichen Rechtslage und der höchstgerichtlichen Rechtsprechung kein fortdauernder Widerspruch entsteht.

²¹ Der Umstand, dass das Bundesgericht das höchste Gericht der Schweiz ist, verleiht seinen Argumenten zwar einen qualifizierten Anschein der «Richtigkeit», was aber nicht besagen will, dass es in der Sache unfehlbar wäre. «We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final», schrieb JUSTICE JACKSON in einem Urteil des amerikanischen Supreme Court; und: «Reversal by a higher court is not proof that justice is thereby better done» (Brown v. Allen, 344 U.S. 443 [1953], S. 540). Für das Kantonsgericht Graubünden mag das Letztere ein Trost sein.

²² MARTIN BEYELER, recht 2009, S. 34; Zitat verkürzt und Auszeichnung hinzugefügt.

²³ Bei einem Submissionsangebot mit verbindlichem Offertcharakter besteht diese Freiheit grundsätzlich nicht, sondern nur ausnahmsweise: nämlich dann, wenn die Bindungsfrist im Zeitpunkt des vom Auftraggeber angestrebten Vertragsabschlusses bereits abgelaufen ist (vgl. dazu PETER GAUCH, Zuschlag und Verfügung, zit. in Anm. 17, S. 601). Zur nachträglichen Verlängerung der ursprünglichen Bindungsfrist, die eine entsprechende Erklärung des Anbieters voraussetzt, vgl. PETER GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabeprinzipien, zit. in Anm. 15, S. 104.

recht
www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

Unter www.recht.recht.ch finden Sie alle Ausgaben der Zeitschrift recht ab Ausgabe 1/1990!

Jetzt online
7 Tage/20 Dokumente
gratis testen!