

## Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages

Ein Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche  
Beschaffungswesen

(Entscheid vom 7.11.1997; BRK/CRM 010/97)

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

Publiziert in: *Baurecht* (BR/DC) 4/1998, S. 119 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

### I. Die Frage und der Zusammenhang

1. [119] Seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) sind bestimmte Verfügungen der Vergabebehörden auch im Vergabebereich des Bundes durch Beschwerde anfechtbar. Sie können bei der **Rekurskommission für das eidgenössische Beschaffungswesen** angefochten werden (Art. 26 ff. BoeB). Das gilt zwar nur mit Bezug auf Beschaffungen, die dem BoeB unterstehen, nicht auch für die übrigen Beschaffungen des Bundes (vgl. Art. 39 VoeB). Trotz dieser Einschränkung ist die Rechtsprechung der eidgenössischen Rekurskommission aber von so erheblicher Bedeutung, dass die Zeitschrift «Baurecht» regelmässig darüber berichtet.

Normalerweise erfolgt die Berichterstattung unter der Rubrik «Rechtsprechung» und in verkürzter Form (vgl. auch die S. 125 ff. der vorliegenden Nummer). Nach einer längeren Besprechung ruft nun aber der französischsprachige Beschwerdeentscheid vom 7. 11. 1997 (BRK/CRM 010/97). Darin befasst sich die Rekurskommission unter anderem mit der **Frage nach der Wirksamkeit eines privatrechtlichen Beschaffungsvertrages**, den die Auftraggeberin abschliesst, bevor sie ihn nach den Regeln des BoeB abschliessen darf.

2. Um diesen Entscheid in seinem **Zusammenhang** zu verstehen, bedarf es zunächst eines doppelten Hinweises. Der erste Hinweis betrifft Art. 22 Abs. 1 BoeB, der zweite bezieht sich auf Art. 32 Abs. 2 BoeB:

a. *Art. 22 Abs. 1 BoeB* regelt den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, indem er bestimmt: «Der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin darf nach dem Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission) habe einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nach Art. 28 Abs. 2 erteilt».<sup>1</sup> Diese Aussage ist bei üblichem Sprachverständnis klar: Art. 22 Abs. 1 BoeB erlaubt es der Auftraggeberin, den Beschaffungsvertrag «nach dem Zuschlag» abzuschliessen, solange einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Eine zusätzliche Wartefrist lässt sich der Bestimmung des Art. 22 Abs. 1 BoeB nicht entnehmen.

Anders verhält es sich nach der Meinung der Rekurskommission. Nach ihrem Auslegungsentscheid vom 17. 2. 1997 (BR 1997, S. 121, Nr. 301) darf der Vertrag, abgesehen von

<sup>1</sup> Nach Art. 28 BoeB hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung (Abs. 1), es sei denn, diese Wirkung werde ihr von der Rekurskommission auf Gesuch hin erteilt (Abs. 2).

Fällen ausserordentlicher Dringlichkeit, «erst abgeschlossen werden ..., wenn die [Beschwerde-]Frist von 20 Tagen ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist, in einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung verlangt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde». Zur Begründung ihres Standpunktes beruft sich die Rekurskommission vor allem auf das GATT/WTO-Übereinkommen, dessen Art. XX Ziff. 2 und 7 lit. a sie so interpretiert, dass sich ihre Auslegung des Art. 22 Abs. 1 BoeB unter dem Gesichtspunkt einer staatsvertragskonformen Interpretation rechtfertigen lässt.

Wie diese (extensive) Auslegung des Art. 22 Abs. 1 BoeB zu bewerten ist, habe ich bereits früher (in BR 1997, S. 121, Anmerkung zu Nr. 301) dargestellt. An der dort geäusser-ten Kritik halte ich fest, obwohl die Rekurskommission ihren Auslegungsentscheid vom 17. 2. 1997 inzwischen schon mehrfach bestätigt hat (vgl. z.B. BR 1998, S. 51, Nr. 173). Beizufügen bleibt, dass die erwähnte Auslegung sich nur auf BoeB-Beschaffungen bezieht, da bei den übrigen Beschaffungen des Bundes der Zuschlag keine anfechtbare Verfügung ist (Art. 39 VoeB).

b. *Art. 32 Abs. 2 BoeB* betrifft den «Beschwerdeentscheid» (Überschrift zu Art. 32 BoeB), den die Rekurskommission in ihrer Funktion als Beschwerdeinstanz zu fällen hat. Nach dem ersten Absatz des Art. 32 BoeB, der die allgemeine Regel enthält, entscheidet «die Rekurskommission in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück». Der zweite Absatz des Art. 32 BoeB, um den es hier geht, enthält eine Einschränkung, und zwar für den Sonderfall, da die Beschwerde sich als begründet erweist, der Vertrag mit der Anbieterin<sup>2</sup> aber bereits abgeschlossen ist. In diesem Fall [120] «stellt die Rekurskommission» nach *Art. 32 Abs. 2 BoeB* «lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt».

Art. 32 Abs. 2 BoeB limitiert somit die Entscheidungsbefugnis der Rekurskommission. Mit dem Vertragsabschluss entfällt die Befugnis der Kommission, die angefochtene Verfügung aufzuheben, auch wenn sich die Beschwerde als begründet erweist. Das aber bedeutet nicht, dass der verletzte Beschwerdeführer schutzlos bleibt. Vielmehr hat er immer noch den vergaberechtlichen Haftungsschutz nach Art. 34 f. BoeB, wonach ihm bei erfüllten Voraussetzungen ein Schadenersatzanspruch gegen die Auftraggeberin zusteht. Nach Art. 34 Abs. 2 BoeB, der sich diesbezüglich an die Minimalvorgabe des GATT/WTO-Übereinkommens<sup>3</sup>, hält, sind der verletzten Anbieterin zwar nur die «Aufwendungen» zu ersetzen, die ihr «im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind». Diese GPA<sup>4</sup>-konforme Beschränkung ist aber vom Gesetzgeber klar gewollt<sup>5</sup> und als geltende Gesetzesbestimmung hinzunehmen, obwohl sie zu Recht kritisiert wird<sup>6, 7</sup>.

Schliessen wir an das Gesagte an, so hat Art. 32 Abs. 2 BoeB zur Folge, dass ein verletzter Beschwerdeführer im Rahmen des BoeB auf den beschränkten Haftungsschutz der Art. 34 f. BoeB verwiesen bleibt, sobald der Vertrag mit einem anderen Anbieter abgeschlossen wurde. Schon mit Rücksicht darauf stellt sich die Frage, was Art. 32 Abs. 2 BoeB unter einem «abgeschlossenen» Vertrag versteht. Genügt ein Vertragsabschluss im Sinne des Art. 1 OR, oder muss der Vertrag, damit er nach Art. 32 Abs. 2 BoeB «abgeschlossen» ist, auch gültig zustande gekommen sein?

<sup>2</sup> Wenn ich von «Anbieterin» spreche, meine ich hier und im Folgenden immer auch den Anbieter.

<sup>3</sup> Vgl. Art. XX Ziff. 7 lit. c GPA.

<sup>4</sup> GPA = GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen.

<sup>5</sup> «Wir müssen», sagte der deutschsprachige Berichterstatter im Nationalrat, «dafür sorgen, dass wir den Bund vor Schaden bewahren» (FISCHER, Nationalrat 13.12.1994, Amtl. Bull. der Bundesversammlung, Nationalrat, 104, 1994 II, S. 2305).

<sup>6</sup> Sehr kritisch auch GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, *recht* 1997, S. 175 f.

<sup>7</sup> Eine andere Frage ist, ob Art. 34 BoeB eine konkurrierende Haltung aus «culpa in contrahendo» zulässt, wofür nach meiner Ansicht gute Gründe sprechen (vgl. GAUCH, *recht* 1997, S. 176).

In ihrem Entscheid vom 15. 7. 1997 hat die Rekurskommission sich im zweiten Sinne entschieden und ausgeführt: «Encore faut-il toutefois que le contrat ait été valablement conclu. Si la Commission de recours devait constater, à titre préjudiciel, la nullité du contrat conclu, elle pourrait ensuite, en cri de bien-fondé du recours, annuler la décision attaquée conformément à l'article 32 al. I LMP» (vgl. BR 1997, S. 121, Nr. 302). Diese Entscheidstelle reduziert den Anwendungsbereich des Art. 32 Abs. 2 BoeB auf die Fälle eines *gültigen* Vertragsabschlusses, was dem Schutzbedürfnis der verletzten Anbieter entgegenkommt, aber dennoch diskutabel bleibt (vgl. die Anmerkung zu Nr. 302 in BR 1997, S. 121 f.).

## II. Der Entscheid vom 7. 11. 1997 und seine Würdigung

**3.** Im französischsprachigen **Entscheid vom 7. 11. 1997** wird die zitierte Rechtsprechung fortgesetzt und ergänzt. Auch in diesem Entscheid, der vorliegend zur Diskussion steht, hält die Rekurskommission an ihrer Auffassung zu Art. 22 Abs. 1 und 32 Abs. 2 BoeB fest. Vor allem aber behandelt sie die hier interessierende Frage, ob ein (privatrechtlicher) Vertrag, den die Auftraggeberin im Rahmen einer BoeB-Beschaffung abschliesst, bevor sie ihn vergaberechtlich abschliessen darf, gültig zustande kommt, oder ob er nichtig ist. Diese Frage ist vergaberechtlich vor allem dann relevant, wenn man die Auffassung der Rekurskommission zu Art. 22 Abs. 1 BoeB teilt und ausserdem annimmt, ein «abgeschlossener» Vertrag im Sinne des Art. 32 Abs. 2 BoeB sei (wie die Kommission meint) nur ein gültig zustande gekommener Vertrag.

Im Folgenden unterstelle ich, die Rekurskommission habe in beiden Punkten recht. Ausgehend von dieser Hypothese rapportiere ich zunächst **die wichtigsten Erwägungen**, die der Entscheid zur aufgeworfenen Frage enthält. Sie lauten: a. «La conclusion même du contrat («die Tatsache der Vereinbarung») peut être affectée de nullité (sur la nullité résultant de la conclusion même du contrat, voir notamment PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 6e éd., N° 640-642; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e éd., Berne 1997, pp. 275 et 272). b. «En l'espece, l'ordre donne le 8 avril 1997 par X à Y de commencer l'exécution du marché constitue une promesse de contracter avant même l'adjudication du marché du 14 avril 1997. Un tel engagement viole le texte clair de l'art. 22 al. 1 LMP qui ne permet la conclusion du contrat qu'après l'adjudication. En outre, la conclusion du contrat les 29 avril/1er mai 1997, avant l'échéance du délai de recours, sans être justifiée par une urgence particulière, viole l'exigence de protection juridictionnelle effective de l'art. XX para. 2 AMP ainsi que le principe de l'interdiction de l'abus de droit comme élément du principe général de la bonne foi. La conclusion même du contrat est ainsi illicite.» c. «Un contrat qui viole une disposition de droit public n'est nul, en l'absence d'une disposition expresse de la loi, que si cette nullité résulte du sens et du but de la norme violée, c'est-à-dire si elle est appropriée à l'importance de l'effet combattu (ATF 117 II 286 cons. 4a; 117 II 47 cons. 2a; 102 II 401; E. A. KRAMER, Berner Kommentar zu Art. 19-20 OR, N° 135, 321-324; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Op. cit., N° 684). En matière de marchés publics, la prohibition de conclure le contrat avant l'échéance du délai de recours, sauf urgence particulière, a pour but de garantir au soumissionnaire lésé une protection juridictionnelle effective (arrêt de la Commission de recours du 17 février 1997, publiée in JAAC 1997/61 p. 261, cons. 2e). Celle-ci est d'abord sauvegardée par la suspension provisoire de l'exécution du contrat conclu avant l'échéance du délai de recours (décision incidente de la Commission de recours du 15 juillet 1997 dans la présente affaire, cons. 2e).» d. «En l'espece, la violation de la garantie d'une protection juridictionnelle effective et du principe de la bonne foi ont justifié d'appliquer au marché en cause dans le présent recours les mêmes règles que si le contrat n'était pas encore conclu et de considérer que celui-ci restait provisoirement sans effet. Une telle sus-

pension provisoire durant toute la procédure de recours permet de garantir une protection juridictionnelle effective.» e. « Selon la doctrine et la jurisprudence, un contrat est nul lorsque la décision sur laquelle il est basé souffre de nullité absolue et que la sanction de nullité respecte le principe de proportionnalité (ATF 104 Ia 172; ATF 108 II 456; [121] PIERRE MOOR, p. 205 s.<sup>8</sup>; BLAISE KNAPP, N° 1208, 1216-1220<sup>9</sup>; PETER SALADIN, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in Festschrift für ULRICH HÄFELIN zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 544-546; EVELYNE CLERC, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, PJA 7/1997, p. 811).» f. «Lorsque la décision d'adjudication elle-même s'avère bien fondée, l'invalidation du contrat conclu en violation des règles de la bonne foi, avant l'échéance du délai de recours, apparaît disproportionnée par rapport à l'effet combattu (la garantie d'une protection juridictionnelle effective). Si l'invalidité du contrat conclu avant l'échéance du délai de recours était constatée, la décision d'adjudication, valablement prise, subsisterait. Dès lors, le pouvoir adjudicateur pourrait, et aurait même l'obligation, d'exécuter la décision d'adjudication en concluant un nouveau contrat avec le même adjudicataire et aux mêmes termes. En conséquence, le sens et le but de l'obligation d'assurer une protection juridictionnelle effective prévue par l'art. XX para. 2 AMP ne justifient pas la nullité du contrat conclu prématurément, en l'absence d'une violation impliquant l'annulation de la décision d'adjudication. Une éventuelle constatation de la nullité du contrat ne pourrait intervenir qu'à titre préjudiciel, préalablement à l'annulation de la décision d'adjudication.» g. «En l'espèce, les motifs de recours invoqués par la recourante se sont avérés mal fondés. La décision d'adjudication a été valablement prise et doit être maintenue. En conséquence, la conclusion du contrat, bien qu'entachée d'un vice provisoire du fait de sa conclusion prématurée, doit rester valide.» h. «On ne parviendrait pas à un autre résultat si l'on appliquait les règles concernant la représentation (cf. PETER GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz ..., in *recht* 1997, p. 173 s.; idem, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes ..., in *Revue de droit suisse* 1995, p. 313 ss. et en particulier p. 331). Selon cette conception, des règles sur la passation des marchés publics relatives aux attributions des pouvoirs adjudicateurs et à l'exercice de celles-ci pourraient être considérées comme des règles concernant les pouvoirs du représentant (art. 33 du Code des obligations; RS 220). Or, dès lors que la décision d'adjudication a été prise dans le respect des règles d'organisation et de procédure, il ne peut être question d'une violation des règles sur la représentation. En conséquence, de ce point de vue également, la conclusion du contrat devrait être considérée comme valide.»

4. Ob ein (privatrechtlicher) Vertrag an einem Nichtigkeitsmangel leidet oder nicht, beurteilt sich nach dem materiellen Vertragsrecht. Danach aber vermögen die zitierten Erwägungen der Rekurskommission einer **kritischen Nachprüfung** nicht standzuhalten. Beginnen wir mit Art. 20 OR:

a. Nach *Art. 20 Abs. 1 OR* ist ein Vertrag (unter anderem) nichtig, wenn er «einen widerrechtlichen Inhalt» hat. Zutreffend ist zwar, dass dieser Nichtigkeitsgrund (Vertrag mit «widerrechtlichem Inhalt») auch dann erfüllt ist, wenn nicht der vereinbarte Inhalt als solcher, sondern *der Abschluss des Vertrages mit dem vereinbarten Inhalt* gegen objektives Recht verstösst (BGE 119 II 224). Und zutreffend ist auch, dass der Verstoss gegen eine objektive Norm des öffentlichen Rechts nur dann zur Vertragsnichtigkeit nach Art. 20 OR führt, wenn

<sup>8</sup> Gemeint, aber nicht vollständig zitiert: PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 1991, p. 205 s.

<sup>9</sup> Gemeint, aber nicht vollständig zitiert: BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> édition, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, N° 1208, 1216-1220.

diese Nichtigkeitsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 119 II 224). Hingegen bleibt zu beachten:

Auch im zweiten Fall, da der Abschluss des Vertrages mit dem vereinbarten Inhalt widerrechtlich ist, kommt es auf den *Inhalt* des Vertrages an, indem die verletzte Norm es hier verbietet, einen Vertrag *mit diesem Inhalt* abzuschliessen (BGE 62 II 111; 119 II 224; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Nr. 640 ff.; GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., S. 40; KRAMER, Berner Kommentar, N 136, zu Art. 19-20 OR; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, S. 252, und viele weitere). Der Abschluss des Vertrages ist also *wegen seines Inhaltes* verboten (vgl. auch BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., S. 251), was gerade nicht zutrifft, wenn es um den verfrühten Vertragsabschluss geht. Denn:

Die Auftraggeberin, die den Vertrag abschliesst, bevor sie ihn nach dem anwendbaren Vergaberecht abschliessen darf, verstösst zwar gegen eine objektive Norm des öffentlichen Rechts, die aber den Abschluss des Vertrages nicht seines *Inhaltes* willen untersagt. Ein Inhaltsmangel, der den Vertrag nach Art. 20 OR nichtig machen könnte, liegt somit nicht vor, was die Rekurskommission übersieht. Ihre Berufung auf GAUCH/SCHLUEP, Nr. 640-642<sup>10</sup>, stösst ins Leere, da es dort ausschliesslich um Verträge geht, deren Abschluss wegen ihres Inhaltes verboten ist. Aber auch aus ENGEL (S. 275 und 272), den die Rekurskommission ebenfalls anruft<sup>11</sup>, lässt sich nichts Gegenteiliges herauslesen, wenn die auf S. 272 seines Buches angeführten Beispiele mit berücksichtigt werden.<sup>12</sup>

b. Nun steht es dem schweizerischen Gesetzgeber allerdings frei, spezialgesetzlich *über Art. 20 OR hinausgehen* und die Nichtigkeitsfolge auch aus anderen (nicht in Art. 20 OR genannten) Gründen anzuordnen. Eine solche Anordnung ist indes selten. Schon mit Rücksicht auf das Grundprinzip der Vertragsautonomie darf sie nur mit Zurückhaltung angenommen werden, was voraussetzt, dass sie sich zweifelsfrei aus dem anwendbaren Spezialgesetz ergibt. Das letztere ist im vorliegenden Zusammenhang nicht der Fall. Weder enthält das BoeB eine explizite Bestimmung, welche die Nichtigkeitsfolge anordnet, noch enthalten die Materialien irgendeine Stelle, die auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers hinweist.

Zum Gesagten kommt, dass durch den verfrühten Abschluss des Vertrages nur die öffentliche Auftraggeberin das BoeB verletzt, nicht auch ihr Vertragspartner, der durch die Nichtigkeitsfolge ebenfalls getroffen würde. Nach einem Teil der Lehre (z.B. BUCHER, a.a.O., S. 251) und der Judikatur (z.B. BGE 34 II 686; 111 II 54) spricht auch dieser Umstand gegen die [122] Nichtigkeit des Vertrages.<sup>13</sup> Nach BGE 111 II 54 ist der abgeschlossene Vertrag sogar dann gültig, wenn eine Partei sich mit dem Abschluss oder der Erfüllung des Vertrages einer Bestrafung nach Verwaltungsstrafrecht aussetzt.

c. Vor diesem Hintergrund bräuchte es gute Argumente, um wenigstens aus *dem Zweck der verletzten BoeB-Regel* eine Vertragsnichtigkeit herzuleiten. Derartige Argumente sind nicht auszumachen, selbst wenn man Art. 22 Abs. 1 BoeB im Sinne der Rekurskommission auslegt

<sup>10</sup> «La conclusion même du contrat («die Tatsache der Vereinbarung») peut être affectée de nullité (sur la nullité résultant de la conclusion même du contrat voir notamment PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 6<sup>e</sup> éd., N° 640-642; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2<sup>e</sup> éd., pp. 275 et 272).»

<sup>11</sup> Vgl. Anm. 10.

<sup>12</sup> Nur pro memoria sei beigefügt, dass jedenfalls nicht «die Tatsache der Vereinbarung» nichtig ist, wie die Rekurskommission formuliert (vgl. Anm. 10), sondern (wenn überhaupt) der verbotswidrig vereinbarte Vertrag.

<sup>13</sup> Vgl. auch die Nachweise bei KRAMER, N 140 zu Art. 19-20 OR, der selber aber eine differenzierte Meinung vertritt.

und gleichzeitig anerkennt, dass die so ausgelegte Bestimmung (unter anderem) bezweckt, dem nicht berücksichtigten Submittenten einen effizienten Rechtsschutz zu gewährleisten («de garantir au soumissionnaire lésé une protection juridictionnelle effective»). Bei dieser Einschätzung lasse ich mich von den folgenden Überlegungen leiten:

- Zwar trifft es zu, dass Art. 32 Abs. 2 BoeB die Aufhebung einer angefochtenen Verfügung ausschliesst, sobald der Vertrag mit einer Anbieterin abgeschlossen wurde, weshalb der verfrühte Vertragsabschluss («la conclusion prématurée») zur Folge hat, dass sich der vergaberechtliche Schutz der Mitkonkurrenten auf den Haftungsschutz der Art. 34 f. BoeB beschränkt. Richtig ist auch, dass sich dieser Schutz an den Minimalvorgaben des GATT/WTO-Übereinkommens orientiert, weshalb er hinter dem Wünschbaren zurückbleibt. Das aber ruft nach einer *Änderung des BoeB*, rechtfertigt jedoch nicht den Schluss, der verfrüht abgeschlossene Vertrag leide nach der Zweckvorstellung des Gesetzes, das den vorgesehenen Haftungsschutz für ausreichend hält, an einem Mangel, der ihn nichtig macht. Auch wer den restriktiven Haftungsschutz des BoeB kritisiert, hat der Versuchung zu widerstehen, seine persönlichen Wunschvorstellungen in das Gesetz hineinzulesen, um sie dort als gesetzliche Regel wieder abzuholen. Das halte ich für selbstverständlich, obwohl die restriktive Schadensordnung des BoeB nach meiner eigenen Bewertung eine «unfaire» Regelung ist, die «den Geist obrigkeitlichen Denkens» atmet.<sup>14</sup>
- Die Beschränkung der Mitkonkurrenten auf den gesetzlichen Haftungsschutz reicht dem Gesagten zufolge nicht aus, um das privatrechtliche Grundprinzip der Privatautonomie zu durchbrechen und den verfrüht abgeschlossenen Vertrag mit Nichtigkeit zu belegen. Bei dieser Einschätzung bleibt es, obwohl die konstruierte Vertragsnichtigkeit ein praktisches Instrument wäre, um die erwähnte Beschränkung zu beseitigen, falls man mit der Rekurskommission annimmt, Art. 32 Abs. 2 BoeB setze einen gültig abgeschlossenen Vertrag voraus. Dass die Vertragsnichtigkeit sich auf solche Weise instrumentalisieren liesse, heisst noch lange nicht, dass der Gesetzgeber sie gewollt hat.
- Bestätigt wird das gewonnene Ergebnis durch die Überlegung, dass der Haftungsschutz des BoeB eine gesetzliche Alternative zum Anfechtungsschutz ist, deren Wirksamkeit sich bei aller Kritik an ihrer konkreten Ausgestaltung nicht schlechterdings verneinen lässt. Dementsprechend verliert auch der Vorwurf, die Auftraggeberin verstosse durch den verfrühten Abschluss des Vertrages gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, erheblich an Überzeugungskraft.<sup>15</sup> Ausserdem trifft dieser Vorwurf wiederum nur die öffentliche Auftraggeberin, nicht aber ihren Vertragspartner, weshalb er kein Grund sein kann, der die Sanktion der Vertragsnichtigkeit rechtfertigt. Warum das treuwidrige Abschlussverhalten einer Partei den Vertrag auch zu Lasten der andern «vernichten» soll, ist in der Tat nicht einzusehen. Die allgemeine Frage, ob sich aus dem Verstoss gegen Treu und Glauben überhaupt eine Rechtswidrigkeit mit Nichtigkeitsfolge herleiten lässt, kann dabei offenbleiben.

d. Im hier besprochenen Entscheid geht die Rekurskommission davon aus, dass der verfrühte Abschluss des Vertrages ein Mangel ist, der die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages rechtfertigt. Zwar schwächt sie diese Beurteilung ab, indem sie die Nichtigkeitsfolge als unangemessen verwirft, wenn die vom Vertragsabschluss verschiedene Zuschlagsverfügung

<sup>14</sup> Vgl. meine massive Kritik in den «Arbeitsthesen zum neuen Beschaffungsrecht des Bundes», Freiburger Vergabekolloquium 1998, These 21.6.

<sup>15</sup> Das gilt noch mehr, wenn man annimmt, dass Art. 34 BoeB eine konkurrierende Haftung aus «culpa in contrahendo» zulässt (vgl. Anm. 7).

fehlerfrei («bien-fondée») und damit unanfechtbar ist. Die *beigefügte Abschwächung*, die im konkret entschiedenen Fall auch praktisch zum Tragen kommt<sup>16</sup>, vermag die rechtlichen Bedenken, die sich gegen die grundsätzliche Annahme der Nichtigkeit erheben, jedoch nicht zu beseitigen. Ausserdem wirft sie neue Fragen auf:

- Insbesondere fragt sich, was nach der Konzeption der Rekurskommission zu gelten hat, *wenn der Zuschlag zwar widerrechtlich ist, seine Aufhebung aber unterbleibt*, weil z.B. niemand eine Beschwerde erhebt. Dauert dann die Nichtigkeit des Vertrages fort, oder wird sie geheilt? Die erste Lösung begründet eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die zweite dagegen widerspricht dem Grundsatz, wonach die Vertragsnichtigkeit unheilbar ist.<sup>17</sup> Somit vermag keine der Lösungen zu überzeugen, woraus sich Zweifel ergeben, ob die Rekurskommission ihre Konzeption bis zu Ende gedacht hat.

Einzelne Formulierungen des Entscheides erwecken freilich den Eindruck, die Kommission mache die ursprüngliche Nichtigkeit des verfrüht abgeschlossenen Vertrages davon abhängig, ob der Zuschlag in einem späteren Beschwerdeverfahren tatsächlich aufgehoben wird oder nicht. Nach dieser Konstruktion wäre der Nichtigkeitsmangel des verfrüht abgeschlossenen Vertrages ein zunächst nur «provisorischer Mangel»<sup>18</sup>, der die Vertragsnichtigkeit auslöst, wenn der Zuschlag aufgehoben wird, in den übrigen Fällen<sup>19</sup> jedoch keinen [123] Einfluss auf die Gültigkeit des Vertrages hat. Dass eine solche Konstruktion schon unter dem Gesichtspunkt des Art. 32 BoeB unbrauchbar wäre, liegt auf der Hand. Tritt nämlich die Vertragsnichtigkeit erst mit der Aufhebung des Zuschlages ein, so ist der abgeschlossene Vertrag vor diesem Zeitpunkt gültig, weshalb die Rekurskommission auch nach Massgabe des in ihrem Sinne ausgelegten Art. 32 Abs. 2 BoeB keine Befugnis hat, den Zuschlag aufzuheben. Zu einer Aufhebung des Zuschlages, welche die Vertragsnichtigkeit des verfrüht abgeschlossenen Vertrages auslöst, kann es also auch bei weiter Auslegung des Art. 32 Abs. 2 BoeB gar nicht kommen, es sei denn, die Rekurskommission gebe dem Begriff des «abgeschlossenen» Vertrages einen noch weiteren Sinn.

Aber auch in materieller Hinsicht vermag die erwähnte Konstruktion nicht zu überzeugen, da sie dem allgemeinen Verständnis der Vertragsnichtigkeit widerspricht. Leidet nämlich ein Vertrag an einem Nichtigkeitsmangel, so ist er von Anfang an und sofort nichtig, weshalb die Vertragsnichtigkeit nicht erst im nachhinein (einige Zeit nach Vertragsabschluss) eintreten kann. Kommt der Vertrag dagegen gültig zustande, so entfaltet er seine Wirkung nach Massgabe des materiellen Rechts. Das letztere ist auch deshalb zu betonen, weil die Rekurskommission keine Kompetenz hat, in die materielle Vertragslage einzugreifen. Dementsprechend ist sie auch nicht befugt, die Wirkung («l'effet») oder die Erfüllung («l'exécution») eines gültig zustande gekommenen Vertrages provisorisch (für die Zeit des Beschwerdeverfahrens) zu sistieren.

- Eine *weitere* Frage betrifft das rechtliche Schicksal eines Vertrages, den die Auftraggeberin zwar gestützt auf einen fehlerhaften (vergaberechtswidrigen) Zuschlag, in zeitlicher

<sup>16</sup> «En l'espèce, les motifs de recours invoqués par la recourante se sont avérés mal fondés. La décision d'adjudication a été valablement prise et doit être maintenue. En conséquence, la conclusion du contrat, bien qu'entachée d'un vice provisoire du fait de sa conclusion prématurée, doit rester valide.»

<sup>17</sup> Von den im Text zitierten Autoren vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP, Nr. 681, oder VON TUHR/PETER, S. 229. In der Lehre wird zwar postuliert, dass eine Heilung eintreten kann, wenn das Verbotsgesetz, auf dessen Verletzung die Vertragsnichtigkeit beruht, im nachhinein wegfällt (vgl. z.B. KRAMER, N 144 f. zu Art. 19-20 OR). Da es vorliegend aber nicht um den nachträglichen Wegfall eines Verbotsgesetzes geht, soll diese Frage offen bleiben.

<sup>18</sup> Die Rekurskommission spricht von einem «vice provisoire», wodurch sie die Lehre von der Vertragsnichtigkeit um eine neue Figur bereichert.

<sup>19</sup> «..., en l'absence d'une violation impliquant l'annulation de la décision d'adjudication.»

Hinsicht aber korrekt (also nicht verfrüht) abgeschlossen hat. Wie verhält es sich mit der Wirksamkeit eines solchen Vertrages?

Der abgeschlossene Vertrag ist gültig, obwohl der Zuschlag an einem Fehler leidet.<sup>20</sup> Oder genauer ausgedrückt: Die Fehlerhaftigkeit des Zuschlages, der das Vergaberecht verletzt, ist aus sich heraus kein Grund, der den Vertrag nichtig macht. Das anerkennt implizite auch die Rekurskommission, da die Fehlerhaftigkeit des Zuschlages auch nach ihrer Konzeption kein selbständiger Nichtigkeitsmangel des Vertrages ist. Wollte die Kommission anders entscheiden, so nähme sie Art. 32 Abs. 2 BoeB, falls er in ihrem Sinn ausgelegt wird, praktisch jede Bedeutung. Denn mit der Rechtswidrigkeit eines angefochtenen Zuschlages stände immer auch fest, dass es am Abschluss eines gültigen Vertrages fehlt, weshalb Art. 32 Abs. 2 BoeB nicht zur Anwendung käme.

Für Verwirrung sorgt nun allerdings die «en passant» eingefügte Entscheidungsstelle, wonach der Vertrag («le contrat») nach Lehre und Rechtsprechung («selon la doctrine et la jurisprudence») nichtig («nul») ist, «lorsque la décision sur laquelle il est basé souffre de nullité absolue et que la sanction de nullité respecte le principe de proportionnalité». Diese Aussage lässt sich objektiv nur schwer erklären, auch wenn sie den seltenen Ausnahmefall betrifft, da der fehlerhafte Zuschlag absolut nichtig (nicht bloss anfechtbar) ist. Denn in Wirklichkeit gibt es weder eine anerkannte Lehre noch eine bewährte Rechtsprechung, welche die Aussage der Rekurskommission bestätigt. Auch die von der Kommission selbst zitierten Belegstellen (BGE 104 Ia 172; BGE 108 II 456; MOOR, S. 205 f.; KNAPP, N° 1208, 1216-1220; SALADIN, in FS ULRICH HÄFELIN, ZH 1989, S. 544-546; CLERC, AJP/PJA 1997, S. 811) vermögen an dieser Feststellung nichts zu ändern, weil sie (abgesehen vom Zitat EVELYNE CLERC, die der Kommission angehört) gar nicht einschlägig sind. BGE 108 II 456 handelt von der Bindung des Richters an Entscheide der Verwaltungsbehörden. Die übrigen Belegstellen (BGE 104 Ia 172, MOOR, KNAPP und SALADIN) handeln von der Nichtigkeit einer Verfügung, nicht eines (privatrechtlichen) Vertrages, wobei Saladin auf die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen sogar ganz verzichten möchte (vgl. S. 548 ff.). Somit bleibt nur die gerichtlich zitierte Aufsatzpassage von EVELYNE CLERC (AJP/PJA 1997, S. 811), aus der die Aussage mitsamt den andern Belegstellen übernommen wurde, was auf eindrückliche Weise zeigt, wie leicht sich die literarische Vorarbeit publizierender Richterinnen in richterliche Rechtsprechung verwandeln lässt.

5. In der letzten Erwägung, die ich rapportiert habe, setzt sich die Rekurskommission mit dem **vertretungsrechtlichen Ansatz** auseinander, den ich für richtig halte. Nach diesem Ansatz, der an Art. 33 Abs. 1 OR anknüpft, wirkt Art. 22 Abs. 1 BoeB auch als Vollmachtsbeschränkung, weshalb der Vertreter des öffentlichen Auftraggebers nicht ermächtigt ist, den Vertrag abzuschliessen, bevor Art. 22 Abs. 1 BoeB den Vertragsabschluss erlaubt.<sup>21</sup>

Hier liegt mir nichts daran, meine eigene Meinung zu verteidigen. Deren Beurteilung überlasse ich anderen. Trifft es aber zu, dass es dem Vertreter des öffentlichen Auftraggebers

<sup>20</sup> Vorbehalten bleiben natürlich andere Mängel, die den Vertrag ungültig machen können.

<sup>21</sup> Vgl. GAUCH, *recht* 1997, S. 173 f. Die einschlägige Zitatstelle lautet: «Soweit die Ermächtigung, im Namen eines andern Rechtshandlungen vorzunehmen, aus Verhältnissen des öffentlichen Rechtes hervorgeht, beurteilt sie sich, wie Art. 33 Abs. 1 OR bestimmt, nach den Vorschriften des öffentlichen Rechtes. Dieser Verweis hat im vorliegenden Zusammenhang durchaus praktische Bedeutung, weil die Vollmacht der staatlichen Funktionäre auch durch das anwendbare Vergaberecht beschränkt sein kann. Eine entsprechende Regel enthält z.B. Art. 22 Abs. 1 BoeB, wonach der Vertrag mit der Anbieterin (noch) nicht abgeschlossen werden darf, wenn einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Dieses <Abschlussverbot> wirkt zugleich als Vollmachtsbeschränkung. Ob andere Vergaberegeln (z.B. die Regeln über den Ausschluss eines Angebotes oder einer Anbieterin) in gleicher Weise wirken, ist eine Auslegungsfrage, die einer vertieften Untersuchung bedarf.»

an der Ermächtigung zum verfrühten Vertragsabschluss fehlt, so handelt er, wenn er es dennoch tut, ohne Vertretungsmacht. Er schliesst den Vertrag im Namen des Auftraggebers ab, ohne dazu befugt zu sein. An dieser Tatsache und den vertretungsrechtlichen Konsequenzen der mangelnden Ermächtigung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass eine allfällige Zuschlagsverfügung fehlerfrei ist. Das ist rechtslogisch, wird indes von der Rekurskommission verkannt, wenn sie schreibt: «... dès lors que la décision d'adjudication a été prise dans le respect des règles d'organisation et de procédure, il ne peut être question d'une violation des règles sur la représentation.»

Im Ergebnis läuft der soeben zitierte Satz darauf hinaus, dass der Vertreter des öffentlichen Auftraggebers bei fehlerfreiem Zuschlag ermächtigt ist, den Vertrag abzuschliessen, noch bevor das Gesetz den Vertragsabschluss erlaubt. Eine solche Meinung habe ich nie vertreten.

### III. Schluss

6. [124] Ob ein abgeschlossener Beschaffungsvertrag nichtig ist oder nicht, ist eine **Frage des materiellen Rechts**, welche die Rekurskommission vorfrageweise beurteilt. Kommt es aber zwischen den Parteien des Vertrages zu einem privatrechtlichen Nichtigkeitsstreit, so entscheidet das angerufene Zivilgericht, für das die Auffassung der Rekurskommission unverbindlich bleibt. Dass ich die Auffassung, welche die Rekurskommission im rapportierten Entscheid vertritt, nicht zu teilen vermag, habe ich dargetan.

Liest man den rapportierten Entscheid der Kommission im Zusammenhang mit ihrer Rechtsprechung zu Art. 22 Abs. 1 und 32 Abs. 2 BoeB, so ist unschwer zu erkennen, dass die Kommission systematisch darauf hinzielt, den verletzten Mitkonkurrenten eines Zuschlagsempfängers einen möglichst umfassenden Rechtsschutz zu gewähren. Dagegen ist nichts einzuwenden, solange überzeugend argumentiert und das Gesetz respektiert wird, wie es das verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbindung verlangt.

7. Da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, ein zweistufiges Beschwerdeverfahren für BoeB-Rekurse einzurichten, entscheidet die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen als einzige Instanz. Um so wichtiger ist die **Aufgabe einer unabhängigen Literatur**, sich mit den Entscheiden der Kommission kritisch auseinanderzusetzen. Das entspricht der Aufgabenteilung zwischen Rechtsprechung und Lehre, wie sie schon in Art. 1 Abs. 3 ZGB vorgezeichnet ist. In diesem Sinne sind auch meine kritischen Anmerkungen zur Rechtsprechung der Rekurskommission zu verstehen.