

Zuschlag und Verfügung

Ein Beitrag zum öffentlichen Vergaberecht

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

Publiziert in: *Mensch und Staat*, Festgabe THOMAS FLEINER, Freiburg 2003, S. 595 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Freude, Verlegenheit und Thema

1. [595] Die Einladung der Herausgeber, einen Beitrag in Deine Festschrift zu schreiben, hat mich, lieber THOMAS, einerseits gefreut, andererseits aber in arge Verlegenheit gebracht. *Gefreut* hat sie mich auch deshalb, weil Dein fünfundsechzigster Geburtstag in das dreissigste Jahr unserer fakultären Zusammenarbeit fällt. Du hast *Deinen* Teil im öffentlichen Recht geleistet, ich habe versucht, *meinen* im privaten Recht zu leisten. Diese Differenz der Betätigung war zwar mehr durch den Zufall der äusseren als durch die innere Berufung vorgegeben. Und doch bildet sie heute den Grund für meine *Verlegenheit*. Denn die jahrelange Konzentration auf mein eigenes Rechtsgebiet hat meine Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen Belange so sehr getrübt, dass Dein Fachgebiet für mich fast zur "terra incognita" geworden ist. Über was also sollte ich schreiben?

Zuerst dachte ich an ein Thema des privaten Rechts, was mir die Aufgabe erleichtert und auch deshalb in den Kram gepasst hätte, weil ich die Bedeutung der Dinge, mit der ich mich beschäftige, eben schrecklich vergrössert sehe. Dann aber schien mir, dass Du zu Deinem Geburtstag eine Extra-Anstrengung verdienst, weshalb ich mich dazu entschied, ein Thema des öffentlichen Rechtes anzugehen.

2. Das *Thema des vergaberechtlichen Zuschlages* kam mir in den Sinn, weil sich die rechtliche Landschaft der öffentlichen Auftragsvergabe seit der *Revision des öffentlichen Vergaberechts* massiv verändert hat.

a. [596] 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*. Vorangegangen 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 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

* Meinem Assistenten lic. iur. MARTIN BEYELER danke ich nicht nur für die Korrektur des Manuskripts, die Kontrolle der Fussnoten und für deren Komplettierung, sondern auch für viele Hinweise und Anregungen. Seine begleitende Kritik hat mich herausgefordert und da und dort vor Fehlern bewahrt.

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.

Das jetzt geltende Vergaberecht, das im Anwendungsbereich der jeweiligen Erlasse das Vergabeverfahren transparent gestalten, den Wettbewerb stärken, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern und die Gleichbehandlung der Anbieter gewährleisten soll (vgl. z.B. Art. 1 BoeB), ist heillos zersplittert. Dennoch hat es in vielen Bereichen des öffentlichen Vergaberechts zu einem Meinungswandel beigetragen.

b. Der Meinungswandel betrifft auch den vergaberechtlichen *Zuschlag*. Während es früher die herrschende Meinung war, dass dem Zuschlag der Charakter einer (verwaltungsrechtlichen) Verfügung fehle¹, wird heute [597] fast durchwegs das Gegenteil behauptet². Der deutschsprachige Text des kodifizierten Bundesvergaberechts scheint allerdings widersprüchlich zu sein. Das BoeB zählt den Zuschlag explizit zu den „anfechtbaren Verfügungen“ (Art. 29 lit. a BoeB). Für die Beschaffungen des Bundes, die nicht dem BoeB, sondern der VoeB unterstehen³, deklariert dagegen Art. 39 VoeB, dass Vergabeentscheide unter Einschluss des Zuschlages keine Verfügungen sind.

Dieser Widerspruch ist reizvoll, auch für einen Privatrechtler. Denn entweder ist der Zuschlag der Sache nach eine Verfügung; dann kann ihm die VoeB den Verfügungscharakter nicht *absprechen*⁴. Oder er ist keine Verfügung; dann wird er auch deswegen nicht zur Verfügung, weil ihm das BoeB den Verfügungscharakter *zuspricht*. Ob das eine (Verfügung) oder andere (keine Verfügung) zutrifft, hängt einzig davon ab, ob der Zuschlag die Begriffselemente einer Verfügung erfüllt oder nicht. Somit fragt sich zunächst, was das geltende Verwaltungsrecht unter einer Verfügung versteht.

Die verwaltungsrechtliche Verfügung

3. Der Begriff der verwaltungsrechtlichen Verfügung, um die es hier geht, gehört zu den Grundbegriffen des schweizerischen Verwaltungsrechts. Danach ist die Verfügung „ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingba-

¹ Vgl. namentlich BGE 101 IV 410 f.; 116 Ib 370; 119 Ia 427; PETER GAUCH, Die Submission im Bauwesen – Privatrechtliche Aspekte, in: „Mensch und Umwelt“, FG der rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg zum Schweizerischen Juristentag 1980, Freiburg 1980, S. 191 ff., S. 237 ff.; MARCO S. STOFFEL, Die Submission nach schweizerischem Baurecht, Diss. Freiburg 1981, S. 70 ff. Vgl. ferner die Zusammenstellung der verschiedenen Lehrmeinungen bei CHRISTIAN BOCK, Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge, Basel 1993, S. 82 ff. Weitere Hinweise finden sich bei EVELYNE CLERC, L’ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, S. 362 mit Fussnote 23. Anderer Meinung waren z.B. PETER GALLI, Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen, Diss. Zürich 1981, S. 150 ff.; NICOLAS MICHEL, La conclusion des marchés publics, Diss. Genf 1979, S. 75 ff. und insb. S. 80 f.; RENÉ RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht, FG zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 316 ff.

² EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 1, S. 485, S. 494 f. und S. 640; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 153 ff. und insb. S. 155; HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, S. 59; ETIENNE POLTIER, Les marchés publics: premières expériences vaudoises, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public (RDAP) 4/2000, S. 297 f., S. 299; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY in: ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics, Freiburg 2002, S. 124 ff.

³ Gemeint sind damit die „übrigen Beschaffungen des Bundes“ (vgl. Art. 1 lit. b und Art. 32 ff. VoeB), auf die das BoeB nur insoweit zur Anwendung kommt, als die VoeB (z.B. in Art. 34 Abs. 2 oder 3) darauf verweist.

⁴ So auch GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 155.

rer Weise geregelt wird“.⁵ Diese Umschreibung entspricht der [598] Rechtsprechung⁶, der herrschenden Lehre⁷ und vor allem auch der Legaldefinition, die Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) enthält. Sie bringt zum Ausdruck, dass es sich bei der Verfügung um eine einseitige Anordnung einer Behörde handelt, die das Verwaltungsrecht auf einen konkreten Einzelfall anwendet. Als hoheitliche Anordnung ist sie dem öffentlichen Rechte zuzuordnen und gegenüber privatrechtlichen Rechtsakten einer Behörde abzugrenzen. Indem sie eine Rechtsbeziehung regelt, ist sie auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet. Sie ist eine Willenserklärung⁸, die bei gegebener Wirksamkeit zur Folge hat, dass Rechte oder/und Pflichten eines individuellen Adressaten oder Adressatenkreises begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden, was sie namentlich von den rein tatsächlichen Verwaltungshandlungen (wie Vollzugshandlungen, Berichten, Hinweisen, Belehrungen, Rechnungsstellungen oder Auskünften) unterscheidet. Anders als z.B. die bloss innerdienstlichen Anordnungen greift sie über den verwaltungsinternen Bereich hinaus, indem sie dazu bestimmt ist, unmittelbar Rechtswirkungen nach aussen hervorzubringen.⁹

Die so verstandene Verfügung ist eine „Rechtsfigur“, deren begriffliche Erfassung auf die Definition des Verwaltungsaktes zurückgeht, die OTTO MAYER im 19. Jahrhundert in das deutsche Verwaltungsrecht eingeführt hat.¹⁰ Auf die Geschichte ihrer seitherigen Weiterentwicklung, namentlich in der Schweiz, soll hier so wenig eingegangen werden wie auf [599] begriffliche Einzelfragen oder mögliche Spezialitäten des kantonalen Rechts¹¹. Vielmehr beschränke ich mich darauf, den Begriff der Verfügung so zu verwenden, wie er heutzutage in den wesentlichen Grundzügen anerkannt und vorstehend umschrieben ist. Was die Terminologie angeht, so spreche ich nur von „Verfügung“. Der Ausdruck ist gleichbedeutend mit dem Wort „Verwaltungsakt“, das früher auch in der schweizerischen Rechtssprache gebraucht wurde.¹²

Die Merkmale des Zuschlages

4. Nachdem der Begriff der Verfügung feststeht, stellt sich nun *die Frage, ob der Zuschlag der Vergabebehörde eine Verfügung im umschriebenen Sinne darstellt*. Um diese rechtliche Qualifikationsfrage zu beantworten, muss zuerst geklärt werden, worin der Zuschlag überhaupt besteht und welche Rechtswirkung er entfaltet.

⁵ HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 2, S. 178; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 71.

⁶ Vgl. z.B. BGE 121 II 477; BGr. vom 23. Oktober 2000 [C 222/99], E. 1a.

⁷ Nebst den in Anm. 5 Zitierten: THOMAS FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, S. 159 ff.; BLAISE KNAPP, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Basel 1992, S. 220 ff.; JÜRIG MARTIN, Leitfaden für den Erlass von Verfügungen, Zürich 1996, S. 4 ff.; HANS RUDOLF SCHWARZENBACH-HANHART, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 11. Aufl., Bern 1997, S. 124 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 156 f. Vgl. zu dem in Deutschland anstelle des Verfügungsbegriffs verwendeten Begriff des Verwaltungsaktes HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., München 2002, S. 187 ff.

⁸ Vgl. dazu BLAISE KNAPP, zit. in Anm. 7, S. 220; HARTMUT MAURER, zit. in Anm. 7, S. 188.

⁹ Vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 2, S. 178 ff.; aus dem deutschen Recht: HARTMUT MAURER, zit. in Anm. 7, S. 198 ff.; zur Aussenwirkung z.B. auch THOMAS FLEINER-GERSTER, zit. in Anm. 7, S. 159: „Verfügungen ... begründen Rechte und Pflichten des Bürgers gegenüber dem Gemeinwesen und legen die Pflichten und Rechte des Gemeinwesens gegenüber dem Bürger fest“.

¹⁰ OTTO MAYER definierte den Verwaltungsakt als „ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen gegenüber für den Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“ (Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1. Aufl. 1895, S. 95).

¹¹ Vgl. dazu KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 72.

¹² HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 2, S. 178, mit einem Hinweis auf eine andere Terminologie.

a. Der vergaberechtliche Zuschlag ist der Sache nach *ein Vergabeentscheid, der in einem konkreten Vergabeverfahren getroffen und nach aussen bekanntgegeben wird*. Und zwar ist es der Entscheid der für das konkrete Verfahren zuständigen Vergabebehörde, dass, mit welchem Inhalt¹³ und welchem Anbieter der in Frage stehende Auftrag durch Abschluss des erforderlichen Beschaffungsvertrages vergeben werden soll.¹⁴ 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.¹⁵ 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 „Zuschlag“ nur den Zuschlagsentscheid.

[600] Der Anbieter, auf den der Zuschlag fällt, wird als „Zuschlagsempfänger“ bezeichnet; ihm wird der Zuschlag „erteilt“ (Art. XIII Ziff. 4 lit. b GPA); sein Angebot „erhält“ den Zuschlag (Art. 21 Abs. 1 BoeB). Das alles aber bedeutet nicht, dass der Vertrag mit dem Anbieter durch den Zuschlag selbst abgeschlossen wird.¹⁶ Vielmehr ist der Zuschlag der jeweiligen Vergabebehörde, unter Einschluss seiner Bekanntgabe, vom Vertragsabschluss zu unterscheiden, was sich schon daraus ergibt, dass der Vertragsabschluss dem Zuschlag zeitlich nachfolgt (vgl. z.B. Art. 22 BoeB¹⁷). Anders als der Zuschlag bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung (Art. 229 Abs. 2 OR), ist der vergaberechtliche Zuschlag trotz seiner Bekanntgabe keine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung, mit der die Offerte eines Bieters akzeptiert wird. Das gilt unabhängig davon, ob die Bekanntgabe nur durch Veröffentlichung oder (auch) durch individuelle Zustellung (Art. 23 BoeB)¹⁸ erfolgt, und auch dann, wenn dem Zuschlagsempfänger mitgeteilt wird, „der Auftrag“ sei an ihn „erteilt worden“¹⁹.

b. Somit unterscheidet sich der Zuschlag nach schweizerischem Vergaberecht „wesentlich“ vom Zuschlag nach deutschem und österreichischem Recht, der den Vertrag zum Abschluss bringt²⁰, wenn die vertragsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Nach der Legaldefinition des österreichischen Vergabegesetzes ist der Zuschlag „die an den Bieter abgegebene ... Erklärung, sein Angebot anzunehmen“.²¹ Nach schweizerischem Vergaberecht enthält der bekanntgegebene Zuschlag keine derartige Erklärung. Vielmehr kommt der Vertrag mit dem [601] Zuschlagsempfänger erst dadurch zustande, dass dessen Angebot durch eine separate Erklärung des auf den Vertragsabschluss gerichteten Geschäftswillens angenommen wird. Ist die Annahmefrist für das Angebot bereits abgelaufen, so bedarf es einer erneuten Vertragserklärung auch des Zuschlagsempfängers, damit der Vertrag zustande kommt.

¹³ Der Inhalt wird in aller Regel so bestimmt, dass der Zuschlag auf das Angebot Bezug nimmt, womit aber auch ein durch Verhandlungen abgeändertes Angebot gemeint sein kann.

¹⁴ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 2, S. 59.

¹⁵ Vgl. sinngemäss HARTMUT MAURER, zit. in Anm. 7, S. 231.

¹⁶ Vgl. PETER GAUCH, Zuschlag und Vertrag nach dem neuen Beschaffungsgesetz der Schweiz, FS GÖTZ VON CRAUSHAAR, Düsseldorf 1997, S. 88 ff.

¹⁷ Nach Art. 22 Abs. 1 BoeB darf „der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin ... nach dem Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission) habe einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nach Art. 28 Absatz 2 erteilt.“

¹⁸ GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 148, verlangen, dass der Zuschlag dem Zuschlagsempfänger immer individuell zuzustellen ist, was zutreffen mag, sich für das Bundesrecht aber nicht aus Art. 23 BoeB und auch nicht aus Art. XVIII Ziff. 3 GPA ergibt, worauf sich diese Autoren berufen.

¹⁹ Z.B. „Nach erfolgter Evaluation ist der Entscheid über die Vergabe gefallen. Der Auftrag wurde an Ihre Firma erteilt.“

²⁰ 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 BVergG. – *GWB* = (deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; *BVergG* = (österreichisches) Bundesvergabegesetz 2002.

²¹ § 20 Ziff. 41 BVergG (zit. in Anm. 20).

c. Der Beschaffungsvertrag mit einem Anbieter und damit auch sein Zustandekommen durch Vertragsabschluss (Art. 1 OR) unterstehen nach derzeit herrschender Meinung²² grundsätzlich dem privaten Recht²³, während der Zuschlag die *letzte Etappe des öffentlich-rechtlich geregelten Vergabeverfahrens* ist. Dieses Verfahren kommt in verschiedenen Erscheinungsformen vor²⁴, die sich durch den jeweiligen Verlauf des Verfahrens unterscheiden. Allen aber ist gemeinsam, dass sie bei vollständigem Ablauf in einen Zuschlag münden, der dem Vertragsabschluss vorausgeht. Das erinnert an das Bild der in Deutschland erfundenen „Zweistufentheorie“²⁵, die ich aber so wenig anrufen will wie etwa die in [602] Frankreich geborene „*théorie de l'acte détachable*“²⁶, um nicht der Gefahr zu erliegen, mich in einem Theorienstreit zwischen dem dies- und dem jenseitigen Ufer des Röstigrabens zu verlieren.

5. Dem Gesagten zufolge hat der Zuschlag auch unter Einbezug seiner Bekanntgabe an den Zuschlagsempfänger keine vertragsabschliessende Wirkung. Somit fällt das Zustandekommen des Beschaffungsvertrages als eine mögliche Rechtswirkung des Zuschlages ausser Betracht. Es bleibt aber die Frage, ob es sonstige *Rechtsfolgen* gibt, die der Zuschlag bewirkt. Dass es solche Rechtsfolgen zu geben scheint, dafür spricht schon der Umstand, dass der Zuschlag unter bestimmten Voraussetzungen „widerrufen“ werden kann (vgl. Art. 11 BoeB), was nur dann einen Sinn ergibt, wenn er überhaupt eine Rechtswirkung entfaltet. Worin aber besteht diese Rechtswirkung des Zuschlages?

a. Sicher ist der Zuschlag eine *rechtliche 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. Dieses öffentlich-rechtliche Verbot ergibt sich für die Bundesebene aus einem Umkehrschluss aus Art. 22 BoeB und muss schon deshalb bestehen, weil sonst die öffentlich-rechtliche Regelung des Vergabeverfahrens bis und mit Zuschlag gar keinen Sinn machen würde.

²² Statt vieler: BGE 125 I 212; EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 1, S. 496; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 149; PETER GAUCH, Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 16, S. 88 ff.; DERSELBE, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, in: *recht* 5/1997, S. 165 ff., S. 173; HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 2, S. 59 f.

²³ Diesen Grundsatz lege ich meinen folgenden Ausführungen zugrunde. Ich gehe also davon aus, dass Beschaffungsverträge nicht deshalb dem öffentlichen Rechte unterstehen, weil ihrem Abschluss ein öffentlich-rechtliches Vergabeverfahren vorausgegangen ist. Damit will ich nicht bestreiten, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge auch dann dem öffentlichen Vergaberecht unterstehen kann, wenn der geplante Beschaffungsvertrag ein Vertrag des öffentlichen Rechtes ist (KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 177); nur klammere ich diesen Sonderfall aus meiner Betrachtung aus. Demgegenüber scheint das Bundesgericht den Anwendungsbeereich des öffentlichen Vergaberechts überhaupt auf privatrechtliche Verträge beschränken zu wollen (BGr. vom 16. Mai 2001 [2P.19/2001], E. 1a/cc).

Das auf den privaten Beschaffungsvertrag anwendbare Recht ist in aller Regel das Vertragsrecht des schweizerischen Obligationenrechts und seiner Nebengesetze. Möglich ist freilich auch, dass im Einzelfall einschlägige Bestimmungen des Wiener Kaufrechts oder nach Massgabe des Internationalen Privatrechts die Regeln ausländischen Vertragsrechts zur Anwendung kommen. Diese Möglichkeit lasse ich jedoch unberücksichtigt.

²⁴ Offenes Verfahren, selektives Verfahren, Einladungsverfahren, freihändiges Verfahren, Wettbewerbsverfahren.

²⁵ Vgl. z.B. HARTMUT MAURER, zit. in Anm. 7, S. 450 ff.; für die Schweiz: THOMAS FLEINER-GERSTER, zit. in Anm. 7, S. 152; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 149; RENÉ RHINOW, zit. in Anm. 1, S. 298 f. (im Allgemeinen), S. 314 ff. (Subventionswesen), S. 316 ff. (Beschaffungswesen); PIERRE MOOR, *Droit administratif* II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 376 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 2, S. 59.

²⁶ Vgl. z.B. EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 1, S. 141 ff., S. 484 f.; NICOLAS MICHEL, zit. in Anm. 1, S. 75 ff.; PIERRE MOOR, zit. in Anm. 25, S. 378.

- Der *Zuschlag beseitigt das erwähnte Verbot im Verhältnis zum Zuschlagsempfänger*. Er macht den Abschluss des Vertrages mit dem Zuschlagsempfänger zu den im Zuschlag festgelegten Vertragsbedingungen erlaubt. Ohne und ausserhalb dieser Erlaubnis ist die vertragliche Abschlusserklärung der Auftraggeberin verbots- und damit rechtswidrig.²⁷ Da sich das verletzte (öffentlich-rechtliche) Verbot jedoch allein an die Auftraggeberin, nicht auch an den Anbieter richtet, mit dem der Beschaffungsvertrag abgeschlossen wird, handelt es sich dabei um eine nur „einseitige“ Rechtswidrigkeit. Wird der Zuschlag zu Recht widerrufen oder durch Beschwerdeentscheid aufgehoben oder [603] wird das Vergabeverfahren rechtmässig wiederholt, so entfällt die Erlaubnis. So lange dies nicht geschieht, darf für das gleiche Beschaffungsgeschäft kein neuer Zuschlag erteilt werden, es sei denn, der Vertrag sei abgeschlossen, aber aus irgendeinem Grund noch vor seiner Abwicklung wieder aufgelöst worden.

- Das Gesagte bedarf einer *Präzisierung für die Fälle, in denen der Zuschlag durch Beschwerde anfechtbar ist*. Da eine Aufhebung des angefochtenen Zuschlages nach bereits erfolgtem Vertragsabschluss ohne Einfluss auf die Fortgeltung des Vertrages und deshalb vergaberechtlich ausgeschlossen ist²⁸, kollidiert hier das Interesse der Auftraggeberin an einem raschen Vertragsabschluss mit 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 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 ist²⁹ oder wenn feststeht, dass allfälligen Beschwerden die aufschiebende Wirkung³⁰ versagt bleibt³¹ oder alle Beschwerden mit aufschiebender [604] Wirkung abgelehnt sind.³² Der allfällige Schadenersatzanspruch, der einem Beschwerde-

²⁷ Das gilt grundsätzlich auch mit Bezug auf Abweichungen vom Zuschlag, die den Vertragsinhalt betreffen. Ob und inwieweit allenfalls (namentlich bei Grossaufträgen) in nebensächlichen Vertragspunkten vom Zuschlag abgewichen werden darf, ist eine noch ungeklärte Frage, der ich nicht nachgehen will.

²⁸ Das entspricht einer durchgängigen Regel, die sich nicht nur in Art. 32 Abs. 2 BoeB, sondern auch in anderen Vergabeerlassen findet (vgl. z.B. Art. 18 IVöB oder Art. 9 Abs. 3 BGBM). Die Regel liesse sich selbstverständlich ändern, was aber nur sinnvoll wäre, wenn mit der Aufhebung des Zuschlages der abgeschlossene Vertrag dahinfiele.

²⁹ Anders das Luzerner Verwaltungsgericht, das für das dortige Vergaberecht entschieden hat, der Vertrag dürfe sofort nach erfolgtem Zuschlage abgeschlossen werden (VGer. LU, Baurecht 4/1999, S. 145, Nr. S43). Diese Rechtsprechung erging allerdings in einem Vergabefall, welcher der IVöB nicht unterstand, weshalb sich die Frage nach ihrer Konformität mit Art. 14 IVöB nicht gestellt hat.

³⁰ 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 Submissionsdekrets vom 26. November 1996).

³¹ 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.

³² Ob allerdings auch bei Vergabefällen, die dem Beschwerderecht des BoeB unterstehen, ein Vertragsabschluss vor Ablauf der Beschwerdefrist verboten ist, habe ich mit Rücksicht auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Art. 22 BoeB bis anhin bezweifelt (vgl. z.B. PETER GAUCH, Baurecht 4/1997, S. 121, Anm. 5 zu Nr. 301; GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 3. Aufl., Freiburg 1999, S. 70 f.). Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) hat jedoch Art. 22 BoeB von Anfang an so ausgelegt, dass der Vertrag, abgesehen von Fällen ausserordentlicher Dring-

fürer nach erfolgtem Vertragsabschluss übrig bleibt (vgl. z.B. Art. 32 Abs. 2/34 BoeB), ist im System des geltenden Vergaberechts ein bloss subsidiärer Rechtsbehelf, weshalb er keinen Grund abgibt, den Eintritt der Erlaubniswirkung früher anzusetzen.

- Schliesst die Auftraggeberin den Beschaffungsvertrag mit einem anderen als dem Zuschlagsempfänger, mit einem vom Zuschlag abweichenden Inhalt³³, ohne den vorausgesetzten Zuschlag oder verfrüht (vor Eintritt der Erlaubniswirkung) ab, so beurteilen sich *die vertragsrechtlichen Folgen* dieses rechtswidrigen Abschlusses nach den Regeln des Privatrechts, dem der Vertrag untersteht. Eine Vertragsnichtigkeit nach Art. 20 OR, die bisweilen postuliert³⁴ und für den verfrühten Abschluss des Vertrages z.B. auch von der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) in Betracht gezogen wird³⁵, scheidet daran, dass es im vorliegenden Zusammenhang an einem Inhaltsmangel fehlt, der den Vertrag nach dieser [605] Bestimmung unwirksam macht. Das habe ich im Einzelnen schon anderswo dargelegt.³⁶ Zu überlegen aber bleibt, ob sich die zwar nur einseitige Vergaberechtswidrigkeit des Vertragsabschlusses nicht doch auf die Gültigkeit des Vertrages auswirkt. Eine einschlägige Ungültigkeitsvorschrift, die am vergaberechtlichen Vorfeld des Vertrages anknüpft, lässt sich dem OR nicht entnehmen, was auch nicht verwundert, nachdem die aufgeworfene Frage erst in der neueren Zeit zu einem Thema geworden ist. Darin liegt jedoch kein Hindernis, nach einer Lösung zu suchen, welche die vergabe- und damit öffentlich-rechtliche „Vorordnung“ des Vertragsabschlusses in die Beurteilung der Vertragsgültigkeit einbezieht.

Bei einer kreativen Rechtsschöpfung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) könnte die gesuchte Lösung darin bestehen, dass der rechtswidrig abgeschlossene Vertrag unwirksam bleibt, bei verfrühtem Abschluss des Vertrages die Ungültigkeit aber geheilt wird, wenn und sobald die Erlaubnis zum Vertragsabschluss eintritt. Diese Lösung, die auf eine Ungültigkeit „sui generis“ hinausläuft³⁷, hätte den Vorteil, dass sie auf den Zusammenhang des privatrechtlichen Vertragsabschlusses mit dem öffentlichen Vergaberecht und damit auf die Einheit der Rechtsordnung Rücksicht nimmt. Sie vermöchte dann ihrerseits wiederum auf die Auslegung der vergaberechtlichen Anfechtungsbestimmungen zurückzuschlagen, die eine Aufhebung des angefochtenen Zuschlages nach bereits erfolgtem Vertragsabschluss ausschliessen. Eine zweckbezogene Auslegung dieser Bestimmungen dürfte zum

lichkeit, „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“ (vgl. BRK 8/1996, Baurecht 4/1997, S. 121, Nr. 301; BRK 19/1997, Baurecht 2/1998, S. 51, Nr. 173; zustimmend z.B. HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 2, S. 60). 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, erachte ich diese Auslegung aus heutiger Sicht als vertretbar. Für sie sprechen teleologische Überlegungen eines effektiven Anfechtungsschutzes, die nach dem „Methodenpluralismus“, den das Bundesgericht für die Gesetzesauslegung favorisiert (BGE 125 II 209; 124 III 262; 121 III 225), dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte vorgehen können.

³³ Vgl. dazu Anm. 27.

³⁴ EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 1, 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 7/1997, S. 804 ff., S. 809 ff.

³⁵ Vgl. BRK 10b/1997, VPB 62.32 II, E. 3d = Baurecht 4/1998, S. 120 f.; ebenso VGer. FR, Baurecht 2/1999, S. 60, Nr. S18.

³⁶ PETER GAUCH, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, Baurecht 4/1998, S. 119 ff.

³⁷ An sie habe ich in meinem Aufsatz zur Nichtigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages (zit. in Anm. 36) noch nicht gedacht.

Ergebnis führen, dass *in ihrem Sinne* der verfrüht abgeschlossene Vertrag so lange nicht als „abgeschlossen“ gilt, als er infolge seines verfrühten Abschlusses unwirksam ist.³⁸

b. Eine weitere Rechtswirkung des Zuschlages besteht nach einem Teil der Lehre³⁹ darin, dass er eine *Kontrahierungspflicht* der Auftraggeberin [606] begründet. Für die Beurteilung dieser Minderheitsmeinung ist auszugehen vom *Grundsatz, dass kein Anbieter, der sich an einem öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt, einen subjektiven Rechtsanspruch auf den Vertragsabschluss hat*, und zwar unbekümmert darum, wie immer geartet seine Eignung und seine Offerte für die Ausführung des Auftrages sind. Daran vermag auch die Bekanntgabe von Eignungs- und Zuschlagskriterien nichts zu ändern. Sie hat weder den Sinn noch hat sie die Wirkung, dem Geeigneten mit der „annehmbaren“ Offerte ein subjektives Recht auf den Abschluss des von ihm angebotenen Vertrages einzuräumen.

- Nach der angeführten Lehrmeinung *gilt nun aber der erwähnte Grundsatz nicht uneingeschränkt*. Vielmehr soll der Zuschlag ein Rechtsgrund sein, der die Auftraggeberin gegenüber dem Zuschlagsempfänger zum Vertragsabschluss verpflichtet und damit ein subjektives Recht des Zuschlagsempfängers auf den Abschluss des Vertrages (einen Kontrahierungsanspruch) entstehen lässt⁴⁰. Dafür werden jedoch keine stichhaltigen Argumente vorgebracht.⁴¹ Auch wenn der [607] Zuschlagsempfänger ein Interesse am Vertragsabschluss hat, so ist damit noch nicht gesagt, dass dieses Individualinteresse durch die Einräumung eines subjektiven Kontrahierungsanspruchs geschützt wird. Für eine derartige Rechtswirkung des Zuschlages lässt sich dem geltenden Vergaberecht nichts (und schon gar nicht eine ausdrückliche Anordnung) entnehmen⁴²; noch enthält der Zuschlag

³⁸ Zum Ganzen vgl. jetzt ausführlich meinen Aufsatz „Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag – Eine Reprise“, den ich im Anschluss an den vorliegenden Beitrag verfasst und noch vor der Publikation dieser Festschrift in Baurecht 1/2003, S.3 veröffentlicht habe.

³⁹ EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 1, S. 497 ff.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, zit. in Anm. 2, S. 124.

⁴⁰ Die Erfüllung der Kontrahierungspflicht, die sich auf den Abschluss eines Vertrages richtet, setzt einen Partner voraus, demgegenüber die Pflicht besteht. Dieser hat ein Recht auf Abschluss, wodurch sich die Kontrahierungspflicht von Pflichten unterscheidet, „deren Erfüllung zwar den Abschluss eines Vertrages erfordert, die aber nicht gegenüber einem (möglichen) Vertragspartner bestehen“ (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar zu Art. 1 – 17 OR, N 533 zu Art. 1 OR).

⁴¹ JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, zit. in Anm. 2, S. 124, verweist schlicht und einfach auf Art. 5 VwVG, der eine Legaldefinition der Verfügung, jedoch keine Bestimmung enthält, wonach der Zuschlag die Auftraggeberin zum Vertragsabschluss mit dem Zuschlagsempfänger verpflichtet. EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 1, S. 496 ff. begründet die Kontrahierungspflicht mit dem Hinweis, dass der Auftraggeberin eine Flucht ins Privatrecht verboten sei. Aus einem solchen Verbot aber lässt sich keine Kontrahierungspflicht herleiten. Das gilt auch dann, wenn man das Argument im Zusammenhang mit der Behauptung liest, wonach der Zuschlag als Verfügung vollzogen werden müsse, was durch Vertragsabschluss geschehe. Diese Behauptung setzt nicht nur den Verfügungscharakter des Zuschlages voraus, sondern nimmt auch die Kontrahierungspflicht als gegeben vorweg, statt sie nachzuweisen. Denn eine Pflicht (ein „Muss“), den Zuschlag durch Vertragsabschluss zu vollziehen, kann es für die Auftraggeberin nur geben, wenn zunächst überhaupt feststeht, dass sie durch den Zuschlag zum Vertragsabschluss verpflichtet wird. Dementsprechend fällt die Argumentation mit der Vollzugspflicht in sich zusammen, da sie auf einer „petitio principii“ beruht. Was bleibt, ist schliesslich die Befürchtung von EVELYNE CLERC, dass die Regeln des Vergaberechts ohne Kontrahierungspflicht ausgeschaltet werden könnten. Aber auch sie vermag nicht zu überzeugen. Denn der Vertragsabschluss mit einem anderen als dem Zuschlagsempfänger oder mit einem Inhalt, der vom Zuschlag abweicht, ist der Auftraggeberin auch ohne Kontrahierungspflicht verboten (vgl. oben Ziff. 5). Und die Annahme, wonach das Vergaberecht durch den schlichten Nichtabschluss des Vertrages ausgehöhlt würde, beruht auf der Vorstellung, dass das Vergaberecht seinen Zweck nur erfüllt, wenn die Auftraggeberin den zugeschlagenen Vertrag auch widerwillig und gegen bessere Einsicht abschliesst, obwohl dies weder durch das öffentliche Interesse noch durch ein anderes Prinzip gefordert ist.

⁴² Jede Kontrahierungspflicht, die nicht auf Vereinbarung beruht, bedarf einer gesetzlichen Grundlage, was das Bundesgericht erst kürzlich (BGr. vom 7. Mai 2002 [4C.297/2001], E. 6.1) in Erinnerung gerufen hat. Zwar

eine Willenserklärung, die nach ihrem Sinngehalt darauf gerichtet ist, ein subjektives Abschlussrecht des Zuschlagsempfängers zu begründen. § 19 Satz 2 des Luzerner Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen bestimmt sogar explizit, dass der Zuschlag die Auftraggeberin *nicht* zum Vertragsabschluss verpflichtet.

Demzufolge bin ich der Ansicht, dass dem Zuschlagsempfänger kein subjektives Recht auf den Abschluss des Vertrages zusteht. Die gegenteilige Lehrmeinung behandelt den Abschluss des Beschaffungsvertrages wie eine Subventionsleistung, um die der Zuschlagsempfänger nachgesucht hat und die ihm durch Zuschlag zugesprochen wurde.⁴³ Für manchen Anbieter hat zwar die Erlangung öffentlicher Aufträge eine nicht geringere Bedeutung als eine staatliche Subventionierung. Gleichwohl aber beschlägt das öffentliche Vergaberecht nicht den Bereich der Leistungsverwaltung, sondern der Bedarfsverwaltung⁴⁴, ist der Abschluss des Beschaffungsvertrages keine staatliche Hilfeleistung im Rechtssinne und ist das Angebot eines Anbieters seinem Inhalt nach kein „Gesuch“⁴⁵, sondern die schlichte Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens, mit der Auftraggeberin einen Vertrag einzugehen. Dementsprechend lässt sich auch die in Deutschland zum Subventionsdarlehen vertretene These, wonach die behördliche [608] Zusprache des Darlehens einen Rechtsanspruch des Begünstigten auf den Abschluss des Darlehensvertrages auslöst⁴⁶, nicht auf den Zuschlag des schweizerischen Vergaberechts übertragen.

Somit steht für mich fest, dass der Zuschlag keine Kontrahierungspflicht der Auftraggeberin begründet. Noch weniger ist anzunehmen, dass er eine Kontrahierungspflicht in der umgekehrten Richtung, nämlich zu Lasten des Zuschlagsempfängers, hervorbringt⁴⁷. Eine solche Pflicht des Zuschlagsempfängers macht ohnehin keinen Sinn, so lange seine Offerte verbindlich ist und es deshalb nur ihrer Annahme durch die Auftraggeberin bedarf, damit der Vertrag zustande kommt.

- Meine *ablehnende Haltung gegenüber der Kontrahierungspflicht*, die aus dem Zuschlag abgeleitet wird, dispensiert mich von der klassifikatorischen Zuordnung dieser Pflicht, wenn es auch nahe liegt, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche oder eine gemischt öffentlich/privatrechtliche Pflicht handeln würde⁴⁸. Überdies kann ich auf die Abklärung weiterer (von den Protagonisten des Kontrahierungszwanges unbeantworteter) Rechtsfragen verzichten, die sich der Lehre und Rechtsprechung stellen, sobald man eine Kontrahierungspflicht aus dem Zuschlag herleitet. Sie reichen von der Frage ihrer Durchsetzung bis zur Frage nach einer allfälligen Nachwirkung auf die Rechtslage bei abgeschlossenem Vertrag. Wie etwa verhält sich eine Kontrahierungspflicht der Auftraggeberin zu ihrem privatgesetzlichen und vom Bundesgericht⁴⁹ sogar als zwingend eingestuftes Recht des Art. 404 Abs. 1 OR, einen einfachen Auftrag, den sie erteilt hat, nach Abschluss des Vertrages jederzeit zu widerrufen? Darf sie den Vertrag, zu dessen Abschluss

braucht diese Grundlage keine ausdrückliche zu sein. Doch „haben Kontrahierungspflichten ausserhalb von ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen ausgesprochenen Ausnahmecharakter und können nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden“ (E. 6.3).

⁴³ Diese Einsicht verdanke ich meinem Assistenten MARTIN BEYELER.

⁴⁴ THOMAS FLEINER-GERSTER, zit. in Anm. 7, S. 33.

⁴⁵ Ungenau: KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 177 f., die davon sprechen, dass die Anbieter um einen Vertrag „ersucht“ haben.

⁴⁶ So z.B. HARTMUT MAURER, zit. in Anm. 7, S. 453.

⁴⁷ Eine Kontrahierungspflicht des Zuschlagsempfängers will wohl auch JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, zit. in Anm. 2, S. 124, nicht behaupten, obwohl die zitierte Passage den Eindruck erwecken könnte, auch der Zuschlagsempfänger werde durch den Zuschlag zum Vertragsschluss verpflichtet: „Pour l’adjudicataire, [la décision d’adjudication] est une décision qui crée un droit et une obligation (de conclure le contrat)“.

⁴⁸ Vgl. zu dieser Einteilung: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 538 f. zu Art. 1 OR.

⁴⁹ Statt vieler: BGE 115 II 464 ff.; BGr. ZBJV 1997, S. 333 f. Ich selber lehne den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR freilich ab (ausführlich: *recht* 1/1992, S. 17 ff.).

sie verpflichtet war, sofort wieder auflösen, oder wird das Widerrufsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR durch die nachwirkende Kontrahierungspflicht überlagert und aufgehoben?

c. [609] Schliesslich bleibt zu überlegen, ob eine Rechtswirkung des Zuschlages darin besteht, dass er eine vorgegebene *Rechtslage verbindlich feststellt*. Auch das ist zu verneinen. Insbesondere gehört die Aussage, wonach das Angebot des Zuschlagsempfängers das „wirtschaftlich günstigste“ oder allenfalls das preisniedrigste ist⁵⁰, nicht zum Gegenstand („Tenor“) des Zuschlagsentscheides, sondern zu den Motiven, die dem Entscheid zugrunde liegen. Überdies betrifft sie nicht eine Rechtslage, sondern einen Sachverhalt, obwohl zumindest der Begriff des „wirtschaftlich günstigsten“ Angebotes ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, welcher der Vergabebehörde (wie etwa die Begriffe der „Eignung“ oder der „Zuverlässigkeit“) einen Beurteilungsspielraum lässt.⁵¹

Der Zuschlag als Verfügung: Realität und Fiktion

6. Das alles führt mich zur Einsicht, dass der vergaberechtliche Zuschlag bei vorurteilsloser Betrachtung keine *verwaltungsrechtliche Verfügung* im eingangs definierten Sinne darstellt.⁵² Gewiss ist er dem öffentlichen Rechte zuzurechnen und insofern „hoheitlich“⁵³. Hingegen ist er nicht darauf gerichtet, eine unmittelbare Rechtswirkung nach aussen zu entfalten. Er hat keine vertragsabschliessende Wirkung, selbst wenn man annimmt, dass Vertragsverhältnisse auch durch Hoheitsakt begründet werden können⁵⁴; er lässt weder ein subjektives Abschlussrecht noch eine Kontrahierungspflicht des Zuschlagsempfängers entstehen; und er enthält keine verbindliche Feststellung einer Rechtslage. Aber auch sonst [610] ist keine unmittelbare Aussenwirkung des Zuschlages zu erkennen. Zwar hat er zur Rechtsfolge, dass es der Auftraggeberin erlaubt wird, den gewünschten Beschaffungsvertrag mit dem Zuschlagsempfänger abzuschliessen. Damit regelt er jedoch nur den verwaltungsinternen Bereich, begründet also keine unmittelbare Rechtswirkung nach aussen, da sich das Verbot, das er beseitigt, nicht auch an die Anbieter richtet.

7. Dieses Ergebnis, wonach sich der Zuschlag nicht unter den gängigen Begriff der verwaltungsrechtlichen Verfügung subsumieren lässt, harmoniert mit Art. 39 VoeB, während umgekehrt Art. 29 BoeB den Zuschlag im Anwendungsbereich der BoeB-Vergabe zu den anfechtbaren Verfügungen zählt. Das Letztere ist vor dem Hintergrund meiner Ausführungen ein Problem, das aber entfällt, sobald man Art. 29 BoeB richtig versteht. Denn nach dem Sinngehalt des Art. 29 BoeB verhält es sich so, dass der darin angesprochene Zuschlag keine Verfügung *ist*, sondern nur als Verfügung *gilt*, die von den hierzu Legitimierten durch Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Art. 27 Abs. 1 BoeB) angefochten werden kann. Diese Erklärung hält auch vor dem Wortlaut des Art. 29 BoeB stand, wonach der Zuschlag und die übrigen Handlungen der Vergabebehörde, die er

⁵⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 1 und 3 BoeB.

⁵¹ Zur umstrittenen Unterscheidung zwischen dem unbestimmten Rechtsbegriff und der Einräumung von Ermessen will ich damit keine Stellung nehmen. Relevant ist sie bei der Auslegung des Art. 31 BoeB, wonach die „Unangemessenheit“ im Beschwerdeverfahren nicht gerügt werden kann.

⁵² Unüberlegt noch: PETER GAUCH, *recht* 5/1997, S. 175; Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 16, S. 87 ff.

⁵³ Das Wort „hoheitlich“ wird in verschiedenen Bedeutungen verwendet. Nach einer dieser Bedeutungen bezeichnet es schlicht und einfach die Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht. So etwa HARTMUT MAURER, zit. in Anm. 7, S. 191.

⁵⁴ Vgl. Art. 229 Abs. 1 OR, wonach auf einer Zwangsversteigerung „der Kaufvertrag dadurch zum Abschluss“ gelangt, dass der Steigerungsbeamte den Gegenstand zuschlägt. Dieser betriebsrechtliche Zuschlag ist ein Hoheitsakt, der nicht nur den Vertragsabschluss, sondern gleichzeitig den Eigentumsübergang bewirkt (vgl. RETO THOMAS RUOSS, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 2 zu Art. 229 OR).

aufzählt, als anfechtbare Verfügungen „gelten“.⁵⁵ Obwohl Gesetzestexte nicht immer präzise formuliert sind und gerade auch Art. 5 VwVG von „gelten“ spricht, während er den Begriff der Verfügung umschreibt, bildet die Formulierung des Art. 29 BoeB eben doch kein Hindernis, das meiner Erklärung im Wege steht.

8. Wird Art. 29 BoeB im erwähnten und damit richtigen Sinne verstanden, so *finziert* er eine Verfügung. Diese *Legalfiktion*⁵⁶ ist ein Kunstgriff des Gesetzgebers, der sich daraus erklärt, dass der Rechtsschutz der Anfechtung nach den allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts grundsätzlich eine Verfügung voraussetzt⁵⁷. Da der Zuschlag keine Verfügung *ist*, der BoeB-Zuschlag aber dennoch anfechtbar sein soll, bestimmt [611] Art. 29 BoeB, dass er unter dem Gesichtspunkt der Anfechtbarkeit als Verfügung *gilt*.⁵⁸ Mit dieser Fiktion verwendet Art. 29 BoeB ein gebräuchliches Hilfsmittel, dessen der Gesetzgeber sich auch in anderem Zusammenhang, sei es mit Bezug auf Verfügungen⁵⁹ oder sonstwie, bedient.

Dagegen ist nichts einzuwenden, so wenig wie gegen Art. 9 Abs. 1 BGBM, der für den kantonalen Bereich vorschreibt, dass der Zuschlag bei „öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben“ (Art. 5 Abs. 1 BGBM) „in Form einer anfechtbaren Verfügung“ zu erlassen ist (Art. 9 Abs. 1 BGBM)⁶⁰. Denn die „Form der Verfügung“ ist von deren Inhalt zu unterscheiden.⁶¹ Sie muss nach der zitierten Bestimmung gewählt werden, damit die Betroffenen über den Beschwerdeschutz verfügen, der sich mit dieser Form des Verwaltungshandelns verbindet (vgl. Art. 9 Abs. 2 BGBM).⁶² Die gleiche Idee liegt z.B. auch Art. 13 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen⁶³ zugrunde, wonach die kantonalen Ausführungsbestimmungen zu gewährleisten haben, dass der Zuschlag „durch Verfügung“ erfolgt. Dass der Zuschlag durch Verfügung zu erfolgen hat, heisst nur, dass er als anfechtbare Verfügung gilt, nicht, dass er dadurch zur Verfügung wird. „Sein“ und „Gelten“ müssen auch hier unterschieden werden.

Die Anfechtung des Zuschlages

9. Obwohl die einzige Rechtswirkung des Zuschlages in seiner Erlaubniswirkung besteht, haben die nicht berücksichtigten Anbieter ein [612] grundsätzliches *Interesse an der Anfechtung eines vergaberechtswidrigen Zuschlages*. Denn mit der Aufhebung des angefochtenen Zuschlages wird ihre je eigene Chance auf einen Zuschlag als Voraussetzung für den Abschluss des von *ihnen* angebotenen Vertrages wieder hergestellt. Diesem tatsächlichen Interesse dient *das Anfechtungsrecht*, soweit es nach der anwendbaren Vergaberechtsordnung

⁵⁵ Der französische und der italienische Gesetzestext verwenden an der Stelle des deutschen Wortes „gelten“ die gleichbedeutenden Ausdrücke „réputées“ und „considérées“.

⁵⁶ Zum Konzept legalfiktiver Verfügungen vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 129 f.; KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 73 f.

⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER, zit. in Anm. 2, S. 178 f.; KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 72; vgl. auch THOMAS FLEINER-GERSTER, zit. in Anm. 7, S. 159.

⁵⁸ Vgl. dazu auch KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 73 f.

⁵⁹ Vgl. die Beispiele bei KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 73 f.

⁶⁰ Der Zuschlag gehört zu den „Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt“, an welche die insofern unglücklich formulierte „Verfügungsregel“ des Art. 9 Abs. 1 BGBM anknüpft. Vgl. dazu PETER GAUCH, *recht* 5/1997, S. 178; ausführlich EVELYNE CLERC, in: *Droit de la concurrence, Commentaire Romand*, hrsg. von PIERRE TERCIER und CHRISTIAN BOVET, Genf 2002, S. 1147 f., N 46 f. zu Art. 9 BGBM.

⁶¹ Vgl. HARTMUT MAURER, zit. in Anm. 7, S. 244.

⁶² KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 177, sagen ganz allgemein: „Die Entscheidung [gemeint: der Zuschlag] ist in die Form der Verfügung zu kleiden, um ihre Anfechtung zu ermöglichen.“

⁶³ Gemeint ist die IVöB in der ursprünglichen und in der revidierten Fassung (1994 und 1994/2001).

besteht. Wie aber verhält es sich in rechtlicher Hinsicht? Gibt es *subjektive Rechte der übergangenen Bieter*, die durch den vergaberechtswidrigen Zuschlag verletzt und durch das Anfechtungsrecht geschützt werden?

Die Verletzung eines subjektiven Rechts auf den Abschluss des Vertrages fällt ausser Betracht, obwohl der an einen bestimmten Bieter erteilte Zuschlag negativ zum Ausdruck bringt, der Vertrag solle mit den anderen Bietern nicht abgeschlossen werden⁶⁴. Da kein Bieter ein subjektives Recht auf den Abschluss des Vertrages hat, ist von vornherein ausgeschlossen, dass ein solches Recht durch den Zuschlag verletzt wird. Gleich verhielte es sich auch dann, wenn der Zuschlag (was ich verneint habe) die Auftraggeberin zum Vertragsabschluss mit dem Zuschlagsempfänger verpflichten und diesen zum Abschluss des Vertrages subjektiv berechtigen würde. Denn ungeachtet dessen bliebe es dabei, dass *vor* dem vergaberechtswidrigen Zuschlag (der den Grund der gesuchten Rechtsverletzung bildet) keiner der Bieter einen verletzbaren Anspruch auf den Vertragsabschluss hatte. Ausser Betracht fällt aber auch die Verletzung eines subjektiven Rechts auf zuschlagsmässige Begründung eines Kontrahierungsanspruchs. Für ein derartiges Recht, das verletzt sein könnte, fehlt es an der vorausgesetzten Rechtsgrundlage, selbst wenn der Zuschlag einen Kontrahierungsanspruch des Zuschlagsempfängers zur Folge hätte. Dass das Vergaberecht den Bietern zwar keinen Anspruch auf den Vertragsabschluss, einem bestimmten Bieter aber ein subjektives Recht auf zuschlagsmässige Begründung eines Kontrahierungsanspruchs einräumen würde, lässt sich durch nichts belegen.

10. Die gestellte Frage nach der subjektiven Rechtsverletzung ist damit aber noch nicht erledigt. Zu berücksichtigen bleibt vielmehr, dass der einzelne Anbieter ein subjektives öffentliches *Recht auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften* hat.⁶⁵ Dieses individuelle Recht wird [613] durch den vergaberechtswidrigen Zuschlag verletzt.⁶⁶ Und auf seine Durchsetzung richtet sich das Anfechtungsrecht, was zugleich im öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Vergaberecht liegt. Die Einräumung derartiger Rechte und deren Schutz zielt sogar wesentlich *auch* darauf ab, den Rechtsweg zur Durchsetzung des objektiven Rechts zu öffnen und dem objektiven Vergaberecht auf diese Weise zum Durchbruch zu verhelfen.⁶⁷ Weil der in seinem individuellen Recht auf Einhaltung der Vergaberechtsvorschriften verletzte Anbieter und dessen Anfechtungsrecht die besten Garanten für die Durchsetzung der objektiven Vergaberechtsnormen sind, wird der subjektive Bieterschutz zur Funktionssicherung des objektiven Vergaberechts eingesetzt.⁶⁸ So verhält es sich auch in Bezug auf den allfälligen Schadenersatzanspruch, auf den die Verletzten nach bereits abgeschlossenem Beschaffungsvertrag verwiesen bleiben (z.B. Art. 32 Abs. 2/ Art. 34 f. BoeB).⁶⁹ Nach dem Zweck, der dem Schadenersatzanspruch zugedacht ist, soll er über den Schutz der subjektiven Bieterinteressen hinaus präventiv verhindern, dass das objektive Vergaberecht durch die jeweilige Vergabebehörde missachtet wird.⁷⁰ Die Beschränkung des Ersatzanspruches auf den Aufwendungs-

⁶⁴ KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 177 f.; EVELYNE CLERC, zit. in Anm. 1, S. 502; BRK 014/1998 [unpubliziert] E. 1a.

⁶⁵ So ausdrücklich für Deutschland: § 97 Abs. 7 GWB (zit. in Anm. 20).

⁶⁶ Dass dieses Verletzungspotential den Zuschlag nicht zur Verfügung macht, versteht sich von selbst, da Verfügungen nicht die einzigen Handlungen der Verwaltung sind, welche subjektive Rechte der Betroffenen verletzen können.

⁶⁷ Vgl. sinngemäss HARTMUT MAURER, zit. in Anm. 7, S. 171. Richtig PIERRE TERCIER, *La libéralisation du marché de la construction*, in: *Journées du droit de la construction 1997*, Freiburg 1997, S. 1 ff., S. 25: „Il ne sert à rien de prévoir des règles spéciales destinées à garantir le bon fonctionnement de la procédure si la loi ne met pas en place des mécanismes de contrôle.“

⁶⁸ Vgl. MICHAEL HOLOUBEK, *Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz*, *Zeitschrift für Verwaltung* (Österreich) 5/1998, S. 598 f.

⁶⁹ Vgl. MICHAEL HOLOUBEK, zit. in Anm. 68, S. 599.

⁷⁰ Vgl. MICHAEL HOLOUBEK, zit. in Anm. 68, S. 597.

satz, wie ihn etwa Art. 34 Abs. 2 BoeB vorsieht⁷¹, limitiert feilich auch die mit-bezweckte Präventivwirkung des Schadenersatzrechts.

11. Mit seiner gedanklichen Einbettung in die tatsächliche und rechtliche Interessenlage der Anbieter ist das Anfechtungsrecht selbstverständlich nicht umfassend behandelt. Es stellen sich zahlreiche Einzelfragen, auf die ich hier nicht weiter eintreten will. Dazu gehört unter [614] anderem auch die Frage, ob zur Anfechtung nur legitimiert sei, wer selber eine *echte* Chance auf den Zuschlag gehabt hätte.⁷² Auf keinen Fall zu folgen aber vermag ich der Aussage, wonach der Zuschlag das Gesuch der nichtberücksichtigten Bieter auf Begründung eines Kontrahierungsanspruches abweise.⁷³ Diese Aussage unterstellt den Anbietern ein Gesuch, das in ihrem Angebot nicht enthalten ist, und zwar auf die Einräumung eines subjektiven Rechts, das der Zuschlag nicht begründet. Ausserdem wäre, wenn die subjektive Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Abweisung eines solchen Gesuches läge, immer nur *ein* Bieter in seinem subjektiven Recht verletzt, weshalb materiell auch nur dieser befugt sein könnte, die Aufhebung des Zuschlags zu verlangen.

Die Gegenposition

12. Dass der Zuschlag trotz Art. 29 BoeB und anderen Erlassen, die von „Verfügung“ sprechen, der Sache nach keine Verfügung ist, wird schon mit Rücksicht auf seine mögliche Anfechtbarkeit kaum unbestritten bleiben. Wer die Gegenposition vertritt, also behauptet, der Zuschlag sei eine veritable Verfügung, stösst indes auf verschiedene Schwierigkeiten. Vorab kommt er in *Konflikt mit der Vorschrift des Art. 39 VoeB*, die für Beschaffungen des Bundes, welche nicht dem BoeB unterstehen, explizit bestimmt, dass der Zuschlag und andere Vergabeentscheide „keine Verfügungen dar[stellen]“. Dieser Konflikt liesse sich freilich durch eine „passende“ Auslegung des Art. 39 VoeB beheben. Er entfällt, wenn man annimmt, dass Art. 39 VoeB in der deutschen Fassung unglücklich formuliert und die Bestimmung einzig darauf gerichtet ist, die [615] Anfechtbarkeit (auch) des Zuschlages auszuschliessen, nicht aber dessen Verfügungscharakter in Abrede zu stellen.⁷⁴ Der französische und der italienische Text des Art. 39 VoeB lassen mehrere Deutungen zu.⁷⁵

⁷¹ Dazu habe ich mich bereits wiederholt und kritisch geäussert, z.B. in *recht 5/1997*, S. 175 f.

⁷² Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (vgl. BRK 9/1997, VPB 62.16, E. 2b) betrachtet all jene als zur Anfechtung legitimiert, gegenüber denen die Verwaltung eine sie direkt belastende Verfügung erlassen hat. Dazu gehören „die nicht berücksichtigten oder ausgeschlossenen Mitbewerber“. Für das VGer. VD (E vom 22.6.2001, Baurecht 4/2001, S. 161, Nr. S53) bleibt das Fehlen einer echten Zuschlagschance ohne Einfluss auf die Legitimation des Beschwerdeführers. Nach dem VGer. AG (E vom 20.8.1999, Baurecht 4/2000, S. 132, Nr. S54) setzt die Legitimation voraus, dass der Beschwerdeführer bei Aufhebung des Zuschlags eine realistische Chance auf dessen Erteilung hat oder geltend macht, die Vergabestelle habe Verfahrensfehler begangen und das Vergabeverfahren sei aus diesem Grunde zu wiederholen.

⁷³ So: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, zit. in Anm. 2, S. 124.

⁷⁴ So argumentieren z.B. GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 2, S. 155 f., zitiert auch bei PETER GAUCH, *recht 5/1997*, S. 176.

⁷⁵ Französisch: „Les décisions ... ne sont pas sujettes à recours“; italienisch: „Le decisioni ... non sono impugnabili“. Die Ausdrücke „décisions“ und „decisioni“ können die allgemeine Bedeutung von „Entscheid“ oder den spezifischen Sinn einer verwaltungsrechtlichen „Verfügung“ haben. Im ersten Fall lassen sich beide Bestimmungen so lesen, dass die unanfechtbaren Entscheide in Übereinstimmung mit dem deutschen Text keine Verfügungen und deshalb unanfechtbar sind. Im zweiten Fall sind die unanfechtbaren Entscheide nach dem Wortlaut der beiden Bestimmungen und in Abweichung vom deutschen Text zwar Verfügungen, deren Anfechtbarkeit aber negiert wird.

13. Die Hauptschwierigkeit, der die Gegenposition begegnet, ist begrifflicher Art. Denn für den *Begriff der verwaltungsrechtlichen Verfügung* existiert eine gängige und im Wesentlichen anerkannte Definition, deren Elemente der Zuschlag nicht vollständig erfüllt, da es ihm an der unmittelbaren Rechtswirkung nach aussen fehlt, auf die sich eine Verfügung begriffsnotwendig richtet. Um mit dieser Schwierigkeit fertig zu werden, bieten sich nur zwei Wege an: Entweder dehnt man den Begriff der Verfügung, um auf diese Weise die begriffliche Voraussetzung zu schaffen, damit der Zuschlag zu einer Verfügung wird. Oder man konstruiert eine unmittelbare Aussenwirkung, die der Zuschlag nicht hat, aber haben muss, um eine Verfügung zu sein.

Beide Wege sind wissenschaftlich ungangbar. Der erste Weg passt die Verfügung dem Zuschlag und der zweite Weg passt die Wirkung des Zuschlages der Verfügung an. Die Gefahr, das eine oder andere zu tun, liegt besonders nahe, wenn man den Verfügungscharakter des Zuschlages gedanklich als gegeben vorwegnimmt. Ein derartiges „Vorverständnis“ fördert vor allem die Tendenz zum vitiösen Zirkel. Vom Begriff der Verfügung schliesst man dann auf die Merkmale des Zuschlages, die man wiederum verwendet, um den Zuschlag als Verfügung zu qualifizieren. Darin äussert sich ein Präferenzeffekt, der dazu verleitet, Argumente für die „Richtigkeit“ der vorweggenommenen Qualifikation zu finden. Das ist ein (meist unbewusster) Vorgang, der sich in ähnlicher Weise auch in anderen Bereichen der juristischen Argumentation abspielt⁷⁶. [616] Indes bleibt festzuhalten, dass sich die Eigenart des Zuschlages nicht aus dem Begriff der Verfügung ergibt, sondern die Antwort auf die Frage, ob er eine Verfügung ist, von seiner Eigenart abhängt.

Schluss

14. Meine *Analyse des vergaberechtlichen Zuschlages* hat mich zur Erkenntnis geführt, dass es sich dabei nicht um eine verwaltungsrechtliche Verfügung handelt, weil es ihr an einer unmittelbaren Rechtswirkung nach aussen fehlt, auf die sich die Verfügung begriffsnotwendig richtet. Der eingangs erwähnte Widerspruch zwischen Art. 29 BoeB und Art. 39 VoeB ist indes ein nur scheinbarer, weil Art. 29 BoeB lediglich bestimmt, dass der BoeB-Zuschlag als Verfügung *gilt*, nicht, dass er wirklich eine Verfügung *ist*. In diesem Punkt stimmt Art. 29 BoeB überein mit den Vorschriften anderer Vergabeerlasse, die ebenfalls eine Verfügung fingieren, wo doch der Zuschlag in Wirklichkeit keine Verfügung ist.

Nun mag man gegen meine Analyse einwenden, dass es der geistigen Kraftanstrengung nicht lohne, zwischen einer *wirklichen* und einer *fingierten* Verfügung zu unterscheiden. Ich meine aber doch! Denn erstens verlangt schon das Gebot der wissenschaftlichen Exaktheit, dass zwischen „Sein“ und „Gelten“ unterschieden wird. Zweitens ist die Jurisprudenz, um plausibel zu sein, darauf angewiesen, dass sie das Instrumentarium der eigenen Begriffe (hier des Verfügungsbegriffs) konsequent verwendet. Und drittens fördert die undifferenzierte Annahme, der Zuschlag sei *wirklich* eine Verfügung, die bereits erwähnte Tendenz, vom Begriff der Verfügung auf die Merkmale des Zuschlages zu schliessen.

15. Die Legalfiktion einer Verfügung würde sich erübrigen, wenn der verwaltungsrechtliche Rechtsschutz sich in vermehrtem Masse von seiner *zwillingshaften Anbindung an das Institut der Verfügung* zu lösen vermöchte⁷⁷. Obwohl gerade auch der Zuschlag ein Anlass sein könnte, um über das Letztere nachzudenken, wäre es für den Privatrechtler vermessen, wollte er jetzt auch noch zur allgemeinen Problematik des Verwaltungsrechtsschutzes übergehen.

⁷⁶ Zur Qualifikation der Verträge vgl. in diesem Zusammenhang meinen Festschriftbeitrag (Vertragstypenrecht) für HEINRICH HONSELL, Festschrift Honsell, Zürich 2002, S. 9.

⁷⁷ Vgl. dazu KÖLZ/HÄNER, zit. in Anm. 5, S. 72 und 74.

Der Zuschlag war für mich Herausforderung genug! Darin liegt auch der Grund, weshalb ich andere Akte der Vergabebehörden (etwa die [617] öffentliche Ausschreibung oder den Ausschluss eines Bewerbers) ausser Acht gelassen und sie namentlich nicht darauf hin geprüft habe, ob sie verwaltungsrechtliche Verfügungen *sind* oder allenfalls (nur) als Verfügungen *gelten*. Trotz meiner Konzentration auf den Zuschlag ist es mir nicht einmal gelungen, sämtliche Fragen, die er aufwirft, zu erfassen. Einige Fragen habe ich bloss gestreift, andere übergangen.

Somit ist mein Beitrag ein Stückwerk. Dennoch verstärkt er in mir selber den Eindruck, dass die Kombination von öffentlich-rechtlichem Zuschlag und privatrechtlichem Vertrag keine optimale Verbindung ist. Sie wirft viele ungelöste Fragen nach dem Zusammenspiel zwischen dem öffentlichen und dem privaten Rechte auf, die vom Stadium der Vertragsanbahnung⁷⁸ bis hinein in das Vertragsverhältnis reichen. Die Zukunft wird zeigen, ob sich Alternativen zur heutigen Lösung finden. Eine Tendenz wird vielleicht dahin gehen, den vergaberechtlich vorgeordneten Beschaffungsvertrag durchwegs dem öffentlichen Recht zu unterstellen, wemgleich die Bedarfsdeckung der Verwaltung einen nur mittelbaren Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung aufweist. Diese Möglichkeit⁷⁹ ist ohne fachspezifische Vorurteile zu prüfen. Zur Zeit freilich erachte ich einen derartigen Wechsel vom privaten ins öffentliche Vertragsrecht als wenig vorteilhaft. Würde er aber stattfinden, und dies noch zu unseren Lebzeiten, so hätte ich, lieber THOMAS, ein öffentlich-rechtliches Thema auch für eine Deiner nächsten Festschriften.

16. Dass ich mich bereits in diesem Beitrag auf das Gebiet des öffentlichen Rechts gewagt habe, ist nicht nur eine Nebenwirkung Deines fünfundsechzigsten Geburtstages, sondern entspricht auch Deiner schon früh geäußerten *Kritik, wonach die Zweiteilung in privates und öffentliches Recht eine künstliche Angelegenheit sei*. Da ich seit jeher exakt auf Dich, den THOMAS, höre, ist mir Deine Kritik nicht entgangen⁸⁰, auch wenn Du bei den praktischen Geschäften (etwa bei der Verteilung der Fakultätsmittel unter die Lehrstühle) sehr wohl zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht zu unterscheiden wusstest. Der theoretische Ansatz, wie [618] richtig er sein mag, wird eben immer wieder durch das praktische Leben überlagert. So wurde auch mein praktisches Berufsleben ganz durch das Privatrecht bestimmt, weshalb für mich die Niederschrift meines öffentlich-rechtlichen Festschriftbeitrages so etwas wie ein Lernprozess war. Ich hoffe, dass mein Beitrag dennoch als Geburtstagsgeschenk taugt. Vor allem aber hoffe ich, dass es uns beiden vergönnt sei, noch lange in Freundschaft vereint, wenn auch fachlich getrennt, zusammenzuarbeiten.

Korr.: MD, 10.01.2005

⁷⁸ Vgl. dazu PETER GAUCH, Zuschlag und Vertrag, zit. in Anm. 16, S. 95 ff.

⁷⁹ Für das deutsche Recht vgl. neuerdings VOLKER SCHLETTE, Die Verwaltung als Vertragspartner, Tübingen 2000, S. 148 ff.

⁸⁰ Eine einschlägige Fundstelle, die sich als Zitat eignet, vermag ich allerdings nicht mehr zu finden, weshalb ich nicht ganz ausschliessen kann, dass es sich um eine bloss mündliche Kritik gehandelt hat, was dann aber perfekt zu dem von mir gewählten Ausdruck „hören“ passen würde.