

Thomas Locher

Dr. iur.

**Wirkungen des Zuschlags auf den
Vertrag im Vergaberecht**

Eine verwaltungsrechtliche Einordnung



Stämpfli Verlag

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis.....	VII
Literaturverzeichnis.....	XVII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXVII
Einleitung.....	1
I. Einführung in das Thema.....	1
II. Orientierung.....	2
III. Abgrenzung.....	3
1. Teil: Grundlagen – Begriffe.....	5
§ 1 Annäherung an den Untersuchungsgegenstand.....	6
I. Einleitung.....	6
II. Entwicklung des öffentlichen Beschaffungsrechts.....	7
1. Bis 1996: Vergaberecht ist Privatrecht.....	7
a. Gesetzliche Grundlagen.....	7
b. Qualifikation der Erlasse als Verwaltungsverordnungen....	9
c. Auswirkungen der Qualifikation als Verwaltungsverordnungen.....	10
2. Seit 1996: Vergaberecht ist (auch) öffentliches Recht.....	11
a. Gesetzliche Grundlagen.....	12
b. Wichtigste Regelungselemente.....	13
III. Festlegung des Untersuchungsgegenstands.....	15

§ 2	Vergabeverfahren	16
I.	Einleitung.....	16
II.	Ablauf der öffentlichen Beschaffung	16
1.	Vorbereitungsphase.....	16
2.	Vergabephase (Vergabeverfahren).....	17
3.	Abwicklungsphase.....	17
III.	Vergabephase.....	18
1.	Numerus clausus an Verfahrensarten.....	18
a.	Offenes und selektives Verfahren	19
b.	Einladungsverfahren und freihändiges Verfahren	20
2.	Ablauf des Vergabeverfahrens.....	22
a.	Ausschreibung	22
b.	Einreichung der Angebote	23
c.	Öffnung und Prüfung der Angebote	23
d.	Zuschlagsverfügung	24
3.	Wechsel vom Verwaltungs- zum Vertragsrecht.....	25
IV.	Ergebnis	25
§ 3	Rechtsnatur des Zuschlags.....	27
I.	Einleitung.....	27
II.	Verfügungsbegriff und Rechtsschutzinteresse.....	27
1.	Anfechtungsobjekt Zuschlag	28
2.	Keine dogmatische Klärung der Rechtsnatur	29
III.	Strukturelemente der Zuschlagsverfügung	29
1.	Anordnung einer Behörde.....	29
2.	Einzelfall	30
3.	Einseitigkeit	31
4.	Abstützung im öffentlichen Recht des Bundes.....	32
5.	Regelung eines Rechtsverhältnisses? Verbindlichkeit?	33
IV.	Regelung eines Rechtsverhältnisses.....	33
1.	Begriff des Rechtsverhältnisses.....	33
2.	Beschaffungsrechtliche Rechtsgrundlagen.....	34
V.	Wirkungen des Zuschlags.....	35

1. Nur Innenwirkung?.....	35
2. Kein Vertragsschluss und keine Kontrahierungspflicht	36
a. Kein Vertragsschluss	36
b. Keine Kontrahierungspflicht.....	38
c. Zwischenergebnis	40
3. Festlegung des Vertragsinhalts.....	40
4. Pflichten der Auftraggeberin.....	41
5. Rechte und Pflichten der Zuschlagsempfängerin	42
a. Recht auf reale Auftragerfüllung	42
b. Bindung an das abgegebene Angebot	43
6. Gesonderte Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden als weiteres Indiz für Rechte und Pflichten	44
7. Kein Widerspruch zur fehlenden Anfechtbarkeit gewisser Vergaben.....	45
VI. Ergebnis	46
§ 4 Vergaberechtlich erlaubter und unerlaubter Vertrag	47
I. Einleitung.....	47
II. Begriff des vergaberechtlich erlaubten Vertrags	47
III. Rechtswirksamkeit des Zuschlags.....	49
1. Begriff und Eintritt der Rechtswirksamkeit	49
2. Rechtsgenügeliche Eröffnung des Zuschlags.....	49
a. Allgemeine Eröffnungsform	49
b. Beschaffungsrechtliche Eröffnung: Veröffentlichung des Zuschlags.....	50
3. Eintritt der Rechtswirksamkeit	50
a. Allgemein: Rechtswirksamkeit mit formeller Rechtskraft	51
b. Beschaffungsrecht: keine aufschiebende Wirkung der Beschwerde.....	51
c. Aber beschaffungsrechtlicher Aufschub der sofortigen Rechtswirksamkeit	52
IV. Übereinstimmung des Zuschlags mit dem Vertrag.....	54
1. Allgemeine Grundlagen.....	55
2. Beschaffungsrechtliche Grundlage.....	55
a. Zulässigkeit geringfügiger Abweichungen.....	56

b.	Definition der Geringfügigkeit.....	56
3.	Keine Voraussetzung: materielle Richtigkeit des Zuschlags...	57
V.	Einordnung der vergaberechtlich unerlaubten Verträge.....	57
1.	Fehlende Rechtswirksamkeit des Zuschlags	58
a.	Schlechteröffnung des Zuschlags.....	58
b.	Missachtung des Aufschubs der Rechtswirksamkeit.....	58
c.	Vorzeitig abgeschlossener Vertrag	58
2.	Wesentliche Abweichung zwischen Zuschlag und Vertrag....	59
a.	Wesentliche Abweichung führt zu freihändiger Vergabe..	60
b.	Fehlende Rechtswirksamkeit	60
3.	De-facto-Vergabe.....	61
4.	Zwischenergebnis.....	61
VI.	Ergebnis	62
§ 5	Zuschlagsaufhebung und Vertragsschluss	63
I.	Einleitung.....	63
II.	Wortlaut des Art. 32 Abs. 2 BöB	63
III.	Auslegung des Begriffs „abgeschlossener Vertrag“.....	64
1.	Auslegung von Gesetzesbestimmungen im Allgemeinen	64
2.	Interpretation des Begriffs	64
a.	Grammatikalische Auslegung.....	64
b.	Systematische Auslegung.....	65
c.	Historische Auslegung	68
d.	Teleologische Auslegung.....	69
3.	Zwischenergebnis.....	70
IV.	Auswirkungen auf den vergaberechtlichen Rechtsschutz	70
1.	Gesetzliche Grundlage für Urteile des Bundesverwaltungsgerichts.....	71
a.	Allgemeines Verfahrensrecht: Gestaltungsurteil nach Art. 61 VwVG.....	71
b.	Öffentliches Beschaffungsrecht: Art. 32 BöB.....	71
2.	Primärrechtsschutz bei vergaberechtlich unerlaubten Verträgen	73
3.	Nur Sekundärrechtsschutz bei vergaberechtlichen erlaubten Verträgen	74

V. Ergebnis	74
§ 6 Die Frage der vertragsrechtlichen Gültigkeit.....	76
I. Einleitung.....	76
II. Gültigkeit vergaberechtlich erlaubter Verträge	76
III. Gültigkeit vergaberechtlich unerlaubter Verträge?	77
1. Vertragsrechtliche Ungültigkeit	77
2. Vertragsrechtliche Gültigkeit.....	78
a. Argumente für die Gültigkeit.....	78
b. Argumente gegen die Gültigkeit vergaberechtlich unerlaubter Verträge	79
3. Gültigkeit mit Anordnungen an die Vergabestelle	80
a. Verwaltungsrechtliche Einwendungen gegen die Anordnungen	81
b. Praktischer Einwand: fehlende Durchsetzbarkeit der Anordnungen	85
IV. Ergebnis	86
2. Teil: Einordnung – Rechtsfolgen.....	89
§ 7 Ausgangspunkt: Die Zweistufentheorie	90
I. Einleitung.....	90
II. Ursprung und Konstruktion der Zweistufentheorie	90
1. Ursprung der Theorie	90
2. Stufen „Ob“ und „Wie“ der Leistung	91
3. Das Verhältnis der Stufen zueinander.....	92
a. Keine Erledigung der Verfügung mit dem Vertragsschluss.....	92
b. Das „Ob“ als Wirksamkeitsvoraussetzung des „Wie“	92
4. Rechtsfolgen der Verknüpfung der beiden Stufen.....	93
a. Rechtskräftige Verfügung: Gültigkeit des Vertrags	93
b. Nichtigkeit der Verfügung: Ungültigkeit ex tunc des Vertrags	94
c. Aufhebung der Verfügung: Ungültigkeit ex nunc des Vertrags	94
III. Konzeption des eidgenössischen Gesetzgebers.....	95

1. Art. 22 Abs. 1 BöB.....	95
2. Ansatz der sogenannten Zweischichtentheorie.....	96
a. Anliegen und Konzeption	96
b. Es bleibt dabei: Zweistufentheorie	97
3. Zweistufentheorie im eidgenössischen öffentlichen Beschaffungsrecht.....	98
a. „Ob“ und „Wie“ der öffentlichen Beschaffung.....	98
b. Der Zuschlag als Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrags	99
c. Rechtsfolgen: Fehlen einer gesetzlichen Grundlage.....	101
IV. Ergebnis	102
§ 8 Planwidrige Unvollständigkeit des BöB.....	103
I. Einleitung.....	103
II. Begriff der Lücke	103
III. Unvollständigkeit des BöB.....	104
1. Allgemein zur gesetzlichen Grundlage	105
2. Beschaffungsrechtliche Grundlage.....	105
a. Vergaberechtlich erlaubte Verträge.....	106
b. Vergaberechtlich unerlaubte Verträge	106
3. Keine obligationenrechtliche Gesetzesgrundlage.....	107
4. Zwischenergebnis: Unvollständigkeit des BöB.....	108
IV. Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers?	108
1. Allgemeine Indizien für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers.....	109
2. Keine Indizien für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers.....	110
V. Keine Überbrückung der Lücke mittels Auslegung	111
VI. Gesetzesvorbehalt als Grenze der Lückenfüllung?	112
VII. Ergebnis	113
§ 9 Lückenfüllung und vertragsrechtliche Folgen	114
I. Einleitung.....	114
II. Lückenfüllung im Sinne des konsequenten Gesetzgebers.....	114

1. Anknüpfen an ähnliche Bestimmungen	115
2. Berücksichtigung der konkreten Interessen.....	115
III. Ähnliche Bestimmungen im schweizerischen Recht	116
1. Ausgangspunkt: Zuschlag als Wirksamkeitsvoraussetzung ..	116
2. Andere Erlasse mit Verfügungen als Wirksamkeitsvoraussetzungen	117
3. Vergleichbarkeit der Bewilligungs- mit dem Vergabeverfahren	118
a. Verfahrenseinleitung auf Gesuch hin und von Amtes wegen.....	118
b. Funktion der Verfahren	119
IV. Interessen des BGG und des BewG.....	119
1. BGG: Erhaltung des gesunden Bauernstandes	120
2. BewG: Schutz vor Bodenüberfremdung	120
3. Zwischenergebnis: einseitige Berücksichtigung öffentlicher Interessen.....	121
V. Interessen im öffentlichen Beschaffungsrecht	122
1. Öffentliche Interessen	122
a. Effizienter Einsatz öffentlicher Mittel.....	122
b. Rasche Befriedigung des Verwaltungsbedarfs	122
2. Private Interessen	123
a. Interessen der Vertragspartnerin.....	123
b. Interessen der unterlegenen Anbieterinnen.....	123
3. Zwischenergebnis: differenzierte Interessenslage	123
VI. Lückenfüllung	125
1. BGG und BewG	125
a. Voraussetzung der Bewilligung	125
b. Rechtsfolge Nichtigkeit.....	125
2. BöB.....	126
a. Voraussetzung der Zuschlagsverfügung	126
b. Rechtsfolgen	126
c. Rechtsfolge Nichtigkeit.....	126
d. Rechtsfolge Ungültigkeit ex nunc.....	129
3. Zwischenergebnis.....	131
4. Keine Lückenfüllung bei nichtiger Zuschlagsverfügung.....	132
a. Nichtigkeit der Verfügung.....	133

b. Nichtigkeit des Vertrags.....	134
VII. Ergebnis	135
§ 10 Aufhebung des Zuschlags – mögliche Konstellationen.....	137
I. Einleitung.....	137
II. Aufhebung des nicht rechtskräftigen Zuschlags.....	137
III. Mögliche Urteile des Bundesverwaltungsgerichts	138
1. Abweisung der Beschwerde – Gültigkeit des Vertrags	139
a. Verfüht abgeschlossene Verträge.....	139
b. De-facto-Vergaben.....	140
2. Gutheissung der Beschwerde (Gestaltungs- oder Feststellungsurteil)	141
3. Gestaltungsurteil – Ungültigkeit ex nunc des Vertrags.....	142
4. Feststellungsurteil – Gültigkeit des Vertrags	142
a. Rechtswirksamkeit des Zuschlags mangels Suspensiveffekts der Beschwerde.....	142
b. Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung.....	143
c. Erfolgsprognose	145
d. Interessenabwägung.....	145
e. Zwischenergebnis	149
IV. Neuer Zuschlag der Vergabestelle	150
1. Devolutiveffekt nach Art. 54 VwVG	150
2. Abweichung vom Devolutiveffekt	151
a. Neue Verfügung nach Art. 58 VwVG.....	151
b. Anwendbarkeit von Art. 58 VwVG im öffentlichen Beschaffungswesen.....	151
3. Ausgewählte Aspekte zum Erlass der neuen Verfügung.....	151
a. Anlass zur neuen Verfügung oder Rücknahme	151
b. Schranken.....	152
4. Neue Verfügung im öffentlichen Beschaffungsrecht	153
a. Voraussetzungen.....	153
b. Neue Verfügung nur bei nicht rechtswirksamem Zuschlag.....	153
V. Widerruf des Zuschlags durch die Vergabestelle.....	154
1. Allgemeines Prüfprogramm für den Widerruf	155
2. Voraussetzungen des Zuschlagswiderrufs.....	156

a. Widerrufsgründe.....	156
b. Interessenabwägung und pflichtgemäßes Ermessen.....	157
3. Zuschlagswiderruf und Vertrag	157
a. Vergaberechtlich unerlaubte Verträge	157
b. Vergaberechtlich erlaubte Verträge.....	158
VI. Ergebnis	159
§ 11 Einzelfragen des Rechtsschutzes.....	161
I. Einleitung.....	161
II. Anfechtungsobjekt.....	161
1. Anfechtungsobjekt Zuschlag	162
2. Anfechtungsobjekt bei de-facto-Vergaben	162
a. Fiktion der Zuschlagsverfügung.....	162
b. Rechtsverweigerungsbeschwerde	163
III. Beschwerdefrist.....	164
1. Dauer der Beschwerdefrist.....	164
2. Auslösen der Beschwerdefrist.....	164
a. Eröffnung der Verfügungen im Beschaffungsrecht	165
b. Fristenlauf nach Veröffentlichung des Zuschlags.....	166
c. Kein Fristenlauf bei fehlender Veröffentlichung des Zuschlags.....	166
IV. Beschwerdebefugnis.....	168
1. Anwendbarkeit des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts	168
2. Allgemeines Beschwerderecht.....	169
3. Schutzwürdiges Interesse (i.w.S.).....	169
a. Formelle Beschwer.....	170
b. Allgemeines zur materiellen Beschwer (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG)	171
c. Materielle Beschwer im offenen und selektiven Vergabeverfahren	172
d. Materielle Beschwer im freihändigen Vergabeverfahren (und bei de-facto-Vergaben)	174
V. Ergebnis	175

§ 12 Schadenersatz.....	177
I. Einleitung.....	177
II. Ausgangspunkt: Art. 34 BöB	177
III. Sekundärrechtsschutz	179
1. Anwendbarkeit bei vergaberechtlich erlaubten Verträgen....	179
2. Keine Anwendbarkeit bei vergaberechtlich unerlaubten Verträgen und bei Vergaben ausserhalb des Gesetzes	180
IV. Weitere Haftungsnormen	181
1. Eidgenössisches Verantwortlichkeitsgesetz	182
2. Insbesondere culpa in contrahendo.....	183
V. Ergebnis	183
 Sachregister.....	 187