

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Begründet von Max Gutzwiller · Fortgesetzt von Felix Wubbe

L'HOMME
DANS SON ENVIRONNEMENT
MENSCH UND UMWELT

PETER GAUCH

DIE SUBMISSION IM BAUWESEN – PRIVATRECHTLICHE ASPEKTE

Inhalt

I. Übersicht

1. Das Ziel der Submission: Abschluß eines Bauvertrages
2. Die Hauptstufen des Submissionsverfahrens
3. Abgrenzungen

II. Privatrechtliche Einzelfragen

1. Das Submissionsverhältnis
2. Die Pflicht des Ausschreibers zu ernsthaftem Verhandeln
3. Das Angebot eines Submittenten
4. Die Annahme eines Angebotes
5. Die beidseitige Unterzeichnung einer Vertragsurkunde
6. Ansprüche des nichtberücksichtigten Submittenten

III. Die Ausschreibung durch einen öffentlichen Bauherrn

1. Der privatrechtliche Charakter des Submissionsverhältnisses
2. Die Bedeutung der Submissionsordnungen
3. Die Anfechtung der Vergebung durch Beschwerde

Abkürzungen

BauR: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (Deutschland); *BGE*: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung); *BGHZ*: Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen; *BR*: Baurecht (Mitteilungen aus dem Seminar für Schweizerisches Baurecht); *BSVO*: Submissionsverordnung des Bundes (Verordnung über die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten des Bundes, 1971); *Eidg.*: eidgenössische; *GVP*: St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis; *Kt.*: Kanton; *NSG*: Bundesgesetz über die Nationalstraßen (1960); *NSV*: Verordnung über die Nationalstraßen (1964); *OR*: Bundesgesetz über das Obligationenrecht (1911); *PVC*: Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden; *SIA*: Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein; *SIA-Norm 117*: Norm für Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Bauarbeiten (Ausgabe 1972); *STA-Norm 118*: Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten

(Ausgabe 1977); *SJZ*: Schweizerische Juristen-Zeitung; *SVO*: Submissionsverordnung; *VOB/A*: Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (Deutschland); *VPB*: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden; *Zbl*: Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung; *ZGB*: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (1907); *ZSR*: Zeitschrift für Schweizerisches Recht; *ZWR*: Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung.

Literatur

BONNARD C., Problèmes relatifs au recours de droit public, ZSR 1962 II, S. 381 ff.; BUCHER E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1979; BURKHARDT W., ZBJV 1935, S. 643 f.; DESCHENAUX, La concurrence dans la mise en soumission de travaux de construction en droit privé et en droit des cartels, Beitrag zur vorliegenden Festschrift, S. 149 ff.; DREYER G., Les marchés des travaux publics et la procédure de la soumission, Diss. Freiburg 1938; FLEINER T., Grundzüge des schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. A., Zürich 1980; GAUCH P., Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1977; GYGI F., Die Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1979; *derselbe*, Über die anfechtbare Verfügung, in: Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bern 1979, S. 517 ff.; GRISEL A., Droit administratif suisse, Neuenburg 1970; HUBER H., ZBJV 1964, S. 423; IMBODEN M., Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 1958 II, S. 1 a ff.; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. A., Basel und Stuttgart, 1976; INGENSTAU/KORBION, Kommentar zur VOB, 8. A., Düsseldorf 1977; KÖLZ A., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978; LEIGGENER E., Die Vergebung von öffentlichen Arbeiten der Gemeinwesen als Problem des Rechtsstaates, Diss. Freiburg 1976; MACHERET A., La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, 1974, Sep.-ausg.; MARTI H., Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. A., Basel und Stuttgart 1977; MICHEL N., La conclusion des marchés publics, Diss. Freiburg 1979, erschienen in: Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Bd. 25; MÜLLER P. R., Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Diss. Zürich 1970; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zu Art. 1–183 OR, 2. A. Zürich 1929, und zu Art. 184–418 OR, 2. A., Zürich 1936; PIOTET P., Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Bern 1963; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar zu Art. 1–17 OR, Zürich 1973; SCHNEEBERGER E., Kommerzielles Vertragsrecht, Zürich 1976; SCHWAGER R., Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluß privatrechtlicher Verträge, Diss. Freiburg 1974, erschienen in: Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Bd. 41; SCHWARZENBACH H., Die neue eidgenössische Submissionsordnung für den Nationalstraßenbau, Zbl 1965, S. 57 ff.; TRUNINGER H., Die Freiheit des Staates bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen, Diss. Zürich 1950; von TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, 3. A., Zürich 1974 und 1979; ZWAHLEN H., Le contrat de droit administratif, ZSR 1958 II, S. 461 a ff.

I. ÜBERSICHT

Der Ausdruck «Submission» ist eine eingebürgerte Kurzbezeichnung für ein ganzes Verfahren, das sich auf den Abschluß eines Vertrages richtet. In diesem Aufsatz ist mit «Submission» stets die Submission im Bauwesen gemeint. In ihr geht es um die Vergebung von Bauarbeiten, durch welche ein mit Grund und Boden verbundener Bau (oder ein Bauteil) körperlich gestaltet (hergestellt, verändert oder zerstört) werden soll. Die Submission findet vor allem und häufig dann statt, wenn größere Bauarbeiten in Frage stehen. Veranstaltet wird sie vom (potentiellen) Besteller der Bauarbeiten. Ihm dient sie dazu, aus einer Anzahl von verschiedenen Bauunternehmern, die er in geordnetem Verfahren in Wettbewerb treten läßt, für die Verwirklichung seines Bauprojektes einen Vertragspartner auszuwählen. Ihr Ziel besteht im Abschluß eines Bauvertrages mit einem der Konkurrenten. Von diesem Ziel soll zunächst die Rede sein:

1. Das Ziel der Submission: Abschluß eines Bauvertrages

a. **Der Bauvertrag**, auf dessen Abschluß sich die Submission (im Bauwesen) richtet, ist ein *Werkvertrag* (Art. 363 ff. OR), worin sich ein Bauunternehmer gegenüber einem Besteller zur entgeltlichen Ausführung von Bauarbeiten (mit oder ohne Lieferung des benötigten Materials) verpflichtet. Möglich ist auch, daß sich mehrere Unternehmer zu einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 OR) zusammenschließen, um dann die Bauarbeiten gemeinsam (als «Arbeitsgemeinschaft») zu übernehmen. Dieser Fall wird im folgenden nicht mehr eigens erwähnt, ist aber stets mitverstanden, wenn vom Unternehmer gesprochen wird. Kein Bauvertrag im hier verstandenen Sinne liegt vor, wenn sich die typische Vertragsleistung in der Lieferung beweglicher Sachen, in der Zurverfügungstellung von Baumaschinen oder in der Ausarbeitung von Plänen erschöpft.

Besteller der Bauarbeiten ist im Submissionsverfahren regelmäßig der *Bauherr*. «Bauherr» ist nach geläufiger Fachsprache nur der Besteller, für den das Bauwerk schließlich bestimmt ist; also nicht ein Unternehmer, der übernommene Bauarbeiten an einen Subunternehmer weiter-

vergift. Zwar kann auch ein solcher Unternehmer eine Submission zur Vergebung der übernommenen Arbeiten veranstalten. Doch wird dieser Nebenfall im vorliegenden Aufsatz nicht eigens berücksichtigt.

Der so verstandene Bauvertrag ist ein *Vertrag des privaten Rechts*, also kein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Dies gilt nach herrschender (und zutreffender) Ansicht auch dann, wenn der Besteller ein öffentlicher Bauherr (Bund, Kanton, Gemeinde oder andere juristische Person des öffentlichen Rechtes) ist¹.

b. Der Abschluß des Bauvertrages begründet zwischen Besteller und Unternehmer ein (Werk-)Vertragsverhältnis. Er geschieht, wie jeder Vertragsabschluß, durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR). Diese Erklärungen sind von Gesetzes wegen an keine besondere *Form* gebunden. Nach dem Gesetze kann daher der Bauvertrag in irgendeiner Form gültig abgeschlossen werden (Art. 11 Abs. 1 OR), durch ausdrückliche oder stillschweigende Vertragserklärungen (Art. 1 Abs. 2 OR).

2. Die Hauptstufen des Submissionsverfahrens

Das Submissionsverfahren, das sich auf den Abschluß eines Bauvertrages richtet, wickelt sich über verschiedene Stufen ab². Drei wichtige Stufen sind besonders hervorzuheben:

Bei der Sammlung des Stoffes und der Kontrolle der Zitate hat mir mein Assistent lic. iur. Jean-Claude WERZ wertvolle Hilfe geleistet.

¹ So BGE 60 I 369; 89 I 258; 93 I 509; 101 IV 410f.; 103 Ib 156f.; VPB 1976, Nr. 55, S. 20; ZBl 1979, S. 131f; FLEINER, § 19, Nr. 5; GAUCH, Nr. 277; GRISEL, S. 46; IMBODEN, ZSR 1958 II, S. 58a; SCHNEEBERGER, S. 44; SCHWARZENBACH, Zbl 1962, S. 356f.; TRUNINGER, S. 57ff. – Entgegen einer vereinzelt vertretenen Meinung (LEIGGENER, S. 181 ff.; DREYER, S. 44ff.) untersteht also der Bauvertrag zwischen Gemeinwesen und privatem Unternehmer nicht dem öffentlichen Recht; und zwar auch nicht in Einzelfällen (anderer Ansicht: MICHEL, S. 130), die unter Würdigung der gesamten Umstände (und unter Aufopferung der Rechtssicherheit) zu ermitteln wären. Um den Bauvertrag dem öffentlichen Rechte zu unterstellen, wäre eine eindeutige Rechtsgrundlage im Bundesrecht erforderlich. Ob auch die Kantone den Vertrag dem öffentlichen Rechte unterstellen könnten, ist äußerst fraglich, weil durch eine solche Unterstellung «der Anwendungsbereich des Bundesprivatrechtes im Widerspruch zu den Intentionen des Privatrechtsgesetzgebers eingengt» und gegen den «Vorrang eidgenössischen Rechtes» verstoßen würde (IMBODEN, ZSR 1958 II, S. 58a).

² Vgl. dazu auch DESCHENAUX, S. 152 f.

a. Die Ausschreibung der Bauarbeiten. Sie steht am Anfang jedes Submissionsverfahrens. In ihr richtet der (potentielle) Besteller an verschiedene Unternehmer gleichzeitig die Einladung, ihm auf Grund bestimmter Unterlagen (*Ausschreibungsunterlagen*) je ein Angebot für die Ausführung der in der Einladung bezeichneten und damit «ausgeschriebenen» Bauarbeiten einzureichen³. Mit dieser *Einladung zum Angebot* (auch «Einladung zur Submission» genannt) fordert der Besteller die eingeladenen Unternehmer zur Offertstellung auf. Im einzelnen:

- Der (potentielle) *Besteller*, der die Bauarbeiten ausschreibt und damit das Submissionsverfahren veranstaltet, wird als «*Ausschreiber*» bezeichnet. Er kann ein privater oder ein öffentlicher Bauherr sein. Durch seine Einladung zum Angebot eröffnet der Ausschreiber die Vertragsverhandlungen und erklärt gegenüber den eingeladenen Unternehmern seine *grundsätzliche Bereitschaft zum Vertragsabschluß*⁴. Wird den Unternehmern bekanntgegeben, daß diese grundsätzliche Abschlußbereitschaft nicht bestehe, so liegt keine Submission im hier verstandenen Sinne vor.
- Die *Einladung zum Angebot*, die Bestandteil der Ausschreibung bildet, richtet sich entweder an irgendwelche Unternehmer (offene Ausschreibung) oder an einen auf bestimmte (z.B. «ortsansässige») Firmen beschränkten Unternehmer-Kreis (begrenzte Ausschreibung). Bei begrenzter Ausschreibung geht die Einladung bisweilen nur an einzelne, individuell ausgewählte Unternehmer, die durch persönliches Schreiben zum Angebot aufgefordert werden (sogenannte «Submission auf Einladung»). Auch für diesen letzten Fall wird hier das Wort «Ausschreibung» verwendet, obwohl der Ausdruck für die individuelle Einladung nur schlecht paßt.
- In den *Ausschreibungsunterlagen* gibt der Ausschreiber den zur Offertstellung eingeladenen Unternehmern 1. die *Verhandlungsgrundlage* bekannt und teilt ihnen 2. die *Submissionsbedingungen* mit, die nach seinem Willen für das Submissionsverfahren gelten sollen. Diese Unterlagen werden den Unternehmern bisweilen schon mit der Einladung zur Offertstellung zugestellt, meist aber auf nachträgliche «Anmeldung» hin (entgeltlich oder unentgeltlich) ausgehändigt.

³ Vgl. SIA-Norm 118, Art. 4 Abs. 1.

⁴ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 14 zu Art. 3 OR.

- Die vom Ausschreiber in den Unterlagen bekanntgegebene *Verhandlungsgrundlage* besteht in einer inhaltlichen Umschreibung des Bauvertrages, für den der Ausschreiber Angebote einverlangt. Sie umfaßt jene Angaben, die erforderlich sind, damit sich die eingeladenen Unternehmer <<über den Inhalt des beabsichtigten Vertrages Klarheit verschaffen können, insbesondere über Art, Umfang und Besonderheit der Bauarbeit sowie über die Art der zu vereinbarenden Preise>>⁵ Diese Angaben, durch die der Ausschreiber den Inhalt des Bauvertrages in den Ausschreibungsunterlagen vorzeichnet, sind stets unvollständig und bedürfen der Ergänzung, mindestens was die Höhe der Vergütung betrifft. Es ist gerade Aufgabe der eingeladenen Unternehmer, die Höhe der von ihnen verlangten Vergütung durch ihre Angebotspreise (z.B. im Leistungsverzeichnis) anzugeben. Bisweilen werden von den Unternehmern Ergänzungen in noch weiteren Vertragspunkten (z.B. hinsichtlich der anzuwendenden Baumethode oder der erforderlichen Bauzeit) erwartet. Das sogenannte <<Auf- und Abgebotsverfahren>>, bei dem der Ausschreiber die Preise selber vorbestimmt und dann dem Auf- und Abgebot der Submittenten unterstellt⁶ ist in der Schweiz kaum je anzutreffen, weshalb es hier vernachlässigt werden kann. Die Angaben des Ausschreibers über den Inhalt des geplanten Vertrages sind meist in verschiedenen Schriftstücken festgehalten, die dazu bestimmt sind, mit Abschluß des Bauvertrages Vertragsbestandteile zu werden. Zu diesen Schriftstücken gehören zum Beispiel (SIA-Norm 118, Art. 7 Abs. 2): Der Text der vorgesehenen Vertragsurkunde, ein Heft mit den <<durch das Bauobjekt bedingten, besonderen Bestimmungen>>, ein Leistungsverzeichnis oder eine Baubeschreibung, <<Allgemeine Baubedingungen>>, die durch den SIA oder andere Fachverbände ausgearbeitet wurden. Dazu können weitere Schriftstücke treten, die z.B. <<Ergänzungen und Abänderungen>> zur SIA-Norm 118 enthalten.
- Für den Fall, daß zwischen den erwähnten Schriftstücken ein Widerspruch besteht, gibt der Ausschreiber in den Unterlagen regelmäßig bekannt, welches Schriftstück dem anderen vorgeht⁷. Diese Wider-

⁵ SIA-Norm 118, Art. 6 Abs. 2; vgl. auch Art. 4 Abs. 1 BSV, Art. 31 NSV und SIA-Norm 117, Art. 3 Abs. 1.

⁶ § 6 Abs. 2 VOB/A.

⁷ Z.B. SIA-Norm 118, Art. 7 Abs. 3.

spruchsregel ist eine Auslegungsregel, die auch für den noch abzuschließenden Vertrag Geltung haben soll⁸. Sie wird häufig begleitet von weiteren Auslegungsregeln, z. B. von der Regel, daß die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Leistungen, falls nichts anderes bestimmt ist, die Lieferung aller erforderlichen Materialien umfaßt⁹.

- Die vom Ausschreiber anwendbar erklärten *Submissionsbedingungen* sind Regeln für das Submissionsverfahren (bis und mit Vertragsabschluß). Es sind entweder individuelle Bestimmungen (z. B. über den Ort und den spätesten Zeitpunkt der Offerteinreichung), die der Ausschreiber für das konkrete einzelne Verfahren aufgestellt hat. Oder es sind *Allgemeine Submissionsbedingungen*, die für eine unbestimmte Vielzahl von Submissionen generell vorformuliert wurden. Die Allgemeinen Submissionsbedingungen sind entweder private Bedingungen, z. B. enthalten in der SIA-Norm 117 und in den Art. 4–22 der SIA-Norm 118. Oder es sind *Bedingungen öffentlicher Submissionsordnungen*, enthalten in den Submissionserlassen öffentlicher Bauherren (z. B. in der Submissionsverordnung des Bundes). Zu den öffentlichen Submissionsordnungen siehe im einzelnen S. 233 ff.

Die Submissionsbedingungen haben einen mannigfaltigen *Inhalt*. Vor allem enthalten sie Regeln über die Ausarbeitung, die Einreichung und die Annahme des Angebotes. Sie bestimmen z. B. den Eingabetermin für das Angebot, den Eingabeort, die zum Angebot verlangten Beilagen, die Dauer der Bindung, die Form der Annahmeerklärung und in vielen Fällen auch die Regeln, nach denen die Arbeit vergeben wird.

Die zuletzt genannten *Vergaberegeln* können ihrerseits einen ganz verschiedenen Inhalt haben. Vielfach bestimmen sie einerseits (negativ), welche Angebote zum vornherein aus dem Wettbewerb ausscheiden, und umschreiben andererseits (positiv), wer von den verbleibenden Bewerbern den Bauauftrag erhalten soll¹⁰. Diese positive

⁸ Z. B. SIA-Norm 118, Art. 21 Abs. 1. Zum Problem der Widersprüche und der vereinbarten Widerspruchsregeln in Bauverträgen siehe im einzelnen GAUCH, BR 1979, 7f.; vgl. ferner auch JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980, N 435.

⁹ SIA-Norm 118, Art. 10 Abs. 1.

¹⁰ Vgl. z. B. Art. 8 BSVO; Art. 35 NSV; SVO Kt. Luzern (1973), § 18 ff.; SVO Wallis (1977), Art. 21 und 27 ff.; SIA-Norm 117, Art. 7.

Umschreibung ist meistens so gefaßt, daß dem Ausschreiber ein großer Ermessensspielraum bleibt. Außerdem gibt es Vergaberegeln, in denen der Ausschreiber die Voraussetzungen festlegt, unter denen er die Arbeiten überhaupt nicht vergeben, das laufende Submissionsverfahren erweitern oder die Ausschreibung wiederholen wird ¹¹.

b. Die Einreichung der Angebote. Sie bildet die zweite wichtige Stufe des Submissionsverfahrens. Jeder Unternehmer, welcher der Einladung des Ausschreibers folgt, reicht sein Angebot (auch «Antrag» oder «Offerte») für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten ein. Dieser Offertstellung geht die Ausarbeitung des Angebotes durch den Unternehmer voraus.

Mit der Einreichung des Angebotes wird der Unternehmer zum «*Submittenten*». Er wird zum Bewerber, der sich mit seinem Angebot dem Annahmewillen des Ausschreibers «unterwirft». Diese «Unterwerfung» ist eigentlich die «Submission», die aber (als *pars pro toto*) dem ganzen Verfahren den Namen gibt. Wird innerhalb der Angebotsfrist kein Angebot eines eingeladenen Unternehmers eingereicht, so ist die Submission gescheitert.

c. Der Abschluß des Bauvertrages mit einem Submittenten bildet die letzte Stufe des Submissionsverfahrens. Damit ist das Ziel der Submission erreicht, die sich von der Ausschreibung über den Ablauf der Vertragsverhandlungen bis zum Vertragsabschluß erstreckt ¹². Im Idealfall kommt der Vertragsabschluß durch schlichte Annahme eines eingereichten Angebotes zustande, also dadurch, daß der Ausschreiber das eingereichte (und unveränderte) Angebot eines Submittenten akzeptiert. Möglich sind aber auch andere Fälle, und zwar namentlich die folgenden:

- Der Ausschreiber akzeptiert ein Angebot, das der Submittent nach der Einreichung einseitig oder im Einverständnis mit dem Ausschreiber abgeändert hat.

¹¹ Vgl. z.B. Art. 8 Abs. 4 BSVO; SVO Kt. Luzern (1973), § 21; SVO Wallis (1977), Art. 22; SIA-Norm 117, Art. 7 Abs. 5. Bisweilen wird in den Submissionsbedingungen ausdrücklich bestimmt, daß keine Pflicht zum Zuschlag besteht (z.B. SVO Aargau 1940, § 9 Abs. 1), was den Ausschreiber allerdings nicht davon dispensiert, sich bei einer allfälligen Vergabung an die anwendbar erklärten Vergaberegeln zu halten.

¹² INGENSTAU/KORBION, S. 50.

Der Ausschreiber stellt einem Submittenten ein Gegenangebot, das dieser akzeptiert.

- Ausschreiber und Submittent schließen den Bauvertrag dadurch ab, daß sie eine gemeinsame Vertragsurkunde unterzeichnen.
- Der Ausschreiber schließt den Bauvertrag mit mehreren Submittenten ab, die sich nach der individuellen Offerteinreichung aus irgendeinem Anlaß zu einem Konsortium zusammengeschlossen haben.
- Der Ausschreiber teilt die ausgeschriebenen Bauarbeiten nach bestimmten Gesichtspunkten auf und schließt dann mit mehr als einem Submittenten je einen separaten Bauvertrag über eine Teil-Einheit der ausgeschriebenen Bauarbeiten ab.

Schließt der Ausschreiber den beabsichtigten Bauvertrag mit keinem der Submittenten ab, sondern mit einem Dritten, so endet die Submission als solche *erfolglos*. Dasselbe trifft zu, wenn der Ausschreiber eine neue Ausschreibung über die gleichen Arbeiten veranstaltet oder vom Abschluß eines Bauvertrages überhaupt absieht.

3. Abgrenzungen

Von der Submission, wie sie hier verstanden und behandelt wird, sind vor allem folgende vier Tatbestände zu unterscheiden:

a. Der Submissionswettbewerb. Er ist ein Preisausschreiben (Art. 8 OR), worin ein künftiger Bauherr einen Wettbewerb veranstaltet, indem er verschiedene Konkurrenten unter Aussetzung von Preisen zur entgeltlichen Ausarbeitung eines ausführungsfähigen Bauprojektes «samt verbindlichem Angebot» einlädt¹³. Von der (reinen) Submission unterscheidet sich dieser Submissionswettbewerb vor allem dadurch, daß jeder Konkurrent auf Grund bestimmter gegebener Randbedingungen selber ein eigenes Bauprojekt zu erstellen hat. Demgegenüber können sich die Teilnehmer einer Submission darauf beschränken, Angebote für die Ausführung eines bestehenden Projektes einzureichen. Deshalb setzt die Submission – im Unterschied zum Submissionswettbewerb – «ein hinreichend klares Projekt» voraus¹⁴.

¹³ SIA-Ordnung 153 (Bauingenieurwettbewerb, Ausgabe 1972), Art. 6.1 und 26. In einem anderen, unüblichen Sinne verwendet wird der Ausdruck «Submissionswettbewerb» in VPB 1976, Nr. 55, S. 24 (Eidg. Justizabteilung).

¹⁴ SIA-Norm 118, Art. 5 Abs. 1.

b. Die Präqualifikation der Submissionsteilnehmer. Sie ist eine Vorstufe zur Submission: ein Vorbereitungsverfahren («Vorvergabeverfahren»), das namentlich im Ausland angewendet wird. Sie dient dem späteren Ausschreiber dazu, jene Unternehmer auszuwählen, die er in seiner geplanten Submission zur Offertstellung einladen wird. Die nachfolgende Submission beschränkt sich alsdann auf die Teilnahme der «präqualifizierten» Unternehmer und ist dementsprechend eine «Submission auf Einladung» (S. 195). Gleichartige Präqualifikationen finden vielfach auch für die Durchführung von Submissionswettbewerben statt.

c. Die Vorsubmission für Subunternehmer. Sie ist ein Verfahren zur Vorbereitung einer Submission über ein großes Bauvorhaben (z.B. den Bau einer Brücke), in der dann für eine konkrete Einzelleistung (z.B. die Vorspannarbeit) der Beizug eines bestimmten Subunternehmers vorgeschrieben wird. Diese nachfolgende Submission wird im Unterschied zur Vorsubmission als *Hauptsubmission* bezeichnet.

In der Vorsubmission, die der Hauptsubmission vorangeht, wird die erwähnte Einzelleistung (z.B. die Vorspannarbeit) separat ausgeschrieben. Der Vertrag über die ausgeschriebene Leistung, für deren Ausführung die Vorsubmittenten Angebote einreichen, soll aber nicht mit dem Ausschreiber zustandekommen. Als Vertragspartner ist vielmehr jener noch nicht bekannte Unternehmer vorgesehen, dem der Ausschreiber in der nachfolgenden Hauptsubmission die gesamte Arbeit übertragen wird. Der Ausschreiber wählt aus dem Kreis der Vorsubmittenten den Angebotsteller aus, der ihm für die ausgeschriebene Einzelleistung am besten zusagt. Dessen Angebot gibt er in den Unterlagen der Hauptsubmission bekannt und verlangt zugleich, daß der Unternehmer, der die gesamte Arbeit übernimmt, den ausgewählten Angebotsteller als Subunternehmer für die betreffende Einzelleistung beizieht und dessen eingereichtes Angebot annimmt¹⁵.

¹⁵ Was die *rechtliche «Konstruktion»* betrifft, so ist zwar möglich, daß der Vorsubmittent durch die Einreichung seines Angebotes einen Vorvertrag (Art. 22 OR) mit dem Ausschreiber abschließt, worin er sich zu Gunsten des in der Hauptsubmission zu ermittelnden Unternehmers (Art. 112 OR) zum Abschluß eines Subunternehmervertrages verpflichtet. Im *Regelfall* aber ermächtigt der Vorsubmittent den Ausschreiber, das eingereichte Angebot an den in der Hauptsubmission erfolgreichen Unternehmer zu übertragen, derart, daß dieser Unternehmer berechtigt wird, den vom Vorsubmittenten offerierten Vertrag durch Annahmeerklärung abzuschließen.

d. Die freihändige Vergabe. Sie besteht im Abschluß eines Bauvertrages mit einem Unternehmer, der nicht in einem förmlichen Verfahren ausgewählt wurde. Entweder hat der Bauherr nur und gerade mit diesem Unternehmer frei verhandelt. Oder er hat zwar mit verschiedenen Unternehmern Verhandlungen geführt, ohne sie jedoch in einem gemeinsamen (geordneten) Verfahren um den Abschluß wetteifern zu lassen.

II. PRIVATRECHTLICHE EINZELFRAGEN

Die privatrechtlichen Aspekte der Submission sind in der schweizerischen Literatur nur wenig behandelt. Es stellen sich zahlreiche Einzelfragen, von denen hier einige herausgegriffen werden:

1. Das Submissionsverhältnis

Durch die Ausschreibung von Bauarbeiten eröffnet der Ausschreiber Vertragsverhandlungen über den Abschluß des geplanten Bauvertrages. Er tritt mit jedem der eingeladenen Unternehmer in ein Verhandlungsverhältnis, das ich als Submissionsverhältnis bezeichne.

a. Das Merkmal des Submissionsverhältnisses besteht darin, daß es ein Verhandlungsverhältnis zwischen dem Ausschreiber der Bauarbeiten und den einzelnen, zur Offertstellung eingeladenen Unternehmern darstellt. Es ist, wie jedes Verhandlungsverhältnis, ein Rechtsverhältnis. Vom Verhandlungsverhältnis im allgemeinen unterscheidet es sich dadurch, daß der Ausschreiber gleichzeitig mehrere Unternehmer in einem geordneten Verfahren um den Vertragsabschluß wetteifern und damit in Wettbewerb treten läßt. Wie der Bauvertrag, um dessen Abschluß im Submissionsverfahren verhandelt wird, so ist auch das Submissionsverhältnis privatrechtlicher Natur¹⁶.

Durch schlichte Annahme des Angebotes von Seiten des Unternehmers kommt alsdann der Subunternehmervertrag mit dem Vorsubmittenten zustande, immer vorausgesetzt, daß der Vorsubmittent an sein Angebot (zeitlich) noch gebunden ist. Zu diesem Regelfall vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 24 zu Art. 3 OR.

¹⁶ Für den Fall, daß sich ein öffentlicher Bauherr als Ausschreiber beteiligt, siehe S. 232 f.

b. Regelung durch das Gesetz. Obwohl das Submissionsverfahren gerade in der Baupraxis eine überaus große Bedeutung hat, fehlen *privatrechtliche Gesetzesbestimmungen*, die das Rechtsverhältnis zwischen Ausschreiber und Unternehmern (das Submissionsverhältnis) besonders regeln. Dadurch unterscheidet sich die Submission von der Auslobung und dem Preisausschreiben (Art. 8 OR), namentlich aber auch von der Versteigerung (Art. 229 ff. OR), die mit der Submission wesensverwandt ist. Versteigerung und Submission vereinigen in geordnetem Verfahren verschiedene Bieter zum Wettbewerb um den Abschluß eines Vertrages. Bei der Submission offerieren die Bieter eine bestimmte Leistung gegen eine vom Ausschreiber zu erbringende Vergütung. Bei der Versteigerung offerieren sie die Bezahlung eines Preises gegen eine Leistung des Versteigerers.

Wenngleich das Submissionsverhältnis vom Gesetz nicht besonders geregelt wird, enthält dieses doch verschiedene *Einzelbestimmungen*, die auf das Submissionsverfahren anwendbar sind. Dazu gehören z. B. die Art. 1 ff. OR über den Abschluß eines Vertrages, Art. 16 OR über die vorbehaltene Form und Art. 32 ff. OR über die Stellvertretung. Wird ein Verhandlungspartner durch einen anderen im Wege unerlaubter Handlung geschädigt, so kommen die Art. 41 ff. OR zur Anwendung.

Von Bedeutung ist vor allem auch *Art. 2 ZGB*, der den Beteiligten ein Verhalten nach Treu und Glauben abverlangt. Das Submissionsverhältnis ist ein Treueverhältnis (Vertrauensverhältnis), dessen Inhalt wesentlich mitbestimmt wird durch den Wettbewerbscharakter der Submission. Aus diesem Verhältnis ergibt sich zum Beispiel der Anspruch der eingeladenen Unternehmer, in den Schranken der anwendbar erklärten Submissionsbedingungen (S. 204 f.) gleich behandelt zu werden¹⁷. Der Anspruch auf Gleichbehandlung¹⁸ (namentlich auf Chancengleichheit) konkretisiert sich in verschiedenen Einzelregeln, die zum Teil auch in Allgemeine Submissionsbedingungen Eingang gefunden haben¹⁹.

¹⁷ Ausdrücklich: § 8 Abs. 1 VOB/A.

¹⁸ Vgl. dazu auch DESCHENAUX, S. 175 f.

¹⁹ Beispiele für solche Einzelregeln sind: 1. Die Regel, daß der Ausschreiber die Antwort auf Fragen einzelner Unternehmer allen Bewerbern mitzuteilen hat (z. B. Art. 4 Abs. 4 BSVO; SIA-Norm 117, Art. 3 Abs. 4; SIA-Norm 118, Art. 15 Abs. 2). 2. Die Regel, daß vor Ablauf der Eingabefrist eingegangene Angebote den Mitbewerbern nicht bekanntgegeben werden dürfen (z. B. Art. 6 Abs. 1 BSVO; SIA-Norm

Die Verletzung des Treueverhältnisses durch ein Verhalten, das Treu und Glauben widerspricht, kann zu einer *Haftung aus «culpa in contrahendo»* führen²⁰. Haftungsgrundlage bildet Art. 2 ZGB, soweit nicht gesetzliche Sonderbestimmungen (z. B. Art. 26, 36 Abs. 2 OR) eingreifen. Diese Culpa-Haftung spielt für das Submissionsverhältnis eine erhebliche Rolle. Sie stattet bei gegebenen Voraussetzungen den geschädigten Ausschreiber oder die geschädigten Unternehmer mit einem Schadenersatzanspruch gegenüber dem Verhandlungspartner aus. Vorausgesetzt ist stets, daß den Schädiger ein eigenes Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) trifft, oder daß er ohne eigenes Verschulden für das Verhalten einer Hilfsperson (der Ausschreiber z. B. für das Verhalten seines Architekten) einzustehen hat (Art. 101 OR)²¹. Wo im folgenden von Haftung aus «culpa in contrahendo» die Rede ist, wird immer unterstellt, daß diese Voraussetzung vorliegt.

Einem Unternehmer kann die Culpa-Haftung z. B. dazu dienen, vom Ausschreiber Ersatz des Submissionsschadens zu verlangen. Der *Submissionsschaden* besteht im Vermögensnachteil, den ein eingeladener Unternehmer dadurch erlitten hat, daß er sich auf die Einladung zur Offertstellung einließ. Er umfaßt die Aufwendungen des Unternehmers für die Teilnahme an der Submission, insbesondere Aufwendungen an Geld und Arbeit für die Ausarbeitung des Angebotes. Ist dem Unternehmer wegen seiner Teilnahme an der Submission ein anderes Geschäft und deswegen Gewinn entgangen, so gehört dieser entgangene Gewinn ebenfalls zum Submissionsschaden²². Kurz: Der Ausschreiber, der den Submissionsschaden ersetzen muß, hat den ersatzberechtigten Unternehmer (unter Vorbehalt von Art. 43f. OR) so zu stellen, wie wenn dieser

117, Art. 5 Abs. 1). 3. Die Regel, daß die Angebote auf eine objektive Vergleichsbasis zu bringen und insbesondere Angebote mit Varianten (S. 210 f.) durch Umrechnung objektiv vergleichbar zu machen sind (z. B. Art. 6 Abs. 4 und 5 BSVO; SVO Kt. Luzern, 1973, § 15 Abs. 1 und 2; SVO Wallis, 1977, Art. 20 Abs. 1).

²⁰ Zur (umstrittenen) Rechtsnatur der Haftung aus «culpa in contrahendo» und zu Fragen der Modalität (Verjährung, Haftung für Hilfspersonen) siehe im einzelnen SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 583ff. zu Art. 1 OR; BUCHER, S. 253ff.; VON TUHR/PETER, S. 193.

²¹ Daß Art. 101 OR (nicht Art. 55 OR) zur Anwendung kommt, – darüber sind sich in der Literatur «die Autoren ... weitgehend einig» (BUCHER, S. 255 mit Nachweisen; vgl. z. B. auch SCHÖNENBERGER/JÄGGI N 594 zu Art. 1 OR).

²² INGENSTAU/KORBION, S. 60; vgl. dazu auch BUCHER, S. 309, wo allgemein festgehalten wird, daß im Rahmen des negativen Interesses auch «der Schaden durch Verzicht auf anderweitigen günstigen Vertragsschluß» zu ersetzen ist.

sich nicht auf die Ausschreibung eingelassen hätte. Daraus ergibt sich, daß die in allgemeinen Geschäftskosten (Gemeinkosten) bestehenden Aufwendungen nur insoweit zu ersetzen sind, als der Unternehmer die damit gedeckten Mittel ohne Teilnahme an der Submission anderswie (z. B. für eine andere Submission) hätte ausnützen können.

Neben den unmittelbar anwendbaren Gesetzesbestimmungen kann es Vorschriften des Gesetzes geben, die auf die Submission sinngemäß anwendbar sind. Im Vordergrund steht die *versteigerungsrechtliche Vorschrift des Art. 230 OR*. Sie bestimmt, daß eine Versteigerung von jedem Interessierten angefochten werden kann, falls auf deren Erfolg in rechtswidriger oder gegen die guten Sitten verstoßender Weise eingewirkt wurde. Da Versteigerung und Submission, trotz aller Unterschiede, viele Merkmale gemeinsam haben, sind Fälle möglich, in denen sich eine analoge Anwendung des Art. 230 OR auf die Submission rechtfertigt²³: derart, daß ein im Submissionsverfahren abgeschlossener Bauvertrag unter den Voraussetzungen des Art. 230 OR der Anfechtung unterliegt.

c. Regelung durch die Submissionsbedingungen. Nicht nur durch privatrechtliche Gesetzesbestimmungen, sondern auch durch die Submissionsbedingungen des Ausschreibers (S. 197 f.) wird das Submissionsverhältnis geregelt. Dabei ist zu beachten:

- Individuelle und Allgemeine Submissionsbedingungen haben aus sich heraus keine Geltungskraft für das Submissionsverhältnis (soweit sie nicht einschlägige Gesetzesbestimmungen wiederholen oder sich schon unmittelbar aus dem Treueverhältnis zwischen dem Ausschreiber und den einzelnen Unternehmern ergeben). Hingegen gelten die Submissionsbedingungen *zu Lasten des Ausschreibers*, wenn er sie gegenüber den einzelnen Unternehmern als anwendbar erklärt hat²⁴, sei es ausdrücklich (in den Ausschreibungsunterlagen) oder sei es stillschweigend. Insbesondere dürfen die eingeladenen Unternehmer darauf vertrauen, daß der Ausschreiber sich bei der Durchführung des Verfahrens und bei der Vergabe an die anwendbar erklärten Regeln

²³ OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu Art. 229–236, N 2; offen gelassen bei GAUCH, Nr. 305; ablehnend: DESCHENAUX, S. 158 f.

²⁴ Vgl. sinngemäß SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 479 zu Art. 1 OR.

hält²⁵, weshalb das Verhandlungsverhältnis durch diese Regeln (namentlich durch die Vergaberegeln) inhaltlich ausgestaltet wird. Das gilt allerdings nur für Unternehmer, die den Regeln nicht (ausnahmsweise) widersprochen haben.

- Die anwendbar erklärten Bedingungen gelten sodann *zu Lasten des einzelnen Unternehmers*, der ihnen zugestimmt hat, sei es ausdrücklich oder sei es stillschweigend (z.B. durch vorbehaltlose Einreichung des Angebotes). Bedingungen, durch welche die bisherige Rechtslage des Unternehmers nicht umgestaltet wird (z.B. Bestimmungen über die Teilnahmeberechtigung, über die Anforderungen des Ausschreibers an das Angebot), muß sich der Unternehmer aber auch ohne seine Zustimmung entgegenhalten lassen. So kann z.B. der Unternehmer, dessen Angebot den Anforderungen der anwendbar erklärten Submissionsbedingungen nicht entspricht und deshalb ausgeschaltet wird, nicht einwenden, er habe den betreffenden Bedingungen nicht zugestimmt.
- Das über die Geltung der Submissionsbedingungen Gesagte gilt auch für solche Bedingungen, die in der *Submissionsordnung* eines Gemeinwesens enthalten sind (S. 233 ff.). Der Meinung, wonach einzelne dieser Bedingungen Rechtssatzcharakter haben und kraft öffentlichen Rechtes ohne weiteres für die am Submissionsverfahren Beteiligten gelten, kann jedenfalls dem Grundsatz nach nicht zugestimmt werden (S. 235 f.).

d. Das Verhältnis zwischen den am Submissionsverfahren beteiligten Unternehmern ist kein (Vertrags-)Verhandlungsverhältnis und fällt nicht unter das umschriebene Submissionsverhältnis. Das schließt nicht aus, daß die Unternehmer auch untereinander an rechtliche Verhaltensregeln gebunden sind. Keiner darf dem anderen widerrechtlich oder in einer gegen die guten Sitten verstoßender Weise Schaden zufügen (Art. 41 Abs. 1 und 2 OR). Insbesondere ist den Unternehmern «jeder Mißbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes durch täuschende oder andere Mittel» (z.B. durch Bezahlung von Schmiergeldern), «die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen», untersagt (Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, 1943, Art. 1). Zu den kartellrechtlichen

²⁵ Vgl. sinngemäß SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 57 zu Art. 8 OR.

Fragen, die sich im Verhältnis zwischen den Unternehmern stellen, siehe DESCHENAUX, S. 163. ff.; zum Sonderproblem des Unterangebotes: DESCHENAUX, S. 164 ff.

2. Die Pflicht des Ausschreibers zu ernsthaftem Verhandeln

a. Die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln leitet sich ab aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, das für die am Submissionsverhältnis Beteiligten gilt (S. 202). Grundsätzlich besteht zwar keine Pflicht, in Vertragsverhandlungen einzutreten oder begonnene Verhandlungen fortzusetzen²⁶. Niemand aber «darf Verhandlungen aufnehmen oder fortführen, wenn für ihn zum vornherein feststeht, daß ein Abschluß mit dem Verhandlungspartner gar nicht in Frage kommt»²⁷. Insofern besteht für alle Verhandlungspartner eine Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln. Diese Pflicht besteht namentlich auch für den Ausschreiber und wird nicht etwa aufgehoben durch eine Submissionsbedingung, worin er eine Verpflichtung zum Zuschlag ausgeschlossen hat²⁸.

b. Pflichtverletzung durch den Ausschreiber. Der Ausschreiber verletzt die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln insbesondere dann, wenn er eine Submission veranstaltet und Angebote ausarbeiten läßt, obwohl er weiß oder wissen sollte, daß er die ausgeschriebenen Arbeiten entweder überhaupt nicht, nicht an einen der eingeladenen Unternehmer oder nicht innerhalb der bekanntgegebenen Zuschlagsfrist²⁹ vergeben wird³⁰. Zum Beispiel werden die Arbeiten von einem Gemeinwesen ausgeschrieben, obwohl die Finanzierung nicht gesichert ist. Oder die Submission dient

²⁶ Vgl. dazu und zu den Ausnahmen SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 573 zu Art. 1 OR; BGE 105 II 79f.

²⁷ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 575 zu Art. 1 OR; BUCHER, S. 249; BGE 77 II 135 ff.; vgl. auch BGE 105 II 79 ff.

²⁸ Z.B. SVO Aargau (1940), § 9 Abs. 1.

²⁹ Vgl. den Fall in NJW 1977, S. 1064f. (Oberlandesgericht Düsseldorf), wo entschieden wurde: Kann eine Gemeinde innerhalb der festgesetzten Zuschlagsfrist die Erstellung einer ausgeschriebenen Baumaßnahme nicht in Angriff nehmen, so muß sie die angesprochenen Bieter über diese Sachlage zum vornherein aufklären. Bei schuldhafter Verletzung dieser Aufklärungspflicht kommt eine Haftung der Gemeinde gegenüber dem Bieter aus «culpa in contrahendo» in Betracht.

³⁰ Vgl. GAUCH, Nr. 319; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 29 zu Art. 8 OR; BGE 46 II 373, wo allerdings zu weitgehend ein «offenbarer Mißbrauch» verlangt wird; VPB 1976, Nr. 55, S. 23f. (Eidg. Justizabteilung).

dem Ausschreiber für vergabefremde Zwecke. Z. B. schreibt er die Arbeiten (ohne Willen zum Abschluß mit den Submittenten) nur deshalb aus, um einer internen Dienstanweisung gerecht zu werden, um sich im Hinblick auf eine geplante Kreditvorlage über die Kosten eines spätern Bauvorhabens zuverlässig zu informieren, um eine Ertragsrechnung zu erhalten oder um sich über die Konkurrenzpreise in Kenntnis zu setzen (das letztere vielleicht deswegen, weil er die geplanten Arbeiten nach einer übernommenen Bauverpflichtung einem bestimmten Unternehmer zu Konkurrenzpreisen vergeben muß).

Ferner verletzt die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln: 1. Der Ausschreiber, der durch offene oder begrenzte Ausschreibung verschiedene Unternehmer zur Offertstellung einlädt, darunter auch einen Unternehmer, von dem er zum vornherein weiß, daß er diesem die Arbeiten nicht vergeben wird. Hier verletzt der Ausschreiber seine Pflicht nur (aber immerhin) gegenüber dem betreffenden Unternehmer. Wer entschlossen ist, den Vertrag mit einem bestimmten Unternehmer nicht einzugehen, muß diesen von der Einladung ausschließen. 2. Der Ausschreiber, der Angebote für einen Bauvertrag einverlangt, den er zwar abschließen will, aber zum vornherein nicht so wie ausgeschrieben. 3. Der Ausschreiber, der die Einladung zur Offertstellung und damit die Submission nicht unverzüglich widerruft, obwohl er sich während der Eingabefrist entschließt, die ausgeschrieben Arbeiten (z. B. infolge von Kreditrestriktionen, von neueren Renditeberechnungen oder von zusätzlichen Resultaten seiner Baugrunderkundung) doch nicht oder verändert ausführen zu lassen.

c. Haftung. Verletzt der Ausschreiber die Pflicht, mit den Submittenten ernsthaft zu verhandeln, so haftet er den Verletzten aus «culpa in contrahendo» (S. 202 f.) und hat ihnen den Submissionsschaden (S. 203) zu ersetzen. Bei pflichtwidrigem Nicht-Widerruf der Submission beschränkt sich der Ersatzanspruch eines Submittenten allerdings auf den Schaden, der bei pflichtgemäßem Widerruf vermieden worden wäre.

3. Das Angebot eines Submittenten

Durch die Einreichung seines Angebotes (auch «Eingabe» genannt) erklärt der Submittent seinen endgültigen Willen zum Abschluß des von ihm beantragten Bauvertrages. Damit ermächtigt er den Ausschreiber

den beantragten Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung zum Abschluß zu bringen³¹.

a. Der Hauptinhalt des Angebotes besteht in einer inhaltlichen *Umschreibung des beantragten Bauvertrages*. Im Vordergrund stehen die Preise. Ein Teil des weiteren Vertragsinhaltes wird vom Submittenten regelmäßig dadurch umschrieben, daß er im Angebot auf die in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebene Verhandlungsgrundlage des Ausschreibers (S. 196) verweist und so dessen Angaben über den gewünschten Vertragsinhalt in das Angebot übernimmt. Der Verweis kann auch ein stillschweigender sein.

Der Inhalt des Angebotes wird im Streitfall durch *Auslegung* ermittelt, unter Beizug des Vertrauensprinzips³². Nach Vertrauensprinzip ist, mangels anderer Anhaltspunkte, z. B. anzunehmen, daß der Submittent den in den Ausschreibungsunterlagen vorgezeichneten Vertragsinhalt auch ohne ausdrücklichen Verweis zum Bestandteil seines Angebotes gemacht hat. Will der Submittent von diesem vorgezeichneten Vertragsinhalt abweichen, so hat er die Abweichung im Angebot derart deutlich herauszustellen, daß der Ausschreiber sie mit zumutbarer Sorgfalt erkennen kann. Andernfalls ist die Abweichung nach Vertrauensprinzip unbeachtlich, sofern der Ausschreiber das Angebot ohne deren Kenntnis annimmt. Das gilt z. B. für Fälle, in denen der Submittent Änderungen im Leistungsverzeichnis oder in der Baubeschreibung selber vornimmt, obwohl nach einer anwendbaren Submissionsbedingung entsprechende Änderungen gesondert mitzuteilen sind und nicht auf den genannten Schriftstücken angebracht werden dürfen³³. Erkennt allerdings der Ausschreiber eine solche (submissionswidrige) Abänderung der Schriftstücke vor Annahme des Angebotes, so muß er sich die Änderung trotz der verletzten Submissionsbedingung entgegenhalten lassen.

b. Das Angebot mit inhaltlicher Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen. Die Auslegung kann im Einzelfall ergeben, daß der vom

³¹ Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 9 zu Art. 3 OR.

³² Danach sind Willenserklärungen so auszulegen, wie der Empfänger sie in guten Treuen auffassen durfte und mußte. Im einzelnen vgl. statt vieler SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 181 zu Art. 1 OR und BUCHER, S. 104 ff.

³³ SIA-Norm 118, Art. 15 Abs. 3. Vgl. auch Art. 5 Abs. 2 BSVO und SIA-Norm 117, Art. 4 Abs. 2.

Submittenten angebotene Bauvertrag abweicht von dem in den Ausschreibungsunterlagen vorformulierten Vertragsinhalt. Zum Beispiel sieht das Angebot Preise mit Teuerungsausgleich vor, während die Ausschreibungsunterlagen einen Teuerungsausgleich gerade ausschließen. Im Falle einer solchen Diskrepanz zwischen Angebotsinhalt und Inhalt der Ausschreibungsunterlagen besteht folgende *Rechtslage*:

- Einerseits ist das Angebot trotz der Abweichung wirksam, und zwar mit *seinem* Inhalt, nicht mit dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen. Wird das abweichende Angebot vom Ausschreiber angenommen, so kommt der Vertrag mit dem Inhalt des angenommenen Angebotes zustande. Folgerichtig setzt daher die SIA-Norm 118 das angenommene Angebot in der Rangordnung der Vertragsbestandteile vor die Ausschreibungsunterlagen (Art. 21 Abs. 1).
- Andererseits stellt sich die Frage, ob das Angebot wegen seiner inhaltlichen Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen eine Anforderung verletzt, die der Ausschreiber an die Angebote gestellt hat. Trifft dies zu, so ist das Angebot *submissionswidrig*. Das macht zwar das betreffende Angebot und den durch Annahme des Angebotes abgeschlossenen Vertrag nicht unwirksam³⁴. Hingegen kann den Ausschreiber, der das Angebot annimmt, eine Schadenersatzpflicht aus «*culpa in contrahendo*» gegenüber den anderen Submittenten treffen (vgl. dazu S. 227 f.).

Sicher ist die Submissionswidrigkeit des Angebotes dann zu bejahen, wenn dieses gegen eine anwendbar erklärte Submissionsbedingung des Ausschreibers (S. 197 f.) verstößt, welche ein Angebot mit der betreffenden Abweichung als unzulässig erklärt. Aber auch für die übrigen Fälle gilt der *Grundsatz*, daß Angebote mit inhaltlicher Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen submissionswidrig sind. Denn nach Treu und Glauben dürfen und müssen die eingeladenen Unternehmer grundsätzlich annehmen, daß der Ausschreiber nicht irgendwelche Angebote wünscht, sondern solche, die mit dem Vertragsinhalt übereinstimmen, der in den Ausschreibungsunterlagen vorgezeichnet ist. Der vorgezeichnete Vertragsinhalt bildet die für das Submissionsverfahren maßgebliche Verhandlungsgrundlage und damit auch die

³⁴ INGENSTAU/KORBION, S. 452f.

Grundlage des Wettbewerbes, zu dem die Submittenten nach dem Wunsche des Ausschreibers antreten. Ein echter Wettbewerb unter den Bietern ist am einfachsten und sichersten dann gewährleistet, wenn sich alle Submittenten an die Verhandlungsgrundlage halten und somit Angebote einreichen, die leicht miteinander vergleichbar sind.

Vom soeben umschriebenen Grundsatz, wonach ein Angebot mit Abweichung submissionswidrig ist, selbst wenn es nicht gegen eine anwendbare Submissionsbedingung verstößt, gibt es aber folgende *Ausnahmen*: 1. Die Abweichung ist durch eine anwendbar erklärte Submissionsbedingung ausdrücklich oder sinngemäß gestattet³⁵. 2. Die Abweichung hält sich im Rahmen einer Übung, die sich für Submissionen der betreffenden Art herausgebildet hat. 3. Die Abweichung ist erforderlich, damit die Arbeiten richtig, gefahrlos oder überhaupt ausgeführt werden können. «Richtig» bedeutet: fristgerecht, technisch fachgerecht und mängelfrei im Rechtssinne³⁶. «Gefahrlos» bedeutet: ohne vermeidbare Gefahr für Ausführende, Dritte und fremdes Eigentum. 4. Die Abweichung ist von so untergeordneter Bedeutung, daß das Angebot in allen für die Vergebung entscheidenden Punkten mit den Ausschreibungsunterlagen übereinstimmt.

c. Das Angebot mit Projekt- oder Ausführungsvariante. Es bildet den wichtigsten Fall eines Angebotes, das hinsichtlich des Vertragsinhaltes von den Ausschreibungsunterlagen abweicht (S. 208 f.). Mit der *Projektvariante* bietet der Submittent die Ausführung eines abweichenden (abgeänderten oder andersartigen) Projektes an. Mit der *Ausführungsvariante* offeriert der Submittent die Ausführung in einer Art, die von den Ausschreibungsunterlagen (z.B. nach Baumethode, Reihenfolge der Arbeiten oder Disposition der Baustelleneinrichtungen) abweicht.

Die Variante bildet entweder Gegenstand eines Alternativangebotes, das zusätzlich zum (ausschreibungsgemäßen) Angebot der unveränderten Bauleistung (Hauptangebot) eingereicht wird. Oder der Submittent

³⁵ Vgl. z.B. Art. 5 Abs. 3 BSVO, wonach «Teilangebote» zulässig sind. Ebenso: SIA-Norm 117, Art. 4 Abs. 3; SVO Kt. Luzern (1973), § 9; SVO Kt. Wallis (1977), Art. 14 Abs. 7.

³⁶ Ein technischer Mangel ist nicht notwendigerweise auch ein Werkmangel im Sinne des Art. 368 OR (GAUCH, Nr. 370).

beschränkt sich allein auf das Angebot mit seiner Variante, ohne die Leistung auch in der vom Ausschreiber vorgezeichneten Weise anzubieten.

Das *Angebot mit Projekt- oder Ausführungsvariante ist wirksam*, führt also zum Vertrag, wenn es vom Ausschreiber angenommen wird; dies unabhängig davon, ob es als Alternativangebot (neben dem Hauptangebot) oder allein eingereicht wurde. Hingegen ist das Angebot wegen seiner inhaltlichen Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen *submissionswidrig* (S. 209), falls es gegen eine anwendbar erklärte Submissionsbedingung des Ausschreibers verstößt, oder wenn (in den übrigen Fällen) keiner der erwähnten Gründe vorliegt, der die Abweichung ausnahmsweise rechtfertigt (S. 210).

Was die *Ausnahmegründe* (S. 210) betrifft, so spielt hinsichtlich der Zulässigkeit von Varianten die Übung im Bauwesen eine wichtige Rolle. Ein Angebot mit Variante kann im Einzelfall deswegen zulässig (also nicht submissionswidrig) sein, weil bei Bauarbeiten der betreffenden Art oder bei Submissionen des betreffenden Bauherrn (z. B. eines bestimmten Gemeinwesens) Angebote mit Projekt- oder Ausführungsvarianten üblicherweise eingereicht und beim Entscheid über die Vergebung mitberücksichtigt werden. Ferner kann sich eine Variante im Einzelfall deshalb rechtfertigen, weil das Bauvorhaben ohne Änderung des Projektes oder der Ausführungsart überhaupt nicht, nicht richtig oder nicht gefahrlos ausgeführt werden könnte. Vor allem aber kommt es häufig vor, daß der Ausschreiber in den Submissionsbedingungen Varianten ausdrücklich gestattet³⁷. Bisweilen sind solche Bedingungen insofern unklar, als aus ihnen nicht eindeutig hervorgeht, ob ein Angebot mit Variante auch ohne gleichzeitige Einreichung des Hauptangebotes zulässig ist³⁸.

Der Unternehmer, der ein Angebot mit Variante einreicht, geht ein *Risiko* ein. Zunächst riskiert er, zu Recht aus dem Wettbewerb auszuscheiden, falls sein Angebot submissionswidrig ist. Wird aber das Ange-

³⁷ Vgl. z. B. Art. 5 Abs. 6 und 7 BSVO; SVO Kt. Luzern (1973), § 11; SVO Wallis (1977), Art. 14 Abs. 8; SIA-Norm 117, Art. 4 Abs. 6 und 7.

³⁸ So z. B. SIA-Norm 118, Art. 15 Abs. 3; klar verneint dagegen in SVO Wallis (1977), Art. 14 Abs. 8.

bot mit der Variante angenommen, so trifft den Unternehmer eine gesteigerte Haftung für die korrekte Ausführung des Werkes, soweit die Ausführung durch die Variante beeinflusst wird. Weist z.B. seine Variante einen Planungs-, Berechnungs- oder anderen Fehler auf, der zu einem Werkmangel führt, so kann sich der Unternehmer nicht auf ein Selbstverschulden des Bauherrn (Art. 369 OR), sondern (wenn überhaupt) höchstens auf ein Mitverschulden³⁹ berufen⁴⁰.

Verzichtet umgekehrt der Unternehmer auf die Ausarbeitung und Einreichung einer Variante, so bedeutet dies nicht, daß er von jeder Sorgfaltspflicht befreit ist. Vielmehr ist er nach Treu und Glauben grundsätzlich zur *Aufklärung des Ausschreibers* verpflichtet, falls er in den Ausschreibungsunterlagen einen Planungs- oder einen anderen Fehler entdeckt, der die gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährdet⁴¹. Selbst die Tatsache, daß der Ausschreiber die Zulässigkeit von Varianten ausdrücklich ausgeschlossen hat, befreit den Unternehmer nicht von seiner Aufklärungspflicht, die er vor Vertragsabschluß zu erfüllen hat⁴², andernfalls er für die Folgen der Pflichtverletzung aus «culpa in contrahendo» haftbar wird. Einschränkend ist indessen beizufügen:

Die vorvertragliche Aufklärungspflicht jedes Unternehmers besteht (nur) im Hinblick auf denjenigen Bauvertrag, den gerade er mit dem Ausschreiber abschließen will. Deshalb wird ein Unternehmer, der die Aufklärung unterlassen hat, nicht dafür haftbar, daß der Bauherr den

³⁹ Vgl. dazu GAUCH, Nr. 921 ff.

⁴⁰ Vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 167: «Der Unternehmer haftet namentlich auch für Mängel seines Werkes, die verursacht sind durch von ihm vorgeschlagene Konstruktionen oder Ausführungsarten sowie durch seine statische Berechnung und konstruktive Bearbeitung. Dagegen haftet er nicht für die Richtigkeit der durch den Bauherrn bekanntgegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen».

⁴¹ GAUCH, Nr. 315; vgl. auch BGH NJW 1973, S. 518f. (Unternehmer klärt Bauherrn nicht über Planungsfehler des Architekten auf).

⁴² Ist der Vertrag mit einem Unternehmer einmal abgeschlossen, so wird die vorvertragliche Aufklärungspflicht dieses Unternehmers ersetzt durch eine vertragliche Mitteilungs- (Anzeige- oder Abmahnungs-)pflicht (Art. 365 Abs. 3/369 OR; GAUCH, Nr. 661 und 699). Verletzt der Unternehmer auch diese im Gesetz umschriebene Pflicht, so richten sich die Folgen insoweit nach den anwendbaren Gesetzesbestimmungen. Erfüllt der Unternehmer die gesetzliche Mitteilungspflicht, hat er aber die vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt, so bleibt er für die Folgen der vorvertraglichen Pflichtverletzung aus «culpa in contrahendo» haftbar (GAUCH, Nr. 661 und 700).

Vertrag in Unkenntnis der Fehler mit einem anderen Unternehmer abschließt. Überhaupt keine Aufklärungspflicht trifft den Unternehmer dann, wenn er weiß oder annehmen darf, daß der Ausschreibende die Fehler selber kennt⁴³. Auch ist er nicht verpflichtet, nach Irrtümern des Ausschreibers zu forschen, «die dieser bei gehöriger Aufmerksamkeit selber wahrnehmen könnte»⁴⁴. Hingegen entfällt die Aufklärungspflicht nicht schon deshalb, weil der Unternehmer in früheren Submissionen des betreffenden Ausschreibers erfahren mußte, daß seine vorvertraglichen Hinweise nicht geschätzt wurden und vielleicht sogar zu einer Verringerung seiner Chance für den Zuschlag führten. Möglich ist aber, daß der Richter diesen Umstand bei der Bemessung einer allfälligen Schadenersatzpflicht in Anschlag bringt (Art. 43f. OR).

d. Die Bindung an das Angebot. Der Submittent, der dem Ausschreiber ein Angebot einreicht, ist an sein Angebot gebunden (sofern das Angebot den allgemeinen Voraussetzungen eines Rechtsgeschäftes entspricht⁴⁵, indem es sich insbesondere im Rahmen der durch Art. 19 OR bestimmten Vertragsfreiheit hält). Diese Bindung an das Angebot bedeutet, daß der Ausschreiber berechtigt ist, den angebotenen Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung, also ohne weiteres Zutun des Submittenten, zum Abschluß zu bringen. Von seiten des Submittenten bedarf es somit keiner weiteren Erklärung mehr, damit der Bauvertrag zustandekommt⁴⁶. Hat der Submittent ein Haupt- und ein Alternativangebot mit Variante eingereicht, so ist er an jedes Angebot gebunden, wobei der Ausschreiber aber nur eines der Angebote (wirksam) annehmen kann. Die Wahl steht dem Ausschreiber zu; mit Annahme des einen Angebotes wird das andere abgelehnt.

Die Bindung des Submittenten an sein Angebot erlischt, wenn es ihm gegenüber abgelehnt oder nicht innerhalb der Annahmefrist angenommen wird. Die Annahmefrist, auch «**Bindungsfrist**» genannt, wird in erster Linie durch das Angebot bestimmt. Setzt der Submittent in seinem Angebot eine Frist, so bleibt er nur bis zu deren Ablauf an den Antrag gebunden (Art. 3 OR).

⁴³ BGE 92 II 334.

⁴⁴ BGE 102 II 84.

⁴⁵ Im einzelnen: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 42 zu Art. 3 ●R.

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 41 zu Art. 3 ●R.

Die *Fristansetzung im Angebot* (Art. 3 OR) kann auch stillschweigend geschehen, insbesondere dadurch, daß der Submittent stillschweigend auf eine einschlägige Fristbestimmung in den anwendbar erklärten Submissionsbedingungen verweist⁴⁷. Ein solcher Verweis ist mangels anderer Anhaltspunkte immer anzunehmen, wenn der Submittent ein in dieser Beziehung vorbehaltloses Angebot einreicht und sich damit den Submissionsbedingungen des Ausschreibers unterwirft. Durch die vorbehaltlose Einreichung des Angebotes macht der Submittent eine in den Submissionsbedingungen enthaltene Annahmefrist zum Bestandteil seines Angebotes⁴⁸. Die betreffende Frist ist dann vom Submittenten selbst angesetzt. Weicht die Fristansetzung im Angebot von der Annahmefrist der Submissionsbedingungen ab, so gilt die vom Submittenten angesetzte Frist, obwohl sein Angebot diesbezüglich gegen die Submissionsbedingungen verstößt und insofern submissionswidrig ist.

Fehlt es an einer (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Fristansetzung im Angebot, so gilt die *gesetzliche Annahmefrist* des Art. 5 OR. Art. 5 OR ist auch auf das Angebot im Submissionsverfahren anzuwenden, aber eben nur dann, wenn sich die Annahmefrist nicht schon aus dem Angebote selber ergibt.

e. Widerruf und einseitige Abänderung des Angebotes. Wie soeben ausgeführt wurde, ist das Angebot des Submittenten eine Zeitlang bindend. Für die Praxis stellt sich nun die wichtige Frage, ob der Submittent das bindende, aber noch nicht angenommene Angebot widerrufen oder einseitig abändern kann. Die Frage ist grundsätzlich zu verneinen: Ein Widerruf des Angebotes oder eine einseitige Abänderung durch den

⁴⁷ Z. B. auf die in der BSVO (Art. 5 Abs. 11) und in der SIA-Norm 117 (Art. 4 Abs. 11) enthaltene Bestimmung, wonach «die Angebote ... während 30 Tagen, vom Ablauf der Eingabefrist an gerechnet, verbindlich» bleiben. Nicht im Einklang mit dieser «Bindungsfrist» steht übrigens die in der BSVO und SIA-Norm 117 enthaltene Vorschrift, daß die Vergebung «in der Regel» (also nicht immer!) innert dreißig Tagen nach dem Eingabetermin erfolgen soll (Art. 9 Abs. 1 BSVO und SIA-Norm 117, Art. 8 Abs. 1). Vgl. dazu auch S. 218.

⁴⁸ Immer vorausgesetzt, daß die Annahmefrist in den Submissionsbedingungen eindeutig festgelegt ist (BauR 1980, S. 66), Hiefür genügt es, daß die Submissionsbedingungen die Zuschlagsfrist klar bestimmen (INGENSTAU/KORBION, S. 423). Denn vernünftigerweise muß die Zuschlagsfrist auch als Annahmefrist verstanden werden. Legen die Submissionsbedingungen sowohl eine «Zuschlagsfrist» als auch eine «Annahmefrist» fest und weichen die Fristen voneinander ab, so gilt für die Bindung an das Angebot die kürzere Frist.

Submittenten ist unwirksam und deshalb ausgeschlossen. Das gilt auch für eine Änderung in der Person des Submittenten, sei es dadurch, daß ein eingereichtes Angebot von einem anderen Unternehmer «übernommen» wird, oder sei es durch nachträgliche Bildung einer Arbeitsgemeinschaft. *Einschränkend* muß dem Gesagten allerdings beigelegt werden:

- Einmal ist möglich, daß sich der Submittent in seinem Angebot das Recht zum Widerruf oder zur einseitigen Abänderung des Angebotes *vorbehalten* hat, um sich z. B. die Dispositionsfreiheit mit Bezug auf bestimmte (für die ausgeschriebenen Arbeiten notwendige) Arbeitskräfte und Maschinen während des Submissionsverfahrens zu wahren. Alsdann kann der Submittent das eingereichte Angebot nach Maßgabe des darin enthaltenen Vorbehaltes wirksam widerrufen oder abändern, solange es noch nicht angenommen wurde. Der Vorbehalt des Widerrufs schließt den Vorbehalt einer Änderung ein.
- Möglich ist sodann auch, daß die vom Ausschreiber anwendbar erklärten *Submissionsbedingungen* ein Widerrufs- oder ein Änderungsrecht des Submittenten bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (z. B. bis zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung⁴⁹) vorsehen. Sofern der Submittent der betreffenden Bestimmung nicht widersprochen hat, wirkt diese gegen den Ausschreiber. Der Ausschreiber muß sich daher im Umfang und nach Maßgabe seiner Submissionsbedingungen einen Widerruf oder eine Änderung des Angebotes durch den Submittenten gefallen lassen.
- Schließlich eröffnet *Art. 9 Abs. 1 OR* eine besondere Widerrufsmöglichkeit. Er bestimmt: «Trifft der Widerruf bei dem anderen Teile vor oder mit dem Antrage ein, oder wird er bei späterem Eintreffen dem andern zur Kenntnis gebracht, bevor dieser vom Antrag Kenntnis genommen hat, so ist der Antrag als nicht geschehen zu betrachten». Diese Regel hilft auch den Submittenten. Zum Beispiel ist das eingereichte Angebot eines Submittenten nach Art. 9 Abs. 1 OR wirkungslos, wenn der Submittent den Widerruf seines Angebotes dem Ausschreiber zur Kenntnis bringt, bevor dieser vom eingereichten Angebot (z. B. bei einer offiziellen Angebotseröffnung) Kenntnis genommen hat.

⁴⁹ Z. B. SVO Uri (1960), § 19 Abs. 2; SVO Schwyz (1976), § 15 Abs. 2.

Der Widerruf des Art. 9 Abs. 1 OR umfaßt auch eine Änderung des Angebotes, da sie das frühere Angebot durch ein neues ersetzt⁵⁰. Er verhindert, bei gegebenen Voraussetzungen, das Wirksamwerden des Angebotes, hat also zur Folge, daß von Anfang an gar kein wirksames (bindendes) Angebot vorliegt. Somit bringt die Regel des Art. 9 Abs. 1 OR keine Ausnahme vom Grundsatz, wonach bindende Angebote nicht widerrufen werden können. Insofern ist der nach Art. 9 Abs. 1 OR wirksame Widerruf kein echter Widerruf.

Daß der nach Art. 9 Abs. 1 OR ergangene Widerruf die umschriebene Folge hat, ist «in der Natur der Willenserklärung begründet»⁵¹ und kann nicht ausgeschlossen werden durch irgendwelche Submissionsbedingungen des Ausschreibers; insbesondere nicht durch Bedingungen, die einen Widerruf («Rückzug») oder eine Änderung des Angebotes überhaupt nicht oder nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (z. B. nur bis zum Eingabetermin⁵²) zulassen. Solche Bedingungen haben, selbst wenn der Submittent ihnen ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt, hinter die Regel des Art. 9 Abs. 1 OR zurückzutreten. Ist die Zustimmung des Submittenten im Angebote selbst enthalten, so bleibt sie bei einem Widerruf nach Art. 9 Abs. 1 OR ohnehin wirkungslos, weil das betreffende Angebot (und damit auch die Zustimmung) «als nicht geschehen zu betrachten» ist.

f. Das Angebot mit verdeckter Preisabsprache zum Nachteil des Ausschreibers. Es zeichnet sich dadurch aus, daß die Angebotspreise mit andern Submittenten heimlich (für den Ausschreiber nicht erkennbar) abgesprochen wurden, mit dem Ziele, eine höhere Vergütung zu erlangen. Derart verdeckte Preisabsprachen unter Submittenten machen den Wert jeder Ausschreibung hinfällig⁵³ und verletzen das berechnigte Vertrauen

⁵⁰ BUCHER, S. 110 Anm. 42; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 32 zu Art. 9 OR.

⁵¹ BUCHER, S. 110.

⁵² Z. B. Art. 32 Abs. 2 NSV; SVO Kt. Bern (1931), Art. 12. Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 BSVO (= SIA-Norm 117, Art. 5 Abs. 2), der jedoch unklar gefaßt ist, weil er sich nur auf Fälle «freier Preisberechnung» bezieht und eine Abänderung der Angebote nach Ablauf der Eingabefrist nur «grundsätzlich» ausschließt. Liest man Abs. 2 im Zusammenhang mit Abs. 3, so liegt zwar der Schluß nahe, daß sich Abs. 2 nicht mit einseitigen, sondern mit beidseitig ausgehandelten Änderungen befaßt. Dem widerspricht aber der in Abs. 2 enthaltene Satz, wonach «allfällige Preisänderungen ... schriftlich und begründet einzureichen» sind.

⁵³ INGENSTAU/KORBION, S. 498.

des Ausschreibers in den Wettbewerbscharakter der Submission. Der Ausschreiber wird über eine Tatsache (nämlich die unabhängige Errechnung des Angebotspreises) getäuscht, die erheblich ist für seinen Entschluß, den Vertrag zu bestimmten Bedingungen abzuschließen. Der getäuschte Ausschreiber, der ein Angebot mit abgesprochenem Preise annimmt, braucht den Vertrag nicht gegen sich gelten zu lassen. Der Bauvertrag ist für ihn wegen der Täuschung (Art. 28 OR), meistens auch wegen Grundlagenirrtums (Art. 23/24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) unverbindlich⁵⁴. Auch kann er Schadenersatz verlangen, sei es unmittelbar aus «culpa in contrahendo», gestützt auf Art. 31 Abs. 3 OR oder allenfalls nach Art. 41 Abs. 2 OR⁵⁵. Zu weiteren Fragen der Preisabsprache, insbesondere auch zum kartellrechtlichen Aspekt, und zu kartellistischen Vorkehren der Submittenten überhaupt, siehe im einzelnen DESCHENAUX, S. 155 ff., 161 ff. und MICHEL, S. 95 ff.

4. Die Annahme eines Angebotes

Will der Ausschreiber das Angebot eines Submittenten annehmen, so hat er diesem gegenüber die Annahme zu erklären.

a. Die Annahmeerklärung des Ausschreibers richtet sich somit stets an einen bestimmten Submittenten. In ihr bringt der Ausschreiber seinen endgültigen Willen zum Ausdruck, den vom betreffenden Submittenten beantragten Bauvertrag abzuschließen. Ist die Erklärung wirksam, so kommt der Bauvertrag zustande, und zwar mit dem Inhalt des angenommenen Angebotes. Die Wirksamkeit der Annahmeerklärung setzt voraus, daß die Erklärung dem Submittenten innerhalb der Annahmefrist (S. 213 f.) zugeht. Verspätete Annahmeerklärungen bewirken (unter Vorbehalt von Art. 5 Abs. 3 OR) nicht den Vertragsabschluß, sondern gelten nun ihrer-

⁵⁴ Vgl. dazu ausführlich DESCHENAUX, S. 157 ff. Ob darüber hinaus auch eine analoge Anwendung des Art. 230 OR in Betracht kommt, ist zweifelhaft, da die Regeln über den Irrtum und die Täuschung zum Schutze des Ausschreibers ausreichen. Ablehnend: DESCHENAUX, S. 159.

⁵⁵ Die Frage des Schadenersatzes hat allerdings nur untergeordnete Bedeutung, wenn man in analoger Anwendung des Art. 20 Abs. 2 OR annehmen will, daß die Täuschung oder der Irrtum des Ausschreibers (als «dolus» oder «error incidens») zu einer nur teilweisen Unverbindlichkeit des Vertrages führt, was praktisch auf eine Anpassung der vereinbarten Preise hinausläuft (DESCHENAUX, S. 158; vgl. auch BGE 99 II 309; 96 II 106 ff.)

seits als Angebote ⁵⁶; dies auch dann, wenn die Submissionsbedingungen bestimmen, daß die Arbeiten nur «in der Regel» innerhalb der für die Verbindlichkeit des Angebotes festgesetzten Frist vergeben werden ⁵⁷.

Ob eine Erklärung des Ausschreibers eine Annahmeerklärung darstellt, ist im Streitfall durch Auslegung (unter Anwendung des Vertrauensprinzips) zu entscheiden. Häufig erklärt der Ausschreiber seine Annahme durch die schlichte Mitteilung an einen Submittenten, daß ihm die Arbeit vergeben sei ⁵⁸; oder er erklärt die Annahme dadurch, daß er einen Submittenten auffordert, mit der Arbeit zu beginnen. Eine besondere Form ist von Gesetzes wegen nicht vorausgesetzt, da der Bauvertrag nach dem Gesetze formlos abgeschlossen werden kann. Insofern ist auch eine mündliche (z.B. «telefonische») oder stillschweigende Annahmeerklärung (z.B. durch widerspruchslose Duldung der Bauausführung) wirksam.

Hat allerdings der Ausschreiber in den anwendbar erklärten Submissionsbedingungen eine bestimmte Form für die Annahmeerklärung vorbehalten, so ist die Annahme nach der (widerlegbaren) Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR nur wirksam, wenn sie dieser vorbehaltenen Form entspricht.

b. Abgrenzungen. Die Annahme des Angebotes, worin der Ausschreiber seinen endgültigen Abschlußwillen erklärt, ist zu unterscheiden von folgenden Tatbeständen:

– **Der interne Vergebungsbeschluß.** Darin entscheidet das zuständige Organ des Ausschreibers (z.B. der Regierungsrat eines Kantons oder der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft), die ausgeschriebenen Bauarbeiten einem bestimmten Submittenten zu vergeben. Dieser Beschluß hat als solcher keine vertragschließende Wirkung, sondern bedarf erst noch der Verwirklichung durch eine an den Submittenten gerichtete Annahmeerklärung der zuständigen Stelle. Der Vertrag kommt auch nicht dadurch zustande, daß der Submittent außerhalb der an ihn gerichteten Annahmeerklärung (z.B. aus einem Zeitungsbericht) von der internen Beschlußfassung erfährt.

⁵⁶ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 33 zu Art. 5 OR.

⁵⁷ Z.B. SVO Uri (1960), § 23; vgl. auch Art. 9 Abs. 1 BSVO und SIA-Norm 117, Art. 8 Abs. 1.

⁵⁸ Vgl. SIA-Norm 118, Art. 19 Abs. 1.

- **Der vorläufige Vergebungsbescheid.** Darin teilt der Ausschreiber einem Submittenten zwar mit, daß diesem die ausgeschriebenen Arbeiten vergeben seien, stellt aber zugleich klar, daß er (der Ausschreiber) noch keinen endgültigen Abschlußwillen habe. *Beispiel:* Im Submissionsverfahren eines Kantons wird dem Submittenten von der zuständigen Stelle eröffnet, der Regierungsrat habe ihm die Arbeiten «unter Vorbehalt des Vertragsabschlusses durch die Baudirektion» vergeben.

Mit diesem vorläufigen Vergebungsbescheid kommt der Bauvertrag noch nicht zustande, weil es – für den Submittenten erkennbar – am endgültigen Abschlußwillen des Ausschreibers fehlt. Der Submittent verletzt daher keine Pflicht, wenn er trotz des vorläufigen Vergebungsbescheides mit dem Beginn der Arbeiten zuwartet. Geht in der Folgezeit die Annahmefrist für das Angebot des Submittenten ohne (endgültige) Annahmeerklärung des Ausschreibers zu Ende, so wird der Submittent von seiner Bindung an das Angebot befreit⁵⁹. Außerdem läuft der Ausschreiber Gefahr, daß er dem Submittenten die Aufwendungen, die dieser in berechtigtem Vertrauen auf den bevorstehenden Vertragsabschluß tätigt, aus «culpa in contrahendo» ersetzen muß (S. 203), falls der Vertrag doch noch scheitert⁶⁰. Das gilt insbesondere dann, wenn der Ausschreiber solche Aufwendungen (z. B. für Vorbereitungsarbeiten) geradezu veranlaßt hat und sich dann später weigert, den vom Submittenten beantragten Vertrag abzuschließen.

Vom vorläufigen Vergebungsbescheid zu unterscheiden ist die Annahme eines Angebotes zum Abschluß eines bedingten Vertrages. Die Bedingung (z. B. Genehmigung durch eine vorgesetzte Behörde, Bewilligung eines Objektkredites) kann bereits in den Angebotsunterlagen umschrieben und durch diesbezüglichen Verweis in das Angebot übernommen worden sein. Hat im oben erwähnten Beispiel der «Vorbehalt des Vertragsabschlusses durch die Baudirektion» bei richtiger Auslegung nur die Bedeutung einer vorbehaltenen Genehmigung, so

⁵⁹ Zu beachten ist immerhin, daß der Submittent die ursprüngliche Annahmefrist ausdrücklich oder stillschweigend verlängern kann. Jedoch darf die bloße Tatsache, daß der Submittent nach dem vorläufigen Vergebungsbescheid mit dem Ausschreiber in Verhandlungen bleibt, nicht als solche Verlängerung ausgelegt werden.

⁶⁰ INGENSTAU/KORBION, S. 57 f.

hindert er das Zustandekommen des Vertrages nicht, falls der (in den Ausschreibungsunterlagen vorformulierte) Vorbehalt auch im Angebot enthalten ist. Alsdann wird der Vertrag suspensiv bedingt abgeschlossen (Art. 151 OR), unter der Bedingung der Genehmigung.

- **Die vom Antrag abweichende «Annahme».** Sie ist keine Annahmeerklärung im Rechtssinne, die den Bauvertrag entstehen läßt; gleichgültig, ob die Abweichung in einer Abänderung oder einer Ergänzung besteht. Vielmehr lehnt der Ausschreiber durch eine solche «Annahme» einerseits das Angebot des Submittenten ab, wodurch dessen Bindung an das eingereichte Angebot erlischt. Andererseits bildet die «Annahme» ein *Gegenangebot*, das der Submittent annehmen kann, nicht aber muß⁶¹. Möglich ist auch eine stillschweigende Annahme des Gegenangebotes, insbesondere durch vorbehaltlose Aufnahme der Bauarbeiten.

Vom Gesagten gibt es indessen zwei *Ausnahmen*, in denen trotz der Abweichung vom Angebot eine (wirksame) Annahmeerklärung vorliegt: 1. Die Abweichung beschränkt sich auf unwesentliche Punkte. Alsdann kommt der Vertrag im Umfang der übereinstimmenden Willenserklärungen zustande. 2. Der Submittent hat den Ausschreiber im Angebot zur betreffenden Abweichung ermächtigt⁶². Alsdann entsteht der Vertrag mit der in der Annahmeerklärung enthaltenen Abweichung vom Angebot; immer vorausgesetzt, daß sich die Ermächtigung in den durch Art. 19 OR/27 ZGB gezogenen Grenzen hält⁶³.

Eine wesentliche Abweichung vom Angebot enthält z.B. die Erklärung, worin der Ausschreiber dem Submittenten *nicht die ganze angebotene Bauausführung* vergibt, sondern nur einen Teil der als Einheit ausgeschrieben und dann zur Ausführung offerierten Bauarbeiten (z.B. nur ein nachträglich gebildetes Teil- oder Fachlos). Dasselbe gilt für eine Erklärung, worin der Ausschreiber die Bauarbeiten verschiedenen Submittenten *gemeinsam* überträgt, obwohl jeder von ihnen die Arbeiten allein angeboten hat. – Solche Erklärungen sind keine Annahmeerklärungen, die den Vertragsabschluß bewirken, sondern

⁶¹ Zum Ganzen SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 47 und 48f. zu Art. 3 OR; ferner BUCHER, S. 108; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 22, wo die umschriebene Rechtslage ebenfalls festgehalten wird.

⁶² Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 49 zu Art. 3 OR.

⁶³ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 22 zu Art. 3 OR.

Gegenangebote⁶⁴; es sei denn, die Abweichung stütze sich auf eine im Angebot enthaltene und nach Art. 19 OR/27 ZGB gültige Ermächtigung. Eine *gültige* Ermächtigung ist denkbar mit Bezug auf eine Teilvergebung, wohl aber kaum mit Bezug auf eine gemeinsame Vergabung der Arbeiten (an den allein offerierenden Submittenten in Gemeinschaft mit anderen Bewerbern)⁶⁵.

Die Ermächtigung zur Teilvergebung kann auch in den Ausschreibungsunterlagen vorformuliert und dann vom Submittenten (ausdrücklich oder stillschweigend) in sein Angebot übernommen worden sein. Beschränkt sich allerdings der Ausschreiber in seinen Unterlagen auf den unbestimmten Vorbehalt, die als Einheit ausgeschriebenen Arbeiten nachträglich in Lose aufzuteilen, so kann daraus keine gültige Ermächtigung entstehen. Vielmehr hat der Ausschreiber zum vornherein klarzustellen, wie eine allfällige Teilung im einzelnen geschehen würde.

- **Die Aufforderung zur Angebotsverhandlung.** In ihr teilt der Ausschreiber einem oder mehreren Submittenten den Willen mit, über das eingereichte Angebot zu verhandeln. Diese Verhandlungen über das Angebot dienen entweder der bloßen Klarstellung unklarer Punkte⁶⁶. Oder sie zielen darauf ab, das Angebot in beidseitigem Einverständnis abzuändern (eventuell zu ergänzen). Weder die Aufforderung zur Verhandlung noch die Verhandlungs-Aufnahme begründen das Zustandekommen des Bauvertrages. Eine ganz andere Frage ist die, ob das Submissionsverhältnis solche Verhandlungen zulässt:

Verhandlungen zur Klarstellung unklarer Punkte sind zulässig. Dasselbe gilt für *Änderungsverhandlungen* (z. B. Abgebotsverhandlungen), soweit sie nicht eine anwendbar erklärte Submissionsbedingung des Ausschreibers verletzen⁶⁷ oder sonstwie gegen das Treueverhältnis

⁶⁴ Der Submittent, an den sich das Gegenangebot richtet, wird von seiner Bindung an das bisherige Angebot ohne weiteres befreit. Auch steht es ihm frei, das Gegenangebot anzunehmen oder nicht. Irgendeines «Rücktrittes» vom Angebot bedarf es nicht (ungenau: Art. 7 Abs. 2 BSVO und SIA-Norm 117, Art. 6 Abs. 2).

⁶⁵ Das ist zu betonen gegenüber dem in mehrfacher Hinsicht unklaren Art. 7 Abs 2 BSVO (= SIA-Norm 117, Art. 6 Abs. 2).

⁶⁶ Vgl. z. B. SVO Kt. Schaffhausen (1976), § 21 Abs. 3.

⁶⁷ Z. B. eine Bestimmung, wonach «Abgebotsrunden, d. h. Preisverhandlungsrunden ... nach Offerteröffnung verboten» sind (so: SVO Wallis, 1977, Art. 26).

zwischen Ausschreiber und Submittenten verstoßen. Ein solcher Verstoß gegen das Treueverhältnis liegt dann vor, wenn der Ausschreiber durch die Art und Weise seiner Verhandlungen einzelne Submittenten, die bis dahin eine sachlich begründete Chance für den Zuschlag hatten, benachteiligt und dadurch deren berechtigtes Vertrauen auf *Chancengleichheit* enttäuscht. Nach Treu und Glauben ist es dem Ausschreiber insbesondere verwehrt, solche Submittenten (mit sachlich begründeter Chance für den Zuschlag) von den Verhandlungen auszuschließen. Auch darf er sie nicht dadurch benachteiligen, daß er anderen Submittenten (z. B. «befreundeten» oder «ortsansässigen» Unternehmern) Gelegenheit bietet, ein bis dahin chancenloses Angebot «nachzubessern». Immerhin gilt beides nur unter der Voraussetzung, daß der Ausschreiber sein Verhalten nicht mit einer anwendbaren Submissionsbedingung rechtfertigen kann, worin er sich z. B. vorbehalten hat, Änderungs-Verhandlungen mit beliebig ausgewählten oder zum vornherein umschriebenen (z. B. «ortsansässigen») Bietern zu führen⁶⁸. Auch verstößt es grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Ausschreiber mit einem Submittenten, der ein zulässiges Angebot mit Variante (S. 210 f.) eingereicht hat, Verhandlungen aufnimmt, «um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise» festzulegen⁶⁹.

⁶⁸ Vgl. z. B. SVO Kt. Luzern (1973), § 15 Abs. 4 und 5: Zweite Preisrunde ist zulässig für die Bewerber mit den günstigsten Angeboten (Abs. 4); überdies aber auch für «die günstigsten Bewerber», die im Gemeinwesen, in dem die Arbeiten vergeben werden, ihr Steuerdomizil oder eine (erheblich) steuerpflichtige Betriebsstätte haben (Abs. 5). Abs. 5 kann sich sehr zum Nachteil der übrigen Submittenten (mit «günstigen» Angeboten) auswirken, was im Einzelfall nur deshalb mit Treu und Glauben vereinbar ist, weil die Bestimmung zum vornherein bekanntgegeben wurde. Auf einer anderen Ebene liegt die Frage, ob ein Staat bestimmte Steuersubjekte bei der Vergabe von Arbeiten in dieser Weise bevorteilen sollte. – Unklar ist Art. 6 Abs. 3 BSVO, wonach «bei Angeboten mit nahezu gleichen Einheitspreisen oder Endsummen und bei Kollektivangeboten ... der ausschreibenden Stelle Verhandlungen mit den einzelnen Bewerbern unbenommen» bleiben (ähnlich SIA-Norm 117, Art. 5 Abs. 3). Eine zweifache Auslegung ist möglich: 1. Entweder besagt die Bestimmung, daß bei Vorliegen solcher Angebote Verhandlungen überhaupt, und zwar mit allen Submittenten, zulässig sind (was für Fälle, da keine Angebote der betreffenden Art vorliegen, einen Umkehrschluß nahelegen könnte). 2. Oder die Bestimmung besagt, daß der Ausschreiber bei Vorliegen der genannten Angebote befugt ist, mit den entsprechenden Offerenten (unter Ausschluß der anderen Submittenten) zu verhandeln.

⁶⁹ Vgl. § 24 Ziff. 3 VOB/A.

Verletzt der Ausschreiber durch seine Änderungs-Verhandlungen das Treueverhältnis mit einzelnen Submittenten, die dann bei der Vergabe nicht berücksichtigt werden, so haftet er den Verletzten aus «culpa in contrahendo» (S. 202 f.) und hat ihnen den Submissionsschaden zu ersetzen (S. 203 f.).

5. Die beidseitige Unterzeichnung einer Vertragsurkunde

a. Nach einer im Bauwesen verbreiteten Übung wird bei größeren Bauarbeiten gewöhnlich eine **Vertragsurkunde über den Bauvertrag** ausgefertigt und beidseitig unterzeichnet. Regelmäßig hält die Urkunde nur den Hauptinhalt des Vertrages fest und verweist im übrigen auf weitere Vertragsbestandteile⁷⁰, die vielfach in einer sogenannten «Vertragsmappe» zusammengefaßt sind. Der bloße Bestand dieser Übung macht jedoch den Bauvertrag nicht formbedürftig⁷¹.

b. Im Submissionsverfahren wird die Vertragsurkunde **meist erst nachträglich ausgefertigt und unterzeichnet**: wenn der Bauvertrag durch Annahme eines eingereichten Angebotes (oder eines Gegenangebotes) bereits (rechtsgültig) zustandegekommen ist. Die beidseitig unterzeichnete Vertragsurkunde bestätigt hier den abgeschlossenen Vertrag und dient der Beweissicherung⁷².

Möglich ist aber auch, daß die nachträglich unterzeichnete Urkunde (oder ein zugehöriges Schriftstück) vom Inhalt des früher abgeschlossenen Vertrages *abweicht*. Alsdann bestimmt sich der Vertragsinhalt nach der unterzeichneten Urkunde (bzw. dem Schriftstück, auf das sie verweist), vorausgesetzt, daß der frühere Vertrag durch Vereinbarung der Parteien entsprechend abgeändert wurde. Nur unter dieser Voraussetzung stimmt die in Art. 21 Abs. 1 der SIA-Norm 118 aufgestellte

⁷⁰ Vgl. SIA-Norm 118, Art. 20 Abs. 2.

⁷¹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 24 zu Art. 16 OR.

⁷² SIA-Norm 118, Art. 20 Abs. 3. Siehe darüber auch LEIGGENER, S. 83 f.; er stellt für die Vergabe durch Gemeinwesen (mit zahlreichen Nachweisen) fest, daß nach vielen Submissionsordnungen ein «schriftlicher Vertrag» mit dem Unternehmer abgeschlossen werden müsse; doch ergebe sich aus diesen Bestimmungen nur das Erfordernis, über den durch Annahme des Angebotes abgeschlossenen Vertrag eine Vertragsurkunde zu errichten.

Rangordnung, wonach die unterzeichnete Urkunde einem angenommenen Angebot des Submittenten vorgeht.

Die *Vereinbarung einer Abänderung* (der Abänderungsvertrag) kann gerade dadurch getroffen werden, daß die Parteien die Vertragsurkunde in Kenntnis der Abweichung und mit dem Willen zur Vertragsänderung unterzeichnen. Aber auch derjenige, der die Urkunde ohne Änderungswillen unterzeichnet, muß sich (unter Vorbehalt der Irrtumsregeln, Art. 23ff. OR) bei der Unterzeichnung behaften lassen, falls die andere Partei annimmt und in guten Treuen annehmen darf, daß er der Abweichung mit seiner Unterschrift zustimmt. *Zu verneinen* ist das z.B. dann, wenn die andere Partei die Urkunde ausgefertigt und die Abweichung in die Urkunde (oder ein zugehöriges Schriftstück) eingefügt hat, ohne den Vertragspartner mit gebotener Deutlichkeit auf die Änderung aufmerksam zu machen. Das letztere ist in der Praxis eine gar nicht so seltene Erscheinung; bisweilen werden Abweichungen sogar böswillig eingefügt, geradezu in der Absicht, den Vertragspartner, der die «versteckte» Änderung nicht entdeckt, später dann doch beim abgeänderten Text zu behaften und sich dadurch einen unrechtmäßigen Vorteil zu verschaffen. – Daß im übrigen auch solche Abweichungen, die übereinstimmend nicht gewollt waren (z.B. bloße Schreibversehen), keine Geltung haben, ergibt sich schon aus Art. 18 Abs. 1 OR.

c. Bisweilen kommt es vor, daß die Submissionsbedingungen eines Ausschreibers für das Zustandekommen des Bauvertrages die beidseitige Unterzeichnung einer Vertragsurkunde verlangen⁷³. Solche **Formvorschriften, welche die Gültigkeit des Bauvertrages an die Vertragsunterzeichnung durch beide Parteien** (den Ausschreiber *und* den Submittenten) **knüpfen**, begründen eine unklare Rechtslage. Sie stehen im Widerspruch zur früher getroffenen Feststellung, daß der Submittent an sein Angebot gebunden ist (S. 213)⁷⁴. Ist nämlich das eingereichte Angebot bindend, dann bedarf es für das Zustandekommen des Bauvertrages keiner

⁷³ Z.B. SVO Aargau (1940), § 32; «Ergänzung» der PTT (Hochbau, 1977) zu Art. 19 Abs. 2/3 SIA-Norm 118.

⁷⁴ Ein solcher Widerspruch ist nicht leichthin anzunehmen. Deshalb sind Submissionsbedingungen, die ohne nähere Präzisierung die Ausstellung und Unterzeichnung eines Vertrages verlangen, zum vornherein so auszulegen, daß dieses Formerfordernis kein Gültigkeitserfordernis für den Vertrag darstellt (zutreffend: LEIGGENER, S. 83 f. für die Submissionsordnungen).

zusätzlichen Erklärung des Submittenten mehr und damit auch keiner Vertragsunterzeichnung durch ihn. Vielmehr genügt die einseitige Annahmeerklärung des Ausschreibers.

Für die *Lösung* des erwähnten Widerspruches gibt es nur eine zweifache (alternative) Möglichkeit: Entweder ist die Formvorschrift (zumindest) insofern unbeachtlich, als sie eine Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch den Submittenten verlangt. Dies deshalb, weil sich das Erfordernis der Vertragsunterzeichnung nicht mit der Bindung des Submittenten an sein Angebot vereinbaren läßt. Oder: Aus der Formvorschrift und den übrigen Umständen der Submission ergibt sich die Folgerung, daß die einverlangten Angebote der Submittenten nicht bindend und damit überhaupt keine Angebote (im Rechtssinne) sind. Alsdann liegt eine mögliche, in der Schweiz aber seltene Sonderform der Submission vor, in der die Submittenten keine (bindenden) Angebote einreichen, sondern lediglich die grundsätzliche Bereitschaft zum Vertragsabschluß erklären. Das aber bedeutet, daß dann jeder Submittent trotz Einreichung eines so genannten «Angebotes» immer noch frei ist, den Vertrag mit dem Ausschreiber abzuschließen oder nicht (was ihn jedoch nicht von der Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln entbindet).

Der zweite Fall bildet den Ausnahmefall. In aller *Regel* folgt aus den gesamten Umständen, daß trotz der erwähnten Formvorschrift bindende Angebote von den Submittenten einverlangt und abgegeben werden. Meistens ergibt sich das schon aus den übrigen Submissionsbedingungen, die z. B. die Annahmefrist (auch «Bindungsfrist») für das Angebot oder das Widerrufs- und Änderungsrecht des Submittenten regeln. Sind die Angebote aber bindend, so hat die damit unvereinbare Formvorschrift, wie gesagt, zu weichen.

6. Ansprüche des nichtberücksichtigten Submittenten

Die Frage, ob dem nichtberücksichtigten Submittenten irgendwelche Ansprüche gegenüber dem Ausschreiber zustehen, führt zum privatrechtlichen *Kernproblem* der Submission.

a. Der Grundsatz ist klar: Dem Submittenten, der bei der Vergebung der ausgeschriebenen Arbeiten leer ausgeht, stehen deswegen *keinerlei Ansprüche gegenüber dem Ausschreiber* zu. Allein die Tatsache, daß er am

Submissionsverfahren teilgenommen hat, der Bauvertrag aber nicht mit ihm (allenfalls überhaupt nicht) abgeschlossen wurde, ist insbesondere kein Grund für eine Schadenersatzforderung. Auch kann der Submittent ein Entgelt für seine Aufwendungen nur fordern, wenn ihm dies vom Ausschreiber versprochen wurde⁷⁵, oder wenn sich ein Anspruch auf Vergütung (z. B. für einverlangte Pläne, Zeichnungen, statische Berechnungen) aus einer dahingehenden Übung ergibt. Das aber trifft im Regelfall gerade nicht zu. Im Gegenteil: Viele Submissionsbedingungen schließen einen derartigen Anspruch auf Entgelt ausdrücklich aus⁷⁶.

b. Ausnahme. Vom Grundsatz gibt es eine Ausnahme. Sie betrifft Fälle, da den Ausschreiber eine Haftung aus «*culpa in contrahendo*» trifft, weil er durch sein Verhalten das Treueverhältnis mit dem nichtberücksichtigten Submittenten verletzt hat. In solchen Fällen kann der verletzte Submittent Ersatz seines *Submissionsschadens* verlangen, also fordern, daß er so gestellt werde, wie wenn er auf die Einladung des Ausschreibers nicht eingetreten wäre (S. 203 f.).

Drei *mögliche Haftungsfälle* sind herauszuheben: 1. Der Ausschreiber hat seine Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln verletzt (dazu S. 206 f.). 2. Der Ausschreiber hat Änderungs-Verhandlungen über eingereichte Angebote geführt, die im Verhältnis zum nichtberücksichtigten Submittenten gegen das Gebot von Treu und Glauben verstießen (dazu S. 221 f.). 3. Der Ausschreiber hat die ausgeschriebenen Arbeiten in Verletzung der geltenden Vergaberegeln (S. 227 f.) vergeben⁷⁷. – Der zweite Fall steht dem dritten nahe; so sehr, daß er (anders als hier) auch als Anwendungsfall des dritten behandelt werden könnte.

Ein Sonderfall, der über die Nichtberücksichtigung hinausgreift, liegt dann vor, wenn der Ausschreiber die von einem Submittenten eingereichte *Projekt- oder Ausführungsvariante* mißbraucht, indem er ohne Einverständnis des betreffenden Submittenten die Arbeiten einem anderen Unternehmer mit der eingereichten Variante vergibt; oder indem er zwar den Vertrag mit einem anderen Unternehmer zunächst ohne die

⁷⁵ Vgl. BGE 46 II 372.

⁷⁶ Vgl. z. B. Art. 5 Abs. 10 BSVO und SIA-Norm 117, Art. 4 Abs. 10; ferner z. B. auch SVO Schwyz (1976), § 14 Abs. 2.

⁷⁷ Vgl. dazu HAHN, Haftung aus «*culpa in contrahendo*» bei der Vergabe im Baurecht, BauR 1978, S. 426 ff.

Variante abschließt, später aber doch durch Beststellungsänderung verlangt, daß die Arbeiten nach der Variante ausgeführt werden. Ein solches Verhalten verstößt gegen das Treueverhältnis mit dem Urheber der Variante, selbst wenn es durch die anwendbaren Submissionsbedingungen nicht ausdrücklich untersagt ist ⁷⁸. Der Ausschreiber schuldet dem verletzten Urheber jedenfalls Schadenersatz aus «culpa in contrahendo», und zwar mindestens für den in die Variante investierten Aufwand; dies unabhängig davon, ob der betreffende Submittent eine reelle Chance für den Zuschlag hatte und ob die Variante submissionswidrig war oder nicht. Ernsthaft zu erwägen ist sogar, den Mißbrauch nach den Regeln über die Geschäftsanmaßung zu behandeln (Art. 423 OR), wobei es dann nicht beim Gutmachen des Schadens sein Bewenden hätte ⁷⁹.

c. Die Verletzung der geltenden Vergaberegeln, die den Ausschreiber aus «culpa in contrahendo» haftbar macht ⁸⁰, wirft *drei Fragen* auf:

– Zunächst stellt sich die *Frage, welche Vergaberegeln für den Ausschreiber gelten*. Antwort: Verbindlich sind für den Ausschreiber sicher jene Regeln, die er selber in den anwendbar erklärten Submissionsbedingungen bekanntgegeben hat (S. 197 f.).

Darüber hinaus gibt es Regeln, die sich *unmittelbar aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben* (Art. 2 ZGB) ableiten, soweit die anwendbar erklärten Submissionsbedingungen nicht etwas Abweichendes bestimmen. Zu diesen Regeln gehören namentlich: **1.** Die Regel, daß der Ausschreiber, der die Submittenten in einem geordneten Verfahren um den Vertragsabschluß wetteifern läßt, die ausgeschriebenen Arbeiten ohne sachlich-vernünftigen Grund nicht einem Dritten (einem Nicht-Submittenten) vergeben darf ⁸¹. **2.** Die Regel, daß der

⁷⁸ Siehe aber z. B. Art. 6 Abs. 6 BSVO und SIA-Norm 117, Art. 5 Abs. 6, wo ausdrücklich festgehalten wird, daß die «von einem Bewerber eingereichten Projekte, Projektvarianten, Pläne, Muster und Modelle sowie von ihm dazu erstellte Vorausmaße ... ohne sein Einverständnis Mitbewerbern nicht zugänglich gemacht werden» dürfen.

⁷⁹ Vgl. dazu VON BÜREN, OR II, Zürich 1972, S. 337.

⁸⁰ Vgl. auch BauR 1977, S. 343 f. (Oberlandesgericht Köln: Schadenersatz bei Vergabe auf ein im Eröffnungstermin nicht vorliegendes Angebot).

⁸¹ Diese Regel gilt entgegen BGE 89 I 279 auch dann, wenn die Submissionsbedingungen bestimmen, daß «die vergebenden zuständigen Organe ... nicht verpflichtet» sind, «einem Bewerber den Zuschlag zu erteilen» (SVO Uri, 1960, § 24 Abs. 1); vgl. z. B. auch SVO Aargau (1940), § 2 Abs. 2; SVO Wallis (1977), Art. 18.

Ausschreiber ein Angebot nicht berücksichtigen darf, wenn dieses submissionswidrig ist, d.h. den Anforderungen nicht entspricht, die im betreffenden Submissionsverfahren (in zeitlicher, inhaltlicher und formeller Hinsicht) an das Angebot gestellt waren. Insbesondere hat der Ausschreiber ein Angebot, das zu spät eingereicht wurde oder dessen Inhalt unzulässigerweise von den Ausschreibungsunterlagen abweicht (S. 209 f.), aus dem Wettbewerb auszuschneiden. Formelle Fehler untergeordneter Bedeutung, die auf einem Versehen beruhen und dem betreffenden Angebotsteller keinen Vorteil gegenüber den anderen Submittenten brachten, dürfen unbeachtet bleiben.

Hingegen läßt sich allein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben keine Regel ableiten, wonach der Ausschreiber gehalten ist, die Arbeiten überhaupt zu vergeben. Wenn er ernsthaft verhandelt hat, dann aber doch aus irgendwelchen Gründen vom Vertragsabschluß absieht, verletzt er keine Treuepflicht gegenüber den Submittenten.

- Sodann stellt sich die (schwierige) *Frage, welche Submittenten bei Verletzung der Vergaberegeln schadenersatzberechtigt sind*. Antwort: Sicher fallen alle Submittenten, die submissionswidrige Angebote eingereicht haben, zum vornherein außer Betracht. Von den verbleibenden Submittenten sind alle jene schadenersatzberechtigt, die nach den geltenden Vergaberegeln eine sachlich begründete Chance für den Zuschlag hatten. *Begründung:*

Jeder Submittent hat durch die Teilnahme an der Submission einen erheblichen Aufwand an Geld und Arbeit investiert und sich darüber hinaus vielleicht auch ein anderes Geschäft entgehen lassen. Dies tat er in der berechtigten Erwartung, daß ihn der Ausschreiber nicht durch Verletzung der Vergaberegeln um eine reelle Chance für den «Bauftrag» bringen werde. Hätte er zum vornherein gewußt, daß dies dann tatsächlich geschehen würde, dann hätte er auf die Teilnahme an der Submission verzichtet. Somit sieht er sich um seinen Aufwand und allenfalls um den Gewinn eines entgangenen anderen Geschäftes geprellt, wenn seine berechtigte Erwartung durch den Ausschreiber enttäuscht wird. Deshalb hat er Anspruch auf Ersatz des Submissionschadens⁸².

⁸² Vgl. Der Betriebs-Berater 1972, S. 243 (Oberlandesgericht Hamm). Ferner HAHN, BauR 1978, S. 427 f., der, wie es scheint, bei Verletzung von Vergaberegeln

Eine Voraussetzung für den soeben erwähnten Schadenersatzanspruch besteht also darin, daß der nichtberücksichtigte Submittent nach den geltenden Vergaberegeln eine sachlich begründete Chance für den Zuschlag hatte. In der Praxis wird dieser Beweis dem geschädigten Submittenten vielfach nur schwerlich gelingen; dies schon deshalb, weil er vom Ausschreiber häufig keine (oder keine richtige) Auskunft über die Gründe der Nichtberücksichtigung erhält⁸³, weil er nicht genügende Einsicht in die übrigen Angebote hat, und weil außerdem die Vergaberegeln meistens sehr vage gefaßt sind. Mit Rücksicht darauf ist es meines Erachtens richtig, die Beweisanforderung auf bloße Wahrscheinlichkeit herabzusetzen oder sogar die Beweislast umzukehren und dem Ausschreiber den Beweis dafür aufzubürden, daß der klagende Submittent keine sachlich begründete Chance für den Zuschlag hatte. Die gleiche Regelung der Beweisfrage rechtfertigt sich im übrigen auch dann, wenn ein Submittent seinen Schadenersatzanspruch damit begründet, daß er eine sachlich begründete Chance auf den Zuschlag hatte, bei Angebots- (Änderungs-) Verhandlungen des Ausschreibers aber unsachlich benachteiligt wurde (S. 222).

- Schließlich stellt sich die *Frage, nach der Bemessung des zu ersetzenden Schadens*. Wie soeben gesagt, hat ein nichtberücksichtigter Submittent, der wegen Verletzung der Vergaberegeln schadenersatzberechtigt ist, Anspruch auf *Ersatz des Submissionsschadens*. Sein Anspruch geht also nicht auf Ersatz des Gewinnes, der ihm durch Nichterteilung des «Baufauftrages» entgangen ist. Das gilt auch für einen Submittenten, der nicht nur eine sachlich begründete Chance auf den Zuschlag gehabt hat; sondern: von dem sogar feststeht, daß die ausgeschriebenen Arbeiten bei korrekter Anwendung der Vergaberegeln gerade ihm (nicht einem anderen) vergeben worden wären. Die Culpa-Haftung des Ausschreibers richtet sich somit stets auf Ersatz des negativen Interesses⁸⁴.

sogar *jedem* nichtberücksichtigten Submittenten einen Ersatzanspruch aus «culpa in contrahendo» zubilligen möchte. Restriktiv aber INGENSTAU/KORBION, S. 58.

⁸³ Vgl. z. B. Art. 8 Abs. 3 BSVO und SIA-Norm 117, Art. 7 Abs. 4, wonach der Ausschreiber «nicht verpflichtet» ist, «die Gründe der Nichtberücksichtigung bekanntzugeben». Ebenso: SVO Kt. Luzern (1973), § 22; SVO Kt. Zürich (1968), § 14.

⁸⁴ Vgl. BGE 105 II 81.

Eine *andere Rechtslage* besteht dann, wenn der Ausschreiber sich durch sein Versprechen *verpflichtet* hat, den Vertrag mit demjenigen Submittenten abzuschließen, der den «Bauvertrag» bei korrekter Anwendung der Vergaberegeln erhalten soll. Ein solches Versprechen nähert die Ausschreibung der Bauarbeiten dem Preisausschreiben des Art. 8 OR. Es begründet eine Kontrahierungspflicht des Ausschreibers zu Gunsten desjenigen Submittenten, dem der Zuschlag nach den Vergaberegeln zusteht. Mit Rücksicht auf das in Art. 377 OR umschriebene Rücktrittsrecht des Bestellers kann der berechtigte Submittent den Ausschreiber zwar nicht zwingen, den Bauvertrag mit ihm (dem Berechtigten) abzuschließen⁸⁵. Hingegen kann der Submittent Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen, wenn der Ausschreiber seine Abschlußpflicht verletzt. Der Ausschreiber hat den berechtigten Submittenten alsdann so zu stellen, wie wenn der erstrebte Vertrag mit ihm abgeschlossen worden wäre; er hat ihm das positive Vertragsinteresse und damit den Gewinn zu ersetzen, der dem Submittenten durch den Nichtabschluß des Vertrages entgangen ist. Diese Ersatzpflicht des Ausschreibers hat ihren Rechtsgrund hingegen nicht in einer bloßen «culpa in contrahendo», sondern in der Verletzung des abgegebenen und vom Submittenten (allenfalls nur stillschweigend) angenommenen Abschlußversprechens.

Ein derartiges Versprechen des Ausschreibers, das eine Abschlußpflicht begründet, ergibt sich nicht schon aus der Tatsache der Ausschreibung⁸⁶ und ist für den Einzelfall nicht leichthin anzunehmen⁸⁷. Zum Beispiel genügt der bloße Umstand, daß die vom Ausschreiber als anwendbar erklärten Submissionsbedingungen bestimmte Vergaberegeln enthalten, keineswegs für die Annahme eines Abschlußversprechens⁸⁸. Dieser Umstand allein hat nur (aber immerhin) Bedeu-

⁸⁵ Es wäre übertriebener Formalismus, vom Ausschreiber den Abschluß eines Bauvertrages zu fordern, den er nachher sofort wieder auflösen könnte. Vgl. sinngemäß BGE 98 II 312.

⁸⁶ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 29 zu Art. 8 OR; VPB 1976, Nr. 55, S. 23 (Eidg. Justizabteilung).

⁸⁷ Bisweilen wird ein «Rechtsanspruch auf Erteilung eines Auftrages» in den Submissionsbedingungen ausdrücklich ausgeschlossen, womit klargelegt ist, daß der Ausschreiber kein Abschlußversprechen abgibt. Vgl. z. B. SVO Wallis (1977), Art. 18; ferner SVO Aargau (1940), § 2 Abs. 2; SVO Uri (1960), § 24 Abs. 1.

⁸⁸ Für die deutsche VOB vgl. INGENSTAU/KORBION, S. 51 f.; HAHN, BauR 1978, S. 427. Unklar: GAUCH, Nr. 304. Weitergehend: VPB 1976, Nr. 55, S. 25 f. (Eidg.

tung unter dem Gesichtspunkt der «culpa in contrahendo», indem die anwendbar erklärten Vergaberegeln das zwischen Ausschreiber und Unternehmer bestehende Treueverhältnis inhaltlich ausgestalten (S. 204 f.).

d. Ein Recht zur Anfechtung des Bauvertrages, den der Ausschreiber in Verletzung der Vergaberegeln mit einem anderen Unternehmer abgeschlossen hat, steht dem übergangenen Submittenten nach Privatrecht *nicht* zu; es sei denn, ein solches Recht ließe sich durch analoge Anwendung des Art. 230 OR begründen. Auch wenn man aber die sinngemäße Anwendung dieser Bestimmung auf das Submissionsverfahren grundsätzlich bejaht (S. 204), bestehen doch erhebliche Zweifel, ob sich daraus ein Anfechtungsrecht zu Gunsten des nichtberücksichtigten Submittenten ableiten läßt. Denn:

Das Anfechtungsrecht des Art. 230 OR steht nur demjenigen zu, der an der Anfechtung ein persönliches Interesse hat⁸⁹. Nun sind aber einerseits die berechtigten Interessen des Submittenten durch die Schadenersatzhaftung des Ausschreibers (S. 226 ff.) gewahrt. Und andererseits brächte auch die erfolgreiche Anfechtung dem Submittenten keinen darüber hinausgehenden Vorteil; er kann den Ausschreiber mit Rücksicht auf Art. 377 OR selbst dann nicht zum Vertragsabschluß mit ihm zwingen, wenn der Ausschreiber ihm gegenüber ein Abschlußversprechen verletzt hat (S. 230). Auch ginge es zu weit, dem Submittenten gestützt auf Art. 230 OR geradezu ein Recht auf Wiederholung der Submission einzuräumen.

III. DIE AUSSCHREIBUNG DURCH EINEN ÖFFENTLICHEN BAUHERRN

Ein Großteil der Submissionen wird durch öffentliche Bauherren veranstaltet. Ausschreiber ist dann eine juristische Person des öffentlichen Rechts, insbesondere Bund, Kanton oder Gemeinde. Für diese Sub-

Justizabteilung), wo eine Abschlußpflicht des Ausschreibers schon deshalb bejaht wird, weil er die BSVO (oder SIA-Norm 117) mit den darin enthaltenen Vergaberegeln als anwendbar erklärt hat.

⁸⁹ BGE 40 III 336.

missionen stellen sich besondere Rechtsfragen, von denen ich drei herausgreifen will: 1. Die Frage nach der Zuordnung des Submissionsverhältnisses zum privaten oder öffentlichen Recht, 2. Die Frage nach der Bedeutung der Submissionsordnungen, 3. Die Frage nach der Anfechtbarkeit der Vergabung mit Beschwerde.

1. Der privatrechtliche Charakter des Submissionsverhältnisses

Wie bereits gesagt, ist das Submissionsverhältnis zwischen dem Ausschreiber von Bauarbeiten und den einzelnen eingeladenen Unternehmern ein Rechtsverhältnis des privaten Rechts (S. 201). Das gilt auch dann, wenn die Bauarbeiten durch eine juristische Person des öffentlichen Rechtes ausgeschrieben werden⁹⁰. Trotz Beteiligung eines öffentlichen Bauherrn ist kein Grund ersichtlich, die Verhandlungen über den privatrechtlichen Bauvertrag (bis und mit Vertragsabschluß) dem öffentlichen Rechte zu unterstellen. Ist «das in Aussicht genommene Vertragsverhältnis kein öffentliches Rechtsverhältnis, dann gehört auch das während den Vertragsverhandlungen bestehende ... Vertrauensverhältnis nicht dem öffentlichen Rechte an»⁹¹. Eine Zerteilung in einen öffentlich-rechtlichen *Verhandlungs-* und einen privatrechtlichen *Vertragsteil* würde ein organisch zusammenhängendes Ganzes unnötig zersplittern und zu zahlreichen Komplikationen in der Rechtsanwendung führen.

Das privatrechtliche Submissionsverhältnis besteht immer nur zwischen dem ausschreibenden Gemeinwesen und den von ihm zur Offertstellung eingeladenen Unternehmern. Das gilt insbesondere auch für den *Nationalstraßenbau*, bei dem die Arbeiten durch die Kantone vergeben werden (Art. 41 Abs. 2 NSG). Zwar haben sich die vergebenden Kantone an die vom Bundesrat als Oberaufsichtsbehörde (Art. 54 NSG) erlassenen Grundsätze zu halten (Art. 41 Abs. 2 NSG). Auch bedürfen Arbeitsvergaben ab einer bestimmten Offertsumme der Genehmigung durch das eidgenössische Amt für den Straßenbau (Art. 36 NSV). All das ändert aber nichts an der Tatsache, daß nur und gerade der Kanton, welcher Arbeiten für den Nationalstraßenbau ausschreibt, Verhandlungspartner

⁹⁰ Für Deutschland vgl. INGENSTAU/KORBION, S. 51 und dort zitierte Entscheide; anderer Ansicht für die Schweiz z. B. LEIGGENER, S. 130.

⁹¹ Deutsches Bundesverwaltungsgericht, NJW 1962, S. 1537.

der eingeladenen Unternehmer und späterer Vertragspartner eines Submittenten ist. Nur zwischen diesem Kanton und den eingeladenen Unternehmern besteht somit ein privatrechtliches Submissionsverhältnis, nicht auch zwischen den einzelnen Unternehmern und dem Bund (der die Arbeiten nicht ausgeschrieben hat).

2. Die Bedeutung der Submissionsordnungen

a. Viele Gemeinwesen haben für die Ausschreibung öffentlicher Bauarbeiten und die Durchführung des Submissionsverfahrens öffentliche **Submissionsordnungen** erlassen⁹². Teils geschah dies durch die Legislative, meistens durch die Exekutive⁹³.

Diese Ordnungen sind in aller Regel in das Gewand einer Verordnung gekleidet; sie werden als «Submissionsverordnungen» (z. B. BSVO), aber auch als «Reglemente», «Submissionsrichtlinien» usw. bezeichnet. Nur ganz ausnahmsweise haben sie die Form eines Submissionsgesetzes⁹⁴.

b. Den genannten Submissionsordnungen kommt eine wichtige Bedeutung zu. Zwar enthalten sie nach verbreiteter Meinung⁹⁵ **keine Bestimmungen mit Rechtssatzcharakter**, so daß sie aus sich heraus keine verwaltungsexterne Wirkung entfalten (für den Unternehmer also weder Rechte noch Pflichten gegenüber dem Ausschreiber begründen). Hingegen enthalten sie zur *Hauptsache*:

– Einerseits *rein verwaltungsinterne Dienstanweisungen an die vergebende Behörde*⁹⁶. Diese Dienstanweisungen binden die Behörde im *Innen-*

⁹² Eine «Bestandesaufnahme der Submissionsordnungen» findet sich bei LEIGGENER, S. 62 ff. und 95 ff.

⁹³ Vgl. dazu LEIGGENER, S. 95 ff.

⁹⁴ Z. B. Submissionsgesetz des Kantons Luzern (1973) mit zugehöriger Verordnung (1973); Legge sugli appalti (Tessin, 1978).

⁹⁵ Vgl. z. B. BGE 46 II 373; 60 I 370; 103 Ib 157; VPB 1976, Nr. 55, S. 20 ff. (Eidg. Justizabteilung); IMBODEN, ZSR 1958 II, S. 53a und 60a; SCHWARZENBACH, Zbl 1962, S. 363; MÜLLER, S. 77 und dort Zitierte; Grundsätzliche Entscheide des Regierungsrates des Kantons Solothurn, 1976, Nr. 28, S. 119; ZWR 1977, S. 454 (Staatsrat Wallis); SJZ 1978, S. 78 (Regierungsrat Zürich).

⁹⁶ Z. B. Art. 2, 3 und 4 Abs. 5 BSVO; vielleicht mit Ausschluß des in Art. 3 Abs. 3 enthaltenen Satzes, wonach die Verlängerung der Eingabefrist allen Bewerbern rechtzeitig mitzuteilen ist.

verhältnis, greifen aber nicht auf das Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen (als Ausschreiber) und den am Submissionsverfahren beteiligten Unternehmern über; auch dann nicht, wenn das Gemeinwesen die Submissionsordnung gegenüber den eingeladenen Unternehmern als anwendbar erklärt.

- Andererseits *Allgemeine Submissionsbedingungen* (S. 197), die das Submissionsverfahren regeln⁹⁷, die zugleich aber auch interne Dienstweisungen sein können. Diese Submissionsbedingungen greifen auf das *Außenverhältnis* zwischen Gemeinwesen und Unternehmern über und werden privatrechtlich wirksam⁹⁸, wenn das ausschreibende Gemeinwesen sie für eine bestimmte Submission gegenüber den eingeladenen Unternehmern (also nach außen) als anwendbar erklärt. Alsdann binden sie das Gemeinwesen im Verhältnis zu den Unternehmern und – mit deren Zustimmung – auch die Unternehmer gegenüber dem Gemeinwesen (im einzelnen S. 204 f.). Dasselbe gilt für das Verhältnis zwischen dem Ausschreiber und den einzelnen Unternehmern, wenn ein Gemeinwesen (z. B. ein Kanton) in der Ausschreibung erklärt, daß auf das Submissionsverfahren die Bedingungen einer fremden Submissionsordnung (z. B. jene der Bundes-Submissionsverordnung) anwendbar seien.

Für die erwähnte Anwendbarkeits-Erklärung genügt es, daß das Gemeinwesen in den Ausschreibungsunterlagen auf die Submissionsordnung verweist. Die Erklärung kann im übrigen auch stillschweigend geschehen, namentlich dann, wenn die Submissionsordnung publiziert ist. Jedenfalls hat sich das Gemeinwesen eine von ihm publizierte (einschlägige) Submissionsordnung von den eingeladenen Unternehmern ohne weiteres entgegenhalten zu lassen⁹⁹ (was in der Formulierung des Art. 4 Abs. 3 der SIA-Norm 118 übersehen wurde).

Hat der Ausschreiber eine Submissionsordnung (z. B. durch Verweis in den Ausschreibungsunterlagen) gegenüber den eingeladenen Unternehmern als anwendbar erklärt, so kann im Einzelfall streitig werden, ob diese oder jene Vorschrift der Ordnung eine Submissionsbedingung

⁹⁷ Vgl. BGE 103 Ib 157; VPB 1976, Nr. 55, S. 20 ff. (Eidg. Justizabteilung). Beispiele: Art. 4 Abs. 1–4 und Art. 6–9 BSVO.

⁹⁸ BGE 103 Ib 157.

⁹⁹ Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 479 zu Art. 1 OR; offen gelassen in VPB 1976, Nr. 55, S. 22 (Eidg. Justizabteilung).

ist, die im Außenverhältnis wirksam wurde; oder ob sie eine *rein* verwaltungsinterne Dienstanzweisung ohne Außenwirkung darstellt. Diese Streitfrage ist nach dem Vertrauensprinzip so zu entscheiden, wie die eingeladenen Unternehmer die betreffende Vorschrift nach Treu und Glauben verstehen durften und mußten ¹⁰⁰.

- Bisweilen enthalten die Submissionsordnungen noch weitere Vorschriften, insbesondere *vorgeformte Vertragsbestimmungen* für den Inhalt des abzuschließenden Bauvertrages ¹⁰¹. Diese vorgeformten Bestimmungen stehen den Allgemeinen Vertragsbedingungen privater Personen nahe. Sie gehören zur «Verhandlungsgrundlage» (S. 196 f.) und erlangen Vertragsgeltung, wenn sie durch Übernahme der Parteien zum Bestandteil des Bauvertrages gemacht werden.

c. Nach einer anderen Meinung sind jene Bestimmungen der Submissionsordnungen, «die sich auf die Wahl der Konkurrenten auswirken», also Einfluß auf die Vergebung haben, «als **Rechtssätze** zu qualifizieren» ¹⁰². Trifft dies zu, so entfalten die betreffenden Bestimmungen eine verwaltungsexterne Wirkung und gelten, kraft öffentlichen Rechtes ¹⁰³, ohne weiteres für die am Submissionsverfahren Beteiligten.

Folgt man dieser Meinung, so erhält das privatrechtliche Submissionsverhältnis (S. 232) einen öffentlich-rechtlichen Einschlag, indem es *mit öffentlichen Rechten und Pflichten durchsetzt* wird. Nun besteht zwar keine logische Notwendigkeit, ein Rechtsverhältnis entweder nur dem privaten oder nur dem öffentlichen Rechte zuzuordnen. Für das materielle Recht sollte hingegen nicht ohne Not vom Grundsatz abgewichen werden, «daß jedes Rechtsverhältnis entweder dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht einzuordnen ist» ¹⁰⁴. Weicht man für das Submissionsverhältnis

¹⁰⁰ Vgl. VPB 1976, Nr. 55, S. 22f. (Eidg. Justizabteilung), wonach sogar die für die Vertragsauslegung entwickelte Unklarheitsregel (JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980, N 451 ff.) herbeizuziehen ist.

¹⁰¹ Vgl. z. B. SV● Aargau (1940), § 35 ff.; SVO Kt. Luzern (1973), § 27 ff.

¹⁰² KÖLZ, S. 153; teils weitergehend, teils differenzierend: LEIGGENER, S. 113 ff.

¹⁰³ Für eine Regelung des Submissionsverhältnisses durch zivilrechtliche Gesetzesbestimmungen fehlt den Kantonen – mangels eines bundesrechtlichen Vorbehaltes (Art. 5 ZGB) – die Befugnis. Aber auch die Submissionsordnungen des Bundes enthalten keine zivilrechtlichen Rechtssätze.

¹⁰⁴ LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 4. A., München 1977, S. 4 f.

vom genannten Grundsatz ab, indem man das privatrechtliche Verhältnis mit öffentlichen Rechten und Pflichten durchsetzt, so entsteht eine *komplizierte Rechtslage*. Der Rechtsanwendende sieht sich (mit Rücksicht auf die Art des Rechtsweges) immer wieder vor die Frage gestellt, welchen Teil des in Wirklichkeit einheitlichen Gefüges er beim privaten Recht belassen, welchen Teil er dem öffentlichen Rechte zuschlagen soll. Die Beantwortung dieser Frage ist umso schwieriger, als die Submissionsordnung in aller Regel nur einen Teil der Bestimmungen enthält, die das ausschreibende Gemeinwesen auf das Submissionsverfahren zur Anwendung bringt. Hinzu kommen in vielen Fällen z. B. auch Bestimmungen der SIA-Normen samt zugehörigen «Ergänzungen» des Bauherrn, die sich ebenfalls «auf die Wahl der Konkurrenten auswirken». In solchen Fällen entsteht eine kaum lösbare Konfusion zwischen öffentlichem und privatem Recht, sofern man nicht das ganze Submissionsverhältnis dem öffentlichen Rechte unterstellen will (was aber gerade abzulehnen ist).

Die dargestellte Konsequenz der erwähnten Meinung spricht gegen deren Richtigkeit. Vom Ergebnis her ist vernünftigerweise nicht anzunehmen, daß Bestimmungen öffentlicher Submissionsordnungen als Rechtssätze erlassen wurden, die kraft öffentlichen Rechtes ohne weiteres Geltungskraft für das Verhandlungsverhältnis zwischen dem ausschreibenden Gemeinwesen und den Unternehmern haben. Der Meinung vom Rechtssatzcharakter solcher Submissionsbedingungen kann, jedenfalls dem Grundsatz nach, nicht zugestimmt werden; schon gar nicht mit Bezug auf Submissionsordnungen, die eine Exekutive in eigener Kompetenz (also ohne Delegation der Legislative) geschaffen hat. Ins Leere stößt namentlich auch das Argument, daß die Submissionsordnungen «toter Buchstabe» blieben, wenn man ihnen den Rechtssatzcharakter versage¹⁰⁵. Denn die Allgemeinen Submissionsbedingungen einer Submissionsordnung werden privatrechtlich wirksam und damit durchaus «lebendig», sobald das ausschreibende Gemeinwesen sie für das konkrete Submissionsverfahren als anwendbar erklärt (S. 234).

Immerhin ist zuzugeben, daß die strikte Ablehnung des «Rechtssatzcharakters» in jenen Fällen auf Schwierigkeiten stößt, in denen die Submissionsordnung die Form eines kantonalen Submissionsgesetzes

¹⁰⁵ So aber KÖLZ, S. 153; ähnlich auch LEIGGENER, S. 105, wonach ein benachteiligter Bewerber den Nachteil einfach hinnehmen müsse, wenn man die Submissionsordnung nicht als Rechtsvorschrift betrachte.

(samt zugehöriger Verordnung) hat. Hier spricht in der Tat ein Indiz für den Rechtssatzcharakter mindestens derjenigen Bestimmungen, die sich auf die Vergabung auswirken. Andererseits muß man sich aber auch hier bewußt bleiben, daß «nach der äußeren Form ... keineswegs bereits auf die rechtliche Natur der Bestimmungen geschlossen werden» kann¹⁰⁶. Auffällig ist z. B. die in der Luzerner Verordnung zum Submissionsgesetz enthaltene Formel, wonach der Bewerber «mit der Einreichung eines Angebotes sein Einverständnis mit den Vorschriften des Submissionsgesetzes und der Verordnung hiezu» bekundet¹⁰⁷. Ein solches «Einverständnis» ist zum vornherein nicht vonnöten, wenn die betreffenden Bestimmungen tatsächlich Rechtssatzcharakter haben¹⁰⁸. Auf einer ganz anderen Ebene liegt die offene Frage, ob ein Kanton überhaupt befugt ist, durch Rechtssätze seines öffentlichen Rechts in das privatrechtliche Submissionsverhältnis einzugreifen, oder ob er dadurch gegen den Vorrang des Bundesrechts verstößt.

3. Die Anfechtung der Vergabung mit Beschwerde

a. **Die Frage**, ob ein nichtberücksichtigter Submittent die Vergabung von Bauarbeiten durch ein Gemeinwesen mit förmlicher Beschwerde anfechten kann, ist eine Frage des öffentlichen, nicht des privaten Rechts. Als Mittel der Anfechtung kommen in Betracht: die Verwaltungs-(gerichts)beschwerde und (bei kantonaler oder kommunaler) Submission die staatsrechtliche Beschwerde¹⁰⁹ (z. B. wegen Verletzung des Willkürverbotes, Art. 4 BV).

Falls eine derartige Beschwerde (bei gegebenen Gründen) möglich ist, bekommt das privatrechtliche Submissionsverhältnis (S. 232) auch von daher einen öffentlich-rechtlichen Einschlag. Neben den Rechtsbehelf des Privatrechts (den Schadenersatzanspruch), der den übergangenen Submittenten bei gegebenen Voraussetzungen zusteht (S. 226 ff.), tritt dann als weiterer Rechtsbehelf die öffentlich-rechtliche Anfechtung durch Beschwerde, so daß ein *zweispuriges Sanktionensystem* entsteht. Eine

¹⁰⁶ LEIGGENER, S. 99.

¹⁰⁷ SVO Kt. Luzern (1973), § 8 Abs. 4.

¹⁰⁸ So auch VFB 1976, Nr. 55, S. 21 f. (Eidg. Justizabteilung), jedoch mit Bezug auf die BSVO, die in Art. 5 Abs. 9 eine gleichartige Formel enthält.

¹⁰⁹ Was Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges voraussetzt.

solche Zweispurigkeit ist nicht zu vermeiden, wenn der öffentliche Rechtsschutz ausnahmsweise in einer speziellen Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift ausdrücklich und rechtsgültig vorgesehen ist. Was die übrigen Fälle betrifft, so ist nach wie vor umstritten, ob die Vergebung durch das Gemeinwesen der öffentlich-rechtlichen Anfechtung unterliegt. Praxis und ein Teil der Lehre gehen in dieser Frage auseinander:

b. Die Praxis verneint, mit Ausnahme einiger Kantone ¹¹⁰, die Anfechtbarkeit der Vergebung mit dem öffentlich-rechtlichen Mittel der förmlichen Beschwerde ¹¹¹. Auf diesem Standpunkt steht namentlich auch das Bundesgericht hinsichtlich der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 OG) ¹¹² und der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 OG) ¹¹³. Im gleichen (ablehnenden) Sinne entschied der Bundesrat in bezug auf die Zulässigkeit der Verwaltungsbeschwerde gestützt auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren ¹¹⁴. Die ablehnende Haltung wird vor allem damit begründet, daß zwar der Zuschlag eine «Verwaltungshandlung im weiteren Sinne» sei; doch liege darin «im Verhältnis zu den Bewerbern nicht eine Äußerung staatlicher Befehlsgewalt, sondern nur der Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages mit dem angenommenen Bewerber und die Ablehnung der Angebote der übrigen Eingabesteller» ¹¹⁵.

Nach dieser Praxis verbleiben also dem nichtberücksichtigten Submittenten nur (aber immerhin) die Rechtsbehelfe des Privatrechts. Außerdem können die Submittenten *Aufsichtsbeschwerde* gegen die vergebende Behörde führen ¹¹⁶. Das mag ein geeignetes Mittel sein, um die

¹¹⁰ Vgl. die Nachweise bei LEIGGENER, S. 93f.; neuere Entscheide: PVG 1970, Nr. 95, S. 195 (Verwaltungsgericht Graubünden); Zbl 1976, S. 502 (Regierungsrat Aargau); Zbl 1978, S. 270 ff. (Verwaltungsgericht Obwalden).

¹¹¹ Neuere Entscheide: GVP 1977, S. 148 ff. (Regierungsrat St. Gallen); Grundsätzliche Entscheide des Kantons Thurgau, 1977, Nr. 2, S. 7 (Regierungsrat Thurgau); ZWR 1977, S. 453 ff. (Staatsrat Wallis); ZWR 1978, S. 171 ff. (Verwaltungsgericht Wallis); SJZ 1978, S. 76 ff. (Regierungsrat Zürich); Zbl 1979, S. 130 ff. (Verwaltungsgericht Zug; mit ausführlicher Begründung und Stellungnahme zur Lehre und Praxis); vgl. ferner auch VPB 1976, Nr. 55, S. 26 f. (Eidg. Justizabteilung).

¹¹² BGE 60 I 369; 89 I 259 und 280; 101 IV 411; 103 Ib 156 f.

¹¹³ BGE 103 Ib 157.

¹¹⁴ VPB 1977, Nr. 18.

¹¹⁵ BGE 103 Ib 156 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁶ BGE 103 Ib 157 f.; GVP 1977, S. 149 f. (Regierungsrat St. Gallen).

Aufsichtsbehörde auf Mißstände aufmerksam zu machen und sie für künftige Submissionen zur Abhilfe zu veranlassen. Abgesehen davon, ist aber die Aufsichtsbeschwerde eine stumpfe Waffe in der Hand des nichtberücksichtigten Bewerbers. Sie ist kein Rechtsmittel, das zur Aufhebung des behördlichen Entscheides führt, und gibt dem Beschwerdeführer nicht einmal Anspruch auf Erledigung¹¹⁷. Hinzu kommt die Sorge des Submittenten, bei späteren Bauvorhaben nicht mehr berücksichtigt zu werden, wenn er sich über die vergebende Stelle bei der Aufsichtsbehörde beschwert¹¹⁸.

c. Die Lehre steht mit der Praxis nicht völlig in Einklang. Vielmehr wird von einem (wohl) überwiegenden Teil der Lehre die Meinung vertreten, daß die «Vergebung von Aufträgen durch das Gemeinwesen ... anfechtbare Verfügungen» seien¹¹⁹. Für diese Auffassung wird namentlich das Rechtsschutzbedürfnis ins Feld geführt¹²⁰ und außerdem auch gesagt, «die präventive Wirkung der Anfechtbarkeit» trage dazu bei, daß «die Vergabungen ohne Rechtsstreit gerecht vorgenommen» würden¹²¹. Hier ist nicht der Ort, zur öffentlichrechtlichen Frage der Anfechtbarkeit (durch Beschwerde) abschließend Stellung zu nehmen. Nur auf folgende Punkte sei hingewiesen:

- Das berechtigte Rechtsschutzinteresse der Submittenten ist gewiß zu wahren. Doch kann dies nicht nur mit Mitteln des öffentlichen Rechts, sondern ebenfalls auf der Grundlage des Privatrechts geschehen¹²². Das *Privatrecht* stattet nichtberücksichtigte Submittenten, denen gegenüber der Ausschreiber eine Treuepflicht verletzt hat, mit Scha-

¹¹⁷ BGE 103 Ib 158. Abzulehnen IMBODEN/RHINOW (I, S. 288f.), wonach die Aufsichtsbehörde (!) die Möglichkeit haben soll, «die rechtsgeschäftliche Willenserklärung der untergeordneten Instanz als unverbindlich zu erklären und damit das getätigte Rechtsgeschäft hinfällig werden zu lassen».

¹¹⁸ Dazu und zur ganzen Frage der Aufsichtsbeschwerde vgl. auch INGENSTAU/KORBION, S. 53.

¹¹⁹ KÖLZ, S. 152ff., mit zahlreichen Nachweisen, insbesondere: BURCKHARDT, ZBJV 1935, S. 644; IMBODEN/RHINOW I, S. 289; LEIGGENER, 153ff.; SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 2. A., Bern 1975, S. 320f.; neuerdings auch MICHEL, S. 84ff. Anderer Ansicht aber BONNARD, ZSR 1962 II, S. 406; GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, S. 104f.; BERS., *Anfechtbare Verfügung*, S. 525; SCHNEEBERGER, *Kommerzielles Vertragsrecht* 1976, S. 44ff.; ZWAHLEN, ZSR 1958 II, S. 526a ff.

¹²⁰ Z.B. KÖLZ, S. 152.

¹²¹ KÖLZ, S. 154.

¹²² Gl. Meinung z.B. auch VPB 1976, Nr. 55, S. 27 (Eidg. Justizabteilung).

denersatzansprüchen aus (S. 226 ff.). Diese Ansprüche richten sich auch gegen einen öffentlichen Bauherrn¹²³. Sie bieten dem Submittenten einen effektiven Schutz und wirken durchaus präventiv, indem sie den Ausschreiber mit einem Haftungsrisiko belasten. Ob darüber hinaus noch ein öffentlicher Rechtsschutz der Submittenten erforderlich und angebracht ist, das ist zweifelhaft¹²⁴. Jedenfalls hat ein solcher Schutz nach öffentlichem Recht den Nachteil, daß er die einheitliche Behandlung des Submissionsverhältnisses zerstört. Außerdem kann er den Submittenten in die Lage versetzen, durch Einreichung einer Beschwerde die Ausführung eines öffentlichen Werkes um Monate zu verzögern, was dem öffentlichen Interesse widerspricht¹²⁵. Mit Rücksicht darauf müßten zwingende Gründe vorliegen, um es nicht beim privatrechtlichen Schutz der Submittenten bewenden zu lassen. Einzuräumen ist allerdings, daß ein öffentlicher Rechtsschutz über den Kreis der Submittenten hinausgreifen und auch solche Unternehmer decken würde, die gar nicht erst zur Submission zugelassen wurden und daher auch nicht nach den Regeln über die «culpa in contrahendo» privatrechtlich geschützt sind. Immerhin stehen selbst diese Unternehmer nicht völlig schutzlos da, auch wenn man die Anfechtung mit öffentlicher Beschwerde verneint. Bei gegebenen Voraussetzungen können sie sich mit den Rechtsbehelfen des Bundesgesetzes über Kartelle (1962) zur Wehr setzen¹²⁶.

- Bejaht man aber die Zulässigkeit einer förmlichen Beschwerde, so bleibt zu beachten: Der (privatrechtliche) Bauvertrag, den ein Gemeinwesen mit einem Unternehmer abgeschlossen hat, kann nicht mit (öffentlich-rechtlicher) Beschwerde angefochten werden¹²⁷ (auch dann

¹²³ Für den, der die Haftung aus «culpa in contrahendo» als Deliktshaftung auffaßt, mag bedeutsam sein, daß die Verhandlungen mit den Submittenten keinen hoheitlichen Charakter tragen und deshalb unter die «gewerblichen Verrichtungen» im Sinne des Art. 61 Abs. 2 OR fallen (vgl. dazu BGE 102 II 47; 77 II 310).

¹²⁴ VPB 1976, Nr. 55, S. 27 (Eidg. Justizabteilung); ablehnend: Zbl 1979, S. 138 f. (Verwaltungsgericht Zug).

¹²⁵ Vgl. dazu Zbl 1979, S. 139, wo das Verwaltungsgericht Zug feststellt: «Das öffentliche Interesse an der raschen Vollendung öffentlicher Werke hat gegenüber einem allfälligen Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten den Vorrang, zumal dem übergangenen Bewerber bei einem Fehlverhalten der Verwaltung die zivilrechtliche Schadenersatzklage zur Verfügung steht».

¹²⁶ Vgl. dazu im einzelnen DESCHENAUX, S. 176 ff.

¹²⁷ So auch Regierungsrat Zürich, SJZ, 1978, S. 78; MARTI, ZSR 1962 II, S. 43 (für die staatsrechtliche Beschwerde).

nicht, wenn sich die Beschwerdemöglichkeit aus einer speziellen Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift ergibt). Der Anfechtung unterstellt ist, wenn überhaupt, der bekanntgegebene Entscheid der Verwaltungsbehörde, den Bauvertrag mit diesem Unternehmer, nicht mit einem anderen einzugehen¹²⁸. Das aber zwingt zu einer *halsbrecherischen Konstruktion*: zur künstlichen Aufspaltung des Vergabevorganges in eine Verfügung und ein zivilrechtliches «Erfüllungsgeschäft»¹²⁹. Diese zweistufige Betrachtung (nach der sogenannten Zweistufenlehre¹³⁰) wurde von IMBODEN als Scheinkonzept bezeichnet¹³¹. In der Tat ist denn auch schwer einzusehen, weshalb die dem Vertragsabschluß vorangehende EntschlieÙung des Gemeinwesens anders beurteilt werden sollte wie «die einer Privatperson oder einer juristischen Person des Privatrechts, die sich ebenfalls erst bei sich selbst schlüssig werden müssen, ob und welche ... Willenserklärungen sie im Geschäftsverkehr abgeben wollen»¹³². Die Konstruktion verrät die Absicht, ein privatrechtliches Verhältnis auf einem Umweg doch noch unter die Herrschaft des öffentlichen Rechtes zu bringen.

- Schließlich stellt sich die Frage, was mit einem bereits abgeschlossenen Bauvertrag (also der zweiten «Stufe») geschieht, wenn die erste «Stufe» (die Verfügung) bei erfolgreicher Beschwerde dahinfällt. Gewiß steht es dem Gemeinwesen frei, den abgeschlossenen Vertrag nach Art. 377 OR unter Schadloshaltung des Unternehmers aufzulösen¹³³. Hingegen bewirkt die Aufhebung der Verfügung nicht ohne weiteres (aus sich

¹²⁸ Vgl. z. B. KÖLZ, S. 152 f.; TRUNINGER, S. 89; Zbl 1978, S. 273 (Verwaltungsgericht Obwalden).

¹²⁹ ZULEEG, *Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?*, NJW 1962, S. 2231. Vgl. z. B. auch MARTI, ZSR 1962 II, S. 43; VPB 1976, Nr. 55, S. 27 (Eidg. Justizabteilung).

¹³⁰ Diese Lehre wurde von IPSEN begründet (Nachweis bei ZULEEG, NJW 1962, S. 2231); vgl. dazu MICHEL, S. 78 f.; MÜLLER, S. 82; SCHWAGER, S. 74.

¹³¹ IMBODEN, ZSR 1958 II, S. 161 a f.; kritisch auch GYGI, *Anfechtbare Verfügung*, S. 525.

¹³² NJW 1958, S. 391 (Deutsches Bundesverwaltungsgericht). Eingehende und dogmatisch fundierte Kritik der zweistufigen Konzeption bei ZULEEG, NJW 1962, S. 2231 ff.

¹³³ BGE 96 II 199 hat die Möglichkeit, den in Art. 377 OR vorgesehenen Schadenersatzanspruch herabzusetzen, grundsätzlich verneint. Von diesem Grundsatz dürfte es allerdings für bestimmte Sonderfälle Ausnahmen geben (vgl. SJZ 1977, S. 111 f., Handelsgericht St. Gallen). Ist der regelwidrige Vergabeentscheid unter Mitwirkung oder Einfluß des Unternehmers zustande gekommen, so ist eine Herabsetzung seines Ersatzanspruches nach Art. 99 Abs. 3/43 f. OR gerechtfertigt.

heraus) das Dahinfallen des Bauvertrages¹³⁴. Auch kann nicht vorgebracht werden, der in Mißachtung von Vergaberegeln abgeschlossene Bauvertrag habe einen widerrechtlichen Inhalt und sei deshalb nichtig (Art. 20 OR); dies schon deshalb nicht, weil die Vergaberegeln gar nicht den Vertragsinhalt beschlagen.

Möglich ist indessen, daß die erfolgreiche Anfechtung der Vergebung sich deswegen auf den Vertrag auswirkt, weil der Vertrag unter der auflösenden oder aufschiebenden Bedingung der Anfechtung oder Nichtanfechtung abgeschlossen wurde¹³⁵. Schließlich kann der Vertrag an einem Mangel leiden, etwa deswegen, weil die vergebende Stelle ohne Vertretungsmacht gehandelt hat.

Die Diskussion über die Anfechtbarkeit öffentlicher Vergabungen geht in der Schweiz auch künftig weiter. Der *Skeptiker wird vielleicht bald zum Außenseiter*¹³⁶. Und doch ist daran festzuhalten, daß ein Gemeinwesen, das Arbeiten im Hinblick auf den Abschluß eines privatrechtlichen Bauvertrages ausschreibt, sich den Spielregeln des Privatrechts unterwirft, die dann aber für das Verhältnis zwischen den Beteiligten ausschließlich gelten sollten. Jedenfalls müßten, wenn man um den öffentlichen Rechtsschutz der Submittenten diskutiert, *die privatrechtlichen Aspekte der Submission* stärker berücksichtigt werden. Vielfach wird der Rechtsbehelf des Privatrechts (der Schadenersatzanspruch) übersehen oder dessen Wirksamkeit verkannt. Auch mag bei der Tendenz zum öffentlichen Rechtsschutz ein gewisses Mißtrauen gegenüber dem Zivilrichter mitspielen. Ein solches Mißtrauen aber ist ungerechtfertigt. An den Submittenten liegt es, die Möglichkeiten des Privatrechts auszuschöpfen und Rechtsschutz beim Zivilrichter zu begehren. Der gegen den Staat angerufene Zivilrichter hat sich zu überlegen, ob er der Anregung von FLEINER (§ 19, Nr. 6) folgen und vermehrt auch verfassungsmäßige Grundsätze in die Streitentscheidung einbeziehen will. Sollte das Verfahren vor dem Zivilrichter Mängel aufweisen, so hat man *diese* Mängel zu beheben, anstatt die Flucht ins öffentliche Recht anzutreten. In einer Zeit, da alles zum öffentlichen Rechte drängt, sind solche Überlegungen allerdings nicht «zeitgemäß».

¹³⁴ Zutreffend: VPB 1976, Nr. 55, S. 27.

¹³⁵ Vgl. SVO Aargau (1940), § 32.

¹³⁶ Womöglich wird er demnächst sogar vom Bundesgericht im Stich gelassen, das – beeindruckt von kritischen Lehrmeinungen – seine richtige Praxis zum Submissionsrecht verlassen könnte. Enthält der Entscheid vom 8. 11. 1978 (Zbl 1980, S. 226 ff.) einen Hinweis auf eine bevorstehende Praxisänderung?