

VergabeNews Nr.

12

---

## Der rechtsmissbräuchliche Vertragsschluss und seine Konsequenzen:

Immer noch kein «Stand Still», aber neu ein «Cool Down» für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht.

---

walderwyss rechtsanwälte

# Auswirkungen des neuen Bundesgerichtsentscheids zur Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots beim Vertragsschluss

Die Frage nach den Konsequenzen eines vorzeitig abgeschlossenen Vertrags gehört seit jeher zu den schwierigsten Fragen des Vergaberechts. Angesichts der Rechtsprechung, wonach der «Stand Still» für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht nicht gilt, herrschte jedoch wenigstens Klarheit darüber, wann ein Vertragsschluss als vorzeitig zu betrachten ist. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung in einem neuen Entscheid allerdings aufgeweicht und das Institut des rechtsmissbräuchlichen Vertragsschlusses eingeführt, womit nunmehr auch in zeitlicher Hinsicht eine gewisse Unsicherheit besteht.



Von **David M. Hill**  
MLaw, Rechtsanwalt  
Telefon +41 58 658 14 66  
david.hill@walderwyss.com

## Bisherige Rechtsprechung

Gemäss herrschender Lehre und Praxis gilt aufgrund von Art. 22 BöB bzw. Art. 14 IVöB ein sog. «Stand Still» für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bzw. vor der kantonalen Beschwerdeinstanz. Das bedeutet, dass die Vergabestelle den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin erst nach dem Ablauf der entsprechenden Beschwerdefrist abschliessen darf. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt dieser «Stand Still» jedoch nicht für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht (vgl. etwa BGer, Urteil 2C\_634/2008 vom 11. März 2009). Gestützt auf diese Rechtsprechung wurde bisher angenommen, dass ein Vertragsschluss – ungeachtet der Tatsache, dass nicht berücksichtigte Anbieterinnen die Möglichkeit haben, beim Bundesgericht eine Beschwerde zu erheben – in den folgenden drei Konstellationen stets zulässig ist und folglich nicht vorzeitig erfolgt:

1. Die Frist für eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht bzw. die kantonale Beschwerdeinstanz ist unbenutzt verstrichen.
2. Das Bundesverwaltungsgericht bzw. die kantonale Beschwerdeinstanz

erteilt einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung.

3. Das Bundesverwaltungsgericht bzw. die kantonale Beschwerdeinstanz weist eine Beschwerde mit aufschiebender Wirkung ab.

## Der zugrunde liegende Sachverhalt

In einem neuen Entscheid des Bundesgerichts (BGer, Urteil 2C\_203/2014 vom 9. Mai 2015) stellte sich einmal mehr die Frage, ob die Vergabestelle den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin vorzeitig abgeschlossen hatte. Diesem Entscheid lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Der Flughafen Genf führte ein offenes Verfahren zur Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen durch. Der entsprechende Zuschlag wurde von der im Vergabeverfahren fünftplatzierten Anbieterin bei der kantonalen Beschwerdeinstanz («Cour de Justice») angefochten. Gleichzeitig stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welches jedoch am 28. September 2011 abgewiesen wurde. Am 3. Oktober 2011, d.h. lediglich fünf Tage später, erfolgte der Vertragsschluss zwischen dem Flughafen Genf und der Zuschlagsempfängerin. Noch einen Tag später,

d.h. am 4. Oktober 2011, reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesgericht eine Beschwerde gegen die Abweisung ihres Gesuchs um aufschiebende Wirkung ein.

Auf diese Beschwerde ist das Bundesgericht nicht eingetreten, da aufgrund des am 3. Oktober 2011 erfolgten Vertragsschlusses kein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin mehr gegeben war (BGer, Urteil 2C\_811/2011 vom 5. Januar 2012). Das Bundesgericht führte allerdings aus, dass die Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung dadurch nicht gegenstandslos werde und dass die Beschwerdeführerin in der Hauptsache aufgrund der kurzen Zeitspanne zwischen dem Entscheid der kantonalen Beschwerdeinstanz und dem Vertragsschluss das Vorliegen einer Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots geltend machen könne.

In der Folge änderte die Beschwerdeführerin ihre Begehren im kantonalen Beschwerdeverfahren, welches in der Hauptsache nach wie vor hängig war. So verlangte sie neben Schadenersatz für entgangenen Gewinn neu insbesondere auch eine Entschädigung, weil der Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin rechtsmissbräuchlich erfolgt sei. Die kantonale Beschwerdeinstanz wies die Beschwerde der Beschwerdeführerin jedoch ab, soweit sie darauf eingetreten ist. Der entsprechende Entscheid vom 14. Januar 2014 enthielt keinerlei Ausführungen in Bezug auf die Frage eines rechtsmissbräuchlichen Vertragsschlusses und wurde von der Beschwerdeführerin wiederum beim Bundesgericht angefochten (sowohl mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde).

### Der Entscheid des Bundesgerichts

Zunächst stellte sich das Bundesgericht die Frage, ob die Eintretensvoraussetzungen für eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegeben sind. Die Beschwerdeführerin machte diesbezüglich geltend, es liege eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, da die juristischen Konsequenzen eines rechtsmissbräuchlichen Vertragsschlusses noch nicht abschliessend geklärt seien.

In diesem Zusammenhang führte das Bundesgericht aus, dass ein Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin, welcher nach der Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung durch die Vorinstanz, aber vor dem Ablauf der Frist für eine Beschwerde an das Bundesgericht erfolge, zwar nicht per se rechtsmissbräuchlich sei, unter gewissen Umständen jedoch durchaus eine Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots darstellen könne. Diesbezüglich ist gemäss Bundesgericht jeweils eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, wobei insbesondere die beiden folgenden Aspekte zu berücksichtigen sind:

1. Ein rechtsmissbräuchlicher Vertragsschluss kann höchstens dann angenommen werden, wenn die Beschwerdeführerin – unabhängig von der Dauer der gesetzlichen Beschwerdefrist – unmittelbar («dans les plus brefs délais») nach der Abweisung ihres Gesuchs um aufschiebende Wirkung durch die Vorinstanz beim Bundesgericht eine Beschwerde erhebt.
2. Um einen rechtsmissbräuchlichen Vertragsschluss anzunehmen, muss die Beschwerdeführerin die Vergabestelle nach der Abweisung ihres Gesuchs um aufschiebende Wirkung so rasch wie möglich darauf hinweisen, dass sie beim Bundesgericht eine Beschwerde erheben will.

Weiter führte das Bundesgericht aus, die juristischen Konsequenzen eines rechtsmissbräuchlichen Vertragsschlusses seien in der Tat noch nicht abschliessend geklärt. All dies sei aber gar nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, denn die Beschwerdeführerin habe lediglich die Tatsache, dass das vorinstanzliche Urteil keinerlei Ausführungen in Bezug auf die Frage eines rechtsmissbräuchlichen Vertragsschlusses enthielt, gerügt. Bei dieser Rüge ging es gemäss Bundesgericht um einen klassischen Anwendungsfall des Anspruchs auf rechtliches Gehör, womit es mangels einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gar nicht auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingetreten ist.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist das Bundesgericht im Übrigen auch nicht eingetreten, da die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren lediglich fünftplatziert war und somit keine reelle Chance auf den Zuschlag hatte (vgl. zu diesem Thema VergabeNews Nr. 11 vom Juni 2015).

### Konsequenzen für die Praxis

Es ist zu bedauern, dass das Bundesgericht den vorliegenden Fall aufgrund fehlender Eintretensvoraussetzungen nicht materiell beurteilt hat. So bleiben die vom Bundesgericht genannten Kriterien für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs relativ vage und dem Urteil lassen sich bezüglich der juristischen Konsequenzen eines vorzeitigen Vertragsschlusses keine neuen Erkenntnisse gewinnen, womit diesbezüglich nach wie vor eine gewisse Unsicherheit besteht. Zudem ist es aufgrund der Tatsache, dass einer Beschwerde an das Bundesgericht von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 103 BGG), fraglich, ob das Rechtsmissbrauchsverbot überhaupt eine genü-

gende Grundlage darstellt, um eine solche aufschiebende Wirkung zu begründen.

Daraus folgt, dass das Bundesgericht mit dem Urteil vom 9. Mai 2015 mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet hat. Nichtsdestotrotz dürfte dieser Entscheid Auswirkungen auf die Praxis und insbesondere auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin haben: Aufgrund der Ausführungen des Bundesgerichts ist nunmehr davon auszugehen, dass ein Vertragsschluss – entgegen der bisherigen Auffassung – beim Vorliegen der oben genannten zweiten oder dritten Konstellation nicht ohne weiteres zulässig ist. Vielmehr ist in jedem Einzelfall sorgfältig abzuklären, ob der Vertragsschluss aufgrund der konkreten Umstände allenfalls einen Rechtsmissbrauch darstellen könnte.

Das Rechtsmissbrauchsverbot findet dabei auf das Verhalten sämtlicher Beteiligter Anwendung: Einerseits ist es der Vergabestelle verwehrt, den nicht berücksichtigten Anbieterinnen mittels eines sofortigen Vertragsschlusses die Möglichkeit zu nehmen, mit einer Beschwerde an das Bundesgericht die Aufhebung des Zuschlags zu erwirken und so in den Genuss des Primärrechtsschutzes zu kommen. Andererseits müssen nicht berücksichtigte Anbieter, welche die Zuschlagsverfügung beim Bundesgericht anfechten wollen, umgehend reagieren, indem sie die Vergabestelle sofort von ihrer Beschwerdeabsicht in Kenntnis setzen und die entsprechende Beschwerde – unabhängig von der Dauer der gesetzlichen Beschwerdefrist – innert kürzester Zeit einreichen.

Somit gibt es für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht zwar weiterhin keinen «Stand Still», allerdings hat das Bundesgericht für die Zeit nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bzw. der kantonalen Beschwerdeinstanz ein neues Regime geschaffen, wel-

ches als «Cool Down» bezeichnet werden kann. Dieses Regime hat zur Folge, dass ein Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin während einer beschränkten Dauer eine Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots darstellen würde und folglich als vorzeitig zu qualifizieren wäre.

Bezüglich der Dauer dieses «Cool Down» lassen sich dem Urteil des Bundesgerichts bedauerlicherweise keine konkreten Angaben entnehmen. Es ist jedoch im Sinne eines Richtwerts davon auszugehen, dass sich nicht berücksichtigte Anbieterinnen, welche vor Bundesgericht eine Aufhebung des Zuschlags erwirken wollen, spätestens innert zwei bis drei Tagen bei der Vergabestelle melden und ihre Beschwerde ankündigen müssen. Falls die Vergabestelle entsprechend informiert wird, darf sie den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bis auf weiteres nicht abschliessen.

Demgegenüber ist der Vertragsschluss zulässig, wenn bei der Vergabestelle keine (rechtzeitigen) Meldungen eingehen. Solange die genaue Dauer des «Cool Down» von der Rechtsprechung nicht endgültig geklärt ist, ist den Vergabestellen allerdings – wiederum im Sinne eines Richtwerts – zu empfehlen, den Vertrag frühestens fünf Tage nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bzw. der kantonalen Beschwerdeinstanz abzuschliessen.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an [VergabeNews@walderwyss.com](mailto:VergabeNews@walderwyss.com) mit.

Unter [www.beschaffungswesen.ch](http://www.beschaffungswesen.ch) finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

---

**Walder Wyss AG**  
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58  
Fax + 41 58 658 59 59  
reception@walderwyss.com

[www.walderwyss.com](http://www.walderwyss.com)