

# Das Recht und die weggesparte Kunst

Autor(en): **Beyeler, Martin**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Hochparterre : Zeitschrift für Architektur und Design**

Band (Jahr): **29 (2016)**

Heft [7]: **Uccelin - ein Werk fliegt aus**

PDF erstellt am: **11.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-632936>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern. Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.



Von der Kunst zur Musik:  
Hans Danuser übergibt Uccelin der  
Sängerin Corin Curschellas.

## Das Recht und die weggesparte Kunst

**Wie ist das Uccelin-Urteil juristisch einzuordnen? Stimmt es mit den Gesetzen und der bisherigen Rechtsprechung überein? Ein Experte für Vergaberecht nimmt Stellung.**

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgerichtsurteil für Vergabegerichten keine Sensation enthält, sondern in der Frage der Zulässigkeit eines Verfahrensabbruchs die bekannte Rechtslage bestätigt. Es ist nichts Neues, dass die öffentliche Beschaffung von Kunstwerken grundsätzlich den gleichen Regeln unterliegt wie alle übrigen öffentlichen Beschaffungen. Im Folgenden unternehme ich den Versuch, das Bundesgerichtsurteil durch Ausleuchtung des Kontexts, in dem es steht, zu erläutern. Zum konkreten Fall selbst kann ich mich dagegen nicht äussern, dies würde eine vertiefte Aufarbeitung erfordern.

Die öffentliche Ausschreibung eines Auftrags enthält in aller Regel kein Versprechen, einen Vertrag abzuschliessen, sondern stellt lediglich eine Absichtsbekundung mit Einladung zur Offertstellung (oder zur Präqualifikation) dar. Sie verpflichtet weder zum Zuschlag noch zum Vertragsabschluss. Die öffentliche Ausschreibung eines Projektwettbewerbs mitsamt Auslobung eines Folgeauftrags hingegen stellt nach dem OR grundsätzlich ein Versprechen des Abschlusses eines Folgeauftrags dar. Allerdings ist der Wettbewerbsveranstalter frei, inwieweit er den versprochenen Vertrag unter bestimmte Bedingungen stellen will, er sich also einen auch nach Einreichung der Wettbewerbsbeiträge erfolgenden Rücktritt vorbehalten will.

### Vertragsversprechen nur unter Vorbehalt

Schreibt eine öffentliche Auftraggeberin einen Wettbewerb mit Folgeauftrag aus, ergibt sich aus den Regeln des öffentlichen Vergaberechts, dass das entsprechende Vergabeverfahren unter den Voraussetzungen der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen abgebrochen werden darf. Aus dem Wettbewerbsprogramm ergibt sich in aller Regel nichts anderes. Das Vertragsversprechen steht unter dem Vorbehalt des vergaberechtskonformen Verfahrensabbruchs. Ohnehin wird der schriftliche Vertragsschluss meist ausdrücklich vorbehalten. Das Programm ist nicht so zu verstehen, dass schon der Jury- oder der Vergabeentscheid einen Vertrag zustandekommen lässt. Die öffentliche Auftraggeberin ist also auch nach Ausschreibung eines Ideen- oder Projektwettbewerbs mit in Aussicht gestelltem Folgeauftrag frei, das Verfahren abzubrechen, wenn das öffentliche Vergaberecht es ihr erlaubt. Selbst dort, wo es sich ausnahmsweise anders

verhält und ein Vertrag unbedingt versprochen wird, gilt es zu beachten, dass hier von Verträgen die Rede ist, die vom Auftraggeber von Gesetzes wegen jederzeit aufgelöst werden können, allenfalls gegen Entschädigung.

Eine Erlaubnis zum Verfahrensabbruch (und auch zum Widerruf des Zuschlags) sieht das Vergaberecht unter anderem dann vor, wenn die öffentliche Auftraggeberin auf das Projekt oder Teilprojekt verzichten will. In diesem Fall verhält es sich sogar so, dass bereits der Verzicht als solcher einen hinreichenden («sachlichen» oder auch «wichtigen») Grund für den Verfahrensabbruch darstellt, gleichviel, aus welchen Motiven er beschlossen wird. Ob Sicherheitsbedenken, Sparvorgaben, veränderte Umstände, neue Erkenntnisse, bessere Einsichten oder schlichte politische Opportunitätsüberlegungen zum definitiven Verzicht führen, spielt in Bezug auf die Frage, ob die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren als Folge dieses Verzichts definitiv abbrechen darf, keine Rolle. Das gilt selbst dann, wenn der Auftraggeberin von Anfang an hätte klar sein müssen, dass sie gar nicht beschaffen wird. Und auch ein Juryentscheid in einem Wettbewerbsverfahren ändert nichts an der Freiheit zum Verfahrensabbruch wegen Projektverzichts, weil dieser Entscheid den Vorbehalt des Verfahrensabbruchs nicht aufhebt.

### Nur das Wie ist geregelt, nicht das Ob

Diese Gleichgültigkeit des Vergaberechts gegenüber den Gründen eines Beschaffungsverzichts mag zunächst irritieren. Das Vergaberecht hat allerdings, obschon es bisweilen etwas zu breit auch «Beschaffungsrecht» genannt wird, nicht zum Zweck, der öffentlichen Auftraggeberin vorzuschreiben, ob sie beschafft und was sie beschafft, sondern nur, wie sie beschafft – wenn sie denn beschafft. Das Vergaberecht überlässt den Entscheid, ob ein bereits ausgeschriebenes Vorhaben tatsächlich umgesetzt werden oder ob darauf definitiv verzichtet werden soll, auch nach der Verfahrenseinleitung und sogar über die Rechtskraft des Zuschlags hinaus vollumfänglich den zuständigen Stellen der Politik und der Verwaltung. Diese sind rechtlich frei, soweit nicht andere Gesetze eine Beschaffung direkt oder indirekt vorschreiben. Solche Gesetze existieren aber in der Regel nicht, und auch das OR verbietet den Vorbehalt des Verfahrensabbruchs nicht. →

# UCCELIN®

Eine Medien-Orientierung oder ein

## COLLOQUIUM

zur Situation der Künste und der Verbindlichkeit der politischen Instanzen in Chur

Datum: Donnerstag, 28. November 2013 / Zeit: 11:00 - 11:45 Uhr / Ort: Galerie Luciano Fasciati, Süsswinklgasse 25, Chur / Die Veranstaltung ist Teil des Projektes UCCELIN®

### Programm

Begrüssung: Luciano Fasciati

.....

Input-Gedanken

Geschichte und Auslegeordnung zum Wettbewerbsprojekt von Hans Danuser im Schulhaus Quader nach dessen Sistierung durch den Stadtrat von Chur / Hans Danuser

.....

Wettbewerbsrecht und Darstellung der Kurzbegutachtung zum Kunst am Bau Wettbewerb Quader mit Ausblick für UCCELIN® / Dr. Bruno Glaus

### Fragen

UCCELIN® - Kommt DER KLEINE VOGEL doch noch zum Fliegen / Corin Curschellas

### Fragen

.....

Moderation Hans Danuser



→ Wenn also die zuständige Behörde beschliesst, dass ein bereits ausgeschriebenes Projekt nicht weitergeführt, sondern aufgegeben werden soll, wird sie durch das Vergaberecht in keiner Weise gehindert. Die Behörde muss aus Sicht des Vergaberechts auch nach erfolgter Ausschreibung nichts beschaffen, was sie nicht braucht oder nicht will. Für Wettbewerbe gibt es hier keine Sonderregelung. Auch Sparbeschlüsse, mögen sie in politischer Hinsicht noch so diskutabel sein, sind vergaberechtlich in jedem Fall eine genügende Grundlage für einen Verfahrensabbruch wegen Projektverzichts. Soweit in einem Gesamtvorhaben tatsächlich gespart wird, würde eine vergaberechtliche Diskussion vor den Gerichten über die Opportunität eines Sparbeschlusses, der ein bestimmtes Verfahren zum Abbruch führt, immer auch einen Streit zwischen verschiedenen Arbeitsgattungen bedeuten. Dabei wäre nicht klar, nach welchen Regeln dieser Streit gerechter entschieden werden könnte, als es die zuständige Behörde aufgrund politischer Erwägungen tut.

Im juristischen Ergebnis stimme ich dem Urteil des Bundesgerichts zu, soweit es um die Zulässigkeit des Verfahrensabbruchs geht. Dieses Urteil ist in keiner Weise als Stellungnahme zu den konkreten, durch den Churer Stadtrat getroffenen Sparscheidungen zu verstehen, da sich das Vergaberecht gar nicht mit den hinter einem Projektverzicht liegenden Motiven befasst, sondern diese dem politischen System überlässt.

#### Widersprüchliches zum Schadenersatz

Von der bis hierhin erörterten Frage nach der Zulässigkeit des Abbruchs ist die weitere Frage zu unterscheiden, ob die TeilnehmerInnen eines in zulässiger Weise aufgrund definitiven Projektverzichts abgebrochenen Vergabeverfahrens Anspruch auf Schadenersatz haben. Zwar ist umstritten, ob die Zivil- oder die Verwaltungsgerichte für solche Schadenersatzansprüche zuständig sind. Weitgehende Einigkeit besteht aber darüber, dass die öffentliche Auftraggeberin unter Umständen auch im Falle eines zulässigen Verfahrensabbruchs Schadenersatz schuldet (vgl. insb. BGE 134 II 192, E. 2.3). Es geht hier primär um die Aufwendungen, die eine Anbieterin oder Wettbewerbersteilnehmerin für die Offertstellung oder ihren Wettbewerbsbeitrag auf sich genommen hat.

Wenn eine Auftraggeberin zum Zeitpunkt der Ausschreibung weiss oder bei pflichtgemässer Umsicht vorhersehen könnte, dass das Vergabeverfahren zu einem Abbruch führen wird (beispielsweise, weil das nötige Geld nicht vorhanden ist, weil das Vorhaben politisch nicht durchsetzbar ist oder weil die Ausschreibung ohne ernsthafte Beschaffungsabsicht erfolgt), sie aber dennoch ausschreibt, verstösst sie hierdurch gegen Treu und Glauben. Dies kann zu Schadenersatzansprüchen führen.

Zu beurteilen, ob der Churer Stadtrat im konkreten Fall schon bei der Ausschreibung des Kunstwettbewerbs vorhersah oder hätte vorhersehen können, dass Spardruck auftreten und er in der Folge das Vorhaben betreffend «Kunst und Bau» einstellen würde, steht mir nicht zu und überstiege auch meine Kenntnisse. Zu bemerken ist aber, dass das Bundesgericht in diesem Punkt eine Erwägung in sein Urteil aufgenommen hat, die nicht überzeugt und mit der sich das Gericht auch selbst widerspricht. Wohl ist es zutreffend, wenn das Bundesgericht darauf hinweist, dass im Beschwerdeverfahren gegen den Abbruch nach Bündner Recht nur die Frage zu entscheiden ist, ob der Abbruch zulässig ist oder nicht, und dass für allfälligen Schadenersatz ein weiteres Verfahren einzuleiten wäre. Damit lässt das Bundesgericht es aber nicht bewenden. Es deutet auch an, dass seiner Ansicht nach im konkreten Fall Schadenersatz kein Thema sein könne, zumal der Abbruch nicht unzulässig sei. Diese Sichtweise ist unzutreffend. In seinem früheren, in die offizielle Sammlung aufgenommenen Urteil (BGE 134 II 192, E. 2.3) hatte das Bundesgericht noch erkannt, dass die Frage, ob «die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, (...) für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen» kann. Das heisst: Auch ein rechtmässiger Abbruch kann zu Schadenersatzpflichten der Vergabestelle führen.

#### Ein gewonnener Preis garantiert keinen Auftrag

Die Schadenersatzfrage ändert nichts am Hauptpunkt, dass der Wettbewerbsabbruch im Fall Uccelin vergaberechtskonform ist. Das Vergaberecht ist gegenüber Sparscheidungen von Behörden neutral, und das ist in juristischer Hinsicht nicht zu kritisieren, da eine Rechtsregel, die der öffentlichen Auftraggeberin die Projekthoheit entzöge, im Ergebnis häufig zu unzweckmässigen oder gar zwecklosen öffentlichen Beschaffungen führen würde.

Künstler und PlanerInnen, die sich mit Wettbewerbsbeiträgen um einen Auftrag bemühen, können aus dem Urteil lernen, dass ein öffentliches Vergabeverfahren bei Projektverzicht praktisch immer abgebrochen werden darf und dass auch ein gewonnener Preis noch keinen Auftrag bedeutet. Und selbst wenn sie viel investiert haben, ist bei einem Verfahrensabbruch nicht garantiert, dass die Auftraggeberin ihnen diesen auch nur zum Teil ersetzt. Nur wenn nachgewiesen werden kann, dass die Auftraggeberin bei der Ausschreibung unsorgfältig oder treuwidrig handelte, ist nach einem zulässigen Verfahrensabbruch Schadenersatz geschuldet. Prof. Dr. iur. Martin Beyerle, Rechtsanwalt, assoziierter Professor an der Universität Freiburg. Seine Gebiete sind öffentliches Vergaberecht, Bau- und Planungsvertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht (insbes. Industrie und Handel). ●



Von der Kunst zur Justiz. Medienorientierung über den Gang ans Gericht mit Galerist Luciano Fasciati, Rechtsanwalt Bruno Glaus, Hans Danuser und Corin Curschellas v.l.n.r.