

Vergabebehörde in der Auswahl der einzuladenden Unternehmen ohnehin frei war.

63 Schadenersatz nach Submissionsdekret.

- Das Verwaltungsgericht entscheidet über Schadenersatzbegehren gemäss § 38 SubmD als erste und einzige (kantonale) Instanz im Klageverfahren nach § 60 ff. VRPG (Erw. I/1).
- Ein Schadenersatzanspruch nach § 38 SubmD kann einzig in den Fällen durchgesetzt werden, in denen ein Feststellungsurteil der Beschwerdeinstanz betreffend der Widerrechtlichkeit der angefochtenen Verfügung ergangen ist, weil die Korrektur der begangenen Rechtswidrigkeit durch Aufhebung der Verfügung rechtlich nicht mehr möglich war (Erw. II/2).
- Anwendbarkeit von § 5 AnwT auf verwaltungsgerichtliche Klageverfahren (Erw. III/2).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 27. Juni 2003 in Sachen B. AG gegen I. AG.

Aus den Erwägungen

I. 1. a) Gemäss § 38 Abs. 1 SubmD haftet die Vergabestelle für Schaden, den sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Die Haftung ist beschränkt auf die Aufwendungen, die den Anbietenden im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (§ 38 Abs. 2 SubmD). Das Schadenersatzbegehren ist innert Jahresfrist, nachdem die Rechtswidrigkeit in einem Beschwerdeentscheid festgestellt worden ist, bei der Beschwerdeinstanz einzureichen.

b) aa) Einzige kantonale Beschwerdeinstanz in submissionsrechtlichen Streitigkeiten ist das Verwaltungsgericht (§ 24 ff. SubmD). Das Verwaltungsgericht ist somit auch zur Behandlung von Schadenersatzbegehren gestützt auf § 38 Abs. 3 SubmD zuständig. Das Schadenersatzbegehren ist, wie sich aus dem Wortlaut von

§ 38 Abs. 3 SubmD ergibt, direkt beim Verwaltungsgericht einzureichen.

bb) Das Verwaltungsgericht urteilt gemäss § 60 Ziff. 3 VRPG als einzige kantonale Instanz u.a. über vermögensrechtliche Streitigkeiten, an denen der Kanton, eine Gemeinde oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt des kantonalen und kommunalen Rechts beteiligt ist, sofern nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben oder ein Zivil- oder Spezialrekursgericht zuständig ist.

Die Regelung von § 38 Abs. 3 SubmD, wonach das Schadenersatzbegehren direkt beim Verwaltungsgericht (und nicht wie im Bund zunächst bei der Auftraggeberin mit Weiterzugsmöglichkeit an die Rechtsmittelinstanz [vgl. die Regelung für das Bundesbeschaffungsrecht in Art. 35 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) vom 16. Dezember 1994 und Art. 64 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11) vom 11. Dezember 1995; vgl. ferner BR 2002, S. 74]) zu stellen ist, schliesst nicht nur die in Staatshaftungsfällen auf Grund von § 9 des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz; SAR 150.100) vom 21. Dezember 1999 gegebene Zuständigkeit des Zivilgerichts, sondern auch das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren nach § 51 ff. VRPG, das eine anfechtbare Verfügung oder einen anfechtbaren Entscheid voraussetzt, aus. Demgemäss steht fest, dass das Verwaltungsgericht über Schadenersatzbegehren gemäss § 38 SubmD als erste und einzige (kantonale) Instanz im Klageverfahren nach den §§ 60 - 67 VRPG entscheidet. Es handelt sich um einen Fall ursprünglicher Verwaltungsgerichtsbarkeit.

c) Auch die übrigen Voraussetzungen von § 60 Ziff. 3 VRPG sind vorliegend erfüllt. Es geht um die Beurteilung des Ersatzes von im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsenen Aufwendungen, also um vermögensrechtliche Ansprüche. Das Schadenersatzbegehren richtet sich gegen die I. AG, die den vom Verwaltungsgericht aufgehoben Zuschlag verfügt hat. Bei der I. AG handelte es sich um eine kommunale Anstalt, die als Vergabe-

stelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. d SubmD aufgetreten ist (VGE III/26 [BE.2000.00002] vom 29. Februar 2000 in Sachen der Klägerin, S. 3 f.). Es ist seitens der Beklagten unbestritten, dass sie für die mit dem Unterwerk H. zusammenhängende Forderung passiv-legitimiert ist. Die Tatsache, dass es sich bei der Beklagten heute um eine juristische Person des Privatrechts handelt, schliesst die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts im Klageverfahren nicht aus (vgl. auch Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38 - 72 VRPG, Diss. Zürich 1998, § 60 N 34).

II. 1. Die Vergabestelle haftet für den Schaden, den sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat, wobei sich die Haftung auf die Aufwendungen beschränkt, die den Anbietenden im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (§ 38 Abs. 1 und 2 SubmD; vgl. auch Art. XX Ziff. 7 lit. c des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Üoeb; SR 0.632.231.422) vom 15. April 1994. Es geht dabei ausschliesslich um die Aufwendungen, die der Anbieter in Erwartung eines regelkonformen Submissionsverfahrens auf sich genommen hat und die als Folge des Vergabefehlers nutzlos geworden sind; hinzu kommen die Kosten des Beschwerdeverfahrens (BR 2002, S. 74). Entgangener Gewinn wird also nicht entschädigt (vgl. zur identischen Regelung im Bund: Peter Gauch/Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 66 Rz. 25.6). Zwischen dem Schaden und der widerrechtlichen Verfügung muss überdies ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (BR 2002, S. 74 f.). Nicht notwendig ist hingegen, dass der Vergabebehörde die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht oder ein Verschulden vorgeworfen werden muss. Es genügt, dass sie eine submissionsrechtswidrige Verfügung erlassen hat.

Der Dekretsgeber hat mit der Regelung in § 38 SubmD die Empfehlung von § 34 Abs. 1 und 2 der Vergaberichtlinien (VRöB) auf Grund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.4) vom 25. November 1994 für Vergaben im Anwendungsbereich des GATT-Übereinkommens in das

kantonale Recht übernommen. Die eingeschränkte submissionsrechtliche Haftungsregelung in § 38 SubmD geht als *lex specialis* § 2 Verantwortlichkeitsgesetz vor.

2. Schadenerersatz kann nur verlangen, wer durch eine *rechtswidrige Verfügung* der Vergabestelle einen Schaden erlitten hat. Die Rechtswidrigkeit muss zudem in einem Beschwerdeentscheid vorgängig festgestellt worden sein (§ 38 Abs. 3 SubmD).

a) Die Klägerin macht als Schaden die Kosten der Ausarbeitung der Offerte im Betrag von Fr. 189'830.-- und die Kosten des Rechtsmittelverfahrens in Höhe von Fr. 15'670.-- geltend. Sie vertritt den Standpunkt, das Verwaltungsgericht habe im Entscheid vom 29. Februar 2000, mit dem es die Verfügungen der I. AG vom 21. und 22. Dezember 1999 betreffend den Zuschlag an die A. AG aufgehoben habe, die Widerrechtlichkeit der Verfügungen klar festgestellt, ansonsten keine Aufhebung des Zuschlages hätte erfolgen können.

Demgegenüber verneint die Beklagte, dass das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid die Widerrechtlichkeit der Verfügung rechtsverbindlich festgestellt habe. Sie vertritt die Auffassung, über die Frage der Widerrechtlichkeit müsse als Vorfrage für eine Haftung erst noch entschieden werden; die Widerrechtlichkeit ergebe sich nicht aus dem Dispositiv des Verwaltungsgerichtsentscheides vom 29. Februar 2000. Ein Zuschlag könne auch aufgehoben werden, ohne dass über eine durch die Vergabestelle geschaffene Widerrechtlichkeit entschieden worden sei. Widerrechtlich sei ein Verhalten, wenn entweder ein absolut geschütztes Rechtsgut oder eine Schutznorm verletzt worden sei. In casu sei die Klägerin höchstens vermögensrechtlich geschädigt worden; das Vermögen stelle aber kein absolut geschütztes Rechtsgut dar.

b) Ziff. 1 des Dispositivs des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 29. Februar 2000 lautet folgendermassen:

"In Gutheissung der Beschwerde werden die Verfügungen vom 21. und 22. Dezember 1999 betreffend den Zuschlag an die A. AG aufgehoben."

Begründet wird die Aufhebung des Zuschlags damit, dass "die im Anschluss an die Unternehmungsgespräche vorgenommenen massiven Korrekturen der Angebotspreise den Rahmen und das zulässige Ausmass einer Offertbereinigung im Sinne von § 17 SubmD (...) klar übersteigen und demzufolge unzulässig sind. Hinzu kommt, dass sie über weite Teile nicht nachvollziehbar sind. Dies gilt auch für die korrigierte Offerte der A. AG, weshalb der diesem Angebot erteilte Zuschlag aufzuheben ist" (Urteil vom 29. Februar 2000, S. 21).

c) Gemäss § 27 Abs. 1 SubmD kann das Verwaltungsgericht die Aufhebung der Verfügung beschliessen und das Verfahren an die Vergabestelle mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen. Für den Anwendungsbereich des GATT-Übereinkommens sieht § 37 Abs. 4 SubmD vor, dass die Beschwerdeinstanz die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder das Verfahren an die Vergabestelle mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen kann. Das heisst, das Verwaltungsgericht erlässt einen reformatorischen oder einen kassatorischen Entscheid. Dies gilt jedenfalls dann uneingeschränkt, wenn zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlagsempfänger noch kein (privatrechtlicher) Vertrag abgeschlossen worden ist. Ist der Vertrag jedoch bereits rechtsgültig abgeschlossen, bleibt der Beschwerdeinstanz bei Gutheissung der Beschwerde gemäss Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 1 und 2 IVöB nur noch die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen (AGVE 2001, S. 320 f.; vgl. auch Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 55 N 10 mit Hinweisen). Gemäss § 21 Abs. 1 SubmD darf der Vertrag mit den Anbietenden nach dem Zuschlag geschlossen werden, wenn die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist (lit. a) oder die Beschwerdeinstanz einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hat (lit. b; vgl. § 26 Abs. 2 SubmD).

In seiner Praxis beschränkt sich das Verwaltungsgericht regelmässig auf die Kassation der angefochtenen Zuschlagsverfügung und sieht davon ab, der Vergabebehörde für das weitere Vorgehen bindende Weisungen zu erteilen.

Die Aufhebung (Kassation) einer Zuschlagsverfügung im Rechtsmittelverfahren setzt voraus, dass der Zuschlag rechtsfehlerhaft erfolgt ist. Bei dem von der Vergabebehörde begangenen Fehler muss es sich dabei um einen schwerwiegenden Verfahrensfehler (z.B. Wahl eine falschen Vergabeverfahrens, Durchführen von verbotenen Abgebotsrunden) oder um andere Fehler handeln, die dazu geführt haben, dass der Zuschlag nicht dem wirtschaftlich günstigsten, gültigen Angebot erteilt worden ist. Es führt somit nicht jede Rechtsverletzung, welche die Vergabebehörde begangen hat, bereits zur Kassation des Zuschlags.

Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung impliziert aber - entgegen der Ansicht der Beklagten - deren Widerrechtlichkeit. Aufgehoben werden kann nur ein Zuschlag, der sich als rechtswidrig erwiesen hat. Es bedarf dazu keiner gesonderten Feststellung im Dispositiv. Eine solche, d.h. ein Feststellungsurteil, erfolgt ausschliesslich in jenen Fällen, in denen der rechtswidrig ergangene Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann.

d) Es stellt sich des Weiteren aber die Frage, ob § 38 SubmD, insbesondere der Abs. 3, einen Schadenersatzanspruch von vornherein ausschliessen will, wenn die Beschwerdeinstanz nicht (wegen eines bereits gültig zustande gekommenen Vertragsschlusses) lediglich auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung beschränkt ist, sondern diese aufhebt und es so dem geschädigten Anbieter grundsätzlich ermöglicht, seine Chancen auf den Zuschlag in einem neuen rechtskonformen Beschaffungsverfahren zu wahren.

aa) Festzuhalten ist zunächst, dass der Weg des Schadenersatzes im Verhältnis zum Beschwerdeweg *subsidiär* ist (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 714). Entsprechend fällt eine Staatshaftung von vornherein ausser Betracht, wenn eine rechtskräftige, nicht mit Beschwerde angefochtene Verfügung vorliegt. Weiter gilt, dass ein Betroffener sein Recht auf Schadenersatz verliert, wenn er zuvor nicht von allen ihm zustehenden Rechtsmitteln Gebrauch gemacht hat. Ein Anbieter kann also nicht wahlweise entweder den Zuschlag anfechten oder ein Schadenersatzbegehren stellen, sondern er muss auf alle

Fälle zunächst den Beschwerdeweg beschreiten. Daraus folgt insbesondere, dass ein nicht berücksichtigter Anbieter, der Ersatz verlangen will für den Schaden, den ihm eine Zuschlagsverfügung verursacht hat, sich nicht damit begnügen kann, zuzuwarten, bis einer seiner ebenfalls erfolglosen Mitbewerber die Rechtswidrigkeit bei der Beschwerdeinstanz hat feststellen lassen. Hat es der nicht berücksichtigte Anbieter unterlassen, selber gegen die Zuschlagsverfügung offen stehende Rechtsmittel zu erheben, so steht ihm auch kein Klagerecht auf Schadenersatz zu (BGE 2P.218/2001 vom 31. Januar 2002, Erw. 3.4 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 714).

bb) Für das Bundesvergaberecht bestimmt Art. 34 Abs. 1 BoeB, dass der Bund oder die Auftraggeberinnen ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung für einen Schaden haften, den sie durch eine Verfügung verursacht haben, deren Rechtswidrigkeit im Verfahren nach Art. 32 Abs. 2 BoeB (oder nach Art. 33 BoeB [Revision]) festgestellt worden ist. Art. 32 Abs. 2 BoeB besagt, dass die Rekurskommission (im Gegensatz zu Art. 32 Abs. 1 BoeB) lediglich feststellen kann, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, wenn sich die Beschwerde als begründet erweist und der Vertrag mit dem Anbieter bereits abgeschlossen ist. Im Bundesbeschaffungsrecht kommt die Schadenersatzregelung also nur dann zum Tragen, wenn die angefochtene, Bundesrecht verletzende Verfügung, namentlich ein rechtswidriger Zuschlag, nicht mehr aufgehoben werden kann und die Rekurskommission lediglich einen Feststellungsentscheid treffen kann (Vicent Carron/Jacques Fournier, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Freiburg 2002, S. 137; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, Rz. 558). Die Schadenersatzregelung dient folglich als Korrelat dafür, dass es dem Beschwerdeführer trotz seines Obsiegens durch den erfolgten Vertragsabschluss verwehrt ist, seine Chancen auf den Zuschlag erneut wahrnehmen zu können (BR 2002, S. 74). Wird ihm hingegen diese Chance durch einen kassatorischen oder reformatorischen Entscheid der Beschwerdeinstanz wieder gegeben, ist die Rechtsverletzung korrigiert und es bleibt kein Raum mehr für ein Schadenersatzbegehren (Carron/Fournier, a.a.O., S. 137).

cc) Diese Überlegungen müssen auch für das kantonale Vergaberecht Geltung haben. Die Aufhebung der rechtswidrigen Zuschlagsverfügung im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren hat zur Folge, dass die Vergabebehörde den Zuschlag neu verfügen muss. Je nach Fehler, den oder die sie begangen hat, setzt dies die Wiederholung des gesamten Submissionsverfahrens oder auch nur eine Bewertungskorrektur voraus. Die Chancen des beschwerdeführenden Anbieters auf den Zuschlag bleiben damit intakt und seine im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Offertunterlagen getätigten Aufwendungen (und auch die Aufwendungen für das Beschwerdeverfahren) sind - anders als in Fällen, in denen der Vertrag bereits abgeschlossen worden ist, oder das Vergabeverfahren definitiv abgebrochen wird (vgl. dazu VPB 65/2001 Nr. 94 S. 1045 ff.; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 695, 704) - nicht nutzlos geworden. Letzteres gilt selbst dann, wenn es zu einer Wiederholung des Verfahrens kommt und der vormalige Beschwerdeführer ein neues Angebot einreichen muss. Er wird auch hier auf seine Vorarbeiten zurückgreifen können.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Anbietenden für das Ausarbeiten der Offerten in der Regel nicht entschädigt werden (§ 14 Abs. 2 SubmD). Das heisst, ein Anbieter muss stets damit rechnen, dass er keinen Auftrag erhalten wird und den mit der Offerterstellung verbundenen Aufwand letztlich vergeblich leisten wird. Dies kann seine Ursache vor allem darin haben, dass er nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat. Denkbar ist aber auch, dass die Vergabebehörde aus irgendwelchen Gründen gar keinen Zuschlag erteilt (vgl. § 22 SubmD). Ein Anbieter hat lediglich Anspruch auf ein regelkonformes Submissionsverfahren, nicht aber auf den Zuschlag bzw. den Auftrag (§ 22 Abs. 1 SubmD). Entscheidend ist, dass mit dem Entscheid der Beschwerdeinstanz ein dekretswidriger Zuschlag aufgehoben wurde und es damit an der Widerrechtlichkeit fehlt. Durch den Entscheid der Beschwerdeinstanz werden auch die *Chancen auf den Zuschlag* wieder hergestellt. Wird der Zuschlag in der Folge wiederum nicht dem obsiegenden Beschwerdeführer erteilt, so kann er erneut den Beschwerdeweg beschreiten. Dies gilt auch, falls die Vergabebehörde das Submissions-

verfahren ohne Auftragsvergabe definitiv abbricht. Auch die definitive Abbruchverfügung ist mit Beschwerde anfechtbar (§ 24 Abs. 1 SubmD).

dd) Sowohl der Wortlaut von § 38 Abs. 3 SubmD als auch der Sinn und Zweck der Schadenersatzregelung legen damit den Schluss nahe, dass ein Schadenersatzanspruch einzig in jenen Fällen geltend gemacht werden kann, in denen ein Feststellungsurteil der Beschwerdeinstanz betreffend der Widerrechtlichkeit der angefochtenen Verfügung ergangen ist, weil die Korrektur der begangenen Rechtswidrigkeit durch Aufhebung der Verfügung rechtlich nicht mehr möglich war. Nur in diesen Fällen kann es überhaupt zu einem submissionsrechtlich relevanten Schaden des betreffenden Anbieters kommen. Da der Beschwerde im Normalfall aufschiebende Wirkung zukommen und das Verwaltungsgericht einen widerrechtlich erfolgten Zuschlag somit aufheben wird, ist der Anwendungsbereich von § 38 SubmD in der Praxis sehr eingeschränkt. Diese Konsequenz stimmt indessen durchaus mit dem Willen des Dekretgebers überein, der seinerseits die Geltung von § 38 SubmD bewusst auf Vergaben im GATT-Bereich beschränkt hat (vgl. Protokoll der 3. Sitzung vom 4. September 1996 der nichtständigen Kommission Nr. 19, S. 28 [Votum Pfisterer]). Das heisst, für rechtswidrige Vergaben, die nicht dem GATT-Abkommen unterstehen, gelangt die spezialgesetzliche Schadenersatzregelung von § 38 SubmD ohnehin nicht zur Anwendung. Diesbezüglich wären allfällige Haftungssprüche gegebenenfalls gestützt auf das Verantwortlichkeitsgesetz beim Zivilgericht geltend zu machen.

e) Im vorliegenden Fall liegt nun mit dem Entscheid vom 29. Februar 2000 klarerweise kein Feststellungsurteil, sondern ein formell rechtskräftiges Gestaltungsurteil des Verwaltungsgerichts vor. Letzteres hat sich nicht darauf beschränkt, lediglich die Widerrechtlichkeit des an die A. AG erteilten Zuschlags festzustellen, sondern es hat die entsprechenden Zuschlagsverfügungen aufgehoben. Daran ändert nichts, dass das Verwaltungsgericht auf verbindliche Anweisungen im Hinblick auf die neuerliche Zuschlagserteilung verzichtete, sondern es der Vergabebehörde überliess, darüber in einem korrekten Verfahren neu zu befinden. Mit der gerichtlichen

Aufhebung der Zuschlagsverfügung waren die Chancen der Klägerin, den Zuschlag in einem rechtskonformen Verfahren zu erhalten, wieder hergestellt. Damit fehlt es am für ein Schadenersatzbegehren erforderlichen Feststellungsentscheid. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, die weiteren Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch zu prüfen.

3. Vor diesem Hintergrund erweisen sich insbesondere auch die Gründe, warum die Klägerin auf die Wahrnehmung ihrer durch das verwaltungsgerichtliche Gestaltungsurteil wieder hergestellten Chancen in der Folge verzichtet hat, als nicht relevant. Die Vergabebehörde hatte die Anbietenden, darunter auch die Klägerin, im Anschluss an den verwaltungsgerichtlichen Entscheid aufgefordert, ein neues Angebot einzureichen. Mit Schreiben vom 14. April 2000 teilte die Klägerin der Vergabebehörde mit, dass sie das von ihr vorgesehene Vorgehen zur Neuerteilung des Zuschlags als nicht rechtmässig erachte, weshalb sie darauf verzichte, erneut eine Offerte einzureichen und sich ein Schadenersatzbegehren vorbehalte. Die Klägerin macht geltend, das von der Vergabebehörde gewählte "Fortsetzungsverfahren" sei wiederum widerrechtlich gewesen. Sie habe unter den gegebenen Voraussetzungen keine Chancen gehabt, den Zuschlag zu erhalten. Sie habe auch deshalb auf die Einreichung einer lediglich mit zusätzlichen Kosten verbundenen Offerte verzichtet. Unter diesen Umständen hätten sich auch die bereits entstandenen Aufwendungen für die Ausarbeitung der ersten Offerte als nutzlos erwiesen.

Die Klägerin erkennt, dass ihr nach erfolgter Aufhebung der Zuschlagsverfügung kein Wahlrecht zukam, entweder weiterhin ihre Chancen auf den Zuschlag zu verfolgen oder aber ein Schadenersatzbegehren zu stellen. Auch wenn sie (subjektiv) der Ansicht gewesen ist, das von der Vergabebehörde befolgte weitere Vorgehen sei wiederum rechtswidrig, hätte sie am Verfahren beteiligt bleiben und dann gegebenenfalls erneut den Zuschlag anfechten müssen. Durch den Verzicht auf die weitere Verfahrensbeteiligung hat sie freiwillig auf die ihr durch das verwaltungsgerichtliche Urteil wieder eingeräumten Chancen verzichtet. Daran vermag die Beurteilung der Klägerin, es sei für sie aussichtslos gewesen, den Zuschlag zu er-

halten, nichts zu ändern. Durch den Verzicht auf eine weitere Verfahrensbeteiligung hat sie auch darauf verzichtet, die Rechtmässigkeit der Fortsetzung des Submissionsverfahrens und den daraus resultierenden Zuschlag durch die Rechtsmittelinstanz überprüfen zu lassen.

4. Indem die Klägerin gegen das weitere Submissionsverfahren und den neuerlichen Zuschlag keine Beschwerde erhoben hat, fehlt ihrem Klagebegehren die Widerrechtlichkeit im Sinne von § 38 SubmD als Sachurteilsvoraussetzung. Auf Grund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass für die Bejahung eines, durch eine rechtswidrige Verfügung der Vergabebehörde entstandenen und von dieser gestützt auf § 38 SubmD zu ersetzenden, Schadens der Klägerin bereits ein entsprechendes Feststellungsurteil der Beschwerdeinstanz fehlt. Damit ist die Klage abzuweisen.

III. 2. a) Nach § 37 VRPG kommen im Klageverfahren vor Verwaltungsgericht die Bestimmungen der ZPO über die Prozesskosten zur Anwendung. Die Bemessung der Parteikosten wird durch grossrätliches Dekret näher geregelt (§ 100 Abs. 2 lit. b ZPO). Die ZPO verweist einerseits auf § 31 VKD und andererseits auf den Anwaltstarif. Für Verwaltungssachen einschliesslich versicherungsgerichtlicher Streitigkeiten sieht § 5 Abs. 1 AnwT die sinngemässe Anwendung der §§ 3 und 4 AnwT vor.

Der Rechtsvertreter der Beklagten bestreitet nicht (mehr), dass es sich beim verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren um eine Verwaltungssache nach § 5 AnwT handelt. Dies ergibt sich auch schon daraus, dass vorliegend die Rechtsgrundlage von Haftung und Schadenersatz in § 38 SubmD und somit im öffentlichen Recht begründet ist.

b) aa) In Abweichung von der Regelnorm in § 5 Abs. 1 AnwT kann gemäss § 5 Abs. 2 AnwT bei hohen Streitwerten das Grundhonorar inkl. Zuschlägen um bis zu einen Drittel gekürzt werden, sofern der Charakter des Verfahrens dies als gerechtfertigt erscheinen lässt. § 5 Abs. 2 AnwT hat Ausnahmecharakter, die Anwendung spielt sich auf zwei Ebenen ab (vgl. dazu AGVE 1991, S. 358 f.; VGE III/24 vom 27. Februar 2001 [BE.1997.00372] in Sachen Arbeitsgemeinschaft A., S. 3 ff.): Zunächst hat über die Schwelle des

"hohen Streitwerts" - ab ca. Fr. 80'000.-- - gewissermassen der Einstieg in die Sondernorm zu erfolgen. Auf der zweiten Ebene ist dann zu prüfen, ob der "Charakter des Verfahrens" eine Honorarkürzung tatsächlich zulässt, wobei damit nicht bloss die durch die Untersuchungsmaxime bedingte Eigenart des Verfahrens in Verwaltungssachen gemeint ist, da es andernfalls des einschränkenden Nebensatzes gar nicht bedurft hätte. Umgekehrt schliesst die im Klageverfahren herrschende Verfahrensmaxime (§ 67 VRPG i.V.m. § 75 ZPO) die Anwendung der Abzugsmöglichkeit nicht aus. Aus den Materialien ergibt sich, dass die Abzugsmöglichkeit in erster Linie für die in der Praxis überwiegenden Beschwerdeverfahren diskutiert wurde, (vgl. Botschaft des Regierungsrates vom 7. September 1987, Art. Nr. 4575 zu § 5 AnwT). Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die Verfahren in denen der Untersuchungsgrundsatz gilt, ist aber mit dem Wortlaut der Bestimmung nicht vereinbar.

Selbst bei hohen Streitwerten im Sinne von § 5 Abs. 2 AnwT bedarf eine solche Kürzung einer besonderen, einzelfallgerechten Rechtfertigung. Die Ausgestaltung als "Kann-Vorschrift" eröffnet der rechtsanwendenden Behörde einen Spielraum des Ermessens, das pflichtgemäss zu handhaben ist. Sinn der Ausnahmebestimmung von § 5 Abs. 2 AnwT ist, das streitwertabhängige (hohe) Anwaltshonorar in jenen Einzelfällen zu kürzen, wo es als "nicht verdient" und gemessen an der Streitsache als übersetzt erscheint. Ein Abzug ist dort angebracht, wo eine Kürzung vom Aufwand, vom Schwierigkeitsgrad und von der Tragweite her als angemessen erscheint. Die Eigenart des individuellen Verfahrens kann namentlich durch den Grad der Schwierigkeit der sich stellenden Rechtsfragen, durch den objektiv - d.h. unabhängig von Spezialkenntnissen oder der Bearbeitungssorgfalt des Anwalts oder der Betreuungsbedürftigkeit seiner Mandanten - angemessenen Aufwand, durch die Tragweite der Streitsache für die Beteiligten, durch die Verantwortung des Anwalts usw. bestimmt sein (AGVE 1991, S. 360; VGE IV/54 vom 23. Dezember 2002 [BE.2000.00270] in Sachen R. und Mitb., S. 15 f.). Dabei ist zu beachten, dass sich die Höhe des Abzuges nicht etwa nach der Höhe des Streitwertes bemisst, sodass der maximale Abzug von einem Drittel erst ab einem bestimmten, Fr. 80'000.-- übersteigenden Streit-

wert zulässig wäre, sondern ebenfalls nach dem Charakter des Verfahrens.

bb) Die Schadenersatzklagen nach dem Submissionsdekret sind in der Regel rechtlich einfache Verfahren. Einerseits wird die Rechtswidrigkeit schon im vorangegangenen Beschwerdeverfahren festgestellt (siehe vorne, Erw. II/2) und anderseits ist der Schaden von Gesetzes wegen auf die Aufwendungen für das Vergabe- und das Rechtsmittelverfahren beschränkt (§ 38 Abs. 2 SubmD). Im Unterschied zu zivilrechtlichen Haftpflichtprozessen sind im submissionsrechtlichen Schadenersatzverfahren keine umfangreichen Abklärungen und Aufwendungen für die Schadenssubstantiierung und die Kausalität nötig. Ausserdem muss der Vergabebehörde weder ein Verschulden noch eine Verletzung von wesentlichen Amtspflichten nachgewiesen werden (siehe vorne, Erw. II/1). Somit lässt der Charakter des submissionsrechtlichen Schadenersatzverfahrens einen maximalen Abzug nach § 5 Abs. 2 AnwT ohne weiteres zu.

Vorliegend ist auf Grund der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit sowie der anwaltlichen Verantwortung ein Abzug von 25% gerechtfertigt. Dabei ist, nebst dem angemessenen Aufwand, auch berücksichtigt, dass für den Schadenersatzanspruch nach § 38 SubmD keine Präjudizien verfügbar sind.

64 Varianten; Globalangebote.

- **Eine Vergütungsart, welche von den Bedingungen der Ausschreibung abweicht, stellt nicht eine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot dar. Die Vergabestelle muss die Zulässigkeit abweichender Vergütungsarten in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorsehen.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 20. Oktober 2003 in Sachen M. AG gegen Gemeinderat Möriken-Wildegg.