

FEHLERHAFTE PREISENTSCHEIDE BEI ARCHITEKTURWETTBEWERBEN

Dr. iur. ALFRED KOLLER

*Professor an der Hochschule St. Gallen**

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

- I. *Von den Preisen und der Preisentscheidung im allgemeinen*
 1. Art und Anzahl der Preise ; Preisbemessung
 2. Die Preisentscheidung als letzte Wettbewerbsstufe
 - A. Eröffnung des Wettwerbs
 - a. Einladung der Wettbewerbsteilnehmer
 - b. Orientierung über die Wettbewerbsaufgabe ; Kundgabe der Wettbewerbsbedingungen
 - B. Einreichung der Projekte
 - C. Der Preisentscheid
 - a. Bindung an das Preisversprechen
 - b. Ausschluss von der Preisentscheidung
 - c. Kriterien der Preisentscheidung
 - d. Ermittlung der Preisgewinner durch Öffnen der Verfasser-Kuverts
 - e. Wirksamwerden der Preisentscheidung durch Mitteilung an die Gewinner
 - f. Vorgehen des Veranstalters nach Abschluss des Wettbewerbs
- II. *Fehlerhafte Preisentscheide*
 1. Fehlertatbestände
 2. Der Anspruch auf Fehlerbeseitigung
 - A. Korrektur des fehlerhaften Preisentscheids durch das Preisgericht oder den Richter?
 - B. Art und Inhalt der Korrektur

* Herr dipl. Arch. ETH/SIA Bruno Odermatt, Sekretär der Wettbewerbskommission des SIA, hat mir freundlicherweise Einblick in seine Tätigkeit gegeben. Herr Dr. Peter Engeler gab mir wertvolle Hinweise auf «Materialquellen». Beiden spreche ich meinen besten Dank aus.

3. Schadenersatzanspruch statt Fehlerbeseitigung?
 - A. Anwendung der Art. 97ff. OR
 - B. Haftung für das Preisgericht nach Art. 101 OR
 - C. Ersatz des negativen oder positiven Vertragsinteresses?
 - a. Wahlmöglichkeit des Teilnehmers
 - b. Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses
 - c. Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses

Der Architekturwettbewerb ist ein Verfahren, das einem Bauwilligen die Möglichkeit eröffnet, mit beschränktem Kostenaufwand mehrere Projektierungsvorschläge für ein Bauvorhaben zu erlangen: «Statt dass der Bauwillige mehreren Architekten je einen eigenen Projektierungsauftrag mit entsprechender Vergütungspflicht erteilt, lädt er beim Architekturwettbewerb verschiedene Architekten ein, ihm unentgeltlich oder gegen eine geringe Entschädigung ein Projekt einzureichen, dies unter Aussetzung von Preisen für die besten Projekte.»¹ Beim Architekturwettbewerb lässt somit ein Bauwilliger eine Mehrzahl von Architekten um Preise konkurrieren^{2,3}.

Der Architekturwettbewerb wird im folgenden nicht in umfassender Weise abgehandelt. Es erfolgt vielmehr eine Beschränkung auf ein einziges Problem, das allerdings in der Praxis zu den bedeutendsten gehört und auch immer wieder Gegenstand öffentlicher Diskussionen ist⁴: die fehlerhafte Preisentscheidung. Die einleitenden Ausführungen zu Preis und Preisentscheidung im allgemeinen verstehen sich lediglich als «Grundlagenkapitel» zum eigentlichen Aufsatzthema.

¹ KOLLER Alfred, Der Architekturwettbewerb, in: Das Architektenrecht (herausgegeben von Peter Gauch und Pierre Tercier), Freiburg 1986, Rz 232.

² Der Architekturwettbewerb im hier verstandenen Sinne ist immer ein Wettbewerb mit Preisversprechen. In der Praxis kommen auch Wettbewerbe ohne Aussetzung von Preisen vor (vgl. ENGELER Peter, Unseriöser Architekturwettbewerb, in: Rechtspraxis Ingenieure/Architekten, Zürich 1988, S. 54 ff.); diese bleiben im folgenden ausser Betracht.

³ Die Häufigkeit solcher Wettbewerbe ist nicht bekannt. Entsprechende Zahlen gibt es nur für Wettbewerbe, die nach der SIA-Ordnung 152 (dazu Anm. 9) durchgeführt werden; 1987 waren es 127, 1986 131 Wettbewerbe (Geschäftsbericht des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins [SIA] aus dem Jahre 1987). Die SIA-Ordnung 152 dürfte in der Mehrzahl der Wettbewerbe zum Tragen kommen (zur Anwendbarkeit siehe hinten S. 107).

⁴ Vgl. z.B. KOLLER (Anm. 1), Anm. 34.

I. Von den Preisen und der Preisentscheidung im allgemeinen⁵

1. Art und Anzahl der Preise; Preisbemessung

1. Meist sind mehrere Preise ausgesetzt, nicht bloss einer. In der Regel handelt es sich dabei um Geldleistungen, doch kommen auch andere Vorteile zugunsten des (der) Gewinners (Gewinner) in Betracht, z.B. Ehrungen, Dienst- oder Sachleistungen oder die Erteilung eines Auftrags⁶ (z.B. stellt der Veranstalter dem Gewinner in Aussicht, sein Projekt zur Ausführung zu bringen und ihm die Architekturarbeiten [Ausfertigung der Detailpläne, Offerteinholung, Bauleitung usw.] zu übertragen). Nachstehend wird immer vom Normalfall, da der Preis in einer Geldleistung besteht, ausgegangen.

2. Die Preise vermögen die Kosten der Wettbewerbsteilnehmer oft nicht zu decken⁷. Das gilt selbst für den ersten Preis⁸. Dass sich Architekten trotzdem zur Teilnahme an Wettbewerben bewegen lassen, ist wohl v.a. zwei Umständen zuzuschreiben: einmal der Aussicht, allenfalls den Auftrag «zur Weiterbearbeitung der Bauaufgabe» (Art. 54. 1 der SIA-Ordnung 152⁹) zu erhalten, sodann der mit einem Preisgewinn verbundenen Publizität und der daran geknüpften Erwartung, die «Marktposition» zu verbessern. Daneben dürfte gelegentlich die Hoffnung eine Rolle spielen, dass der

⁵ Die folgenden Ausführungen (I.) entsprechen – mit einigen Ergänzungen und Präzisierungen – dem im «Architektenrecht» (Anm. 1) Gesagten. Auf spezielle Verweise wird daher nachstehend weitgehend verzichtet.

⁶ Vgl. BÉGUELIN, SJK Karte Nr. 118, S. 2; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 41 zu Art. 8 OR.

⁷ Diese Kosten können beträchtlich sein. So wurde in einer Beschwerde an die Wettbewerbskommission des SIA betr. den Wettbewerb für ein neues Verwaltungsgebäude des EWZ der Stadt Zürich vorgebracht, jeder Wettbewerbsteilnehmer habe einen «Aufwand von je ca. Fr. 20 000.– bis Fr. 50 000.– erbracht».

⁸ Vgl. etwa den von der Gemeinde Innerthal für die Projektierung einer Gemeindebaute «Kirchenrain» veranstalteten Wettbewerb. Jeder Teilnehmer bekam für ein programmgemässes Projekt eine feste Entschädigung von Fr. 1 000.–, daneben standen dem Preisgericht «für die Prämierung ausserdem Fr. 2 000.– zur Verfügung». Dass selbst der Gewinner des ersten Preises die Wettbewerbsaufgabe nicht kostendeckend lösen konnte, ist leicht einzusehen.

⁹ Mit der SIA-Ordnung 152 ist die «Ordnung für Architekturwettbewerbe», Ausgabe 1972, gemeint. Sie enthält vorformulierte Regeln für die Durchführung von Architekturwettbewerben. Zur Anwendbarkeit dieser Ordnung siehe S. 107. – Die SIA-Ordnung 152 wird gegenwärtig revidiert. Ein Entwurf wurde 1985 vorgelegt, bis heute aber nicht verabschiedet.

Veranstalter einen nicht berücksichtigten Teilnehmer später anderweitig zum Zuge kommen lässt.

3. Zur Preisbemessung bei Wettbewerben nach der SIA-Ordnung 152 siehe ebendort Art. 37ff. Bei offenen Projektwettbewerben¹⁰ beträgt die minimale Gesamtpreisumme Fr. 4100.– (Art. 38.3), bei Projektwettbewerben auf Einladung¹¹ kann diese Summe um 20% reduziert werden¹². Im übrigen hängt die Preisbemessung namentlich von der mutmasslichen Bausumme und vom Schwierigkeitsgrad der Projektierungsaufgabe ab.

2. Die Preisentscheidung als letzte Wettbewerbsstufe

Der typische Architekturwettbewerb wickelt sich in drei Phasen ab, von denen die Preisentscheidung die dritte und letzte ist:

A. Eröffnung des Wettbewerbs

a. Einladung der Wettbewerbsteilnehmer

1. Der Wettbewerb wird dadurch eröffnet, dass ein Bauwilliger (der Veranstalter) Architekten einlädt, ihm aufgrund bestimmter Unterlagen (Wettbewerbsbedingungen, -programm) ein Bauprojekt einzureichen. Die Einladung kann sich an individuell bestimmte Architekten richten (geschlossener Wettbewerb)¹³ oder an einen generell bestimmten Kreis, z.B. die Mitglieder eines Architektenverbandes oder die Architekten einer politischen Gemeinde (offener Wettbewerb)¹⁴. Auch «gemischte» Wettbewerbe, bei denen sich die Einladung sowohl an generell als auch an individuell bestimmte Architekten richtet, kommen vor¹⁵ (es werden z.B. die Architekten der Gemeinde X und zusätzlich die auswärtigen Architekten A und B eingeladen).

¹⁰ Zum Begriff des offenen Wettbewerbs siehe S. 104, zum Begriff des Projektwettbewerbs S. 105.

¹¹ Wettbewerbe auf Einladung (SIA-Ordnung 152, Art. 10) sind nach der in diesem Aufsatz verwendeten Terminologie geschlossene Wettbewerbe (siehe dazu gleich nachstehend 2/A/a).

¹² Vorbehalten sind Wettbewerbe (auf Einladung) «in kleineren Verhältnissen oder für einen Bauauftrag mit rein gemeinnützigen Zwecken». Hier können «die finanziellen Bestimmungen der Ordnung in entgegenkommendem Sinne zur Anwendung gelangen». Das war etwa in dem in Anm. 8 erwähnten Wettbewerb der Fall, wo die Gesamtpreisumme lediglich Fr. 2 000.– betrug.

¹³ Vgl. SIA-Ordnung 152, Art. 10.

¹⁴ Vgl. SIA-Ordnung 152, Art. 9.1 und 9.2.

¹⁵ Vgl. SIA-Ordnung 152, Art. 9.3.

2. Oft wird die Wettbewerbsteilnahme von einer Anmeldung abhängig gemacht¹⁶. Der Zweck eines solchen Erfordernisses besteht regelmässig darin, dem Veranstalter Aufschluss über die mutmassliche Anzahl der Teilnehmer zu geben, damit er allenfalls – wenn er das Anmeldeergebnis für unbefriedigend hält – noch weitere Architekten einladen kann.

b. Orientierung über die Wettbewerbsaufgabe; Kundgabe der Wettbewerbsbedingungen

1. Das bereits erwähnte Wettbewerbsprogramm soll den Teilnehmern namentlich Klarheit über die Wettbewerbsaufgabe sowie die Darstellung der Aufgabenlösung verschaffen¹⁷:

a. Die Wettbewerbsaufgabe kann mehr oder weniger bestimmt sein. Beim sog. Ideenwettbewerb werden Vorschläge erwartet «für die Lösung von Aufgaben, die nur in allgemeinen Zügen umschrieben und abgegrenzt werden» (SIA-Ordnung 152, Art. 5.1). Dazu gehören z.B. Aufgaben städtebaulicher Natur¹⁸. Demgegenüber dient der sog. Projektwettbewerb «zur Lösung klar umschriebener und abgegrenzter Bauaufgaben» (SIA-Ordnung 152, Art. 6.1.; z.B. Erstellung eines Altersheims, einer Bank, eines Feuerwehrhauses)¹⁹.

In den Wettbewerbsbedingungen ist regelmässig vorgesehen, dass die Teilnehmer dem Veranstalter Fragen zur Wettbewerbsaufgabe unterbreiten können, sofern ihnen diese nicht in allen Punkten klar ist. Ein solches **Fragerecht** dient letztlich auch dem Veranstalter, weil durch die Fragenbeantwortung die besten Voraussetzungen für zielgerichtete, zweckorientierte Wettbewerbsprojekte geschaffen werden. Geradezu eine Notwendigkeit ist es, wenn die Wettbewerbsaufgabe so, wie sie gestellt ist, sinnvoll gar nicht lösbar

¹⁶ Vgl. z.B. Anm. 18.

¹⁷ Zu weiteren Programmpunkten siehe KOLLER (Anm. 1), Rz 295 ff.

¹⁸ Ein Ideenwettbewerb wurde z.B. «für die Gestaltung der Festplätze in Schwyz, die der Bundesfeier am 1. August 1989 und dem Festspiel dienen werden», ausgeschrieben («March-Anzeiger» vom 24. Juli 1989, S. 1). Interessenten konnten sich die Wettbewerbsbedingungen und die Anmeldeformulare bei einer näher bezeichneten Stelle beschaffen.

¹⁹ Die SIA-Ordnung 152 kennt neben dem Ideen- und dem Projektwettbewerb noch den «Wettbewerb in zwei Stufen», der «für Aufgaben von grossem Umfang und besonderer Eigenart bestimmt» ist (Art. 7.1) und die Elemente des Ideenwettbewerbs (erste Stufe, Art. 7.2) und des Projektwettbewerbs (zweite Stufe, Art. 7.3) in sich vereinigt.

ist und dieser Mangel erst durch die Fragenbeantwortung zutage gefördert werden kann.

Auf allfällige Fragen ist allen Teilnehmern Antwort zu geben, nicht nur dem konkreten Fragesteller; nur so kann eine für alle Wettbewerbsteilnehmer gleiche Ausgangsbasis geschaffen werden²⁰.

b. Die Lösung der Wettbewerbsaufgabe ist in Plänen festzuhalten, allenfalls auch in einem Modell. Zum besseren Verständnis der Lösung verlangen die Wettbewerbsbedingungen oft auch die Abgabe gewisser Berechnungen, erläuternder Berichte usw. (vgl. Art. 35.11 SIA-Ordnung 152).

Beispiel: «Es sind einzureichen: 1. ein Situationsplan 1:500, mit Eintragung des projektierten Invalidenheims, der Erschliessung und der übrigen Aussen-Anlagen; 2. alle Grundrisse mit Raumbezeichnung (keine Legenden) und alle Fassaden sowie alle zur Beurteilung notwendigen Schnitte im Massstab 1:200; ... 5. nach freier Wahl: eine Perspektive der Gesamtlage; ein einfaches Modell im Massstab 1:500.»²¹

2. Die Wettbewerbsbedingungen können vom Veranstalter einseitig festgelegt werden. Mit andern Worten steht es ihm (in den Schranken von Art. 19f. OR, 27 ZGB) frei, die Voraussetzungen zu umschreiben, von denen er sein Preisversprechen abhängig machen will. Diesbezügliche Wettbewerbsbestimmungen (z.B. betr. Einhaltung eines bestimmten Raumprogramms, Festsetzung des Abgabetermins usw.) erlangen daher Gültigkeit gegenüber den Teilnehmern, sobald der Veranstalter sie für anwendbar erklärt. Auf eine Zustimmung der Teilnehmer – denen es frei steht, am Wettbewerb mitzumachen – kommt nichts an^{22,23}.

3. Ein Teil der Wettbewerbsbedingungen muss jeweils für den konkreten Wettbewerb individuell ausgearbeitet werden (z.B. die

²⁰ Zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Teilnehmer siehe auch hinten S. 111 oben sowie KOLLER (Anm. 1), Rz 266; zum deutschen Recht vgl. SEILER, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 2. Halbbd (§§ 657–853), München 1986, N 11 zu § 661.

²¹ Auszug aus dem Wettbewerbsprogramm des in Anm. 8 erwähnten Wettbewerbs.

²² Vgl. KOLLER (Anm. 1), Rz 292.

²³ Abweichendes gilt hinsichtlich jener Wettbewerbsbedingungen, welche in die Rechtsstellung der Teilnehmer eingreifen, indem sie z.B. bestimmte Verpflichtungen oder den Verlust von Rechten vorsehen (vgl. dazu KOLLER [Anm. 1], Rz 293). Zur Gültigkeit von Schiedsklauseln siehe hinten Anm. 55.

Angaben über die Projektierungsaufgabe, über Ort und Zeit der Projektabgabe). Andere Bedingungen (z.B. betr. den «Ausschluss von der Beurteilung oder der Preiserteilung», Art. 43 SIA-Ordnung 152) können für eine Vielzahl von Wettbewerben vorformuliert sein und im Einzelfall vom Veranstalter übernommen werden²⁴.

Unter den vorformulierten Wettbewerbsbedingungen sind diejenigen der bereits mehrfach erwähnten **SIA-Ordnung 152** praktisch die weitaus bedeutsamsten. Die hier vorgesehene «Ordnung für Architekturwettbewerbe» enthält allerdings nicht nur Bestimmungen, die das Wettbewerbsverhältnis regeln. So betreffen z.B. die Art. 17.1 und 23 das Verhältnis des Veranstalters zum Preisgericht, andere Artikel ordnen die Vorbereitung des Architekturwettbewerbs (z.B. Art. 16, 31, 34).

4. Die Einladung zum Wettbewerb kann bereits das vollständige Wettbewerbsprogramm mitbeinhalten. Nicht selten wird jedoch ein Teil des Programms erst später bekanntgegeben. Das dürfte die Regel sein beim offenen Wettbewerb, bei dem die öffentliche Einladung vielmals nur die wesentlichsten Punkte des Wettbewerbsprogramms wiedergibt und sich die interessierten Architekten die restlichen Programmpunkte selbst beim Veranstalter beschaffen müssen²⁵.

B. Einreichung der Projekte

1. Die Einreichung der Projekte (Wettbewerbslösungen) bildet die zweite Stufe des Architekturwettbewerbs. Sie hat nach den Wettbewerbsbedingungen (z.B. Art. 1 der SIA-Ordnung 152) regelmässig **anonym** zu erfolgen, in der Weise, dass die einverlangten Pläne, Modelle usw. mit einem Kennwort (oder einer Kennziffer) zu versehen sind. Zur späteren Identifizierung der Projektverfasser haben diese in einem separaten Briefumschlag mit dem entsprechenden Kennwort Name und Adresse anzugeben («Verfasser-Kuvert»).

Die anonyme Einreichung der Projekte soll gewährleisten, dass die Ermittlung der Preisgewinner nicht durch die Person der Wettbewerbsteilnehmer beeinflusst wird. Auch so lässt sich allerdings eine derartige Beeinflussung kaum immer vermeiden, da die ein-

²⁴ Weiteres bei KOLLER (Anm. 1), Rz 291.

²⁵ Z.B. enthielt die Ausschreibung für den in Anm. 18 erwähnten Wettbewerb nur eine ganz rudimentäre Umschreibung der Projektierungsaufgabe. Die an einer Teilnahme Interessierten hatten sich dann die Wettbewerbsbedingungen an einer in der Ausschreibung näher bezeichneten Stelle zu beschaffen.

zelen Projekte oft Eigenheiten aufweisen, die auf ihren Urheber schliessen lassen.

2. Die Wettbewerbsbedingungen sehen jeweilen vor, dass die Projekte innerhalb einer bestimmten **Frist** eingereicht werden müssen. Nach Ablauf der Eingabefrist kann der Veranstalter zur Beurteilung der eingegangenen Projekte schreiten, ohne noch weiter abwarten zu müssen²⁶. Die Fristsetzung dient aber auch dem Interesse der Teilnehmer, könnte doch der Veranstalter beim Fehlen eines Abgabetermins – zumal beim offenen Wettbewerb – die Entscheidung über die Zuerkennung der Preise in der Hoffnung auf noch bessere Lösungen ständig hinauszögern.

In den Programmen ist regelmässig vorgesehen, dass die Postaufgabe am Abgabetag zur Fristwahrung genügt. Es ist also nicht vorausgesetzt, dass die Lösung innert der Abgabefrist beim Veranstalter eingeht. Diese Regelung kommt auch dann zum Zuge, wenn die SIA-Ordnung 152 zur Anwendung gelangt (Art. 35.10).

C. Der Preisentscheid

Die dritte und letzte Stufe des Architekturwettbewerbes bildet die Beurteilung der Projekte und die daran anschliessende Preisentscheidung. Im folgenden wird die *fehlerhafte* Preisentscheidung ausgeklammert; auf dieses Thema wird hinten in einem eigenen Abschnitt eingegangen (II.).

a. Bindung an das Preisversprechen

1. Der Veranstalter ist verpflichtet, den Wettbewerb gemäss den für anwendbar erklärten Wettbewerbsbedingungen durchzuführen²⁷. Insbesondere ist er an sein Preisversprechen gebunden: Er ist gehalten, die Preise auszurichten; darin eingeschlossen ist die Pflicht zur vorgängigen Beurteilung der Wettbewerbsprojekte.

Für den offenen Wettbewerb folgt dies aus Art. 8 OR, wonach derjenige, der «durch (öffentliches) Preisausschreiben oder Auslobung für eine Leistung eine Belohnung aussetzt, ... diese seiner Auskündigung gemäss zu entrichten» hat. Für den geschlossenen Wettbewerb besteht zwar keine entsprechende Regel, doch gelangt man gestützt auf allgemeine Erwägungen zum gleichen Resultat: Die Einladung zum Wettbewerb stellt eine Offerte zum Vertragsab-

²⁶ Vgl. REBER, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Dietikon 1983, S. 250.

²⁷ Vgl. KOLLER (Anm. 1), Rz 290.

schluss dar, an welche der Veranstalter gemäss Art. 3 OR – bis zum Ablauf der Eingabefrist – gebunden ist; mit der (vorbehaltlosen und fristgerechten) Projekteinreichung kommt dann ein Vertrag über die Durchführung des Wettbewerbs zustande²⁸. – Hat der Veranstalter die Teilnahme von einer Anmeldung abhängig gemacht, so entsteht mit der Anmeldung eine auf die (programmgemässe) Durchführung des Wettbewerbs gerichtete Vereinbarung²⁹. Diese ist – im Rahmen der allgemeinen Vertragsschranken – gültig und bindet somit den Veranstalter.

2. Ein öffentliches Preisversprechen, wie es dem *offenen* Architekturwettbewerb³⁰ zugrundeliegt, kann grundsätzlich gegen Entschädigung widerrufen werden, solange die Leistung, für welche der Preis ausgesetzt wurde, noch nicht erfolgt ist (Art. 8 Abs. 2 OR). Diese Regel spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle. Denn: Indem der Veranstalter für die Einreichung der Projekte eine Frist setzt, verzichtet er nach herrschender Auffassung konkludent auf sein Widerrufsrecht³¹. Auf den *geschlossenen* Architekturwettbewerb³² kommt Art. 8 OR nicht zur Anwendung. Ein Widerruf nach dieser Bestimmung fällt somit zum vornherein ausser Betracht; es gibt aber auch keine andere Bestimmung, welche den Widerruf zuliesse.

Für den Fall, dass die Teilnahme von einer Anmeldung abhängig gemacht wird, ergibt sich die Unzulässigkeit des Widerrufs schon aus der Vertragsnatur des Wettbewerbsverhältnisses³³.

3. Die Bindung an das Preisversprechen bedeutet nicht, dass der Veranstalter die Wettbewerbsprojekte selbst beurteilen und prämiieren muss. Es ist ihm vielmehr erlaubt, mit dieser Aufgabe ein Preisgericht zu betrauen. In der Praxis ist dies die Regel. Denn der Veranstalter wird selten die für die Preisentscheidung nötige architektonische Fachkenntnis haben. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die SIA-Ordnung 152 die Beurteilung «durch ein sachverständiges Preisgericht» als Begriffsmerkmal des Wettbe-

²⁸ Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 23 zu Art. 8 OR.

²⁹ Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 24 zu Art. 8 OR; DANNEGGER, ZBJV 1937, S. 110ff.

³⁰ Zum Begriff siehe vorne S. 104.

³¹ SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 21 zu Art. 8 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 69 zu Art. 8 OR; BUCHER (Anm. 91), S. 150. Abweichend BECKER, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 8 OR, und OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 23 zu Art. 8 OR.

³² Zum Begriff des geschlossenen Wettbewerbs siehe vorne S. 104.

³³ Vgl. SCHMIDLIN, N 46 zu Art. 8 OR.

werbs auffasst (Art. 1). Im folgenden wird immer unterstellt, die Preisentscheidung sei einem Preisgericht übertragen.

Das Preisgericht ist zweckmässigerweise nicht erst für die Beurteilung der Wettbewerbsprojekte heranzuziehen, sondern schon früher bei der Ausarbeitung der Wettbewerbsaufgabe sowie bei der Fragenbeantwortung. So kann weitgehend sichergestellt werden, dass das Preisgericht über die für die Preisentscheidung massgeblichen Beurteilungskriterien optimal ins Bild gesetzt wird.

b. Ausschluss von der Preisentscheidung

Damit ein Projekt zur Preisentscheidung zuzulassen ist, muss es rechtzeitig (d.h. innert der Abgabefrist) eingereicht worden sein. Die Wettbewerbsbedingungen können weitere Zulassungsvoraussetzungen vorsehen und tun dies regelmässig auch.

Die SIA-Ordnung 152 unterscheidet in Art. 43 zwischen dem «Ausschluss von der Beurteilung» und demjenigen «von der Preiserteilung». In beiden Fällen entfällt ein Preisanspruch zum vornherein. Im letztern Fall findet jedoch immerhin eine Begutachtung («Beurteilung») statt, gestützt auf die das Projekt «angekauft und vom Preisgericht auch zur Ausführung würdig erklärt werden» kann (Art. 43.2); im erstern Fall fehlt diese Möglichkeit.

Von der Beurteilung ausgeschlossen wird ein Projekt, «wenn es nicht rechtzeitig oder in wesentlichen Bestandteilen unvollständig abgeliefert wurde, unleserlich ist oder durch übermässige Beigabe nicht programmgemässer Arbeiten unlautere Absichten vermuten lässt» (Art. 43.1.1.). Demgegenüber wird es (bloss) von der Preiserteilung ausgeschlossen, «wenn von den Programmbestimmungen in wesentlichen Punkten abgewichen wurde» (Art. 43.1.2; das Raumprogramm verlangt z.B. zehn unterirdische Garagen, ein Projekt sieht nur fünf vor). «Welches wesentliche Punkte sind», ist nach Walder «im konkreten Fall vom Zweck des Architekturwettbewerbs her zu beurteilen»³⁴. Das ist zu eng. Freilich spielen die Umstände des Einzelfalls eine grosse Rolle (so macht es z.B. einen Unterschied, ob eine Grenzlinie an der Bahnhofstrasse in Zürich oder in einer ländlichen Gegend nicht eingehalten ist). Darüber hinaus kommt aber auch Sinn und Zweck der verletzten Programmregel eine erhebliche Bedeutung zu. Namentlich ist zu berücksichtigen, ob der Regelverstoss den Projektvergleich beeinflusst oder nicht:

³⁴ WALDER, Der Architekturwettbewerb nach Ordnung SIA 152, Diss. Freiburg 1976, S. 134.

Es kann zu Wettbewerbsverzerrungen führen, wenn ein Projekt trotz Verstosses gegen Wettbewerbsvorschriften nicht von der Preisentscheidung ausgeschlossen wird. Wer z.B. eine vorgeschriebene maximale Ausnützungsziffer nicht einhält, der erweitert seine Projektierungsmöglichkeiten und verschafft sich damit einen Vorteil gegenüber den Mitkonkurrenten. Damit ist eine gerechte Preisentscheidung in Frage gestellt. Der Verstoss gegen Wettbewerbsvorschriften, die (direkt oder indirekt) darauf gerichtet sind, Wettbewerbsverzerrungen der umschriebenen Art zu verhindern und damit Chancengleichheit der Teilnehmer zu gewährleisten, wiegt daher schwer. Solche Verstösse sind regelmässig geeignet, den Ausschluss von der Preisentscheidung zu begründen.

c. Kriterien der Preisentscheidung

Die Wettbewerbsprogramme regeln meist nicht ausdrücklich, nach welchen Kriterien zur Preisentscheidung zugelassene Projekte zu beurteilen sind. Doch ergeben sich aus den programmgemässen Projektanforderungen insoweit Anhaltspunkte. Wenn etwa in einem Wettbewerb vorgeschrieben wird, «der geplante Neubau» sei «an die umliegenden bestehenden Gebäude im Dorfkern anzupassen», und verkehrstechnisch müsse «eine eindeutig verbesserte Situation gegenüber dem heutigen Stand angestrebt werden»³⁵, so versteht sich, dass das Preisgericht bei der Beurteilung der Projekte auf deren Einpassung ins Ortsbild und auf verkehrstechnische Gesichtspunkte zu achten hat. Soweit sich das Programm nicht äussert, räumt es nicht nur den Wettbewerbsteilnehmern hinsichtlich der Projektierung, sondern auch dem Preisgericht hinsichtlich der Beurteilung einen Ermessensspielraum ein. Das gilt etwa in ästhetischer Hinsicht. Vorbehalten sind freilich Beurteilungskriterien, die als mittelbarer Inhalt von allgemein anerkannten Projektierungsgrundsätzen zu verstehen sind (wer z.B. heutzutage Isolationsfragen keine Beachtung schenkt, wird bei der Beurteilung mit einem «Abzug» zu rechnen haben).

Wie die einzelnen Beurteilungskriterien zu gewichten sind, kann nicht generell-abstrakt angegeben werden, jedenfalls nicht präzise. Auch insoweit verbleibt dem Preisgericht ein weiter Ermessensspielraum.

³⁵ Wettbewerb zur Erlangung von Plänen «für die Überbauung Dorfzentrum Siebnen».

d. Ermittlung der Preisgewinner durch Öffnen der Verfasser-Kuverts

Die Wettbewerbsprojekte sind nach dem früher Gesagten regelmässig anonym einzureichen. Mit dem Preisentscheid entfällt der Grund, die Projektverfasser geheimzuhalten. Diese sind nun durch Öffnen der Verfasserkuverts zu ermitteln. Hierauf ist zu prüfen, ob die Preisgewinner zur Teilnahme am Wettbewerb berechtigt waren (zum Fall, da dies nicht zutrifft, vgl. hinten S. 120 Ziff. 1).

e. Wirksamwerden der Preisentscheidung durch Mitteilung an die Gewinner

Die Preisentscheidung wird mit der Mitteilung an die Teilnehmer grundsätzlich verbindlich, in dem Sinne, dass der Veranstalter nicht mehr von sich aus auf den Entscheid zurückkommen und eine andere Preisverteilung vornehmen kann. Vorbehalten ist namentlich der Fall, da die Entscheidung Fehler aufweist und auf Begehren eines Teilnehmers zu korrigieren ist (dazu S. 113ff.).

f. Vorgehen des Veranstalters nach Abschluss des Wettbewerbs

Mit der Mitteilung des Preisentscheids an die Teilnehmer und der Ausrichtung der zuerkannten Preise findet der Architekturwettbewerb seinen Abschluss. Das weitere Vorgehen des Veranstalters hat mit dem Wettbewerb an sich nichts mehr zu tun. In den Wettbewerbsprogrammen finden sich jedoch oft auch diesbezügliche Regeln, namentlich solche zur «Weiterbearbeitung der Bauaufgabe» (SIA-Ordnung 152, Art. 54). Dieser Punkt ist natürlich für die Wettbewerbsteilnehmer von grosser Bedeutung, interessiert aber im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes nur am Rande. Festgehalten sei insoweit bloss, dass der Veranstalter grundsätzlich nicht gehalten ist, eines der eingereichten Projekte zur Ausführung zu bringen, auch nicht das erstprämierte. Er kann auf die Realisierung eines Bauvorhabens überhaupt verzichten oder auch ein anderes Projekt ausführen lassen. Vorbehalten sind anderslautende Bestimmungen in den Wettbewerbsbedingungen^{36,37}.

Die SIA-Ordnung 152 sieht vor, dass der Veranstalter «in der Regel die weitere Bearbeitung der Bauaufgabe dem Verfasser des vom Preisgericht zur Ausführung beantragten Projektes» über-

³⁶ Vgl. KOLLER (Anm. 1), Rz 300 Anm. 67, und zum deutschen Recht beispielsweise NJW 1984, S. 1533 ff. (Entscheid des Bundesgerichtshofs).

³⁷ Zur Rechtslage, wenn der Veranstalter einer allfälligen Kontrahierungspflicht nicht nachkommt, vgl. KOLLER (Anm. 1), Anm. 18.

trägt³⁸, Art. 54.1. Art. 43.2 bestimmt sodann, dass von der Preisentscheidung ausgeschlossene «hervorragende Projekte mit Programmüberschreitungen oder -abweichungen ... angekauft und vom Preisgericht auch zur Ausführung würdig erklärt werden» können. Es kann also auch ein nicht prämiertes Projekt zur Ausführung gelangen.

II. Fehlerhafte Preisentscheide

Die Gerichte haben sich selten mit (angeblich) fehlerhaften Preisentscheiden zu befassen^{39,40}. Das schliesst nicht aus, dass Fehler vorkommen. Im folgenden weise ich vorerst 1. auf mögliche Fehlertatbestände hin, darauf befasse ich mich 2. mit der Fehlerkorrektur. Ist eine Korrektur nicht mehr (oder nur mehr teilweise) möglich, stellen sich Schadenersatzprobleme; auf diese gehe ich unter 3. ein.

1. Fehlertatbestände

1. Preisentscheiden können ganz verschiedenartige Fehler anhaften. Die folgende Aufzählung gibt nur Beispiele:

a. Ein Teilnehmer wird zu Unrecht von der Preisentscheidung (Preisbeurteilung) ausgeschlossen. Mit einem solchen Fall hatte sich der deutsche

³⁸ Verpflichtet hierzu ist er jedoch (wohl) nicht (KOLLER [Anm. 1], Rz 300).

³⁹ Zu erwähnen sind v.a. folgende Entscheide: BGE 43 II 190 ff., 35 II 291 ff.; Rep 1984, S. 63 ff. (Entscheid des Bundesgerichts vom 8. Oktober 1982); unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 1. Juli 1958; SJZ 1949, S. 188 ff. (Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern); siehe ferner die Nachweise bei REBER (Anm. 26), S. 252 f. Hinweise auf die deutsche Rechtsprechung bei KOLLER (Anm. 1), Anm. 1.

⁴⁰ Das dürfte verschiedene Gründe haben: einmal den Umstand, dass bei den Wettbewerben nach SIA-Ordnung 152 zuerst die Wettbewerbskommission angerufen werden muss und diese die Streitfälle oft in einer für den Beschwerdeführer überzeugenden Weise entscheidet (Art. 60 f., hinten Anm. 56). Zum andern die Tatsache, dass in vielen Fällen die öffentliche Hand Wettbewerbsteilnehmer ist, Prozesse mit der öffentlichen Hand aber erfahrungsgemäss verhältnismässig selten sind (vgl. JAGENBURG/MOHNS/BÖCKING, Das private Baurecht im Spiegel der Rechtsprechung, Düsseldorf 1980, S. 127, Nr. 3000). Drittens die Befürchtung der Teilnehmer, im Falle der Klageerhebung bei künftigen Auftragserteilungen übergangen zu werden («Diskriminierungsangst»). Schliesslich wohl v.a. auch den Umstand, dass die Wettbewerbsprogramme oft vorsehen, der Entscheid des Preisgerichts sei «endgültig», «nicht anfechtbar», oder «der Rechtsweg» sei «ausgeschlossen» (vgl. zur Gültigkeit solcher Klauseln hinten Anm. 56).

Bundesgerichtshof zu befassen: Das Preisgericht hatte ein Projekt vom Wettbewerb ausgeschlossen, indem es zu Unrecht verspätete Einreichung angenommen hatte⁴¹. Weiteres Beispiel: Das Preisgericht verfügt den Ausschluss eines Projekts in der irrtümlichen Annahme, es weiche – z.B. durch Überschreitung der zulässigen Ausnützungsziffer – erheblich vom Wettbewerbsprogramm ab⁴².

Im Anwendungsbereich der SIA-Ordnung 152 ist zwischen dem ungerechtfertigten Ausschluss von der Beurteilung bzw. der Preiserteilung zu unterscheiden (Art. 43, dazu vorne S. 110). Im einen wie im andern Fall wird das Projekt nicht auf seine Preiswürdigkeit untersucht, es ist somit von der Preisentscheidung im hier verstandenen Sinne ausgeschlossen.

b. Es wird ein Projekt prämiert, das von der Preisentscheidung hätte ausgeschlossen werden müssen. Dieser Vorwurf wird in der Praxis nicht selten erhoben. So hatte sich die Wettbewerbskommission des SIA mit einem Fall zu befassen, in dem geltend gemacht wurde, ein Preisgewinner habe mit einem Preisrichter in einem nahen verwandtschaftlichen Verhältnis gestanden, weshalb er nicht teilnahmeberechtigt gewesen sei (Verstoss gegen Art. 24 der SIA-Ordnung 152)⁴³. In einem andern Fall wurde gerügt, die Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft im Sinne von Art. 28 der SIA-Ordnung 152 hätten nicht alle Teilnahmebedingungen erfüllt⁴⁴.

Bei Wettbewerben gemäss SIA-Ordnung 152 wird sodann häufig vorgebracht, prämierte Projekte würden wesentliche Abweichungen vom Wettbewerbsprogramm aufweisen⁴⁵, was zum Ausschluss von der Preisverleihung gemäss Art. 43.1.2 der Ordnung hätte führen müssen⁴⁶. Illustrativ der Fall Th., in dem gerügt wurde, das Gewinnerprojekt reiche über die in den Wettbewerbsunterlagen «klar und eindeutig gezogene Baubegrenzungslinie» hinaus⁴⁷. In einem andern Fall wurde geltend gemacht, die im Wettbewerbs-

⁴¹ NJW 1983, S. 442ff.

⁴² Vgl. den Antrag des Beschwerdeausschusses an die Wettbewerbskommission des SIA i.S. Z. vom 7.6.1988.

⁴³ Auskunft des Sekretärs der Wettbewerbskommission des SIA.

⁴⁴ Entscheid i.S. Th. vom 28.4.1987.

⁴⁵ Vgl. z.B. den Entscheid der Wettbewerbskommission des SIA i.S. St. und Z. vom 28.8.1985.

⁴⁶ Seltener ist die Rüge, ein Projekt hätte – z.B. wegen verspäteter Einreichung – gemäss Art. 43.1.1 der SIA-Ordnung 1952 von der Beurteilung ausgeschlossen werden müssen.

⁴⁷ Entscheid der Beschwerdekommision des SIA vom 28.4.1987.

programm vorgesehene maximale Ausnutzungsziffer sei nicht eingehalten⁴⁸.

c. Das Preisgericht stellt bei der Beurteilung auf Kriterien ab, die nach der Wettbewerbsordnung nicht massgebend sein dürften, oder es berücksichtigt Kriterien nicht, die massgebend sein müssten. Gerade der letztere Vorwurf ist oft zu hören. So wurde etwa in einem von der Wettbewerbskommission des SIA behandelten Fall⁴⁹ geltend gemacht, nach den Wettbewerbsbedingungen hätten die Teilnehmer besonderes Gewicht auf energietechnische Belange legen müssen, das Preisgericht aber habe diesem Aspekt offenbar keine Beachtung geschenkt – nur so lasse sich die Auszeichnung des Gewinnerprojekts erklären.

d. Das Preisgericht geht zwar von den richtigen Kriterien aus, gewichtet diese aber falsch. Dieser Sachverhalt kann von dem eben behandelten praktisch kaum unterschieden werden; beide gehen ineinander über. Theoretisch aber ist die Unterscheidung klar: Im einen Fall geht das Preisgericht z.B. fälschlicherweise davon aus, die Einpassung ins Ortsbild spiele für die Projektbeurteilung keine Rolle. Im andern Fall ist es sich zwar bewusst, dass die Einpassung ins Ortsbild zu berücksichtigen ist, misst diesem Kriterium aber nicht die nötige Bedeutung bei.

e. Eng verwandt mit den beiden eben behandelten Sachverhalten ist der folgende: Das Preisgericht geht von den richtigen Beurteilungskriterien aus und misst ihnen auch die richtige Bedeutung zu, beurteilt aber die Aufgabenerfüllung durch die einzelnen Projekte falsch. Dieser Vorwurf ist, trivial gesagt, der, es habe nicht das beste Projekt gewonnen – bei richtiger Beurteilung hätten andere Projekte obenausschwingen müssen.

f. Das Preisgericht spricht weniger Preise zu, als im Programm vorgesehen, oder es schöpft die vorgesehene Preissumme nicht aus. Mit einem solchen Fall hatte sich die Wettbewerbskommission des SIA neulich zu befassen: Statt (mindestens) fünf Preisen wurden lediglich drei zugesprochen, und die Preissumme von Fr. 72 000.– wurde auf Fr. 36 000.– «halbiert»⁵⁰.

⁴⁸ Antrag des Beschwerdeausschusses an die Wettbewerbskommission des SIA i.S. M. vom 7.6.1988.

⁴⁹ Entscheid i.S. St. und Z. vom 28.8.1985.

⁵⁰ Entscheid vom 17.5.1989 i.S. Z.

*g. Das Preisgericht entscheidet in falscher Zusammensetzung*⁵¹.

2. Die Feststellung der Fehlertatbestände kann Schwierigkeiten bereiten. Das gilt namentlich für Tatbestände, die einen Ermessensfehler voraussetzen. Ermessen bedeutet Entscheidungsfreiheit; bildhaft wird vom Ermessensspielraum gesprochen. Ein Ermessensfehler liegt nur vor, wenn der Spielraum verlassen, die Freiheit – das Ermessen – missbraucht wird⁵². Den Ermessensspielraum abzustecken, ist nicht immer leicht. Die Gerichte sind zurückhaltend mit der Anahme, er sei nicht eingehalten, dies vor allem in ästhetischen und fachlichen Fragen, wo der Ermessensspielraum am grössten ist. So wurde meines Wissens die Rüge, es habe nicht das architektonisch beste Projekt gewonnen (oben Tatbestand e), noch nie gehört⁵³.

Zu beachten ist, dass dem Preisgericht nur dort ein Ermessensspielraum zukommt, wo in guten Treuen verschiedene Auffassungen möglich sind. Das trifft z.B. nicht zu in der Frage, ob die in den Wettbewerbsbedingungen vorgesehene maximale Ausnützungssiffer eingehalten ist. Geht daher das Preisgericht bei einem Projekt irrtümlicherweise davon aus, die Ausnützungssiffer sei nicht eingehalten, so hat dies mit Ermessensmissbrauch nichts zu tun.

2. Der Anspruch auf Fehlerbeseitigung

Fehlerhafte Preisentscheide sind für den Veranstalter verbindlich, sobald sie den Teilnehmern bekannt gemacht werden⁵⁴. Das schliesst jedoch – wie bereits gesagt – eine Anfechtung durch die Teilnehmer nicht aus: Deren Anspruch auf Einhaltung der Wettbewerbsbedingungen umschliesst auch den Anspruch auf Behebung von Fehlern des Preisentscheids^{55,56}. Dies gilt freilich nur für Teil-

⁵¹ Zu einem weiteren Fehlertatbestand (bewusste Bevorzugung eines Teilnehmers) vgl. Anm. 58.

⁵² Ein *offensichtlicher* Missbrauch ist nicht vorausgesetzt (unzutreffend daher insoweit BGE 43 II 203, wonach eine vom Preisgericht vorgenommene Bewertung der Projekte unter fachlichen oder ästhetischen Gesichtspunkten dann anfechtbar ist, wenn sie sich « als offensichtlich unrichtig und unhaltbar » erweist). Ein « blosser » Missbrauch genügt. Hingegen ist ein solcher nur anzunehmen, wenn vom « durchschnittlichen Empfinden » offensichtlich abgewichen wurde.

⁵³ BGE 43 II 202 ff., 35 II 301 ff.; SJZ 1949, S. 139.

⁵⁴ Vorne S. 112.

⁵⁵ KOLLER (Anm. 1), Rz 278.

⁵⁶ Oft schliessen allerdings die Wettbewerbsbedingungen den Weg zum Richter aus (Anm. 40). Ein solcher Klageausschluss ist nach der Lehre ungültig (Nachweise bei KOLLER [Anm. 1], Rz 285), was damit begründet wird, ein « Verzicht auf das

nehmer, für die sich die Behebung des Mangels vorteilhaft auswirken kann. Daher haben z.B. Teilnehmer, welche die Eingabefrist verpasst haben und aus diesem Grunde zu Recht vom Wettbewerb ausgeschlossen wurden, keinen Anspruch auf Korrektur eines fehlerhaften Preisentscheids⁵⁷. Fraglich ist, wer die Korrektur allenfalls vorzunehmen hat: der Richter oder das Preisgericht?⁵⁸ Damit und mit Art und Inhalt der Fehlerkorrektur befassen sich die nachstehenden Ausführungen:

Recht, den Richter anzurufen», verstosse gegen das Persönlichkeitsrecht, Art. 27 ZGB (TUOR/SCHNYDER, S. 79; zum deutschen Recht vgl. SEILER [Anm. 20], N 21 zu § 657 BGB, mit anderem Begründungsansatz).

Die SIA-Ordnung 152 sieht keinen Klageausschluss vor, hingegen muss bei Wettbewerben nach dieser Ordnung vorerst die Wettbewerbskommission des SIA angerufen werden (Art. 60f.). Erst wenn es vor dieser nicht zur Streitbeilegung kommt, steht der Rechtsweg offen. Eine solche «subsidiäre Zuständigkeit» der Gerichte kann nach herrschender Auffassung rechtswirksam angeordnet werden (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 62 zu Art. 8 OR; WALDER [Anm. 34], S. 194f.). Sie scheint auch durchaus sinnvoll, wenn es sich bei der Schlichtungsinstanz – wie bei der Wettbewerbskommission des SIA – um ein aus Fachleuten zusammengesetztes Gremium handelt, das aufgrund seiner Sachkompetenz befähigt erscheint, Streitfälle definitiv aus dem Weg zu räumen.

Zur Behandlung von Klagen gegen Preisentscheide sind grundsätzlich die ordentlichen Gerichte zuständig. Nicht selten sehen jedoch die Wettbewerbsbedingungen vor, dass die Klage vor einem Schiedsgericht anzuheben ist. Solche Klauseln sind zulässig und rechtswirksam, sofern sie den von den Prozessgesetzen vorgesehenen Formerfordernissen genügen (vgl. dazu KOLLER [Anm. 1], S. 85 Anm. 49, und in allgemeinerem Zusammenhang WALDER-BOHNER, Zivilprozessrecht, Zürich 1983, S. 119ff.). Soweit das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung gelangt, ist das Schriffterfordernis gemäss Art. 6 zu beachten. Die Gültigkeit der Schiedsabrede setzt somit Unterzeichnung durch die Parteien voraus (Art. 13 OR analog; Semjud 1980, S. 444; JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984, S. 170). Daraus folgt für unseren Zusammenhang, dass die Aufnahme einer Schiedsklausel in das Wettbewerbsprogramm allein nicht genügt. Die Teilnehmer müssen der Klausel vielmehr schriftlich zustimmen, etwa durch Unterzeichnung des Anmeldeformulars, das auf die Schiedsklausel verweist. (Für die einseitig vom Veranstalter in die Wettbewerbsbedingungen aufgenommenen Schiedsklauseln gelten im übrigen die Grundsätze über die in AGB enthaltenen Gerichtsstands klauseln: vgl. JOLIDON, a.a.O., S. 171; WALDER-BOHNER, a.a.O., S. 122f.).

⁵⁷ KOLLER (Anm. 1), Rz 278.

⁵⁸ Nicht behandelt wird die Frage, ob (ausnahmsweise) ein *neues* Preisgericht zur Fehlerkorrektur zu bestellen ist. Befürwortend BECKER, N 9 zu Art. 8 OR, für den Fall, dass «der Spruch des Preisrichters, z.B. wegen Bestechung, nichtig erklärt» wird; zweifelnd KOLLER (Anm. 1), Rz 283 und Anm. 40.

A. Korrektur des fehlerhaften Preisentscheids durch das Preisgericht oder den Richter?

1. Die Gerichte hatten sich mit der aufgeworfenen Frage – soweit ersichtlich – noch nicht zu befassen⁵⁹. Lediglich der deutsche Bundesgerichtshof hat in einem Fall festgehalten, auf Schadenersatzklage hin sei es zulässig, «im Wege einer hypothetischen Inzidentprüfung» vom preisrichterlichen Beschluss abzuweichen⁶⁰. Das ist aber – wie v. Büren⁶¹ in anderem Zusammenhang sagt – «etwas ganz anderes als die eigentliche Korrektur des Beschlusses». Eine solche müssen sich die Teilnehmer m.E. grundsätzlich nicht gefallen lassen, da sie gemäss Wettbewerbsbedingungen mit dem Preisentscheid des Preisgerichts rechnen, nicht jedoch mit einem richterlichen «Ersatz-Entscheid». Damit ist auch gesagt, dass kein Teilnehmer gegen den Willen der andern die Neuvernahme des Preisentscheids durch den Richter verlangen kann. Freilich wäre dies aus der Sicht des klagenden Teilnehmers unter Umständen wünschenswert (z.B. wenn er den Eindruck hat, das Preisgericht sei seiner Aufgabe nicht gewachsen). Mit Rücksicht auf die Mitkonkurrenten darf jedoch der Richter nicht an die Stelle des Preisgerichts treten. Hingegen kann der betreffende Teilnehmer allenfalls statt der Fehlerkorrektur Schadenersatz verlangen und auf diese Weise (im Wege der erwähnten «hypothetischen Inzidentprüfung») das Preisgericht umgehen⁶².

Am Gesagten ändert nichts, dass die Richter mangels Sachverstand den fehlerhaften Preisentscheid regelmässig nicht selbst korrigieren, sondern damit Experten betrauen würden. Tragender Gedanke für den Ausschluss einer richterlichen Fehlerkorrektur ist ja das Vertrauen der Teilnehmer auf eine Preisentscheidung durch ein bestimmtes Preisgericht. Dieser Gedanke aber greift unabhängig davon durch, ob sich die Richter selbst an die Preisentscheidung wagen oder diese durch Experten vornehmen lassen.

2. *Kein Grundsatz ohne Ausnahme*: Die richterliche Fehlerkorrektur ist richtigerweise nur dort auszuschliessen, wo sie Ermessensausübung voraussetzt. Wo sich hingegen die Voraussetzungen für

⁵⁹ In der Lehre wird die Frage nicht diskutiert; z.T. wird unterstellt, das Preisgericht sei für die Korrektur zuständig (vgl. z.B. SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 51 zu Art. 8 OR: «Bei groben Mängeln kann eine neue Beurteilung durch den Richter angeordnet werden.»).

⁶⁰ NJW 1983, S. 444.

⁶¹ SAG 23, S. 152; vgl. KOLLER Alfred, recht 1988, S. 52 Anm. 14.

⁶² Vgl. unten S. 121 ff.

eine richterliche Ersatzhandlung klar umschreiben lassen, ist nicht einzusehen, weshalb das Preisgericht nochmals bemüht werden müsste. In solchen Fällen kann auch keine Rede davon sein, dass eine richterliche Fehlerkorrektur eine erhebliche Vertrauensenttäuschung der Wettbewerbsteilnehmer zur Folge hätte.

Zur Illustration folgendes Beispiel: In einem Wettbewerb wird ein bestimmtes Projekt mit dem ersten Preis bedacht. Nach Öffnen der Verfasser-Kuverts⁶³ wird der Verfasser des betreffenden Projekts vom Wettbewerb ausgeschlossen mit der Begründung, er sei nicht teilnahmeberechtigt gewesen. Erweist sich in der Folge der Ausschluss im Prozess als ungerechtfertigt, so kann der *Richter* dem betreffenden Teilnehmer den ersten Preis zusprechen; eine Rückweisung ans Preisgericht erübrigt sich, da sich die Grundlagen der Preisentscheidung durch die Aufhebung des Ausschlusses nicht verändert haben und der Richter letztlich nur die frühere Preisentscheidung zu bestätigen hat.

Anders verhält es sich z.B. dann, wenn das Preisgericht in falscher Zusammensetzung entschieden hat; diesfalls darf der Richter die Preisentscheidung nicht selbst vornehmen, vielmehr hat er damit das Preisgericht (in richtiger Besetzung) zu betrauen. Entsprechendes gilt z.B. dann, wenn das Projekt eines Konkurrenten wegen angeblicher Verpassung der Eingabefrist zu Unrecht vom Wettbewerb ausgeschlossen wurde. Die nachträgliche Beurteilung des Projekts und die Entscheidung über die Preiswürdigkeit bilden einen Ermessensentscheid, der nur vom Preisgericht vorgenommen werden kann.

3. Soweit ein Anspruch auf Korrektur einer Preisentscheidung durch das Preisgericht besteht, besteht er nicht dem Preisgericht, sondern dem Veranstalter gegenüber. Denn nur diesen treffen die Verpflichtungen aus dem Wettbewerbsverhältnis. Gegebenenfalls ist daher der Anspruch auf Fehlerbeseitigung in der Weise durchzusetzen, dass der Veranstalter verpflichtet wird, eine neue Beurteilung durch das Preisgericht zu veranlassen⁶⁴.

B. Art und Inhalt der Korrektur

Wie ein fehlerhafter Entscheid – auf Klage hin – zu korrigieren ist, lässt sich nicht in allgemeiner Weise angeben. Es kommt auf den in Frage stehenden Fehler an:

⁶³ Vgl. dazu vorne S. 107 unten.

⁶⁴ Ob das Preisgericht dem Veranstalter gegenüber zu einer Neubeurteilung verpflichtet ist, ist eine hier nicht näher interessierende Frage.

1. Wurde beispielsweise einem Teilnehmer, der nicht teilnahmeberechtigt war oder dessen Projekt (z.B. wegen Nichteinhaltung der Eingabefrist) nicht hätte zur Preisentscheidung zugelassen werden dürfen, ein Preis zugesprochen, so ist dieser vom Richter abzuerkennen. Im übrigen ist die vom Preisgericht vorgenommene Klassifizierung aufrechtzuerhalten, mit der Einschränkung, dass durch den Wegfall des eliminierten Projekts die nächstbest qualifizierten Projekte einen Rang nachrücken. Die Preisverteilung ist der neuen Rangordnung anzupassen. Die leergewordene letzte Preisstelle ist nach dem eben unter A. Gesagten nicht vom Richter neu zu besetzen, sondern durch das Preisgericht. Anders nur, wenn das Preisgericht vorsorglicherweise bereits einen Ersatzgewinner bestimmt hatte. Diesem kann dann vom Richter der Preis zuerkannt werden, da insoweit keine neue Ermessensentscheidung nötig ist (es kann einfach auf den früheren Ermessensentscheid des Preisgerichts zurückgegriffen werden).

2. Ein Konkurrent, der zu Unrecht von der Preisbeurteilung ausgeschlossen wurde, hat Anspruch auf nachträgliche Beurteilung⁶⁵ (durch das Preisgericht: oben S. 119, A/Ziff. 3). Allenfalls ist ihm – unter Eliminierung eines bisherigen Preisträgers – ein Preis zuzuerkennen. (Zum Tatbestand, da der Ausschluss vom Wettbewerb erst *nach* der Preisbeurteilung erfolgt, vgl. das Beispiel oben S. 119, A/Ziff. 2).

3. Hat das Preisgericht in falscher Zusammensetzung entschieden, so ist der Preisentscheid für ungültig zu erklären. Der Richter hat eine Neuentscheidung in richtiger Besetzung anzuordnen. Eine «Ersatzvornahme» durch den Richter selbst kommt nicht in Betracht (oben S. 119, A/Ziff. 2).

4. Wurden zuwenig Preise zugesprochen (vorne Tatbestand e. auf S. 115), so sind zusätzliche Preisträger zu bestimmen, und zwar grundsätzlich durch das Preisgericht (durch den Richter nur dann, wenn das Preisgericht bereits vorsorglicherweise Ersatzgewinner bestimmt hatte, vgl. oben B/Ziff. 1 in fine)⁶⁶.

⁶⁵ Gemeint ist hier Untersuchung auf Preiswürdigkeit, nicht «Beurteilung» im Sinne von Art. 43.1.1 SIA-Ordnung 152 (vgl. dazu vorne S. 110).

⁶⁶ Vgl. den Entscheid der Wettbewerbskommission des SIA i.S. Z. vom 18.5.1989. Die Kommission entschied, das Preisgericht habe anstelle der drei zugesprochenen Preise mit einer Gesamtsumme von Fr. 36 000.– «5 Preise im Gesamtbetrag von Fr. 72 000.– auszuschütten».

3. Schadenersatzanspruch statt Fehlerbeseitigung?

A. Anwendung der Art. 97ff. OR

1. Ist die Behebung eines Fehlers praktisch nicht mehr möglich, wandelt sich der Anspruch auf Fehlerbehebung nach Massgabe der Art. 97ff. OR⁶⁷ in einen Schadenersatzanspruch um. Eine eigentliche Unmöglichkeit in dem Sinne, dass der fehlerhafte Preisentscheid überhaupt nicht mehr korrigiert werden kann, wird allerdings selten vorliegen⁶⁸. Hingegen dürften häufig gewisse Voraussetzungen für eine korrekte Fehlerbeseitigung nicht mehr gegeben sein. So verunmöglicht namentlich das Öffnen der Verfasser-Kuverts eine programmgemässe Entscheidung; denn dass nun die Teilnehmer bekannt sind, kann durch nichts mehr rückgängig gemacht werden.

Solche Tatbestände sind als teilweise Unmöglichkeit aufzufassen. Die teilweise Unmöglichkeit wird allerdings regelmässig als quantitative verstanden, während sie hier qualitativer Natur ist. Das ändert jedoch nichts. In beiden Fällen ist hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 97 OR zu prüfen, ob dem Berechtigten die Annahme der teilweise unmöglich gewordenen Leistung zumutbar ist. Trifft dies nicht zu, kann er bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen statt der Leistung Schadenersatz verlangen⁶⁹, genau wie bei vollständiger Leistungsunmöglichkeit⁷⁰.

An das Erfordernis der Unzumutbarkeit dürfen m.E. keine hohen Anforderungen gestellt werden. So muss im vorerwähnten Fall, da infolge Öffnung der Verfasser-Kuverts ein programmgemässer Entscheid nicht mehr möglich ist, ein Vorgehen nach Art. 97 OR offenstehen. Schadenersatz nach Massgabe dieser Bestimmung kann

⁶⁷ Die Anwendbarkeit von Art. 97ff. OR versteht sich von selbst für den Fall, dass zwischen Veranstalter und Wettbewerbsteilnehmern ein Vertragsverhältnis besteht (vorne S. 109). Dasselbe gilt aber auch sonst (vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 60 zu Art. 8 OR). Im deutschen Recht wird ebenfalls eine vertragliche Haftung angenommen, wobei aber z.T. unklar bleibt, ob aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung oder der Unmöglichkeit gehaftet wird (NJW 1983, S. 443 linke Spalte). Diese Frage ist jedenfalls für das schweizerische Recht irrelevant, da beide Tatbestände unter Art. 97ff. OR fallen.

⁶⁸ Solche Fälle sind immerhin denkbar; z.B. sind die Preisrichter alle verstorben.

⁶⁹ Der Wettbewerbsteilnehmer kann wählen, ob er Schadenersatz verlangen oder ob er am Preisversprechen festhalten und dieses durchsetzen will, obwohl die Fehlerbeseitigung nicht mehr in optima forma möglich ist.

⁷⁰ Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, Rz 1984.

daher etwa der Wettbewerbsteilnehmer verlangen, der zu Unrecht von der Preisentscheidung ausgeschlossen wird und erst nach der Mitteilung des Entscheids vom Ausschluss erfährt.

2. Für eine fehlerhafte Preisentscheidung haftet der Veranstalter nach Art. 97 OR nur, wenn ihn ein Verschulden trifft. Ein solches wird dort, wo die Preisentscheidung einem Preisgericht übertragen wurde, kaum je vorliegen⁷¹. In den Vordergrund rückt daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Veranstalter für das Verhalten des Preisgerichts einzustehen hat. Dazu was folgt:

B. Haftung für das Preisgericht nach Art. 101 OR

Die Pflichten des Veranstalters werden durch Einsetzung eines Preisgerichts nicht verkürzt. Er hat daher dafür einzustehen, dass das Beurteilungsverfahren richtig durchgeführt wird, namentlich «dass nicht vom Programm und den durch die Fragebeantwortung angebrachten Präzisierungen abgewichen werde»⁷². Zu Recht wurde die Auffassung abgelehnt, die Pflicht des Veranstalters «erschöpfe sich darin, dem Spruche des Preisgerichts entsprechend die versprochenen Leistungen zu erbringen», weshalb der Veranstalter «allein für gehörige Sorgfalt bei Wahl und Instruktion» des Preisgerichts haftbar gemacht werden könne⁷³. Es ist vielmehr so, dass das Verhalten des Preisgerichts dem Veranstalter wie eigenes Verhalten zuzurechnen ist: Das Preisgericht ist Hilfsperson des Veranstalters bei Erfüllung der Pflicht zur Preisentscheidung; handelt das Preisgericht, so ist es im Verhältnis zu den Teilnehmern zu halten, wie wenn der Veranstalter handeln würde (Art. 101 OR)^{74,75}.

⁷¹ Ausgeschlossen ist ein Verschulden freilich nicht. Culpa in eligendo fällt in Betracht, aber auch culpa in instruendo (z.B. verlängert der Veranstalter die Eingabefrist, ohne dem Preisgericht davon Kenntnis zu geben; in der Folge schliesst das Preisgericht einen Teilnehmer, der sich nicht an die im Programm angegebene Frist hält, – zu Unrecht – vom Wettbewerb aus).

⁷² SJZ 1949, S. 139 (Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern vom 18. März 1948).

⁷³ Wie vorstehende Anm.

⁷⁴ Ebenso für das deutsche Recht (Anwendung von § 278 BGB) der Bundesgerichtshof in NJW 1983, S. 442 linke Spalte; aus der Lehre: SEILER (Anm. 20), N 10 zu § 661 BGB.

⁷⁵ Zur Haftung für Erfüllungsgehilfen vgl. KOLLER Alfred, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Freiburg 1980; Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.

C. Ersatz des negativen oder positiven Vertragsinteresses?

Sind die Voraussetzungen von Art. 97ff. OR gegeben, präsentiert sich die Rechtslage wie folgt:

a. Wahlmöglichkeit des Teilnehmers

Nach Art. 97 OR kann jedenfalls Ersatz des positiven Vertragsinteresses gefordert werden⁷⁶. Ob stattdessen auch Ersatz des negativen Vertragsinteresses beansprucht werden kann, ist umstritten. v. Tuhr/Escher⁷⁷ lehnen dies ab. Bucher⁷⁸ wendet dagegen zu Recht ein, es sei nicht ersichtlich, weshalb der Gläubiger zwar im Verzugsfalle zurücktreten und Ersatz des negativen Interesses verlangen können soll (Art. 109 OR), nicht aber im Falle der Unmöglichkeit. Beim Architekturwettbewerb sprechen für die Auffassung Buchers noch zusätzliche Gründe (vgl. unten S. 126f., auch Anm. 90).

Berechnung und Beweis des positiven und negativen Vertragsinteresses werfen bei fehlerhaften Preisentscheidungen im Rahmen von Architekturwettbewerben eigene Probleme auf. Diese sollen im folgenden behandelt werden. Um eine allzu abstrakte Darstellung zu vermeiden, *gebe ich dabei immer vom gleichen Fehlertatbestand aus*: dem Fall, da ein Teilnehmer – z.B. wegen angeblicher Nichteinhaltung der Eingabefrist – zu Unrecht von der Preisentscheidung (Preisbeurteilung) ausgeschlossen wird. Alle übrigen Fehlertatbestände (z.B. die Preisverleihung an einen nicht teilnahmeberechtigten Teilnehmer) lasse ich ausser Betracht, doch gelten die Ausführungen für diese Tatbestände *mutatis mutandis* ebenfalls.

b. Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses

1. Unter dem Titel des positiven Vertragsinteresses kann der vom Wettbewerb ausgeschlossene Teilnehmer verlangen, (finanziell) so gestellt zu werden, wie wenn er zur Preisentscheidung zugelassen worden wäre. Er hat somit zu beweisen, dass er durch die Nichtbeurteilung einen wirtschaftlichen Nachteil erlitten hat. Insoweit fällt vor allem ein entgangener Preis in Betracht⁷⁹. Ein strikter Schadensbeweis wäre identisch mit dem Nachweis, dass das Preisgericht – hätte es das Projekt (vor Öffnung der Verfasserkuverts)

⁷⁶ Dass Art. 8 Abs. 2 OR beim Widerruf eines öffentlichen Preisversprechens lediglich den Ersatz des negativen Vertragsinteresses vorsieht, ändert nichts.

⁷⁷ Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, S. 105 Anm. 79.

⁷⁸ BUCHER (Anm. 91), S. 424, Text und Anm. 27.

⁷⁹ Aber nicht nur: nachstehend im Text Ziff. 2.

beurteilt – einen Preis zuerkannt hätte⁸⁰. Dieser Beweis ist naturgemäss kaum möglich, auch nicht über eine Expertise. Denn die Preisverleihung ist – wie gesagt – weitgehend ein Ermessensentscheid, der von einer Gewichtung sehr verschiedener Faktoren (z.B. ideale Raumnutzung, Einpassung ins Ortsbild usw.) abhängig ist⁸¹. Wie das Preisgericht sein Ermessen ausgeübt hätte, kann nur mittelbar aus dem Preisentscheid und der Entscheidbegründung (Projektkommentare) abgeleitet werden⁸². Dieser Schluss ist mit grosser Unsicherheit verbunden. Die daraus resultierenden Beweisschwierigkeiten sind dem Veranstalter, der das Fehlverhalten des Preisgerichts zu vertreten hat, anzulasten. Es muss daher m.E. genügen, wenn eine Expertise zum Schluss kommt, dass ein Preis mit einer *gewissen Wahrscheinlichkeit* zugesprochen worden wäre. Das lässt sich über Art. 42 Abs. 2 OR, der nach feststehender Rechtsprechung⁸³ nicht nur auf die Schadenshöhe, sondern auch auf den Bestand eines Schadens anwendbar ist, rechtfertigen. Auch bei derart herabgesetzten Beweisanforderungen wird allerdings der Nachweis eines «*pre-tium cessans*» regelmässig schwerfallen.

2. Der mögliche Schaden beschränkt sich nicht zum vornherein auf einen entgangenen Preis. Es kann auch sein, dass im Falle der Preisbeurteilung und namentlich im Falle eines Preisgewinns andere wirtschaftliche Vorteile resultiert hätten, etwa in Form von Auftragserteilungen⁸⁴. Ein solcher Schaden wird allerdings kaum je zu beweisen sein, auch nicht über Art. 42 Abs. 2 OR; so jedenfalls dann, wenn mit dem deutschen Bundesgerichtshof angenommen wird, dass «weder eine tatsächliche Vermutung noch ein Erfahrungssatz für derartige Schäden» spricht⁸⁵. Gegen diese Auffassung melden sich immerhin Bedenken. Regelmässig beschränkt sich nämlich das Interesse der Wettbewerbsteilnehmer nicht auf die Aussicht auf einen Preis und die im Normalfall damit verbundene Auftragserteilung, sondern auch auf die mit einer guten Rangierung verbundene Publizität⁸⁶. Dieses Interesse ist langfristig auch finan-

⁸⁰ Hypothetischer Preisgewinn.

⁸¹ Vgl. vorne S. 111.

⁸² Vgl. NJW 1983, S. 444 rechte Spalte Kleindruck.

⁸³ Nachweise bei BREHM, Berner Kommentar, N 48 zu Art. 42 OR.

⁸⁴ Wem kein Preis zuerkannt wurde, kann beweisen, dass er mit einem Ankauf bedacht worden wäre und ihm allenfalls sogar der Ausführungsauftrag übertragen worden wäre (vgl. Art. 43.2 SIA-Ordnung 152).

⁸⁵ NJW 1983, S. 444 linke Spalte.

⁸⁶ In diesem Zusammenhang ist Art. 52.1 der SIA-Ordnung 152 zu beachten, wonach die zum Preisentscheid zugelassenen Projekte während einer gewissen Zeit

zieller Natur; man kann sich daher fragen, ob ihm – nach schweizerischem Recht – nicht über Art. 42 Abs. 2 OR Rechnung zu tragen ist.

3. In NJW 1983, S. 443f., wurde die Frage diskutiert, ob ein Bewerber, der wegen angeblicher Nichteinhaltung der Eingabefrist zu Unrecht von der Preisbeurteilung ausgeschlossen worden war, die für den Wettbewerb gemachten Aufwendungen (oder einen Teil davon) mittels einer **Rentabilitätsvermutung** als sog. Frustrationsschaden geltendmachen könne. Der Bundesgerichtshof hat dies – entgegen der vorinstanzlichen Auffassung – verneint⁸⁷. Nach schweizerischem Recht wäre nicht anders zu entscheiden gewesen:

Eine (widerlegbare) Rentabilitätsvermutung «in dem Sinne, dass der Geschädigte seine Aufwendungen durch Vorteile, die er aus der Durchführung des gescheiterten Geschäfts gezogen hätte, wieder eingebracht haben würde»⁸⁸, mag grundsätzlich bei synallagmatischen Geschäften Platz greifen. Denn beim (echten) zweiseitigen Vertrag gehen die Parteien im Normalfall davon aus, dass sie kein Verlustgeschäft machen, dass mit andern Worten die ihnen geschuldete Leistung die zu erbringende Leistung (zumindest) aufwiegt. Stehen sich in dieser Weise Leistung und Gegenleistung nach den Vorstellungen der Parteien als mindestens gleichwertig gegenüber, so scheint es in der Tat zulässig, die mit der Vertragsabwicklung verbundenen Auslagen als Mindestschaden zu berechnen. Beim Architekturwettbewerb fehlt es nun aber an einem synallagmatischen Zusammenhang. Andere Gründe, die eine Rentabilitätsvermutung im umschriebenen Sinne rechtfertigen würden, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Dies selbst dann, wenn im Falle der Beurteilung ein Preis zuerkannt worden wäre. Zwar haben die Wettbewerbsteilnehmer – wie gesagt – auch an der mit einer guten Rangierung verbundenen Werbewirkung langfristig ein finanzielles Interesse. Indes bestehen keine Anhaltspunkte, dass dieses Interesse gleichbedeutend mit den für den Wettbewerb gemachten Aufwen-

auszustellen sind. Gelegentlich wird auch bestimmt, dass das Ergebnis des Wettbewerbs in der Presse (Fach-, Tages-, Lokalpresse) veröffentlicht wird; eine entsprechende Bestimmung enthielt z.B. das Wettbewerbsprogramm des in Anm. 8 erwähnten Wettbewerbs für die Erstellung einer Gemeindebaute «Kirchenrain».

⁸⁷ Der Entscheid ist in der Lehre auf Zustimmung gestossen (SEILER [Anm. 20], Anm. 20 bei N 10 zu § 661 BGB). Abweichend das OLG Köln, BauR 1982, S. 396.

⁸⁸ NJW 1983, S. 443.

dungen ist. – Wer an einem Wettbewerb teilnimmt, der wendet «Kosten für eine blossе Chance auf»⁸⁹, im Wissen darum, dass sich die Chance unter Umständen nicht nutzen lässt. Vor diesem Hintergrund scheint jede Rentabilitätsvermutung fehl am Platze.

c. Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses

1. Nach umstrittener, m.E. aber richtiger Ansicht kann nach Art. 97 OR anstelle des positiven Vertragsinteresses das negative ersetzt verlangt werden⁹⁰ (S. 123). Auf den hier interessierenden Tatbestand angewendet, bedeutet dies, dass der zu Unrecht von der Preisentscheidung ausgeschlossene Teilnehmer Ersatz der mit der Projektierung verbundenen Aufwendungen beanspruchen kann⁹¹. Denn diese Aufwendungen machte er ja nur mit Rücksicht auf die Chance, einen Preis zu gewinnen und dadurch auch zu vermehrter Publizität zu gelangen; er hätte sie daher nicht gehabt, wenn er zum vornherein um den Ausschluss von der Preisentscheidung gewusst hätte. Müsste er sich mit dem Ersatz des positiven Vertragsinteresses begnügen, würde er angesichts der geschilderten Beweisschwierigkeiten regelmässig leer ausgehen. Der Veranstalter hätte es somit in der Hand, «unter praktisch risikoloser Verletzung seiner Veranstalterpflichten die Teilnehmer, welche regelmässig erhebliche Arbeit

⁸⁹ Wie vorstehende Anm.

⁹⁰ Die gegenteilige Auffassung gerät auch in ein Spannungsverhältnis zum Umstand, dass die Haftung aus culpa in contrahendo grundsätzlich auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses geht (vgl. KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985, Rz 764): Es ist nicht einzusehen, weshalb das vorvertragliche Verschulden zum Ersatz des negativen Interesses verpflichten soll, das vertragliche hingegen nicht. Dies umso mehr, als das Verschulden inhaltlich identisch sein kann. Wenn etwa der Submittent das Angebot eines Submitters zu Unrecht nicht berücksichtigt (z.B. wegen angeblicher Überschreitung der Frist für die Einreichung der Angebote), so ist dieser Tatbestand demjenigen, da der Veranstalter beim Architekturwettbewerb einen Teilnehmer (wegen Fristüberschreitung) zu Unrecht vom Wettbewerb ausschliesst, in bezug auf das Verschulden vergleichbar. Weshalb im ersten Fall ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses bestehen soll (GAUCH, Die Submission im Bauwesen – Privatrechtliche Aspekte, Freiburg 1980, S. 203f.), im letzteren nicht, ist nicht einzusehen. (Zur Culpa-Haftung des Submittenten vgl. z.B. auch NJW 1981, S. 1673, Nr. 10, sowie Krejci in der Österreichischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [1979, S. 107f., 1982, S. 36], mit Bezug auf das deutsche bzw. österreichische Recht).

⁹¹ Konnte wegen der Wettbewerbsteilnahme ein anderes (gewinnbringendes) Geschäft nicht realisiert werden, so gehört der entgangene Gewinn ebenfalls zum ersatzfähigen Schaden; vgl. GAUCH (Anm. 90), S. 203, und – in allgemeinerem Zusammenhang – BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 343.

verrichten, um die Aussicht auf Beurteilung und Rangierung zu bringen»⁹². Das kann rechtens nicht sein.

Dieser Schluss wird bestätigt durch Art. 8 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung hat der Veranstalter eines öffentlichen Preisausschreibens die nutzlos gewordenen Aufwendungen der Teilnehmer zu ersetzen, falls er zurücktritt, «bevor die Leistung erfolgt ist». Im vorliegenden Zusammenhang geht es freilich nicht um einen Rücktritt, noch geht es notwendig um ein *öffentliches* Preisausschreiben⁹³. Unter Wertungsgesichtspunkten ist dies jedoch ohne Belang: Für den Teilnehmer spielt es keine Rolle, ob seine Aufwendungen nutzlos werden, weil das Preisausschreiben widerrufen wird oder weil der Veranstalter ihn von der Preisbeurteilung ausschliesst; auch ist es für ihn unerheblich, ob es sich um einen offenen oder einen «anderen» Wettbewerb handelt⁹⁴.

2. Die Schadenersatzbemessung richtet sich nach Art. 43f. OR. Sie ist damit weitgehend in das Ermessen des Richters gestellt.

Grundsätzlich dürfte es unangemessen sein, den bei der Preisentscheidung übergangenen Teilnehmer besser zu stellen, als wenn der Veranstalter korrekt erfüllt hätte. Das negative Vertragsinteresse ist daher im Normalfall höchstens im Umfange des positiven Vertragsinteresses zu ersetzen⁹⁵. Doch ist der übergangene Teilnehmer, der Ersatz des negativen Interesses beansprucht, beweismässig besser gestellt, als wenn er das positive Interesse ersetzt verlangt⁹⁶. Er hat

⁹² ENGELER (Anm. 2), S. 56.

⁹³ Vgl. vorne S. 104.

⁹⁴ Sogar ein Schluss *a fortiori* scheint zulässig: Wenn der Veranstalter (beim öffentlichen Preisversprechen) schon dann das negative Vertragsinteresse zu ersetzen hat, wenn er von seinem *Widerrufsrecht* Gebrauch macht, so muss dies umso mehr gelten, wenn er (in schuldhafter Weise) seine Pflicht zur programmgemässen Durchführung der Preisentscheidung verletzt.

⁹⁵ Diese Regel ist gesetzlich nirgends festgeschrieben. Sie ergibt sich jedoch aus den richtig verstandenen Art. 43f. OR. Ausnahmen sind aber denkbar (vgl. KOLLER [Anm. 90], Rz 451 ff., wo in anderem Zusammenhang dargetan wird, dass es zu durchaus ungerechten Resultaten führen kann, wenn der Ersatz des negativen Vertragsinteresses auf den Umfang des positiven begrenzt wird). Alsdann darf der übergangene Teilnehmer über das positive Vertragsinteresse hinaus entschädigt werden. Aus Art. 8 OR, der die Begrenzung auf das positive Interesse ausdrücklich vorsieht, folgt nichts anderes. Die Bestimmung betrifft nur den Fall, dass der Veranstalter beim öffentlichen Preisversprechen von seinem *Widerrufsrecht* Gebrauch macht. Den hier interessierenden Tatbestand, da er einen Teilnehmer in pflichtwidriger Weise von der Preisentscheidung ausschliesst, regelt er nicht. Eine analoge Anwendung ist nicht am Platze, da es im Falle von Pflichtverletzungen angemessen sein kann, mehr als das positive Vertragsinteresse zuzusprechen.

⁹⁶ Dazu vorne S. 123 ff.

lediglich den Umfang seiner nutzlos gewordenen Aufwendungen nachzuweisen. Der Nachweis, dass diese Aufwendungen das positive Vertragsinteresse übersteigen, obliegt hingegen dem Veranstalter. Dieser hat also beispielsweise zu beweisen, dass der übergangene Teilnehmer, wäre sein Projekt zur Preisentscheidung zugelassen worden, keinen Preis gewonnen hätte; ferner obliegt ihm der Beweis, dass die mit einem allfälligen Preisgewinn verbundene Publizität keinen wirtschaftlichen Vorteil gebracht hätte. Der Nachteil der Beweislosigkeit trifft den Veranstalter und nicht den Teilnehmer. Es verhält sich also gerade umgekehrt wie im Falle, da der Teilnehmer Ersatz des positiven Vertragsinteresses beansprucht.

Diese Beweislastverteilung entspricht den zu Art. 8 ZGB entwickelten Grundsätzen und lässt sich überdies wiederum auf Art. 8 Abs. 2 OR abstützen. Hier ist – wie bereits erwähnt – vorgesehen, dass der Veranstalter, der von einem (öffentlichen) Preisausschreiben zurücktritt, den Teilnehmern die nutzlos gewordenen Aufwendungen zu ersetzen hat. Er kann sich von der Haftung durch den Nachweis befreien, dass dem Ansprecher die Leistung nicht gelungen wäre und er daher bei Durchführung des Preisausschreibens keinen Preisanspruch gehabt hätte, der Rücktritt somit keinen Schaden verursacht hat. Die Beweislast für den fehlenden Preisanspruch trifft nach Wortlaut und Sinn der Bestimmung den Veranstalter⁹⁷. Entsprechendes muss beim vorliegend interessierenden Tatbestand gelten, wobei Art. 8 Abs. 2 OR selbstverständlich wiederum nur analoge Anwendung finden kann. Analoge Anwendung aber findet er, denn es nicht einzusehen, weshalb der Veranstalter, der einen Teilnehmer von der Preisbeurteilung ausschliesst und ihn dadurch um die Preischance bringt, besser gestellt sein sollte als derjenige, der ein Preisversprechen widerruft. Umgekehrt spielt es aus der Sicht des Teilnehmers keine Rolle, ob die Aufwendungen infolge Widerrufs nutzlos geworden sind oder deshalb, weil er zu Unrecht von der Preisbeurteilung ausgeschlossen wurde.

⁹⁷ Das ist die allgemeine Auffassung: z.B. OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 31 zu Art. 8 OR; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 76 zu Art. 8 OR.