



EGI Working Papers Series

Photovoltaikanlagen auf öffentlichen Dachflächen

Center for Energy Innovation,
Governance and Investment (EGI-HSG)

Simone Walther/Livia Camenisch/Peter Hettich, FIR-HSG
Working Paper No. 3

<https://www.alexandria.unisg.ch/Publikationen/nach-Projekten/231254/237771>

Rosenbergstrasse 51, 9000 St. Gallen

Juli 2015

The basic idea of the paper has been part of an advisory opinion for a client of Dr. Simone Walther and lic. iur. Kaspar Hemmeler at Schärer Rechtsanwälte, Aarau. The views expressed herein are those of the author(s) and do not necessarily reflect the views of the University of St.Gallen.

© by University St.Gallen. All rights reserved. Short sections of text, not to exceed two paragraphs, may be quoted without explicit permission provided that full credit, including © notice, is given to the source.

ABSTRACT

Das vorliegende Paper zeigt auf, in welchem rechtlichen Rahmen die Vergabe von sich im Gemeindebesitz befindlichen Dachflächen an Private zur Installierung und / oder Betreibung von Solaranlagen stattfinden soll. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, unter Anwendung welcher Kriterien sich ein Vorgehen nach dem einen oder anderen Verfahren rechtfertigt. Des Weiteren werden die Punkte und Risiken herausgearbeitet, die eine Gemeinde bei der genannten Dachflächenvergabe berücksichtigen sollte. Zuletzt erfolgt eine ausführliche Darstellung der rechtlichen Grundlagen.

Inhalt

1. Problemdarstellung und Untersuchungsfrage	4
2. Management Summary	5
3. Subsumption im vorliegenden Fall	6
3.1. Öffentliche Beschaffung.....	6
3.2. Monopolkonzession	6
3.3. Sondernutzungskonzession	8
3.4. Baukonzession	9
3.5. Gebrauchsbewilligung.....	9
3.6. Privatrechtlicher Vertrag	10
4. Zum Verfahren der Erteilung eines Nutzungsrechts.....	11
4.1. Ausschluss des Submissionsrechts.....	11
4.2. Erteilung im Konzessionsverfahren	11
4.3. Abschluss durch Vertrag oder Berechtigung durch Bewilligung	12
4.4. Ausschreibungspflicht	12
4.5. Empfehlung.....	13
5. Orientierungsgrundsätze zur Wahl des Regelungsinstruments.....	14
5.1. Bezug der Leistung	14
5.2. Interessenausrichtung des Gemeinwesens	15
5.3. Betriebspflicht.....	15
5.4. Risikoverteilung.....	16
6. Rechtliche Rahmenbedingungen	17
6.1. Öffentliches Beschaffungsverfahren.....	17

6.1.3.	Erfüllung öffentlicher Aufgaben.....	20
6.1.4.	Interessen von Auftraggeber und Leistungserbringer	22
6.1.5.	Beschaffung von Güter, Bau- und Dienstleistungen	24
6.1.6.	Entgelt.....	24
6.2.	Konzessionsrecht	25
6.2.1.	Monopolkonzession	25
6.2.2.	Sondernutzungskonzession	26
6.2.3.	Baukonzession	28
6.2.4.	Pflichten aus Konzessionen	29
6.2.5.	Vergabe von Konzessionen	30
6.3.	Bewilligungen	34
6.3.1.	Ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen.....	34
6.3.2.	Bewilligungspflicht.....	35
6.3.3.	Benutzungsgebühr.....	36
6.3.4.	Bewilligungserteilung.....	36
6.4.	Privatrechtlicher Vertrag	37
6.4.1.	Öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Handeln.....	37
6.4.2.	Zulässige privatrechtliche Tätigkeit des Gemeinwesens	38
6.4.3.	Privatrechtliches Staatshandeln in der Rechtsprechung	39
7.	Abgrenzung und Schnittstellen der Rechtsgrundlagen	40
7.1.	Unterscheidungskriterien von öffentlichem Auftrag und Konzession	40
7.1.1.	Leistung und Stellung des Gemeinwesens	40
7.1.2.	Veranlassung des Rechtsgeschäfts	40
7.1.3.	Zugrundeliegendes öffentliches Interesse.....	41
7.2.	Abgrenzung der Bewilligung.....	41
7.2.1.	Gegenüber der Konzession.....	41
7.2.2.	Gegenüber dem öffentlichen Auftrag.....	42
7.3.	Abgrenzung der privatrechtlichen Tätigkeit des Gemeinwesens.....	42

I. Problemdarstellung und Untersuchungsfrage

Durch den Besitz von Verwaltungsgebäuden wie Schulhäuser, Kasernen und weiteren Bauten verfügen Gemeinwesen in der Regel über eine Vielzahl grosser Dachflächen. Diese eignen sich – abhängig von ihrer Lage sowie anderen Faktoren mehr oder weniger gut – zur Energiegewinnung mittels Photovoltaikanlagen. Um diese Flächen für die Energieerzeugung nutzbar zu machen, kann sich ein Gemeinwesen dazu entschliessen, seine Dachflächen Privaten gegen ein Entgelt zur Verfügung zu stellen. Es kann sich dabei auf die reine Zurverfügungstellung der Dachfläche beschränken oder aber, je nach Interessenlage, lediglich den Bau, Betrieb und Unterhalt der Photovoltaikanlage auslagern und die damit gewonnene Energie selber beziehen. So oder anders stellt sich die Frage, nach welchen Verfahrensprinzipien das Gemeinwesen richtigerweise vorzugehen hat und mittels welcher Instrumente das Rechtsverhältnis zum Privaten geregelt werden sollte.

Vorliegendes Paper dient der Beantwortung dieser Fragen, indem sowohl die Möglichkeiten einer öffentlich-rechtlichen Regelung im Vergabe-, Konzessions- oder Bewilligungsverfahren als auch diejenigen einer privatrechtlichen Ausgestaltung mittels Vertrag erläutert werden. Es wird konzis aufgezeigt, welche Verfahren sich für die Vergabe des Nutzungsrechts an öffentlichen Dachflächen eignen und von welchen Regelungsformen abgesehen werden sollte. Als Schlussfolgerung wird ein Verfahren vorgestellt, das nach der vorliegend vertretenen Auffassung für die Verleihung eines Nutzungsrechts an öffentlichen Dachflächen durch Gemeinwesen am Geeignetsten erscheint. Das fünfte Kapitel vorliegenden Papers richtet sich im Speziellen an Gemeinwesen, die ihre Dachflächen Privaten zur Nutzung zur Verfügung stellen wollen. Anhand von vier Elementen wird aufgezeigt, wie das betreffende Gemeinwesen Regelungsinstrumente und Verfahren für die Rechtsverleihung wählen kann. Diese Elemente dienen als Orientierungshilfen und sollen den Gemeinwesen die Regelung ihres Rechtsverhältnisses zu interessierten Privaten erleichtern. Diese Ausführungen stützen sich auf die in den letzten beiden Kapiteln dargelegten theoretischen Auseinandersetzungen mit den jeweiligen Rechtsgrundlagen.

2. Management Summary

Je nach Interessenausrichtung des Gemeinwesens bietet sich eine Vergabe von öffentlichen Dachflächen mittels privatrechtlichem Vertrag oder Bewilligung an. Die Instrumente der Beschaffung sowie der Konzession scheinen für eine Regelung der Dachflächenvergabe nach der vorliegend vertretenen Auffassung wenig geeignet. Es zeigt sich, dass die Vergabe keine öffentliche Beschaffung darstellt, da das Gemeinwesen als Anbieter öffentlicher Dachflächen und nicht als Nachfrager auftritt. Auch wird das Bebauen öffentlicher Dachflächen mit Photovoltaikanlagen nicht als Sondernutzung sondern als Neben- bzw. Randnutzung qualifiziert, was eine Konzessionierung als nicht naheliegend erscheinen lässt und den Anwendungsbereich der Bewilligung eröffnet. Möchte ein Gemeinwesen seine öffentlichen Dachflächen aus finanziellen Interessen an Private zur Bebauung mit Photovoltaikanlagen zur Verfügung stellen, hat es dies nach vorliegend vertretener Auffassung mittels privatrechtlichen Vertrags zu tun. Verfolgt ein Gemeinwesen mit der Bereitstellung von Dachflächen ein öffentliches Interesse bzw. sieht es in der Unterstützung erneuerbarer Energieproduktion eine öffentliche Aufgabe, so ist die Regelung durch eine öffentlich-rechtliche Regelung, z.B. eine Bewilligung, angebracht. So oder anders ist weder das Beschaffungsrecht anwendbar noch besteht eine Pflicht zur Ausschreibung i.S.v. Art. 2 Abs. 7 BGBM. Nach vorliegend vertretener Auffassung wäre es dennoch geboten, würde ein Gemeinwesen über die Erfüllung rechtsstaatlicher Minimalanforderungen hinausgehende Massnahmen treffen, die ein transparentes und rechtsgleiches Verfahren bei der Bereitstellung öffentlicher Dachflächen für die Nutzung durch Private sichern würden.

3. Subsumption im vorliegenden Fall

3.1. Öffentliche Beschaffung

Wie noch darzulegen sein wird, tritt ein Gemeinwesen im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung als Nachfrager einer Leistung auf dem Markt auf, deren Erfüllung in der Folge durch Private angeboten wird.¹ Will ein Gemeinwesen Dachflächen von sich im Verwaltungsvermögen befindlichen Gebäuden Privaten zur Bebauung mit Photovoltaikanlagen zur Verfügung stellen, ist nicht ohne Weiteres klar, ob das Gemeinwesen in diesem Verhältnis den Privaten gegenüber als Nachfrager oder Anbieter auftritt. Um als Nachfrager im Sinne des Beschaffungsrechts zu gelten, müsste das Gemeinwesen von Privaten etwas erwerben, das es benötigt, um seine öffentlichen Aufgaben erfüllen zu können. Dafür müsste es eine Bezahlung leisten.² Eine solche Konstellation wäre, in Anbetracht der vorliegend interessierenden Fragestellung, nur denkbar, wenn das Gemeinwesen die durch Private mittels Photovoltaikanlagen produzierte Energie beziehen und dafür ein Entgelt leisten würde. Ein derartiges Interesse des Gemeinwesens kann wohl in den meisten Fällen ausgeschlossen werden, weshalb zumindest die direkte Anwendung des Beschaffungsrechts entfallen dürfte.

Vielmehr werden Gemeinwesen und Private in den meisten Fällen gerade in umgekehrter Konstellation in ein Rechtsverhältnis treten wollen. Das Gemeinwesen verfolgt mit der Vergabe von Dachflächen gegen eine Gebühr wohl vorrangig finanzielle Interessen und tritt damit als „Verkäufer“ des Rechts zur Rand- bzw. ausserordentlichen Nutzung an Dachflächen auf. Dieses Recht kann von Privaten – die an der genannten Nutzung interessiert sind – nachgefragt bzw. „gekauft“ werden.³

3.2. Monopolkonzession

Die Erzeugung von elektrischer Energie durch das Betreiben von Photovoltaikanlagen auf Dachflächen stellt keine rechtlich dem Gemeinwesen vorbehaltene Tätigkeit dar, sondern kann auch von Privaten – solange mit den entsprechenden (Bau-)Gesetzen vereinbar – uneingeschränkt wahrgenommen werden. Das Vorliegen eines rechtlichen Monopols ist somit zu verneinen.

Zum faktischen Monopol äusserte sich das Bundesgericht in Bezug auf die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel für das Anbringen einer Werbung als „Ganzbemalung“.⁴ Es führte aus, dass das betreffende Gemeinwesen kein faktisches Monopol innehatte, da auch geeignete private Fahrzeuge als Werbeflächen bzw. andere Werbemittel überhaupt benutzt werden könnten. Das Bundesgericht verneinte zudem die Vergleichbarkeit der „Ganzbemalung“ mit der Benutzung von Gemeindesälen, für welche die Rechtsprechung über die Benutzung des öffentlichen Grundes in einem früheren Ent-

¹ Vgl. Kap. 6.16.I vorliegenden Papers.

² BGE 125 I 209, E. 6b S. 213. Vgl. zudem Kap. 6.1.4.I vorliegenden Papers zur öffentlichen Veranlassung und Kap. 6.1.6 zur Entgeltlichkeit des öffentlichen Auftrags.

³ Vgl. BGE 125 I 209, E. 6b S. 213.

⁴ BGE 127 I 84, E. 4b S. 88 f.

scheid für analog anwendbar erklärt wurde.⁵ Es begründete dies damit, dass Gemeindesäle bereits aufgrund ihrer Zweckbestimmung für die Durchführung öffentlicher Veranstaltungen offen stünden. In Zusammenhang mit dieser Rechtsprechung betonte das Bundesgericht zudem, es sei bei Bewilligungsentscheiden zu berücksichtigen, ob die kommunalen Räumlichkeiten die einzigen zur Durchführung einer Versammlung geeigneten Lokale seien, oder ob den Privaten auch andere Säle, wie z.B. jene in Hotels oder Restaurants, zur Verfügung stünden.⁶

Die Erwägungen des Bundesgerichts können analog auf die vorliegende Untersuchungsthematik übertragen werden. Auch bezüglich der Bebauung von Dachflächen kann ohne weiteres auf das Angebot Privater ausgewichen werden. Dies erscheint sogar noch offensichtlicher als bei dem Entscheid bezüglich der Werbeflächen auf öffentlichen Verkehrsmitteln, könnte man bei diesen doch argumentieren, dass in dicht besiedelten Gebieten wie Grossstädten vorwiegend öffentliche und weniger private Fahrzeuge mit entsprechender Grösse verkehren und die Werbung bei erstgenannten deshalb grössere Beachtung erreichen würde. Eine derartige Argumentation entfällt bezüglich der Dachflächen. Da es bei grossflächigen Dächern sogar denkbar ist, dass diese sich vermehrt in privatem (Unternehmens-)Besitz befinden, lassen sich keine Vorteile seitens öffentlicher Dachflächen ausmachen. Zudem sind öffentliche Dachflächen aufgrund ihrer Zweckbestimmung nicht für die Benutzung durch Private vorgesehen, weshalb sich die Vergleichbarkeit mit der Benutzung kommunaler Räumlichkeiten erübrigt. Auch Private verfügen über Dachflächen, die sie zwecks Energiegewinnung selber nutzen oder vermieten können. Es ist nicht ersichtlich, dass sich zum Verwaltungsvermögen gehörende Dachflächen in erheblicher Weise gegenüber privaten Dachflächen unterscheiden. Es sind keine Vorteile der Benutzung öffentlicher gegenüber der Benutzung privater Dachflächen ersichtlich. Die Dachflächen der Gemeinwesen sind somit mit den Dachflächen von Privaten gleichzusetzen, weshalb die Gemeinwesen auch faktisch kein Monopol besitzen. Ein direkter grundrechtlicher Anspruch auf Benutzung öffentlicher Dachflächen ist damit nicht denkbar.⁷ Allerdings darf die Vergabe öffentlicher Dachflächen, selbst wenn das Gemeinwesen in Konkurrenz zu privaten Anbietern steht, keinen diskriminierenden Schranken unterworfen werden. Die Grundrechte der Bürger müssen auch bei privatrechtlichem Handeln des Staates gewahrt bleiben.⁸

⁵ BGer IP.304/1990 vom 18. Februar 1991, E. 3, in: ZBI 1992 S. 40 ff., S. 43 f. (deutsche Übersetzung). Vom Zuger Regierungsrat ebenso bejaht wurde der Anspruch auf die Benützung eines Saales in einem Kirchen- und Begegnungszentrum für die Durchführung eines Konzertes durch eine politische Partei (Entscheid des Zuger Regierungsrates vom 7. Dezember 1992, in: ZBI 1993 S. 320 ff.).

⁶ In einem neueren Entscheid hingegen anerkannte das BGer den grundrechtlichen Anspruch auf Miete des der Stadt Genf gehörenden Alhambra-Theaters zur Aufführung eines Schauspiels. Wörtlich erwog das BGer sogar „Contrairement à l'avis de la recourante, que Dieudonné ait pu se produire ailleurs à Genève n'y change rien.“ (BGer 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010, E. 7).

⁷ Vgl. BGE 127 I 84, E. 4b S. 89.

⁸ Vgl. BGE 127 I 84, E. 4c S. 89 f.

3.3. Sondernutzungskonzession

Die Mehrheit der Lehre beschreibt die Sondernutzungskonzession als Verleihung des Rechts zur Sondernutzung an einer öffentlichen Sache *im Gemeingebrauch*.⁹ Die in diesem Sinne verstandene Sondernutzung ist mit der Sondernutzung von Sachen im Verwaltungsvermögen vergleichbar.¹⁰ Eine Sondernutzung liegt demnach im Allgemeinen vor, wenn ein Privater von einem Gemeinwesen das Recht zur längerfristigen exklusiven Nutzung einer öffentlichen Sache erhält.¹¹

In Bezug auf die Benutzung öffentlicher Dachflächen sind zwei Betrachtungsweisen denkbar, die zu unterschiedlichen rechtlichen Folgen führen. Einerseits kann das Verwaltungsgebäude, dessen Dach zur Verfügung gestellt werden soll, als Ganzes betrachtet werden. Die Nutzung der Dachfläche erscheint dann als nicht sonderlich intensiv, da der bestimmungsgemässe Zweck des Gebäudes nicht beeinträchtigt wird. Bei dieser Betrachtungsweise ist keine exklusive Nutzung des Gebäudes durch den berechtigten Privaten erkennbar, weshalb auf eine ausserordentliche Nutzung zu schliessen ist.

Andererseits kann bei der Beurteilung der Nutzungsart auch alleine auf die zu vergebende Dachfläche abgestellt werden. Wird diese Betrachtungsweise angewandt, erscheint die Annahme einer Sondernutzung als eher zutreffend, da die Photovoltaikanlage mit dem Dach fest verbunden wird und dieses in der Folge nicht anderweitig – bspw. durch einen anderen an der Erstellung einer Photovoltaikanlage Interessierten – benutzt werden kann. Für diese Schlussfolgerung spricht auch die wahrscheinlich längerfristige Vergabe des Rechts zur Benutzung einer Dachfläche, würde sich doch der Aufbau einer Photovoltaik-Anlage bei einer nur kurzen Vertragsdauer nicht auszahlen. Dennoch würde sich das von einer Sondernutzungskonzession vorausgesetzte faktische Monopol des Gemeinwesens aus den angeführten Gründen wohl kaum bejahen lassen.¹²

Obwohl nach der hier vertretenen Auffassung für beide Betrachtungsweisen gute Gründe angeführt werden können, erscheint die erstgenannte als sachgerechter. Die Meinung eines Teils der Lehre, eine Sondernutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch liege bereits vor, wenn dem Berechtigten die ausschliessliche Verfügung über einen Teil der Sache zugesprochen wird,¹³ kann nicht direkt auf die Nutzung öffentlicher Sachen im Verwaltungsvermögen übertragen werden. Wie dargestellt wird mit einer Sondernutzungskonzession das Recht verliehen, eine öffentliche Sache längerfristig nicht widmungsgemäss zu benutzen. Nach einem Teil der Lehre ist dies bei Verwaltungsvermögen

⁹ So bspw. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, N 806 (zit.: BEYELER, Geltungsanspruch); ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2010, N 2607; DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004, S. 26 f. (zit.: KUNZ, Verfahren); ANDRÉ WERNER MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 780, Bern 2011, S. 273; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 45 N 23; BERNHARD WALDMANN, Die Konzession – Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 9; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, Bern 2014, N 1272.

¹⁰ Vgl. Kap. 6.2.2. I vorliegenden Papers; TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, in: ZBI 1992 S. 145 ff., S. 165 (zit.: JAAG, Gemeingebrauch).

¹¹ JAAG, Gemeingebrauch, S. 165.

¹² Vgl. Kap. 3.2.

¹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2418. So auch MOSER, S. 206, der die Installation einer Mobilfunkantenne auf dem Dach eines Verwaltungsgebäudes als Sondernutzung bezeichnet.

aber gar nicht möglich, da dieses immer einer öffentlichen Aufgabe zu dienen hat. Wird eine nicht widmungsgemässe Nutzung zugelassen, welche die Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe verhindert, müsste die öffentliche Sache ins Finanzvermögen übertragen werden.¹⁴ Die zwei Voraussetzungen, wonach eine Sondernutzung zu bejahen ist, wenn der bestimmungsgemässe Gebrauch überschritten wird und andere Nutzungsberechtigte gänzlich vom Gebrauch der Sache ausgeschlossen werden,¹⁵ können nach vorliegend vertretener Auffassung in Bezug auf Verwaltungsvermögenswerte jedenfalls nicht vorliegen. Vor allem die erste Voraussetzung erscheint in Bezug auf das Verwaltungsvermögen problematisch. Dieses soll der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Hat nun aber die private Nutzung eines Verwaltungsvermögenswertes zur Folge, dass dieser nicht mehr gemäss seiner Zweckbestimmung benutzt werden kann, liegt eine unzulässige Nutzung vor, da der Verwaltungsvermögenswert zweckentfremdet wird.

3.4. Baukonzession

Im Unterschied zum gewöhnlichen öffentlichen Auftrag erhält der private Leistungserbringer höchstens zu einem kleinen Teil eine direkte Geldzahlung, während sein restliches Entgelt darin besteht, dass ihm durch die Einräumung bestimmter Rechte eine Verdienstmöglichkeit mit Dritten gegeben wird.¹⁶ Auch die Baukonzession setzt also voraus, dass das Gemeinwesen als Nachfrager und der Private als Anbieter auftritt. Wie bereits in Kapitel 3.1 zum öffentlichen Auftrag ausgeführt, handelt das Gemeinwesen bei der Vergabe von Dachflächen jedoch als Anbieter, weshalb die Vergabe nicht mittels Baukonzessionen durchgeführt werden kann.

3.5. Gebrauchsbewilligung

Wie in Kapitel 3.3 dargelegt, sind gute Gründe denkbar, um die Benutzung einer öffentlichen Dachfläche durch einen Privaten als ausserordentliche Nutzung zu qualifizieren. Bei der ausserordentlichen Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ist diese einer Bewilligungspflicht unterstellt.¹⁷ Nach HEER, der von einer Unterscheidung nach ordentlicher, ausserordentlicher und Sondernutzung von Verwaltungsvermögen absieht, kann die Nutzung von Verwaltungsvermögen im Einzelgebrauch mittels Bewilligung ermöglicht werden. Er qualifiziert diese als Bewilligung sui generis, da sie nicht nur aufgrund polizeilicher Interessen, sondern auch aus anderen Gründen verweigert werden darf.¹⁸ Auch JAAG unterstellt die ausserordentliche Nutzung an Verwaltungsvermögen der Bewilligungspflicht.¹⁹ Gemäss MOSER obliegt es dem Gemeinwesen zu bestimmen, ob überhaupt und wenn ja inwieweit

¹⁴ MARKUS HEER, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Diss., Zürich/Basel/Genf 2006, S. 133. Ähnlich BGE 120 II 321, E. 2b S. 323, wonach es mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nicht vereinbar wäre, wenn dazu mit seinem Gebrauchswert unmittelbar dienendes Vermögen verwertet und dem Zweck, dem es gewidmet worden ist, dadurch entfremdet werden könnte.

¹⁵ Vgl. Kap. 6.2.2.2.

¹⁶ Vgl. Kap. 6.2.3.

¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2392.

¹⁸ HEER, S. 124.

¹⁹ JAAG, Gemeingebrauch, S. 164.

und unter welchen Konditionen es Sachen im Verwaltungsvermögen für ausserordentliche Nutzungen zur Verfügung stellen will.²⁰ Seiner Meinung nach kann die Erteilung der Berechtigung zur ausserordentlichen Nutzung entweder öffentlich-rechtlich durch eine Bewilligung oder privatrechtlich durch einen Vertrag erfolgen.²¹ Was im Einzelfall die angemessene Handlungsform ist, muss durch eventuelle spezialgesetzliche Bestimmungen und subsidiär durch die allgemeinen Abgrenzungsregeln der Rechtsprechung beurteilt werden.

Die öffentlich-rechtliche Handlungsform scheint dort angebracht, wo in der Vergabe der Dachfläche an einen Privaten zur Bebauung mit Photovoltaikanlagen eine öffentliche Aufgabe erblickt wird. Wenn also die Erfüllung einer kommunalen Staatsaufgabe zentrales Anliegen des vergebenden Gemeinwesens ist und nicht die wirtschaftliche Nebentätigkeit bzw. der mit dieser erreichte finanzielle Ertrag, dann hat die Vergabe auf öffentlich-rechtlichem Weg – mittels Bewilligung oder Konzession – zu erfolgen. Erblickt das Gemeinwesen in der Vergabe der Dachflächen keine öffentliche Aufgabe sondern lediglich eine wirtschaftliche Nebentätigkeit, mithilfe derer es seine finanzielle Situation verbessern will, tritt es gegenüber potentiellen Investoren wie ein Subjekt des Privatrechts auf. Gestützt auf die Konkurrenz zu privaten Anbietern kann die Erteilung der Nutzungsberechtigung seitens der Behörden an einen privaten Investor deshalb privatrechtlich, d.h. durch privatrechtlichen Vertrag, erfolgen.

3.6. Privatrechtlicher Vertrag

Wie erörtert ist nicht vollends klar, ob in Bezug auf die Bebauung von öffentlichen Dachflächen mit Photovoltaikanlagen eine ausserordentliche oder eine Sondernutzung vorliegt, da zweitgenannte nur eingeschränkt in dem Sinne zu bejahen ist, als ein für die Zweckbestimmung wenig bedeutender Teil eines Verwaltungsgebäudes von ihr betroffen ist. Diese Nebennutzung eines Verwaltungsgebäudes kann deshalb kaum oder zumindest nicht eindeutig in die genannten Nutzungskategorien eingeordnet werden. Da die eingeschränkte Sondernutzung die Zweckbestimmung des Gebäudes bzw. die Erfüllung der mit dem Gebäude verfolgten öffentlichen Aufgabe nicht tangiert, kann das Gemeinwesen im Rahmen der Vergabe privatrechtlich handeln. Vorausgesetzt, dass dieser Bereich nicht abschliessend durch öffentliches Recht geregelt und die Anwendbarkeit von Privatrecht nicht ausgeschlossen ist.²² Wie noch ausgeführt wird, ist die privatrechtliche Handlungsform zudem nur dort angemessen, wo der Staat ein rein fiskalisches Interesse an der Dachnutzung durch Private hat und nicht im Besitz eines faktischen Monopols ist.²³

²⁰ MOSER S. 201.

²¹ MOSER S. 204.

²² Vgl. VGer LU vom 14. August 2000, E. 2a, bezüglich der Vergabe von Werbeflächen auf öffentlichen Verkehrsmitteln und BGE 127 I 84, E. 4b S. 88 f.

²³ HEER, S. 131; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss., Zürich 2000, S. 255.

4. Zum Verfahren der Erteilung eines Nutzungsrechts

Abhängig von den Interessen des jeweiligen Gemeinwesens kann einem Privaten das Recht zur Benutzung öffentlicher Dachflächen auf unterschiedliche Art und Weise übertragen werden. Eine abschliessende Zuordnung dieser Rechtsvergabe zum Submissions- oder Konzessionsrecht bzw. deren Qualifikation als Bewilligung oder privatrechtliches Staatshandeln kann deshalb nicht vorgenommen werden. Vorrangiges Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es denn auch, grundsätzliche Empfehlungen und Hinweise bereitzustellen, die einem Gemeinwesen bei der Entscheidung über das Verfahren der Rechtsvergabe als Wegweiser dienen können. Die nachfolgenden Ausführungen stellen demnach auf den Einzelfall angepasste Empfehlungen bezüglich dieses Verleihungsverfahrens dar.

4.1. Ausschluss des Submissionsrechts

Aufgrund der beschriebenen Tatsache, dass ein Gemeinwesen bei der Vergabe seiner Dachflächen i.d.R. als Anbieter und nicht als Nachfrager auftreten wird, wird der Anwendungstatbestand des Submissionsrechts nicht erfüllt. Das Gemeinwesen fragt keine Leistung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf dem Markt nach sondern bietet dieselbe an. Die Vergabe des Gemeinwesens fällt somit nicht in den Anwendungsbereich des Submissionsrechts und dieses kann von den nachfolgenden Ausführungen ausgeschlossen werden.

4.2. Erteilung im Konzessionsverfahren

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung liegt bei der Nutzung öffentlicher Dachflächen durch Private eher eine ausserordentliche bzw. Randnutzung als eine Sondernutzung vor.²⁴ Analog zur Rechtsprechung bezüglich der Ganzbuswerbung kann das Vorliegen einer Sondernutzung in der vorliegend interessierenden Konstellation wohl ausgeschlossen werden, da durch die Benützung der Dachfläche keine öffentlichen Leistungen, Aufträge oder Aufgaben tangiert werden. Die Exklusivität der Dachflächenbenutzung besteht alleine darin, dass die Vergabe einer Dachfläche zur Gewinnung von Sonnenenergie dazu führt, dass dieselbe Dachfläche nicht auch durch einen anderen Privaten genutzt werden kann. Der Exklusivitätscharakter ist bezüglich der vorliegenden Konstellation sogar noch stärker begrenzt als bei der Werbung auf ganzen Bussen, da in zweitgenanntem Fall aufgrund eines beschränkten Angebots an Bussen konkurrierende Werbung ausgeschlossen wird. In Bezug auf öffentliche Dachflächen wäre eine solche Exklusivität nur zu bejahen, wenn zwischen öffentlichen und privaten Dachflächen unterschieden würde, was wie dargelegt wenig sinnvoll ist. Sollte ein Gemeinwesen dennoch zum Schluss kommen, die Nutzung seiner Dachflächen als Sondernutzungskonzession zu beurteilen, so hat die Vergabe des Nutzungsrechts grundsätzlich mittels einer Konzession zu er-

²⁴ Vgl. Kapitel 3.3 vorliegenden Papers.

folgen.²⁵ Dies unter der Voraussetzung, dass das Gemeinwesen in der betreffenden Konstellation davon ausgeht, dass es im Besitz eines faktischen Monopols bezüglich der mit Photovoltaikanlagen bebaubaren Dachflächen ist.

4.3. Abschluss durch Vertrag oder Berechtigung durch Bewilligung

Vergibt ein Gemeinwesen seine Dachflächen in der Absicht, durch die Förderung alternativer Energien einer öffentlichen Aufgabe nachzukommen, so hat die Vergabe mittels einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung zu erfolgen. Obwohl die Bewilligungspflicht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keiner gesetzlichen Grundlage bedarf, sollte eine solche der Rechtssicherheit und Transparenz willen vorgesehen werden.²⁶ Die Vermutung, dass ein Gemeinwesen im Rahmen der Verfolgung einer öffentlichen Aufgabe handelt, wird verstärkt, wenn bspw. im Gemeindereglement die Förderung von erneuerbaren Energiequellen oder die Verbesserung der Energieeffizienz als Aufgaben des Gemeinwesens bezeichnet werden. Findet sich keine solche Regelung in den relevanten Erlassen und verfolgt ein Gemeinwesen mit der Vergabe seiner Dachflächen eher wirtschaftliche als öffentliche Interessen, kann die Vergabe durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags geregelt werden. Verfolgt ein Gemeinwesen sowohl wirtschaftliche als auch öffentliche Interessen stehen ihm grundsätzlich beide beschriebenen Handlungsformen zur Verfügung. Nach vorliegend vertretener Ansicht sollte im Rahmen einer Interessenabwägung beurteilt werden, ob das wirtschaftliche oder das öffentliche Interesse überwiegt.

4.4. Ausschreibungspflicht

Wie ausgeführt eignen sich Dachflächen privater Anbieter ebenso gut für die Nutzung zur Stromerzeugung wie öffentliche Dachflächen, weshalb das Gemeinwesen weder über ein faktisches noch über ein rechtliches Monopol verfügt. Art. 2 Abs. 7 BGBM findet deshalb nach der hier vertretenen Auffassung auf die vorliegende Konstellation keine Anwendung und die Vergabe des Nutzungsrechts untersteht keiner Ausschreibungspflicht.

Selbstverständlich kann sich das Gemeinwesen dazu entschliessen, freiwillig eine Ausschreibung durchzuführen. Die Durchführung einer Ausschreibung ist sowohl bei der Vergabe mittels privatrechtlichen Vertrags als auch bei der Nutzungsberechtigung durch öffentlich-rechtliche Bewilligung möglich. Obwohl die Vorschriften des Submissionsrechts wie noch dargelegt wird bei einer freiwilligen Ausschreibung nicht anwendbar sind, sollten schon aus verfassungsrechtlichen Gründen gewisse,

²⁵ Die Beurteilung der Dachflächenvergabe als Sondernutzung setzt zudem voraus, dass das Gemeinwesen die Sondernutzung an Verwaltungsvermögenswerten allgemein als zulässig erachtet (vgl. Kap. 3.3).

²⁶ Vgl. Kap. 6.3.2 vorliegenden Papers.

im Submissionsverfahren geltende zentrale Grundsätze auch in diesem Verfahren zum Tragen kommen.²⁷

Wird von der freiwilligen Durchführung einer Ausschreibung abgesehen, muss sich die Erteilung des Nutzungsrechts – wie in Kapitel 6.2.5.2 betreffend die Konzessionsvergabe dargelegt – an den allgemeinen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns messen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Gemeinwesen im Einzelfall eine Vergabe mittels Konzession, Bewilligung oder privatrechtlichem Vertrag vornehmen möchte.

4.5. Empfehlung

Vorliegend wird die Auffassung vertreten, dass Gemeinwesen im Rahmen der Vergabe öffentlicher Dachflächen zur Nutzung bzw. Energiegewinnung durch Private über die Befolgung der zwingend einzuhaltenden rechtsstaatlichen Minimalanforderungen hinausgehen sollten. Zwar ist das Submissionsrecht weder direkt noch auf freiwilliger Basis anwendbar, noch ist der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM berührt und damit die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens vorgeschrieben. Trotzdem rechtfertigt sich die Anwendung gewisser Handlungsprinzipien auch, wenn für ein Verfahren keine expliziten Bestimmungen einzuhalten sind. Gerade für den Fall, dass ein Gemeinwesen im Rahmen einer wirtschaftlichen Nebentätigkeit aktiv wird und demnach mittels privatrechtlichem Vertrag ohne die Durchführung eines Informations-, Ausschreibungs- oder sonstigen Verfahrens handeln könnte, muss es sich stets bewusst sein, dass auch im Rahmen wirtschaftlicher Nebentätigkeiten Marktverzerrungen und Wettbewerbsverfälschungen und in der Folge Schädigungen des Gemeinwesens eintreten können.²⁸

Um ein faires und transparentes Verfahren durchführen zu können, sind an der Dachflächenvergabe potentiell interessierte Private vorgängig zur Vergabe in angemessener Form zu informieren. Dabei sollte sichergestellt werden, dass möglichst alle Interessierten erreicht werden und auf diese Weise eine rechtsgleiche Vergabe durchgeführt werden kann.²⁹ Auch ist darauf zu achten, dass allen Interessierten dieselbe Möglichkeit zur Bewerbung eingeräumt wird.³⁰ Es bietet sich an, im Rahmen der In-

²⁷ Namentlich die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Objektivität wären seitens des Gemeinwesens zu beachten. Eine analoge Anwendbarkeit des submissionsrechtlichen Transparenzgebots schliesst das BGer jedoch aus (BGE 130 I 241, E. 5.3 S. 250). Dies obwohl in BBl 2005 485 f. steht, dass es bzgl. der Ausschreibung von Konzessionen naheliegend sei, die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge analog anzuwenden. Nach KUNZ kann sich dies nur auf gewisse im Submissionsrecht geltende Grundsätze beziehen (Die Konzessionserteilung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 33 (zit.: KUNZ, Konzessionserteilung)).

²⁸ Vgl. Kapitel 6.1.3.2 vorliegenden Papers.

²⁹ Dem Erfordernis der angemessenen Information nicht genügen würde wohl ein reduziertes Publikationsverfahren bspw. durch einen blossen Anschlag am Gemeindebrett, der durch keine Publikation in kommunalen oder kantonalen Amtsblättern oder Anzeigen in lokalen Tageszeitungen gestützt wird. Dies gilt zumindest in Bezug auf grössere Ortschaften (vgl. dazu Urteil des VGer SG B 2009/71 und B 2009/72 vom 18. März 2010, E. 2.2.2.).

³⁰ Denkbar ist der Fall, dass ein Gemeinwesen eine öffentliche Dachfläche nicht aus eigenem Antrieb ausschreibt sondern von einem Privaten um Bereitstellung derselben angefragt wird. Dabei sollte beachtet werden, dass der ursprünglich an der Dachfläche Interessierte Such- und Informationskosten aufgewendet hat, um eine für die Bebauung mit Photovoltaikanlagen geeignete Dachfläche zu finden. Diese Kosten sollten nach Abschluss der öffentlichen Ausschreibung vergütet werden. Dies selbst dann, wenn der ursprünglich Interessierte sich im Bewerbungsverfahren nicht durchsetzen kann. Bei einem Verzicht auf die Vergütung der genannten Kosten werden den Privaten die Anreize zur selbstständigen Suche nach geeigneten Dachflächen genommen, was nicht Sinn und Zweck der Ausschreibung sein kann.

formation die Anforderungen an einzureichende Bewerbungen sowie zumindest in grober Weise die Bewertungskriterien zu bezeichnen, nach welchen unter den eingehenden Bewerbungen die Geeignete ausgewählt wird. Insbesondere in diesem letzten Verfahrensschritt sollten Gemeinwesen Wert auf ausreichend Transparenz legen; es soll den Privaten möglich sein, die Entscheidung des Gemeinwesens nachvollziehen zu können. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung bietet sich die beschriebene Ausgestaltung des Verfahrens sowohl bei einer Regelung mittels privatrechtlichem Vertrag wie auch bei der Regelung mittels Bewilligungserteilung an.

5. Orientierungsgrundsätze zur Wahl des Regelungsinstruments

Die nachfolgend beschriebenen Orientierungsgrundsätze sollen Gemeinwesen bei der Entscheidung bezüglich der im Einzelfall geeigneten Verfahren zur Nutzungsrechtsübertragung zusätzlich unterstützen. Sie zeigen auf, anhand welcher Überlegungen auf das im Einzelfall geeignete Verfahren geschlossen werden kann.

5.1. Bezug der Leistung

Wenn ein Gemeinwesen öffentliche Dachflächen zur Energiegewinnung mittels Photovoltaikanlagen zur Verfügung stellt, kann es die auf diese Weise produzierte Energie teilweise oder vollständig selber beziehen. Das Recht des Privaten beschränkt sich in diesem Fall je nach Interesse des Gemeinwesens auf den Bau der Photovoltaikanlage sowie deren Betrieb und Unterhalt. Das Gemeinwesen stellt dem Privaten die dafür notwendige Dachfläche zur Verfügung und bezieht die durch seine Anlage produzierte Energie. Im Rahmen dieses Bezugs tritt das Gemeinwesen als Nachfrager einer durch einen Privaten bereitgestellten Leistung auf, weshalb die Unterstellung unter das Vergaberecht überprüft werden muss. Auf kantonaler und Gemeindeebene sind die massgebenden Schwellenwerte in der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) geregelt.³¹ Diese werden durch das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (INöB) angepasst, wobei die Schwellenwerte für die Jahre 2014/2015 unverändert blieben.³² Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass der Bau einer Photovoltaikanlage auf einem Dach den Schwellenwert von CHF 150'000.00 im Normalfall nicht überschreitet.³³ Für die mit der Photovoltaikanlage in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen des Privaten, namentlich für die Leistungen bezüglich des Betriebs und Unterhalts derselben, beträgt der massgebende Schwellenwert ebenfalls CHF 150'000.00. Auch hier kann davon ausgegangen werden, dass der Schwellenwert nicht überschritten wird. Liegen die Bau- bzw. Dienstleistungsausgaben unter den genannten Schwellenwerten, kann eine freihändige

³¹ Anhang 2 zur IVöB.

³² INöB, Mitteilung: Schwellenwerte IVöB für die Jahre 2014/2015, vom 20. Dezember 2013, S. 1.

³³ Wird der Betrag von CHF 150'000.00 im Einzelfall doch überschritten, muss der Auftrag im Einladungsverfahren (bei einem Betrag unter CHF 250'000.00) bzw. im offenen oder selektiven Vergabeverfahren (ab einem Betrag von CHF 250'000.00) vergeben werden.

Vergabe mittels privatrechtlichen Vertrags stattfinden. Das Produktionsrisiko liegt dabei beim Gemeinwesen.

Will das Gemeinwesen die durch die Photovoltaikanlagen produzierte Energie nicht selber beziehen, ist die Regelung der Nutzungsrechtsübertragung sowohl mittels privatrechtlichen Vertrags wie auch durch Bewilligung möglich. In beiden Fällen beschränkt sich der Beitrag des Gemeinwesens auf die Zurverfügungstellung der Dachfläche. Eine Unterstellung unter das Vergaberecht oder eine analoge Anwendung desselben ist nicht möglich.

5.2. Interessenausrichtung des Gemeinwesens

Beurteilt ein Gemeinwesen die Erteilung von Nutzungsrechten an öffentlichen Dachflächen als öffentliche Aufgabe, hat diese öffentlich-rechtlich und damit grundsätzlich durch Konzession oder Bewilligung zu erfolgen. Wie in Kapitel 3.3 dargelegt, liegt nach vorliegender Auffassung eher eine ausserordentliche bzw. Randnutzung denn eine Sondernutzung vor. Die Erteilung des Nutzungsrechts mittels Bewilligung erscheint deshalb als zweckmässig. Bei der Beurteilung der Interessenausrichtung eines Gemeinwesens im Energiebereich kann auch auf dessen Erlasse abgestellt werden.³⁴ Verfolgt ein Gemeinwesen mit der Zurverfügungstellung öffentlicher Dachflächen hingegen vordergründig finanzielle Interessen, kann diese durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags erfolgen.³⁵

5.3. Betriebspflicht

Mit der Vergabe des Rechts zur Nutzung öffentlicher Dachflächen können dem betreffenden Privaten auch Pflichten auferlegt werden. Namentlich kann er dazu verpflichtet werden, von dem ihm verliehenen Nutzungsrecht Gebrauch machen und innert einer gewissen Frist Photovoltaikanlagen erstellen sowie diese über einen bestimmten Zeitraum betreiben und unterhalten zu müssen. Eine solche Regelung sowie die Rechtsfolgen im Falle eines Verstosses können grundsätzlich sowohl in öffentlich-rechtlichen Konzessionen und Bewilligungen als auch in privatrechtlichen Verträgen vorgesehen werden. Wie soeben dargelegt, empfiehlt sich die Regelung mittels privatrechtlichen Vertrags bei einer finanziellen Interessenausrichtung des Gemeinwesens. Eine solche spricht gegen die Vereinbarung einer Betriebspflicht, da sich das Gemeinwesen nach eigener Beurteilung nicht im Bereich der öffentlichen Aufgaben befindet und somit kein Interesse an der tatsächlichen Ausübung des dem Privaten vertraglich zugestandenen Rechts hat. Auch deshalb ist die Betriebspflicht dem privatrechtlichen Vertrag wesensfremd. Schliesslich ist anzunehmen, dass der – mittels Konzession, Bewilligung oder privatrechtlichem Vertrag – Berechtigte ein wirtschaftliches Interesse an der Nutzung der ihm entgeltlich zur Verfügung gestellten Dachfläche hat, weshalb sich die Regelung einer Ausübungs- bzw. Be-

³⁴ Wird in einem Gemeindereglement bspw. festgehalten, dass das Gemeinwesen erneuerbare Energien fördern und deren Produktion vorantreiben will, kann dies als Hinweis darauf beurteilt werden, dass das Gemeinwesen in der Bereitstellung öffentlicher Dachflächen zur Nutzung der Sonnenenergie die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erblickt.

³⁵ Dazu auch Kap. 6.4.2.

triebspflicht regelmässig erübrigen dürfte. Sollte ein Gemeinwesen dennoch eine entsprechende Pflicht vorsehen wollen, bietet es sich an, die Nutzungsbewilligung mit der für die Erstellung der Photovoltaikanlage benötigten Baubewilligung zu verbinden. So könnte ein Gemeinwesen vorsehen, dass die Bewilligung zur Nutzung der Dachfläche von der Erteilung der Baubewilligung abhängt. Wird Letztere nicht erteilt oder verfällt sie aufgrund des Nichtgebrauchs innert eines Jahres, so fällt auch die Nutzungsbewilligung für die Dachfläche dahin. Auf die Vereinbarung einer eigentlichen Betriebspflicht könnte auf diese Weise verzichtet werden, da von einem wirtschaftlich handelnden Privaten zu erwarten ist, dass er die einmal erstellte Photovoltaikanlage auch betreiben wird. Möchte ein Gemeinwesen keinerlei Ausübungs- bzw. Betriebspflicht eines Privaten statuieren, bietet sich die Erteilung des Nutzungsrechts mittels privatrechtlichen Vertrags an.

5.4. Risikoverteilung

Bei der Wahl des geeigneten Mittels zur Verleihung der öffentlichen Dachflächen sollte ein Gemeinwesen auch die verschiedene Risikoverteilung in die Abwägung mit einbeziehen. Bei der Regelung mittels privatrechtlichen Vertrags können diese Risiken im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben vollständig auf den berechtigten Privaten übertragen werden. Bei Vorliegen einer PPP sollte die Risikotragung zwischen Gemeinwesen und Privatem optimiert werden.³⁶ Es bietet sich bspw. eine Übernahme der Risiken betreffend Bau, Betrieb und Finanzierung durch den Privaten an.³⁷ Nach allgemeinen ökonomischen Grundsätzen sollten einzelne Risiken derjenigen Partei angelastet werden, die diese am leichtesten tragen bzw. am kostengünstigsten reduzieren kann.

Wird die öffentliche Dachfläche mittels einer Konzession vergeben erfolgt deren Bebauung mit Photovoltaikanlagen auf Rechnung und Risiko des Konzessionärs.³⁸ Dieser trägt zudem das Risiko sachenrechtlicher Folgen.³⁹ Auch das EU-Recht hält fest, dass das Hauptmerkmal einer Konzession "stets die Übertragung eines Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer" bedingt, "einschließlich der Möglichkeit, dass die Investitionsaufwendungen und die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen unter normalen Betriebsbedingungen nicht wieder erwirtschaftet werden können, auch wenn ein Teil des Risikos bei den öffentlichen Auf-

³⁶ URS BOLZ, PPP – Was fehlt zum Durchbruch?, in: Andreas Lienhard/Thomas Pfisterer (Hrsg.), PPP – Public Private Partnership, S. 61. Zudem auch CHRISTOPHER H. BOVIS, Risk and Public-Private-Partnerships, in: EPPPL 1/2012 S. 44 ff., S. 47, der beschreibt: „In fact, a fair and reasonable allocation of various risks is vital to PPP success.“ und weiter „At the same time, to ensure, therefore, the success of a project, there needs be optimal sharing of risk between the public and private sector, with each partner retaining the risk which they are best placed to manage.“ Vgl. auch MAN W. CHEUNG, Understandin PPP Capital Project “Risks”, in: EPPPL 2/2009 S. 88 ff.

³⁷ BOLZ, S. 61, nach dem das Risiko für Gesetzesänderungen in aller Regel beim Gemeinwesen verbleibt.

³⁸ TOMAS POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, N 54 m.w.H.; ENRICO RIVA, Konzessionsverhältnis und Leistungsstörung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 54. Das BGer führte in BGE 132 II 485, E. 9.3 S. 512, bezüglich einer UMTS-Konzession aus: „Die Bieterin, die den Zuschlag in einem Versteigerungsverfahren erhält, geht im Zeitpunkt der Auktion von der Wirtschaftlichkeit des Preises bzw. davon aus, den Preis über die Nutzung der konzessionierten Rechte nicht nur zu amortisieren, sondern darüber hinaus einen Gewinn zu erzielen. Wirtschaftstätigkeit ist aber zwangsläufig mit unvorhersehbaren Entwicklungen und einem gewissen unternehmerischen Risiko verbunden. [...] Wenn sich eine Konzessionsnehmerin bei der Ersteigerung der Fernmeldekonzession verkalkuliert, hat sie dieses Risiko jedoch selbst zu tragen.“

³⁹ Urteil 11 10 50 des Obergerichts des Kantons Luzern vom 28. Oktober 2010, E. 3.2, abgedruckt in: ZBJV, 148/2012 S. 368 ff.

traggebern oder Auftraggebern verbleibt."⁴⁰ Allgemein bleibt anzumerken, dass die Frage der Risikoverteilung namentlich in Bezug auf Bewilligungen komplex ist und aufgrund der zahlreichen abzuwägenden Faktoren kaum abstrakt beantwortet werden kann.

6. Rechtliche Rahmenbedingungen

6.1. Öffentliches Beschaffungsverfahren

Das öffentliche Beschaffungswesen regelt den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Gütern, Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber auf kommunaler, kantonaler oder Bundesebene zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.⁴¹ Das als Nachfrager auftretende Gemeinwesen erwirbt also, in der Regel auf dem freien Markt, Güter gegen ein Entgelt⁴² von meist privaten Unternehmen, die als Anbieter, Produzenten oder Lieferanten zu bezeichnen sind.⁴³ Das öffentliche Beschaffungsverfahren kommt demnach nur zur Anwendung, wenn der Nachfrager einerseits und das Geschäft andererseits bestimmte Merkmale erfüllen (subjektiver und objektiver Geltungsbereich). Die Vergabe öffentlicher Aufträge auf kantonaler und kommunaler Ebene fällt in den kantonalen Zuständigkeitsbereich.⁴⁴ Vorliegend wird davon ausgegangen, dass ein Gemeinwesen seine öffentlichen Dachflächen Privaten zur Verfügung stellen möchten. Gemeinwesen werden auf allen Ebenen des Staates vom subjektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts erfasst, weshalb auf weitere Erläuterungen diesbezüglich verzichtet werden kann.⁴⁵ Nachfolgende Kapitel dienen der Erörterung des objektiven Geltungsbereichs. Hierbei orientiert sich dieses Paper an den von BEYELER entwickelten Begriffselementen. Die Begriffe öffentliches Beschaffungswesen, Vergabewesen und Submissionswesen werden synonym verwendet.⁴⁶

⁴⁰ Art. 18 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

⁴¹ BGE 125 I 209, E. 6 S. 212 ff.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 178; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 294; PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 706; CHRISTOPH JÄGER, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Zürich/St. Gallen 2009, S. 5 f. (zit.: JÄGER, Vorbefassung); KUNZ, Verfahren, S. 172; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergabererecht in a nutschell, Zürich/St. Gallen 2014, S. 29; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 6.

⁴² Der Begriff des Entgelts kann weit gefasst werden; u.a. sind Gegenleistungen in Form von Geldleistungen, Rechte, Forderungen, Schuldnerlass, Vorzugskonditionen bei anderen Geschäften, die Einräumung faktischer Gelegenheiten zur Gewinnerzielung als auch Naturalleistungen denkbar (BEYELER, Geltungsanspruch, N 726). GALLI/MOSER/LANG/STEINER sprechen von der „geldwerten“ Leistung (N 180).

⁴³ BGE 135 II 49, E. 4.3.2 S. 55; 128 I 136, E. 4.1 S. 146 f.; 126 I 250, E. 2d bb S. 255 f.; 125 I 209, E. 6b S. 213; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 181; JÄGER, Vorbefassung, S. 6; CHRISTOPH JÄGER, in: MARKUS MÜLLER/RETO FELLER (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, 14. Kapitel N 29 (zit.: JÄGER, Verwaltungsrecht).

⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 291. Wobei sich die Kantone im Rahmen des Binnenmarktgesetzes (BGBM, SR 943.02) und internationaler Verträge bewegen müssen (RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 7 N 23).

⁴⁵ Vgl. zum subjektiven Geltungsbereich: BEYELER, Geltungsanspruch, N 17 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 109 ff.; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Bern 2014, N 60 ff.; HUBERT STÖCKLI, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Hubert Stöckli/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 41 ff. (zit.: STÖCKLI, Geltungsbereich).

⁴⁶ So auch BEYELER, Geltungsanspruch, N 0.1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 N 5; SCHNEIDER HEUSI, S. 2. Die Begriffe öffentliches Beschaffungsrecht, Vergabererecht und Submissionsrecht werden im vorliegenden Aufsatz ebenfalls synonym verwendet und bezeichnen die rechtlichen Regelungen des Beschaffungswesens.

6.1.1. Stellung von Gemeinwesen und Privaten

Wie oben bereits angedeutet, tritt das Gemeinwesen im Rahmen eines öffentlichen Beschaffungsverfahrens als Nachfrager einer Leistung auf.⁴⁷ Der Private, der sich für die Leistung an das Gemeinwesen interessiert, tritt diesem als Anbieter gegenüber. Konstellationen, bei denen das Gemeinwesen keine Leistung nachfragt sondern Privaten eine solche anbietet, unterliegen grundsätzlich nicht dem Beschaffungswesen.⁴⁸ Namentlich keine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn ein Gemeinwesen eine Konzession oder ein Recht gegen Entgegennahme eines Entgelts verleiht,⁴⁹ etwas verkauft⁵⁰ oder ein Standplatz an einer Messe zur Verfügung stellt⁵¹. Eine öffentliche Beschaffung ist auch zu verneinen, wenn das Gemeinwesen einem Privaten die Ausübung einer Tätigkeit erlaubt, ohne diese selber zu veranlassen oder ein Gut zu beschaffen.⁵²

6.1.2. Leistungsaustausch

Zwischen dem Gemeinwesen und dem Privaten muss ein wechselseitiger Leistungsaustausch stattfinden (Synallagma).⁵³ Grundlage dieses Leistungsaustauschs bzw. Ziel des Beschaffungsverfahrens ist meist ein privatrechtlicher Vertrag, wobei auch der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags möglich und zulässig ist.⁵⁴ Auch ein lediglich vertragsähnliches Rechtsgeschäft kann eine öffentliche Beschaffung sein, wenn alle Begriffselemente erfüllt werden.⁵⁵

So oder anders wird vorausgesetzt, dass das Austauschverhältnis vom Privaten freiwillig eingegangen wird.⁵⁶ Nach Rechtsprechung und Lehre handelt ein Gemeinwesen im Rahmen der öffentlichen Be-

⁴⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung schliesst die Tatsache, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht selber „Konsument“ der nachgefragten Leistung ist, sondern diese direkt für die Öffentlichkeit bestellt, das Vorliegen einer öffentlichen Auftrages nicht aus (so auch BEYELER, Geltungsanspruch, N 675 m.w.H. A.M. wohl BGE 125 I 209, E. 6b S. 212 f.).

⁴⁸ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 181; MOSER, S. 327; SCHNEIDER HEUSI, S. 29. Anderes gilt für die Dienstleistungs- und Baukonzessionen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Fn. 437).

⁴⁹ SCHNEIDER HEUSI, S. 29.

⁵⁰ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 187, der das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags allgemein bei Veräusserungsgeschäften und Investments aufgrund des fehlenden Zusammenhangs zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben verneint; SCHNEIDER HEUSI, S. 29. Bzgl. der Investments auch HUBERT STÖCKLI, Entgelt, Zielsetzungen der Beteiligten, charakteristische Leistung, in: Hubert Stöckli/lean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Beiträge aus dem Institut für schweizerisches und internationales Baurecht, Universität Freiburg, Bd. 17, N 93 (zit.: STÖCKLI, Entgelt).

⁵¹ BGE 126 I 255, E. 2d bb S. 255 f.; 128 I 136, E. 4.1 S. 145 ff. Das BGE erwog im zweitgenannten Entscheid, dass „ein solches Auswahlverfahren [...] nicht einem Submissionsverfahren für öffentliche Beschaffungen gleichgesetzt werden [kann], da die Gemeinde nicht selber als Abnehmerin einer Sache oder Dienstleistung auftritt [...], sondern lediglich das Recht zur Benützung des öffentlichen Grundes erteilt, was es dem betreffenden Unternehmer erst ermöglicht, seine Dienstleistungen dem Publikum zu offerieren.“

⁵² BGE 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.3.1 mit Verweis auf BGE 125 I 209, E. 6b S. 213; BEYELER, Geltungsanspruch, N 670.

⁵³ BGE 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.2; BEYELER, Geltungsanspruch, N 645 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 179; JÄGER, Vorabfassung, S. 5 f.

⁵⁴ BGE 134 II 297, E. 2.1 f. S. 301; BEYELER, Geltungsanspruch, N 634, 642; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, in: Peter Gauch (Hrsg.), Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Bd. 233, Zürich/Basel/Genf 2004, N 64 (zit.: BEYELER, Öffentliche Beschaffung); GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 182 m.w.H.; ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, in: Peter Gauch (Hrsg.), Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Bd. 286, Zürich/Basel/Genf 2009, N 124; THOMAS LOCHER, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 791, Bern 2013, S. 14; SCHNEIDER HEUSI, S. 109 f. Beim Entscheid über die Anwendung des Vergaberechts darf nicht bloss auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrages sondern muss auf eine funktionale Betrachtungsweise abgestellt werden, um die Umgehung des Vergaberechts durch die Wahl besonderer Rechtskonstruktionen verhindern zu können (BGE 135 II 49, E. 4.4 S. 56).

⁵⁵ FRANÇOIS BELLANGER/CHRISTIAN BOVET, Marché de l'affichage public ou marché public d'affichage? ATF 125 I 209, in: BR 1999 S. 164 ff., S. 164; BEYELER, Geltungsanspruch, N 634.

⁵⁶ BEYELER, Geltungsanspruch, N 636; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, N 45; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 182.

schaffung rechtsgeschäftlich und nicht hoheitlich.⁵⁷ Ein öffentlicher Auftrag in der Gestalt einer Enteignung, hoheitlicher Vorkaufsrechte oder einer Requisition ist damit nicht möglich.⁵⁸ Dies geht bereits aus dem Vergaberecht selbst hervor, wonach eine öffentliche Beschaffung in einen Vertrag münden muss.⁵⁹ Auch das Gemeinwesen muss in seiner Auswahlentscheidung frei sein.⁶⁰ Ist es rechtlich gezwungen, eine Leistung bei einem bestimmten Anbieter zu beziehen, kann kein öffentlicher Auftrag vorliegen. Nur wenn die Auswahlfreiheit durch das Vorliegen eines faktischen Monopols verunmöglicht wird, kann noch ein öffentlicher Auftrag vorliegen.⁶¹ Nicht massgebend für das Vorliegen eines Synallagmas ist, ob das Gemeinwesen die erhaltene Leistung selber erhält und verwendet, sie einem Dritten oder der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt oder sie direkt diesen gegenüber erbringen lässt.⁶²

Ein Synallagma setzt nicht notwendigerweise ein Verhältnis im Sinne von Leistung und Gegenleistung voraus. Auch die Zusammenarbeit des Gemeinwesens mit Privaten, also das gemeinsame Ausüben einer Tätigkeit, bei welcher beide Seiten gewisse Leistungen erbringen und Gegenleistungen erhalten, kann das für den öffentlichen Auftrag notwendiges Austauschverhältnis begründen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Public Private Partnership (PPP).⁶³ Voraussetzung ist auch hier, dass das Gemeinwesen grundsätzlich als Nachfrager auftritt und die Leistung veranlasst, um eine öffentliche Aufgabe erfüllen zu können. Wird das Vorliegen eines PPP-Verhältnisses bejaht, muss im Einzelfall unter Analyse der im Rahmen dieses Verhältnisses abzuschliessenden Verträge geprüft werden, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt.⁶⁴ Das PPP-Verhältnis führt demnach nicht direkt zu einer Entscheidung über die allfällige Unterstellung unter das Vergaberecht.⁶⁵ Vielmehr muss in vergaberechtlicher Hinsicht nicht das PPP-Verhältnis an sich, sondern die ihm zugrundeliegenden Tatsachen untersucht

⁵⁷ BGE 125 I 209, E. 6b S. 212; 134 II 297, E. 2.I S. 300 f.; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, N 62; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 107; PETER GAUCH, Zuschlag und Vertrag nach dem neuen Beschaffungsgesetz der Schweiz, in: Klaus Vygen/Peter Böggering (Hrsg.), Dem Baurecht ein Forum, Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1997, S. 89; JÄGER, Verwaltungsrecht, N 29; LEUTHOLD, N 124; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 N 5; SCHNEIDER HEUSI, S. 29; HUBERT STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in: BR/DC 2002 S. 3 ff., S. 4 (zit.: STÖCKLI, Bundesgericht); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 6.

⁵⁸ BEYELER, Geltungsanspruch, N 636; LEUTHOLD, N 124. A.M. anscheinend RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, nach welchen der Staat im Rahmen öffentlicher Beschaffungen in Ausnahmefällen auch auf hoheitliche Zwangsmassnahmen wie Enteignung und Requisition zugreifen kann (§ 19 N 3).

⁵⁹ Art. 22 BöB, Art. 14 IVöB.

⁶⁰ BEYELER, Geltungsanspruch, N 639 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 182. In diesem Sinne wohl auch LEUTHOLD, N 3 ff.

⁶¹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 639 f.

⁶² BEYELER, Geltungsanspruch, N 646; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 178. So unterstellte das BVGer das Bundesamt für Sozialversicherungen als Abnehmer von Hörgeräten als Auftraggeber dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) obwohl die Hörgeräte letztlich für die Versicherten bestimmt waren (BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008, E. 2.3).

⁶³ BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 258 m.w.H.; LEUTHOLD, die PPP v.a. im Zusammenhang mit innovativen bzw. komplexen Beschaffungsvorhaben erwähnt (N 5, 93).

⁶⁴ Ob allgemein bei Vorliegen eines PPP-Beschaffungsvorhabens eine Ausschreibung durchzuführen sei, hat das VGer Schwyz in seinem Entscheid offengelassen, die Frage in Bezug auf den konkreten Fall jedoch bejaht (VGE 817/06 vom 29. August 2006, E. 4).

⁶⁵ BEYELER, Geltungsanspruch, N 925; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 270; ALEXANDER MISIC, Verfassungsbeschwerde, Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113-119 BGG), in: Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 195, Zürich 2011, N 299. Nach SCHNEIDER HEUSI ist die Suche und Auswahl des PPP-Partners öffentlich auszuschreiben, wenn eine öffentliche Aufgabenrealisierung stattfindet (S. 48; so auch STEFAN SCHERLER/CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Wettbewerbe und Studienaufträge - Die neuen Regeln, in: Hubert Stöckli/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 209 ff., N 43). Hingegen sind die von einem im öffentlichen Verfahren bestimmten PPP-Partner abgeschlossenen Subunternehmerverträge nach Ansicht des VGer Schwyz nicht mehr nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu vergeben (VGE III 2007 vom 6. März 2007, E. 5.4.1, in: EGV-SZ 2007, S. 142).

werden „als das, was sie [die PPP-Verhältnisse] im Einzelfall tatsächlich sind“.⁶⁶ Ist eine PPP vertraglich begründet, liegt in aller Regel ein öffentlicher Auftrag vor.⁶⁷ Zumindest die Auswahl des PPP-Partners ist deshalb dem Vergaberecht zu unterstellen.⁶⁸

6.1.3. Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Das Gemeinwesen fragt im Rahmen des öffentlichen Beschaffungsverfahrens eine Leistung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben nach.⁶⁹ Ob diese Leistung jedoch direkt der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient oder diese lediglich ermöglicht, fördert oder unterstützt, spielt keine Rolle.⁷⁰ Voraussetzung ist aber immerhin, dass die nachgefragte Leistung einen Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung aufweist.⁷¹ Ob dieser aber direkt oder indirekt, notwendig oder gewillkürt ist, ist nicht von Belang.⁷²

6.1.3.1. Begriff der öffentlichen Aufgabe

Wann eine öffentliche Aufgabe vorliegt wird durch das öffentliche Interesse bestimmt, das zeitlich und örtlich wandelbar ist und einer politischen Wertung unterliegt.⁷³ Die Konkretisierung der massgebenden öffentlichen Interessen obliegt in erster Linie dem zuständigen Gesetzgeber.⁷⁴ Demnach umfassen öffentliche Aufgaben zumindest diejenigen im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeitsbereiche, die das geltende Recht in die vollständige oder teilweise Verantwortung des Staates überträgt.⁷⁵ Weil die Modalitäten der staatlichen Aufgabenwahrnehmung sehr unterschiedlich sein können – der Staat kann eine Aufgabe selber erfüllen, durch Rahmenerlasse für ihre Gewährleistung sorgen oder lediglich die Auffangverantwortung übernehmen – bestehen erhebliche Spielräume bei der Aus-

⁶⁶ BEYELER, Geltungsanspruch, N 925.

⁶⁷ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 271; ULRICH KEUSEN, PPP – wie beschafft man das?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 387 ff., N 5; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Le droit des „PPP“: état des lieux, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, S. 247 ff., N 18.

⁶⁸ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 271; PETER HETTICH/URS HAEGI, Bemerkungen zu BGer 2C_116/2007 und 2C_396/2007, in: AJP 2008 S. 238 ff., S. 240-242 (vgl. dazu auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Schwyz VGE 81/06 vom 29. August 2006, E. 4); SCHNEIDER HEUSI, S. 48; ZUFFEREY, N 7.

⁶⁹ Vgl. Kap. 6.1.

⁷⁰ BEYELER, Geltungsanspruch, N 653. Gemäss LEUTHOLD soll die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben *ermöglichen* (N 124). Nach HANS RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI muss es die beschaffte Leistung der Vergabestelle *ermöglichen* oder *erleichtern*, eine öffentliche Aufgabe zu erbringen (Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), ZBI 112/2011 S. 113 ff., S. 134). Zusätzlich zum *Ermöglichen* und *Erleichtern* können öffentliche Aufträge öffentlichen Aufgaben nach der Ansicht von STÖCKLI auch *übertragen* (Entgelt, N 90). A.M. diesbezüglich wohl KUNZ, der beschreibt, dass ein Gemeinwesen, das die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe überträgt, in diesem Bereich nicht selber tätig sein will. Vielmehr suche es ein Substitut zur Aufgabenerfüllung (Verfahren, S. 172). Schliesslich verstehen RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN unter der öffentlichen Beschaffung den „[...] rechtsgeschäftlichen Erwerb von Mitteln durch den Staat, die dieser zu seiner Aufgabenerfüllung benötigt.“ (§ 19 N 5).

⁷¹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 653, der jedoch als Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung auch Fiskalgeschäfte bzw. öffentliches Unternehmertum genügen lässt (N 684) und dem Element der öffentlichen Aufgabenerfüllung „faktisch kein eigenes Gewicht“ zuweist (N 676); GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 179, 187.

⁷² BEYELER, Geltungsanspruch, N 653 mit Hinweis auf EuGH C-215/09 vom 22. Dezember 2010, N 30.

⁷³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 538, 543; VIVIANE SOBOTICH, Vorbem. zu Art. 95-121, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007, N 8, 10; LUKAS PFISTERER, Verwaltungsverordnungen des Bundes, Diss., Genf/Zürich/Basel 2007, S. 71; MONIQUE WEBER-MANDRIN, Öffentliche Aufgaben der Kantonsverfassungen, in: Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 142, Zürich 2001, S. 20 f. Zum öffentlichen Interesse auch BGE 138 I 378, E. 8.3 S. 393 f.

⁷⁴ BGE 138 I 378, E. 8.3 S. 393; BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.2.3; 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, E. 8.3; 2P_67/2004 vom 23. September 2004, E. 1.6.

⁷⁵ RAINER SCHWEIZER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, N 22 zu Art. 35 BV; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Zürich 2007, N 18 zu Art. 5 BV (zit.: BIAGGINI, BV Kommentar); PAUL RICHLI, Staatsaufgaben, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, N 19.

legung, ob im Einzelfall eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen wird oder nicht. So ist sich die Lehre denn auch uneins, ob der Begriff weit oder eng auszulegen ist. Ein Teil der Lehre nimmt das Vorliegen öffentlicher Aufgaben bereits an, wenn an deren Erfüllung ein öffentliches Interesse besteht, unabhängig davon ob sie bereits – ohne Aufgabenübertragung durch den Staat – von Privaten erfüllt werden.⁷⁶ Ein anderer Teil der Lehre erachtet diese Begriffsauslegung als zu weitgehend und qualifiziert als öffentliche Aufgaben nur das, was dem Staat durch Verfassung oder Gesetz übertragen wurde.⁷⁷

6.1.3.2. Reine Veräusserungsgeschäfte

Kein Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und damit keine öffentlichen Beschaffungen liegen bei rein kommerziell motivierten Veräusserungsgeschäften des Gemeinwesens oder Investitionen des Finanzvermögens auf dem Markt vor.⁷⁸ Ein reines Veräusserungsgeschäft besteht, wenn die charakteristische Leistungserbringung wie bspw. die Vermietung, Verpachtung oder den Verkauf einer Sache nur durch den öffentlichen Auftraggeber erbracht wird. Die Leistung des Privaten beschränkt sich bei einem solchen Geschäft auf die Hingabe eines Entgelts.⁷⁹

Grundsätzlich unterstehen Veräusserungsgeschäfte nicht dem Vergaberecht und bedürfen folglich keiner öffentlichen Ausschreibung.⁸⁰ Freilich kann sich ein Gemeinwesen auch bei Veräusserungsgeschäften wirtschaftlich schädigen. Dies etwa, wenn das Gemeinwesen den Vermögensgegenstand unter Wert veräussert. Eine solche Konstellation führt gleichzeitig zur Bevorzugung des erwerbenden Privaten, was zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen kann. Es bietet sich demnach selbst bei Veräusserungsgeschäften an, diese öffentlich auszuschreiben.⁸¹

⁷⁶ So URS ACHERMANN, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Zürich 2008, S. 46 f.; BEYELER, Geltungsanspruch, N 677 f.; MARTIN HOFER/SASKIA SCHMID-GEENE, Die Haftung privatisierter Spitäler – ein Überblick, in: HAVE 2002 196, S. 197; ANDREAS MÜLLER, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, in: AJP 1998 65, S. 66; SCHNEIDER HEUSI, S. 24; PETER UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, in: ZBI 2001 393, S. 395; WEBER-MANDRIN, S. 18 ff., gemäss welcher ein öffentliches Interesse jedoch genügend gewichtig sein muss, um das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe rechtfertigen zu können (S. 20).

⁷⁷ Was darauf herausläuft, die Bezeichnung „öffentliche Aufgaben“ synonym zum Begriff der „Staatsaufgaben“ zu verstehen. So HEER, S. 95 f. Synonym werden diese Begriffe auch von VOGEL, S. 32, verwendet, der die Unterscheidung von öffentlichen Aufgaben und Staatsaufgaben ablehnt, weil diese zusätzliche Unsicherheit bringen würde (S. 30 f.). VOGEL verneint denn auch, dass jedes Interesse der Allgemeinheit genügt, um eine staatliche Aufgabe zu schaffen (S. 32). TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER bezeichnen mit Staatsaufgaben „Tätigkeitsfelder, die kraft Verfassung und Gesetz dem Staat zugewiesen sind.“ Auch ihrer Ansicht nach macht alleine der Umstand, dass eine Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt, diese noch nicht zu einer Staatsaufgabe. Der Begriff „öffentliche Aufgabe“ wird durch die Autoren als Alternativbegriff zur „Staatsaufgabe“ bezeichnet, wobei er aufgrund der Gefahr von Fehldeutungen vermieden werden solle (§ 1 N 14).

⁷⁸ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 187; STÖCKLI, Entgelt, N 91. So auch BEYELER, Geltungsanspruch, N 737, der jedoch argumentiert, selbst einem Gewinnstreben verpflichtete Fiskalgeschäfte könnten, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt würden, öffentliche Aufträge sein und damit dem Vergaberecht unterstehen. Grund dafür sei u.a. die mittelbare Unterstützung der öffentlichen Aufgabenerfüllung durch die Fiskaltätigkeit des Gemeinwesens, die für den Begriff des öffentlichen Auftrags ausreichend sei (N 684). Allgemein komme dem Element der öffentlichen Aufgabenerfüllung im Rahmen des öffentlichen Auftrags faktisch kein eigenes Gewicht zu, da es keinen Numerus clausus öffentlicher Aufgaben gebe (N 676) und der Begriff der öffentlichen Aufgabe äusserst breit zu verstehen sei. Alles, was ein Gemeinwesen tun würde, könne zumindest indirekt einer öffentlichen Aufgabe zugeordnet werden (N 679). Bzgl. der gewinnbringenden Anlage von Finanzvermögen vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 N 15, die sowohl Argumente für als auch gegen eine Anwendung des Beschaffungsrechts in diesem Bereich nennen.

⁷⁹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 737; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 187.

⁸⁰ BEYELER, Geltungsanspruch, N 738 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 187; STÖCKLI, Entgelt, N 91 f.

⁸¹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 740 ff. m.w.H. u.a. auf den Kanton Tessin, der die öffentliche Ausschreibung beabsichtigter Veräusserungen des Finanzvermögens gesetzlich vorschreibt. Vgl. zum wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel auch HUBERT STÖCKLI, in: HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER (Hrsg.), Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl., 2014, S. 5 f. (zit.: STÖCKLI, Vergaberecht) und zur Stärkung des Wettbewerbs HÄNNI/STÖCKLI, N 734.

6.1.3.3. Öffentliche Aufgaben nach der Rechtsprechung

Bezüglich des Begriffs der öffentlichen Aufgabe tendiert die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einer eher weiten Begriffsdefinition. So wurde die Nebenleistung bzw. Verpflichtung zur Einrichtung eines Veloverleihs durch einen Konzessionär als Mittel zur Ausführung einer öffentlichen Aufgabe verstanden, weil durch diese Leistung die sanfte Mobilität in der Stadt gefördert und die mit dem motorisierten Verkehr verbundenen Immissionen begrenzt werden können.⁸² Als öffentliche Aufgaben sind denn auch nicht nur Tätigkeiten zu verstehen, die das Gemeinwesen unbedingt zu erledigen hat, sondern auch Aufgaben, auf deren Erfüllung es nötigenfalls verzichten könnte.⁸³ Betreffend die Errichtung eines Parkhauses erwog das Bundesgericht jedoch, dass keine staatliche, sondern eine private Aufgabe vorliege, weil es dem betreffenden Gemeinwesen an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage mangle, um selber tätig zu werden.⁸⁴ Die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe wurde auch bzgl. eines auf eigene Rechnung, für eigenen Profit und auf eigenes Risiko handelnden Monopolkonzessionärs verneint, der durch das Recht auf Gebrauch des öffentlichen Grundes für kommerzielle Zwecke befugt war, Plakate auf öffentlichem Grund zum Zweck der Aussenwerbung anzuschlagen.⁸⁵ Auch die freiwillige Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens für Plakatkonzessionen wurde in diesem Zusammenhang als unzulässig beurteilt.⁸⁶

Nach EuGH-Praxis kann eine im öffentlichen Interesse⁸⁷ liegende Tätigkeit des Gemeinwesens selbst dann gegeben sein, wenn dieselbe auch von Privaten verfolgt wird. Die Aufgabe braucht demnach weder dem Gemeinwesen vorbehalten zu sein noch muss sie speziell bedeutender Natur sein; selbst gewöhnliche Tätigkeiten können im öffentlichen Interesse liegen.⁸⁸ Entscheidend ist vielmehr, dass das Gemeinwesen die betreffende Tätigkeit nicht dem freien Wettbewerb überlassen möchte, um den Schutz der öffentlichen Interessen an dieser Aufgabenerfüllung sichern zu können.⁸⁹

6.1.4. Interessen von Auftraggeber und Leistungserbringer

Gerade im Interessengegensatz zwischen öffentlichem Auftraggeber und (kommerziellem) privatem Beauftragten liegt der Grund für die Anwendung des Vergaberechts.⁹⁰ Dort, wo öffentliche und kommerzielle Interessen aufeinandertreffen, soll das Vergaberecht regulierend wirken, um sowohl die

⁸² BGE 135 II 49, E. 5.2.2 S. 58.

⁸³ BGer 1P.84/2006 vom 5. Juli 2006, E. 4.2; 2P.67/2004 vom 23. September 2004, E. 1.5.

⁸⁴ BGer 2C_198/2012 vom 16.10.2012, E. 5.2.3.

⁸⁵ Vgl. BGE 125 I 209, E. 6 S. 212 ff.

⁸⁶ BGer 2P.51/2007 vom 04.06.2007.

⁸⁷ Der vom EuGH im Zusammenhang mit der Definition der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ verwendete Begriff des „Allgemeininteresses“ kann für das schweizerische Recht mit einem sehr weit verstandenen „öffentlichen Interesse“ gleichgesetzt werden (BEYELER, Geltungsanspruch, N 250; so auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 135).

⁸⁸ BEYELER, Geltungsanspruch, N 253, 256 unter Verweis auf EuGH C-373/00 vom 27. Februar 2003, N 52 f.; EuGH C-360/96 vom 10. November 1998, N 51; EuGH C-44/96 vom 15. Januar 1998, N 24. Bezüglich der Verfolgung der Tätigkeit durch Private vgl. auch BGer 2P.67/2004 vom 23. September 2004, E. 1.6.

⁸⁹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 253 unter Hinweis auf EuGH C-373/00 vom 27. Februar 2003, N 52 f.; EuGH C-360/96 vom 10. November 1998, N 51; EuGH C-44/96 vom 15. Januar 1998.

⁹⁰ BEYELER, Geltungsanspruch, N 702; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 N 36 f.

Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als auch die öffentlichen Interessen schützen zu können.⁹¹ Ist kein Interessengegensatz vorhanden, liegt nicht notwendigerweise ein öffentlicher Auftrag vor.⁹²

6.1.4.1. Öffentliche Veranlassung des Geschäfts

Aus obigen Ausführungen folgend, muss der öffentliche Auftrag vom Gemeinwesen veranlasst werden, um mithilfe der erworbenen Leistungen öffentliche Aufgaben erfüllen zu können. Das Gemeinwesen hat ein spezifisches Interesse an den nachgefragten Leistungen, um seine eigene Aufgabenerfüllung vorantreiben zu können, weshalb es als Besteller und Gläubiger der Leistung auftritt. Diese Leistungen würden unterbleiben bzw. durch Private nicht in dieser Form erbracht werden, wenn sie vom Gemeinwesen nicht nachgefragt und bezahlt würden.⁹³ In Bezug auf den öffentlichen Auftrag ist es ausreichend, dass ein Privater gegen Entgelt eine Leistung erbringt, die einen Beitrag zur Aufgabenerfüllung des Gemeinwesens darstellt. Das Schicksal der durch den Privaten erbrachten Leistungen ist unerheblich – sie können u.a. vom Gemeinwesen verbraucht, Dritten zur Verfügung gestellt oder gegenüber der Allgemeinheit erbracht werden.⁹⁴

6.1.4.2. Kommerzielle Motivation des Leistungserbringers

Im Unterschied zum öffentlichen Auftraggeber wird der leistungserbringende Private regelmässig nicht daran interessiert sein, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben Vorschub zu leisten. Vielmehr ist er aufgrund seiner kommerziellen Motivation zur Gewinnerzielung an der Auftragserfüllung interessiert, da diese mit wirtschaftlichen Vorteilen einhergeht.⁹⁵ Kommerziell handelt ein Privater denn auch dann, wenn er zwar eine wirtschaftliche Zwecksetzung hat, im betreffenden Fall jedoch nur oder nicht einmal kostendeckend offeriert.⁹⁶ Zwar kann er auf diese Weise keinen Gewinn einnehmen, er

⁹¹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 702 f.; STÖCKLI, Entgelt, N 87, der Probleme bzgl. Marktöffnung, Wirtschaftlichkeit und Rechtsstaatlichkeit als Grund für die Schaffung des Vergaberechts nennt. Vgl. zum Wettbewerb auch HÄNNI/STÖCKLI, N 735 ff. m.w.H. und RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 N 22. Zur wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel SCHNEIDER HEUSI, S. 3 f. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) soll denn auch gemäss Art. 1 lit. b und c den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern. Auch in Art. 11 lit. b IVöB wird der wirksame Wettbewerb als einzuhaltender Grundsatz bei der Vergabe öffentlicher Aufgaben genannt.

⁹² Dies kann bspw. der Fall sein, wenn dem Gemeinwesen kein kommerziell handelnder Privater entgegentritt sondern eine Organisation, die sich ideellen Zwecken verschrieben hat (BEYELER, Geltungsanspruch, N 708). STÖCKLI verneint im Fall einer ideellen anstelle kommerziellen Interessenausrichtung des Privaten allgemein das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags (Entgelt, N 85).

⁹³ BEYELER, Geltungsanspruch, N 672. Zur Bedeutung der öffentlichen Veranlassung auch BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.2 f.

⁹⁴ Vgl. Kapitel 2.1.1.

⁹⁵ BEYELER, Geltungsanspruch, N 700 f., gemäss welchem als wirtschaftliche Vorteile nebst dem Entgelt auch Erfahrungen, Kontakte, Referenzen etc. bezeichnet werden können. Zum kommerziellen Interesse des Privaten auch STÖCKLI, Entgelt, N 87 und bezüglich des kommerziellen Interesses im Rahmen von Bau- und Dienstleistungskonzessionen HUBERT STÖCKLI, Bau- und Dienstleistungskonzessionen, in: Hubert Stöckli/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Beiträge aus dem Institut für schweizerisches und internationales Baurecht, Universität Freiburg, Bd. 17, N 93 (zit.: STÖCKLI, Bau- und Dienstleistungskonzession). Sogenannte In-state-Vergaben sind somit nicht dem Vergaberecht unterstellt, da sie eben nicht auf einer kommerziellen Basis erfolgen, sondern im öffentlichen Interessen liegen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 256).

⁹⁶ BEYELER, Geltungsanspruch, N 706.; BEYELER, In-house-Vergaben Wer mit wem – wann und warum / IV. Vergaberechtsfreiheit allen wettbewerbsneutralen Vergaben, in: Hubert Stöckli/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Beiträge aus dem Institut für schweizerisches und internationales Baurecht, Universität Freiburg, Bd. 20, N 161 (zit.: BEYELER, In-house-Vergaben). So stellt auch das Verwaltungsgericht Zürich in seinem Urteil vom 1. Oktober 2008, VB.2007.00531, unter Verweis auf weitere Urteile fest, dass in Vergabeverfahren gelegentlich Angebote eingereicht werden, welche die Selbstkosten nicht oder nur knapp decken. In BGer 2P_70/2006 vom 23. Februar 2007 weist das BGer darauf hin, dass bei ungewöhnlich billigen Angeboten weitere Erkundigungen angestellt werden können, um sicherzustellen, dass der Anbieter die nachgefragte Leistung auch tatsächlich erbringen kann (mit Hinweis auf Art. XIII Ziff. 4 lit. a des internationalen Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA; SR 0.632.231.422)).

profitiert jedoch allenfalls von anderen wirtschaftlichen Vorteilen und erachtet den öffentlichen Auftrag deshalb dennoch als sich lohnend.⁹⁷ Anders verhält es sich höchstens dann, wenn anstelle eines kommerziell motivierten Privaten eine Organisation mit rein ideeller Zwecksetzung mit der Erfüllung des Auftrags betraut werden soll.⁹⁸

6.1.5. Beschaffung von Gütern, Bau- und Dienstleistungen

Gegenstand eines öffentlichen Auftrags kann die Erbringung von Bau- und Dienstleistungen oder die Lieferung von Gütern sein.⁹⁹ Ein Bauauftrag bedingt die Vornahme materieller Veränderungen an Bauwerken, wobei nebst der Realisierung desselben auch der Umbau sowie Ausbauarbeiten und Installationen als Bauauftrag gelten können.¹⁰⁰ Im Unterschied zum Bauauftrag, bei dem physische Arbeiten an einem Bauwerk verrichtet werden, können zwar auch Dienstleistungsaufträge mit der Errichtung, Veränderung oder Zerstörung eines Bauwerks zusammenhängen, diese zeichnen sich jedoch dadurch aus, dass sie primär geistiger Natur sind.¹⁰¹ Eine Dienstleistung im Sinne eines öffentlichen Auftrags liegt immer dann vor, wenn ein Privater im Interesse des öffentlichen Auftraggebers handelt und diese Handlungen nicht als Bau- oder Lieferaufträge qualifiziert werden können.¹⁰² Ein Lieferauftrag schliesslich liegt vor, wenn der Private und das Gemeinwesen ein Vertrag über die Beschaffung beweglicher Güter schliessen. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Gemeinwesen die Güter durch Kauf zu Eigentum erhält – die Beschaffung kann auch als Miete, Pacht, Leasing oder Mietkauf ausgestaltet sein.¹⁰³

6.1.6. Entgelt

Zwingende Voraussetzung einer öffentlichen Beschaffung ist deren Entgeltlichkeit.¹⁰⁴ Sowohl die Konstellation, dass ein Gemeinwesen einem Privaten eine Leistung erbringt und dafür keine Gegen-

⁹⁷ BEYELER, Geltungsanspruch, N 706.

⁹⁸ Gemäss BEYELER muss aber auch bei einem Leistungserbringer, dessen Interessen eher gleichläufig als gegensätzlich zu jenen des Gemeinwesens sind, die Unterstellung unter das Vergaberecht geprüft werden. Auch mit ideeller Zwecksetzung handelnde Organisationen seien bis zu einem gewissen Grad kommerziell orientiert und wollten ihre ideellen Tätigkeiten finanziell absichern (Geltungsanspruch, N 709). In diese Richtung auch Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 1. Oktober 2008, VB.2008.00531, E. 3.4.8. STÖCKLI bezeichnet Aufträge an Private, die einen ideellen Zwecke verfolgen, selbst dann nicht als öffentliche Aufträge, wenn ein Entgelt für die ideelle Tätigkeit geleistet wird, da dieses nur der Kostendeckung und nicht der Erzielung von Gewinnen diene (Entgelt, N 85).

⁹⁹ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 179; HÄNNI/STÖCKLI, N 707; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 49 N 12; SCHNEIDER HEUSI, S. 34. Vgl. auch die Legaldefinitionen in Art. 5 Abs. 1 lit. a-c BöB.

¹⁰⁰ BEYELER, Geltungsanspruch, N 719, 936; CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, Zürich 2008, S. 9. Im kantonalen Recht werden Bauaufträge nach solchen des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes unterteilt, wobei unter Ersteres alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks fallen und unter Zweitegenannte alle übrigen wie Installationen, Um- und Ausbauarbeiten. Für diese beiden Bauauftragsarten sind unterschiedliche Schwellenwerte festgelegt (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 217).

¹⁰¹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 942. Vgl. zum Begriff des Dienstleistungsauftrags auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 225 ff. Bezüglich europäischen Rechts regelt Art. 8 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG: „Öffentliche Dienstleistungsaufträge [...] können unter bestimmten Umständen Bauleistungen umfassen. Sofern diese Bauleistungen jedoch nur Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand des Vertrags darstellen und eine mögliche Folge oder eine Ergänzung des letzteren sind, rechtfertigt die Tatsache, dass der Vertrag diese Bauleistungen umfasst, nicht eine Einstufung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags als öffentlicher Bauauftrag“.

¹⁰² Der Begriff der Dienstleistung stellt so eine Art Auffangbecken für Tätigkeiten dar, die weder als Bau- noch als Lieferaufträge qualifiziert werden können (BEYELER, Geltungsanspruch, N 722, 1041 m.w.H.).

¹⁰³ Art. 5 Abs. 1 lit. a BöB. Zu den Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BöB vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, Kommentar zu Art. 5 BöB, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar, Zürich 2011, N 28 (zit.: TRÜEB, Kommentar). Zu den Dienstleistungsaufträgen zudem BEYELER, Geltungsanspruch, N 967; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 219.

¹⁰⁴ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 179; STÖCKLI, Entgelt, N 84.

leistung fordert als auch der Fall, dass ein Privater seine Leistung unentgeltlich erbringt, ist nicht als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren.¹⁰⁵ Das Entgelt kann sowohl in einer Geldleistung als auch in einer geldwerten Leistung bestehen.¹⁰⁶ Im Rahmen einer Bau- oder Dienstleistungskonzession kann die Vergütung des Beauftragten durch das Gemeinwesen ausschliesslich oder überwiegend in der Einräumung eines Rechts bestehen.¹⁰⁷ Das wirtschaftliche Risiko liegt in diesen Fällen beim Beauftragten, der Leistungen gegenüber Dritten erbringt und dafür eine Vergütung erhält.¹⁰⁸ Nicht erforderlich für das Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung ist, dass die Leistung des Gemeinwesens im Vergleich zur Leistung des Privaten hinsichtlich ihrer Spezialität als untergeordnet erscheint. Wenn aber nur der öffentliche Auftraggeber eine charakteristische Leistung erbringt und sich die Leistung des Privaten auf die Hingabe von Geld beschränkt, handelt es sich um ein reines Veräusserungsgeschäft.¹⁰⁹

6.2. Konzessionsrecht

Mittels Konzessionen kann Privaten unter Anderem das Recht zur Ausübung einer aufgrund eines rechtlichen oder faktischen Monopols ursprünglich dem Gemeinwesen vorbehaltenen Tätigkeit verliehen werden.¹¹⁰

6.2.1. Monopolkonzession

Die Monopolkonzession bezweckt die Verleihung eines Rechts zur Ausübung einer eigentlich dem Gemeinwesen vorbehaltenen wirtschaftlichen Tätigkeit an einen Privaten. Grundlage einer Monopolkonzession ist stets das Vorliegen eines rechtlichen Monopols – einer Tätigkeit also, die kraft einer Rechtsnorm dem Gemeinwesen vorbehalten ist.¹¹¹

Ein unmittelbares rechtliches Monopol liegt vor, wenn eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit gestützt auf Rechtsnormen ausschliesslich dem Staat vorbehalten und damit Privaten untersagt ist (entsprechende Kompetenzen enthalten z.B. das Eisenbahnmonopol Art. 87 BV und das Postregal Art. 92

¹⁰⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 179.

¹⁰⁶ Z.B. Einräumung von Nutzungsrechten, Sachleistungen, Forderungen etc. (BGE 135 II 49, E. 5.2.2 S. 58 f.; BEYELER, Geltungsanspruch, N 726; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 180; STÖCKLI, Entgelt, N 84; so auch Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 12. Februar 2014 in RPW 2014/I, S. 336 ff., E. 10.4).

¹⁰⁷ MARTIN BEYELER, Fokus Nr. 3, BR 2009 S. 99 ff., S. 100 (zit.: BEYELER, Fokus); HUBERT STÖCKLI, Öffentlicher Auftrag: Thesen zur Begriffsbildung, in: Hubert Stöckli/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 106 ff., N 108 (zit.: STÖCKLI, Thesen).

¹⁰⁸ BEYELER, Fokus, S. 100, nach dem die Leistungen aber auch gegenüber dem Auftraggeber erbracht werden können; DANIEL KUNZ, Die EU-Konzessions-Richtlinie 2014/23/EU – Konzessionsvergaben in neuem Licht, in: BR 2015 S. 13 ff., S. 14 (zit.: KUNZ, Richtlinie); STÖCKLI, Thesen, N 108.

¹⁰⁹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 728. Vgl. zu den reinen Veräusserungsgeschäften Kap. 6.1.3.2. Nach STÖCKLI kann schon dann kein öffentlicher Auftrag mehr vorliegen, wenn das Gemeinwesen mit Blick auf das gesamte Geschäft die charakteristische Leistung erbringt (Entgelt, N 92).

¹¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2591; BEAT KRÄHENMANN, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, in: Karl Spiro et al. (Hrsg.), Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Bd. 21., Basel und Frankfurt am Main 1987, S. 19; DANIEL KUNZ, Verfahren, S. 3; MOSER, S. 282; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 18. Für eine ausführlichere Begriffserläuterung vgl. WALDMANN, S. 2 ff.

¹¹¹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 771; KRÄHENMANN, S. 21; DANIEL KUNZ, Konzessionen – Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 205 ff., N 5 (zit.: KUNZ, Konzessionen); KUNZ, Verfahren, S. 25; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2561; MOSER, S. 282; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 19; WALDMANN, S. 9.

BV).¹¹² Mittelbare rechtliche Monopole liegen vor, wenn die Benutzung einer öffentlichen Anstalt zwingend vorgeschrieben ist und damit indirekt Private vom an sich zulässigen Betrieb einer solchen Anstalt ausgeschlossen werden (z.B. Gebäudeversicherungsmonopol, kantonales Entsorgungsmonopol, obligatorische Unfallversicherung bei der SUVA).¹¹³

6.2.2. Sondernutzungskonzession

Im Unterschied zur Monopolkonzession gründet die Sondernutzungskonzession nicht auf einem rechtlichen sondern auf einem faktischen Monopol des Gemeinwesens.¹¹⁴ Ein solches liegt vor, wenn dem Gemeinwesen eine Tätigkeit aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten, insbesondere wegen seiner Hoheit über öffentliche Sachen, faktisch vorbehalten ist, obwohl deren Ausübung durch Private an sich rechtlich nicht verboten wäre.¹¹⁵

6.2.2.1. Einordnung der Sondernutzungskonzession

Der Begriff der Sondernutzungskonzession wird grundsätzlich in Zusammenhang mit der Sondernutzung an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch verwendet.¹¹⁶ Die Dreiteilung der Nutzungsarten wie sie bei den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch vorgenommen wird, kann auf das Verwaltungsvermögen übertragen werden.¹¹⁷ Anstelle des schlichten und gesteigerten Gemeingebrauchs unterscheidet die Lehre bezüglich des Verwaltungsvermögens die ordentliche und die ausserordentliche Nutzung, wobei als Sonderfall der ausserordentlichen Nutzung zudem die Randnutzung genannt wird. Der Begriff der Sondernutzung wird auch beim Verwaltungsvermögen verwendet.¹¹⁸ Das zu den öffentlichen Sachen gehörende Verwaltungsvermögen bezeichnet jene Werte eines Gemeinwesens, die durch ihren Gebrauchswert der Erfüllung öffentlicher Aufgabe dienen¹¹⁹ und die in der Ver-

¹¹² KRÄHENMANN, S. 113, der jedoch den Begriff „direktes“ rechtlichen Monopol verwendet; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2562; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 32; KLAUS A. VALLENDER, Kommentar zu Art. 27 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, N 65; WALDMANN, S. 3; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1187.

¹¹³ KRÄHENMANN, S. 113, der wiederum vom „indirekten“ rechtlichen Monopol spricht; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2564 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 32; VALLENDER, N 65 zu Art. 27; WALDMANN, S. 3 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1205-1207.

¹¹⁴ BEYELER, Geltungsanspruch, N 810; KRÄHENMANN, S. 20; KUNZ, Verfahren, S. 26 f.; WALDMANN, S. 9.

¹¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2568; HÄNNI/STÖCKLI, § 2 N 83; KRÄHENMANN, S. 114; KUNZ, Konzessionen, N 5; KUNZ, Verfahren, S. 21 f.; MOSER, S. 283; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 34; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 6.

¹¹⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 206; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2607; KUNZ, Verfahren, S. 26 f.; WALDMANN, S. 9. Anders BEYELER, Geltungsanspruch, N 806, der die Berechtigung zur Ausübung einer Tätigkeit in Form einer Sondernutzungskonzession dann annimmt, wenn ein Gemeinwesen einem Dritten das Recht zur ausschliesslichen Nutzung eines Grundstücks oder Teils davon einräumt, das im Verwaltungsvermögen des Gemeinwesens steht. Auch MOSER, S. 207, scheint die Möglichkeit einer Sondernutzung an Verwaltungsvermögen zumindest in Betracht zu ziehen, solange dieses dem öffentlichen Recht untersteht. In Bezug auf die Sondernutzungskonzession beschränkt er sich jedoch darauf, diese als das Recht zur ausschliesslichen Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch zu beschreiben (S. 273).

¹¹⁷ A.M.: HEER, S. 15 f., der eine Zweiteilung der Nutzungsarten einer Dreiteilung vorzieht. HEER spricht sich gegen eine Zulassung zur ausserordentlichen Nutzung bzw. Nutzung des Verwaltungsvermögens im Einzelgebrauch mittels Sondernutzungskonzession aus, da der Staat bezüglich des Verwaltungsvermögens nicht zwingend ein faktisches Monopol innehaben muss, dieses aber Voraussetzung einer Sondernutzungskonzession ist (S. 132 f. mit weiteren Argumenten, vgl. auch vorhergehendes Kap. 6.2.2).

¹¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2335, die zwischen den Begriffen der ausserordentlichen Nutzung und der Randnutzung jedoch nicht unterscheiden; HEER, S. 15, 205; JAAG, Gemeingebrauch, S. 162 ff.

¹¹⁹ U.a. BGE 138 I 274, E. 2.3.2 S. 284; 127 I 84, E. 4b S. 88 f.; 103 II 227, E. 3 S. 233; 89 I 37, E. 3b S. 43; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986, S. 228; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2332; HEER, S. 10; JAAG, Gemeingebrauch, S. 146; MOSER, S. 18; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 13.

füfungsgewalt des Gemeinwesens stehen.¹²⁰ Typische Beispiele für solche Vermögenswerte sind Verwaltungsgebäude, Schulhäuser, Universitätsgebäude, Haftanstalten und Kasernen.¹²¹

6.2.2.2. Sondernutzung im Verwaltungsvermögen

Bei der Sondernutzung von Verwaltungsvermögen wird dasselbe einem Privaten längerfristig zur exklusiven Nutzung zur Verfügung gestellt und ist damit mit der Sondernutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch vergleichbar.¹²² Voraussetzungen des Vorliegens einer Sondernutzung sind das Überschreiten des bestimmungsgemässen Gebrauchs und der Ausschluss anderer Benutzungsberechtigter.¹²³ Ein Indiz für das Vorliegen einer Sondernutzung stellt die dauernde und feste Verbindung mit der öffentlichen Sache dar.¹²⁴ Die Abgrenzung zum gesteigerten Gemeingebrauch fällt oft schwer; als Abgrenzungskriterien dienen die Intensität sowie die Dauer der Nutzung.¹²⁵ Ob sich aus den Grundrechten ein bedingter Anspruch auf Sondernutzung ableiten lässt, ist unklar.¹²⁶ Der Entscheid, welchen Privaten eine Sondernutzungskonzession erteilt wird, sollte nach ähnlichen Regeln erfolgen wie bei den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Es soll demnach ein offenes Verfahren durchgeführt werden, im Rahmen dessen sich Interessierte um ein Sondernutzungsrecht bewerben können.¹²⁷ Die Auswahl der Sondernutzungskonzessionäre hat nach sachlichen Kriterien zu erfolgen.¹²⁸ Um eine Abwechslung unter Konkurrenten zu ermöglichen muss die zeitliche Begrenzung der Konzessionen in Betracht gezogen werden.¹²⁹ Kommt dem Kanton oder der Gemeinde

¹²⁰ BGE 107 II 44, E. 1b S. 47 f.; GYGI, S. 228; MOSER, S. 19 f.; DANIEL MOECKLI, Politische Werbung auf öffentlichem Grund, in: Wolfgang Ernst et al. (Hrsg.), recht 2013, S. 265; RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 351 f.

¹²¹ GYGI, S. 227 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2334; MOSER, S. 21 f.; MAX RENTSCH, Öffentliche Sachen, in: ZBGR 61/1980, S. 337 ff., S. 346; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 N 14; WIEDERKEHR/RICHLI, N 59.

¹²² JAAG, Gemeingebrauch, S. 165; MOSER, S. 206; WIEDERKEHR/RICHLI, N 81 f.

¹²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2420; HEER, S. 14 f.; JAAG, Gemeingebrauch, S. 155 ff.; MOSER, S. 270 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 18; WIEDERKEHR/RICHLI, N 165, 230.

¹²⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2422; HEER, S. 15; MOSER, S. 271.

¹²⁵ JAAG, Gemeingebrauch, S. 156; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Kap. 51 N 18, die v.a. die feste Verbindung mit der öffentlichen Sache als Abgrenzungskriterium benennen; WIEDERKEHR/RICHLI, N 232.

¹²⁶ Durch das BGE wurde die Frage bzgl. des Anspruchs auf Sondernutzung des öffentlichen Grundes bis anhin offengelassen (BGE 119 Ia 390, E. 9 S. 404 f.). Lediglich die Rechtsprechung des bedingten Anspruchs auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs öffentlicher Sachen kann auf die Benutzung des Verwaltungsvermögens übertragen werden (vgl. Kap. 3.2 vorliegenden Papers). Ein Teil der Lehre fordert jedoch die Anerkennung eines bedingten Anspruchs zumindest bezüglich der Benutzung des öffentlichen Grundes auch bei Sondernutzung (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2426, die einen direkten Anspruch bezüglich des Verwaltungsvermögens in N 2336 jedoch verneinen; JAAG, Gemeingebrauch, S. 159; KUNZ, Verfahren, S. 88 m.w.H.). Zudem bejahte das BVGer einen bedingten Anspruch auf Sondernutzung, wenn er für die Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund erforderlich ist (A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.4).

¹²⁷ Insbesondere ist in diesem Zusammenhang der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten zu beachten, der einen über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot hinausreichenden Schutz gegen staatliche Ungleichbehandlungen bietet (vgl. dazu BGE 119 Ia 445, E. 3c S. 450 f.; 121 I 279, E. 4 f. S. 285 f.; 125 I 431, E. 4 S. 435 ff.). Ferner JAAG, Gemeingebrauch, S. 165; WEKO, Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste [...], in: RPW 2012/2 S. 438 ff., S. 439. Dieses offene Verfahren hat aber bzgl. Transparenz nicht den sehr strengen Anforderungen des öffentlichen Beschaffungswesens zu genügen (BGE 125 I 209, E. 9d bb S. 220). Vgl. zum Verfahren zur Vergabe einer Konzession des weiteren EuGH Urteil vom 14. Februar 2012, verb. Rs. C-72/10, C-77/10, N 54 ff. Ausdrücklich vorgeschrieben werden solche Verfahren bspw. in Art. 3a StromVG, Art. 24 FMG sowie Art. 60 WRG.

¹²⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2336, nach welchen insbesondere das Willkürverbot und das Gleichbehandlungsgebot der Konkurrenten beachtet werden müssen; JAAG, Gemeingebrauch, S. 165. Zur Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots direkter Konkurrenten in diesem Zusammenhang HEER, S. 59 ff. Gemäss Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. Juni 2002, VB.2001.00404, E. 3b, hat sich die Konzessionserteilung an den in Art. 5, 8 und 9 BV festgeschriebenen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns zu messen. Sie muss demnach im öffentlichen Interessen liegen, verhältnismässig sein, nach Treu und Glauben erfolgen und die rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung der Beteiligten gewährleisten.

¹²⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2336; JAAG, Gemeingebrauch, S. 166, gemäss welchem bei einer Nutzung des Verwaltungsvermögens zu wirtschaftlichen Zwecken die Berechtigung zeitlich begrenzt werden muss, falls geeignete Konkurrenten sich ebenfalls für die Erfüllung betreffender Aufgabe interessieren und die Gleichbehandlung nicht anderswie gewährleistet werden kann. Dies auch dann, wenn der

bezüglich des Verwaltungsvermögens eine zumindest monopolähnliche Stellung zu, sieht Art. 2 Abs. 7 BGBM die Durchführung einer Ausschreibung vor.¹³⁰

6.2.3. Baukonzession

Baukonzessionen¹³¹ stellen Gesamtgeschäfte egal welcher Rechtsform dar, die aus verschiedenen Komponenten bestehen und Monopol- sowie Sondernutzungskonzessionen enthalten können aber nicht müssen.¹³² Der Begriff entstammt dem europäischen Vergaberecht und betrifft Konstellationen, für welche in der Schweiz (noch) keine Begriffe definiert wurden.¹³³ Obwohl sie Monopol- und Sondernutzungskonzessionen enthalten können und selber als Konzessionen benannt werden, ist nicht geklärt, ob sie den Monopol- und Sondernutzungskonzessionen zugeteilt werden sollen oder ob es sich bei den Baukonzessionen um öffentliche Beschaffungen handelt.¹³⁴ Ebenso unklar erscheint ihre Unterstellung unter das Vergaberecht.¹³⁵ Von einem gewöhnlichen öffentlichen Auftrag unterscheidet sich die Baukonzession lediglich in zwei Gesichtspunkten. Erstens erhält der private Leistungserbringer höchstens zu einem kleinen Teil eine direkte Geldzahlung des Gemeinwesens; sein restliches Entgelt besteht darin, dass dem Privaten durch die Einräumung von Rechten eine Tätigkeits- und Verdienstmöglichkeit mit Dritten ermöglicht wird.¹³⁶ Zweitens trägt der Private in Zusammenhang mit dieser Tätigkeits- und Verdienstmöglichkeit ein eigenes Betriebsrisiko, da er sein Entgelt nicht vom öffentlichen Auftraggeber, sondern ausschliesslich oder zu einem Grossteil aus der Generierung

Berechtigte seine Obliegenheiten zur vollsten Zufriedenheit erfüllt hat (S. 167). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch nicht auf unbefristete Dauer erteilt werden (BGer 2P.103/2000 vom 30. Oktober 2000, E. 4c).

¹³⁰ Zur Frage, ob nebst Monopol- auch Sondernutzungskonzessionen in den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen und damit öffentlich ausgeschrieben werden müssen vgl. Kap. 6.2.5.1.

¹³¹ Nachfolgende Ausführungen dürften analog auch bei der in diesem Zusammenhang wohl wenig gebräuchlichen Dienstleistungskonzession zutreffen, die aufgrund fehlender Relevanz bzgl. der vorliegend interessierenden Fragestellung nicht weiter erläutert wird (zur weitgehend gleichen Behandlung der Bau- und Dienstleistungskonzession vgl. auch BEYELER, N 823 ff. sowie Richtlinie 2014/23/EU des europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, bspw. Art. 5 Ziff. 1).

¹³² BEYELER, Geltungsanspruch, N 823; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Fn. 437; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, in: AJP 2007 S. 1288 ff., N 18; TRÜEB, Kommentar, N 18 zu Art. 5.

¹³³ Vgl. dazu den erläuternden Bericht zur Änderung der IVÖB vom 18. September 2014, S. 17: „Da die Begriffe und das Instrument der Bau- und Dienstleistungskonzession in der Schweiz nicht bekannt sind, wurde eine andere Formulierung gewählt.“ Zudem der erläuternde Bericht des EFD über die Revision des BÖB vom 1. April 2015, S. 29: „Falls die Schweiz eines Tages Baukonzessionen einführen sollte, müsste die Vergabe gegenüber den genannten Staaten Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung sein [...]“. Im Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum VE BÖB vom 18. November 2009 hiess es noch: „Wann die Vergabe von Konzessionen (Dienstleistungs- und Baukonzessionen) als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist, muss für die WEKO noch präzisiert werden. Auch der ETH-Rat wünscht sich diesbezüglich eine klarere Abgrenzung im Gesetz.“

¹³⁴ Vgl. dazu die Ausführungen in BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.2.2. BEYELER qualifiziert Baukonzessionen als öffentliche Aufträge mit besonderer Vergütungsmodalität (Geltungsanspruch, N 823), während DENIS ESSEIVA sie Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellen und damit den Monopol-/Sondernutzungskonzessionen zurechnen will (Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, in: BR 2006 S. 203 ff., S. 205 f.).

¹³⁵ Die Anwendung des Vergaberechts bejahend BEYELER, Geltungsanspruch, N 833 m.w.H. Eine analoge Anwendung des Vergaberechts nach Art. 2 Abs. 7 BGBM bejahend ESSEIVA, S. 205 f. Nach ZUFFEREY, N 42, sollen nur die vergaberechtlichen Grundprinzipien aber nicht das ganze Vergaberecht auf Baukonzessionen Anwendung finden. Verneinend, wenn dem Beauftragten hoheitliche Befugnisse übertragen werden sollen JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/JULIEN LE FORT, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, in: BR 2006 S. 99 ff., S. 102.

¹³⁶ BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.2.2; BEYELER, Geltungsanspruch, N 825, mit Hinweis in Fn. 961 auf EuGH C-300/07 vom 11. Juni 2009, N 68; EVELYNE CLERC, Kommentar zu Art. 5 BGBM, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier, Droit de la Concurrence, Commentaire Romande, 2. Aufl., Basel 2013, N 63; ESSEIVA, S. 205; KUNZ, Konzessionen, N 12; TRÜEB, Kommentar, N 18 zu Art. 5. Vgl. auch die Richtlinie 2014/23/EU des europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, Art. 5 Ziff. 1 lit. a.

von Einnahmen durch Dritte erhält.¹³⁷ Das Bundesgericht führte diesbezüglich aus: „Wesentlich daran ist, dass der Auftraggeber nicht nur eine private Tätigkeit reguliert, sondern den Partner beauftragt, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, die sonst der Staat erfüllen würde.“¹³⁸

Als Beispiel einer Baukonzession kann die Beauftragung eines Privaten durch ein Gemeinwesen angesehen werden, auf einem im Baurecht oder mittels Sondernutzungskonzession überlassenen Grundstück ein Schwimmbad auf eigene Rechnung zu errichten und auf eigenes Risiko im Interesse des Gemeinwesens zu betreiben. Als Entgelt können Eintrittspreise für den Eintritt in das Schwimmbad erhoben werden, wobei es dem beauftragenden Gemeinwesen freisteht, einen Teil dieser Eintrittspreise zu bezahlen, um die Kosten für die schwimmbadbesuchenden Privaten niedrig zu halten.¹³⁹

Der Konzessionär ist somit faktisch verpflichtet, die ihm durch das Gemeinwesen eingeräumten Rechte wahrzunehmen und das Bauwerk zu bewirtschaften, um die übernommene Tätigkeit finanzieren zu können.¹⁴⁰ Bezüglich der Errichtung eines Parkhauses erwog das Bundesgericht jedoch, diese unterstehe nicht dem Vergaberecht, da sie nicht als staatliche oder öffentliche Aufgabe zu qualifizieren sei – auch Private könnten Parkhäuser erbauen und würden dann wie andere private Bauten den bau- und planungsrechtlichen Anforderungen unterliegen. Damit der Staat selber ein Parkhaus errichten könnte, bedürfe er aufgrund des Legalitätsprinzips einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage.¹⁴¹

6.2.4. Pflichten aus Konzessionen

Nebst dem Verleihen des Rechts zur Ausübung einer ursprünglich dem Gemeinwesen vorbehaltenen Tätigkeit bzw. zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache werden dem Konzessionär durch die Konzession auch Pflichten auferlegt. Zum einen besteht die Verpflichtung des Konzessionärs, dem Gemeinwesen eine einmalige oder wiederholte Abgabe für das konzedierte Recht zu entrichten.¹⁴² Die Konzessionsgebühr ist eine eigene Art der Gebühren, wobei speziell die Rechtsnatur der Sondernutzungskonzessionsgebühr umstritten ist; sie wird teils als Benutzungsgebühr, teils als Konzessionsgebühr bezeichnet.¹⁴³ Zum anderen besteht neben der Pflicht zur Leistung einer Abgabe bei Monopol-

¹³⁷ BEYELER, Geltungsanspruch, N 825; TRÜEB, Kommentar, N 18 zu Art. 5. Vgl. auch die Richtlinie 2014/23/EU des europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, N 18: „Das Hauptmerkmal einer Konzession, nämlich das Recht, die betreffenden Bauwerke oder Dienstleistungen zu nutzen beziehungsweise zu verwerten, schließt stets die Übertragung eines Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer ein, einschließlich der Möglichkeit, dass die Investitionsaufwendungen und die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen unter normalen Betriebsbedingungen nicht wieder erwirtschaftet werden können, auch wenn ein Teil des Risikos bei den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern verbleibt.“ Vgl. zudem Art. 5 Ziff. I derselben Richtlinie: „Mit der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession geht auf den Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerks beziehungsweise für die Verwertung der Dienstleistungen über, wobei es sich um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann.“

¹³⁸ BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.2.2.

¹³⁹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 831.

¹⁴⁰ BEYELER, Geltungsanspruch, N 825.

¹⁴¹ BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.2.3.

¹⁴² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2612; MOSER, S. 280; POLEDNA, N 252 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 34. Vgl. auch RIVA, S. 55.

¹⁴³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2630 m.w.H.; RAPHAËL MAHAIM, Die abgaberechtliche Vielfalt in der Schweiz am Beispiel der Wassernutzung: insbesondere zur Tarifgestaltung der für die Nutzung von Oberflächengewässern erhobenen Abgaben, in: Bernhard Waldmann/Peter Hänni/Eva Maria Belser (Hrsg.), Publikationen des Instituts für Föderalismus Freiburg Schweiz, Bd. I, Bern 2011, S. 288; MOSER, S. 280; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 28, welche die Sondernutzungsgebühr als Konzessionsgebühr beschreiben. An-

und Sondernutzungskonzessionen regelmässig auch die Pflicht zur Ausübung der übertragenen Rechte.¹⁴⁴ Bei einigen Konzessionen wie bspw. dem Jagd- oder Fischereipatent besteht jedoch regelmässig keine Ausübungspflicht.¹⁴⁵ Abhängig von Hintergrund und Inhalt einer Konzession kann diese bzw. der die Konzession regelnde Erlass weitere Verpflichtungen des Konzessionärs vorsehen.¹⁴⁶ Verstösst der Konzessionär gegen die beschriebenen Pflichten indem er insbesondere die im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit nicht mehr erbringt, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach dem Verfügungs- oder Vertragsinhalt bzw. direkt nach dem Gesetzesrecht.¹⁴⁷

6.2.5. Vergabe von Konzessionen

6.2.5.1. Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM

Art. 2 Abs. 7 BGBM sieht vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat. Der Artikel äussert sich indes nicht dazu, ob nur rechtliche oder auch faktische Monopole von seinem Anwendungsbereich umfasst werden – er also nur Monopol- oder auch Sondernutzungskonzessionen einer Ausschreibungspflicht unterstellen möchte. Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin offengelassen.¹⁴⁸ Im Rahmen zweier Gutachten sprach sich die WEKO für eine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auch auf faktische Monopole aus und bejahte damit eine Pflicht zur Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen.¹⁴⁹ Obwohl diese Einschätzung bei einem Teil der Lehre auf Unverständnis stiess,¹⁵⁰ entspricht sie der

ders WIEDERKEHR/RICHLI, welche die für den gesteigerten Gemeingebrauch zu entrichtende Gebühr als Benutzungs- und die für die Sondernutzung zu entrichtende Gebühr als Konzessionsgebühr bezeichnen (N 880). Differenzierend PETER KARLEN, Konzessionsabgaben, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, S. 76 f. Allgemein zur Monopol- und Sondernutzungsgebühr GYG, S. 274.

¹⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2611, die eine Ausübungspflicht zumindest beim Vorliegen eines öffentlichen Interesses bejahen; NADINE MAYHALL, Aufsicht und Staatshaftung, in: Peter Gauch (Hrsg.), Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg, Bd. 269, Zürich 2008, S. 62, die bezüglich der Ausübungspflicht ebenfalls ein öffentliches Interesse voraussetzt; POLEDNA, N246, nach welchem die Ausübungspflicht Pflichten bezüglich der Aufnahme und Weiterführung des Betriebs, dessen Anpassung an veränderte Benutzerbedürfnisse, der Leistungserbringung an Dritte und der Bekanntgabe betreffend Tarifen und Leistungsbezug umfassen kann, wobei diese Pflichten je nach Art des Betriebes strenger oder milder gehandhabt werden; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 33 unter Hinweis auf die Konzession des öffentlichen Dienstes. Teilweise ist die Ausübungspflicht des Konzessionärs auch im Gesetz selber vorgesehen, vgl. bspw. Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung (PBG, SR 745.1) zur Personenbeförderungskonzession und dazu MARCEL HEPP/UELI STÜCKELBERGER, Die Konzession im Strassenverkehr, in: René Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2011, Bern 2011, S. 224. Allgemein zur Ausübungs- bzw. Betriebspflicht vgl. PETER HETTICH/SIMON BÜHLER, Konzession als überholte Rechtsfigur?, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 111 f.

¹⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2611; HETTICH/BÜHLER, S. 111; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 33.

¹⁴⁶ Bsp.: Bau- und Betriebspflicht im Rahmen der Konzession nach Art. 5 Eisenbahngesetz (EBG, SR 742.101); Betriebspflicht nach Art. 36a Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt (LFG, SR 748.0); Transport-, Fahrplan-, Tarif- und Betriebspflicht nach Art. 12 ff. PBG (dazu RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 28 N 29, 42).

¹⁴⁷ Abhängig davon, ob die Konzession mittels Verfügung oder Vertrag übertragen wurde (vgl. KUNZ, Verfahren, S. 57 ff.). So bestimmt bspw. Art. 65 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG, SR 721.80), dass die Konzession u.a. bei Verletzung wichtiger Pflichten durch den Konzessionär von der Verleihungsbehörde als verwirkt erklärt werden kann. Ebenso sieht Art. 93 LFG den Konzessionsentzug bei schwerer oder wiederholter Pflichtverletzung durch den Konzessionär vor und Art. 8 Abs. 1 lit. b EBG regelt den Widerruf der Konzession durch den Bundesrat bei schwerer Pflichtverletzung seitens des Konzessionärs. Vgl. dazu auch ISABELLE HÄNER, Das Ende des Konzessionsverhältnisses, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 102.

¹⁴⁸ BGE 135 II 49, E. 4.1 S. 52; BGE 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 6.3, kritisch beurteilt von GIOVANNI BIAGGINI, in: ZBI 115/2014, S. 151 ff.

¹⁴⁹ WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2, S. 345 ff.; WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2, S. 353 ff.

¹⁵⁰ So v.a. bei TRÜEB/ZIMMERLI, S. 132 f., die u.a. anführen, dass bei der Einführung von Art. 2 Abs. 7 BGBM kein Grund bestand, faktische Monopole zu thematisieren, da diese im Gegensatz zu rechtlichen Monopolen, mit welchen der Staat eine wirtschaftliche Tätigkeit der

wohl herrschenden Lehre, zumindest wenn die Sondernutzungskonzessionierung dazu führt, dass Dritte von der entsprechenden Tätigkeit ausgeschlossen werden.¹⁵¹ Der wohl zumeist vorliegende Ausschluss Dritter ist zu bejahen, wenn eine Sondernutzungskonzession über einen langen Zeitraum hinweg erteilt wird und zahlenmässig nicht so viele Konzessionen ausgegeben werden, dass eine grosse Anzahl Konkurrenten im selben Gebiet eine solche erhalten können.¹⁵² Nicht öffentlich ausgeschrieben werden müssen jene Sondernutzungskonzessionen, für die spezialgesetzliche Ausschlussregelungen von der Ausschreibungspflicht vorgesehen sind.¹⁵³

Weiter legt Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht fest, in welchem Verfahren die Ausschreibung zu erfolgen hat. Die Wahl des Verfahrens sowie die Festlegung der Ausschreibungsmodalitäten ist Sache der betroffenen Behörde.¹⁵⁴ Ob die Bestimmungen des Beschaffungsrechts auf die Ausschreibung von Konzessionen analog angewandt werden können, ist umstritten.¹⁵⁵ Eine direkte Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts wird jedoch verneint.¹⁵⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung und in Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Lehre rechtfertigt sich eine analoge Anwendung der zentralen beschaffungsrechtlichen Grundsätze; insbesondere der allgemeinen Verfahrensgrundsätze, die auch aus Art. 8 Abs. 1 sowie Art. 27 BV hervorgehen.¹⁵⁷ Der Grundsatz der Gleichbehandlung regelt, dass

Privatwirtschaft entzieht, kraft Sachherrschaft des Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ohne staatliches Zutun bestehen und nicht "geschaffen" werden. Zudem sei eine Diskussion zu Art. 2 Abs. 7 BGBM in den Räten ausgeblieben und die Voten, die sich auf kantonale Monopole bezogen, hätten klargemacht, dass nur rechtliche Monopole ein Thema waren. Ferner kritisch: TRÜEB, Kommentar, N 17 zu Art. 5 sowie RECHSTEINER/WALDNER, N 59.

¹⁵¹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 814 f.; NICOLAS F. DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in: SJZ 109/2013 S. 177, S. 181; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 211; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 36; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTWER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, in: AJP 2007, S. 585 ff., S. 588.

¹⁵² BEYELER, Geltungsanspruch, N 815; MOSER, S. 328 f.

¹⁵³ So Art. 3a StromVG, Art. 60 Abs. 3^{bis} und 62 Abs. 2^{bis} WRG. Mit diesen Ausnahmen von Sondernutzungskonzessionen von der Ausschreibungspflicht hat der Gesetzgeber jedoch keine Stellung zur allgemeinen Diskussion bezüglich Unterstellung bzw. Nichtunterstellung von Sondernutzungskonzessionen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM bezogen (vgl. BEYELER, Wasserrechts- und Netzkonzessionen: keine Ausschreibungspflicht, in: BR 2012, S. 210 ff., S. 210). Kritisch zum spezialgesetzlichen Ausschluss von der Ausschreibungspflicht KUNZ, Konzessionen, N 31-33, der bezweifelt, dass der Schritt zurück von Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Erleichterung des Vergabeverfahrens bringt. Dies weil sowohl das WRG wie auch das StromVG eine diskriminierungsfreie und transparente Vergabe verlangen. Würde dieses Transparenzgebot in beschaffungsrechtlichem Zusammenhang verstanden, müsste das Verfahren zur Vergabe entsprechender Konzessionen allenfalls sogar strengeren Anforderungen genügen als Art. 2 Abs. 7 BGBM.

¹⁵⁴ Bundesrat, Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465, S. 485 f.; Gutachten der WEKO vom 22. Februar 2010, Rz. 10; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zu Art. 2, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, N 7; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1361 m.w.H.

¹⁵⁵ Eine analoge Anwendung bejahend: Bundesrat, BBl 2005 465, S. 485 f.; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006 S. 203 ff., N 8, 14; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 212; MOSER, S. 277, 328; OESCH/ZWALD, N 7 zu Art. 7; REY/WITTWER, S. 586. Verneinend hingegen WIEDERKEHR/RICHLI, N 1372 f., die sich aufgrund der Unterschiede bei der Vergabe von Konzessionen und öffentlichen Aufträgen gegen eine analoge Anwendung aussprechen; RENÉ WIEDERKEHR/ANDREAS ABEGG, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, in: ZBl 115/2012, S. 639 ff., S. 653 (m.w.H. in Fn. 72). Differenzierend zudem KUNZ, Konzessionserteilung, S. 32 f., der die zentralen Grundsätze des Beschaffungsrechts auch bei der Vergabe von Konzessionen heranziehen will, eine freiwillige Unterstellung eines Sachverhalts unter das Beschaffungsrechts allerdings als mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar beurteilt. Ähnlich BEYELER, Geltungsanspruch, der zwar ein „eigenes Konzessionsvergaberecht“ anerkennt (N 788), das Beschaffungsrecht aber zur Lückenfüllung und Auslegung heranziehen möchte (N 789) sowie teils Bestimmungen als analog anwendbar beurteilt (N 791). Das BGE hat in BGE 135 II 49, E. 4.1 S. 52, offengelassen, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM einen Verweis auf das Submissionsrecht darstellt. In BGE 130 I 241, E. 5.3 S. 250, hat es eine analoge Anwendung des vergaberechtlichen Transparenzgebots ausgeschlossen.

¹⁵⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 212; KUNZ, Konzessionen, N 21, mit dem Hinweis, dass die Submissionsgesetzgebung jedoch einerseits bei einer in den Anhängen zu den Submissionserlassen erwähnten Konzession Anwendung findet, andererseits bei einem mit einer Konzessionsvergabe verbundenen Geschäft, das als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 33; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1364, 1368.

¹⁵⁷ Vgl. FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 191 ff., N 113; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 212; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2336; REY/WITTWER, S. 592.

allen Verfahrensbeteiligten Chancengleichheit zukommen muss.¹⁵⁸ Dies hält Art. 2 Abs. 7 BGBM ausdrücklich fest, indem er eine Diskriminierung von nicht in der Schweiz niedergelassenen Personen verbietet. Dieses Verbot umfasst zwei Aspekte: Einerseits das Verbot der Diskriminierung von Nicht-Ortsansässigen und andererseits das Verbot der Diskriminierung von Ortsansässigen als Ausfluss des Gleichbehandlungsgebots von Konkurrenten.¹⁵⁹ Als Drittes muss der Grundsatz der Transparenz gemäss Beschaffungsrecht beachtet werden.¹⁶⁰ Dies beinhaltet, dass alle wichtigen Verfahrenselemente bereits in der Ausschreibung bekannt gegeben werden. Zudem ist sicherzustellen, dass alle Interessierten von der bevorstehenden Vergabe Kenntnis erhalten können.¹⁶¹

6.2.5.2. Rechtsstaatliche Minimalanforderungen

Liegt im Einzelfall keine Monopolübertragung i.S.v. Art. 2 Abs. 7 BGBM vor, hat die Konzessionsvergabe nicht auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen. Der Vergabebehörde kommt in diesen Fällen ein weiter Ermessensspielraum bei der Zuteilung zu.¹⁶² In jedem Fall aber hat sich die Erteilung eines Nutzungsrechts durch ein Gemeinwesen an den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns zu messen. Diese sind die in Art. 5, 8 und 9 BV festgelegten Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Rechtsgleichheit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben.¹⁶³ Ferner hat die Vergabebehörde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten als Ausfluss von Art. 27 BV zu beachten.¹⁶⁴

Weiter muss die Auswahl der Berechtigten im Rahmen von Sondernutzungskonzessionen wie auch im Rahmen von Gebrauchsbewilligungen bei ausserordentlicher Nutzung von Verwaltungsvermögen nach sachlichen Kriterien erfolgen.¹⁶⁵ Es sind insbesondere das Willkürverbot sowie das Gebot der Gleichbehandlung von Konkurrenten zu beachten. Unter Umständen muss deshalb eine zeitliche Befristung der Konzession vorgesehen werden, um eine Abwechslung unter den Konkurrenten zu ermöglichen (Rotationsprinzip etc.).¹⁶⁶ Alle am Nutzungsrecht Interessierten sollten im Rahmen eines offenen Verfahrens Gelegenheit bekommen, sich für dieses zu bewerben.¹⁶⁷ Zur Sicherung der

¹⁵⁸ BIAGGINI, BV Kommentar, N 1 zu Art. 29; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, N 210, mit weiteren Ausführungen zur Chancengleichheit im Verfahren; MOSER, S. 244. Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1656.

¹⁵⁹ KUNZ, Konzessionserteilung, S. 32; MOSER, S. 327 f.

¹⁶⁰ BELLANGER, N 113; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 212; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 32; REY/WITTWER, S. 592.

¹⁶¹ BELLANGER, N 113, mit Bezugnahme auf BGE 135 II 49; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 32; MOSER, S. 245. Zur Tragweite des Transparenzgebots nach BöB und VöB vgl. BVGer B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014, insbesondere E. 4.2.2, 4.2.7.

¹⁶² BGE 125 I 209, E. II S. 225 f.

¹⁶³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 363. KUNZ, Konzessionserteilung, S. 41, beurteilt zudem die Gleichbehandlung aller Konkurrenten durch den Staat als zentral.

¹⁶⁴ KUNZ, Konzessionserteilung, S. 41. Vgl. dazu auch BGE 119 Ia 445, E. 3c S. 450 f.; 121 I 279, E. 4 f. S. 285 f.; 125 I 431, E. 4 S. 435.

¹⁶⁵ Bezüglich des gesteigerten Gemeingebrauchs ist Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht einschlägig (BEYELER, Geltungsanspruch, N 817). Da der gesteigerte Gemeingebrauch mit der ausserordentlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen vergleichbar ist, wird auch diese vom Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht erfasst. Ob Baukonzessionen unter die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen ist wohl umstritten, nach vorliegender Ansicht jedoch eher zu verneinen (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, N 823 insbesondere Fn. 957).

¹⁶⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2336; KUNZ, Konzessionen, N 86; KUNZ, Verfahren, S. 77, 211 f. Vgl. auch HEER, S. 69 und zur Gleichbehandlung der Konkurrenten KUNZ, Konzessionserteilung, S. 41.

¹⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2336. Zum offenen Verfahren KUNZ, Verfahren, S. 201. Vgl. zudem die Beurteilung von BGE 125 I 209, E. 10 durch WIEDERKEHR/RICHLI, N 1221, bzgl. der Erteilung einer Plakatanschlagskonzession an einen einzigen Konzessionär über zehn Jahre.

Gleichbehandlung sollten alle interessierten Konkurrenten in das Verfahren einbezogen oder zumindest informiert werden.¹⁶⁸ Analog zu den Regelungen in Art. 3a StromVG und Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG muss dieses offene Verfahren wohl nicht zwingend eine Ausschreibung enthalten, wenn andere Verfahrenselemente die Einhaltung des Willkürverbots und die Gleichbehandlung sichern können.¹⁶⁹ Es gilt, dass dem Gemeinwesen bei der Konzessionsvergabe umso mehr Freiheit bezüglich der Wahl seiner Vertragspartner zukommt, je eher private Interessenten auf andere (private) Anbieter ausweichen können (abgeschwächte Intensität der Grundrechtsbindung).¹⁷⁰

Auch gestützt auf die Grundrechte können Private grundsätzlich nur einen bedingten Anspruch auf eine bestimmte Nutzung von Verwaltungsvermögen geltend machen.¹⁷¹ Nur wenn es um die Ausübung von Grundrechten geht und diese Grundrechtsausübung ohne die Benutzung von Werten des Verwaltungsvermögens nicht möglich wäre, lässt sich eine direkte grundrechtliche Verpflichtung des Gemeinwesens bezüglich der Zurverfügungstellung des Verwaltungsvermögens bejahen.¹⁷² In Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit wurde ein direkter grundrechtlicher Anspruch auf Benützung von Verwaltungsvermögenswerten bis anhin nie explizit bejaht.¹⁷³

6.2.5.3. Unterstellung unter das Vergaberecht

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterliegt eine Konzessionsvergabe der Submissionsgesetzgebung, wenn mit ihr ein weiteres Geschäft verbunden wird, das als öffentliche Beschaffung zu beurteilen ist.¹⁷⁴ Eine mit einer Konzessionsvergabe verbundene öffentliche Beschaffung ist zu bejahen, wenn es sich dabei um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt, der Staat für die entsprechende Dienstleistung bezahlt, der Auftrag auch unabhängig von der Konzession übertragen werden könnte und er nicht als blosse Nebenleistung zur Konzession betrachtet werden kann.¹⁷⁵ Nicht massgebend ist, ob in einem solchen Geschäft der Anteil der Konzession oder jener der öffent-

¹⁶⁸ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1898; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 41.

¹⁶⁹ Wobei es an der Praxis sein wird, entsprechende Verfahrenselemente zur Sicherung des Willkürverbots und der Gleichbehandlung auszuarbeiten. Nach vorliegend vertretener Auffassung erscheint zumindest fraglich, wie die genannten Grundsätze ohne Ausschreibung verwirklicht werden können. Vgl. KUNZ, Konzessionserteilung, S. 41, der als Beispiele die Rotation und das Einladungsverfahren nennt. Ebd. zu den Schwierigkeiten und Problemen, die eine öffentliche Ausschreibung mit sich bringen kann.

¹⁷⁰ BGE 127 I 84, E. 4c S. 91.

¹⁷¹ BGE 127 I 84, E. 4b S. 89 und dazu STEFAN SCHÜRER, Die Kontextualisierung von Urteilen, in: ZBI 114/2013, S. 583 ff., S. 587 f.; JAAG, Gemeingebrauch, S. 165 ff.; MOSER, S. 202 ff.

¹⁷² JAAG, Gemeingebrauch, S. 164; MOSER, S. 202 f. Ein solcher Anspruch wurde in BGer P.170/1978 vom 19. März 1980 bejaht, wo es um die Benützung eines Gemeindesaals zum Zweck der Mitgliederversammlung einer politischen Gruppierung ging (bestätigt in BGer IP.304/1990 vom 18. Februar 1991, in: ZBI 93/1992, S. 40 ff. (deutsche Übersetzung)).

¹⁷³ HEER, S. 38; MOSER, S. 203 m.w.H. Vgl. dazu auch Kap. 6.2.2.2 und 6.2.5.2 vorliegenden Papers. In Bezug auf die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch kann sich ein gesteigertes Gemeingebrauch Interessierter bei Verweigerung einer entsprechenden Bewilligung auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Die Verweigerung muss deshalb im öffentlichen Interesse notwendig sein, auf sachlich vertretbaren Kriterien beruhen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (BGE 126 I 133, E. 4d S. 140 m.w.H.). In zitiertem Entscheid ging es um das Verteilen von Flugblättern, welche zu einem späteren Kauf animieren sollten, auf öffentlichen Strassen. Das BGer hielt fest, dass im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Gewerbetreibenden und dem öffentlichen Interesse daran, dass keine Werbeaktionen auf öffentlichen Strassen stattfinden, vorgenommen werden muss.

¹⁷⁴ BGE 135 II 49, E. 5 S. 56 ff. So auch WIEDERKEHR/RICHLI, N 1369; KUNZ, Verfahren, S. 175 und 178 f., der die Konzessionserteilung dann der Submissionsgesetzgebung unterstellen wollte, wenn sie ein zwingend erforderliches Instrument zur Erfüllung einer im Anhang zu den Submissionserlassen aufgeführten Aufgabe darstellte.

¹⁷⁵ BGE 135 II 49, E. 5.2.3 S. 59; BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.3. Vgl. KUNZ, Konzessionserteilung, S. 31 f. Bzgl. der Einbettung einer Sondernutzungskonzession in ein Gesamtgeschäft auch BEYELER, Geltungsanspruch, N 819.

lichen Beschaffung überwiegt.¹⁷⁶ Dies muss zumindest dann gelten, wenn die öffentliche Beschaffung eine gewisse Bedeutung hat.¹⁷⁷ Ist die öffentliche Beschaffung hingegen von der Konzessionserteilung untrennbar – kann sie also keinem anderen als dem Konzessionär vergeben werden –,¹⁷⁸ ist das Gesamtgeschäft nach der Auffassung von BEYELER sowie gemäss WIEDERKEHR/RICHLI nach den Regeln jenes Teilgeschäfts zu beurteilen, das schwerer zu gewichten ist.¹⁷⁹ Unabhängig vom Zusammenhang mit einer öffentlichen Beschaffung ist eine Konzessionserteilung immer dann dem Vergaberecht zu unterstellen, wenn sie ein im Anhang zu den Submissionserlassen aufgeführten Tatbestand erfüllt.¹⁸⁰

6.3. Bewilligungen

6.3.1. Ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen

Keine Sonder- sondern eine minderintensive ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögenswerten liegt vor, wenn dieselben neben ihrem bestimmungsgemässen Gebrauch auch noch für andere, private Zwecke vorübergehend zur Verfügung gestellt werden.¹⁸¹ Bei Gesuchen um ausserordentliche Nutzung dürfen deshalb auch andere als polizeiliche Kriterien berücksichtigt werden, wobei der Gewährleistung der ordentlichen Nutzung der Sache Priorität zukommt.¹⁸²

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und wohl überwiegender Lehre besteht, ähnlich wie beim gesteigerten Gemeingebrauch, ein bedingter Anspruch auf ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens, soweit diese der Ausübung von Grundrechten dienen soll.¹⁸³ Bei der Beurteilung, ob ein bedingter Anspruch auf ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens zu bejahen ist, muss zudem berücksichtigt werden, ob die Grundrechtsausübung auch ohne Nutzung des Verwaltungsvermögens möglich wäre und ob der im Einzelfall betroffene Verwaltungsvermögenswert bereits seiner Zweckbestimmung nach für die zu beurteilende Nutzung offensteht oder nicht.¹⁸⁴ Wei-

¹⁷⁶ BGE 135 II 49, E. 5.2 S. 58; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 32.

¹⁷⁷ BGE 135 II 49, E. 4.4 S. 56. Stellt die Gegenleistung jedoch nicht mehr als eine untergeordnete Nebenleistung dar, die nicht selbstständig Gegenstand einer Ausschreibung sein könnte, ist das Vergaberecht auf diese nicht anwendbar (BGE 125 I 209, E. 6b).

¹⁷⁸ Wie dies bspw. bei der Monopolkonzession mit Auftragselementen der Fall ist (BEYELER, Geltungsanspruch, N 783).

¹⁷⁹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 790, 802; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1369.

¹⁸⁰ KUNZ, Konzessionserteilung, S. 32; KUNZ, Verfahren, S. 155 ff.

¹⁸¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2335c, die als Beispiel u.a. die Benutzung von Schulräumen am Abend oder in den Ferien durch Vereine anführen; JAAG, Gemeingebrauch, S. 164; VOGEL, S. 63. Anders HEER, S. 16 f., der eine Unterscheidung von gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung in Bezug auf Verwaltungsvermögenswerte ablehnt, da deren Nutzung anstelle mittels Bewilligung auch durch verwaltungs- oder privatrechtlichen Vertrag geregelt werden könne. Zudem könnten die Kriterien, die zur Unterscheidung von gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung bei öffentlichen Sachen angewandt würden nicht undifferenziert auch auf Verwaltungsvermögenswerte angewandt werden (vgl. auch Fn. 117 vorliegenden Papers).

¹⁸² BGE 127 I 84 S. 89, E. 4b; JAAG, Gemeingebrauch, S. 164; MOSER, S. 201.

¹⁸³ BGE vom 18. Februar 1991, in: ZBI 93/1992 40 ff., E. 3 S. 43 f.; BGE 1 C_312/2010 vom 8. Dezember 2010, E. 4, 5; BVGer C-6123/2009 vom 20. Juni 2011, E. 3.2.2; HEER, S. 35 f., mit weiteren Ausführungen zu den entsprechenden Freiheitsrechten (S. 40 ff.); MOSER, S. 203 f., der eine direkte grundrechtliche Verpflichtung des Gemeinwesens annimmt, wenn ideelle Freiheitsrechte betroffen sind, bei einer Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit jedoch anbringt, dass wohl meistens auch andere Grundrechte wie das Gleichbehandlungsgebot betroffen sind; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 50 N 3, die keinen Unterschied zwischen den ideellen Grundrechten und der Wirtschaftsfreiheit machen sondern einen bedingten Anspruch bei beiden gleichermassen bejahen. Mit der Begründung, dass das Gemeinwesen kein faktisches Monopol besitzt, wurde denn auch ein direkter grundrechtlicher Anspruch auf „Ganzbemalung“ von zum Verwaltungsvermögen gehörenden Bussen verneint (BGE 127 I 84, E. 4b S. 89). Gemäss JAAG besteht grundsätzlich keine Pflicht des Gemeinwesens, dem Privaten das Verwaltungsvermögen für dessen Zwecke zur Verfügung zu stellen, wenn keine Ausübung ideeller Grundrechte sondern die Wirtschaftsfreiheit geltend gemacht wird (Gemeingebrauch, S. 164).

¹⁸⁴ Wie dies bei der Benutzung eines Gemeindsaals durch eine politische Gruppierung zur Durchführung einer Mitgliederversammlung zu bejahen war (vgl. BGE 1 P.170/1978 vom 19. März 1980). Zum Ganzen JAAG, Gemeingebrauch, S. 164; MOSER, S. 202 f.

ter ist ideellen Interessen an der Nutzung wohl stärkeres Gewicht beizumessen als kommerziellen Interessen.¹⁸⁵ Bezüglich der Randnutzung von Verwaltungsvermögen als Spezialfall der ausserordentlichen Nutzung ist ein direkter grundrechtlicher Anspruch wohl eher zu verneinen.¹⁸⁶ Eine Randnutzung liegt vor, wenn Werte des Verwaltungsvermögens zwar nicht ihrer Zweckbestimmung nach benutzt werden, ihr bestimmungsgemässer Gebrauch durch diese „zweckfremde“ Nutzung aber nicht beeinträchtigt wird.¹⁸⁷

6.3.2. Bewilligungspflicht

Bewilligungen dienen im hier relevanten Bereich der präventiven Kontrolle und der Koordination der Nutzung öffentlicher Sachen durch Private.¹⁸⁸ Analog zur Situation bei der Sondernutzungskonzession wird auch die Bewilligungspflicht meist in Zusammenhang mit der Benützung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch genannt. Wie dargelegt ist diese vergleichbar mit der ausserordentlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen, weshalb die Ausführungen zum Gemeingebrauch auch für die Bewilligungspflicht bei einer ausserordentlichen Nutzung herangezogen werden können.¹⁸⁹

Ob ein Gemeinwesen zur Einführung einer Bewilligungspflicht einer gesetzlichen Grundlage bedarf ist umstritten, nach heutigem Stand aber in der Tendenz zu bejahen (siehe nur Art. 5 BV). Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass die Bewilligungspflicht ohnehin im Hinblick auf die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit in einer generell-abstrakten Norm festgehalten werden muss.¹⁹⁰ Dabei muss es sich in Anbetracht der Herrschaft des Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen nicht um eine Rechtsgrundlage in einem Gesetz im formellen Sinn handeln sondern es genügt die Regelung in einer Verordnung.¹⁹¹ Demgegenüber steht eine stark angejahrte bundesgerichtliche Rechtsprechung, die für die Einführung einer Bewilligungspflicht keine gesetzliche Grundlage verlangt, da dem Gemeinwesen

¹⁸⁵ Bezüglich des gesteigerten Gemeingebrauchs an öffentlichem Grund führte das BGer aus: „Bei nicht ideellen Motiven für die Beanspruchung von öffentlichem Grund darf das öffentliche Interesse am ungestörten Gemeingebrauch stärker veranschlagt werden, und es widerspricht unter anderem nicht der Handels- und Gewerbefreiheit, wenn rein kommerzielle weniger stark gewichtet werden als ideelle Interessen.“ (BGE 126 I 133, E. 4.d S. 140). So auch JAAG, Gemeingebrauch, S. 157 f. Grundsätzlich zur Unterscheidung des ideellen Gehalts der ideellen Freiheitsrechte bzw. dem institutionellen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit vgl. MOSER, S. 530 f.

¹⁸⁶ Ein grundrechtlicher Anspruch auf Randnutzung von Verwaltungsvermögen besteht insbesondere dann nicht, wenn das Gemeinwesen in Bezug auf die entsprechenden Verwaltungsvermögenswerte kein faktisches Monopol innehat, sondern sich geeignete Vermögenswerte auch in privatem Besitz befinden (BGE 127 I 84, E. 4b S. 89). Vgl. auch JAAG, Gemeingebrauch, S. 164; MOSER, S. 205.

¹⁸⁷ KUNZ, Verfahren, S. 386; MOSER, S. 205; VOGEL, S. 64. Anders HEER, S. 18, der die Randnutzung als „Ebenbild“ der ausserordentlichen Nutzung beschreibt mit der einzigen Unterscheidung, dass erstgenannte sich auf die staatliche und zweitgenannte sich auf die private Sichtweise bezieht.

¹⁸⁸ BGE 126 I 133, E. 4d S. 139 f. m.w.H.; BGer 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012, E. 2.1; BGer 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012; PASCAL ECKENSTEIN, Spannungsfelder bei nachbarrechtlichen Klagen nach Art. 679 ZGB, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 225, Zürich 2010, S. 79; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2403; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 12, zur Bewilligung bei Veranstaltungen zudem THOMAS WIDMER DREIFUSS, Planung und Realisierung von Sportanlagen, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 151, Zürich 2002, S. 212.

¹⁸⁹ Vgl. Kap. 6.2.2.1 vorliegenden Papers.

¹⁹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2404; JAAG, Gemeingebrauch, S. 152 Fn. 36; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 15 f. A.M. WIEDERKEHR/RICHLI, N 502.

¹⁹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2404; MOSER, S. 259, der aber, zumindest im Bereich der Schutzrechte, eine – wenn auch relativ unbestimmte – Norm auf Gesetzesstufe fordert, die durch Verordnungsbestimmungen ausgeführt werden kann; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 16. Allgemein spricht sich ein Teil der Lehre dafür aus, an die gesetzliche Grundlage für die Randnutzung von Verwaltungsvermögen nur geringe Anforderungen zu stellen bzw. eine solche auch ohne gesetzliche Grundlage zuzulassen (so FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basler Diss. 1996, Basel/Frankfurt a. M. 1997, insbesondere S. 100 ff., 250 f.; DANIEL KETTIGER, Die Einführung von New Public Management aus gesetzgeberischer Sicht, in: AJP 2003 S. 641 ff., S. 651; VOGEL, S. 252, der die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage umso höher ansetzen will, je näher die Randnutzung an eine eigentliche wirtschaftliche Nebentätigkeit heranreicht).

die entsprechende Befugnis bereits aufgrund seiner Verfügungsmacht über die öffentlichen Sachen zukomme.¹⁹² Zwar erkannte das Bundesgericht, dass die rechtssatzmässige Normierung der Bewilligungspflicht im Hinblick auf die Ausübung von Freiheitsrechten wünschbar sei,¹⁹³ doch scheint es an dieser Auffassung in neueren Entscheiden wiederum nicht festhalten zu wollen.¹⁹⁴

6.3.3. Benutzungsgebühr

Im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs bzw. der vorliegend interessierenden ausserordentlichen Nutzung von Verwaltungsvermögenswerten dürfen Benutzungsgebühren erhoben werden.¹⁹⁵ Es erscheint sachgemäss, bei der Höhe der Benutzungsgebühr auf die Veranlassung der Benutzung abzustellen. So kann das Gemeinwesen bei einem kommerziell motivierten Privaten marktkonforme Gebühren erheben.¹⁹⁶ Dies scheint auch unter Berücksichtigung der Wettbewerbsneutralität bzw. der daraus fliessenden Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden angebracht, da so verhindert werden kann, dass Benützer von Verwaltungsvermögenswerten bessergestellt werden als Benützer privater Anlagen und auf diese Weise ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile erlangen.¹⁹⁷ Stehen hingegen ideelle Motive des Privaten im Vordergrund, sollte das Gemeinwesen bei der Gebührenbemessung Zurückhaltung üben und höchstens Kanzleigeühren erheben.¹⁹⁸ Hat die Benutzung einen Marktwert, muss die Höhe der Benutzungsgebühr nicht zwingend in einem formellen Gesetz bestimmt sein, sofern das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip begrenzende Wirkung entfalten. Ist dies nicht der Fall, ist eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich.¹⁹⁹

6.3.4. Bewilligungserteilung

Im Rahmen des Gemeingebrauchs besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Bewilligung.²⁰⁰ Nur wenn die Benützung öffentlicher Sachen für die Ausübung von Freiheitsrechten erforderlich ist, besteht ein bedingter Anspruch auf deren Bewilligung.²⁰¹ Diese Unterscheidung zwischen dem nicht vorhandenen bzw. bedingten Anspruch kann sinngemäss auf die Benutzung von

¹⁹² BGE 109 Ia 208, E. 4b S. 211; 105 Ia 91, E. 2 S. 93; 100 Ia 392, E. 3 S. 398.

¹⁹³ So in BGE 119 Ia 445, E. 2a S. 449; 121 I 279, E. 2b S. 283.

¹⁹⁴ Vgl. BGE 132 I 97, E. 2.2 S. 100.

¹⁹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2407; HEER, S. 135 f.; MOSER, S. 262; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 17.

¹⁹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2407; HEER, S. 138, spricht sich dabei für eine Anwendung des Äquivalenzprinzips aus, wonach, wenn vergleichbare Leistungen auch durch Private erbracht werden, auf den Marktwert abgestellt werden kann.

¹⁹⁷ HEER, S. 139, nach dem sich die Gebühren an den Marktpreisen orientieren sollten, um die Entstehung von Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden; JAAG, Gemeingebrauch, S. 161 f.; MOSER, S. 265 f.

¹⁹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2407; HEER, S. 138; JAAG, Gemeingebrauch, S. 164; MOSER, S. 264.

¹⁹⁹ BGE 122 I 279, E. 6c S. 289 f.; 121 I 230, E. 3g aa S. 238; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2705; HEER, S. 146, gemäss welchem auf eine formell-gesetzliche Grundlage zudem verzichtet werden kann, wenn der Nutzungsberechtigte auf Angebote privater Leistungserbringer ausweichen kann, da dann der Markt die Preise regelt (so auch BGE 122 I 279, E. 6c S. 289 f.); MOSER, S. 263.

²⁰⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2405; JAAG, Gemeingebrauch, S. 159; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 12, 37; MOSER, S. 254; WIEDERKEHR/RICHLI, N 502.

²⁰¹ BGE 138 I 274, E. 2.2.2 S. 282; 135 I 302, E. 3.2 S. 308; BGE 132 I 256, E. 3 S. 259; BGer IP.336/2005 vom 20. September 2005, E. 5; siehe auch BGE 127 I 84 E. 4b S. 88; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2405; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 N 37. Allgemein einen bedingten Anspruch bejahend, wenn die Benutzung mit Freiheitsrechten in Verbindung steht: JAAG, Gemeingebrauch, S. 157 f.; MOSER, S. 254, der auf S. 530 darauf hinweist, dass die Bejahung des bedingten Anspruchs auf gesteigerten Gemeingebrauch im Grundsatz nicht davon abhängt, ob der Ersuchende auf die Benutzung des öffentlichen Grundes zwingend angewiesen ist; WIEDERKEHR/RICHLI, N 502. Zudem JAAG, Gemeingebrauch, S. 159, der einen bedingten Anspruch für Fälle bejaht, in denen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zwingend mit der Benutzung öffentlicher Sachen verbunden ist. Als Beispiel führt er das Taxigewerbe in grösseren Städten an, wo dieses meist nur möglich ist, wenn öffentlicher Grund für Taxistandplätze zur Verfügung gestellt wird.

Verwaltungsvermögen übertragen werden. Gemäss Bundesgericht trifft die Rechtsprechung zum bedingten Anspruch analog auch auf die Benutzung von Verwaltungsvermögen zu.²⁰² Im Unterschied zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ist das Gemeinwesen bezüglich der Benutzung von Verwaltungsvermögen jedoch nur dann verpflichtet, dieses einem Privaten zur Verfügung zu stellen, wenn die Grundrechtsausübung auf andere Weise – ohne Inanspruchnahme des Verwaltungsvermögenswertes – nicht möglich wäre.²⁰³ Das Gemeinwesen hat sein Verhalten aber, wenn es Verwaltungsvermögen zur Benutzung zur Verfügung stellt, am Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung der Konkurrenten auszurichten.²⁰⁴ Dies umso mehr, je stärker der Private auf die Benützung von Verwaltungsvermögenswerten angewiesen ist. Stehen diesen hingegen private Anbieter zur Verfügung, kann er auf diese ausweichen und an das Verhalten des Gemeinwesens sind in der Folge geringere Anforderungen zu stellen.²⁰⁵

6.4. Privatrechtlicher Vertrag

6.4.1. Öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Handeln

Bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelt ein Gemeinwesen normalerweise hoheitlich. Zwischen Gemeinwesen und Privaten entsteht als Folge das für die Beziehung zwischen Staat und Bürgern typische Subordinationsverhältnis. Jedoch kann ein Gemeinwesen im Rahmen seiner Handlungen unter bestimmten Umständen auf derselben Ebene und in einer vergleichbaren Position wie Private verkehren und im Rahmen dieser Handlungen als Privatrechtssubjekt auftreten.²⁰⁶ Privatrechtliches Auftreten eines Gemeinwesens ist sowohl bei der unmittelbaren und mittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben als auch bei der Wahrnehmung wirtschaftlicher Tätigkeiten denkbar.²⁰⁷ Kein Raum für privatrechtliches Tätigwerden des Gemeinwesens besteht dort, wo eine Materie bereits abschliessend durch das öffentliche Recht geregelt ist.²⁰⁸ Auch bei der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ist das Gemeinwesen aufgrund des Legalitätsprinzips an das anwendbare öffentliche

²⁰² BGE 127 I 164, E. 3b S. 170; BGer P.170/1978 vom 19. März 1980, E. 3; IP.304/1990 vom 18. Februar 1991, E. 3. So auch das Bundesverwaltungsgericht in BVGer C-6123/2009, E. 3.2. Den Rechtsanspruch auf Benutzung eines zum städtischen Verwaltungsvermögen gehörenden Theaters bejahte das BGer auch in BGer 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010, wobei die Begründung dogmatisch wenig überzeugt.

²⁰³ BGE 127 I 84, E. 4b S. 89; ANDREAS BAUMANN, Kommentar zu § 103, in: Andreas Baumann et al. (Hrsg.), Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2013, N 6; JAAG, Gemeingebrauch, S. 164; MOSER, S. 203. HEER, S. 61, äussert sich bezüglich der Abhängigkeit einer Erwerbstätigkeit von der Benutzung des Verwaltungsvermögens dahingehend, dass die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung von Konkurrenten die auf öffentlichen Bussen werben möchten eher zulässig ist, wenn diesen noch andere Werbemöglichkeiten offenstehen, da eine Wettbewerbsverzerrung in einem solchen Fall zu verneinen ist. Ist ein Konkurrent zudem stärker als ein anderer auf die Benutzung des Verwaltungsvermögens angewiesen und hat der andere Ausweichmöglichkeiten, so kann die Bevorzugung des Erstgenannten sachlich gerechtfertigt sein (ders., S. 68).

²⁰⁴ HEER, S. 141, der eine Differenzierung der Höhe der Benutzungsgebühr bei wirtschaftlicher Nutzung des Verwaltungsvermögens nach dem Kriterium der Ortsansässigkeit als gegen die Wettbewerbsneutralität verstossend bezeichnet, da der Staat die Konkurrenten gleich behandeln muss; MOSER, S. 203. Zur Gleichbehandlung der Konkurrenten bei ideeller bzw. wirtschaftlicher Nutzung des Verwaltungsvermögens vgl. HEER, S. 50 ff. bzw. S. 59 ff. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2336, nennen als zu beachtende Grundsätze ebenfalls das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten sowie das Willkürverbot.

²⁰⁵ BGE 127 Ia 84, E. 4c S. 90 f.; MOSER, S. 203 f.

²⁰⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 272; VOGEL, S. 22. Zum Begriff des „Privatrechtssubjekts“ vgl. YVO HANGARTNER, Bemerkungen zu BGE 131 I 91, in: AJP 2005, S. 1412 ff., S. 1414.

²⁰⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 272; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 42 N 4. Zur unternehmerischen Tätigkeit des Staates vgl. insb. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 18 N 10 ff.

²⁰⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 275; RAINER SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004, N 1765.

Verwaltungsrecht gebunden und kann sich nicht auch der zivilrechtlichen Handlungsform bedienen.²⁰⁹ Selbst wenn dies nicht der Fall ist, kann die Verwaltungsbehörde nicht frei zwischen der Anwendung von privatem und öffentlichem Recht wählen, sondern muss prüfen, ob nach Sinn und Zweck der vorhandenen (aber nicht abschliessenden) Regelung öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Handeln geboten ist.

6.4.2. Zulässige privatrechtliche Tätigkeit des Gemeinwesens

Tritt das Gemeinwesen nicht in seiner hoheitlichen Rolle auf, sondern verkehrt es auf derselben Stufe wie Private, ist auf dieses Verhältnis die privatrechtliche Grundordnung anwendbar.²¹⁰ Zulässig ist privatrechtliches Handeln des Staates namentlich im Bereich der administrativen Hilfstätigkeit. Diese umfasst die freie Beschaffung der für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendigen Sachgüter und Leistungen.²¹¹ Auch zulässig ist privatrechtliches Handeln im Rahmen der Verwaltung des Finanzvermögens, das dem Gemeinwesen nur mittelbar durch seinen Vermögenswert oder seine Erträge dient,²¹² sowie bei der Teilnahme des Gemeinwesens am wirtschaftlichen Wettbewerb in Konkurrenz zu Privaten.²¹³ Weiter kann sich ein Gemeinwesen in Teilen der Leistungsverwaltung der privatrechtlichen Handlungsform bedienen.²¹⁴ Dies insbesondere dann, wenn die gegenüber Privaten erbrachten Leistungen nur mittelbar der Verfolgung öffentlicher Interessen dienen.²¹⁵ Zuletzt ist die Anwendbarkeit von Privatrecht auch bei der ausserordentlichen Nutzung und der Randnutzung von Verwaltungsvermögen denkbar, sofern diese mit der Zweckbestimmung vereinbar ist und das Gesetz nichts anderes bestimmt; das Gemeinwesen soll nicht durch zivilrechtliche Abwehransprüche in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben behindert werden.²¹⁶ Zudem müssen den Privaten Alternativen zur Verfügung stehen; das Gemeinwesen kann also nur privatrechtlich Handeln, wenn es über kein faktisches Monopol verfügt.²¹⁷ Ob die Erlaubnis zur Rand- bzw. ausserordentlichen Nutzung im Einzelfall besser öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet wird, ist abhängig von dem hinter der ausserordentlichen bzw. Randnutzung stehenden Interessen des Gemeinwesens. Stellt das Gemeinwesen seine Verwaltungsvermögenswerte für Nutzungen zur Verfügung, die im öffentlichen Interesse

²⁰⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 42 N 2. Wobei das Legalitätsprinzip bei Neben- bzw. Randnutzungen von Verwaltungsvermögen weniger streng gehandhabt wird (ANDREAS LIENHARD, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft? - Vom Sinn und Unsinn des Neuen, in: AJP 2010 S. 1381 ff., S. 1388).

²¹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 42 N 5; VOGEL, S. 22 f.

²¹¹ BGE 134 II 297, E. 2.2 S. 301; 128 III 250, E. 2b S. 254; BGE 4A_116/2010 vom 28. Juni 2010; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 279 f.; ARNOLD MARTI, Vorbem. zu Art. 5-6 ZGB, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. I, Einleitungstitel zum ZGB, Art. 1-7 ZGB, Zürich 1998, N 65; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 23 N 4; SCHUMACHER, N 1759; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 42 N 4.

²¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 281 f.; MARTI, N 65; ROSENTHAL/JÖHRI, N 4 zu Art. 23; WIEDERKEHR/RICHLI, N 257.

²¹³ BGE 120 II 321, E. 2d S. 326; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 283 f.; MARTI, N 65. Zum Begriff der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit vgl. ELIANE SCHLATTER, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, in: Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 186, Zürich 2009, S. 28 f.; VOGEL, S. 22 f.

²¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 285 f.; TOBIAS JAAG, Bedarfsverwaltung, in: Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 543 ff., 546 f. (zit.: JAAG, Bedarfsverwaltung); ROSENTHAL/JÖHRI, N 4 zu Art. 23; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 42 N 4; WIEDERKEHR/RICHLI, N 154.

²¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 285 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 42 N 4.

²¹⁶ BGE 132 III 49, E. 2.3 S. 52; 127 I 84, E. 4b S. 88 f.; 120 II 321, E. 2b S. 323; 119 II 411 E. 3b S. 414; 112 II 107, E. I S. 109; 103 II 227, E. 4 S. 234 f.; HEER, S. 13; VOGEL, S. 255.

²¹⁷ HEER, S. 131; VOGEL, S. 255.

erfolgen, drängt sich die Unterstellung dieses Verhältnisses zwischen Gemeinwesen und Privatem unter das öffentliche Recht auf.²¹⁸ Hingegen scheint bei einer rein kommerziell motivierten Zurverfügungstellung von Verwaltungsvermögenswerten, die nicht der Verfolgung öffentlicher Interessen dient, die Anwendung von Privatrecht als angebracht.²¹⁹

6.4.3. Privatrechtliches Staatshandeln in der Rechtsprechung

Privatrechtliches anstelle von öffentlich-rechtlichem Handeln nahm das VGer LU (bestätigt durch das Bundesgericht²²⁰) in einem Entscheid über die Vermietung von Busflächen zu Werbezwecken an.²²¹ Es qualifizierte die Busse der städtischen Verkehrsbetriebe als Verwaltungsvermögen und unterstellte sie damit bezüglich Nutzung und Gebrauch grundsätzlich dem öffentlichen Recht. Jedoch erkannte es, dass in der strittigen Nutzung eine Besonderheit lag, da der zeitgleiche bestimmungsgemässe Gebrauch der Busse durch die aufgedruckte Werbung in keiner Weise eingeschränkt würde. Einer Erfassung dieser Nutzung mittels der für die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch üblichen Kategorien „ausserordentliche Nutzung“ und „Sondernutzung“ sei deshalb kaum beizukommen. Vielmehr qualifizierte das VGer LU die Ganzbuswerbung im vorliegenden Entscheid als atypische oder begleitende Nebennutzung, durch welche die Zweckbestimmung der öffentlichen Sache nicht tangiert würde. Die Sondernutzung schloss es aus, da keine öffentlichen Leistungen, Aufgaben oder Aufträge tangiert würden, sondern die Exklusivität dieser Nutzungsart nur darin bestehe, dass die Vergabe eines ganzen Busses zu Werbezwecken bei beschränktem Angebot konkurrierende Werbung ausschliesst. Da der fragliche Bereich zudem nicht abschliessend durch das öffentliche Recht geregelt und die Anwendbarkeit von Zivilrecht auch nicht ausgeschlossen wurde, erklärte das VGer LU Privatrecht für anwendbar.

Ebenfalls als privatrechtlich qualifizierte das Bundesgericht das Handeln der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) im Bereich der Werbung, da dieses nicht im Rahmen des Programmauftrages (Art. 93 Abs. 2 BV) liege, sondern als privatrechtlich zu beurteilen sei.²²² Das VGer LU zitierte diesen Entscheid in seinem Urteil mit der Bemerkung, hier wie dort gehe es nicht um den Hauptzweck des öffentlichen Handelns, sondern um die Wahrnehmung einer wirtschaftlichen Neben-

²¹⁸ HEER, S. 129 f.; VOGEL, S. 255.

²¹⁹ HEER, S. 131; VOGEL, S. 255. Auch im Bereich der Leistungsverwaltung kann die Beziehung zwischen Gemeinwesen und Privatem privatrechtlich ausgestaltet werden, wenn das Gesetz entsprechenden Spielraum belässt und nicht eigentlich hoheitliche sondern gewerbliche Tätigkeiten in Frage stehen (BGE 131 II 162, E. 2.4 S. 167).

²²⁰ BGE 127 I 84.

²²¹ VGer LU vom 14. August 2000, abgedruckt in ZBI 103/2002 S. 95 ff. An dieser Stelle sei angemerkt, dass ein Gemeinwesen auch im Rahmen privatrechtlichen Handelns die Grundrechte der Bürger wahren muss (vgl. dazu VGer LU vom 14. August 2008, E. 5b; BGE 127 I 84, E. 4c S. 90; 139 I 306, E. 3.2.2 S. 311).

²²² BGE 123 II 402, E. 3cc S. 412. Werbeverträge zwischen der SRG und dem an der Ausstrahlung von Werbung interessierten unterliegen damit dem Privatrecht (BGE 139 I 306, E. 3.2.2 S. 311; 123 II 402, E. 3cc S. 412). Trotz der privatrechtlichen Natur des Vertrages ist die SRG gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden und hat zu deren Verwirklichung beizutragen (BGE 139 I 306, E. 3.2.2 S. 311). Vgl. zu BGE 123 II 402 ferner auch das Urteil des EGMR vom 28.6.2001, Nr. 24699/94, VgT gegen die Schweiz, in: VPB 65/2001 Nr. 119 Ziff. 63 oder medalex 2001, S. 158 ff.

tätigkeit, die allein der Verbesserung der finanziellen Situation und damit auch der Konsolidierung der primären Aufgabenerfüllung dient.²²³

7. Abgrenzung und Schnittstellen der Rechtsgrundlagen

7.1. Unterscheidungskriterien von öffentlichem Auftrag und Konzession

Submissionen sind mit der Erteilung von Konzessionen vergleichbar, weshalb die Beurteilung, ob ein vergabe- oder konzessionsrechtlicher Tatbestand erfüllt ist, im Einzelfall schwerfallen kann. Beide Verfahren haben die staatliche Privilegierung eines Privaten zum Gegenstand, der (zumeist) unter einer Mehrzahl von Bewerbern ausgewählt werden muss.²²⁴ Um eine Unterscheidung zwischen öffentlichen Beschaffungen und Konzessionen vorzunehmen, kann auf die nachfolgend dargelegten Kriterien abgestellt werden.

7.1.1. Leistung und Stellung des Gemeinwesens

Nach Lehre und Rechtsprechung ist Charakteristika einer öffentlichen Beschaffung die geldwerte Leistung des Gemeinwesens an den Leistungserbringer.²²⁵ Hingegen besteht die Leistung des Gemeinwesens im Rahmen einer Konzessionserteilung in der Übertragung eines (exklusiven) Nutzungsrechts an einen Privaten.²²⁶ Während das Gemeinwesen im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung also als Nachfrager auf dem freien Markt auftritt und gegen Bezahlung eines Entgelts die Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erwirbt, räumt es im Rahmen einer Konzessionserteilung ein Recht ein und tritt damit als Anbieter auf.²²⁷ Seine Stellung auf dem freien Markt ist bei der öffentlichen Beschaffung demnach eine andere als bei der Konzessionserteilung.

7.1.2. Veranlassung des Rechtsgeschäfts

Das Gemeinwesen hat im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung ein spezifisches Interesse an der nachgefragten Leistung, die es zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben einsetzen will. Aus diesem Grund veranlasst es das betreffende Geschäft, das ohne seine Initiative unterbleiben würde.²²⁸ Im Gegensatz dazu ist das Gemeinwesen bei der Erteilung von Konzessionen weniger an den durch ihnen bewilligten Leistungen interessiert und verfolgt in diesem Sinne eher ein Interesse an der Regulierung der Wirtschaftstätigkeit Privater denn ein spezifisches Interesse an der durch die Privaten

²²³ VGer LU vom 14. August 2000, E. 2b S. 98.

²²⁴ ROBERT HADORN, Die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken, in: PBG 2001/3 S. 35 ff., S. 38 f.; KUNZ, Konzessionen, N 17; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 29 f.

²²⁵ BEYELER, Geltungsanspruch, N 604; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 181, 1221; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 30; KUNZ, Verfahren, S. 169; TRÜEB/ZIMMERLI, S. 134.

²²⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 206; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 30; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 45 N 38, 41; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 15; WALDMANN, S. 2.

²²⁷ So stellte das BGer in BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f. fest, dass die Stadt Genf im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Plakataushängeflächen nicht als Nachfragerin sondern als Anbieterin auftritt, da sie bezüglich dieser Flächen über ein Monopol verfügt und damit das Recht, diese öffentlichen Flächen zu nutzen, „verkauft“. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 181; TRÜEB/ZIMMERLI, S. 134; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1364, 1366.

²²⁸ BEYELER, Geltungsanspruch, N 672. Vgl. Kap. 6.I vorliegenden Papers.

erbrachten Leistungen.²²⁹ Das Gemeinwesen verfolgt dabei das Ziel, die öffentlichen Interessen mittels staatlicher Regulierung durchzusetzen, wenn der freie Wettbewerb im Falle von Monopolkonzessionen oder die uneingeschränkte Benutzung des öffentlichen Grundes im Falle von Sondernutzungskonzessionen denselben nicht gerecht würden.²³⁰ Bei der Konzessionserteilung wird die Leistung des Privaten somit, im Unterschied zur öffentlichen Beschaffung, nicht für die mittelbare oder unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe benötigt und deshalb auch nicht direkt durch das Gemeinwesen veranlasst sondern lediglich von diesem reguliert.

7.1.3. Zugrundeliegendes öffentliches Interesse

Der öffentliche Auftrag lässt sich von einer Konzession ferner anhand des ihm zugrundeliegenden öffentlichen Interesses unterscheiden. Während im Submissionsverfahren die wirtschaftliche Beschaffung von Gütern und die Gewährleistung des Wettbewerbs im Vordergrund stehen, zielt das Konzessionierungsverfahren darauf ab, die Konzessionen so zu verteilen, dass der Leistungsauftrag optimal erfüllt wird.²³¹

7.2. Abgrenzung der Bewilligung

7.2.1. Gegenüber der Konzession

Das wirtschaftsregulatorische Instrument der Bewilligung dient dazu, die Wahrnehmung einer Wirtschaftstätigkeit von der Erfüllung bestimmter rechtlicher Voraussetzungen abhängig zu machen.²³² Der Kreis derjenigen, welche diese Voraussetzungen erfüllen und eine Bewilligung verlangen können, ist zahlenmässig nicht begrenzt. Während konzessionierte Tätigkeiten im Ergebnis nur einem beschränkten Kreis von Monopol- oder Sondernutzungskonzessionären vorbehalten bleiben, stehen bewilligungspflichtige Tätigkeiten grundsätzlich allen Wirtschaftsteilnehmern offen, sofern die Voraussetzungen erfüllt und eine Bewilligung erwirkt wurde.²³³ Weiter unterscheidet sich die Bewilligungspflicht von der Konzessionierung durch die Natur der mittels Bewilligung bzw. Konzession eingeräumten Rechten. Dem Privaten werden durch die Konzessionserteilung wohlverworbene Rechte eingeräumt, die rechtsbeständig sind und durch die Eigentumsgarantie und das Prinzip des Vertrauens

²²⁹ Vgl. zur Regulierung der privaten Wirtschaftstätigkeit BGE 125 I 209, E. 6b S. 214 f.; BGE 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.3; BEYELER, Geltungsanspruch, N 670, 776; KUNZ, Verfahren, S. 169; WIEDERKEHR/ABEGG, S. 652. Vgl. auch WEKO, Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz, in: RPW 2014/4 S. 801 ff., N 41. Zum nicht vorhandenen spezifischen Interesse vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, N 672, 780, 811. Ausnahmen hiervon bilden die Monopolkonzession mit Auftragsselementen, die Erteilung einer Konzession verbunden mit einem öffentlichen Auftrag sowie die Sondernutzungskonzession im Rahmen öffentlicher Aufträge (BEYELER, Geltungsanspruch, N 783, 802, 821). Ein Interesse des Gemeinwesens an der spezifischen Leistung des Privaten kann wohl auch in Fällen bejaht werden, in denen eine Ausübungspflicht des Konzessionärs vorgesehen wird (zu dieser vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2611, die eine Ausübungspflicht zumindest beim Vorliegen eines öffentlichen Interesses bejahen; MAYHALL, S. 62, die bezüglich der Ausübungspflicht ebenfalls ein öffentliches Interesse voraussetzt; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 33 unter Hinweis auf die Konzession des öffentlichen Dienstes; POLEDNA, N 246. Allgemein zur Ausübungs- bzw. Betriebspflicht vgl. HETTICH/BÜHLER, S. 111 f.).

²³⁰ BEYELER, Geltungsanspruch, N 670, 776; KUNZ, Konzessionen, N 15.

²³¹ BVGE 2009/64 vom 16. September 2009, E. 6.5.

²³² BEYELER, Geltungsanspruch, N 377; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 17; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 44 N 2.

²³³ BEYELER, Geltungsanspruch, N 774, 821; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 15. Dies trifft zumindest bezüglich der Polizeibewilligungen zu. Bei wirtschaftspolitischen Bewilligungen sowie Bewilligungen für den gesteigerten Gemeindegebrauch ist die Anzahl der zu vergebenden Bewilligungen i.d.R. beschränkt (vgl. KUNZ, Verfahren, S. 30 ff.).

ensschutzes geschützt werden.²³⁴ Es handelt sich dabei um vermögenswerte Ansprüche gegenüber dem Gemeinwesen, weshalb dieses von einer Konzession nicht ohne weiteres einseitig abgehen kann.²³⁵ Hingegen kann eine Bewilligung auch wieder entzogen werden, wobei das Gemeinwesen hierfür unter Umständen eine Entschädigung leisten muss (Investitionsschutz).²³⁶ Zudem kann auch nach der durch eine Konzession bzw. Bewilligung erlaubten Tätigkeit differenziert werden. So geht es bei der Bewilligung um die behördliche Zustimmung zu einer privat ausgeübten Tätigkeit, während mittels einer Konzession ein Privater zur Ausübung einer grundsätzlich dem Gemeinwesen vorbehaltenen Tätigkeit berechtigt wird.²³⁷

7.2.2. Gegenüber dem öffentlichen Auftrag

Die mittels Bewilligungen zugelassenen Wirtschaftshandlungen finden im Gegensatz zu den im Rahmen von öffentlichen Aufträgen *nachgefragten* Leistungen nicht auf Veranlassung des Gemeinwesens hin statt.²³⁸ Sie würden durch Private auch bei fehlendem Bewilligungssystem erbracht werden. Dieses dient somit nicht dazu, Private zu Leistungserbringungen an ein Gemeinwesen zu veranlassen, sondern es soll die Vermeidung unerwünschter Nebenwirkungen dieser Handlungen und die staatliche Kontrolle sowie Überwachung der privaten Tätigkeit mit dem Zweck der Verwirklichung öffentlicher Interessen (vor allem Polizeigüterschutz) sicherstellen.²³⁹

7.3. Abgrenzung der privatrechtlichen Tätigkeit des Gemeinwesens

Privatrechtliches Auftreten eines Gemeinwesens wird dort angenommen, wo eine Tätigkeit nicht den Hauptzweck des staatlichen oder öffentlichen Handelns sondern eine wirtschaftliche Nebentätigkeit darstellt, die nur der Verbesserung der finanziellen Situation und damit auch der Konsolidierung der primären Aufgabenerfüllung dient.²⁴⁰ Solange es sich nicht um einen Bereich handelt, der durch öffentliches Recht abschliessend geregelt wird oder für den die Anwendbarkeit des Zivilrechts ausdrücklich ausgeschlossen wurde, handelt das Gemeinwesen im Rahmen dieser Tätigkeiten privat- und

²³⁴ PETER HÄNNI/THOMAS MEIER, Restwassersanierung auf Kosten der Stromproduktion, in: BR 2013 S. 68 ff., S. 69 bezüglich der Sondernutzungskonzession für die Nutzung der Wasserkraft; MOSER, S. 275; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 43; WALDMANN, S. 13; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1310. Zudem ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007, insb. S. 71 ff. zur Eigentumsgarantie und S. 77 ff. zum Vertrauensschutz. Kritisch zum Schutz der wohlerworbenen Rechte durch Eigentumsgarantie und Vertrauensschutz POLEDNA, N 169. Ausdrücklich genannt werden diese wohlerworbenen Rechte in Art. 43 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkraft (WRG, SR 721.80) bzgl. der Verleihung von Wasserrechten.

²³⁵ BGE 127 II 69, E. 5a S. 76; 126 II 171, E. 4b S. 181; BGer 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005, E. 3.2; 2P.103/2000 vom 30. Oktober 2000, E. 5a; HÄNNI/MEIER, S. 69; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 43; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1311.

²³⁶ Die Frage, ob eine Entschädigung geschuldet ist oder nicht, kann nach vorliegend vertretener Auffassung nicht abstrakt gestützt auf das Instrument der Bewilligung beurteilt werden. Vielmehr ist auf die Frage abzustellen, ob Vertrauenspositionen beachtet werden müssen, aufgrund derer Private erhebliche Investitionen vorgenommen haben. Bzgl. der Beschränkung der Laufzeit bestehender KKW hält das Bundesamt für Justiz in seinem Gutachten VPB 1/2013 vom 18. September 2013 S. 7 f. fest, dass eine Entschädigungspflicht für die Betreiber bestehender Werke gestützt auf die aus der Eigentumsgarantie fließenden Wertgarantie allenfalls zu bejahen ist. Vgl. allgemein auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 997 ff., 1219; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 N 43. Zudem MOSER, S. 254, nach welchem eine Bewilligung grundsätzlich entschädigungslos wieder entzogen werden kann. Vgl. ferner BGer 2A_504/2006 vom 28. Februar 2007, E. 2.4 zu den gesetzlich geregelten Entschädigungspflichten des Bundes beim Widerruf von Bewilligungen.

²³⁷ MOSER, S. 283; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 16.

²³⁸ BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.3; BEYELER, Geltungsanspruch, N 822.

²³⁹ BEYELER, Geltungsanspruch, N 774, 822; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2403; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 44 N 2, welche die Funktion der Bewilligung allgemein in der präventiven Überprüfung einer privaten Tätigkeit auf deren Übereinstimmung mit dem anwendbaren Recht sehen.

²⁴⁰ VGer Luzern vom 23. April 2001, E. 2b, abgedruckt in: ZBI 103/2002, S. 95 ff. Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 42 N 5.

nicht öffentlich-rechtlich.²⁴¹ Namentlich kann die Vergabe von Werbeflächen auf zum Verwaltungsvermögen gehörenden öffentlichen Transportmitteln privatrechtlich erfolgen.²⁴²

²⁴¹ VGer Luzern vom 23. April 2001, E. 2a.

²⁴² BGE 127 I 84, E. 4b, 4c S. 88 ff.