



# Drittnutzung öffentlicher Dachflächen für Photovoltaikanlagen

## Handlungsempfehlungen für Gemeinden

SIMONE WALTHER



LIVIA CAMENISCH

*Angeregt durch die staatlichen Fördermassnahmen für erneuerbare Energien wird aktuell eine Vielzahl von Dachflächen mit Photovoltaikanlagen bebaut. Die Bereitstellung von Dachflächen an private Unternehmen kann aus wirtschaftlichen Gründen oder aus Interesse an der Förderung erneuerbarer Energien im Sinne der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auch für Gemeinwesen attraktiv sein. Vorliegender Aufsatz widmet sich der sinnhaften Ausgestaltung des Verfahrens einer solchen Bereitstellung. Die Autorinnen kommen zum Schluss, dass eine vergaberechtlich relevante Situation nur bei einem Eigenbezug der produzierten Energie vorliegt. Entscheidet sich das Gemeinwesen gegen einen solchen Bezug, kann die Drittnutzung der Dachfläche – abhängig von der konkreten Interessenlage – durch Bewilligung oder privatrechtlichen Vertrag erfolgen. In beiden Fällen empfiehlt es sich, neben den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen auch die Gebote der Transparenz sowie der Gleichbehandlung von Konkurrenten zu beachten.*

*Actuellement, de nombreux panneaux photovoltaïques sont installés sur les toitures grâce aux mesures d'encouragement de l'Etat pour les énergies renouvelables. La mise à disposition de toitures à des entreprises privées peut aussi être intéressante pour les collectivités publiques, que ce soit pour des motifs économiques ou pour promouvoir les énergies renouvelables et ainsi concrétiser une tâche publique. Le présent article se consacre à un aménagement intelligent de la procédure lors d'une telle mise à disposition. Les autrices parviennent à la conclusion que cette situation ne relève des marchés publics que lorsque les collectivités publiques se procurent l'énergie produite. Si la collectivité publique décide de ne pas s'approvisionner, l'utilisation des toitures par des tiers est soumise à autorisation ou régie par un contrat privé, en fonction des intérêts en présence. Dans les deux cas, il est recommandé d'observer, en plus des exigences minimales d'un Etat de droit, le principe de la transparence et celui de l'égalité de traitement entre les concurrents.*

### Inhaltsübersicht

- I. Problemdarstellung und Untersuchungsfrage
- II. Interessenlage
  - A. Bezug der Leistung
  - B. Verfolgung öffentlicher Interessen
  - C. Vereinbarung einer Betriebspflicht
  - D. Risikoverteilung
  - E. Verfahren bei Streitigkeiten
- III. Regelungsinstrument
  - A. Gebrauchsbewilligung
    1. Dachflächennutzung als ausserordentliche Nutzung
    2. Rechtliche Rahmenbedingungen der ausserordentlichen Nutzung
  - B. Privatrechtlicher Vertrag
  - C. Weitere Regelungsinstrumente
    1. Öffentlicher Auftrag und Baukonzession
    2. Monopol- und Sondernutzungskonzession
- IV. Verfahren der Nutzungsrechtserteilung
  - A. Rechtliche Vorgaben
  - B. Empfehlung zur Handhabung des Verfahrens
    1. Erfüllen der rechtsstaatlichen Minimalanforderungen
    2. Darüber hinausgehende Information und Transparenz

### I. Problemdarstellung und Untersuchungsfrage

Aus Furcht vor politischen Skandalen üben sich kommunale Gemeinwesen bei beschaffungsrechtlichen Sachverhalten zu Recht in Vorsicht. So auch bei der in jüngerer Zeit vielerorts stattfindenden Bebauung von Dachflächen mit Photovoltaikanlagen. Kommunale Gemeinwesen sind typischerweise Eigentümer zahlreicher Dächer, die sich zur Bebauung mit Photovoltaikanlagen eignen würden. Die Gemeinwesen stehen dabei vor der herausfordernden Frage nach der rechtsgenügenden Vergabe ebensolcher Bauvorhaben an Private. Diese Verunsicherung gab den Autorinnen Anlass zur vorliegenden Untersuchung. Überraschenderweise konnte festgestellt werden, dass der Spielraum der Gemeinwesen bei der Ausgestaltung dieses Verfahrens erstaunlich gross und die Anwendung des Beschaffungsrechts abhängig von der jeweiligen Interessenlage nicht zwingend ist.

### II. Interessenlage

Der Antrieb eines Gemeinwesens zur Bereitstellung öffentlicher Dachfläche ist entscheidend für die Ausgestaltung des Verfahrens, in welchem die Dachflächen Privaten zur Verfügung gestellt werden. Diese Interessenlage des Gemeinwesens zeichnet sich durch die fünf nachfol-

SIMONE WALTHER, Dr. iur., ist Assistenzprofessorin für Energierecht an der Universität St. Gallen und Rechtsanwältin bei Schärer Rechtsanwälte, Aarau. Die Autorin hat als Rechtsvertreterin einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ein ergebnisoffenes Kurzgutachten zum Thema verfasst.

LIVIA CAMENISCH, B.A. HSG in Law, ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am IFF-HSG der Universität St. Gallen und im Rahmen des schweizerischen Energieforschungszentrums SCCER CREST tätig.

gend dargelegten Elemente aus. Nicht von Relevanz ist nach vorliegend vertretener Auffassung, ob das Gemeinwesen seine Dachflächen einem Dritten bereitstellen will und dafür die Initiative ergreift, oder ob ein Dritter mit diesem Ansinnen an das Gemeinwesen herantritt. Es erscheint nicht sachgerecht, an ein mehr oder minder zufälliges Element die rechtlich doch erhebliche Konsequenz der (Nicht-)Anwendung des Beschaffungsrechts knüpfen zu wollen.<sup>1</sup>

## A. Bezug der Leistung

Ein Gemeinwesen kann den durch die Photovoltaikanlagen erzeugten Strom vollständig oder teilweise selber beziehen. Die Leistung des Privaten umfasst in diesem Fall je nach Interesse des Gemeinwesens 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 der Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts eröffnet sein könnte. Ob der Auftrag zur Lieferung elektrischer Energie als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist, scheint bis anhin nicht restlos geklärt.<sup>2</sup> Würde eine solche angenommen, stellte sich die Frage nach der Qualifikation des öffentlichen Auftrags als Bau-, Dienstleistungs- oder Lieferauftrag.<sup>3</sup> Welche Auftragsart(en) im konkreten Fall betroffen sind,

kann nicht abstrakt beantwortet werden. Es kann wohl angenommen werden, dass bezüglich der Erstellung und Betreuung einer Photovoltaikanlage ein gemischter Auftrag mit Elementen des Lieferauftrags vorliegen würde.<sup>4</sup> Hinsichtlich des Bezugs der produzierten Energie durch das Gemeinwesen wäre von einem mehrjährigen Liefervertrag auszugehen.<sup>5</sup> Zur Überprüfung, ob der für Lieferaufträge massgebliche Schwellenwert von CHF 100'000.00 erreicht wird, ist der Gesamtwert der Energie-Teillieferungen ausschlaggebend.<sup>6</sup> Hinsichtlich der durchschnittlichen Vertragslaufzeit von 15–20 Jahren ist die Anwendung des Beschaffungsrechts – bei einem Bezug der Energie durch das Gemeinwesen – demnach wahrscheinlich.<sup>7</sup> Verzichtet das Gemeinwesen auf den Bezug der Energie, beschränkt sich seine Leistung auf die Bereitstellung der Dachfläche. Im Rahmen dieser Bereitstellung tritt das Gemeinwesen nicht als Nachfrager im Sinne des Beschaffungsrechts auf. Eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht oder eine analoge Anwendung desselben ist nicht möglich. Anzunehmen ist, dass Gemeinwesen die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts nach Möglichkeit vermeiden wollen. Aus Verbrauchersicht ist es irrelevant, ob Gemeinwesen die durch die Photovoltaikanlage produzierte Energie selber beziehen. Auch sind weder Interessen der Gemeinwesen noch der Privaten<sup>8</sup> auszumachen, die einen solchen Bezug

<sup>1</sup> Vgl. auch HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, *Das Vergaberecht der Schweiz*, Bd. 26, 9. A., Zürich 2014, 477. A.M. wohl BGer 2C\_198/2012 E. 5.2.4 f., 6.2: Im Bau eines Parkhauses erblickte das Bundesgericht keine dem Beschaffungsrecht unterstehende öffentliche Aufgabe. Dies umso mehr, als das Projekt aus privater Initiative entstand und sich die Mitwirkung des Kantons auf die Schaffung der notwendigen Rechtsgrundlagen beschränkte.

<sup>2</sup> Vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2013, N 222 mit Verweis auf den Entscheid VGer ZH vom 6. Juni 2001 VB.2000.00406, nach welchem die Verträge eines Gemeinwesens über den Kauf elektrischer Energie nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sind. A.M. MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich 2012, N 984 ff., nach welchem der Einkauf von Strom als öffentlicher Lieferauftrag zu qualifizieren ist, wenn dieser auf einem freien Markt gehandelt wird. Vgl. zur öffentlichen Beschaffung von elektrischer Energie im europäischen Recht EuGH C-448/01 vom 4. Dezember 2003.

<sup>3</sup> Die Qualifikation ist von Bedeutung hinsichtlich der unterschiedlichen Schwellenwerte für Bau- und Dienstleistungsaufträge (CHF 150'000.00) bzw. Lieferaufträge (CHF 100'000.00). Vgl. zu den Schwellenwerten Anhang 2 zur IVöB. Die Schwellenwerte sind für die Jahre 2014/2015 unverändert geblieben (INöB, Mitteilung: Schwellenwerte IVöB für die Jahre 2014/2015, vom 20. Dezember 2013, 1).

<sup>4</sup> Bei einem gemischten öffentlichen Auftrag ist grundsätzlich derjenige Schwellenwert ausschlaggebend, der den gewichtigsten Auftragsanteil betrifft. Dieser Schwellenwert gilt für den gesamten Auftrag (vgl. BEYELER [FN 2], N 1128; GALLI/MOSER/LANG/STEINER [FN 2], N 240; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott [Hrsg.], *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich 2015, N 25.62 f.). Dies gilt zumindest, wenn die Vermischung der verschiedenen Auftragsselemente notwendig ist (BEYELER [FN 2], N 1130).

<sup>5</sup> Auf die rechtlichen Unsicherheiten in Zusammenhang mit der Vergabe langfristiger (Dauer-)Verträge wird vorliegend nicht weiter eingegangen. Vgl. dazu u.a. GALLI/MOSER/LANG/STEINER (FN 2), N 1097 ff.

<sup>6</sup> Siehe z.B. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VÖB) des Kantons St. Gallen (sGS 841.11). Für Beschaffungen auf Bundesebene vgl. Art. 7 BöB und Art. 15 VöB.

<sup>7</sup> So liegt das Investitionsvolumen bei der Photovoltaikanlage auf der AFG-Arena schätzungsweise bei CHF 1.2–1.4 Mio. Die Photovoltaikanlage soll 600kWp Strom liefern (St. Galler Nachrichten Online, Solarkraftwerk auf dem Dach der AFG Arena, 19. März 2015). Dies entspricht einer ungefähren elektrischen Leistung von 570'000kWh/Jahr (gerechnet mit dem Onlineprogramm PVGIS). Bei Bezug der KEV von 18.8 Rp/kWh beträgt der Wert des Strombezugs CHF 107'160.00/Jahr und damit CHF 2.1432 Mio. während einer Vergütungsdauer von zwanzig Jahren. Der massgebende Schwellenwert von CHF 100'000.00 für den Energiebezug dürfte damit bereits bei kleinen Photovoltaikanlagen regelmässig erreicht werden.

<sup>8</sup> Das Interesse des privaten Investors dürfte sich gegen die Anwendung des Beschaffungsrechts richten, da dieses auch für ihn mit

nahelegen würden. Aus diesen Gründen wird vorliegend angenommen, dass sich die meisten Gemeinwesen gegen einen – allenfalls beschaffungsrechtlich relevanten – Bezug der Energie entscheiden würden. Nachfolgende Ausführungen beschränken sich deshalb vorwiegend auf die Situation, in der sich ein Gemeinwesen gegen diesen Bezug entscheidet. In den anderen Fällen wird das Verfahren bei Erreichen der massgebenden Schwellenwerte ohnehin weitestgehend durch das Beschaffungsrecht vorgeschrieben und bedarf daher keiner weiteren Erläuterungen der Autorinnen.

## B. Verfolgung öffentlicher Interessen

In welcher Form die Bereitstellung der Dachfläche erfolgt, wird massgeblich durch das Interesse des Gemeinwesens bestimmt. Erblickt dieses in der Erteilung von Nutzungsrechten an öffentlichen Dachflächen eine öffentliche Aufgabe, drängt sich die Unterstellung dieses Verhältnisses zwischen Gemeinwesen und Privatem unter das öffentliche Recht auf.<sup>9</sup> Ist die Bereitstellung der Dachflächen durch ein Gemeinwesen primär kommerziell motiviert und dient sie nicht der Verfolgung öffentlicher Interessen, kann die Regelung privatrechtlich durch Abschluss eines Vertrags erfolgen.<sup>10</sup> Bei der Beurteilung der Interessenausrichtung eines Gemeinwesens im Energiebereich kann u.a. auf dessen Erlasse abgestellt werden.<sup>11</sup> Auch das Interesse des Gemeinwesens an der Einflussnahme auf den privaten Investor bzw. an der Wahrung hoheitlicher

Aufsichtsinstrumente sollte berücksichtigt werden.<sup>12</sup> Beide sprechen eher für eine öffentlich-rechtliche Regelung. 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 ist.<sup>13</sup>

## C. Vereinbarung einer Betriebspflicht

Mittels der Vereinbarung einer Betriebspflicht kann ein Privater zur Erstellung der Photovoltaikanlage innert bestimmter Frist sowie zum Betrieb und Unterhalt derselben während einer bestimmten Zeitdauer verpflichtet werden. Besitzt ein Gemeinwesen ein dahingehendes (Kontroll-) Interesse, erscheint eine öffentlich-rechtliche Regelung der Dachflächenvergabe als sinnvoll. Die privatrechtliche Regelung der Drittnutzung spricht grundsätzlich 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. Betriebspflichten können in privatrechtlichen Verträgen aber auch in «geminderter» Form – z.B. durch Kündigungsrechte – vorgesehen werden. Unabhängig von der generellen Zulässigkeit der Vereinbarung von Betriebspflichten ist anzunehmen, dass der Berechtigte ein wirtschaftliches Interesse an der Nutzung der ihm entgeltlich bereitgestellten Dachfläche hat, weshalb sich die Regelung einer Ausübungs- bzw. Betriebspflicht regelmässig erübrigen dürfte.<sup>14</sup>

## D. Risikoverteilung

Bei der privatrechtlichen Regelung durch Vertrag können mit der Photovoltaikanlage in Verbindung stehende Risiken im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben vollständig

höheren (Offert-)Kosten sowie Unsicherheit bezüglich der Auftragszusage einhergeht. Sein Interesse beschränkt sich zudem vordergründig auf den zu erwartenden Gewinn, der primär durch die Vereinbarung einer Gebrauchsdauer gesichert werden kann. Diese Sicherheit kann sowohl in einem privatrechtlichen Vertrag als auch in einer Bewilligung vereinbart werden und bedingt keine Anwendung des Beschaffungsrechts. Zudem ist sein Investitionsrisiko bei einer Anmeldung der Photovoltaikanlage als KEV-Anlage ohnehin als klein zu beurteilen.

<sup>9</sup> MARKUS HEER, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Diss., Zürich/Basel/Genf 2006, 129 f.; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss., Zürich 2000, 255.

<sup>10</sup> HEER (FN 9), 131; VOGEL (FN 9), 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).

<sup>11</sup> Die Vermutung, dass ein Gemeinwesen im Rahmen der Verfolgung einer öffentlichen Aufgabe handelt, wird verstärkt, wenn z.B. im Gemeindereglement die Förderung von erneuerbaren Energiequellen oder die Verbesserung der Energieeffizienz als Aufgaben des Gemeinwesens bezeichnet werden.

<sup>12</sup> Vgl. zum Bewilligungs- und Konzessionssystem GIOVANNI BIAGGINI, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, N 19.73 ff. und zum Aufsichtsinstrumentarium im Besonderen N 19, 108 ff.

<sup>13</sup> Vgl. jedoch Kap. II.A.

<sup>14</sup> 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 den berechtigten Privaten übertragen werden. Bei Vorliegen eines Public Private Partnership sollte die Risikotragung zwischen Gemeinwesen und Privatem optimiert werden.<sup>15</sup> Es bietet sich beispielsweise eine Übernahme der Risiken betreffend Bau, Betrieb und Finanzierung durch den Privaten an.<sup>16</sup> Nach allgemeinen ökonomischen Grundsätzen sollten einzelne Risiken derjenigen Partei angelastet werden, die diese am leichtesten tragen bzw. am kostengünstigsten reduzieren kann. Unabhängig davon, ob ein Gemeinwesen im Einzelfall privat- oder öffentlich-rechtlich handelt, sind keine Gründe ersichtlich, die eine Risikotragung des Gemeinwesens verlangen bzw. bewirken würden. In Anlehnung an Vergaben mittels Konzession sollte der Bau der Photovoltaikanlage auf Rechnung und Risiko des Berechtigten erfolgen.<sup>17</sup> Dieser trägt zudem das Risiko sachenrechtlicher Konsequenzen.<sup>18</sup> Es bleibt aber anzumerken, dass die Frage der Risikoverteilung namentlich bei Bewilligungen komplex ist und aufgrund der zahlreichen abzuwägenden Faktoren kaum abstrakt beantwortet werden kann. Aufgrund der Vielzahl heute noch weitgehend ungeklärter Rechtsfragen in Bezug auf Photovoltaikanlagen empfiehlt sich die aus-

föhrliche Regelung der Risikotragung sowohl im privatrechtlichen Vertrag wie auch in der öffentlich-rechtlichen Bewilligung.<sup>19</sup>

### E. Verfahren bei Streitigkeiten

Die Wahl der öffentlich- bzw. privatrechtlichen Handlungsform bei der Dachflächenbereitstellung hat Auswirkungen auf das Verfahren bei Streitigkeiten. Handelt ein Gemeinwesen privatrechtlich, müssen allfällige Streitigkeiten auf Klage hin im Zivilverfahren ausgetragen werden.<sup>20</sup> Das Gemeinwesen kann dem Privaten – aufgrund der Regelung des Verhältnisses mittels privatrechtlichen Vertrags – das Nutzungsrecht an der Dachfläche nicht hoheitlich entziehen. Anders, wenn das Gemeinwesen die Dachflächenbereitstellung öffentlich-rechtlich – z.B. mittels der vorliegend primär relevanten Bewilligung – regelt. In der Bewilligung kann vorgesehen werden, unter welchen Bedingungen das Gemeinwesen dieselbe entziehen kann. Kommt es zu Friktionen, kann das hoheitlich handelnde Gemeinwesen dem Privaten die Bewilligung entziehen und diesen damit auf den Weg des öffentlich-rechtlichen Rechtsmittelverfahrens verweisen.<sup>21</sup> Gemeinwesen tun gut daran, diese verfahrensrechtlichen Folgen von Streitigkeiten in ihre Abwägungen bezüglich des privat- bzw. öffentlich-rechtlichen Handelns mit einzubeziehen.

## III. Regelungsinstrument

Abhängig von der vorne ausgeführten Interessenlage eines Gemeinwesens kann die Drittnutzung von Dachflächen entweder mittels öffentlich-rechtlicher Bewilligung oder privatrechtlichen Vertrags stattfinden. Wie bereits dargelegt, ist die Vergabe eines öffentlichen Auftrags nur denkbar, wenn das Gemeinwesen die produzierte Energie selber bezieht.<sup>22</sup> Auch die Instrumente der Monopol- und Sondernutzungs- sowie der Baukonzession erscheinen für

<sup>15</sup> URS BOLZ, PPP – Was fehlt zum Durchbruch?, in: Andreas Lienhard/Thomas Pfisterer (Hrsg.), PPP – Public Private Partnership, 61. Zudem auch CHRISTOPHER H. BOVIS, Risk and Public-Private-Partnerships, in: EPPPL 1/2012, 44 ff., 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 to 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, Understanding PPP Capital Project «Risks», in: EPPPL 2/2009, 88 ff.

<sup>16</sup> BOLZ (FN 15), 61, nach dem das Risiko für Gesetzesänderungen in aller Regel beim Gemeinwesen verbleibt.

<sup>17</sup> 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, 54. Das Bundesgericht 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 Konzessionärin bei der Ersteigerung der Fernmeldekonzession verkalkuliert, hat sie dieses Risiko jedoch selbst zu tragen.» Vgl. auch Art. 18 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, wonach das Hauptmerkmal einer Konzession «stets die Übertragung eines Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer» bedingt.

<sup>18</sup> Urteil 11 10 50 des Obergerichts des Kantons Luzern vom 28. Oktober 2010, E. 3.2, abgedruckt in: ZBJV, 148/2012, 368 ff.

<sup>19</sup> Vgl. z.B. zur Photovoltaikdienstbarkeit BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/DIANA OSWALD, Die Fotovoltaikdienstbarkeit – ausgewählte sachenrechtliche Fragen, in: ZBJV 9/2014, 679 ff. Zu regeln sind insbesondere die Folgen, wenn der privatrechtliche Betreiber der Photovoltaikanlage in Konkurs fällt.

<sup>20</sup> Vgl. REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, N 314; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 1.21.

<sup>21</sup> Zum öffentlich-rechtlichen Rechtsmittelverfahren vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (FN 20), N 6 f.

<sup>22</sup> Vgl. Kap. II.A.

die vorliegende Fragestellung wenig relevant – sie werden der Vollständigkeit halber dennoch kurz erläutert.

## A. Gebrauchsbewilligung

Wie gezeigt ist die öffentlich-rechtliche Handlungsform dort angebracht, wo in der Bereitstellung der Dachfläche für einen Privaten zur Bebauung mit Photovoltaikanlagen eine öffentliche Aufgabe erblickt wird.<sup>23</sup> Abhängig davon, ob die Bebauung einer Dachfläche mit Photovoltaikanlagen als ausserordentliche Nutzung oder Sondernutzung beurteilt wird, ist eine Vergabe mittels Bewilligung oder Konzession denkbar.

### 1. Dachflächennutzung als ausserordentliche Nutzung

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.<sup>24</sup> Voraussetzungen des Vorliegens einer Sondernutzung sind das Überschreiten des bestimmungsgemässen Gebrauchs und der Ausschluss anderer Benützungsberechtigter.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> Die Dachflächennutzung stellt nach Auffassung der Autorinnen eine ausserordentliche und keine Sondernutzung dar, da die Nutzung der Dachfläche nicht sonderlich intensiv ist und der bestimmungsgemässe Zweck des Gebäudes nicht beeinträchtigt wird. Durch die Benützung der Dachfläche werden keine öffentlichen Leistungen, Aufträge oder Aufgaben tangiert. Die Exklusivität der Dachflächenbenutzung besteht alleine darin, dass die Bereitstellung einer Dachfläche zur Gewinnung von Sonnenenergie dazu führt, dass dieselbe Dachfläche nicht auch durch einen anderen Privaten genutzt werden kann.<sup>27</sup>

### 2. Rechtliche Rahmenbedingungen der ausserordentlichen Nutzung

Die ausserordentliche Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ist einer Bewilligungspflicht unterstellt.<sup>28</sup> Ob dies analog auch für die Neben- bzw. Randnutzung von Verwaltungsvermögen gilt, ist nicht geklärt.<sup>29</sup> Was im Einzelfall die angemessene Handlungsform ist, muss durch eventuelle spezialgesetzliche Bestimmungen und subsidiär durch die allgemeinen Abgrenzungsregeln der Rechtsprechung beurteilt werden. Auf die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens besteht ein bedingter Anspruch, soweit sie der Ausübung von Grundrechten dient.<sup>30</sup> Ein Gemeinwesen muss sein Ver-

<sup>23</sup> Vgl. Kap. II.B.

<sup>24</sup> TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, in: ZBI 1992, 145 ff., 165; ANDRÉ WERNER MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 780, Bern 2011, 206; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, Bern 2014, N 81 f. Ob eine Sondernutzung an Verwaltungsvermögen überhaupt vorliegen kann, ist unklar. Da Verwaltungsvermögenswerte immer einer öffentlichen Aufgabe zu dienen haben, müssten dieselben ins Finanzvermögen übertragen werden, wenn eine nicht widmungsgemässe Nutzung zugelassen würde, welche die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verhindert (HEER [FN 9], 133; ähnlich BGE 120 II 321, E. 2b S. 323). Nach vorliegender Auffassung ist Sondernutzung an Verwaltungsvermögen kaum denkbar. Hat die private Nutzung zur Folge, dass Verwaltungsvermögen nicht mehr gemäss seiner Zweckbestimmung genutzt werden kann (der bestimmungsgemässe Gebrauch also überschritten wird und andere gänzlich vom Gebrauch des Verwaltungsvermögenswertes ausgeschlossen werden), liegt eine unzulässige Nutzung vor, da der Verwaltungsvermögenswert zweckentfremdet wird.

<sup>25</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, N 2420; HEER (FN 9), 14 f.; JAAG (FN 24), 155 ff.; MOSER (FN 24), 270 f.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 51 N 18; WIEDERKEHR/RICHLI (FN 24), N 165, 230.

<sup>26</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 2335c, die als Beispiel u.a. die Benutzung von Schulräumen am Abend oder in den Ferien durch Vereine anführen; JAAG (FN 24), 164; VOGEL (FN 9), 63. Anders HEER (FN 9), 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 Sondernutzungen bei öffentlichen Sachen angewandt würden, nicht indifferenziert auch auf Verwaltungsvermögenswerte angewandt werden.

<sup>27</sup> Vgl. VGer LU vom 14. August 2000, E. 2a, abgedruckt in ZBI 103/2002, 95 ff. Gemäss dem VGer LU ist einer atypischen oder begleitenden Nebennutzung wie der Ganzbuswerbung mit den Kategorien Sonder- und ausserordentliche Nutzung kaum beizukommen.

<sup>28</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 2392.

<sup>29</sup> Nach HEER (FN 9), 124, kann die Nutzung von Verwaltungsvermögen im Einzelgebrauch mittels Bewilligung (sui generis) ermöglicht werden. JAAG (FN 24), 164, unterstellt die ausserordentliche Nutzung an Verwaltungsvermögen der Bewilligungspflicht, während sie nach MOSER (FN 24), 204, öffentlich-rechtlich durch Bewilligung oder privatrechtlich durch Vertrag erfolgen kann.

<sup>30</sup> BGer vom 18. Februar 1991, in: ZBI 93/1992 40 ff., E. 3 S. 43 f.; BGer 1C\_312/2010 vom 8. Dezember 2010, E. 4 f.; BVGer C-6123/2009 vom 20. Juni 2011, E. 3.2.2; HEER (FN 9), 35 f., mit

waltungsvermögen Privaten nur zur Verfügung stellen, wenn die Grundrechtsausübung auf andere Weise – ohne Inanspruchnahme des Verwaltungsvermögenswertes – nicht möglich wäre.<sup>31</sup> Es hat sein Verhalten am Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung der Konkurrenten auszurichten.<sup>32</sup> Dies gilt umso mehr, je stärker der Private auf die Benützung von Verwaltungsvermögenswerten angewiesen ist.<sup>33</sup> Allgemein dürfen bei Gesuchen um ausserordentliche Nutzung auch andere als polizeiliche Kriterien berücksichtigt werden, wobei der Gewährleistung der ordentlichen Nutzung der Sache Priorität zukommt.<sup>34</sup> Für die ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen dürfen Benutzungsgebühren erho-

ben werden,<sup>35</sup> wobei für die Dachnutzung marktkonforme Gebühren zu erheben sind, wenn der Private in kommerzieller Motivation handelt.<sup>36</sup>

## B. Privatrechtlicher Vertrag

Wird die Dachflächenbereitstellung vom Gemeinwesen lediglich als wirtschaftliche Nebentätigkeit verstanden, tritt es wie ein Subjekt des Privatrechts auf und nimmt am wirtschaftlichen Wettbewerb in Konkurrenz zu Privaten teil. Die Erteilung der Nutzungsberechtigung kann privatrechtlich durch Vertrag erfolgen<sup>37</sup> – vorausgesetzt, dass der betreffende Bereich nicht abschliessend durch öffentliches Recht geregelt und die Anwendbarkeit von Privatrecht nicht ausgeschlossen ist.<sup>38</sup> Sofern mit der Zweckbestimmung vereinbar und das Gesetz nichts anderes bestimmt, kann auch die ausserordentliche bzw. Randnutzung an Verwaltungsvermögen privatrechtlich geregelt werden. Dies gilt namentlich, wenn durch die Nutzung der zeitgleiche bestimmungsgemässe Gebrauch in keiner Weise eingeschränkt wird.<sup>39</sup> Zudem müssen den Privaten Alternativen zur Verfügung stehen; das Gemein-

weiteren Ausführungen zu den entsprechenden Freiheitsrechten (40 ff.); MOSER (FN 24), 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 (FN 25), § 50 N 3, die keinen Unterschied zwischen den ideellen Grundrechten und der Wirtschaftsfreiheit machen, sondern einen bedingten Anspruch bei beiden gleichermassen bejahen. Gemäss JAAG (FN 24), 164, 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. Mit der Begründung, dass das Gemeinwesen kein faktisches Monopol besitzt, lehnte das Bundesgericht einen direkten grundrechtlichen Anspruch auf «Ganzbehalung» von zum Verwaltungsvermögen gehörenden Bussen ab (BGE 127 I 84, E. 4b S. 89).

<sup>31</sup> 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 (FN 24), 164; MOSER (FN 24), 203. HEER (FN 9), 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., 68).

<sup>32</sup> HEER (FN 9), 141; MOSER (FN 24), 203. Zur Gleichbehandlung der Konkurrenten bei ideeller bzw. wirtschaftlicher Nutzung des Verwaltungsvermögens vgl. HEER (FN 9), 50 ff. bzw. 59 ff. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 2336, nennen als zu beachtende Grundsätze ebenfalls das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten sowie das Willkürverbot.

<sup>33</sup> Stehen hingegen private Anbieter zur Verfügung, kann er auf diese ausweichen und an das Verhalten des Gemeinwesens sind in der Folge geringere Anforderungen zu stellen (BGE 127 Ia 84, E. 4c S. 90 f.; MOSER [FN 24], 203 f.).

<sup>34</sup> BGE 127 I 84 E. 4b, S. 89; JAAG (FN 24), 164; MOSER (FN 24), 201.

<sup>35</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 2407; HEER (FN 9), 135 f.; MOSER (FN 24), 262; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 25), § 51 N 17.

<sup>36</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 2407; HEER (FN 9), 138. Unter Berücksichtigung der Wettbewerbsneutralität bzw. der Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden muss verhindert werden, dass Benützer von Verwaltungsvermögenswerten bessergestellt werden als Benützer privater Anlagen (HEER [FN 9], 139, nach dem sich die Gebühren an den Marktpreisen orientieren sollten, um die Entstehung von Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden; JAAG [FN 24], 161 f.; MOSER [FN 24], 265 f.).

<sup>37</sup> BGE 120 II 321, E. 2 S. 322 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 283 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, 3. A., Zürich 1998, N 65. Zum Begriff der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit vgl. ELIANE SCHLATTER, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss., Zürich 2009, 28 f.; VOGEL (FN 9), 22 f.

<sup>38</sup> 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. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 275. Zur unternehmerischen Tätigkeit des Staates vgl. insb. RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. A., Basel 2011, § 18 N 10 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 25), § 42 N 5.

<sup>39</sup> VGer LU vom 14. August 2000, abgedruckt in ZBI 103/2002, 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).

wesen darf nur privatrechtlich handeln, wenn es über kein faktisches Monopol verfügt.<sup>40</sup>

## C. Weitere Regelungsinstrumente

### 1. Öffentlicher Auftrag und Baukonzession

Wie in Kap. 2.1 angedeutet, tritt ein Gemeinwesen nur dann als Nachfrager im Sinne des Beschaffungsrechts auf, wenn es die mittels Photovoltaikanlagen produzierte Energie beziehen und dafür ein Entgelt leisten würde. Da ein derartiges Interesse wohl in den meisten Fällen ausgeschlossen werden kann, dürfte zumindest die direkte Anwendung des Beschaffungsrechts entfallen. Meist werden Gemeinwesen und Private gerade in umgekehrter Konstellation in ein Rechtsverhältnis treten wollen.<sup>41</sup> Aus denselben Gründen ist auch die Vergabe mittels Baukonzession<sup>42</sup> auszuschliessen.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> HEER (FN 9), 131; VOGEL (FN 9), 255.

<sup>41</sup> Verfolgt das Gemeinwesen mit der Bereitstellung von Dachflächen gegen eine Gebühr vorrangig finanzielle Interessen, tritt es als «Verkäufer» des Rechts zur Nutzung an Dachflächen auf. Dieses Recht kann von Privaten nachgefragt bzw. «gekauft» werden (vgl. BGE 125 I 209, E. 6b S. 213).

<sup>42</sup> Im Rahmen einer Baukonzession 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 (BGer 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.2.2; BEYELER [FN 2], 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 Terrier, Droit de la Concurrence, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2013, N 63; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, in: BR 2006, 203 ff., 205; DANIEL KUNZ, Konzessionen – Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 205 ff., N 12 [zit. Konzessionen]; HANS RUDOLF TRÜEB, Kommentar zu Art. 5 BöB, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, 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).

<sup>43</sup> Sie bedürfte allenfalls einer eingehenderen Prüfung, wenn sich das Gemeinwesen zum Bezug der produzierten Energie entscheidet und damit als Nachfrager auftritt. Das Wesen der Baukonzession ist in der Schweiz kaum geklärt (vgl. BGer 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.2.2; Erläuternder Bericht zur Änderung der IVÖB vom 18. September 2014, 17; Erläuternder Bericht des EFD über die Revision des BöB vom 1. April 2015, S. 29). Auch ihre Unterstellung unter das Beschaffungsrecht ist unklar: Bejahend BEYELER [FN 2], N 833 m.w.H. Eine analoge Anwendung des Beschaffungsrechts nach Art. 2 Abs. 7 BGBM bejahend ESSEIVA [FN 42], 205 f. Die Anwendung der vergaberechtlichen Grundprinzipien, nicht aber des ganzen Beschaffungsrechts bejahend ZUFFEREY, N 42. Verneinend, wenn dem Beauftragten hoheitliche Befugnisse über-

### 2. Monopol- und Sondernutzungskonzession

Bei Vorliegen eines rechtlichen Monopols wäre die Berechtigung zur Dachnutzung mittels Monopolkonzession denkbar. Da die Erzeugung von elektrischer Energie durch das Betreiben von Photovoltaikanlagen auf Dachflächen keine rechtlich dem Gemeinwesen vorbehaltene Tätigkeit darstellt, liegt kein rechtliches Monopol vor. Auch das Vorliegen eines faktischen Monopols ist zu verneinen, da bezüglich der Bebauung von Dachflächen ohne Weiteres auf das Angebot Privater ausgewichen werden kann. Es lassen sich keine Vorteile öffentlicher gegenüber privater Dachflächen ausmachen.<sup>44</sup> Zudem sind öffentliche Dachflächen aufgrund ihrer Zweckbestimmung nicht für die Benutzung durch Private vorgesehen, weshalb sich auch die Vergleichbarkeit mit der Benutzung kommunaler Räumlichkeiten bzw. die sinngemässe Anwendung der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erübrigt.<sup>45</sup>

## IV. Verfahren der Nutzungsrechtserteilung

Abhängig von den Interessen des jeweiligen Gemeinwesens kann einem Privaten das Recht zur Benutzung öffentlicher Dachflächen auf unterschiedliche Art und Weise übertragen werden. Nachfolgende Ausführungen sollen Gemeinwesen bei der Entscheidung über das Verfahren der Rechtsvergabe als Wegweiser dienen.

### A. Rechtliche Vorgaben

Die Verwaltungsbehörde kann 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. Vergibt ein Gemeinwesen seine Dachflächen in der Absicht, durch die Förderung alternativer Energien einer

tragen werden sollen, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/JULIEN LE FORT, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, in: BR 2006, 99 ff., 102).

<sup>44</sup> Vgl. dazu die Rechtsprechung zur «Ganzbemalung» öffentlicher Verkehrsmittel BGE 127 I 84, E. 4b S. 89.

<sup>45</sup> BGE 127 I 84, E. 4b S. 89 unter Verweis auf BGer 1P.304/1990 vom 18. Februar 1991, E. 3, in: ZBI 1992, 40 ff., 43 f. (deutsche Übersetzung). Vom Zuger Regierungsrat 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, 320 ff.).

öffentlichen Aufgabe nachzukommen, so hat der Vorgang wie dargelegt öffentlich-rechtlich mittels einer Bewilligung zu erfolgen. Obwohl die Bewilligungspflicht nach einer stark angejahrten bundesgerichtlichen Rechtsprechung keiner gesetzlichen Grundlage bedarf,<sup>46</sup> sollte eine solche um der Rechtssicherheit und Transparenz willen vorgesehen werden.<sup>47</sup> Verfolgt ein Gemeinwesen mit der Drittnutzung seiner Dachflächen eher wirtschaftliche als öffentliche Interessen, kann es einen privatrechtlichen Vertrag abschliessen. Sowohl bei der öffentlich-rechtlichen Bewilligung wie beim privatrechtlichen Vertrag muss sich die Erteilung des Nutzungsrechts an den allgemeinen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns messen. Die Dachflächenbereitstellung fällt, wie ausgeführt, nicht in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts, wenn das Gemeinwesen die produzierte Energie nicht selber bezieht. Das Beschaffungsrecht findet auf das entsprechende Verfahren demnach keine Anwendung. Ebenfalls abzusehen ist von einer Erteilung des Nutzungsrechts im Konzessionsverfahren, da, wie ausgeführt, nach vorliegender Auffassung weder die Voraussetzungen einer Monopol- noch einer Sondernutzungskonzession erfüllt werden. Unabhängig vom Beschaffungsrecht kann sich eine Ausschreibungspflicht auch aus Art. 2 Abs. 7 BGBM ergeben, wenn das Gemeinwesen über ein rechtliches oder eventuell auch faktisches Monopol verfügt.<sup>48</sup> Da

dies hinsichtlich der Bebauung öffentlicher Dachflächen mit Photovoltaikanlagen zu verneinen ist, findet Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die vorliegende Konstellation keine Anwendung. Die Vergabe des Nutzungsrechts untersteht demnach auch in dieser Hinsicht keiner Ausschreibungspflicht.

## B. Empfehlung zur Handhabung des Verfahrens

### 1. Erfüllen der rechtsstaatlichen Minimalanforderungen

Ein Gemeinwesen kann sich dazu entschliessen, freiwillig eine Ausschreibung durchzuführen. Die Durchführung einer Ausschreibung ist sowohl beim Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags als auch bei der Nutzungsberechtigung durch öffentlich-rechtliche Bewilligung möglich. Vorliegend wird die Auffassung vertreten, dass Gemeinwesen im Rahmen der Drittnutzung öffentlicher Dachflächen 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 zentraler im Beschaffungsverfahren geltender Grundsätze, auch wenn keine expliziten Bestimmungen einzuhalten sind.<sup>49</sup> Gerade für den Fall, dass ein Gemeinwesen im Rahmen einer wirtschaftlichen Nebentätigkeit aktiv wird und demnach mittels privatrechtlichen Vertrags 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.<sup>50</sup> Darü-

<sup>46</sup> BGE 100 Ia 392, E. 3 S. 398; BGE 105 Ia 91, E. 2 S. 93; BGE 109 Ia 208, E. 4b S. 211.

<sup>47</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 2404; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 25), § 51 N 15 f. Vgl. auch JAAG (FN 24), S. 152 Fn. 36. A.M. WIEDERKEHR/RICHLI (FN 24), N 502. 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, Diss., Basel 1996, Basel/Frankfurt a. M. 1997, insbesondere 100 ff., 250 f.; DANIEL KETTIGER, Die Einführung von New Public Management aus gesetzgeberischer Sicht, in: AJP/PJA 2003, 641 ff., 651; VOGEL [FN 9], 252, der die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage umso höher ansetzen will, je näher die Randnutzung an eine eigentliche wirtschaftliche Nebentätigkeit heranreicht).

<sup>48</sup> Es ist umstritten, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM nur rechtliche oder auch faktische Monopole umfasst – er also nur Monopol- oder auch Sondernutzungskonzessionen einer Ausschreibungspflicht unterstellen möchte. Offengelassen in BGE 135 II 49, E. 4.1 S. 52; BGE 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 6.3. Bejahend (die wohl herrschende Lehre): BEYELER (FN 2), N 814 f.; NICOLAS F. DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in: SJZ 109/2013, 177, 181; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (FN 2), N 211; DANIEL KUNZ, Die Konzessionserteilung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, 36 (zit. Konzessionserteilung); ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTEW, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnen-

marktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, in: AJP/PJA 2007, 585 ff., 588.

<sup>49</sup> Namentlich die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Objektivität wären seitens des Gemeinwesens zu beachten. Eine analoge Anwendbarkeit des submissionsrechtlichen Transparenzgebots schliesst das Bundesgericht jedoch aus (BGE 130 I 241, E. 5.3 S. 250). Dies, obwohl BBl 2005 485 f. festhält, dass es bezüglich der Ausschreibung von Konzessionen nahelegend sei, die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge analog anzuwenden. Nach KUNZ, Konzessionserteilung (FN 48), 33, kann sich dies nur auf gewisse im Submissionsrecht geltende Grundsätze beziehen.

<sup>50</sup> Vgl. dazu BEYELER (FN 2), N 740 ff. m.w.H. u.a. auf den Kanton Tessin, der die öffentliche Ausschreibung beabsichtigter Veräusserungen des Finanzvermögens gesetzlich vorschreibt. Zum wirt-

ber hinaus ist staatliches Handeln – ob öffentlich- oder privatrechtlich – stets grundrechtsgebunden.<sup>51</sup> Aufgrund des Gebots der Gleichbehandlung von Konkurrenten dürfen Gemeinwesen keine Massnahmen vorsehen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind.<sup>52</sup> Eine Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten kann nur durch gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigt sein,<sup>53</sup> wobei spürbare Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden sind.<sup>54</sup> Ein allgemeingültiges Mass dessen, was (un)zulässige Differenzierungen sind, besteht nicht.<sup>55</sup> Gemeinwesen müssen bei der Drittnutzung von Dachflächen darauf bedacht sein, nicht einzelne Anbieter gegenüber deren Konkurrenten bevorzugt zu behandeln. Zu vermeiden ist z.B. die Vergabe aller geeigneten öffentlichen Dachflächen an einen einzigen Privaten ohne Berücksichtigung anderer Interessierter. Der Zementierung einmal geschaffener Privilegien ist durch eine regelmässige Überprüfung der Zuteilungspraxis zu begegnen.<sup>56</sup>

## 2. Darüber hinausgehende Information und Transparenz

Zum Zweck eines fairen und transparenten Verfahrens sind an der Nutzung der Dachfläche potentiell interessierte Private vorgängig in angemessener Form zu informie-

ren. Dabei sollte sichergestellt werden, dass möglichst alle Interessierten erreicht werden und auf diese Weise eine rechtsgleiche Zuteilung durchgeführt werden kann.<sup>57</sup> Auch ist darauf zu achten, dass allen Interessierten dieselbe Möglichkeit zur Bewerbung eingeräumt wird.<sup>58</sup> Es bietet sich an, im Rahmen der Information 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 ausreichende 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 privatrechtlichen Vertrags wie auch bei der Regelung mittels Bewilligungserteilung an.

schaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel auch STÖCKLI/BEYELER (FN 1), 5 f., und zur Stärkung des Wettbewerbs PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 734.

<sup>51</sup> Ebenfalls die «Organisatorische Zurechnung» vertretend HÄFFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 25), N 1530a (welche die Ausweichmöglichkeiten der Privaten berücksichtigen); YVO HANGARTNER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, 516 f.; PETER HETTICH, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, N 20.97; PETER SALADIN, Grundrechtsprobleme, in: Bernd-Christian Funk (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Wien 1981, 72. A.M. und die «funktionale Zurechnung» vertretend ISABELLE HÄNER, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in: AJP/PJA 2002, 1144 ff., 1150; PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, 119 ff.; SCHLATTER (FN 37), 85; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 25), § 42 N 7.

<sup>52</sup> BGE 121 I 129, E. 3b S. 132; BGE 121 I 279, E. 4a S. 285; BGE 125 I 431, E. 4b.aa S. 435 f.; BGE 125 II 129, E. 10b S. 149.

<sup>53</sup> BGE 125 II 129, E. 10b S. 150; BGE 130 I 26, E. 6.3.3.1 S. 53.

<sup>54</sup> BGE 121 I 279, E. 6c.bb S. 288; BGE 125 I 431, E. 4b.aa S. 436; BGE 130 I 26, E. 6.3.3.1 S. 53.

<sup>55</sup> RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 38), § 5 N 143.

<sup>56</sup> Ähnlich: Gemäss Bundesgericht muss die Zuteilung öffentlichen Grundes für Erwerbszwecke regelmässig überprüft werden, um die Zementierung einmal geschaffener Privilegien zu vermeiden (BGE 121 I 279 E. 6c.cc S. 289; BGE 128 I 136 E. 4.1 S. 147).

<sup>57</sup> Dem Erfordernis der angemessenen Information nicht genügen würde wohl ein reduziertes Publikationsverfahren, z.B. 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).

<sup>58</sup> 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.