

VergabeNews Nr.

8

---

**Wann liegt eine öffentliche Beschaffung vor?** Ob ein Geschäft ausschreibungspflichtig ist oder nicht, hängt zuallererst davon ab, ob eine öffentliche Beschaffung (d.h. eine dem Beschaffungsrecht unterstellte Submission) vorliegt. Das Bundesgericht hat kürzlich (erneut) zu dieser Frage und insbesondere zur Abgrenzung zwischen Konzession und Submission Stellung genommen. Es kam zum Schluss, dass die Erteilung einer Konzession für die Benützung von öffentlichem Grund für den Bau und den Betrieb eines öffentlichen Parkhauses durch Private ohne Mitwirkung des Staates nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehe.

---

walderwyss rechtsanwälte

# Wann liegt eine öffentliche Beschaffung vor?

Ob ein Geschäft ausschreibungspflichtig ist oder nicht, hängt zuallererst davon ab, ob eine öffentliche Beschaffung (d.h. eine dem Beschaffungsrecht unterstellte Submission) vorliegt. Das Bundesgericht hat kürzlich (erneut) zu dieser Frage und insbesondere zur Abgrenzung zwischen Konzession und Submission Stellung genommen. Es kam zum Schluss, dass die Erteilung einer Konzession für die Benützung von öffentlichem Grund für den Bau und den Betrieb eines öffentlichen Parkhauses durch Private ohne Mitwirkung des Staates nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehe.



Von **Julia Bhend**

lic. iur., Rechtsanwältin

Telefon +41 44 498 95 55

[julia.bhend@walderwyss.com](mailto:julia.bhend@walderwyss.com)

Hintergrund des Bundesgerichts-urteils vom 16. Oktober 2012 (Dossier-Nr. 2C\_198/2012) ist ein Projekt für die Erstellung eines öffentlichen Parkhauses durch private Bauherren im Kanton Basel-Stadt. Verschiedene Trägerschaften traten mit unterschiedlichen Projekten an die Behörden heran. Der Regierungsrat unterstützte diese von privater Seite lancierte Initiative und erklärte sich bereit, für eines der Projekte eine Sondernutzungskonzession für die Benützung des öffentlichen Grundes zu erteilen. Im Mai 2010 traf der Regierungsrat einen Standort- und Variantenentscheid zugunsten einer der vorgelegten Projektideen. Diesen Entscheid focht die Beschwerdeführerin, deren Projektidee unberücksichtigt blieb, an. Dabei machte sie im Wesentlichen geltend, der Entscheid des Regierungsrates betreffe einen ausschreibungspflichtigen Sachverhalt und müsse daher in Form eines Vergabeentscheids ergehen. Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt stellten sich auf den gegenteiligen Standpunkt. Das Bundesgericht hat die Beurteilung der Vorinstanzen geschützt. Das Urteil enthält grundlegende Ausführungen zum Begriff der öffentlichen Beschaffung. Interessant sind zudem die Erwägungen des Bundesgerichts zum Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM).

## **Merkmale einer öffentlichen Beschaffung**

Trotz seiner zentralen Bedeutung wird der Begriff der öffentlichen Beschaffung in den vergaberechtlichen Erlassen regelmässig nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Entwicklungen in der Praxis entfernen sich jedoch vermehrt von klassischen öffentlichen Aufträgen hin zu komplexen rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen. Zu denken ist dabei beispielsweise an die Zusammenarbeit von Staat und Privaten im Rahmen einer Public Private Partnership, die Erstellung von Fernwärmeverbunden zusammen mit Privaten oder die Auslagerung von Spitex-Dienstleistungen an private Organisationen. Die Frage, ob solche Projekte unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallen, bereitet oft Schwierigkeiten.

Merkmale einer öffentlichen Beschaffung sind gemäss Lehre und Rechtsprechung, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen beschafft, um eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, und dafür eine Gegenleistung erbringt. Vorausgesetzt ist ein synallagmatisches Rechtsgeschäft, wobei der Anbieter die charakteristische Leistung (d.h. nicht die Geldleistung) erbringt.

### Submission vs. Konzession

Das Verhältnis zwischen Konzessionserteilung und den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ist in der Praxis umstritten. Mit Blick auf die vorstehend erwähnten Merkmale ist für die Unterstellung eines Geschäfts unter das öffentliche Beschaffungsrecht entscheidend, dass der Staat als Nachfrager einer Leistung auftritt, um eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen. Gemäss dem neuen Bundesgerichtsurteil ist der «blosse Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, (...) keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert.» Dasselbe gilt, wenn der Staat eine Konzession für die Benützung des öffentlichen Grundes erteilt. Der Leistungsaustausch geschieht in diesen Fällen genau umgekehrt zu öffentlichen Beschaffungen. Der Staat räumt mit der Konzession dem Privaten ein Recht ein und erhält dafür in der Regel eine Gegenleistung. Das Gemeinwesen tritt nicht als Nachfrager, sondern als Anbieter der charakteristischen Leistung auf, weshalb die Konzessionserteilung nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht fällt.

Ausnahmen bestehen dort, wo mit der Konzessionserteilung Gegenleistungen verknüpft werden, die üblicherweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung sind. Dies betrifft Fälle, wo die Konzessionserteilung selbst die Gegenleistung des Staates für die von ihm nachgefragte Ware oder Dienstleistung darstellt (Beispiel: öffentlicher Fahrradverleih als Auflage einer Plakatausgangskonzession) oder Mittel zur Auftragserfüllung bildet (Beispiel: Sondernutzungskonzession notwendig für die Erstellung der Fahrradverleihstellen).

Für den vorliegenden Fall entscheidend war, dass der Kanton Basel-Stadt nicht als Nachfrager der Bauleistungen auftrat. Das Projekt entstand aus privater Initiative, und die Mitwirkung des Kantons beschränkte sich auf die Schaffung der notwendigen Rechtsgrundlagen (Erlass Bebauungsplan) und die Einräumung der Sondernutzungskonzession für den öffentlichen Grund. Das Bundesgericht sprach der Erstellung des umstrittenen Parkhauses den Charakter einer öffentlichen Aufgabe ab. Im Genfer Plakatkonzessionsfall (BGE 135 II 49) entschied dasselbe Gericht, dass die Reduktion des motorisierten Innenstadtkverkehrs eine öffentliche Aufgabe darstelle und der Fahrrad-Verleihservice der Stadt bei der Erfüllung dieser Aufgabe helfe. Die Erstellung von Parkhäusern ist hingegen gemäss dem neuen Urteil eine vom Privaten zu erfüllende Aufgabe. Der «Umstand, dass der private Bauherr für die Realisierung der Baute öffent-

lichen Grund beansprucht, was ihm durch eine Sondernutzungskonzession oder einen Baurechtsvertrag erlaubt wird, macht die Realisierung der Baute nicht zu einer öffentlichen Aufgabe.» «Der Staat kann selber als Bauherr ein Parkhaus errichten; in diesem Fall unterliegt er dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Parkhäuser können aber auch von Privaten errichtet werden; ihre Erstellung unterliegt dann wie jede andere private Baute den bau- und planungsrechtlichen Anforderungen, was sie aber nicht zu einer öffentlichen Aufgabe macht und dem Vergaberecht unterstellt.» Das Bundesgericht lehnte daher die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts auf das strittige Projekt wie schon die Vorinstanz und der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt ab.

### Ausschreibungspflicht von Konzessionen gestützt auf das Binnenmarktgesetz?

Nachdem das Bundesgericht die Unterstellung unter das Vergaberecht verneinte, prüfte es, ob die Einräumung der Sondernutzungskonzession der Ausschreibungspflicht gemäss Binnenmarktgesetz («BGBM») untersteht. Nach Art. 2 Abs. 7 BGBM muss die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf

dem Weg einer Ausschreibung erfolgen. Bedeutung und Anwendungsbereich dieser Bestimmung sind umstritten. Insbesondere die Anwendung auf die Übertragung faktischer Monopole (worunter auch die Einräumung einer Sondernutzungskonzession zur Nutzung von öffentlichem Grund fällt) wird kontrovers diskutiert. Der Gesetzgeber hat in einer Gesetzesänderung, die am 1. Juli 2012 in Kraft getreten ist, immerhin klargestellt, dass Konzessionen, die gestützt auf das Wasserrechtsgesetz oder das Stromversorgungsgesetz erteilt werden, ohne eine Ausschreibung verliehen werden können.

Das Bundesgericht führt im eingangs erwähnten Urteil aus, dass das Erfordernis der Ausschreibung in Art. 2 Abs. 7 BGBM primär auf Konstellationen zugeschnitten sei, in denen das Gemeinwesen aus eigenem Antrieb eine Übertragung von Monopoltätigkeiten auf Private vornehmen will. Damit nähert es sich dem Beschaffungsrecht an, wird der Staat doch in solchen Fällen als «Nachfrager» tätig. Im vorliegenden Sachverhalt hatte jedoch die Beschwerdeführerin aus eigener Initiative am Parkhaus-Projekt zu arbeiten begonnen und ist wie ihre Konkurrenten erst später und von sich aus an den Kanton gelangt. Auf diese private Initiative hin hat sich der Kanton bereit erklärt, für eines der Projekte eine Sondernutzungskonzession zu erteilen.

Das Gericht liess die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM schliesslich offen, da (noch) kein anfechtbarer Entscheid vorliege. Der angefochtene Beschluss des Regierungsrates sei nicht rechtsverbindlich, da für die Erteilung der Sondernutzungskonzession und des Bebauungsplans der Grosse Rat zuständig ist. Der Variantenentscheid des Regierungsrates diene lediglich deren Vorbereitung. Damit bleibt die Frage, ob und wie Sondernutzungskonzessionen ausgeschrieben werden müssen, weiterhin ungeklärt. Das Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2012 ist auf der Website des Bundesgerichts abrufbar (<http://www.bger.ch>).

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail ([VergabeNews@walderwyss.com](mailto:VergabeNews@walderwyss.com)) mit.

Unter [www.beschaffungswesen.ch](http://www.beschaffungswesen.ch) finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen (insb. hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge) zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2013

---

**Walder Wyss AG**  
Rechtsanwälte

Seefeldstrasse 123  
Postfach 1236  
8034 Zürich  
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98  
Fax + 41 44 498 98 99  
reception@walderwyss.com  
www.walderwyss.com

Bubenbergplatz 8  
Postfach 8750  
3001 Bern  
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98  
Fax + 41 44 498 98 99  
reception@walderwyss.com  
www.walderwyss.com