

folgen. Zudem beinhalten Pflege, Wartung wie auch jede weitere Änderung und Erweiterung der SAP-Produkte urheberrechtlich relevante Handlungen (insbesondere Vielfältigungen und Bearbeitungen), die in das Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers bzw. Rechteinhabers eingreifen und nur mit dessen Zustimmung – im rapportierten Fall der SAP – erlaubt sind. Das Schweigen des Urteils in dieser Hinsicht erklärt sich vermutlich dadurch, dass die Beschwerdeführerin nicht vorgetragen hat, (auch) die Lizenzen anbieten zu können.

3. Der im rapportierten Urteil geschützte Freihandzuschlag steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Anforderung, technische und rechtliche Abhängigkeiten von Anbietere-

rinnen möglichst zu vermeiden (Urteil des VGer-SG B 2017/118 vom 7. April 2017; VGer-ZH VB.2015.00780 vom 11. August 2016). Allerdings verlangt das Vergaberecht keine Diversifikation der (Software-)Lieferanten, auch wo eine solche denkbar ist, um jeden Preis. Vielmehr ist eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen, wobei nebst der Praktikabilität auch die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung (Art. 2 lit. a BÖB) in die Waagschale zu werfen ist, selbst wenn dies in bestimmten Fällen zu längerfristigen Abhängigkeiten führt und den Wettbewerb beschränkt. Zudem ist es für eine Vergabestelle rechtlich häufig nicht möglich, sich Immaterialgüterrechte an Standardsoftware vertraglich so zu sichern, dass sie unabhängig bleibt, ohne dass die Anbieterin ihre (Lizenz-)Verträge mit anderen Kunden verletzt.

Plakatkonzession im öffentlichen Interesse

Das KGer NE qualifiziert die durch die Stadt La Chaux-de-Fonds ausgeschriebene Plakatkonzession aufgrund der besonderen Fallumstände als öffentlichen Auftrag im Sinn von Art. 9 IVöB 2019. Die Stadt verfolgt in Bezug auf die kommerzielle Werbung eine restriktive Linie und setzt den Schwerpunkt auf die staatlichen, kulturellen, ideellen und politischen Botschaften im öffentlichen Raum. Der Konzessionär hat somit im öffentlichen Interesse liegende Leistungen von einer «gewissen Bedeutung» zu erbringen. Deshalb liegt nach dem Gericht ein öffentlicher Auftrag in der Form einer Dienstleistungskonzession vor. Das rapportierte Urteil geht wichtigen Fragen zum objektiven Geltungsbereich sowie zur Berechnung des Auftragswerts bei Konzessionen nach.

Le Tribunal cantonal neuchâtelois qualifie la concession d'affichage mise au concours par la Ville de La Chaux-de-Fonds de marché public au sens de l'art. 9 AIMP 2019 en raison des circonstances particulières du cas. La Ville suit une ligne restrictive en matière de publicité commerciale et réserve sa priorité au messages officiels, culturels, idéaux et politiques dans l'espace public. Le concessionnaire doit donc fournir des prestations d'intérêt public d'une « certaine importance ». Selon le Tribunal, l'affichage considéré est dès lors une tâche publique, sous la forme d'une concession de service. L'arrêt que voici examine des questions importantes concernant le champ d'application objectif ainsi que le calcul de la valeur du marché dans le cas des concessions.

Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 8.8.2024 (CDP.2024.20)

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(2) **1a.** Nach Art. 6 des in der Stadt La Chaux-de-Fonds anwendbaren Reglements über die Plakatierung (Règlement d'affichage vom 27.5.2004; Syst. Nr. 60.103; nachfolgend: «das Reglement») wird die Stadt in drei Zonen aufgeteilt, wobei kommerzielle Werbung (abgesehen von Firmenschildern, Hinweisen auf Kauf- und Mietmöglichkeiten an den betreffenden Immobilien und besonderen Ausnahmefällen) lediglich in einer dieser drei Zonen erlaubt ist. In den übrigen Zonen sind nur Plakate und dergleichen aus den Bereichen der staatlichen, kulturellen, politischen, touristischen, ideellen und zivilgesellschaftlichen Kommunikation zugelassen.

b. Gemäss Art. 19 Abs. 1 des Reglements wird das Recht zur Werbung im öffentlichen Raum durch den Gemeinderat in der Form einer Konzession übertragen. Der Gemeinderat kann («peut») diese Übertragung öffentlich ausschreiben. Soweit er das tut, sind nach der zitierten Bestimmung die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens anwendbar. Die Konzession wird in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbart und geregelt (Art. 19 Abs. 2 des Reglements).

c. Der Plakatkonzessionär muss den politischen Parteien und Gruppierungen in genügendem Umfang kostenlose Plakatträger zur Verfügung stellen (Art. 17 Abs. 1 des Reglements). Nach Art. 16 des Reglements stellt der Gemeinderat den Träger-schaften von kulturellen Ereignissen und Bildungsveranstaltungen kostenfrei Plakatierungsmöglichkeiten zur Verfügung.

2. Am 1.1.2024 ist im Kanton Neuenburg die IVöB 2019 in Kraft getreten.

3. Am 8.1.2024 schrieb die Stadt La Chaux-de-Fonds eine Plakatkonzession betreffend das gesamte Stadtgebiet für die Dauer von 10 Jahren (ab Anfang 2025) öffentlich aus. Die Konzession umfasste nicht nur die kommerzielle Werbung, sondern auch die Gesamtheit der staatlichen, kulturellen, politischen, touristischen, ideellen und zivilgesellschaftlichen Kommunikation im öffentlichen Raum.

4. Die bisherige Konzessionärin focht die Ausschreibung vom 8.1.2024 mit Beschwerde vor dem Kantonsgericht an und rügte verschiedene Punkte, wobei sie sich auf die IVöB 2019 stützte, deren Anwendbarkeit sie behauptete.

5. Die Stadt bestritt in ihrer Beschwerdeantwort, dass das streitbetreffende Geschäft den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt sei (und sie begründete mit dieser Auffassung insbesondere den in der Beschwerde gerügten Umstand, dass sie die Konzession nicht auf der Plattform simap.ch ausgeschrieben hatte).

Der Entscheid

Das KGer NE qualifiziert das streitbetreffende Geschäft als Konzession nach Art. 9 IVöB 2019 und prüft die Beschwerde nach den Bestimmungen dieses Konkordats.

1. Vorbemerkend stellt das Gericht fest, dass die in casu ausgeschriebene Konzession in jedem Fall dem Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt ist (und daher entgegen Art. 19 Abs. 1 des Reglements öffentlich ausgeschrieben werden muss). Das gilt, soweit nicht Art. 9 IVöB 2019 anwendbar ist. Diese Bestimmung ist in ihrer Variante betreffend Konzessionen dann einschlägig, wenn eine Konzession im öffentlichen Interesse ausgeübt wird und die Übertragung des im Konzessionsrecht enthaltenen wirtschaftlichen Werts als (blosse) Gegenleistung zu der im öffentlichen Interesse erfolgenden Konzessionsstätigkeit erscheint.

2. Im Weiteren verweist das Gericht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Plakatkonzession und hält fest, dass diese grundsätzlich einen Veräusserungsvorgang (Liquidierung des im öffentlichen Grund liegenden wirtschaftlichen Werts) darstellt und keinen Erwerbscharakter hat, wie das für die Annahme einer öffentlichen Beschaffung erforderlich wäre (BGE 125 I 209, E. 6b). In der Folge hat das BGer diesen Grundsatz mehrmals bestätigt (BGE 143 II 120, E. 2.2; Urteil des BGer 2C_959/2021, 30.11.2022, E. 2.2 [n. publ. in BGE 148 II 564]). Im Urteil 2C_959/2021 (E. 2.2) hielt das BGer zum konkreten Fall (und unter Verweisung auf BGE 135 II 49, E. 4.4) fest, dass die streitbetreffende Plakatkonzession keine öffentliche Beschaffung darstelle, zumal sie in kein übergeordnetes Gesamtgeschäft (welches ein öffentlicher Auftrag wäre) eingebettet sei und in ihrem Rahmen (ausser der Konzessionsgebühr) keine spezifische Gegenleistung der Konzessionärin zugunsten der Konzedentin vorgesehen sei, welche für sich genommen als öffentlicher Auftrag erschiene und zudem von einer gewissen Bedeutung («d'une certaine importance»; Urteil

2C_959/2021, E. 2.2; BGE 135 II 49, E. 4.4) wäre. Das BGer deutete dazu an, dass es diese Frage unter der Geltung der IVöB 2019 wahrscheinlich nicht anders entscheiden würde (Urteil 2C_959/2021, E. 2.2).

3. Das KGer NE hält fest, dass es am Grundsatz nicht zu rütteln gedenkt, wonach Konzessionen, die einen reinen Veräusserungsvorgang darstellen, vom öffentlichen Beschaffungsrecht (Art. 9 IVöB 2019) nicht erfasst werden. Wenn indessen der Konzessionär auf Bestellung der Konzedentin Leistungen zu erbringen hat, die im öffentlichen Interesse liegen, und diesen Leistungen im Gesamtgeschäft eine gewisse Bedeutung («une certaine importance») zukommt, kann der Charakter des Geschäfts in dem Sinn «kippen» («basculer»), dass dieses, zumindest überwiegend, als Erwerbsgeschäft, das heisst als öffentlicher Auftrag, erscheint. In diesem Fall liegt die durch die Konzedentin bzw. Auftraggeberin geleistete Vergütung des Leistungserbringers (Konzessionärs) jedenfalls zum Teil im übertragenen Monopolrecht, das der Konzessionär bewirtschaftet, wobei er insbesondere auch gegenüber Dritten Leistungen erbringt, für die ihm diese Dritten ein Entgelt bezahlen (in diesem Umfang ist das Entgelt, das die Auftraggeberin dem Leistungserbringer zahlt, als «indirekt» i.S.v. Art. 9 IVöB 2019 zu betrachten). Dabei muss die Tätigkeit des Konzessionärs nicht notgedrungen eine Erfüllung von öffentlichen Aufgaben im engen Sinn darstellen; es reicht insoweit für die Anwendung von Art. 9 IVöB 2019 aus, wenn die Tätigkeit im öffentlichen Interesse erfolgt.

4. In Bezug auf den konkreten Fall stellt das Gericht fest, dass das Konzept der Stadt La Chaux-de-Fonds betreffend Werbung im öffentlichen Raum stark auf die Verfolgung von öffentlichen Interessen ausgerichtet ist, welche über die blosse, fiskalisch motivierte Erwirtschaftung von Erträgen (aus der Kommerzialisierung des öffentlichen Raums) hinausgehen. Das zeigt sich insbesondere in der Kantonalisierung der kommerziellen Werbung in einer von drei Zonen der Stadt sowie in der Förderung der im öffentlichen Interesse erfolgenden Werbung. Die Leistungen, die der Konzessionär zugunsten der Konzedentin bzw. der von dieser bezeichneten Interessenträger zu erbringen hat (und die für sich genommen nicht lukrativ sind), nämlich betreffend nicht-kommerzielle Werbung (insb. staatliche, politische, kulturelle, touristische und ideelle Werbung), sind als Leistungen zu betrachten, die der Konzessionär im Sinn von Art. 9 IVöB im öffentlichen Interesse erbringt. Im vorliegenden Fall wird dem Konzessionär daher nicht nur das Recht erteilt, bestimmte Stellen des öffentlichen Grundes durch Anbringung von (entgeltlicher) kommerzieller Werbung eigenverantwortlich zu bewirtschaften und daraus Umsatz und Gewinn zu ziehen, vielmehr wird ihm zugleich die Pflicht auferlegt, Leistungen zu erbringen, bezüglich deren ein spezifisches öffentliches Interesse besteht, und dies durch die Erträge der kommerziellen Werbung zu finanzieren. Das KGer NE stellt fest, dass diese Leistungen in casu keinen bloss akzessorischen Charakter haben, sondern dass ihnen im Rahmen des Gesamtgeschäfts eine gewisse Bedeutung («une certaine importance») zukommt. Damit liegt nach dem Gericht eine einen öffentlichen Auftrag darstellende

und dem Beschaffungsrecht unterworfenen Konzession i.S.v. Art. 9 IVöB 2019 vor und nicht etwa eine reine Sondernutzungskonzession.

5. Vor dem Hintergrund des Umstands, dass in casu die Tatbestandsvariante «Konzession» des Art. 9 IVöB 2019 erfüllt ist, kann offenbleiben, ob im Rahmen des streitbetreffenen Geschäfts eine öffentliche Aufgabe im Sinn der anderen Tatbestandsvariante der genannten Bestimmung übertragen wird. Für die Tatbestandsvariante der Konzession reicht es jedenfalls aus, wenn die infrage stehenden Leistungen «im öffentlichen Interesse» ausgeführt werden, was vorliegend der Fall ist (zudem sind, wie ausgeführt, diese Leistungen nicht bloss von akzessorischer Natur).

6. Im Rahmen der Prüfung der für die Vergabe der streitgegenständlichen Konzession zu wählenden Verfahrensart hält das KGer NE fest, dass der massgebende Schätzwert oberhalb der Schwelle (des offenen oder selektiven Verfahrens) von CHF 250 000 liegen muss. Dabei bezieht es sich auf die Gesamtsumme an Konzessionsgebühren, welche der Konzessionär während der zehnjährigen Konzessionsdauer der Konzedentin bezahlen wird (in casu haben die Anbieter eine solche Gebühr zu offerieren, und sie stellt auch ein Zuschlagskriterium dar). Im Ergebnis muss das offene oder das selektive Verfahren gewählt werden, was auch eine Publikation der Ausschreibung auf der Plattform simap.ch erfordert.

7. Nach der Analyse verschiedener gegen die konkret ausgeschriebenen Kriterien gerichteter Rügen, die sich zum Teil als berechtigt erweisen, hebt das KGer NE die angefochtene Ausschreibung in Gutheissung der Beschwerde auf.

Die Anmerkungen

1. Das rapportierte Urteil ist eines der ersten in diesem Land, das sich ausführlich mit den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 9 IVöB 2019 (Tatbestandsvariante «Konzession») auseinandersetzt. Es hat manche erstaunt, zumal die (kommunale und kantonale) Plakatkonzession an sich bislang gerne als Beispiel einer «nur» dem Art. 2 Abs. 7 BGBM, nicht aber dem Art. 5 BGBM bzw. dem öffentlichen Beschaffungsrecht (Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 IVöB 2019) unterstellten Konzession zitiert wurde. Vorab kann dazu festgehalten werden, dass auch das rapportierte Urteil nichts daran ändert, dass die Plakatkonzession im Kern einen Veräusserungs- und nicht einen Beschaffungsvorgang darstellt (zumindest soweit es um die kommerzielle Bewirtschaftung von Werbemöglichkeiten geht und die Konzedentin keine anderen als fiskalische Interessen verfolgt; vgl. auch ÉTIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Bern 2023, Rz. 272 und Rz. 340). Allerdings ist nicht erst seit diesem Urteil bekannt, dass nicht alle Geschäfte, die mit Plakatkonzessionen zusammenhängen bzw. eine solche Konzession beinhalten, von vornherein von der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgenommen sind. Das KGer NE betont in diesem Sinn die besonderen Umstände des kon-

kreten Falls, bevor es die streitbetreffene Konzession dem Art. 9 IVöB 2019 unterordnet. Im Folgenden ist zu analysieren, ob dieser Qualifikation zuzustimmen ist (vgl. hinten Ziff. 2–4), und es ist abschliessend eine Kritik in Bezug auf die Berechnung des massgeblichen Auftragswerts bei Konzessionen nach der zitierten Bestimmung anzubringen (vgl. hinten Ziff. 5).

2. In der bisher zum Thema der Plakatkonzessionen ergangenen Rechtsprechung sind zwei unterschiedliche Arten von Kombinationen zwischen einer Plakatkonzession und Leistungen des Konzessionärs, die im öffentlichen Interesse liegen, festzustellen.

a. Erstens geht es um die weitherum übliche Beauftragung von Plakatkonzessionären mit gewissen Werbeleistungen im öffentlichen Interesse (z.B. öffentliche Bekanntmachungen; Sicherheits- und Gesundheitskampagnen; touristische Kommunikation).

aa. Um einen solchen Fall handelt es sich namentlich beim Gegenstand des Urteils BGer 2C_82/2019, 18.9.2019, Sachverhalt lit. A.a und E. 6.4. Hier ging es um eine Plakatkonzession, in deren Rahmen die Konzessionärin nebst einem Recht zur kommerziellen Bewirtschaftung der dafür vorgesehenen Werbeflächen auch die Pflicht innehatte, Leistungen für die Bereiche der öffentlichen Bekanntmachung sowie der kulturellen und der politischen Werbung zu erbringen. In diesem Fall war nicht streitig, ob das Beschaffungsrecht sich anwendet; das BGer ging vom Gegenteil und von der Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 7 BGBM aus (a.a.O., E. 2.1).

bb. Im gleichen Sinn handelte das Urteil BGE 125 I 209 von einem Fall, in dem der Plakatkonzessionär verschiedene Werbungsleistungen im öffentlichen Interesse (insb. Sicherheits- und Präventionskampagnen; offizielle und militärische Bekanntmachungen) kostenfrei (bzw. zulasten des offerierten Betrags der Konzessionsgebühr) zu erbringen hatte (a.a.O., E. 6b). Das BGer stufte diese als rein akzessorisch zur Plakatkonzession ein und mithin als blossen Teil der durch den Konzessionär zu erbringenden Gegenleistung, welcher sich zur Konzessionsgebühr hinzufügt (a.a.O., E. 6b). Dabei stellte es auch darauf ab, dass der Konzessionär nicht damit beauftragt wurde, die im öffentlichen Interesse stehenden Plakate zu konzipieren oder zu fabrizieren, sondern lediglich damit, diese Plakate ohne besondere Vergütungsforderung auf den entsprechenden Trägern aufzuhängen.

cc. Von einem ähnlichen Fall zeugt auch das Urteil KGer VD MPU.2021.0019, 6.10.2021, Sachverhalt lit. B und E. 6.2. Auch hier wurde die Übertragung des Rechts zur Bewirtschaftung des öffentlichen Grunds (sowie des Privatgrunds der konzedierenden Gemeinde) durch kommerzielle Werbung mit der Verpflichtung des Konzessionärs verbunden, Werbung im Auftrag der konzedierenden Gemeinde (Bekanntmachungen im öffentlichen Interesse, kulturelle und politische Werbung, Verkehrssicherheitskampagnen usw.) zu betreiben. Das KGer VD stuft diese Leistungen jedoch als rein akzessorisch ein und verneint die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts (für die sich keine der Streitparteien ausgesprochen hatte; a.a.O.,

E. 6.2). Das ist insoweit einigermaßen erstaunlich, als die Konzession, abgesehen von der späteren Hinzufügung weiterer Standorte, 99 Plakatstellen für die Gemeinde-Kommunikation und lediglich 25 Plakatstellen für die kommerzielle Werbung betraf (a.a.O., Sachverhalt lit. B).

b. Zweitens geht es um die Verbindung einer Plakatkonzession mit einer Tätigkeit, die nicht aus der Plakatierung bzw. Werbung im öffentlichen Raum besteht, sondern etwas anderes betrifft. Dieser Fall ist rarer, und in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt er, soweit ersichtlich, nur einmal vor.

aa. Der BGE 135 II 49 handelt von einer Plakatkonzession, in deren Rahmen die Konzessentin verlangte, dass der Konzessionär ein Veloverleih-System aufbaut und betreibt und die entsprechenden Kosten aus dem Geschäft mit den kommerziellen Plakaten (sowie mit Werbung auf den Velos und Verleihstationen) finanziert, währenddem er die Einnahmen aus dem Verleihgeschäft der Konzessentin abliefern sollte (a.a.O., E. 5.1 und 5.2.1). Unter diesen Umständen war zu erwarten, dass die durch die potenziellen Konzessionäre offerierte Konzessionsgebühr niedriger ausfallen würde, als wenn nur die Plakatkonzession und kein Veloverleih zum Geschäftsgegenstand gehörte (a.a.O., E. 5.2.2). Das BGER hat dazu festgestellt, dass der den Verleih von Velos betreffende Teil des Geschäfts erstens für sich genommen einen öffentlichen Auftrag (Leistungserbringung auf Bestellung der Auftraggeberin gegen Leistung eines Entgelts, das in casu in der reduzierten Konzessionsgebühr bzw. im entsprechenden Teil des wirtschaftlichen Werts der Plakatkonzession liegt) darstellt, dass er zweitens von einer gewissen Bedeutung (*«d'une certaine importance»*; a.a.O., E. 4.4) ist und dass er drittens nicht notwendigerweise mit der Plakatkonzession zusammenhängt, sondern ohne zwingende Gründe damit zusammengefügt wurde (a.a.O., E. 4.4 und 5.2.2–5.2.3). In der Folge hat es entschieden, dass dieser öffentliche Auftrag auch dann nicht ohne Beachtung der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts erteilt werden darf, wenn er mit einer Plakatkonzession zusammengefügt wird, die als solche (ohne diesen Auftrag) dem Beschaffungsrecht nicht untersteht.

bb. Das BGER hat also nicht das Gesamtgeschäft als öffentlichen Auftrag qualifiziert und die Konzession als reine Gegenleistung betrachtet (wie das in BGE 144 II 177, E. 1.3, und BGE 144 II 184, E. 2 der Fall war). Vielmehr ist es von zwei nicht notwendigerweise zusammengeführten, eigenständigen Geschäften ausgegangen, selbst wenn das den öffentlichen Auftrag darstellende Geschäft nicht separat, sondern durch die Einräumung des Plakatkonzessionswerts (bzw. durch einen Teil dieses Werts) vergütet wurde.

c. Keine Plakat-, sondern eine «gewöhnliche» Sondernutzungskonzession haben die BGE 144 II 177 und 144 II 184 zum Gegenstand. Diese Konzessionen erfüllen in den hier beurteilten Fällen keinen selbständigen Zweck, sondern dienen allein der Ermöglichung des (als öffentlicher Auftrag zu qualifizierenden) Gesamtgeschäfts betreffend entgeltliche Bestellung eines Veloverleih-Systems. Es geht hier insgesamt ausschliesslich um den Veloverleih, der nach der gewählten

Konzeption ohne Standorte auf dem öffentlichen Grund, die nur über Sondernutzungskonzessionen gewährt werden können, nicht funktionieren könnte. Einen anderen Zweck verfolgt die Verleihung dieser Konzessionen hier nicht. In BGE 135 II 49 hingegen geht es um eine eigenständige Zwecke (fiskalischer und regulatorischer Natur) erfüllende Plakatkonzession, die mit einer Veloverleihsystem-Bestellung verbunden wurde und die aller Voraussicht nach auch dann verliehen worden wäre, wenn eine Verbindung mit der genannten Bestellung nicht stattgefunden hätte. Aus dieser Gegenüberstellung der angeführten Fälle lässt sich lernen, dass dann von einer (notwendigen oder nicht notwendigen) Verbindung zweier an sich eigenständiger Geschäfte auszugehen ist, wenn zwei Teile zusammengefügt worden sind, die je einem eigenen Zweck dienen, welcher an sich auch einzeln sinnvoll verfolgt werden könnte. Demgegenüber ist von einem einzigen Gesamtgeschäft auszugehen, wenn alle Teile der infrage stehenden Operation demselben Zweck zudienen. In diesem Sinn gibt es Geschäfte, in denen eine Konzession bzw. Sondernutzungskonzession lediglich zum Zweck des Gesamtgeschäfts enthalten ist, und es gibt daneben auch solche Geschäfte, bei denen die Konzession als solche einem eigenständigen Zweck folgt und mit einem weiteren Geschäft (welches seinerseits einen eigenen Zweck hat) verbunden worden ist. Beide Arten von Geschäften können dem Vergaberecht unterstellt sein. Allerdings ist die erste Art gesamthaft (als öffentlicher Auftrag oder als aliud) zu qualifizieren, währenddem bei der zweiten Art im Fall einer notwendigen Zusammenfügung der überwiegende Geschäftsteil bestimmend ist und im Fall einer nicht notwendigen Zusammenfügung jeder Geschäftsteil seinen spezifisch anwendbaren Vorschriften zu unterstellen ist (vgl. hinten Ziff. 3f und Ziff. 4d).

3. Die durch eine öffentliche Auftraggeberin bei einem Plakatkonzessionär getätigte und durch sie entgeltete Bestellung von im öffentlichen Interesse liegenden Werbe- bzw. Kommunikationsleistungen stellt für sich genommen einen öffentlichen Auftrag dar (vgl. Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 IVöB 2019).

a. Das gilt unabhängig davon, ob dieser Auftrag zusammen mit dem Recht zur kommerziellen Bewirtschaftung von Werbeflächen («klassische» Plakatkonzession) vergeben wird oder getrennt davon, und unabhängig auch davon, ob der beauftragte Konzessionär nur die Kommunikation im öffentlichen Interesse oder daneben auch kommerzielle Werbung betreibt. Gleichgültig ist weiter, ob dann, wenn der beauftragte Konzessionär auch das Recht zur kommerziellen Werbung hat, das Entgelt für die beauftragten Leistungen aus diesem Recht (bzw. aus der Möglichkeit, aus diesem Umsatz und Gewinn zu erwirtschaften) besteht (indirektes Entgelt) oder ob die Auftraggeberin dafür eine vom Bereich der kommerziellen Werbung unabhängige Vergütung direkt bezahlt. In allen Fällen liegt entweder ein «gewöhnlicher» öffentlicher Auftrag i.S.v. Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019 oder ein öffentlicher Auftrag in der Form einer Konzession nach Art. 9 IVöB 2019 vor (wobei zu präzisieren ist, dass alle Aufträge nach Art. 9 auch der Definition nach Art. 8 Abs. 1 entsprechen, da Art. 9 Satz 1 IVöB 2019

lediglich zwei besondere Fälle von Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019 expliziert [vgl. auch *POLTIER*, a.a.O., Rz. 222 und Rz. 337], und dass zur Unterscheidung auf das Mass des besonderen Betriebsrisikos abzustellen ist; vgl. Erwägungsgrund 18 ff. und Art. 5 Ziff. 1 Uabs. 2 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU; ebenso in diesem Sinn, wiewohl mit einer gewissen Zurückhaltung, *POLTIER*, a.a.O., Rz. 341).

b. Aus diesen Feststellungen ist zu schliessen, dass es, rein dogmatisch betrachtet und jedenfalls im Grundsatz keinen Unterschied gibt zwischen jenen Fällen, in denen ein Plakatkonzessionär nebst der kommerziellen Werbung auch Kommunikation im öffentlichen Interesse zu erledigen hat (vgl. vorne Ziff. 2a), und jenem Fall, in dem die Plakatkonzession mit der Bestellung eines Veloverlehservices kombiniert wurde (vgl. vorne Ziff. 2b). In allen Fällen werden eine kommerzielle Konzessionstätigkeit und die entgeltliche Bestellung von Leistungen bzw. ein öffentlicher Auftrag miteinander kombiniert. Ob der öffentliche Auftrag in sachlicher Hinsicht Leistungen betrifft, die bei übergreifender Betrachtung jenen ähnlich sind, die den Gegenstand der kommerziellen Konzession bilden (wie etwa Kommunikation im öffentlichen Interesse), oder ob es sich um grundsätzlich andersartige Leistungen handelt (wie etwa der Betrieb eines Veloverlehs), spielt demgegenüber keine Rolle, da die Qualifikation des öffentlichen Auftrags als solche nicht davon abhängt, um welche Art von Leistungen es geht, und noch weniger davon, ob ein solcher Auftrag mit einem anderen Geschäftsteil verbunden wird, in dem es um ähnliche oder unähnliche weitere Leistungen geht (vgl. immerhin hinten lit. g).

c. Damit ist nicht gesagt, dass alle Fälle von Kombinationen zwischen Plakatkonzessionen und öffentlichen Aufträgen gleich zu beurteilen sind. Nach der hier vertretenen Auffassung empfehlen sich die folgenden Unterscheidungen.

d. Wird einem Privaten das Recht zur Werbung auf öffentlichem Grund ausschliesslich zur kommerziellen Nutzung eingeräumt (wobei die Konzedentin und andere Träger öffentlicher Interessen ihre Werbung wie alle anderen Werbekunden zu gewöhnlichen Tarifen einkaufen müssen), liegt eine reine Plakatkonzession vor, die allein dem Art. 2 Abs. 7 BGBM und nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht (Art. 5 BGBM und Art. 8 Abs. 1 und/oder Art. 9 IVöB 2019) unterliegt. Eine andere Frage ist in diesem Fall die entgeltliche Bestellung von Werbeleistungen gegen normale Vergütung durch die Konzedentin bzw. öffentliche Auftraggeberin – dies wiederum ist ein öffentlicher Auftrag.

e. Wird einem Privaten das Recht zur Werbung auf öffentlichem Grund ausschliesslich zur Nutzung im öffentlichen Interesse (insb. öffentliche Bekanntmachungen; Gesundheits- und Sicherheitskampagnen; politische Werbung bei Wahlen; kulturelle und touristische Information) eingeräumt, liegt ein öffentlicher Auftrag vor, soweit die Konzedentin für diese Leistungen ein Entgelt zahlt. Bei der hier beschriebenen Konstellation ist das zunächst dann der Fall, wenn die Konzedentin (ggf. zusammen mit weiteren Stellen der öffentlichen Hand) sämtliche Leistungen direkt bezahlt und allfällige Drittberechtigte (z.B. kulturelle und touristische Vereinigun-

gen) für sich kostenfrei Werbung bestellen können. Falls Drittberechtigte einen gewissen Kostenbeitrag zu leisten haben, ändert das an der Qualifikation des Geschäfts als öffentlicher Auftrag nichts, solange die Tätigkeit gegenüber Dritten nicht zu kommerziellen, sondern zu reduzierten Tarifen entfaltet wird (ansonsten liegt eine Mischung zwischen dem öffentlichen Auftrag der Konzedentin und einer kommerziellen Tätigkeit vor; vgl. dazu hinten lit. f). Das dürfte im hier interessierenden Fall meistens zutreffen.

f. Es bleiben die Fälle, in denen eine kommerzielle Plakatkonzessionstätigkeit in einem einzigen Geschäft mit der Bestellung von Leistungen (irgendwelcher Art) gegen Entgelt (d.h. mit einem öffentlichen Auftrag) kombiniert wird. Von dieser Kombination handeln sowohl das rapportierte Urteil als auch die vorne (Ziff. 2a und b) zitierte Rechtsprechung. Hier ist eine weitere Unterscheidung erforderlich, die in BGE 135 II 49, E. 4.3, erwähnt wird (vgl. auch *MARTIN BEYELER*, der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1122 ff.; *POLTIER*, a.a.O., Rz. 345): Ist die Zusammenfügung der beiden Geschäftsteile notwendig oder nicht, beziehungsweise wären die Teile vernünftigerweise voneinander trennbar («*dissociables*»; a.a.O., E. 4.4) oder nicht? In BGE 135 II 49, E. 4.3 und E. 4.4 (vgl. auch E. 5.2.2 und E. 5.2.3), geht das BGE davon aus, dass im Fall von vernünftigerweise nicht voneinander trennbaren (d.h. notwendigerweise zusammengeführten) Geschäftsteilen nach der Präponderanzmethode zu entscheiden ist (demgemäss ist das Gesamtgeschäft als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren, falls der entsprechende Teil überwiegt; vgl. auch *POLTIER*, a.a.O., Rz. 345). Andernfalls, das heisst, wenn die beiden Geschäftsteile auch getrennt voneinander vergeben und vereinbart werden könnten und ihre Verbindung also nicht als notwendig erscheint, ist derjenige Teil, der einen öffentlichen Auftrag darstellt, jedenfalls dann unabhängig vom anderen Teil dem öffentlichen Beschaffungsrecht zu unterstellen (was gegebenenfalls zu einer faktischen Unterstellung des Gesamtgeschäfts führt), wenn dieser Teil im Gesamtgeschäft «eine gewisse Bedeutung» («*une certaine importance*»; a.a.O., E. 4.4) hat (a.a.O., E. 4.3, E. 4.4, E. 5.2.2 und E. 5.2.3), was wohl zumindest dann der Fall ist, wenn der Wert dieses Teils den Schwellenwert des Einladungsverfahrens erreicht.

g. Nur insoweit, als es um die Frage der Notwendigkeit der Verbindung verschiedener Geschäftsteile geht, hat eine allfällige sachliche Nähe zwischen den beiden Geschäftsteilen einen indirekten Einfluss (vgl. vorne lit. b): Es ist in der Regel wahrscheinlich, dass sachlich nahe beieinanderliegende Geschäftsteile untereinander bestimmte Synergien oder gar Abhängigkeiten aufweisen, die die Annahme einer notwendigen Verbindung unterstützen können. Dies schliesst es allerdings nicht aus, dass notwendige Verbindungen auch zwischen ganz verschiedenartigen Geschäftsinhalten bestehen können.

4. Angesichts der soeben festgehaltenen Grundsätze und Unterscheidungen ging es in casu, wie es das KGE NE festgestellt hat, um eine Kombination aus einer kommerziellen Plakatkonzession und einem indirekt entgoltenen öffentlichen Auftrag.

a. Wenn das Gericht dabei darauf abgestellt hat, ob der einen öffentlichen Auftrag darstellende Geschäftsteil von einer «gewissen Bedeutung» («*d'une certaine importance*»; rapportiertes Urteil, E. 1d/cc) ist und deshalb der Geltung des Vergaberechts unterliegt, hiesse das im Sinn von BGE 135 II 49 (E. 4.3, E. 4.4, E. 5.2.2 und E. 5.2.3) eigentlich, dass das KGer NE davor angenommen hat, dass dieser Geschäftsteil und die kommerzielle Plakatkonzession nicht in notwendiger Art miteinander verbunden sind, so dass jeder Geschäftsteil je den für ihn geltenden Regeln unterliegt. Der Urteilstext widmet sich der Frage der Notwendigkeit der Verbindung jedoch nicht ausdrücklich. Er lässt in dieser Hinsicht auch keine abschliessende Klärung zu. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre eine getrennte Vergabe der beiden Geschäftsteile (kommerzielle Werbung/Kommunikation im öffentlichen Interesse) rein technisch wohl möglich, jedenfalls wenn beide Bereiche auf je verschiedene Werbeträger abstellen. Indessen scheinen auch verschiedene Umstände, insbesondere die zwischen beiden Bereichen liegenden Synergien in wirtschaftlicher und organisatorischer Hinsicht, für die Annahme einer notwendigen Zusammenfügung zu sprechen, zumal das Erfordernis der Notwendigkeit zwar ernst zu nehmen (ansonsten es die Umgehung des Vergaberechts nicht zu verhindern vermag), nicht jedoch absolut zu verstehen ist, da Leistungen theoretisch fast immer voneinander getrennt werden können. Allein der Umstand allerdings, dass es die Konzedentin durch die Verbindung der Geschäftsteile vermeiden kann, für die im öffentlichen Interesse erbrachten Leistungen direkt ein Entgelt zu bezahlen (und entsprechenden Aufwand zu betreiben), reicht für die Annahme von Notwendigkeit nicht aus.

b. Soweit davon auszugehen sein sollte, dass im vorliegenden Fall zwischen dem die kommerzielle Werbung betreffenden Geschäftsteil und dem die Kommunikationsleistungen im öffentlichen Interesse betreffenden und einen öffentlichen Auftrag darstellenden Geschäftsteil eine notwendige Verbindung im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 135 II 49, E. 4.3, E. 4.4, E. 5.2.2 und E. 5.2.3) besteht, so dass die beiden Geschäftsteile nicht getrennt voneinander vergeben werden können und daher auch in rechtlicher Hinsicht einheitlich zu behandeln sind, ist das öffentliche Beschaffungsrecht auf das Gesamtgeschäft nur dann anzuwenden, wenn der den öffentlichen Auftrag darstellende Geschäftsteil insgesamt als überwiegend erscheint (vgl. BGE 135 II 49, E. 4.3, m.w.H.; BEYELER, a.a.O., Rz. 1123; dieser Präponderanzgedanke kommt auch in Art. 8 Abs. 3 BÖB/IVöB 2019 zum Ausdruck, allerdings geht es hier nicht um Mischungen von unterstellten und nicht unterstellten Geschäftsarten, sondern um Mischungen von unterstellten Leistungen unterschiedlicher vergaberechtlicher Qualifikation). Dabei ist grundsätzlich auf den jeweiligen Wert der Geschäftsteile abzustellen (vgl. BGE 135 II 49, E. 4.3: «*en termes quantitatifs*»). Unerheblich ist im hier interessierenden Fall dagegen, ob dem einen öffentlichen Auftrag darstellenden Geschäftsteil eine «gewisse Bedeutung» zukommt. Massgebend ist hier allein, ob dieser Teil den anderen überwiegt oder nicht.

aa. Wie aber ist der jeweilige Wert der beiden Geschäftsteile zu bestimmen? Der Wert des Gesamtgeschäfts entspricht, je-

denfalls im Rahmen der Anwendung der vergaberechtlichen Schwellenwerte (dazu hinten Ziff. 5), dem voraussichtlichen Gesamtumsatz, den der Plakatkonzessionär in all seinen kommerziellen und anderen Konzessionstätigkeiten durch die entgeltliche Zurverfügungstellung von Werbemöglichkeiten und die Durchführung von Werbungen zugunsten von Dritten (oder ggf. der Konzedentin) wird erzielen können, zuzüglich allfälliger direkt durch die Konzedentin für die im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit an sich geleisteter Zahlungen und abzüglich allfälliger durch den Konzessionär der Konzedentin bezahlter Konzessionsgebühren.

bb. Der Wert des einen öffentlichen Auftrag darstellenden Geschäftsteils entspricht bei dieser Ausgangslage (1) dem Wert der direkten Zahlungen der Konzedentin (soweit vorhanden), zuzüglich (2) der durch die Konzedentin oder durch Dritte (z.B. kulturelle Institutionen) für bestimmte im öffentlichen Interesse liegende Leistungen des Konzessionärs bezahlten Entgelte (soweit vorhanden) und zuzüglich auch (3) des Werts der nicht durch Zahlungen der Konzedentin oder Dritter gedeckten, im öffentlichen Interesse erbrachten Leistungen. In dem Umfang, in dem für im öffentlichen Interesse liegende Leistungen weder die Konzedentin noch Dritte ein direktes Entgelt bezahlen (und auch keine direkte, abstrakte Finanzierung der Tätigkeit an und für sich durch die Konzedentin vorliegt), finanziert der Plakatkonzessionär solche Leistungen durch die Einnahmen, die er aufgrund der Bewirtschaftung des kommerziellen Teils der Plakatkonzession erzielen kann (beziehungsweise durch einen Teil dieser Einnahmen; andere Teile davon decken seine Kosten für die kommerzielle Werbung sowie sein Risiko und seinen Gewinn ab; wieder andere werden von ihm ggfs. als Konzessionsgebühr an die Konzedentin geleistet). Der Wert der nicht durch direkte Entgelte bzw. Zahlungen der Konzedentin oder Dritter gedeckten, im öffentlichen Interesse liegenden Leistungen entspricht dabei der Summe an Konzessionsgebühren, die der Konzessionär der Konzedentin nicht offeriert und nicht bezahlt, sondern gewissermassen zurückbehält, um die Kosten der im öffentlichen Interesse liegenden Leistungen zu decken (und um darauf ggfs. auch einen Aufschlag für Risiko und Gewinn zu machen).

c. Da das rapportierte Urteil keine Angaben zu dem zu erwartenden Gesamtumsatz des Plakatkonzessionärs enthält, muss an dieser Stelle offenbleiben, ob der einen öffentlichen Auftrag darstellende Geschäftsteil im Rahmen des Gesamtgeschäfts als überwiegend zu betrachten wäre (falls eine notwendige Verbindung zwischen den Geschäftsteilen bestände und es daher auf die Präponderanzmethode ankäme; vgl. vorne lit. b). Klar scheint immerhin, dass es hier keine direkten Zahlungen der Konzedentin für die im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeiten an sich gibt und dass zumindest der Grossteil dieser Tätigkeiten ohne direktes Entgelt der Konzedentin oder der betreffenden Dritten entfaltet wird. Insoweit bestimmt sich der Wert des einen öffentlichen Auftrag darstellenden Geschäftsteils jedenfalls zur Hauptsache nach dem Differenzbetrag zwischen der Konzessionsgebühr, die ohne die im öffentlichen Interesse liegenden Leistungen offeriert würde, und jener Gebühr, die angesichts der Pflicht zur Er-

bringung dieser Leistungen offeriert wird (vgl. vorne lit. b/bb). Dazu ist festzuhalten, dass das KGer NE im vorliegenden Fall von einer geschätzten jährlichen Konzessionsgebühr von ungefähr CHF 30 000–35 000 (und dies während 10 Jahren) ausgeht. Läge dieser Betrag ohne die Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen im öffentlichen Interesse derart hoch, dass die Differenz dem überwiegenden Teil des Werts des Geschäfts entspräche, wäre auch bei Anwendung des Präponderanzgedankens (im Fall der Annahme der notwendigen Verbindung der beiden Geschäftsteile; vgl. vorne Ziff. 3f und Ziff. 4b) das Gesamtgeschäft als öffentlicher Auftrag (i.S.v. Art. 9 IVöB 2019) zu qualifizieren gewesen. Im gegenteiligen Fall wäre das Gesamtgeschäft den reinen Konzessionen (nach Art. 2 Abs. 7 BGBM) zuzuschlagen.

d. Dem Gesagten ist anzufügen, dass die Annahme des KGer NE nicht zutrifft, nach der ein Gesamtgeschäft als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sei, sobald es einen Teil enthält, der für sich genommen einen öffentlichen Auftrag darstellt und der zugleich im Gesamtgeschäft eine «gewisse Bedeutung» («*une certaine importance*») einnimmt. Eine Operation, die Teile enthält, welche bei isolierter Betrachtung nicht als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sind (z.B. eine Sondernutzungskonzession), ist nur dann schon per se (und nicht erst aufgrund einer allfälligen Anwendung der Präponderanzmethode; vgl. vorne Ziff. 3f) gesamthaft als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren, wenn diese Teile im Rahmen der Operation keinem eigenständigen Zweck verpflichtet sind, sondern ausschliesslich im Dienst des Zwecks der Gesamtoperation stehen und diese ihrerseits als Ganzes und unter Berücksichtigung der Funktionen der für sich genommen keinen öffentlichen Auftrag darstellenden Geschäftsteile als öffentlicher Auftrag zu betrachten ist (das trifft namentlich zu auf jene Sondernutzungskonzessionen, die im Rahmen und zum alleinigen Zweck der Bestellung einer Leistungserbringung im Gebiet des Veloverleihs erteilt werden; vgl. vorne Ziff. 2c). In casu ist es zwar nicht ganz ausgeschlossen, dass die Konzedentin mit dem kommerziellen Teil der Plakat- bzw. Werbekonzession keine eigenen (d.h. hier: fiskalischen) Zwecke verfolgt und diesen Teil der Konzession allein dafür in das Gesamtgeschäft integriert, dass der einen öffentlichen Auftrag darstellende Teil (anders als durch Finanzmittel der Konzedentin) finanziert werden kann. Wäre dem so, wäre das Gesamtgeschäft per se als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren; andernfalls ist von einem gemischten Geschäft auszugehen und ist das Beschaffungsrecht nur anzuwenden, wenn sich dies aus der Anwendung der Präponderanzmethode ergibt, sofern die Verbindung der verschiedenen Teile als notwendig erscheint (vgl. vorne Ziff. 3f). Gegen die Annahme des Fehlens eines eigenständigen Zwecks des kommerziellen Geschäftsteils spricht in casu allerdings der Umstand, dass die Konzedentin eine Konzessionsgebühr (nach Abzug der Kosten der Leistungserbringung im Rahmen des einen öffentlichen Auftrag darstellenden Geschäftsteils) erwartete und nicht anordnete, dass die Bewerberinnen nach Abzug von Kosten und Gewinnzuschlägen alle verbleibenden Finanzmittel in die möglichst weitgehende Erfüllung des einen öffentlichen Auftrag darstellenden Geschäftsteils investieren sollten. Ist ein

eigenständiger (fiskalischer) Zweck jedoch gegeben, so liegt ein gemischtes Geschäft vor, das entgegen dem KGer NE nicht allein deswegen gesamthaft und von vornherein einen öffentlichen Auftrag darstellt, weil der einen öffentlichen Auftrag darstellende Geschäftsteil von einer «gewissen Bedeutung» ist.

5. Zum Schluss ist darauf hinzuweisen, dass der geschätzte Wert einer Konzession nach Art. 9 BöB/IVöB 2019, welcher mit den einschlägigen Schwellenwerten zu vergleichen ist (vgl. Art. 15 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1, Art. 17 und Art. 52 Abs. 1 BöB/IVöB 2019), nicht auf der Grundlage der Konzessionsgebühr zu bestimmen ist (wie dies das KGer NE in casu getan hat), sondern nach Massgabe des gesamten Umsatzes, den der Konzessionär im Rahmen der Konzession voraussichtlich erzielen wird, denn dieser Betrag entspricht dem Wert der Konzession, nicht jener des Überschusses an Erträgen, die der Konzessionär als Konzessionsgebühr der Konzedentin aushändigt. Zu diesem Umsatz gehören nicht nur alle erwirtschafteten Entgelte für bestimmte Leistungen, sondern gegebenenfalls auch alle durch die Konzedentin für die Tätigkeit an sich geleisteten Zahlungen.

a. Von diesen Regeln geht zumindest Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 der EU-Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU aus, und angesichts des Schweigens von BöB und IVöB 2019 zur Frage der Wertberechnung bei Konzessionen empfiehlt sich eine analoge Anwendung dieser Regel im schweizerischen Vergaberecht. Materiell stützt sich die Regel darauf, dass es bei der Berechnung des mit den Schwellenwerten zu vergleichenden Auftragswerts um die finanzielle Bedeutung dieses Auftrags, gemessen am Wert sämtlicher durch die Auftraggeberin geleisteter Entgelte (vgl. Art. 15 Abs. 3 BöB/IVöB 2019), geht, dass das Entgelt bei einer Konzession, nebst einer allfälligen direkten Zahlung der Auftraggeberin, im Wert des konzedierten Rechts liegt und dass dieser sich für den Konzessionär anhand des erwartbaren Gesamtumsatzes bestimmt. Dieser Umsatz ist der wirtschaftliche Wert, den die Auftraggeberin zur Bezahlung der Leistungen, um die es in Art. 9 BöB/IVöB 2019 geht, durch Übertragung des konzessionsgegenständlichen Rechts hergibt.

b. Allerdings gehört gegebenenfalls jener Teil des Gesamtumsatzes nicht zur Gegenleistung der Auftraggeberin und damit zum Wert der Konzession, den der Konzessionär in Form einer Konzessionsgebühr der Auftraggeberin leistet (VGer ZH, VB.2019.00826, 14.5.2020, E. 3.3.9). Als Gegenleistung kann nur jener Teil des wirtschaftlichen Werts der Konzession betrachtet werden, welcher tatsächlich beim Konzessionär verbleibt und den die Auftraggeberin nicht (als Konzessionsgebühr) zurückerhält. Zwar enthält der Art. 8 der Richtlinie 2014/23/EU keine ausdrückliche Regelung zur Frage des Abzugs einer allfälligen Konzessionsgebühr vom Wert der Konzession, doch ordnet Abs. 3 lit. b dieser Bestimmung an, dass jene Gelder, die der Konzessionär von Dritten einnimmt und im vollen Betrag der Auftraggeberin weiterleiten muss, von der Berechnung des massgeblichen Konzessionswerts auszunehmen sind. Daraus lässt sich schliessen, dass Gleiches auch für Gelder gelten sollte, die der Konzessionär der Auf-

traggeberin in der Form einer Konzessionsgebühr zahlt. Auch hier geht es um einen Teil des Umsatzes, der letztlich nicht dem Konzessionär verbleibt und daher kein Teil der durch die Auftraggeberin bezahlten Gegenleistung ist.

Zur Frage des Drittumsatzes bei internen Vergaben

Das BGer äussert sich zum ersten Mal zum Quasi-inhouse- und zum Instate-Privileg nach Art. 10 Abs. 2 lit. b und lit. d IVöB 2019. Dabei steht die Frage im Zentrum, unter welchen Umständen Tätigkeiten, die das leistungserbringende Subjekt für Dritte erbringt, einer Anrufung der genannten Privilegien entgegenstehen.

Le Tribunal fédéral se prononce pour la première fois sur différents aspects des exemptions « quasi-inhouse » et « in-state » selon l'art. 10 al. 2 let. b et let. d AIMP 2019. La question centrale est de savoir dans quelles circonstances les activités que l'adjudicataire réalise en faveur de tiers s'opposent à l'application des exemptions.

Urteil des Bundesgerichts vom 24. Juli 2024 (2C_701/2023); zur Publikation vorgesehen

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(3) 1. Im Jahr 2013 haben drei im Kanton Waadt gelegene öffentliche Spitäler ihre jeweiligen Ambulanzbetriebe zusammengelegt und in einen neu gegründeten Verein («CSU-nvb») ausgelagert, deren einzige Mitglieder sie sind. Der Zweck des Vereins besteht aus der Erbringung von Ambulanz-Dienstleistungen sowie weiterer medizinischer Transportleistungen. Der Verein ist Teil des kantonalen Rettungsdienstes. In diesem Rahmen ist er der Notrufzentrale angeschlossen und in zwei Regionen des Kantons für die Erstintervention (und gegebenenfalls für einen Transport in ein Spital; sog. Primärtransport) verantwortlich.

2. Im Frühsommer 2023 beschlossen die drei Spitäler, dem Verein CSU-nvb den Auftrag zu erteilen, all ihre Patiententransporte zwischen verschiedenen Spitälern (sog. Sekundärtransporte) durchzuführen. Bis dahin hatten die Spitäler diese Transporte hauptsächlich durch private Unternehmen ausführen lassen; ein Anstieg der entsprechenden Kosten bewog sie schliesslich dazu, die Leistungen dem Verein zu übertragen. Sie publizierten im kantonalen Amtsblatt eine Mitteilung ihres Beschlusses.

3. Zwei private Unternehmen, die bisher Aufträge der Spitäler betreffend Sekundärtransporte erhalten hatten, führten gegen den zugunsten des Vereins gefällten Vergabeentscheid der Spitäler Beschwerde vor dem KGer VD. Dieses trat (nach einer Verfahrensvereinbarung) auf die Beschwerden nicht ein, weil es dafürhielt, die angefochtene Vergabe unterstehe dem öffentlichen Vergaberecht nicht, so dass der entsprechende Rechts-

weg nicht offenstehe. Es nahm dabei an, dass in casu die Ausnahme der Quasi-inhouse-Vergabe nach Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 gegeben sei, zumal der Verein vollständig unter der Kontrolle der Spitäler steht und sowohl vor als auch nach der streitbetroffenen Auftragsvergabe mehr als 80 Prozent aller durch den Verein durchgeführten Transporte zu einem der drei Spitäler hinführen und/oder von einem dieser Spitäler weggehen.

4. Eines der beiden beschwerdeführenden Unternehmen zog den Nichteintretensentscheid des KGer VD vor das BGer weiter.

Der Entscheid

Das BGer behandelt das vor ihm erhobene Rechtsmittel als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und weist diese ab.

1. Da zwischen den Parteien streitig ist, ob der vorliegende Fall den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens untersteht (wie die Beschwerdeführerin dies behauptet und die Spitäler es in Abrede stellen), kommt der Frage, ob das zutrifft, eine doppelte Relevanz zu, nämlich erstens im Rahmen des Eintretens, weil hier nach Art. 83 lit. f BGG für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens besondere Voraussetzungen zu beachten sind, und zweitens im Rahmen der Sache selbst, wo es um die Anwendung oder Nichtanwendung des Beschaffungsrechts geht. In Übereinstimmung mit seiner konstanten Rechtsprechung sieht das BGer von einer Anwendung des Art. 83 lit. f BGG bzw. von einer Prüfung der Geltung des Vergaberechts schon im Stadium des Eintretens ab und klärt diese Frage im Rahmen der Hauptsache. Da das Gericht hier zum Schluss kommt, dass das Vergaberecht nicht anwendbar ist, stellt sich auch die Frage nicht, ob der Art. 83 lit. f

BGG retrospektiv anzuwenden wäre, wenn sich das Vergabericht als anwendbar erweise.

2. Das BGer stellt zunächst fest, dass im vorliegenden Fall in zeitlicher Hinsicht die IVöB 2019 gilt, falls das Vergabericht in sachlicher Hinsicht anwendbar ist, und es prüft die angefochtene Vergabe in der Folge unter der Bestimmung betreffend die Quasi-inhouse-Vergabe (Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019) und sodann unter jener, welche die Instate-Vergabe (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019) regelt.

3. Eine Quasi-inhouse-Vergabe (Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019) kann nach dem BGer nicht vorliegen.

a. Die Spitäler verfügen gegenüber dem Verein über eine gemeinsame Kontrolle i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 («Kontrolle [...], die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht»), zumal sie sowohl in der Generalversammlung des Vereins als auch in dessen Geschäftsleitung über die Stimmenmehrheit verfügen und die weiteren Stimmrechte einer Einwohnergemeinde und einem im Bereich der Pflege tätigen Gemeindeverband zukommen. Das erste Erfordernis der Vergaberichts Ausnahme der Quasi-inhouse-Vergabe ist damit erfüllt.

b. Nicht erfüllt ist nach dem BGer dagegen das zweite Erfordernis der Ausnahme (das sog. Tätigkeits- oder Wesentlichkeitskriterium; vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019: Die betreffende Stelle muss «ihre Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen»). Die Vorinstanz hat zwar festgestellt, dass, unter Berücksichtigung der umstrittenen Vergabe, mehr als 80 Prozent der Transporte des Vereins zu einem der Spitäler hin- oder davon wegführen. Dies ist jedoch nicht entscheidend. Massgeblich ist die Frage, mit wem der Verein seinen Umsatz generiert: Dem Erfordernis ist nach dem BGer dann Genüge getan, wenn der Verein mindestens 80 Prozent seines Gesamtumsatzes im Rahmen von Geschäften erwirtschaftet, die er mit seinen Mitgliedern abschliesst. In diesem Zusammenhang stellt das BGer fest, dass der Verein auch unter Berücksichtigung der streitbetreffenden Auftragsvergabe den Hauptteil seines Gesamtumsatzes im Rahmen der Primärtransporte erwirtschaftet und dass er diese Transporte nicht für die Vereinsmitglieder (Spitäler) ausführt, sondern im Auftrag des Kantons Waadt bzw. von dessen Notrufzentrale. Damit, so das Gericht, erbringt der Verein seine Leistungen «im Wesentlichen» gerade nicht für die an ihm beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen, sondern für einen Dritten.

c. Unabhängig von der Erfüllung des Kontrollerefordernisses führt der Umstand, dass (nach dem BGer) das Tätigkeitserfordernis nicht erfüllt ist, zur Unwirksamkeit der Anrufung der Quasi-inhouse-Ausnahme durch die Spitäler. Das angefochtene Urteil des KGer VD erweist sich in diesem Punkt als konkordatswidrig.

4. Im Ergebnis (Nichteintreten auf die Beschwerde) bestätigt das BGer das Urteil der Vorinstanz trotz des Umstands, dass dieses sich zu Unrecht auf die Quasi-inhouse-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019) stützt. Nach dem BGer können

sich die Spitäler nämlich auf das Instate-Privileg (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019) berufen.

a. Der Verein ist als «Einrichtung des öffentlichen Rechts» (Art. 3 lit. f IVöB 2019) zu qualifizieren und stellt darum eine öffentliche Auftraggeberin i.S.v. Art. 4 Abs. 1 IVöB 2019 dar. Er verfügt über eine eigene Rechtspersönlichkeit, wird durch die Spitäler (die ihrerseits öffentliche Auftraggeberinnen in der Form von «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» darstellen) beherrscht und wurde zum besonderen Zweck gegründet, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben (nämlich Patiententransporte) auf nicht gewerbliche Art zu erfüllen (gemäss seinen Statuten kann er Sekundärtransporte ausschliesslich für seine Mitglieder ausführen und steht daher jedenfalls in Bezug auf diese Transporte nicht im freien Wettbewerb, so dass diese Leistungserbringung als «nicht gewerblich» einzustufen ist). Dementsprechend ist die erste Voraussetzung von Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019, wonach eine Vergabe durch eine unterstellte Auftraggeberin an eine unterstellte Auftraggeberin vorliegen muss, erfüllt.

b. Auch die zweite Voraussetzung der Instate-Ausnahme ist erfüllt. Nach Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB darf keine der am betreffenden Geschäft beteiligten Auftraggeberinnen «diese Leistungen [...] im Wettbewerb mit privaten Anbietern» erbringen. Das BGer hält dazu fest, dass der Verein die den Gegenstand der streitbetreffenden Vergabe bildenden Sekundärtransporte ausschliesslich im Auftrag der Spitäler, die seine Mitglieder sind, ausführen und solche Transporte keinem Dritten anbieten wird, so dass er diese Leistungen nicht «im Wettbewerb mit privaten Anbietern» erbringt. Der Umstand, dass der Verein abgesehen von diesen Sekundärtransporten auch Primärtransporte im Auftrag der kantonalen Notrufzentrale ausführt, spielt in diesem Zusammenhang nach dem BGer keine Rolle. Der Umfang der mit Dritten gemachten Umsätze ist unter Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019 (anders als unter dem Quasi-inhouse-Tatbestand des Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019) nicht relevant; entscheidend ist nur, dass «diese Leistungen», d.h. Leistungen der Art, wie sie den Gegenstand des betreffenden Geschäfts bilden, nicht auch im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbracht werden. Das ist vorliegend der Fall. Soweit im Übrigen der Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019 dahin auszulegen wäre, dass die Formulierung «diese Leistungen» nicht nur Leistungen der gleichen Art, sondern, weitergehend, auch ähnliche Leistungen umfasst, so dass es nicht nur auf die geschäftsgegenständlichen Sekundärtransporte ankäme, sondern auch auf die Primärtransporte, müsste festgestellt werden, dass der Verein diese Transporte im Rahmen des kantonalen Notfalldispositivs und damit «in einem weitgehend reglementierten Markt» («sur un marché largement réglementé») ausführt, was keine Leistungserbringung «im Wettbewerb mit privaten Anbietern» (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019) darstellt. Im Übrigen lässt das BGer offen, ob die Instate-Ausnahme auch unter den weiteren, ungeschriebenen Voraussetzungen steht, dass an der betreffenden Auftragnehmerin kein privates Unternehmen beteiligt ist und dass diese Auftragnehmerin den infrage stehenden Auftrag ohne Gewinnstreben erfüllt. Denn in casu wären, falls anwendbar, diese beiden Voraussetzungen erfüllt. Am Verein

sind nur öffentliche Subjekte beteiligt, und er strebt ganz allgemein keine Gewinnerzielung an, was durch den Umstand bestätigt wird, dass er wegen Gemeinnützigkeit im Genuss einer Steuerbefreiung steht.

c. Dementsprechend schliesst das BGER auf die Anwendbarkeit der Instate-Ausnahme (Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019), auf die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts und der entsprechenden Rechtsmittel sowie darauf, dass die Vorinstanz auf die erhobenen Vergabebeschwerden zu Recht nicht eingetreten ist. Daher wird die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abgewiesen.

Die Anmerkungen

1. Das rapportierte Urteil ist der erste Entscheid des BGER zum Thema der innerhalb der staatlichen Sphäre stattfindenden Vergaben (Art. 10 Abs. 2 lit. b–d IVöB 2019; vgl. auch Art. 10 Abs. 3 lit. b–d IVöB 2019). Nicht im Ergebnis, aber in Bezug auf zwei Punkte seiner Begründung ist dieses Urteil zu kritisieren: Erstens greift die bundesgerichtliche Analyse betreffend die Quasi-inhouse-Ausnahme zu kurz, wenn sie nur darauf abstellt, dass der Verein den Hauptteil seines Gesamtumsatzes nicht mit denjenigen öffentlichen Auftraggeberinnen erwirtschaftet, die an ihm beteiligt sind, sondern mit einem Dritten (hinten Ziff. 2). Zweitens enthält das rapportierte Urteil insoweit einen Wertungswiderspruch, als derselbe Dritturnsatz, der im Rahmen der Quasi-inhouse-Ausnahme «schädlich» (für die Anrufung dieser Ausnahme) ist, im Rahmen des Instate-Privilegs auf einmal als «unschädlich» erscheint. Dieser Widerspruch geht auf die Gesetzgebung (Art. 10 Abs. 2 lit. b und lit. d IVöB 2019; vgl. auch Art. 10 Abs. 3 lit. b und lit. d IVöB 2019) zurück, welche in diesem Punkt ihrerseits durch Art. 12 Abs. 1 lit. b und Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU inspiriert zu sein scheint (hinten Ziff. 3–5).

2. Nach Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 (vgl. auch Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB) kann sich ein öffentlicher Auftraggeber auf das Quasi-inhouse-Privileg nur berufen, wenn (u.a.) die Auftragnehmerin «ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbring[t]», der ihr einen Auftrag vergaberechtsfrei erteilen will. In diesem Zusammenhang ist mit dem rapportierten Urteil (E. 6.3) davon auszugehen, dass dieses Erfordernis aufgrund des Gesamtumsatzes der Auftragnehmerin zu überprüfen ist (so auch das Unionsrecht in Art. 12 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU; a.M. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1907: «mindestens 80 Prozent der Leistungen in einem bestimmten Markt» [im Original nicht kursiv]) und dass mindestens 80 Prozent dieses Umsatzes aus Leistungen «für den Auftraggeber» stammen müssen.

a. Wäre der Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 allein entscheidend, müsste die Auftragnehmerin (welche gestützt auf das Quasi-inhouse-Privileg beauftragt werden soll) mindestens 80 Prozent ihres Gesamtumsatzes aus Geschäften ziehen, die sie mit der Auftraggeberin geschlossen hat, welche sie kontrolliert (bzw. aus Geschäften, die sie mit den Auftraggeberinnen geschlossen hat, welche sie gemeinsam kontrol-

lieren), wobei das infrage stehende Geschäft hypothetisch dazugerechnet werden kann. So betrachtet, dürfen sämtliche Dritturnsätze, gleichviel, welcher Natur sie sind, höchstens 20 Prozent des Gesamtumsatzes ausmachen.

b. Der Wortlaut des Gesetzes ist jedoch für dessen Auslegung nicht allein entscheidend. Das BGER weist in E. 6.8 des rapportierten Urteils darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. insb. Urteil C-340/04, 11.5.2006 [Carbotermo], Rn. 65 ff.) auch jene Umsätze für das Quasi-inhouse-Privileg «unschädlich» sind bzw. als Umsätze aus Leistungen «für den Auftraggeber» gelten, die die Auftragnehmerin in Erfüllung eines durch die beteiligte Auftraggeberin erhaltenen Auftrags mit Dritten, denen sie gemäss diesem Auftrag auf Entgeltbasis Dienstleistungen zu erbringen hat, erzielt (vgl. auch MARTIN LUDIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre, Diss. Luzern, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 448 ff., Rz. 451 ff.; ÉTIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2. Aufl., Bern 2023, Rz. 368). Schon hierin zeigt sich, dass die Formulierung «Leistungen [...] für den Auftraggeber» nicht eng auszulegen ist. Allerdings deckt der Wortlaut «Leistungen [...] für den Auftraggeber» solche Leistungen, die die Auftragnehmerin im Auftrag des Auftraggebers Dritten gegenüber erbringt (und für die sie von diesen Dritten ein Entgelt erhält), noch ab, wenn er weit verstanden wird.

c. Über den Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 (vgl. auch Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB) hinaus ist es geboten, gewisse weitere Umsätze als «unschädlich» zu betrachten, selbst wenn diese auch in einem weiten Sinn nicht «Leistungen [...] für den Auftraggeber», sondern andere Leistungen betreffen (in diesem Sinn auch LUDIN, a.a.O., Rz. 446). Dies betrifft all jene Umsätze, die die Auftragnehmerin mit Dritten erzielt (ohne dazu durch den an ihr beteiligten Auftraggeber beauftragt worden zu sein), die aber zugleich im Licht des Zwecks des hier interessierenden Tätigkeitserfordernisses als unproblematisch erscheinen.

aa. Wie das BGER in E. 6.3 (a.E.) des rapportierten Urteils festhält, besteht dieser Zweck darin, zu verhindern, dass die Auftragnehmerin die sich aus vergaberechtsfreien Quasi-inhouse-Aufträgen ergebenden wirtschaftlichen Vorteile im freien Wettbewerb nützt bzw. missbraucht (vgl. auch LUDIN, a.a.O., Rz. 384 ff., Rz. 446). Aus diesem Grund wäre eigentlich zu fordern, dass eine Quasi-inhouse-Auftragnehmerin überhaupt nicht im freien Wettbewerb tätig ist (so auch LUDIN, a.a.O., Rz. 466); nur so kann tatsächlich vermieden werden, dass dieser Wettbewerb durch Quasi-inhouse-Vergaben indirekt verzerrt wird. Allerdings lässt das Gesetz im Sinn einer Konzession an die Bedürfnisse der Praxis Tätigkeiten im freien Wettbewerb zu, solange sie (gemessen an der Gesamttätigkeit) nur als unwesentlich erscheinen.

bb. Der Zweck des Tätigkeitserfordernisses besteht also in der Verhinderung von Verzerrungen des freien Wettbewerbs (und nicht, wie der Wortlaut der einschlägigen Vorschrift es vermuten liesse, in einer undifferenzierten Begrenzung jeglicher Dritturnsätze). Dieser Zweck ist dann von vornherein nicht gefährdet, wenn eine Quasi-inhouse-Auftragnehmerin anderen, an ihr nicht beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen

auf der Basis des Instate-Privilegs (Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BöB/IVöB 2019) entgeltliche Leistungen erbringt. Denn insoweit, als diese anderen öffentlichen Auftraggeberinnen sich auf das Instate-Privileg berufen können, um die hier interessierende Auftragnehmerin vergaberechtsfrei mit Aufträgen zu betrauen, handelt es sich um Auftragsvergaben, die ausserhalb des freien Wettbewerbs (und innerhalb der Staatssphäre) stattfinden. Dementsprechend sollten Drittumsätze, die eine Quasi-inhouse-Auftragnehmerin aufgrund des Instate-Privilegs (angerufen durch die betreffenden anderen öffentlichen Auftraggeberinnen) erzielt, unter dem Art. 10 Abs. 3/2 lit. d BöB/IVöB 2019 gleich behandelt werden wie Umsätze, die die Auftragnehmerin im Rahmen von Quasi-inhouse-Aufträgen erwirtschaftet, welche sie von der sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeberin erhalten hat. In diesem Sinn sollten Instate-Umsätze als ebenso «unschädlich» betrachtet werden wie Quasi-inhouse-Umsätze (LUDIN, a.a.O., Rz. 463 f.; spiegelbildlich zu dieser Rechtslage sollten im Übrigen Umsätze, die eine aktuelle oder potenzielle Instate-Leistungserbringerin im Rahmen von Quasi-inhouse-Aufträgen einer sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeberin erwirtschaftet, unter dem Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BöB/IVöB 2019 nicht als «schädlich» betrachtet werden, da es bei solchen Aufträgen nicht um eine Leistungserbringung «im Wettbewerb mit privaten Anbietern» geht; so auch LUDIN, a.a.O., Rz. 465).

cc. Dass letztlich der Zweck des Tätigkeitserfordernisses und nicht der Wortlaut von Art. 10 Abs. 3/2 lit. d BöB/IVöB 2019 massgebend ist, zeigt sich im Übrigen auch darin, dass Umsatz, den die Quasi-inhouse-Auftragnehmerin dadurch erzielt, dass sie der sie kontrollierenden Auftraggeberin entgeltliche Leistungen gestützt auf einen in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren gewonnenen Auftrag erbringt, im Licht des genannten Zwecks nicht als «unschädlich» betrachtet werden kann, da er im freien Wettbewerb erwirtschaftet wurde, selbst wenn er unter dem Wortlaut der zitierten Bestimmung zunächst als unverdächtig erscheinen mag, zumal er aus «Leistungen [...] für den Auftraggeber» stammt. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass das Gesetz nur den freien Wettbewerb um Drittaufträge, nicht jedoch den freien Wettbewerb um die öffentlichen Aufträge der kontrollierenden Auftraggeberin schützen will.

dd. Aus diesen Gründen ist das Tätigkeitserfordernis des Art. 10 Abs. 3/2 lit. d BöB/IVöB 2019 so auszulegen, dass es entgegen dem Wortlaut der Vorschrift nicht darauf ankommt, ob ein bestimmter Umsatz mit Leistungen für die kontrollierende Auftraggeberin oder für Dritte erwirtschaftet wird, sondern darauf, ob der Umsatz aus dem freien Wettbewerb stammt («schädlich») oder nicht («unschädlich»). Das führt im Übrigen zu einer mit Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BöB/IVöB 2019 besser koordinierten Rechtslage.

ee. Gestützt auf diese Auslegung des Tätigkeitserfordernisses kann im Weiteren festgestellt werden, dass Umsätze, die eine Quasi-inhouse-Auftragnehmerin im Rahmen einer durch ein Monopolrecht i.S.v. Art. 10 Abs. 3/2 lit. a BöB/IVöB 2019 geschützten Leistungserbringung erwirtschaftet (gleichviel, ob es dabei um Geschäfte mit öffentlichen oder mit privaten

Auftraggeberinnen geht), ausserhalb des freien Wettbewerbs stehen und damit als «unschädlich» zu gelten haben (LUDIN, a.a.O., Rz. 455).

d. Damit bleibt mit Blick auf den rapportierten Fall zu klären, ob der Umsatz, den der Verein durch die Erbringung von Dienstleistungen betreffend Erstinterventionen und Primärtransporte im Auftrag des Kantons bzw. der kantonalen Notrufzentrale erbringt, im Licht der vorliegend vertretenen Auslegung des Tätigkeitserfordernisses (vgl. vorne lit. c) als «schädlich» (wie es das rapportierte Urteil annimmt, welches allerdings streng nach dem Wortlaut des Gesetzes rein formal darauf abstellt, dass es sich um Drittumsätze handelt; E. 6.8) oder als «unschädlich» zu betrachten ist. Auf «Schädlichkeit» eines Umsatzes ist nach dem vorstehend Gesagten dann zu schliessen, wenn dieser im freien Wettbewerb erzielt wird.

aa. Zunächst ist festzustellen, dass in Bezug auf die einzelnen Einsatzaufträge (welche durch die Notrufzentrale in den konkreten Notfällen gemäss den anwendbaren Regeln gegebenenfalls dem Verein erteilt werden) kein freier Wettbewerb besteht (auch das rapportierte Urteil spricht von einem «*marché largement réglementé*»; E. 7.5). Nach Art. 6 Abs. 3 RUPH/VD (BLV 810.81.1) werden alle Notrufe durch die Notrufzentrale entgegengenommen und entscheidet diese Zentrale über die mit der Intervention zu betrauenden Ambulanz-Organisationen. Bei dieser Entscheidung geht es, abgesehen von der aktuellen Verfügbarkeit der infrage kommenden Organisationen, ausschliesslich um die sich aus dem Notfall selbst ergebenden Bedürfnisse, wozu insbesondere eine möglichst rasche Intervention zählt. Dies stellt keine Situation des freien Wettbewerbs dar, selbst wenn man sagen könnte, dass die Notrufzentrale, wie bei einem Rahmenvertrags-Minitenderverfahren, jeweils das aktuelle «Angebot» an in der Nähe des Interventionsorts tatsächlich verfügbaren Ambulanzen vergleicht und sodann den Einzelinterventions-Auftrag erteilt. In jedem Fall geht es weder um den Preis der Leistungen noch um einen anderen «Qualitätsaspekt» als die aktuelle Nähe zum Interventionsort. Im Übrigen verhält es sich nicht so, dass sich die Ambulanzen, ähnlich Taxis, an bestimmten Orten des öffentlichen Raums aufhalten würden, um im Notfall möglichst nahe an statistisch signifikant häufigen Interventionsorten zu sein und so mehr Rettungsaufträge zu erlangen, vielmehr haben sie nach jedem Einsatz unverzüglich zu ihrer jeweiligen Basis zurückzukehren (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 RUPH/VD), was dazu führt, dass Interventionen an einem bestimmten Ort in aller Regel jeweils derselben Rettungsorganisation zugeteilt werden. Eine präventive Präsenz von Ambulanzen ausserhalb der Basis ist nur auf Anordnung des Kantons vorgesehen, dies im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen (vgl. Art. 180 Abs. 3 LSP/VD [BLV 810.01]).

bb. Im Weiteren ist festzustellen, dass die im Kanton Waadt anwendbare Gesetzgebung zwar keine Beschränkung der Zahl der Betriebsbewilligungen für Erstinterventionen (bzw. Primärtransporte) durch Ambulanzen vorsieht (vgl. Art. 14 ff. RUPH/VD), dass also alle Betriebe, die die objektiven Anforderungen erfüllen, eine solche Bewilligung erlangen können. Insoweit herrscht freier Wettbewerb unter allen entsprechend

geeigneten Betrieben. Indessen erhalten von diesen Betrieben nur jene auch Rettungsaufträge der Notrufzentrale, die in die kantonale Rettungsplanung integriert worden sind (Art. 35 Abs. 1 RUPH/VD). Über diese Integration entscheidet das zuständige kantonale Departement nach Massgabe der Bedürfnisse der Bevölkerung, gewisser Qualitätsstandards und der verfügbaren Ressourcen der Rettungsbetriebe (Art. 35 Abs. 1 RUPH/VD), wobei so viele Ambulanzen zu integrieren sind, wie es «zur Gewährleistung der Rettung auf dem gesamten Kantonsgebiet nötig» ist («ambulances [...] nécessaires pour assurer le secours sur l'ensemble du territoire cantonal»), jedoch nicht mehr. Ein freier Wettbewerb findet in Bezug auf die Integration in die kantonale Rettungsplanung – welche für die integrierten Betriebe eine wirtschaftliche Sonderstellung mit sich bringt (was bestätigt, dass die einzelnen Rettungsaufträge nicht im freien Wettbewerb erteilt werden) – nicht statt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Departement jedenfalls teilweise politisch entscheidet und dabei insbesondere bestehende Strukturen unterstützt. Es wird im Übrigen nicht nach dem besten Preis gesucht, zumal die Vergütung der Rettungsleistungen weitgehend reglementiert und nicht verhandelbar ist (vgl. insb. Art. 38 LUPH/VD; es geht insbesondere um Subventionen und Beiträge aus der obligatorischen Krankenversicherung).

cc. Nach dem Gesagten spricht vieles dafür, den Umsatz, den in casu der Verein im Rahmen des kantonalen Rettungsdienstes (in das er integriert ist) aufgrund von Einzelaufträgen der Notrufzentrale erzielt, als nicht im Wettbewerb erwirtschaftet zu betrachten (sondern ihn einem i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a IVöB in einem Monopolbereich erzielten Umsatz gleichzustellen) und ihn daher unter dem Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 als «unschädlich» zu behandeln.

dd. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine Prüfung des Sachverhalts unter den Regeln der Instate-Ausnahme an sich. Gleichwohl ist im Folgenden (vgl. hinten Ziff. 3–5) noch auf ein Problem hinzuweisen, das die Regulierung der Quasi-inhouse-Vergabe hervorbringt, falls sie nicht im Einklang mit jener der Instate-Ausnahme ausgelegt wird. Das rapportierte Urteil bildet ein gutes Anschauungsbeispiel einer Auslegung von Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019, die mit Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019 nicht harmoniert: Die Drittumsätze des Vereins, die unter dem Quasi-inhouse-Privileg als «schädlich» betrachtet werden, sollen nach dem BGer unter dem Instate-Privileg als «unschädlich» einzustufen sein (demgegenüber sind diese Umsätze nach der vorliegend vertretenen Auffassung «unschädlich», und in gleicher Weise wären sie auch unter dem Instate-Privileg zu betrachten). Ein solches Ergebnis erstaunt und könnte als eine Art Aushebelung der Quasi-inhouse-Regeln durch das Instate-Privileg verstanden werden. Die Frage ist, ob solches dem Zweck des Gesetzes entspricht.

3. Nach Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019 steht das Instate-Privileg namentlich unter dem Vorbehalt, dass die am Instate-Geschäft beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen (d.h. sowohl die bestellende als auch die leistungserbringende Auftraggeberin) «diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen».

a. Das BGer lässt im rapportierten Urteil offen (E. 7.3 und E. 7.5), ob der Lehrmeinung (vgl. insb. LUDIN, a.a.O., Rz. 696, m.w.H.) zu folgen sei, nach welcher das Gesetz mit der Formulierung «diese Leistungen» (welche nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbracht werden dürfen) nicht nur gleichartige Leistungen wie diejenigen, um die es im jeweiligen Fall geht (in casu wären das Sekundärtransporte von Patientinnen und Patienten zwischen verschiedenen Spitälern), sondern darüber hinaus auch alle ähnlichen Leistungen bzw. alle Leistungen des betreffenden Bereichs (in casu würden damit auch die Primärtransporte erfasst). Denn es hält fest, dass eine solche Voraussetzung der Instate-Vergabe, wenn sie zu beachten wäre, in casu erfüllt wäre (so dass es nicht darauf ankommt, ob sie überhaupt zu beachten ist). Die Begründung liegt nach dem Gericht darin, dass es die im Rahmen der kantonalen Rettungsplanung erfolgende Erbringung von Leistungen betreffend Primärtransporte nicht als Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Unternehmen einstuft, sondern als weitgehend reglementierte Tätigkeit, unabhängig davon, dass auch private Unternehmen in die Rettungsplanung integriert werden können (vgl. vorne Ziff. 2d/aa–cc). Aus diesem Grund hätte das BGer nach der hier vertretenen Auffassung die im Rahmen der Primärtransporte durch den Verein erzielten Umsätze schon unter dem Quasi-inhouse-Privileg als «unschädlich» betrachten sollen (vgl. vorne Ziff. 2).

b. In allgemeiner Hinsicht dürfte unstrittig sein, dass das im Rahmen der Instate-Vergaben zu beachtende Erfordernis «diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen» (Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019) dieselbe Funktion erfüllt wie das Tätigkeitserfordernis der Quasi-inhouse-Vergabe («ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen»; Art. 10 Abs. 3/2 lit. d BÖB/IVöB 2019; vgl. auch LUDIN, a.a.O., Rz. 694 ff.; POLTIER, a.a.O., Rz. 370, Rz. 373). Es geht insgesamt darum, dass die wirtschaftlichen Vorteile, welche sich für die im Genuss von privilegierten internen Vergaben stehende Stelle aus diesen Vergaben ergeben, nicht andernorts den freien Wettbewerb verzerren. Allerdings scheint der Text der einschlägigen lit. b und lit. d von Art. 10 Abs. 3/2 BÖB/IVöB 2019 die Erreichung dieses Ziels auf je unterschiedliche Art anzustreben. Im Rahmen der Instate-Vergabe kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes darauf an, ob gleichartige (sowie gegebenenfalls auch ähnliche) Leistungen im Wettbewerb mit Privaten erbracht werden, nicht jedoch darauf, ob andersartige Leistungen im freien Wettbewerb erbracht werden, selbst wenn solche Wettbewerbsleistungen zum Beispiel 80, 90 oder 95 Prozent der Gesamttätigkeit des betreffenden Subjekts ausmachen (vgl. auch LUDIN, a.a.O., Rz. 707). Im Rahmen der Quasi-inhouse-Vergabe hingegen kommt es darauf an, dass das auftragnehmende Subjekt höchstens einen unwesentlichen Teil (d.h. maximal 20%) von all seinen Leistungen im freien Wettbewerb erbringt; gleichgültig ist es dagegen, ob es sich um gleiche oder ähnliche Leistungen handelt wie bei jenen, die unter dem betreffenden Quasi-inhouse-Vertrag zu erbringen sind. Einmal kommt es also nur auf die Art der Wettbewerbsleistungen, das andere Mal nur auf deren Umfang an. Da es jedoch in beiden Fällen um

das gleiche Ziel, nämlich die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen im Fall einer Wettbewerbstätigkeit des betreffenden Subjekts geht, kann eine unterschiedliche Konzeption der Zielerreichung nicht gerechtfertigt sein und auch nicht dem Zweck der gesamten Regulierung der internen Vergaben entsprechen. Diese Regulierung wäre inkohärent, wenn sie ihrem Wortlaut entsprechend dahin ausgelegt würde, dass derselbe Umsatz je nach der Ausnahme, die angerufen wird, einmal als «schädlich» und einmal als «unschädlich» betrachtet wird.

c. Es ist daran zu erinnern, dass Wettbewerbsverzerrungen nur dann mit Gewissheit ausgeschlossen sind, wenn ein Quasi-inhouse- oder ein Instate-Subjekt sich jeglicher Wettbewerbstätigkeit enthält (so auch LUDIN, a.a.O., Rz. 466), und es ist festzustellen, dass die Frage nach dem Vorhandensein eines Potenzials zur Wettbewerbsverzerrung entgegen dem Konzept, das sich aus dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019 zu ergeben scheint, nicht davon abhängt, wie sehr die durch das Subjekt im freien Wettbewerb erbrachten Leistungen gleich oder ähnlich sind zu den Leistungen, die den Gegenstand einer Instate- oder Quasi-inhouse-Vergabe bilden sollen (so auch LUDIN, a.a.O., Rz. 707 f.). Die sich aus vergaberechtsfrei erteilten Aufträgen ergebenden wirtschaftlichen Vorteile beschränken sich nicht auf solche, die, wie spezielle Kenntnisse und Erfahrungen, nur im betreffenden Wirtschaftsbereich nützlich sind, sondern können zum Beispiel auch finanzieller Natur und damit von generellem, sektorübergreifendem Nutzen sein (LUDIN, a.a.O., Rz. 707, spricht von einem «die Leistungsmärkte übergreifende[n] Verzerrungsrisiko»). Aus diesen Gründen sollte nach der hier vertretenen Auffassung der Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019 zur möglichst weitgehenden Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen so ausgelegt werden, dass es nicht auf die Art der Wettbewerbsleistungen ankommt, sondern, gleich wie bei der Quasi-inhouse-Vergabe (vgl. vorne Ziff. 2), ausschliesslich darauf, dass nicht mehr als ein unwesentlicher Teil aller Tätigkeiten des betreffenden Subjekts im freien Markt stattfindet. Auf diese Weise werden Wertungswidersprüche zwischen der Regelung der Instate- und jener der Quasi-inhouse-Vergabe vermieden.

4. Insgesamt ist der Art. 10 Abs. 3/2 lit. b und lit. d BÖB/IVöB 2019 nach der hier vertretenen Auffassung dahin auszulegen, dass es in lit. b nicht auf die Art von allenfalls im Wettbewerb erbrachten Leistungen, sondern nur darauf ankommt, ob von den beteiligten Auftraggeberinnen Leistungen im Wettbewerb

erbracht werden (in diesem Zusammenhang sollte auch über ein 20%-Kontingent an Wettbewerbsleistungen nachgedacht werden, um allenfalls gewissen Bedürfnissen der Praxis entgegenzukommen und die Kohärenz mit der Regulierung der Quasi-inhouse-Vergabe zu erhöhen; vgl. dazu Art. 12 Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU). Und im Rahmen von lit. d sollten nicht jegliche Drittumsätze als «schädlich» betrachtet und dem 20%-Kontingent angerechnet werden, sondern nur, aber eben, jegliche im freien Wettbewerb erzielten Umsätze (und zwar auch jene, die ein Quasi-inhouse-Subjekt mit seiner eigenen Auftraggeberin erzielt, falls sie auf einer Teilnahme an einem dem Beschaffungsrecht unterstellten Vergabeverfahren und einer in diesem Rahmen erfolgten Zuschlagserteilung beruht).

5. Der Umstand, dass die Frage der Drittumsätze in Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019 anders geregelt ist als in lit. d dieser Bestimmung, geht allem Anschein nach darauf zurück, dass sich ein sehr ähnlicher Unterschied in Art. 12 Abs. 1 lit. b und Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU findet (hier wird allerdings für die Instate-Vergabe bzw. die öffentliche Zusammenarbeit nach Abs. 4 lit. c der Bestimmung ein 20%-Kontingent für Wettbewerbsleistungen vorgesehen). Dies allein rechtfertigt jedoch eine inkohärente Rechtslage nach BÖB und IVöB 2019 nicht. Die Überlegung hinter dem hier interessierenden Unterschied dürfte darin liegen, dass bei der Instate-Vergabe bzw. der öffentlichen Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Auftraggeberinnen (typischerweise) kein Kontrollverhältnis besteht und dass die (enge) Regelung der Quasi-inhouse-Vergabe, bei der sämtliche nicht mit der kontrollierenden Auftraggeberin erwirtschafteten Umsätze (sämtliche Drittumsätze) als schädlich zu betrachten sein sollen, deshalb bei der Instate-Vergabe nicht praktikabel wäre. Aus diesem Grund wohl hat man bei der Instate-Vergabe die Wettbewerbsumsätze als massgebend bezeichnet (vgl. Art. 12 Abs. 4 lit. c RL 2014/24/EU und Art. 10 Abs. 3/2 lit. b BÖB/IVöB 2019). Dies wiederum hätte jedoch im Sinn der vorstehenden Ausführungen (vgl. vorne Ziff. 2–4) zum Schluss führen sollen, dass auch im Rahmen der Quasi-inhouse-Vergabe auf Wettbewerbsumsätze (und nicht auf Drittumsätze) abzustellen ist, weil dies dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität besser entspricht (das gilt für den Fall von wettbewerblich der eigenen Auftraggeberin erbrachten Leistungen) und weil dadurch die Frage richtig entschieden wird, ob im Rahmen von Instate-Geschäften erzielte Umsätze für eine Quasi-inhouse-Vergabe «schädlich» sind oder nicht (sie sind es nicht).

Öffentlicher Kauf eines künftigen Stadions

Nach dem BGer ist ein Privatunternehmen, das im Interesse der öffentlichen Hand ein durch diese später zu erwerbendes Fussballstadion plant und baut, bei seinen entsprechenden Auftragsvergaben möglicherweise als dem Vergaberecht unterstellte öffentliche Auftraggeberin zu betrachten. Das Gericht lässt diese Frage in casu allerdings aus prozessualen Gründen offen. Das Gleiche gilt für die das Grundstücksprivileg betreffende Frage, inwiefern ein Gemeinwesen ohne Beachtung des öffentlichen Vergaberechts ein Stadion bauen lassen und sodann erwerben kann.

Selon le Tribunal fédéral, une entreprise privée qui planifie et construit un stade de football dans l'intérêt des pouvoirs publics, que ces derniers achèteront ultérieurement, doit éventuellement être considérée comme un pouvoir adjudicateur lorsqu'il effectue ses marchés en aval. Dans la situation du cas d'espèce, le Tribunal laisse cette question ouverte pour des raisons de procédure. Il en va de même pour la question du privilège immobilier, à savoir dans quelle mesure une collectivité publique peut faire construire un stade et l'acquérir ensuite sans respecter le droit des marchés publics.

Urteil des Bundesgerichts vom 10.11.2023 (2C_1009/2021)

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

VGer TG weiter, welches auf die Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht eintrat und eventualiter erwog, dass die B. AG nicht als öffentliche Auftraggeberin zu betrachten sei.

Der Fall

(4) 1. Die B. AG ist eine im Immobilienbereich tätige Totalunternehmerin. Seit rund 20 Jahren beabsichtigt sie, auf verschiedenen in ihrem Eigentum stehenden und in der Stadt Aarau gelegenen Grundstücken ein Fussballstadion und darum herum eine Wohn- und Geschäftsüberbauung (sog. Mantelnutzung) zu errichten. Die Planungs- und Baukosten für das Stadion werden auf CHF 60 Mio. geschätzt, jene des Gesamtvorhabens auf CHF 400 Mio.

2. Es ist vorgesehen, dass das gestützt auf ein selbständiges und dauerndes Baurecht zu errichtende Stadion für CHF 25 Mio. durch die im Eigentum der Gemeinde Aarau stehende C. AG erworben wird und dass der Kaufpreis durch diese Gemeinde (CHF 17 Mio.), den Kanton Aargau (CHF 6 Mio.) und die private D. GmbH (CHF 2 Mio.) beglichen wird. Das Stammgrundstück der Stadionparzelle soll für CHF 6 Mio. an die Ortsbürgergemeinde Aarau verkauft werden. Die B. AG beabsichtigt, die Differenz zwischen den Erstellungskosten des Stadions und dem Erlös aus dem Verkauf von Baurechts- und Stammgrundstück (CHF 29 Mio.) durch die Erträge (Verkauf oder Vermietung) aus den ebenfalls zu errichtenden Wohn- und Geschäftsbauten zu finanzieren.

3. Ein Architekturunternehmen erhob vor dem VGer AG Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen die B. AG und machte geltend, diese sei in Bezug auf den Stadionbau als öffentliche Auftraggeberin zu betrachten und müsse daher alle erforderlichen Leistungen öffentlich ausschreiben, so insbesondere die verbleibenden Architekturleistungen. Die B. AG hatte sich im Rahmen einer vorprozessualen Korrespondenz mit der späteren Beschwerdeführerin auf den Standpunkt gestellt, dass sie der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (auch) im vorliegenden Fall nicht unterstellt sei. Das VGer AG wies die Beschwerde zuständigkeitshalber an das

4. Diesen Nichteintretensentscheid zog die Beschwerdeführerin vor BGer weiter und machte geltend, dass das öffentliche Vergaberecht anwendbar sei und dass sie über die erforderliche Beschwerdelegitimation verfüge.

Der Entscheid

1. Das BGer bestätigt unter der Geltung der in casu noch anwendbaren IVöB 2001 das angefochtene Urteil des VGer TG insoweit, als dieses der Beschwerdeführerin die Legitimation abspricht (vgl. dazu Nr. ■■ auf S. ■■ im vorliegenden Heft).

2. In Bezug auf die (bei diesem Verfahrensergebnis nicht mehr entscheidungserhebliche) Frage der Unterstellung der privaten B. AG unter das Vergaberecht bringt das BGer in einem obiter dictum Zweifel an der Rechtsauffassung der Vorinstanz zum Ausdruck.

a. «Der Beschwerdeführerin ist darin zuzustimmen, dass eine Umgehung des Vergaberechts keinen Schutz finden darf. Bei PPP-Projekten bzw. Investorenprojekten muss die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts sorgfältig und fallweise geprüft werden [...]. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz kann dabei die Frage, ob vorliegend bereits die Auswahl der Beschwerdegegnerin [B. AG] als Projektpartnerin des Gemeinwesens hätte ausgeschrieben werden müssen, durchaus relevant sein.»

b. «Zudem wäre in einer Konstellation wie der vorliegenden neben der sog. Subventionsklausel von Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB 2001, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft, insbesondere Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB 2001 näher zu prüfen. Danach sind dem Vergaberecht für den Binnenbereich auch «andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben» unterstellt, mit Ausnahme [von] dere[n] kommerziellen oder industriellen Tätig-

keiten. Dieser Auffangtatbestand bringt das Bestreben des Konkordatgebers zum Ausdruck, möglichst alle staatliche Aufgaben erfüllenden Organismen gleich welcher Rechtsform dem Vergaberecht zu unterstellen.»

c. «Unklar erscheint gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz auch die Frage, ob die Beschwerdegegnerin allenfalls vertretungsweise für das Gemeinwesen eine Beschaffungsaufgabe wahrnimmt.»

Die Anmerkungen

1. Dem rapportierten Urteil ist darin beizustimmen, dass die Frage der subjektiven Unterstellung der privaten Totalunternehmerin B. AG unter das öffentliche Vergaberecht (bezüglich des streitgegenständlichen Stadionneubaus) nicht ohne weiteres verneint werden kann, sondern einer sorgfältigen Prüfung bedarf. Da das streitbetroffene Projekt aller Voraussicht nach noch einige Jahre dauern wird und die Beschwerdeführerin in casu an der Legitimation gescheitert ist (dazu Nr. ■■ auf S. ■■ im vorliegenden Heft), kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine andere Planungs- oder aber eine Bauunternehmung die B. AG mit einer neuen Beschwerde konfrontiert und dazu als legitimiert betrachtet wird. In diesem Fall käme es möglicherweise vor BGer zur sorgfältigen Klärung, die in casu mangels Entscheiderheblichkeit nicht erforderlich war.

2. Die Frage, ob ein privates Unternehmen dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt ist, wenn es auf seinem Grundstück eine Baute errichtet, die das Gemeinwesen (in casu: die der Gemeinde gehörende C. AG und die Ortsbürgergemeinde) gemäss zum Voraus getroffenen Abmachungen nach der Erstellung mitsamt dem Grundstück entgeltlich erwerben wird, setzt im vorliegenden Sachverhalt nicht an der richtigen Stelle an, doch ist dies darin begründet, dass die Beschwerdeführerin die private B. AG und nicht das Gemeinwesen ins Recht gefasst hatte. Aus diesem Grund lag die Frage, ob die Stadt Aarau und die weiteren beteiligten Gemeinwesen den Bau (und den Erwerb) des Stadions hätten öffentlich ausschreiben müssen, grundsätzlich ausserhalb des Streitgegenstands. Deswegen erwähnt das BGer die Unterstellungshypothesen (bezüglich der B. AG) der subventionierten Beschaffung (Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB 2001; vgl. auch Art. 4 Abs. 4 lit. b IVöB 2019), der «andere[n] Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben» (Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB 2001; vgl. auch Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB 2019) sowie der Beschaffung in Stellvertretung einer öffentlichen Auftraggeberin (vgl. dazu Art. 4 Abs. 5 IVöB 2019).

3a. Es ist allerdings kaum überzeugend, die Bezahlung des Entgelts für das Stadion (bzw. das Baurechtsgrundstück) und das Stammgrundstück als Subvention i.S.v. Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB 2001 (oder Art. 4 Abs. 4 lit. b IVöB 2019) zu qualifizieren. Es handelt sich dabei weder um eine gegenleistungsfreie Finanzhilfe noch um eine an der Kostendeckung orientierte Abgeltung, sondern um ein kommerziell ausgehandeltes Entgelt für den Erwerb von Wirtschaftsgütern, wobei die Planung und der Bau einer Infrastruktur auch dann nicht als (durch Abgel-

tungen entgeltene) Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu betrachten sind, wenn diese Infrastruktur in der Folge durch das Gemeinwesen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe genutzt wird. Der Umstand, dass eine Subvention im Sinn der zitierten Bestimmung nicht nur vorliegen kann, wenn die entsprechende staatliche Leistung auf einem förmlichen Subventionsbeschluss beruht, und dass in diesem Sinn der vergaberechtliche Subventionsbegriff funktional und weit zu verstehen ist (vgl. für die zinsfreie Überlassung eines Grundstücks im Baurecht, was jedenfalls vergaberechtlich als Subvention zu betrachten ist, BGer 2P.117/2005, 17.10.2005), ändert nichts. Bei diesem Ergebnis kommt es auch nicht darauf an, dass die Kosten des Stadionbaus zu etwas mehr als der Hälfte durch die beteiligten Gemeinwesen getragen werden (allein dies macht die finanzielle Leistung der Gemeinwesen nicht zur Subvention i.S.v. Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB 2001 bzw. Art. 4 Abs. 4 lit. b IVöB 2019).

b. Auch eine Qualifikation der B. AG als «andere Träger[in] kantonaler oder kommunaler Aufgaben» ist m.E. nicht besonders überzeugend, selbst wenn es gedanklich möglich ist, davon auszugehen, dass in casu die Stadt Aarau der B. AG die Aufgabe übertragen hat, ein Stadion zu entwickeln, zu bauen und teilweise zu finanzieren, um es nachher selbst zu übernehmen und zu betreiben bzw. betreiben zu lassen. Denn dies wäre nicht als Übertragung einer öffentlichen Aufgabe (vgl. sinngemäss die zweite Tatbestandsalternative von Art. 9 IVöB 2019), sondern, je nach der Art und dem Umfang der durch die B. AG im Rahmen des Geschäfts getragenen Risiken, als gewöhnlicher Bauauftrag (vgl. sinngemäss Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019) oder als Baukonzession (vgl. sinngemäss die erste Tatbestandsvariante von Art. 9 IVöB 2019) zu qualifizieren gewesen. Ein gewöhnlicher Bauauftragnehmer und ein Baukonzessionär erfüllen jedoch nicht per se kantonale oder kommunale Aufgaben i.S.v. Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB 2001 (vgl. auch Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB 2019). Selbst wenn der Betrieb eines für die oberste Spielliga gedachten Fussballstadions als öffentliche Aufgabe zu betrachten wäre, träfe das auf die blossere Bereitstellung (Planung und Realisierung) der Infrastruktur nicht zu.

c. Ein Handeln der B. AG in (unechter, d.h. in eigenem Namen erfolgender) Stellvertretung der Stadt Aarau (und ggf. der weiteren beteiligten öffentlichen Hände) erscheint nicht ohne weiteres als ausgeschlossen. Damit allerdings eine solche Annahme zutreffend sein könnte, müsste in tatsächlicher Hinsicht feststehen, dass die Stadt Aarau (ggf. zusammen mit den weiteren beteiligten Gemeinwesen) der B. AG einen entsprechenden Auftrag zur Planung und Ausführung in unechter Stellvertretung erteilt hat. Das rapportierte Urteil hält fest, dass die im Beschwerdeverfahren getroffenen Feststellungen der Vorinstanz nicht ausreichen, um diese Frage zu beantworten. Ohnehin ist festzustellen, dass der durch eine öffentliche Auftraggeberin einem Privatunternehmen erteilte Auftrag, in eigenem Namen Leistungen zu erwerben und sie an die Auftraggeberin weiterzureichen, einen öffentlichen Auftrag darstellt. Läge ein Stellvertretungs-Auftrag vor, würde sich die Frage stellen, ob die Stadt Aarau und die weiteren beteiligten Gemeinwesen diesen nach den vergaberechtlichen Vorschrif-

ten vergeben mussten (und ob sie das getan haben; vgl. dazu hinten Ziff. 4 und Ziff. 5).

4. Wie es bereits angesprochen wurde und sich auch in der Diskussion der Hypothese einer Stellvertretung (vgl. vorne 3c) zeigt, stellt sich in Fällen wie dem vorliegenden in erster Linie nicht die Frage, ob das Privatunternehmen dem Vergaberecht unterstellt ist, welches Bauten errichtet, an denen das Gemeinwesen ein spezifisches Interesse hat und für die das Gemeinwesen ein Entgelt bezahlt. Vielmehr geht es zunächst um die Frage, ob im konkreten Fall anzunehmen ist, dass das Gemeinwesen (als öffentliche Auftraggeberin) dem betreffenden Privatunternehmen einen öffentlichen Auftrag erteilt hat. Denn wenn das zutrifft, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass dieses Privatunternehmen nicht (allein) aufgrund des ihm erteilten Auftrags selbst als öffentliche Auftraggeberin die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einhalten muss (Prinzip der «Einmaligkeit der Ausschreibung»; vgl. hierzu insb. BGer 2C_1106/2007, 10.10.2007, E. 4.4.; DANIEL ZIMMERLI, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 4 BÖB/IVöB N 66; MIRJAM OLAH, a.a.O., Art. 5 BÖB/IVöB N 33; nach THOMAS P. MÜLLER, a.a.O., Art. 9 BÖB/IVöB N 14 und N 21, soll das Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung unter dem heutigen Vergaberecht allerdings nur dann gelten, wenn der betreffende Erstauftrag keine Übertragung von kantonalen oder kommunalen Aufgaben i.S.v. Art. 9 und sodann Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB 2019 betrifft; dies scheint sich zwar in der Tat aus Art. 4 Abs. 4 lit. b IVöB 2019 zu ergeben, doch ist unter sinngemässer Verweisung auf die hinter Art. 4 Abs. 3 Uabs. 2 und 3 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU stehenden Überlegungen davon auszugehen, dass der Zweck des Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB 2019 nicht darin liegt, Privatunternehmen subjektiv dem Vergaberecht zu unterstellen, wenn diese ihre kantonale oder kommunale Aufgabe im Rahmen eines durch die IVöB 2019 geregelten wettbewerblich und gleichbehandelnd ausgestalteten Vergabeverfahren erhalten haben; der Zweck dieser Bestimmung liegt in der Unterstellung der Privatunternehmen, bei denen das nicht zutrifft; wenn ein Privatunternehmen eine öffentliche Aufgabe gestützt auf ein wettbewerbliches und gleichbehandelndes Verfahren zur Erfüllung erhalten hat, verfügt es bei seinen eigenen Auftragsvergaben grundsätzlich über keinen Spielraum, um anders als nach den Grundsätzen der Privatwirtschaft vorzugehen bzw. politisch auszuwählen, so dass sich seine subjektive Unterstellung nicht rechtfertigt). Dieser Grundsatz, nach dem ein Privater nicht allein aufgrund des Erhalts eines öffentlichen Auftrags selbst zum öffentlichen Auftraggeber wird, kann jedenfalls dann zur Anwendung kommen, wenn das Privatunternehmen nicht in einem offenkundig unrechtmässigen Vergabeverfahren ausgewählt worden ist (zumal die Vergabe des Auftrags an das Privatunternehmen bei vorschriftsgemässigem Vorgehen der Vergabestelle selbständig angefochten werden kann und bei Nichtanfechtung rechtskräftig wird).

5. Im Sinn des soeben Ausgeführten und gestützt auf die im rapportierten Urteil (Sachverhalt lit. A) festgehaltenen Tatsachen ist zu notieren, dass in casu erhebliche Indizien für

einen öffentlichen Einkauf (durch die Stadt Aarau mithilfe der weiteren beteiligten Gemeinwesen) einer künftigen Baute vorliegen.

a. Allem Anschein nach bestehen zu einem Zeitpunkt, zu dem die Bauarbeiten noch nicht begonnen haben, ernsthafte Absichtserklärungen oder Verträge, nach denen die Gemeinwesen das Stadion und die Grundstücke nach Abschluss der Bauarbeiten zu den vereinbarten (insb. finanziellen) Konditionen erwerben werden. Da das Stadion keine gewöhnliche Gewerbebaute ist, die im Fall eines Ausstiegs der Gemeinwesen aus dem Vorhaben ohne besondere Mühe anderweitig verkauft werden könnte, liegt die Vermutung nahe, dass die B. AG zu den Bauarbeiten nur schreiten wird, wenn sie Gewissheit darüber hat, dass die Gemeinwesen das Stadion am Ende übernehmen und ihr die vorgesehene Vergütung dafür leisten werden. Inwieweit die B. AG besondere Spezifikationen und Anweisungen der Gemeinwesen (oder der künftigen Betreibergesellschaft) zu berücksichtigen hat, lässt sich dem rapportierten Urteil nicht entnehmen. Dies ist jedoch auch nicht entscheidend, da so oder anders ein Konsens darüber zu bestehen scheint, was zu bauen und wie viel zu bezahlen ist. Wie viele Freiheiten der B. AG dabei in Bezug auf die Planung und die Ausführung des Stadionbaus noch verbleiben, spielt insoweit keine Rolle.

b. Nach der Note 3 Anhang VI BAöB (vgl. auch Note 3 Annex 4 Anhang I GPA 1994; Art. II:3/a GPA 2012) ist der Erwerb von dinglichen oder obligatorischen Rechten an Grundstücken durch eine öffentliche Auftraggeberin von der Geltung des Abkommens ausgenommen, und dies umfasst nach der zitierten Vorschrift auch den Erwerb von «vorhandenen Gebäuden» (Note 3 Anhang VI BAöB; bzw. «bestehenden Gebäuden» [*«bâtiments existants»; «existing buildings»; «edificios existentes»*] nach Note 3 Annex 4 Anhang I GPA 1994 und Art. II:3/a GPA 2012; vgl. auch CHRISTOPH JÄGER, Grundstücksgeschäfte, Geltungsbereich und Grenzen des Grundstücksprivilegs, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2024, Zürich 2024, S. 233 ff., Rz. 10 f. und Rz. 21; HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.] OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 10 BÖB N 4). Nicht von dieser häufig «Grundstücksprivileg» genannten Ausnahme erfasst ist dagegen der Erwerb von Rechten an noch nicht vorhandenen bzw. noch nicht bestehenden Gebäuden (vgl. auch JÄGER, a.a.O., Rz. 21, Rz. 23, Rz. 30 und Rz. 35; TRÜEB/CLAUSEN, a.a.O., Art. 10 BÖB N 4). Der Umstand, dass Art. 10 Abs. 1 lit. b IVöB 2019 (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 lit. b BÖB) nur von «Bauten und Anlagen» spricht und nicht präzisiert, dass diese im Sinn des Staatsvertragsrechts «vorhanden» bzw. «bestehend» sein müssen, ändert an der Geltung des Staatsvertragsrechts nichts (TRÜEB/CLAUSEN, a.a.O., Art. 10 BÖB N 4; so jedenfalls im Grundsatz auch JÄGER, a.a.O., Rz. 30 und Rz. 40), sondern stellt bloss eine sprachlich mangelhafte Umsetzung dieses Rechts dar und ist daher nicht weiter beachtlich (demgegenüber soll gemäss JÄGER, a.a.O., Rz. 30, nach schweizerischem Recht – damit ist auch gemeint: soweit die Staatsverträge nicht gelten [dazu Rz. 40] – ein «gewisse[r] Handlungsspielraum» eröffnet sein, «der nicht ohne Not eingeschränkt werden sollte und einzelfallgerechte Lösungen zulässt»; allerdings betrifft der

durch den Autor an dieser Stelle angeführte Punkt keine Infragestellung des Erfordernisses, dass nur vorhandene bzw. bestehende Bauten unter das Grundstücksprivileg fallen, sondern die Auslegung der Begriffe «vorhanden» bzw. «bestehend»; das Urteil EuGH C-537/19 [22.4.2021; Wiener Wohnen], auf das der Autor in diesem Zusammenhang verweist, wurde unter der Geltung von Art. 16 lit. a der Richtlinie 2004/18/EG gefällt, wonach nur «vorhandene» Bauten vom Grundstücksprivileg erfasst werden, und es betrifft demgemäss die Frage der Auslegung des Begriffs «vorhanden» bzw. «bestehend», nicht jedoch eine ungeschriebene Ausnahme von diesem Erfordernis).

c. Hinter dem Grundstücksprivileg steht der Gedanke, dass in Bezug auf durch die öffentliche Hand benötigte Grundstücke an sich kaum je eine genügende Substituierbarkeit besteht und auf die Veranstaltung einer Wettbewerbssituation daher ausnahmsweise von vornherein verzichtet werden darf (vgl. auch JÄGER, a.a.O., Rz. 7 ff. und Rz. 22; TRÜEB / CLAUSEN, a.a.O., Art. 10 BÖB N 4; FELIX TUCHSCHMID, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 10 BÖB N 10). Dies gilt auch in Bezug auf alle baulichen Konstruktionen, welche auf dem betreffenden Grundstück allenfalls schon bestehen bzw. vorhanden sind; das Grundstücksprivileg erlaubt mithin den vergaberechtsfreien Erwerb von Rechten an Grundstücken so, wie sich diese zum Zeitpunkt des Erwerbs darstellen. Der mit dem Erwerb von Rechten an Grundstücken verbundene Erwerb von Rechten in Bezug auf das Ergebnis noch auszuführender Bauarbeiten (ggfs. mitsamt entsprechenden Planungsarbeiten), also der Erwerb von dinglichen oder obligatorischen Rechten an künftigen Bauten, wird vor diesem Hintergrund durch das Grundstücksprivileg deshalb nicht erfasst, weil insoweit (und im Unterschied zum Grundstück selbst) ein Mangel an Substituierbarkeit nicht systematisch gegeben ist (vgl. auch JÄGER, a.a.O., Rz. 21 f., Rz. 42; vgl. für eine Freihandvergabe, die im Beschwerdeverfahren als zulässig eingestuft wurde, wodurch die Regel der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf den Erwerb künftiger Bauten bestätigt worden ist, KGer FR 602 2012/148 und 149, 7.6.2013, E. 2–3c). Vielmehr gibt es jeweils in aller Regel mehrere Unternehmen, welche die für die künftige Baute erforderlichen Leistungen erbringen können, so dass sich eine generelle Vergaberechtsausnahme insoweit nicht rechtfertigt und ein solcher, künftige Bauergebnisse betreffender Zusatz zu einem Erwerb von Rechten am Grundstück (wie es ist) als gewöhnlicher, vom Vergaberecht erfasster Bauauftrag (welcher ggf. auch Planungs- und weitere Dienstleistungen umfasst) zu qualifizieren ist (vgl. auch JÄGER, a.a.O., Rz. 42).

d. Für die Annahme eines solchen Bauauftrags ist es nicht erforderlich, dass die Auftraggeberin dem Privatunternehmen die Planung der Baute bis zu einem gewissen Punkt vorgibt und ihm allenfalls weitere Anweisungen erteilt, die sich auf das Bauergebnis richten (a.M. ist der EuGH im Urteil EuGH C-537/19 [22.4.2021; Wiener Wohnen]; vgl. dazu BR/DC 2021, S. 198 ff., Nr. 297; für JÄGER, a.a.O., Rz. 53, stellen Planungen und Anweisungen, die die öffentliche Auftraggeberin in Bezug auf künftige Bauten vorgibt, Indizien für eine Rechtsumgebung dar, wenn dieselbe Auftraggeberin sich auf das Grund-

stücksprivileg beruft). Die Baute und deren Ausführung können auch vollumfänglich durch das Privatunternehmen konzipiert und geplant werden. Auch in einem solchen Fall liegt ein gewöhnlicher Bauauftrag (mit eingeschlossenen Planungsleistungen) vor, solange es die öffentliche Auftraggeberin ist, welche die Bauleistungen (sowie die Planungsleistungen) finanziert, und die Auftraggeberin diese Finanzierung juristisch (durch Vertrag) oder zumindest faktisch (durch entsprechende Zusagen oder konkludentes Verhalten) zu einem Zeitpunkt verspricht, zu dem das Privatunternehmen noch keine wesentlichen Risiken in Bezug auf die Refinanzierung der für Planung und Bau erforderlichen Kosten auf sich genommen hat (vgl. auch JÄGER, a.a.O., Rz. 52). Denn ein solcher Fall, in dem die Auftraggeberin die Refinanzierung der Gesamtkosten oder eines grossen Teils davon (juristisch oder faktisch) zusagt, bevor der Private einen erheblichen Teil dieser Gesamtkosten ohne Absicherung durch die Auftraggeberin ausgegeben und das entsprechende Refinanzierungsrisiko selbst getragen hat, kann nicht mit demjenigen gleichgesetzt werden, in dem die Auftraggeberin eine bereits bestehende (oder eine zumindest weitgehend fertiggestellte) Baute oder Anlage zusammen mit dem entsprechenden Grundstück kauft. Im zweiten Fall hat ein Dritter (und nicht die Auftraggeberin) das Risiko der Refinanzierung der Kosten ganz oder weitgehend selbst getragen, und die Auftraggeberin erscheint so nicht als Bestellerin der Baute oder Anlage. Im ersten Fall jedoch tritt die Auftraggeberin als Bestellerin auf – und zwar unabhängig davon, inwiefern sie zur Baute oder Anlage eigene spezifische Vorgaben aufstellt –, weil sie sich hier, wie bei jedem anderen Bauauftrag auch, Planungs- und Bauleistungen versprechen lässt und dafür ein Entgelt verspricht, wodurch dem Privaten, was für einen öffentlichen Auftrag typisch ist, das Risiko der Refinanzierung der erbrachten Leistungen durch entsprechende Vermarktungsbemühungen abgenommen wird (vgl. auch JÄGER, a.a.O., Rz. 52).

e. Im vorliegenden Fall scheint es verbindliche Verträge oder zumindest verlässliche Zusagen der Gemeinde Aarau und möglicherweise auch der weiteren beteiligten Gemeinwesen zu geben, welche zu einem Zeitpunkt vor der Inangriffnahme der Stadion-Bauarbeiten geschlossen bzw. abgegeben wurden, wonach die betreffenden öffentlichen Auftraggeberinnen (z.T. via die öffentlich beherrschte C. AG, welche selbst zur Finanzierung nichts beiträgt und daher als vorgeschobenes Vehikel erschiene, wenn sie nicht auch selbst als öffentliche Auftraggeberin zu qualifizieren wäre) das Baurechts- und das Stammgrundstück – und damit das künftige Stadion – entgeltlich erwerben würden. Es handelt sich dementsprechend um einen Fall des Erwerbs von (dinglichen) Rechten an einer künftigen Baute und nicht um den Erwerb einer «bestehenden» bzw. «vorhandenen» Baute im Sinn des Grundstücksprivilegs. Im Übrigen geht es nicht um einen jener Fälle, in denen bereits wesentliche Bauarbeiten ausgeführt gewesen sind, bevor das Geschäft mit der öffentlichen Auftraggeberin juristisch oder faktisch feststand (vgl. z.B. Der Landanzeiger vom 24.7.2024, «Gestaltungsplan Torfeld Süd liegt erneut auf – Baubeginn des Stadions verzögert sich weiter» [www.landanzeiger.ch/gestaltungsplan-torfeld-sued-liegt-erneut-auf]).

baubeginn-des-stadions-verzoegert-sich-weiter/>; zuletzt besucht am 7.1.2025]). Dementsprechend ist das vergaberechtliche Grundstücksprivileg (in Bezug auf die für den Stadionbau erforderlichen Bau- und Dienstleistungen) nicht anwendbar. Denn in casu hat der Private bis zum Zeitpunkt, zu dem die Zusage gemacht worden ist, in Bezug auf die Gesamtkosten von Stadionplanung und -bau kein erhebliches Risiko der Refinanzierung durch Vermarktung getragen, so dass die Gemeinwesen als Bestellerinnen erscheinen und die Zusage als Erteilung eines vom Grundstücksprivileg nicht erfassten, gewöhnlichen Bauauftrags zu qualifizieren ist. Ein mit dem Erwerb von «bestehenden» bzw. «vorhandenen» Bauten oder Anlagen gleichzustellender Fall liegt nicht vor.

f. Dass die beteiligten Gemeinwesen in casu lediglich etwas mehr als die Hälfte der Baukosten tragen (und für das Stammgrundstück als solches nichts bezahlen), ändert an der soeben festgestellten Qualifikation des Geschäfts als vom Grundstücksprivileg nicht erfassten (sondern als unterstellten Bauauftrag zu betrachtenden) Kauf einer künftigen Baute nichts. Abgesehen davon, dass ein öffentlicher Auftrag auch dann vorliegen kann, wenn der betreffende Vertrag die Kosten des Leistungserbringers nicht deckt, ist es unwahrscheinlich, dass es sich bei der Übernahme des Rests der Bau- und Planungskosten sowie der Hingabe des Werts des Stammgrundstücks um ein Geschenk der B. AG handelt. Vielmehr ist hier eine Gegenleistung im Zusammenhang mit dem Gesamtvorhaben (Mantelnutzung, Stadionbau und Quartiergestaltung) wahrscheinlich. Zum Beispiel ist es denkbar, dass die Errichtung des Stadions zu einem bestimmten Maximalpreis und damit auch der Beitrag der B. AG an die tatsächlichen Stadionkosten für die beteiligten Gemeinwesen notwendige Bedingungen der öffentlich-rechtlichen Planung und Bewilligung des Gesamtvorhabens dargestellt haben, ohne deren Erfüllung die B. AG die lukrativen Teile des Geschäfts (Mantelnutzung) nicht realisieren könnte. In dieser Sichtweise ist entgegen einem ersten

Anschein nicht davon auszugehen, dass die Gemeinwesen nur rund die Hälfte (oder auch etwas weniger) des Werts der erworbenen Grundstücke und Bauten finanzieren – das stimmt nur auf der Ebene der zugesagten Geldzahlungen. Tatsächlich scheinen die Gemeinwesen der B. AG für den Rest eine Gegenleistung zu entrichten, die darin liegt, das Vorhaben zu ermöglichen. Daher ist anzunehmen, dass die beteiligten Gemeinwesen für die künftige Baute, um die es hier geht, ein vollumfängliches Entgelt leisten, welches zum Teil in Geldzahlungen und im Weiteren aus anderen Leistungen besteht.

g. An dieser Stelle ist anzufügen, dass das BGer die Problematik des (nach der hier vertretenen Auffassung in Bezug auf die Stadionbaute nicht anwendbaren) Grundstücksprivilegs durchaus bemerkt hat. Am Anfang der oben zitierten E. 3.3 des rapportierten Urteils betont es die Bedeutung einer sorgfältigen Prüfung der vergaberechtlichen Lage bei «PPP-Projekten bzw. Investorenprojekten» und zitiert in diesem Zusammenhang insbesondere auch Lehrmeinungen zum Thema der (in den Worten des BGer; a.a.O.) «Grenzen des Grundstücksprivilegs in Zusammenhang mit Bauleistungen». Indessen konnte das BGer, wie bereits ausgeführt, hierauf nicht weiter eingehen, weil die Frage, ob die beteiligten Gemeinwesen den Kauf der künftigen Stadionbaute als dem Vergaberecht unterstellt betrachten und gegebenenfalls auch (die entsprechenden Leistungen) öffentlich ausschreiben mussten, ausserhalb des Streitgegenstands lag, der sich darauf beschränkte, ob die die künftige Baute planende und ausführende B. AG in Bezug auf dieses Vorhaben ihrerseits als öffentliche Auftraggeberin zu betrachten ist.

h. Ob in casu der Kauf der künftigen Stadionbaute allenfalls durch eine Freihand-Ausnahmeklausel gerechtfertigt werden könnte, gehört nicht zum Gegenstand des vorliegenden Kommentars, der sich auf die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts (bzw. des Grundstücksprivilegs) beschränkt.