

# 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. 39 auf S. 42 ff. 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. 39 auf S. 42 ff. 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](http://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.