

Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument

NICOLAS F. DIEBOLD*

Schlagwörter: Ausschreibung, Vergabe, Konzession, Binnenmarkt, Grundversorgung, Leistungsauftrag, Beschaffung, Wirtschaftsfreiheit, Wettbewerb, Monopol

A. Einleitung

Der Staat nimmt auf vielfältige Art und Weise Einfluss auf das freie Marktgeschehen. Als Regulator setzt er unter Berücksichtigung verschiedener öffentlicher Interessen die Rahmenbedingungen, unter welchen eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit zu erfolgen hat. Als Nachfrager von Gütern und Leistungen verfügt der Staat über ein enormes Nachfragevolumen, das er wirtschaftlich, politisch und strategisch einsetzen kann. Als Eigentümer von öffentlichen Sachen und Träger von Regalrechten entscheidet er über deren wirtschaftliche Nutzung durch Private. Der Staat bedient sich der Privatwirtschaft zur Gewährleistung der Grundversorgung und vergibt zu diesem Zweck Leistungsaufträge an Private. Mit staatlichen Beihilfen und seiner Steuerpolitik kann der Staat die wirtschaftliche Tätigkeit über Kosten und Ertrag beeinflussen. Als Unternehmer tritt der Staat in Konkurrenz mit privaten Anbietern. Mit Grenzmassnahmen wie Zöllen, mengenmässigen Beschränkungen und Einreise- bzw. Aufenthaltsbewilligungen steuert der Staat den Import von Gütern und Dienstleistungen.

Sobald einer dieser staatlichen Markteinflüsse dazu führt, dass nur eine beschränkte Anbieterzahl in den Genuss eines Wettbewerbsvorteils oder eines staatlichen Auftrags kommt, oder gar nur eine beschränkte Anbieterzahl überhaupt zum Markt zugelassen wird, stellt sich die Frage, nach welchem Verfahren die Auswahl der Marktteilnehmer erfolgen soll. Die Antwort findet sich im

* RA Dr. iur., LL.M., Leiter Kompetenzzentrum Binnenmarkt im Sekretariat der WEKO, Lehrbeauftragter für öffentliches Wirtschaftsrecht und WTO-Recht an der Universität Luzern. Dank gebührt Prof. Dr. Bernhard Rütsche und PD Dr. Martin Beyeler für inspirierende Diskussionen zu diesem Thema sowie wertvolle Anmerkungen zum Aufsatzentwurf. Der Autor vertritt seine persönliche Auffassung.

Vergaberecht im weiten Sinne. Wesentlicher und wohl wichtigster Bestandteil des Vergaberechts ist das öffentliche Beschaffungsrecht. Vergaberegeln lassen sich indessen auch in Rechtsquellen ausserhalb des Beschaffungsrechts finden, sei es in der Bundesverfassung, im Binnenmarktrecht, in Spezialgesetzen bis hin zu kantonalen und kommunalen Erlassen. Hinzu kommen Regeln betreffend die Vergabe von Einfuhrrechten (z.B. Versteigerung von Zollkontingenten, Art. 22 LwG), auf die im vorliegenden Beitrag jedoch nicht näher eingegangen wird. Die Abgrenzung zwischen dieser Vielzahl von Vergaberegeln bzw. die Zuordnung der Sachverhalte zu den verschiedenen Vergabebereichen gestaltet sich in der Praxis als äusserst schwierig. Ziel soll hier darum sein, das Instrument der «öffentlichen Ausschreibung» und die damit verbundenen Abgrenzungsfragen im Rahmen einer neuen Systematik zu analysieren. Ausgangslage bilden nicht in erster Linie die Vergaberechtsgebiete, die Kasuistik oder die verwaltungsrechtlichen Instrumente wie Bau- und Dienstleistungskonzession, Sondernutzungskonzession und gesteigerter Gemeingebrauch, Monopolkonzession, Konzession des öffentlichen Dienstes usw., sondern die Wirkung der staatlichen Vergabe auf die Angebotsstruktur und Wettbewerbsverhältnisse. Im Kern geht es um die Frage der wettbewerblichen Ausgestaltung des zahlenmässig beschränkten Zugangs zu Beschaffungsmärkten, Grundversorgungsmärkten sowie rechtlich und faktisch kontingentierten Märkten (sog. geschlossene Märkte).

Bei der Selektion der interessierten Anbieter spielen für den Staat nicht nur das Preis-Leistungs-Verhältnis, sondern auch politische Interessen eine gewichtige Rolle.¹ Der vergaberechtliche Rahmen schreibt deshalb in vielen Fällen eine öffentliche Ausschreibung vor. Mit öffentlicher Ausschreibung im hier verwendeten Sinn ist nicht ein bestimmtes beschaffungsrechtliches Vergabeverfahren gemeint, sondern ganz grundsätzlich, dass eine anstehende Auswahl zusammen mit Teilnahme- und Zuschlagskriterien im Vorfeld öffentlich publiziert wird, jeder Interessent über ein Teilnahmerecht verfügt und das höchstbewertete Angebot unter Einhaltung der Grundsätze Nichtdiskriminierung, Transparenz, Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit den Zuschlag erhält. In gewissen Fällen kann auch angezeigt sein, den Zuschlag mittels Losentscheid zu vergeben oder unter den eingegangenen Angeboten ein Rotationssystem einzuführen.

Die vergabepolitische Frage, ob eine öffentliche Ausschreibung erfolgen soll, kann aus zwei unterschiedlichen Perspektiven betrachtet werden. Aus wirtschaftlicher Sicht des staatlichen Nachfragers soll der effizienteste Anbieter den Zuschlag erhalten. Der Staat soll öffentliche Gelder für Angebote mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis einsetzen und soll die effizientesten Anbieter zu geschlossenen Märkten zulassen. Aus der Anbieterperspektive soll das Vergaberecht gewährleisten, dass sich der Staat gegenüber den Marktteilnehmern neutral

¹ NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013/109, S. 177 ff.

verhält. Wenn der Staat schon ausgewählten Marktteilnehmern einen Wettbewerbsvorteil oder gar einen exklusiven Marktzugang gewährt, so soll die Auswahl zumindest transparent und nichtdiskriminierend sein. Eine öffentliche Ausschreibung wird diesen Anforderungen am besten gerecht.

Im Anschluss an einen kurzen Überblick über die Rechtsquellen des Vergaberechts (hinten B.) wird geprüft, wie sich die vergaberechtliche Situation präsentiert, wenn der Staat den Leistungserbringer aufgrund der Aufwendung öffentlicher Gelder auswählt (Beschaffungsmarkt, hinten C.), der Staat den Leistungserbringer zwecks Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf eigene Rechnung und Gefahr auswählt (Grundversorgungsmarkt, hinten D.) oder wenn der Staat die Anbieterzahl regulatorisch beschränkt oder zur Koordinierung der Nutzung öffentlicher Sachen eine Auswahl trifft (kontingentierter Markt, hinten E.).

B. Grundlagen des Vergaberechts im weiten Sinne

I. Verfassungsmässige Vergaberegeln

Die Wirtschaftsfreiheit ist in der Bundesverfassung sowohl in individualrechtlicher als auch in institutioneller Hinsicht gewährleistet (Art. 27 und 94 BV). Auf dieser Grundlage entwickelten Rechtsprechung und Lehre den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten und das Gebot der staatlichen Wettbewerbsneutralität.² Diese Grundsätze kommen zum Tragen, wenn der Staat einzelnen Anbietern einen Wettbewerbsvorteil einräumt und so den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerrt. Staatlich bedingte Wettbewerbsvorteile entstehen etwa aufgrund der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, von Leistungsaufträgen, von Sonder- und Nutzungsrechten oder von Kontingentbewilligungen. In diesen Situationen lassen sich aus der Wirtschaftsfreiheit vergaberechtliche Mindestanforderungen ableiten. Diese sind beim Erlass von Vergabebestimmungen auf allen Staatsebenen zu beachten. Fehlt es auf Gesetzesebene an konkreten Vergaberegeln, sind die verfassungsrechtlichen Grundsätze direkt auf das Vergabeverfahren anwendbar.³ Für staatliche Vergabeverfahren gilt zudem generell das Willkürverbot (Art. 9 BV).

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist ferner zu berücksichtigen, dass Vergaberecht zu einem wesentlichen Teil aus Verfahrensrecht besteht und damit auch die grundrechtlichen Verfahrensgarantien, insbesondere das rechtliche Gehör

2 RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 5 N 134 ff.

3 Der Grundsatz der Gleichbehandlung vermittelt einen gerichtlich einklagbaren Individualanspruch, vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 2), § 5 N 136.

(Art. 29 Abs. 2 BV), zur Anwendung gelangen.⁴ Gegen Vergabeentscheide muss ein Rechtsmittel vor Gericht möglich sein, sofern kein Gesetz die richterliche Beurteilung ausschliesst (Art. 29a BV).⁵

Nicht abschliessend geklärt ist bis anhin, welche konkreten Mindestanforderungen an die staatliche Vergabe aus den Verfassungsgarantien abzuleiten sind. Nach der hier vertretenen Auffassung begründen das Willkürverbot, der Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten und das rechtliche Gehör in bestimmten Situationen eine Pflicht des Staates zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung mit Teilnahmerecht im einleitend definierten Sinne.⁶ Dieser Grundsatz gilt indessen nicht absolut. Im konkreten Einzelfall können durchaus öffentliche Interessen und Verhältnismässigkeitsgründe gegen eine öffentliche Ausschreibung sprechen. Bestes Beispiel sind die beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte, wonach öffentliche Aufträge unter einem bestimmten Wert im Einladungsverfahren oder freihändig vergeben werden können. Diese Abweichung von der öffentlichen Ausschreibung rechtfertigt sich sowohl aus Sicht des Nachfragers (Aufwand für die öffentliche Ausschreibung im Verhältnis zum Einsparungspotential), als auch aus Sicht des Marktes (geringer Auftragswert bedeutet geringe wettbewerbliche Auswirkung des staatlichen Markteingriffs). Auch die beschaffungsrechtlichen Ausnahmegründe gemäss Art. 13 VöB oder Art. 9 VRöB zeigen, dass etwa aus Dringlichkeitsgründen ein schnelleres, oder aus Gründen nationaler Sicherheit ein weniger transparentes Verfahren möglich sein muss. Entsprechend muss es auf Verfassungsebene möglich sein, den in bestimmten Situationen aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleiteten Anspruch auf eine öffentliche Ausschreibung einzuschränken, namentlich wenn die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind.

-
- 4 Zur Bedeutung des rechtlichen Gehörs für die Vergabe von Leistungsaufträgen etwa BVGer Urteil C-4154/2011 vom 5. Dezember 2013 (Leistungsaufträge für hochspezialisierte Medizin) E. 6, insb. E. 6.2.4.
 - 5 In diesem Sinne wohl nicht verfassungskonform Art. 39 VöB, wonach Vergabeentscheide betreffend «übrige Beschaffungen» i.S.v. 3. Kapitel VöB nicht mit Beschwerde angefochten werden können.
 - 6 In diese Richtung auch TOBIAS JAAG, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: DERS. (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 23 ff., 42; DANIEL KUNZ, Konzessionen – Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 205 ff., N 16; FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions?, in: Zufferey/Stöckli (Fn. 6), S. 167 ff., N 80 ff.; DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 2010, S. 30 ff., 35; Der Bundesgesetzgeber geht indessen davon aus, dass eine diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von bspw. Wasserrechtskonzessionen auch ohne öffentliche Ausschreibung möglich ist (vgl. Bericht UREK-N, BBl 2011 2901 ff., 2913).

II. Beschaffungsrechtliche Vergaberegeln

Das öffentliche Beschaffungsrecht ist auf Bundesebene durch das BöB und die VöB geregelt. Auf kantonaler und kommunaler Ebene gelten Art. 5 BGBM, die interkantonale Vereinbarung IVöB, die dazugehörige Vergaberichtlinie VRöB sowie die kantonalen Erlasse zum öffentlichen Beschaffungswesen. Verbindlich sind zudem die internationalen Verpflichtungen, die sich im Wesentlichen aus dem WTO/GPA und dem Bilateralen Abkommen Schweiz-EU über das öffentliche Beschaffungswesen ergeben.

Die Regeln des Beschaffungsrechts gelten für die Vergabe von «öffentlichen Aufträgen».⁷ Gemäss ursprünglicher Definition des Bundesgerichts liegt ein öffentlicher Auftrag vor, wenn (1) der Staat eine Leistung nachfragt, (2) der Staat bzw. die Allgemeinheit die Leistung konsumiert, (3) der Staat das Entgelt leistet, (4) die Leistung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient und (5) ein privates Unternehmen die Leistung erbringt.⁸ Diese Definition gründet auf dem klassischen Verständnis des staatlichen Einkaufs von Leistungen, wie etwa der Einkauf von Büromaterialien für die Verwaltung. Zu Recht hat die Lehre dieses Verständnis des Beschaffungsbegriffs als zu eng, zu schematisch und starr und folglich als zu umgehungsanfällig bezeichnet.⁹ Problematisch ist ferner, dass die einzelnen Begriffselemente für sich wenig präzise und definitionsbedürftig sind. So besteht bis heute keine klare und griffige Definition für den Begriff der öffentlichen Aufgabe.¹⁰ Und die Voraussetzung der Entgeltleistung durch den Staat vermag den verschiedenen Finanzierungsformen, die zwischen Staat und Privaten vereinbart werden, nicht Rechnung zu tragen.

Zur Abgrenzung des öffentlichen Auftrags gegenüber von anderen staatlichen Eingriffen in die Angebotsstruktur hat die Praxis weitere, mehr oder minder relevante Kriterien entwickelt. Dazu zählen etwa die Rechtsnatur des Vertrags zwischen öffentlichem Auftraggeber und Leistungserbringer, die Verteilung von wirtschaftlichen Risiken und Interessen, der Marktauftritt des privaten Anbieters im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr, die Verteilung von Inkassorisiken, die Privatinitiative, die Preisnormierung, die Gewährung von Zwangsbefugnissen oder etwa die Rechtsnatur des Vertrags zwischen Leistungs-

7 MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Zürich 2008, S. 65 ff.; EVELYNE CLERC, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. éd., Bâle 2013, LMI 5 N 56.

8 BGE 125 I 209 E. 6b.

9 MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich 2012, N 615.

10 Dazu etwa ETIENNE POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier (éds.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2e éd., Genève/Bâle/Munich 2013, LMI 2 al. 7 N 15 ff.; BEYELER (Fn. 9), N 653 ff., 676 ff.; BERNHARD RÜTSCHÉ, Was sind öffentliche Aufgaben?, *recht* 4/2013, S. 153 ff.; DANIEL DAENIKER, Überführung staatlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Jaag (Hrsg.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000, S. 49 ff., 51 ff.

erbringer und privatem Leistungsempfänger.¹¹ Trotz – oder vielleicht wegen – dieser Kriterienvielfalt fehlt es an einer kohärenten Systematik zur Abgrenzung des öffentlichen Auftrags von anderen vergaberechtlich relevanten Sachverhalten.

III. Binnenmarktrechtliche Vergaberegeln

Das Binnenmarktgesetz bezweckt, dass Personen mit Sitz in der Schweiz ihre Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz ausüben können. Es besteht aus drei Pfeilern, namentlich den interkantonalen Marktzugangsrechten (Art. 2 Abs. 1–5 und Art. 4 BGBM), dem Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten (Art. 5 BGBM) und dem Zugang zu kantonalen und kommunalen Monopolmärkten (Art. 2 Abs. 7 BGBM). Alle drei Pfeiler enthalten zumindest teilweise Vergaberegeln, verbunden mit einer Rechtsschutzgarantie (Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM). Die Vergaberegeln von Art. 5 BGBM betreffend Ausschreibung von öffentlichen Beschaffungen sind dem kantonalen Beschaffungsrecht und damit den Ausführungen unter B.II (s. vorne) zuzuordnen.

1. Vergaberechtliche Marktzugangsregel

Die mit der Binnenmarktnovelle von 2005 eingeführte Bestimmung in Art. 2 Abs. 7 BGBM sieht vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonalen und kommunaler Monopole auf Private öffentlich ausgeschrieben werden muss. Dabei handelt es um eine vergaberechtliche Marktzugangsregel und nicht um eine Vergaberegeln des öffentlichen Beschaffungsrechts. Art. 2 Abs. 7 BGBM zielt darauf ab, dass der Marktzutritt im Fall einer regulatorisch begründeten oder faktisch bedingten Beschränkung der Anbieterzahl über eine öffentliche Ausschreibung auszugestaltet ist (dazu hinten, E.).

Kantone und Gemeinden sind nicht verpflichtet, das Beschaffungsrecht direkt oder per Analogie auf die Übertragung der Nutzung von Monopolen auf Private anzuwenden.¹² Die Vergabestelle kann sich freilich am Beschaffungsrecht inspirieren oder das Beschaffungsrecht bzw. konkrete Regeln daraus freiwillig anwenden. Sie kann aber auch unter Einhaltung der Mindeststandards

11 Zu diesen Kriterien z.B. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 182; BEYELER (Fn. 9), N 656; HANS-RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), *OFK-Wettbewerbsrecht II*, Zürich 2011, BöB 5 N 21 (Beleihung).

12 Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2004 465 ff., 486: «Die Festlegung der Ausschreibungsmodalitäten ist Sache der betroffenen Behörden. Naheliegender ist es freilich, die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge analog anzuwenden»; so auch BEYELER (Fn. 9), N 795.

von Art. 2 Abs. 7 BGBM sowie des Rechtsschutzes gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM ein eigenes Vergabeverfahren kreieren. Verlangt sind mindestens eine öffentliche Ausschreibung (Publikation von sachlichen Bewertungskriterien bzw. Hinweis auf Versteigerung, Losentscheid oder Rotation) sowie eine diskriminierungsfreie Durchführung des Verfahrens. Ein Einladungsverfahren vermag diesen Anforderungen nicht zu genügen. Wie die binnenmarktrechtliche Regel zur öffentlichen Beschaffung (Art. 5 BGBM) unterscheidet auch Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht zwischen ortsfremden und ortsansässigen Anbietern. Entsprechend müssen sich wie bei Art. 5 BGBM¹³ auch ortsansässige Anbieter auf Art. 2 Abs. 7 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 BGBM berufen können, wenn die Nutzung eines Monopols nicht öffentlich ausgeschrieben wird.¹⁴

Das Verhältnis zwischen Beschaffungsrecht und Art. 2 Abs. 7 BGBM ist nicht abschliessend geklärt. Das Bundesgericht scheint in einem neueren Entscheid die Vergaberegeln nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zumindest verfahrensrechtlich nun doch dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung zuzuordnen, indem es Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG auf Vergaben nach Art. 2 Abs. 7 BGBM anwendet.¹⁵ Ohne Zweifel handelt es sich bei Art. 2 Abs. 7 BGBM um eine Vergaberegeln. Diese vergaberechtliche Marktzugangsregel wie auch der zugrundeliegende Sachverhalt ist allerdings nicht «dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung» zuzuordnen, weshalb die prozessuale Ausnahmeregel gemäss Art. 83 lit. f BGG nicht zur Anwendung gelangen sollte. Dies umso mehr, als auch die Schwellenwerte kein taugliches Einschränkungskriterium bilden (Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG). Die wirtschaftliche Bedeutung der Konzession ergibt sich ja nicht aus dem Wert der Konzession (Konzessionsgebühr), sondern vielmehr aus dem «Wert» der wirtschaftlichen Tätigkeit, die aufgrund der Konzession ausgeübt werden darf (Umsatz des Privaten während der Konzessionsdauer). Dieser Umsatzwert dürfte in der Praxis nur sehr schwer zu schätzen sein.

Eine noch ungeklärte Frage ist ferner, ob die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM absolut gilt, oder ob unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet und bspw. ein Einladungsverfahren durchgeführt werden kann. Anders als Art. 5 BGBM enthält Art. 2 Abs. 7 BGBM kein expliziter Verweis auf Art. 3 BGBM. Abweichungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM qualifizieren aber generell als Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM, weshalb die Einschränkungsbedingungen von Art. 3 BGBM auch ohne expliziten Verweis in Art. 2 Abs. 7 BGBM für die Vergabe der Nutzung von Monopolen gelten. Unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM entfällt die Pflicht zur Durchführung

13 BGE 125 I 406 E. 2; BGer Urteil 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 1c; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, BGBM 5 N 1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 11), N 1298.

14 DIEBOLD (Fn. 1), S. 181; vgl. aber BGer Urteil 2C_167/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 5.1 f.

15 BGer Urteil 2C_857/2012 vom 5. März 2013 E. 1.4.

einer öffentlichen Ausschreibung, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Konzession für den Konzessionär den Aufwand für die Ausschreibung nicht rechtfertigt¹⁶ oder wenn ein anderer Grund vorliegt, wie etwa äusserste Dringlichkeit aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse, abgesprochene Angebote, keine Angebote usw. (vgl. dazu z.B. die beschaffungsrechtlichen Ausnahmegründe gemäss § 9 VRöB).¹⁷ Entscheidend ist ferner, dass der Rechtsschutz gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM gewahrt bleibt und die Zuschlagsverfügung publiziert wird.

2. *Freier Marktzugang für ortsfremde Anbieter*

Die Kantone dürfen den interkantonalen Marktzugang nicht durch diskriminierende Massnahmen beschränken (Art. 2 Abs. 1–4 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM).¹⁸ Beschränkt ein Kanton auf seinem Gebiet die Anbieterzahl, so beschränkt er auch den interkantonalen Binnenverkehr. Der Gesetzgeber hatte bei der Schaffung des Binnenmarktgesetzes mitunter genau solche kantonalen Kontingente im Visier.¹⁹ Mit Ausnahme des Staatsmonopols (dazu hinten, E.I) ist eine rechtlich oder faktisch bedingte Beschränkung der Anbieterzahl in aller Regel auch eine Marktzugangsbeschränkung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 BGBM, die – sofern sie denn für den Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 lit. b und c BGBM) – auch diskriminierungsfrei umgesetzt werden muss. Eine diskriminierungsfreie Wahl der Anbieter setzt in der Regel voraus, dass eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt wird.²⁰

IV. **Spezialgesetzliche Vergaberegeln**

Neben dem Beschaffungsrecht und den binnenmarktrechtlichen Vergaberegeln bestehen verschiedene spezialgesetzliche Vergaberegeln. Auf Bundesebene sind das beispielsweise Regeln über die Vergabe von Konzessionen zur Nutzung

16 Von dieser Situation ist indessen nicht leichthin auszugehen, zumal Art. 2 Abs. 7 BGBM der Vergabestelle in der Gestaltung des Vergabeverfahrens grössere Freiheiten lässt als das Beschaffungsrecht und selbst eine Konzession von «geringem Wert» eine grosse wirtschaftliche Bedeutung für den Konzessionär haben kann.

17 Mit gleichem Resultat DENIS ESSEIVA, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI*, BR 2006, 204 f.

18 Zum binnenmarktrechtlichen Herkunftsprinzip NICOLAS DIEBOLD, *Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit*, ZBl 111/2010, S. 129 ff.

19 Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BB1 1995 I 1213 ff., 1227: «[Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs] zielt auf die Beseitigung von Hindernissen, welche in erster Linie die Zahl der Anbieterinnen und Anbieter von Dienstleistungen beschränken (z.B. durch Konzessionserteilungen).»; WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste, RPW 2012/2, S. 438 ff., Rz. 49.

20 Vgl. zur Bedeutung der Grundfreiheiten für die öffentliche Ausschreibung in der EU, MARIA VAVRA, *Binnenmarktrelevanz öffentlicher Aufträge*, VergabeR 2a/2013, S. 384 ff., 390.

von Wasserkraft oder zum Betrieb von elektrischen Verteilanlagen (Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG; Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 StromVG), Konzessionen für Radio- und Fernsehprogrammveranstalter (Art. 45 RTVG, Art. 43 f. RTVV), Funkkonzessionen für Anbieter von Fernmeldediensten (Art. 24 FMG), Personenbeförderungskonzessionen (Art. 32 ff. PBG) oder Arbeiten der amtlichen Vermessung (Art. 45 VAV). Hingegen sind beispielsweise für die Verteilung von Spielbankkonzessionen (Art. 15 f. SBG), Brenneikonzessionen (Art. 5 Alkoholgesetz), Eisenbahnkonzession (Art. 5 f. EBG), Seilbahnkonzessionen (Art. 9 SebG) oder Flughafenkonzessionen (Art. 36a LFG) keine spezialgesetzlichen Vergaberegeln vorgesehen.

Vergaberegeln lassen sich auch auf kantonaler und kommunaler Ebene ausserhalb des interkantonalen und kantonalen Beschaffungsrechts finden. Beispielsweise werden in verschiedenen Kantonen Pachtverträge für Jagdreviere (§ 7 JagdG ZH; Art. 9 Abs. 1 JG SG; § 5 Jagdverordnung LU) oder Fischfangrechte (§ 10 FG ZH; Art. 34 FiDV BE; § 10 Fischereigesetz LU) öffentlich ausgeschrieben oder versteigert. Die interkantonale Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin vom 14. März 2008 enthält Planungsgrundsätze für die Vergabe von Leistungsaufträgen im HSM-Bereich (Art. 4 Abs. 4, Art. 7 f.), ohne aber das Vergabeverfahren näher zu regeln oder eine öffentliche Ausschreibung vorzuschreiben.

Auf kommunaler Ebene sieht beispielsweise die Gemeindeverfassung von Lauperswil in Art. 75 vor, dass die Übertragung von Gemeindeaufgaben an Private nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts erfolgen muss.²¹ Hingegen enthalten die kantonalen und kommunalen Erlasse betreffend die wirtschaftliche Nutzung von öffentlichem Grund meist keine Vergaberegeln, obschon gerade in diesem Bereich sehr oft eine Auswahl unter mehreren Anbietern getroffen werden muss. Von daher wäre eine direkte Regelung der Vergabeverfahren im kantonalen und kommunalen Allmendrecht in Umsetzung der verfassungsmässigen und binnenmarktrechtlichen Mindeststandards erstrebenswert.

V. Kartellrechtliche Vergaberegeln

Handelt der Staat als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn, indem er als Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess teilnimmt, so untersteht er dem Kartellgesetz (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Nimmt der Staat im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeit als Nachfrager oder Anbieter eine marktbeherrschende Stellung ein, darf er diese Stellung nicht missbrauchen (Art. 7 KG). Als missbräuchliche Verhaltensweise gilt gemäss Art. 7 Abs. 2 KG unter anderem die Diskriminierung von Handelspartnern

21 Erhältlich auf <<http://www.lauperswil.ch>>Dienstleistungen>Downloads>Gemeindeverfassung>.

bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen wie auch die Einschränkung des Absatzes.

Das Sekretariat der WEKO hat beispielsweise die Stadt Luzern als Anbieterin eines beschränkt verfügbaren Guts qualifiziert, indem sie Rechte zur wirtschaftlichen Nutzung des öffentlichen Grunds (in casu für Plakatanschlagstellen) konzessioniert.²² Gemäss dem Sekretariat kann die intransparente und einseitige Vergabe solcher Nutzungsrechte als missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gelten.²³ Hingegen greift das Kartellgesetz gemäss einem Gutachten der WEKO aufgrund vorbehaltener Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG beispielsweise nicht für die Vergabe von Leistungsaufträgen im Rahmen der kantonalen Spitalplanung.²⁴

C. Vergabe von Aufträgen mit staatlicher Finanzierung

Veranlasst der Staat bei einem privaten Anbieter eine Leistung unter Anwendung von öffentlichen Geldern, so darf er auch bestimmen, wer die Leistung erbringen soll. Das Auswahlverfahren muss aber nach den Regeln des Beschaffungsrechts erfolgen. Insbesondere ist nach der hier vertretenen Auffassung entgegen der herkömmlichen Definition des öffentlichen Auftrags im Falle der Aufwendung von öffentlichen Geldern nicht weiter von Bedeutung, ob der Staat die Leistung «in Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben» veranlasst. Allein die Tatsache, dass der Staat öffentliche Gelder rechtmässig aufwendet, bestätigt ein ausreichendes öffentliches Interesse an der staatlich beschafften Leistung und rechtfertigt die Anwendung des Beschaffungsrechts. Ein Vergleich der beiden Bundesgerichtsurteile *Fahrradverleih* und *Parkhaus* soll diese These verdeutlichen:

Die Stadt Genf beauftragte ein privates Unternehmen mit der Bereitstellung von Fahrrädern zur Selbstausleihe. Das Unternehmen erhielt gleichzeitig das Recht, den Werbeplakataushang auf öffentlichem Grund kommerziell zu betreiben (Nutzungsrecht). Das Plakataushangsrecht wurde zusammen mit dem Auftrag für die Bereitstellung von Fahrrädern öffentlich ausgeschrieben. In den Angeboten für das Nutzungsrecht waren folglich auch die Kosten für den Fahrradverleih einkalkuliert. Die Stadt finanzierte somit die Bereitstellung des Fahrradverleihs durch Mindereinnahmen für das Plakataushangsrecht. Mit Bezug auf die Frage der Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts war nach dem klassischen Beschaffungsbegriff zu prüfen, ob der Auftrag zur Bereitstellung des Fahrradverleihs der Erfüllung einer «öffentlichen Aufgabe» diene.

22 RPW 1997/2, S. 132, Rz. 22; RPW 2003/1, S. 75, Rz. 15 ff.; vgl. dazu auch ANDRÉ MOSER, *Der öffentliche Grund und seine Benützung*, Bern 2011, S. 330 f.; kritisch DANIEL KUNZ, *Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen*, Bern 2004, S. 372 ff.

23 RPW 2003/1, S. 75, Rz. 52.

24 WEKO-Gutachten vom 19. April 2010 in Sachen Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012, RPW 2010/2, S. 424 ff., Rz. 28 ff.

Das Bundesgericht zog diesbezüglich in Erwägung: «Ces éléments font apparaître que le système de vélos en libre service représente pour l'autorité concédante un moyen de réaliser une tâche publique. Cette prestation vise en effet à promouvoir la mobilité douce en ville afin, notamment, de limiter les nuisances liées au trafic motorisé. Or, la notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler».²⁵ Das Bundesgericht bejahte folglich die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts.

Der Kanton Basel-Stadt wählte zwischen verschiedenen privaten Projekten für den Bau und Betrieb eines Parkhauses auf öffentlichem Grund das bestgeeignete Projekt aus. Der Staat beteiligte sich nicht finanziell am Parkhausprojekt. Das Bundesgericht verneinte in diesem Fall die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts, insbesondere auch mit der Begründung, dass es vorliegend nicht um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gehe: «Abgesehen von den staatlichen Kernaufgaben steht der Begriff der öffentlichen Aufgabe nicht wesensgemäss fest (...): Öffentliche Aufgabe ist grundsätzlich, was sich der Staat gesetzlich als Aufgabe gibt (...). Aufgrund des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV), welches für das ganze Verwaltungshandeln mit Einschluss der Leistungsverwaltung gilt (...), bedürfte der Staat einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, um selber ein Parkhaus zu errichten. Vorliegend ist weder von der Vorinstanz festgestellt noch von der Beschwerdeführerin behauptet worden, der Kanton sei gesetzlich verpflichtet oder auch nur ermächtigt, ein Parkhaus zu erstellen. Mangels einer gesetzlichen Grundlage ist der Bau des umstrittenen Parkhauses daher nicht eine staatliche, sondern eine private Aufgabe.»²⁶

Das Bundesgericht definiert im Fall *Fahrradverleih* den Begriff öffentliche Aufgabe sehr weit und bejaht die Anwendung des Beschaffungsrechts. Im Fall *Parkhaus* hingegen stellt es auf ein sehr enges, formelles Verständnis der öffentlichen Aufgabe ab und verneint mitunter darum die Anwendung des Beschaffungsrechts.²⁷ Hätte der Staat das Parkhaus unter Aufwendung öffentlicher Mittel selber bauen lassen und an eine private Betreiberin verpachtet, wäre der Bauauftrag unbestrittenermassen nach dem Beschaffungsrecht zu vergeben gewesen, ohne dass sich die Frage nach der öffentlichen Aufgabe aufgedrängt hätte.²⁸

Entscheidend für die unterschiedliche Beurteilung mit Bezug auf die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts scheint deshalb nicht das Vorliegen bzw. Fehlen einer öffentlichen Aufgabe gewesen zu sein, sondern vielmehr die Tatsache, dass der Staat den *Fahrradverleih* durch Mindereinnahmen aus der Konzessionsvergabe mit öffentlichen Geldern mit- oder zumindest vorfinanzierte, im Fall *Parkhaus* hingegen nur ein Nutzungsrecht ohne finanzielle Beteiligung

25 BGE 135 II 49 E. 5.2.2.

26 BGer Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.3.

27 Gegen die Anwendung des Beschaffungsrechts sprach gemäss BGer auch die Tatsache, dass die Initiative für den Bau und Betrieb des Parkhauses von privater Seite und nicht vom Staat her ausging.

28 BGer Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.2: «Der Staat kann selber als Bauherr ein Parkhaus errichten; in diesem Fall unterliegt er dem öffentlichen Beschaffungsrecht».

gewährte. Dies gibt Anlass zur These, dass die Aufwendung von öffentlichen Geldern zur Finanzierung einer Leistung grundsätzlich immer in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im beschaffungsrechtlichen Sinn erfolgt und die Anwendung der beschaffungsrechtlichen Vergaberegeln rechtfertigt.²⁹ Zur weiteren Veranschaulichung dieser These eignet sich ein Vergleich zwischen dem Fall der koordinierten *Lebensmittelbeschaffung* im Kanton Luzern und der Vergabe des Rechts zum Betrieb einer *Berufsschulmensa* im Kanton Zürich:

Der Kanton Luzern koordinierte den Lebensmitteleinkauf für die durch ihn geführten Mensen an Schulen und Spitälern. Das Verwaltungsgericht stellte fest,³⁰ dass der Kanton die Lebensmittel unmittelbar gegen Entgelt erwirbt (E. 3d) und prüfte danach eingehend, ob die Beschaffung im Rahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt (E. 4a). Gemäss dem Gericht weise der Lebensmitteleinkauf nur einen marginalen Bezug zu den Kantonsaufgaben im Bereich Bildung und Gesundheit auf. Dennoch bejahte das Gericht das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe, weil der Kanton gemäss Gymnasialbildungsgesetz für Verpflegungsmöglichkeiten zu sorgen habe, gemäss Gesundheitsgesetz für «Betriebswirtschaft und Infrastruktur» zuständig sei und weil schliesslich der Mensabetrieb einen engen sachlichen Zusammenhang mit der in Spitälern angebotenen Grundversorgung aufweise (E. 4a).³¹

Demgegenüber verneinte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf die Vergabe des Rechts zum Betrieb einer Berufsschulmensa. Es handle sich bei der Führung eines Verpflegungsbetriebs in einer Berufsschule nicht um eine «öffentliche Beschaffung» i.S.v. Art. 5 BGBM.³² In einem obiter dictum führt das Verwaltungsgericht weiter aus, dass eine öffentliche Ausschreibung zu erfolgen habe, «wenn ein interner Verpflegungsbetrieb einer Anstalt vorab im öffentlichen Interesse und in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt, wie dies etwa bei einer von privaten Unternehmungen bereitgestellten Verpflegung von Patienten in öffentlichen Spitälern der Fall wäre».

Während das Verwaltungsgericht Luzern den Mensabetrieb in einem Gymnasium gerade noch als öffentliche Aufgabe qualifiziert, stellt der Mensabetrieb in einer Berufsschule gemäss Verwaltungsgericht Zürich keine öffentliche Aufgabe dar. Auch in diesen beiden Fällen liegt die Vermutung nahe, dass nicht die Frage der öffentlichen Aufgabe, sondern vielmehr die Tatsache des Einsatzes von öffentlichen Geldern als entscheidendes Kriterium diene.

Schuldet der staatliche Auftraggeber den Kaufpreis, so scheint es sachlich und wirtschaftlich wenig begründet, die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts zusätzlich vom mehr oder weniger zufälligen Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage abhängig zu machen, die den Staat mehr oder minder ausdrücklich verpflichtet oder ermächtigt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben. Kernfrage ist vielmehr, ob der Staat berechtigt ist – sei es gestützt auf eine Rechtsgrundlage, sei es durch einen Finanzierungsbeschluss des Gemeinderats oder der Gemein-

29 Ähnlich BEYELER (Fn. 9), N 630, 684; ausgenommen sind freilich Subventionen, dazu C. *in fine*.

30 VGer LU V 07 297 vom 11. Januar 2008.

31 Kritisch BEYELER (Fn. 9), N 682, m.w.H.

32 VGer ZH VB.2000.00022 vom 3. Juli 2002 E. 2.

deversammlung – die öffentlichen Gelder für den angestrebten Zweck überhaupt aufzuwenden. Fehlt es an einer solchen Legitimation, so führt dies nicht zur Verneinung der öffentlichen Aufgabe und der Anwendung des Beschaffungsrechts, sondern zur Unzulässigkeit der Beschaffung insgesamt;³³ damit wird die Frage der Ausschreibungspflicht hinfällig. Hingegen ist das Beschaffungsrecht anwendbar, wenn der Staat bei einem Privaten *rechtmässig* eine Leistung veranlasst (Legalitätsprinzip) und diese Leistung mit *öffentlichen Geldern* finanziert. Mit Bezug auf den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts erübrigt sich damit die Unterscheidung zwischen Verwaltungsvermögen und Finanzvermögen. Auch Investitionen in das Finanzvermögen unterstehen als öffentliche Aufträge dem Beschaffungsrecht, sofern sie eine unterstellte Lieferung, Bauleistung oder Dienstleistung zum Gegenstand haben.³⁴

Eine Finanzierung mit öffentlichen Geldern kann in verschiedenen Formen erfolgen. Wie aus dem Urteil *Fahrradverleih* hervorgeht, leistet der Staat auch dann ein Entgelt, wenn er ihm zustehende Gelder aufgrund eines Gegengeschäfts verzichtet und Mindereinnahmen in Kauf nimmt. Von einer staatlichen Finanzierung ist auch dann auszugehen, wenn der Staat einen privaten Investor mit der Realisierung eines Infrastrukturprojekts beauftragt und sich gleichzeitig verpflichtet, diese Infrastruktur für eine bestimmte Zeit zu mieten.³⁵ Ein Auftrag untersteht auch dann dem Beschaffungsrecht, wenn der Staat die Leistung vorfinanziert, die von der Leistung direkt profitierende Personengruppe aber letztlich selber die vollen Kosten oder einen Anteil davon trägt, indem sie *Rückzahlungen* etwa in Form von Gebühren an den Staat tätigt. So bejahte das Bundesgericht im Urteil *Fahrradverleih* die Anwendung des Beschaffungsrechts, obschon der Verleih nicht kostenlos zur Verfügung gestellt wurde. Die Nutzer bezahlen einen Mietzins und tragen so zumindest einen Kostenanteil.

Die hier vertretene These ist dahingehend zu präzisieren, dass die Aufwendung öffentlicher Gelder dann nicht zur Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts führt, wenn der Staat nicht unmittelbar eine bestimmte Leistung veranlasst, sondern eine Tätigkeit mit Finanzhilfen generell fördert. Die den Wettbewerb schützenden Schranken für Finanzhilfen sind nicht im Beschaffungsrecht, sondern im

33 BVGer Urteil B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 6; in diesem Sinn auch BEYELER (Fn. 9), N 683: «Ob ein öffentlicher Auftraggeber mit Blick auf das Legalitätsprinzip das tun dürfte, wofür er eine Beschaffung durchführen will, ist keine Frage, die über den Begriff des öffentlichen Auftrags abzuhandeln wäre».

34 VGer GR U 00 45 vom 23. August 2000 E. 1a = PVG 2000, 255 ff. (Renovation an einem Hotel im Eigentum einer Gemeinde); so auch CHRISTIAN BOVET, *Marchés publics et patrimoine financier*, BR 2002, S. 66 f.; a.M. Christoph Jäger, *Immobilien-Geschäfte und öffentliches Beschaffungsrecht*, Raum&Umwelt 4/12, 1 ff., 13; zu expliziten Ausnahmen im kantonalen Recht vgl. Hinweise in CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, *Sind öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen dem Vergaberecht unterstellt?* BR 2012, S. 52 ff., 53; DENIS ESSEIVA, *Les nouveautés en législation et l'autorégulation*, BR 2006, S. 4 ff., 7.

35 VGer LU 7H 13 98 vom 12. Februar 2014 E. 10.4 (erscheint in RPW 2014/1); BEYELER (Fn. 9), N 1026 ff.; CLERC (Fn. 7), LMI 5 N 80.

Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten (Art. 27 und 94 BV), den einschlägigen Subventionserlassen (SubvG), spezialgesetzlichen Erlassen (z.B. Art. 9 Entwurf Weiterbildungsgesetz, BBl 2013, 3775) oder internationalen Verpflichtungen (WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen) zu suchen.³⁶ Fakt ist allerdings, dass die Schweiz im Unterschied zur EU kein griffiges Beihilferecht kennt und Wirtschaftsakteure nur beschränkt vor staatlichen Markteingriffen in Form von wettbewerbsverzerrenden Beihilfen geschützt sind.³⁷ Das Beschaffungsrecht kann dem keine Abhilfe leisten. Gemäss ständiger Praxis und einhelliger Lehre liegt deshalb nur dann eine öffentliche Beschaffung vor, wenn zwischen staatlicher Geldleistung und der damit veranlassten privaten Tätigkeit ein synallagmatisches Austauschverhältnis besteht. Das synallagmatische Austauschverhältnis ist dahingehend zu verstehen, dass zwischen Entgelt und Leistung ein direkter Zusammenhang bestehen muss; es bedeutet hingegen nicht, dass der Staat zwingend die Leistung selber empfangen oder konsumieren müsste.³⁸

D. Vergabe von Leistungsaufträgen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf eigene Rechnung und Gefahr

Während die staatliche Veranlassung einer Leistung unter Einsatz öffentlicher Gelder gemäss den vorstehenden Ausführungen immer die Anwendung des Beschaffungsrechts eröffnet, bedeutet es umgekehrt nicht, dass nie eine öffentliche Beschaffung vorliegt, wenn der Staat nicht den Kaufpreis schuldet. Das Finanzierungsmodell für eine staatlich veranlasste Leistung kann durchaus so ausgestaltet sein, dass die privaten Leistungsempfänger oder gar Dritte, wie beispielsweise Versicherungen, das Entgelt direkt an den staatlich gewählten Anbieter bezahlen.

Dabei ist zu unterscheiden, ob der Staat eine privatwirtschaftliche Tätigkeit reguliert (kontingentierte Märkte, hinten E.I) oder Private mit der Erfüllung einer Staatsaufgabe auf eigene Rechnung und Gefahr beauftragt (Grundversorgungsmärkte, hinten D.II).³⁹ Wie die unter C. (s. vorne) ausgeführten Beispiele zeigen, besteht in beschaffungsrechtlicher Hinsicht keine einheitliche

36 Dazu MATTHIAS OESCH, Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer, ZSR 2012, S. 255 ff.

37 Vgl. Postulat 13.3175 Caroni «Für einen funktionierenden Wettbewerb. Gegen wettbewerbsverzerrende staatliche Beihilfen» vom 21. März 2013.

38 BVGer Urteil B-6177/2008 vom 25. November 2008 E. 2.3: «Der beabsichtigte Einkauf ist dadurch gekennzeichnet, dass zwar die öffentliche Hand die fraglichen Hörgeräte beschafft, dass diese aber letztlich für die Versicherten bestimmt sind. Entscheidend ist indessen, dass die Auftraggeberin als primäre Empfängerin der Leistung gegenüber den Hörgeräteanbietern den Kaufpreis schuldet, weshalb von einer Beschaffung auszugehen ist» (in BVGE 2008/61 nicht publiziert); BEYELER (Fn. 9), N 646, 674; TRÜEB (Fn. 11), BöB 5 N 15.

39 POLTIER (Fn. 10), LMI 2 al. 7 N 37.

Praxis oder Theorie zur Abgrenzung der öffentlichen Aufgabe von privatwirtschaftlichen Tätigkeiten.⁴⁰ Von einer Staatsaufgabe ist mindestens dann auszugehen, wenn der Staat rechtlich verpflichtet oder ermächtigt ist, eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen bzw. der Bevölkerung eine bestimmte Leistung anzubieten.⁴¹ Beschränkt der Staat hingegen regulatorisch die Zahl der Anbieter einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die er nicht selber ausüben kann, liegt ein rechtlich kontingentierter Markt vor. Der Marktzugang erfolgt mittels Monopolkonzession oder Kontingentbewilligung (z.B. Kaminfeger-, Gebäudeversicherungs- und Taxizentralenmonopol, dazu hinten, E.I). Diese Abgrenzung ist indessen nicht immer einfach zu treffen und betrifft im Kern die Frage des staatlichen Rollenverständnisses.

Gemäss klassischem Verwaltungsrecht erfolgt die staatliche Ermächtigung des Privaten zur Erbringung einer Leistung auf eigene Rechnung und Gefahr in Form einer Konzession. Diese Begrifflichkeit ist jedoch wenig gefestigt. Insbesondere die vieldiskutierte Frage, ob die Vergabe von Konzessionen in den verschiedensten Ausprägungen nach dem Beschaffungsrecht erfolgen muss, wird dadurch erschwert, dass es an einem einheitlichen Begriffsverständnis fehlt.⁴² Vergabepolitisch entscheidend ist denn auch nicht die verwaltungsrechtliche Qualifizierung als bestimmten Konzessionstyp. Von Bedeutung ist vielmehr die materielle Betrachtung der wirtschaftlichen und politischen Gesamtsituation im Markt. Aus diesem Grund wird vorliegend soweit als möglich auf den «Konzessionsbegriff» verzichtet und stattdessen auf den wirtschaftlichen Kontext abgestellt. Insbesondere im Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Grundversorgung) ist ohnehin der Begriff «Leistungsauftrag» treffender als «Konzession».

Besteht für eine staatlich veranlasste Tätigkeit bis anhin gar kein Markt oder behält der Staat einem ausgewählten Anbieter zwecks Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ein bestimmtes Marktsegment vor, erbringt der staatlich beauftragte Anbieter seine Leistung im wettbewerbsfreien Raum (Grundversorgungsmonopol, hinten D.I). Der Staat kann aber auch in einem bestehenden Markt bestimmte Anbieter mittels Leistungsauftrag verpflichten, eine Grundversorgungsleistung im Wettbewerb zu privaten Drittanbietern zu erbringen (Grundversorgungsmarkt, hinten D.II).⁴³ Zur Abgrenzung zwischen Grundversorgungsmonopol und Grundversorgungsmarkt ist entscheidend, ob der Konsument die Leistung beim staatlich beauftragten Leistungserbringer beziehen muss, oder ob er auf private Drittanbieter ausweichen kann. Zu diesem Zweck

40 Vgl. Fn. 10.

41 Keine öffentliche Aufgabe ist gemäss BGer der Bau und Betrieb eines Parkhauses (vgl. Fn. 26); kritisch NICOLAS DIEBOLD, Der Bau und Betrieb eines Parkhauses auf öffentlichem Grund untersteht nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht, in: dRSK, publiziert am 4. Dezember 2012.

42 POLTIER (Fn. 10), LMI 2 al. 7 N 25.

43 Vgl. auch DAENIKER (Fn. 10), S. 54, der in diesem Zusammenhang von «konkurrierender Staatsaufgabe» spricht.

ist eine Marktabgrenzung erforderlich, wie dies beispielsweise auch im Kartellrecht oder für den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten notwendig ist.

I. Grundversorgungsmonopol

1. Angebotsstruktur und Wettbewerb im Grundversorgungsmonopol

Der Staat kann eine ihm zugeteilte Aufgabe entweder selber erfüllen oder Private mit der Aufgabe betrauen (vgl. z.B. Art. 178 Abs. 3 BV; Art. 43 USG).⁴⁴ Für den Privaten kann sich so ein Geschäftsfeld eröffnen, das im freien Markt und ohne den staatlichen Auftrag gar nicht existiert (Grundversorgungsmonopol). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Gemeinden einen privaten Anbieter exklusiv beauftragen, Sackgebühren zu vorgegebenen Preisen an die Einzelhändler zu verkaufen und dabei die Sackgebühr zu erheben,⁴⁵ oder die Kehrichtabfuhr zu gewährleisten.⁴⁶ Ähnlich schrieb das BUWAL die Aufträge für die Erhebung, Verwaltung und Verwendung der vorgezogenen Entsorgungsgeld für Batterien und für Flaschen öffentlich aus.⁴⁷ Beispielsweise können Kantone auch vorsehen, dass die Notfallrettung durch ein staatlich beauftragtes Privatunternehmen gewährleistet wird, was bei Ausschluss von privaten Drittanbietern zu einem Grundversorgungsmonopol führt.⁴⁸

Ein Grundversorgungsmonopol kann auch dann entstehen, wenn der Staat in einem bestehenden Markt einen Anbieter auswählt, um die Leistung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe exklusiv an eine bestimmte Personengruppe zu erbringen. Aus Sicht dieser Personengruppe entsteht eine Monopolsituation, da sie nicht auf Drittanbieter ausweichen können. Dies gilt etwa für Konsumenten der Schulzahnpflege⁴⁹ oder wenn die Polizei Unfallfahrzeuge auf Rechnung des Fahrzeughalters abschleppen lässt.⁵⁰ Grundversorgungsmonopole können auch das Recht mitumfassen, eine Infrastruktur auf öffentlichem Grund zu errichten und zu betreiben. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn eine Gemeinde den Bau

44 JAAG (Fn. 6), S. 37 ff.

45 Beschaffungsrechtliche Unterstellung bejaht in Urteil VGer VD MPU.2013.0005 vom 30. Oktober 2013 E. 3.

46 Ausschreibung der Kehrichtabfuhr z.B. BGer Urteil 2D_14/2013 vom 23. Juli 2013; zur Ausschreibung der Kehrichtabfuhr vgl. auch POLTIER (Fn. 10), LMI 2 al. 7 N 41 m.H.a BGE 134 II 297.

47 BRK 1999-006, VPB 64.30, E. 1b (Batterien); BRK 2000-021/023, VPB 65.80 (Flaschen).

48 Beschaffungsrechtliche Unterstellung von Rettungsdienstverträgen gerichtlich noch nicht geklärt.

49 Aus Sicht des Wettbewerbs und der Wettbewerbsneutralität nicht überzeugend BGer Urteil 2P.19/2001 vom 16. Mai 2001 E. 1a, wonach das Beschaffungsrecht aufgrund normierter Preise nicht anwendbar ist.

50 Beschaffungsrechtliche Unterstellung in VGer ZH VB.2005.00155 vom 19. Oktober 2005 E. 3.2.1 verneint, wenn der Fahrzeughalter den Auftrag an den Abschleppdienst vorgängig genehmigt (direkte Stellvertretung); kritisch TRÜEB (Fn. 11), BöB 5 N 16.

und Betrieb einer Holzheizzentrale und eines Wärmeverbundnetzes auf öffentlichem Grund samt Wärmelieferung an die Einwohnergemeinde in Auftrag gibt.⁵¹

Der private Grundversorger arbeitet in der Regel auf eigene Rechnung und Gefahr, geht aber mit Bezug auf die staatlich veranlasste Leistung kein grosses wirtschaftliches Risiko ein. Da der Private eine öffentliche Aufgabe erfüllt, ist der Endkundenpreis meist reguliert. In der Regel verfügt der Anbieter aufgrund des fehlenden Wettbewerbs über eine kalkulierbare Absatzgarantie.

2. Vergabepolitik im Grundversorgungsmonopol

Der Auftrag an einen privaten Anbieter im Grundversorgungsmonopol ist ohne weiteres dem Beschaffungsrecht unterstellt, wenn der staatliche Auftraggeber auch den Kaufpreis schuldet (s. vorne C.).⁵² Wenn aber der Staat eine ihm zugewiesene Aufgabe mit der Hilfe eines privaten Leistungserbringers erfüllt, ohne dafür selber ein Entgelt zu leisten, darf dies nicht zu einer Umgehung des Beschaffungsrechts führen.

Ob beispielsweise Gebührensäcke auf staatliche Veranlassung hin direkt durch einen Privaten in den Einzelhandel verkauft werden oder ob der Staat dazwischengeschaltet die Abfallsäcke kauft und wieder verkauft, ist wirtschaftlich betrachtet genau dasselbe. In beiden Fällen handelt es sich um einen dem Beschaffungsrecht unterstellten öffentlichen Auftrag. Gemäss dem Verwaltungsgericht des Kantons Waadt erfolgt diese Transaktion zwischen Staat und Privatem gar insofern «gegen Entgelt» (à titre onéreux) im beschaffungsrechtlichen Sinn, als der Staat zugunsten eines Privaten darauf verzichtet, mit dem Verkauf von Gebührensäcken selber einen Gewinn zu erzielen.⁵³ Ein Teil der Lehre sieht in diesen Konstellationen das «Entgelt» hingegen in der Abnahme der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch Private begründet.⁵⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung ist das gemäss herkömmlicher Definition des öffentlichen Auftrags notwendige synallagmatische Austauschverhältnis «Entgelt gegen Leistung» nicht dahingehend zu verstehen, dass zwingend der Staat das Entgelt leisten muss. Vorausgesetzt ist einzig, dass der Staat die Leistung veranlasst und dem Leistungserbringer ermöglicht, den Kaufpreis direkt beim Leistungsempfänger einzufordern.

In der Lehre wird teilweise differenziert zwischen der vollständigen Übertragung einer öffentlichen Aufgabe, die nicht dem Beschaffungsrecht unterstehen

51 Beschaffungsrechtliche Unterstellung bejaht in VGer AG WBE. 2011.246 vom 25. Juni 2012.

52 Wobei sich die hier nicht weiter behandelte Abgrenzungsfrage zwischen Kaufpreis und Finanzhilfe stellt.

53 VGer VD MPU.2013.0005 vom 30. Oktober 2013 E. 3e (Fn. 45).

54 Vgl. BGE 135 II 49 E. 4.3.2 m.w.H.: «La collectivité publique obtient en effet, d'après cette conception, une prestation sous la forme de l'accomplissement d'une tâche publique par un concessionnaire».

soll, und der einfachen Hilfstätigkeit bzw. Vergabe von «Unteraufträgen» nach den Regeln des Beschaffungsrechts.⁵⁵ In der Praxis ist diese Abgrenzung indes nur schwierig zu treffen, weshalb sich eine gesamthafte Anwendung des Beschaffungsrechts anbietet. Die frühere BRK hielt im Fall *Entsorgungsgebühr* fest, «dass es für die Förderung des Wettbewerbs unter den Anbietern sowie im Dienste des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel sehr wohl auch in Fällen, in denen sich der Staat nicht eine Dienstleistung, eine Lieferung oder eine Bauleistung beschafft, sondern eine solche Leistung in Erfüllung einer Staatsaufgabe auslagert und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr unter staatlicher Aufsicht erfüllen lässt, massgeblich darauf ankommt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot (Art. 21 BoeB) ausgewählt wird. Ferner kann auch die Gleichbehandlung der Anbieter und Anbieterinnen nur gewährleistet werden, wenn die Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen auf die genannten Fälle Anwendung finden.»⁵⁶

Nicht überzeugend ist die Praxis, wonach etwa der Auftrag für die Schulzahnpflege nicht dem Beschaffungsrecht unterstehen soll, weil ein Festtarif vorgeschrieben ist.⁵⁷ Aus Nachfragesicht kann die Ausschreibung immer noch über den Kosten- und Qualitätswettbewerb geführt werden. Aus wettbewerblicher Sicht drängt sich im Grundversorgungsmonopol im Gegensatz zum Grundversorgungsmarkt (dazu hinten, D.II) auch deshalb eine beschaffungsrechtliche öffentliche Ausschreibung auf, weil die Leistung frei von jeglichem Wettbewerbsdruck erbracht wird. So kann immerhin über die öffentliche Ausschreibung erreicht werden, dass hinsichtlich Kosten und Qualität der effizienteste Anbieter zum Markt zugelassen wird. Aus Anbietersicht ist vor dem Hintergrund der staatlichen Wettbewerbsneutralität geboten, dass der Auftrag und der damit verbundene Wettbewerbsvorteil in einem nichtdiskriminierenden und transparenten Verfahren erteilt wird.

Sollte in einem bestimmten Fall die Anwendung des Beschaffungsrechts aufgrund des Beschaffungsobjekts oder mangels subjektiver Unterstellung verneint werden, so gelten bei kantonalen Grundversorgungsmonopolen immerhin noch die Mindestanforderungen gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM.⁵⁸ Diese Bestimmung gilt unabhängig davon, ob die Zahl der Anbieter aus Gründen der Grundversorgung, aus regulatorischen Gründen oder aus faktischen Gründen beschränkt wird (hinten E.). De lege ferenda wäre allenfalls prüfenswert, ob die

55 Dazu CLERC (Fn. 7), LMI 5 N 59 m.H.a. BGE 134 II 297 (Kehrichtabfuhr); BELLANGER (Fn. 6), N 29.

56 BRK 1999-006, VPB 64.30 E. 1b/bb.

57 Siehe Fn. 49; a.M. BEYELER (Fn. 7), N 74; differenziert THOMAS POLEDNA/PHILIPP DA CANTO, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in: Poledna/Jacobs (Hrsg.), Gesundheitswesen im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 71 ff. N 48; vgl. VGer VD MPU.2013.0005 vom 30. Oktober 2013 E. 3e, wonach der Auftrag zur Belieferung des Einzelhandels mit Kehrichtsäcken dem Beschaffungsrecht untersteht, obschon der Endverkaufspreis vom Auftraggeber vorgeschrieben ist.

58 Vgl. z.B. zu Notfallrettung und Alarmzentrale POLEDNA/DA CANTO (Fn. 57), N 8.

Vergabe von Aufträgen an Dienstleistungserbringer im Grundversorgungsmonopol (z.B. Notfallrettung) generell einem gegenüber dem Beschaffungsrecht flexibleren Vergaberegime im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt werden sollte.⁵⁹ Schliesslich muss der Staat bei der Übertragung seiner Aufgaben auf Private bzw. der Bildung von privaten Grundversorgungsmonopolen grundsätzlich auch den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten beachten,⁶⁰ womit sich eine Ausschreibungspflicht in bestimmten Situationen direkt aus der Verfassung ableiten lässt (s. vorne B.I).

II. Grundversorgungsmarkt

1. Angebotsstruktur und Wettbewerb im Grundversorgungsmarkt

Ein Grundversorgungsmarkt entsteht, wenn sowohl staatlich beauftragte Leistungsträger als auch private Drittanbieter ohne Leistungsauftrag im Wettbewerbsverhältnis eine Grundversorgungstätigkeit ausüben. Ein Grundversorgungsmarkt besteht beispielsweise in den Bereichen Gesundheitswesen (Spitäler und Spitex mit und ohne Leistungsauftrag),⁶¹ Zahlungsverkehr (Grundversorgungsauftrag der Post im Wettbewerb zu anderen Finanzdienstleistern, Art. 32 PG) oder Bildung (Bildungsinstitutionen mit und ohne Leistungsauftrag). Ein Leistungsauftrag kann auch das Recht mitenthalten, eine Infrastruktur auf öffentlichem Grund zu errichten und im Wettbewerb zu privaten Drittanbietern zu betreiben.

Der Leistungsträger verfügt gegenüber dem Staat über grosse Autonomie mit Bezug auf die Art und Weise, wie er die Grundversorgungsaufgabe erfüllt und wie er sich betrieblich organisiert. Er untersteht aber der staatlichen Aufsicht. Der Leistungsträger agiert grundsätzlich im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und er trägt das Inkassorisiko. Er ist dem Staat gegenüber direkt verpflichtet, die Leistung gemäss den Bedingungen des Leistungsauftrags auf dem Markt anzubieten. Weitere Merkmale sind Staatshaftung und Grundrechtsgebundenheit der Leistungsträger. Der Leistungsträger bewegt sich in einem stark

59 In der EU untersteht das Dienstleistungskonzessionsmodell zurzeit den primärrechtlichen Grundfreiheiten (vergleichbar mit der Wirtschaftsfreiheit und den binnenmarktrechtlichen Marktzugangsrechten), nicht aber der Vergaberichtlinie (Art. 17). De lege ferenda soll in der EU die neue Konzessionsrichtlinie gelten; dazu MATTHIAS KNAUFF, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, *VergabeR* 2/2013, S. 157 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch HANS-RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung und Vergaberecht*, Zürich 2012, N 160, wonach das Beschaffungsrecht etwa für die Spitalliste nicht genügend Flexibilität aufweist.

60 JAAG (Fn. 6), S. 42; vgl. auch DAENIKER (Fn. 10), S. 63, wonach der Staat bei der Übertragung an die allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsätze gebunden ist.

61 Für eine beschaffungsrechtliche Unterstellung der Leistungsaufträge an Listenspitäler POLEDNA/DA CANTO (Fn. 57), N 27 ff., N 84; a.M. TRÜEB/ZIMMERLI (Fn. 59), N 159 ff; beschaffungsrechtliche Unterstellung betr. Spitex verneint in VGer ZH VB.2000.00126 vom 24. August 2000; kritisch TRÜEB (Fn. 11), BöB 5 N 20, 22.

regulierten Grundversorgungsmarkt, der sich etwa durch Tarifregulierungen oder Angebots- und Kontrahierungspflichten auszeichnet.

In wettbewerblicher Hinsicht besteht die Problematik, dass die Leistungsträger aufgrund des Leistungsauftrags verpflichtet sind, weitgehend unabhängig von der Nachfragesituation die Erfüllung der Grundversorgung zur vorgegebenen Qualität zu garantieren (Angebots- und Kontrahierungspflicht). Dafür erhalten die Leistungsträger für die Erfüllung des Grundversorgungsauftrags in der Regel eine Abgeltung oder andere Wettbewerbsvorteile, wie etwa das Recht zur Leistungsabrechnung über eine Sozialversicherung. Private Drittanbieter ohne Leistungsauftrag tragen ebenfalls zur Grundversorgung bei, unterstehen aber nicht der Kontrahierungspflicht und verfügen über mehr Flexibilität hinsichtlich Leistungsumfang, Qualität und Angebotsmenge. Private Drittanbieter sind daher schnell dem Vorwurf der «Rosinenpickerei» ausgesetzt, wenn sie rentable Aufträge ergattern und wenig rentable Aufträge den Leistungsträgern überlassen.

Umgekehrt können sich private Drittanbieter nicht auf die Wirtschaftsfreiheit und den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten berufen, wenn der Staat zur Erfüllung einer Grundversorgungsaufgabe den beauftragten Leistungsträgern Wettbewerbsvorteile einräumt, die privaten Anbietern ohne Leistungsauftrag nicht zustehen.⁶² Lässt der Staat aber einen Grundversorgungsmarkt und damit Wettbewerb zwischen Leistungsträgern und privaten Anbietern zu, ist dennoch wünschenswert, dass die aus dem Leistungsauftrag fliessenden Wettbewerbsvorteile unter Berücksichtigung der grundversorgunglichen Leistungspflicht auf das Notwendige beschränkt werden (Verhältnismässigkeit). Der Staat steht vor der grossen Herausforderung, in Grundversorgungsmärkten ein Wettbewerbsumfeld zu schaffen, in dem sowohl staatlich beauftragte Leistungsträger wie auch private Anbieter bestehen können.

2. Vergabepolitik im Grundversorgungsmarkt

Da der Staat für eine bestimmte Tätigkeit nur einen oder eine beschränkte Zahl an Leistungsaufträgen vergibt, drängt sich die Frage auf, ob diese öffentlich ausgeschrieben werden müssen oder sollen.⁶³ Die Vergabe von Leistungsaufträgen sollte grundsätzlich dem Beschaffungsrecht unterstellt sein, wenn der Staat die Leistung selber finanziert (s. vorne C.). Dies geht beispielsweise aus dem Entscheid *Hörgeräte* des Bundesverwaltungsgerichts hervor, wonach Leistungsaufträge an ausgewählte Hörgerätehersteller dem Beschaffungsrecht

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

63 Interpellation 13.3843 Bortoluzzi vom 26.09.2013, «Der Staat soll Schiedsrichter und nicht gleichzeitig auch Mitspieler sein»: «Eine zweite Möglichkeit wäre, bestellte Leistungen der Grundversorgung bzw. des Service public konsequent öffentlich auszuschreiben».

unterstehen, weil der staatliche Auftraggeber auch den Kaufpreis schuldet.⁶⁴ Vorbehalten sind allfällige spezialgesetzliche Vergaberegeln in sektoriellen Erlassen.

Aus rein wirtschaftlicher und wettbewerblicher Betrachtungsweise sollte ein Leistungsauftrag auch ohne staatliche Finanzierung immer dann ausgeschrieben werden, wenn im betroffenen Grundversorgungsmarkt kein oder nur wenig Wettbewerb herrscht. Zur Veranschaulichung dieser These eignet sich ein Vergleich mit der sog. Auslinkklausel. Diese sieht vor, dass einzelne Wirtschaftszweige vom Beschaffungsrecht ausgenommen werden können, wenn im entsprechenden Sektor Wettbewerb herrscht (Art. 3 Abs. 5 Bilaterales Abkommen; Art. 2b VöB; Art. 4 Abs. 2 lit. c^{bis} IVöB). Diese Auslinkmöglichkeit basiert auf der Überlegung, dass Unternehmen, die im Wettbewerbsdruck stehen, ihre Beschaffungsentscheide vorwiegend nach wirtschaftlichen und nicht nach politischen Kriterien treffen. Entsprechend ist es auch nicht notwendig, solche Unternehmen den Zwängen des Beschaffungsrechts auszusetzen.

Ein innovativer Ansatz wäre vor diesem Hintergrund, über das Kriterium des Wettbewerbsdrucks den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts nicht nur negativ durch die Auslinkklausel zu definieren, sondern im Einzelfall anhand des Wettbewerbsdrucks zu prüfen, ob ein bestimmter Leistungsauftrag nach den Regeln des Beschaffungsrechts ausgeschrieben werden muss oder nicht. In diesem Zusammenhang wäre auch zu berücksichtigen, inwiefern der Leistungsauftrag den Leistungsträgern gegenüber den privaten Anbietern wettbewerblich bevorteilt. Je stärker ein Leistungsauftrag den Wettbewerb verzerrt, desto mehr drängt sich eine öffentliche Ausschreibung auf.

Ein solcher aus dem Kartellrecht hergeleiteter «more economic approach» zum Beschaffungsrecht ginge allerdings zulasten der Rechtssicherheit und erscheint auf den ersten Blick als nur schwer praktikierbar. Aus diesem Grund kann gestützt auf die Prämisse, dass im Grundversorgungsmarkt tatsächlich Wettbewerb herrscht, auf die Anwendung des Beschaffungsrechts grundsätzlich verzichtet werden, sofern die Leistung nicht staatlich finanziert wird. Die Nichtunterstellung ist aus wettbewerblicher Sicht auch damit zu begründen, dass der Leistungsträger in der Regel als «Träger öffentlicher Aufgaben» gilt und deshalb in subjektiver Hinsicht selber dem Beschaffungsrecht untersteht (Art. 5 BGBM, Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB). So ist zumindest gewährleistet, dass die vom Leistungsträger nicht selbst erbrachten Vorleistungen unter wettbewerblichen, wirtschaftlichen, transparenten und nichtdiskriminierenden Bedingungen beschafft werden.

64 BVGer Urteil B-6177/2008 vom 25. November 2008 E. 2.3: «Entscheidend ist indessen, dass die Auftraggeberin als primäre Empfängerin der Leistung gegenüber den Hörgeräteanbietern den Kaufpreis schuldet, weshalb von einer Beschaffung auszugehen ist»; nicht überzeugend VGer ZH VB.2007.00531 vom 1. Oktober 2008 E. 3.5, wonach die Vergabe von Aufträgen für staatlich finanzierte «Motivationssemester» nicht dem Beschaffungsrecht unterstehen.

Die Nichtunterstellung unter das stark formalisierte Beschaffungsrecht schliesst indessen nicht aus, dass eine öffentliche Ausschreibung von Leistungsaufträgen nicht dennoch auch in Grundversorgungsmärkten angezeigt oder aufgrund anderweitiger horizontal oder sektoriell geltender Bestimmungen gar vorgeschrieben ist. Beispielsweise sieht der Kanton Wallis explizit eine öffentliche Ausschreibung der Leistungsaufträge für Listenspitäler vor (Art. 7 der kantonalen Verordnung über die Spitalplanung und -finanzierung vom 30. Mai 2012).⁶⁵ Auch der Bund regelt die Vergabe von Leistungsaufträgen teilweise direkt im einschlägigen Spezialgesetz, wie für die Grundversorgung mit Fernmeldediensten (Art. 14 FMG).

Ferner ist auch die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM zumindest dann angezeigt, wenn dem Leistungsauftrag eine derart gewichtige Wettbewerbsbedeutung zukommt, dass ein privater Drittanbieter ohne Leistungsauftrag gar nicht im Markt bestehen kann.⁶⁶ Der Leistungsauftrag erhält in diesem Fall die Qualität einer faktischen Marktzutrittsvoraussetzung, weshalb sich wie im Grundversorgungsmonopol eine öffentliche Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM anbietet. Schliesslich muss die Vergabe von Leistungsaufträgen auch den verfassungsmässigen Verfahrensgarantien (Art. 29 BV)⁶⁷ und dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten (Art. 27 und 94 BV) genügen, womit sich eine Ausschreibungspflicht in bestimmten Situation auch direkt aus der Verfassung ableiten lässt (s. vorne B.I).

E. Vergabe von Zugang zu kontingentierten Märkten

Der Staat kann ausserhalb des Grundversorgungsbereichs die Anzahl der Anbieter einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit regulatorisch beschränken. Das staatliche Recht zu einem solchen Eingriff in die Angebotsstruktur ergibt sich entweder direkt aus einem Gesetz bzw. der kantonalen Verfassung (E.I) oder aus dem staatlichen Hoheitsrecht über öffentliche Sachen gemäss Art. 664 ZGB (E.II).

I. Rechtlich kontingentierte Märkte

1. Angebotsstruktur und Wettbewerb im kontingentierten Markt

Die Kantone behalten sich gestützt auf die verfassungsmässigen Regalrechte die wirtschaftliche Nutzung beispielsweise der Bereiche Jagd, Fischerei, Bo-

⁶⁵ Vgl. auch WEKO-Gutachten Spitalplanung (Fn. 24), Rz. 38.

⁶⁶ So im Resultat *POLTIER* (Fn. 10), LMI 2 al. 7 N 39 (Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM für Spitallisten).

⁶⁷ Vgl. etwa BVGer Urteil C-4154/2011 vom 5. Dezember 2013 (Leistungsaufträge für hochspezialisierte Medizin) E. 6.

den Schätze, Salz und Wasser vor. Bei den meisten dieser Regalrechte handelt es sich um eine verfassungsmässige Verankerung des staatlichen Hoheitsrechts über öffentliche Sachen und das damit verbundene Recht, über deren wirtschaftliche Nutzung zu entscheiden. Gewisse Regale gehen aber über die wirtschaftliche Nutzung öffentlicher Sachen hinaus. So umfasst etwa das Salzregal über den Salzabbau hinaus auch den Import und Verkauf.

Die Kantone können auch ausserhalb der Regalrechte neue, gesetzlich begründete Staatsmonopole schaffen. Damit der Staat aber überhaupt eine marktfähige Tätigkeit dem freien Markt entziehen und sich selber (oder einem Privaten) vorbehalten darf, muss der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV gemäss den Voraussetzungen von Art. 36 BV durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Nach Art. 94 Abs. 4 BV müssen kantonale Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, zudem durch ein kantonales Monopol- oder Regalrecht begründet sein. Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Verfassungsgeber mit Art. 94 BV die unter der alten Bundesverfassung geltende Rechtslage bezüglich der Zulässigkeit bestehenden bzw. der Errichtung neuer kantonaler Monopole nicht verändern wollte.⁶⁸ Entsprechend können Kantone neue Monopole begründen, sofern dies durch hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls, namentlich polizeiliche oder sozialpolitische Gründe, gerechtfertigt und verhältnismässig ist; unzulässig sind Monopole zur Verfolgung von rein fiskalischen Interessen.⁶⁹ Seit den 60er Jahren bejahte das Bundesgericht beispielsweise die Verfassungsmässigkeit eines Monopols für die Einfuhr amerikanischer Reben (1965), Kaminfeger (1979, 1983), eine obligatorische Schulunfallversicherung (1975), Gebäudeversicherungen (1998) und eine Taxizentrale in der Stadt Lausanne (2007).⁷⁰ Nicht verfassungskonform ist beispielsweise ein Staatsmonopol für den Plakatanschlag auf privatem Grund oder den Taxibetrieb.⁷¹

Demgegenüber setzt das Binnenmarktgesetz der Gründung neuer kantonaler und kommunaler Staatsmonopole keine Schranken. Die Einführung einer entsprechenden Grundlage wurde im Rahmen der Binnenmarktnovelle von 2005 verworfen.⁷² Folglich qualifiziert ein Staatsmonopol nicht als binnenmarkt-

68 BGE 128 I 3 E. 3a (Plakatmonopol).

69 BGE 125 I 209 E. 10a; BGE 124 I 11 E. 3a/b, mit Hinweisen auf Lehre und Praxis; POLTIER (Fn. 10), LMI 2 al. 7 N 11.

70 BGE 91 I 182 (Rebstöcke); BGE 96 I 204, BGE 109 Ia 192 (Kaminfeger); BGE 101 Ia 124 (Schulunfallversicherung); BGE 124 I 25, BGE 124 I 11 (Gebäudeversicherung); BGer Urteil 2C_71/2007 vom 9. Oktober 2007 (Taxizentrale).

71 BGE 128 I 3 (Plakatanschlag, Änderung der Rechtsprechung von BGE 100 Ia 445); BGer Urteil 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 4.8 (Taxibetrieb).

72 Botschaft revBGBM (Fn. 12), 475 f.; ANDREAS AUER/VINCENT MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit, RPW 2004, S. 277 ff.; DIES., Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur – Avis de droit complémentaire, RPW 2004, S. 314 ff.

rechtliche Marktzugangsbeschränkung, die gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM gerechtfertigt werden müsste. Ein ortsfremder Anbieter kann daher gestützt auf die binnenmarktrechtlichen Marktzugangsrechte wie das Herkunftsortsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) oder das Anerkennungsrecht (Art. 4 BGBM) nicht verlangen, neben einem staatlichen Monopolanbieter zugelassen zu werden.

Der Staat kann die wirtschaftliche Nutzung von Regalrechten und rechtlichen Monopolen mittels Monopolkonzession auf Private übertragen. Auf diese Weise schafft der Staat ein «Monopol» für einen einzigen oder eine beschränkte Zahl von Anbietern (z.B. Taxizentrale der Stadt Lausanne; Kaminfegermonopol). Die Monopolkonzession liegt nahe beim Grundversorgungsmonopol (s. vorne D.I). Die konzeptionelle Unterscheidung besteht darin, dass der Staat beim Grundversorgungsmonopol selber für die Erfüllung der Aufgabe verpflichtet ist und trotz Übertragung auf einen Privaten immer noch die Hauptverantwortung für die zu erbringende Grundversorgung trägt. Demgegenüber hat der Staat grundsätzlich kein öffentliches Interesse an der wirtschaftlichen Leistung, die vom Inhaber einer Monopolkonzession erbracht wird. Bei der Monopolkonzession überwiegt das dem Konzessionär gewährte Tätigkeitsrecht gegenüber der Tätigkeitspflicht. Der Eingriff in die Angebotsstruktur ist rein regulatorischer Natur und bezweckt nicht die Erfüllung einer Grundversorgungsaufgabe.

Lässt der Staat nur einen einzigen Anbieter für eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit zu, liegt nach klassischem verwaltungsrechtlichen Verständnis eine Monopolkonzession vor. Der Staat kann die Nutzung von Regalrechten wie auch die Nutzung von rechtlich geschaffenen Monopolen auch nicht nur auf einen, sondern auf mehrere, sich konkurrenzierende Anbieter übertragen. Aus wettbewerblicher Sicht ist die Monopolkonzession in diesem Fall vergleichbar mit einem rechtlichen Kontingent. Der Staat kann Kontingente schaffen, indem er im Bereich der bewilligungspflichtigen Tätigkeiten die Anzahl der Berufsausübungs- bzw. Betriebsbewilligungen rechtlich beschränkt. Bekanntestes Beispiel war die in der alten Bundesverfassung verankerte Bedürfnisklausel im Gastgewerbe, wonach die Kantone die Zahl der Gastwirtschaften von einem Bedürfnis abhängig machen konnten, wenn dieses Gewerbe durch übermässige Konkurrenz in seiner Existenz bedroht war (Art. 31^{ter} Abs. 1 aBV). Weiter galt für Gastwirtschaften und Kleinverkaufsbetriebe von alkoholischen Getränken ein gesundheitspolitisches Kontingent (Art. 32^{quater} Abs. 1 aBV) das bezweckte, über die Steuerung des Angebots den Alkoholismus zu bekämpfen.⁷³ Auf Bundesebene bestehen heute ausserhalb der Grundversorgung Kontingente

73 Vgl. die kürzlich erfolgte Bestrebung der Wiedereinführung einer Bedürfnisklausel im Rahmen der parlamentarischen Initiative Marra 12.456 «Binnenmarktgesetz und Bedürfnisklausel» vom 15.06.2012. Die Wiedereinführung der Beschränkung wird indessen nicht in erster Linie durch das BGBM verhindert, sondern vielmehr durch die (inzwischen) fehlende Grundlage in der Bundesverfassung (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV).

für Brennereien (Art. 105 BV, Art. 5 Abs. 1 Alkoholgesetz) und Spielbanken (Art. 106 BV, Art. 10 ff. SBG). Auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene bestehen beispielsweise Bestrebungen, zum Schutz öffentlicher Interessen (also nicht faktisch bedingt) die Zahl der Taxibewilligungen zu beschränken.⁷⁴ Solche rechtliche Kontingente gelten als Eingriff in die verfassungsmässige Wirtschaftsfreiheit und auf kantonaler Ebene – im Unterschied zum rechtlichen Monopol – auch als binnenmarktrechtliche Beschränkung des Marktzugangs für ortsfremde Anbieter. Demnach muss ein kantonales Kontingent sowohl nach Art. 36 und gegebenenfalls Art. 94 Abs. 4 BV wie auch (gegenüber ortsfremden Anbietern) nach Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM gerechtfertigt werden können.

2. Vergabepolitik im rechtlich kontingentierten Markt

Das Angebot bzw. die Angebotsmenge und -verfügbarkeit stellt neben Preis und Qualität ein zentraler Wettbewerbsparameter dar. Dies ergibt sich auch aus Art. 5 Abs. 3 lit. b KG, wonach Abreden über die Produktions- oder Absatzmengen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung begründen und entsprechend als hartes Kartell qualifizieren. Die künstliche Verknappung eines Angebots resultiert in der Regel in höhere Preise und allenfalls tiefere Qualität. Entsprechend wettbewerbsfeindlich sind auch staatliche Beschränkungen der Anbieterzahl.

Schafft der Staat eine rechtliche Monopolsituation zugunsten eines Privaten, muss zwingend eine öffentliche Ausschreibung i.S.v. Art. 2 Abs. 7 BGBM erfolgen. Ortsfremde Anbieter können zwar nicht gestützt auf das Herkunftsortsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) oder das Recht auf Anerkennung von Berufsausübungsbewilligungen (Art. 4 BGBM) verlangen, neben einem ortsansässigen Monopolisten zugelassen zu werden; sie können aber immerhin verlangen, dass der Zugang zum Monopol öffentlich ausgeschrieben wird. Auch ortsansässige Anbieter müssen sich auf dieses Marktzugangsrecht der öffentlichen Ausschreibung berufen können.

Die Ausschreibungspflicht gilt auch dann, wenn der Staat die Nutzung eines Monopols nicht nur auf einen, sondern auf zwei oder mehrere Private überträgt.⁷⁵ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM, wonach die Übertragung an Private – in der Mehrzahl – ausgeschrieben werden muss. Die aus der Verknappung der Anbieterzahl resultierende Wettbewerbsbeschränkung und die gleichzeitige Verhinderung neuer Markteintritte rechtfertigt eine Ausschreibepflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM, selbst wenn der Wettbewerb

74 Da die zahlenmässige Beschränkung von Taxifahrern auf einem kantonalen Monopolrecht beruhen muss (Art. 94 Abs. 4 BV), ein Taximonopol gemäss Bundesgericht aber unzulässig ist (Fn. 71), ist auch ein Kontingent für Taxibewilligungen nicht mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar.

75 So wohl auch *POLTIER* (Fn. 10), LMI 2 al. 7 N 39.

nicht bis hin zur absoluten Monopolstellung im ökonomischen Sinn reduziert wird.⁷⁶

Mit Bezug auf die Frage der Ausschreibepflicht für Kontingentbewilligungen ist festzustellen, dass es wirtschaftlich betrachtet dasselbe ist, ob der Staat ein rechtliches Monopol bildet und deren Nutzung auf mehrere aber zahlenmässig beschränkte Anbieter überträgt, oder ob der Staat gestützt auf eine Bedürfnisklausel oder ein anderes öffentliches Interesse die Zahl der Betriebsbewilligungen kontingentiert. Ob nun der Kanton Aargau nur einen Kaminfeger für ein bestimmtes Gebiet zulässt oder ob eine Stadt (nicht faktisch, sondern rechtlich bedingt) die Zahl der Taxifahrer beschränkt, ist in wettbewerblicher und vergabepolitischer Hinsicht dasselbe und verlangt vergaberechtlich nach dem gleichen Lösungsansatz. Nach dieser Überlegung muss die Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM auch für Kontingentbewilligungen gelten. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht lässt sich eine Ausschreibepflicht von Kontingentbewilligungen nicht nur aus Art. 2 Abs. 7 BGBM, sondern auch aus den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung ortsfremder Anbieter und der Verhältnismässigkeit ableiten (Art. 3 Abs. 1 lit. a und c BGBM). Anders als Staatsmonopole gelten kantonale Kontingente als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM. Das Kontingent kann ortsfremden Anbietern gegenüber deshalb nur dann durchgesetzt werden, wenn es zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig ist und ortsansässige Anbieter nicht bevorzugt werden. Selbst wenn also die Schaffung des Kontingents zum Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist, gebietet eine nichtdiskriminierende und verhältnismässige Umsetzung des Kontingents die Ausschreibung der vorhandenen Bewilligungen.

Eine Ausschreibungspflicht liesse sich schliesslich auch direkt aus der Wirtschaftsfreiheit und dem verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung von Konkurrenten ableiten (s. vorne B.I). Die Beschränkung der Anbieterzahl stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und gegebenenfalls auch eine grundsatzwidrige Massnahme i.S.v. Art. 94 Abs. 4 BV dar. Selbst wenn eine solche Einschränkung gemäss der Schrankenordnung von Art. 36 und 94 Abs. 4 BV gerechtfertigt werden kann und kein positiver Anspruch auf Erteilung einer Konzession besteht,⁷⁷ verlangt das Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 36 Abs. 3 BV) immerhin, dass der beschränkte Marktzugang öffentlich ausgeschrieben und so die staatliche Wettbewerbsneutralität soweit als möglich gewahrt wird.

76 Vgl. auch WEKO-Taxiempfehlung (Fn. 19), Rz. 58 (wobei die WEKO hier von faktisch zahlenmässig beschränkten Bewilligungen und nicht von rechtlich zahlenmässig beschränkten Bewilligungen ausgeht).

77 POLTIER (Fn. 10), LMI 2 al. 7 N 12 m.H.a. BGE 117 Ib 387 E. 6c.

II. Faktisch kontingentierte Märkte

Ausserhalb der Regalrechte und rechtlichen Monopole kann der Staat auch gestützt auf sein Hoheitsrecht über öffentliche Sachen die Angebotsstruktur koordinieren, indem er Privaten das Recht erteilt, öffentliche Sachen wirtschaftlich zu nutzen. Besteht nur ein Interessent, wie beispielweise bei der Nutzung der öffentlichen Strasse durch ein angrenzendes Strassencafé, stellen sich hinsichtlich Koordinierung und Auswahlverfahren keine Probleme. In den meisten Fällen aber können knapp verfügbare öffentliche Sachen nicht durch alle Interessenten genutzt werden. Der Staat muss eine Auswahl treffen, womit sich die Frage aufdrängt, nach welchem Verfahren die Nutzungsrechte vergeben werden sollen.

Die Nutzung öffentlicher Sachen kann darin bestehen, dass Dienstleistungen und Güter von öffentlichem Grund aus angeboten werden (z.B. öffentlicher Taxistandplatz, Schaustellerplätze, Marktstände), dass öffentliche Infrastruktur zur Verfügung gestellt wird (z.B. Verpachtung einer Mensa in einer öffentlichen Schule oder eines öffentlichen Schwimmbads) oder dass ein Baurecht gewährt wird, um auf öffentlichem Grund eine Infrastruktur zu errichten und wirtschaftlich zu betreiben (z.B. Bau und Betrieb eines Parkhauses oder eines Windparks auf öffentlichem Grund).

Nicht entscheidend ist aus vergaberechtlicher Sicht, ob der Staat verwaltungsrechtlich eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeindegebrauch oder eine Sondernutzungskonzession erteilt. Die Intensität und die Gemeinverträglichkeit der wirtschaftlichen Nutzung einer öffentlichen Sache sind für die Frage nach dem Vergabeverfahren nicht von Bedeutung.⁷⁸ Entscheidend ist vielmehr eine wirtschaftliche Betrachtung der Marktverhältnisse. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt und die Wettbewerbsverhältnisse im sich durch das Nutzungsrecht eröffnenden Markt. In vielen Fällen kann der Anbieter überhaupt erst aufgrund des Nutzungsrechts die wirtschaftliche Tätigkeit entfalten. Beispielsweise ist der Taxifahrer genauso auf die Bewilligung zur Nutzung öffentlicher Standplätze angewiesen (gesteigerter Gemeindegebrauch)⁷⁹ wie das Werbevermittlungsunternehmen auf das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grundes zur Errichtung von Plakatwänden (Sondernutzungskonzession).⁸⁰

Je grösser die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt bzw. je grösser der sich aus dem Nutzungsrecht ergebende Wettbewerbsvorteil, umso höher die Anforderungen an ein transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren. Dieses Kriterium dient auch zur Prüfung, ob der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit eröffnet ist.⁸¹ Je geringer der Wettbewerbsdruck im sich er-

78 A.M. BEYELER (Fn. 9), N 817.

79 BGer Urteil 2P.315/2005 vom 18. Mai 2006 E. 3.

80 BGE 125 I 209 E. 6.

81 BGer Urteil 2C.660/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2.1; BGer Urteil 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012 E. 2.1 («bedingter Anspruch» auf Bewilligung des gesteigerten Gemeindegebrauchs).

öffnenden Markt, desto mehr ist es angezeigt, im Rahmen des Marktzugangs einen Wettbewerbsdruck zu schaffen. Mit einer öffentlichen Ausschreibung kann dies am besten erreicht werden.

1. Angebotsstruktur und Wettbewerb im faktisch kontingentierten Markt

Der Staat hat die Möglichkeit, nur einem einzigen Privaten das Recht zur wirtschaftlichen Nutzung einer öffentlichen Sache zu gewähren, was zu einer Monopolstellung des privaten Anbieters führen kann. In vielen Fällen gewährt der Staat hingegen mehreren, sich konkurrenzierenden Anbietern ein Recht zur Nutzung öffentlicher Sachen. Aus wettbewerblicher Sicht entsteht dieselbe Situation, wie wenn der Staat die Anbieterzahl rechtlich kontingentiert.

Ob es sich um ein Monopol im ökonomischen Sinn oder um ein Kontingent handelt, hängt letztlich davon ab, wie eng man den sachlich, geographisch und zeitlich relevanten Markt definiert. Dabei ist nicht nur die Sicht der Nachfrageseite zu berücksichtigen, sondern auch ob aus Anbietersicht auf privaten Grund ausgewichen werden kann. Von Bedeutung ist insbesondere, ob Anbieter aufgrund des regulatorischen und planungsrechtlichen Umfelds überhaupt das Recht haben, auf privaten Grund auszuweichen. Wird das Anbieten der Leistung von privatem Grund aus rechtlich untersagt, liegt nicht ein faktisches, sondern ein rechtliches Monopol bzw. eine Kontingentbewilligung vor. Von einem rechtlichen Kontingent ist auch dann auszugehen, wenn der Staat die Anbieterzahl stärker beschränkt, als dies aufgrund der faktischen Gegebenheiten erforderlich wäre. Die Beschränkung der Anbieterzahl beruht in diesem Fall primär auf einer Rechtsgrundlage und nicht der staatlichen Hoheitsgewalt über öffentliche Sachen (z.B. Plakatverbot auf privatem Grund, vgl. Fn. 68), weshalb mit Bezug auf die Vergabefrage auf die Ausführungen unter E.I verwiesen werden kann. Selbst wenn das Anbieten dieser Leistungen auf privatem Grund nicht untersagt ist, kann von privaten Flächen aus oft kein konkurrenzfähiges Angebot gemacht werden. Dies gilt z.B. für Marktstände, Schaustellerplätze an Jahrmärkten, Taxistandplätze oder Werbeplakatanschlagstellen.

Grundsätzlich müsste der Staat interessiert sein, die Nutzung so zu gestalten, dass nicht ein Monopolanbieter, sondern mehrere sich konkurrenzierende Anbieter im Markt tätig sind. Schreiben beispielsweise die Städte das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund für Plakatanschlagstellen regelmässig en bloc aus, wird sich mittel- und langfristig nur ein Werbevermittlungsunternehmen durchsetzen können. Dies führt dazu, dass einerseits die Angebote für das Nutzungsrecht sinken und andererseits die Preise für Werbeflächen steigen werden.⁸² Der Staat sollte aus diesem Grund wenn immer möglich den Wettbewerb

82 Preisüberwacher, Plakatierung auf öffentlichem Grund: Ausschreibungen als wirkungsvolles Wettbewerbsinstrument?, Januar 2012 (erhältlich auf <<http://www.admin.preisueberwacher.admin.ch>> Dokumentation > Publikationen > Studien & Analysen > 2012>).

im nachgelagerten Markt fördern und deshalb Nutzungsrechte in Losen ausschreiben. In der Praxis lassen sich innovative Ansätze beobachten, die in diese Richtung zielen. Beispielsweise schreibt die Stadt Zürich regelmässig die Bewirtschaftung von Plakatierungsflächen in mehreren Losen öffentlich aus.⁸³ Die Stadt Luzern plant im Rahmen der Totalrevision des Taxireglements neu eine öffentliche Ausschreibung der beschränkt verfügbaren Taxibetriebsbewilligung (inkl. Recht zur Nutzung öffentlicher Standplätze).⁸⁴

2. Vergabepolitik im faktisch kontingentierten Markt

Übersteigt die Zahl der Nachfrager für ein Nutzungsrecht die verfügbare öffentliche Sache, muss der Staat eine Auswahl treffen. Dabei ist klar zu unterscheiden, ob der Staat aus Gründen der Koordination und Prioritätssetzung die Anbieterzahl beschränkt, oder ob andere Gründe vorliegen. Limitiert eine Stadt beispielsweise die Zahl der Taxibetriebsbewilligungen mit dem Ziel, Taxidienssten ein Mindesteinkommen zu sichern oder um Lärm- und Umweltbelastungen zu senken, handelt es sich um eine Kontingentbewilligung oder ein rechtliches Monopol; mit Bezug auf die Frage des Vergabeverfahrens kann auf die Ausführungen unter E.I (s. vorne) verwiesen werden. Beschränkt der Staat hingegen die Zahl der Bewilligung zur Nutzung öffentlicher Taxistandplätze rein aus Platzgründen, ergibt sich das Recht zur Beschränkung der Anbieterzahl aus dem staatlichen Hoheitsrecht über den öffentlichen Grund. Es liegt ein faktisch kontingentierter Markt vor.

Die Vergabe von Nutzungsrechten wie auch das Recht für den Bau und Betrieb einer Infrastruktur untersteht dem Beschaffungsrecht, wenn der Staat nicht nur das Nutzungsrecht einräumt, sondern darüber hinaus auch die Tätigkeit finanziert (z.B. staatlich finanzierter Fahrradverleih mit Recht zur Nutzung des öffentlichen Grundes, s. vorne C.). Das Beschaffungsrecht gilt auch dann, wenn die mit dem Nutzungsrecht ermöglichte Tätigkeit im Rahmen eines Grundversorgungsmonopols erbracht wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Staat die mit dem Nutzungsrecht ermöglichte Tätigkeit auch selber ausüben dürfte bzw. zur Erfüllung einer ihm zugeteilten Aufgabe gar müsste, oder wenn er die aus dem Betrieb der Infrastruktur gewonnene Leistung selber bezieht (z.B. Holzheizzentrale, s. vorne D.I).

In allen anderen Fällen gelangt das Beschaffungsrecht nicht zur Anwendung. Dies bedeutet indessen nicht, dass eine Ausschreibung des Nutzungsrechts nicht dennoch angezeigt wäre. Ist ein Anbieter zur Ausübung seines Gewerbes auf die Nutzung des öffentlichen Grundes angewiesen, kann er sich auf die Wirtschafts-

83 Vgl. Medienmitteilung des Stadtrats Zürich vom 6. Juni 2012, «Mehr Wettbewerb bei der Plakatierung auf öffentlichem Grund» (erhältlich auf <<http://www.stadt-zuerich.ch/hochbau> > Über das Departement > Medien > Medienmitteilungen>).

84 Vgl. Stadt Luzern, Vernehmlassung zu einer Totalrevision des städtischen Reglements über das Taxiwesen (erhältlich auf <www.uvs.stadtluern.ch>).

freiheit berufen.⁸⁵ Wenn die Nachfrage für Nutzungsrechte das Angebot übersteigt, gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten. Daraus leitet das Bundesgericht ab, dass die Vergabe nach objektiven Kriterien zu erfolgen hat und die systematische Bevorzugung von bestimmten Bewerbern unzulässig ist.⁸⁶ In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass die Verweigerung einer Bewilligung zur wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Sachen gegenüber ortsfremden Anbietern als eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM gelten kann.⁸⁷ Die Verweigerung muss deshalb nichtdiskriminierend, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein. Die Bevorzugung oder Bevorteilung von ortsansässigen Anbietern verstösst gemäss Bundesgericht denn auch gegen Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM.⁸⁸

Bis anhin hat sich das Bundesgericht aber mit der Aussage zurückgehalten, dass aufgrund dieser verfassungs- und binnenmarktrechtlicher Ausgangslage eine eigentliche *Pflicht* zur öffentlichen Ausschreibung der Nutzungsrechte bestehe. Es hat aber immerhin implizit bestätigt, dass ein «offenes Vergabeverfahren» den verfassungsmässigen Anforderungen gerecht wird. Es stützte die Erwägungen des Verwaltungsgerichts Luzern, wonach die Stadt Luzern angewiesen wurde, die Bewilligungen für Wochenmärkte auszuschreiben: «Um vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden Bestand zu haben, setzt dies jedoch voraus, dass bei beiden Bewilligungstypen ein offenes Vergabeverfahren zur Anwendung kommt. (...) [Das VGer hat von der Stadt verlangt], dass sämtliche Interessierte, unabhängig davon, ob sie bereits im Besitze einer Jahresbewilligung waren, jährlich neu ein Gesuch einzureichen hätten und die Bewilligungen alsdann mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten so zu vergeben seien, dass sämtliche Interessenten bei Vorliegen der Voraussetzungen die gleichen Chancen auf einen Jahresplatz erhalten würden, was allenfalls eine Anpassung der Bewerbungsmodalitäten mit sich bringe.»⁸⁹

Somit stellt sich die Frage, ob neben der öffentlichen Ausschreibung alternative Vergabeverfahren bestehen, die den Verfassungs- und Binnenmarktrechtlichen Anforderungen standhalten. Dies ist zu bezweifeln. Es scheint – vorbehaltlich von Bagatellfällen – kein Weg an der öffentlichen Ausschreibung von Nutzungsrechten vorbeizuführen, sei es gestützt auf Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV oder – wenn zumindest ein ortsfremder Anbieter im Rennen ist – gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM. Es lässt sich auch argumentieren, dass der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und die Marktzugangsrechte in Form der Bewilli-

85 BGE 119 Ia 445 (Zirkus); BGE 121 I 279 (Zirkus); BGE 128 I 136 (Riesenrad); BGE 101 Ia 473 (Prostitutionsgewerbe).

86 BGer Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2.1 (Marktstand).

87 Differenziert MOSER (Fn. 22), S. 324 ff.

88 BGE 132 I 97 E. 2.2 (Abbaye de Fleurier).

89 BGer Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012 E. 4.2; vgl. Berichterstattung Zentral+, «Wochenmarkt-Ausschreibung kommt später», vom 15. Oktober 2013.

gungsverweigerung aufgrund des Verhältnismässigkeitserfordernisses gemäss Art. 36 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM nur zulässig ist, wenn im Vorfeld zumindest eine öffentliche Ausschreibung stattgefunden hat.

Schliesslich lässt sich die Pflicht zur Ausschreibung von Nutzungsrechten auch gestützt auf Art. 2 Abs. 7 BGBM ableiten,⁹⁰ zumindest wenn der Anbieter auf die Nutzung öffentlicher Sachen angewiesen ist. Wie bereits ausgeführt greift Art. 2 Abs. 7 BGBM auch dann, wenn innerhalb eines rechtlichen Monopols mehrere, zueinander im Wettbewerb stehende Private zugelassen werden (s. vorne E.I.2). Gleiches muss auch gelten, wenn der Staat über die Steuerung der Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzungskonzessionen in einem relevanten Markt nur eine beschränkte Anzahl Anbieter zulassen kann oder will.⁹¹ Ob der Staat die Anbieterzahl gestützt auf eine Rechtsgrundlage oder sein Hoheitsrechts über den öffentlichen Grund beschränkt, macht aus vergaberechtlicher Sicht keinen Unterschied.

Mit Bezug auf privat finanzierte Infrastrukturprojekte ist zu berücksichtigen, dass die Initiative oft nicht vom Staat, sondern von privater Seite her ausgeht. Private Investoren klären ab, wo sich beispielsweise ein Windpark, ein Wasserkraftwerk oder ein Parkhaus am besten realisieren liesse und unterbreiten dem Staat das Projekt zur Genehmigung. Eine öffentliche Ausschreibung könnte sich negativ auf die Anreize für neue private Initiativen auswirken. Erschwerend kommt hinzu, dass Infrastrukturprojekte oftmals gleichzeitig öffentlichen wie auch privaten Grund beanspruchen. Hat sich ein privater Investor bereits mit den privaten Grundeigentümern vertraglich geeinigt, haben andere Investoren gar nicht mehr die Möglichkeit, das gleiche Projekt überhaupt zu realisieren. Für Projekte ausserhalb des beschaffungsrechtlichen Geltungsbereichs kann diese Konstellation über die Ausnahmegründe von Art. 3 Abs. 1 BGBM

90 Für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Sondernutzungskonzessionen: WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2, S. 345; WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes Bezirk Schwyz AG, RPW 2011/2, S. 353; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 11), N 211; POLTIER (Fn. 10), LMI 2 al. 7 N 23; BEYELER (Fn. 9), N 814 ff.; KUNZ (Fn. 6), N 26 ff.; BELLANGER (Fn. 6), N 101 ff.; MOSER (Fn. 22), S. 329; POLEDNA/DA CANTO (Fn. 57), N 4; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Le droit des «PPP»: état des lieux*, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Zürich 2010, S. 247 ff., N 45; DIEBOLD (Fn. 1), S. 181; THOMAS ZWALD, *Ausschreibung von Konzessionen*, *Die Volkswirtschaft* 3/2010, S. 28 ff., 30; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTEW, *Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs*, *AJP* 5/2007, S. 585 ff., 588; ESSEIVA (Fn. 17), S. 203 ff., 203; a.M. TRÜEB (Fn. 11), *BöB* 5 N 17; HANS-RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, *Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber*, *ZBl* 2011, S. 113 ff., 132; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, *Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung*, *AJP* 2007, S. 1288 ff., 1296 f.

91 WEKO-Taxiempfehlung (Fn. 19), Rz. 58.

und Art. 36 BV gelöst werden. Liegt eine stark ausgeprägte private Initiative vor (Staat wird erst spät in das Projekt einbezogen; hohe Kosten für Projektierung und Machbarkeitsstudien usw.) und/oder ist die Mitnutzung von privatem Grund unerlässlich, kann geprüft werden, ob zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet werden darf. Mit Bezug auf Konzessionen zur Nutzung von Wasserkraft oder zum Betrieb von elektrischen Verteilanlagen hat der Gesetzgeber spezialgesetzlich eine öffentliche Ausschreibung als fakultativ erklärt (s. vorne B.IV).

3. *Sonderfall: Abbau von knappen Ressourcen*

Von der staatlichen Koordinierung der wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Sachen ist die Situation zu unterscheiden, in der der Staat Privaten das Recht gewährt, beschränkt verfügbare Ressourcen abzubauen und wirtschaftlich zu verwerten. Dazu zählt etwa der Abbau von Kies und Hartgestein, Erdöl (Konkordat über die Schürfung und Ausbeutung von Erdöl vom 24. September 1955), Kohle, Salz (Interkantonale Vereinbarung über den Salzverkauf in der Schweiz vom 22. November 1973), Kristalle und anderen Rohstoffen. Auch hier rechtfertigt sich eine öffentliche Ausschreibung, insbesondere aus Sicht der Gleichbehandlung von Konkurrenten und des mit der Abbaukonzession verbundenen Wettbewerbsvorteils.

Für die Vergabe von Abbaukonzessionen gelten denn auch die vergaberechtlichen Mindestanforderungen gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM, wie dies zwei neuere Urteile der Verwaltungsgerichte Zürich und Glarus im Zusammenhang mit der Neuvergabe einer Erdöl-Schürfkonzession kürzlich bestätigen: «Angesichts des Inkrafttretens von Art. 2 Abs. 7 BGBM musste vom 1. Juli 2006 an jedermann davon ausgehen, dass die Erteilung der Schürfkonzession an Private zwingend auf dem Weg der Ausschreibung erfolgt bzw. dass die freihändige Vergabe gegen Bundesrecht verstösst und mit den Grundsätzen der Transparenz und Wettbewerbsneutralität nicht mehr vereinbar ist (...) Die freihändige Konzessionsvergabe ist seit diesem Tag gesetzwidrig und die Beschwerdeführerin durfte nicht damit rechnen, aus einem allfälligen offenen Wettbewerb als Siegerin hervorzugehen.»⁹²

Verschiedene Kantone sehen insbesondere im Bereich der Vergabe von Jagd- und Fischereirechten in Umsetzung von Art. 2 Abs. 7 BGBM spezialgesetzliche Ausschreibungspflichten vor (s. vorne B.IV).

92 VGer ZH VB.2013.00439 vom 3. Oktober 2013 E. 6.5; so auch VGer GL VG.2013.00061 vom 6. November 2013 E. 4b, beide in RPW 2013/4, S. 860 ff.

F. Fazit

Kurz zusammengefasst ergeben sich aus diesen Erläuterungen folgende Thesen:

- Von einer Anwendung des Beschaffungsrechts ist grundsätzlich immer auszugehen, wenn der Staat (bzw. eine subjektiv unterstellte Beschaffungsstelle) eine Leistung unter Einsatz von öffentlichen Geldern selber bezahlt oder zu einem wesentlichen Teil mitfinanziert, und das Beschaffungsobjekt in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts fällt. Ob der Auftrag der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, ist nicht von Bedeutung.
- Ermöglicht der Staat Privaten eine Tätigkeit, ohne selber dafür den Kaufpreis zu schulden bzw. die Leistung selber zu finanzieren, ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Grundversorgungsaufgabe oder um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt.
- Liegt eine Grundversorgungsaufgabe vor, ist zwischen einem privat genutzten Grundversorgungsmonopol und einem Leistungsauftrag im Grundversorgungsmarkt zu unterscheiden. Die Vergabe eines Grundversorgungsmonopols an einen Privaten muss nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts erfolgen; subsidiär gilt auf kantonaler Ebene auch Art. 2 Abs. 7 BGBM. Für die Erteilung von Leistungsaufträgen an Private im Grundversorgungsmarkt erscheint das Beschaffungsrecht als zu eng. Art. 2 Abs. 7 BGBM gelangt nicht zur Anwendung, sofern der Marktzugang nicht vom Leistungsauftrag abhängt. Allenfalls ergibt sich eine Ausschreibungspflicht aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten, sofern der aus dem Leistungsauftrag fliessende Wettbewerbsvorteil derart gewichtig ist, dass ein Anbieter ohne Leistungsauftrag auf dem Markt nicht bestehen kann.
- Liegt keine Grundversorgungsaufgabe sondern eine privatwirtschaftliche Tätigkeit vor, kann bei einer Beschränkung der Anbieterzahl in vergaberrechtlicher Hinsicht generell von rechtlich oder faktisch kontingentierten Märkten gesprochen werden. Der Marktzugang erfolgt über eine Monopolkonzession, eine Kontingentbewilligung, eine Sondernutzungskonzession oder eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch. Das Beschaffungsrecht ist nicht anwendbar. Auf kantonaler Ebene muss der Zugang zu kontingentierten Märkten aber gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM öffentlich ausgeschrieben werden; diese Bestimmung setzt die aus der Bundesverfassung abgeleiteten vergaberechtlichen Mindestanforderungen um.
- Generell kann in Ausnahmefällen auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet werden, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Interesses erforderlich und die gewählte Vergabemethode verhältnismässig ist (Art. 36 BV; Art. 3 Abs. 1 BGBM).

Zusammenfassung:

Führt eine staatliche Massnahme dazu, dass nur eine beschränkte Zahl von Marktteilnehmern in den Genuss eines Wettbewerbsvorteils kommt oder zum Markt zugelassen wird, stellt sich die Frage, nach welchem Verfahren unter mehreren interessierten Anbietern eine Auswahl getroffen werden soll. Das Instrument der öffentlichen Ausschreibung eignet sich am besten, die Einhaltung der staatlichen Wettbewerbsneutralität und Gleichbehandlung von Konkurrenten zu gewährleisten. Dieser Beitrag untersucht, in welchen Situationen und gestützt auf welche Rechtsgrundlagen der Staat den Zugang zu Beschaffungsmärkten, Grundversorgungsmärkten und kontingentierten Märkten öffentlich ausschreiben muss.

Résumé:

Si, du fait d'une mesure étatique, un nombre restreint de participants au marché seulement est mis au bénéfice d'avantages concurrentiels ou admis au marché, se pose la question de la procédure à retenir dans le but d'opérer un choix entre plusieurs soumissionnaires. L'instrument de l'appel d'offres public est celui qui s'y prête le mieux, car il permet de tenir compte des exigences de neutralité concurrentielle de l'État et d'égalité de traitement entre différents concurrents. La présente contribution examine dans quelles situations et selon quelles bases légales l'État doit mettre au concours l'accès aux marchés publics, aux marchés du service universel et aux marchés contingentés.