

Praxishilfe zur Abgrenzung von Ausschreibungen gestützt auf Art. 8 und 9 IVöB₂₀₁₉ oder Art. 2 Abs. 7 BGBM

Vorbemerkungen zuhanden FöB

Die Rechtslage zum Verhältnis bzw. zur Anwendbarkeit von Art. 8 und 9 IVöB₂₀₁₉ oder Art. 2 Abs. 7 BGBM ist noch nicht abschliessend geklärt, z.T. umstritten und vom jeweiligen Einzelfall sowie der kantonalen oder kommunalen Gesetzgebung abhängig. Eine Rechtsprechung zum neuen Recht fehlt weitgehend. ETIENNE POLTIER¹ hat sich eingehend mit der Thematik beschäftigt und kommt teilweise zu anderen Schlüssen als andere Autoren (z.B. THOMAS MÜLLER² oder auch NICOLAS DIEBOLD³). Insbesondere geht POLTIER davon aus, dass die Anwendbarkeit von Art. 9 IVöB₂₀₁₉ nicht voraussetzt, dass dem Konzessionär eine öffentliche Aufgabe bzw. die Verantwortung für deren Erfüllung übertragen werden muss. Massgebend sei nur, ob eine Konzession im öffentlichen Interesse genutzt werde. Dies gelte im Übrigen auch für Sondernutzungskonzessionen, deren Verleihung anderen Autoren und auch der Botschaft BöB bzw. Musterbotschaft IVöB₂₀₁₉ zufolge *nicht* unter Art. 9 IVöB₂₀₁₉ fällt.

Gemäss einem aktuellen Bericht des Bundesrats⁴ (BR-Bericht), der u.a. auf einem Rechtsgutachten⁵ von BERNHARD RÜTSCHKE beruht, ist die Frage, ob Art. 9 IVöB₂₀₁₉ bei der Verleihung von Sondernutzungskonzessionen ebenfalls anwendbar ist, mangels Rechtsprechung noch unklar. Dies sei nicht vorgesehen gewesen; doch sei denkbar, dass öffentliche Aufgaben zusammen mit Sondernutzungskonzessionen übertragen würden, oder dass deren Ausübung im öffentlichen Interesse liege.⁶ Der Bundesrat spricht sich generell für eine breitere Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM und/oder Art. 9 IVöB₂₀₁₉ aus. Demnach sollen grundsätzlich sämtliche wirtschaftlichen Tätigkeiten in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fallen, wenn ein Markt mit mehreren Anbietern und Nachfragern besteht, bspw. auch Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch oder sozialversicherungsrechtliche Zulassungen.⁷

¹ ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2^e édition, Berne, 2023.

² THOMAS P. MÜLLER, Art. 9 BöB/IVöB, in: Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2020.

³ NICOLAS DIEBOLD, *Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz*, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktsrecht*, 3. Aufl., Basel 2020, S. 465 ff., Rz. 99.

⁴ Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats 19.4379 WAK-S vom 18.10.2023, *Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone* (zit. BR-Bericht).

⁵ BERNHARD RÜTSCHKE, *Rechtsgutachten vom 10.2.2023, Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht* (Art. 2 Abs. 7 BGBM).

⁶ BR-Bericht, S. 20.

⁷ BR-Bericht, S. 25.

Gesteigerter Gemeingebrauch liegt vor, wenn eine öffentliche Sache nicht mehr bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich benutzt wird und andere Benutzer dadurch wesentlich eingeschränkt, aber nicht ausgeschlossen werden.⁸ Die Abgrenzung zwischen schlichtem (auch «einfachem» genannt) und gesteigertem Gemeingebrauch sowie Sondernutzung richtet sich nach kantonalem Recht, das u.a. umschreibt, in welchem Ausmass öffentliche Sachen von der Allgemeinheit genutzt werden dürfen.⁹ Dabei ist jeweils auf die konkreten örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sowie die Art und das Ausmass der üblichen Benützung abzustellen.¹⁰ Typische Beispiele für **gesteigerten Gemeingebrauch** sind Marktplatzstände und (hier nicht relevante) Kundgebungen auf öffentlichem Grund. Hingegen wird im Rahmen einer **Sondernutzung** (der Begriff wird nicht in allen Kantonen verwendet) eine öffentliche Sache für eine längere Dauer und ausschliesslich genutzt, namentlich für den Bau und Betrieb von Infrastrukturen oder für den Abbau oder die Nutzung von natürlichen Ressourcen.¹¹ Das Recht auf Sondernutzung wird i.d.R. mit einer Konzession erteilt, je nach kantonalen Gegebenheiten auch mittels Bewilligung. Mit einer **sozialversicherungsrechtlichen Zulassung** erteilt die zuständige Behörde einem Unternehmen das Recht, seine Leistungen zulasten einer Sozialversicherung abzurechnen. Beispiel für ein solches Zulassungsregime ist die Beschränkung von Ärztinnen und Ärzten, die im ambulanten Bereich Leistungen zulasten der Krankenkasse erbringen.¹²

Die EU-Konzessionsrichtlinie (2014/23/EU) erfasst Dienstleistungs- und Baukonzessionen mit einem geschätzten Vertragswert von EUR 5 186 000. Der Unterschied zu herkömmlichen öffentlichen Dienstleistungs- und Bauaufträgen besteht v.a. darin, dass die Gegenleistung entweder allein im Recht zur Verwertung der entsprechenden Dienstleistungen bzw. zur Nutzung des Bauwerks oder diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. In beiden Fällen geht das Betriebsrisiko auf den Konzessionär über (vgl. Art 5 Ziff. 1 und Art. 8 Abs. 1 RL 2014/23/EU).

Wir haben uns im Folgenden primär am Faktenblatt TRIAS [«Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen»](#) orientiert, das im Zusammenhang mit der Konzessionserteilung nach Art. 9 IVöB₂₀₁₉ am Erfordernis der öffentlichen Aufgabenerfüllung (oder zumindest an einem Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe) festhält, was u.E. nach wie vor richtig ist.

⁸ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 2274 ff.

⁹ BGE 135 I 302, E. 3.1.

¹⁰ BGE 126 I 133, E. 4c.

¹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (Fn. 8) Rz. 2308 ff. Nicht alle Kantone verwenden den Begriff «Sondernutzung».

¹² RÜTSCHKE, (Fn. 5), S. 9.

1) Ausgangslage und Zweck

Das revidierte Beschaffungsrecht definiert den öffentlichen Auftrag in Art. 8 Abs. 1 IVöB₂₀₁₉ und hält in Anlehnung an die Rechtsprechung nach bisherigem Recht fest, dass vorbehältlich spezialgesetzlicher Bestimmungen auch die Übertragung öffentlicher Aufgaben sowie die Verleihung von Konzessionen als öffentlicher Auftrag gilt (Art. 9 IVöB₂₀₁₉). Zusätzlich sieht Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes des Bundes (BGBM¹³) eine Ausschreibungspflicht im Zusammenhang mit kantonalen oder kommunalen Monopolen vor.

Lieferaufträge (die Beschaffung von Waren aller Art) sind nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu erteilen. Geht es aber um Dienst- oder Bauleistungen, ist häufig nicht auf den ersten Blick klar, ob nun das Beschaffungsrecht oder das Binnenmarktgesetz anwendbar ist. In der Praxis bestehen Unsicherheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten; die juristischen Meinungen gehen auseinander und eine Rechtsprechung zum neuen Recht fehlt momentan weitgehend.

Die vorliegende Praxishilfe ergänzt den Beschaffungsleitfaden TRIAS (dort insbesondere Ziff. 1.3: «Was soll beschafft werden?») sowie das Faktenblatt TRIAS [«Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen»](#). Sie soll insbesondere Personen von **Amtsstellen und Behörden der Kantone und Gemeinden** anhand von Beispielen dabei unterstützen, besser abzuschätzen,

- 1) ob die Übertragung öffentlicher Aufgaben oder die Verleihung einer Konzession einen «herkömmlichen» öffentlichen Auftrag (Art. 8 IVöB₂₀₁₉) bzw. einen öffentlichen Auftrag im Sinn von Art. 9 IVöB₂₀₁₉ darstellt, oder
- 2) ob die Verleihung einer Konzession zur Nutzung kantonalen oder kommunalen Monopole nach den Regeln von Art. 2 Abs. 7 BGBM öffentlich ausgeschrieben werden muss.

Massgebend bleiben jedoch stets das auf den Einzelfall anwendbare Recht, die Umstände des Einzelfalls und die konkrete Ausgestaltung des jeweiligen «Geschäfts». Im Zweifelsfall empfiehlt sich die Anwendung von Art. 8 IVöB₂₀₁₉.

¹³ Bundesgesetz über den Binnenmarkt, SR 943.02.

2) Prüfschema

Steht die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder einer Konzession in Frage, ist zuerst zu prüfen, ob das Geschäft in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt und nach den Regeln der IVöB₂₀₁₉ öffentlich ausgeschrieben werden muss. Die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung des Auftrags besteht dann, wenn der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert der IVöB₂₀₁₉ für das offene oder das selektive Vergabeverfahren erreicht oder übersteigt (im Einladungsverfahren oder bei Aufträgen mit geringem Auftragswert im freihändigen Verfahren muss hingegen der Auftrag nicht ausgeschrieben werden).

Zunächst ist dabei zu prüfen, ob im anwendbaren Sachgesetz die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschlossen ist. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob ein öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 8 oder Art. 9 IVöB₂₀₁₉ vorliegt.

Liegt kein öffentlicher Auftrag gemäss IVöB₂₀₁₉ vor, muss weiter geprüft werden, ob das Geschäft in den Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetz des Bundes (BGBM) fällt und nach den Regeln von Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgeschrieben werden muss. Die Frage der Anwendbarkeit des BGBM stellt sich erst dann, wenn das öffentliche Beschaffungsrecht *nicht* anwendbar ist. Bei einer Ausschreibung nach IVöB₂₀₁₉ gelten hingegen die Vorgaben des BGBM ohnehin als erfüllt.

Ist auch keine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erforderlich, ist die öffentliche Hand grundsätzlich frei, welchem Anbieter sie das Geschäft übertragen will. Es sind aber weiterhin die rechtsstaatlichen Grundsätze, insb. das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot, zu beachten.

Konkret empfiehlt sich damit ein Vorgehen gemäss folgender **«Checkliste»** (als Hilfestellung):

1. Wird die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts im anwendbaren Bundesgesetz oder kantonalen Sachgesetz ausgeschlossen oder gibt dieses bekannt, wem eine öffentliche Aufgabe übertragen wird?
2. Wenn nicht: Handelt es sich um einen «herkömmlichen» öffentlichen Auftrag im Sinn von Art. 8 IVöB₂₀₁₉, bei welchem der Kanton, die Gemeinde oder eine andere öffentliche Auftraggeberin als Nachfragerin Waren/Güter, Dienstleistungen oder Bauleistungen bei Anbietern auf dem Markt einkauft?
3. Wenn nicht: Liegt ein öffentlicher Auftrag nach Art. 9 IVöB₂₀₁₉ vor, bei welchem einem Leistungserbringer eine öffentliche Aufgabe bzw. die Verantwortung für deren Erfüllung übertragen wird (typischerweise mit hoheitlichen Rechten/Befugnissen)?
4. Wenn nicht: Ist eine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erforderlich?

3) Kein Ausschluss des Beschaffungsrechts

Es ist zunächst danach zu fragen, ob der Gesetzgeber das Beschaffungsrecht im fraglichen Fall ausgeschlossen hat. Prüfen Sie, ob eine Vorschrift im Sachgesetz, das im konkreten Fall anwendbar ist, das öffentliche Beschaffungsrecht explizit ausschliesst oder ein anderes Verfahren vorsieht. Auch Kantone, nicht aber Gemeinden, können in ihrem Recht spezialgesetzliche Ausnahmen vorsehen, sofern diese nicht gegen Bundesrecht oder die IVöB verstossen.

Beispiele für spezialgesetzliche Ausnahmen	Hinweise
Erteilung einer Personenbeförderungskonzession	Spezialgesetzliches Verfahren nach den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes des Bundes (Art. 6 Abs. 5 PBG ¹⁴)
Erteilung von Wasserrechtskonzessionen	Spezialgesetzliches Verfahren nach den Vorschriften des Wasserrechtsgesetzes des Bundes (Art. 60 Abs. 3 ^{bis} und Art. 62 Abs. 2 ^{bis} WRG ¹⁵) sowie kantonale und kommunale Verfahrensvorschriften
Erteilung von Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz für die Stromversorgung	Diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren ohne Ausschreibung, Ausnahme nach dem Stromversorgungsgesetz des Bundes (Art. 3a StromVG ¹⁶)
Erteilung einer Bewilligung/Konzession für die Entnahme von Kies aus Gewässern	Bewilligungsverfahren gemäss kantonaler Gesetzgebung (vgl. Art. 44 GSchG ¹⁷) - z.B. Art. 48 ff. WBG ¹⁸ des Kantons Bern; Art. 6 Bst. f KGSchV ¹⁹ des Kantons Graubünden

¹⁴ Bundesgesetz über die Personenbeförderung, SR 745.1.

¹⁵ Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, SR 721.80.

¹⁶ Bundesgesetz über die Stromversorgung, SR 734.7.

¹⁷ Bundesgesetz über den Gewässerschutz, SR 814.20.

¹⁸ Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau, BSG 751.11.

¹⁹ Verordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Kantonale Gewässerschutzverordnung), BR 815.200.

Schliesst das Sachgesetz das öffentliche Beschaffungsrecht nicht aus oder enthält es keine Vorgaben zum Verfahren, ist die Frage zu beantworten, ob ein öffentlicher Auftrag nach Art. 8 oder Art. 9 IVöB₂₀₁₉ vorliegt.

Der Umstand, dass ein Geschäft in den Anwendungsbereich der IVöB₂₀₁₉ fällt, hat jedoch nicht automatisch zur Folge, dass es öffentlich ausgeschrieben werden muss. Das anwendbare Verfahren muss nach den Kriterien der IVöB₂₀₁₉ gewählt werden, v.a. nach dem geschätzten Auftragswert und der Schwellenwerte der IVöB₂₀₁₉. Ausserdem gibt es gewisse Ausnahmen, welche eine Auftragsvergabe im freihändigen Verfahren erlauben, auch wenn der Auftragswert den Schwellenwert für das offene oder das selektive Vergabeverfahren überschreitet.

4) Öffentlicher Auftrag nach Art. 8 IVöB₂₀₁₉

Zu prüfen ist, ob ein «herkömmlicher» öffentlicher Auftrag (Art. 8 IVöB₂₀₁₉) vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn ein Anbieter gegen Entgelt für den staatlichen Auftraggeber eine Leistung erbringt. Die Nachfrage geht vom Gemeinwesen aus. Es werden Aufträge über Bauleistungen, Lieferungen sowie Dienstleistungen unterschieden. Dabei werden *keine* öffentlichen Aufgaben übertragen oder Konzessionen bzw. ausschliessliche/hoheitliche Rechte und Befugnisse verliehen, d.h. der Anbieter tritt nicht gegen aussen hoheitlich auf und hat keine Verwaltungsbefugnisse. Die Leistungen werden in der Regel auf der Basis eines privatrechtlichen Vertrags mit der öffentlichen Hand erbracht.

Wahl und Ablauf des anwendbaren Verfahrens hängen vom geschätzten Auftragswert ab (vgl. [TRIAS, Ziff. 1.4](#), Tabelle 1 – Schwellenwerte im Nicht-Staatsvertragsbereich; [TRIAS, Ziff. 3.1](#) – Welches Verfahren kommt zur Anwendung?). Zudem gilt es jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob ein Auftrag ausnahmsweise freihändig erteilt werden darf²⁰ oder eine andere Ausnahme²¹ vorliegt (z.B. Inhouse- oder Instate-Vergabe).

Ist der Auftrag ausschreibungspflichtig, ist weiter zu prüfen, ob er in den Staatsvertragsbereich fällt: Bei Waren und Bauleistungen kann dies ab einem gewissen Auftragswert immer bejaht werden (vgl. [TRIAS, Ziff. 1.4](#), Tabelle 2 – Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich; [TRIAS, Ziff. 3.4](#) – Bauvorhaben im Staatsvertragsbereich). Dienstleistungen sind hingegen nur dann im Staatsvertragsbereich auszuschreiben, wenn sie auf der Liste der dem WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA²²) unterstellten Dienstleistungen aufgeführt sind (vgl. [GPA, Annex 5](#))²³ und den massgeblichen Schwellenwert erreichen (z.B. Abfallentsorgung ab CHF 350'000).

²⁰ Art. 21 Abs. 2 IVöB₂₀₁₉.

²¹ Art. 10 IVöB₂₀₁₉.

²² Revidiertes Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422.

²³ Annex 5 referenziert auf die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov): vgl. [französische Fassung](#).

Beispiele

- **Einkauf/Miete von Waren aller Art** (ab CHF 350'000 im Staatsvertragsbereich)
- **Bauarbeiten für Hoch- und Tiefbau** (ab CHF 8.7 Mio. im Staatsvertragsbereich)
- **Sammlung und Transport von Siedlungsabfällen** (Entsorgungsmonopol; ab CHF 350'000 Im Staatsvertragsbereich)
- **Reinigung und Verwaltung von Asylunterkünften** (ab CHF 350'000 im Staatsvertragsbereich)
- **Hotellerie- und andere Beherbergungsdienstleistungen** (ab CHF 350'000 im Staatsvertragsbereich)
- **Betrieb von Kantinen gemäss klaren Vorgaben des Gemeinwesens** (ab CHF 350'000 im Staatsvertragsbereich)
- z.B. Schulkantine, Spitalrestaurant, subventionierte Mensa, Baustellenkantine²⁴
- **Werbe- und Informationsdienstleistungen** (ab CHF 350'000 im Staatsvertragsbereich)
- z.B. Konzeption und Management von Kampagnen (bspw. im Gesundheitsbereich); Druck und Publikation des kantonalen Amtsblatts²⁵

5) Öffentlicher Auftrag nach Art. 9 IVöB₂₀₁₉

Nach Art. 9 Abs. 1 IVöB₂₀₁₉ gilt die **Übertragung einer öffentlichen Aufgabe** oder die **Verleihung einer Konzession** als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch (i) **ausschliessliche oder besondere Rechte** zukommen, die er (ii) im **öffentlichen Interesse** wahrnimmt, und ihm dafür (iii) direkt oder indirekt ein **Entgelt** oder eine **Abgeltung** geleistet wird. Ein solcher öffentlicher Auftrag fällt i.d.R. nicht in den Staatsvertragsbereich; d.h. er muss selbst dann nicht international ausgeschrieben werden, wenn die staatsvertraglichen Schwellenwerte erreicht sind.²⁶ Wird jedoch eine öffentliche Aufgabe übertragen und ist diese Leistung zugleich auf der Positivliste der dem GPA unterstellten Dienstleistungen aufgeführt sowie der Schwellenwert von CHF 350'000.- erreicht, empfiehlt es sich, den Auftrag im Staatsvertragsbereich auszuschreiben²⁷ (z.B. Abfallentsorgung oder Restaurantbetrieb).

Nachfolgend werden die zwei Tatbestände des öffentlichen Auftrags nach Art. 9 IVöB₂₀₁₉ – die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe und die Erteilung einer Konzession – näher dargestellt.

²⁴ BVGer B-2522/2021 v. 20.9.2021.

²⁵ KGer VD, MPU.2023.0017 vom 2.10.2023.

²⁶ Vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 35

²⁷ Vgl. auch BVGer B-2457/2020 v. 23.8.2021 zum früheren Recht.

a. Übertragung einer öffentlichen Aufgabe

Bei der Prüfung, ob es sich um eine Aufgabenübertragung im Sinn von Art. 9 IVöB₂₀₁₉ handelt, empfiehlt sich ein Vorgehen gemäss folgender «Checkliste» (als Hilfestellung):

1. Geht die Nachfrage vom Staat / Gemeinwesen aus?
2. Wenn ja: Ist die Übertragung der öffentlichen Aufgabe an einen Privaten gesetzlich vorgesehen bzw. erlaubt?
→ Die gesetzliche Grundlage kann im Bundesrecht, im kantonalen oder kommunalen Recht bestehen.
3. Wenn ja: Bezeichnet das Sachgesetz den Aufgabenträger?
4. Wenn nicht: Regelt das Sachgesetz das Verfahren zur Auswahl des künftigen Aufgabenträgers?
(→ Wenn ja, kommt das spezialgesetzliche Verfahren zur Anwendung)
5. Wenn nicht: Kommt mehr als ein Privater als Aufgabenträger in Frage bzw. könnte mehr als ein Privater die öffentliche Aufgabe erfüllen?
6. Wenn ja: Handelt der berücksichtigte Anbieter im öffentlichen Interesse, im eigenen Namen und für eine gewisse Dauer anstelle des Staats?
7. Wenn ja: Erhält der berücksichtigte Anbieter für die Übernahme bzw. Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (direkt oder indirekt) ein Entgelt, z.B. eine Vergütung des Gemeinwesens oder Gebühren derjenigen, die seine Leistung in Anspruch nehmen?
8. Wenn ja: Erhält der berücksichtigte Anbieter besondere oder ausschliessliche Rechte, i.d.R. hoheitliche Befugnisse (d.h. er kann im betreffenden Aufgabenbereich verbindliche Anordnungen treffen oder Gebühren erheben²⁸)?
9. Wenn ja: Wird der berücksichtigte Anbieter vom Staat beaufsichtigt bzw. kontrolliert? Die Auslagerung einer öffentlichen Aufgabe führt in der Regel zu erheblichen Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit des Anbieters.²⁹

➔ **Die oben genannten Merkmale sprechen für einen öffentlichen Auftrag im Sinn von Art. 9 IVöB₂₀₁₉**

Art. 9 IVöB₂₀₁₉ erfasst auch Geschäfte, die sowohl als Übertragung einer öffentlichen Aufgabe als auch als Vergabe einer Konzession qualifiziert werden können (Kombination eines Leistungsauftrags mit einer Konzession – bspw. der Betrieb einer Autobahnraststätte). Nicht erfasst sind hingegen keine Konzessionen im Zusammenhang mit Sachen im Finanzvermögen, das einzig der Kapitalvermehrung der öffentlichen Hand dient.

²⁸ Gehen mit der Aufgabenübertragung Zwangsbefugnisse einher, gelten erhöhte Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage (vgl. BGE 148 II 218; BVGer B-2457/2020 vom 23.8.2021, E. 4.3.3).

²⁹ BVGer B-2457/2020 vom 23.8.2021, E. 5.3.2.

Bei einem Auftrag im Sinn von Art. 9 IVöB²⁰¹⁹ hängen Wahl und Ablauf des anwendbaren Verfahrens ebenfalls vom geschätzten Auftragswert ab ([TRIAS, Ziff. 3](#) – Wahl und Ablauf des Beschaffungsverfahrens). Ebenso gilt es jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob ausnahmsweise eine freihändige Vergabe zulässig ist oder eine Ausnahme vorliegt (z.B. Inhouse- oder Instate-Vergabe).

Beispiele	Hinweise
Nachführung der amtlichen Vermessung durch staatliche mandatierte Geometer³⁰	Kantonale Unterschiede sind möglich, je nach kant. Recht.
Übertragung von kantonalen Vollzugsaufgaben im Bereich des Landwirtschaftsgesetzes³¹ - Zertifizierung der regionalen Herkunft - Weinkontrolle	
Zusammenarbeit der Kantone und Gemeinden mit Organisationen der Wirtschaft zwecks Vollzugs des Energiegesetzes³² - «Energieberatung»³³ Das öffentliche Interesse besteht in der Reduktion von CO₂-Emissionen; die Vergütung erfolgt indirekt (durch Unternehmen, welche die Beratung in Anspruch nehmen). - Bearbeitung von Gesuchen im Rahmen kantonaler Förderprogramme für Energieeffizienz und erneuerbare Energien im Gebäudebereich, inkl. Ablehnung oder Gewährung von Finanzhilfen im Gebäudebereich³⁴	
Betrieb eines Spitals auf der kantonalen Spitalliste	Kantonale Unterschiede sind möglich, je nach kant. Recht.
Spitexdienste³⁵	Kantonale / kommunale Unterschiede sind möglich, je nach kant. Recht.

³⁰ Vgl. BGer 2C_111/2018 vom 2.7.2019 betr. Nachführung der amtlichen Vermessung im Kanton Luzern (Ausschreibung nach altem Recht als öffentlicher Auftrag).

³¹ Art. 180 LwG, SR 910.1.

³² Vgl. Art. 4 Abs. 2 EnG, SR 730.

³³ BVGer B-2457/2020 vom 3.7.2020 betr. Dienstleistungsauftrag «Berater-Pool» (Ausschreibung nach bisherigem Recht als öffentlicher Auftrag).

³⁴ BGE 146 II 276, betreffend Baselbieter Energiepark (Ausschreibung nach bisherigem Recht als öffentlicher Auftrag).

³⁵ BGer 2C_861/2017 vom 12.10.2018 (unter bisherigem Recht als herkömmlicher öffentlicher Auftrag qualifiziert).

Entsorgung von Siedlungsabfällen³⁶, inkl. Gebührenerhebung - rechtliches kantonales Monopol, das oft den Gemeinden übertragen wird (Art. 31b Abs. 1 Satz 1 USG)	«Nur» Sammlung und Transport von Abfall → Art. 8 IVöB ₂₀₁₉
Bau- und/oder Betrieb einer öffentlichen Infrastruktur - z.B. Nebenanlagen von Nationalstrassen (Betrieb von Autobahnraststätten)	Eine längere Vertragsdauer als 5 Jahre empfiehlt sich u.a. aus Gründen der Verkehrs- und Investitionssicherheit, was näher begründet werden muss.
Aufbau und Betrieb eines städtischen Veloverleihsystems³⁷ - wenn die Förderung des Langsamverkehrs zur kantonalen / kommunalen Aufgabe erklärt wurde	Kantonale / kommunale Unterschiede sind möglich, je nach kant. / komm. Recht.

b. Verleihung von Konzessionen

Bei der Prüfung, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag bzw. eine Konzessionsverleihung im Sinn von Art. 9 IVöB₂₀₁₉ handelt, empfiehlt sich ein Vorgehen gemäss folgender «Checkliste»:

- Will das Gemeinwesen sein ausschliessliches oder besonderes Recht, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, einem Dritten – i.d.R. einem Privaten – übertragen?
- Wenn ja: Geht die Nachfrage vom Gemeinwesen aus?
- Wenn ja: Äussert sich das Gesetz zum Auswahlverfahren?
- Wenn nein: Bezeichnet das Sachgesetz den Konzessionär?
- Wenn nein: Hat die Konzession einen Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe bzw. wird sie im öffentlichen Interesse ausgeübt?
- Wenn ja: Kommt es zu einem Leistungsaustausch? Bzw. erhält der Konzessionär für die Nutzung bzw. Ausübung der Konzession ein direktes oder indirektes Entgelt? Dieses kann bspw. darin bestehen, dass der Staat dem Konzessionär eine Abgeltung bezahlt oder der Private von Dritten Geld verlangen kann.

³⁶ BGE 125 II 508; BGE 123 II 359.

³⁷ BGE 144 II 177.

- Wenn ja: Trägt der Konzessionär das Betriebsrisiko?

➔ Die oben genannten Merkmale sprechen für einen öffentlichen Auftrag im Sinn von Art. 9 IVöB₂₀₁₉.

Beispiele
Dienstleistungskonzession im Zusammenhang mit einem Grundversorgungsmonopol (Concession de service public)
Kaminfegerdienste - wenn im betreffenden Kanton nicht liberalisiert
Gebäudeversicherung - wenn im betreffenden Kanton nicht liberalisiert
Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit - z.B. Kontrolle des ruhenden Verkehrs (öffentliche Parkplätze), einschliesslich Bussenwesen und -administration
Versorgungsaufgaben im Gesundheits- und Sozialbereich - z.B. helikoptergestütztes Rettungswesen gemäss kantonaler Planung, wenn die Kosten der Unfall- oder Krankenversicherung in Rechnung gestellt werden
Angebote des öffentlichen Ortsverkehrs - z.B. lokaler Busbetrieb oder Schülertransporte, die durch Gemeinden/Kanton finanziert werden.
Sondernutzungskonzession im Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe
Bau und/oder Betrieb eines öffentlichen Parkhauses

6) Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM

Nach Art. 2 Abs. 7 BGBM hat die Übertragung der Nutzung eines kantonalen oder kommunalen Monopols auf Private auf dem Weg der *Ausschreibung* zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren. Der Unterschied zum öffentlichen Beschaffungsrecht liegt darin, dass Ausschreibungsverfahren gemäss BGBM nicht an die gleich detaillierten, «strengen» Vorgaben gebunden sind und dem zuständigen Gemeinwesen darum mehr Spielraum verbleibt, namentlich bei der Kriterienwahl. Zudem besteht keine Pflicht, ausländische Interessenten zu berücksichtigen. Der Rechtsschutz folgt den allgemeinen Regeln der Verwaltungsrechtspflege, d.h. eine Beschwerde hat i.d.R. von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung und es gelten längere Beschwerdefristen, was zu Verzögerungen im Vergleich zu einem Verfahren nach Beschaffungsrecht führen kann. Zudem steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht meist ohne Weiteres offen. Im Beschaffungsrecht stellt die aufschiebende Wirkung demgegenüber die Ausnahme dar, die Beschwerdefrist dauert neu 20 Tage (Art. 56 Abs. 1 IVöB₂₀₁₉) und der (volle) Rechtsschutz an das Bundesgericht ist auf Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung beschränkt.

Bei der Prüfung, ob eine Ausschreibung gestützt auf Art. 2 Abs. 7 BGBM erforderlich ist, empfiehlt sich ein Vorgehen gemäss folgender «Checkliste»:

- Liegt ein rechtliches oder faktisches Monopol von Kantonen oder Gemeinden vor (v.a. Sachgesetz prüfen)?
- Wenn ja: Tritt der Staat als Anbieter bzw. regulatorisch auf?
- Wenn ja: Will der Konzessionär mit der konzessionierten und vom Staat regulierten Tätigkeit einen Erwerb erzielen (vgl. Art. 1 Abs. 2 BGBM)?
- Wenn ja: Handelt der Konzessionär privatwirtschaftlich (ohne hoheitliche Befugnisse)?

➔ **Die oben genannten Merkmale sprechen für eine Ausschreibung gestützt auf Art. 2 Abs. 7 BGBM.**

Das kantonale Recht umschreibt, in welchem Ausmass öffentliche Sachen von der Allgemeinheit genutzt werden dürfen. Die Erteilung von Konzessionen bzw. Bewilligungen für sog. **gesteigerten Gemeingebrauch** wird in der Regel nicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst. Gesteigerter Gemeingebrauch liegt vor, wenn eine öffentliche Sache nicht mehr bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich genutzt wird und andere dadurch wesentlich eingeschränkt, aber nicht ausgeschlossen werden. Dabei ist jeweils auf die konkreten örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sowie die Art und das Ausmass der üblichen Benützung abzustellen. Ein typisches Beispiel für gesteigerten Gemeingebrauch, bei dem Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht anwendbar ist, sind Marktplatzstände auf öffentlichem Grund.

Im Rahmen einer (nicht in allen Kantonen gängigen) **Sondernutzung** wird eine öffentliche Sache im Gegensatz zum gesteigerten Gemeingebrauch für eine längere Dauer und ausschliesslich genutzt, namentlich für den Bau und Betrieb von Infrastrukturen oder für den Abbau oder die Nutzung von

natürlichen Ressourcen. In solchen Fällen kommt Art. 2 Abs. 7 BGBM grundsätzlich nicht zur Anwendung. Nur wenn eine **monopolartige Sondernutzung** vorliegt und das Gemeinwesen regulatorisch eingreifen muss, ist Art. 2 Abs. 7 BGBM ausnahmsweise anwendbar. Bei der Frage, ob eine monopolartige Sondernutzung vorliegt, gilt es, das geografisch relevante Gebiet, die Anzahl Konzessionen oder Bewilligungen sowie die Dauer und Intensität der Nutzung zu berücksichtigen.

Nicht ausschreibungspflichtig sind Projekte, die auf **unternehmerische Eigeninitiative** zurückgehen. Ebenfalls nicht ausgeschrieben werden müssen Konzessionen, mit denen kein Erwerb/Gewinn/Profit erzielt werden soll.

Umstritten und von der Rechtsprechung noch nicht abschliessend geklärt ist, ob Konzessionen im Zusammenhang mit Sachen im Finanzvermögen, das der öffentlichen Hand ausschliesslich zur Kapitalvermehrung dient, nach BGBM, Beschaffungsrecht oder gar nicht ausschreibungspflichtig sind.

Beispiele
Plakataushang auf öffentlichem Grund³⁸
Monopole im Kulturbereich - Betrieb eines kommunalen/kantonalen Kulturzentrums, das zum Verwaltungsvermögen gehört - Leitung eines Stadttheaters, das zum Verwaltungsvermögen gehört³⁹
Vermietung von Glacéständen auf öffentlichem Grund⁴⁰
Vermietung von (drei) Buvette-Standplätzen auf öffentlichem Grund, die zum Verwaltungsvermögen gehören⁴¹
Besondere Betriebsbewilligung im Taxigewerbe, die nur einer bestimmten Anzahl Personen erteilt werden kann (inkl. Anspruch auf Benutzung öffentlicher Standplätze)

³⁸ BGE 143 II 598.

³⁹ BGE 145 II 303.

⁴⁰ BGer 2C_167/2012 und 2C_444/2012 vom 1.10.2012.

⁴¹ BGer 2C_228/2020 vom 21.7.2020.