



Isabelle Häner

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Partnerin
Head Practice Group Staats- und Verwaltungsrecht
Telefon +41 58 258 10 00
isabelle.haener@bratschi.ch

Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und Verleihung von Konzessionen: Ausschreibungspflichtig oder nicht?

Wird die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe Privaten übertragen, z.B. die Führung eines Pflegeheimes oder die Erbringung von Spitexleistungen, stellte sich bis anhin immer wieder die Frage, ob die Übertragung einer solchen Aufgabe ausschreibungspflichtig ist oder nicht. Ebenso bekannt sind die Vergaben von Plakataushangstellen auf dem öffentlichen Grund, die in der Form einer Sondernutzungskonzession vergeben werden. Zuweilen verbunden worden sind solche Sondernutzungskonzessionen z.B. mit der Aufgabe, einen Veloverleih zu betreiben. Art. 9 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) bzw. Art. 9 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), die per 1. Januar 2021 in Kraft treten (nachfolgend zusammengefasst «Art. 9»), stellen nunmehr klar, dass in der Schweiz die Vergabe auch solcher Aufträge oder Konzessionen ausschreibungspflichtig sind – zumindest unter gewissen Voraussetzungen.

1. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausschreibungspflicht

Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und von Konzessionen wird deshalb in einer Bestimmung genannt, weil der in der Richtlinie 2014/23/EU genannte Begriff der «Dienstleistungskonzession» dem schweizerischen Recht nicht bekannt ist. Die Richtlinie gilt gemäss den bilateralen Verträgen jedoch ebenso für die Schweiz. Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und die Verleihung bestimmter Konzessionen beinhalten jedoch dasselbe, was mit der Dienstleistungskonzession angesprochen wird, nämlich dass privaten Akteuren eine öffentliche Aufgabe, die gemäss den gesetzlichen Vorgaben der Staat erfüllen muss, zur Erfüllung übertragen wird (z.B. der Betrieb des Pflegeheimes in der Gemeinde X). Zuweilen wird in der Schweiz hierfür auch der Begriff der «Konzession des öffentlichen Dienstes» verwendet. Aber auch Monopolkonzessionen können von der Vergabepflicht betroffen sein, wenn damit das Exklusivrecht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe übertragen wird, z.B. wenn die in einem Kanton monopolisierte Gebäudeversicherung einer privaten Versicherungsgesellschaft übertragen wird. Gerade dieses Beispiel zeigt, wie wichtig ein diskriminierungsfreies und wettbewerbsneutrales Verfahren auch bei der Übertragung einer Monopolkonzession ist, zumal die Versicherungsgesellschaft, die mit einer solchen Konzession ausgestattet ist, einen erheblichen Markvorteil erlangt. Für die Kantone gilt die Ausschreibungspflicht

von Monopolkonzessionen bereits heute, nämlich gestützt auf Art. 2 Abs. 7 Binnenmarktgesetz (BGBM), wobei die Kantone einigen Spielraum bei der Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens besitzen.

Allerdings verlangt Art. 9 nicht, dass sämtliche Konzessionen auszuschreiben sind, sondern nur diejenigen, welche eine Tätigkeit erlauben, für welche die Konzessionärin direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung erhält. Gleiches gilt in Bezug auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Auch hier muss bei der Erfüllung derselben ein Entgelt erzielt werden können oder vom Staat eine Abgeltung bezahlt werden. Bei den öffentlichen Aufgaben dürfte dies regelmässig der Fall sein, ansonsten sich kaum eine Unternehmung für eine solche Aufgabe bewerben würde. Bei den Konzessionen hingegen ist dies nicht immer der Fall, z.B. bei Sondernutzungskonzessionen für die Benützung des öffentlichen Grundes. Es wird sich in der Praxis allerdings zeigen müssen, wie die Voraussetzung des «indirekten Entgelts» ausgelegt werden wird, zumal Inhaber von Sondernutzungskonzessionen nicht selten wirtschaftliche Interessen verfolgen, z.B. mit dem Plakataushang. Hingegen dürfte es regelmässig nicht um die Erzielung eines Entgelts gehen, wenn ein Bootshaus für private Zwecke errichtet wird oder feste Bootsplätze vergeben werden.

Insgesamt ist die Klarstellung in Art. 9 zu begrüßen, zumal sich insbesondere Kantone und Gemeinden bislang eher schwer damit taten, die Übertragung öffentlicher Aufgaben auszuschreiben. Auch in Bezug auf die Sondernutzungskonzessionen bestand eine grosse Unsicherheit.

Anzufügen ist, dass auch bei der Übertragung der öffentlichen Aufgaben die Schwellenwerte gelten.

2. Der Gesetzgeber kann Sonderregelungen treffen

Art. 9 lässt es zu, dass der Gesetzgeber Spezialbestimmungen schaffen kann. Damit ist es möglich, ein eigentliches Sektorenrecht zu schaffen und gewisse Bereiche von der Ausschreibung auszunehmen, z.B. im Bereich der Sicherheit, oder passendere Verfahrensregeln einzuführen. Im Bundesrecht sind solche Sonderbestimmungen häufig anzutreffen. Zu erwähnen ist z.B. Art. 3a Stromversorgungsgesetz (StromVG), wonach die Sondernutzungskonzessionen für die Stromleitungen nicht ausgeschrieben werden müssen. Allerdings schreibt Art. 3a StromVG gleichzeitig ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren vor. Gleiches gilt sodann für die Wasserrechtskonzessionen gemäss Wasserrechtsgesetz (Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG). Es gibt auf Bundesebene zahlreiche weitere Sonderbestimmungen, z.B. im Bereich von Radio- und Fernsehen (Art. 43 ff. Radio- und Fernsehen Gesetz; RTVG) oder im Bereich des Fernmeldewesens (Art. 25 und Art. 28 Fernmeldegesetz; «FMG»). Im öffentlichen Verkehr sodann besteht keine Ausschreibungspflicht (Infrastruktur- und Personenbeförderungskonzessionen) oder die Ausschreibung ist freiwillig, wie dies für die Verkehrsangebote auf der Schiene oder auf den Strassen zutrifft (Art. 32 Personenbeförderungsgesetz; PBG).

3. Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag

Die Abgrenzung, ob nun ein (gewöhnlicher) öffentlicher Auftrag vorliegt, bei welchem die Bestimmungen des BöB bzw. der IVöB strikt gelten und Abweichungen von der Ausschreibungspflicht nur im Rahmen dieser beiden gesetzlichen Grundlagen überhaupt möglich sind und durch Freistellung zu erfolgen haben (vgl. Art. 7), fällt nicht immer leicht.

Ob es um die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe geht, ist durch Auslegung der entsprechenden Sachgesetzen zu ermitteln. Wie erwähnt geht es jeweils um öffentliche Aufgaben, für welche dem Staat die Erfüllungsverantwortung zukommt. Zudem bedarf die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe, bereits gestützt auf das allgemein geltende Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 Bundesverfassung; BV), stets einer gesetzlichen Grundlage. Hierfür gibt es zahlreiche Beispiele. Berühmt ist sicher die Übertragung der Erhebung der Empfangsabgabe für Radio und Fernsehen an die Serafe AG (Art. 69d Abs. 1 RTVG), wobei dort ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass das Beschaffungsrecht anwendbar ist. Allgemein sind im Bundesrecht Bestimmungen, wonach ein gewisser, spezieller Teil des Gesetzesvollzugs an Private übertragen werden kann, nicht selten, namentlich auch, wenn es um die Branchenkenntnis geht, welche der Verwaltung unter Umständen nicht in ausreichendem Umfang zukommt. Im Energierecht gibt es einige spezifische Übertragungsmöglichkeiten, die vor allem die Abwicklung von Rückerstattungsansprüchen betreffen. Das neue Energiegesetz (EnG) enthält eine entsprechende Liste von an Private übertragbaren Vollzugsaufgaben (Art. 67 EnG). Sind die Voraussetzungen von Art. 9 erfüllt, sind sie ebenfalls auszuschreiben.

4. Subventionen

Subventionen werden vom Gesetzgeber meistens als Oberbegriff verwendet, so jedenfalls im Subventionsgesetz des Bundes (SuG). Als Unterkategorie unterscheidet das SuG Abgeltungen, welche für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ausgerechnet werden kann, sowie die Finanzhilfen, welche eigentliche Fördersubventionen darstellen. Bereits aus Art. 9 ergibt sich, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe, für welche der Staat eine Abgeltung bezahlt, auszuschreiben ist. Im Bund wird das SuG in Art. 10 und 15b SuG eigens angepasst und ausdrücklich darauf verwiesen, dass das BöB anwendbar ist, wenn mehrere Bewerber für einen Leistungsauftrag vorhanden sind.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bei den Fördersubventionen, bei welchen es nicht um die Übertragung einer staatlichen Aufgabe geht, sondern um die Förderung einer privaten Tätigkeit, die ebenso im öffentlichen Interesse liegt, zunehmend ebenfalls Ausschreibungen stattfinden und sich die Interessierten einem Auswahlverfahren stellen müssen. Ein Beispiel hierfür sind die Finanzhilfen (Fördersubventionen) im Energiebereich für Energieeffizienzmassnahmen, welche der Bund fördern will (Art. 32 EnG).

5. Fazit

Dass nunmehr ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auszuschreiben ist, bringt einiges an Rechtsklarheit mit sich. Bisher erwies es sich vor allem dann, wenn die öffentliche Hand die Vergabe der Erfüllung von Aufträgen nicht ausschrieb, für Dritte als sehr schwierig, die Ausschreibung auf dem Rechtsweg zu erzwingen. Bereits schwierig war es jeweils, überhaupt die relevante Information zu erhalten und dann in der Folge die treffenden Anträge zu stellen und bei der Behörde eine anfechtbare Verfügung zu erwirken, zumal gerade in den Kantonen die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben häufig übergangen wurde. Die Spitex ist hierfür ein prominentes Beispiel, worüber das Bundesgericht erst kürzlich entschieden hat und die Ausschreibungspflicht bejahte (BGer, Urteil 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018). Die sich stellenden Rechtsfragen, die nach wie vor im Raum stehen, werden künftig fokussierter gestellt, z.B. die Frage, ob es überhaupt um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geht. Und bekanntlich läuft nicht jede Ausschreibung reibungslos ab.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
bern@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St. Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch