

Dokument	<b>SZKW 2025 218</b>
Autor	<b>Leandra Diem, Julia Haas</b>
Titel	<b>Vergaberechtliche Ausschreibungspflicht von Konzessionen</b>
Seiten	<b>218-225</b>
Publikation	<b>Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht- und Wettbewerbsrecht</b>
Herausgeber	<b>Nicolas Diebold, Mani Reinert, Richard Stäuber, Monique Sturny</b>
ISSN	<b>2813-0715</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

**SZKW 2025 218**

## Vergaberechtliche Ausschreibungspflicht von Konzessionen

Dr. iur. Leandra Diem, MLaw, Zürich \*

Dr. iur. Julia Haas, Rechtsanwältin, Zürich \*\*

Der Beitrag befasst sich mit der Ausschreibungspflicht von Konzessionen im Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts. Er zeigt auf, unter welchen Voraussetzungen Konzessionsvergaben als «öffentliche Aufträge» im Sinne des [BöB](#) bzw. der IVöB zu qualifizieren sind und somit der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung unterliegen. Im Fokus stehen sodann die Abgrenzung zwischen [Art. 8 und Art. 9 BöB/IVöB](#), die Berechnung des massgeblichen Auftragswerts sowie die Rechtsfolgen einer unterlassenen Ausschreibung.

This article discusses the obligation to issue a public invitation to tender for concessions within the scope of public procurement law. It outlines the conditions under which concessions qualify as «public contracts» under the Federal Act on Public Procurement (PPA) or the Intercantonal Agreement on Public Procurement (IAPP), and are thus subject to the obligation to launch a public invitation. The focus is then placed on the distinction between Art. 8 and Art. 9 PPA/IAPP, the calculation of the relevant contract value, and the legal consequences of failing to conduct a public tender.

### I. Einleitung

Bund, Kantone und Gemeinden verfügen heute über zahlreiche rechtliche Monopole<sup>1</sup>, etwa bei der Veranstaltung von Radio- und Fernsehprogrammen ([Art. 23 ff. RTVG](#)<sup>2</sup>) und der Grundversorgung mit Fernmeldediensten ([Art. 14 Abs. 1 FMG](#)<sup>3</sup>), sowie über faktische Monopole<sup>4</sup>, wie etwa bei der Nutzung von

---

\* Dr. iur. Leandra Diem, MLaw, ist Anwältin bei CMS von Erlach Partners AG in Zürich.

\*\* Dr. iur. Julia Haas ist Rechtsanwältin bei CMS von Erlach Partners AG in Zürich.

<sup>1</sup> Ein rechtliches Monopol basiert auf einer gesetzlichen Grundlage, die bestimmte Tätigkeiten oder Ressourcen dem Staat vorbehält (vgl. *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2691 f.).

<sup>2</sup> Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 ([RTVG](#); SR 784.40).

<sup>3</sup> Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 ([FMG](#); SR 784.10).

<sup>4</sup> Ein faktisches Monopol entsteht hingegen durch die tatsächliche Verfügungsgewalt des Staates über öffentliche Sachen und bildet die Grundlage für den Staat, um die exklusive oder privilegierte Nutzung, die sog. Sondernutzung dieser Sachen, zu regeln (vgl. *Häfelin/Müller/Uhlmann* [Fn. 1], Rz. 2696).

<sup>5</sup> BVGer, Urteil [B-6872/2017](#) vom 16. Mai 2018 E. 2.3.6.

Werbeflächen des öffentlichen Raums<sup>5</sup>, der Verlegung von Elektrizitäts<sup>6</sup> oder Gasleitungen<sup>7</sup> im öffentlichen Grund oder der gewerbmässigen Sand- und Kiesgewinnung aus öffentlichen Gewässern<sup>8</sup>. Der Staat kann diese Monopole entweder selber ausüben oder – wo zulässig – mittels einer Konzession an Dritte übertragen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Übertragung solcher Rechte sind in der Schweiz uneinheitlich

#### SZKW 2025 218, 219

ausgestaltet. In bestimmten Bereichen gelten spezialgesetzliche Regelungen (vgl. [Art. 25 Abs. 1 und Art. 38 RTVG](#); [Art. 14 Abs. 1 und Art. 22a Abs. 1 FMG](#); [Art. 6 Abs. 1 PBG](#)<sup>9</sup>; [Art. 3a StromVG](#)<sup>10</sup>). Wo solche Bestimmungen fehlen, kann die Verleihung einer Konzession in den objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fallen und gegebenenfalls eine öffentliche Ausschreibung erforderlich machen. Daneben statuiert auch das Binnenmarktgesetz<sup>11</sup> eine Ausschreibungspflicht für die Übertragung kantonaler und kommunaler Monopole. Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Beschaffungsrechts und des Binnenmarktrechts können sich auf der kantonalen bzw. kommunalen Ebene überschneiden. Diesfalls hat sich die Übertragung nach den Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts zu richten. Erfolgt eine Vergabe in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Vorgaben, wird auch die Einhaltung der Anforderungen des [BGBM](#) vermutet ([Art. 5 Abs. 1 BGBM](#)).<sup>12</sup> Die durch das [BGBM](#) statuierte Ausschreibungspflicht gewinnt daher insbesondere dort an eigenständiger Bedeutung, wo sich die jeweiligen Anwendungsbereiche nicht überschneiden.<sup>13</sup>

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die Ausschreibungspflicht von Konzessionen im Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts. Die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung bildet einen Grundpfeiler dieses Rechtsgebiets. Sie dient nicht nur dem wirtschaftlichen und nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel, sondern bezweckt insbesondere die Sicherstellung eines wirksamen, diskriminierungsfreien Wettbewerbs sowie die Gleichbehandlung sämtlicher Anbieterinnen. Darüber hinaus trägt sie wesentlich zur Transparenz des Vergabeverfahrens bei ([Art. 2 BöB](#)<sup>14</sup>/IVöB). Eine Ausschreibungspflicht gilt jedoch nicht für jede Vergabe. Ausschreibungspflichtig sind nach [Art. 17 BöB](#)/IVöB ausschliesslich «öffentliche Aufträge» (Kapitel II), sofern deren Auftragswert die jeweils massgeblichen Schwellenwerte überschreitet (Kapitel III). In Missachtung der Ausschreibungspflicht erfolgte Vergaben (Kapitel IV) können gerichtlich angefochten werden. Der Beitrag wird mit einer kurzen Schlussbetrachtung (Kapitel V) abgerundet.

<sup>6</sup> Vgl. [BGE 138 II 70 E. 6.1](#); BGer, Urteile [2C 399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 4.2](#); [2C 237/2014 vom 16. Juli 2014 E. 5.8](#).

<sup>7</sup> Vgl. BGer, Urteil [2C 401/2010 vom 14. Dezember 2012 E. 2.3.3 f.](#); Verwaltungsgericht ZH, Urteil [VB.2009.00002](#) vom 25. Februar 2010 E. 4 ff.

<sup>8</sup> [BGE 109 Ib 26 E. 2b](#).

<sup>9</sup> Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1).

<sup>10</sup> Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, [StromVG](#); SR 734.7).

<sup>11</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, [BGBM](#); SR 943.02).

<sup>12</sup> BGer, Urteil [2C 587/2023 vom 30. Januar 2025 E. 7.3.1](#).

<sup>13</sup> Solche Konstellationen liegen insbesondere dann vor, wenn die Konzession keinem öffentlichen Interesse dient (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [[BöB](#)] vom 15. Februar 2017 [Botschaft BöB 2017], BBl 2016 1851, S. 1899; vgl. Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 16. Januar 2020 [Musterbotschaft IVöB 2020], S. 35; vgl. [BGE 143 II 120 E. 6.3.2](#); [135 II 49 E. 4.4 und E. 5.1](#); Kantonsgericht NE, Urteil CDP.2024.20 vom 8. August 2024 E. 1.b; *Nicolas Diebold*, Ausschreibung des Zugangs zu geschlossenen Märkten der Kantone, SZKW 2/2025, S. 85 ff., 87 und 89 f.; *Etienne Poltier*, Marchés publics, délégations de tâches publiques et concessions, [BR 2020](#), S. 11 ff., 12) bzw. keine Erfüllungsverantwortung oder Betriebspflicht seitens des Konzessionärs vorliegt (Verwaltungsgericht BE, Urteil 100.2021.366U vom 9. März 2023 E. 6.4). Diesfalls scheidet Art. 9 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB; <<https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> [zuletzt besucht am 20. März 2025]) aus. Hingegen können gemäss [Art. 2 Abs. 7 BGBM](#) auch rein kommerzielle, aus fiskalischen Gründen vergebene Konzessionen ausschreibungspflichtig sein (*Diebold*, a.a.O., S. 87 und 90; vgl. *Martin Beyeler*, Plakatkonzession im öffentlichen Interesse, [BR 2025](#), S. 10 ff., 14).

<sup>14</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 1919 ([BöB](#); SR 172.056.1).

## II. Konzessionen als «öffentliche Aufträge»

Die Definition des «öffentlichen Auftrags» ist von zentraler Bedeutung, da nur Geschäfte, die unter diese Kategorie fallen, dem objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstehen. Als «klassische» öffentliche Aufträge gelten gemäss [Art. 8 Abs. 1 BöB/IVöB](#) entgeltliche Verträge zwischen einer Vergabestelle und einer Anbieterin, die der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Kennzeichnend ist das synallagmatische Verhältnis: Die Anbieterin erbringt die charakteristische Leistung, während die Vergabestelle eine geldwerte Gegenleistung zusichert.<sup>15</sup>

Im Rahmen der jüngsten Revision wurde der objektive Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts durch [Art. 9 BöB/IVöB](#) erweitert. Demnach gelten auch die Verleihung von Konzessionen sowie die Übertragung öffentlicher Aufgaben *ex lege* als öffentliche Aufträge, wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Die neue Bestimmung wurde bereits Gegenstand einzelner kantonaler Gerichtsentscheide. So qualifizierte das Kantonsgericht Neuenburg eine durch die Stadt La Chaux-de-Fonds vergebene Plakatkonzession als öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 9 IVöB. Ausschlaggebend war dabei, dass die Erteilung der Konzession für die private Nutzung des

### SZKW 2025 218, 220

öffentlichen Grunds und Bodens mit einer verbindlichen Auflage zur Erbringung von Leistungen im öffentlichen Interesse, namentlich die Verpflichtung zur Plakatierung mit gemeinnützigen, kulturellen, touristischen und politischen Inhalten, verknüpft wurde.<sup>16</sup> In einem weiteren Fall qualifizierte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die Konzession zur Erstellung, Erneuerung und zum Betrieb eines kommunalen Fernwärmenetzes, einschliesslich der Wärmelieferung an Dritte, als öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 9 IVöB.<sup>17</sup>

Die Unterstellung von Konzessionen unter das öffentliche Beschaffungsrecht stellt keine absolute Neuerung dar. Bereits unter altem Recht wurde die Verleihung von Konzessionen dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt, sofern sie mit Gegenleistungen von erheblichem Umfang verbunden waren, die sich klar dem Begriff des öffentlichen Auftrags zuordnen liessen und von der Konzession als solcher abgrenzbar waren.<sup>18</sup> In der Praxis hat beispielsweise das Bundesgericht die Einräumung von Sondernutzungskonzessionen unter gleichzeitiger Übertragung der Aufgabe, in einem bestimmten Gebiet ein Veloverleihsystem nach vorgegebenen Kriterien auf eigene Rechnung und Gefahr aufzubauen und zu betreiben, als öffentlichen Auftrag im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts qualifiziert.<sup>19</sup> Ebenfalls als öffentlichen Auftrag stufte das Verwaltungsgericht Zürich einen Vertrag ein, der einer Privatperson das ausschliessliche Recht einräumte, im Gemeindegebiet Altkleidersammelbehälter aufzustellen und Strassensammlungen durchzuführen.<sup>20</sup>

Orientiert man sich bei der Auslegung von [Art. 8 BöB/IVöB](#) am altrechtlichen Begriff des öffentlichen Auftrags, lassen sich Überschneidungen mit [Art. 9 BöB/IVöB](#) nicht vermeiden. Auf den ersten Blick mag diese Abgrenzung unerheblich erscheinen. So hat auch die Vergabe von Konzessionen nach [Art. 9 BöB/IVöB](#) grundsätzlich gemäss denselben (und nicht lediglich analogen) Vorgaben zu erfolgen wie die Vergabe von Aufträgen nach [Art. 8 BöB/IVöB](#). Die Differenzierung zwischen den beiden Normen ist jedoch nicht nur rein akademischer Natur, sondern von erheblicher praktischer Relevanz. Denn während öffentliche Aufträge im Sinne von [Art. 8 BöB/IVöB](#) in den Staatsvertragsbereich fallen – sofern die massgeblichen Schwellenwerte überschritten werden und ein im Abkommen aufgeführter Auftrag vorliegt –, sind die Vergabe von Konzessionen und die Übertragung öffentlicher Aufgaben gemäss [Art. 9 BöB/IVöB](#) dem Nicht-Staatsvertragsbereich zuzuordnen, und zwar selbst dann, wenn die massgeblichen Schwellenwerte für den Staatsvertragsbereich überschritten werden. Dies hat direkte Auswirkungen auf zentrale vergaberechtliche

<sup>15</sup> Hans Rudolf Trüeb/Nathalie Clausen, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2021, Art. 8 N 3.

<sup>16</sup> Kantonsgericht NE, Urteil CDP.2024.20 vom 8. August 2024 E. 1.d.

<sup>17</sup> Verwaltungsgericht BE, Urteil 100.2021.366U vom 9. März 2023 E. 6.4.1 (bestätigt in BGer, Urteil [2C 246/2023 vom 3. September 2024 E. 7.4](#), in: [ZBl 126/2025, S. 602 ff.](#), mit Kommentar von *Désirée Klingler*). Das Gericht hat in diesem Entscheid offengelassen, ob es sich bei der Konzession gleichzeitig auch um einen öffentlichen Auftrag gemäss Art. 8 IVöB handelt.

<sup>18</sup> [BGE 135 II 49 E. 4.4](#); Kantonsgericht VD, Urteil MPU.2023.0017 vom 2. Oktober 2023 E. 2.a.

<sup>19</sup> [BGE 144 II 177 E. 1.3.5](#).

<sup>20</sup> Verwaltungsgericht ZH, Urteil [VB.2018.00469](#) vom 17. Januar 2019 E. 1.4.

Fragestellungen, insbesondere in Bezug auf (1) die Reichweite der Ausschreibungspflicht und (2) den Rechtsschutz:

1. Anders als öffentliche Aufträge im Anwendungsbereich von [Art. 8 BöB/IVöB](#) müssen öffentliche Aufträge gemäss [Art. 9 BöB/IVöB](#) nicht für ausländische Anbieterinnen geöffnet werden.
2. Auf Bundesebene steht für öffentliche Aufträge nach [Art. 9 BöB](#) nur ein eingeschränkter Rechtsschutz zur Verfügung. Es kann einzig die Feststellung erwirkt werden, inwiefern die Verfügung gegen das öffentliche Beschaffungsrecht verstösst ([Art. 52 Abs. 2 BöB](#)).

Trotz dieser für Anbieterinnen praktisch relevanten Unterschiede sieht das öffentliche Beschaffungsrecht keine Vorrangregelung für den Fall vor, dass die Verleihung einer Konzession sowohl unter Art. 8 als auch unter [Art. 9 BöB/IVöB](#) subsumiert werden kann. Die Lehre stützt sich zur Lösung dieser Normenkollision auf den Auftragswert der jeweiligen Konzession ab. Überschreitet der Auftragswert einer Konzession die massgeblichen Schwellenwerte des Staatsvertragsbereichs, ist [Art. 8 BöB/IVöB](#) vorrangig anzuwenden, zumal völkerrechtlich eingegangene Verpflichtungen nicht durch innerstaatliches Recht relativiert oder umgangen werden dürfen. Demgegenüber gilt [Art. 9 BöB/IVöB](#) als *lex specialis* gegenüber [Art. 8 BöB/IVöB](#), sofern die Verleihung der Konzession aufgrund des Auftragswerts nicht in den Staatsvertragsbereich fällt.<sup>21</sup>

In der Praxis dürften die meisten Konzessionsvergaben, die dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen, auch eine Auftragskomponente aufweisen. Bei Erreichen der massgeblichen Schwellenwerte fallen sie

**SZKW 2025 218, 221**

daher regelmässig in den Anwendungsbereich von [Art. 8 BöB/IVöB](#). Es bleibt abzuwarten, ob sich in der Praxis überhaupt «reine Konzessionsverhältnisse», das heisst solche, die ausschliesslich unter [Art. 9 BöB/IVöB](#) fallen, herausbilden. Den Anwendungsbereich von [Art. 9 BöB/IVöB](#) sehen wir daher faktisch auf wenige Ausnahmefälle beschränkt.

### III. Berechnung des Auftragswerts von Konzessionen

Konzessionen unterliegen gemäss dem öffentlichen Beschaffungsrecht nur dann der Ausschreibungspflicht, wenn der geschätzte Auftragswert die jeweils geltenden Schwellenwerte überschreitet. Den Materialien zufolge gelten die Schwellenwerte gemäss den Anhängen 1 und 2 IVöB bzw. gemäss Anhang 4 [BöB](#) bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben und bei der Verleihung von Konzessionen analog.<sup>22</sup>

Für die Schätzung des Auftragswerts ist gemäss [Art. 15 Abs. 3 BöB/IVöB](#) die Gesamtheit der auszuschreibenden Leistungen oder Entgelte, soweit sie sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen, zu berücksichtigen. Bei der Verleihung von Konzessionen handelt es sich jedoch nicht um ein klassisches Austauschverhältnis, bei dem der Staat eine finanzielle Gegenleistung für eine konkret definierte Leistung erbringt. Vielmehr ist regelmässig die umgekehrte Konstellation anzutreffen: Die Konzessionärin entrichtet der Konzessionsgeberin eine (einmalige oder periodische) Konzessionsgebühr, oder die Konzession wird «zum Nulltarif» vergeben, das heisst, ohne dass zwischen den Parteien ein Geldfluss stattfindet. Die Tätigkeit der Konzessionärin wird oftmals indirekt vergütet, etwa durch die Möglichkeit, von Dritten Gebühren zu verlangen, oder durch die Einräumung eines (exklusiven) Nutzungsrechts an einer öffentlichen Infrastruktur.<sup>23</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die zentrale Frage, wie der Auftragswert von Konzessionen im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts zu bestimmen ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung liefert bislang keine (eindeutigen) Kriterien zur Berechnung des Auftragswerts bei Konzessionen. Zwar hat das Bundesgericht klargestellt, dass die Voraussetzung der Entgeltlichkeit nicht ausschliesslich dann erfüllt ist, wenn eine unmittelbare Geldzahlung vom Gemeinwesen an die Konzessionärinnen erfolgt. Vielmehr kann eine geldwerte Gegenleistung auch in anderer Form als durch die Bezahlung eines Preises erbracht werden.<sup>24</sup> Beispielsweise hat das Bundesgericht einen Auftrag zum Betrieb eines öffentlichen Veloverleihsystems als entgeltlichen Dienstleistungsauftrag qualifiziert, obschon die Anbieterin das Veloverleihsystem zu einem Preis von null Franken offeriert hat. Die geldwerte Gegenleistung sah es insbesondere in der Einräumung von Sondernutzungsrechten am öffentlichen Grund sowie in weiteren

<sup>21</sup> Thomas P. Müller, in: Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, [Art. 9 KG](#) N 50; Hans Rudolf Trüb/Nathalie Clausen, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2021, Art. 9 N 3.

<sup>22</sup> Botschaft BöB 2017 (Fn. 13), S. 1902; Musterbotschaft IVöB 2020 (Fn. 13), S. 37.

<sup>23</sup> Vgl. Verwaltungsgericht BE, Urteil 100.2021.366U vom 9. März 2023 E. 6.4.1.

<sup>24</sup> [BGE 135 II 49 E. 5.2.2.](#)



Unterstützungsleistungen der Gemeinde zugunsten der ausgewählten Anbieterin. Hinzu kam das eingeräumte Recht, von den Kunden des Velosystems ein Entgelt für die Nutzung zu verlangen.<sup>25</sup> In einem weiteren Entscheid erblickte das Bundesgericht das Entgelt in der Überlassung der Sondernutzungskonzession zu einem stark reduzierten Tarif sowie in der exklusiven Möglichkeit, im betreffenden Gebiet ein Veloverleihsystem zu betreiben.<sup>26</sup> Beide Konstellationen zeigen, dass bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit der wirtschaftliche Gesamtvorteil entscheidend ist. Jedoch lassen sich keine Grundsätze zur konkreten Berechnungsmethode ableiten.

Immerhin auf kantonaler Ebene hat das Verwaltungsgericht Zürich eine wertvolle Präzisierung vorgenommen. Im Altkleidersammlung-Fall berechnete es den Auftragswert nicht anhand der Geldleistung an die öffentliche Hand, sondern nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den die Anbieterin aus dem Auftrag mutmasslich erzielen kann. Konkret wurde der Wert anhand des Umsatzes aus der Verwertung der gesammelten Altkleider bestimmt. Bei einem Verwertungserlös von 80 Rappen pro Kilogramm und einer Abgabe an die Gemeinde von 20 Rappen pro Kilogramm berechnete sich der wirtschaftliche Vorteil und damit der Auftragswert auf der Grundlage von 60 Rappen pro Kilogramm multipliziert mit der erwarteten Menge der gesammelten Altkleider.<sup>27</sup> Demgegenüber hat das Kantonsgericht Neuenburg den Auftragswert in einem aktuellen Entscheid auf der Grundlage der Konzessionsgebühren berechnet, welche

#### **SZKW 2025 218, 222**

die Konzessionärin während der zehnjährigen Vertragsdauer an das Gemeinwesen entrichtet.<sup>28</sup>

Die zitierten Entscheide verdeutlichen die bestehende Unsicherheit in Bezug auf die sachgerechte Methode zur Berechnung des Auftragswerts bei Konzessionen. Angesichts der erheblichen Divergenzen in der kantonalen Rechtsprechung drängt sich ein klärender Entscheid des Bundesgerichts auf, um verbindliche Leitlinien für die Ermittlung des massgeblichen Auftragswerts von Konzessionen zu schaffen und damit die Rechtssicherheit zu stärken.

Bis zu einem klärenden Entscheid liegt es nahe, die europäische Konzessionsrichtlinie<sup>29</sup> als Referenzpunkt heranzuziehen. Eine solche Orientierung bietet sich umso mehr an, als das Bundesgericht bereits mehrfach erkennen liess, dass das europäische Vergaberecht bei der Auslegung des schweizerischen öffentlichen Beschaffungsrechts beigezogen werden kann,<sup>30</sup> was insbesondere in Fällen sinnvoll erscheint, in denen eine gefestigte Praxis fehlt und eine Abweichung vom europäischen Recht nicht ausdrücklich intendiert ist. Art. 8 EU-Konzessionsrichtlinie enthält ausführliche Vorgaben zur Berechnung des geschätzten Konzessionswerts, die im schweizerischen Kontext als Auslegungshilfe dienen könnten. Gemäss Art. 8 Abs. 2 EU-Konzessionsrichtlinie bemisst sich der Wert einer Konzession anhand des von der öffentlichen Auftraggeberin geschätzten Gesamtumsatzes, den der Konzessionär während der gesamten Vertragslaufzeit voraussichtlich erzielen wird. Erfasst sind dabei sämtliche Einnahmen, die dem Konzessionär als Gegenleistung für die Ausführung der Bau- oder Dienstleistungen sowie für damit verbundene Lieferungen zufließen. Art. 8 Abs. 3 EU-Konzessionsrichtlinie konkretisiert, dass dieser Wert auf der Grundlage einer objektiven, in den Konzessionsunterlagen dargelegten Methode zu berechnen ist. Die Richtlinie nennt verschiedene relevante Einnahmequellen, darunter insbesondere Gebühren und Bussen, die Nutzer für die Inanspruchnahme der Bauwerke oder Dienstleistungen entrichten (Bst. b), Zahlungen der Vergabestelle oder anderer Behörden an den Konzessionär (Bst. c) sowie Erlöse aus dem Verkauf von Vermögensgegenständen, die Teil der Konzession sind (Bst. e).

Aus der Bestimmung geht jedoch nicht eindeutig hervor, ob und gegebenenfalls wie Konzessionsgebühren, die eine Anbieterin an die Vergabestelle entrichten muss, bei der Berechnung des Auftragswerts zu berücksichtigen sind. Grundsätzlich kommen drei Möglichkeiten in Betracht: Eine erste Möglichkeit bestünde darin, die Konzessionsgebühren dem Gesamtumsatz zuzuschlagen. Dieser Ansatz rechtfertigt sich jedoch

---

<sup>25</sup> BGer, Urteil [2C\\_994/2017 vom 9. März 2018 E. 2.5.](#)

<sup>26</sup> [BGE 144 II 184 E. 2.5.](#)

<sup>27</sup> Verwaltungsgericht ZH, Urteil [VB.2018.00469](#) vom 17. Januar 2019 E. 3.1.3; ebenso Verwaltungsgericht ZH, Urteil [VB.2019.00826](#) vom 14. Mai 2020 E. 3.3.9, in welchem die Beschwerdeführerin eine Vergütung von 20 Rappen pro Kilogramm angeboten hatte. Nach Ausführungen des Verwaltungsgerichts ZH ergebe dies einen «Auftragswert» von 60 Rappen pro Kilogramm (80 Rappen Erlös abzüglich 20 Rappen Vergütung an Gemeinde).

<sup>28</sup> Kantonsgericht NE, Urteil CDP.2024.20 vom 8. August 2024 E. 2.c; kritisch *Beyeler* (Fn. 13), S. 15.

<sup>29</sup> Richtlinie (EU) 2014/923 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe vom 26. Februar 2014 (EU-Konzessionsrichtlinie; ABl. 2014 L 94, S. 1 ff.). Die Europäische Kommission führt aktuell eine Evaluierung der europäischen Vergaberichtlinien durch, einschliesslich der EU-Konzessionsrichtlinie. Konkret wird geprüft, ob die Vorschriften wie beabsichtigt funktionieren.

<sup>30</sup> [BGE 150 II 105 E. 3.4; 141 II 113 E. 5.3.2](#); BGer, Urteile [2C\\_701/2023 vom 24. Juli 2024 E. 4.4 und 6.2](#); [2D\\_14/2024 vom 19. Mai 2025 E. 5.4.4](#); vgl. Botschaft BöB 2017 (Fn. 13), S. 1880 f.

nicht. Der Richtlinienbegriff des «Gesamtumsatzes» erfasst ausdrücklich die Einnahmen des Konzessionärs, nicht aber seine Aufwendungen. Konzessionsgebühren stellen gerade eine Gegenleistung, mithin Ausgaben der Anbieterin, dar. Es verbleiben somit zwei Alternativen: Entweder bleiben die Konzessionsgebühren gänzlich unberücksichtigt, oder sie werden vom geschätzten Gesamtumsatz in Abzug gebracht. In einem jüngeren Urteil<sup>31</sup> hat sich der EuGH hierzu geäussert. Zwar hat er diesen Punkt nicht entschieden, aber in seiner Begründung festgehalten, dass Konzessionsgebühren vom geschätzten Gesamtumsatz abzuziehen sind.

In Analogie dazu könnte auch im öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz für die Ermittlung des massgeblichen Auftragswerts von Konzessionen der Gesamtumsatz im Sinne des effektiven wirtschaftlichen Vorteils als Bemessungsgrundlage herangezogen werden. Dies würde bedeuten, dass für den Auftragswert sämtliche Einnahmen zu berücksichtigen sind, die dem Konzessionär im Zusammenhang mit der Konzession von der Vergabestelle oder auch von Dritten potenziell zufließen. In Übereinstimmung mit der oben genannten EuGH-Rechtsprechung wären die vom Konzessionär an die Vergabestelle zu leistenden Konzessionsgebühren sodann von diesem geschätzten Gesamtumsatz abzuziehen, da sie keine staatlichen Ausgaben darstellen, sondern vielmehr unmittelbar an den Staat zurückfliessen. Ein solches Verständnis steht auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Zürich unter altem Recht, wonach Abgaben an die Gemeinde bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils abzuziehen sind.<sup>32</sup>

SZKW 2025 218, 223

## IV. Rechtsschutz bei unterlassenen Ausschreibungen von Konzessionen

Wird eine Konzession vergeben oder verlängert, ohne dass ein formelles Ausschreibungsverfahren durchgeführt wird, obwohl die relevanten Schwellenwerte überschritten sind, liegt eine sogenannte De-facto-Vergabe vor. Solche faktischen Vergaben gelten als Zuschlag im freihändigen Verfahren. Sie können angefochten werden, sofern die beschwerdeführende Partei nachweist, dass sie die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und will ([Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB/IVöB](#); [Art. 56 Abs. 4 BöB](#)/Art. 56 Abs. 5 IVöB). Die Beschwerdeführerin kann rügen, dass die Konzession zu Unrecht freihändig vergeben wurde und anstelle dessen eine öffentliche Ausschreibung hätte erfolgen müssen ([Art. 56 Abs. 4 BöB](#)/Art. 56 Abs. 5 IVöB). Ziel der beschwerdeführenden Partei ist es typischerweise, die Aufhebung des Zuschlags zu erwirken und entweder selbst den Auftrag zu erhalten oder die Durchführung eines ordnungsgemässen Vergabeverfahrens zu erreichen. Gemäss [Art. 58 Abs. 1 BöB/IVöB](#) kann die Beschwerdeinstanz über dieses Begehren grundsätzlich selbst entscheiden oder die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vergabestelle zurückweisen.

Der Rechtsschutz bei freihändigen Vergaben ist indessen eingeschränkt: [Art. 58 Abs. 2 BöB/IVöB](#) sieht für Konstellationen, in denen die Vergabestelle den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin bereits abgeschlossen hat, lediglich Sekundärrechtsschutz vor. In diesem Fall kann die Beschwerdeinstanz nur noch feststellen, dass eine Rechtsverletzung vorliegt, und gleichzeitig über ein allfälliges Schadenersatzbegehren entscheiden ([Art. 58 Abs. 3 BöB/IVöB](#)). Auf Bundesebene gilt dieser eingeschränkte Rechtsschutz auch dann, wenn der Konzessionsvertrag noch nicht abgeschlossen wurde und es sich entweder um eine «reine» Konzession handelt und/oder die Konzessionsvergabe die Schwellenwerte für den Staatsvertragsbereich nicht überschreitet (vgl. [Art. 52 Abs. 2 BöB](#); vgl. hierzu vorne Abschnitt II). Der Schadenersatzanspruch im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes ist jedoch stark begrenzt. Ersatzfähig sind lediglich die Offertkosten, das heisst jene Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung eines Angebots entstanden sind ([Art. 58 Abs. 4 BöB/IVöB](#)). Andere Schadenspositionen, wie etwa entgangener Gewinn oder Umsatzeinbussen, können nicht zugesprochen werden. Bei De-facto-Vergaben, bei denen mangels Ausschreibung typischerweise keine Offerte eingereicht werden konnte, würde der Schadenersatzanspruch deshalb regelmässig ins Leere zielen. Da nichtberücksichtigte Anbieter in der Praxis nicht selten erst nach dem Vertragsabschluss von einer (rechtswidrig) erfolgten freihändigen Konzessionsvergabe erfahren, hätten sie somit gar kein Interesse mehr, eine solche Vergabe anzufechten, da sie auch im Falle einer Gutheissung letztlich leer ausgehen würden.

<sup>31</sup> EuGH, Urteil C-728/22 bis C-730/22 vom 20. März 2025, *Anib*, Rz. 91.

<sup>32</sup> Verwaltungsgericht ZH, Urteile [VB.2019.00826](#) vom 14. Mai 2020 E. 3.3.9; [VB.2018.00469](#) vom 17. Januar 2019 E. 3.1.3.

Die Praxis zeigt allerdings, dass die vorgenannte gesetzliche Regelung zum Rechtsschutz differenziert angewendet wird. In einem wegweisenden Entscheid<sup>33</sup> zur Ausschreibungspflicht nach [Art. 2 Abs. 7 BGBM](#) qualifizierte das Bundesgericht die Erteilung einer Konzession für Plakatwerbung auf öffentlichem und privatem Grund für 10 Jahre (mit Verlängerungsoption um fünf Jahre) als verwaltungsrechtlichen Vertrag, erklärte diesen mangels vorgängiger Ausschreibung als nichtig und verpflichtete die Gemeinde, die Konzession innert sechs Monaten ordnungsgemäss auszuschreiben. Ausschlaggebend für die ausnahmsweise Nichtigkeit waren die Schwere des Mangels<sup>34</sup>, die offensichtliche Ausschreibungspflicht<sup>35</sup> sowie der Umstand, dass die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wurde<sup>36</sup>.

Zwar erging dieser Entscheid auf der Grundlage des [BGBM](#) und nicht des öffentlichen Beschaffungsrechts. Die Frage nach der Qualifikation von Konzessionsverträgen als verwaltungsrechtliche Verträge sowie nach den Rechtsfolgen einer unterlassenen öffentlichen Ausschreibung stellt sich jedoch ebenso im Kontext von [Art. 9 BöB/IVöB](#). Dabei ist zu berücksichtigen, dass im öffentlichen Beschaffungsrecht grundsätzlich nur die Vergabe (Zuschlag) eines öffentlichen Auftrags dem öf-

#### **SZKW 2025 218, 224**

fentlichen Recht ([BöB/IVöB](#)) untersteht, während der Vertrag selbst regelmässig privatrechtlicher Natur ist. Dies gilt jedoch nur für «klassische» öffentliche Aufträge im Sinne von [Art. 8 Abs. 1 BöB/IVöB](#). Zumindest «reine Konzessionsverträge» im Sinne von [Art. 9 BöB/IVöB](#) dürften hingegen in der Regel ebenfalls als verwaltungsrechtliche Verträge zu qualifizieren sein, womit die vorstehend genannte Rechtsprechung zur Nichtigkeitsfolge auch für unrechtmässig vergebene Konzessionsverträge nach öffentlichem Beschaffungsrecht gelten dürfte.

In einem zur Publikation vorgesehenen Urteil<sup>37</sup> hat das Bundesgericht zudem kürzlich auch für «klassische» öffentliche Aufträge eine wegweisende Klärung zum Rechtsschutz und zu den Rechtsfolgen bei vergaberechtswidrig abgeschlossenen Beschaffungsverträgen vorgenommen und damit den Rechtsschutz gestärkt. Es stellte klar, dass die gesetzliche Beschränkung auf Sekundärrechtsschutz (Feststellung der Rechtswidrigkeit und Schadenersatz) gemäss [Art. 58 Abs. 2 BöB/IVöB](#) nur dann greift, wenn der Vertrag zulässigerweise bereits abgeschlossen wurde, wenn also das Gericht ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen hat oder ein solches Gesuch nicht gestellt wurde. Wird der Vertrag hingegen in vergaberechtswidriger Weise – in dem vom Gericht zu beurteilenden Fall während noch laufender Stillhaltefrist – abgeschlossen, können nicht berücksichtigte Anbieterinnen gemäss Bundesgericht grundsätzlich die Aufhebung oder Anpassung der Zuschlagsverfügung und des Beschaffungsvertrags verlangen und sind nicht von vornherein auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit und Schadenersatz beschränkt. Die Verwaltungsgerichte seien zwar nicht befugt, unmittelbar in den privatrechtlichen Vertrag zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin einzugreifen. Sie müssten jedoch prüfen, in welcher Form der Primärrechtsschutz konkret gewährt werden kann. Sofern kein die Nichtigkeit rechtfertigender aussergewöhnlicher Fall vorliege, könne die Beschwerdeinstanz die Vergabestelle anweisen, den Vertrag im Rahmen der bestehenden vertraglichen Möglichkeiten aufzulösen oder anzupassen, um eine (möglichst) vergaberechtskonforme Lage der Dinge herzustellen. Gemäss Bundesgericht sind die entsprechenden Anordnungen jedoch grundsätzlich auf zukünftige Massnahmen beschränkt. Eine Rückabwicklung des Vertrags bleibt die Ausnahme.

---

<sup>33</sup> [BGE 148 II 564](#).

<sup>34</sup> Die unterlassene Ausschreibung der Konzession stellte einen besonders schweren Mangel dar, da sie die beiden Grundvoraussetzungen von [Art. 2 Abs. 7 BGBM](#) (Ausschreibungspflicht und Diskriminierungsverbot) missachtete, den Wettbewerbszweck nach [Art. 1 BGBM](#) sowie die Wirtschaftsfreiheit, das Diskriminierungsverbot und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten gemäss [Art. 27 und Art. 94 BV](#) verletzte und eine rechtzeitige Anfechtung verunmöglichte ([BGE 148 II 564 E. 7.4](#)).

<sup>35</sup> Die Pflicht zur Ausschreibung hätte ohne Weiteres erkannt werden müssen, da das Bundesgericht in einem Grundsatzentscheid bereits unmissverständlich festgehalten hatte, dass die Erteilung einer Plakatkonzession den Anforderungen von [Art. 2 Abs. 7 BGBM](#) zu genügen hat. Zudem hatte die Beschwerdeführerin die Gemeinde mehrfach ausdrücklich auf ihr Interesse an einer Beteiligung hingewiesen ([BGE 148 II 564 E. 7.5](#)).

<sup>36</sup> Die Feststellung der Nichtigkeit wirkte ausschliesslich im Verhältnis zwischen der Gemeinde und der A. SA. Investitionen der A. SA waren nicht schutzwürdig, da sie angesichts der offensichtlichen Rechtswidrigkeit der Konzessionserteilung mit einer Ungültigerklärung rechnen musste. Eine ernsthafte Gefährdung der Rechtssicherheit lag folglich nicht vor ([BGE 148 II 564 E. 7.6](#)).

<sup>37</sup> BGer, Urteil [2D\\_14/2024 vom 19. Mai 2025](#), zur Publikation vorgesehen.

Der zitierte Entscheid des Bundesgerichts betrifft zwar wie bereits angetönt einen Beschaffungsvertrag, der unter Missachtung der Stillhaltefrist verfrüht abgeschlossen wurde. Es erscheint jedoch naheliegend, diese Rechtsprechung auch auf weitere Konstellationen vergaberechtswidrig abgeschlossener Verträge anzuwenden, insbesondere auch auf unzulässige freihändige Vergaben (De-facto-Vergaben).

Insgesamt lässt sich aus den zitierten Urteilen des Bundesgerichts zur Vergabe von Konzessionen ableiten, dass auch Konzessionsverträge, die dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen und ohne vorgängige Ausschreibung vergeben werden, unter Umständen als nichtig qualifiziert werden könnten. Zwar hat das Bundesgericht in seinem zweiten Urteil betont, dass die Nichtigkeit im öffentlichen Beschaffungsrecht nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt. Angesichts des verwaltungsrechtlichen Charakters reiner Konzessionsverträge dürfte sich die Frage der Nichtigkeit jedoch eher nach den Kriterien des erstzitierten Urteils richten und tendenziell schneller bejaht werden als bei klassischen (privatrechtlichen) Beschaffungsverträgen. Greift die Nichtigkeit im Einzelfall nicht, so besteht immerhin die Möglichkeit, die Auflösung oder Anpassung des Vertrags zu beantragen. Insgesamt ist der Rechtsschutz bei De-facto-Konzessionsvergaben somit gerade nicht von vornherein auf die blosser Feststellung einer Rechtsverletzung beschränkt, sondern ermöglicht grundsätzlich eine effektive Wiederholung der Vergabe im Sinne des Primärrechtsschutzes.

## V. Schlussbemerkung

Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung staatlicher Monopole im Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts ist zentral für dessen Zielerreichung: Sie soll diskriminierungsfreie und transparente Vergabeverfahren gewährleisten und damit eine effiziente Mittelverwendung sicherstellen. Der vorliegende Beitrag hat jedoch aufgezeigt, dass im Zusammenhang mit Konzessionen noch erhebliche Unsicherheiten bestehen. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass sich der Gesetzgeber bei der Einführung von [Art. 9 BöB/IVöB](#) nicht im Detail mit den konkreten Anwendungsfragen und praktischen Implikationen dieser Bestimmung be-

**SZKW 2025 218, 225**

fasst hat. Die Herausforderungen beginnen bereits bei der Abgrenzung zwischen [Art. 8 und Art. 9 BöB/IVöB](#). Weitere Schwierigkeiten betreffen die Berechnung des massgeblichen Auftragswerts sowie die gesetzlich unklare Regelung zu den Rechtsschutzmöglichkeiten bei De-facto-Vergaben.

Hinsichtlich des Rechtsschutzes hat die jüngere Praxis des Bundesgerichts jedoch für mehr Klarheit und Stärkung gesorgt, indem sie den Zugang zu wirksamen Beschwerdeverfahren erleichtert und damit die Durchsetzung des öffentlichen Beschaffungsrechts fördert. Zudem orientiert sich das schweizerische öffentliche Beschaffungsrecht zunehmend an den Vorgaben des EU-Rechts, was auch im Bereich der Konzessionsvergabe zu mehr Rechtssicherheit für die Anbieterinnen führen dürfte.