

# Ausschreibungsverfahren bei Gebietskonzessionen für thermische Netze am Beispiel der Stadt Zürich

Die Schweiz strebt die Dekarbonisierung der Wärmeversorgung an, wobei thermische Netze eine wichtige Rolle spielen. Gemeinden betreiben oder fördern diese Netze zunehmend, um klimaschonende Effekte zu erzielen und die Abhängigkeit von Erdgasimporten zu verringern. Am Beispiel der Stadt Zürich, welche die Erschliessung bestimmter Gebiete mittels der Vergabe von exklusiven Gebietskonzessionen vorsieht, untersucht der Beitrag die Anforderungen, welche das Beschaffungsrecht und das Binnenmarktgesetz an die Verleihung solcher Konzessionen stellt. Während die Kantone solche Verfahren zwar vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausnehmen können, bleiben sie an die Vorgaben des Binnenmarktgesetzes gebunden. Es ist den Kantonen zu empfehlen, ihre Vergabeverfahren auch in diesen Fällen an den Grundsätzen des Beschaffungsrechts zu orientieren, um sicherzustellen, dass die Verfahren transparent, objektiv und diskriminierungsfrei durchgeführt werden.

<b>I. Bau und Betrieb thermischer Netze auf kommunaler Ebene</b>	32
<b>II. Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts auf gebietsbezogene Versorgungsaufträge und Konzessionen</b>	33
<b>III. Ausschreibungspflichten nach Binnenmarktgesetz</b>	35
<b>IV. Exkurs: Regelung der Vergabe von Konzessionen in der Europäischen Union und Deutschland</b>	40
<b>V. Fazit und Schlussfolgerungen</b>	40

## Zitiervorschlag:

ANDREAS ABEGG / GORAN SEFEROVIC, Ausschreibungsverfahren bei Gebietskonzessionen für thermische Netze am Beispiel der Stadt Zürich, sui generis 2024, S. 31

Andreas Abegg, Prof. Dr. iur., Professor an der ZHAW School of Management and Law in Winterthur, Titularprofessor an der Universität Luzern sowie Rechtsanwalt bei AAK Anwälte und Konsulenten AG, Zürich (andreas.abegg@zhaw.ch). Goran Seferovic, Prof. Dr. iur., Professor an der ZHAW School of Management and Law in Winterthur, Privatdozent an der Universität Zürich sowie Rechtsanwalt bei AAK Anwälte und Konsulenten AG, Zürich (goran.seferovic@zhaw.ch). Der Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten der Verfasser zuhanden der Stadt Zürich und wurde im Rahmen des nationalen Förderprogramms SWEET Call 1-2020 (DeCarbCH) erstellt und vom Bundesamt für Energie mitfinanziert.

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.249>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

# I. Bau und Betrieb thermischer Netze auf kommunaler Ebene

## 1. Bedeutung thermischer Netze und deren Förderung durch die Gemeinden

- 1 Der Bund erachtet die Dekarbonisierung der Wärmeversorgung als entscheidendes Mittel, um die Klimaziele der Schweiz bis ins Jahr 2050 zu erreichen.<sup>1</sup> Die nachhaltige Wärme- und Kälteversorgung der Gebäude über thermische Netze spielt dabei eine zentrale Rolle, weshalb immer mehr Gemeinden solche Netze planen und bauen. Deren klimaschonende Wirkung wird durch die Tatsache verstärkt, dass oft im Gleichschritt die Erdgasnetze zurückgebaut werden und damit auch die Abhängigkeit der Schweiz von Erdgasimporten verringert wird.<sup>2</sup>
- 2 Einen grossen Teil dieser thermischen Netze bauen und betreiben die Gemeinden bzw. die in ihrem Eigentum stehenden Stadt- oder Gemeindewerke selbst,<sup>3</sup> obwohl die Energieversorgung – auch mittels Fernwärmenetzen – grundsätzlich in die Zuständigkeit der Wirtschaft fällt.<sup>4</sup> Mitunter entscheiden sich die Gemeinden aber auch dazu, die Fernwärmeversorgung im Rahmen einer Public-Private-Partnerschaft zu erbringen. Dazu gründen die Parteien meist ein gemeinsames Unternehmen,<sup>5</sup> an welchem Private und die öffentliche Hand gemeinsam beteiligt sind.<sup>6</sup> Einige Gemeinden entschliessen sich auch, die Netze von rein privaten Unternehmen bauen und betreiben zu lassen. Den privaten Unternehmen übertragen die Gemeinwesen typischerweise ein dauerhaftes Nutzungsrecht am öffentlichen Untergrund, um die Netze bauen und betreiben zu können. Überdies teilen Gemeinwesen den Betreibern zuweilen exklusive Zonen zu, in welchen diesen das ausschliessliche Recht zukommt, thermische Netze zu betreiben.
- 3 Der vorliegende Beitrag untersucht am Beispiel der Stadt Zürich, ob die Erteilung einer gebietsbezogenen Konzession

1 Potenzial von Fernwärme- und Fernkälteanlagen, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 19.4051, FDP-Liberale Fraktion vom 18. September 2019, 17. Dezember 2021, S. 4.

2 Vgl. Bericht Bundesrat Fernwärme (Fn. 1), S. 37 f.

3 Vgl. Bericht Bundesrat Fernwärme (Fn. 1), S. 18 f.

4 Vgl. Art. 6 Abs. 2 EnG (Energiegesetz vom 30. September 2016 [EnG; SR 730]) sowie ANDREAS ABEGG / NAGIHAN MUSLIU, Die Fernwärmeversorgung – eine rechtliche Einordnung, *sui generis* 2022, S. 43 ff., N 4.

5 Vgl. Bericht Bundesrat Fernwärme (Fn. 1), S. 18. Möglich sind auch rein vertragliche Verhältnisse oder Konzessionen als Grundlage der Kooperation, vgl. im Allgemeinen ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, N 1804.

6 Diese werden meist als gemischtwirtschaftliche Unternehmen bezeichnet, vgl. dazu im Allgemeinen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 5), N 1806 ff. Zur nicht gefestigten Terminologie ANDREAS STÖCKLI, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, recht 2015, S. 112, Fn. 4 m.w.H.

sion an private oder gemischtwirtschaftliche Betreiber einer Ausschreibungspflicht unterliegt.

## 2. Thermische Netze in der Stadt Zürich

Im Kanton Zürich können die Gemeinden auf ihrem Gebiet eine Energieplanung durchführen und dabei Gebiete für die leitungsgebundene Wärmeversorgung ausschneiden.<sup>7</sup> Dieser Plan, welcher der Genehmigung der kantonalen Baudirektion untersteht,<sup>8</sup> stellt einen behördenverbindlichen Sachplan dar, womit die Energieplanung bei der Richtplanung und der Nutzungsplanung zu berücksichtigen ist.<sup>9</sup>

Im Rahmen dieser Energieplanung scheidet die Stadt Zürich Gebiete aus, welche durch thermische Netze im Rahmen eines Versorgungsauftrags erschlossen werden sollen.<sup>10</sup> Die Versorgung über solche thermische Netze im Rahmen eines Monopols mit Anschlusspflicht des Energieversorgers erachtet der Stadtrat, in Übereinstimmung mit der Lehre,<sup>11</sup> als öffentliche Aufgabe.<sup>12</sup> Die Betreiber sind verpflichtet, ein thermisches Netz zu bauen und zu betreiben sowie den Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern, die an einem Anschluss interessiert sind, ein Anschlussangebot zu unterbreiten.<sup>13</sup> Des Weiteren macht die Stadt Zürich energiepolitische, ökologische und wirtschaftliche Vorgaben.<sup>14</sup> Für Bau und Betrieb dieser Netze sieht die Wärmeversorgungsverordnung zwei unterschiedliche Varianten vor:

Die Stadt kann einerseits solche Netze selbst bauen und betreiben, wofür sie der zuständigen Verwaltungseinheit einen gebietsbezogenen Versorgungsauftrag erteilt.<sup>15</sup> Ein solcher Versorgungsauftrag stellt einen (verwaltungsinternen) Leistungsauftrag dar,<sup>16</sup> welcher eine einseitige

7 § 7 EnerG (Energiegesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 [EnerG; LS 730.1]). Vgl. zur Energieplanung ausführlich SEVERINE BEURET, La planification énergétique territoriale et le plan communal des énergies, in: Défago/Wermelinger (Hrsg.), *Servitudes, territoire et approvisionnement énergétique: trio explosif?*, Basel 2022, S. 79 ff.

8 § 7 Abs. 3 EnerG.

9 ABEGG/MUSLIU (Fn. 4), N 7.

10 Beschluss des Stadtrats vom 17. November 2021, Nr. 1151/2021, S. 3.

11 MARTIN FÖHSE, Thermische Netze aus rechtlicher Perspektive, *AJP* 2023, S. 607; SEBASTIAN HESELHAUS / MARKUS SCHREIBER, Rechtliche Grundlagen der Fernwärme, *Justletter* 19. Dezember 2016, N 24; ETIENNE POLTIER, *Droit suisse de l'énergie*, Bern 2020, N 91.

12 Beschluss des Stadtrats vom 17. November 2021, Nr. 1151/2021, S. 10; vgl. ebenso die Erläuterungen des Stadtrats zu Art. 2 sowie Art. 4 und 5 AB WVV (Ausführungsbestimmungen zur Wärmeversorgungsverordnung vom 7. Juni 2023 [AB WVV; AS 734.101]); Beschluss des Stadtrats vom 7. Juni 2023, Nr. 1653/2023, S. 2 und 7.

13 Art. 9 lit. a WVV (Wärmeversorgungsverordnung vom 16. März 2022 [WVV; AS 734.100]); vgl. auch Beschluss des Stadtrats vom 17. November 2021, Nr. 1151/2021, S. 23.

14 Art. 7 ff. WVV.

15 Art. 6 lit. a WVV.

16 So ausdrücklich die Marginalie in Art. 5 WVV.

Weisung der übergeordneten Verwaltungsbehörde an eine untergeordnete Dienststelle entspricht.<sup>17</sup>

- 7 Sollen andererseits Dritte in einem bestimmten Gebiet ein thermisches Netz bauen und betreiben, so erteilt die Stadt Zürich diesen Betreibern hingegen eine gebietsbezogene Konzession,<sup>18</sup> welche mit einer Betriebspflicht und weiteren Pflichten verbunden ist. Den Betreibern werden dabei im Unterschied zur städtischen Verwaltungseinheit aufgrund der exklusiven Versorgung mit Fernwärme im zugewiesenen Gebiet wirtschaftliche Sonderrechte eingeräumt, weshalb sich die Frage stellt, ob solche Konzessionen öffentlich auszuschreiben sind.

## II. Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts auf gebietsbezogene Versorgungsaufträge und Konzessionen

### 1. Gebietsbezogener Versorgungsauftrag als In-House-Vergabe

- 8 Staatliche Behörden der kommunalen Ebene unterstehen grundsätzlich dem subjektiven Anwendungsbereich der IVöB.<sup>19</sup> Soweit kommunale Energieversorgungsunternehmen, welche thermische Netze bauen und betreiben, aber Teil der öffentlichen Verwaltung bilden, wird durch einen solchen Gebietsauftrag kein Monopol an einen Dritten übertragen, womit der Auftrag vom Geltungsbereich der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB<sup>20</sup>) ausgenommen ist (sog. *In-house-Vergabe*).<sup>21</sup> Erteilt die Stadt Zürich der Verwaltungseinheit einen gebietsbezogenen Versorgungsauftrag,<sup>22</sup> muss dieser somit nicht öffentlich ausgeschrieben werden.

### 2. Möglicher Ausnahmetatbestand der Quasi-In-house-Vergabe

- 9 Ebenso vom Geltungsbereich ausgenommen ist eine Vergabe, wenn das Gemeinwesen eine Konzession einem Unternehmen überträgt, über welches es «eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht», und wenn dieses Unternehmen seine Leis-

17 Vgl. dazu ERIKA DIANE FREY, Der Leistungsvertrag und dessen Anwendung auf dem Gebiet des Straf- und Massnahmenvollzugs, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Zürich 2019, S. 154.

18 Art. 6 lit. b WVV.

19 Vgl. Art. 4 IVöB (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [IVöB]).

20 Für den Kanton Zürich Anhang A Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019, vom 20. März 2023 (BeiG IVöB; LS 720.1).

21 Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB.

22 Art. 6 lit. a WVV.

tungen «im Wesentlichen für den Auftraggeber» erbringt (*Quasi-In-house-Vergabe*).<sup>23</sup> Der Regierungsrat des Kantons Zürich erwähnte in diesem Zusammenhang, dass ein Unternehmen 80 % seiner Leistungen in einem bestimmten Markt für das anbietende Gemeinwesen erbringen muss, damit eine *Quasi-In-house-Vergabe* vorliegt.<sup>24</sup> Das Kontrollkriterium ist in der Praxis bisher weniger klar definiert worden, und es ist unklar, wieweit die Vergaberichtlinien der EU für das Schweizer Beschaffungsrecht anwendbar sein sollen. Fasst man das Kontrollkriterium so streng wie der EuGH, so wären ein Ausnahmetatbestand bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ausgeschlossen.<sup>25</sup>

### 3. Anwendung des Beschaffungsrechts auf die gebietsbezogene Konzession

10 Erteilt die Stadt Zürich eine gebietsbezogene Konzession, so könnte dieser Vorgang unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallen, denn nach dem revidierten Beschaffungsrecht gelten nun grundsätzlich auch die Übertragung öffentlicher Aufgaben sowie die Verleihung von Konzessionen als öffentlicher Auftrag.<sup>26</sup> Dies, obwohl die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private nicht vom WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA<sup>27</sup>) erfasst wird.<sup>28</sup> Vorausgesetzt wird nach Art. 9 IVöB, dass dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.<sup>29</sup>

11 Das Beschaffungsrecht ist nach diesen Normen im Falle der gebietsbezogenen Konzessionen somit anwendbar, wenn erstens das Gemeinwesen die gebietsweise Wärmeversorgung durch thermische Netze als öffentliche

23 Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB.

24 Vgl. Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (BeiG IVöB), Antrag des Regierungsrates vom 24. November 2021, Geschäfts-Nr. 5772, S. 68.

25 Das Kontrollkriterium basiert auf der sog. Teckal-Praxis des EuGH, vgl. dazu auch Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 (BBl 2017 1851), S. 1907. Vgl. ausführlich zum Kontrollkriterium MARTIN LUDIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre: Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz, Diss. Luzern 2019, Zürich/St. Gallen 2019, N 228 ff.

26 Art. 9 IVöB.

27 Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996 (AS O. 632.231.422).

28 Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 (BBl 2017 2053), S. 2066 f. Desgleichen der Bundesrat in Botschaft BÖB (Fn. 25), S. 1907.

29 Vgl. dazu sogleich Rz. 12 ff.

Aufgabe festlegt und hierzu eine Gebietskonzession vergeben will,<sup>30</sup> sowie zweitens der Betrieb gegen ein Entgelt des Gemeinwesens erfolgt. Ein Entgelt liegt bereits dann vor, wenn die Konzessionärin den öffentlichen Grund kostenlos nutzen darf.<sup>31</sup> Lehre und Praxis gehen zudem davon aus, dass auch die Übertragung des exklusiven Nutzungsrechts ein Entgelt darstellen kann.<sup>32</sup> Demnach untersteht die Übertragung einer gebietsbezogenen Konzession grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Ob Monopolkonzessionen, bei welchen die Privaten keine öffentlichen Aufgaben übernehmen, ebenfalls Art. 9 IVöB unterliegen, ist hingegen umstritten.<sup>33</sup>

#### 4. Spezialgesetzliche Ausnahmetatbestände nach Art. 9 Satz 2 IVöB

- 12 Auch wenn die Übertragung öffentlicher Aufgaben sowie die Verleihung von Konzessionen nach den Voraussetzungen von Art. 9 Satz 1 IVöB dem Beschaffungsrecht unterliegen, können Bund und Kantone diese Übertragungen durch spezialgesetzliche Bestimmungen vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausnehmen.<sup>34</sup> Begründet wird dies damit, dass die beschaffungsrechtlichen Bestimmungen nicht bei jeder Übertragung von öffentlichen Aufgaben «sachgerecht» seien<sup>35</sup> und sektorspezifische Regelungen dem Beschaffungsrecht vorgehen sollten.<sup>36</sup>
- 13 Gemäss Musterbotschaft zur IVöB kann die Übertragung von öffentlichen Aufgaben oder die Verleihung von Konzessionen durch spezialgesetzliche Bestimmungen «aller

Ebenen» vom beschaffungsrechtlichen Verfahren ausgenommen werden.<sup>37</sup> Es ist somit zu vermuten, dass auch die Gemeinden solche Ausnahmen beschliessen können, soweit eine solche nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst.<sup>38</sup> Ob eine Abweichung von Art. 9 IVöB auch allein auf Verordnungsstufe zulässig wäre, ist in der Lehre umstritten.<sup>39</sup>

Die Stadt Zürich nimmt die Erteilung von Gebietskonzessionen vom beschaffungsrechtlichen Verfahren aus und legt gleichzeitig ein eigenes Verfahren für die Verleihung der Konzessionen fest, welches eine öffentliche Ausschreibung vorsieht.<sup>40</sup> Das Verfahren soll sich gemäss Wortlaut der WVV nach Art. 2 Abs. 7 BGBM<sup>41</sup> richten und den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz folgen.<sup>42</sup> Die Einzelheiten hat der Stadtrat in einer Verordnung geregelt.<sup>43</sup>

Aus der Weisung des Stadtrats geht hervor, dass die Stadt Zürich die Auffassung vertritt, dass spezialgesetzliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts i. S. v. Art. 9 Satz 2 IVöB die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht ausschliessen können.<sup>44</sup> Der Stadtrat stützte sich dafür auf die Musterbotschaft zur IVöB, welche Art. 2 Abs. 7 BGBM im Zusammenhang mit der Vergabe von Konzessionen zur Nutzung des Untergrunds erwähnt.<sup>45</sup> Die Auffassung, wonach Art. 2 Abs. 7 BGBM bei spezialgesetzlichen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts i. S. v. Art. 9 Satz 2 IVöB ausgenommen ist, ist im Folgenden Abschnitt näher zu untersuchen.

30 Der Stadtrat fasst die Übertragung der Gebietskonzession als beschaffungsrelevanten Vorgang auf: Beschluss des Stadtrats vom 17. November 2021, Nr. 1151/2021, S. 25f.

31 Art. 15 WVV; vgl. dazu auch MATTHIEU SEYDOUX, Réseaux thermiques et chauffage à distance: Étude de droit public suisse. Éléments de droit européen et de droit comparé, Zürich 2023, N 1269.

32 BGE 144 II 177 E. 1.3.5; vgl. auch DANIEL KUNZ, Konzessionen – Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 205 ff., N 20; sowie NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014, S. 225.

33 Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 16. Januar 2020, S. 35; vgl. auch BGE 143 II 120 E. 6.3.2 sowie für eine ausführliche Analyse BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsgutachten zur Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM) vom 10. Februar 2023, N 28.

34 Art. 9 Abs. 1 Satz 2 IVöB für die Kantone und Art. 9 Satz 2 BöB für den Bund.

35 Botschaft BöB (Fn. 25), S. 1901; Musterbotschaft IVöB (Fn. 33), S. 36. Der Bundesrat spricht sich aufgrund von Überlegungen zu Föderalismus sowie der Komplexität einer Übertragung bestehender Netze gegen eine Ausschreibungspflicht von Stromnetzen aus: vgl. Antwort zur Interpellation 10.3510. Diese Argumente lassen sich auf thermische Netze übertragen.

36 THOMAS P. MÜLLER, in: Trüb (Hrsg.) Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 9 N 59 ff. (zit. HK BÖB-BEARBEITERIN).

37 Der Regierungsrat des Kantons Zürich nennt in seiner Botschaft zum Beitrittsgesetz des Kantons Zürich «kantonale Erlasse», die als spezialgesetzliche Regelungen gelten sollen. Der Regierungsrat äussert sich in seiner Weisung nicht zur Frage, ob auch Gemeinden spezialgesetzliche Ausnahmen beschliessen können. Vgl. Antrag des Regierungsrates vom 24. November 2021 (Fn. 24).

38 Entsprechend verweist Art. 13 Abs. 2 WVV für die Verleihung von Gebietskonzessionen auf Art. 2 Abs. 7 BGBM, womit die Stadt Zürich die Auffassung vertritt, dass Gemeinden solche spezialgesetzlichen Bestimmungen erlassen können. Der Stadtrat Zürich verweist ausdrücklich auf die Musterbotschaft zur IVöB: Beschluss des Stadtrats vom 17. November 2021, Nr. 1151/2021, S. 25. Zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM siehe sogleich Kap. III, insbesondere bei Fn. 82.

39 Ablehnend ANDREAS ABEGG / ANDREAS HEFTI / GORAN SEFEROVIC, Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, 15. Februar 2019, S. 96. Zustimmend hingegen HK BÖB-MÜLLER, Art. 9 N 63f.

40 Art. 13 Abs. 1 WVV.

41 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02).

42 Art. 13 Abs. 2 WVV.

43 Ausführungsbestimmungen zur Wärmeversorgungsverordnung (AB WVV). Vgl. auch die entsprechende Delegationsnorm Art. 13 Abs. 3 WVV.

44 Beschluss des Stadtrats vom 17. November 2021, Nr. 1151/2021, S. 26.

45 Musterbotschaft IVöB (Fn. 33), S. 36.

### III. Ausschreibungspflichten nach Binnenmarktgesetz

#### 1. BGBM als binnenmarktrechtlicher Mindeststandard

- 16 Selbst wenn Kantone und Gemeinden die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen durch spezialgesetzliche Grundlagen vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausnehmen, untersteht eine solche Vergabe weiterhin einer Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, sofern damit Nutzungsrechte an kantonalen oder kommunalen Monopolen übertragen werden.<sup>46</sup> Dies gilt sowohl für rechtliche als auch für faktische Monopole.<sup>47</sup> Im Gegensatz zum Beschaffungsrecht ermöglicht Art. 2 Abs. 7 BGBM dem Gemeinwesen, bei der Vergabe solcher Monopolrechte aber weitere Kriterien zu berücksichtigen, da die Gegenleistung der Privaten nicht nur in der Form von Gebühren, sondern auch in der Form von Leistungen von öffentlichem Interesse erfolgen kann.<sup>48</sup>
- 17 Ausgenommen vom Anwendungsbereich des BGBM sind lediglich hoheitliche Tätigkeiten, welche nicht auf Erwerb gerichtet sind.<sup>49</sup> Hoheitliche Tätigkeiten zeichnen sich dadurch aus, dass öffentlich-rechtliche Verhältnisse vorliegen, welche sich durch ein Subordinationsverhältnis auszeichnen.<sup>50</sup> Gewerbliche Verrichtungen des Gemeinwesens sollten ausdrücklich erfasst werden.<sup>51</sup> Damit unterstehen auch Tätigkeiten im Rahmen eines Monopols dem BGBM, sofern die Tätigkeit marktfähig ist, was im Bereich der Grundversorgung der Fall ist.<sup>52</sup>
- 18 Ebenfalls umstritten ist, ob das BGBM auf Leistungsträger anwendbar ist, mit welchen das Gemeinwesen

46 THIERRY LARGEY / NOÉMIE HOFER, L'appel d'offres public en matière de réseaux thermiques dans le domaine public, Jusletter 7. August 2023, N 53 und 57. Diese bezeichnen Art. 9 IVÖB als *lex specialis* im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 7 BGBM (in Fn. 138). Vgl. auch Botschaft BÖB (Fn. 25), S. 1990 f.; MATTHIAS OESCH / STEFAN RENFER, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II: Kommentar: VKU, SVKG, VertBek, PüG, BÖB, UWG, BGBM, THG (OFK), 2. Aufl., Zürich 2021, Art. 2 BGBM N 4 (zit. OFK Wettbewerbsrecht II-BEARBEITERIN).

47 BGE 143 II 598 E. 4.1.1.

48 NICOLAS DIEBOLD, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, N 85; ETIENNE POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence: Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 2 BGBM N 73 (zit. CR-BEARBEITERIN).

49 Vgl. Art. 1 Abs. 3 BGBM.

50 MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten: Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 379 ff. m.w.H.

51 Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004 (BBl 2004 465), S. 484.

52 RÜTSCHKE (Fn. 33), N 28.

öffentliche Aufgaben überträgt.<sup>53</sup> Soweit ein solcher Leistungsauftrag aber mit einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession verbunden ist, wie es bei einer Gebietskonzession zur Wärmeversorgung der Fall ist, so untersteht auch der Leistungsauftrag der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM.<sup>54</sup>

Dem Bund kommt zwar keine Kompetenz zu, das Beschaffungsrecht auf kantonaler und kommunaler Ebene zu regeln. Art. 5 BGBM verankert aber gestützt auf die Kompetenz zur Regelung des schweizerischen Binnenmarktes<sup>55</sup> einen Mindeststandard.<sup>56</sup> Um diesen Mindeststandard auf das Beschaffungsrecht abzustimmen, hat die Bundesversammlung in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 BGBM eine Vermutung eingefügt, wonach die Mindestvorgaben des BGBM eingehalten sind, sofern sich eine kantonale oder kommunale Beschaffung oder die Übertragung einer Monopolnutzung auf die revidierte IVÖB stützt. Der Mindeststandard des BGBM gilt aber, selbst wenn eine Beschaffung durch Spezialgesetz vom Anwendungsbereich der IVÖB ausgenommen wird.<sup>57</sup>

#### 2. Ausschreibungspflichten als Hindernis in der Fernwärmeversorgung und Vorgehen in anderen Kantonen

Im Bereich der Stromnetze ermöglicht das Stromversorgungsgesetz den Kantonen und Gemeinden, Konzessionen zur Nutzung von Grund und Boden für das Übertragungs- und Verteilnetz ohne Ausschreibung zu erteilen.<sup>58</sup> Gleichwohl haben die Behörden aber ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren vorzusehen. Die enge Anlehnung der Revision des Stromversorgungsgesetzes an das Wasserrechtsgesetz lässt vermuten, dass der Gesetzgeber damit ein Gesuchsverfahren wie im Wasserrechtsgesetz ermöglichen wollte.<sup>59</sup> Ausgehend von dieser Ausnahme warf der Bundesrat die Frage auf, ob eine ähnliche Ausnahme nicht auch im Bereich thermischer Netze einzuführen wäre.<sup>60</sup> Eine solche Ausnahme ist bis heute aber nicht eingeführt worden, obwohl die

53 Vgl. dazu ausführlich RÜTSCHKE (Fn. 33), N 70 ff. m.w.H.

54 RÜTSCHKE (Fn. 33), N 71 m.w.H.

55 Art. 95 Abs. 2 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [(BV; SR 101)]).

56 OFK Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER, Art. 5 BGBM N 1.

57 Botschaft BÖB (Fn. 25), S. 1990 f.; OFK Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER, Art. 2 BGBM N 4.

58 Art. 3a StromVG (Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 [StromVG; SR 734.7]).

59 Die Begründung zur Parlamentarischen Initiative äussert sich nicht zum möglichen Verfahren der Konzessionsvergabe, vgl. Parlamentarische Initiative 10.480, Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze. Bericht vom 21. Februar 2011 der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (BBl 2011 3907).

60 Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 19.4051, FDP-Liberale Fraktion, 18. September 2019, S. 35 (Handlungsoption 11).

Ausschreibung von Fernwärmenetzen ähnliche Probleme aufwirft wie diejenige von Elektrizitätsnetzen.<sup>61</sup>

- 21 Wieweit die erwähnten beschaffungsrechtlichen Ausnahmen für privilegierte Vergaben innerhalb der Staats-sphäre auch im Anwendungsbereich des BGBM gelten sollen, ist bisher ungeklärt.<sup>62</sup> Die WEKO hat sich unter dem alten Beschaffungsrecht für die analoge Anwendung der Ausnahmen im Bereich des BGBM ausgesprochen, da das BGBM ebenfalls Wettbewerb und Gleichbehandlung der Konkurrenten bezwecke.<sup>63</sup>
- 22 Aus Sicht des Bundes stellt die Ausschreibungspflicht aber ein Hindernis für den politisch erwünschten Ausbau der Fernwärmenetze dar.<sup>64</sup> In der Praxis wird mit der Vergabe von Bau und Betrieb von Fernwärmenetzen denn auch unterschiedlich umgegangen:
- 23 Der Kanton Luzern erlaubt seinen Gemeinden im kantonalen Energiegesetz ausdrücklich, auf die Ausschreibung von Konzessionen für Fernwärmenetze zu verzichten.<sup>65</sup> Dabei beruft sich der Regierungsrat des Kantons Luzern auf eine Analogie zur Strom- und zur Wasserrechtsgesetzgebung,<sup>66</sup> welche im Bereich der Fernwärmenetze aber gerade nicht vorgesehen ist. Wie erwähnt, können Kantone zwar in begründeten Fällen Ausnahmen vom Beschaffungsrecht vorsehen. Von einer Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM können sie aber nicht absehen,<sup>67</sup> weshalb die Luzerner Regelung bundesrechtswidrig ist.<sup>68</sup> Die Stadt Luzern stellt sich zudem auf den Standpunkt, mit derartigen Sondernutzungskonzessionen werde kein Monopol übertragen, da parallele Fernwärmenetze erstellt werden könnten.<sup>69</sup> Angesichts der engen Platzverhältnisse im öffentlichen Untergrund vor

61 Der Bundesrat erwähnte in Bezug auf seine Ablehnung einer Ausschreibungspflicht für Stromnetze u. a. Erwägungen des Föderalismus sowie die Komplexität einer Übertragung bestehender Netze, wie sie etwa beim Heimfall nach Ablauf der Konzession typischerweise erfolgt, vgl. Stellungnahme des Bundesrates zur Interpellation 10.3510 Lustenberger vom 1. September 2010.

62 Vgl. LUDIN (Fn. 25), N 727 ff. m. w. H.; für die Anwendung der Ausnahmen im Ergebnis SEYDOUX (Fn. 31), N 1292. Vgl. auch RÜTSCHKE (Fn. 33), N 36 m. w. H.

63 WEKO, Gutachten CKW Konzessionsverträge, RPW 2011/2, S. 345, N 36 ff., insb. N 46; vgl. dazu auch LUDIN (Fn. 25), N 728 m. w. H.

64 Bundesamt für Energie, Beschleunigung des Ausbaus thermischer Netze, Projektbericht vom 2. August 2022, S. 15 ff.

65 § 6 Abs. 4 KEnG/LU (Energiegesetz des Kantons Luzern vom 4. Dezember 2017 [KEnG/LU; SRL Nr. 773]). Siehe zur Rechtmässigkeit solcher Ausschlüsse unten bei Fn. 85.

66 Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Totalrevision des Energiegesetzes und Volksinitiative «Energiezukunft Luzern» vom 23. Mai 2017, B 87, S. 29 f.

67 LARGEY/HOFER (Fn. 46), N 54.

68 SEYDOUX bezeichnet das Luzerner Recht in dieser Hinsicht denn auch als verfassungswidrig, vgl. SEYDOUX (Fn. 31), N 1295.

69 Vgl. etwa Bericht und Antrag des Stadtrats an den Grossen Stadtrat Luzern vom 7. März 2018, Fernwärmeerschliessung Littau: Zustimmung zum Konzessionsvertrag, Beschlussnummer 2018/45, S. 10 (Ziff. 2).

allem in dicht bebauten Innenstädten überzeugt diese Argumentation aber nicht. Zwei parallele Netze könnten überdies auch nicht wirtschaftlich betrieben werden.<sup>70</sup>

Zuweilen verzichten Gemeinden auf eine öffentliche Ausschreibung der Konzessionierung an Private – auch wenn keine Ausnahme vom Prinzip der öffentlichen Ausschreibung gesetzlich normiert wurde. So erstellt und betreibt etwa die privatwirtschaftliche Unternehmensgruppe WWZ AG, an welcher die öffentliche Hand knapp 30 % des Aktienkapitals hält, einen Wärmeverbund in der Stadt Zug.<sup>71</sup> Zu diesem Zweck hat die Stadt Zug mit dem Unternehmen einen Konzessionsvertrag abgeschlossen.<sup>72</sup> Diesem Konzessionsvertrag liegt eine Sondernutzungskonzession zugrunde, welche der WWZ AG das Recht verleiht, in einem definierten Konzessionsgebiet den öffentlichen Grund der Gemeinde für die notwendigen Bauten und Anlagen in Anspruch zu nehmen.<sup>73</sup> Das Recht, einen Wärmeverbund im Gebiet zu betreiben, wird zumindest dem Wortlaut nach nicht exklusiv erteilt.<sup>74</sup> Stadt und Kanton Zug vertraten in einer Studie aus dem Jahre 2014 die Auffassung, dass diese Konzession nach BGBM deshalb nicht zwingend ausgeschrieben werden müsse.<sup>75</sup> Dass ein weiteres Fernwärmenetz zusätzlich zu einem bestehenden gebaut und betrieben wird, erscheint aber aus wirtschaftlicher Sicht unrealistisch.<sup>76</sup>

### 3. Regelung der Stadt Zürich vor dem Hintergrund des kantonalen Rechts

Im Kanton Zürich unterstellte die frühere Submissionsverordnung<sup>77</sup> zwar auch die Vergabe von «Aufträgen, die [...] vom Bundesgesetz über den Binnenmarkt erfasst werden» dem beschaffungsrechtlichen Verfahren. Inhaltlich und terminologisch bezog sich die Submissionsverordnung dabei aber auf die Vergabe von Aufträgen im Wettbewerb, nicht auf die Vergabe von Staatsaufgaben. Sie war somit auf die Vergabe von Fernwärmekonzessionen, wenn sie wie im vorliegenden Fall als Staatsaufgabe ausgestaltet ist, nicht anwendbar.<sup>78</sup> Die neue Submissionsverordnung enthält keine Norm zu diesem Thema.<sup>79</sup>

70 Vgl. auch LARGEY/HOFER (Fn. 46), N 35.

71 Angaben gemäss Homepage der Unternehmung.

72 Konzessionsvertrag für den Wärme- und Kälteverbund Circulago vom 10. Februar 2017, SRZ 277.

73 Ziff. II. 1 und II. 2 Konzessionsvertrag (Fn. 72).

74 So ausdrücklich Bericht und Antrag des Stadtrats vom 21. Februar 2017, Geschäfts-Nr. 2429, Ziff. 2.1.

75 Energieverbund Zug Machbarkeitsstudie, Bericht Recht und Betreibermodell vom 17. April 2014, Ziff. 3.6.4.2 und 3.6.4.3.

76 Vgl. schon oben bei Fn. 70.

77 Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO; LS 720.1).

78 Vgl. in diesem Sinne auch Antrag des Regierungsrates vom 11. Dezember 2002, Gesetz über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, ABl 2003, S. 52.

79 Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO; LS 720.11).

26 Der Stadtrat von Zürich hat sich mit Verweis auf den kantonalen Richtplan gegen «unwirtschaftliche Doppelversorgungen» konkurrenzierender leitungsgebundener Energieträger ausgesprochen,<sup>80</sup> und der Gemeinderat als Stadtzürcher Legislative hat in Art. 7 ff. WVV ausführliche energiepolitische, ökologische und wirtschaftliche Vorgaben zur Verleihung der exklusiven Gebietskonzessionen bzw. Gebietsaufträge festgelegt. Insbesondere wird den Inhabern einer Gebietskonzession gegenüber anderen leitungsgebundenen Energieträgern ausdrücklich Priorität eingeräumt.<sup>81</sup> Zudem unterstellt der Gemeinderat Gebietskonzessionen für thermische Netze einer öffentlichen Ausschreibung, welche sich nicht nach den Vorgaben der IVöB, sondern nach denjenigen von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu richten hat.<sup>82</sup> Das Verfahren hat «den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz» zu folgen – was über den Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM hinausgeht.<sup>83</sup> Soweit das kommunale Recht die Übertragung von Gebietskonzessionen rechtsgültig vom Anwendungsbereich der IVöB ausnimmt, kommt entsprechend auch die kantonale Submissionsverordnung in ihrer revidierten Form nicht zur Anwendung.<sup>84</sup>

27 Es ist zu begrüßen, dass die Stadt Zürich die Ausschreibungspflicht von Gebietskonzessionen für thermische Netze explizit regelt und insbesondere das Verhältnis von Beschaffungsrecht und Binnenmarktgesetz klar adressiert. Damit wird dem Zweck von Art. 2 Abs. 7 BGBM Rechnung getragen, wonach ortsfremde Anbieter nicht diskriminiert werden dürfen. Die Regelungen in anderen Kantonen sind in dieser Hinsicht nicht mit Art. 2 Abs. 7 BGBM konform, weil der Verzicht auf eine Ausschreibung den freien Marktzugang beschränkt. Eine solche Beschränkung müsste von überwiegendem öffentlichem Interesse sein, verhältnismässig ausgestaltet werden sowie ortsansässige Personen gleichermaßen treffen (Art. 3 BGBM). Überdies bietet allein der Umstand, dass ein privater Verbund mit einem Projekt für ein thermisches Netz an das Gemeinwesen herantritt, keinen genügenden Anlass, um auf eine öffentliche Vergabe zu verzichten. Vielmehr wäre in einem solchen Fall das Ausschreibungsverfahren dem freihändigen Verfahren gegenüberzustellen: Die freihändige Vergabe müsste notwendig sein, um ein öffentliches Interesse zu erreichen (etwa die konsequente städtische

Versorgung mit Wärme). Der Verzicht auf das Ausschreibungsverfahren müsste zudem geeignet sein, das Ziel rascher zu erreichen, und es dürfen keine milderen Mittel einschlägig sein, welche den freien Marktzugang weniger beeinträchtigen würden. Schliesslich muss die Beschränkung des freien Marktzugangs für die potenziellen Konkurrenten im Verhältnis zum verfolgten öffentlichen Interesse zumutbar sein.<sup>85</sup>

#### 4. Inhaltliche Ausgestaltung eines Ausschreibungsverfahrens nach Art. 2 Abs. 7 BGBM

##### a) Ausschreibungsmodalitäten

Soweit die Vergabe einer Gebietskonzession durch spezialgesetzliche Bestimmungen vom Anwendungsbereich der IVöB ausgenommen wird und dabei gleichzeitig ein spezifisches Ausschreibungsverfahren eingeführt wird, erachtet die Lehre eine solche Ausnahme als unproblematisch.<sup>86</sup> In seiner Botschaft zur Totalrevision des BöB<sup>87</sup> forderte der Bundesrat für den Fall, dass eine Aufgabe gegen Entgelt an privatrechtliche Empfänger übertragen werden soll, mindestens ein transparentes, objektives und unparteiisches Auswahlverfahren.<sup>88</sup> Dies wird für den Bund im Subventionsgesetz ausdrücklich vorgeschrieben.<sup>89</sup> Im Bereich der Übertragung von Monopol- und Sondernutzungskonzessionen erfüllen allerdings nicht alle Vergabeverfahren auf Bundesebene diese Anforderungen.<sup>90</sup>

Dem Gemeinwesen kommt bei der Ausgestaltung eines Vergabeverfahrens nach den Vorgaben von Art. 2 Abs. 7 BGBM eine grössere Freiheit zu. Ein Teil der Lehre vertritt jedoch die Auffassung, ein Ausschreibungsverfahren, welches von der Grundordnung, wie sie das Beschaffungsrecht vorsieht, abweicht, müsse durch die Besonderheiten des konkreten Beschaffungsgeschäfts sachlich gerechtfertigt sein.<sup>91</sup> Im Minimum verlangen Lehre und Praxis bei der Übertragung von Konzessionen eine öffentliche Ausschreibung, an welcher interessierte Personen teilnehmen können und die diskriminierungsfrei zu erfolgen hat.<sup>92</sup> Dabei können die Kriterien von Art. 3 Abs. 1 BGBM herangezogen werden, wonach Marktbeschränkungen gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten

80 Weisung zum Beschluss vom 12. Juli 2017, STRB Nr. 611/2017, Ziff. 2.1. 81 STRB Nr. 611/2017, Ziff. 3.3.

82 Von einer Ausschreibung könnte gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM lediglich dann abgewichen werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies erfordern und dieser Verzicht verglichen zur Marktbeschränkung verhältnismässig ist.

83 Art. 13 Abs. 1 und 2 WVV. Die Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens sind durch den Stadtrat zu regeln: Art. 13 Abs. 3 WVV.

84 Die Submissionsverordnung dient gemäss der Delegationsnorm des Kantonsrats der Regelung der «Einzelheiten des Verfahrens, des Vollzugs und der Organisation» (§ 7 Abs. 2 BeiG IVöB).

85 Vgl. zu diesen Anforderungen im Allgemeinen OFK Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER, Art. 3 BGBM N 3 f.

86 HK BÖB-MÜLLER, Art. 9 N 63. Erwähnt werden hier die Verfahren gemäss WRG und StromVG.

87 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB; SR 172.056.1).

88 Botschaft BÖB (Fn. 25), S. 1901.

89 Art. 10 Abs. 1 lit. e Ziff. 1 SuG (Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 [SuG; SR 616.1]).

90 Vgl. ABEGG/HEFTI/SEFEROVIC (Fn. 39), insb. S. 65 ff.

91 HK BÖB-MÜLLER, Art. 9 N 64.

92 BGE 145 II 303 E. 6.4.1; vgl. auch OFK Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER, Art. 2 BGBM N 7.

und diese Marktbeschränkungen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sowie verhältnismässig sein müssen.<sup>93</sup> Zudem sind die Vorschriften zum Rechtsschutz nach Art. 9 BGBM zu beachten; ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung über das Nichtbestehen einer Ausschreibungspflicht kann vorliegen, wenn die Behörde der Ansicht ist, sie sei zu keiner Ausschreibung verpflichtet.<sup>94</sup>

- 30 Minimalanforderungen an dieses Verfahren sind somit eine öffentliche Ausschreibung, die diskriminierungsfreie Durchführung dieses Verfahrens sowie eine Rechtsschutzmöglichkeit.<sup>95</sup> In der Lehre wird vertreten, ein blosses Einladungsverfahren erfülle die Kriterien von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht.<sup>96</sup> Das Bundesgericht lässt es hingegen zu, dass die Behörden als Vergabekriterien weitergehende öffentliche Interessen als nur die Wirtschaftlichkeit der Leistung berücksichtigen; das Verfahren könne zudem auch weniger formalistisch ausgestaltet werden.<sup>97</sup>
- 31 Der Bundesrat vertritt die Auffassung, dass die kantonalen Behörden bei der Festlegung der Ausschreibungsmodalitäten nach BGBM die Regeln des Beschaffungsrechts analog anwenden sollten.<sup>98</sup> Diese Auffassung teilen auch die Lehre und die Wettbewerbskommission (WEKO).<sup>99</sup> Die WEKO nennt zudem Grundsätze, deren Anwendung sich auch im Anwendungsbereich des BGBM rechtfertigen würden: die Nichtdiskriminierung, den Marktzugang sowie Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit. Die WEKO will damit das Wettbewerbselement stärker gewichten.<sup>100</sup>

93 OFK Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER, Art. 2 BGBM N 7.

94 Urteil des Bundesgerichts 2C\_651/2019 vom 21. Januar 2020, E. 5.4.

95 MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts: Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, N 793 ff.; DIEBOLD (Fn. 32), S. 224 f.

96 DIEBOLD (Fn. 32), S. 224 f.; RÜTSCHKE (Fn. 33), N 44; vgl. auch BEYELER (Fn. 95), N 794 sowie Stellungnahme der WEKO i. S. AEK Energie gegen die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 11. Juli 2019, RPW 2020/2, S. 861 ff., Rz. 51.

97 BGE 143 II 120 E. 6.4.2; vgl. auch OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, Art. 9 BÖB N 5.

98 Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004 (BBl 2005 465), S. 486; gl. M. CR-POLTIER, Art. 2 BGBM N 57.

99 OFK Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER, Art. 2 BGBM N 7; Stellungnahme der WEKO i. S. AEK Energie gegen die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 11. Juli 2019, RPW 2020/2, S. 861 ff., Rz. 52 ff.

100 Stellungnahme der WEKO i. S. AEK Energie gegen die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 11. Juli 2019, RPW 2020/2, S. 861 ff., Rz. 53. Monopol- und Sondernutzungskonzessionen werden allerdings auf Bundesebene nur selten im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens vergeben. Dies, obwohl ein öffentliches Ausschreibungsverfahren am ehesten für eine faire, transparente und diskriminierungsfreie Auswahl zwischen den Bewerbenden zu sorgen vermag. Der Bundesgesetzgeber sollte sich bei solchen Aus-

## b) Rechtsschutz

Im Anwendungsbereich der IVÖB ist eine Beschwerde gegen Verfügungen direkt an das kantonale Verwaltungsgericht zu richten.<sup>101</sup> Der kurze Instanzenzug soll verhindern, dass Rechtsmittel zu allzu langen Verzögerungen in Vergabeverfahren führen. Wird die Vergabe von Gebietskonzessionen vom Geltungsbereich der IVÖB ausgenommen, ist der Rechtsmittelweg hingegen nach dem allgemeinen kantonalen Recht zu bestimmen.<sup>102</sup> So ist z. B. in der Stadt Zürich für die Erteilung der Gebietskonzessionen der Stadtrat zuständig,<sup>103</sup> womit diese Anordnung durch Rekurs an den Bezirksrat weitergezogen werden kann.<sup>104</sup> Gegen den Entscheid des Bezirksrats ist sodann die Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich möglich.<sup>105</sup>

Unklar ist, ob der kantonal letztinstanzliche Entscheid über die Vergabe danach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht weitergezogen werden kann. Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM führte unter dem früheren Beschaffungsrecht nicht dazu, dass die Übertragung eines kantonalen Monopols zu einem beschaffungsrelevanten Geschäft wurde.<sup>106</sup> Art. 83 lit. f BGG,<sup>107</sup> wonach Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen nur dann ans Bundesgericht gelangen können, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, war damit nicht einschlägig.<sup>108</sup>

nahmen aber in jedem Fall von sachlichen Gründen leiten lassen und überdenken, ob solche Spezialnormen sich nicht zumindest an den Prinzipien des Binnenmarktgesetzes zu orientieren haben. Vgl. ABEGG/HEFTI/SEFEROVIC (Fn. 39), insb. S. 112 f.

101 Art. 52 Abs. 1 IVÖB und § 3 Abs. 1 BeiG IVÖB.

102 Das BGBM verlangt lediglich eine Rechtsschutzmöglichkeit als Mindeststandard: BEYELER (Fn. 95), N 793 ff.; DIEBOLD (Fn. 32), S. 224 f.

103 Das Neubeurteilungsverfahren findet keine Anwendung, da sich der Stadtrat die Aufgabe in Art. 60 der Ausführungsbestimmungen zur Wärmeversorgungsverordnung vom 7. Juni 2023 (Beilage zu STRB Nr. 1653/2023) selbst vorbehalten hat. Vgl. dazu im Allgemeinen Art. 3 Abs. 2 lit. b ROAB (Reglement über Organisation, Aufgaben und Befugnisse der Stadtverwaltung [ROAB; AS 172.101]) sowie § 170 Abs. 1 GG (Gemeindegesetz vom 20. April 2015 [GG; LS 105]), e contrario.

104 § 19b Abs. 2 lit. c Ziff. 1 VRG (Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 [VRG; LS 175.2]). § 231 Abs. 1 PBG (Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975 [PBG; LS 700.1]) regelt lediglich die Nutzung des öffentlichen Grundes zu «privaten» Zwecken. In solchen Fällen ist der Rekurs an das Baurekursgericht zu richten. Im Falle von Gebietskonzessionen geht es aber um die Nutzung des Bodens zu öffentlichen Zwecken, da es sich bei der Wärmeversorgung dieser Gebiete um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt.

105 § 41 Abs. 1 VRG.

106 THOMAS HÄBERLI, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 83 N 154.

107 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

108 BGE 143 II 120 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_857/2012 vom 5. März 2013, E. 1.4.

34 Wie erwähnt, untersteht seit den Revisionen von BÖB und IVöB die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen unter gewissen Voraussetzungen dem Beschaffungsrecht.<sup>109</sup> Nimmt ein Gemeinwesen die Vergabe von Gebietskonzessionen nun aber vom Anwendungsbereich der IVöB aus, so handelte es sich damit konsequenterweise auch nicht mehr um ein beschaffungsrelevantes Geschäft, womit die Beschwerde ans Bundesgericht zulässig sein müsste. Der Bundesrat erwähnte in seiner Botschaft zur Totalrevision des BÖB ausdrücklich, dass spezialgesetzliche Bestimmungen i. S. v. Art. 9 BÖB dazu führen, dass die entsprechenden Bereiche vom Beschaffungsrecht «ausgenommen» sind.<sup>110</sup>

35 Etwas weniger deutlich fällt die Erläuterung des Regierungsrates des Kantons Zürich aus, wonach spezialgesetzliche Regelungen «dem allgemeinen Beschaffungsrecht vorgehen».<sup>111</sup> Die gleiche Formulierung verwendet auch die Musterbotschaft zur IVöB.<sup>112</sup> Gleichwohl erachten sowohl die Musterbotschaft zur IVöB als auch der Regierungsrat des Kantons Zürich die spezialgesetzlichen Regelungen dort für angezeigt, wo das Beschaffungsrecht nicht «den passenden Rahmen» darstellt.<sup>113</sup> Auch im Kanton Zürich derogieren damit die spezialgesetzlichen Bestimmungen das allgemeine Beschaffungsrecht. Eine Beschwerde ans Bundesgericht sollte damit zulässig sein.

## 5. Umgang mit privater Initiative beim Bau von thermischen Netzen

36 Das Bundesgericht hat in BGE 145 II 32 entschieden, dass die Exploration tiefer Geothermie in der Gemeinde Haute-Sorne im Kanton Jura nach Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht ausgeschrieben werden müsse. Dies, weil sich das Gemeinwesen darauf beschränke, einem Privaten eine Erlaubnis für eine private Tätigkeit zu erteilen, um welche dieser Private nachgesucht habe.<sup>114</sup> Der Fall ist aber in mehrfacher Hinsicht besonders: So handelte es sich um ein Pilotprojekt (der tiefen Geothermie), und die Erlaubnis wurde im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages sowie einer Sondernutzungsplanung erteilt, nicht aber durch eine Sondernutzungskonzession.<sup>115</sup> Somit bleibt für die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM weiterhin ungeklärt, wie mit der Verleihung exklusiver Nutzungsrechte umgegangen werden soll, wenn

Projekte auf privaten Initiativen beruhen.<sup>116</sup> Die Vergabe von Gebietskonzessionen für thermische Netze unterscheidet sich denn auch vom Fall «Haute-Sorne»: Konkurrenten können an der Erteilung einer Fernwärmekonzession durchaus ein wirtschaftliches Interesse haben, was im Übrigen womöglich auch beim Projekt in Haute-Sorne der Fall hätte sein können. Sobald das Gemeinwesen eine Energieplanung zudem in der Form eines behördenverbindlichen Sachplans erstellt hat, beruht ein darauf basierendes Projekt für ein thermisches Netz nicht mehr auf rein privater Initiative.

In der Praxis ist es aber durchaus typisch, dass die Privaten im Hinblick auf die Projektplanung Vorleistungen erbringen, bevor überhaupt eine Gebietskonzession erteilt werden kann. Denkbar wäre es, diese Vorleistungen durch einen Privaten gegen Entgelt des Gemeinwesens erbringen zu lassen und sodann als Grundlage für die Ausschreibung zu verwenden. Aus Sicht des BGBM sind dabei die Voraussetzungen des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots zu beachten, insbesondere wenn der Private, der Vorleistungen erbracht hat, im Anschluss ebenfalls ein Angebot einreichen will. Im Bereich der öffentlichen Beschaffungen sieht Art. 14 Abs. 1 IVöB vor, dass der Vorleistende nur teilnehmen darf, wenn der ihm entstandene Wettbewerbsvorteil mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann: Dies kann etwa dadurch geschehen, dass alle wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten weitergegeben werden.<sup>117</sup> Klärt der Private zuvor die Wirtschaftlichkeit eines geplanten thermischen Netzes ab, so müssten diese Vorarbeiten somit allen Anbietern zugänglich gemacht werden.

Das Beschaffungsrecht lässt es ausserdem zu, dass bei komplexen Leistungsgegenständen ein «Dialog» zwischen Anbieter und Bewerberinnen stattfinden kann, in welchem Details des Leistungsgegenstands näher definiert werden. Dabei dürfen aber keine Preisrunden durchgeführt werden. Möglich sind dagegen neue Preisofferten, falls sich diese anhand des im Rahmen des Dialogs konkretisierten Leistungsgegenstands ergeben.<sup>118</sup> Dieser Dialog wäre eine alternative Möglichkeit, um die auszuschreibende Erschliessung eines Gebiets mit thermischen Netzen im Rahmen einer Ausschreibung zu spezifizieren. Als weitere Alternative sieht die Stadt Zürich für die Verleihung der Gebietskonzession auch die Möglichkeit eines Planungswettbewerbs vor, bei welchem die Planung des thermischen Netzes ausgeschrieben und der Folgeauftrag an die Gewinnerin des Wettbewerbs freihändig erteilt würde.<sup>119</sup>

<sup>109</sup> Vgl. oben Rz. 10f.

<sup>110</sup> Botschaft BÖB (Fn. 25), S. 1900.

<sup>111</sup> Antrag des Regierungsrates vom 24. November 2021 (Fn. 24), S. 46.

<sup>112</sup> Musterbotschaft IVöB (Fn. 33), S. 36.

<sup>113</sup> Musterbotschaft IVöB (Fn. 33), S. 35; Antrag des Regierungsrates vom 24. November 2021 (Fn. 24), S. 64.

<sup>114</sup> BGE 145 II 32 E. 4.2.

<sup>115</sup> Vgl. auch ANDREAS ABEGG / LEONIE DÖRIG / GORAN SEFEROVIC, Energieversorgung; Zulässigkeit eines kantonalen Sondernutzungsplans für ein Pilotprojekt der Tiefengeothermie, Kommentierung, Umweltrecht in der Praxis (URP) 2019, insb. S. 437f.

<sup>116</sup> Vgl. DIEBOLD (Fn. 32), S. 245. SEYDOUX lehnt die Ausnahme im Falle von Haute-Sorne denn auch ab, vgl. SEYDOUX (Fn. 31), N 1296.

<sup>117</sup> Art. 14 Abs. 2 lit. a IVöB.

<sup>118</sup> Vgl. Art. 24 IVöB.

<sup>119</sup> Art. 46 ABVVV. Vorausgesetzt ist dabei, dass a. das vorausgehende Verfahren in Übereinstimmung mit den Grundsätzen von Art. 2

## IV. Exkurs: Regelung der Vergabe von Konzessionen in der Europäischen Union und Deutschland

- 39 In der Europäischen Union regelt die Richtlinie 2014/23/EU die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen. Die Schweiz kennt bisher keine Baukonzessionen im Sinne der europäischen Terminologie, bei welchen die Gegenleistung für die Bauleistung zumindest teilweise im Recht zur Nutzung dieses Bauwerks besteht.<sup>120</sup> Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private im Rahmen von Leistungsaufträgen oder Konzessionen kann jedoch eine Dienstleistungskonzession im Sinne des EU-Rechts darstellen. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass die Konzessionärin eine Dienstleistung erbringt und die Gegenleistung zumindest teilweise darin besteht, dass die Konzessionärin diese Dienstleistung verwerten darf und damit ein wirtschaftliches Betriebsrisiko trägt.<sup>121</sup> Im Falle der exklusiven Zuteilung einer Gebietskonzession, wie sie die Stadt Zürich vorsieht, besteht das Entgelt für diese Dienstleistung im Recht, mit dem Angebot von Fernwärme eine wirtschaftliche Tätigkeit zu betreiben. Die Gebietskonzession würde damit eine Dienstleistungskonzession im Sinne der EU-Vergaberichtlinie darstellen.
- 40 Ähnlich wie das BGBM lockert auch die EU-Vergaberichtlinie die Anforderungen an das Vergabeverfahren bei Konzessionen im Vergleich zu anderen beschaffungsrechtlichen Verfahren. Die EU-Vergaberichtlinie verlangt, dass das Verfahren die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz einhält.<sup>122</sup> Dabei will die Richtlinie die grundsätzliche Verwaltungsautonomie der Behörden wahren und überlässt diesen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse festzulegen und zu organisieren.<sup>123</sup> Die Richtlinie legt somit Grundsätze für das Konzessionsvergabeverfahren fest; den Verwaltungsbehörden ist im Übrigen aber unbenommen, das konkrete Verfahren innerhalb dieser Vorgaben frei zu regeln.<sup>124</sup> Die Richtlinie setzt einen Schwellenwert von EUR 5'186'000 fest, ab welchem die Vergabe einer Kon-

Abs. 7 BGBM und Art. 13 Abs. 2 WVV durchgeführt wurde; b. die Lösungsvorschläge von einem unabhängigen Expertengremium beurteilt wurden; und c. sie [die Stadt] sich diese Möglichkeit in der Ausschreibung vorbehalten hat.

120 Botschaft WTO-Übereinkommen (Fn. 28), S. 2066 f.; Botschaft BÖB (Fn. 25), S. 1899 ff.; vgl. auch die Legaldefinition in Art. 5 Ziff. 1 lit. a Richtlinie 2014/23/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

121 Vgl. die Legaldefinition in Art. 5 Ziff. 1 lit. b Richtlinie 2014/23/EU (Fn. 120).

122 Art. 3 Richtlinie 2014/23/EU (Fn. 120).

123 Art. 2 und 4 Richtlinie 2014/23/EU (Fn. 120).

124 Art. 30 Ziff. 1 Richtlinie 2014/23/EU (Fn. 120).

zession der Richtlinie untersteht.<sup>125</sup> Die Konzessionsvergabe und der Zuschlag sind mit den nötigen Angaben öffentlich bekanntzumachen.<sup>126</sup>

In Deutschland ist die Konzessionsvergabe im Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>127</sup> sowie in der Konzessionsvergabeverordnung<sup>128</sup> geregelt. Die Verordnung regelt entsprechend der EU-Konzessionsvergaberichtlinie neben allgemeinen Bestimmungen insbesondere die Kommunikation der Ausschreibung einer Konzession sowie die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens. So sieht die Konzessionsvergabeverordnung Bestimmungen zur Berechnung des Vertragswerts, zur Laufzeit der Konzession, zur Wahrung der Vertraulichkeit und zur Vermeidung von Interessenskonflikten vor.<sup>129</sup> Im Hinblick auf die Kommunikation stellt die Verordnung Grundsätze und Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel auf.<sup>130</sup>

Das Konzessionsvergabeverfahren zeichnet sich somit im Vergleich zum Beschaffungsrecht durch eine etwas grössere Flexibilität der Behörden aus, übernimmt aber im Wesentlichen die Verfahrenselemente des Beschaffungsrechts. Die Behörde kann das Verfahren ein- oder mehrstufig ausgestalten und darf mit den Bewerbern Verhandlungen führen. Bei diesen Verhandlungen dürfen aber der Konzessionsgegenstand, die Mindestanforderungen an das Angebot sowie die Zuschlagskriterien nicht geändert werden.<sup>131</sup> Im Gegensatz zur Praxis des schweizerischen Bundesgerichts sollen die Angebote aber auch bei der Vergabe von Konzessionen unter «wirksamen Wettbewerbsbedingungen» bewertet werden, und für den Konzessionsgeber soll ein «wirtschaftlicher Gesamtvorteil» resultieren.<sup>132</sup>

## V. Fazit und Schlussfolgerungen

Bund, Kantone und Gemeinden können vorsehen, dass die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen nicht dem Beschaffungsrecht unterstehen. Im Gegensatz zum Bund bleiben Kantone

125 Art. 8 Ziff. 1 Richtlinie 2014/23/EU (Fn. 120).

126 Art. 31 ff. Richtlinie 2014/23/EU (Fn. 120).

127 Insb. Teil 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Juni 2013 (GWB), BGBl. I S. 1750, 3245, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 20. Mai 2022, BGBl. I S. 730.

128 Verordnung über die Vergabe von Konzessionen vom 12. April 2016 (Konzessionsvergabeverordnung, KonzVgV), BGBl. I S. 624, 683, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 10. Juli 2018, BGBl. I S. 1117.

129 § 1 ff. KonzVgV.

130 § 7 ff. KonzVgV.

131 § 12 Abs. 2 KonzVgV.

132 § 31 Abs. 1 KonzVgV i. V. m. § 152 Abs. 3 GWB.

und Gemeinden aber an die Vorgaben von Art. 2 Abs. 7 BGBM gebunden, wonach Gebietskonzessionen für den Bau und den Betrieb thermischer Netze grundsätzlich auf dem Weg der Ausschreibung zu vergeben sind, soweit Privaten die wirtschaftliche Nutzung eines kantonalen oder kommunalen Monopols übertragen wird. Das Gemeinwesen erhält damit eine grössere Freiheit bei der Ausgestaltung der Ausschreibungsverfahren. Der Bundesrat geht in Übereinstimmung mit der Lehre jedoch davon aus, dass sich das Gemeinwesen im Anwendungsbereich des BGBM an den Grundsätzen des Beschaffungsrechts orientiert und an diesem Verfahrenssystem lediglich sachlich begründete Anpassungen vornimmt. Letztlich haben die Verfahrensbestimmungen die allgemeinen Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren einzuhalten: Richtschnur für die Ausgestaltung des konkreten Ausschreibungsverfahrens bilden die Grundsätze der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. Das übergeordnete kantonale Recht sowie das Bundesrecht sind zu beachten, und es ist eine Rechtsschutzmöglichkeit vorzusehen.

Obwohl auch in der EU die Anforderungen an die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen herabgesetzt werden, so zeigt der Rechtsvergleich, dass die Anforderungen an das Verfahren bei der Vergabe von Konzessionen etwa im deutschen Recht klarer geregelt sind als in der Schweiz, sofern solche nicht unter das öffentliche Beschaffungswesen fallen. In Deutschland werden zwar die Anforderungen an das Vergabeverfahren etwas herabgesetzt, doch fordert die Konzessionsvergabeverordnung auch in diesen Fällen eine Vergabe nach wirksamen Wettbewerbsbedingungen. 44

Die Diskussion auf Bundesebene, die Ausschreibungspflicht bei thermischen Netzen allenfalls durch eine Spezialnorm in Analogie zu Art. 3a StromVG auszuschliessen, zeigt jedoch in die gegenteilige Richtung. Auch wenn damit womöglich der Ausbau thermischer Netze vereinfacht wird, so erfolgt dies jedoch potenziell, je nach Handhabung durch das zuständige Gemeinwesen, zulasten klarer, vorhersehbarer Regeln und zulasten des Wettbewerbs bei diesen Projekten. 45

## Résumé

*La Suisse vise à réduire l'empreinte carbone de son approvisionnement en chaleur. Dans ce contexte, les réseaux thermiques jouent un rôle important. De plus en plus de communes exploitent ou promeuvent de tels réseaux afin d'avoir un impact positif sur le climat et de réduire leur dépendance au gaz naturel importé. La ville de Zurich, par exemple, prévoit d'approvisionner certaines zones par l'octroi de concessions territoriales exclusives ; cet article examine les exigences imposées par le droit des marchés publics et le droit*

*du marché intérieur pour l'adjudication de telles concessions. Si les cantons peuvent exclure ce type de procédures du champ d'application du droit des marchés publics, elles restent soumises aux règles du droit du marché intérieur. Il est toutefois recommandé aux cantons de fonder ces procédures d'adjudication sur les principes du droit des marchés publics, afin de s'assurer qu'elles sont transparentes, objectives et non discriminatoires.*