



Unter welchen Voraussetzungen fällt ein Pachtvertrag zwischen einer Kirchgemeinde und einem Gastronomieunternehmen unter das öffentliche Beschaffungsrecht?

Memorandum zuhanden der Evangelisch-protestantischen Kirchgemeinde Zürich

Prof. Dr. Rika Koch und Lara Burkhalter (MLaw, LL.M.)

21. Juni 2023

Inhaltsverzeichnis

1	Rechtlich relevanter Sachverhalt	3
2	Beschaffungsrechtliche Ausgangslage und Fragestellung	3
3	Rechtliche Ausgangslage	4
	3.1 Anwendbares Recht	4
	3.2 Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrecht	4
	3.2.1 Subjektiver Geltungsbereich	4
	3.2.2 Objektiver Geltungsbereich	4
	3.3 Auftrag der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich	5
4	Beschaffungsrechtliche Prüfung	6
	4.1 Verpachtung zur «Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe»?	6
	4.2 Verpachtung als Auftrag «gegen Entgelt» oder als «reines Veräusserungsgeschäft»?	7
	4.3 Verpachtung als beschaffungsrechtlich relevante Konzession?	8
5	Fazit	9
6	Konsultierte Literatur	10

1 Rechtlich relevanter Sachverhalt

Die Evangelisch-reformierte Kirchgemeinde Zürich im Kirchenkreis zwei (im Folgenden als «Kirchgemeinde» bezeichnet) ist Eigentümerin des Kaffee Zytlos, welches Bestandteil des kirchlichen Gebäudes und im Eigentum der Kirche ist. Das Kaffee wurde bis dato von der Kirche und dem Gastronomieunternehmen XY AG auf ehrenamtliche Basis geführt. Der Gastrobetrieb soll nun professionalisiert und durch eine geeignete Gastrobetreiberin, allenfalls die XY AG, in einem Pachtverhältnis mit der Kirchgemeinde geführt werden.

Dabei soll das Kaffee Zytlos, neben dem Gastronomieangebot; weiterhin ein diakonisch-kirchliches Angebot beinhalten (Gesprächsmöglichkeit, Co-Working, Meditation, Give and Take, Seelsorge etc.). Dieser diakonisch-kirchliche Teil soll unabhängig vom Pachtverhältnis durch die Kirchgemeinde selbst angeboten werden.

2 Beschaffungsrechtliche Ausgangslage und Fragestellung

Dass Landeskirchen im Kanton Zürich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen, ist unbestritten (subjektiver Geltungsbereich, 3.2.1). Der Objektive Geltungsbereich aber, also die Frage, welche Leistungen der Landeskirchen als Nachfragerin auf dem privaten Markt dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen und somit im Wettbewerb ausgeschrieben werden müssen, ist nicht klar abgrenzbar: Während sich der objektive Geltungsbereich nach früherem Rechtsverständnis auf die öffentlichen Kernaufgaben beschränkten, muss dieser gemäss der Rechtsprechung der letzten Jahre und nach heutigem Rechtsverständnis breiter gefasst werden.

Im Folgenden fokussiert dieses Memorandum deshalb auf die Frage nach dem objektiven Geltungsbereich, namentlich auf die Frage, ob die Verpachtung eines Kaffees an eine private Gastrobetreiberin grundsätzlich ausschreibungspflichtig ist (**Frage 1**). In einem zweiten Schritt soll die Frage beantwortet werden, inwiefern eine allfällige Defizitgarantie durch die Kirchgemeinde (durch einen reduzierten Pachtpreis oder durch andere Formen der Unterstützung) beschaffungsrechtlich Auswirkungen haben (**Frage 2 und Frage 3**).

Konkret ergeben sich vor dem soeben illustrierten Hintergrund die folgenden rechtlichen Fragen:

1. Unterliegt der Pachtvertrag zwischen der Evangelisch-reformierte Kirchgemeinde Zürich und dem Gastronomieunternehmen XY AG den Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesen?
2. Falls der Pachtzins durch die Kirchgemeinde subventioniert wird, unterliegt die Subventionierung dem öffentlichen Beschaffungsrecht und falls ja, ab welchem Betrag?
3. Haben die klaren Anforderungen an den Pächter betreffend die Funktion des Gastrobetriebs im Projekt Zytlos (verlängertes Wohnzimmer, Co-Working Raum, langes Sitzen mit wenig Konsumation, Konzertangebot usw.) einschränkende Auswirkungen auf die allfällige Submissionspflicht?

3 Rechtliche Ausgangslage

3.1 Anwendbares Recht

Die Fragen werden unter den aktuell für den Kanton Zürich geltenden rechtlichen Grundlagen im öffentlichen Beschaffungswesen analysiert, namentlich der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 1994/2001) i.V.m. mit der Submissionsverordnung Zürich vom 23. Juli 2003.

Die beschaffungsrechtliche Grundlage im Kanton Zürich wird sich jedoch in absehbarer Zeit ändern: Am 29. März 2023 hat der Kantonsrat Zürich den Beitritt zur 2019 revidierten IVöB beschlossen. Das Beitrittsgesetz, das die Submissionsverordnung Zürich ersetzen wird, wird voraussichtlich im Oktober 2023 in Kraft treten. Vor diesem Hintergrund sollen die vorliegenden Fragen auch in Hinblick auf die Anforderungen des IVöB 2019, das für den Kanton Zürich noch dieses Jahr Geltung entfalten wird, beantwortet werden.

3.2 Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrecht

3.2.1 Subjektiver Geltungsbereich

Gemäss dem Zürcher Verwaltungsgericht unterstehen Landeskirchen und die weiteren des Staates als Personen des öffentlichen Rechts anerkannten Kirchengemeinden grundsätzlich den Vorschriften des Submissionsrechts.¹

3.2.2 Objektiver Geltungsbereich

Im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung bestellt der Staat als Abnehmer Waren oder Dienstleistungen im Gegenzug zu einer entsprechenden Bezahlung, in Hinblick auf die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben.² Es handelt sich also um «Einkäufe des Staates».³ So statuiert auch die revidierte IVöB in der neu eingeführten Legaldefinition zum Begriff «öffentlicher Auftrag» in Art. 8:

*«Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen Auftraggeber und Anbieter abgeschlossen wird und **der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient**. Er ist gekennzeichnet durch seine **Entgeltlichkeit** sowie **den Austausch von Leistung und Gegenleistung**, wobei die charakteristische Leistung durch den Anbieter erbracht wird.»*

Unerheblich ist, ob der öffentliche Auftraggeber die Leistung selbst konsumiert oder ob er diese Dritten bzw. der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt.⁴

Eine öffentliche Beschaffung liegt hingegen gemäss Bundesgericht *nicht* vor, wenn die öffentliche Hand selbst gewerbliche Leistungen offeriert: Kennzeichnend für die öffentliche Beschaffung ist nämlich die Bezahlung eines Preises durch den Staat («le paiement d'un prix par l'Etat»)⁵.

¹ VG Zürich: VB.2002.00293, E. 2.

² BGE 144 II 177, E. 1.3.2.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 178.

³ BVGE 2011/17, E. 2; VG Zürich: VB.2000.00126, E. 2.b; VG Zürich: VB.2000.00194, E. 1.

⁴ BEYELER, Rz. 604.

⁵ BGE 125 I 214, E. 6.b; BGE 126 I 255.

Die Totalrevision des BöB und des IVöB hat zudem eine Neuerung/Präzisierung des Geltungsbereichs in Bezug auf Konzessionen gebracht: So statuiert Art. 9 BöB/IVöB, dass diese nur dann unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallen, wenn sie dem Anbieter a) besondere oder ausschliessliche Rechte einräumen, b) die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt und ihm c) dadurch ein Entgelt zukommt.

Ein «öffentlicher Auftrag» i.S. des öffentlichen Beschaffungsrechts zeichnet sich somit notwendigerweise durch folgende drei Wesensmerkmale aus:

1. Im öffentlichen Beschaffungswesen tritt die öffentliche Hand stets als Abnehmerin («Nachfragerin», «Konsumentin») einer Leistung auf, die sie zur **Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe** benötigt.⁶
2. Beim Rechtsgeschäft zwischen öffentlicher Hand und privaten Wirtschaftsteilnehmer handelt es sich immer um einen **wechselseitigen Leistungsaustausch (Synallagma)**,⁷ wobei die öffentliche Hand die Anbieterin **entlohnt («gegen Entgelt»)**. Diese Entlohnung kann durch Geld erfolgen, aber auch aus einer geldwerten Leistung bestehen (z.B. Sachleistungen oder Nutzungsrechte).⁸
3. Entrichtet hingegen nicht die öffentliche Hand das Entgelt, sondern erhält ein solches, da sie ihrerseits eine Leistung erbringt (wie beispielsweise bei der Erteilung einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession) oder etwas veräussert, liegt grundsätzlich keine öffentliche Beschaffung vor.

3.3 Auftrag der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich

Da die Landeskirche vom subjektiven Geltungsbereich des Zürcher Submissionsgesetzes erfasst ist, fallen grundsätzlich alle ihre Beschaffungen *zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe* unter das öffentliche Beschaffungsrecht und sind (je nach Wert) im offenen Wettbewerb auszuschreiben.

In einem ersten Schritt ist somit zu prüfen, ob der Gastrobetrieb des Kaffee Zytlos durch eine private Betreiberin der Erfüllung der «öffentlicher Aufgaben» der Kirchgemeinde als öffentliche Auftraggeberin dient.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Kirchenordnung der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich ist die Landeskirche den Menschen nah und spricht sie in ihrer Vielfalt an. Gemäss Art. 5 Abs. 2 leistet sie als Volkskirche ihren Dienst in Offenheit gegenüber der ganzen Gesellschaft durch:

- die Verkündigung des Wortes Gottes in Liturgie, Predigt, Taufe und Abendmahl (lit. a),
- die Zuwendung aufgrund des Wortes Gottes in Diakonie und Seelsorge (lit. b),
- die Auseinandersetzung mit dem Wort Gottes in der Bildung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen (lit. c),
- die Ausrichtung am Wort Gottes beim Aufbau der Gemeinde (lit. d).

Die Landeskirche tritt sodann gemäss Art. 6 ein für die Familie, für eine kinderfreundliche Gesellschaft und für das Miteinander der Generationen. Dabei nimmt die Landeskirche ihren Auftrag durch die

⁶ BGE 125 I 212 f.

⁷ BEYELER, Rz. 645 ff. m.w.H.

⁸ BGE 133 II 49 E. 4.3.1., 5.2.

Verkündigung des Evangeliums in Wort und Tat in den vier Handlungsfeldern Verkündigung und Gottesdienst, Diakonie und Seelsorge, Bildung und Spiritualität sowie Gemeindeaufbau und Leitung wahr (Art. 29).

Die Landeskirche trägt mit ihrem diakonischen Handeln dazu bei, persönlicher und sozialer Not vorzubeugen, diese zu lindern oder zu beheben. Sie unterstützt Menschen in der selbstständigen Lebensgestaltung und schafft Möglichkeiten der Begegnung und der Gemeinschaft (Art. 66 Abs. 1). Diakonie geschieht in allen Lebensbezügen, namentlich in den Bereichen Jugend, Familie, Alter, Gesundheit, Arbeit, Migration und Integration sowie in der Ökologie (Art. 66 Abs. 2).

Das diakonische Handeln wird von SozialdiakonInnen fachlich verantwortet und geschieht in Zusammenarbeit mit den PfarrerInnen (Art. 66 Abs. 3). Letztlich setzt sich der Kirchenrat für den Zugang der Kirchgemeinden zu fachlichem diakonischem Handeln ein (Art. 66 Abs. 4).

4 Beschaffungsrechtliche Prüfung

4.1 Verpachtung zur «Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe»?

Die Analyse des öffentlichen Auftrags der Landeskirche des Kantons Zürichs zeigt, dass Aufträge zur Erfüllung einer diakonisch-sozialen Aufgabe zu deren Kernaufgabe gehören und somit beschaffungsrechtlich relevant sind. Zu beurteilen ist in diesem Fall, ob die Verpachtung des Kaffee Zytlos bzw. der Auftrag zum Betrieb der Gastronomie des Kaffees diakonischen Zwecken oder der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im weiteren Sinne dient.

Wie oben ausgeführt nimm die Kirchgemeinde ihren öffentlichen Auftrag unter anderem auch durch diakonisches Handeln wahr, welches die Möglichkeit zur Begegnung und Gemeinschaft mitumfasst. Zur Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe ist ein Kaffeebetrieb durch eine private Anbieterin nicht zwingend notwendig (selbst wenn dieses einen diakonischen Charakter aufweisen soll). Den Bedarf für Begegnungsmöglichkeiten könnte die Kirchgemeinschaft auch durch die Zurverfügungstellung eines Gemeinschaftsraums decken. Dafür spricht auch, dass die diakonischen Aktivitäten von der Evangelisch-reformierte Kirchgemeinde Zürich selbst durchgeführt werden und nicht durch die private Gastrobetreiberin.

Allerdings umfasst der Begriff des öffentlichen Auftrags gemäss Art. 8 IVöB nicht nur diejenigen Aufträge, die zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe *notwendig* sind, sondern auch solche, die lediglich der Erfüllung dienen. Dazu kommt, dass das Bundesgericht in den letzten Jahren mehrmals betont hat, dass der Begriff «zur Erfüllung öffentliche Aufgabe» breit zu interpretieren sei.⁹ Somit ist zu prüfen, inwiefern der Betrieb des Kaffee Zytlos indirekt der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Kirchgemeinde Zürich, diesfalls der Diakonie und des Gemeindeaufbaus, dient.

Diese Beurteilung lässt sich hier nicht abschliessend treffen, da das Gastronomiekonzept noch nicht abschliessend definiert ist. Wenn von der Variante auszugehen ist, dass dieses rein kommerziell

⁹ BGE 135 II 49 E. 5.2.2, BGE 144 II 177 E.1.3.1.

ausgerichtet ist (**Szenario 1, rein oder vorwiegend kommerzielle Ausrichtung**),¹⁰ kann davon ausgegangen werden, dass der Auftrag nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient und *nicht* gemäss öffentlichem Beschaffungsrecht im offenen Wettbewerb auszuschreiben ist.

Je höher die «Verstrickung» zwischen den rein kommerziellen Interessen des Kaffees und den diakonischen Aufgaben der Kirchgemeinde jedoch ist, desto eher ist davon auszugehen, dass das Kaffee Zytlos der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Kirchgemeinde dient und gemäss öffentlichem Beschaffungsrecht auszuschreiben ist. Eine solche «Verstrickung» ist schwer quantifizierbar, aber eine finanzielle Unterstützung durch die Kirchgemeinde in Form von Pachtzinsreduktion o.ä. (**Szenario 2; Defizitgarantie, und/oder diakonische Ausrichtung**)¹¹ liesse je nach Unterstützungsgrad darauf schliessen.

Je höher die Beeinflussung auf inhaltlicher Ebene durch Auflagen der Kirchgemeinschaft (oder durch finanzielle Unterstützung ebendieser, siehe unten), desto mehr spricht für die Zwecksetzung zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Kirchgemeinschaft und desto eher lässt sich eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht und eine Ausschreibepflicht befürworten.

4.2 Verpachtung als Auftrag «gegen Entgelt» oder als «reines Veräusserungsgeschäft»?

Ergeht nach einer Gesamtbewertung des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes, dass die öffentliche Hand lediglich gegen Entgelt/Entlohnung des Vertragspartners einen Gegenstand vermietet, verpachtet, verkauft und dafür nur Geld erhält, dann handelt es sich um ein *reines Veräusserungsgeschäft und nicht um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts*.¹² Das öffentliche Beschaffungsrecht kommt also dann nicht zur Anwendung, wenn die öffentliche Hand nicht nachfragend, sondern anbietend auf den Markt tritt.¹³

Im Szenario 1, also wenn die Kirchgemeinde einer privaten Gastrobetreiberin den Auftrag zum Betrieb eines Kaffees gibt ohne Geld dafür auszugeben, kauft sie keine Dienstleistung oder Ware zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe gegen eine entsprechende Bezahlung. Eher wird sie selbst gewerbsmässig tätig, indem sie einen Pachtzins durch die Verpachtung erwirtschaftet. Das Wesensmerkmal der Bezahlung eines Preises durch die öffentliche Hand fehlt.

Im Szenario 2 (Defizitgarantie durch die Kirchgemeinde) erfordert hingegen einer differenzierteren Betrachtung: Verpachtungen unter dem Marktpreis sind nicht *per se* unzulässig, jedoch ist die Tatsache zu beachten, dass sie zumindest unter einer materiellen Betrachtung eine Subvention (des Käufers) darstellen, welche unter den einschlägigen rechtlichen Bestimmungen des Subventionsrechts gerechtfertigt sein müssen.¹⁴ Kann die unter dem Marktwert erfolgte Veräusserung durch einen öffentlichen Auftraggeber hingegen nicht als Subventionierung qualifiziert werden, sondern als

¹⁰ In diesem Szenario wäre die Betreiberin auf kommerzieller Basis für die gastronomische Verköstigung und allenfalls für ein Rahmenprogramm tätig. Dabei steht es der Kirchgemeinde frei, in den Räumlichkeiten des Kaffees diakonisch tätig zu werden. Sie betätigt sich aber nicht am gastronomischen Konzept und umgekehrt beteiligt sich die Anbieterin nicht an den diakonischen Tätigkeiten.

¹¹ In diesem Szenario unterstützt die Kirchgemeinde die Gastronomiebetreiberin finanziell und gibt Auflagen in Bezug auf die gastronomische Führung des Kaffees vor.

¹² BEYELER, Rz. 737.

¹³ BEYELER, Rz. 738.

¹⁴ BEYELER, Rz. 739.

Entlohnung einer bestimmten Leistung, dann liegt grundsätzlich kein reines Veräusserungsgeschäft, sondern einen öffentlichen Auftrag mit besonderem Entgelt vor und somit ein beschaffungsrechtlich relevanter Sachverhalt.¹⁵

Leistet die Evangelisch-reformierte Kirchgemeinde eine «Defizitgarantie» durch Preisstützung oder durch Subventionierung des Pachtzinses zur Unterstützung der Anbieterin, sind diese Ausgaben in ihrer Summe beschaffungsrelevant. Erstens wäre diesfalls die *Zweckgebundenheit zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe eher zu bejahen*, da die finanzielle Unterstützung auf ein Interesse an der Erfüllung der entsprechenden öffentlichen Aufgabe (diakonischer Charakter) hindeutet. Zweitens würde eine finanzielle Unterstützung durch die Kirchgemeinde das Element der «Entgeltlichkeit», das für öffentliche Beschaffungen typisch ist, erfüllen.

Allerdings ist an dieser Stelle festzuhalten, dass der Pachtertrag nur dann im offenen Wettbewerb ausgeschrieben werden muss, wenn der finanzielle Wert der Unterstützung über dem Schwellenwert liegt: Dieser liegt bei Dienstleistungen 150'000 CHF und bemisst sich über die Vertragsdauer von fünf Jahren (Art. 15 Abs. 4 IVöB 2019).¹⁶ Wenn die Unterstützung der Kirchgemeinde an die Anbieterin 30'000 CHF/Jahr nicht überschreitet, kann die Kirchgemeinde den Auftrag im freihändigen Verfahren («freihändig») direkt an ihre bevorzugte Anbieterin vergeben.

4.3 Verpachtung als beschaffungsrechtlich relevante Konzession?

Auch die Erteilung einer Konzession ist grundsätzlich kein öffentlicher Auftrag und fällt nicht unter das Beschaffungsrecht.¹⁷ Als öffentlicher Auftrag unter dem öffentlichen Beschaffungswesen gelten (zumindest unter dem revidierten Recht) lediglich Konzessionen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gegen Entgelt, die der Anbieterin ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen lässt.

Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache des Verwaltungsvermögens.¹⁸ Unterschieden wird grundsätzlich zwischen der **Monopolkonzession** und der **Sondernutzungskonzession**:

- Bei der Monopolkonzession räumt der Staat einem Privaten das Recht ein, einer Wirtschaftstätigkeit nachzugehen, die aufgrund grundsätzlich dem Staat vorbehalten ist.¹⁹
- Bei der Sondernutzungskonzession räumt der Staat einem Dritten das Recht ein, eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch/im Verwaltungsvermögen²⁰ ausschliesslich zu nutzen.²¹

¹⁵ BEYELER, Rz. 739; in diesem Zusammenhang ist auch auf Art. 13 Abs. 3 der Verordnung über das Immobilienmanagement und die Logistik des Bundes (VILB) zu verweisen, welcher die Grundstückverkäufe des Bundes regelt und folgendes festhält: «Der Verkauf an Kantone, Gemeinden oder Private erfolgt grundsätzlich zu Marktpreisen».

¹⁶ Die aktuell geltende Submissionsverordnung des Kantons Zürich deutet an, dass sich der Vertragswert auch über die Zeitspanne von 4 Jahren bemessen kann (§4 Abs. 3 Zürcher Submissionsverordnung). Es kann erwartet werden, dass sich diese schwammige Bestimmung an Art. 15 Abs. 4 IVöB 2019 angleichen wird und auch in Zürich die Vertragslaufdauer von 5 Jahren Standard eingeführt wird.

¹⁷ Vgl. BGE 135 II 49 E. 4.2ff.; FETZ/STEINER, Rz. 37.

¹⁸ BEYELER, Rz. 806; GRIFFEL, Rz. 375.

¹⁹ GRIFFEL, Rz. 379.

²⁰ Das Verwaltungsvermögen umfasst jene Vermögenswerte, die *unmittelbar* der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, und zwar durch seinen Gebrauchswert und nicht seinen Verkehrswert, siehe GRIFFEL, Rz. 412.

²¹ GRIFFEL, Rz. 381.

Die Sondernutzungskonzession sowie die Monopolnutzungskonzession sind grundsätzlich keine öffentlichen Aufträge,²² soweit diese nicht i.S. von Art. 9 IVöB 2019 der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe dienen und gegen Entgelt erfolgen.

Artikel 9 des revidierten BÖB/IVöB bezieht sich auf die **Bau- und Dienstleistungskonzessionen**, ein Konzept, das dem EU-Recht stammt.²³ Bei der Erteilung einer Bau- oder Dienstleistungskonzession, wird der Konzessionär vom Gemeinwesen mit der Erbringung von Leistungen beauftragt, wobei die Gegenleistung vor allem im Recht des Konzessionärs besteht, die erstellte Baute oder Dienstleistung für sich zu verwerten.²⁴ Bei den «Bau- und Dienstleistungskonzessionen» handelt es sich um eine andere Form einer öffentlichen Beschaffung, indem das Gemeinwesen die öffentliche Aufgabe mit Erfüllungserwartung an einen Privaten überträgt, anstatt diese selbst zu erfüllen und sich dazu die benötigte Fremdleistungen zu beschaffen (wie bei der klassischen Beschaffung).²⁵

Vorliegend dürfte die Verpachtung des Kaffee Zytlos keine Konzession darstellen. Einerseits wird durch die Verpachtung kein Recht zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit gewährt. Andererseits handelt es sich beim Kaffee um kein Verwaltungsvermögen, somit liegt auch keine Sondernutzungskonzession vor. Dazu kommt, dass dem Pächter keine Pflicht zur Ausübung spezifischer Dienstleistungen auferlegt wird: Die im Kaffee Zytlos allenfalls durchzuführenden diakonischen Angebote werden von der Kirchgemeinde selbst organisiert und durchgeführt. Somit liegt keine Dienstleistungskonzession vor und eine beschaffungsrechtlich relevante Konzession i.S.v. Art. 9 IVöB kann ausgeschlossen werden.

5 Fazit

Die drei eingangs gestellten Fragen lassen sich nicht unabhängig voneinander beantworten, sondern hängen zusammen: Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass der Pachtvertrag zwischen der Kirchgemeinde und einer Anbieterin dann dem öffentlichen Beschaffungswesens unterliegt, wenn er der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe i.S.v. Art. 8 IVöB dient (Frage 1).

Ob die Verpachtung mittelbar oder unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, hängt vom finanziellen und inhaltlichen Engagement der Kirchgemeinde im Gastronomiekonzept der privaten Anbieterin ab. Wenn die Handlungsfelder der Kirchgemeinde (öffentliche Auftraggeberin) und der privaten Gastronomiebetreiberin (Anbieterin) klar abtrennbar sind und das Kaffee vorwiegend kommerziell geführt wird (**Szenario 1, kommerzielles Gastrokonzept**), dient das Kaffee Zytlos nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Kirchgemeinde und ist als reines Veräusserungsgeschäft einzustufen. Diesfalls ist die Verpachtung *kein öffentlicher Auftrag* und muss nicht nach Massgaben des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben werden.

Die Ausgangslage im **Szenario 2 (Defizitgarantie, diakonische Ausrichtung)** ist anders: Wenn die Aufgabengebiete und Interesse der privaten Anbieterin und diese der Kirchgemeinde einigermaßen

²² BEYELER, Rz. 810.

²³ JÄGER, Rz. 74.

²⁴ JÄGER, Rz. 74; BEYELER, Rz. 741.

²⁵ JÄGER, Rz. 74; BEYELER, Rz. 741.

eng miteinander verknüpft sind (sei es durch finanzielle Unterstützung wie in Frage 2 beschrieben, oder durch inhaltliche Anforderungen wie in Frage 3 beschrieben oder durch eine Verknüpfung von beidem), spricht dies eher dafür, dass der Betrieb des Gastronomieangebots ebenfalls der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Kirchgemeinde dient und als öffentlicher Auftrag im offenen Verfahren oder im Einladungsverfahren ausgeschrieben werden muss.

Dabei ist nicht klar, ab welchem Beteiligungsgrad das Interesse an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe überwiegt. Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass dann eine enge Zweckbindung des Gastronomiebetriebes bejaht würde, wenn die Gastronomiebetreiberin aus rein kommerziellen Gründen die Anforderungen i.S. der Frage 3 *nicht ohne finanzielle Unterstützung der Kirchgemeinde tragen will*. Diesfalls wäre zu prüfen, ob die finanzielle Unterstützung eine Subvention i.S. der einschlägigen Subventionsgesetze vorliegt. Dies würde das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags und die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts ausschliessen.

Falls keine Subvention im rechtlichen Sinn vorliegt, ist unter Szenario 2 der Kirchgemeinde zu empfehlen, die Pacht zum Auftragswert der finanziellen Unterstützung nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts auszuschreiben (vorausgesetzt die Schwelle von 150'000 CHF wird über eine Vertragslaufdauer von 5 Jahren gem. Art. 15 Abs. 4 IVöB überschritten).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die grundsätzliche Frage, ob ein Pachtvertrag den Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens unterliegt (Frage 1), nicht allgemein beantwortet werden kann. Wenn es sich um ein rein oder vorwiegend kommerziell motiviertes Gastronomieunterfangen handelt, kann eine Unterstellung verneint werden. Je eher ein Fall von finanzieller Unterstützung vorliegt (wie in Frage 2 beschrieben), der zusätzlich mit inhaltlichen Anforderungen verbunden ist (wie in Frage 3 beschrieben), desto eher lässt sich das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags bejahen.

6 Konsultierte Literatur

- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich, Basel, Genf 2012
- FETZ MARCO/MARC STEINER, «Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes», in: Cottier/ Oesch (Hrsg.), SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Bd. XI (3. Ed.), Basel 2020, 539 ff.
- GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013
- GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017
- HERTWIG STEFAN, Vergaberecht und staatliche (Grundstücks-) Verkäufe, in: NZBau (Heft 1) 2011
- JÄGER CHRISTOPH, Bernerisches Verwaltungsrecht, 14. Kapitel: Öffentliches Beschaffungsrecht/ I.-III., MÜLLER MARKUS/FELLER RETO (Hrsg.), 3. Aufl., Bern 2021