

## AKTENNOTIZ

Fall:	Stadt Luzern – Projekt Stadtpassage
Verfasser:	RA Dr. iur. Haas Raphaël / RAin MLaw Martina Frischkopf / RA Dr. iur. Jeremias Fellmann
<b>Betreffend:</b>	<b>Kurzgutachten: Beschaffungs- und Immaterialgüterrecht</b>
Datum:	10.05.2023

### 1. Ausgangslage

- 1 Die IG Stadtpassage hat im Sommer 2022 der Stadt Luzern die Projektidee «Stadtpassage» überreicht. Stadintern wurde das Tiefbauamt, Abteilung Projekte, beauftragt, diese Projektidee im Rahmen einer Machbarkeitsstudie vertieft zu überprüfen.
- 2 Im Rahmen der Erarbeitung dieser Projektidee wurden auch technische und betriebliche Abklärungen durch das Ingenieurbüro Emch + Berger durchgeführt. Diese Unterlagen wurden der Stadt Luzern zur weiteren Bearbeitung übergeben. Über die Verwendung dieser Unterlagen wurde keine (schriftliche) Vereinbarung ausgearbeitet und unterzeichnet.
- 3 Die IG Stadtpassage – in der Zwischenzeit wurde eine Aktengesellschaft gegründet – wirkt als «Begleitgruppe» im Bearbeitungsprozess mit. Aktuell erfolgt zweiwöchentlich ein Austausch auf operativer Ebene mit der städtischen Projektleitung. Weiter nehmen Vertreter des Verwaltungsrats auch an den Steuerungssitzungen teil. Die Steuerung nimmt die Funktion des «Echoraums» wahr, steuert das Vorhaben aus politisch-strategischer Sicht und fällt Grundsatzentscheide. Im Steuerungsgremium ist die Stadt Luzern mit Stadtrat Adrian Borgula, der Kanton Luzern mit Regierungsrat Fabian Peter und LUKS mit Verwaltungsrat Peter Schilliger vertreten.
- 4 Im Vordergrund stehen aktuell zwei Fragestellungen, welche nachfolgend abzuklären sind. Einerseits ist zu prüfen, inwiefern die Zusammenarbeit mit der IG Stadtpassage dem Beschaffungsrecht unterliegt und eine Ausschreibung der Projektarbeiten erforderlich ist. Andererseits ist unklar, wie das erarbeitete Projekt in immaterialgüterrechtlicher Hinsicht zu behandeln ist, namentlich ob am Projekt bzw. an den ausgearbeiteten Unterlagen geschützte Urheberrechte bestehen.

### 2. Vergaberecht

#### 2.1. Allgemeines zum Vergaberecht

- 5 Grundsätzlich gilt, dass jeder Vorgang als öffentlicher Auftrag dem Beschaffungsrecht unterliegt, bei dem der Staat einem Privaten eine geldwerte Leistung zukommen lässt und im Gegenzug der Private eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt (vgl. Art. 8 Abs. 1 IVöB; BGE 144 II

177). Als Staat gelten in jedem Fall der Kanton und die Stadt Luzern. Als Privater gilt auch eine Rechtseinheit, an der eine bloss teilweise Privatbeteiligung besteht (vgl. Beyeler, Geltungsanspruch des Vergaberechts, S. 647 f. Rz. 1240 ff.).

- 6 Keine Anwendung findet das Beschaffungsrecht (d.h. die IVöB) auf die Ausrichtung von Finanzhilfen (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. c IVöB) und wenn die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags Rechte des geistigen Eigentums verletzen würde (vgl. Art. 10 Abs. 3 lit. c IVöB).
- 7 Die Erteilung einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession, die nicht gleichzeitig mit der Pflicht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe einhergeht und geldwert entgolten wird, gilt nicht als öffentlicher Auftrag und untersteht dem Vergaberecht grundsätzlich nicht. Hingegen besteht aufgrund von Art. 2 Abs. 7 BGBM die Verpflichtung, die Übertragung der Konzession auf dem Weg der Ausschreibung und in nichtdiskriminierender Weise vorzunehmen.

## **2.2. Trägerschaftsmodelle**

### **2.2.1. Allgemeines**

- 8 Für die weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien wurden verschiedene Trägerschaftsmodelle skizziert. Die Trägerschaftsmodelle 2 und 3 werden nachfolgend kurz dargelegt.

### **2.2.2. Trägerschaftsmodell 2**

- 9 Gemäss dem Trägerschaftsmodell 2 vergibt die Stadt Luzern für den grössten Teil von Bau und Betrieb der Stadtpassage einer gemischten Infrastrukturgesellschaft in der Form einer Aktiengesellschaft, die aus öffentlichen und privaten Teilhabern besteht, eine Konzession. Die Aufteilung der eigenen Mittel auf die jeweiligen Parteien der gemischten Trägerschaft erfolgt nach Interessenlage.

### **2.2.3. Trägerschaftsmodell 3**

- 10 Beim Trägerschaftsmodell 3 vergibt die Stadt für den Bau und den Betrieb einer privaten Trägerschaft eine Konzession. Die private Trägerschaft besteht voraussichtlich aus einer Gruppe von Investoren in Form einer Aktiengesellschaft. Sie finanziert den Bau und den Betrieb der Stadtpassage mit eigenen Mitteln, Investitionsbeiträgen von Stadt, Kanton und Bund sowie mit Park-gebühren den. Sie erhält die nötigen Rechte zum Unterbauen des LUKS (bzw. vom Kanton) und für die Erstellung der Passage (von den jeweiligen Grundeigentümern).

## **2.3. Einschätzung**

### **2.3.1. Trägerschaftsmodell 2**

- 11 Das Trägerschaftsmodell 2 sieht wie erwähnt vor, dass die Stadt Luzern einer Aktiengesellschaft eine Konzession verleiht. Die Aktiengesellschaft ist gemischtwirtschaftlich, d.h. weist private Teilhaber auf. Die Konzession hat einerseits Nutzungsrechte zum Gegenstand (Nutzung öffentlichen Grunds) und andererseits die Pflicht zum Bau und Betrieb der Stadtpassage. Die Finanzierung von Bau und Betrieb erfolgt nach Interessenlage, d.h. sowohl von staatlicher wie von privater Seite.

- 12 Bau und Betrieb der Stadtpassage werden nach unserem Verständnis als öffentliche Aufgabe ausgestaltet, d.h. die Aktiengesellschaft trägt die Erfüllungsverantwortung für den Bau und Betrieb der Stadtpassage. Da an der Aktiengesellschaft auch Private beteiligt sind, gilt dieser Vorgang aller Wahrscheinlichkeit nach als öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 8 IVöB und unterliegt dem Beschaffungsrecht.
- 13 Dies gilt auch, wenn das Trägerschaftsmodell als sog. "Public-Private-Partnership"-Projekt zu qualifizieren wäre. Dabei ist vorab festzuhalten, dass es sich bei PPP-Projekten nicht um einen rechtlich definierte Kategorie handelt. Soweit PPP-Projekte einen an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben interessierten Staat und einen rein kommerziell motivierten Privaten zusammenbringen, einander gegenüberstellen und die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen (und bisweilen auch Lieferungen) zum Gegenstand haben, sei es direkt für den Auftraggeber, direkt für die Öffentlichkeit oder beides zugleich, unterliegt dieser Vorgang dem öffentlichen Beschaffungsrecht (vgl. Olah, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N 29 zu Art. 5 BöB).
- 14 Hier dürfte es sich ebenfalls so verhalten. Hinzu kommt, dass die Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. c IVöB (Ausrichtung von Finanzhilfen) und Art. 10 Abs. 3 lit. c IVöB (geistiges Eigentum) kaum greifen:
- Als Finanzhilfen gelten Subventionen für Tätigkeiten, die nicht vom Staat initiiert oder veranlasst werden. Die Tätigkeit des Empfängers darf nicht Gegenleistung für die Finanzhilfe sein und die Hilfe muss daher gegenleistungsfrei bleiben (vgl. Beyerler, a.a.O., S. 438 f. Rz. 871 f.). Das dürfte im Rahmen des Trägerschaftsmodells 2 tendenziell nicht der Fall sein, zumal gerade die Interessenlage von Kanton oder Stadt darüber entscheiden soll, welche Projektbestandteile von der öffentlichen Hand finanziert werden. Damit greift auch Art. 10 Abs. 1 lit. c IVöB nicht.
  - Die Idee, eine Stadtpassage zu bauen und zu betreiben ist urheberrechtlich nicht geschützt. Zwar dürften allfällige Konzepte und Pläne als literarische und technische Werke im Sinne von Art. 2 Abs. 2 URG gelten, an denen ihre Verfasser oder die Auftraggeber Urheberrechte besitzen. Das heisst aber bloss, dass die Realisierung einer Stadtpassage nicht unmittelbar auf diese konkreten Texte und Pläne abstellen darf. Die Idee einer Stadtpassage als solche ist urheberrechtlich jedoch nicht geschützt. Folglich greift auch Art. 10 Abs. 3 lit. c IVöB (Schutz geistigen Eigentums) nicht. Auch unter einem lauterkeitsrechtlichen Blickwinkel (vgl. Art. 3 UWG) dürfte die Realisierung einer Stadtpassage mit einer anderen Trägerschaft tendenziell keine Probleme stellen.

### **2.3.2. Trägerschaftsmodell 3**

- 15 Das Trägerschaftsmodell 3 sieht vor, dass die Stadt Luzern für den Bau und Betrieb der Stadtpassage einer privaten Trägerschaft eine Konzession verleiht. Die private Trägerschaft will sich mit privaten Mitteln sowie Investitionsbeiträgen von Stadt, Kanton und Bund finanzieren.
- 16 Bei diesem Modell ist vorab festzustellen, dass gewisse Unklarheiten bestehen:

- Unklar ist zum einen, was Gegenstand der von der Stadt Luzern zu verleihenden Konzession wäre: Konzessionen werden grundsätzlich für Tätigkeiten vergeben, deren Ausübung Privaten rechtlich verboten ist (Monopolkonzession) oder die den öffentlichen Grund dauerhaft und ausschliesslich in Anspruch nehmen (Sondernutzungskonzession). Ein rechtliches Monopol liegt hier kaum vor, weil Bau und Betrieb der Stadtpassage nicht durch Rechtssatz dem Staat vorbehalten sind. Allenfalls liegt ein faktisches Monopol aufgrund der Sachherrschaft der Stadt am öffentlichen Grund vor, der für die Stadtpassage zwingend in Anspruch genommen werden muss. Inwieweit das hier zutrifft und eine Konzessionsvergabe vor diesem Hintergrund erforderlich wäre, wäre noch zu klären.
  - Unklar ist zum anderen, gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und mit welchen Vorgaben der Bund, der Kanton und die Stadt Investitionsbeiträge leisten würden. Falls diese Investitionsbeiträge als Finanzhilfen qualifiziert werden könnten - d.h. als Subventionen für eine ausschliesslich von Privaten veranlasste Tätigkeit - würde möglicherweise die Ausnahme von Art. 10 Abs. 1 lit. c IVöB greifen, wonach die Gewährung von Finanzhilfen kein öffentlicher Auftrag darstellt. Ob diese Ausnahme hier greift, dürfte aber insoweit fraglich sein, als die private Trägerschaft ohne die Investitionsbeiträge der öffentlichen Hand das Projekt Stadtpassage kaum verwirklichen wird. Daher kann auch eher nicht von einer nicht staatlich veranlassten Tätigkeit die Rede sein.
- 17 Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Investitionsbeiträge als Finanzhilfen zu qualifizieren wären und daher kein öffentlicher Auftrag vorliegt (Art. 10 Abs. 1 lit. c IVöB), ist bei einer gleichzeitigen Konzessionsvergabe die binnenmarktrechtliche Pflicht zur Ausschreibung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM zu berücksichtigen. Mit anderen Worten ist tendenziell auch dann ein nichtdiskriminierendes und öffentliches Verfahren erforderlich, wenn eine Konzession unabhängig von einem Auftrag im Sinne von Art. 8 IVöB vergeben wird.

## **2.4. Fazit**

- 18 Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen gehen wir davon aus, dass die Realisierung des Projekts Stadtpassage mit der IG Stadtpassage als private Trägerin dem Beschaffungsrecht untersteht, jedenfalls aber gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM öffentlich ausgeschrieben werden müsste (sofern nur eine Konzession eingeräumt wird).

## **3. Immaterialgüterrecht**

### **3.1. Allgemeines**

- 19 Zu prüfen ist, ob immaterielle Rechte an der "Idee" Stadtpassage und den Unterlagen bestehen, die von der IG Stadtpassage erarbeitet wurden. Im Vordergrund stehen Ansprüche nach dem Urheberrechtsgesetz (URG). Ebenfalls in Frage kommen könnten Ansprüche nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

### 3.2. Ansprüche gestützt auf das URG

- 20 Das URG schützt geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben. Dazu zählen auch Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt wie Zeichnungen, Pläne, Karten oder plastische Darstellungen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 URG). Nicht geschützt sind Ideen, Konzepte, «Know-how» und Regeln, sondern nur ihre konkrete Darstellung in individueller Form (vgl. OFK-Rehbinder/Haas/Uhlig, N. 4 zu Art. URG).
- 21 Die konkreten Konzepte und Pläne der IG Stadtpassage dürften als Werke im Sinne von Art. 2 Abs. 2 URG geschützt sein. Hingegen ist die Idee Stadtpassage als solche unseres Erachtens nicht urheberrechtlich geschützt. Erstellt jemand anders Konzepte und Pläne, kann die Idee unseres Erachtens ohne Urheberrechtsverletzung realisiert werden.

### 3.3. Ansprüche gestützt auf das UWG

- 22 Das UWG bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (vgl. Art. 1 UWG).
- 23 Unlauter handelt gemäss Art. 5 UWG insbesondere, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet, ein Arbeitsergebnis eines Dritten wie Offerten, Berechnungen oder Pläne verwertet, obwohl er wissen muss, dass es ihm unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist oder das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet.
- 24 Die verbotene Verwertungshandlung muss geeignet sein, den Wettbewerb objektiv zu beeinflussen. Das Tatbestandselement der Verwertung verlangt nicht zwingend eine identische Benutzung oder eine umfassende Übernahme des Arbeitsergebnisses. Vielmehr kann bereits die Verwendung eines Teilaspekts eines fremden Ergebnisses zu einer Wettbewerbsbeeinflussung führen. Dies wird regelmässig der Fall sein, wenn das anvertraute Arbeitsergebnis dem eigenen Erzeugnis «in einer Weise als Vorlage gedient hat, die wirtschaftlich oder technisch nicht als bedeutungslos angesehen werden kann» (vgl. Fahrländer, UWG-Kommentar, N. 21 f. zu Art. 5 UWG).
- 25 Hier kann sich zwar die Frage stellen, ob in Bezug auf die Realisierung des Projekts Stadtpassage überhaupt Wettbewerb besteht, da eine Realisierung offenkundig nur unter staatlicher bzw. massgeblicher staatlicher Beteiligung zustande kommt. Gleichwohl sollte Stadt Luzern darauf achten, die Arbeitsergebnisse der IG Stadtpassage nicht in einer Weise für ein eigenes Projekt zu verwenden, die wirtschaftlich oder technisch bedeutsam ist.