



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-6872/2017**

f1r/rit/lse

## **Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018**

---

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiber Thomas Ritter.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Christoph Jäger und MLaw Thomas Geiger,  
Kellerhals Carrard Bern KIG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt,  
Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Öffentliche Ausschreibung von Fremdwerbeflächen auf dem  
SBB-Areal (Lose 1 - 5; Entscheid vom 1. November 2017).

## **Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:**

### **A.**

**A.a** Am 23. Februar 2017 publizierten die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: Vorinstanz) im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) die Neuausschreibung sämtlicher "Mietverträge in Bezug auf die Fremdwerbung von SBB Immobilien" ab dem Jahr 2019. Insgesamt schrieb die Vorinstanz acht Lose aus: Sie betreffen analoge Plakatwerbeflächen (Los 1: Papierplakate Flächen der Städte Genf, Luzern, Zürich; Los 2: Papierplakate übrige Flächen schweizweit), kleine digitale Werbeflächen (Los 3; z.B. kleine eBoards, ePanels, Escalator ePanels), grosse digitale Werbeflächen (Los 4; z.B. grosse eBoards, Rail Beamer), Megaposter- und Investitionswerbeflächen (Los 5), analoge Zuginnenwerbung und analoge Zugaussenwerbung (Lose 6 und 7) sowie digitale Werbeplattformen (online; Los 8).

**A.b** In der Folge gingen insgesamt sechs Angebote ein, darunter dasjenige der X. \_\_\_\_\_ AG (für die Lose 1 - 5 und das Los 8) sowie dasjenige der Y. \_\_\_\_\_ AG, der bisherigen Nutzerin der Werbeflächen. Die Mietverträge der Vorinstanz mit der Y. \_\_\_\_\_ AG laufen Ende des Jahres 2018 nach zehnjähriger Laufzeit aus.

**A.c** Mit Entscheid vom 1. November 2017 erteilte die Vorinstanz der Y. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag für die Lose 1 - 5 (Loskombination) sowie für die Lose 6 und 7. Das Angebot der X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) verwies sie auf den zweiten Rang. Zudem entschied sie sich, das Los 8 (digitale Werbeplattformen) nicht zu vergeben, sondern die Vermarktung auch künftig selbst vorzunehmen. Im Schreiben vom 1. November 2018 an die Beschwerdeführerin führte sie dazu aus, ihr Angebot und dasjenige der Zuschlagsempfängerin seien aus finanzieller Sicht praktisch gleichwertig. Ausschlaggebend sei die qualitative Bewertung, welche zu 40 % gewichtet worden sei. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe unter anderem beim Geschäftskonzept, bei den Innovationen und der Erfahrung eine schlechtere Punktbewertung erhalten (Beschwerde-Beilage 11).

**A.d** Daraufhin verlangte die Beschwerdeführerin, vorgängig zum Debriefing vom 21. November 2017, eine detailliertere schriftliche Begründung. Mit Schreiben vom 17. November 2017 (Beilage 5 zur Stellungnahme vom 22. Dezember 2017) ging die Vorinstanz näher auf die wichtigsten Gründe

ein, welche zur Differenz in der Bewertung der qualitativen Kriterien (Beschwerdeführerin: 3.55 Punkte; Zuschlagsempfängerin: 4.13 Punkte) geführt hätten. [...].

## **B.**

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2017 erhebt X. \_\_\_\_\_ AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit dem Begehren, den Entscheid vom 1. November 2017 betreffend "Ausschreibung Fremdwerbung SBB 2019: Lose 1 - 5, 8" (nachfolgend: angefochtener Entscheid oder Zuschlag) aufzuheben und die Sache zur Neuausschreibung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei der Vorinstanz superprovisorisch und alsdann definitiv zu verbieten, irgendwelche Vollzugsvorkehrungen vorzunehmen, die den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, insbesondere den Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin.

Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, der Zuschlag bzw. das durchgeführte Auswahlverfahren sei in Missachtung der vorgängig in der Ausschreibung bekannt gegebenen Verfahrensregeln erfolgt. Überdies sei die Beurteilung der einzelnen Angebote nicht korrekt erfolgt. Die Beurteilung sei zum einen nicht vollständig offengelegt worden und zum andern seien die Anbieter im Bewertungsvorgang ungleich behandelt worden. Sie rügt insbesondere Verstösse gegen das verfassungsmässige Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 BV) und das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) sowie die allgemeinen Verfahrensgarantien, namentlich das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV).

## **C.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 5. Dezember 2017 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den entsprechenden prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Die Vergabestelle wurde gleichzeitig ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

**C.a** Mit Eingabe vom 15. Dezember 2017 reichte die Beschwerdeführerin aufforderungsgemäss eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Beschwerde ein. Mit Verfügung vom 19. Dezember 2017 wurde der

Zuschlagsempfängerin mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin einzureichen.

**C.b** Mit Stellungnahme vom 22. Dezember 2017 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil das Bundesverwaltungsgericht für die vorliegende Streitsache nicht zuständig sei. Eventualiter stellt sie mehrere Anträge in prozessualer Hinsicht. Insbesondere sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen und von provisorischen Massnahmen abzusehen. Zudem sei sie anzuweisen, zu Händen des Gerichts einzig die Akten der Lose 1 - 5 und 8, welche die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin betreffen, zu edieren. Die Akten der übrigen Anbieter seien von der Einreichungspflicht und vom Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin auszunehmen.

**D.**

Die Zuschlagsempfängerin teilte mit Eingabe vom 15. Januar 2018 mit, dass sie sich nicht als Partei im Verfahren konstituieren wolle.

**E.**

Mit Eingabe vom 26. Januar 2018 nimmt die Beschwerdeführerin zur Zuständigkeitsfrage Stellung. Zudem beantragt sie, auf die Beschwerde einzutreten und stellt den Verfahrensantrag, die Vorinstanz sei zu verpflichten, die vollständigen Akten der Lose 1 - 5 und 8 betreffend alle Anbieter des streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahrens einzureichen. Eventualiter sei über die Frage des Umfangs der Akteneditionspflicht in Form einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu entscheiden.

**F.**

**F.a** Die Vorinstanz äussert sich mit Stellungnahme vom 16. Februar 2018 zum Thema der aufschiebenden Wirkung und zu dem von der Beschwerdeführerin beantragten Verbot von Vollzugsvorkehrungen.

**F.b** Mit Vernehmlassung vom 16. Februar 2018 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten sei.

Zur Begründung führt sie hinsichtlich der Eintretensvoraussetzungen wiederum die ihres Erachtens fehlende Zuständigkeit des Gerichts an, weil der Streitgegenstand dem Privatrecht unterliege. In der Sache trägt sie für den Fall des Eintretens im Wesentlichen vor, sie habe ohne rechtliche Verpflichtung

tung freiwillig ein aufwändiges, umfassendes und faires Ausschreibungsverfahren durchgeführt. Es treffe sie keine Pflicht zum Erlass einer Sondernutzungskonzession und unabhängig davon keine gesetzliche Ausschreibungspflicht. Selbst wenn eine solche bestünde, enthielten weder das Verwaltungsverfahrensgesetz noch andere Spezialgesetze Normen dazu, wie sie das Ausschreibungsverfahren zu gestalten habe. Weiter nehme sie vorliegend keine öffentliche Aufgabe wahr, weshalb sie nicht pauschal an Grundrechte gebunden sei. Zwar sei angesichts der bundesgerichtlichen Praxis nicht auszuschliessen, dass sie allgemeine Rechtsgrundsätze befolgen müsse. Doch habe sie dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot bei der Durchführung der Offertphase, der Beurteilung der Offerten sowie beim Entscheid ohnehin durchwegs nachgelebt.

## **G.**

**G.a** Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 5. März 2018 äussert sich die Vorinstanz erneut zur aufschiebenden Wirkung und dem von der Beschwerdeführerin beantragten Verbot von Vollzugsvorkehrungen.

**G.b** Die Beschwerdeführerin bezieht mit der weiteren Stellungnahme vom 7. März 2018 zur Zuständigkeit des Gerichts und zum Umfang der Aktenevidenz Stellung. Ebenfalls zu diesen Fragen lässt sich die Vorinstanz mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 15. März 2018 erneut vernehmen.

## **H.**

Mit einer weiteren Eingabe vom 26. März 2018 stellt die Vorinstanz eventualiter ein zusätzliches Begehren zu ihren bisherigen prozessualen Anträgen. Danach sei sie zu ermächtigen, mit der Zuschlagsempfängerin ab sofort neue vertragliche Vereinbarungen auf der Basis des angefochtenen Zuschlags abzuschliessen. Dies sei ihr unter der Resolutivbedingung zu erlauben, dass die vertraglichen Beziehungen innert drei Monaten ab Rechtskraft des neuen Zuschlags aufgelöst werden, falls sie im vorliegenden Verfahren zur erneuten Ausschreibung bestimmter Lose verpflichtet werde und im Rahmen dieser Neuausschreibung die derzeitige Zuschlagsempfängerin den Zuschlag nicht erhalte.

Die Beschwerdeführerin beantragt mit Eingabe vom 6. April 2018, auf den Eventualantrag der Vorinstanz nicht einzutreten.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Gegenstand des vorliegenden Entscheids bildet zunächst die Frage der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (E. 2). Weiter zu befinden ist über den vorsorglichen Rechtsschutz – d.h. das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen (E. 3), dasjenige der Vorinstanz um Entzug der aufschiebenden Wirkung (E. 4) und ihren Eventualantrag, sie zum Abschluss eines resolutiv bedingten Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin zu ermächtigen (E. 5). Überdies ist über den streitigen Umfang der von der Vorinstanz einzureichenden Verfahrensakten zu entscheiden (E. 6).

**1.1** Diese Verfahrensfragen beurteilen sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

Grundsätzlich nicht anwendbar sind hingegen die besonderen verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) im 5. Abschnitt für das Beschwerdeverfahren bereithält.

Läge in der angefochtenen Vergabe der Lose 1 - 5 die Erteilung eines Zuschlags im Anwendungsbereich des BöB, so ergäbe sich die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde aus Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB. Zudem hätte die Beschwerde nach Art. 28 Abs. 1 BöB keine aufschiebende Wirkung und könnte das Gericht diese nur auf Gesuch hin erteilen (Art. 28 Abs. 2 BöB). Indessen ist für den Begriff der öffentlichen Beschaffung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Leistungen gegen ein Entgelt beschafft, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen (vgl. BGE 125 I 209 E. 6b S. 213 [Pra 2000 Nr. 149]; 135 II 49 E. 4.2 f. [Pra 2009 Nr. 75], je betr. Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund). Erteilt der Staat dagegen eine Konzession zur Sondernutzung des öffentlichen Grundes oder zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit, liegt darin grundsätzlich keine öffentliche Beschaffung, weil er damit nicht im erwähnten Sinn als Erwerber von Leistungen auftritt und etwas beschafft, sondern im Gegenteil dem Konzessionär ein Recht einräumt und dafür in der Regel eine Gegenleistung erhält. Entsprechend unterliegen Konzessionen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht (vgl. BGE 125 I 209 E. 6b; 128 I 136 E. 4.1; 135 II 49 E. 4.3 m.H. u. E. 5.1, 143 II 120 E. 2.2.1; DANIEL KUNZ, Verfahren

und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004, S. 149 ff.). Anders kann es sich etwa verhalten, wenn mit der Konzessionserteilung untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden sind, die normalerweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden; die Körperschaften des öffentlichen Rechts dürfen die Anwendung des Beschaffungsrechts nicht mittels Konzessionen umgehen (vgl. BGE 135 II 49 E. 4.4, E. 5.2). Ist die Verleihung der Konzession in ein Gesamtgeschäft eingebettet, kann dieses in Würdigung sämtlicher Umstände als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren sein – insbesondere, wenn bei der Erteilung der Sondernutzungskonzession die Übertragung eines (geldwerten) Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Vordergrund steht (vgl. Urteil des BGer 2C\_994/2016 vom 9. März 2018 E. 1.3.2 [zur amtl. Publ. vorgesehen; betr. Aufbau und Betrieb eines Veloverleihsystems für die Öffentlichkeit in Umsetzung der städtischen Bestimmungen zur Förderung des Veloverkehrs]).

Eine solche Konstellation liegt vorliegend jedoch unstrittig nicht vor, zumal mit der kommerziellen Bewirtschaftung der Fremdwerbeflächen zu Werbezwecken keine staatliche Aufgabe übertragen wird (vgl. E. 2.3.6).

Zwar ist vorliegend umstritten, ob das Recht zur Nutzung der Fremdwerbeflächen, so die Beschwerdeführerin, mittels Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Konzession an den Anbieter verliehen wird, oder, so die Vorinstanz, das Nutzungsrecht nach rein privatrechtlichen Vorgängen durch Miete bzw. Pacht eingeräumt wird. In beiden Fällen findet das Beschaffungsrecht jedoch keine direkte Anwendung, wovon auch die Parteien übereinstimmend ausgehen.

Auch eine *analoge* Anwendung der Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens hat das Bundesgericht für die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen oder die Übertragung von Verfügungsrechten an Gegenständen des Finanzvermögens mehrfach abgelehnt (vgl. BGE 143 II 120 E. 6.2 u. 6.3.1 [betr. Ausschreibung einer Konzession für den Plakataushang]; Urteil des BGer 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.2 m.H. auf die Praxis).

**1.2** Aus der zu verneinenden Anwendbarkeit der submissionsrechtlichen Bestimmungen zum Beschwerdeverfahren folgt zum einen, dass der vorliegenden Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Zum andern ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach den Art. 31 ff. VGG zu beurteilen.

Überdies kann der Beschwerdeführerin, soweit sie die Edition weiterer Akten mit der Begründung verlangt, die Akteneinsicht sei analog zur Vergaberechtspraxis auszudehnen, hinsichtlich der geforderten Analogie nicht gefolgt werden. Ohnehin richtete sich die Akteneinsicht auch im öffentlichen Beschaffungswesen nach den allgemeinen Bestimmungen (Art. 26 - 28 VwVG), da weder das BöB (vgl. Art. 26 Abs. 1) noch das VGG besondere Regeln für das Beschwerdeverfahren vorsehen.

In terminologischer Hinsicht ist schliesslich zu erwähnen, dass es sich beim Terminus des "Zuschlags" um keinen genuin beschaffungsrechtlichen Begriff handelt. Er wird allgemein im Zusammenhang mit öffentlichen Ausschreibungen, nicht selten auch für die Erteilung von Konzessionen, und ebenso nachfolgend verwendet (vgl. BGE 123 III 395 E. 1; BGE 125 II 293 BGE 132 II 485 E. 9.3).

## **2.**

Die Vorinstanz stellt vorab die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts in Abrede. Ihres Erachtens obliegt es dem Zivilgericht, über die vorliegende Streitigkeit zu entscheiden, weil der Streitgegenstand dem Privatrecht unterliege. Es fehle an einem vom öffentlichen Recht beherrschten Rechtsverhältnis. Als Begründung stützt sie sich im Wesentlichen auf zwei Argumentationslinien: Zum einen fehle es an der Sondernutzung einer öffentlichen Sache im engeren Sinn (hierzu E. 2.3 ff.). Zum andern sehe das Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1) die zivilgerichtliche Zuständigkeit ausdrücklich vor (hierzu E. 2.4).

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit wie die übrigen Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen und mit voller Kognition (Art. 7 VwVG; BVGE 2007/6 E. 1). Über die Zuständigkeit ist im Rahmen des Streitgegenstands zu befinden. Streitgegenstand bildet die angefochtene Vergabe der Lose 1 - 5. Die Erteilung der Lose 6 - 7 an die Zuschlagsempfängerin ficht die Beschwerdeführerin hingegen nicht an. Auch in Bezug auf das Los 8 (digitale Werbepattformen) kann die Zuständigkeit nach übereinstimmenden Ausführungen der Parteien offen gelassen werden, weil die Vorinstanz dieses Los, wie in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten, nicht vergeben hat. Aus den weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach die vergebene Loskombination 1 - 5 Streitgegenstand bilde, ergibt sich ebenfalls, dass sie sich nicht gegen den Verzicht auf die Vergabe des Loses 8 wendet.

Nicht zu prüfen ist demnach, ob es sich bei den digitalen Werbeplattformen, insbesondere den Flächen auf der Website der Vorinstanz – wie sie in Abrede stellt – um eine öffentliche Sache handelt und ihre Nutzungsüberlassung dem öffentlichen Recht untersteht.

**2.2** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, soweit diese von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG erlassen wurden. Die SBB gehört grundsätzlich zu den in Art. 33 Abs. 1 Bst. 3 VGG erwähnten Vorinstanzen (statt vieler Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011 E. 1.1) und es liegt keine der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen vor. Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten allerdings nur Anordnungen der Behörden, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (Art. 5 Abs. 2 VwVG). Ob dies der Fall ist, ist vorliegend umstritten.

**2.2.1** Um Rechtsverhältnisse dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuordnen, können im Wesentlichen diejenigen Unterscheidungskriterien herangezogen werden, welche zur Abgrenzung des Zivilrechts vom öffentlichen Recht entwickelt worden sind, sofern sich dem positiven Recht keine eindeutige Zuordnung entnehmen lässt (vgl. BVGE 2015/15 E. 2.3.1 m.H.; FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 5 N. 77). Die Lehre hat in dieser Hinsicht mehrere Methoden wie die Interessen-, Funktions-, Subordinationstheorie entwickelt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A. 2016, Rz. 223 ff.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, § 5 Rz. 378 ff.). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht nehmen die Abgrenzung gestützt auf verschiedene Methoden (Methodenpluralismus) vor, wobei keiner a priori Vorrang zukommt, sondern in jedem Einzelfall geprüft wird, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten Rechnung trägt (vgl. statt vieler: BGE 138 II 134 E. 4.1; 137 II 399 E. 1.1; 132 V 303 E. 4.4.2; Urteil des BVGer B-3706/2014 vom 28. November 2017 E. 2.1.2.1 ff. m.H.).

**2.2.2** In der vorliegenden Konstellation drängt sich für die Prüfung der Zuständigkeit die Funktionstheorie auf. Danach gehört eine Norm zum öffentlichen Recht, wenn das von ihr gesteuerte Verwaltungshandeln unmittelbar der Besorgung von Verwaltungsaufgaben dient (vgl. BGE 138 I 274 E. 1.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 229 f.). Hilfreich für die Abgrenzung ist zudem die Zweistufentheorie (vgl. hierzu E. 2.4.2), die beim Abschluss privatrechtlicher Verträge einen öffentlich-rechtlichen Teil der internen Wil-

lensbildung und einen externen privatrechtlichen Teil des Vertragsverhältnisses unterscheidet. In ihrer prozessualen Auswirkung kann sie unter Umständen bedeuten, dass ein Streit aus dem privatrechtlichen Verhältnis zwar nicht dem Verwaltungsrecht untersteht, dennoch aber die Anfechtung des Entscheids des Gemeinwesens zum Vertragsschluss nicht an der nach Art. 5 VwVG erforderlichen Anwendung von Bundesverwaltungsrecht scheitert (vgl. UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rz. 80 f.).

**2.3** Rechtsprechung und Lehre unterscheiden innerhalb der öffentlichen Sachen im weiteren Sinn zwischen dem Finanzvermögen, welches nur mittelbar der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dient, und öffentlichen Sachen im engeren Sinn. Diese unterteilen sich in Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Beide dienen unmittelbar durch ihren Gebrauchswert der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Sie unterscheiden sich vor allem durch ihren Benutzerkreis: Im Rahmen ihrer Zweckbestimmung stehen öffentliche Sachen im Gemeingebrauch der Allgemeinheit, Verwaltungsvermögen einem eingegrenzten Benutzerkreis offen (BGE 138 I 274 E. 2.3.2 m.H.; Urteil des BVGer A-4862/2014 vom 3. Juni 2015 E. 6.2).

**2.3.1** Die SBB ist eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen, vom 20. März 1998 [SBBG, SR 742.31]; detailliert BGE 132 III 470 E. 3.3). Sie erbringt als Kernaufgabe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenfernverkehr, im regionalen Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit zusammenhängenden Bereichen (Art. 3 Abs. 1 SBBG). In diesem Bereich ist sie mit staatlichen Aufgaben betraut, deren Erfüllung geeignete Sachmittel bedingt. Sie ist verpflichtet, die Infrastruktur bereitzustellen (Art. 3 Abs. 1 SBBG), wozu auch Bahnhöfe gehören (vgl. Art. 62 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 [EBG; SR 742.101]). Dabei handelt es sich um eine öffentliche Sache im engeren Sinn, welche unmittelbar der Erfüllung der Verwaltungsaufgabe des öffentlichen Verkehrs gewidmet ist. Die Verfügungsmacht darüber und deren Zweckbestimmung richten sich nach dem öffentlichen Recht, welches unter anderem die konkreten Nutzungsmöglichkeiten regelt (zum Ganzen BGE 138 I 274 E. 1.4 m.H.; Urteil des BVGer A-7554/2009 vom 29. März 2011 E. 1.1.2, E. 6). In der Verwaltung von öffentlichen Sachen i.e.S. liegt die Wahrnehmung einer Staatsaufgabe, welche die Bindung an die verfassungsmässigen Grundrechte mit sich bringt (BGE 138 I 274 E. 2.2.1; Art. 35 Abs. 2 BV).

Dem öffentlich-rechtlichen Handeln der Vorinstanz zuzuordnen ist beispielsweise das Verbot, ein bestimmtes Plakat an der Bahnhofswand aufzuhängen (BGE 138 I 274 E. 1.2 ff.) oder eine Gratiszeitung auf dem Bahnhofsareal zu verteilen (Entscheid der Rekurskommission UVEK vom 17. Oktober 2000 in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.63 E. 5.4). Dagegen schliesst sie etwa im Verkehr mit ihren Kunden grundsätzlich zivilrechtliche Verträge ab (vgl. Art. 56 Abs. 1 PBG; BGE 136 II 457 E. 2.2, 136 II 489 E. 2.4). Ebenfalls unterliegen Streitigkeiten betreffend Schliessfächer (BGE 102 Ib 314 E. 2 f.) sowie die Herausgabe von Kundendaten dem Zivilrecht (Urteil des BVGer A-420/2007 vom 3. September 2007 E. 1.2). Privatrechtlicher Natur ist auch der Vertrag zur Vermietung einer Geschäftsräumlichkeit im Bahnhofsareal, zumal diesbezüglich kein faktisches Monopol der SBB zu befürchten ist (Urteil des BVGer A-4862/2014 vom 3. Juni 2015 E. 6.4).

**2.3.2** Die Bahnhofswände stellen nach der Rechtsprechung eine Sache im Gemeingebrauch oder Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch, jedenfalls aber eine öffentliche Sache im engeren Sinn dar (BGE 138 I 274 E. 2.3.2 f. [nähere Zuordnung offen gelassen]; Urteil des BVGer A-7554/2009 vom 29. März 2011 E. 1.1.2, 8.6.4 f. [Sache im Gemeingebrauch]; vgl. auch MARKUS KERN/PETER KÖNIG, Verkehr: Öffentlicher Verkehr, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2014, Rz. 9.100). Zirkulationsflächen in Bahnhöfen enthalten als Scharnier zwischen dem öffentlichen Raum ausserhalb des Bahnhofs und den Zügen eine Art "Trichterfunktion"; Wände bilden dabei die Begrenzungen und sind somit integrierender Bestandteil der Flächen. Hierin liegt ihre ordentliche Nutzung und dem sind sie auch gewidmet (BGE a.a.O. E. 2.3.3).

Wie auch die Vorinstanz im Grundsatz ausführt, stellt die Regelung der Nutzung der Bahnhofswände (als Verwaltung der öffentlichen Sache im engeren Sinn) eine durch sie unmittelbar wahrgenommene staatliche Aufgabe dar und untersteht dem öffentlichen Recht (Urteil des BVGer A-7554/2009 vom 29. März 2011 E. 1.1.2; BGE 138 I 274 E. 1.4).

**2.3.3** Vor diesem Hintergrund macht sie jedoch zusammengefasst geltend, im konkreten Fall gehe es nicht um den Kernbereich, in welchem sie als Inhaberin der Infrastruktur- und Personenbeförderungskonzession grundsätzlich mit Staatsaufgaben betraut sei, sondern um eine Nutzung zu kommerziellen Zwecken, wie sie Art. 18b des Personenbeförderungsgesetzes (PBG) ausdrücklich vorsehe. Die nicht kommerzielle Nutzung ihrer Sach-

mittel, deren Benutzungsordnung als Verwaltungsvermögen oder die Ausscheidung zwischen ordentlichen und Nebennutzungsflächen der Sachmittel, die das Bundesgericht nach der Funktionstheorie dem öffentlichen Recht zuordne, lägen nicht im Streit. Streitgegenstand sei ihre Wahl aus Anbietern zur Vermietung bzw. Verpachtung ihrer Fremdwerbeflächen, die dem Privatrecht zuzuordnen seien. Die Werbeflächen bildeten weder Sachen im Gemeingebrauch noch öffentlichen Grund. Die Ausscheidung von kommerziellen Werbeflächen und anderen Flächen sei zwar eine öffentlich-rechtliche Nutzungsregelung. Sie sei aber bereits erfolgt und vorliegend nicht streitig. Die Ausscheidung der kommerziellen Werbeflächen bilde eine Entwidmung mit dem Ergebnis, dass die ausgeschiedenen Werbeflächen keine öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch mehr seien und als Finanzvermögen (im Anstaltsgebrauch) dem Privatrecht unterstünden. Sie sei daher frei privatrechtliche Verträge abzuschliessen ohne zu verfügen. Mit der Verwaltung von Finanzvermögen erfülle sie nicht unmittelbar Verwaltungsaufgaben gemäss Funktionstheorie.

Die kommerzielle Nutzung von Sachen stelle ferner keine öffentliche Aufgabe dar. Der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bewirke auch keine Sondernutzung. Der bestimmungsgemässe Gebrauch des Bahnhofs für Verkehrs- und Zirkulationszwecke und die ordentliche Nutzung der Wände als Stütze oder Abtrennung von Räumen werde nicht tangiert. Entsprechend müsse keine öffentlich-rechtliche Sondernutzungskonzession mit Ausschliesslichkeitsrechten vergeben werden. Anders als ein Gemeinwesen müsse sie zudem, als selbst bereits konzessioniertes Unternehmen, keine weitere Konzession erteilen. Eine kettenartige (Sonder-)Konzessionierung sei nur denkbar, wenn der Zuschlagsempfängerin die öffentliche Aufgabe der Nutzungsordnung des Areals übertragen würde, was weder gesetzlich vorgesehen noch der Fall sei.

**2.3.4** Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, beim Ausschreibungsverfahren handle es sich um ein Konzessionsverfahren, in dem die Vorinstanz das exklusive Recht zum Gebrauch des öffentlichen Raums für kommerzielle Zwecke ver gebe. Es bestehe die Pflicht zur Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzungskonzession. Die unter Hoheit der Vorinstanz stehenden Bahnhofsflächen begründeten ein faktisches Monopol. Als öffentliches Unternehmen sei sie grundrechtsgebunden und daher nicht frei in der Wahl der Anbieterinnen. Der Auswahlentscheid müsse den rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Dieses Verfahren sei öffentlich-rechtlicher Natur und dem Vertragschluss vorgelagert. Massgebend sei

nicht, ob die Vorinstanz im Rahmen einer staatlichen Aufgabe handle, sondern die Zuordnung gemäss öffentlichem Sachenrecht.

**2.3.5** Wenngleich die Vorinstanz im Rahmen der Rechtsordnung ihre öffentlichen Anlagen zu kommerziellen Zwecken nutzen und Nutzungsrechte auf private Unternehmen übertragen kann (vgl. Art. 18b PBG), folgt aus der Möglichkeit, kommerziell tätig sein, nicht bereits abstrakt, dass es sich um eine zivilrechtliche Angelegenheit handelt. Massgebend ist vielmehr die konkrete Konstellation (BGE 138 I 274 E. 1.4 m.H.).

Die betroffenen Wände wurden vorliegend zwar der kommerziellen Nutzung als Fremdwerbeflächen zugeführt. Indessen wurde dadurch ihre ordentliche, bestimmungsgemässe Nutzung als zirkulationsleitende, raumtrennende und tragende Begrenzungen (E. 2.3.2) nicht aufgehoben. Sie werden lediglich im Sinne einer zusätzlichen, ausserordentlichen "Nebennutzung", wie sie Art. 18b PBG normiert, zu Werbezwecken verwendet. Nebennutzungen im Sinne von Art 18b PBG finden an Orten statt, welche gleichzeitig dem Betrieb des Unternehmens dienen; sie unterscheiden sich dadurch von den sog. Nebenbetriebsflächen, die ausschliesslich zum Zweck eines Nebenbetriebs (Art. 39 EBG) verwendet werden (BBl 2013, S. 7206). Insgesamt im Vordergrund steht nach wie vor die primäre Nutzung der Bahnhofswände im Interesse des öffentlichen Bahnverkehrs. Die Anlagen und Wände stehen weiterhin der Allgemeinheit zur Benutzung offen, und dienen, in ihrer Gesamtheit, vorwiegend und unmittelbar der Verwaltungsaufgabe des öffentlichen Verkehrs. Zudem darf die Überlassung der Flächen zu Werbezwecken den Beförderungszweck nicht beeinträchtigen (vgl. Art. 18b Abs. 1 Bst. a PBG) und den ordnungsgemässen Bahnbetrieb nicht gefährden (vgl. Urteil des BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011 E. 8.6.5), insofern sie mit dem Personenverkehr direkt zusammenhängt. Dass die Werbeflächen isoliert davon in frei realisierbares Finanzvermögen überführt worden seien, vermag nicht zu überzeugen. Die Nutzung der Flächen zur Fremdwerbung bedeutet mithin, entgegen dem Standpunkt der Vorinstanz, keine Entwidmung – d.h. keine Umwandlung in Finanzvermögen. Vielmehr ist von der „Randnutzung“ einer öffentlichen Sache im engeren Sinn auszugehen, die neben ihrem primären Nutzen für den Bahnverkehr (auch) kommerziell genutzt wird. Zwischen den verschiedenen Arten öffentlicher Sachen (E. 2.3) und den verschiedenen Nutzungsarten einer Sache derselben Art (z.B. bestimmungsgemässe und -fremde; ordentliche oder ausserordentliche Nutzung) ist mithin zu unterscheiden (vgl. TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 1992, S. 150 ff.; MARKUS HEER, Die ausserordentliche

Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, 2006, S. 14 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2211 ff., 2255 ff., 2276 ff.).

Die kommerzielle Bewirtschaftung der Werbeflächen ändert demnach nichts an der sachenrechtlichen Qualifikation der Bahnhofswände und -anlagen. Im Übrigen legt die Vorinstanz nicht dar, durch welchen Verwaltungsakt die Entwidmung erfolgt und welchen Rechtsformen der Vorgang (als gegenteiliger Akt zur Widmung) zu genügen hätte (vgl. ANDRÉ WERNER MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, 2011, S. 30 m.H.).

Aus der sachenrechtlichen Zuordnung ergibt sich, dass die Koordination der Nutzung der betroffenen Flächen (Auswahl aus Anbietern) als Verwaltung der öffentlichen Sache im engeren Sinn einzustufen ist und somit einer Verwaltungsaufgabe dient (vgl. E. 2.3.1). Die Vorinstanz besitzt dabei, zufolge ihrer Hoheit über die Sache, ein faktisches Monopol bezüglich des Plakataushangs an Bahnhöfen (Urteil des BVGer A-7454/2009 E. 10.4.3.3). Durch den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin entsteht, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, eine Sondernutzung an Teilbereichen der Sache – d.h. ein nicht mehr bestimmungsgemässer Gebrauch unter Ausschluss anderer Berechtigter – indem sie gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Verträge) ein exklusives Recht für die Bereitstellung, die Vermarktung und Bewirtschaftung der Werbeflächen (ausserordentliche Nebennutzung) erhält. Andere Interessierte können die Flächen nicht selbst bewirtschaften, sondern lediglich, soweit die Zuschlagsempfängerin sie ihnen als Vertragspartner zur Verfügung stellt, für ihre Produkte und Inhalte darauf werben. Die betroffene Nutzung geht somit über einen gesteigerten Gemeingebrauch hinaus, der in der Regel in Form einer Bewilligung erlaubt wird (vgl. HEER, a.a.O., S. 16 m.H.) und von Art. 18b Abs. 2 PBG besonders geregelt wird (vgl. Stellungnahme der Vorinstanz vom 16. Februar 2018, Rz. 29). Zur Verleihung des Rechts zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache ist im Allgemeinen eine Konzession erforderlich (zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2308 ff., 2718 m.H.).

**2.3.6** Vor diesem sachenrechtlichen Hintergrund ist, anders als die Vorinstanz vorträgt, nicht entscheidend, dass die kommerzielle Nebennutzung und Bewirtschaftung der Flächen zu Werbezwecken an sich keine öffentliche Aufgabe darstellt (vgl. BGE 125 I 209 E. 6; BGE 135 II 49 E. 4.3.2 m.H. [Plakataushang zu kommerziellen Zwecken auf öffentlichem Grund]) – und somit der Zuschlagsempfängerin auch keine solche (über die Benutzung des öffentlichen Grunds hinaus) übertragen wird, sondern

die Fremdwerbung, in dem sie zur Verbesserung des Ertrags der Vorinstanz beiträgt, mittelbar der Finanzierung ihrer öffentlichen Aufgaben dient (vgl. BGE 138 I 274 E. 2.3.3; BGE 139 I 306 E. 3.2.2). Indem sie jedoch einer Anbieterin auf dem Weg einer Ausschreibung (Auswahlverfahren) Werbeflächen des öffentlichen Raums zur Sondernutzung und kommerziellen Bewirtschaftung zuteilt, verwaltet und koordiniert sie eine öffentliche Sache i.e.S. und nimmt insofern unmittelbar eine staatliche Aufgabe wahr. Die Auswahl des Vertragspartners zur Nutzung der Werbeflächen ist somit nach der Funktionstheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen, auch wenn das anschliessende vertragliche Verhältnis zwischen Vorinstanz und Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Nutzung der Werbeflächen dem Zivilrecht unterliegt (E. 2.4). Das durchgeführte Ausschreibungsverfahren hat in diesem Sinne öffentlich-rechtlichen Charakter und ist kein rein privatrechtlicher Vorgang im Sinne einer blossen Ausübung der Vertragsfreiheit.

**2.4** Weiter macht die Vorinstanz geltend, mit der seit 1. Januar 2016 in Kraft stehenden Änderung des Personenbeförderungsgesetzes (PBG) werde die Nebennutzung ihrer Anlagen ausdrücklich geregelt. Gemäss Art. 18b Abs. 4 PBG würden Streitigkeiten zwischen kommerziellen Nutzerinnen und Nutzern und den Unternehmen durch das Zivilgericht beurteilt. Angesichts dieser Bestimmung komme die Rechtsprechung zur Nutzung von Bahnhofswänden bzw. Plakatierung nicht zum Zug. Selbst wenn die Vermietung von Plakatflächen als *nicht* kommerzielle Nebennutzung angesehen würde, was vorliegend nicht zutrefte, wäre das Bundesamt für Verkehr (BAV) zur Beurteilung zuständig.

**2.4.1** Das Personenbeförderungsgesetz regelt die dem Regal unterstehende Beförderung von Personen und die Nutzung der dafür verwendeten Anlagen und Fahrzeuge. Das Personenbeförderungsregal umfasst unter anderem die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung auf Eisenbahnen (Art. 1 PBG). Art. 18b PBG, den die Vorinstanz zur Begründung der Zuständigkeit des Zivilgerichts anführt, regelt die Nebennutzungen der Anlagen. Danach können dem Gesetz unterstellte Unternehmen die Anlagen unter bestimmten Bedingungen (neben dem Beförderungszweck) Dritten für kommerzielle Nebennutzungen zur Verfügung stellen (Abs. 1). Art. 18 Abs. 4 PBG sieht in dieser Hinsicht vor:

"Streitigkeiten zwischen kommerziellen Nutzerinnen oder Nutzern und den Unternehmen beurteilt das Zivilgericht."

Die zugehörige Botschaft zur Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013 hält explizit

fest, dass als kommerzielle Nutzung im Sinne der Norm auch die Vermietung von Plakatflächen gilt (BBI 2013, S. 7206).

Im Grundsatz sieht das Gesetz jedoch vor, dass für Streitigkeiten die Vorschriften der Bundesverwaltungsrechtspflege gelten (Art. 56 Abs. 2 PBG).

**2.4.2** Der Entscheid eines Vermieters, mit einem bestimmten Mieter einen Mietvertrag abzuschliessen zu wollen oder nicht, ist im Allgemeinen zwar eine zivilrechtliche Angelegenheit. Der Entscheid, mit dem ein Gemeinwesen über die Benützung von öffentlichen Sachen befindet, kann nach der Rechtsprechung allerdings eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit bilden, auch wenn die Sache auf dem Wege eines privatrechtlichen Vertrags zur Verfügung gestellt wird (Urteil des BGer 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.1, ZBI 116 [2015], S. 147 f.; vgl. Urteile des BGer 2C\_484/2008 vom 9. Januar 2009 [in BGE 135 II 49 nicht publ.] E. 1.2, 1C\_312/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 1.2 u. E. 3.4; BGE 127 I 84 E. 4a). Im Sinne der Zweistufentheorie wird dabei unterschieden zwischen dem privatrechtlichen Vertragsschluss und einem dem öffentlichen Recht unterliegenden vorangehenden Entscheid darüber, ob und mit wem ein solcher Vertrag abgeschlossen werden soll. Das Verfahren der internen Willensbildung untersteht dem öffentlichen Recht und schliesst mit dem sog. Zuschlag ab (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1394). Dies gilt insbesondere im Submissionsrecht (BGE 134 II 297 E. 2.1; 125 II 86 E. 3 u. E. 4).

Bedeutung hat die Zweistufentheorie bisher vor allem dort erlangt, wo ihre Anwendung (wie im Beschaffungsrecht) gesetzlich vorgeschrieben ist. Für die Erteilung von Sondernutzungskonzession hat es das Bundesgericht zwar wie erwähnt abgelehnt, die Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen analog anzuwenden (vgl. BGE 143 II 120 E. 6.2 u. 6.3.1; BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 ff.). Es hat bisweilen aber trotzdem unterschieden zwischen dem privatrechtlichen Vertragsschluss und der vorangehenden Willensbildung innerhalb des Gemeinwesens, solche Verträge eingehen zu wollen (Urteil des BGer 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.2 m.Verw. auf BGE 112 II 35 E. 2 S. 37; Urteile des BGer 2A.188/1990 vom 7. Dezember 1990 E. 4a; P.1582/1987 vom 22. März 1988 E. 3a), und diese Willensbildung unter Umständen als anfechtbare Hoheitsakte betrachtet (Urteil des BGer 2C\_314/2013 E. 1.1.2 m.Verw. auf Urteil des BGer 2P.21/1994 vom 20. Dezember 1994 E. 1; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1394, 1403; HEER, a.a.O., S. 170 f. m.H.).

Wenngleich offen bleiben kann, wie es sich allgemein für den Rechtsschutz bei Nutzung öffentlicher Sachen verhält (vgl. Urteil des BVGer A-4862/2014 vom 3. Juni 2015 E. 8.4), rechtfertigt sich dies auch in der vorliegenden Konstellation, in welcher die Zuteilung der Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch auf dem Weg einer Ausschreibung (Auswahlverfahren) zur Ermittlung der zukünftigen Nutzerin erfolgt ist. Zwar liegt die Art der Gerichtsbarkeit (Zivil- oder Verwaltungsrechtspflege) im Streit, doch ist im konkreten Fall von einer Rechtsstreitigkeit auszugehen und der Beschwerdeführerin, insbesondere zur Prüfung der angerufenen Grundrechte, ein Rechtsweg zuzugestehen (vgl. Art. 29a BV). Die Vorinstanz hat sich denn auch ihrer Verfügungsmacht in diesem Bereich der Nutzung der öffentlichen Sache bedient (vgl. in Bezug auf Art. 18a Abs. 2 PBG die Botschaft zur Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBI 2013, S. 7206 m.Verw. auf BGE 138 I 274 E. 1.4), und den Zuschlag folgerichtig mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, wonach "gegen den Entscheid zur Erteilung der Konzession Los 1 – 5" gestützt auf Art. 44 ff. VwVG Beschwerde erhoben werden könne. Unter diesen Umständen kann von einem anfechtbaren Verwaltungsakt ausgegangen werden.

**2.4.3** Die Regelung des Art. 18 Abs. 4 PBG durchbricht diese zweigliedrige Auslegeordnung nicht. Es fehlen Auslegungsindizien dafür, dass der Gesetzgeber, von ihr abweichend, auch den Entscheid über die Nutzung der Anlagen – und nicht nur explizit das daraufhin einzugehende Vertragsverhältnis zwischen Unternehmen und Nutzerin – dem Privatrecht unterstellen wollte. Vielmehr zielt die Norm darauf ab, dass die kommerzielle Nutzung – wenn sie gestattet wird – in zivilrechtlicher Form zu regeln ist und die Beurteilung von Streitigkeiten "zwischen" den Vertragsparteien der Zivilgerichtsbarkeit untersteht (vgl. BBI 2013, 7207). So entspricht die Fassung der Norm im Wesentlichen dem – ebenfalls mit Änderung vom 26. September 2014 eingefügten – Art. 39 Abs. 4 EBG, der für Nebenbetriebe (Art. 39 EBG) klarstellt, dass "vertragliche" Streitigkeiten zwischen Vermietern und Mietern von Nebenbetriebsräumen von Zivilgerichten zu beurteilen sind (so explizit BBI 2013, 7212). Hingegen trifft Art. 18b Abs. 4 PBG keine Wertung hinsichtlich der Frage, ob die Zuteilung der Sondernutzung an einen Privaten dem Privat- oder öffentlichen Recht zuzuordnen sei. Vertragsstreitigkeiten über die Nutzung den Zivilgerichten zuzuweisen, entspricht im Übrigen auch keiner (deklaratorischen) Selbstverständlichkeit. So ist bei Sondernutzungskonzessionen der Vertrag in Vollzug des Zuschlags – anders

als im Beschaffungsrecht (privatrechtliche Natur) – nicht selten dem öffentlichen Recht unterstellt (vgl. statt vieler GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O. Rz. 1088 m.H.).

Zusammenfassend beurteilt das Zivilgericht Streitigkeiten, welche aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Vorinstanz und der Nutzerin der Fremdwerbeflächen entstehen. Dagegen untersteht die Anfechtung des vorliegenden Entscheids, wem die Werbeflächen als Sondernutzung zur Verfügung gestellt werden, den Bestimmungen der Verwaltungsrechtspflege.

**2.4.4** Im Übrigen führt die Vorinstanz zu Recht selbst aus, dass es sich bei der Nutzung der Fremdwerbeflächen um eine kommerzielle Nebennutzung der Anlagen handelt. Von Vornherein ohne Belang bleibt deshalb, dass – für *nicht* kommerzielle Nebennutzungen einer Anlage – das Bundesamt für Verkehr (BAV) gemäss Botschaft als Aufsichtsbehörde nach Art. 52 PBG zuständig sei, Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Personen zu entscheiden (BBI 2013, S. 7207).

**2.4.5** Das Personenbeförderungsgesetz ändert somit nichts daran, dass vorliegend von einem öffentlich-rechtlichen Streitgegenstand auszugehen ist.

**2.5** Der angefochtene Entscheid, die Werbeflächen des öffentlichen Raums der Zuschlagsempfängerin exklusiv zur Verfügung zu stellen, stellt somit einen anfechtbaren Verwaltungsakt dar, welcher dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Demgemäss ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**2.6** Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt. Die Beschwerdeführerin ist als direkte Adressatin des angefochtenen Entscheids sowohl formell als auch materiell beschwert. Sie ist somit gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

Entgegen dem entsprechenden Antrag der Vorinstanz ist demgemäss auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten.

### **3.**

Weiter zu befinden ist über den prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.

**3.1** Die Beschwerdeführerin verlangt, der Vorinstanz sei ausdrücklich zu verbieten, irgendwelche Vollzugsvorkehrungen vorzunehmen, welche den

Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten – insbesondere den Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin.

**3.1.1** Die angefochtenen Vergabe der Lose 1 - 5 bildet wie ausgeführt keine Erteilung eines Zuschlags im Anwendungsbereich des BöB. Wäre dies der Fall, so hätte die Beschwerde nach Art. 28 Abs. 1 BöB keine aufschiebende Wirkung und das Gericht könnte eine solche nur auf Gesuch hin erteilen (Art. 28 Abs. 2 BöB). Weil indessen das Beschaffungsrecht hierauf weder direkte noch analoge Anwendung findet (E. 1.1), richtet sich der vorsorgliche Rechtsschutz nach dem VwVG (Art. 37 VGG). Demzufolge kommt der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG).

**3.1.2** Davon geht auch die Beschwerdeführerin aus. Aus diesem Grund sei es der Vorinstanz für die Dauer des Verfahrens von Gesetzes wegen untersagt, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen. Die Beschwerdeführerin begründet das darüber hinaus beantragte Verbot präjudizierender Handlungen damit, dass ein vorzeitiger Vertragsschluss den gesetzlichen Rechtsschutz seines Sinns beraubte. Um präjudizierend wirkende Vollzugsvorkehren zu verhindern, sei das Verbot unabdingbar. Zu untersagen seien ihr auch jegliche Dispositionen und Kontakte mit der Zuschlagsempfängerin, welche über das bisherige Mandat hinausgingen bzw. die streitige Vergabe betreffen würden. Würden Vorbereitungshandlungen mit Blick auf den Vertragsbeginn erlaubt, hätte die Zuschlagsempfängerin exklusiv die Gelegenheit, Gespräche und Verhandlungen mit den für das neue Mandat verantwortlichen Ansprechpersonen aufzunehmen, wodurch sie im Fall der Neuausschreibung bevorteilt wäre.

**3.1.3** Die Vorinstanz wendet ein, die aufschiebende Wirkung beschlage einzig die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids. Davon sei der Vertragsabschluss grundsätzlich unabhängig, weshalb der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin während des Beschwerdeverfahrens die rechtliche oder tatsächliche Stellung der Beschwerdeführerin nicht berühre: Die Folgen des Vertragsschlusses unterstünden dem Privatrecht. Das Gericht könne bei Gutheissung der Beschwerde den Zuschlag allenfalls aufheben, selbst wenn der Vertrag bereits eingegangen sei. In der Folge könne der Vertrag mit vergaberechtlicher Begründung angegriffen werden. Die Vorinstanz müsse den Vertrag bei Aufhebung des Zuschlags wieder auflösen und die Lose neu ausschreiben. Indessen müsse eine vorsorgliche Massnahme geeignet sein, die Gefährdung der Rechtsdurchsetzung zu verhindern, woran es hier fehle.

**3.2** Der Instruktionsrichter kann nach Einreichung der Beschwerde andere vorsorgliche Massnahmen als die Erteilung der aufschiebenden Wirkung treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 56 VwVG).

Vorsorgliche Massnahmen zielen darauf ab, die Wirksamkeit des nachfolgenden Entscheids sicherzustellen. Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen, weil sonst die Rechtsdurchsetzung gefährdet ist. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint, wobei der zuständigen Behörde ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 127 II 132 E. 3; HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 56 VwVG N. 26 ff. m.w.H.). Im Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sind die Voraussetzungen, namentlich die drohenden Nachteile, glaubhaft zu machen (SEILER, a.a.O., Art. 56 N. 66; Art. 55 N. 156).

Eine vorsorgliche Anordnung des beantragten Verbots von Vollzugsvorkehren rechtfertigt sich demnach vorliegend nur, wenn den Interessen der Beschwerdeführerin nicht bereits durch das Institut der aufschiebenden Wirkung hinreichend Rechnung getragen ist – diese also eine wirksame Rechtsdurchsetzung ex lege sichert und irreversible Nachteile für die Beschwerdeführerin verhindert.

**3.3** Aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge, soweit sie Streitgegenstand bildet, vorläufig nicht eintritt, sondern bis zum Beschwerdeentscheid gehemmt wird. Sie schiebt die Vollstreckbarkeit einer Verfügung (sog. Vollstreckungshemmung), aber auch ihre Wirksamkeit hinaus (sog. Wirksamkeitshemmung). Während der Dauer der aufschiebenden Wirkung lässt sich eine Verfügung somit weder zum Nachteil eines Adressaten vollstrecken noch kann von ihr zum Vorteil eines Adressaten Gebrauch gemacht werden (SEILER, Praxiskommentar VwVG, Art. 55 N. 8 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.19 m.H.).

Mit dem angefochtenen Entscheid vom 1. November 2017 hat die Vorinstanz angeordnet, dass die Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erhält und die Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt wird. Sie hat ihren Entscheid beiden Beteiligten mitgeteilt. Kontrahierte sie mit der Zuschlagsempfängerin, würde sie den Entscheid zu deren Gunsten und zu Lasten der Beschwerdeführerin umsetzen. Die von Gesetzes wegen bestehende aufschiebende Wirkung der Beschwerde hat entsprechend zur Konsequenz, dass die Vorinstanz auf Basis des angefochtenen Entscheids keinen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin über die Nutzung der Werbeflächen abschliessen darf. Dies ist, auch aus Gründen der Rechtssicherheit, ausdrücklich festzuhalten.

Insofern entspricht die Rechtslage derjenigen im Beschaffungsrecht, wenn die Rechtsmittelbehörde einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt hat: Alsdann darf die Vergabestelle bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens keinen Vertrag über die streitgegenständlichen Leistungen eingehen (vgl. Urteil des BGer 2C\_639/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.4.7.1; Art. 22 Abs. 1 BöB e contrario; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, S. 268 ff., 424).

**3.4** Insofern ist der Vorinstanz nicht zu folgen, als sie die Möglichkeit des Vertragsschlusses von der aufschiebenden Wirkung und der Stellung der Beschwerdeführerin als unabhängig erachtet. Dass das Gericht bei Gutheissung der Beschwerde den vorliegenden Zuschlag trotz Vertragsschlusses aufheben könne und die Vorinstanz den Vertrag – nach eigener Ansicht – wieder auflösen müsse, spricht nicht gegen einstweiligen Rechtsschutz. Die Gutheissung der Beschwerde hätte nicht auch (automatisch) die Aufhebung des privatrechtlichen Vertrags zur Folge und die Vorinstanz könnte ihn nicht ohne weiteres einseitig aufheben. Auch wenn die privatrechtliche Gültigkeit des Vertrags allenfalls aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorordnung am Zivilgericht angreifbar sein sollte (vgl. Art. 18b Abs. 4 PBG), liegt darin keine Gewähr für die Vermeidung erheblicher Rechtsnachteile. Die mit diesem Rechtsweg verbundenen Schwierigkeiten und Ungewissheiten wurden in der Literatur zum Beschaffungsrecht anschaulich aufgezeigt (vgl. etwa MARTIN BEYELER, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? Ein Vorschlag, der die Mitte sucht, AJP 2009, S. 1151 ff.). Entsprechend sachgerecht ist, dass zufolge der aufschiebenden Wirkung kein Vertragsabschluss auf Basis eines allenfalls rechtswidrigen Zuschlags erfolgen darf. An der Sache vorbei läuft entsprechend der Hinweis der Vorinstanz auf BVGE 2009/19, wonach im Beschaffungsrecht die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht geschlossenen Vertrags nicht ohne Rücksicht

auf die vergaberechtliche "Vorordnung des Vertragsschlusses" beurteilt werden kann, und der Vertragsschluss nach Zuschlagserteilung im freihändigen Verfahren das Gericht nicht hindert, den Zuschlag aufzuheben (E. 7.2 mit Bezug auf den hier nicht analogiefähigen Art. 32 Abs. 2 BoeB).

**3.5** Aus der Tragweite der aufschiebenden Wirkung, welche keinen Vertragsschluss erlaubt (E. 3.4), ergibt sich indessen, dass die Wirksamkeit des zu fällenden Entscheids auch ohne ein vorsorgliches Verbot des Vertragsabschlusses gewährleistet bleibt. Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme über die aufschiebende Wirkung hinaus ist mithin nicht erforderlich, um einen wirksamen Rechtsschutz der Beschwerdeführerin sicherzustellen. Entsprechend ist auf sie zu verzichten.

Soweit die Beschwerdeführerin der Vorinstanz darüber hinaus jegliche Vorbereitungshandlungen, Dispositionen und Kontakte mit der Zuschlagsempfängerin untersagen möchte, kann ihren Anträgen ebenfalls nicht gefolgt werden. Zunächst steht die Vorinstanz, jedenfalls bis Ende des Jahres 2018, in laufenden Vertragsbeziehungen mit der Zuschlagsempfängerin. Mit Rücksicht auf die vertragliche Rechtsordnung ist ein Verbot von Kontakten zwischen den Vertragsparteien nicht gangbar. Weiter rechtfertigt sich, wie später ausgeführt (E. 5), aus Gründen der Dringlichkeit die Vorinstanz zu ermächtigen, die Nutzungsflächen in einer ersten Phase der neuen Vertragsperiode befristet zur Verfügung zu stellen. Auch dies steht dem Antrag der Beschwerdeführerin entgegen. Des Weiteren steht nicht fest, wie ein allfälliges neues Ausschreibungsverfahren auszugestalten wäre. Der Antrag der Beschwerdeführerin ist offen formuliert ("irgendwelche Vollzugsvorkehrungen"; "jegliche Dispositionen"), während nicht konkret aufgezeigt ist, aufgrund welcher Vorbereitungen die Zuschlagsempfängerin effektive Vorteile in einer neuen Ausschreibung erlangte, zumal sie die Werbeflächen schon bisher während Jahrzehnten bewirtschaftet hat. Nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile der Beschwerdeführerin für das weitere Verfahren sind demnach nicht ausreichend glaubhaft gemacht.

**3.6** Das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen (Verbot von Vollzugsvorkehrungen) ist demzufolge abzuweisen.

#### **4.**

Die Vorinstanz beantragt mit Eingabe vom 22. Dezember 2017, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen (Antrag Ziff. 5).

**4.1** Zur Begründung führt sie aus, sie und die Zuschlagsempfängerin hätten ein erhebliches Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids. Die aktuellen Mietverträge liefen per Ende 2018 aus. Ab 1. Januar 2019 sollten die neuen Mietverträge erfüllt werden, damit ein nahtloser Übergang gewährleistet sei. Dazu brauche es zahlreiche Vorbereitungshandlungen, weshalb eine entsprechende Vorlaufzeit unabdingbar sei. Bei Verzögerung dieser Arbeiten rechne sie mit Mindererträgen von rund Fr. [...] Mio. allein für das Jahr 2018. Sollte sich der per 1. Januar 2019 vorgesehene Vertragsbeginn verzögern, erlitte sie pro Monat Einbusen im unteren einstelligen Millionenbereich. Sie habe zudem ein gewichtiges Interesse daran, in Sachen Digitalisierung der Fremdwerbeflächen gegenüber der Konkurrenz nicht ins Hintertreffen zu geraten. Die Digitalisierung dulde keinen Aufschub. Zur Umsetzung seien grosse Investitionen (Vorarbeiten von Baubewilligungen, Bestellungen von neuen E-Panels usw.) schnell erforderlich. Solche könnten aber nicht getätigt werden, wenn die Zuschlagsempfängerin die digitalen Werbeflächen nicht gemäss künftigen Vertrag bewirtschaften könne. Dagegen könne eine neue Ausschreibung nach allfälliger Gutheissung der Beschwerde auch nach dem 1. Januar 2019 bzw. nach dem Vertragsschluss oder anderen Vorkehren stattfinden. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung würde eine neue Ausschreibung weder präjudizieren noch verhindern.

**4.2** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin fehlt dagegen die sachliche und zeitliche Dringlichkeit für den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Mangels hinreichend substantiierter Ertragseinbussen drohe der Vorinstanz kein Nachteil. Das Interesse der Beschwerdeführerin, die Konzessionsvergabe auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen und der Neuausschreibung zuzuführen, überwiege andere Interessen.

**4.3** Hat die Verfügung keine Geldleistung zum Gegenstand, kann die Beschwerdeinstanz einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Gemäss Rechtsprechung müssen für den Entzug keine ganz aussergewöhnlichen Umstände vorliegen, aber doch zumindest überzeugende Gründe gegeben sein. Ob er sich im Einzelfall rechtfertigt, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Zu prüfen ist, ob die Gründe, welche für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Bei dieser Interessenabwägung kommt der Behörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Der vermutliche Ausgang des Verfahrens fällt dabei nur in Betracht, soweit die Aussichten eindeutig sind (BGE 129 II 286 E. 3; SEILER, Praxiskommentar VwVG, Art. 55 N 92 ff.).

Die Behörde trifft ihren Entscheid "prima facie" und stützt ihn im Allgemeinen auf den Sachverhalt, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen. Herabgesetzt sind neben den Untersuchungspflichten auch die Beweisanforderungen. Das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.18a, 3.24 und 3.27 m.H.).

**4.4** Eine verlässliche Prognose hinsichtlich der Prozessaussichten der Parteien ist vorliegend nicht möglich. Sie sind nicht eindeutig, weshalb sie als Kriterium für den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht länger in Betracht fallen.

Weiter ist auf der einen Seite zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz und auch die Zuschlagsempfängerin ein erhebliches Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids und der kommerziellen Nutzung der Fremdwerbeflächen in den Bahnhöfen haben. Die bestehenden Verträge erreichen zum Ablauf des Jahres das Ende ihrer Laufzeit und Vorbereitungshandlungen für die neue Vertragsperiode stehen an. Dem gegenüber steht das Anliegen der Beschwerdeführerin, die Möglichkeit der erneuten Ausschreibung und damit ihre Chancen auf den Zuschlag aufrechtzuerhalten. Ins Gewicht fällt insbesondere das Interesse, in dieser Hinsicht einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Dass dieser illusorisch oder nur unter Inkaufnahme erheblicher Nachteile erlangt wird, soll verhindert werden. Hinzu kommt dabei, dass die Beschwerdeführerin hauptsächlich eine Verletzung fundamentaler verfassungsmässiger Grundrechte (Rechtsgleichheit; Recht auf faires Verfahren) rügt.

Wie ausgeführt, würde der vollumfängliche Entzug der aufschiebenden Wirkung einen Vertragsschluss über die Flächennutzung für die gesamte Nutzungsdauer ermöglichen. Diese beträgt gemäss Ausschreibungsunterlagen – je nach Los – zwischen zumindest fünf Jahren (Lose 3 - 5; je mit Verlängerungsoption der Vorinstanz) und zehn Jahren (Los 1 und 2). Daraus könnten der Beschwerdeführerin, wie erwähnt, auch bei allfälliger Gutheissung ihrer Beschwerde gewichtige Nachteile hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung erwachsen. So führte die Gutheissung zur Neuausschreibung, nicht aber zur unmittelbaren Beseitigung eines bereits geschlossenen Vertrags und es bestünde sogar die Gefahr, dass sie dessen Gültigkeit ohne Gewähr für Erfolg in einem Zivilverfahren angreifen müsste (vgl. E. 3.4). Die Verträge könnten unter Umständen über Jahre trotz eines allenfalls verfassungswidrigen Ausschreibungsverfahrens vollzogen werden.

Im Grundsatz überwiegt somit das Interesse der Sicherstellung des effektiven Rechtsschutzes dasjenige der Vorinstanz, Verzögerungen in der Vorbereitung und Erfüllung der neuen Verträge zu vermeiden. Die angeführten Nachteile (Aufschub von Vorbereitungs- und Investitionshandlungen, Mindereinnahmen) sind zwar erheblich. Sie rechtfertigen es aber nicht, die aufschiebende Wirkung *umfassend* zu entziehen mit der Folge, dass neue Verträge für die gesamte ausgeschriebene Nutzungs- und Vertragsdauer von bis zu zehn Jahren geschlossen werden können. Ein vollumfänglicher Entzug der aufschiebenden Wirkung ist somit nicht gerechtfertigt. In diesem Sinne ist das Gesuch der Vorinstanz abzuweisen.

Den Interessen der Vorinstanz ist jedoch im Sinne eines *teilweisen* Entzugs der aufschiebenden Wirkung verhältnismässig Rechnung zu tragen, soweit eine hinreichende Dringlichkeit es rechtfertigt, die Flächen für eine erste Periode der ausgeschriebenen Vertragsdauer, mithin für einen Teil des vergebenen Gegenstands zur Verfügung zu stellen (E. 5).

## 5.

So beantragt die Vorinstanz eventualiter – weitgehend mit derselben Begründung (vgl. E. 4.1) – sie sei zu ermächtigen, mit der Zuschlagsempfängerin ab sofort neue vertragliche Vereinbarungen auf der Basis des angefochtenen Zuschlags abzuschliessen unter der resolutiven Bedingung, dass sie innert dreier Monate ab Rechtskraft des neuen Zuschlags aufgelöst würden, falls im Rahmen einer Neuausschreibung die Zuschlagsempfängerin den Zuschlag nicht erhalte.

**5.1** Auf den Eventualantrag ist entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin einzutreten. Weder ist er verspätet erfolgt – als Begehren um vorsorglichen Rechtsschutz konnte er jederzeit gestellt werden – noch liegt er ausserhalb des Streitgegenstands. So strebt die Vorinstanz an, vom angefochtenen Zuschlag teilweise Gebrauch zu machen, indem sie der Zuschlagsempfängerin die Nutzung der Werbeflächen bereits während des vorliegenden Verfahrens vertraglich einräumen will.

**5.2** Gegen eine Ermächtigung zum Vertragsschluss wendet die Beschwerdeführerin ein, die Vorinstanz müsse das mögliche Rechtsmittelverfahren in ihre Zeitplanung einbeziehen. Allfällige Ertragseinbussen habe sie hinzunehmen. Die sich seit längerer Zeit abzeichnenden Digitalisierungsentwicklungen seien absehbar gewesen und fielen in den Risiko- und Verantwortungsbereich der Vorinstanz. Der Abschluss eines Vertrags auf Basis

des angefochtenen Zuschlags lasse ihren Rechtsschutz illusorisch werden.

**5.3** Zwar würde die Vorinstanz in der Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben des öffentlichen Verkehrs durch die bestehende Rechtslage nicht behindert. Müsste jedoch die kommerzielle Nutzung der Fremdwerbeflächen Ende 2018 eingestellt und könnte sie nicht ohne Unterbruch weitergeführt werden, blieben die zahlreichen Fremdwerbeflächen auf den Schweizer Bahnhöfen möglicherweise leer. Kann nicht wie geplant im Januar 2019 mit der an die Zuschlagsempfängerin vergebenen Nutzung begonnen werden, entstünden der Vorinstanz – wie sie in ihren Eingaben und mit der "Pachtabrechnung 2017" (Beilage 1a, Eingabe vom 26. März 2018) glaubhaft macht – erhebliche finanzielle Einbussen durch Mindererträge in Millionenhöhe. Ähnliches dürfte für die Zuschlagsempfängerin zutreffen, könnte sie die Flächen ihren Vertragspartnern nicht mehr zur Verfügung stellen. Deren Anliegen wiederum, Werbung bzw. kommerzielle Inhalte mittels der Flächen an Reisende mit entsprechendem Informationsbedürfnis zu verbreiten, wäre ebenfalls beeinträchtigt. Nach dem bisherigen Verlauf und Stand des vorliegenden Verfahrens ist zudem in hohem Mass unwahrscheinlich, dass es – nach einer möglichen Beschwerde gegen den vorliegenden Entscheid an das Bundesgericht, dem Akteneinsichtsverfahren, dem weiteren Schriftenwechsel in Bezug auf das Hauptverfahren und der Urteilsfindung – seinen Abschluss im Jahr 2018 zu einem Zeitpunkt findet, welcher den Vertragsparteien ausreichende Vorbereitungszeit für die neue Vertragsperiode ab 1. Januar 2019 belässt. Mit Sicherheit nicht der Fall ist dies für ein mögliches Beschwerdeverfahren des Bundesgerichts und ein neues Ausschreibungsverfahren bei Gutheissung der Beschwerde.

Insofern besteht eine zeitliche Dringlichkeit, die Wirkung der angefochtenen Verfügung teilweise sofort eintreten zu lassen und die Vorinstanz zu Vertragsverhandlungen und zur befristeten Nutzungsüberlassung zu ermächtigen.

Dabei trifft zwar grundsätzlich zu, dass die Vorinstanz die Möglichkeit eines Rechtsmittels (mit aufschiebender Wirkung) gegen die Erteilung der Sondernutzungskonzession in ihre Planung einzubeziehen hat, sodass eine Dringlichkeit verhindert werden kann (vgl. für das Beschaffungsrecht Urteil des BGer 2C\_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1238; Zwischenentscheid des BVer B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 10.2). Insoweit hat die Vorinstanz den zeitlichen Eng-

pass teilweise mitbeeinflusst. In der vorliegenden Konstellation ist ihr indessen zu Gute zu halten, dass der Ablauf des Ausschreibungs- und des Beschwerdeverfahrens – wie auch die offene Streitfrage, ob überhaupt eine Ausschreibungspflicht hinsichtlich der Konzession besteht – nicht im gleichen Mass reguliert und planbar war wie Ausschreibungen im spezialgesetzlich geregelten Beschaffungswesen. Dies haben auch die Ausführungen zur Zuständigkeit gezeigt. Unter diesem Aspekt kann von der beantragten Ermächtigung nicht vollständig Umgang genommen werden.

**5.4** Indessen sind Massnahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes zum Endentscheid akzessorisch. Sie fallen – grundsätzlich - mit dem instanzabschliessenden Urteil in der Hauptsache dahin und sind zeitlich in der Regel auf die Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens beschränkt (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N. 3.18 m.H.; SEILER, Praxiskommentar VwVG, Art. 56 Rz. 24). Die Vorinstanz ersucht, darüber hinaus, um Erlaubnis zum Abschluss eines Vertrags auch während eines neuen Ausschreibungsverfahrens. Für die Zeit nach dem Beschwerdeentscheid des vorliegenden Verfahrens lässt sich heute jedoch weder gesamt haft Dringlichkeit annehmen noch bereits festhalten, die Ermächtigung sei verhältnismässig und trotz des Interesses der Beschwerdeführerin an effektivem Rechtsschutz geboten.

**5.5** Der mit dem Endurteil zu regelnde Zustand soll im Weiteren durch vorsorgliche Massnahmen weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (vgl. BGE 130 II 149 E. 3.2). Steht im Beschaffungsrecht in Frage, einen Teilbereich des Vergabegegenstandes von der aufschiebenden Wirkung auszunehmen, wird daher geprüft, ob der insoweit beantragte Vertragschluss präjudizielle Wirkung für die definitive Vergabe des restlichen Auftrags hätte (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3526/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342). Dies rechtfertigt sich sinngemäss auch für zeitliche Teilabschnitte einer ausgeschriebenen Konzession.

Auf Grundlage der zeitlichen Beschränkung auf das Verfahren (E. 5.5) wirkt sich eine befristete Nutzung allerdings nicht präjudiziell auf die Zuteilung der Werbeflächen für die im Anschluss verbleibende Nutzungs- und Vertragsdauer aus. Insbesondere handelt es sich vorliegend um eine dauerhafte und kontinuierliche Nutzung einer öffentlichen Sache. Die ausgeschriebene Laufzeit beginnt ab 1. Januar 2019 und dauert je nach Los zwischen mindestens fünf und zehn Jahren (siehe E. 4.4). Sie reicht somit voraussichtlich weit über die Dauer des Verfahrens hinaus. Die einstweilige

Nutzung schafft keine Hindernisse, die den allfälligen Zuschlag an die Beschwerdeführerin für die Restdauer verunmöglichen. Somit kann der dargelegten Dringlichkeit verhältnismässig Rechnung getragen werden, ohne den Anspruch der Beschwerdeführerin auf effektiven Rechtsschutz mehr als nötig zu beeinträchtigen. Weshalb sie diesen dennoch als illusorisch erachtet, legt die Beschwerdeführerin im Übrigen nicht näher dar.

**5.6** Somit ist der Eventualantrag teilweise gutzuheissen und der Vorinstanz zu erlauben, die ausgeschriebenen Fremdwerbeflächen ab 1. Januar 2019 für die Dauer des vorliegenden Verfahrens der Zuschlagsempfängerin zur Verfügung zu stellen. Soweit weitergehend ist er zurzeit abzuweisen.

## **6.**

Streitig ist überdies, welche Akten die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren einzureichen hat.

**6.1** Die Vorinstanz beantragt in diesem Zusammenhang, sie sei anzuweisen, dem Gericht einzig die Akten der Lose 1 - 5, welche die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin betreffen, vollständig zu edieren. In dieser Hinsicht habe sie mit ihren bisherigen Eingaben bereits rund 3000 Aktenseiten eingereicht. Dagegen seien die Akten der übrigen Anbieter von der Einreichungspflicht auszunehmen.

Zur Begründung führt sie an, die Beschwerdeführerin sei hinter der Zuschlagsempfängerin auf Rang 2 klassiert. Deshalb seien lediglich die Angebote der ersten beiden Offerentinnen von Interesse. Die Akten betreffend die übrigen Anbieter seien für den Entscheid nicht wesentlich. In Bezug auf die anderen unterlegenen Bewerbungen fehle der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse am Akteneinsichtsrecht. Diese Akten seien angesichts der Rügen der Beschwerdeführerin nicht entscheidrelevant.

**6.2** Die Beschwerdeführerin beantragt demgegenüber, die Vorinstanz gerichtlich zu verpflichten, die vollständigen Akten der Lose 1 - 5 und 8 betreffend alle Anbieter des Ausschreibungsverfahrens einzureichen. Sämtliche Vorakten seien beizuziehen. Zur Beurteilung der Einhaltung des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgebots seien die vollständigen Akten betreffend alle Anbieter zentral. Erst das Verhalten der Vorinstanz in den Angebotsbereinigungen und Verhandlungen mit allen Anbietern zeige, ob die Beschwerdeführerin nach gleichen Massstäben behandelt oder die Zuschlagsempfängerin bevorteilt worden sei. Nur eine Gesamtsicht über alle Anbieter erlaube es dem Gericht, die Beurteilung von Qualitäts- und

anderen Unterschieden zwischen den Angeboten nachzuvollziehen und zu prüfen, ob und inwiefern die Vorinstanz auch andere Anbieter zu nachträglichen Anpassungen ihrer Offerten angehalten und Informationen ausgetauscht habe. Informationsasymmetrien liessen sich nicht allein aufgrund eines Direktvergleichs der Beschwerdeführerin mit der Zuschlagsempfängerin entdecken.

**6.3** Art. 57 Abs. 1 VwVG sieht im Rahmen des Schriftenwechsels unter anderem vor, dass die Beschwerdeinstanz in der Regel die Vorinstanz, gleichzeitig mit der Ansetzung einer Frist zur Vernehmlassung, zur Vorlage ihrer Akten auffordert. Grund für den Beizug der Vorakten ist, dass diese in der Regel eine wesentliche Grundlage für die Überprüfung der angefochtenen Anordnung bilden (vgl. SEETHALER/PLÜSS, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 57 VwVG N. 7).

Die Aktenedition dient ausserdem der effektiven Verwirklichung des Akteneinsichtsrechts. Eine Partei hat gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG Anspruch darauf, in ihrer Sache die Akten einzusehen. Das Einsichtsrecht erstreckt sich innerhalb der Sache allgemein auf sämtliche Akten, die geeignet sind, dem Gericht als Grundlage des späteren Entscheides zu dienen (vgl. WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 26 VwVG N. 59 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.91, je m.H.).

**6.4** Der zu beurteilende Prozessgegenstand kann, mit Blick auf die Eignung der Akten als Entscheidungsgrundlage, den Umfang der Aktenedition beschränken. Dies gilt im Übrigen auch für den Umfang des Akteneinsichtsrechts (vgl. für das Beschaffungsrecht GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1368, Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011 E. 9.2), wengleich dieser sich, entgegen der Vorinstanz, nicht mit demjenigen der Aktenedition decken muss (vgl. Art. 27 VwVG). Mit anderen Worten sind die Akten vorliegend insoweit (vollständig) einzureichen, als sie den Prozessgegenstand betreffen und sich zu dessen Beurteilung eignen.

**6.5** Vor diesem Hintergrund vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht zu überzeugen. Die Beschwerde zielt darauf, das durch die angefochtene Verfügung bestimmte Rechtsverhältnis der Vorinstanz zur Beschwerdeführerin einerseits und zur Zuschlagsempfängerin andererseits überprüfen zu lassen. Indessen dient sie nicht dazu, und fehlt der Beschwerdeführerin die Legitimation, die objektive Rechtmässigkeit des Ausschreibungsverfahrens abstrakt zu überprüfen und verfassungsmässige Individualrechte von Drittanbietern wie das Gleichbehandlungsgebot als

verletzt zu rügen, ohne dadurch einen eigenen praktischen und schutzwürdigen Vorteil erlangen und ihre Rechtsstellung verbessern zu können. Die übrigen Anbieter haben keine Beschwerde erhoben und das Ausschreibungsverfahren sowie den Nichterhalt des Zuschlags, auch als Inhaber ihrer Grundrechtspositionen, akzeptiert. Dies bleibt nicht ohne Folgen für den Prüfungsgegenstand. Die Vorinstanz weist zutreffend darauf hin, dass eine allfällige Verletzung des Transparenzgebots oder des Gleichbehandlungsrechts der übrigen Offerentinnen im Vergleich zur Beschwerdeführerin oder zur Zuschlagsempfängerin ohne Einfluss auf die Stellung der Beschwerdeführerin bliebe. Ob andere Anbieterinnen zu nachträglichen Anpassungen ihrer Offerten angehalten oder im Verhältnis zu ihnen Informationen ausgetauscht wurden, und ob sie zwischenzeitlich besser klassiert waren, bleibt für die Rangfolge zwischen Beschwerdeführerin und Zuschlagsempfängerin ohne Belang. Es ist weder nachvollziehbar noch glaubhaft gerügt, dass und weshalb die Beschwerdeführerin durch den Umgang mit hinter ihr Klassierten gegenüber der Zuschlagsempfängerin benachteiligt worden sein sollte. Nur soweit die Beschwerdeführerin selbst durch die Verfahrensführung gegenüber der Zuschlagsempfängerin widerrechtlich benachteiligt worden wäre, könnte die Beschwerde zur beantragten Aufhebung des Zuschlags und zur Neuausschreibung führen. Entsprechend kann der Beschwerdeführerin nicht darin gefolgt werden, dass das Gericht die Beschwerde nur mit Blick auf alle Anbieter beurteilen könne.

**6.6** Somit sind die von der Beschwerdeführerin zur Edition begehrten Akten, welche lediglich die nach ihr rangierten Anbieterinnen betreffen, nicht geeignet, Grundlage des Beschwerdeentscheids zu bilden. Sie liegen ausserhalb des Prüfungsgegenstandes und sind für die Beurteilung des angefochtenen Rechtsverhältnisses nicht relevant. Auch der Blick auf den Umfang des Akteneinsichtsrechts der Beschwerdeführerin macht keine Anforderung weiterer Akten – als Vorbedingung der Einsicht – erforderlich (vgl. E. 6.3). Mithin ist darauf zu verzichten, die Vorinstanz – über die eingereichten Akten hinaus – zur Edition weiterer Aktenbestände im Sinne des Antrags der Beschwerdeführerin zu verpflichten.

Dieses Ergebnis unterstützt im Übrigen das Interesse der Beteiligten an einer effizienten Verfahrensführung. Die Beschwerdeführerin möchte die Akten - ohne jegliche Einschränkung - in Bezug auf sämtliche Anbieter dem Verfahren zuführen. Dies würde namentlich das Verfahren betreffend Akteneinsicht, in dem Geheimhaltungsinteressen sämtlicher Anbieter betref-

fen und ihnen insofern das rechtliche Gehör zu gewähren sein dürfte, erschweren und entsprechend verlängern, ohne dass die Dokumente für den Rechtsschutz der Beschwerdeführerin erforderlich wären.

**7.**

Zusammenfassend ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig und tritt auf sie ein. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen ist abzuweisen. Ebenfalls keine Gutheissung findet der Antrag der Vorinstanz auf einen – vollumfänglichen – Entzug der aufschiebenden Wirkung. Doch ist ihrem Eventualantrag, sie zum Vertragsabschluss zu ermächtigen, teilweise stattzugeben und ihr zu erlauben, die ausgeschriebenen Fremdwerbeflächen der Zuschlagsempfängerin für die Dauer des Verfahrens zur Verfügung zu stellen. Als unbegründet abzuweisen ist dagegen das Begehren der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz zu verpflichten, die Akten der Lose 1 - 5 und 8 des Ausschreibungsverfahrens auch hinsichtlich der hinter ihr klassierten Anbieterinnen einzureichen.

**8.**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde wird eingetreten.

**2.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen (Verbot von Vollzugsvorkehrungen) wird abgewiesen.

**3.**

Der Antrag der Vorinstanz auf Entzug der aufschiebenden Wirkung wird, unter Vorbehalt von Ziffer 4 hiernach, abgewiesen.

**4.**

Der Vorinstanz wird erlaubt, die ausgeschriebenen Fremdwerbeflächen für die Dauer des vorliegenden Verfahrens der Zuschlagsempfängerin zur Verfügung zu stellen.

**5.**

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz zu verpflichten, die Akten der Lose 1- 5 und 8 auch betreffend alle nachrangierten Anbieter des Ausschreibungsverfahrens einzureichen, wird abgewiesen.

**6.**

Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

**7.**

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

**8.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Rechtsvertreter;  
auszugsweise [Dispositiv]; Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Thomas Ritter

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 30. Mai 2018