

# Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs



ALEXANDER REY,  
lic. iur., Rechtsanwalt,  
Aarau/Baden



BENJAMIN WITTWER,  
Dr. iur., Zürich

## Inhaltsübersicht:

- A. Revision des Binnenmarktgesetzes
  - I. Ausgangslage
  - II. Ziele des revidierten Binnenmarktgesetzes
  - III. Aufnahme einer gesetzlichen Ausschreibungspflicht für kantonale und kommunale Monopole bei der Übertragung auf Private
- B. Verfassungsmässigkeit der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM
- C. Voraussetzungen für die Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM
  - I. Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole
    - 1. Begriff und Arten von Monopolen
    - 2. Übertragung der Nutzung von Monopolen mittels Konzessionen
  - II. Übertragung auf Private
    - 1. Offener Begriff der "Privaten"
    - 2. Kein Abstellen einzig auf die Organisationsform
    - 3. Ausschreibungspflicht bei In-House-Vergaben nach der Rechtsprechung des EuGH
    - 4. Abstellen auf die Beteiligung
- D. Ausschreibungspflicht im Elektrizitätsbereich
  - I. Stromerzeugung aus Wasserkraft
  - II. Stromverteilung
  - III. Stromversorgung
  - IV. Exkurs: Situation unter künftigem Stromversorgungsgesetz
    - 1. Vorbemerkung
    - 2. Netzgebietszuteilung
    - 3. Übergangsrechtliches Versorgungsmonopol
- E. Hinweis zum Verfahren
  - I. Ausschreibungsmodalitäten
  - II. Entscheid über Konzessionsvergabe als Verfügung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 BGBM?
- F. Schlussbetrachtung

## A. Revision des Binnenmarktgesetzes

### I. Ausgangslage

Das Binnenmarktgesetz<sup>1</sup> wendet sich gegen *öffentlichrechtliche Beschränkungen des freien Marktzugangs*, und zwar auf Stufe Bund, Kantone und Gemeinden. Es ist ein *Grundsatzzerlass*, der öffentlichrechtliche Wettbewerbshindernisse und Mobilitätsschranken abbaut, und enthält keine materiellen Rechtsvereinheitlichungen. Komplementär dazu richtet sich das Kartellgesetz<sup>2</sup> gegen private Wettbewerbsbeschränkungen<sup>3</sup>. Gemäss dem Zweckartikel (Art. 1 BGBM) sollen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit ausüben. Insbesondere soll das Binnenmarktgesetz die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern. Diese Zielsetzung steht in einem Spannungsverhältnis zu den *föderalistischen Strukturen* der Schweiz<sup>4</sup>. Zwischen dem Föderalismusprinzip und dem Binnenmarktprinzip hat der Gesetzgeber einen Ausgleich geschaffen: Die Behörden des Bestimmungsortes können unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM den Marktzugang beschränken. Unter altem Regime blieb eine spürbare Öffnung des Binnenmarktes aus<sup>5</sup>, was Anlass zu einer Gesetzesrevision gab. Die revidierten Bestimmungen sind am 1. Juli 2006 in Kraft getreten.

Vor dem Inkrafttreten der Revision enthielt das Binnenmarktgesetz keine Vorschriften bezüglich der Übertragung von Monopolen auf Private. Die *Vergabe von kantonalen und kommunalen Konzessionen* unterstand dem kantonalen bzw. kommunalen Recht. Es bestehen auch keine staatsvertraglichen Verpflichtungen zur Ausschreibung von Monopolkonzessionen, und aus dem Submissionsrecht des Bundes ergeben sich im Grundsatz keine zusätzlichen Vorgaben. Die Vergabe einer Konzession unterstand ausnahmsweise dann dem Submissionsrecht, wenn damit gleichzeitig

---

Wir danken Frau lic. iur. ASTRID HIRZEL, Assistentin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich, und Herrn lic. iur. CHRISTIAN BÄR, Rechtsanwalt, Binder Rechtsanwälte, für ihre wertvollen Hinweise.

- 1 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).
- 2 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).
- 3 Vgl. GIOVANNI BIAGGINI/GEORG MÜLLER/PAUL RICHLI/ULRICH ZIMMERLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 4. A., Basel/Genf/München 2005, 33 f.
- 4 Illustrativ BGE 125 I 276, E. 4.
- 5 BIAGGINI/MÜLLER/RICHLI/ZIMMERLI (FN 3), 36.

Rechtsverhältnisse geregelt wurden, die für sich betrachtet dem Submissionsrecht unterstehen würden<sup>6</sup>. Sondernutzungskonzessionen wurden demnach in der Regel vom Vergaberecht nicht erfasst. Die Kantone und Gemeinden waren bei der Übertragung von Konzessionen auf Private neben den einschlägigen kantonalrechtlichen Vorschriften insoweit eingeschränkt, als sie immerhin die bundesrechtlichen Minimalanforderungen beachten mussten, welche sich insbesondere aus dem allgemeinen *Diskriminierungsverbot*, dem *Gleichbehandlungsgebot für Konkurrenten* ("Gewerbegeossen") sowie aus dem *Kartellrecht* ergeben<sup>7</sup>.

## II. Ziele des revidierten Binnenmarktgesetzes

Am 1. Juli 2006 traten die revidierten Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes in Kraft<sup>8</sup>. Kernpunkte der Revision: Das *Herkunftsortsprinzip*, d.h. der Grundsatz des freien Marktzuganges nach Massgabe der Vorschriften des Herkunftsorts, wird auf gewerbliche Niederlassungen ausgedehnt (vgl. Art. 2 Abs. 4 BGBM)<sup>9</sup>. Die Voraussetzungen, um den freien Zugang zum Markt zu verweigern, sind etwas schärfer (*Grundsatz des diskriminierungsfreien Marktzugangs*; Art. 3 BGBM). Weiter sollen die *Berufsausübungsfreiheit* gestärkt und die *Inländerdiskriminierung* verhindert werden, indem die interkantonale Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Berufe, die unter das Freizügigkeitsabkommen mit der EU fallen, nach Massgabe des EU-Anerkennungsverfahrens erfolgen (Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM)<sup>10</sup>. Das der Wettbewerbskommission (Weko) neu eingeräumte *Beschwerderecht gegen behördlich verfügte Beschränkungen des Marktzugangs* (Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM) soll zur Verwirklichung des Binnenmarkts beitragen<sup>11</sup>.

## III. Aufnahme einer gesetzlichen Ausschreibungspflicht für kantonale und kommunale Monopole bei der Übertragung auf Private

Das revidierte Binnenmarktgesetz schreibt neu eine *Ausschreibungspflicht* vor, wenn die Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private übertragen werden soll (Art. 2 Abs. 7 BGBM):

"Die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private hat auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren."

Als Grundsatzterlass konzipiert, statuiert das Binnenmarktgesetz lediglich die *Ausschreibungspflicht als solche*. Ein Schwellenwert für die Ausschreibungspflicht ist dabei nicht vorgesehen. Das BGBM kennt für die öffentlichen Beschaffungen der Kantone und Gemeinden ebenfalls keinen Schwellenwert<sup>12</sup>. Die *Ausschreibungsmodalitäten* sind von den betroffenen Gemeinwesen bzw. Vergabebehörden festzulegen, wobei es sich aufdrängt, die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge analog anzuwenden<sup>13</sup>. Der letzte

Teilsatz von Art. 2 Abs. 7 BGBM hält ausdrücklich fest, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminiert werden dürfen. Dies ergibt sich auch aus dem allgemein geltenden Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot.

Der Gesetzgeber erhofft sich von dieser Ausschreibungspflicht eine *Stärkung des Wettbewerbs*. Für konzessionierte Tätigkeiten soll ein Binnenmarkt entstehen<sup>14</sup>. Der Vorentwurf ging weniger weit und sah lediglich deren diskriminierungsfreie Übertragung vor. Erst im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens wurde – auf Antrag der Weko und von *economiesuisse*<sup>15</sup> – die Ausschreibungspflicht im Gesetz aufgenommen<sup>16</sup>. In den parlamentarischen Beratungen fand diese hinzugefügte Bestimmung ohne Diskussionen Eingang in die Revision des Binnenmarktgesetzes<sup>17</sup>, und in der Öffentlichkeit wurde dieser Neuerung bisher kaum Beachtung geschenkt. Dies erstaunt: Immerhin entfällt die bisherige Befugnis der Kantone und Gemeinden, ihre Konzessionen frei – selbstverständlich unter Beachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze wie dem Diskriminierungsverbot – zu vergeben. War man sich der Tragweite dieser neuen Bestimmung nur wenig bewusst?

6 Eingehend zu dieser Problematik DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004, 149 ff.

7 Vgl. KUNZ (FN 6), 181 ff. und 95 ff. zur Rechtslage auf Bundesebene: Nur diejenigen Sachverhalte unterliegen abschliessend der Submissionsgesetzgebung, welche in den Anhängen zu den Submissionserlassen figurieren. Die Vergabe von Konzessionen ist in den Spezialgesetzen geregelt. Die Liberalisierung in der Fernmeldegesetzgebung beruht auf einem Konzessionssystem.

8 Amtliche Sammlung (AS) 2006 2363 ff.; Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, Bundesblatt (BBl) 2005 465 ff. (zit. Botschaft).

9 Vgl. zum alten Recht BGE 125 I 276, Verweigerung der Berufsausübung eines Zürcher Zahnprothetikers im Kanton Graubünden.

10 Botschaft (FN 8), 466 f.

11 Vgl. Botschaft (FN 8), 481 f.; zu den weiteren Revisionspunkten vgl. Botschaft (FN 8), 482 ff.

12 Vgl. BGE 125 II 86.

13 Botschaft (FN 8), 485 f.

14 Botschaft (FN 8), 483.

15 Vernehmlassung vom 14. Juni 2004, publiziert auf [www.economiesuisse.ch](http://www.economiesuisse.ch).

16 Botschaft (FN 8), 480.

17 Vgl. die Protokolle des Nationalrats (N) vom 15. Juni, 16. Juni, 1. Dezember und 8. Dezember 2005 sowie des Ständerats (S) vom 27. September und 7. Dezember 2005 zur Revision des Binnenmarktgesetzes, Amtliches Bulletin 2005 (N) 873 ff., 877 ff., 1628 ff. und Amtliches Bulletin 2005 (S) 754 ff.

## B. Verfassungsmässigkeit der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM

Die Bundesverfassung<sup>18</sup> bringt mit den Bestimmungen über die Wirtschaftsordnung (Art. 94 im Kontext mit Art. 26 f. und Art. 96 Abs. 1 BV) ihren ordnungspolitischen Grundentscheid für eine *grundsätzlich wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft* zum Ausdruck<sup>19</sup>. Eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) stellen die *Monopole* dar. Diese sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV unter gewissen Voraussetzungen zulässig: *"Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind."*

*Bundesmonopole* müssen sich auf eine Einzelermächtigung in der Bundesverfassung stützen (zum Beispiel Art. 92 Abs. 1 BV, Post- und Fernmeldewesen), es sei denn, es bestehe eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes in einem bestimmten Bereich, welche eine Monopolisierung durch Bundesgesetz zulässt (zum Beispiel Art. 93 Abs. 1 BV, Radio und Fernsehen)<sup>20</sup>. *Kantonale Monopole* sind nach Massgabe des kantonalen Rechts zulässig, wenn sie die sich aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ergebenden Schranken beachten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedürfen (neue) kantonale Monopole einer gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen, dürfen nicht wirtschaftspolitisch motiviert sein und müssen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechen. Eine Monopolisierung aus fiskalischen Gründen ist nicht zulässig<sup>21</sup>. Diese Einschränkung gilt gemäss Art. 94 Abs. 4 BV nicht für "historische" kantonale Monopole bzw. Regale, und die Kantone dürfen diese im Gegensatz zu neuen Monopolen zu (rein) fiskalischen Zwecken nutzen<sup>22</sup>.

Ins Auge gefasst wurde eine Sonderbestimmung im Binnenmarktgesetz, die Voraussetzungen für die *Zulässigkeit von kantonalen Monopolen* zu verschärfen<sup>23</sup>. Der Gesetzgeber sah davon ab, da dies einen Eingriff in die kantonalen Kompetenzen darstellen würde und nur mit einer Verfassungsänderung zu bewerkstelligen wäre<sup>24</sup>. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind restriktivere Zulässigkeitsvoraussetzungen an kantonale Monopole zu befürworten. Einem solchen Ansinnen würde unserer Einschätzung nach wohl erheblicher Widerstand der Kantone erwachsen.

Art. 2 Abs. 7 BGBM greift nicht in die verfassungsmässige Kompetenz der Kantone ein, Monopole beizubehalten oder zu begründen. Die Bestimmung entspricht der in Art. 95 Abs. 2 BV statuierten Zielsetzung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums und stellt eine Massnahme im Sinne der verfassungsmässigen Wirtschaftsordnung dar. Art. 2 Abs. 7 BGBM ist unserer Ansicht verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Bedeutung dieser Frage ist wegen des Vorrangs von Bundesgesetzen (Art. 190 BV) zu relativieren, kann jedoch im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Rolle spielen.

## C. Voraussetzungen für die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM

Der neue Art. 2 Abs. 7 BGBM ist in besonderem Mass *auslegungsbedürftig*: Zunächst verdient der Begriff des Monopols Beachtung. Fallen darunter auch Sondernutzungen öffentlicher Sachen? Näher zu umschreiben ist sodann, was unter "Nutzung kantonalen und kommunaler Monopole" zu verstehen ist. Eine Ausschreibungspflicht besteht offenkundig bei der erstmaligen Übertragung eines kantonalen oder kommunalen Monopols. Wie aber sind Fälle zu beurteilen, bei denen eine bestehende Konzession verlängert wird? Von zentraler Bedeutung ist weiter die Frage, welche Rechtsträger unter den Begriff "Private" fallen. Besteht beispielsweise eine Pflicht zur Ausschreibung auch dann, wenn ein Monopol auf ein öffentlichrechtliches Unternehmen in Privatrechtsform übertragen wird? Bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 7 BGBM gelten die üblichen Elemente der Gesetzesauslegung. Zur Anwendung gelangen die grammatische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegungsmethode<sup>25</sup>.

In der *Rechtsprechung* mussten diese Fragen – soweit von uns überblickbar – bisher nicht beantwortet werden. Im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung und der Rechtssicherheit wäre es zu begrüssen, wenn die Weko dem Auftrag von Art. 8 BGBM entsprechend eine *Empfehlung zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM* zuhanden der Kantone und Gemeinden abgibt.

### I. Übertragung der Nutzung kantonalen und kommunaler Monopole

#### 1. Begriff und Arten von Monopolen

Ein staatliches Monopol ist das *Recht des Gemeinwesens, unter Ausschluss aller anderen eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben*; es kann dieses Recht auf Drit-

18 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

19 KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, St. Gallen 2002 (St. Galler Kommentar), Vorbemerkungen zu Art. 94–107 N 5 ff.

20 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich 2006, Rz. 2571 f., mit weiteren Beispielen.

21 Vgl. BGE 125 I 209.

22 Vgl. BGE 128 I 9 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 2575 f., mit Hinweisen.

23 Botschaft (FN 8), 476.

24 Botschaft (FN 8), 475, unter Berufung auf ein Gutachten von ANDREAS AUER und VINCENT MARTENET.

25 Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005–2006, Rz. 91 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 214 ff.

te übertragen<sup>26</sup>. Bei den historischen, d.h. zum Zeitpunkt der Inkraftsetzung der Bundesverfassung von 1874 häufig bereits bestehenden Monopolen findet sich der Begriff Regale ("grundherrliche" Grund- und Bodenregalien wie das Jagd-, Fischerei-, Berg- und Salzregal). In der neuen Lehre werden die Begriffe Monopol und Regal zunehmend synonym verwendet mit dem Hinweis auf die unterschiedliche historische Bedeutung<sup>27</sup>.

Monopole können auf einem Rechtssatz beruhen. *Rechtliche Monopole* sind beispielsweise das Eisenbahnmonopol (Art. 87 BV) oder ein kommunales Kehrriktabfuhrmonopol. Wenn aufgrund der staatlichen Hoheit über öffentliche Sachen oder anderer Tatsachen das Gemeinwesen die Privaten von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst, spricht man von einem *faktischen Monopol*. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der öffentliche Grund genutzt wird, um leitungsgebundene Energie zu verteilen.

## 2. Übertragung der Nutzung von Monopolen mittels Konzessionen

Das Gemeinwesen übt die von ihm monopolisierte Tätigkeit häufig nicht selbst aus, sondern überträgt sie mittels Konzessionen auf Dritte (*Monopolkonzession*). Beispiele: Seilbahnkonzession, Fischereipatent. Das Recht an der Sondernutzung einer öffentlichen Sache wird durch eine *Sondernutzungskonzession* eingeräumt.

Fraglich ist, inwiefern die "Übertragung kantonaler und kommunaler Monopole" im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM neben der Verleihung von *Monopolkonzessionen* auch *Sondernutzungskonzessionen* umfasst. Das Gesetz stellt auf die Monopolstellung des Gemeinwesens ab. Ob es sich dabei um ein rechtliches oder faktisches Monopol handelt, spielt keine Rolle. Ergibt sich die Monopolstellung des Gemeinwesens aus der Hoheit über öffentliche Sachen und werden durch die Übertragung der Nutzungsrechte auf Dritte *andere von einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen*, erstreckt sich Art. 2 Abs. 7 BGBM unseres Erachtens auch auf Sondernutzungskonzessionen. Im Ergebnis liegt eine vergleichbare Situation vor wie bei einem rechtlichen Monopol.

Werden mit der Erteilung einer Sondernutzungskonzession *andere Marktteilnehmer nicht ausgeschlossen* oder handelt es sich *nicht um eine wirtschaftliche Tätigkeit* (wie zum Beispiel die Errichtung eines Bootsstegs), ist Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht einschlägig. Bei der Erteilung einer Sondernutzungskonzession ist im Einzelfall entsprechend zu differenzieren. Von Art. 2 Abs. 7 BGBM auch nicht erfasst wird daher die Bewilligungserteilung des Gemeinwesens für die Benutzung öffentlichen Grundes, soweit es sich dabei nicht um eine Sondernutzung, sondern lediglich um gesteigerten Gemeingebrauch<sup>28</sup> handelt (Lehrbuchbeispiel: Zirkusvorführungen auf öffentlichem Grund<sup>29</sup>). Dies jedenfalls dann, wenn die Erteilung einer weiteren Konzession nicht durch kommunale und kantonale Vorschriften oder in der Konzession an den ersten Konzessionär ausgeschlossen wird.

Erst die Erteilung der Konzession berechtigt den Konzessionär zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache. Das konzedierende Gemeinwesen erhält das verliehene Recht nach der vorgesehenen Konzessionsdauer zurück. Bei Wasserkraftwerken etwa erwirbt das Gemeinwesen zugleich gewisse Anlagen (Art. 69 WRG<sup>30</sup>). Im Falle einer Konzessionsverlängerung wird das Recht zur Ausübung erneut übertragen. Die *juristisch formale Betrachtung* unterscheidet für den Begriff der Übertragung nicht, ob eine Konzession für eine bestimmte Monopolnutzung oder Sondernutzung zum ersten Mal verliehen oder ob sie – nach deren Ablauf – verlängert wird.

Aus dem *Wortlaut* von Art. 2 Abs. 7 BGBM und den Materialien geht nicht explizit hervor, ob mit der "Übertragung" von Monopolnutzungen auf Private auch deren Verlängerung mit umfasst ist. Neben einer juristisch formalen Betrachtungsweise sprechen auch die *Ziele der Revision* dafür. Derartige Ausschreibungen sollen zwischen den interessierten Anbietern Wettbewerb ermöglichen und die Monopolmärkte öffnen<sup>31</sup>. Eine faktische oder gewohnheitsmässige Erneuerung der Monopol- oder Sondernutzungskonzessionen sollte gerade verhindert werden und stünde der Zielsetzung von Art. 2 Abs. 7 BGBM diametral entgegen. Dieser Zielsetzung entsprechend sollten die Konzessionsdauern nicht übermässig lang festgelegt werden. Im Submissionsrecht entspricht es der Praxis, periodische Neuausschreibungen und keine "ewigen" Vergaben vorzunehmen. Es bestehen aufgrund der verfassungsmässigen Kompetenzverteilung keine bundesrechtlichen Vorgaben an die Kantone bzw. Gemeinden, wie lange die Konzessionsdauer festzulegen ist. Eine *Befristung der Konzessionsdauer* ist allerdings zwingend<sup>32</sup>. Bei der erstmaligen Erteilung und bei jeder späteren Erneuerung muss das Gemeinwesen die Konzession ausschreiben, sofern sie auf Private übertragen wird.

## II. Übertragung auf Private

### 1. Offener Begriff der "Privaten"

Der Gesetzgeber hat den Begriff "Private" (der französische Gesetzestext spricht von privaten Unternehmen, "entre-

26 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 2557.

27 Ausführlich dazu KARIN SUTTER-SOMM, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Basel und Frankfurt am Main 1989, 2 ff.

28 Zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 2392 ff.

29 Vgl. BGE 121 I 279.

30 Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80).

31 Vgl. Botschaft (FN 8), 466; Medienmitteilung Weko vom 30. Juni 2006.

32 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 2423, mit Hinweisen.

prises privées") im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht präzisiert. Es bleibt Aufgabe von *Rechtsprechung und Lehre*, diesen Begriff näher zu umschreiben. Der Wortlaut lässt viele Auslegungsvarianten offen, da neben der klassischen Zweiteilung Staat und Private vermehrt Mischformen vorkommen. Zu denken ist an gemischtwirtschaftliche Unternehmen in den verschiedensten Formen oder neue Zusammenarbeitsformen von Staat und Privaten (Stichwort PPP, Public Private Partnership). Im Sinne einer teleologischen Auslegung ist auf die Zielsetzung des revidierten Binnenmarktgesetzes abzustellen. Dem Ziel, einen Binnenmarkt auch bei der Übertragung von kantonalen und kommunalen Monopolen auf Private zu schaffen, entspricht auch eine verfassungskonforme Auslegung.

## 2. Kein Abstellen einzig auf die Organisationsform

Solange die Nutzung der Monopole bei der *Zentralverwaltung* bzw. den hierarchisch unterstellten *Verwaltungseinheiten* bleibt, besteht offenkundig keine Ausschreibungspflicht aufgrund des Binnenmarktgesetzes. Ebenfalls nicht unter den Begriff "Private" können *öffentlichrechtliche Körperschaften*<sup>33</sup> und (selbständige oder unselbständige) *öffentlichrechtliche Anstalten*<sup>34</sup> subsumiert werden. Auf der anderen Seite ist eine Ausschreibungspflicht ohne weiteres zu bejahen, wenn entsprechende Konzessionen auf *von Privaten beherrschte juristische Personen des Privatrechts* übertragen werden. Abgrenzungsprobleme ergeben sich bei der Übertragung auf *öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform*<sup>35</sup> und *gemischtwirtschaftliche Unternehmen*<sup>36</sup>. Für die Frage der Ausschreibungspflicht bei der Übertragung auf solche Unternehmen kann es weniger auf die juristische Organisationsform ankommen, sondern vielmehr darauf, wie die wirtschaftlichen Beteiligungsverhältnisse ausgestaltet sind bzw. von wem das Unternehmen beherrscht wird.

Viele Gemeinwesen haben in den letzten Jahren ihre *Versorgungsunternehmen (Elektrizität, Wasser, Gas)* in eine privatrechtliche Form gekleidet. Mit der Privatisierung von Versorgungsunternehmen ist in der Regel kein Aufgabeverzicht des Gemeinwesens verbunden, sondern ein Organisationswechsel, welcher eine Flexibilisierung und Entpolitisierung der Aufgabenerfüllung ermöglichen soll (so genannte *Organisationsprivatisierung* oder *unechte Privatisierung*)<sup>37</sup>. Die Kantone und Gemeinden können – nach Massgabe des kantonalen und kommunalen Rechts – ihre Versorgungsunternehmen in öffentlichrechtliche oder in privatrechtliche Organisationsformen kleiden. Die Versorgungsunternehmen können in die Zentralverwaltung integriert oder die entsprechenden Aufgaben auf öffentlichrechtliche Körperschaften, öffentlichrechtliche Anstalten oder gemischtwirtschaftliche und privatwirtschaftliche Organisationen übertragen werden. So finden sich als Aktiengesellschaften oder Genossenschaften organisierte Versorgungsunternehmen. Häufig beteiligen sich an einem Unternehmen auch mehrere Gemeinwesen sowie private Gesellschafter<sup>38</sup>.

## 3. Ausschreibungspflicht bei In-House-Vergaben nach der Rechtsprechung des EuGH

Interessante Ansatzpunkte zur Ausschreibungspflicht von öffentlichen Unternehmen ergeben sich aus der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zu sogenannten *In-House-Vergaben*. Eine In-House-Vergabe ist die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein Unternehmen, welches vom öffentlichen Auftraggeber beherrscht wird. Dabei geht es um die Frage, in welchen Fällen solche Vergaben unter die Vorschriften des EU-Vergaberechts (Richtlinien 92/50/EWG und 97/52/EG) fallen.

Im *Grundsatzurteil i.S. Teckal*<sup>39</sup> ging der Gerichtshof noch von keiner Ausschreibungspflicht aus, wenn der öffentliche Auftraggeber über seinen Vertragspartner eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und wenn dieser seine Tätigkeit im Wesentlichen für denjenigen öffentlichen Auftraggeber verrichtet, der seine Anteile inne hat. Diese weitgehende Freistellung der In-House-Vergaben von den Vorschriften des Vergaberechts hat der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung erheblich eingeschränkt. Die Richtlinien zum Vergaberecht sind nun stets anzuwenden, wenn am Kapital des Unternehmens, mit welchem der öffentliche Auftraggeber einen Vertrag über Dienstleistungen abschliessen will, auch *private Unternehmen beteiligt* sind oder eine *Beteiligung am Kapital für Private offen steht*<sup>40</sup>. Selbst entgeltliche Liefer-, Bau- und Dienstleistungsverträge zwischen öffentlichrechtlichen Körperschaften ohne private Beteiligungen (wie etwa Kommunen) fallen unter das EU-Vergaberecht<sup>41</sup>.

33 Zum Begriff vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 1288 ff.

34 Zum Begriff vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 1314 ff.

35 Zum Begriff vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 1483 ff.

36 Zum Begriff vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 1496 ff.

37 ROLF H. WEBER/BRIGITTE KRATZ, *Elektrizitätswirtschaftsrecht*, Bern 2005, § 3 Rz. 70 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 20), Rz. 1534 ff.

38 Vgl. WEBER/KRATZ (FN 37), § 3, Rz. 44 ff., mit Beispielen.

39 Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. November 1999 – C 107/98 (*Teckal*).

40 Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Januar 2005 – C 26/03 (*Stadt Halle*); Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Oktober 2005 – C 458/03 (*Parking-Brixen*); vgl. auch Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. November 2005 – C 29/04 (*Stadt Mödling*); Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Mai 2006 – C 340/04 (*Carbotermo*).

41 Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Januar 2005 – C 84/03 (*Spanien*).

#### 4. Abstellen auf die Beteiligung

Unseres Erachtens sind die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundsätze zu In-House-Vergaben im Rahmen von Art. 2 Abs. 7 BGBM in den Grundzügen analog anzuwenden<sup>42</sup>: Es ist darauf abzustellen, ob ein Monopol an ein Unternehmen übertragen werden soll, an dem *Private beteiligt* sind. Auf diese Weise entsteht ein Binnenmarkt bei der Übertragung von kantonalen und kommunalen Monopolen auf Unternehmen mit privater Beteiligung, was ganz im Sinne der Revision des Binnenmarktgesetzes ist.

Es fragt sich, ob sogar auf die *Möglichkeit der Beteiligung von Privaten* abgestellt werden sollte. Zu prüfen wäre diesfalls, ob die gesetzliche Umschreibung bzw. die Statuten eines öffentlichen Unternehmens eine private Beteiligung zulassen. Es ist einzuräumen, dass dieser weite Anwendungsbereich den Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM strapaziert. Diese weite Auslegung liegt aber im Sinne der Ziele des Binnenmarktgesetzes. Es ist an die Konstellation zu denken, bei welcher eine Monopolnutzung für eine sehr lange Dauer an ein öffentliches Unternehmen verliehen wird und sich *danach* Private an diesem Unternehmen beteiligen. Würde man auf die tatsächliche Beteiligung von Privaten zum Zeitpunkt der Auftragserteilung abstellen, könnte auf diese Weise die Ausschreibungspflicht umgangen werden. Zudem sprechen praktische Gründe dafür, weil nicht jedes Mal abgeklärt werden müsste, wer tatsächlich an einem Unternehmen beteiligt ist. Unseres Erachtens verbietet jedoch der etwas unglücklich gewählte Gesetzeswortlaut eine derart extensive Auslegung.

#### D. Ausschreibungspflicht im Elektrizitätsbereich

##### I. Stromerzeugung aus Wasserkraft

Gemäss den Art. 38 ff. WRG erfolgt die Verleihung von Wasserrechten zur Erzeugung von Elektrizität mittels Konzession. Dabei handelt es sich um die Einräumung des Rechts, eine öffentliche Sache für individuelle Zwecke ausschliesslich zu nutzen<sup>43</sup>. Die Vergabe einer Konzession beispielsweise für eine Staustufe schliesst alle anderen Mitbewerber aus. Demzufolge unterliegt die Übertragung einer *Konzession zur Nutzung der Wasserkraft* grundsätzlich der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

Die Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM dürften allerdings nur schwer mit den bisher in den Kantonen vorgesehenen *Verfahrensabläufen für die erstmalige Vergabe von Konzessionen* zu harmonisieren sein. In der Regel muss der Gesuchsteller bei den Behörden ein vollständiges Dossier einreichen<sup>44</sup>, dessen Erarbeitung nicht geringe Kosten auslöst. In welchem Zeitpunkt eine Ausschreibung erfolgen kann und muss, bedarf weiterer Abklärungen. Die Ausschreibung der *Neuvergabe der Konzession* bei bereits bestehenden Anlagen (in der Regel nach einem Heimfall)

lässt sich demgegenüber grundsätzlich mit Art. 2 Abs. 7 BGBM vereinbaren.

##### II. Stromverteilung

Die Netzbetreiber verfügen über das Recht, ihre Leitungen in öffentliche Strassen und Plätze einzubringen. Dieses Recht wird ihnen in der Regel mittels einer Sondernutzungskonzession vom die Gebietshoheit ausübenden Gemeinwesen eingeräumt. Bauulich ist es allerdings nicht ausgeschlossen, zwei Verteilnetze in eine öffentliche Strasse einzubringen, d. h. ein Ausschluss aller anderen Bewerber liegt mit der Einräumung einer Sondernutzungskonzession in diesem Sinne nicht vor.

Es gibt praktische, ökonomische und politische Gründe, die dagegen sprechen, in einem Gebiet zwei parallele Netze in den öffentlichen Grund einzubringen<sup>45</sup>. Dies hat Kantone und Gemeinden teilweise dazu bewegt, mittels gesetzlichen Vorschriften oder im Rahmen von Konzessionen dem jeweiligen Konzessionär das ausschliessliche Recht einzuräumen, auf dem Gebiet des konzederenden Gemeinwesens öffentlichen Grund und Boden zu nutzen. Das Gemeinwesen verpflichtet sich, ähnliche Gesuche von Dritten zurückzuweisen. Derartige Ausschliesslichkeitsklauseln, die gleichsam ein Netz-Rechtsmonopol bewirken, führen zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

##### III. Stromversorgung

Das Bundesgericht hielt in BGE 129 II 497 ff. fest, dass Stromversorgungsunternehmen dem Vorbehalt von Art. 3 KG unterstehen. Im Rahmen eines obiter dictum führte es an, insbesondere die Verhältnismässigkeit eines solchen Versorgungsmonopols, das die freie Wahl des Stromlieferanten ausschliesst, sei in Frage gestellt. Soweit ein Versorgungsmonopol unter diesen Rahmenbedingungen rechtlich Bestand hat, untersteht dessen Übertragung an einen Privaten den Vorschriften von Art. 2 Abs. 7 BGBM, da es ein eigentliches Rechtsmonopol darstellt.

42 In die gleiche Richtung DENIS ESSEIVA, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI*, in: *Baurecht/Droit de la construction (BR/DC)*, 4/2006, 203 f.

43 VINZENS AUGUSTIN, *Das Ende der Wasserrechtskonzessionen*, Diss. Freiburg 1993, 6, mit Hinweisen.

44 Beispielsweise im Kanton Aargau: §§ 7 ff. der Verordnung zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 29. November 1917 (SAR 736.110); im Kanton Wallis: Art. 12 des Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 28. März 1990 (SGS 721.8).

45 Vgl. dazu Bundesamt für Energie / Arbeitsgruppe Parallel-Leitungen, "Parallelleitungen, Anschlussänderungen, Zusatzanschlüsse, Erstanschlüsse", Schlussbericht vom 28.11.2006, 12, 69 f. (zit. Schlussbericht AG Parallel-Leitungen).

## IV. Exkurs: Situation unter künftigem Stromversorgungsgesetz

### 1. Vorbemerkung

Das zukünftige Stromversorgungsgesetz<sup>46</sup> verspricht eine Fülle neuer Regulierungsinstrumente, was angesichts seiner Zweckbestimmung<sup>47</sup> nicht erstaunt. Nicht alle Instrumente sind hinsichtlich Rechtsnatur und Auswirkungen leicht durchschaubar. Es muss daher im Folgenden bei einer ersten summarischen, nicht abschliessenden Betrachtung bleiben.

### 2. Netzgebietszuteilung

Die Kantone bezeichnen die Netzgebiete der auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreiber (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Ein bestimmtes geographisches Gebiet wird einem Netzbetreiber zugewiesen. Die Netzzuteilung soll die Grundversorgung sicherstellen. Die Zuteilung muss diskriminierungsfrei erfolgen, und der Zuteilungsentscheid ist anfechtbar. Gemäss der Arbeitsgruppe Parallel-Leitungen umfasst die Netzzuteilung bloss die Netzebene 7 (0,4 kW), da lediglich diese der Gewährleistung der Grundversorgung dient<sup>48</sup>.

Die Netzzuteilung beinhaltet gemäss Arbeitsgruppe Parallel-Leitungen nicht auch ein Rechtsmonopol für die Netzebene 7. Es sei jedoch zulässig, dass das kantonale Recht ein solches Monopol einführe<sup>49</sup>. Im zugewiesenen Netzgebiet (der Netzebene 7) sollen der Netzbetreiber, jeder neue und jeder bestehende Netzanschlussnehmer davon ausgehen können, dass sowohl jeder zukünftige Erstananschluss als auch jeder heute bestehende Anschluss eindeutig einem Netzgebiet zugeordnet ist. Der Netzbetreiber habe eine Anschlusspflicht für Erstanschlüsse (vgl. Art. 5 Abs. 2 StromVG), aber auch die Pflicht zu einem effizienten, leistungsfähigen und sicheren Netzbetrieb. Er müsse die Planung sicherstellen ebenso wie zukünftige Anschlüsse. Er sei zu entsprechenden Vorausinvestitionen verpflichtet. Grundsätzlich seien daher Erstanschlüsse im zugewiesenen Netzgebiet vorzunehmen, damit die beste Effizienz erreicht und das Vertrauen in die Vorinvestitionen nicht enttäuscht werde. Der Wechsel aus dem Netzgebiet wird nur unter strengen Voraussetzungen zugelassen<sup>50</sup>.

Folgt man dieser Funktion der Netzzuteilung, unterscheidet sie sich in ihrer Wirkung kaum noch von einem Netz-Rechtsmonopol. Die Kantone sind gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG verpflichtet, für die notwendigen Ausführungsvorschriften hinsichtlich Netzzuteilung besorgt zu sein. Wird mit einer Netzzuteilung ein Gebietsmonopol im oben umschriebenen Sinne und damit eine Ausschliesslichkeit verbunden, unterliegt die Netzzuteilung an einen privaten Netzbetreiber der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM. Immerhin kann man sich ohnehin fragen, ob nicht bereits die Pflicht, die Netzzuteilung diskriminierungsfrei und in einem anfechtbaren Entscheid vorzunehmen (Art. 5 Abs. 1 StromVG), den Erlass von Vorschriften analog zum Vergaberecht erzwingt, und zwar unabhängig

davon, ob das Netzgebiet einem privaten oder öffentlichen Unternehmen zugeteilt werden soll. Eine andere ebenfalls im Rahmen der kantonalen Ausführungsvorschriften zu beantwortende Frage ist, wie die Netzzuteilung mit den heute bestehenden Konzessionen in Übereinklang gebracht werden kann.

### 3. Übergangsrechtliches Versorgungsmonopol

Das Stromversorgungsgesetz enthält in der von den Räten verabschiedeten Fassung einen stufenweisen Marktzutritt (freie Wahl des Stromlieferanten). Zunächst werden bloss Kunden mit einem Jahresverbrauch von 100 MWh und mehr in den Genuss der freien Wahl des Stromlieferanten kommen. Die übrigen Strombezüger sind gezwungen, den Strom von ihrem Netzbetreiber zu beziehen. Nach einer fünfjährigen Übergangsfrist entscheidet das Parlament über eine weitere Marktöffnung (Art. 34 Abs. 3 StromVG).

Damit wird wieder teilweise ein (übergangsrechtliches) Versorgungsmonopol geschaffen. Da mit dem Recht, ein Netz zu betreiben, somit auch die Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit übertragen wird, dürfte die Vergabe des Rechts zum Netzbetrieb an einen privaten Netzbetreiber den Ausschreibungsvorschriften von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterliegen.

## E. Hinweis zum Verfahren

### I. Ausschreibungsmodalitäten

Das Binnenmarktgesetz schreibt lediglich die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen als solche vor, mit dem Hinweis, dass bei der Vergabe Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz nicht diskriminiert werden dürfen (Art. 2 Abs. 7 BGBM). Die Ausschreibungsmodalitäten richten sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht, wie dies auch für öffentliche Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden gilt (Art. 5 Abs. 1 BGBM). Es drängt sich auf, die *Regeln für die Vergabe öffentlicher*

46 Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; BBl 2007 2335 ff.; Ablauf der Referendumsfrist: 12. Juli 2007); siehe auch Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (BBl 2005 1611 ff.).

47 Art. 1 StromVG definiert als Ziel des Gesetzes die Festlegung der Rahmenbedingungen für eine sichere und nachhaltige Versorgung der Endverbraucher mit Elektrizität in allen Landesteilen, für den nationalen Wettbewerb sowie für die Mitwirkung im internationalen Wettbewerb im Elektrizitätsbereich.

48 Schlussbericht AG Parallel-Leitungen (FN 45), 67.

49 Schlussbericht AG Parallel-Leitungen (FN 45), 67.

50 Schlussbericht AG Parallel-Leitungen (FN 45), 68.

*Aufträge* analog anzuwenden<sup>51</sup>. Jedenfalls sind die *allgemeinen Verfahrensgarantien im Vergaberecht* einzuhalten, insbesondere die Gebote der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Objektivität sowie der Grundsatz der Transparenz<sup>52</sup>.

## II. Entscheid über Konzessionsvergabe als Verfügung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 BGBM?

Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Es fragt sich, ob der Entscheid über die Übertragung von Konzessionen eine Beschränkung des freien Markts im Sinne des Binnenmarktgesetzes darstellt. Soll Art. 2 Abs. 7 BGBM die gewünschte Wirkung entfalten, erscheint die Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGBM zwingend.

Wie im Vergaberecht drängt sich für diesen Fall ein *zweistufiges Verfahren* auf: in einem ersten Schritt der Zuschlag (Entscheid über die Übertragung der Monopolnutzung mittels Verfügung), in einem zweiten Schritt die Verleihung der Konzession.

Wird die Übertragung einer Konzession bzw. der Entscheid darüber als Verfügung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 BGBM qualifiziert, muss das kantonale Recht wenigstens ein *Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde* vorsehen, und der Weko steht das *Beschwerderecht* zu (Art. 9 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> BGBM).

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der *Gültigkeit der Vergabe*, wenn das Gemeinwesen die Vergabe der Konzession nicht ausgeschrieben und sie "unter der Hand" auf Private übertragen hat. Man kann sich fragen, ob derartig erteilte Konzessionen *nichtig* sind und nachträglich ausgeschrieben werden müssten. Die Zusprechung von Schadenersatz steht weniger im Vordergrund, da dies wohl – wie im Falle des ungerechtfertigt übergangenen Mitbewerbers bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen – ein konkretes Angebot bzw. Projekt eines unterlegenen Mitbewerbers voraussetzt, welches bei der Vergabe "unter der Hand" eben nicht vorliegt. Die Rechtslage ist diesbezüglich unklar, trotz der grossen Tragweite dieser Frage. An dieser Stelle kann nicht vertieft darauf eingegangen werden.

## F. Schlussbetrachtung

Aus wettbewerbsrechtlicher und ordnungspolitischer Sicht ist die Ausschreibungspflicht der Übertragung einer monopolisierten Tätigkeit zu begrüßen. Sie entspricht dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV). Klarzustellen ist, dass die neue Regelung das Recht der Kantone nicht in Frage stellt, weiterhin – im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung von Art. 94 Abs. 4 BV – Monopole zu führen. Mit regelmässigen Ausschreibungen bei deren Übertragung auf Private soll ein beschränkter Markt

geschaffen werden. Ob ein wirksames Wettbewerbsumfeld entstehen kann, hängt von den Marktzutrittsschranken ab. Dabei ist zu beachten, dass die Marktzutrittsschranken im Einzelfall nicht zu hoch sein dürfen, ansonsten das staatliche Monopol einfach durch ein privates ersetzt würde. Damit könnte die Zielsetzung nicht erreicht werden. Es bleibt zu hoffen, dass das Gemeinwesen die Nutzung seiner Monopole nicht zum vornherein an öffentliche Unternehmen verleiht, welche nicht unter Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen, nur um die Ausschreibungspflicht zu umgehen. Damit würde sich diese Norm kontraproduktiv auswirken.

Von besonderer Bedeutung ist die Ausschreibungspflicht von kantonalen und kommunalen Monopolen im Strommarkt. Mit der fortschreitenden Neuregulierung in der Elektrizitätswirtschaft ging teilweise eine Privatisierung einher. Einige Elektrizitätsunternehmen wurden in den letzten Jahren zumindest organisatorisch privatisiert, einige Gemeinwesen haben ihre Versorgungsunternehmen und insbesondere die Netzinfrastruktur an andere Versorgungsunternehmen veräussert. Eine Übertragung der entsprechenden Monopol- und Sondernutzungskonzessionen kann nun aber nicht mehr ohne weiteres auf diese Unternehmen erfolgen, sondern es muss eine Ausschreibung stattfinden. Bedeutend werden die im künftigen Stromversorgungsgesetz vorgesehenen neuen Instrumente (Netzgebietszuteilung/Erschwerung von Parallel-Leitungen/übergangsrechtliche Versorgungsmonopole). Je monopolistischer diese ausgestaltet werden, desto eher erweisen sich die Vergabevorschriften von Art. 2 Abs. 7 BGBM als anwendbar. Es ist daher durchaus nicht auszuschliessen, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM vom Gesetzgeber in diesem Ausmass kaum erwartete Bewegung in den Strommarkt bringen wird und die wettbewerbspolitisch gewünschte Wirkung eintreten kann.

51 Botschaft (FN 8), 485 f.

52 Vgl. KUNZ (FN 6), 243 ff.

La loi révisée sur le marché intérieur contient une disposition explosive: selon l'art. 2 al.7 LMI la transmission de l'exploitation de monopoles cantonaux et communaux à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres. Par entreprises privées on entend également des entreprises de droit public avec participation privée. La portée de cette norme n'est pas sans importance, spécialement lors de la transmission de monopoles de droit et de monopoles naturels dans le secteur de l'électricité.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)