

RF, RuBe, 6002 Luzern

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Ressort Wachstum und Wettbewerbspolitik
Philippe Sulger, Stv. Ressortleiter
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Datum: 10. Februar 2023

Rechtsgutachten

Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM)

Inhaltsübersicht

I.	Auftrag und Fragestellungen.....	3
II.	Geschlossene Märkte	4
1.	Definition	4
2.	Instrumente der Marktschliessung	5
a.	Monopolkonzessionen	5
b.	Rechte auf Nutzung öffentlicher Sachen	6
c.	Kontingentbewilligungen	7
d.	Leistungsaufträge.....	8
e.	Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen.....	9
III.	Analyse von Art. 2 Abs. 7 BGBM.....	10
1.	Anwendbarkeit	10
a.	Subjektiver Geltungsbereich	10
b.	Objektiver Geltungsbereich.....	10

FROHBURGSTRASSE 3
POSTFACH 4466
6002 LUZERN

T +41 229 53 69
bernhard.ruetsche@unilu.ch
www.unilu.ch

2.	Voraussetzungen.....	12
a.	Kantonales oder kommunales Monopol.....	12
b.	Übertragung auf Private.....	13
c.	Nutzung eines Monopols.....	14
d.	Verhältnis zu anderen Gesetzen.....	15
3.	Rechtsfolgen.....	17
4.	Unterstellung der einzelnen Instrumente.....	18
a.	Monopolkonzessionen.....	19
b.	Sondernutzungskonzessionen.....	20
c.	Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch.....	23
d.	Kontingentbewilligungen.....	26
e.	Leistungsaufträge.....	27
f.	Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen.....	30
IV.	Schlussfolgerungen.....	30
1.	Unsicherheiten und Lücken.....	30
2.	Gesetzlicher Anpassungsbedarf?.....	32
V.	Executive Summary.....	33
VI.	Abkürzungsverzeichnis.....	35
VII.	Literatur- und Materialienverzeichnis.....	37

I. Auftrag und Fragestellungen

- 1 Am 18. Oktober 2019 reichte die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) das **Postulat «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone»** ein¹. Das Postulat wurde am 19. Dezember 2019 vom Ständerat angenommen. Es beauftragt den Bundesrat, «Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes zu analysieren und mögliche Optionen zur Verbesserung aufzuzeigen». Mit dem Postulatsbericht soll eine Auslegeordnung zu allfälligen Schwierigkeiten bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM erstellt werden. Insbesondere sind die aktuelle Rechtsprechung sowie die 2019 revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) einzubeziehen. Der Postulatsbericht soll schliesslich als Grundlage für das weitere Vorgehen zur derzeit sistierten Motion 15.3399 Caroni «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone» dienen². Diese Motion verlangte, dass «die Ausschreibungspflicht auch bei der Vergabe von Nutzungsrechten für beschränkt verfügbare öffentliche Sachen und von Leistungsaufträgen gilt».
- 2 Das Postulat der WAK-S verlangt somit eine **Auslegeordnung zu Art. 2 Abs. 7 BGBM**, wobei die aktuelle Rechtsprechung sowie die revidierte IVöB berücksichtigt werden sollen. Darauf gestützt sollen Optionen im Hinblick auf eine allfällige Stärkung dieses Artikels eruiert werden, namentlich betreffend den Umfang der Ausschreibungspflicht. Dazu beabsichtigt das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), nebst einer Auslegung aus dem ökonomischen Blickwinkel, im Bericht auch eine rechtliche Auslegung von Art. 2. Abs. 7 BGBM vorzunehmen.
- 3 Am 19. Oktober 2022 erteilte das SECO dem Unterzeichnenden den **Auftrag**, im Rahmen eines Rechtsgutachtens die im Postulat der WAK-S geforderte Auslegeordnung zu Art. 2 Abs. 7 BGBM vorzunehmen. Dabei sollen insbesondere die einschlägige Rechtsprechung, die 2019 revidierte IVöB und die Literatur im Detail berücksichtigt werden. Gestützt auf diese Analyse soll das Rechtsgutachten aufzeigen:
 1. Ob und welche Schwierigkeiten bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM bestehen.
 2. Ob und wenn ja, Anpassungsbedarf in der Norm besteht, damit diese Schwierigkeiten behoben bzw. reduziert werden können.
 3. Ob und wenn ja Anpassungsbedarf in der Norm besteht, damit die in der Motion 15.3399 geforderte Ausschreibungspflicht auch bei der Vergabe von Nutzungsrechten für beschränkt verfügbare öffentliche Sachen und von Leistungsaufträgen besteht.

¹ Postulat 19.4379, WAK-S, 18. Oktober 2019, «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone».

² Motion 15.3399, Caroni Andrea, 5. Mai 2015, «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone».

- 4 Das vorliegende Rechtsgutachten ist wie folgt **strukturiert**: Zuerst wird der Begriff des geschlossenen Marktes definiert und aufgezeigt, welche verwaltungsrechtliche Instrumente den Zugang zu solchen Märkten vermitteln (Kap. II). Anschliessend wird unter Bezug der massgebenden Rechtsprechung und Literatur Art. 2 Abs. 7 BGBM hinsichtlich Anwendbarkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen analysiert, das Verhältnis dieser Bestimmung zu spezialgesetzlichen Marktzugangsvorschriften sowie Art. 9 IVöB erörtert sowie für jedes der im vorangehenden Kapitel dargestellten verwaltungsrechtlichen Instrumente gefragt, ob und inwieweit es von Art. 2 Abs. 7 BGBM bzw. Art. 9 IVöB erfasst ist (Kap. III). Auf der Basis dieser Analyse lassen sich sodann die dem Gutachter unterbreiteten Fragen beantworten, namentlich die Frage, ob in Bezug auf Art. 2 Abs. 7 BGBM gesetzgeberischer Anpassungsbedarf besteht (Kap. IV). Am Ende werden die Ergebnisse des Gutachtens in Form eines «Executive Summary» in Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch zusammengefasst (Kap. V).

II. Geschlossene Märkte

- 5 Art. 2 Abs. 7 BGBM fand mit der Teilrevision von 2005 Eingang in das Gesetz³. Die Bestimmung sieht für die «Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private» eine Ausschreibungspflicht sowie ein Verbot der Diskriminierung von Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz vor. Allgemeiner formuliert als Art. 2 Abs. 7 BGBM sind demgegenüber das Postulat 19.4379 der WAK-S vom 18. Oktober 2019 sowie die Motion 15.3399 von Andrea Caroni vom 5. Mai 2015, welche ein faires Verfahren beim «Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone» verlangen (Rz. 1). Eine öffentliche Ausschreibung von Marktzugangsrechten ist denn auch generell in Bezug auf geschlossene Märkte relevant, da die Anzahl von Anbietern in solchen Märkten mengenmässig begrenzt ist. Vor diesem Hintergrund wird vor der Analyse von Art. 2 Abs. 7 BGBM **im Folgenden** der Begriff der geschlossenen Märkte näher betrachtet und von offenen Märkten abgegrenzt (Kap. II.1). Daran anschliessend gilt es, die verwaltungsrechtlichen Instrumente darzulegen, welche Zugang zu geschlossenen Märkten vermitteln und damit möglichen Gegenstand einer Ausschreibungspflicht bilden (Kap. II.2).

1. Definition

- 6 Märkte können aufgrund von staatlicher Regulierung oder auch infolge privaten Verhaltens, namentlich in Form von Wettbewerbsabreden oder Ausübung von Marktmacht, geschlossen sein. Da sich die Marktzugangsregel von Art. 2 Abs. 7 BGBM an staatliche Akteure richtet, sind in vorliegendem Kontext nur regulatorisch bedingte Marktschliessungen relevant. Für die Abgrenzung von offenen und geschlossenen Märkten ist dabei massgebend, wie der Marktzugang **verwaltungsrechtlich geregelt** ist. Ist die Ausübung einer Tätigkeit an keine rechtlichen Voraussetzungen gebunden oder besteht ein Rechtsanspruch darauf, die Tätigkeit bei Vorliegen gesetzlich bestimmter Voraussetzungen wahrzunehmen, liegt ein offener Markt vor. In offenen

³ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Juli 2006 (AS 2006 2363 2366; BBl 2005 465).

Märkten ist mithin die Anzahl an Anbieterinnen staatlich nicht reguliert. Demgegenüber ist in geschlossenen Märkten die Anzahl an Anbieterinnen aufgrund von verwaltungsrechtlichen Vorschriften limitiert⁴.

- 7 Infolge des mengenmässig beschränkten Zugangs von Unternehmen ist der **wirtschaftliche Wettbewerb** in geschlossenen Märkten beschränkt oder sogar beseitigt. Der Grund liegt darin, dass zum einem in geschlossenen Märkten typischerweise weniger Anbieterinnen tätig sind, als wenn der Markt offen wäre, und zum anderen der durch neue Markteintritte normalerweise entstehende Wettbewerbsdruck auf die bestehenden Unternehmen mittels staatlicher Regulierung abgefedert wird. Immerhin kann der Staat einen Wettbewerb um den Zugang zu geschlossenen Märkten herstellen, indem er die – mengenmässig beschränkten – Marktzugangsrechte in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren, namentlich in Form einer öffentlichen Ausschreibung, vergibt.
- 8 In einem geschlossenen Markt sind somit aufgrund staatlicher Regulierung nur eine begrenzte Anzahl oder gar keine Anbieterinnen zugelassen. Unternehmen haben daher **keinen Rechtsanspruch auf Zugang** zu einem geschlossenen Markt. Die Struktur des Angebots wird in geschlossenen Märkten zentral durch den Staat kontrolliert. Das schärfste Instrument staatlicher Angebotssteuerung ist die rechtliche Monopolisierung eines Marktes, welche mit einem Konzessionssystem verbunden sein kann. Weitere Instrumente, mit denen staatliche Behörden den Zugang zu geschlossenen Märkten gewähren, sind die Übertragung von Rechten auf Nutzung öffentlicher Sachen (Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch und Sondernutzungskonzessionen), Kontingentbewilligungen, Leistungsaufträge sowie mengenmässig begrenzte sozialversicherungsrechtliche Zulassungen. Diese Instrumente werden anschliessend näher dargestellt.

2. Instrumente der Marktschliessung

a. Monopolkonzessionen

- 9 **Rechtliche Monopole** bewirken eine weitgehende Schliessung von Märkten. Mit der Monopolisierung schafft der Gesetzgeber ein staatliches Exklusivrecht auf Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit und entzieht diese damit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)⁵. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Monopolisierung selbst rechtlich zulässig ist, d.h. durch hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls, namentlich polizeiliche oder sozialpolitische Gründe, gerechtfertigt und verhältnismässig ist.
- 10 Eine besondere Art rechtlicher Monopole sind die **kantonalen Regale**, wie namentlich das Bergbauregal, Salzregal, Wasserregal sowie das Fischerei- und Jagdregal⁶. Die Verfügung über

⁴ Grundlegend zum Ganzen: RÜTSCHÉ/DIEBOLD, Geschlossene Märkte, S. 83 ff.

⁵ BGE 143 I 388 E. 2.2.2 S. 394. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2686 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1242.

⁶ BGE 124 I 11 E. 3b S. 15: «historische Grundmonopole»; 128 I 3 E. 3a S. 10; 142 I 99 E. 2.4.1 S. 111. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2689; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1251, 1448 ff.

diese natürlichen Ressourcen sowie deren Nutzung sind aus historischen Gründen den Kantonen vorbehalten. Die Kantone dürfen ihre Regale in Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auch gewinnbringend (fiskalisch) betreiben (Art. 94 Abs. 4 BV).

- 11 Nimmt der Staat ein Monopol selbst wahr, indem er eine Verwaltungseinheit oder ein öffentliches Unternehmen mit der alleinigen Ausübung der monopolisierten Tätigkeit betraut, ist die Tätigkeit privaten Unternehmen und damit dem Wettbewerb gänzlich entzogen. Man kann in diesen Fällen von einem **Staatsmonopol** sprechen. Beispiele sind das Monopol («reservierter Dienst») der Schweizerischen Post zur Beförderung von Briefen bis 50 Gramm (Art. 18 PG), das Monopol der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Suva) im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 66 UVG), der alleinige Betrieb des gesamtschweizerischen Stromübertragungsnetzes durch die von den Kantonen beherrschte Nationale Netzgesellschaft, die Swissgrid AG (Art. 18 Abs. 1 StromVG), oder das Bestattungsmonopol von Wohngemeinden im Kanton Zürich⁷. In Bezug auf solche Staatsmonopole stellt sich die Frage einer öffentlichen Ausschreibung von vornherein nicht, da der Gesetzgeber selbst die Ausübung des Monopols zugeteilt hat⁸.
- 12 Der Gesetzgeber kann auch vorsehen, dass die Nutzung von Monopolrechten an (private oder öffentliche) Unternehmen übertragen wird. Die Übertragung erfolgt in Form einer **Monopolkonzession**⁹. Mit der Konzession überträgt die zuständige Verwaltungsbehörde einem Unternehmen das Sonderrecht, die monopolisierte Tätigkeit auszuüben. Überträgt die Behörde das Monopolrecht nur an eine Anbieterin, bleibt in Bezug auf die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen. Werden Monopolkonzessionen von der zuständigen Behörde an mehrere Anbieterinnen vergeben, führt dies zu einem Oligopol, soweit die Konzessionärinnen im geographisch gleichen Markt tätig sind. Als Beispiele können die Vergabe von Personenbeförderungskonzessionen an eine Vielzahl von Transportunternehmen (Art. 6 PBG) oder die Vergabe von Spielbankkonzessionen (Art. 6 BGS) genannt werden.

b. Rechte auf Nutzung öffentlicher Sachen

- 13 Zahlreiche wirtschaftliche Tätigkeiten sind auf eine Nutzung öffentlicher Sachen wie Strassen und Plätze, Gewässer, Wälder, den Luftraum oder den Untergrund angewiesen. Erreicht diese Nutzung eine Intensität, die über den schlichten, jedermann offenstehenden Gemeingebrauch hinausgeht, entsteht eine **Knappheitssituation**. Diese hat zur Folge, dass nicht jede Anbieterin Zugang zur Erwerbstätigkeit hat, welche die Nutzung der öffentlichen Sache voraussetzt. Typische Konstellationen sind der Bau und Betrieb von Infrastrukturen (z.B. Hafenanlagen, Seilbahnen, Wasserkraftwerke, Windparkanlagen, Werbeplakatanschlagstellen, Parkhäuser), der Abbau oder die Nutzung von natürlichen Ressourcen (z.B. Kies, Erz) sowie das Erbringen von Dienstleistungen oder der Verkauf von Produkten im öffentlichen Raum (z.B. Taxis, Zirkusse, Jahrmärkte, Wochenmarktstände).

⁷ BGE 143 I 388 E. 2.2 S. 392.

⁸ Vgl. Botschaft BöB (2017), S. 1901.

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2733 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1257.

- 14 In Knappheitssituationen entscheidet der Staat gestützt auf seine Herrschaft über öffentliche Sachen darüber, welche Anbieterinnen ein Nutzungsrecht erhalten. Verwaltungsrechtlich werden zwei Nutzungsintensitäten unterschieden: der gesteigerte Gemeingebrauch und die Sondernutzung. Ein **gesteigerte Gemeingebrauch** liegt vor, wenn eine öffentliche Sache in nicht gemeinverträglicher oder nicht bestimmungsgemässer Weise vorübergehend genutzt wird¹⁰. Im Rahmen einer **Sondernutzung** wird demgegenüber eine öffentliche Sache für eine längere Dauer ausschliesslich genutzt, namentlich für den Bau und Betrieb von Infrastrukturen oder für den Abbau oder die Nutzung von natürlichen Ressourcen¹¹.
- 15 Entsprechend erteilt der Staat für die Nutzung öffentlicher Sachen einzelnen Anbieterinnen entweder eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch oder eine Sondernutzungskonzession¹². Wirtschaftlich haben beide Instrumente grundsätzlich dieselbe Wirkung. Sie führen immer dann zu einer Schliessung des Marktes, wenn die fragliche Erwerbstätigkeit ohne ein Nutzungsrecht gar nicht ausgeübt werden kann oder wenn die Anbieterinnen ohne Nutzungsrecht einen erheblichen Wettbewerbsnachteil erleiden. In solchen Fällen begründet die Sachherrschaft des Staates über öffentliche Sachen ein sog. **faktisches Monopol**¹³.

c. Kontingentbewilligungen

- 16 Eine Schliessung des Marktes kann weiter mit dem Instrument der Kontingentbewilligung (auch: «wirtschaftspolitische Bewilligung») erfolgen¹⁴. Setzt die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit eine Kontingentbewilligung voraus, wird dadurch die Zahl der Anbieter in einem Markt – wie in einem Konzessionssystem – mengenmässig beschränkt. Kontingentbewilligungen und Monopolkonzessionen haben denselben ökonomischen Effekt, indem sie den freien Zugang zu einem Markt verschliessen. Sie unterscheiden sich hingegen in ihrer rechtsdogmatischen Konstruktion: Mit Kontingentbewilligungen erteilt der Staat **mengenmässig beschränkte individuelle Erlaubnisse** für eine Tätigkeit, die auf Gesetzesebene prinzipiell verboten ist. Demgegenüber liegt Konzessionen kein prinzipielles Tätigkeitsverbot zugrunde, sondern wie gesehen ein rechtliches Monopol, das eine Tätigkeit dem Staat vorbehalten; mit Konzessionen erteilt der Staat Privaten mengenmässig beschränkte Sonderrechte auf Ausübung der monopolisierten Tätigkeit (Rz. 12).
- 17 Mit Kontingentbewilligungen kann das Angebot auf zwei Arten mengenmässig gesteuert werden: Entweder setzt die Bewilligung die Einhaltung von **Höchstzahlen** im Sinne staatlich im Voraus festgelegter Maximalmengen an Bewilligungen voraus. In diesem Fall wird das Angebot plan-

¹⁰ MOSER, Der öffentliche Grund, S. 241 ff.

¹¹ MOSER, Der öffentliche Grund, S. 271 f.

¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2313 ff. (Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch), 2736 ff. (Sondernutzungskonzession); TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1217 ff. (Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch), 1261 ff. (Sondernutzungskonzession).

¹³ BGE 125 I 209 E. 10b S. 222.

¹⁴ Zur wirtschaftspolitischen Bewilligung: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2655; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1213 ff.

mässig gesteuert. Oder die Bewilligung verlangt eine hinreichende Nachfrage bzw. das Vorliegen eines Bedürfnisses (sog. **Bedürfnisklausel**). Dabei wird die Angebotsmenge abhängig von der jeweiligen Marktsituation situativ begrenzt. Ein Beispiel ist die von einem Bedürfnis abhängige Bewilligung für den Bau und Betrieb von Seilbahnen, die nicht der eidgenössischen Konzessionspflicht unterstehen, sowie von Skiliften¹⁵. Zu erwähnen ist ferner die Bewilligungspflicht mit Bedürfnisklausel, die der Kanton Neuenburg zum Zweck der Eindämmung der Gesundheitskosten für die Anschaffung medizinischer Grossgeräte (z.B. Operationsroboter, MRI- oder CT-Geräte) durch Spitäler und andere Gesundheitseinrichtungen eingeführt hat¹⁶.

d. Leistungsaufträge

- 18 Weiter können staatliche Leistungsaufträge eine Schliessung des Marktes bewirken. Mit Leistungsaufträgen gliedert der Staat **öffentliche Aufgaben** aus der Zentralverwaltung aus und beauftragt (öffentliche oder private) Unternehmen mit deren Erfüllung¹⁷. Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private wird auch als «Beleihung» bezeichnet¹⁸. Im Vordergrund steht dabei die Erbringung der Grundversorgung (service public), beispielsweise im Bereich der Gesundheitsversorgung, des öffentlichen Verkehrs oder des Bildungswesens. Aber auch Vollzugsaufgaben wie den Strassenunterhalt, die Waldbewirtschaftung oder den Betrieb von Asylunterkünften kann der Staat mit Leistungsaufträgen an Unternehmen vergeben.
- 19 Ein geschlossener Markt kann entstehen, wenn der Staat Leistungsaufträge für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit vergibt, für die bereits ein Markt besteht oder für die sich ohne Leistungsauftrag ein Markt entwickeln könnte. Dazu gehören **Grundversorgungsaufgaben**. So gibt es Unternehmen wie Spitäler, Schulen, Wasser- und Energieversorgungsunternehmen oder Eisenbahn- und Bussbetriebe unabhängig davon, ob der Staat für die entsprechenden Angebote sorgt. In solchen Bereichen kommt es unter zwei Voraussetzungen zu einer Marktschliessung: Erstens sind die Leistungsaufträge mengenmässig begrenzt, sodass kein Rechtsanspruch auf Erteilung eines Auftrags besteht. Zweitens erweisen sich die mit einem Leistungsauftrag verbundenen Wettbewerbsvorteile wie Abgeltungen, das Recht auf Abrechnung zulasten einer Sozialversicherung oder andere Sonderrechte als derart gewichtig, dass eine Anbieterin ohne Leistungsauftrag nicht konkurrenzfähig ist. In diesen Fällen ist der «Grundversorgungsmarkt» ein eigener relevanter Markt, zu dem faktisch nur Unternehmen im Besitz eines (mengenmässig begrenzten) staatlichen Auftrags Zugang haben.
- 20 Paradebeispiel für einen Markt, der aufgrund von Leistungsaufträgen faktisch geschlossen ist, ist der Markt für **stationäre Angebote durch Spitäler**. Gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG dürfen öffentliche und private Spitäler zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) tätig werden und abrechnen, wenn sie in die Spitalliste eines Kantons aufgenommen (sog. Listenspitäler) und gestützt darauf mit Leistungsaufträgen ausgestattet worden sind. Spitalliste

¹⁵ Art. 5 Abs. 2 lit. c des Konkordats vom 15. Oktober 1951 über die nicht eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen und Skilifte; z.B. SRL 786).

¹⁶ BGE 140 I 218.

¹⁷ RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 79.

¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1821 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 245 ff.

und Leistungsaufträge beruhen auf einer Spitalplanung des Kantons, welche sich am voraussichtlichen Bedarf der Kantonsbevölkerung orientiert. Auf die Leistungsaufträge besteht folglich kein Rechtsanspruch. Versicherte Patientinnen und Patienten können sich nur in den Listenspitälern zulasten der OKP behandeln lassen. Das bedeutet, dass einzig Listenspitäler für medizinische Behandlungen im Rahmen der OKP abgegolten werden. Die damit verbundenen Wettbewerbsvorteile der Listenspitäler sind so gross, dass sie sich in einem eigenen – geschlossenen – Markt befinden¹⁹.

- 21 Anders präsentiert sich die Situation, wenn mit einem staatlichen Leistungsauftrag für ein Unternehmen ein Geschäftsfeld eröffnet wird, das unabhängig vom Auftrag gar nicht existieren würde. Es handelt sich dabei um Tätigkeiten, die – im Unterschied zu Grundversorgungsaufgaben – untrennbar mit staatlichen Funktionen verknüpft sind und ohne diese nicht existieren würden. Solche originären Staatsaufgaben sind von vornherein vom Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ausgenommen. Eine Übertragung originärer Staatsaufgaben an Private mittels Leistungsaufträgen erfolgt vor allem im Bereich des **Gesetzesvollzugs**. Betraut der Staat ein privates Unternehmen mit der Erfüllung einer Vollzugsaufgabe, schafft er damit einen entsprechenden Markt. Solche «Vollzugsmärkte» sind stets geschlossen, da die Aufgabenübertragung im Ermessen des Staates liegt und Unternehmen keinen Anspruch auf Erteilung von entsprechenden Leistungsaufträgen haben. Ein Beispiel ist die vom Bundesrat gestützt auf Art. 69d Abs. 1 RTVG übertragene Aufgabe, die Abgabe für Radio und Fernsehen pro Haushalt zu erheben.

e. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen

- 22 Der Zugang zu geschlossenen Märkten kann auch über eine sozialversicherungsrechtliche Zulassung führen. Mit einer solchen Zulassung erteilt die zuständige Behörde einem Unternehmen das Recht, seine **Leistungen zulasten einer Sozialversicherung abzurechnen**. Dabei ist denkbar, dass der Regulator die sozialversicherungsrechtliche Zulassung mengenmässig begrenzt, indem er diese an Höchstzahlen oder das Vorhandensein eines Bedürfnisses (Bedürfnisklausel) knüpft. Soweit Anbieter ohne sozialversicherungsrechtliche Zulassung nicht konkurrenzfähig und damit faktisch vom entsprechenden Markt ausgeschlossen sind, wirken sich solche mengenmässigen Begrenzungen praktisch wie Kontingentbewilligungen aus.
- 23 Beispiel für ein sozialversicherungsrechtliches Zulassungsregime, das zu einer faktischen Marktschliessung führt, ist die **Beschränkung der Anzahl Ärzte und Ärztinnen**, die im ambulanten Bereich Leistungen erbringen. Nach Art. 55a Abs. 1 KVG beschränken die Kantone in einem oder mehreren medizinischen Fachgebieten oder in bestimmten Regionen die Anzahl der Ärzte und Ärztinnen, die im ambulanten Bereich zulasten der OKP Leistungen erbringen. Wenn ein Kanton eine solche Beschränkung einführt, dann sieht er insbesondere vor, dass Ärzte und Ärztinnen sowie nur zugelassen werden, solange die entsprechende Höchstzahl nicht erreicht ist (Art. 55a Abs. 1 lit. a KVG).

¹⁹ Vgl. BGE 132 V 6 E. 2.5.3 S. 15.

III. Analyse von Art. 2 Abs. 7 BGBM

24 Nach der Definition der geschlossenen Märkte und der Darstellung der verwaltungsrechtlichen Instrumente, die den Zugang zu solchen Märkten vermitteln und für eine öffentliche Ausschreibung geeignet sind, wird nun die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM einer juristischen Analyse unterzogen. Diese erfolgt unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur sowie mit Bezug auf Art. 9 IVöB. Zuerst werden **im Folgenden** Anwendbarkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 2 Abs. 7 BGBM aufgezeigt und Art. 9 IVöB gegenübergestellt (Kap. III.1-3). Danach ist in Bezug auf jedes verwaltungsrechtliche Instrument zu fragen, ob es unter eine dieser Bestimmungen oder beide Bestimmungen subsumiert werden kann (Kap. III.4).

1. Anwendbarkeit

a. Subjektiver Geltungsbereich

25 Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM setzt voraus, dass das Binnenmarktgesetz selbst anwendbar ist. Die Anwendbarkeit des Gesetzes ergibt sich aus Art. 1 BGBM. Nach Art. 1 Abs. 1 BGBM gewährleistet das Gesetz, dass «Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben». Der subjektive Geltungsbereich des Gesetzes erfasst damit **natürliche Personen mit Niederlassung und juristische Personen mit Sitz in der Schweiz**. Ausländische Personen kommen in den Genuss des Gesetzes, wenn sie – im Einklang mit dem subjektiven Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) – gestützt auf die massgebende Gesetzgebung oder gestützt auf einen Staatsvertrag (Freizügigkeitsabkommen) ein Recht auf Niederlassung oder Sitz in der Schweiz haben²⁰.

26 Das BGBM ist mit Blick auf das Ziel, die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz zu erleichtern (Art. 1 Abs. 2 lit. a BGBM), grundsätzlich auf interkantonale Sachverhalte ausgerichtet. Dennoch können sich gemäss Bundesgericht auch **Personen am Bestimmungsort**, d.h. potenziellen Anbieter mit Sitz im Kanton oder in der Gemeinde, in welchem bzw. welcher die Nutzung eines Monopols vergeben wird, auf Art. 2 Abs. 7 BGBM berufen²¹.

b. Objektiver Geltungsbereich

27 Der objektive Geltungsbereich ist in Art. 1 Abs. 1 BGBM mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit umschrieben. Art. 1 Abs. 3 BGBM, der mit der Teilrevision des Gesetzes von 2005²² neu gefasst wurde, definiert «Erwerbstätigkeit» als «jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit». Vorausgesetzt ist zunächst, dass die Tätigkeit **Erwerbscharakter** hat. Daran fehlt es etwa bei

²⁰ Botschaft BGBM, S. 1259 f., 1261. ZWALD, Marktzugang, Rz. 23; OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 1 Rz. 11; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 15; ZOLLINGER, Ausschreibungspflicht, S. 387.

²¹ BGer, 2C_351/2017 vom 12. April 2018, E. 3.4. DIEBOLD, Ausschreibung, S. 225.

²² Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Juli 2006 (AS 2006 2363 2366; BBl 2005 465).

der Ausübung von Freizeitaktivitäten²³ oder bei einem Praktikum im Hinblick auf das Erlangen einer Berufsqualifikation wie etwa dem Anwaltspatent²⁴.

- 28 Gewisse Schwierigkeiten bereitet die Auslegung des Begriffs der **nicht hoheitlichen** Tätigkeit. Die Botschaft erläutert in diesem Zusammenhang, dass «auch gewerbliche Verrichtungen, die von einem öffentlichen Dienst vorgenommen werden, von der Wirtschaftsfreiheit und damit vom sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden. Es handelt sich mithin um Tätigkeiten, die auch auf dem freien Markt angeboten werden (z.B. Tätigkeit von Lehrpersonen)»²⁵. Daraus folgt, dass nicht nur rein privatwirtschaftliche Tätigkeiten, sondern auch die Ausübung öffentlicher Aufgaben als Erwerbstätigkeiten im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 3 BGBM gelten, wenn sie auch auf dem freien Markt angeboten werden, d.h. wenn sie **marktfähig** sind. Marktfähige Tätigkeiten, die als öffentliche Aufgaben ausgestaltet sind, finden sich namentlich in der Grundversorgung wie etwa in Bereichen der Gesundheitsversorgung, der Bildung oder dem öffentlichen Verkehr.
- 29 Weiter geht aus der Botschaft hervor, dass mit der Neufassung von Art. 1 Abs. 3 BGBM die inhaltliche Übereinstimmung mit dem bilateralen Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz vom 21. Juni 1999 über die Freizügigkeit (FZA) sichergestellt werden sollte²⁶. Der Begriff der Erwerbstätigkeit ist demzufolge im Einklang mit dem **Anwendungsbereich des FZA** auszulegen. Dies ergibt sich auch aus einer systematischen Auslegung von Art. 1 Abs. 3 in Bezug auf Art. 4 Abs. 3^{bis} und Art. 6 Abs. 1 BGBM, wonach sich Personen im Geltungsbereich des BGBM im interkantonalen Verhältnis direkt auf das FZA berufen können²⁷. Vom FZA ausgenommen sind Tätigkeiten, die mit hoheitlichen Befugnissen und der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA). Diese Bereichsausnahme ist wiederum dem Primärrecht der EU nachgebildet (vgl. Art. 51 Abs. 1 AEUV). Der Europäische Gerichtshof beschränkt diese Ausnahme in seiner Rechtsprechung auf Tätigkeiten, die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt (aufgrund von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen) verbunden sind²⁸.
- 30 Aus einer historischen und systematischen Auslegung ist somit der Schluss zu ziehen, dass alle Erwerbstätigkeiten, die nicht hoheitlich sind, d.h. nicht mit der **Ausübung öffentlicher Gewalt** verbunden sind, dem BGBM unterstehen. Diese Auslegung wird auch in der Lehre breit vertreten²⁹. Daraus folgt namentlich, dass polizeiliche Vollzugstätigkeiten wie die Überwachung von Privatpersonen sowie die Durchsetzung des Rechts mittels Massnahmen und Sanktionen keine

²³ BGer, 2P.191/2004 vom 10. August 2005, E. 6.2.

²⁴ BGE 125 II 315 E. 2b/bb S. 319; BGer, 2C_537/2018 vom 24. Januar 2019, E. 4.2. Kritisch dazu GAMM-ENTHALER, Auslegung, Rz. 58.

²⁵ Botschaft revBGBM, S. 484.

²⁶ Botschaft revBGBM, S. 484. OESCH, Binnenmarktgesetz, S. 381 ff.

²⁷ OESCH, Binnenmarktgesetz, S. 383; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 18.

²⁸ Vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung des EuGH bei OESCH, Binnenmarktgesetz, S. 392 ff.; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 18, Fn. 27.

²⁹ OESCH, Binnenmarktgesetz, S. 379 ff.; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 18; OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 1 Rz. 13 m.w.H.

Erwerbstätigkeiten darstellen und damit nicht unter den Geltungsbereich des BGBM fallen; dasselbe gilt für die Erhebung von öffentlichen Abgaben³⁰.

- 31 Das **Bundesgericht** hat demgegenüber in seiner bisherigen Rechtsprechung vereinzelt auch Tätigkeiten vom BGBM ausgenommen, welche nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt in diesem Sinne verbunden sind. Dazu gehören namentlich die Tätigkeiten von freiberuflichen Notaren³¹, Officialverteidigern³² und Gerichtsgutachtern³³. Die Urteile zur Nichtunterstellung von Notaren unter das BGBM gehen indessen auf die Zeit vor der Teilrevision des Gesetzes von 2005 zurück. Auf diesen Umstand wies das Bundesgericht in einem (nicht amtlich publizierten) Urteil von 2011 ausdrücklich hin, ohne allerdings zur Anwendbarkeit des revidierten BGBM auf Notariatstätigkeiten Stellung zu beziehen³⁴.
- 32 Insgesamt besteht damit eine gewisse **Diskrepanz zwischen Lehre und Rechtsprechung** in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der Erwerbstätigkeit und damit des objektiven Geltungsbereichs des BGBM. Zu bedenken ist dabei, dass die zitierten bundesgerichtlichen Urteile zur Nichtunterstellung von Notaren, Officialverteidigern und Gerichtsgutachtern mehr als zehn Jahre zurückreichen und teilweise vor der Revision des BGBM von 2005 ergangen sind. Hinzu kommt, dass in diesen Urteilen die neuere Rechtsprechung des EuGH etwa zur Freizügigkeit der Notare³⁵ nicht berücksichtigt ist. Vor diesem Hintergrund ist denkbar, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der Erwerbstätigkeit im Sinne einer nicht hoheitlichen Tätigkeit künftig weiterentwickelt.

2. Voraussetzungen

a. Kantonales oder kommunales Monopol

- 33 Der ebenfalls mit der Teilrevision des Gesetzes von 2005 eingefügte Art. 2 Abs. 7 BGBM verlangt, dass die «Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private» auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Die Bestimmung setzt somit voraus, dass die **Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole** auf Private übertragen wird.

³⁰ Vgl. AB S 2005 762 (Eugen David, Berichterstatter): «Die hoheitlichen Tätigkeiten sind jene, die ordinäre Staatstätigkeiten sind: Kontroll-, Überwachungs- und Interventionsaufgaben, die sich aus dem öffentlichen Recht ergeben. Ich denke insbesondere an die Polizei, aber auch an Bau-, Gesundheits- und Lebensmittelpolizei, an Umweltrecht und das ganze Abgaberecht.»

³¹ BGE 128 I 280 E. 3 S. 281 f.; 131 II 639 E. 6.1 S. 645; 133 I 259 E. 2.2 S. 260 f. (nur betreffend Wirtschaftsfreiheit).

³² BGer, 5A_175/2008 vom 8. Juli 2008, E. 5.2.

³³ BGer, 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3.3. Vgl. dagegen BGE 140 II 112 E. 3.2 S. 117 ff., wonach die Tätigkeit von Dolmetschern für Behörden und Gerichte nicht als «Ausübung öffentlicher Gewalt» im Sinne des FZA zu verstehen ist.

³⁴ BGer, 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.3.

³⁵ Urteils des EuGH C-54/08 vom 24. Mai 2011, Slg. 2011 I 4355 ff.

34 Damit erfordert Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Abgrenzung kantonaler und kommunaler Monopole von Bundesmonopolen. Der Wortlaut legt nahe, diese Abgrenzung anhand der **Rechtsgrundlage** vorzunehmen. Demnach würde ein kantonales oder kommunales Monopol vorliegen, wenn das Monopol im kantonalen oder kommunalen Recht verankert ist. Mit Blick auf den Zweck des BGBM, die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz zu erleichtern (Art. 1 Abs. 2 lit. a), sollte hingegen entscheidend sein, welche **Behörde** das Monopolrecht vergibt: Die Direktvergabe eines Nutzungsrechts durch eine kantonale oder kommunale Behörde behindert – im Widerspruch zur binnenmarktrechtlichen Zielsetzung – den interkantonalen Wirtschaftsverkehr unabhängig davon, ob das Monopol im kantonalen Recht oder im Bundesrecht verankert ist. Eine am Gesetzeszweck ausgerichtete (teleologische) Auslegung spricht somit dafür, Art. 2 Abs. 7 BGBM immer dann anzuwenden, wenn eine kantonale bzw. kommunale Behörde mit der Monopolverwaltung betraut ist³⁶.

b. Übertragung auf Private

35 Weiter muss eine Übertragung auf «Private» vorliegen. Private sind Personen, die eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 1 BGBM ausüben. Gemäss **Wortlaut** von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist damit die Übertragung der Nutzung eines Monopols auf eine Person des öffentlichen Rechts (z.B. öffentlich-rechtliche Anstalt, Gebietskörperschaft oder interkommunaler Zweckverband) oder auf ein Unternehmen, das vom Staat beherrscht wird (z.B. spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Besitz eines Kantons) von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgenommen.

36 Mit Blick auf den **Zweck** des BGBM, allen Wirtschaftsteilnehmern freien und gleichberechtigten Marktzugang zu gewährleisten, wird in der Lehre und der Praxis der WEKO indessen eine analoge Anwendung der beschaffungsrechtlichen Grundsätze zu In-house- und In-state-Vergaben befürwortet³⁷. Demnach ist das Beschaffungsrecht nicht anwendbar auf die Beschaffung von Leistungen bei unselbständigen Organisationseinheiten des öffentlichen Auftraggebers (In-house-Geschäfte³⁸; vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB). Ebenso vom objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen ist die Beschaffung einer Leistung bei einem rechtlich selbständigen staatlichen oder staatlich beherrschten Anbieter, wenn dieser vom öffentlichen Auf-

³⁶ CR-POLTIER, LMI 2 VII, Rz. 18; DIEBOLD, Eingriffsdogmatik, S. 220. Vgl. auch WEKO-Empfehlung Gesundheitsberufe, Rz. 12 ff. mit Bezug auf Art. 2 Abs. 6 BGBM. Im Zusammenhang mit dem im Bundesrecht (Art. 31b USG) vorgesehenen und von den Kantonen zu vollziehendem Abfallentsorgungsmonopol spricht das Bundesgericht selbst von einem «kantonalen» Monopol: BGE 125 II 508 E. 5b S. 511.

³⁷ REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, S. 590; ESSEIVA, Mise en concurrence, S. 203; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 791, Fn. 859; OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6. Sodann WEKO-Gutachten, Verteilnetzkonzessionen, Rz. 32 ff.; WEKO-Gutachten, Wasserrechtskonzessionen, Rz. 12 ff. Vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 1. Juni 2022 (810 20 248), E. 8.5: keine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erteilung eines «Baurechts» für die Errichtung und den Betrieb eines Hafengebäckens an die öffentlich-rechtliche Anstalt «Schweizerische Rheinhäfen».

³⁸ Dazu LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 108 ff. m.w.H.

traggeber wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird und ausschliesslich (In-state-Geschäfte³⁹) oder im Wesentlichen (Quasi-in-house-Geschäfte⁴⁰) für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB). Diese beschaffungsrechtlichen Ausnahmeregelungen bedeuten im binnenmarktrechtlichen Kontext das Folgende:

- Die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM ist nicht anwendbar, wenn das Recht auf Nutzung eines Monopols **innerhalb derselben öffentlich-rechtlichen Einheit** wahrgenommen wird; in diesem Fall findet gar keine «Übertragung» eines Rechts statt.
- Die Vergabe eines Monopolrechts an eine rechtlich selbständige staatliche Organisation ist nach Art. 2 Abs. 7 BGBM auszuschreiben, wenn an dieser Organisation direkt oder indirekt **Private mitbeteiligt** sind. In diesen Fällen ist von einer Übertragung auf «Private» auszugehen.
- Eine Übertragung auf Private im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist auch dann anzunehmen, wenn die staatliche Organisation, die das Nutzungsrecht erhält, in nicht unwesentlichem Umfang **auf privaten Märkten auftritt** und damit am Wirtschaftsprozess teilnimmt. Direktvergaben von Nutzungsrechten, welche staatlichen Akteuren – namentlich in Form von Quersubventionierungen vom Monopol- in den Wettbewerbsbereich – spürbare Wettbewerbsvorteile gegenüber privaten Konkurrenten verschaffen, stünden dagegen im Widerspruch zum Zweck des BGBM, einen fairen Wettbewerb sicherzustellen.

c. Nutzung eines Monopols

- 37 Gegenstand der Übertragung ist gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM die Nutzung eines Monopols. Das BGBM enthält keine Definition des Monopolbegriffs und auch aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich keine näheren Anhaltspunkte. Aus dem Wortlaut ergibt sich indessen ohne Weiteres, dass sämtliche **rechtlichen Monopole** (zum Begriff vorne Rz. 9) der Kantone und Gemeinden unter den Monopolbegriff von Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen⁴¹. Unter den Begriff des (rechtlichen) Monopols fallen auch kantonale Regalrechte wie die Regale in den Bereichen Jagd, Fischerei, Salzgewinnung oder Bergbau (Rz. 10)⁴².
- 38 Ob auch **faktische Monopole** (zum Begriff vorne Rz. 14) von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst sind, war in der Lehre lange Zeit umstritten⁴³. Auch das Bundesgericht liess die Frage zunächst offen,

³⁹ Dazu LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 587 ff. m.w.H.

⁴⁰ Dazu LUDIN, Privilegierte Vergaben, Rz. 135 ff. m.w.H.

⁴¹ BGE 143 II 598 E. 4.1 S. 604. DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 76 f.; OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6.

⁴² Zur Anwendung des BGBM auf die Ausübung von Regalrechten DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 84 mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung.

⁴³ Für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole bzw. Sondernutzungskonzessionen: BELLANGER, Marchés publics, Rz. 101 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 815 f.; DIEBOLD, Ausschreibung, S. 249; ESSEIVA, Mise en concurrence, S. 203 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis, Rz. 211; KUNZ, Konzessionserteilung, S. 36; MOSER, Der öffentliche Grund, S. 329 f.; CR-POLTIER, LMI 2 VII, Rz. 23; REY/WITTEW, Ausschreibungspflicht, S. 590 f.; RÜTSCHÉ/DIEBOLD, Geschlossene Märkte,

entschied dann aber in einem Urteil von 2017, dass auch die Übertragung der Nutzung eines faktischen Monopols unter die Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM fällt⁴⁴. Diese Rechtsprechung wurde seitdem bestätigt⁴⁵. Was dieses weite Verständnis des Monopolbegriffs in Bezug auf die verschiedenen verwaltungsrechtlichen Instrumente im Einzelnen bedeutet, wird in Kap. III.4. zu erörtern sein.

d. Verhältnis zu anderen Gesetzen

- 39 Art. 2 Abs. 7 BGBM ist sodann ins Verhältnis zu anderen bundesrechtlichen Regelungen betreffend die Ausschreibung mengenmässig begrenzter Rechte zu setzen. Zum einen kann der Bund aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen in seinen **Spezialgesetzen** ein gegenüber dem BGBM strengeres Marktzugangsregime vorsehen⁴⁶. Solche Abweichungen müssen klar aus dem gesetzgeberischen Willen hervorgehen⁴⁷. Spezialgesetzliche Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hat der Bundesgesetzgeber insbesondere in Art. 3a StromVG und Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG geschaffen. Nach diesen Regelungen können die Kantone und Gemeinden Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und Verteilnetz bzw. Wassernutzungskonzessionen ohne Ausschreibung erteilen. Die Vergabebehörden haben indessen in jedem Fall ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren zu gewährleisten. Dem kantonalen und kommunalen Gesetzgeber ist es aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) demgegenüber untersagt, die Vergabe von Marktzugangsrechten abweichend von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu regeln.
- 40 Zum anderen ist Art. 2 Abs. 7 BGBM im Zusammenhang mit dem kantonalen bzw. interkantonalen **Beschaffungsrecht** zu sehen. Zu klären ist insbesondere das Verhältnis zu Art. 9 IVöB. Diese Bestimmung hält unter der Überschrift «Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen» Folgendes fest:

S. 105 f.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 Rz. 136; ZWALD, Ausschreibung, S. 30. Sodann WEKO-Empfehlung, Nutzung des Untergrunds, Rz. 3 ff.; WEKO-Empfehlung, usage du sous-sol, Rz. 3 ff.

Gegen die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole bzw. Sondernutzungskonzessionen: TRÜEB/ZIMMERLI, S. 129 ff.; REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Rz. 949 ff.; GISELA, Mustergesetz, S. 482; RECHSTEINER/WALDNER, Konzessionsverträge, S. 1296 f.; WIEDERKEHR/ABEGG, Geothermie, S. 651.

⁴⁴ BGE 143 II 598 E. 4.1.1 S. 605 betreffend ein interkommunales System der Bewilligungszuteilung an Gesellschaften und Fahrer von Taxis auf Standplätzen; vgl. bereits BGE 143 II 120 E. 6.3.1 S. 127 betreffend Vergabe einer Plakatanschlagskonzession.

⁴⁵ BGE 145 II 303 E. 6.1.1 S. 307 betreffend Ernennung der Direktionen, die für die Leitung zweier Stadttheater während mehrerer Theatersaisons zuständig sind; 145 II 252 E. 5.1 S. 256; BGer, 2C_335/2019 vom 17. August 2020, E. 6.2.1 betreffend Übertragung der Nutzung eines kommunalen Stromleitungsnetzes. Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung im Bereich der faktischen Monopole ZOLLINGER, Ausschreibungspflicht, S. 392 ff.

⁴⁶ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 1056 ff.

⁴⁷ WEKO-Empfehlung Gesundheitsberufe, Rz. 37 mit Verweis auf das in der Verfassung verankerte Binnenmarkprinzip (Art. 27 und Art. 95 Abs. 2 BV), die Pflicht des Staates zur Verwirklichung der Binnenmarktfreiheit (Art. 27 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 und 2 BV) sowie die Selbstbindung des Bundesgesetzgebers durch Art. 2 Abs. 2 BGBM.

«Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.»

41 Art. 9 IVöB qualifiziert somit die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder einer Konzession unter **drei Voraussetzungen** als öffentlichen Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts:

- (1) Dem Anbieter kommen durch die Übertragung ausschliessliche oder besondere Rechte zu,
- (2) welche er im öffentlichen Interesse wahrnimmt
- (3) und für deren Wahrnehmung er direkt oder indirekt ein Entgelt erhält.

In Kap. III.4 wird zu prüfen sein, welche verwaltungsrechtlichen Instrumente von Art. 9 IVöB erfasst sein können.

42 Zum **Verhältnis zwischen der binnenmarktrechtlichen und der beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht** fügte der Bundesgesetzgeber anlässlich der Totalrevision des Beschaffungsrechts in Art. 5 Abs. 1 BGBM den folgenden 3. Satz ein: «Stützt sich eine Beschaffung oder die Übertragung einer Monopolnutzung auf die Interkantonale Vereinbarung, welche die Kantone aufgrund des Protokolls vom 30. März 2012 zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen abschliessen, so wird vermutet, dass die Anforderungen dieses Gesetzes eingehalten werden.»⁴⁸ Die in dieser Bestimmung statuierte Vermutung bedeutet, dass die Ausschreibungspflicht von Art. 9 IVöB diejenige von Art. 2 Abs. 7 BGBM überlagert. Dies ist insofern folgerichtig, als die beschaffungsrechtliche Ausschreibungspflicht hinsichtlich Verfahren und Zuschlagskriterien strengere Anforderungen aufstellt (Rz. 43). Soweit die Ausschreibungspflicht von Art. 9 IVöB jedoch aufgrund eines Ausnahmetatbestandes keine Anwendung findet oder die IVöB zu einer Verfahrensfrage keine Regelung aufstellt, bleibt die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM massgebend. Im Einzelnen folgt daraus:

- Falls die Vergabe eines Rechts sowohl unter Art. 2 Abs. 7 BGBM als auch unter Art. 9 IVöB fällt, ist auf das **Vergabeverfahren** die letztere Bestimmung anzuwenden⁴⁹. Hingegen kommt die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM dann zur Anwendung, wenn Art. 9 IVöB durch eine spezialgesetzliche Bestimmung des kantonalen Rechts derogiert wird⁵⁰.
- Falls die Vergabe eines Rechts zugleich die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM Art. 9 IVöB erfüllt, jedoch die **beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte** für eine öffentliche Ausschreibung nicht erreicht, ist der keinen Schwellenwerten unterliegende Art. 2 Abs. 7 BGBM anzuwenden. Vorbehalten bleibt ein ausnahmsweiser Verzicht auf die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung zugunsten eines Einladungsverfahrens,

⁴⁸ In Kraft seit 1. Januar 2021 (AS 2020 641; BBI 2017 1851).

⁴⁹ Vgl. OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 8.

⁵⁰ Vgl. den entsprechenden Vorbehalt in Art. 9 Satz 2 IVöB.

der Publikation eines Konzessionsgesuchs oder einer Direktvergabe, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM (Beschränkung des freien Zugangs zum Markt) gegeben sind⁵¹.

- Zusätzliche Relevanz: Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor gemäss Art. 9 IVöB.
- In jedem Fall anwendbar bleibt das in Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM verankerte **Beschwerderecht der WEKO**⁵².

3. Rechtsfolgen

- 43 Sind die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfüllt und geht keine andere Bestimmung des Bundesrechts (Spezialgesetz) oder des (inter-)kantonalen Beschaffungsrechts (Art. 9 IVöB) vor, hat die Vergabebehörde eine **Ausschreibung** durchzuführen, welche Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Mit einer Ausschreibung lädt die zuständige Behörde von Amtes wegen mittels öffentlicher Publikation potenzielle Bewerber ein, innert Frist eine Eingabe zu machen⁵³. Dabei gibt die Behörde die Bedingungen für die Auswahl bekannt (Bewertungskriterien, Versteigerung, Losentscheid oder Rotation)⁵⁴. Der Auswahlentscheid ist aufgrund von Art. 9 Abs. 1 BGBM in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen, damit der Rechtsschutz gewährleistet ist⁵⁵. Das kantonale Recht sieht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vor (Art. 9 Abs. 2 BGBM). Gegen die verfügten Markzugangsbefreiungen hat die WEKO ein Beschwerderecht (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM).
- 44 Den Anforderungen an eine Ausschreibung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht zu genügen vermag ein **Einladungsverfahren**, bei dem die Behörde einen geschlossenen Kreis von wenigen, namentlich bestimmten Anbieter einlädt, ein Gesuch einzureichen⁵⁶. Ebenso wenig liegt eine Ausschreibung vor, wenn die Behörde ein eingegangenes Gesuch auflegt unter Ansetzung einer Frist, in welcher Konkurrenzgesuche eingereicht werden können (**Publikation eines Gesuchs**)⁵⁷.
- 45 Die **Anforderungen des Beschaffungsrechts** gemäss Art. 5 BGBM sowie kantonalem oder interkantonalem Recht sind laut Rechtsprechung weder direkt noch analog auf die von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgesehene Ausschreibung anwendbar⁵⁸. Die Vergabebehörde verfügt somit bei

⁵¹ Dazu DIEBOLD, Ausschreibung, S. 225 f.: Mögliche Ausnahme von der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 BGBM, «wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Konzession für den Konzessionär den Aufwand für die Ausschreibung nicht rechtfertigt oder wenn ein anderer Grund vorliegt, wie etwa äusserste Dringlichkeit aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse, abgesprochene Angebote, keine Angebote usw.» Entscheidend ist dabei, «dass der Rechtsschutz gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM gewahrt bleibt und die Zuschlagsverfügung publiziert wird».

⁵² Musterbotschaft revIVöB, S. 19 f.; Botschaft revBöB, S. 1878 f.

⁵³ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 1002 f.

⁵⁴ DIEBOLD, Ausschreibung, S. 225.

⁵⁵ BGE 143 II 598 E. 4.1.2 S. 606.

⁵⁶ DIEBOLD, Ausschreibung, S. 225.

⁵⁷ BGE 142 I 99 E. 3.1 S. 113.

⁵⁸ BGE 143 II 120 E. 6 S. 126 ff.; 143 II 598 E. 4.1.2 S. 605. Eingehend BVGer, B-6872/2017 vom 22. August 2022, E. 3.3; kritisch dazu BEYELER, Sondernutzung, S. 472, Fn. 14. Vgl. auch Botschaft revBGBM,

der Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens über mehr Flexibilität als bei der Vergabe von Beschaffungsaufträgen⁵⁹. Insbesondere muss das Verfahren nicht unbedingt auf die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne des besten Preis-/Leistungsverhältnisses ausgerichtet sein⁶⁰. Vielmehr können auch – selbst ohne Abstützung auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage – weitere öffentliche Interessen, etwa solche des Umweltschutzes, der Nachhaltigkeit oder sozialpolitische Interessen als Auswahlkriterien in Betracht gezogen werden⁶¹. Allerdings sind mit dem totalrevidierten Beschaffungsrecht die möglichen Zuschlagskriterien über den Preis und die Qualität einer Leistung hinaus auf zahlreiche weitere Aspekte erweitert worden. Dazu gehören auch öffentliche Interessen wie die Nachhaltigkeit einer Leistung (Art. 29 Abs. 1 IVöB) oder – ausserhalb des Staatsvertragsbereichs – gewisse sozial- und bildungspolitische Interessen (vgl. Art. 29 Abs. 2 IVöB). Insofern hat sich der Unterschied zwischen dem beschaffungsrechtlichen und dem binnenmarktrechtlichen Ausschreibungsverfahren ein Stück weit relativiert.

- 46 Art. 2 Abs. 7 BGBM verlangt sodann, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private «Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren» darf. Das **Diskriminierungsverbot** ist direkter Ausfluss des Gesetzeszwecks, allen Erwerbstätigen und Unternehmen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz gleichberechtigten Zugang zum Markt gewährleisten. In prozeduraler Hinsicht wird das Diskriminierungsverbot mit der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, das auf transparenten und sachlichen Auswahlbedingungen beruht, verwirklicht⁶². Auch wenn im Einzelfall zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen auf ein Ausschreibungsverfahren verzichtet wird, muss das Vergabeverfahren so ausgestaltet sein, dass ortsfremde Personen nicht diskriminiert werden (Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM). Das Verbot der herkunftsbezogenen Diskriminierung gilt somit als absolute Schranke für jede Vergabe von Nutzungsrechten.

4. Unterstellung der einzelnen Instrumente

- 47 Nach der Darstellung von Anwendbarkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 2 Abs. 7 BGBM gilt es nun zu prüfen, inwieweit die einzelnen verwaltungsrechtlichen Instrumente, die zu **geschlossenen Märkten** führen, unter diese Bestimmung oder unter das Beschaffungsrecht (insbesondere Art. 9 IVöB) zu subsumieren sind. Soweit sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Antworten entnehmen lassen, wird die Rechtsprechung von kantonalen Gerichten in die Analyse einbezogen.

S. 485 f. Für eine analoge Anwendung grundsätzlicher Regeln des Beschaffungsrechts auf Ausschreibungen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM hingegen: CR-POLTIER, LMI 2 VII, Rz. 57; RENFER, Ausschreibung, Rz. 24; OESCH/RENER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 7. Sodann auch WEKO-Empfehlung, ortsfremde Taxidienste, Rz. 58.

⁵⁹ DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 85.

⁶⁰ BGE 143 II 120 E. 6.4 S. 129 f.

⁶¹ BGE 143 II 120 E. 6.5.2 S. 131 f. Vgl. ESSEIVA, Mise en concurrence, S. 205 f.; CR-POLTIER, LMI 2 VII, Rz. 71.

⁶² BGE 143 II 598 E. 4.1.2 S. 606.

a. Monopolkonzessionen

- 48 Bereits aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM folgt, dass die Vergabe von kantonalen und kommunalen Monopolkonzessionen auf Private nach dieser Bestimmung **ausschreibungspflichtig** ist (zum Begriff der Monopolkonzession Rz. 9 ff.). Dies entspricht denn auch ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁶³. Wie vorne ausgeführt, sollten mit Blick auf den Zweck des BGBM auch Monopole unter Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen, die zwar im Bundesrecht begründet sind, jedoch von kantonalen oder kommunalen Behörden mittels Vergabe von Konzessionen auf Private übertragen werden (Rz. 34). Ein Verzicht auf Ausschreibung einer Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellten Monopolkonzession lässt sich nur ausnahmsweise nach Massgabe der strengen Voraussetzungen von Art. 3 BGBM rechtfertigen (Rz. 42).
- 49 Fraglich ist, ob Monopolkonzessionen auch unter die **besondere beschaffungsrechtliche Ausschreibungspflicht** gemäss Art. 9 IVöB fallen. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Verleihung einer Konzession als öffentlicher Auftrag gilt und damit nach den Regeln des Beschaffungsrechts auszuschreiben ist, «wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt» (Rz. 40 f.). Auf jeden Fall von Art. 9 IVöB erfasst sind Monopolkonzessionen, mit denen zugleich eine öffentliche Aufgabe auf den Konzessionär übertragen wird (vgl. Rz. 71 betreffend Leistungsaufträge). Wie aus der Entstehungsgeschichte hervorgeht, sind demgegenüber Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen, von Art. 9 IVöB ausgenommen⁶⁴. Aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 9 IVöB, der die Verleihung einer Konzession alternativ neben die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe stellt, ergibt sich dagegen eine weitere Interpretation. Demnach sind Konzessionen Art. 9 IVöB unterstellt, wenn das mit ihnen übertragene Sonderrecht einem öffentlichen Interesse dient – ohne dass sie zwingend mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe einhergehen⁶⁵.
- 50 In der Lehre werden Konzessionen, mit denen eine öffentliche Aufgabe übertragen wird oder die im öffentlichen Interesse von der Konzessionärin ausgeübt werden müssen (Betriebspflicht), teilweise als **Konzessionen des öffentlichen Dienstes** (concessions de service public) bezeichnet⁶⁶. Die Rechtsprechung zu Art. 9 IVöB wird zu klären haben, ob diese Vorschrift in Bezug auf Konzessionen eng (im Sinne von Konzessionen, die mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe einhergehen) oder weit (im Sinne von Konzessionen, an deren Ausübung ein öffentliches Interesse besteht) auszulegen ist. Falls die Vergabe einer Monopolkonzession bzw. einer Konzession des öffentlichen Dienstes sowohl unter die binnenmarkt- als auch unter die beschaffungsrechtliche Ausschreibungspflicht fällt, geht letztere grundsätzlich vor (Rz. 42 f.).

⁶³ BGE 143 II 598 E. 4.1.1 S. 605; 145 II 32 E. 3.1 S. 37; 145 II 252 E. 5.1 S. 256; 145 II 303 E. 6.1.1 S. 307.

⁶⁴ Musterbotschaft revIVöB, S. 35; BGE 143 II 120 E. 6.3.2 S. 128 m.w.H. So auch MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 25 ff.; TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 12 ff.

⁶⁵ Vgl. POLTIER, énigmes, S. 154 f.

⁶⁶ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1258; POLTIER, énigmes, S. 153. Vgl. auch Musterbotschaft revIVöB, S. 35; Botschaft revBöB, S. 1899.

b. Sondernutzungskonzessionen

- 51 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nicht nur rechtliche, sondern auch faktische Monopole von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst (Rz. 38). Entsprechend ist die Vergabe von Konzessionen auf **Sondernutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch** gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM genauso wie die Vergabe von Monopolkonzessionen auszuschreiben (zum Begriff der Sondernutzung Rz. 14)⁶⁷. Vorbehalten bleibt sektorspezifische Sondervorschriften auf Bundesebene, welche Kantone und Gemeinden von einer Ausschreibungspflicht dispensieren (Rz. 39).
- 52 Eine Sonderkonstellation liegt vor, wenn das Gemeinwesen die Vergabe einer Sondernutzungskonzession mit einem **öffentlichen Auftrag** kombiniert, der seinerseits dem Beschaffungsrecht untersteht. So hatte die Stadt Genf im Juni 2006 die Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund mit der Nebenleistung verknüpft, in der Stadt Fahrräder zur Selbstaussleihe zur Verfügung zu stellen, wobei die Einnahmen aus dem Veloverleih der Stadt zukommen sollten⁶⁸. Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die Erteilung der Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund keine öffentliche Beschaffung darstellt⁶⁹. Das öffentliche Beschaffungsrecht ist aber dennoch ausnahmsweise anwendbar, wenn
- (1) die Konzessionärin Leistungen von einer gewissen Bedeutung erbringen muss,
 - (2) welche sich von der Konzession loslösen lassen und
 - (3) die ihrerseits eine öffentliche Beschaffung darstellen⁷⁰.
- Sind diese drei Voraussetzungen erfüllt, untersteht das Gesamtgeschäft dem öffentlichen Beschaffungsrecht⁷¹.
- 53 Konzessionen unterliegen unter bestimmten Voraussetzungen der **besonderen beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht** gemäss Art. 9 IVöB (Rz. 40 f.). Aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung geht indessen hervor, dass ihr Sondernutzungskonzessionen nicht unterstellt sind⁷². Ob diese Aussage in dieser Absolutheit aufrechterhalten werden kann, ist zweifelhaft. So ist denkbar, dass zusammen mit einer Sondernutzungskonzession zugleich eine öffentliche Aufgabe auf den Konzessionär übertragen wird; in solchen Fällen muss Art. 9 IVöB Anwendung finden (vgl. Rz. 71 betreffend Leistungsaufträge)⁷³. Darüber hinaus könnten Sondernutzungskonzessionen, deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt, ebenfalls unter Art. 9 IVöB fallen⁷⁴. In solchen Fällen würde die beschaffungsrechtliche der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht grundsätzlich vorgehen (Rz. 42 f.). Ob und inwieweit Art. 9 IVöB auf die

⁶⁷ BGE 143 II 598 E. 4 S. 604 ff.; BGer, 2C_351/2017 vom 12. April 2018, E. 3.3.; 2C_959/2021, 2C_961/2021 vom 30. November 2022, E. 2.2 und E. 7.

⁶⁸ BGE 135 II 49 Sachverhalt S. 51.

⁶⁹ BGE 135 II 49 E. 4.2-4.4 S. 52 ff. Bestätigung von BGE 125 I 209 E. 6 S. 212 ff.

⁷⁰ BGE 135 II 49 E. 4.4 S. 56.

⁷¹ Bestätigt in BGer, 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.3; 2C_994/2016 vom 9. März 2018, E. 1.3.2.

⁷² Musterbotschaft revIVöB, S. 35. Vgl. auch BVGer, B-6872/2017 vom 22. August 2022, E. 3.3.

⁷³ MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 28.

⁷⁴ Vgl. POLTIER, énigmes, S. 154 f.

Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist, wird von der Judikatur zu beantworten sein.

- 54 Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht nicht nur die Vergabe der Sondernutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch wie Strassen, Plätze oder dem Untergrund, sondern auch die Vergabe der bestimmungsgemässen Sondernutzung einer **Verwaltungssache**. Verwaltungssachen sind alle öffentlichen Sachen, die für spezifische staatliche Aufgaben bestimmt sind, wie etwa Verwaltungsgebäude, öffentliche Schulen, Spitäler, Bibliotheken und Sportanlagen oder Fahrzeuge von öffentlichen Verkehrsunternehmen⁷⁵. Gemäss Bundesgericht können faktische Monopole auch auf der Herrschaftsbefugnis des Gemeinwesens über Verwaltungssachen beruhen⁷⁶. So hat das Bundesgericht die Vereinbarungen zur Ernennung der Direktionen, die für die Leitung zweier Stadttheater in Genf während mehrerer Theatersaisons zuständig sind, wie Sondernutzungskonzessionen behandelt und folgerichtig Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt⁷⁷.
- 55 Keine Vergabe im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist demgegenüber die Überlassung von Nutzungsrechten an staatlichem **Finanzvermögen**, welches nicht unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient⁷⁸. Finanzvermögen kann gemäss Bundesgericht kein faktisches Monopol begründen⁷⁹. Daher ist die Zuteilung des Auftrags an eine Privatperson, ein Hotel und ein Restaurant im Finanzvermögen der Stadt Genf zu betreiben, von der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgenommen⁸⁰. Eine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM sollte indessen dann in Betracht gezogen werden, wenn die Verfügungsmacht über eine Sache im Finanzvermögen dem Staat eine faktische Monopolstellung vermittelt. Es geht um Fälle, in denen Unternehmen aufgrund der Nutzung von staatlichem Finanzvermögen einen derartigen Wettbewerbsvorteil erlangen, dass andere Anbieter im relevanten Markt nicht konkurrenzfähig sind. In diesen Situationen sollte der Umstand, dass das Finanzvermögen nicht unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, der Qualifikation als kantonales oder kommunales Monopol und damit einer Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht entgegenstehen⁸¹.
- 56 Bisher nicht höchstrichterlich entschieden wurde die Frage, ob die **ausserordentliche Nutzung von Verwaltungssachen** der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht. Eine ausserordentliche, d.h. nicht bestimmungsgemässe Nutzung von Verwaltungssachen besteht darin, dass staatliche Behörden oder staatlich beherrschte Unternehmen ihre Verwaltungssachen ausserhalb der öffentlichen Aufgaben gegen Entgelt Privaten zur Verfügung stellen. Dies

⁷⁵ BGE 138 I 274 E. 2.3.2 S. 284. MOSER, Der öffentliche Grund, S. 18 ff.

⁷⁶ BGE 145 II 303 E. 6.1.3 S. 309.

⁷⁷ BGE 145 II 303 E. 6.1.3 S. 309.

⁷⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2203 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1338.

⁷⁹ BGE 145 II 252 E. 5.1 S. 256.

⁸⁰ BGE 145 II 252 E. 5.1 S. 256 f.

⁸¹ Aus analogen Gründen wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass Investitionen in das Finanzvermögen nicht grundsätzlich vom Beschaffungsrecht ausgenommen sein sollen: DIEBOLD, Ausschreibung, S. 231; POLTIER, Marchés publics, S. 13 Fn. 18; DIEBOLD/MAGNIN, Wettbewerbsrechtliche Disziplinierung, S. 218, je mit weiteren Hinweisen auch auf Gegenmeinungen. Sodann VGer GR U 00 45 vom 23. August 2000 E. 1a = PVG 2000, 255 ff. (Renovation an einem Hotel im Eigentum einer Gemeinde).

ist zulässig, soweit dadurch die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben nicht beeinträchtigt wird⁸². Soweit privatwirtschaftliche Tätigkeiten nicht auf eine ausserordentliche Nutzung von Verwaltungssachen angewiesen sind, steht nicht der Marktzugang auf dem Spiel. Mögliche Beispiele sind die Vermietung von Hörsälen in Universitätsgebäuden an private Veranstalter oder die Bereitstellung der Aussenflächen von Verkehrsbussen für das Anbringen von Werbetexten. In solchen Fällen besitzt das Gemeinwesen kein faktisches Monopol⁸³, weshalb Art. 2 Abs. 7 BGBM keine Anwendung findet. Wie die Bereitstellung von Sachen im Finanzvermögen zur exklusiven Nutzung (Rz. 55) kann aber auch die Überlassung von Verwaltungssachen zur ausserordentlichen Nutzung aufgrund der damit verbundenen Wettbewerbsvorteile eine Ausschlusswirkung entfalten. Zu denken ist etwa an die Vermietung von Parkplätzen, die zum Verwaltungsvermögen eines öffentlichen Flughafens gehören, an private Anbieter von Autopark-Dienstleistungen («Valet-Parking»). In solchen Fällen ist von einer faktischen Monopolstellung des Verwaltungsträgers auszugehen; entsprechend sollte die Übertragung des Rechts auf ausserordentliche Nutzung der Verwaltungssache der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen⁸⁴.

- 57 Falls kantonale oder kommunale Behörden eine Sondernutzungskonzession vergeben, haben sie somit die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zu beachten. Eine andere Frage ist, inwieweit die Kantone und Gemeinden frei sind, für die Vergabe von Rechten auf Sondernutzung öffentlicher Sachen anstelle einer Konzession auch **andere verwaltungsrechtliche Instrumente** wie namentlich eine Bewilligung oder einen verwaltungsrechtlichen Vertrag vorzusehen. Gemäss Bundesgericht sind die Kantone in der Wahl des verwaltungsrechtlichen Instrumentariums im Prinzip frei, soweit die Vergabe mittels Konzession nicht durch das übergeordnete Recht vorgeschrieben ist⁸⁵. Zugleich betont das Bundesgericht aber, dass die verwendete Bezeichnung des Vergabeinstruments mit Blick auf die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht entscheidend ist⁸⁶.
- 58 In einem **Urteil von 2018 zur Nutzung von Geothermie** kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Kanton für ein Pilotprojekt im Bereich der Tiefengeothermie ein Bewilligungsregime vorsehen durfte und die Vergabe des Untergrunds für die entsprechende Nutzung nicht der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstand⁸⁷. Ausschlaggebend für dieses Ergebnis war aber letztlich nicht der Umstand, dass der Kanton ein Bewilligungsregime kannte, sondern andere Gründe. Zum einen brachte das Bundesgericht vor, dass kein öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts gegeben sei und mit dem Recht auf Nutzung von Geothermie im Rahmen eines Pilotprojekts keine öffentliche Aufgabe übertragen werde⁸⁸. Dieses Argument kann jedoch nicht massgebend sind, verlangt doch Art. 2 Abs. 7 BGBM weder das Vorliegen

⁸² BGE 127 I 84 E. 4b S. 89; BVGer, B-4786/2020 vom 21. September 2021, E. 1.4.3.1.

⁸³ BGE 127 I 84 E. 4b S. 89.

⁸⁴ Vgl. BGE 143 I 37 E. 8.1 S. 47: Beachtung des Gebots der Gleichbehandlung der Konkurrenten (Art. 27 BV) im Zusammenhang mit der Ausübung von «Valet-Parking» auf dem Gelände des Internationalen Flughafens Genf (Verwaltungsvermögen).

⁸⁵ BGE 145 II 32 E. 3.1 S. 37.

⁸⁶ BGE 145 II 32 E. 4.1 S. 39. So bereits BGE 143 II 598 E. 4.1 S. 604 mit Verweis auf CR-POLTIER, LMI 2 VII Rz. 33.

⁸⁷ BGE 145 II 32 E. 4 S. 38 ff.

⁸⁸ BGE 145 II 32 E. 4.1 S. 39 f. und E. 4.2 S. 40.

einer öffentlichen Beschaffung noch die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe⁸⁹. Zum anderen bemerkte das Gericht, dass sich der Kanton darauf beschränkt habe, einem privaten Unternehmen auf dessen Antrag hin die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit zu gestatten, wobei es sich lediglich um ein punktuell Projekt an einem bestimmten Ort handelte⁹⁰. Dieses Argument könnte bedeuten, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um eine Sondernutzung im Sinne einer ausschliesslichen Nutzung einer öffentlichen Sache während einer längeren Dauer (Rz. 14) handelte, sondern um eine weniger intensive Nutzung im Sinne eines gesteigerten Gemeingebrauchs. Allerdings fehlt es im Urteil an einer Qualifikation der Nutzung als gesteigerter Gemeingebrauch.

- 59 Naheliegender ist die Annahme, dass das Bundesgericht der Auffassung der Vorinstanz folgte, wonach Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht auf Projekte anwendbar ist, die auf unternehmerische **Eigeninitiative** zurückgehen⁹¹. Im konkreten Fall wurde das Pilotprojekt für die Nutzung von Geothermie am fraglichen Ort von einem privaten Unternehmen initiiert und ausgearbeitet. Wenn die Initiative für die Nutzung der öffentlichen Sache von einem privaten Unternehmen ausgeht und dieses entsprechende Vorinvestitionen tätigt, kann dies durchaus eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM begründen⁹². Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Gemeinwesen aufgrund seiner Herrschaft über öffentliche Sachen in Bezug auf wirtschaftliche Tätigkeiten, die auf die Nutzung dieser Sache angewiesen sind, ein faktisches Monopol innehat. Entsprechend hätte im Urteil von 2018 zur Nutzung von Geothermie Art. 2 Abs. 7 BGBM für anwendbar erachtet und der Verzicht auf Ausschreibung auf die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 3 BGBM abgestützt werden sollen. Insgesamt kann dieses Urteil daher nicht im Sinne einer Änderung der Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Übertragung der Nutzung faktischer Monopole verstanden werden⁹³.

c. Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch

- 60 Die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch ist **in der Lehre umstritten** (zum Begriff des gesteigerten Gemeingebrauchs Rz. 14)⁹⁴. Bejaht

⁸⁹ DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 82.

⁹⁰ BGE 145 II 32 E. 4.2 S. 40.

⁹¹ Zu diesem Argument der Vorinstanz BGE 145 II 32 E. 4 S. 38 f.: « la cour cantonale (selon laquelle l'art. 2 al. 7 LMI ne s'appliquerait pas aux projets relevant de l'initiative personnelle) ».

⁹² Dies war auch einer der Gründe für den Bundesgesetzgeber, in den Bereichen der Wassernutzungs- und Stromnetzkonzessionen eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht zu statuieren (vgl. Parlamentarische Initiative «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze», Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 21. Februar 2011, BBl 2011 2901, 2909).

⁹³ Vgl. die kritischen Bemerkungen zu BGE 145 II 32 von ANDREAS ABEGG/LEONIE DÖRIG/GORAN SEFEROVIC, URP 2019 420, S. 437 f.

⁹⁴ Für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM: RÜTSCHÉ/DIEBOLD, Geschlossene Märkte, S. 105 f.; DIEBOLD, Ausschreibung, S. 245; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 83; implizit auch OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6 (Monopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM als geschlossener Markt).

Für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM: BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 817; ESSEIVA, Mise en concurrence, S. 203; REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, S. 588.

wurde die Unterstellung solcher Bewilligungen unter die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht in der kantonalen Gerichtspraxis⁹⁵ und der Verwaltungspraxis der WEKO⁹⁶.

- 61 Bisher hat das **Bundesgericht** nicht explizit entschieden, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM neben der Vergabe von Sondernutzungskonzessionen auch die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch erfasst. Einzelne Urteile scheinen darauf hinzudeuten, dass das Bundesgericht von einer Nichtunterstellung solcher Bewilligungen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgeht. In diese Richtung könnte das erwähnte Urteil von 2018 zur Nutzung von Geothermie interpretiert werden (Rz. 58). Ein möglicher Anhaltspunkt ist auch die folgende Bemerkung des Bundesgerichts in einem Urteil von 2017 zur Zuteilung von Taxistandplätzen: Wenn die Übertragung eines Nutzungsrechts die Nutzung des öffentlichen Grundes betrifft, ist die Intensität der Nutzung ausschlaggebend dafür, ob es sich um eine Bewilligung (gesteigerte Nutzung) oder um die Erteilung einer Konzession (ausschliessliche Nutzung) handelt, die zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM führt⁹⁷. E contrario könnte daraus geschlossen werden, dass eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch nicht zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM führt.
- 62 Fraglich ist, ob sich aus der Unterstellung von faktischen Monopolen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM folgern lässt, dass auch die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch von dieser Bestimmung erfasst ist. Der **Begriff des faktischen Monopols** wird in Lehre⁹⁸ und Rechtsprechung⁹⁹ in der Regel im Zusammenhang mit der Sondernutzung öffentlicher Sachen – nicht aber mit dem gesteigerten Gemeingebrauch – verwendet. Das Bundesgericht hat indessen den Begriff des faktischen Monopols offen definiert. Demnach «besteht ein faktisches Monopol, wenn das Gemeinwesen kraft seiner Herrschaft über den öffentlichen Grund Private von einer ihnen an sich nicht verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst»¹⁰⁰. Ist eine wirtschaftliche Tätigkeit wie etwa der Betrieb von Standplätzen auf Wochenmärkten, das Taxi- oder das Zirkusgewerbe auf die gesteigerte Nutzung öffentlicher Sachen angewiesen, übt das Gemeinwesen – in Anwendung der bundesgerichtlichen Definition – kraft seiner Herrschaft über den öffentlichen Grund ein faktisches Monopol aus.
- 63 Unabhängig vom Verständnis des Begriffs «faktisches Monopol» legt der **Zweck der Ausschreibungspflicht** von Art. 2 Abs. 7 BGBM nahe, die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch dieser Bestimmung zu unterstellen: Die Ausschreibung ist ein prozedurales Instrument, um Personen für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten (diskriminierungsfreien) Zugang zum Markt zu gewähr-

⁹⁵ Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 21. Juli 2014, RPW 2014/3 650, E. 3.5 betreffend Vergabe von Bewilligungen für den Betrieb von Marroniständen.

⁹⁶ WEKO-Empfehlung, usage du sous-sol, Rz. 4; WEKO-Empfehlung, Taxi Genf, Rz. 31.

⁹⁷ BGE 143 II 598 E. 4.1.1 S. 605: «Lorsque le transfert d'un droit d'exploitation concerne l'usage du domaine public, c'est l'intensité de l'usage qui permet de déterminer si l'on a affaire à une autorisation (usage accru) ou à la délivrance d'une concession (usage privatif) conduisant à l'application de l'art. 2 al. 7 LMI.»

⁹⁸ Vgl. MOSER, Der öffentliche Grund, S. 282 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2696 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1244.

⁹⁹ Vgl. BGE 143 II 598 E. 4.1.1 S. 605; 145 II 252 E. 5.1 S. 256; 145 II 303 E. 6.1.2 S. 308.

¹⁰⁰ BGE 128 I 3 E. 3b S. 11.

leisten (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Mit Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit entscheidet das Gemeinwesen über den Marktzugang. Da dieser Zugang aufgrund der fehlenden Gemeinverträglichkeit des gesteigerten Gemeingebrauchs auf eine bestimmte Anzahl von Anbietern begrenzt ist, ist der entsprechende Markt geschlossen (Rz. 13 ff.). Insoweit sind die Wettbewerbsverhältnisse bei gesteigertem Gemeingebrauch dieselben wie bei der Sondernutzung von öffentlichen Sachen sowie der Nutzung von rechtlichen Monopolen¹⁰¹. Die teleologische Auslegung spricht somit für eine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch.

- 64 Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch ergibt sich auch aus einer **verfassungskonformen Auslegung** dieser Bestimmung. Aus der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 und 94 BV folgt, dass der Staat direkte Konkurrenten gleich zu behandeln hat, wenn er öffentlichen Grund zur wirtschaftlichen Nutzung vergibt und dafür Bewilligungen erteilt. Das Gemeinwesen muss das Bewilligungsverfahren so ausgestalten, dass möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden¹⁰². In prozeduraler Hinsicht bedeutet dies gemäss Bundesgericht, dass der Staat Rechte auf gesteigerte Nutzung öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken in einem offenen Verfahren vergeben muss¹⁰³. Offene Vergabeverfahren im verfassungsrechtlichen Sinn ermöglichen allen Interessenten, sich um den Zuschlag – etwa die Erteilung der Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch – zu bewerben. Die Offenheit des Verfahrens zeigt sich darin, dass jedermann ein Bewilligungsgesuch stellen kann und die Behörde verpflichtet ist, jedes eingereichte Gesuch zu prüfen und darüber zu entscheiden. Sofern das Gemeinwesen aus eigener Initiative eine öffentliche Sache in bestimmtem Umfang für eine gesteigerte Nutzung zu wirtschaftlichen Zwecken vergibt und mehrere potenzielle Anbieter in Frage kommen, kann den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein offenes Verfahren nur in Gestalt einer Ausschreibung nachgekommen werden. Mit Blick darauf, dass das BGBM zum Zweck hat, die Wirtschaftsfreiheit im Binnenmarkt zu verwirklichen¹⁰⁴, muss in diesen Fällen Art. 2 Abs. 7 BGBM zur Anwendung kommen. Dies bedeutet insbesondere, dass der Zuschlag in Form einer anfechtbaren Verfügung nach Art. 9 Abs. 1 BGBM zu erlassen ist und der WEKO ein Beschwerderecht nach Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM zukommt (Rz. 43).
- 65 **Gegen die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM** auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch hat in der Lehre insbesondere MARTIN BEYELER die folgenden Argumente vorgebracht: Der Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch fehle es an hinreichender Exklusivwirkung gegenüber allfälligen Konkurrenten, zumal sie «meist lokal sehr begrenzter und überdies auch vorübergehender Natur» sei. Eine Ausschreibung gesteigerten Gemeingebrauchs wäre auch deshalb sinnwidrig, «da gesteigerter Gemeingebrauch typischerweise allein der Initiative des

¹⁰¹ Vgl. DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 83; OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6.

¹⁰² BGE 128 I 136 E. 4.1 S. 146.

¹⁰³ BGer, 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012, E. 4.2.

¹⁰⁴ Botschaft BGBM, S. 1283: «Die Handels- und Gewerbefreiheit bildet aber den inhaltlichen Ausgangspunkt des Binnenmarktgesetzes. Sein persönlicher wie auch sein sachlicher Geltungsbereich hält sich innerhalb dessen, was von der HGF erfasst wird.»; revBGBM, S. 490: «Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass mit dem Gesetz primär die Stärkung der Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsfreiheit verfolgt wird.»

privaten Nutzungsinteressenten entspringt und eine entsprechende Bewilligung grundsätzlich alle (allerdings nicht alle zur selben Zeit am selben Ort) erhalten können, welche die Voraussetzungen erfüllen». Ganz abgesehen davon könne in ihr keine eigentliche «Übertragung der Nutzung» eines Monopols im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM, sondern bloss eine (temporäre) «Überlassung» erblickt werden¹⁰⁵.

- 66 Diesen Argumenten lässt sich wiederum **entgegenhalten**, dass Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch durchaus eine derart starke Exklusivwirkung entfalten können, dass Konkurrenten ohne Bewilligung vom Marktzugang ausgeschlossen sind oder zumindest erhebliche Wettbewerbsnachteile erleiden. Die erwähnten Beispiele der Marktstandplätze, Standplätze für Taxis oder Zirkusstandplätze mögen dies belegen. Das Argument, dass gesteigerter Gemeingebrauch typischerweise auf die Eigeninitiative von privaten Interessenten zurückgeht, spricht nicht gegen die prinzipielle Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM. Vielmehr liesse sich in solchen Fällen allenfalls gestützt auf Art. 3 BGBM eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht begründen. Schliesslich kann die Semantik von Art. 2 Abs. 7 BGBM («Übertragung der Nutzung») nicht entscheidend sein, wenn der Zweck der Bestimmung sowie deren verfassungskonformen Auslegung eine Anwendung der Ausschreibungspflicht auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch aufdrängen (vgl. Rz. 57).
- 67 Insgesamt bestehen damit **rechtliche Unsicherheiten** hinsichtlich der Frage, ob Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt sind. Um die Frage definitiv zu klären, bedarf es entweder eines Grundsatzurteils durch das Bundesgericht oder einer expliziten Regelung durch den Gesetzgeber.

d. Kontingentbewilligungen

- 68 Mit Kontingentbewilligungen steuert das Gemeinwesen die Anzahl von Anbietern in einem Markt in Form von Höchstzahlen oder Bedürfnisklauseln. Wie Monopol- und Sondernutzungskonzessionen sowie Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch führen auch Kontingentbewilligungen bzw. wirtschaftspolitische Bewilligungen zu **geschlossenen Märkten** (Rz. 16 f.). Kontingentbewilligungen bergen daher die Gefahr, dass bei deren Erteilung ortsfremde Anbieter diskriminiert werden. Mit Blick auf den Zweck des BGBM, Erwerbstätigen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 BGBM), sollte daher die Vergabe von Kontingentbewilligungen durch kantonale und kommunale Behörden ebenfalls der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen¹⁰⁶.
- 69 Das **Bundesgericht** hat bisher die Frage, ob Kontingentbewilligungen nach Massgabe von Art. 2 Abs. 7 BGBM auszuschreiben sind, nicht thematisiert. Soweit ersichtlich gibt es dazu auch keine kantonale Rechtsprechung. Ob Kontingentbewilligungen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM subsumiert werden können, ist insofern in gleichem Masse unsicher wie die Frage, ob Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch dieser Bestimmung unterstehen (Rz. 67).

¹⁰⁵ Zum Ganzen BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 817 (einschliesslich Zitate).

¹⁰⁶ RÜTSCHÉ/DIEBOLD, Geschlossene Märkte, S. 105 f.; DIEBOLD, Ausschreibung, S. 244; DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 75, 79; implizit auch OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6 (Monopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM als geschlossener Markt).

e. Leistungsaufträge

- 70 Mit Leistungsaufträgen überträgt das Gemeinwesen öffentliche Aufgaben auf Dritte. Leistungsaufträge, mit denen marktfähige öffentlichen Aufgaben – und nicht um staatliche Vollzugsaufgaben mit hoheitlichem Charakter – delegiert werden, führen zu **geschlossenen Märkten**, wenn sie erstens mengenmässig begrenzt und zweitens mit derart gewichtigen Wettbewerbsvorteilen verbunden sind, dass eine Anbieterin ohne Leistungsauftrag nicht konkurrenzfähig ist. Solche Vorteile sind namentlich Abgeltungen (Subventionen) oder das Recht auf Abrechnung zulasten einer Sozialversicherung (zum Ganzen Rz. 18 f.).
- 71 Die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM greift dann, wenn eine kantonale oder kommunale Behörde die Nutzung eines rechtlichen oder faktischen Monopols im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf Private überträgt (Rz. 33 ff.). Dabei ist vorausgesetzt, dass die monopolisierte Tätigkeit eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 3 BGBM darstellt. Öffentliche Aufgaben sind nicht zwingend mit einer Monopolisierung verknüpft. Die Erteilung eines Leistungsauftrags kann aber **mit der Übertragung eines Monopolrechts verbunden** sein, namentlich mit der Verleihung einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession. Beispiele sind Leistungsaufträge im Bereich des öffentlichen Regionalverkehrs¹⁰⁷, des Betriebs von Stromnetzen¹⁰⁸ oder der Erbringung von monopolisierten Rettungsdienstleistungen¹⁰⁹. Ist die Übertragung des Monopolrechts selbst Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt, ist diese Bestimmung auch auf die Erteilung des mit der Ausübung des Monopolrechts verknüpften Leistungsauftrags anwendbar. Findet indessen auf eine solche Vergabe zugleich Art. 9 IVöB Anwendung (dazu Rz. 73 f.), ist diese Bestimmung anzuwenden, falls die beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte erfüllt sind (Rz. 42).
- 72 Abgesehen von solchen Fällen (Kombination von Leistungsaufträgen mit der Übertragung von Monopolrechten) ist **fraglich**, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM für die Erteilung von Leistungsaufträgen gilt. Wie im Zusammenhang mit der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen (Rz. 51) und Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch (Rz. 63) könnte argumentiert werden, dass die Vergabe von Leistungsaufträgen, die zu einer faktischen Marktschliessung führen, der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht unterstehen muss, um eine Diskriminierung von ortsfremden Anbietern zu verhindern¹¹⁰. Die Rechtsprechung hat dies jedoch bisher nicht anerkannt¹¹¹.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 4 PBG (Personenbeförderungsregal) und Art. 28 ff. PBG (bestelltes Verkehrsangebot).

¹⁰⁸ Vgl. Art. 3a StromVG (kantonale und kommunale Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz) und Art. 5 Abs. 1 StromVG (Leistungsaufträge an Netzbetreiber).

¹⁰⁹ WEKO, Jahresbericht 2012, RPW 2013/1 1, S. 14; WEKO, Empfehlungen vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz, RPW 2014/4 801, S. 806. POLEDNA/DO CANTO, Gesundheitswesen, Rz. 8.

¹¹⁰ DIEBOLD, S. 240; RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 89 f.: bei faktischer Marktschliessung durch Leistungsaufträge folgt eine Ausschreibungspflicht aus Art. 2 Abs. 7 BGBM sowie der Verfassung (Art. 27 und 94 sowie Art. 29 Abs. 2 BV).

¹¹¹ Vgl. immerhin BVGer, C-4154/2011 vom 5. Dezember 2013, E. 6.2.4: «Um eine willkürfreie, transparente und sachgerechte Auswahl zu gewährleisten, muss ein interessierter Leistungserbringer im Laufe des

- 73 Die Vergabe eines Leistungsauftrags untersteht als «Übertragung einer öffentlichen Aufgabe» der **besonderen beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht** gemäss Art. 9 IVöB, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse gegen Entgelt wahrnimmt (Rz. 40 f.). Die Voraussetzung des öffentlichen Interesses ist per se eingehalten, wenn dem Anbieter eine öffentliche Aufgabe übertragen wird¹¹². Das Kriterium der Entgeltlichkeit ist namentlich erfüllt, wenn der Anbieter Abgeltungen erhält, keine oder eine reduzierte Konzessionsgebühr bezahlen muss¹¹³, von Dritten Gebühren erheben darf oder ermächtigt wird, zulasten einer Sozialversicherung abzurechnen.
- 74 Nicht ohne Weiteres klar ist indessen, was die in Art. 9 IVöB statuierte Voraussetzung der **ausschliesslichen oder besonderen Rechte** bedeutet. Diese an das Europarecht angelehnte Formulierung¹¹⁴ kann im Kontext der Übertragung von öffentlichen Aufgaben unterschiedlich verstanden werden: In jedem Fall kommen einem Anbieter ausschliessliche oder besondere Rechte zu, wenn ihm zusammen mit dem Leistungsauftrag die Nutzung eines rechtlichen oder faktischen Monopols oder die Ausübung einer hoheitlichen Vollzugsaufgabe (Rz. 21) übertragen wird. Von der Verleihung «ausschliesslicher oder besonderer Rechte» kann möglicherweise aber auch dann gesprochen werden, wenn die mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe zugesprochenen Abgeltungen so bedeutend sind, dass die fragliche Tätigkeit ohne Leistungsauftrag faktisch nicht ausgeübt werden kann, d.h. wenn ein faktisch geschlossener Markt besteht (Rz. 19 f.). Denkbar ist darüber hinaus, dass die Zusprache von Abgeltungen an einen beschränkten Kreis von Anbieterinnen als solche als besonderes Recht interpretiert wird¹¹⁵.
- 75 In neueren Urteilen, die noch vor dem Inkrafttreten des totalrevidierten Beschaffungsrechts auf Bundesebene (BöB) und kantonaler Ebene (IVöB) ergingen, hat das Bundesgericht die Vergabe von Leistungsaufträgen unter den herkömmlichen **Begriff des öffentlichen Auftrags**, wie er nunmehr in Art. 8 IVöB definiert ist, subsumiert¹¹⁶.
- 76 Die Qualifikation der Vergabe von Leistungsaufträgen als öffentliche Aufträge im herkömmlichen Sinne wirft die Frage nach dem **Verhältnis von Art. 8 IVöB zu Art. 9 IVöB** auf, welcher die Übertragung öffentlicher Aufgaben durch kantonale und kommunale Behörden spezifisch regelt.

Zuteilungsverfahrens Gelegenheit haben, sich um die Zuteilung eines Leistungsauftrags zu bewerben und damit gehört zu werden.»

¹¹² MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 42.

¹¹³ So in BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58: Plakatanschlagskonzession mit reduzierter Konzessionsabgabe und Auftrag, Fahrräder zur Selbstaussleihe zur Verfügung zu stellen.

¹¹⁴ Vgl. Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

¹¹⁵ In diesem Sinne MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 39 f.; vgl. auch TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 14.

¹¹⁶ BGE 144 II 177 E. 1.3 S. 180 ff. betreffend einen Auftrag zum Betrieb des Veloverleihsystems; BGer, Urteil 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3 betreffend Leistungsauftrag für Spitex-Dienstleistungen. Sodann Entscheid der früheren Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) vom 3. September 1999, in: VPB 64.30, E. 1b/bb betreffend die Übertragung der Aufgabe der Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr auf einen Privaten. Vgl. auch BVer, Urteil B-2457/2020 vom 23. August 2021, E. 2.4.4.1.

In der Lehre ist dieses Verhältnis umstritten¹¹⁷. Unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs der speziellen vor der allgemeinen Regel sollte Art. 9 IVöB – und nicht Art. 8 IVöB – Anwendung finden, wenn es um die Übertragung öffentlicher Aufgaben geht. Diese Auslegung erscheint auch mit Blick auf die Rechtsfolgen der beiden Bestimmungen sinnvoll: Während öffentliche Aufträge gemäss Art. 8 IVöB international ausgeschrieben werden müssen, soweit sie im Staatsvertragsbereich liegen, liegen Vergaben nach Art. 9 IVöB stets ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, so dass eine Ausschreibung auf nationaler Ebene ausreicht¹¹⁸. Dies lässt sich damit begründen, dass der Staat im Rahmen klassischer Beschaffungen rein privatwirtschaftliche Angebote wie z.B. den Bau von Strassen oder Informatikdienstleistungen nachfragt. Der Anbieter ist dabei nicht selbst für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verantwortlich, sondern übt für den Verwaltungsträger lediglich eine administrative Hilfstätigkeit¹¹⁹ aus. Demgegenüber wird das Unternehmen, dem eine öffentliche Aufgabe delegiert wird, selbst zum Verwaltungsträger, der für die rechtmässige Erfüllung der öffentlichen Aufgabe eigene Verantwortung trägt¹²⁰. Angesichts dieser Verantwortlichkeit und der entsprechenden «Staatsnähe» des beauftragten Anbieters ist es nachvollziehbar, dass das Gemeinwesen nicht gesetzlich verpflichtet werden soll, die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Dritte international auszuschreiben¹²¹.

- 77 Insgesamt ist somit noch nicht geklärt, ob die Vergabe von Leistungsaufträgen, die nicht mit der Übertragung eines rechtlichen oder faktischen Monopols verbunden sind, der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen (Rz. 71). Ebenso ist fraglich, inwieweit sich in solchen Fällen aus Art. 9 IVöB eine Ausschreibungspflicht ableiten lässt (Rz. 73 f.). Umstritten ist auch, in welchem Verhältnis Art. 9 IVöB zum Begriff des öffentlichen Auftrags nach Art. 8 IVöB steht (Rz. 76). Soweit der Gesetzgeber für ein bestimmtes Gebiet keine Spezialregelung vorgesehen hat, bestehen gegenwärtig somit **erhebliche Unsicherheiten** bezüglich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vergabe von Leistungsaufträgen öffentlich auszuschreiben ist.

¹¹⁷ Für den Vorrang von Art. 9 IVöB: MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 50; TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 3; POLTIER, énigmes, S. 147 ff.; vgl. auch FETZ/STEINER, Beschaffungsrecht, Rz. 74, Fn. 226. Für den Vorrang von Art. 8 IVöB: DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 99.

¹¹⁸ TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 2; POLTIER, énigmes, S. 148.

¹¹⁹ Zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 388, 1384 f.; TSCHANEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 71.

¹²⁰ Eingehend zur Unterscheidung zwischen administrativer Hilfstätigkeit («auxiliaires») und der Übertragung öffentlicher Aufgaben («délégation de tâches publiques») POLTIER, délimitation, Rz. 33 ff. Sodann MÜLLER, Handkommentar, Art. 9 Rz. 9 ff., 21, 33; TRÜEB/CLAUSEN, OFK/Wettbewerbsrecht II, BöB, Art. 9 Rz. 8.

¹²¹ Auch aus der Botschaft zum totalrevidierten BöB (Botschaft revBöB, S. 1902) geht hervor, dass die Unterscheidung zwischen blosser administrativer Hilfstätigkeit und der Übertragung weitergehender Befugnisse entscheidend ist für die Abgrenzung zwischen Art. 8 und Art. 9 BöB (deren Formulierung derjenigen von Art. 8 und 9 IVöB entspricht).

f. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen

- 78 Schliesslich können **geschlossene Märkte** auf sozialversicherungsrechtliche Zulassungen zurückzuführen sein, falls diese mengenmässig beschränkt und die Anbieter auf sie angewiesen sind, um konkurrenzfähig zu sein (Rz. 22 f.). Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen können mit einem Leistungsauftrag verknüpft sein, wie dies beispielsweise im Spitalbereich der Fall ist (Rz. 20). Diesbezüglich ist für die Frage, ob die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM anwendbar ist, auf die vorstehenden Ausführungen zu den Leistungsaufträgen zu verweisen (Rz. 70 ff.).
- 79 Das **Bundesgericht** hatte in einem Urteil von 2020 über die Zulassung eines Helikopterunternehmens zur Ausführung von Rettungsflügen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Wallis zu entscheiden. Dabei stellt das Bundesgericht fest, dass nach kantonalem Recht eine Ausschreibungspflicht gegeben sei, welche den Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM genügen würde. Die Frage, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM Anwendung finden würde, bauche daher nicht geprüft zu werden¹²².
- 80 Abgesehen von diesem Urteil ist die Unterstellung von sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen als solchen unter Art. 2 Abs. 7 BGBM in der Rechtsprechung bisher soweit ersichtlich **nicht thematisiert** worden. Wie im Zusammenhang mit der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen (Rz. 51), Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch (Rz. 60) und Leistungsaufträgen (Rz. 72) liesse sich mit Blick auf den Zweck des BGBM begründen, dass die Vergabe von Leistungsaufträgen, die zu einer faktischen Marktschliessung führen, der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht unterstehen sollte, um eine Diskriminierung von ortsfremden Anbietern zu verhindern¹²³.

IV. Schlussfolgerungen

1. Unsicherheiten und Lücken

- 81 Wie die vorstehende Analyse gezeigt hat, bestehen mangels einschlägiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie aufgrund unterschiedlicher Lehrmeinungen insbesondere in folgenden Konstellationen rechtliche **Unsicherheiten**, ob kantonale und kommunale Behörden Rechte auf Zugang zu geschlossenen Märkten gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM oder Art. 9 IVöB öffentlich auszuschreiben haben:

¹²² BGer, 2C_697/2019 vom 21. August 2020, E. 2.2.

¹²³ Ebenso ZOLLINGER, Ausschreibungspflicht, S. 392 (in Bezug auf BGer, 2C_697/2019 vom 21. August 2020 betreffend Helikopterrettungsdienste im Kanton Wallis). Sodann implizit DIEBOLD, Verwirklichung, Rz. 75; OESCH/RENFER, OFK/Wettbewerbsrecht II, BGBM, Art. 2 Rz. 6 (Monopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM als geschlossener Markt).

- **Monopolkonzessionen:** Mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 9 IVöB ist unsicher, ob diese Bestimmung auf die Vergabe von Monopolkonzessionen bzw. Konzessionen des öffentlichen Dienstes anwendbar ist, deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt, ohne dass mit ihnen eine öffentliche Aufgabe übertragen wird (Rz. 49 f.). Solche Vergaben sind jedoch Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt (Rz. 48). Insofern sind der gleichberechtigte Zugang zu geschlossenen Märkten sowie der entsprechende Rechtsschutz gewährleistet.
 - **Sondernutzungskonzessionen:** Mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 9 IVöB ist unsicher, ob diese Bestimmung auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist, deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt, ohne dass mit ihnen eine öffentliche Aufgabe übertragen wird (Rz. 53). Solche Vergaben sind jedoch in jedem Fall Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstellt (Rz. 51). Insofern sind der gleichberechtigte Zugang zu geschlossenen Märkten sowie der entsprechende Rechtsschutz gewährleistet.
 - **Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch:** Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden (Rz. 60 ff.). Immerhin hat das Bundesgericht anerkannt, dass das Gemeinwesen zur Gewährleistung der Gleichbehandlung der Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Art. 27 und Art. 94 BV) Rechte auf gesteigerte Nutzung öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken in einem offenen Verfahren vergeben muss (Rz. 64).
 - **Kontingentbewilligungen:** Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von Kontingentbewilligungen bzw. wirtschaftspolitischen Bewilligungen ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden (Rz. 69).
 - **Leistungsaufträge:** Ist die Vergabe eines Leistungsauftrags mit der Übertragung eines rechtlichen oder faktischen Monopols verbunden, untersteht sie sowohl Art. 2 Abs. 7 BGBM als auch Art. 9 IVöB (Rz. 71). In den übrigen Fällen ist mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 9 IVöB unsicher, inwieweit sich für die Vergabe von Leistungsaufträgen eine Ausschreibungspflicht ergibt (Rz. 72 ff.).
 - **Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen:** Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden (Rz. 81 f.).
- 82 Das Postulat 19.4379 der WAK-S vom 18. Oktober 2019 und die Motion 15.3399 von Andrea Caroni Andrea vom 5. Mai 2015 haben die Verwirklichung eines fairen Verfahrens beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone zum Gegenstand. Die Motion verlangte insbesondere, dass «die Ausschreibungspflicht auch bei der Vergabe von Nutzungsrechten für beschränkt verfügbare öffentliche Sachen und von Leistungsaufträgen gilt» (Rz. 1). Ob das geltende Binnenmarkt- und Beschaffungsrecht **Lücken** aufweist, ist mit Blick auf diese Zielsetzungen zu beurteilen.
- 83 Aufgrund der vorstehenden Analyse ist festzuhalten, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM im Zusammenspiel mit Art. 9 IVöB den erforderlichen **Auslegungsspielraum** lässt, um die Vergabe aller Arten von Rechten, die einen Zugang zu geschlossenen Märkten vermitteln, der Ausschreibungspflicht zu unterstellen. In Bezug auf gewisse Rechte (Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch,

Kontingentbewilligungen, Leistungsaufträge ohne Monopolrechte und sozialversicherungsrechtliche Zulassungen) hat zwar die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Ausschreibungspflicht aufgrund von Art. 2 Abs. 7 BGBM oder Art. 9 IVöB bisher nicht bestätigt. Umgekehrt hat das Bundesgericht eine solche Ausschreibungspflicht aber auch nicht verneint. Insofern kann im gegenwärtigen Zeitpunkt gemessen am Ziel, ein faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone zu verwirklichen, lediglich von Unsicherheiten – nicht aber von eigentlichen gesetzlichen Lücken gesprochen werden.

2. Gesetzlicher Anpassungsbedarf?

- 84 Die im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM oder Art. 9 IVöB bestehenden rechtlichen Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, ob die Vergabe von Rechten auf Zugang zu geschlossenen Märkten öffentlich auszuschreiben ist, könnte auf zwei Arten beseitigt werden: entweder durch die höchstrichterliche Judikatur des Bundesgerichts oder durch eine Präzisierung der gesetzlichen Grundlagen selbst. Eine **Präzisierung der gesetzlichen Grundlagen** müsste durch den Bundesgesetzgeber (Art. 2 Abs. 7 BGBM) und allenfalls auch durch die Kantone (Art. 9 IVöB¹²⁴) erfolgen.
- 85 Auch wenn sich Art. 2 Abs. 7 BGBM und Art. 9 IVöB präziser formulieren liessen, ist deren Revision im gegenwärtigen Zeitpunkt nach hier vertretener Auffassung **nicht angezeigt**. Zum einen hat das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung Art. 2 Abs. 7 BGBM mit Blick auf den Zweck des BGBM, allen Anbietern auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt zu gewährleisten, weit ausgelegt und auch die Vergabe von Rechten auf Nutzung faktischer Monopole unter diese Bestimmung subsumiert (Rz. 51). Eine konsequente Fortführung dieser Praxis würde bedeuten, dass jede Vergabe von Rechten auf Zugang zu (rechtlich oder faktisch) geschlossenen Märkten von der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht erfasst sein müsste. Zum anderen ist die IVöB erst seit kurzem in Kraft getreten und von vielen Kantonen noch gar nicht ratifiziert worden¹²⁵. Daher bleibt zuerst abzuwarten, wie sich die Gerichtspraxis zu Art. 9 IVöB entwickelt. Erst wenn sich eine solche Praxis herausgebildet und gefestigt hat, lässt sich beurteilen, ob gesetzgeberischer Anpassungsbedarf besteht.

¹²⁴ Aufgrund der parallelen Ausgestaltung von IVöB und BöB wäre bei einer Anpassung der IVöB auch eine solche des BöB (durch den Bundesgesetzgeber) in Betracht zu ziehen.

¹²⁵ Bisher ist die IVöB 2019 von folgenden Kantonen ratifiziert worden (Stand 1. Januar 2023): LU, SZ, FR, SO, SH, AI, GR, AG, TG, VD; der Kanton Bern wendet die IVöB 2019 als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

V. Executive Summary

Deutsch

Geschlossene Märkte charakterisieren sich dadurch, dass der Zugang zu ihnen einer beschränkten Anzahl an Anbietern vorbehalten ist. Mit dem Instrument der öffentlichen Ausschreibung können Kantone und Gemeinden gewährleisten, dass mengenmässig beschränkte Rechte auf Zugang zu geschlossenen Märkten auf faire Weise vergeben werden. Rechte auf Zugang zu geschlossenen Märkten werden namentlich in Form von Monopol- und Sondernutzungskonzessionen, Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch, Kontingentbewilligungen sowie, unter gewissen Voraussetzungen, in Form von Leistungsaufträgen und sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen erteilt. Abgesehen von der Vergabe von Konzessionen bestehen gewisse rechtliche Unsicherheiten, inwieweit kantonale und kommunale Behörden aufgrund von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM) oder Art. 9 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) verpflichtet sind, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Diese Bestimmungen lassen indessen genügend Auslegungsspielraum, um die Vergabe aller Arten von Rechten, die einen Zugang zu geschlossenen Märkten vermitteln, der Ausschreibungspflicht zu unterstellen. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichts in diese Richtung gehen wird. Eine Anpassung der gesetzlichen Grundlagen selbst erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht angezeigt.

Français

Les marchés fermés se caractérisent par le fait que l'accès à ces marchés est réservé à un nombre limité de fournisseurs. Grâce à l'instrument de l'appel d'offres public, les cantons et les communes peuvent garantir que les droits d'accès aux marchés fermés, limités en quantité, sont attribués de manière équitable. Les droits d'accès aux marchés fermés sont notamment octroyés sous forme de concessions de monopole, des concessions pour l'exploitation exclusive et d'autorisations d'usage accru du domaine public, d'autorisations contingentées et, sous certaines conditions, sous forme de mandats de prestations et d'admissions relevant du droit des assurances sociales. Hormis l'attribution de concessions, il existe certaines incertitudes juridiques quant à l'obligation des autorités cantonales et communales de procéder à un appel d'offres public en vertu de l'art. 2 al. 7 de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) ou de l'art. 9 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Ces dispositions laissent toutefois une marge d'interprétation suffisante pour soumettre à l'obligation d'appel d'offres l'octroi de tous les types de droits donnant accès à des marchés fermés. Il reste à voir si la jurisprudence du Tribunal fédéral ira dans ce sens. Une adaptation des bases légales ne semble pas indiquée à l'heure actuelle.

Italiano

I mercati chiusi sono caratterizzati dal fatto che l'accesso ad essi è riservato a un numero limitato di fornitori. Con lo strumento del concorso pubblico, i Cantoni e i Comuni possono garantire che i diritti di accesso ai mercati chiusi, limitati in termini di quantità, siano assegnati in modo equo. I diritti di accesso ai mercati chiusi sono concessi sotto forma di concessioni di monopolio, concessioni di uso esclusivo e autorizzazioni di uso aumentato del dominio pubblico, contingenti e, a determinate condizioni, sotto forma di mandati di prestazione e ammissioni nel campo del diritto della sicurezza sociale. Oltre all'aggiudicazione delle concessioni, sussistono alcune incertezze giuridiche in merito all'obbligo per le autorità cantonali e comunali di effettuare un concorso pubblico sulla base dell'art. 2 cpv. 7 della Legge federale sul mercato interno (LMI) o dell'art. 9 del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP). Tuttavia, queste disposizioni lasciano un margine di interpretazione sufficiente per assoggettare all'obbligo di concorso pubblico l'attribuzione di tutti i tipi di diritti che danno accesso a mercati chiusi. Resta da vedere se la giurisprudenza del Tribunale federale andrà in questa direzione. Un adeguamento delle basi giuridiche stesse non sembra essere indicato al momento.

English

Closed markets are characterised by the fact that access to them is reserved for a limited number of providers. With the instrument of public invitation to tender, cantons and communes can ensure that rights of access to closed markets, which are limited in terms of quantity, are awarded in a fair manner. Rights of access to closed markets are granted in the form of monopoly licences, licences for exclusive and increased use of public domain, quota licences and, under certain conditions, in the form of public service mandates and admissions under social insurance law. Apart from the assignment of concessions, there is some legal uncertainty as to what extent cantonal and communal authorities are obliged to issue a public invitation to tender on the basis of Art. 2 para. 7 of the Federal Law on the Internal Market or Art. 9 of the Intercantonal Agreement on Public Procurement. However, these provisions leave sufficient room for interpretation to make the assignment of all types of rights that provide access to closed markets subject to the tendering requirement. It remains to be seen whether the case law of the Federal Supreme Court will go in this direction. An adjustment of the legal bases themselves does not appear to be appropriate at the present time.

VI. Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
ABI	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABI EU C 83 vom 30. März 2010, 1
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
BBi	Schweizerisches Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGS	Bundesgesetz vom 29. September 2017 über Geldspiele (Geldspielgesetz, SR 935.51)
BöB	Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BRK	Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
E.	Erwägung
éd.	édition
éds.	éditeurs
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
GR	Graubünden
InöB	Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen
i.V.m.	in Verbindung mit

IVöB	Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251).
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
lit.	litera (Buchstabe)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
PBG	Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, SR 745.1)
PG	Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (SR 783.0)
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes (des Kantons Graubünden)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rz.	Randziffer
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
S	Ständerat
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StromVG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, SR 734.7)
URP	Umweltrecht in der Praxis
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	Vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WEKO	Wettbewerbskommission
WRG	Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz; SR 721.80)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

VII. Literatur- und Materialienverzeichnis

- BELLANGER FRANÇOIS, Marchés publics et concessions?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 167 ff. (zit. Marchés publics).
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012 (zit. Geltungsanspruch).
- BEYELER MARTIN, L'État et les acteurs privés / Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen, in: Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (Hrsg.), Le droit public en mouvement Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Zürich 2020, 467 ff. (zit. Sondernutzung).
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBI 1995 I 1213 (zit. Botschaft BGBM).
- Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465 (zit. Botschaft revBGBM).
- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBI 2017 1851 (zit. Botschaft revBöB).
- DIEBOLD NICOLAS, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2014 I 219 (zit. Ausschreibung).
- DIEBOLD NICOLAS, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 2015 209 (zit. Eingriffsdogmatik).
- DIEBOLD NICOLAS, Freizügigkeit im Mehrebenensystem: eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Zürich/Baden-Baden 2016 (zit. Freizügigkeit).
- DIEBOLD NICOLAS, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 465 ff. (zit. Verwirklichung).
- DIEBOLD NICOLAS/MAGNIN JOSIANNE, Wettbewerbsrechtliche Disziplinierung des Staats als Marktteilnehmer, ZSR 2021 I 205 (zit. Wettbewerbsrechtliche Disziplinierung).
- ESSEIVA DENIS, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006 203 (zit. Mise en concurrence).
- FETZ MARCO/STEINER MARC, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 537 ff. (zit. Beschaffungsrecht).
- GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit. Praxis).

- GAMMENTHALER NINA, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, Jusletter vom 26. September 2011 (zit. Auslegung).
- GISELA OLIVER, Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes, URP 2014 382 (zit. Mustergesetz).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Allgemeines Verwaltungsrecht).
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.
- KUNZ DANIEL, Die Konzessionserteilung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, S. 27 ff. (zit. Konzessionserteilung).
- LUDIN MARTIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre. Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz, Zürich/Baden-Baden 2019.
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (éds.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2e éd., Basel 2013 (zit. CR-Verfasser/in).
- MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Bern 2011 (zit. Der öffentliche Grund).
- Musterbotschaft des InöB zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 (zit. Musterbotschaft revIVöB).
- OESCH MATTHIAS, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012 377 (zit. Binnenmarktgesetz).
- OESCH MATTHIAS/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. Verfasser/in, OFK/Wettbewerbsrecht II, Gesetz).
- POLTIER ETIENNE, Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours, Jusletter 18. Mai 2015 (zit. délimitation).
- POLTIER ETIENNE, Deux énigmes autour de la notion de marché public: analyse des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019 (zit. énigmes).
- POLTIER ETIENNE, Marchés publics, délégations de tâches publics et concession, BR 2020 11 (zit. Marchés publics).
- RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, Netzgebietzuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung – Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, AJP 2007 1288 (zit. Konzessionsverträge).
- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zürich 2011 (zit. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit).

- RENFER STEFAN, Ausschreibung einer Konzession für den Plakataushang, Jusletter 22. Januar 2018 (zit. Ausschreibung).
- REY ALEXANDER/WITTEWEN BENJAMIN, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsrechts, AJP 2007 585 (zit. Ausschreibungspflicht).
- RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, Geschlossene Märkte (Kap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Kap. 6), in: Rutz Samuel/Schmid Lukas (Hrsg.), Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, Avenir Suisse 2014, S. 83 ff. (zit. Geschlossene Märkte).
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 2/2016 71 ff. (zit. Leistungsaufträge).
- TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 2011 113 (zit. Verteilnetzbetreiber).
- TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020 (zit. Verfasser/in, Handkommentar).
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zit. Allgemeines Verwaltungsrecht).
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006 (zit. Wirtschaftsfreiheit).
- WEKO, Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffen Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den CKW AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2 345 (zit. WEKO-Gutachten, Verteilnetzkonzessionen).
- WEKO, Gutachten vom 28. Juni 2010 betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353 (zit. WEKO-Gutachten, Wasserrechtskonzessionen).
- WEKO, Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone BE, BS, BL sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2 438 (zit. WEKO-Empfehlung, ortsfremde Taxidienste).
- WEKO, Empfehlung zum Gesetz des Kantons St. Gallen über die Nutzung des Untergrunds, RPW 2015/3 546 (zit. WEKO-Empfehlung, Nutzung des Untergrunds).
- WEKO, Recommendation du 19 octobre 2015 concernant l'avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol du canton de Fribourg, RPW 2015/3 548 (zit. WEKO-Empfehlung, usage du sous-sol).
- WEKO, Recommendation concernant le projet de Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur du canton de Genève, RPW 2016/2 565 (zit. WEKO-Empfehlung, Taxi Genf).

- WEKO, Empfehlung vom 27. Mai 2019 im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BGBM betreffend binnenmarktrechtskonformer Vollzug des Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe (zit. WEKO-Empfehlung Gesundheitsberufe).
- WIEDERKEHR RENÉ/ABEGG ANDREAS, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, ZBI 2014 639 (zit. Geothermie).
- ZOLLINGER MARCO, Die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht: ein Streifzug durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes, AJP 2021 386 (zit. Ausschreibungspflicht).
- ZWALD THOMAS, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 2010/3 28 (zit. Ausschreibung).
- ZWALD THOMAS, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler/Inge Hochreutener (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz – Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich 2008, S. 93 ff. (zit. Marktzugang).