

Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes

Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft

Prof. Dr. iur. Andreas Abegg, Rechtsanwalt, AA+K Abegg Anwälte
und Konsulenten sowie ZHAW School of Management and Law

Dr. oec. publ. Andreas Hefti, ZHAW School of Management and Law und
Universität Zürich

Privatdozent Dr. iur. Goran Seferovic, Rechtsanwalt, AA+K Abegg Anwälte
und Konsulenten sowie ZHAW School of Management and Law

unter Mitarbeit von Julia Grünseis und Simone Schafroth, MLaw

15. Februar 2019

Inhaltsübersicht

Management Summary	1
Zusammenfassung	5
I. Postulat und Fragestellung	16
II. Begriffe und Erscheinungsformen geschlossener Märkte und deren Zugangsverfahren	21
III. Rechtliche Anforderungen an Zugangsverfahren zu geschlossenen Märkten	38
IV. Ökonomische Bewertung der Zugangsverfahren geschlossener Märkte	53
V. Beurteilung bestehender Zugangsverfahren geschlossener Märkte	65
VI. Schlussfolgerungen	112
VII. Empfehlungen und Abklärungsbedarf	115
Literaturverzeichnis	121
Materialienverzeichnis	127
Gesetzesverzeichnis	131
Anhang: Gesetzesbestimmungen der evaluierten Zugangsverfahren	

Inhaltsverzeichnis

Management Summary	1
Zusammenfassung	5
A. Auftrag	5
B. Begriffe und Erscheinungsformen geschlossener Märkte und deren Auswahlverfahren	5
C. Rechtliche Anforderungen an Zugangsverfahren zu geschlossenen Märkten	6
D. Ökonomische Bewertung der Auswahlverfahren bei geschlossenen Märkten	8
E. Beurteilung bestehender Zugangsverfahren geschlossener Märkte	10
I. Postulat und Fragestellung	16
A. Auftrag	16
B. Begründung des Postulats und Interpretation des Auftrags	16
1. Überblick	16
2. Wirtschaftliche Tätigkeiten, welche vom Bund geregelt werden	16
3. Beschränkung zugelassener Anbieter	17
4. Rechtskonformität, Effizienz und Fairness des Auswahlverfahrens	19
II. Begriffe und Erscheinungsformen geschlossener Märkte und deren Zugangsverfahren	21
A. Konzessionssysteme	21
1. Begriff und Arten von Konzessionen	21
2. Abgrenzung zur Beleihung	22
3. Konzessionssysteme auf Bundesebene	24
4. Eignungs- und Zuschlagskriterien	32
B. Leistungsaufträge und Abgeltungen	34
1. Begriffe	34
2. Vergabe von Leistungsaufträgen und Abgeltungen auf Bundesebene	35
III. Rechtliche Anforderungen an Zugangsverfahren zu geschlossenen Märkten	38
A. Anforderungen aus der schweizerischen Bundesverfassung	38

1.	Vorbemerkung zum Anwendungsgebot nach Art. 190 BV	38
2.	Beschränkte Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 und 94 Abs. 1 und 4 BV	38
3.	Anforderungen aus rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätzen	41
B.	Vorgaben aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht	43
1.	Geltendes Beschaffungsrecht auf Bundesebene	43
2.	Entwurf für eine Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017	45
C.	Vorgaben aus dem Kartellgesetz (KG)	49
D.	Rechtsschutz	51
IV.	Ökonomische Bewertung der Zugangsverfahren geschlossener Märkte	53
A.	Geschlossene Märkte	53
B.	Effiziente Allokationen	55
C.	Das Grundproblem der asymmetrischen Information	55
D.	Vergabemechanismen und deren Effekte	57
E.	Informationsasymmetrie, Abgeltung und das ökonomische Vertragsproblem	62
F.	Anreize zur Ausgestaltung der Ausschreibung	64
V.	Beurteilung bestehender Zugangsverfahren geschlossener Märkte	65
A.	Vorbemerkung und Übersicht	65
B.	Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen	69
1.	Wasserrechtskonzessionen	69
2.	Fernmeldewesen – Funkkonzessionen	71
3.	Brennereikonzessionen	74
4.	Spielbankenkonzession	76
5.	Luftfahrt – Streckenkonzessionen für den gewerbsmässigen Linienverkehr	78
6.	Bewilligung für Rohrleitungsanlagen	81
C.	Konzessionen des öffentlichen Dienstes	83
1.	Netzkonzessionen zur Stromversorgung	83
2.	Eisenbahninfrastrukturkonzessionen	87
3.	Fernmeldewesen – Grundversorgungskonzessionen	89

4.	Radio- und Fernsehprogrammkonzessionen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil	92
5.	Luftfahrt – Betriebskonzessionen für Flughäfen.....	95
6.	Personenbeförderungskonzessionen und Abgeltungen für die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des regionalen Personenverkehrs	98
D.	Leistungsaufträge mit Abgeltungen	102
1.	Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM).....	102
2.	Förderung des Transports begleiteter Motorfahrzeuge (Autoverlad)	104
3.	Vom Eidgenössischen Institut für Metrologie (METAS) beauftragte designierte Institute	106
4.	Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz	109
VI.	Schlussfolgerungen	112
VII.	Empfehlungen und Abklärungsbedarf.....	115
A.	Sondernutzungskonzessionen.....	115
B.	Gesuchsverfahren	115
C.	Plangenehmigungsverfahren und Konzessionsentscheid	115
D.	Fehlende Zuschlagskriterien.....	116
E.	Vergabe von Leistungsaufträgen und Abgeltungen	116
F.	Finanzhilfen.....	116
G.	Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit	117
H.	Revision des Beschaffungsrechts	117
I.	Rechtsweggarantie.....	117
J.	Ökonomische Untersuchungen zu den einzelnen Vergabeverfahren....	117
K.	Frühzeitige Ausgestaltung des Vertragsinhalts	118
L.	Einschränkung von Behördenermessen.....	118
M.	Empfehlungen zu den einzelnen Zugangsverfahren	118
	Literaturverzeichnis	121
	Materialienverzeichnis.....	127
	Gesetzesverzeichnis.....	131
	Anhang: Gesetzesbestimmungen der evaluierten Zugangsverfahren	

Management Summary (Deutsch)

Die vorliegende Studie untersucht, ob beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren gewährleistet ist. Geschlossene Märkte bestehen bei Konzessionen und Leistungsaufträgen, nämlich indem der Staat wirtschaftliche Tätigkeiten einer beschränkten Zahl von Anbietern vorbehält und die Zugänge zu diesen Tätigkeiten reguliert (Kap. II).

Der Zugang zu diesen Märkten wird nur sehr eingeschränkt durch die *Wirtschaftsfreiheit* oder andere *verfassungsrechtliche Grundlagen* geregelt (Kap. III.A). Vorgaben bestehen dagegen z. T. im *Kartellrecht* für die Übertragung von Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen (Kap. III.C und V.B) und im *Beschaffungsrecht* für die Übertragung von Staatsaufgaben mittels Leistungsaufträgen und Konzessionen (Kap. III.B, V.C sowie V.D).

Aus der *ökonomischen Theorie* folgt, dass eine hohe Regelungsdichte und der vermehrte Einsatz von Auktionen oder anderen kompetitiven Verfahren für eine effiziente Allokation sorgen würden (Kap. IV). Bei den *konkreten Marktzugängen* ergeben sich allerdings verschiedenste Abweichungen (Kap. III.A.1), was rechtlich nicht zu beanstanden und historisch erklärbar sein mag, ökonomisch aber kaum je zu rechtfertigen ist (Kap. III.B, V.C und V.D). Aus der Analyse der einzelnen Märkte sei Folgendes hervorgehoben:

- Das Zugangsverfahren ist grundsätzlich zu überdenken insbesondere bei der Vergabe von Brenneierkonzessionen, Spielbankkonzessionen, Rohrleitungsbewilligungen, Aufträgen durch METAS, arbeitsmarktlichen Massnahmen und bei Aufträgen zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz. Das Beschaffungsrecht böte hier ein bewährtes Normenset zur Vergabe von Leistungsaufträgen, während die Vergabe von Konzessionen detailliertere Regelungen durch den Bundesgesetzgeber benötigt.
- *Bedarf nach mehr Regelungen auf Gesetzesstufe* besteht vor allem bei der Vergabe der Eisenbahninfrastrukturkonzession und der Flughafeninfrastrukturkonzession sowie bei der Vergabe von Aufträgen durch METAS.
- *Vertiefte ökonomische Abklärungen* sind insbesondere bei komplexen Infrastrukturen nötig, d. h. bei der Vergabe von Stromverteilnetzkonzessionen, Eisenbahninfrastrukturkonzessionen und bei der Vergabe von Leistungsaufträgen im Autoverlad.

Das Zugangsverfahren zu geschlossenen Märkten ist kein isolierter Regelungsbe- reich, sondern in einem grösseren Kontext von Planung und Subventionierung zu sehen. So besteht insbesondere die Gefahr, dass planrechtliche Verfahren den Vergabeentscheid vorwegnehmen und damit eine faire, transparente und diskrimi- nierungsfreie Zuteilung beeinträchtigen. Zudem unterstützt der Bund Investitionen Privater mit Finanzhilfen von bis zu 80 %, was zu substantziellen Nachteilen von anderen Marktteilnehmern führen und einen «marktschliessenden Effekt» haben kann (Kap. VII).

Management Summary (français)

La présente étude cherche à savoir si, s'agissant de l'accès aux marchés fermés de la Confédération, une procédure de sélection équitable, transparente et non discriminatoire est garantie. Les marchés fermés prennent la forme d'une concession ou d'un mandat de prestations ; les activités économiques concernées sont réservées à un nombre limité de soumissionnaires et leur accès est réglementé par l'État (chap. II).

La *liberté économique* et d'autres *bases constitutionnelles* jouent un rôle très restreint dans la réglementation des procédures d'accès à ces marchés (chap. III.A). Par contre, certaines exigences juridiques relatives aux procédures d'accès découlent en particulier du *droit des cartels* (attribution de concessions d'usage privatif ou de monopoles, chap. III.C et V.B) et du *droit des marchés publics* (attribution de tâches étatiques par le biais de mandats de prestations et de concessions, chap. III.B, V.C et V.D).

Selon la *théorie économique*, une réglementation dense et le recours accru à des appels d'offres ou à d'autres procédures concurrentielles permettent une allocation efficiente (chap. IV). Cependant, *dans la pratique*, on constate des écarts de tout ordre (chap. III.A.1) qui ne sauraient être contestés sur le plan juridique et s'expliquent d'un point de vue historique, mais restent malgré tout difficilement justifiables du point de vue économique (chap. III.B, V.C et V.D). Il ressort de l'analyse des différents marchés les éléments suivants :

- Les procédures d'accès doivent être fondamentalement revues en particulier en ce qui concerne les concessions de distilleries, de maisons de jeu et d'installations de transport par conduites, de même que les mandats attribués par METAS, liés aux mesures du marché du travail ou destinés à la promotion de la place économique suisse. Le droit des marchés publics pourrait offrir un cadre normatif éprouvé pour l'octroi de mandats de prestations, tandis que l'octroi de concessions exige des réglementations plus détaillées de la part du législateur fédéral.
- Il y a *nécessité de davantage de réglementations au niveau de la loi* avant tout pour les concessions d'infrastructures ferroviaires ou d'exploitation d'aéroports, et pour les mandats par METAS.
- Des *examens économiques approfondis* sont nécessaires en particulier en ce qui concerne les infrastructures complexes, à savoir pour l'octroi de concessions de réseaux de distribution d'électricité, d'infrastructures ferroviaires et l'octroi de mandats de prestations pour le chargement de voitures.

La procédure d'accès à des marchés fermés n'est pas un domaine réglementaire isolé et doit être replacée dans un contexte plus large de planification et de subventionnement. Il existe en particulier un danger que les procédures légales en matière de planification anticipent la décision d'adjudication et remettent ainsi en cause une attribution équitable, transparente et non discriminatoire. Par ailleurs, la Confédération soutient les investissements privés par le biais d'aides financières pouvant s'élever à 80 %, ce qui peut désavantager de manière substantielle d'autres participants au marché et avoir un effet de fermeture (chap. VII).

Management Summary (italiano)

Il presente studio esamina se l'accesso ai mercati chiusi della Confederazione è regolamentato da procedure di selezione eque, trasparenti e non discriminatorie. Si parla di mercati chiusi quando lo Stato limita determinate attività economiche a un esiguo numero di prestatori e disciplina l'accesso a tali attività rilasciando concessioni o stipulando contratti di prestazione (capitolo II).

L'accesso a questi mercati è regolamentato solo in misura molto limitata in virtù della *libertà economica* e di *altri principi costituzionali* (capitolo III.A). Esistono però disposizioni al riguardo nella *legislazione antitrust* relativamente al rilascio di concessioni d'uso speciale e di monopolio (capitoli III.C e V.B) e nella *normativa sugli appalti pubblici* per il conferimento di mandati statali mediante contratti di prestazioni e concessioni (capitoli III.B, V.C e V.D).

Stando alla *teoria economica*, un'elevata densità normativa e un frequente impiego di bandi di concorso o ad altre procedure competitive dovrebbero garantire un'allocatione efficiente (sezione IV). *Nel concreto*, tuttavia, sono state rilevate le più svariate tipologie d'accesso ai mercati chiusi (sezione III.A.1) che – anche se giustificate in termini giuridici o storici – non hanno molto senso dal punto di vista economico (sezioni III.B, V.C e V.D). Dall'analisi dei singoli mercati sono emersi i risultati seguenti.

- In via di principio le procedure d'accesso vanno riesaminate, in particolare per quanto riguarda le licenze per distillerie, casinò e gasdotti, per i mandati conferiti da METAS, i provvedimenti inerenti al mercato del lavoro e gli incarichi per la promozione della piazza economica svizzera. Se per disciplinare l'aggiudicazione dei contratti di prestazione la legislazione sugli appalti pubblici offrirebbe un insieme di norme di comprovata validità, per l'aggiudicazione delle concessioni manca invece a livello federale una base legale specifica.
- Sul piano legislativo sono *necessarie ulteriori norme*, in particolare per le concessioni riguardanti le infrastrutture ferroviarie e aeroportuali e per i mandati conferiti da METAS.
- Occorre eseguire *analisi economiche approfondite* soprattutto per le infrastrutture complesse, in particolare per la rete di distribuzione dell'energia elettrica, per l'infrastruttura ferroviaria e per i contratti di prestazione per la gestione dei treni-auto.

Quello delle procedure d'accesso ai mercati chiusi non è un settore normativo isolato, ma va considerato nel più ampio contesto della pianificazione e dei sovvenzionamenti. C'è il rischio che le procedure di pianificazione giuridiche possano portare a un'anticipazione delle decisioni di aggiudicazione e pregiudicare così un'assegnazione equa, trasparente e non discriminatoria. Inoltre, la Confederazione sostiene determinati investimenti privati con aiuti finanziari fino all'80 %, fatto che può penalizzare notevolmente gli altri operatori di mercato e avere un «effetto di chiusura del mercato» (capitolo VII).

Management Summary (English)

This study investigates whether the selection process for access to the federal government's closed markets is fair, transparent and non-discriminatory. Closed markets exist when the state grants concessions and service mandates, as by doing so it reserves economic activities to a limited number of providers and regulates access to these activities (Chapter II).

Economic freedom and other *constitutional principles* play only a very limited role in regulating access to these markets (Chapter III.A). However, *cartel law* lays down certain requirements for the transfer of special usage and monopoly concessions (Chapters III.C and V.B), and *procurement law* lays down some requirements for the transfer of state obligations by means of service mandates and concessions (Chapters III.B, V.C and V.D).

Economic theory suggests that a high degree of regulation and greater use of auctions or other competitive procedures would ensure efficient allocation (Chapter IV). However, *in practice, access to the market* shows discrepancies of many different kinds (Chapter III.A.1). Though this is not legally objectionable and may have historical roots, there is little to no economic justification for it (Chapters III.B, V.C and V.D). Analysis of the individual markets suggests the following:

- The access procedure should be fundamentally reconceived, in particular for distillery concessions, casino concessions, pipeline authorisations, mandates granted by METAS, labour market measures and mandates to promote Switzerland as location for business. Procurement law offers an established set of norms for the granting of service mandates. However, federal lawmakers should establish more detailed rules for awarding concessions.
- There is a *need for more rules at the legislative level* for awarding railway and airport infrastructure concessions and for awarding mandates by METAS.
- *Thorough economic assessments* are needed, particularly with regard to complex infrastructure, i.e. when awarding electricity transmission grid concessions, rail infrastructure concessions and service mandates for car transport by rail.

The procedure for access to closed markets is not an isolated aspect of regulation, but instead must be seen in the wider context of planning and subsidy policy. There is a particular risk, for example, that the planning procedure could pre-empt the award decision and thus adversely affect a fair, transparent and non-discriminatory outcome. The federal government also supports private investment by providing financial assistance of up to 80%, which can create significant disadvantages for other market players and have the effect of 'closing off the market' (Chapter VII).

Zusammenfassung

A. Auftrag

Die vorliegende Studie wurde vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) im Rahmen der *Beantwortung des Postulats von Andrea Caroni* (Nr. 15.3398 vom 05.05.2015) in Auftrag gegeben. Sie soll darlegen, ob beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes in allen Fällen ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren gewährleistet ist.¹

B. Begriffe und Erscheinungsformen geschlossener Märkte und deren Auswahlverfahren

In *geschlossenen Märkten* werden wirtschaftliche Tätigkeiten einer beschränkten Zahl von Anbietern vorbehalten und die Zugänge zu diesen Tätigkeiten vom Staat reguliert. Aus rechtlicher Sicht sind bei geschlossenen Märkten (1) Konzessionen und (2) Leistungsaufträge zu unterscheiden:²

(1) Eine *Konzession* erlaubt einer limitierten Anzahl von Anbietern, eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben. Der Zugang zur wirtschaftlichen Tätigkeit ist somit beschränkt. Dies entweder aus rechtlichen Gründen durch eine entsprechende gesetzliche Ausgestaltung (sog. Monopolkonzession, z. B. Brennereikonzession) oder aus faktischen Gründen durch die Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch (sog. Sondernutzungskonzession, z. B. Wasserrechtskonzession). Bei der ‘Konzession des öffentlichen Dienstes’ handelt es sich um eine Unterart, welche Aufgaben des öffentlichen Dienstes betrifft und sich deshalb durch eine Ausübungs- oder Betriebspflicht auszeichnet (service public, z. B. Eisenbahninfrastrukturkonzession).

Der Inhaber einer Konzession handelt grundsätzlich in den Formen des *Zivilrechts* und untersteht entsprechend dem zivilen Haftungsrecht. Er deckt seine Kosten normalerweise aus dem Ertrag der konzessionierten Tätigkeit.³

Im Zuge der Liberalisierung wurden in jüngerer Zeit verschiedene Marktzugänge geöffnet und Konzessionssysteme durch Meldepflichten (z. B. im RTVG oder im Bereich der Postdienste) oder Bewilligungsverfahren (z. B. bei Rohrleitungen) ersetzt. Nur wenige Konzessionen müssen ausgeschrieben werden (z. B. Funk). Weit häufiger ist ein Gesuchsverfahren vorgesehen (z. B. Spielbanken, Brennereien,

¹ Ausgeschlossen von der vorliegenden Studie sind somit insbesondere jene Regelungsbereiche, für welche die Kantone zuständig sind oder welche der Bund den Kantonen zur Regelung schwergewichtig überlässt. Vgl. ausführlich zum Auftrag unten I.

² Unten II, S. 17.

³ Unten II.A.2, S. 18.

Luftfahrtstrecken).⁴ Bei solchen Gesuchsverfahren sind für die Auswahl der Anbieter regelmässig nur Eignungs-, nicht jedoch Zuschlagskriterien gesetzlich vorgegeben.⁵

(2) Mit *Leistungsaufträgen* wird einem beschränkten Kreis von Anbietern Verwaltungsaufgaben übertragen, z. B. zur Durchführung arbeitsmarktlicher Massnahmen (sog. *Beleihung*).

Dem Beliehenen können dabei hoheitliche Befugnisse zukommen. Somit handelt er in den Formen des *öffentlichen Rechts* und haftet in der Regel nach Staatshaftungsrecht. Beliehene werden vom Gemeinwesen meist in der Form von *Abgeltungen* entschädigt.⁶

Die gesetzlichen Grundlagen regeln den *Zugang zu Leistungsaufträgen* meist nur sehr rudimentär; zuweilen sind Eignungskriterien, selten aber konkrete Regeln zum Auswahlverfahren vorgesehen. Immerhin verpflichtet das Subventionsgesetz (SuG) die Behörden, eine Prioritätenordnung von Gesuchstellern zu erstellen.⁷

C. *Rechtliche Anforderungen an Zugangsverfahren zu geschlossenen Märkten*

Rechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Zugangsverfahrens sind vor allem enthalten in (1) der Bundesverfassung, (2) dem öffentlichen Beschaffungsrecht und (3) dem Kartellgesetz (KG):

(1) Anforderungen an den Zugangsmechanismus könnten aus der *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV) und dem daraus fliessenden Gleichbehandlungsgebot der Konkurrenten abgeleitet werden. Das Bundesgericht verweigert jedoch die Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit bei Beleihungen ebenso wie bei Konzessionen. Die überwiegende Lehre kritisiert diese Haltung und fordert zu Recht, dass der Bund mindestens bei Zugangsverfahren, bei welchen der Gesetzgeber selbst wirksamen Wettbewerb anstrebt und ein Konkurrenzsystem installiert, die Wirtschaftsfreiheit beachten muss.⁸

Unbestritten anwendbar sind die *allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze* wie die Rechtsgleichheit, das Willkürverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben, die verfassungsmässigen Verfahrensgarantien sowie die Vorgaben aus Artikel 5 BV (Gesetzsmässigkeit, öffentliche Interessen und Verhältnismässigkeit). Diese allgemeinen Grundsätze bieten jedoch ungleich weniger Rechtsschutz als die Grundrechte.⁹

⁴ Unten II.A.3, S. 20.

⁵ Unten II.A.4, S. 28.

⁶ Unten II.B, S. 30; zur Abgrenzung von der Konzession vgl. II.A, S. 17.

⁷ Unten II.B.2, S. 31.

⁸ Unten III.A.2, S. 34.

⁹ Unten III.A.3, S. 34.

(2) Das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, VöB) schreibt vor, Anbieter im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen gleich zu behandeln und nicht zu diskriminieren. Das Beschaffungsrecht sieht insbesondere ein Auktionssystem als grundsätzlichen Vergabemechanismus vor.

Das Bundesgericht hat es bisher abgelehnt, *Monopol- und Sondernutzungskonzessionen* als öffentliche Aufträge im Sinne des Beschaffungsrechts zu qualifizieren, sofern der Staat entsprechende Rechte verleiht und dafür eine Gegenleistung erhält.¹⁰ Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung und damit der entsprechenden Ausschreibepflicht ist nach einem neuen Entscheid des Bundesgerichts dagegen die Vergabe von *öffentlichen Aufgaben*¹¹ an Verwaltungsexterne (ausser wenn die Vergabe und Ausübung der öffentlichen Aufgabe vollständig nach nicht kommerziellen Gesichtspunkten erfolgt).¹²

Die gegenwärtig von der Bundesversammlung beratene *Totalrevision des BöB* sieht vor, dass der Begriff des öffentlichen Auftrages in Zukunft ausdrücklich die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen mitumfassen soll, wenn damit Staatsaufgaben¹³ ausübt werden. Vom Beschaffungsrecht und dem entsprechenden Auktionsmechanismus ausgenommen wären dann nur jene Konzessionen, bei welchen der Gesetzgeber ausdrücklich Abweichungen vorsieht oder welche *nicht* der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen und für welche keine Abgeltungen geleistet werden.¹⁴

(3) Nimmt der Staat als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess teil und kommt ihm in einem Bereich eine *marktbeherrschende Stellung* zu, darf er diese gemäss Art. 7 Abs. 1 KG nicht missbrauchen.¹⁵

Ausgenommen vom Kartellrecht sind jene Regelungsbereiche, welche der Gesetzgeber vom Wettbewerb gewollt ausgeschlossen hat (Art. 3 KG). Dabei handelt es sich vor allem um (Staats-) Aufgaben, für welche dem Staat eine Erfüllungsverantwortung zukommt. Ein grosser Teil der Lehre propagiert aber zu Recht die Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und damit wohl auch des Kartellgesetzes (KG) in dem Fall, da der Staat öffentliche Aufgaben an Verwaltungsexterne überträgt und hierzu Wettbewerb explizit vorsieht. Eine solche Vergabe hätte insbesondere in nichtdiskriminierender Form und unter Anwendung von angemessenen Preisen und Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG zu erfolgen.¹⁶

¹⁰ Vgl. ausführlich unten III.B.1, S. 39.

¹¹ Auch als Gegenleistungen im Rahmen von Konzessionen.

¹² Unten III.B, S. 39.

¹³ Das ist gem. Art. 9 E-BöB der Fall, 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.»

¹⁴ Unten III.B.2, S. 41.

¹⁵ Auch Einheiten der Zentralverwaltung kann grundsätzlich eine marktbeherrschende Stellung zukommen, vgl. LEHNE, BSK KG, N 13 zu Art. 2 KG.

¹⁶ Unten III.C, S. 45.

D. *Ökonomische Bewertung der Auswahlverfahren bei geschlossenen Märkten*

Aus ökonomischer Sicht sind die *Anreizsysteme* von Bedeutung, welche durch die geschlossenen Märkte bzw. den Vergabemechanismus geschaffen werden, weniger jedoch die jeweilige Rechtsform. Deswegen kann aus einer ökonomischen Perspektive auf eine Unterscheidung zwischen „Konzession“, „Leistungsauftrag“ oder „Beleihung“ weitgehend verzichtet werden.

Geschlossene Märkte können aus ökonomischer Sicht *aus zwei Gründen gerechtfertigt* sein: (1) weil eine *Limitierung des Angebotes* eines Gutes im Vergleich zur Situation mit freiem Marktzugang erreicht wird (bei Gemeingütern und demeritorischen Gütern), und (2) weil ein Angebot geschaffen wird, welches ansonsten im freien Markt nicht oder nur ungenügend bereitgestellt würde (öffentliche Güter).¹⁷

Eine Allokation ist effizient im Sinne der *utilitaristischen Wohlfahrtsfunktion*, wenn sie die Nutzensumme maximiert. Das bedingt, dass die zu verteilenden Güter (resp. die Konzessionen und Leistungsaufträge) an die Anbieter (d. h. die Bewerber um Konzessionen und Leistungsaufträge) mit der höchsten Leistungsfähigkeit oder dem besten Preis-Leistungsverhältnis zugeteilt werden.¹⁸

In der Praxis besteht jedoch oftmals eine *Informationsasymmetrie*, weil Anbieter besser über ihre wahren Fähigkeiten (Kosten, Möglichkeiten, Qualität u.a.) Bescheid wissen als der Staat. Anbieter haben potenziell einen Anreiz, sich *strategisch* zu verhalten, bzw. ihre Eignung und Fähigkeit nicht wahrhaft kundzutun. Nur wenn der Staat über alle privaten Informationen der Anbieter verfügen würde,¹⁹ könnte er unmittelbar die effiziente Zuteilung mittels einer Direktvergabe etablieren. Aus ökonomischer Sicht stellt sich somit die Frage, mit welchen Mechanismen die Anbieter von selbst ihre Fähigkeiten oder Eignung offenlegen. Dies sowohl bei der Auswahl des Anbieters wie auch bei der Ausgestaltung von Verträgen.²⁰

Die drei Hauptarten von Vergabeverfahren sind die Auktion, die Direktvergabe und der Kriterienwettbewerb:

- Die *Auktion* repräsentiert das ökonomische Paradebeispiel für einen Mechanismus, der das Informationsdefizit zwischen Staat und Anbieter reduziert. Dessen allokativen Effizienz lässt sich grob auf drei Prinzipien zurückführen: *Wettbewerbsprinzip, Verbindlichkeit, Chancengleichheit*.
- Eine „*Direktvergabe*“ eines Auftrages in einer Situation, in welcher erstens mehrere Anbieter zur Auswahl bereitstünden und zweitens asymmetrische

¹⁷ Unten IV.A, S. 49.

¹⁸ Unten IV.B, S. 51.

¹⁹ In der Lehre gemeinhin als „common knowledge“ bezeichnet.

²⁰ Unten IV.C, S. 51.

Information zwischen Staat und Anbieter besteht, verletzt dagegen mindestens das Verbindlichkeits- und Wettbewerbsprinzip und führt grundsätzlich nicht zu einer ökonomisch effizienten Allokation. Die Direktvergabe sollte deshalb nur in einem Umfeld, in welchem Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können, in Betracht gezogen werden. Nur wenn die Eignung der Anbieter bereits vor der Vergabeentscheidung hinreichend bekannt ist, kann ein Einladungsverfahren oder – bei einem potenziell aufwändigen und kostspieligen Vergabeverfahren – die Direktvergabe bevorzugt werden.

- Bei Vergaben, bei welchen nicht alle wichtigen Teilaspekte in einen „Gesamtpreis“ zusammengefasst werden können, wie dies für eine Auktion im engeren Sinne erforderlich wäre, ist ein möglichst auktionsnaher *Kriterienwettbewerb* empfehlenswert.

Zu berücksichtigen ist, dass unter bestimmten spezifischen Umständen eine gewisse *Intransparenz* gegenüber den Anbietern vor deren Gesucheinreichung zu mehr Unsicherheit und mehr Wettbewerb unter den Anbieter führen kann. Dies insbesondere dann, wenn sich die verschiedenen Anbieter untereinander kennen oder sich gegenseitig gut einschätzen können und solange die Chancengleichheit gewährleistet ist.

Lobbying verursacht Kosten, welche nicht (mehr) für andere, produktive Aktivitäten eingesetzt werden und nur vom Zuschlagsempfänger refinanziert werden können. Lobbying ist entsprechend zu vermeiden. Sinnvoll kann Lobbying einzig dann sein, wenn grosse relative Qualitätsunterschiede der Anbieter bestehen und dem Staat durch das Lobbying der wirkungsmächtigste Anbieter signalisiert wird.²¹

Die *Ausgestaltung des Vertragsinhalts* ist möglichst von Beginn weg ins Vergabeverfahren einzubeziehen, vor allem, weil sich sonst infolge Intransparenz geeignete Anbieter gegen eine Teilnahme am Vergabeverfahren entscheiden könnten.²²

In einem rein privatwirtschaftlichen Kontext (insbesondere beim privaten Eigentümer einer Firma) besteht der *Anreiz, das beträchtliche Engagement einer Auktion und der sorgfältigen Ausgestaltung des Vertrags auf sich zu nehmen*, in einem höheren Unternehmensgewinn. Im Falle des Staats ist dieser Anreiz nicht oder weniger stark vorhanden, da z. B. die (impliziten) Kosten eines suboptimalen Prozesses vom Steuersystem aufgefangen werden können. Dies spricht grundsätzlich für eine verbindliche und konkrete Vorgabe des Vergabeprozesses samt Vertragsdesign und gegen eine Direktvergabe.²³

²¹ Unten IV.D, S. 53.

²² Unten IV.E, S. 58.

²³ Unten IV.F, S. 60.

E. Beurteilung bestehender Zugangsverfahren geschlossener Märkte

Die vorliegende Studie eruiert verschiedene Märkte, deren Zugang das *Bundesrecht* regelt. Zu beurteilen ist jeweils, ob – unter Beachtung der ermittelten rechtlichen Vorgaben und ökonomischen Prinzipien – die von der Bundesgesetzgebung vorgesehenen Verfahren einen fairen, transparenten und diskriminierungsfreien Zugang gewähren.²⁴

Zu unterscheiden sind (1) Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen, (2) Konzessionen des öffentlichen Dienstes und (3) Leistungsaufträge mit Abgeltungen.

(1) Der Bund vergibt mit *Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen* das Recht zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die aus faktischen oder rechtlichen Gründen beschränkt ist.²⁵ Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und das Beschaffungsrecht sind gemäss aktueller Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich nicht auf die Vergabe solcher Konzessionen anwendbar. Ob das Kartellrecht auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen Anwendung findet, ist umstritten.²⁶ Die Regeln zur Konzessionsvergabe ergeben sich somit weitgehend aus den bundesgesetzlichen Spezialnormen. Folgende Besonderheiten bei den analysierten Zugangsverfahren sind hervorzuheben:

- *Wasserrechtskonzessionen* des Bundes werden auf Gesuch hin vergeben. Das Gesetz sieht die Publikation des Gesuchs sowie Zuschlagskriterien für den Fall vor, da mehrere sich um die Konzession bewerben. Damit besteht eine gewisse Transparenz und die Möglichkeit, dass Konkurrenten sich mitbewerben können. Es ist aus ökonomischer Sicht aber nicht nachvollziehbar, wieso nicht eine Auktion als effizienteste und fairste Form eines Vergabeverfahrens eingeführt wird.²⁷
- *Mobilfunkkonzessionen* sind gemäss Gesetz «in der Regel» öffentlich auszuschreiben. Die ComCom hat sich in den beiden letzten Verfahren jeweils für eine Auktion entschieden. Aus *ökonomischer und rechtlicher Sicht* ist zu erwarten, dass die Vergabe mittels Auktion im Sinne der allokativen Effizienz erfolgt. Das von Gesetz- und Verordnungsgeber vorgesehene Auktionsverfahren entspricht weitgehend den Anforderungen an Chancengleichheit, Transparenz und Fairness.²⁸
- Die Gesetzgebung des Bundes sieht für die Vergabe von *Brennereikonzessionen* keine öffentliche Ausschreibung vor. Die Konzession wird auf Gesuch hin vergeben und vom «wirtschaftlichen Bedürfnis des Landes» abhängig ge-

²⁴ Unten V.A, S. 61.

²⁵ Zum Ganzen V.B, S. 65.

²⁶ Vgl. unten III.C, S. 45.

²⁷ Unten V.B.1, S. 65.

²⁸ Unten V.B.2, S. 67.

macht. Damit ist kein transparentes, diskriminierungsfreies und faires Verfahren sichergestellt. Wenn aus politischen Gründen am Konzessionssystem festgehalten wird, so sollte der Gesetzgeber mindestens eine Vergabe vorsehen, mit welcher die Konzessionen öffentlich ausgeschrieben und mit Auktionen vergeben werden.²⁹

- *Spielbankkonzessionen* werden auf Gesuch hin und mit einem sehr grossen Ermessensspielraum vergeben, was wirtschafts- und sozialpolitischen sowie nicht zuletzt regionalpolitischen Gründen geschuldet ist. Es mangelt dem Verfahren an Transparenz, Chancengleichheit und einer effizienten Zuteilung. Zwar ist ein solches System gemäss Praxis des Bundesgerichts verfassungskonform, aus ökonomischer Sicht aber revisionsbedürftig. Die Einführung einer öffentlichen Ausschreibung mittels Auktion oder mindestens einem Kriterienkatalog sollte geprüft werden.³⁰
- Die Vergabe von *Streckenkonzessionen für Luftfahrtunternehmen* erfolgt auf Gesuch hin nach verhältnismässig transparenten und auktionsnahen Kriterien. Das Gesuchssystem ist luftfahrtpolitischen Interessen geschuldet, während ein Auktionssystem eine noch effizientere Vergabe ermöglichen könnte.³¹
- Die Erlaubnis, *Rohrleitungen* zu erstellen, ist zwar als Bewilligungsverfahren ausgestaltet. Das Verfahren kommt aber einer Konzession sehr nahe, weil den Bewilligungsbehörden ein weites Ermessen eingeräumt wird. Damit stellt das Verfahren Transparenz, Chancengleichheit und Wettbewerb nicht sicher. Das System ist zu grundsätzlich überdenken.³²

(2) Bei der *Konzession des öffentlichen Dienstes* handelt es sich um eine Unterart der Monopolkonzession, mit welcher der Zugang zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit aus rechtlichen Gründen beschränkt wird. Bei der konzessionierten Tätigkeit handelt es sich um die Ausübung öffentlicher Aufgaben, welche der Staat auf Personen des privaten oder öffentlichen Rechts überträgt. Auf die Vergabe von Konzessionen des öffentlichen Dienstes ist gemäss Bundesgericht die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) nicht anwendbar. Aufgrund der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe findet indes das Beschaffungsrecht grundsätzlich Anwendung. Jedoch kann der Gesetzgeber mit Spezialnormen vom Beschaffungsrecht abweichen.

Die Regeln zur Vergabe einer Konzession des öffentlichen Dienstes sind somit regelmässig in Zusammenhang mit den beschaffungsrechtlichen Vorgaben zu interpretieren. Folgende Besonderheiten sind bei den analysierten Zugangsverfahren hervorzuheben:

²⁹ Unten V.B.3, S. 70.

³⁰ Unten V.B.4, S. 72.

³¹ Unten V.B.5, S. 74.

³² Unten V.B.6, S. 77.

- Die herrschende Lehre vertritt die Meinung, dass der Gesetzgeber das Eigentum bei *Stromverteilnetzen* unberührt lassen wollte. Folglich könne der Netzeigentümer entscheiden, ob er das Netz selbst betreiben oder den Betrieb einem Dritten überlassen will. Eine allfällige Vergabe kann nach Art. 3a StromVG ohne Ausschreibung erfolgen, womit sich die Frage stellt, ob der Bundesgesetzgeber damit auch den möglicherweise anwendbaren Regelungen des Kartellrechts zuvorkommen wollte. Immerhin muss die Vergabe in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren erfolgen – was mindestens eine Publikation und die Möglichkeit von Konkurrenzofferten voraussetzt. Aus ökonomischer Sicht ist diese Konzeption zu überdenken und – dem getroffenen Grundprinzip einer Liberalisierung des Strommarkts entsprechend – eine Trennung von Netz und Betrieb sowie eine wettbewerbliche Ausgestaltung der Vergabe des Netzbetriebs, beispielsweise mittels Auktion, zu prüfen.³³
- Mit der *Eisenbahninfrastrukturkonzession* werden das Recht und die Verpflichtung verliehen, eine bestimmte Eisenbahninfrastruktur zu bauen und zu betreiben (Art. 5 EBG). Zwar nicht das Gesetz, aber die Verordnung sieht für die Konzessionserteilung ein Gesuchsverfahren mit Direktvergabe vor (Art. 8 Abs. 1 KPFV). Ob allerdings mit Regelungen auf Verordnungsstufe vom Beschaffungsrecht abgewichen werden kann, erscheint zweifelhaft, zumal der Gesetzgeber dem Bundesrat auch keine selbständige Verordnungskompetenz zugesprochen hat. Wenn am bisherigen System festgehalten werden soll, bedarf es Regelungen auf Gesetzesstufe. Ob aus ökonomischer Sicht die gegenwärtige Direktvergabe mittels Gesuchsverfahren eine effiziente Zuteilung garantiert, oder ob ein kompetitiveres Auswahlverfahren mit entsprechend angepassten Rahmenbedingungen zu bevorzugen wäre, bedürfte detaillierter ökonomischer Abklärungen.³⁴
- Das Fernmeldegesetz sieht eine öffentliche Ausschreibung der *Grundversorgungskonzession im Fernmeldewesen* vor (Art. 14 Abs. 3 FMG). Transparenz, Chancengleichheit und Wettbewerb wären damit sichergestellt. Von einer Ausschreibung kann die ComCom abweichen, sofern eine Marktstudie ergibt, dass kein wettbewerbliches Verfahren möglich ist. Das war bei den letzten zwei Vergaben der Fall. Ob dies Mängeln im Ausschreibungs-Design geschuldet ist und wie diese behoben werden könnten, sollte geklärt werden.³⁵
- Die lokal-regionalen *Radio- und Fernsehprogrammkonzessionen* mit Abgabenteil werden grundsätzlich im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs öffent-

³³ Unten V.C.1, S. 79.

³⁴ Unten V.C.2, S. 82.

³⁵ Unten V.C.3, S. 85.

lich ausgeschrieben. Das Verfahren berücksichtigt aus ökonomischer Perspektive das Prinzip der Chancengleichheit, und durch einen sorgfältigen Evaluationsprozess wird weitgehend auch das Wettbewerbsprinzip umgesetzt. Allerdings besteht eine verhältnismässig geringe Regelungsdichte auf Stufe Gesetz und Verordnung, was einer transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe abträglich sein kann.³⁶

- Mit dem *Betrieb eines Flughafens* wird eine öffentliche Aufgabe übertragen, womit das Beschaffungsrecht grundsätzlich Anwendung finden sollte. Wie bei der Eisenbahninfrastrukturkonzession wird auch bei der Flughafenkonzession lediglich auf Verordnungsstufe und damit möglicherweise nicht in gültiger Form vom Beschaffungsrecht abgewichen. Wenn am bisherigen System festgehalten werden soll, sollten Regelungen auf Gesetzesstufe vorgesehen werden. Die gegenwärtigen Regelungen auf Verordnungsstufe sehen ein Gesuchsverfahren vor, im Rahmen dessen durch Veröffentlichung des Gesuchs eine gewisse Transparenz hergestellt wird. Allein damit wird indes eine effiziente Zuteilung der Betriebskonzession unter Gleichbehandlung der Konkurrenten nicht sichergestellt.³⁷
- Zur Vergabe von *Personenbeförderungskonzessionen* und den entsprechenden Abgeltungen sieht das Gesetz nach Verkehrsbereichen differenzierte und teils detaillierte Verfahrensregelungen vor: Von der Direktvergabe der Fernverkehrskonzessionen über die (weitgehend theoretische) Möglichkeit der Ausschreibung von regionalen Personenverkehrskonzessionen auf der Schiene bis zum gesetzlich vorgesehenen, aber praktisch kaum praktizierten Ausschreibeverfahren regionaler Personenverkehrskonzessionen auf der Strasse. Damit wird regelmässig kein transparentes Verfahren unter Gleichberechtigung von Konkurrenten sichergestellt. Den Vergabeverfahren fehlt es aus *ökonomischer Sicht* an Wettbewerb, was von den Behörden oft mit der kleinen Zahl an Interessenten und der Komplexität eines Ausschreibeverfahrens begründet wird – was mindestens für den regionalen Personenverkehr zu überprüfen wäre.³⁸

(3) Mit *Leistungsaufträgen* überträgt das Gemeinwesen öffentliche Aufgaben auf öffentliche oder private externe Verwaltungsträger und entschädigt deren Aufwände in der Regel in der Form von Abgeltungen.

³⁶ Unten V.C.4, S. 87.

³⁷ Unten V.C.5, S. 90.

³⁸ Unten V.C.6, S. 93.

Auf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben mit Leistungsaufträgen ist grundsätzlich weder die *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV) noch das *Kartellgesetz* (KG) anwendbar.³⁹ Sie untersteht aber dem Beschaffungsrecht, was mit der laufenden Revision des BöB verdeutlicht wird.⁴⁰ Folgende Besonderheiten sind bei den analysierten Zugangsverfahren hervorzuheben:

- Die arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM) sind vom grundsätzlich anwendbaren Beschaffungsrecht ausgenommen, weil sie in nichtkommerzieller Weise an nichtkommerzielle Organisationen übertragen werden. Darüber hinaus sieht das Bundesrecht kaum Verfahrensvorschriften oder allgemeine Rechtsgarantien zur Vergabe der arbeitsmarktlichen Programme vor. Der Bundesgesetzgeber hat die Bereitstellung eines bedarfsbezogenen und ausreichenden Angebots an AMM für die versicherten Personen den Kantonen übertragen. Ob mit diesem System der bestehenden Informationsasymmetrie Rechnung getragen wird, wäre mit Blick auf die kantonalen Regelungen und Praxen zu ermitteln;⁴¹ das Bundesrecht gewährt indes von sich aus kein faires und transparentes Verfahren.⁴²
- Zur *Förderung des Transports begleiteter Motorfahrzeuge* (Autoverlad) ist ein Gesuchsverfahren vorgesehen, das ein transparentes Verfahren unter Gleichberechtigung allfälliger Konkurrenten nicht sicherstellt. Ein eigentlicher Wettbewerb um die Dienstleistung des Betriebs des Autoverlads kann ohne Entbündelung von der Infrastruktur und Betrieb nicht stattfinden. Es ist daher zu erwarten, dass die Leistungsaufträge nicht im Sinne der allokativen Effizienz vergeben werden.⁴³
- Die gesetzlichen Grundlagen zur Vergabe von Aufträgen durch *METAS* an designierte Institute sehen nicht vor, dass die Vergabe dieser öffentlichen Aufgaben ausgeschrieben werden müsste oder gar eine Auktion durchgeführt werden sollte. Entsprechende Pflichten ergeben sich jedoch aus dem Beschaffungsrecht, sofern das designierte Institut, die konkrete Leistungserbringung oder die Art der Aufgabenübertragung kommerziell ausgerichtet ist. Das scheint nach den Vergabekriterien des Institutsrats regelmässig der Fall zu sein. Eine Direktvergabe mag indes gerechtfertigt sein, wenn das designierte Institut einzigartig ist und einen (entsprechenden) Mehrwert bietet.⁴⁴
- Die gesetzlichen Grundlagen zur *Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz* sehen keine öffentliche Ausschreibung oder gar eine Auktion vor. Entsprechende Pflichten ergeben sich aber möglicherweise aus dem Beschaf-

³⁹ Unten III.A.2, S. 34, und III.C, S. 45.

⁴⁰ Unten III.B, S. 39.

⁴¹ Ein Teil der Kantone scheint die Vergaben in diesem Bereich auszuschreiben, vgl. AB 2018 S 970 f.

⁴² Unten V.D.1, S. 97.

⁴³ Unten V.D.2, S. 100.

⁴⁴ Unten V.D.3, S. 102.

fungsrecht, das auf die – gemäss Gesetz – unter anderem kommerziell motivierte Vergabe Anwendung finden könnte. Eine wettbewerbliche Vergabe ist auch aus ökonomischer Sicht erwünscht.⁴⁵

⁴⁵ Unten V.D.4, S. 104.

I. Postulat und Fragestellung

A. Auftrag

Mit dem Postulat Nr. 15.3398 vom 05.05.2015 ersuchte Andrea Caroni den Bundesrat zu beauftragen,

«in einem Bericht darzulegen, ob das Bundesrecht beim Zugang zu geschlossenen Märkten in allen Fällen ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren gewährleistet.»

Der Vorstoss wurde am 22.11.2015 von Beat Walti übernommen und am 16.03.2017 durch den Nationalrat angenommen.

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), in Vertretung des zuständigen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), hat die vorliegende Hintergrundstudie bei den Autoren in Auftrag gegeben.

B. Begründung des Postulats und Interpretation des Auftrags

1. Überblick

Das Postulat begründet seinen Auftrag damit,

- dass diverse wirtschaftliche Tätigkeiten bundesrechtlich geregelt sind,
- dass dabei zum Teil die Zahl der zugelassenen Anbieter⁴⁶ beschränkt ist
- und dass das Verfahren zur Auswahl der zugelassenen Anbieter den Anforderungen der Bundesverfassung genügen muss.

Diese drei Elemente des Auftrags werden nachfolgend interpretiert, woraus sich der Ablauf der vorliegenden Untersuchung ergibt.

2. Wirtschaftliche Tätigkeiten, welche vom Bund geregelt werden

Das Postulat beschränkt den Untersuchungsgegenstand zunächst in zweifacher Hinsicht: Es verlangt einen Bericht über den Zugang zu 1) *wirtschaftlichen Tätigkeiten, welche 2) vom Bund geregelt werden.*

1) Als *wirtschaftliche Tätigkeiten* sind jene Tätigkeit zu verstehen, welche im Rahmen des Wirtschaftsprozesses⁴⁷ ausgeübt werden. Ob dabei ideelle Motive oder

⁴⁶ Das revidierte Beschaffungsrecht definiert in Art. 3 lit. a des Entwurfs des Bundesrats zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) den Begriff des Anbieters wie folgt: «Anbieterin: natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts oder Gruppe solcher Personen, die Leistungen anbietet, sich um die Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung, die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Erteilung einer Konzession bewirbt», Botschaft E-BöB, S. 2006.

⁴⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG; BORER, OFK, N 7 zu Art. 2 KG, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 16. März 2004 i. S. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, N 47, zur Krankenkasse AOL: Jene verfolgen einen rein sozialen Zweck und üben keine wirtschaftliche Tätigkeit aus, «...die nur die Gesetze anwenden und keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen. Denn ihre auf dem Grundsatz der

Gewinnabsichten bestehen, ist nicht entscheidend.⁴⁸ Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit wird für die Beantwortung des vorliegenden Postulats weit verstanden: Verwaltungsexterne⁴⁹ können an der Ausübung einer öffentlichen Aufgabe durchaus ein eigenes, wirtschaftliches Interesse haben.⁵⁰ Zudem kann mit der Auswahl desjenigen Wirtschaftsteilnehmers, der eine öffentlichen Aufgabe übertragen erhalten soll, ein Wettbewerb um die Übernahme der öffentlichen Aufgabe entstehen.⁵¹

2) Das Postulat beschränkt sich weiter auf jene Tätigkeiten, welche *vom Bund geregelt* werden. Das sind jene Tätigkeiten, für welche dem Bund eine verfassungsmässige⁵² Regelungskompetenz zukommt, die er auch ausübt, und damit den Zugang zu geschlossenen Märkten regelt.⁵³ Ausgeschlossen vom Bericht sind somit jene Regelungsbereiche, welche den Kantonen zukommen oder welche der Bund den Kantonen zur Regelung schwergewichtig überlässt.⁵⁴ Hierbei ist auch auf die Motion 15.3399, Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone zu verweisen, welches – im Gegensatz zu dieser Studie – die Märkte der Kantone betrifft.

3. Beschränkung zugelassener Anbieter

Das Postulat bezieht sich auf jene wirtschaftlichen Tätigkeiten, bei welchen die *Zahl der zugelassenen Anbieter beschränkt* ist. Das Postulat spricht von «geschlossenen Märkten», bei welchen die Zahl der zugelassenen Anbieter aus «regulatorischen oder aus faktischen Gründen» beschränkt sein kann. Als Beispiele werden genannt: Personenbeförderung, Spielbanken, Brennereien, Fernsehprogrammveranstalter, Betrieb von Stromverteil-, Rohrleitungs-, Schienen-, Mobilfunknetzen.

Die Fragestellung des Postulats zielt auf das *Vergabeverfahren*,⁵⁵ nämlich darauf, dass die Auswahl bei einem beschränkten Kreis von Anbietern fair, transparent und

nationalen Solidarität beruhende Tätigkeit wird ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt, und die Leistungen werden von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht.»

⁴⁸ BGE 130 I 26 E. 4.1; m. w. H. VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 10 zu Art. 27 BV.

⁴⁹ Verwaltungsexterne umfasst alle privaten und öffentlichen Unternehmen, welche als Verwaltungsträger ausserhalb der Zentralverwaltung in Frage kommen, vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 zu § 5.

⁵⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1821.

⁵¹ RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 85 f.; Zur entsprechenden (Nicht-)Anwendung der Wirtschaftsfreiheit siehe unten III.A.2.

⁵² Art. 3 BV.

⁵³ Z. B. Art. 105 BV: «Die Gesetzgebung über Herstellung, Einfuhr, Reinigung und Verkauf gebrannter Wasser ist Sache des Bundes.» In Ausübung dessen Art. 3 Abs. 2 AlkG: «Die Ausübung dieses Rechtes wird in der Regel genossenschaftlichen und anderen privatwirtschaftlichen Unternehmungen durch Brennereikonzessionen übertragen.»

⁵⁴ So schreibt der Bund wiederholt nur vor, dass die Vergabe willkür- und diskriminierungsfrei zu erfolgen habe, überlässt aber das Weitere den Kantonen, statt vieler Art. 3a StromVG (Netzkonzession); Art. 5 Abs. 1 StomVG (Netzzugang); Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG (Verfahren für die Verleihung einer Wasserrechtskonzession durch eine kantonale Behörde). Diese Regelungsbereiche werden zwar nicht abgehandelt, sind aber teilweise im Anhang erwähnt.

⁵⁵ Der vorliegende Bericht spricht von Vergabeverfahren, wenn die vergebende Stelle (ökonomisch: Prinzipal) einem Anbieter (ökonomisch: Agent) den Zugang zu einer durch den Staat beschränkten Tätigkeit eröffnet.

diskriminierungsfrei erfolgen soll (nachfolgend «Auswahlverfahren»). Entsprechend versteht die vorliegende Studie «geschlossener Markt» als wirtschaftliche Tätigkeit, welche aus staatlich-regulatorischen oder faktischen Gründen auf einen beschränkte Anzahl von Anbietern limitiert ist und infolge dessen die Anbieter einem Auswahlverfahren unterliegen.⁵⁶ Ein solcher geschlossener Markt kann entstehen, indem

- der Gesetzgeber für eine wirtschaftliche Tätigkeit eine Konzession vorsieht, d. h. die wirtschaftliche Tätigkeit auf eine limitierte Zahl von Anbietern einschränkt und eine Erlaubnis für die Ausübung der monopolisierten Tätigkeit (Monopolkonzession) oder die Sondernutzung einer öffentlichen Sache (Sondernutzungskonzession) vergibt,⁵⁷
- eine wirtschaftliche Tätigkeit davon abhängt, eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch nutzen zu können (gesteigerter Gemeingebrauch)⁵⁸
- oder Leistungsaufträge gegen Abgeltungen erteilt werden⁵⁹, d. h. öffentliche Aufgaben⁶⁰ an Private oder verselbständigte Verwaltungseinheiten gegen Entgelt übertragen werden.⁶¹

Ausgeschlossen von der Studie sind dagegen folgende zwei Bereiche:

- wirtschaftliche Tätigkeiten, welche der Staat durch seine Organe oder Betriebe im Rahmen eines Monopols selbst ausübt, da in diesen Fällen keine Wettbewerbssituation vorliegt und somit auch kein Auswahlverfahren stattfindet,⁶²
- mit Finanzhilfen unterstützte Tätigkeiten, da Finanzhilfen die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe fördern und somit kein geschlossener Markt vorliegt.⁶³

Bei öffentlichen Aufträgen im Sinne des Beschaffungsrechts besteht zwar ein geschlossener Markt. Die bereits offensichtlich⁶⁴ dem Beschaffungsrecht unterstellten

⁵⁶ Dieser weite Fokus folgt dem Projektbeschrieb des Auftraggebers SECO, der Leistungsaufträge und Abgeltungen erfasst haben will und insofern auf «competition for market» fokussiert.

⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2718.

⁵⁸ Vgl. BGE 138 I 274 E. 2; Regelungen des Bundesgesetzgebers bestehen hierzu allerdings nicht, weshalb die Studie die entsprechenden Fälle (Plakatanschlag SBB) unter dem Titel Sondernutzungskonzession streift: unten II.A.3.b).

⁵⁹ Art. 3 Abs. 2 SuG.

⁶⁰ Der vorliegende Bericht verwendet den Begriff der öffentlichen Aufgabe im Sinne von Staats- und Verwaltungsaufgabe. Art. 9 E-BöB definiert die öffentliche Aufgabe als solche, bei welcher der Anbieterin ausschliessliche oder besondere Rechte zukommt, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt.

⁶¹ RÜTSCH, Leistungsaufträge, S. 71.

⁶² So z.B. beim reservierten Dienst der Post, Briefe bis 50 Gramm zu befördern: Art. 18 PG.

⁶³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 SuG. Allerdings vermögen auch Finanzhilfen Märkte zu schliessen, und zwar wenn die Finanzhilfen derart hoch sind, dass Mitbewerber ohne solche Finanzhilfen im Markt nicht bestehen können. Entsprechende Untersuchungen würden allerdings aufwändige ökonomische Untersuchungen bedingen. Dazu unten VII.F.

⁶⁴ Das sind einerseits die typischen Hilfsleistungen, welche der Staat zur Ausübung seiner Aufgaben auf dem Markt einkauft (Art. 5 BöB) und andererseits jene Aufgaben, welche das Gesetz ausdrücklich dem Beschaffungsrecht unterstellt, z. B. nach Art. 69d RTVG die Erhebung der Haushaltabgabe.

Vorgänge werden in der vorliegenden Studie aber nicht behandelt, weil diese durch die völkerrechtlichen und bundesgesetzlichen Vorgaben bereits detailliert geregelt werden und ein faires, diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren zur Auswahl von verwaltungsexternen Leistungserbringern besteht.⁶⁵

Mit dem gewählten Fokus auf bundesrechtliche Zugangsverfahren zu wirtschaftlichen Tätigkeiten geht der Untersuchungsbereich der vorliegenden Studie über die im Postulat genannten Märkte hinaus. Eine wesentliche Leistung der Studie besteht deshalb darin, die bundesrechtlich geregelten Zugangsverfahren im Bereich von Konzessionen und insbesondere Abgeltungen zu eruieren, welche Privaten eine wirtschaftliche Tätigkeit ermöglichen. Die Liste der eruierten Zugangsverfahren samt einem Kurzbeschrieb des Verfahrens findet sich im *Anhang*.⁶⁶

4. Rechtskonformität, Effizienz und Fairness des Auswahlverfahrens

Das Postulat will abgeklärt haben, ob die Auswahlverfahren des Bundes fair, transparent und diskriminierungsfrei sind. Es verweist darauf, dass die verfassungsmässigen Vorgaben einzuhalten seien, so die Gleichbehandlung von Konkurrenten (Art. 27 und 94 BV), das rechtlichen Gehör (Art. 29 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV). Ein diskriminierungsfreies und transparentes *Ausschreibungsverfahren* entspreche dem am besten. Nach dem heutigen Stand könnten aber, so das Postulat, verschiedene Konzessionen ohne Ausschreibung vergeben werden. Hier sei in der Praxis unklar, ob die verfassungsmässigen Anforderungen überhaupt eingehalten werden und ob die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht sachlich begründet sei.

Die Beurteilung der Auswahlverfahren ist im Sinne des Postulats somit in folgenden Schritten vorzunehmen:

- Zunächst ist zu prüfen, welche Typen von Zugangsverfahren unterschieden werden können (Kapitel II).
- Sodann ist zu eruieren, welche rechtlichen Vorgaben und ökonomischen Kriterien für die Regelung von Zugangsverfahren bestehen (unten III und IV).
- In einem letzten Schritt ist sodann zu prüfen, wie die eruierten Zugangsverfahren aus rechtlicher und ökonomischer Sicht zu beurteilen sind und dabei insbesondere, ob ein Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung gerechtfertigt ist (nachfolgend V).

⁶⁵ Das sind insbesondere Aufträge, mit welchen keine öffentlichen Aufträge übertragen werden, sondern der Staat zur Deckung der eigenen Bedürfnisse Güter auf dem Markt einkauft. Zum obj. Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts vgl. u.a. BEYELER, Vergaberecht, Rz. 604; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 178 ff.; vgl. auch die Definition des öffentlichen Auftrags gemäss Art. 8 Abs. 1 E-BöB in Botschaft E-BöB, S. 1895 ff.

⁶⁶ Ebenso findet sich im Anhang eine Liste jener Abgeltungen, welche in der Studie – gestützt auf die genannten Kriterien des Postulats – nicht aufgenommen wurden.

Im Vordergrund stehen dabei – wie vom Postulat verlangt – verfassungsmässige Vorgaben einerseits und die vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen Zugangsverfahren andererseits. Die Studie beurteilt somit primär die gesetzlichen Regelungen, nicht aber die Praxis der Ämter.⁶⁷

⁶⁷ Dies auch im Sinne des Legalitätsprinzips und dessen Gebot der Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit staatlicher Regelungen, vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 f. zu § 19.

II. Begriffe und Erscheinungsformen geschlossener Märkte und deren Zugangsverfahren

A. Konzessionssysteme

1. Begriff und Arten von Konzessionen

Mit einer Konzession überträgt der Staat Privaten das Recht, eine ihm vorbehaltenen wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben.⁶⁸ Bei der Konzession handelt es sich um einen *Sammelbegriff*, unter welchem verschiedene gesetzlich geregelte Verleihungsakte erfasst werden.⁶⁹

Die *Rechtsform* der Konzession ist denn auch umstritten:⁷⁰

- Eine Tätigkeit kann dem Staat aufgrund eines rechtlichen oder faktischen Monopols vorbehalten sein, begründet durch Rechtssatz oder durch die Herrschaft des Staates über öffentlichen Sachen, insbesondere den öffentlichen Grund und die öffentlichen Gewässer.⁷¹ Entsprechend der zugrundeliegenden Art des Monopols unterscheiden Lehre und Praxis *Monopolkonzessionen und Sondernutzungskonzessionen*.⁷² Monopolkonzessionen sind etwa die Spielbankkonzessionen nach Art. 5 BGS oder die Brennereikonzessionen nach Art. 3 Abs. 2 AlkG. Sondernutzungskonzessionen sind etwa die Wasserrechtskonzessionen, welche die Sondernutzung eines öffentlichen Gewässers zur Stromproduktion erlauben.
- Als Unterart der Monopolkonzession unterscheidet ein Teil der Lehre zusätzlich die *Konzession des öffentlichen Dienstes* im Bereich der Grundversorgung (service public), bei welcher die Konzession mit einer Ausübungs- oder Betriebspflicht verbunden wird.⁷³ Während ein anderer Teil der Lehre sowie das Bundesgericht die Konzession des öffentlichen Dienstes nicht auf Monopolkonzessionen beschränken wollen, da eine Betriebspflicht etwa auch bei Sondernutzungskonzessionen vorgesehen werden kann,⁷⁴ lehnen andere den Begriff grundsätzlich ab, weil er mitunter auch verwendet wird, um den Vor-

⁶⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2718; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 zu § 45.

⁶⁹ WALDMANN, Konzession, S. 2 f.; vgl. m.w.H. auch KUNZ, S. 25.

⁷⁰ GRIFFEL, N 386; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2720; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 25 zu § 45; WALDMANN, Konzession, S. 17 ff.

⁷¹ GRIFFEL, N 362 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2691 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 5 f. zu § 45.

⁷² GRIFFEL, N 378 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2733 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 ff. zu § 45.

⁷³ GRIFFEL, N 382 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 20.

⁷⁴ Vgl. BGE 135 II 49 = Pra 98 (2009) Nr. 75 E. 5.; BGer, Urteil vom 14. Dezember 2012, 2C_401/2010 E. 2.3.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 23 zu § 45; WALDMANN, Konzession, S. 10; vgl. die Kritik an dieser Auffassung bei GRIFFEL, N 384.

gang der *Beleihung*, also die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private zu bezeichnen.⁷⁵ Wenn das Bundesgericht bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private von einer Konzession des öffentlichen Dienstes spricht, so wird den Privaten keine wirtschaftliche Sonderstellung übertragen.⁷⁶ Als Konzessionen des öffentlichen Dienstes bezeichnet ein Teil der Lehre etwa die Personenbeförderungskonzession nach Art. 6 PBG.⁷⁷



2. Abgrenzung zur Beleihung

Mit der umstrittenen Rechtsform der Konzession⁷⁸ hängt unter anderem zusammen, dass deren Abgrenzung zur Beleihung nicht geklärt ist.⁷⁹ Als *Beleihung* bezeichnen Lehre und Praxis die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private,⁸⁰ wobei mit Ausnahme eines engen Kerns der sogenannten Ministerialaufgaben grundsätzlich jede öffentliche Aufgabe auf Private übertragen werden kann.⁸¹ In der *Lehre*

⁷⁵ M.w.H. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1822; vgl. auch RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 84. Vgl. zur Beleihung sogleich II.A.2 sowie zu Leistungsaufträgen unten II.B.

⁷⁶ BGer, Urteil vom 14 Dezember 2012, 2C_401/2001. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2719.

⁷⁷ Vgl. GRIFFEL, N 700; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 45.

⁷⁸ *Übertragung einer wirtschaftlichen Verwaltungsaufgabe*, bei welcher der Staat durch die Monopolisierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit aus Gründen des öffentlichen Wohls diese Tätigkeit zu einer Verwaltungsaufgabe erhebt: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1819; GRIFFEL, N 359 und 361.

⁷⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1822; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 45 sowie ausführlich WALDMANN, Konzession, S. 14 ff.

⁸⁰ Vgl. BGE 140 II 80 E. 2.5; GRIFFEL, N 695 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1821 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 12 ff. zu § 10.

⁸¹ In diesem Sinne daher zu eng HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2687; vgl. zu den Voraussetzungen und Grenzen solcher Übertragungen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1817; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 16 ff. zu § 10; GRIFFEL, N 361.

ist umstritten, ob die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auch im Rahmen einer Konzession möglich sein soll,⁸² was nicht zuletzt auch darauf beruht, dass die *Abgrenzung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Staatstätigkeit umstritten ist.*⁸³

Relevant ist dies deshalb, weil Lehre und Praxis an die Rechtsformen der Konzession und der Beleihung grundlegend unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen:

- Der *Beliehene* wird zum Träger von Verwaltungsaufgaben,⁸⁴ womit ihm hoheitliche Befugnisse zukommen können und er Grundrechtsverpflichteter wird, sich im Hinblick auf diese Verwaltungsaufgaben jedoch grundsätzlich nicht mehr auf Grundrechte berufen kann (Art. 35 Abs. 2 BV).⁸⁵ Gerade hoheitliches Handeln, wie die Regelung von Rechtsverhältnissen mittels Verfügung, bedarf jedoch einer klaren gesetzlichen Grundlage.⁸⁶ Verursacht er Schäden, haftet er in der Regel nach Staatshaftungsrecht.⁸⁷
- Der Konzessionär hingegen handelt grundsätzlich in den Formen des Zivilrechts und untersteht entsprechend dem zivilen Haftungsrecht, wobei diese Haftung je nach den anwendbaren gesetzlichen Grundlagen relativiert werden kann.⁸⁸
- Die Übertragung der öffentlichen Aufgabe untersteht – spezialgesetzliche Vergabeverfahren vorbehalten – dem öffentlichen Beschaffungsrecht (vgl. dazu ausführlich unten III.B).

Zudem unterscheiden sich auch die *Formen des Entgelts für die übertragene Tätigkeit:*

- Die Beliehenen haben für gewöhnlich ein wirtschaftliches Interesse an der Übernahme der Verwaltungsaufgabe und werden vom Gemeinwesen dafür meist in der Form von Abgeltungen entschädigt.⁸⁹ Ob sie mit ihrer Tätigkeit Gewinn erwirtschaften dürfen, ist in den entsprechenden Rechtsgrundlagen zu regeln.⁹⁰
- Im Gegensatz hierzu streben Konzessionäre normalerweise Gewinn aus der konzessionierten Tätigkeit an.⁹¹

⁸² Ablehnend GRIFFEL, N 361; im Rahmen von Betriebspflichten erachten dies TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 zu § 10, hingegen als möglich.

⁸³ Vgl. WALDMANN, Monopole, S. 77.

⁸⁴ Vgl. WALDMANN, Konzession, S. 14 f.; GRIFFEL, N 385; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 45.

⁸⁵ Vgl. etwa BGE 140 II 80 E. 2.5.2 zur Befugnis der Billag mittels Verfügung zu handeln und BGE 138 I 274 E. 1.4 zur Befugnis zur Rechtssetzung.

⁸⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1824.

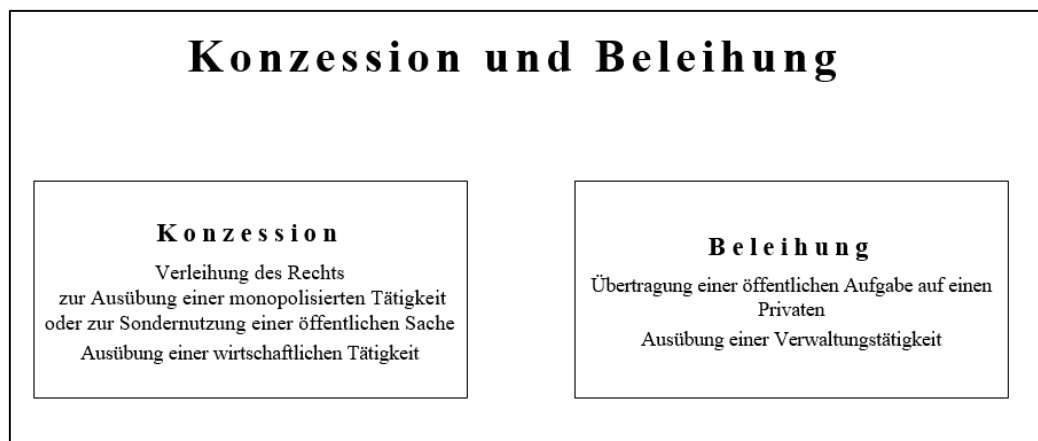
⁸⁷ GRIFFEL, N 695 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1824 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 22 zu § 45; WALDMANN, Konzession, S. 14 f.

⁸⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 21 f. zu § 45; WALDMANN, Konzession, S. 15 f.

⁸⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1821 und 1824; WALDMANN, Konzession, S. 16.

⁹⁰ So ist gerade im Falle von Abgeltungen umstritten, ob diese auch einen angemessenen Gewinn abdecken sollten, vgl. für den Fall des regionalen Personenverkehrs ABEGG/SEFEROVIC, S. 364 f.

⁹¹ Wobei auch diesen u.U. Abgeltungen entrichtet werden können, vgl. WALDMANN, Konzession, S. 16.



3. Konzessionssysteme auf Bundesebene

a) Vorbemerkung

Die Zahl der durch Monopole und Konzessionen geregelten Bereiche auf Bundesebene ist überschaubar, gleichwohl handelt es sich dabei aber zum Teil um *wirtschaftlich sehr bedeutsame Bereiche*.⁹²

In einigen Bereichen hat der Gesetzgeber im Zuge der *Liberalisierung* die Voraussetzung von Konzessionen zum Marktzugang aufgehoben und durch blosser Meldepflichten ersetzt. So ist etwa im Bereich der Fernmeldedienste,⁹³ für Programmveranstalter im Bereich des RTVG⁹⁴ und Postdienstleister im Bereich der nicht reservierten Dienste⁹⁵ nur noch eine Meldepflicht vorgesehen.⁹⁶ In diesen liberalisierten Bereichen wird die Bedeutung der Rechtsfigur der Konzession denn auch zu Recht in Frage gestellt.⁹⁷

b) Bewilligungen zum gesteigerten Gemeingebrauch und Sondernutzungskonzessionen

Im Vergleich zur kantonalen Ebene ist sowohl der gesteigerte Gemeingebrauch als auch die Sondernutzung von öffentlichen Sachen auf Bundesebene *wenig bedeutend*.⁹⁸ Obwohl dem Bund kein eigenes bundesunmittelbares Territorium zukommt,⁹⁹ verfügt der Bund aber vor allem durch seine öffentlichen Unternehmen, insbesondere die SBB, über eine grosse Zahl von Liegenschaften.

⁹² Vgl. die Übersicht im Anhang.

⁹³ Vgl. Art. 4 FMG.

⁹⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a RTVG, wobei die Veranstalter ihr Programm in diesem Fall aus eigener Kraft und ohne Abgeltungen betreiben müssen, vgl. etwa Botschaft RTVG I, S. 1667 f.

⁹⁵ Vgl. Art. 4 PostG.

⁹⁶ Vgl. zu dieser Entwicklung HETTICH/BÜHLER, S. 107 ff.

⁹⁷ Vgl. HETTICH/BÜHLER, S. 121.

⁹⁸ Oben bei Fn 57.

⁹⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 932.

Im Falle der *Plakatanschlagstellen* an den Bahnhöfen hat das Bundesgericht die Nutzung bereits ausgeschiedener Flächen als gesteigerten Gemeingebrauch qualifiziert und einen bedingten Anspruch auf den Zugang zu diesen Flächen anerkannt.¹⁰⁰ Die Aufgabe, die Plakatflächen zu vermieten, vergibt die SBB im Rahmen von Ausschreibungen jeweils an private Werbeveranstalter.¹⁰¹ Die Gesuche für konkrete Plakate sind hiernach gemäss Bundesgericht nur noch unter polizeilichen Gesichtspunkten zu prüfen.¹⁰²

Für wirtschaftliche Tätigkeiten besteht nach der Praxis des Bundesgerichts ein *bedingter Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen*. Dieser Begriff der Bedingtheit ist gerade im Hinblick auf konkurrierende wirtschaftliche Tätigkeiten komplex und nicht vollständig geklärt.¹⁰³ Neben der Frage der Verfügbarkeit des öffentlichen Grundes und allfälligen Nutzungskonflikten ist der Anspruch auch durch die Kapazität bedingt. Unter diesem Begriff hat das Gemeinwesen über die Zuteilung der beschränkten Kapazitäten des öffentlichen Grundes an wirtschaftliche Konkurrenten zu entscheiden.¹⁰⁴ Das Gemeinwesen ist bei der Verteilung der beschränkten Kapazitäten an wirtschaftlich Interessierte freier als bei Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) nach Art. 36 BV und kann etwa Qualitätskriterien oder eigene Präferenzen einfliessen lassen. Die Lehre fordert aber immerhin, dass sich der Staat dabei an den Leitlinien des öffentlichen Beschaffungsrecht orientieren sollte.¹⁰⁵ So anerkennt auch das Bundesgericht, dass das Gemeinwesen bei einer Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes für «möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse» zu sorgen habe, wobei hierfür ein Ausgleich zwischen dem Wunsch neuer Bewerber auf eine Bewilligung und dem Bedürfnis bestehender Nutzer auf den Schutz ihrer Investitionen anzustreben sei.¹⁰⁶

Offengelassen hat das Bundesgericht bisher die Frage, ob aus der Wirtschaftsfreiheit auch ein *bedingter Anspruch auf Sondernutzung öffentlicher Sachen* bestehen könnte.¹⁰⁷ Für Wasserrechtskonzessionen hat es diesen Anspruch zuletzt ausdrücklich abgelehnt.¹⁰⁸

Zugangsverfahren, welche faire Wettbewerbsverhältnisse garantieren, sollten unserer Ansicht nach auch für die Vermietung von *Geschäftsliegenschaften* sowie die

¹⁰⁰ Vgl. BGE 138 I 274 E. 2.3.

¹⁰¹ Vgl. etwa Medienmitteilung der SBB AG vom 1. November 2017, Ausschreibung Fremdwerbung, APG/SGA erhält Zuschlag für Vermarktung von Werbeflächen in Bahnhöfen und Zügen, online: <<https://company.sbb.ch/de/medien/medienstelle/medienmitteilungen/detail.html/2017/11/0111-1>> (besucht am 14. November 2018).

¹⁰² BGE 138 I 274 E. 2.3.4.

¹⁰³ Vgl. UHLMANN, BSK BV, N 73 zu Art. 27 BV m.w.H.

¹⁰⁴ Vgl. JAAG, S. 479 ff.; UHLMANN, BSK BV, N 76 zu Art. 27 BV.

¹⁰⁵ Vgl. UHLMANN, BSK BV, N 76 f. zu Art. 27 BV.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 142 I 99 E. 2.4.2 m.w.H.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 142 I 99 E. 2.4.3; Kritik bei UHLMANN, BSK BV, N 80 zu Art. 27 BV.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 142 I 99 E. 2.4.3.

Vergabe von kommerziellen Dienstleistungen in den Zügen, welche das Eisenbahngesetz als Nebenbetriebe ausdrücklich erwähnt, gelten.¹⁰⁹ Anders wären womöglich Liegenschaften zu beurteilen, welche keinen Bezug mehr zum Bahn- und Infrastrukturbetrieb aufweisen, darunter insbesondere die grosse Zahl von Liegenschaften, welche der Vermietung zu Erwerbszwecken dienen. Bei diesen handelt es sich um Verwaltung von Finanzvermögen,¹¹⁰ denn diese Liegenschaften dienen dem Gemeinwesen einzig mittelbar durch ihren Vermögenswert, weshalb ihre Vermietung in der Form des Privatrechtes erfolgt.¹¹¹

Im Übrigen wird in der Lehre und vom Bundesgericht zum Teil vertreten, dass es sich bei *Funkkonzessionen im Fernmeldebereich* um Sondernutzungskonzessionen zur Nutzung beschränkter Funkfrequenzen handelt.¹¹² Da Art. 92 BV den Bund aber ohnehin ermächtigt, ein Bundesmonopol und Konzessionssystem im Bereich des Fernmeldewesen zu installieren und der Bund eine solche Konzessionsordnung im Bereich des Funks aufgestellt hat,¹¹³ kommt dieser Unterscheidung für die vorliegende Studie keine Bedeutung zu.¹¹⁴ Ebenso sieht das Wasserrechtsgesetz vor, dass der Bund Konzessionen für die Nutzung von internationalen Gewässern sowie für die Nutzung interkantonaler Gewässer erteilt. Letzteres jedoch nur, wenn sich die betroffenen Kantone nicht einigen können.¹¹⁵ In den Fällen dieser Bundeskonzessionen kann die Konzession ohne Ausschreibung erteilt werden. Das Verfahren ist aber immerhin diskriminierungsfrei und transparent auszugestalten.¹¹⁶

c) Einleitung des Konzessionsverfahrens mittels Gesuchs

Früher wurden Konzessionsbehörden meist nicht selber tätig, was mit der stärkeren Bedeutung von Staatsmonopolen in früherer Zeit erklärt wird.¹¹⁷ Bei einer Reihe von Konzessionssystemen findet nach den gesetzlichen Grundlagen entsprechend keine öffentliche Ausschreibung statt. Bewerber *können vielmehr grundsätzlich jederzeit ein Gesuch um Erteilung einer Konzession stellen*.¹¹⁸

Dieser Grundsatz, dass jederzeit ein Gesuch eingereicht werden kann, wird stark relativiert durch den Umstand, dass nur eine begrenzte Zahl von Konzessionen erteilt wird, etwa indem die *Zahl von wirtschaftlichen Bedürfnissen abhängig gemacht* wird. Folgende drei Beispiele verdeutlichen dies:

¹⁰⁹ Vgl. Art. 39 Abs. 1 und 2 EBG

¹¹⁰ Vgl. BGE 138 I 274 E. 2.3.3, 2.3.4 sowie BVGer, Urteil vom 29. März 2011, A-7454/2009 E. 8.5.

¹¹¹ Vgl. nur HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1386 f.

¹¹² KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1039; BGE 131 II 735 E. 3.1.

¹¹³ Vgl. Art. 22 ff. FMG sowie BIAGGINI, BV Komm., N 3 zu Art. 92 BV. In diesem Sinne aus KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1039 «spezialgesetzlich geregeltes Konzessionsverfahren».

¹¹⁴ Vgl. zur Funkkonzession auch unten V.B.2.

¹¹⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 WRG.

¹¹⁶ Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG; vgl. ausführlich zu den Wasserrechtskonzessionen unten V.B.1 sowie allgemein zu diesem Verfahren DUSSY, N 7.60.

¹¹⁷ Vgl. KUNZ, S. 207.

¹¹⁸ So etwa bei Brennereikonzessionen, Luftfahrtbetriebskonzessionen oder Spielbankenkonzession; vgl. dazu die Übersichten im Anhang.

- *Spielbankenkonzessionen* werden nur erteilt, sofern die Spielbank unter anderem «wirtschaftlich überlebensfähig» ist.¹¹⁹ Zusätzlich sind bei Spielbanken auch regionale Gegebenheiten zu berücksichtigen, was es neuen Bewerbern faktisch verunmöglicht, bei bereits erteilten Konzessionen eine weitere Konzession zu erhalten.¹²⁰ Hier nähert sich die Spielbankenkonzession stark einer wirtschaftspolitischen Bewilligung mit Bedürfnisklausel an, mit welcher die Anzahl der Marktteilnehmer begrenzt werden soll.¹²¹ Während der Laufzeit der bereits erteilten Konzessionen ist denn auch ein weiteres Gesuch faktisch aussichtslos, es sei denn, die wirtschaftlichen Verhältnisse würden sich ändern, indem etwa der Bedarf an Spielbanken während der Laufzeit der erteilten Konzessionen steigen würde und der Bundesrat deshalb die Zahl an Konzessionen erhöhen würde. Bei der erstmaligen Vergabe im Jahre 2001 hat der Bundesrat die Konzessionen aber – ohne rechtlich ausdrücklich dazu verpflichtet zu sein – ausgeschrieben und zum vornherein auf 21 Konzessionen beschränkt.¹²² Die eidgenössische Spielbankenkommission veröffentlicht eingereichte Konzessionsgesuche,¹²³ was laut Bundesrat aber nicht der Gleichbehandlung der Konkurrenten dienen soll, sondern der Information der Öffentlichkeit. Zudem soll die Veröffentlichung betroffenen Kreisen die Stellungnahme zum Gesuch ermöglichen.¹²⁴ Der Vergabeentscheid des Bundesrates ist ausdrücklich nicht anfechtbar,¹²⁵ womit dieser auch Gesuche ablehnen kann, welche alle Voraussetzungen erfüllen.¹²⁶
- Auch ein Gesuch um eine *Brennereikonzeession* kann ein Bewerber grundsätzlich jederzeit einreichen. Eine Gewerbebrennereikonzeession wird aber nur erteilt, falls diese den «wirtschaftlichen Bedürfnissen des Landes entspricht»¹²⁷ und insbesondere die rechtzeitige Verwendung landwirtschaftlicher Abfälle und Rückstände ermöglicht.¹²⁸
- Ebenso sieht die Luftfahrtverordnung vor, dass Unternehmen mit Sitz in der Schweiz jederzeit beim Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) ein Gesuch um Erteilung einer *Streckenkonzeession* einreichen können.¹²⁹ Das Bundesrecht sieht vor, dass das BAZL vor einem Entscheid über das eingereichte Gesuch anderen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, welche ebenfalls in der Lage wären, den fraglichen Betrieb auszuführen, Gelegenheit gibt, ebenfalls ein

¹¹⁹ Art. 8 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 BGS.

¹²⁰ Vgl. Art. 106 Abs. 2 BV; Art. 8 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 und 5 BGS.

¹²¹ JAAG, S. 482 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 43 zu § 16; DIEBOLD, S. 242 f. spricht in diesen Fällen von Kontingenten.

¹²² Vgl. KUNZ, S. 141 f. Dieser deutet an, dass bei Spielbankenkonzeessionen eine Pflicht zu Ausschreibung besteht: KUNZ, S. 208. Nach den gesetzlichen Grundlagen scheint hier aber keine Rechtspflicht zu bestehen. Zu veröffentlichen sind lediglich eingereichte Gesuche und erteilte Konzessionen.

¹²³ Art. 10 Abs. 2 BGS.

¹²⁴ Botschaft SBG, S. 175.

¹²⁵ Art. 11 Abs. 1 BGS.

¹²⁶ Botschaft SBG, S. 175 f.

¹²⁷ Art. 5 Abs. 1 AlkG.

¹²⁸ Art. 5 Abs. 2 AlkG.

¹²⁹ Art. 114 LFV.

Gesuch einzureichen.¹³⁰ In diesem Falle wird das Gesuchsverfahren quasi mit einem Einladungsverfahren kombiniert; es nähert sich stark einem Ausschreibungsverfahren an, da alle potenziellen Bewerber eingeladen werden.¹³¹ Während der Bundesrat in seiner Botschaft aus dem Jahre 1997 ein nachgewiesenes Verkehrsbedürfnis wohl noch als eine Voraussetzung für eine solche Konzession erachtete,¹³² scheint das BAZL Konzessionen für innerschweizerische Luftverkehrsstrecken heute jedoch grundsätzlich nach Wettbewerbsbedingungen und auch mehrfach zu erteilen.¹³³ Für Unternehmen mit Sitz im Ausland kommt gemäss Art. 30 Abs. 2 LFG ohnehin das entsprechende Staatsvertragsrecht zur Anwendung.

Die Lehre fordert mitunter, ein Verfahren wie bei der soeben erwähnten Streckenkonzession für alle Konzessionsverfahren vorzusehen, welche von einem Bedürfnisnachweis abhängen. Dadurch soll verhindert werden, dass sich der erste Gesuchsteller nach dem sog. *Windhund-Prinzip* durchsetzt.¹³⁴

Konzessionen, welche bedeutende Infrastrukturanlagen erfordern, werden regelmässig mit den erforderlichen *Plangenehmigungsverfahren* koordiniert: Eine Luftfahrtbetriebskonzession wird nur erteilt, wenn der Betrieb den Zielen und Vorgaben des Sachplans Infrastruktur der Luftfahrt entspricht.¹³⁵ Eisenbahninfrastrukturbauten erfordern nicht nur eine Konzession,¹³⁶ sondern auch ein entsprechendes Plangenehmigungsverfahren.¹³⁷ Um die verschiedenen Bewilligungsverfahren bei solchen Grossprojekten besser zu koordinieren, erliess die Bundesversammlung im Jahre 1999 ein Koordinationsgesetz in der Form eines Mantelerlasses, welches eine Vielzahl von Bundesgesetze anpasste.¹³⁸ Im Sinne des Konzentrationsmodells werden seither alle wesentlichen rechtlichen Aspekte im Plangenehmigungsverfahren konzentriert. Das Konzessionsverfahren wird allerdings nach wie vor grundsätzlich separat durchgeführt.¹³⁹ Damit besteht weiterhin die Gefahr, dass das planrechtliche Verfahren den Konzessionsentscheid vorwegnehmen kann.¹⁴⁰

d) Konzessionen mit Ausschreibungsverfahren

Einige wenige Konzessionen sehen ausdrücklich ein Ausschreibungsverfahren vor. Es handelt sich bei den betreffenden gesetzlichen Grundlagen durchwegs um *neuere Bestimmungen*.¹⁴¹ Der Gesetzgeber war in letzter Zeit bestrebt, den Wettbewerb um

¹³⁰ Vgl. Art. 114 Abs. 2 und 3 LFV; vgl. auch KUNZ, S. 111 f. und 199 f.

¹³¹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1033; KUNZ, S. 208.

¹³² Vgl. Botschaft Revision LFG, S. 1188 sowie Art. 115 Abs. 1 LFV. Vgl. auch BGer, Urteil vom 23. Mai 2016, 2C_888/2015 E. 4.6.2 m.w.H.

¹³³ Vgl. BGer, Urteil vom 23. Mai 2016, 2C_888/2015 E. 4.6.3.

¹³⁴ KUNZ, S. 213 ff.; allg. zum Windhundprinzip etwa auch JAAG, S. 493 f.

¹³⁵ Art. 12 Abs. 1 lit. a VIL.

¹³⁶ Art. 5 Abs. 1 EBG.

¹³⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. a sowie Art. 18 ff. EBG; vgl. auch KUNZ, S. 100 f.

¹³⁸ Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren vom 18. Juni 1999, AS 1999 3071 ff., BBl 1998 2591.

¹³⁹ M.w.H. KUNZ, S. 273 f.

¹⁴⁰ WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1354.

¹⁴¹ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1033.

Konzessionen zu verstärken, während die älteren Konzessionsverfahren durchwegs durch Gesuch eröffnet werden.

Im Bereich des *Fernmeldewesens* erteilt die zuständige Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) sowohl Grundversorgungskonzessionen als auch Konzessionen für die Nutzung des Funkfrequenzspektrums:¹⁴²

- Die Grundversorgungskonzession, welche ein Grundangebot von Fernmeldediensten für alle Landesteile garantieren soll,¹⁴³ wird grundsätzlich ausgeschrieben,¹⁴⁴ wobei die Kommission davon abweichen und die Konzession direkt vergeben kann, falls das Ausschreibeverfahren nicht durchgeführt werden kann oder keine geeigneten Bewerber hervorbringt.¹⁴⁵ Der Bundesrat setzt dafür eine Marktstudie voraus.¹⁴⁶ Da regelmässig lediglich die Swisscom Interesse an einer solchen Grundversorgungskonzession zeigt, wurde die gegenwärtig laufende Konzession auch direkt der Swisscom vergeben und nicht ausgeschrieben.¹⁴⁷ Da die Grundversorgungskonzession eine Leistung des Konzessionärs im Bereich der Grundversorgung fordert und dieser im Gegenzug unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf eine Abgeltung des Bundes hat, wird die Konzession hier mit einem Leistungsauftrag kombiniert.¹⁴⁸ Die Swisscom verzichtete bisher auf entsprechende Abgeltungen.¹⁴⁹
- Im Falle der *Funkkonzessionen* sieht das Gesetz vor, dass diese «in der Regel» auszuschreiben sind, falls mit den Frequenzen Fernmeldedienste erbracht werden sollen und nicht genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen und voraussehbaren Interessenten zur Verfügung stehen werden.¹⁵⁰ Dabei ist sowohl ein Kriterienwettbewerb als auch eine Auktion zulässig.¹⁵¹ Bei der Auktion kann eine Vorselektion stattfinden.¹⁵² Im Jahre 2012 versteigerte die ComCom die zur Verfügung stehenden Mobilfunkkonzessionen, wofür die obsiegenden drei Bieter fast eine Milliarde Franken zu bezahlen hatten. Le-

¹⁴² Vgl. Art. 14 Abs. 1 sowie Art. 24a FMG.

¹⁴³ Vgl. Art. 14 Abs. 1 FMG.

¹⁴⁴ Art. 14 Abs. 3 FMG.

¹⁴⁵ Art. 14 Abs. 4 FMG.

¹⁴⁶ Botschaft FMG 2003, S. 7976.

¹⁴⁷ Medienmitteilung der ComCom vom 15. Dezember 2016, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-64965.html> (besucht am 1. November 2018).

¹⁴⁸ Vgl. bereits oben II.B. DIEBOLD, S. 240, sowie RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 84, scheinen Konzessionen und Leistungsaufträge hingegen eher als sich gegenseitig ausschliessend aufzufassen. Im hier vertretenen Sinne hingegen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14. zu § 10; WALDMANN, Konzession, S. 15 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Geschäftsbericht Swisscom 2017, S. 20, abrufbar unter <http://reports.swisscom.ch/de/2017/downloads> (28.12.2018).

¹⁵⁰ Art. 24 Abs. 1 FMG.

¹⁵¹ Art. 21 FKV; vgl. auch Botschaft FMG 2003, S. 7979; vgl. auch KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1042 ff.

¹⁵² Art. 21 Abs. 1 FKV.

diglich eine weitere Interessentin wurde gar nicht erst zur Auktion zugelassen, da sie die Voraussetzungen dazu nicht erfüllte.¹⁵³ Im Januar 2019 wurde eine neue Auktion durchgeführt.¹⁵⁴

Ebenfalls ein Ausschreibeverfahren sieht das RTVG im Hinblick auf die *Konzessionen für lokal-regionale Programme* vor. Im Bereich des nationalen Radios und Fernsehens hat zwar die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) von Gesetzes wegen Anspruch auf eine Konzession, ohne sich allfälligen Konkurrenten stellen zu müssen.¹⁵⁵ Daneben haben aber auch andere Veranstalter die Möglichkeit, sich um eine Konzession in Kombination mit einem Leistungsauftrag auf regionaler Ebene zu bewerben. Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen Konzessionen mit Leistungsauftrag und Abgabenanteil und solchen ohne Abgabenanteil.¹⁵⁶ Diese Konzessionen werden vom BAKOM grundsätzlich ausgeschrieben.¹⁵⁷ Neben der SRG haben auch diese Konzessionäre gewisse Grundversorgungsdienste zu erbringen,¹⁵⁸ weshalb diese Konzessionen gewöhnlich als Konzession des öffentlichen Dienstes kategorisiert werden.¹⁵⁹ Die Tatsache, dass der Bund die Programm-dienstleister bezieht, um seinen Verfassungsauftrag nach Art. 93 Abs. 2 BV zu erfüllen, deutet aber darauf hin, dass damit auch öffentliche Aufgaben übertragen werden.¹⁶⁰

Das Vergabeverfahren im *regionalen Personenverkehr* weist mehrfache Besonderheiten auf, weshalb eine eindeutige Kategorisierung schwerfällt. Eine erste Besonderheit liegt im Umstand, dass das Verfahren zur Erteilung der Personenbeförderungskonzession im Bereich des regionalen Personenverkehrs mit dem Verfahren, welches zum Abschluss eines Leistungsauftrages samt Abgeltungen führt, kombiniert wird.¹⁶¹ Dabei sieht das PBG zwei Verfahrensmöglichkeiten vor. Im Direktvergabeverfahren handeln der Bund und die Kantone als Besteller mit dem Verkehrsunternehmen Angebot und Abgeltung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben aus, während das Verkehrsangebot im Ausschreibeverfahren an das Unternehmen «mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot» vergeben wird.¹⁶² Als zweite Besonderheit sieht das Gesetz für den regionalen Personenverkehr auf der Strasse – im

¹⁵³ Es waren dies die Unternehmen Orange, Sunrise und Swisscom, sie bezahlten insgesamt 996'268'000 CHF, vgl. Medienmitteilung der ComCom vom 23. Februar 2012, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-43520.html> (besucht am 1. November 2018).

¹⁵⁴ Vgl. dazu unten Fn. 413.

¹⁵⁵ Art. 25 Abs. 1 RTVG.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 38 ff. und 43 ff. RTVG.

¹⁵⁷ Vgl. die Ausnahmen in Art. 45 Abs. 1^{bis} RTVG.

¹⁵⁸ Botschaft RTVG I, S. 1601; vgl. auch KUNZ, S. 129.

¹⁵⁹ So etwa GRIFFEL, N 382; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 45.

¹⁶⁰ Vgl. WEBER, Komm. RTVG, N 3 zu Vorbemerkungen zu Art. 38-50 RTVG; sowie ausführlich unten V.C.4.

¹⁶¹ Vgl. Art. 32b PBG; zum Zusammenhang von Bestellung und Konzession auch Ganz, S. 978.

¹⁶² Art. 32g Abs. 1 PBG; vgl. zum Ausschreibeverfahren Art. 32 ff. PBG sowie zu den Vergabeverfahren im Allgemeinen Kern, S. 1814 ff.

Gegensatz zum regionalen Personenverkehr auf der Schiene – das Ausschreibeverfahren als Regelfall vor,¹⁶³ während im Gesetz gleichzeitig aber eine Reihe von Ausnahmen zu diesem Grundsatz bestehen.¹⁶⁴ In der Praxis ist das Direktvergabeverfahren denn bei den Buslinien auch das häufigste Vergabeverfahren geblieben.¹⁶⁵ Laut Angaben des Bundesrates fanden von 1996 bis 2018 lediglich 35 Ausschreibungen im gemeinsam von Bund und Kantonen bestellten regionalen Personenverkehr statt.¹⁶⁶

e) *Konzessionsähnliche Bewilligungsverfahren*

Bei der Konzession handelt es sich nach herrschender Lehre und Praxis um einen gemischten Rechtsakt, welcher vertragliche und Verfügungsmässige Elemente verbindet.¹⁶⁷ Gleichzeitig ist der Verfügungsmässige Teil der Konzession *einer Bewilligung sehr ähnlich*, mit dem Unterschied, dass der Staat mittels Konzession eine monopolisierte wirtschaftliche Tätigkeit bewilligt.¹⁶⁸ Je nachdem wie der Gesetzgeber ein Verfahren ausgestaltet, können sich diese beiden Institute aber stark annähern.¹⁶⁹

Exemplarisch zeigt sich diese Nähe von Konzession und Bewilligung im Bereich der *Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe*.¹⁷⁰ Für den Bau und Betrieb solcher Rohrleitungsanlagen setzte die Bundesgesetzgebung früher eine Konzession des Bundes voraus,¹⁷¹ welche im Hinblick auf den Bau der Anlagen ausserdem mit einem Plangenehmigungsverfahren verbunden wurde.¹⁷² Nach diesen Bestimmungen bestand ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession, wobei das Gesetz eine Reihe von Verweigerungsgründen festsetzte, welche aber eher den Charakter von Bewilligungsvoraussetzungen hatten.¹⁷³ Mit dem Koordinationsgesetz¹⁷⁴ schaffte der Bund die Konzessionspflicht

¹⁶³ Vgl. Art. 32 Abs. 1 PBG.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 32 Abs. 2 PBG.

¹⁶⁵ Vgl. Kern, S. 1815.

¹⁶⁶ Stellungnahme des Bundesrates vom 9. März 2018 zur Dringlichen Interpellation von Hans Grunder, Postauto-Debakel, 18.3035.

¹⁶⁷ GRIFFEL, N 386; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2720 m.w.H. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 39 f. zu § 16.

¹⁶⁸ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 1 und 16 zu § 45.

¹⁶⁹ HETTICH/BÜHLER, S. 106 f. und 112 f.; vgl. zum grossen Gestaltungsraum des Gesetzgebers im Fall der Konzessionen auch GRIFFEL, N 386; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2720; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 41 zu § 16.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 91 Abs. 2 BV.

¹⁷¹ aArt. 2 RLG, AS 1964 99.

¹⁷² aArt. 21 ff. RLG, AS 1964 99.

¹⁷³ So etwa, dass durch das Projekt keine «Gefahr einer Gewässerverunreinigung oder einer wesentlichen Beeinträchtigung des Orts- und Landschaftsbildes» drohte. Vgl. zu den Gründen aArt. 3 RLG; vgl. zum Ganzen auch SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar BV, N 26 zu Art. 91 BV.

¹⁷⁴ Oben Fn 138.

ab, womit nun alle nötigen Bewilligungen im Rahmen des Plangenehmigungsverfahrens erteilt werden.¹⁷⁵ Die Verweigerungsgründe wurden ins neue Recht übernommen,¹⁷⁶ was zeigt, dass Konzessions- und Bewilligungssysteme in gewissen Bereichen austauschbar sind.¹⁷⁷

Ebenfalls schwierig ist im Einzelfall die Abgrenzung zwischen einer Konzession und einer *wirtschaftspolitischen Bewilligung*, wie etwa im Fall einer Spielbankkonzession,¹⁷⁸ welche der Bundesrat unter anderem nur erteilt, falls der Gesuchsteller nachweist, dass seine Spielbank wirtschaftlich überlebensfähig ist. Zusätzlich sind auch regionale Gegebenheiten zu berücksichtigen.¹⁷⁹ Auch im Bereich der Brenneierekonzessionen erhält ein Gesuchsteller nur dann eine Konzession, soweit dies den «wirtschaftlichen Bedürfnissen des Landes entspricht»,¹⁸⁰ womit die Konzessionserteilung in beiden Fällen von einem wirtschaftlichen Bedürfnis abhängig gemacht wird (sog. Bedürfnisklauseln) und die Zahl der Konzessionen in wirtschaftspolitischer Hinsicht begrenzt wird.¹⁸¹ Aus wirtschaftlicher Perspektive spielt es jedoch keine Rolle, mit welchem Instrument die Zahl der Marktteilnehmer beschränkt wird.¹⁸²

4. Eignungs- und Zuschlagskriterien

Wie oben sowie im Anhang dargestellt, sehen die Konzessionssysteme auf Bundesebene sehr unterschiedliche Vergabeformen vor. Blosser Gesuchsverfahren werden teilweise mit Einladungsverfahren kombiniert und einige wenige Konzessionen werden in Ausschreibungsverfahren vergeben.

Die gesetzlichen Grundlagen sehen dabei – ebenfalls in einer sehr unterschiedlichen Regelungsdichte – meist sachliche *Eignungskriterien* vor,¹⁸³ welche Bewerber erfüllen müssen, um für eine Vergabe der Konzession in Frage zu kommen. So kommen etwa für eine Spielbankkonzession nach neuem Recht nur noch Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht in Frage.¹⁸⁴ Die Gesuchstellerin selber, deren wichtigsten Geschäftspartner sowie die Inhaber von Anteilen müssen unter anderem über einen guten Ruf verfügen.¹⁸⁵

¹⁷⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 3 und 4 RLG sowie SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar BV, N 26 zu Art. 91 BV.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 3 RLG.

¹⁷⁷ Vgl. zu den Änderungen, welche im Hinblick auf die Abschaffung der Konzession im RLG nötig waren Botschaft KoordG, S. 2679 ff.

¹⁷⁸ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 43 zu § 16; vgl. auch DIEBOLD, S. 233.

¹⁷⁹ Vgl. bereits oben FN 119.

¹⁸⁰ Art. 5 Abs. 1 AlkG.

¹⁸¹ Vgl. JAAG, S. 482 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 28 zu § 16; DIEBOLD, S. 242 f. spricht in diesem Fall von Kontingenten.

¹⁸² Vgl. DIEBOLD, S. 244.

¹⁸³ Vgl. zum Begriff der Eignungskriterien Art. 9 BÖB; vgl. auch Trüeb FHB, N 25.91 ff.

¹⁸⁴ Art. 8 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 BGS.

¹⁸⁵ Art. 8 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGS.

Eigentliche *Zuschlagskriterien* sowie deren allfällige Bewertung oder Gewichtung, wie sie im Anwendungsbereich des BöB vorgeschrieben sind,¹⁸⁶ finden sich in den entsprechenden gesetzlichen Grundlagen der Konzessionssysteme regelmässig nicht. Dies mit Ausnahme derjenigen Konzessionssysteme, bei welchen eine Ausschreibung gesetzlich vorgesehen ist. So sieht Art. 12 FDV relativ detaillierte Zuschlagskriterien für die Grundversorgungskonzession nach Art. 14 ff. FMG vor, welche auf das Verhältnis von Qualität und Höhe der geforderten Abgeltungen abstellen. Auch für die Vergabe der Funkkonzessionen nach Art. 24 FMG sieht die entsprechende Verordnung Zuschlagskriterien vor, sofern die Konzessionen nach einem Kriterienwettbewerb vergeben werden.¹⁸⁷ Ebenfalls Zuschlagskriterien sind im Radio- und Fernsehbereich für die Vergabe der regionalen Konzessionen gesetzlich vorgesehen, wobei der Gesetzgeber hier andere Schwerpunkte setzt. Gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG erhält primär derjenige Bewerber den Zuschlag, welcher den Leistungsauftrag am besten erfüllen kann. Sekundär derjenige, welcher die «Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert».

Auch im Bereich des regionalen Personenverkehrs auf der Strasse schreiben die gesetzlichen Grundlagen für das Ausschreibeverfahren sowohl Eignungs- als auch Zuschlagskriterien vor. Eignungskriterien bilden bereits Voraussetzungen für die Vergabe der Personenbeförderungskonzession. So erhält ein Unternehmen nur dann eine Personenbeförderungskonzession, falls es über die für den Betrieb nötigen Bewilligungen – etwa für Haltestellen oder Leitungen bei Trolleybuslinien – verfügt.¹⁸⁸ Für den Fall, dass ein Verkehrsangebot ausgeschrieben wird, sieht das Gesetz zusätzlich auch Zuschlagskriterien vor: Den Zuschlag erhält der Bewerber mit dem «wirtschaftlich günstigsten Angebot».¹⁸⁹ Dabei berücksichtigen die Behörden neben dem Preis aber etwa auch die Umweltverträglichkeit eines Angebots.¹⁹⁰ Das Gesetz macht allerdings keine Angaben zur Gewichtung der aufgeführten Kriterien.¹⁹¹

Wo Zuschlagskriterien fehlen, beruht der Entscheid über die Vergabe einer Konzession weitgehend auf dem *Ermessen der zuständigen Behörde*. Diese hat ihren Entscheid nach pflichtgemäsem Ermessen zu treffen.¹⁹² Pflichtgemäss übt eine Behörde ihr Ermessen aus, wenn sie den Spielraum, welchen ihr das Gesetz eröffnet, nach Massgabe der Verfassung und damit insbesondere rechtsgleich, willkür- und diskriminierungsfrei sowie verhältnismässig ausübt.¹⁹³ Während vor Bundesgericht die Angemessenheit eines Entscheides grundsätzlich nicht überprüft werden

¹⁸⁶ Vgl. Art. 21 BöB.

¹⁸⁷ Art. 22 FKV.

¹⁸⁸ Art. 9 Abs. 1 PBG.

¹⁸⁹ Art. 32g Abs. 1 PBG.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 32g Abs. 2 PBG.

¹⁹¹ Vgl. die Kritik bei KERN, S. 1817.

¹⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2731; KUNZ, S. 230; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 26 zu § 45.

¹⁹³ Vgl. im Allgemeinen zum Begriff des pflichtgemässen Ermessens GRIFFEL, N 268; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 409 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 11 zu § 26; WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1513.

kann, ist eine solche Rüge vor Bundesverwaltungsgericht zulässig.¹⁹⁴ Die rechtlichen Vorgaben solcher Vergabeverfahren werden in Teil III und V näher analysiert.

B. Leistungsaufträge und Abgeltungen

1. Begriffe

Mit *Leistungsaufträgen* überträgt das Gemeinwesen Verwaltungsaufgaben im Rahmen der dezentralen Aufgabenerfüllung auf öffentliche oder private externe Verwaltungsträger.¹⁹⁵ Sie sind somit ein Instrument, um Private mit Verwaltungsaufgaben zu beleihen.¹⁹⁶

Während Leistungsaufträge auch zwischen Gemeinwesen abgeschlossen werden können, bezeichnet die Lehre mit dem Begriff der *Beleihung* ausschliesslich die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private resp. Verwaltungsexterne.¹⁹⁷

Dieser Beleihungsakt kann in verschiedenen Formen ergehen. Ergeht er in der Form einer Verfügung, so wird er meist als Leistungsauftrag bezeichnet.¹⁹⁸ Häufig schliessen Private und Gemeinwesen aber auch Verträge, welche dann meist als *Leistungsvereinbarungen oder Leistungsaufträge* bezeichnet werden.¹⁹⁹ So schliessen etwa die Verkehrsunternehmen im regionalen Personenverkehr – nach einem Vergabeentscheid des Bundesamtes für Verkehr – Vergabevereinbarungen mit den Bestellern (Bund und Kantone), in welchen unter anderem die Höhe der Abgeltungen geregelt wird.²⁰⁰ Dieses Verfahren zur Vergabe des Leistungsauftrags samt Abgeltungen hat der Bundesgesetzgeber zum Beispiel bei der Vergabe der Personbeförderungskonzession koordiniert.²⁰¹

Leistungsaufträge spielen spätestens *seit den 1990er Jahren* im Zusammenhang mit der dezentralen Aufgabenerfüllung des Gemeinwesens eine immer grössere Rolle.²⁰² In Kombination mit Abgeltungen stellen diese ein eigenes verwaltungs-

¹⁹⁴ Vgl. Art. 49 lit. c VwVG sowie ausführlich SEFEROVIC, BSK BV, N 12 ff. zu Art. 189 BV.

¹⁹⁵ Vgl. RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 79 ff.

¹⁹⁶ Vgl. zur Beleihung bereits oben II.A.2.

¹⁹⁷ Vgl. zu dieser Differenzierung RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 72.

¹⁹⁸ Vgl. etwa RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 80.

¹⁹⁹ RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 80 f.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1824.

²⁰⁰ Vgl. Art. 32k Abs. 2 PBG; vgl. auch HERMANN/KÖNIG, N 83.

²⁰¹ Vgl. Art. 32a PBG. In diesem Sinne erinnern TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER auch daran, dass ein Beleihungsakt zwar für gewöhnlich nicht in der Form einer Konzession, sondern als Verfügung, verwaltungsrechtlicher Vertrag oder auch durch Rechtsatz ergeht. Es aber einen Überschneidungsbereich gibt, in welchem die Beleihung in der Form einer Konzession ergeht (vgl. etwa Art. 62 Abs. 3 RTVV), TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 14 zu § 10, N 21 zu § 45; WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1283. Einen solchen Überschneidungsbereich sollte es bei der Abgrenzung nach dem Kriterium der wirtschaftlichen oder nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit gemäss einem Teil der Lehre eigentlich nicht geben. Der Staat kann aber durch die Kombination einer Konzession mit einem Leistungsauftrag bestimmte Aufgaben zur Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Gütern oder Dienstleistungen auf Private übertragen: vgl. etwa die Grundversorgungskonzession der SRG: Die SRG erhält von Gesetzes wegen eine mit einem Programmauftrag (Art. 24 RTVG) kombinierte Konzession (Art. 25 RTVG), welcher der Grundversorgung der Bevölkerung dient.

²⁰² RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 72.

rechtliches Steuerungsmittel dar, mit welchem auch Beleihungen geregelt werden.²⁰³ In der verwaltungsrechtlichen Lehre wurden die Leistungsaufträge und Leistungsvereinbarungen bisher aber wenig behandelt.²⁰⁴

Leistungsaufträge haben verwaltungsrechtliche Aufgaben zum Inhalt, womit diese oft *Abgeltungen* durch den Staat erfordern, da Private ihre Dienstleistungen nicht mit den Einnahmen aus der Tätigkeit decken können und die Aufgabe sonst nicht ausführen würden. Der Begriff der Abgeltung bezeichnet eine Unterart von Subventionen,²⁰⁵ mit welchen gemäss Art. 3 Abs. 2 SuG «Leistungen an Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten» vergütet werden. Diese Lasten können sich dabei aus «bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufgaben» oder aus «öffentlichrechtlichen Aufgaben, die dem Empfänger vom Bund übertragen worden sind», ergeben.²⁰⁶ Abgeltungen sind insbesondere von Finanzhilfen abzugrenzen, welche gewährt werden, um eine Aufgabe zu unterstützen, welche der Empfänger freiwillig gewählt und nicht übertragen erhalten hat.²⁰⁷ Die Aufgabe ist bei den Finanzhilfen somit nicht eine vom Bund delegierte Verwaltungsaufgabe.²⁰⁸

Verwaltungsaufgaben²⁰⁹ können wie bereits erwähnt durch Verfügung, Vertrag oder auch durch Rechtssatz oder durch mit einer Konzession verbundene Leistungsaufträge übertragen werden.²¹⁰ Das SuG und die Lehre erwähnen den *Vertrag* vor allem im Hinblick auf Finanzhilfen, wonach dieser sich hier besonders anbietet, weil der Empfänger der Finanzhilfe sonst einseitig auf die Tätigkeit verzichten könnte.²¹¹ Wenn aber Leistungserbringer und das Gemeinwesen Angebot und Abgeltungen bis zu einem gewissen Grad aushandeln, bietet sich ebenfalls vor allem die Vertragsform an.

2. Vergabe von Leistungsaufträgen und Abgeltungen auf Bundesebene

Wie bei Konzessionsverfahren, so werden auch das Verfahren um Gewährung von Abgeltungen und Leistungsaufträgen regelmässig durch ein *Gesuch des Bewerbers* ausgelöst.²¹²

²⁰³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1821 ff.; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 72.

²⁰⁴ So auch die Einschätzung von RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 72.

²⁰⁵ Vgl. aber zur unklaren Terminologie WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1444 ff.

²⁰⁶ Art. 3 Abs. 2 lit. a und b SuG; vgl. Botschaft SuG, S. 383; zur Abgrenzung auch GRIFFEL, N 518 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 ff. zu § 46.

²⁰⁷ Art. 3 Abs. 1 SuG.

²⁰⁸ Vgl. Botschaft SuG, S. 383.

²⁰⁹ Zur delegierten Verwaltungsaufgabe in diesem Zusammenhang GRIFFEL, N 521; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 6 zu § 46; WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1460.

²¹⁰ Vgl. Botschaft SuG, S. 383 f.; WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1462.

²¹¹ So auch Art. 16 Abs. 2 lit. b SuG; vgl. zur Lehre TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 28 zu § 46.

²¹² Z. B. Art. 59c AVIG für Beitragsgesuche für arbeitsmarktliche Massnahmen (AMM).

Im Bereich der Leistungsaufträge kommt dem Verfahren im *regionalen Personenverkehr* die Besonderheit zu, dass hier, wie bereits erwähnt, zumindest dem Grundsatz nach ein *Ausschreibeverfahren* für den regionalen Personenverkehr auf der Strasse vorgesehen ist. In der Praxis des Bestellverfahrens findet jedoch doch meist kein Ausschreibeverfahren statt, sondern die Leistungsaufträge werden im Direktvergabeverfahren an ein Verkehrsunternehmen vergeben, nachdem dieses zur Offertstellung eingeladen wurde.²¹³ Einigen sich die Besteller und das Verkehrsunternehmen, so schliessen sie eine Angebotsvereinbarung, welche Leistungen des Unternehmens und Abgeltung durch die Besteller regelt.²¹⁴ Darüber, wie die Behörden das Unternehmen auswählen, welches zur Offertstellung eingeladen wird, schweigen sich die Bestimmungen zum Bestellverfahren hingegen aus. Da der Leistungsauftrag aber mit der betreffenden Personenbeförderungskonzession kombiniert wird, sind die entsprechenden Normen ebenfalls zu berücksichtigen. Hier wird das Verfahren durch Gesuch des Verkehrsunternehmens eröffnet und eine Konzession wird nur dann erteilt, wenn «für das bestehende Angebot anderer Transportunternehmen keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen» und insbesondere keine bereits vom Bund konzessionierten oder der öffentlichen Hand mitfinanzierten Angebote konkurrenziert werden.²¹⁵ Dieses Bestellverfahren hat der Gesetzgeber analog auch für die Betriebsbeiträge an den *Autoverlad* nach Art. 24 Abs. 2 GüTV vorgesehen.

Im Übrigen regeln die gesetzlichen Grundlagen die Vergabe von Leistungsaufträgen nur sehr rudimentär; eigentliche Auswahlverfahren sind regelmässig nicht ausdrücklich vorgesehen.²¹⁶ Der Fokus des Gesetzgebers liegt vielmehr darauf, der Behörde die Kompetenz zu erteilen, Verwaltungsaufgaben übertragen zu dürfen. Die gesetzlichen Grundlagen sehen – wenn überhaupt – *Eignungskriterien* vor, welche von den Bewerbern um Leistungsaufträge zu erfüllen sind, kaum je aber Zuschlagskriterien:

- So sieht etwa das Bundesgesetz zur *Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz* (BFIU) vor, dass das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) «einen oder mehrere Dritte» mit der Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz beauftragen kann und dazu eine Leistungsvereinbarung mit diesem bzw. diesen abschliesst.²¹⁷ Das Gesetz nennt zwar Pflichten dieser Beauftragten, jedoch keine Kriterien für deren Auswahl.²¹⁸

²¹³ Vgl. Art. 31a PBG; Art. 16 ff. ARPV.

²¹⁴ Art. 31a Abs. 1 und 4 PBG sowie Art. 21 ff. ARPV; vgl. auch Kern, S. 1812 f.

²¹⁵ Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. b VPB.

²¹⁶ Vgl. auch die diesbezügliche Kritik in Botschaft BöB, S. 1901.

²¹⁷ Art. 3 Abs. 1 BFIU.

²¹⁸ Vgl. für die Pflichten Art. 5 BFIU.

- In ähnlicher Weise sieht auch die Verordnung über das *Eidgenössische Institut für Metrologie* (EIMV) vor, dass das Eidgenössische Institut für Metrologie (METAS) für gewisse Aufgaben Personen des öffentlichen oder privaten Rechts (sog. designierte Institute) im Rahmen von öffentlich-rechtliche Vereinbarungen beiziehen kann.²¹⁹ In Bezug auf die designierten Institute nennt die EIMV immerhin einige vage Eignungskriterien wie namentlich, dass diese «Gewähr für eine einwandfreie Erfüllung seiner Aufgaben bieten» müssen.²²⁰ Zuschlagskriterien sind in der Verordnung aber ebenfalls keine genannt.

Auch wenn die gesetzlichen Grundlagen der Behörde ein weites Ermessen belassen, so ist sie nicht frei bei der Vergabe von Leistungsaufträgen. Sie hat ihr *Ermessen pflichtgemäss auszuüben*, womit sie unter anderem sowohl an das Rechtsgleichheitsgebot als auch das Willkürverbot gebunden ist.²²¹ Im Bereich von Subventionen verpflichtet Art. 13 Abs. 1 und 2 SuG die Behörde zudem, eine Prioritätenordnung aufzustellen, nach welcher die Gesuche beurteilt werden, falls mehr Gesuche für Ermessenssubventionen eingehen, als im Rahmen der bewilligten Kredite berücksichtigt werden können.²²² Zudem sind Abgeltungen als Anspruchssubventionen auszugestalten:²²³ Ist für die Ausübung einer Aufgabe eine Abgeltung vorgesehen, so hat Leistungserbringerin Anspruch auf diese Abgeltung im Sinne des synallagmatischen Leistungsvertrages (Leistung und in der Regeln geldwerte Gegenleistung).²²⁴ Der Gesetzgeber versucht dieser Pflicht zu begegnen, indem er die Dauer von Leistungsvereinbarungen auf die Kreditdauer anpasst oder in der Vereinbarung festhält, dass reduzierte Kredite eine Vertragsanpassung zur Folge haben.²²⁵ Eine solche Klausel kann die Abgeltung aber nicht zu einer Ermessenssubvention werden lassen. Die bereits geleisteten Dienste sind dem Leistungserbringer abzugelten.

²¹⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 und 3 EIMV.

²²⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 2 EIMV.

²²¹ Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben sogleich III.A; vgl. zum pflichtgemässen Ermessen schon oben Fn 193.

²²² Vgl. WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1514; vgl. dazu etwa auch Wartelisten für Beiträge aus dem Netzzuschlag gemäss Art. 36 EnG.

²²³ BVGer, Urteil vom 16. November 2007, B-2216/2006 E. 12; MÖLLER, S. 43; WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1515. Vgl. zu dieser Unterscheidung GRIFFEL, N 522 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2518 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 9 ff. zu § 46.; WIDERKEHR/RICHLI, Rz. 1508 ff.

²²⁴ Vgl. auch RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 82 f.

²²⁵ Vgl. etwa Botschaft BFIU, S. 2253.

III. Rechtliche Anforderungen an Zugangsverfahren zu geschlossenen Märkten

A. Anforderungen aus der schweizerischen Bundesverfassung

1. Vorbemerkung zum Anwendungsgebot nach Art. 190 BV

Art. 190 BV erklärt Bundesgesetze für die rechtsanwendenden Behörden und insbesondere für das Bundesgericht für massgebend, was Lehre und Rechtsprechung nicht als Kollisionsnorm, aber als verfahrensrechtlichen Anwendungsvorrang auffassen. Die Norm ist Ausdruck der Überordnung des parlamentarischen Gesetzgebers gegenüber den rechtsanwendenden Behörden.²²⁶ Für die vorliegende Fragestellung bedeutet dieser Vorbehalt, dass selbst wenn Grundrechte oder Verfassungsgrundsätze Anforderungen an die zu untersuchenden Zugangsverfahren stellen, diese durch die Bundesgesetzgebung im konkreten Fall derogiert werden können. Diese Immunität der Bundesgesetzgebung aus demokratischen Erwägungen wird in den folgenden Ausführungen zu berücksichtigen sein.²²⁷

2. Beschränkte Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 und 94 Abs. 1 und 4 BV

Die Wirtschaftsfreiheit schützt nach Art. 27 BV Abs. 2 BV die «privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit» und damit grundsätzlich *keine staatlichen Tätigkeiten*. Das Bundesgericht hat denn etwa Gerichtsdolmetschern,²²⁸ vom Gericht beauftragten Gutachtern²²⁹ sowie amtlichen Verteidigern²³⁰ verwehrt, sich auf die Wirtschaftsfreiheit zu berufen.²³¹ Der Begriff der «staatlichen» Tätigkeit – ebenso als «amtliche» oder «hoheitliche» Tätigkeiten bezeichnet – bleibt aber klärungsbedürftig.²³²

Das Bundesgericht verweigert die Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit aber nicht nur im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben, sondern ebenso bei Tätigkeiten von Privaten in einem *monopolisierten Bereich*,²³³ wobei das Bundesgericht diese beiden Bereiche nicht zu unterscheiden scheint.²³⁴ Hintergrund dieser Praxis ist die

²²⁶ Vgl. nur BIAGGINI, BV Komm., N 4 zu Art. 190 BV. Vgl. zudem zu Anforderungen an die Zugangsverfahren, welche sich aus dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) oder dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Abkommen CH-EU) unten III.B.

²²⁷ Vgl. zum Regelungszweck nur BIAGGINI, BV Komm., N 7 zu Art. 190 BV.

²²⁸ BGer, Urteil vom 15. November 2004, 1P.58/2004 E. 2.2.

²²⁹ BGer, Urteil vom 9. August 2011, 2C_121/2011 E. 3.

²³⁰ BGE 138 I 217 E. 3.4.4.

²³¹ Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 13 zu Art. 27 BV; m.w.H UHLMANN, BSK BV, N 19 zu Art. 27 BV; VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 10 zu Art. 27 BV.

²³² Vgl. DIEBOLD, 2C_121/2011, S. 1163 ff.; UHLMANN, BSK BV, N 20 ff. zu Art. 27 BV; BIAGGINI, 2C_121/2011, S. 267.

²³³ Vgl. nur BGE 143 I 388 E. 2.2.2; zumindest offen gelassen in BGE 132 II 485 E. 8.5; vgl. auch VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 10 zu Art. 27 BV.

²³⁴ Vgl. die Hinweise in BGE 143 I 388 E. 2.2.2 auf BGE 140 II 112 E. 3.1.1; BGE 130 I 26 E. 4.1 und BGer, Urteil vom 10. Mai 2016, 2C_1007/2015 E. 4.1.

hergebrachte Auffassung, wonach eine Monopolisierung die vormalig privatwirtschaftliche Tätigkeit zu einer öffentlichen Aufgabe werden lasse.²³⁵ In diesem Fall fassen Lehre und Bundesgericht die betreffenden Bereiche grundsätzlich als Ausnahmen vom sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit auf,²³⁶ wobei eine Reihe von Autoren diese Auffassung kritisiert und zumindest eine Ausstrahlung der Wirtschaftsfreiheit auch in Monopolbereiche fordert.²³⁷

Gerade bei der für die vorliegende Studie zentralen Fragestellung, wie der Staat den Beizug Privater zu staatlichen Tätigkeiten zu organisieren hat, erachtet das Bundesgericht die Wirtschaftsfreiheit aber nicht für anwendbar, wenn der Staat die *Erfüllung einer gesetzlich vorgegebenen Aufgabe* an einen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierten Aufgabenträger auslagert, denn dem Konzept der Wirtschaftsfreiheit als Abwehrrecht entsprechend liessen sich aus Art. 27 BV keine Leistungs- oder Teilhaberechte ableiten.²³⁸ Der vom Staat mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraute Aufgabenträger ist bei der Aufgabenerfüllung nicht Grundrechtsträger,²³⁹ was selbst für abgewiesene Bewerber um einen staatlichen Leistungsauftrag gelten soll.²⁴⁰

Es verbleiben folgende *Anwendungsbereiche der Wirtschaftsfreiheit* in Bereichen, in welchen der Staat eine öffentliche Aufgabe nicht selber erfüllt:²⁴¹

- Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit dem sog. Ärzte-Stopp anerkannt, dass Ärzte zwar keinen Anspruch auf Zulassung als Leistungserbringer nach Art. 35 ff. KVG haben,²⁴² dass sie durch diesen Zulassungsstopp aber in ihrer – nach wie vor zulässigen – *privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit* gegenüber den zugelassenen Ärzten benachteiligt werden. Aus diesem Grund hat es ihnen nicht nur gewährt, sich auf die Rechtsgleichheit, sondern auch auf die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gemäss Art. 27 BV zu berufen.²⁴³

²³⁵ Vgl. REICH, N 953 ff.

²³⁶ AUBERT/MAHON, BV Komm., N 22 zu Art. 27 BV «[...] suppression [...] de toute liberté économique.»; RHINOW, Komm. aBV, N 135 f. zu Art. 31 aBV; m.w.H. zur grundrechtstheoretischen Bedeutung dieser Auffassung REICH, N 967.

²³⁷ Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 12 zu Art. 27 BV; REICH, N 135 und 953 ff.; UHLMANN, BSK BV, N 24 zu Art. 27 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 17 zu § 45. Die Autoren weisen auch darauf hin, dass eine Monopolisierung Private auch nicht daran hindere, sich mit Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit gegen die Verstaatlichung einer vormalig privaten Tätigkeit zu wehren: BIAGGINI, BV Komm., N 12 zu Art. 27 BV; UHLMANN, BSK BV, N 24 zu Art. 27 BV.

²³⁸ Vgl. m.H. zur ständigen Praxis BGE 130 I 26 E. 4.1; vgl. auch BIAGGINI, BV Komm., N 17 zu Art. 27 BV; REICH, N 147; UHLMANN, BSK BV, N 27 zu Art. 27 BV; zuletzt womöglich relativiert in BGer, Urteil vom 12. Oktober 2018, 2C_861/2017 E. 3.7.3.

²³⁹ BGer, Urteil vom 10. Mai 2016, 2C_1007/2015 E. 4.1, 4.4; vgl. auch RÜTSCH, Leistungsaufträge, S. 84 f.; UHLMANN, BSK BV, N 26 zu Art. 27 BV; vgl. im Allgemeinen auch SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, N 46 f. zu Art. 35 BV.

²⁴⁰ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, N 45 zu § 5 mit Kritik in N 53 ff.

²⁴¹ BGer, Urteil vom 10. Mai 2016, 2C_1007/2015 E. 4.1 m.H. auf BGE 130 I 26 E. 4.3 und BGE 124 V 393 E. 2c (obligatorische Krankenversicherung).

²⁴² BGE 130 I 26 E. 4.1.

²⁴³ BGE 130 I 26 E. 4.4; vgl. auch UHLMANN, BSK BV, N 26 zu Art. 27 BV.

- Nach der Praxis des Bundesgerichts vermittelt die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV zwar insbesondere keinen Anspruch, eine staatliche Tätigkeit ausüben zu können und entsprechende Abgeltungen zu erhalten. Auch darf der Staat Private mit Leistungsauftrag und Private ohne Leistungsauftrag unterschiedlich behandeln und ersteren Wettbewerbsvorteile verschaffen.²⁴⁴ Immerhin anerkannte das Bundesgericht einen Anspruch auf Wettbewerbsneutralität und Gleichbehandlung, *falls der Gesetzgeber Private mit Leistungsauftrag und öffentliche Verwaltungsträger in einem Bereich gleichbehandeln wollte*.²⁴⁵

Diese restriktive Haltung des Bundesgerichts stösst in der *Lehre* verbreitet auf Kritik. Gerade in Bezug auf die Zugangsverfahren fordern eine Reihe von Autoren, dass diese in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auszugestalten seien.²⁴⁶ Dies insbesondere auch in Monopolbereichen, in welchen der Gesetzgeber selber wirksamen Wettbewerb anstrebt, indem er ein Konkurrenzsystem installiert.²⁴⁷ Die *Lehre* verankert diesen Anspruch im besonderen Gleichheitsgebot von Art. 27 in Verbindung mit Art. 94 BV,²⁴⁸ wonach direkte Konkurrenten durch den Staat grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Konkurrenten, welche einen staatlichen Leistungsauftrag oder eine Konzession erhalten, können dadurch gegenüber ihren Konkurrenten bevorteilt werden.²⁴⁹ Aus der objektiven Dimension der Wirtschaftsfreiheit fliesse eine Pflicht des Staates, auch bei der Verteilung knapper administrierter Güter für möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse zu sorgen.²⁵⁰ Die Zugangssysteme seien dergestalt einzurichten, dass sie ein offenes und transparentes Verfahren gewährleisten und die an der Übernahme öffentlicher Aufgaben Interessierten nicht diskriminieren.²⁵¹ Nach Ansicht der wohl herrschenden *Lehre* entspricht eine öffentliche Ausschreibung mit sachlichen Bewertungskriterien oder einer Auktion diesen Erfordernissen am besten, wobei dies kaum ökonomisch begründet wird (vgl. dazu unten IV).²⁵² Gleichwohl anerkennt auch die *Lehre* keinen (bedingten) Anspruch auf Zulassung zum staatlichen Dienst oder gar ein Recht auf Privatisierung, womit es in der Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers

²⁴⁴ Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 17a zu Art. 27 BV; DIEBOLD, S. 238; UHLMANN, BSK BV, N 25 zu Art. 27 BV; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 87.

²⁴⁵ Vgl. BGE 138 II 398 E. 3.9.3 f. (Spitalfinanzierung) sowie RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 85 ff.

²⁴⁶ Vgl. DIEBOLD, S. 221 f.; REICH, N 972 ff.; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 87 ff.; UHLMANN, BSK BV, N 26 zu Art. 27 BV.

²⁴⁷ BIAGGINI, BV Komm., N 12 zu Art. 27 BV.

²⁴⁸ Vgl. zur Verbindung dieser beiden Bestimmungen in dieser Hinsicht m.w.H. BIAGGINI, BV Komm., N 23 zu Art. 27 BV; zur Entwicklung der Rechtsprechung etwa REICH, N 963 ff.

²⁴⁹ Vgl. DIEBOLD, S. 221 f.; m.w.H. UHLMANN, BSK BV, N 26 zu Art. 27 BV.

²⁵⁰ REICH, N 973 und 975.

²⁵¹ UHLMANN, BSK BV, N 27 zu Art. 27 BV; im Hinblick auf den bedingten Anspruch auf Benutzung öffentlichen Grundes auch BIAGGINI, BV Komm., N 16 zu Art. 27 BV; vgl. auch BEYELER, Vergaberecht, Rz. 813 und 815.

²⁵² DIEBOLD, S. 221 f.; REICH, N 975; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 87 ff.; vgl. auch die ähnliche Kritik bei UHLMANN, BSK BV, N 50 zu Art. 27 BV.

liegt, die öffentliche Aufgabe selber durch eigenes Personal auszuführen und keinen Wettbewerb vorzusehen.²⁵³ Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Konkurrenten kann im Übrigen im Rahmen von Art. 36 BV eingeschränkt werden.²⁵⁴

Womöglich scheint das Bundesgericht zuletzt auf die verbreitete Kritik in der Lehre reagiert zu haben, als es die *Ausschreibung eines öffentlichen Auftrages* für Spitex-Dienstleistungen durch die Einwohnergemeinde Aarburg als *öffentliche Beschaffung* aufgefasst hat. Das Gericht hat dabei darauf abgestellt, dass die Gemeinde eine möglichst günstige Aufgabenerfüllung anstrebte, selbst wenn sie die Ausschreibung auf «Non-Profit-Unternehmen» beschränkte.²⁵⁵

3. Anforderungen aus rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätzen

Folgt man der Auffassung des Bundesgerichts, dass die Übertragung von öffentlichen Aufgaben sowohl im Bereich von staatlichen Monopolen als auch im Bereich der übrigen öffentlichen Aufgaben von der Wirtschaftsfreiheit ausgenommen sind, so hat das staatliche Handeln immerhin die *allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze* wie die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV), den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV)²⁵⁶ sowie die verfassungsmässigen Verfahrensgarantien (Art. 29 Abs. 2 BV)²⁵⁷ zu beachten.²⁵⁸ Mit der öffentlichen Ausschreibung von Leistungsaufträgen kann etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör eingehalten werden,²⁵⁹ der gemäss Bundesgericht grundsätzlich auch im öffentlichen Beschaffungsrecht bei der Vergabe von Leistungsaufträgen gilt.²⁶⁰ Darüber hinaus hat das staatliche Handeln im öffentlichen Interesse zu liegen und verhältnismässig zu sein.²⁶¹

Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Konkurrenten hindert den Staat ebenfalls nicht daran, öffentliche Interessen bei der Vergabe zu berücksichtigen, doch hat er diese Interessen gegen die individuellen Nachteile unterliegender Konkurrenten und Wettbewerbsverzerrungen abzuwägen.²⁶² In dieser Hinsicht geht die Wettbewerbsneutralität weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot.²⁶³

Aus diesen rechtsstaatlichen Grundsätzen ist aber noch nicht abzuleiten, dass die Vergabe von Leistungsaufträgen durch den Bund öffentlich auszuschreiben ist.²⁶⁴

²⁵³ Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 17 zu Art. 27 BV; UHLMANN, BSK BV, N 27 zu Art. 27 BV.

²⁵⁴ REICH, N 967; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. S. 90 f.; im Allgemeinen auch UHLMANN, BSK BV, N 62 ff. zu Art. 27 BV.

²⁵⁵ BGer, Urteil vom 12. Oktober 2018, 2C_861/2017 E. 3.7.3. Vgl. zum öffentlichen Beschaffungsrecht auch unten III.B.

²⁵⁶ Vgl. BGE 125 I 209 E. 9 = Pra 89 (2000) Nr. 149.

²⁵⁷ Vgl. BGE 125 I 209 E. 9d = Pra 89 (2000) Nr. 149.

²⁵⁸ Vgl. AUBERT/MAHON, BV Komm., N 24 zu Art. 27 BV; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 86 f., mit Verweis auf HANGARTNER in Fn 63 (S. 86 f.); vgl. auch DIEBOLD, S. 221 f.

²⁵⁹ Vgl. dazu RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 90.

²⁶⁰ BGE 139 II 489 E. 3.3.

²⁶¹ Vgl. etwa BGE 138 I 378 E. 8.

²⁶² Vgl. BGE 125 I 436 E. 4.b).aa).

²⁶³ Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 16 zu Art. 27 BV; UHLMANN, BSK BV, N 63 zu Art. 27 BV.

²⁶⁴ A.M. BEYELER, Vergaberecht, Rz. 812 f., sowie DIEBOLD, S. 222.

Eine solche Pflicht kann selbstverständlich spezialgesetzlich vorgesehen sein. So wäre etwa die Grundversorgungskonzession nach Art. 14 ff. FMG ein Beispiel für eine Konzession, welche grundsätzlich ein spezialgesetzlich vorgesehenes Ausschreibungsverfahren vorsieht.²⁶⁵ Auch im regionalen Personenverkehr auf der Strasse sieht das PBG das Ausschreibungsverfahren als den Normalfall an.²⁶⁶ Ob sich bereits aus den allgemeineren verfassungsmässigen Grundsätzen *Anforderungen für die Vergabe* von Konzessionen und Leistungsaufträgen ableiten lassen, ist unklar. Die Lehre stützt ihre Auffassung, wonach der Staat unter gewissen Umständen verpflichtet sei, die Vergabe von Leistungsaufträgen auszuschreiben, jeweils auch auf die Gleichbehandlung der Konkurrenten oder den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.²⁶⁷ Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Wirtschaftsfreiheit und damit ausserhalb von Grundrechtseingriffen kommt aber gerade dem Grundsatz des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit nicht die Bedeutung zu, wie es im Bereich von Einschränkungen nach Art. 36 Abs. 2 BV der Fall ist.²⁶⁸

- Bei der Auswahl der Privaten, denen öffentliche Aufgaben übertragen werden sollen, können je nach Fall *unterschiedliche öffentliche Interessen* zum Tragen kommen. Das Bundesgericht scheint sich mit einem Teil der Lehre zuletzt dafür auszusprechen, die Gleichbehandlung der Konkurrenten zumindest höher zu gewichten, falls der Staat die effiziente und kostengünstige Erfüllung der Aufgabe priorisieren will.²⁶⁹ Allerdings kann sich der Gesetzgeber aber etwa auch dafür entscheiden, bestehende Leistungserbringer²⁷⁰ oder einen bestimmten Typus von Leistungserbringern – etwa ideell motivierte juristische Personen – zu bevorzugen und damit andere öffentliche Interessen ebenfalls mitzubersichtigen.²⁷¹ Das öffentliche Interesse nach Art. 5 Abs. 2 BV ist somit hochgradig unbestimmt und unterliegt ausserdem örtlichem und zeitlichem Wandel.²⁷²
- Auch der *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* staatlichen Handelns lässt den Behörden ausserhalb von Grundrechtseingriffen ein weites Ermessen,

²⁶⁵ Vgl. RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 88 (insb. Fn 66); DIEBOLD, S. 240.

²⁶⁶ Vgl. zu den gesetzlichen Ausnahmen aber bereits oben Fn 164.

²⁶⁷ Vgl. DIEBOLD, S. 221 f.; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 87 ff. (insb. S. 90: «Macht man mit der Geltung der Wettbewerbsneutralität bei der Auslagerung öffentlicher Aufgaben ernst [...]»).

²⁶⁸ Vgl. zu dieser Differenzierung etwa BGE 138 I 378 E. 8.2 sowie ausführlich SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, N 42 ff. zu Art. 5 BV.

²⁶⁹ Vgl. BGer, Urteil vom 12. Oktober 2018, 2C_861/2017 E. 3.7.3 sowie BIAGGINI, BV Komm., N 12 zu Art. 27 BV.

²⁷⁰ Vgl. etwa die Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht für Personenverkehrsdienstleistungen auf der Strasse in Art. 32 Abs. 2 PBG.

²⁷¹ So etwa im Fall der Spitex-Dienstleister in BGer, Urteil vom 12. Oktober 2018, 2C_861/2017, wobei das Gemeinwesen innerhalb dieser Dienstleister gleichwohl das Kriterium des Preises als klar massgebend festlegte (Gewichtung zu 80%).

²⁷² Vgl. SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, N 46 zu Art. 5 BV.

denn das Bundesgericht schreitet praxisgemäss nur ein, wenn eine Anordnung offensichtlich unverhältnismässig ist und somit auch gegen das Willkürverbot verstösst.²⁷³

Die Grundsätze von Art. 5 Abs. 1–3 BV begründen keine verfassungsmässigen Rechte, sondern stellen nur Verfassungsgrundsätze dar. Diese Unterscheidung kann im Rahmen der Verfassungsbeschwerde vor Bundesgericht eine Rolle spielen.²⁷⁴ Stärker eingeschränkt werden die Rechtsschutzmöglichkeiten ausserhalb vom Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit und des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit und damit ausserhalb von Grundrechtseingriffen aber durch den Umstand, dass insbesondere wirtschaftlichen Konkurrenten kein Beschwerderecht zukommt.²⁷⁵

B. Vorgaben aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht

1. Geltendes Beschaffungsrecht auf Bundesebene

Auf Bundesebene ist das öffentliche Beschaffungsrecht durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die entsprechende Verordnung (VöB) geregelt, wobei sich die Schweiz ausserdem im Rahmen der WTO durch das GPA völkerrechtlich verpflichtet hat, Anbieter im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen gleich zu behandeln und nicht zu diskriminieren.²⁷⁶ Der Anwendungsbereich des Vergaberechts beschränkt sich auf öffentliche Beschaffungen im Rahmen von sog. öffentlichen Aufträgen, wobei der *Begriff des öffentlichen Auftrags* durch das geltende Recht nicht klar definiert wird.²⁷⁷ Die aktuelle Revisionsvorlage des BöB sieht denn auch neu eine Legaldefinition des öffentlichen Auftrages vor, welche der Bundesrat mit der verbesserten Rechtssicherheit begründet (Art. 8 E-BöB; vgl. zur Revision sogleich unten III.B.2).²⁷⁸

Das Bundesgericht hat es bisher abgelehnt, *Sondernutzungskonzessionen* als öffentliche Aufträge im Sinne des Beschaffungsrechts aufzufassen, falls der Staat in solchen Fällen nicht als Nachfrager, sondern als Anbieter auftritt und (gewöhnlich)

²⁷³ Vgl. BGE 141 I 1 E. 5.3.2 = Pra 104 (2015) Nr. 71; BGer, Urteil vom 29. März 2016, 2C_1149/2015, E. 4.7. Allerdings ist ein Ausschreibungsverfahren die logische Konsequenz, wenn das Gemeinwesen dem öffentlichen Interesse der effizienten und kostengünstigen Leistungserfüllung den Vorzug gibt: Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 12 zu Art. 27 BV; UHLMANN, BSK BV, N 27 zu Art. 27 BV.

²⁷⁴ Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 4 zu Art. 5 BV; SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, N 16 zu Art. 5 BV.

²⁷⁵ Vgl. dazu ausführlich unten III.D.

²⁷⁶ Der obj. Anwendungsbereich des GPA für die Schweiz ergibt sich – unter Berücksichtigung der Schwellenwerte – aus den Annexen 4 und 5 des Anhangs 1 des GPA, in welchen die relevanten Dienstleistungen und Baudienstleistungen aufgeführt sind. In diesem sog. Staatsvertragsbereich unterliegt die Schweiz damit bereits aus staatsvertraglichen Pflichten den vom GPA vorgesehenen Vergabeverfahren.

²⁷⁷ Aus Art. I Abs. 1 und Art. II Abs. 2 GPA sowie aus Art. 5 Abs. 1 BöB erschliesst sich nur, dass damit Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge gemeint sind; vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1894 f.; BGE 144 II 177 E. 1.3.1; BGE 125 I 209 E. 6b = Pra 89 (2000) Nr. 149; BGer, Urteil vom 12. Oktober 2018, 2C_861/2017 E. 3.2; DIEBOLD, S. 223 f.; POLEDNA/TRÜMLER, S. 189 f.; ausführlich auch BEYELER, Vergaberecht, Rz. 603 ff.

²⁷⁸ Botschaft Rev. BöB, S. 1895.

eine Gegenleistung erhält.²⁷⁹ Entsprechendes gilt generell für *Monopolkonzessionen*, bei welchen der Staat in erster Linie ein Sonderrecht auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit verleiht und keine öffentlichen Aufgaben überträgt, wie etwa im Falle von Spielbanken- oder Wasserrechtskonzessionen.²⁸⁰ Für den Bund gilt im Gegensatz zu den Kantonen keine allgemeine Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen, wie sie Art. 2 Abs. 7 BGBM vorschreibt.

Dies gilt jedoch nicht, wenn mit der Konzession auch Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden sind, welche Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden könnten. Das Bundesgericht will damit verhindern, dass auf dem Wege einer Konzession das öffentliche Beschaffungsrecht umgangen wird.²⁸¹ So hat etwa die Stadt Genf eine Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund mit der Pflicht des Konzessionärs verbunden, einen öffentlichen Veloverleih zu betreiben. Letztere Pflicht hätte gemäss Urteil des Gerichts nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben werden müssen.²⁸² Konzessionen müssen daher jeweils im gesamten Kontext des fraglichen Geschäfts betrachtet werden.²⁸³ Steht dabei kein regulativer Zweck im Vordergrund und räumt der Staat den Privaten nicht lediglich ein Recht auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ein, so kann die Tätigkeit des Privaten unter Umständen als *öffentliche Aufgabe* und damit als beschaffungsrechtlicher Vorgang aufgefasst werden.²⁸⁴ Aus der funktionalen Perspektive, die das Bundesgericht einnimmt, kann es somit keine Rolle spielen, ob der Gesetzgeber Verwaltungsaufgaben mittels Konzession (des öffentlichen Dienstes) oder Leistungsaufträgen überträgt.²⁸⁵ Das Bundesgericht stellt dabei massgeblich darauf ob, ob es sich bei der vom Staat veranlassten Leistung um eine solche in Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelt.²⁸⁶

Während ein Teil der Lehre den *Begriff der öffentlichen Aufgabe* weit fasst und darunter alle Aufgaben versteht, welche im öffentlichen Interesse liegen – somit u.U. auch Tätigkeiten, welche von Privaten erbracht werden²⁸⁷ – will ein anderer Teil der Lehre darunter lediglich «Staatsaufgaben» bzw. «Verwaltungsaufgaben»

²⁷⁹ BGE 144 II 177 E. 1.3.2; BGE 135 II 49 E. 4 = Pra 98 (2009) Nr. 75; BGE 125 I 209 E. 6b = Pra 89 (2000) Nr. 149; vgl. auch BEYELER, Vergaberecht, Rz. 810 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1015 und 1035.; Botschaft Rev. BôB, S. 1899 f.

²⁸⁰ Vgl. zur Abgrenzung von Konzession und Leistungsauftrag im Allgemeinen RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 84.

²⁸¹ Vgl. BGE 135 II 49, E. 4.4 = Pra 98 (2009) Nr. 75.

²⁸² Vgl. BGE 135 II 49, E. 4.4 und 5 = Pra 98 (2009) Nr. 75; vgl. auch BGer, Urteil vom 9. März 2018, 2C_994/2016 E. 1.3; BGer, Urteil vom 9. März 2018, 2C_229/2017 E. 2.

²⁸³ Vgl. BGE 144 II 177 E. 1.3.2 m.w.H.; BGE 135 II 49 E. 4 = Pra 98 (2009) Nr. 75; vgl. auch BEYELER, Vergaberecht, Rz. 819 f.; DIEBOLD, S. 228 ff.

²⁸⁴ Vgl. BGE 144 II 177 E. 1.3.2 ff.; m.w.H. zu den Meinungen in der Lehre BGE 135 II 49 E. 4, 5 = Pra 98 (2009) Nr. 75: In diesem Fall verknüpfte das Gemeinwesen eine Konzession über den Plakataushang auf öffentlichem Grund mit der Nebenleistung, einen Fahrradverleih einzurichten und zu betreiben.

²⁸⁵ Vgl. RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 84; TRÜEB, Rz. 25.54 sowie zum Überschneidungsbereich von Konzession und Beleihung bereits oben II.A.2.

²⁸⁶ Vgl. BGE 144 II 177 E. 1.3.2; BGE 141 II 113 E. 1.2.1 = Pra 105 (2016) Nr. 36; BGE 125 I 209 E. 6b = Pra 89 (2000) Nr. 149; vgl. die Kritik an dieser Praxis bei DIEBOLD, S. 228 ff.

²⁸⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 25.

verstehen und somit nur Aufgaben, welche durch Verfassung oder Gesetz dem Staat bzw. der Verwaltung übertragen sind.²⁸⁸ Die Lehre kritisiert häufig die unklaren Konturen dieser Begriffe.²⁸⁹ Da diese Begriffe aber die «Demarkationslinie zwischen Staat und Gesellschaft» abbilden,²⁹⁰ kann diese Unschärfe aus rechtspolitischer Sicht nicht erstaunen. Das Bundesgericht hat sich in seiner neueren Praxis, zumindest in Bezug auf das öffentliche Beschaffungsrecht, für ein breites Verständnis des Begriffs der öffentlichen Aufgabe ausgesprochen und versteht darunter alle Tätigkeiten, welche ein öffentliches Interesse unterstützen, selbst wenn diese keine eigentlichen öffentlichen Aufgaben sind.²⁹¹ So erachtete das Bundesgericht den erwähnten Fahrradverleih in der Stadt Genf als Leistung, welche die sanfte Mobilität in der Stadt fördert und damit die Immissionen des motorisierten Verkehrs zu begrenzen hilft.²⁹²

Gemäss der vom Bundesgericht vertretenen funktionalen Sicht auf das Beschaffungsrecht kommt es zudem darauf an, ob im Einzelfall mit einem *kommerziellen Motiv* öffentliche Aufgaben übertragen werden: Das Bundesgericht stellt in einem neuen Entscheid darauf ab, ob der Staat bei der Vergabe eines Leistungsauftrages überwiegend bestrebt ist, die nachgefragte Leistung möglichst kostengünstig zu erhalten. Dabei qualifizierte es die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrages für Spitex-Dienstleistungen als öffentliche Beschaffung, weil die Gemeinde eine möglichst günstige Aufgabenerfüllung anstrebte.²⁹³

2. Entwurf für eine Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017

Das BöB befindet sich zurzeit in einer Totalrevision. Damit soll erstens die im Jahre 2012 abgeschlossene Revision des GPA ins nationale Recht überführt und zweitens

²⁸⁸ Vgl. für eine Übersicht RÜTSCHÉ, Aufgaben, S. 154 ff.; in diesem Sinne auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 24 f.; zu den Verbleibenden Unschärfen aber BIAGGINI, St. Galler Kommentar BV, N 29 zu Art. 178 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 1.

²⁸⁹ Vgl. DIEBOLD, S.228 ff.; RÜTSCHÉ, Aufgaben, S. 154 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 18 zu § 1.
²⁹⁰ RÜTSCHÉ, Aufgaben, S. 153.

²⁹¹ Vgl. BGE 135 II 49, E. 5.2.2 = Pra 98 (2009) Nr. 75.

²⁹² Vgl. BGE 135 II 49, E. 5.2.2 = Pra 98 (2009) Nr. 75.

²⁹³ BGer, Urteil vom 12. Oktober 2018, 2C_861/2017 E. 3.7.3. Nach der Ansicht von RÜTSCHÉ unterstehen Leistungsaufträge nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht, weil damit die Erfüllungspflicht der öffentlichen Aufgabe auf die Privaten übertragen wird. Während dieses Argument die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts noch nicht auszuschliessen vermag, so führt RÜTSCHÉ zur weiteren Begründung an, diese öffentlichen Aufgaben sowie deren Preis seien regelmässig durch Gesetz und Leistungsauftrag mehr oder weniger konkret reguliert. Dies in Abgrenzung zur öffentlichen Beschaffung, bei welcher der Staat eine privatwirtschaftliche Leistung bestelle, um die öffentliche Aufgabe selber zu erfüllen, vgl. RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 90 sowie KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1015. DIEBOLD will Leistungsaufträge hingegen durchgängig dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellen, wobei er dafür allein auf den Umstand der staatlichen Finanzierung abstellen will und nicht auf das Kriterium der öffentlichen Aufgabe. Diese Ansicht bringt es mit sich, dass das Entgelt der Privaten auch in der Form von Abgeltungen, nicht jedoch als Finanzhilfe entrichtet werden kann, vgl. DIEBOLD, S. 228 ff.; vgl. zu dieser Differenzierung im Hinblick auf das Beschaffungsrecht BEYELER, Vergaberecht, Rz. 869 ff.; DIEBOLD, S. 231 f.

sollen die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen einander angeglichen werden.²⁹⁴

Für die vorliegende Studie ist dabei von Bedeutung, dass die Vorlage des Bundesrates in Art. 8 E-BöB den *Begriff des öffentlichen Auftrages definiert*, welcher bisher nicht restlos geklärt war.²⁹⁵ Der Entwurf erwähnt nun ausdrücklich, dass der Vertrag der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen muss,²⁹⁶ womit die bisherige Praxis des Bundesgerichts im Gesetz verankert wird.²⁹⁷ Die unterschiedlichen Meinungen in der Lehre werden somit nicht mehr auf die Frage gerichtet sein, ob die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe ein Kriterium für die Unterstellung eines Vertrages unter das öffentliche Beschaffungswesen sein kann. Die Kontroversen werden sich aber auf den ebenfalls umstrittenen Begriff der öffentlichen Aufgabe verlagern.²⁹⁸

Darüber hinaus sieht der Entwurf des Bundesrates in Art. 9 E-BöB vor, die *Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen* unter gewissen Voraussetzungen als öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 8 E-BöB aufzufassen. Ein öffentlicher Auftrag soll vorliegen, «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.» Der Bundesrat versteht unter dem Begriff der öffentlichen Aufgabe diejenigen Aufgaben, bei welchen dem Staat eine Gewährleistungsverantwortung zukommt. Er fasst diese damit enger als das Bundesgericht.²⁹⁹ Überträgt der Staat solche Aufgaben auf Dritte, so handelt es sich dabei grundsätzlich um einen öffentlichen Auftrag, welcher dem Beschaffungsrecht unterstehen wird.³⁰⁰ Konzessionen, mit welchen keine öffentlichen Aufgaben übertragen werden – der Bundesrat nennt Sondernutzungskonzessionen als Beispiel – sollen hingegen nach wie vor nicht dem BöB unterliegen.

Auch in diesem Fall bleiben allerdings *spezialgesetzliche Bestimmungen vorbehalten*, doch zieht der Bundesrat hierbei einen eher engen Kreis, indem er Ausnahmen anerkennen will, falls ein Auftrag kraft Gesetzes auf einen Empfänger übertragen wird oder zu diesem Zweck eine Anstalt geschaffen wird. Solche Ausnahmen scheinen grundsätzlich vertretbar, da in diesem Fall auch kein Wettbewerb um den Auftrag entstehen kann.³⁰¹ Diese Ausführungen deuten darauf hin, dass die bisherige Praxis des Bundesgerichts kodifiziert werden soll, wonach es auf die Rechtsform der

²⁹⁴ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1853; zum Anpassungsbedarf aufgrund des revidierten GPA insb. S. 1860 f.

²⁹⁵ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1868 und 1895 ff.; zur heutigen Rechtslage oben III.B.2.

²⁹⁶ Art. 8 Abs. 1 E-BöB.

²⁹⁷ Vgl. zu dieser Praxis oben III.B.2.

²⁹⁸ Vgl. dazu etwa RÜTSCHKE, Aufgaben, S. 153 ff.

²⁹⁹ Botschaft Rev. BöB, S. 1900; in der Botschaft werden Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung verwechselt; vgl. zum Begriff der öffentlichen Aufgabe oben III.B.1.

³⁰⁰ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1900.

³⁰¹ So auch Botschaft Rev. BöB, S. 1900 f.

Übertragung der Pflicht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nicht ankommt.³⁰² Gemäss Art. 9 E-BöB gehen spezialgesetzliche Bestimmungen aber wie erwähnt in jedem Fall vor, was wohl für alle von Bundesstellen vergebenen Konzessionen zutrifft und womit der Grundsatz stark relativiert wird.³⁰³ Die Botschaft selber nennt unter anderem bereits die Infrastrukturkonzessionen nach Art. 6 EBG, die Konzessionen nach Personenbeförderungsgesetz sowie die Grundversorgungskonzession nach Art. 14 FMG als solche spezialgesetzlichen Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht.³⁰⁴ Für das PBG und das EBG sieht die Revisionsvorlage des BöB entsprechende Bestimmungen vor.³⁰⁵

Solchen spezialgesetzlichen Ausnahmen stehen nach der Ansicht des Bundesrates auch die *völkerrechtlichen Verpflichtungen* der Schweiz aus dem GPA sowie dem Abkommen CH-EU nicht entgegen:

- Konzessionen nach Schweizer Terminologie sind sowohl vom *GPA* 1994 als auch vom *GPA* 2012 nicht erfasst.³⁰⁶ Zwar erhält die Schweiz Zugang zu den im europäischen Recht verbreiteten Baukonzessionen,³⁰⁷ da sie selber solche aber nicht kennt, sondern solche Leistungen unter dem Begriff «Bauleistungen» erfasst, erwachsen ihr in diesem Bereich keine Verpflichtungen.³⁰⁸ Dienstleistungskonzessionen nach der Terminologie des EU-Rechts,³⁰⁹ welche die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private im Rahmen von Leistungsaufträgen oder Konzessionen nach Schweizer Terminologie enthalten können,³¹⁰ sind dagegen vom *GPA* nicht erfasst.³¹¹ Charakteristisches Element sowohl der Baukonzession als auch der Dienstleistungskonzession nach EU-Recht ist der Umstand, wonach der Staat dem Konzessionsnehmer ein Nutzungs- oder Verwertungsrecht einräumt, womit dieser – in Abgrenzung zum Bau- oder Dienstleistungsauftrag – ein wirtschaftliches Betriebsrisiko trägt.³¹²
- Das *bilaterale Abkommen CH-EU* sieht gegenseitige Marktöffnungen in gewissen inhaltlich definierten Sektorbereichen vor (etwa Telekommunikationsdienstleistungen und Dienstleistungen des Schienenverkehrs), welche

³⁰² Vgl. zur funktionalen Sichtweise oben III.B.1.

³⁰³ Vgl. die Kritik bei BEYELER, Revision BöB, S. 146.

³⁰⁴ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1899 f.

³⁰⁵ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1990.

³⁰⁶ Botschaft *GPA*, S. 2066 f.; Botschaft Rev. BöB, S. 1899 ff. mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b Richtlinie 2014/23/EU, S. 1.

³⁰⁷ Vgl. die Legaldefinition in Art. 5 Ziff. 1 lit. a Richtlinie 2014/23/EU, S. 1.

³⁰⁸ Botschaft *GPA*, S. 2108 f.; Botschaft Rev. BöB, S. 1899.

³⁰⁹ Vgl. die Legaldefinition der Dienstleistungskonzession in Art. 5 Ziff. 1 lit. b Richtlinie 2014/23/EU, S. 1.; vgl. dazu auch ausführlich BEYELER, Vergaberecht, Rz. 823 ff.; NEIER, S. 418 ff.

³¹⁰ Vgl. für einen Vergleich mit dem schweizerischen Recht BEYELER, Vergaberecht, Rz. 823 ff.; NEIER, S. 418 ff.

³¹¹ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1899; vgl. auch LEDUC, S. 6; vgl. aber die Hinweise auf a.M. bei NEIER, Fn 2, S. 401.

³¹² Vgl. BEYELER, Vergaberecht, Rz. 823 ff.; NEIER, S. 409 ff. Vgl. zur Praxis des EuGH in dieser Frage nur EuGH, Rs. C-458/03, ECLI:EU: C:2005:605, N 40 (Parking Brixen); EuGH, Rs.C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628, N 39 (Acoset); vgl. auch die Hinweise bei NEIER, Fn 46, S. 414.

über die Verpflichtungen der Vertragsparteien nach GPA hinausgehen.³¹³ Die Übernahme der EU-Vergaberichtlinie ist im bilateralen Abkommen CH-EU aber nicht vorgesehen.³¹⁴

Die Revisionsvorlage klärt nun auch das Verhältnis des BöB zum *Subventionsgesetz* (SuG) und fügt in letzterem zwei neue Bestimmungen ein, welche dem Umstand Rechnung tragen, dass die Übertragung öffentlicher Aufgaben vor allem im SuG geregelt ist.³¹⁵ Ein neuer Art. 10 Abs. 1 lit. e SuG hält Grundsätze des Auswahlverfahrens und der Form der Übertragung öffentlicher Aufgaben im Zusammenhang mit Abgeltungen fest, welche neu im Rahmen eines transparenten, objektiven und unparteiischen Auswahlverfahren zugesprochen werden. Zu diesem Zweck verweist nArt. 15b SuG für die Übertragung von Bundesaufgaben mit Abgeltungen grundsätzlich auf das Verfahren des öffentlichen Beschaffungswesens.³¹⁶ Das Auswahlverfahren ist im Bundeblatt zu publizieren; für den Rechtsschutz verweist die Norm auf die Bestimmungen des Subventionsgesetzes.³¹⁷

Der Bundesrat erörtert in diesem Zusammenhang auch die schwierige Abgrenzung der Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Sinne von Art. 9 E-BöB und öffentlichen Aufträgen, bei welchen keine Verwaltungsaufgaben übertragen werden. Dabei kritisiert der Bundesrat die betreffenden gesetzlichen Grundlagen als mangelhaft, da sie oft nur erwähnen, dass Aufgaben übertragen werden dürfen und sich meist lediglich in den Materialien Hinweise dazu finden, ob damit bloss administrative Hilfstätigkeit gemeint ist oder die Verwaltungsaufgabe tatsächlich übertragen werden soll.³¹⁸

Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 8 und 9 E-BöB sowie die erwähnten Normen für das SuG sind vom Nationalrat im Sommer 2018 ohne Diskussion angenommen worden.³¹⁹ In Bezug auf Finanzhilfen hat der Nationalrat die Vorlage um eine Bestimmung im SuG ergänzt, welche Behörden ermächtigen will, Empfänger einer Finanzhilfe verpflichten zu können, unter gewissen Umständen einen angemessenen Wettbewerb sicherzustellen, indem in der Regel mindestens drei Offerten

³¹³ Vgl. zu den betroffenen Sektoren Art. 3 Abkommen CH-EU. Zudem dehnt es den Anwendungsbereich des GPA im Verhältnis der Vertragsparteien auf die Bezirks- und Gemeindeebene aus: Art. 2 Abkommen CH-EU; vgl. zum Ganzen auch Botschaft Abk. CH-EU, S. 6147 f.

³¹⁴ Vgl. NEIER, S. 418.

³¹⁵ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1901.

³¹⁶ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1901.

³¹⁷ Vgl. nArt. 15b Abs. 2 und 3 E-BöB.

³¹⁸ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1901 ff. m.H. auf einige exemplarische Fälle der Übertragung von Verwaltungsaufgaben.

³¹⁹ Beratung NR BöB, N 1011.

einzuholen sind.³²⁰ Der Ständerat hat den Entwurf in der Wintersession 2018 behandelt. Da Differenzen zwischen den Räten bestehen, wird der Nationalrat die Vorlage in der Frühlingssession 2019 erneut beraten.³²¹

C. Vorgaben aus dem Kartellgesetz (KG)

Auch der Staat und seine rechtlich unselbstständige Organisationseinheiten des öffentlichen Rechts unterstehen dem Kartellgesetz, wenn sie als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess teilnehmen (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).³²² Überträgt der Staat dagegen öffentliche Aufgaben, so ist er frei, diese Übertragung nicht nach Wettbewerbsgesichtspunkten zu organisieren und somit dem Kartellgesetz zu entziehen.³²³

Art. 3 Abs. 1 KG sieht vor, dass gewisse Vorschriften die Anwendung des KG hindern, wenn diese entweder eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b). Die Praxis zu lit. a ist sehr restriktiv.³²⁴ Hingegen können Unternehmen – wie etwa die Post im Bereich des Regaldienstes von Briefen mit einem Gewicht bis 50 Gramm – im Bereich von rechtlichen Monopolen nach lit. b vom Geltungsbereich des KG ausgenommen sein.³²⁵ Auch öffentliche Bildungsinstitute, welchen zwar keine Monopolstellung, aber gleichwohl eine Sonderstellung am Markt zukommt, unterstehen unter gewissen Voraussetzungen nicht dem KG.³²⁶ Für die vorliegende Studien interessiert jedoch weniger die Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Konzessionäre oder Leistungsbeauftragten, sondern, ob das Kartellgesetz auf den Staat anwendbar ist, wenn er Konzessionen oder Leistungsaufträge vergibt.³²⁷ Steht es dem Staat nach herrschender Lehre und Praxis zu, seine eigenen Leistungen nicht nach Wettbewerbsgesichtspunkten zu organisieren und ein konkurrenzierendes privates Angebot durch subventionierte Tätigkeiten faktisch zu verdrängen,³²⁸ kann dieses Vorgehen nicht gleichzeitig nach KG gerügt werden.³²⁹ Auf die Vergabe von Monopolkonzessionen ist damit das Kartellgesetz grundsätzlich nicht anwendbar,³³⁰ was unseres Erachtens umso mehr für Leistungsaufträge gelten muss, mit welchen öffentliche Aufgaben übertragen werden. Weniger klar scheint hingegen, ob dieser Ausschluss

³²⁰ nArt. 17 Abs. 4 SuG.

³²¹ Vgl. Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 30.01.2019, online: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20170019> (besucht am 3. Februar 2019).

³²² WEBER/VOLZ, Rz. 1.58.; vgl. ausführlich zum Unternehmensbegriff LEHNE, BSK KG, N 7 ff. zu Art. 2 KG. Zur Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit vgl. oben Fn 47.

³²³ Vgl. auch Fn 328.

³²⁴ Vgl. die Kasuistik bei MÜNCH, BSK KG, N 15 ff. zu Art. 3 KG.

³²⁵ Vgl. MÜNCH, BSK KG, N 18 ff. zu Art. 3 KG.

³²⁶ Vgl. MÜNCH, BSK KG, N 21 zu Art. 3 KG.

³²⁷ Vgl. zu dieser Differenzierung KUNZ, S. 374.

³²⁸ Vgl. UHLMANN, BSK BV, N 25 zu Art. 27 BV; etwas relativierend BGE 138 I 378 E. 6.2.2, vgl. aber die Kritik bei BIAGGINI, BV Komm., N 17a zu Art. 27 BV.

³²⁹ Vgl. auch KUNZ, S. 393 f. m.w.H.

³³⁰ KUNZ, S. 393.

auch für die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen gelten kann.³³¹ Das Kartellgesetz sollte Anwendung finden, falls der Staat die Vergabe von Konzessionen oder Leistungsaufträgen nach wettbewerblichen Verfahren zuteilt und damit am Wirtschaftsprozess teilhaben will.³³² Entsprechend diesen Prinzipien hat es die WEKO etwa abgelehnt, das KG auf die Vergabe von Leistungsaufträgen im Rahmen der kantonalen Spitalplanung anzuwenden.³³³ Die WEKO vertrat dabei die Auffassung, dass mit der öffentlichen Aufgabe nach Art. 3 Abs. 1 lit. b KG gleichzeitig der Wettbewerb ausgeschlossen werde. Solche Abweichungen von Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bedürfen aber einer Verfassungsgrundlage.³³⁴

Soweit das Kartellgesetz anwendbar ist und dem Staat bei der Vergabe von Konzessionen oder Leistungsaufträgen in einem Bereich eine *marktbeherrschende Stellung* zukommt, darf er diese gemäss Art. 7 Abs. 1 KG nicht missbrauchen. Insbesondere darf er Geschäftsbeziehungen nicht verweigern (Abs. 2 lit. a) und – z. B. bei der Vergabe von Sondernutzungsrechten – die Handelspartner weder bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminieren (Abs. 2 lit. b).³³⁵

Im Rahmen von *Sondernutzungen* läuft dies auf einen Anspruch auf ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren hinaus. Das Gemeinwesen ist bei der Verteilung der beschränkten Kapazitäten an wirtschaftlich Interessierte aber, wie bereits erwähnt, freier als bei Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 36 BV und kann etwa Qualitätskriterien oder eigene Präferenzen einfliesen lassen. Die Lehre fordert aber immerhin, dass sich der Staat dabei an den Leitlinien des öffentlichen Beschaffungsrecht orientieren sollte.³³⁶ Die WEKO hat sich zum Thema bisher wie folgt geäussert:

- Das Sekretariat der WEKO stellte im Rahmen einer Vorabklärung Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise der staatlich beherrschten Schweizerischen Mustermesse Basel als marktbeherrschenden Unternehmen

³³¹ KUNZ, S. 393 will hier eine Analogie von rechtlichen zu faktischen Monopolen ziehen, was angesichts der restriktiven Praxis hinsichtlich der Ausnahmen der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes aber abzulehnen ist.

³³² In diesem Sinne auch KUNZ, S. 393 f.

³³³ RPW 2010, S. 424 ff. N 28 ff.; vgl. auch DIEBOLD, S. 228.

³³⁴ RPW 2010, S. 424 ff. N 30 f. Bei solchen Ausschlüssen des Wettbewerbs handelt es sich um Fälle von sog. Normenkollisionen, bei welchen die Normen den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen: Vgl. WEBER, DIKE-Komm., N 12 zu Art. 3 KG m.w.H. Beurteilen Normen einen Sachverhalt aber nicht unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten, etwa unter gesundheitspolizeilichen, so sind diese Normen parallel zu den kartellrechtlichen Normen anwendbar: Vgl. BGE 141 II 66 E. 3.3.8, 4.2.5; WEBER, DIKE-Komm., N 12 f. zu Art. 3 KG. Schwierig ist in einem solchen Fall zu bestimmen, wieweit beide Normen anzuwenden sind, da die nicht vorherrschend wettbewerbsrechtlichen Normen ebenfalls Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten können: vgl. BGE 141 II 66 E. 2.4.1; WEBER, DIKE-Komm., N 12 f. zu Art. 3 KG.

³³⁵ Zunächst ist der relevante Markt zu definieren und anschliessend ist zu klären, ob das Unternehmen, im vorliegenden Fall der Staat, diesen Markt beherrscht (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG). Liegt eine solche Marktbeherrschung vor, ist zu prüfen, ob der Staat diese Position in unzulässiger Weise einsetzt: vgl. zum Prüfschema AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, N 18 zu Art. 7 KG.

³³⁶ Vgl. UHLMANN, BSK BV, N 76 f. zu Art. 27 BV.

im Sinne von Art. 7 KG fest. Die Mustermesse verbesserte daraufhin das bisherige Verfahren für die Auswahl der Aussteller und schuf eine interne Rekursmöglichkeit zur Überprüfung von ablehnenden Bescheiden.³³⁷

- Das Sekretariat der WEKO hielt im Rahmen eines Plakatmonopols der Stadt Luzern fest, «die intransparente und einseitige Vergabe der Nutzungsrechte am öffentlichen Grund zwecks Erstellung von Plakatanschlagstellen» behindere möglicherweise den Wettbewerb und «[d]urch den Verzicht auf die Durchführung eines rechtsstaatlichen und wettbewerbsrechtlichen Kriterien genügenden Vergabeverfahrens» würden künstliche Marktzutrittsschranken errichtet.³³⁸

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Bundesgesetzgeber, wie erwähnt, dabei ist, diese Problematik im Falle der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf dem Wege der Revision des BöB anzugehen, womit die Bedeutung des KG im Hinblick auf diskriminierungsfreie Vergabeverfahren des Staates in diesem Bereich abnehmen wird.

D. Rechtsschutz

Die Vergabe oder die Verweigerung einer *Konzession* oder eines Leistungsauftrags ergeht in der Form einer (mitwirkungsbedürftigen) Verfügung.³³⁹ Sie kann Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens bilden, sofern das Gesetz ein solches nicht ausschliesst.³⁴⁰ Konzessionserteilungen und Leistungsaufträge werden vom Bundesgericht grundsätzlich nicht als Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter i.S.v. Art. 86 Abs. 3 BGG, bei welchen eine Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen ist, aufgefasst.³⁴¹

Ist ein Bewerber in einem *öffentlichen Vergabeverfahren* nicht berücksichtigt worden, ist dieser als primärer Verfügungsadressat legitimiert.³⁴²

Legitimiert zur Beschwerde sind zudem Konkurrenten als Drittbetroffene, wenn sie gemäss Bundesgericht über eine «erforderliche Beziehungsnähe» verfügen. Eine solche Beziehungsnähe besteht dann, wenn der Konkurrent durch wirtschaftspolitische Massnahmen in seinen Tätigkeiten begrenzt wird. Bei wirtschaftspolizeilichen Massnahmen bleibe dagegen ein bestehender Wettbewerb unberührt, weshalb

³³⁷ BGE 126 III 250 E. 2.d)cc).

³³⁸ RWP 2003, S. 75 ff. N 52.

³³⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2720; WALDMANN, Konzession, S. 18 f.; BVGer, Urteil vom 14. April 2009, A-1543/2006, E. 6.1.1.

³⁴⁰ Ausgeschlossen ist eine Beschwerde z. B. im Falle von Infrastrukturkonzessionen für Eisenbahnen sowie bei Spielbankenkonzessionen: Art. 32 Abs. 1 lit. f und h VGG; vgl. auch KUNZ, S. 289 f.; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 28 zu § 45.

³⁴¹ Vgl. BGE 136 II 436 E. 1.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2731; WALDMANN, Konzession, Fn 102, S. 21.

³⁴² KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 950; WIEDERKEHR, S. 87.

sich der Konkurrent nicht gegen einen Entscheid, der sich auf wirtschaftspolizeiliche Gründe stützt, wenden kann.³⁴³ Ein solch wirtschaftspolitischer Entscheid wird bei Monopolkonzessionen, Konzessionen des öffentlichen Dienstes und Leistungsaufträgen regelmässig vorliegen.³⁴⁴ Nicht legitimiert sind aber nach Kunz zudem jene, welche «weder am Vergabeverfahren teilgenommen haben noch bisherige Konzessionäre oder Leistungsauftragsnehmer sind, selbst wenn sie tatsächlich in einem Konkurrenzverhältnis stehen».³⁴⁵ Das eröffnet eine Rechtsschutzlücke: Sofern eine Konzession oder ein Leistungsauftrag weder öffentlich ausgeschrieben noch Konkurrenten die Gelegenheit zu einer Konkurrenzofferte gegeben wird,³⁴⁶ erhalten sie keine Möglichkeit, eine individuelle Beziehung zum Verfahren zu erstellen. Es besteht in diesen Fällen kein Anspruch im Sinne der Rechtsweggarantie, da sich die individuelle Verfahrensbeziehung abschliessend aus dem Bundesrecht ergibt.³⁴⁷ Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist auf die Vergabe von Konzessionen oder Leistungsaufträge ebenso wenig anwendbar, soweit sich kein Anspruch auf Erteilung der Konzessionen oder Leistungsaufträge aus dem Gesetz ergibt.³⁴⁸

Wenn der Konkurrent nicht in das Verfahren, das zum Abschluss eines Leistungsauftrags führt, involviert ist, sieht der Gesetzgeber in gewissen Fällen entsprechend vor, der Vergabe der Konzession oder des Leistungsauftrags nach dem Vorbild des Submissionsrechts eine Verfügung vorzugehen zu lassen oder weist dem Dritt betroffenen gestützt auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) das Recht zu, eine Feststellungsverfügung verlangen zu können.³⁴⁹ Im Bereich der Subventionsverträge sieht Art. 19 Abs. 2 SuG vor, dass die Behörde nach erfolgreichen Vertragsverhandlungen dem Gesuchsteller einen befristeten Antrag auf Vertragsschluss eröffnet, worauf nicht nur dieser, sondern auch beschwerdeberichtigte Dritte eine Feststellungsverfügung verlangen können (Art. 19 Abs. 3 SuG).³⁵⁰ Da Lehre und Praxis Abgeltungsvereinbarungen in erster Linie als Subventionsverträge auffassen,³⁵¹ sollte dieses Verfahren auch für Leistungsaufträge gelten, falls mit diesen gleichzeitig die Abgeltungen geregelt werden.³⁵²

³⁴³ BGE 127 II 264 E. 2c; 125 I 7 E. 3d; vgl. m.w.H. KUNZ, S. 334 ff.; MÄCHLER, N 21.72.

³⁴⁴ Vgl. RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 99 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 958; ausführlich zur Praxis des BGer WIEDERKEHR, S. 82 ff.

³⁴⁵ KUNZ, S. 336. Ausgenommen sei immerhin der Fall, da zu Unrecht nicht ausgeschrieben worden sei.

³⁴⁶ So z.B. die Brenneikonkzession oder die Personenbeförderungskonzession, siehe dazu oben II.A.3.c).

³⁴⁷ Art. 32 Abs. 1 lit. f und h VGG, vgl. zur Kritik an diesen Ausnahmen KLEY, St. Galler Kommentar BV, N 35 zu Art. 29a BV); ebenso kritisch Biaggini, BV Komm., N 10 zu Art. 29a BV. Vgl. m.w.H. RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 104 f.

³⁴⁸ Vgl. BGE 142 I 99 E. 2.3.

³⁴⁹ M.H. zu weiteren Möglichkeiten KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1230 ff.; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 102 f.

³⁵⁰ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 320; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 104.

³⁵¹ Vgl. BGer, Urteil vom 26. April 2005, 2P.315/2004 E. 2.3; VPB 2002, Nr. 46, E. 2.4.1; KERN, S. 1820. Die Frage wird vor allem erörtert, um diesen Subventionsvertrag vom öffentlichen Beschaffungswesen abzugrenzen; vgl. dazu insb. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 234 ff.; vgl. zur Kritik an dieser Auffassung m.w.H. auch GANZ, S. 975 ff.

³⁵² So auch RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 105.

IV. Ökonomische Bewertung der Zugangsverfahren geschlossener Märkte

A. Geschlossene Märkte

In der ökonomischen Theorie ist ein *Markt* definiert durch das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage nach einem *knappen Gut*.³⁵³ Ein Gut heisst knapp (oder ökonomisch), falls es nicht in der Menge (oder Qualität) wie gewünscht (nachgefragt) zur Verfügung steht.³⁵⁴

Bei einer *Konzessionierung* sowie bei der Vergabe von *Leistungsaufträgen* kann es sich um einen Markt handeln bzw. ein Markt geschaffen werden. Insbesondere handelt es sich bei den so erschaffenen Märkten um *geschlossene Märkte*, da ein Markteintritt eines weiteren Anbieters nur durch die Erteilung einer weiteren Konzession oder die Vergabe eines weiteren Leistungsauftrages erfolgen kann. Aus ökonomischer Sicht sind nur die durch die geschlossenen Märkte bzw. den Vergabemechanismus geschaffenen *Anreizsysteme* von Bedeutung, und weniger die jeweilige Rechtsform.³⁵⁵

Aus ökonomischer Sicht sind geschlossene Märkte aus mindestens zwei Gründen gerechtfertigt:

- Es soll eine *Limitierung des Angebotes* eines Gutes im Vergleich zur Situation mit freiem Marktzugang erreicht werden. Dies ist ökonomisch sinnvoll, wenn es sich beispielsweise um *Gemeingüter* (Allmende-Güter) – wie etwa frei zugängliche öffentliche Strassen oder Fischgründe – handelt, welche durch die ökonomischen Eigenschaften der Nicht-Ausschliessbarkeit und Rivalität im Konsum charakterisiert ist.³⁵⁶ Ein Hauptproblem bei solchen Gütern ist deren Übernutzung im freien Markt, weil der einzelne Nutzer ohne rechtliche Einschränkungen nicht vom Verbrauch oder der Nutzung des Gutes ausgeschlossen werden kann, aber die individuelle Nutzung wegen der Rivalität im Konsum den Restwert des Gutes für alle anderen Nutzer reduziert. In diesem Zusammenhang spricht die Lehre auch von einer *negativen Externalität*.³⁵⁷ Eng verwandt mit dem Übernutzungsproblem sind auch sogenannte *demeritorische Güter*, wie Alkohol, Tabak oder auch Glücksspiel. Die Sorge ist, dass solche Güter

³⁵³ Der Einfachheit wegen wird «Gut» im Singular (statt «Güter») verwendet. Die folgende Abhandlung setzt insbesondere keine Annahme bezüglich der Teilbarkeit des Gutes voraus, d.h., es kann sich somit um eine (unteilbare) einzelne Einheit des Gutes handeln, oder um eine bestimmte Anzahl an Einheiten, welche auf einen einzelnen oder mehrere verschiedene Leistungsträger verteilt werden soll (wie z. B. Funkfrequenzen im Fernmeldewesen).

³⁵⁴ Siehe, z. B. Gabler Wirtschaftslexikon. Ein ökonomisches Gut erfüllt den Zweck einer Bedürfnisbefriedigung. Vereinfachend wird auf eine Unterscheidung zwischen einem (physischen) Gut und einer (immateriellen) Dienstleistung weitgehend verzichtet.

³⁵⁵ Deswegen wird in der ökonomischen Analyse auf eine Unterscheidung zwischen «Konzession», «Leistungsauftrag» oder «Beleihung» weitgehend verzichtet.

³⁵⁶ Statt vieler BRÜMMERHOFF, S. 95.

³⁵⁷ Siehe FREY/KIRCHGÄSSNER, S. 230 ff.; BRÜMMERHOFF, S. 63 ff.

möglicherweise durch Individuen in einem als für sie ungesund erachteten Übermass konsumiert werden können. Eine Limitierung des Angebotes durch eine Konzessionspflicht kann zu einer Reduktion des Angebotes und somit zu einer Verkleinerung der negativen Effekte im Vergleich zum freien Markt führen. Ausserdem können Missbräuche verhindert oder zumindest erschwert werden.³⁵⁸ In dieser Form der Konzession können konzessionierte Unternehmen grundsätzlich rentabel sein. Daher ist eine Konzessionsgebühr, also eine finanzielle Abgeltung vom Konzessionsnehmer an den Staat, sinnvoll³⁵⁹, und könnte z. B. als Auswahlkriterium für den geeignetsten Anbieter dienen.³⁶⁰

- Es soll ein Angebot geschaffen werden, welches ansonsten im freien Markt nicht oder nur ungenügend bereitgestellt würde. Ein Hauptbeispiel dafür sind sog. *öffentliche Güter*, welche durch Nicht-Rivalität und Nicht-Ausschliessbarkeit gekennzeichnet sind.³⁶¹ Diese beiden Eigenschaften verunmöglichen weitgehend ein privatwirtschaftliches Angebot des Gutes. Ein Beispiel für derartige Güter sind Sendekonzessionen mit Programmauftrag (regionales Radio- oder TV-Programm) oder Streckenkonzessionen beim Regionalverkehr mit Erschliessungsfunktion. Ebenso kann eine Konzession oder ein Leistungsauftrag erteilt werden, falls bei der Produktion des Gutes hohe Netz- oder Infrastrukturkosten bestehen, z. B. bei der Eisenbahninfrastruktur. Solche Technologien sind gekennzeichnet durch zunehmende Skalenerträge bei der Produktion. Falls die Gesamtkosten eines Angebots niedriger sind, wenn nur eine einzelne Unternehmung das Gut anbietet anstatt dass sich mehrere konkurrierende Anbieter das Angebot teilen³⁶², dann ist es gegebenenfalls ökonomisch effizient, den Markt als Monopol auszugestalten; die Lehre spricht in diesem Fall von einem *natürlichen Monopol*.³⁶³ Als Beispiele für natürliche Monopole werden netzwerkintensive Industrien wie Stromleitungen, Schienen, Strassen oder Flughäfen genannt. Dabei ist zwischen dem Angebot der Netzwerkinfrastruktur und der (anschliessenden) *Nutzung* des Netzwerks zu unterscheiden; das natürliche Monopol bezieht sich insbesondere auf ersteres.³⁶⁴

³⁵⁸ Die Entscheidung, ob ein Markt für ein Gut aufgrund eines Übernutzungsproblems geschlossen werden sollte, erfordert aus ökonomischer Sicht eine möglicherweise schwierige und aufwändige Kosten-Nutzen-Abwägung, und ist letztlich eine politische Entscheidung. So zeichnet sich im Fall des Brennereiwesens mit einer möglichen Hinwendung zur Meldepflicht anstelle der Konzession eher eine marktwirtschaftliche Lösung ab.

³⁵⁹ Z. B. Spielbankenabgabe.

³⁶⁰ Ein wichtiges Beispiel dafür ist durch die Auktion gegeben (siehe unten).

³⁶¹ Siehe BRÜMMERHOFF, S. 79 ff.

³⁶² In der Lehre ist dies genau dann der Fall, wenn die Kostenstruktur das Kriterium der *Subadditivität* erfüllt.

³⁶³ Siehe FREY/KIRCHGÄSSNER, S. 85 ff.; BRÜMMERHOFF, S. 60 ff.

³⁶⁴ In vielen Fällen ist es ökonomisch effizient, wenn verschiedene Anbieter eine vorhandene Netzwerkstruktur kompetitiv gegen Gebühr nutzen können. Ein bekanntes Beispiel dafür ist die Nutzung von Stromleitungen durch mehrere Stromproduzenten. Diese produzieren den Strom aber nicht zwingend die Leitungen. Die Trennung zwischen dem Netzwerkangebot durch eine einzelne Unternehmung und der Nutzungsmöglichkeit durch eine Vielzahl anderer Unternehmungen wird als *Entflechtung* (unbundling) bezeichnet.

B. Effiziente Allokationen

Eine Verteilung eines knappen Gutes auf einen oder mehrere Anbieter wird gemeinhin als ökonomische *Allokation* bezeichnet.³⁶⁵ Die Erteilung einer Konzession hat immer eine bestimmte Allokation zur Folge. Eine Schwierigkeit besteht darin, dass es in vielen Situationen mehrere effiziente Allokationen geben kann.³⁶⁶

Nachfolgend wird Effizienz nach der *utilitaristischen Wohlfahrtsfunktion*³⁶⁷ bewertet, u. a. auch, weil die Lehre im Zusammenhang mit optimalen Vergabemechanismen in vielen Fällen diese Wohlfahrtsfunktion anwendet. Die utilitaristische Wohlfahrtsfunktion gewichtet sämtliche Nutzen bzw. Gewinne der Agenten gleich und summiert sie auf. Eine Allokation ist dann effizient, wenn sie die Nutzensumme maximiert. Effizienz führt hier in aller Regel nicht zu Verteilungsgerechtigkeit im Sinne der Gleichverteilung des Gutes auf alle Agenten. Vielmehr erfordert sie eine ungleiche Verteilung des Gutes auf die möglichen Leistungserbringer. Insbesondere soll das Gut den Agenten mit der höchsten Leistungsfähigkeit oder dem besten Preis-Leistungsverhältnis zugeteilt werden.³⁶⁸

C. Das Grundproblem der asymmetrischen Information

Die allgemeine Situation, bei der ein Auftraggeber (der «Prinzipal») einem oder mehreren Bewerbern (den «Agenten») eine Konzession oder Leistungsauftrag, gegebenenfalls gegen *Abgeltung*, erteilt, wird in der ökonomischen Theorie als *Prinzipal-Agenten-Problem* bezeichnet.³⁶⁹ Bei der Vergabe von Konzessionen oder Leistungsaufträgen ist der Prinzipal jeweils der Staat bzw. die staatliche Organisationseinheit, welche für die Vergabe zuständig ist, und die Agenten sind jene Unternehmen, welche den Auftrag umsetzen wollen. Aus Gründen der Einfachheit

³⁶⁵ Mit «Verteilung eines Gutes» ist hier auch die Zuteilung des Rechtes an einer Leistungserbringung u.ä. zu verstehen, ohne welches die zugrunde liegende ökonomische Aktivität nicht legal ausgeübt werden kann.

³⁶⁶ Ein Hauptkriterium, welches sich in allen Teildisziplinen der Ökonomie als ein zentrales, normatives Kriterium zur Bestimmung der Effizienz etabliert hat, ist das Prinzip der *Pareto-Effizienz*. Verschiedene Allokationen können mittels des Pareto-Kriteriums bezüglich ihrer Effizienz miteinander verglichen werden. Eine Allokation A ist eine Pareto-Verbesserung gegenüber einer alternativen Allokation B, wenn in Allokation A mindestens eine Person strikt besser gestellt wird als in Allokation B, aber niemand schlechter. Eine Allokation heißt (Pareto-)effizient, wenn es zu dieser Allokation keine weiteren Pareto-Verbesserungen gibt, siehe MAS-COLELL/WHINSTON/GREEN, S. 545 ff.

³⁶⁷ Siehe MAS-COLELL/WHINSTON/GREEN, S. 789 ff. In der Lehre wird die Wohlfahrtsfunktion häufig als rein ordinales Konzept verwendet. D. h., beim Vergleich zweier möglicher Allokationen besagt die Wohlfahrtsfunktion lediglich, welche der beiden zu bevorzugen ist, allerdings nicht «um wie viel». Ferner ist zu beachten, dass unterschiedliche Wohlfahrtsfunktionen zu unterschiedlichen optimalen Allokationen führen können. Die Festlegung der «gültigen» Wohlfahrtsfunktion ist ein wirtschaftspolitischer Prozess. Die Lehre hat erkannt, dass es im Allgemeinen unmöglich ist, die individuellen Bedürfnisse der Agenten unter Berücksichtigung gewisser natürlicher Grundsätze zu einer sozialen Wohlfahrtsfunktion zu aggregieren: Unmöglichkeitstheorem von Arrow, siehe MAS-COLELL/WHINSTON/GREEN, Kapitel 21.

³⁶⁸ Die Verteilung nach dem Prinzip der Leistungsfähigkeit kann ebenfalls als eine Form der Verteilungsgerechtigkeit aufgefasst werden. Zudem ist die *Gleichbehandlung* (Chancengleichheit) der verschiedenen Agenten insbesondere beim Vorliegen von Informationsasymmetrien eine wichtige Voraussetzung für die ökonomische Effizienz, welche aus einem Allokationsprozess resultiert (siehe unten).

³⁶⁹ MAS-COLELL/WHINSTON/GREEN, S. 477 ff.

werden der Prinzipal im Folgenden weiterhin als Staat und die Agenten als Anbieter bezeichnet.

Die grösste Herausforderung bei der Festlegung einer ökonomisch effizienten Allokation besteht in der *Informationsasymmetrie* zwischen Staat und Anbietern. Mit Informationsasymmetrie wird der Umstand beschrieben, dass die Anbieter besser über ihre wahren Fähigkeiten (Kosten, Möglichkeiten, Qualität u.a.) Bescheid wissen als der Staat. Sie können oder wollen aber dieses Wissen nicht freiwillig bzw. glaubhaft kommunizieren. Die Lehre spricht in solchen Situationen vom Problem der *privaten oder asymmetrischen Information*. Würde der Staat über alle privaten Informationen der Anbieter verfügen, könnte er unmittelbar die effiziente Allokation mittels einer *Direktvergabe* implementieren. Sind solche Informationen nicht verfügbar, haben die Agenten potenziell einen Anreiz, sich *strategisch* zu verhalten, bzw. ihre Eignung und Fähigkeit nicht wahrhaft kundzutun.

Die ökonomische Schlüsselfrage lautet: Wie kann bei Vorliegen von asymmetrischer Information durch einen Vergabeprozess (eines sog. «*Mechanismus*») eine möglichst effiziente Allokation³⁷⁰ garantiert werden? Von besonderem Interesse sind jene Mechanismen, bei welchen die verschiedenen Anbieter von selbst die jeweilige Fähigkeit oder Eignung offenlegen wollen.³⁷¹ Dies ermöglicht die Selektion des ökonomisch effizienten Anbieters und garantiert dem Staat den höchstmöglichen Ertrag aus dem Auftrag.³⁷²

Die Vergabe (eines Auftrages) kann in *zwei Teilaspekte* aufgliedert werden:

- Die *Auswahl eines Anbieters* (oder mehreren Anbietern) zur Umsetzung des Auftrags.
- Die *Ausgestaltung des ökonomisch-rechtlichen Vertrags* (Konzessionsbedingungen oder Leistungsauftrag), welche die Details der zu erbringenden Leistung sowie eine mögliche Abgeltung an die Agenten regelt.

Die Berücksichtigung der asymmetrischen Information ist bei beiden Aspekten zentral, allerdings aus unterschiedlichen Gründen:

- Im Fall der Auswahl der Anbieter besteht häufig asymmetrische Information *vor Vertragsabschluss* («*ex ante*»), z. B. weil die verschiedenen Anbieter dem Staat als Handelspartner noch weitgehend unbekannt sind. Die wesentliche Herausforderung in diesem Fall besteht darin, einen Vergabemechanismus so zu entwickeln, dass die Anbieter freiwillig ihre private Information *wahrhaftig* offenlegen.

³⁷⁰ Im Sinne der vorher definierten sozialen Wohlfahrtsfunktion (siehe oben IV.B).

³⁷¹ Die Teilgebiete «*Mechanism Design*» und «*Contract Theory*» der mikroökonomischen Lehre befassen sich ausgiebig mit diesen Fragen, MAS-COLELL/WHINSTON/GREEN, Kapitel 14 und 23.

³⁷² Der Ertrag für den Staat wird jedoch, im Vergleich zur (hypothetischen) Situation mit, ohne asymmetrische Information in aller Regel geringer ausfallen, weil das Problem der asymmetrischen Information selbst mit dem ökonomisch optimalen Vertrag nur unvollständig gelöst werden kann und sog. Agentenkosten anfallen.

- Im Fall des ökonomischen Vertrages ist das Hauptproblem jene asymmetrische Information, welche *nach Vertragsabschluss* («*ex post*») besteht. Die wesentliche Herausforderung besteht darin, den Vertrag so zu gestalten, dass die Handlungen des konzessionierten Anbieters weitgehend den Wünschen des Staats entsprechen, obwohl diese Handlungen durch den Staat nicht vollständig verifizierbar sind.

D. Vergabemechanismen und deren Effekte

Besteht Informationsasymmetrie zwischen Staat und Anbietern *vor* dem Vertragsabschluss, kann der Staat durch bestimmte Massnahmen versuchen, die Informationsasymmetrie zu reduzieren. Im Vergabeprozess hat der Staat dabei im Wesentlichen zwei Herausforderungen zu lösen:

- das Gut an den (oder die) am *meist geeigneten Anbieter* (z. B. im Sinne der Zahlungsbereitschaften oder Leistungsfähigkeit) zu verteilen, und
- die *Transaktionskosten* zu minimieren bzw. die möglichen Einnahmen zu maximieren.

Das Teilgebiet der Ökonomie, welches sich ausgiebig mit der Frage des optimalen Vergabeverfahrens befasst, heisst *Mechanism Design*. Eine zentrale Erkenntnis ist, dass es für den Staat möglich sein kann, mittels eines sogenannten ökonomischen Mechanismus,³⁷³ einer Form der strategischen Anreizstruktur, die Anreize genauso festzulegen, dass die Anbieter durch ihre Handlungen ihre private Information offenbaren und eine effiziente Allokation des Gutes dadurch ermöglichen.³⁷⁴

Ein Paradebeispiel für einen Mechanismus, welcher mittels einer anreizkompatiblen Ausgestaltung zu wahrhaftem Verhalten führt, ist die *Auktion*.³⁷⁵ Auktionen können zu einer effizienten Allokation führen, weil wahrhaftes Verhalten bei den verschiedenen Anbietern durch das Anreizsystem individuell rational (gewinnoptimal) wird.

Im Folgenden soll am Beispiel der sog. Zweitpreis-Auktion (auch: Vickrey-Auktion) kurz aufgezeigt werden, auf welchen elementaren Prinzipien der allokativen

³⁷³ Die Existenz eines solchen effizienten Mechanismus ist jedoch aufgrund von Zielkonflikten nicht in allen Fällen gewährleistet.

³⁷⁴ In der theoretischen Analyse wird typischerweise vom sogenannten «Revelation principle» Gebrauch gemacht. Dieses Prinzip besagt, dass die Suche nach einem geeigneten Mechanismus, auf jene Mechanismen beschränkt werden kann, bei welchen die Agenten ihre private Information wahrheitsgemäss kommunizieren.

³⁷⁵ Bei einer Auktion werden eine oder mehrere Einheiten eines ökonomischen Gutes anhand der verschiedenen Preisgebote der Agenten zugeteilt. Auktionen wurden z. B. bei der Konzessionierung im *Fernmeldewesen* eingesetzt, siehe Medienmitteilung der ComCom, Vergabe Mobilfunkfrequenzen 2018, online: <<https://www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/themen/mobilfunknetz/vergabe-mobilfunkfrequenzen-2018.html>> (besucht am 30. Dezember 2018) oder bei der *Alpentransitbörse*, siehe Medienmitteilung des ASTRA, Alpentransitbörse ist praxistauglich, online: <<https://www.astra.admin.ch/astra/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/anzeige-meldungen.msg-id-12382.html>> (besucht am 30. Dezember 2018).

Erfolg der Auktion gründet. Viele dieser Prinzipien lassen sich auf andere Allokationsmechanismen übertragen,³⁷⁶ und können insofern als vernünftige Richtwerte für die Ausgestaltung eines Vergabemechanismus betrachtet werden.

Bei der Zweitpreis-Auktion erhält der Bieter mit dem höchsten Gebot den Zuschlag, allerdings muss er nur den *zweithöchsten* gebotenen Preis entrichten. Jeder individuelle Bieter hat nun einen Anreiz, seine wahre Zahlungsbereitschaft in seinem Gebot zu enthüllen: Würde er weniger bieten als seine wahre Zahlungsbereitschaft, dann läuft er die Gefahr, überboten zu werden. Falls er nicht überboten wird, so hätte er auch direkt seine wahre Zahlungsbereitschaft bieten können, da nur der zweithöchste Preis bezahlt werden muss. Gleichsam würde kein rationaler Bieter mehr als die wahre Zahlungsbereitschaft bieten. In diesem Fall könnte er nämlich den Zuschlag zu einem Preis bekommen, welcher über seiner wahren Zahlungsbereitschaft liegt, was defizitär wäre. Somit ist es im *Eigeninteresse jedes Anbieters*, genau gemäss der eigenen, privaten Zahlungsbereitschaft zu bieten, was zu einer vollständigen Enthüllung der privaten Information gegenüber dem Staat führt. Somit garantiert dieser Mechanismus, dass der effizienteste Anbieter den Zuschlag erhält. Allerdings kann der Staat durch diesen Mechanismus nicht die maximale Zahlungsbereitschaft des besten Anbieters abschöpfen (und somit seinen Gesamttrag maximieren), da lediglich das zweithöchste Gebot bezahlt wird.³⁷⁷

Die allokative Effizienz der (Zweitpreis)-Auktion lässt sich grob auf *drei Prinzipien* zurückführen:

- *Wettbewerbsprinzip*: Die Gebote der einzelnen Anbieter sind direkt *kompetitiv* zueinander: Das jeweils höchste Gebot entscheidet die Auktion. Somit sind die einzelnen Anbieter gezwungen, sorgfältig über die Gebote der Mitbewerber nachzudenken.
- *Verbindlichkeit*: Die Gebote der einzelnen Anbieter sind verbindlich, da sie im Nachhinein nicht verändert oder zurückgezogen werden können. Ausserdem gibt es in der Interpretation der Gebote in der Regel keinen Ermessensspielraum. Ebenso hat der Staat bei der Zuteilung keinen diskretionären

³⁷⁶ Ein wichtiges Beispiel dafür ist die Klasse der sog. Clarke-Groves-Mechanismen, wozu auch die Zweitpreis-Auktion zählt. MAS-COLELL/WHINSTON/GREEN, S. 869 ff. Diese Mechanismen garantieren über eine sorgfältige Ausgestaltung des Transfer- bzw. Abgeltungssystems, dass alle Agenten ihre wahren Eigenschaften freiwillig offenlegen, was eine effiziente Allokation ermöglicht. Die Mechanismen nutzen dabei die Externalitäten, welche die unterschiedlichen Agenten durch ihre Handlungen aufeinander ausüben, äusserst geschickt aus. Wenn die Situation es erlaubt, einen Clarke-Groves-Mechanismus anzuwenden, führt dies grundsätzlich zu effizienten Allokationen.

³⁷⁷ Gemäss dem sog. *Revenue-Equivalence-Theorem*, ist es für den Staat nicht möglich, systematisch besser als bei der Zweitpreisauktion abzuschneiden; die verschiedenen Auktionsformen haben dieselben allokativen und ertraglichen Eigenschaften aus statistischer Hinsicht. Die verschiedenen Auktionsformen sind allerdings nicht gleich «robust» bezüglich ihrer Implementierbarkeit. So ist die Zweitpreis-Auktion beispielsweise unter schwächeren Annahmen an das strategische Verhalten bzw. an das Wissen der einzelnen Agenten ein optimaler Mechanismus («dominant-strategy implementation») als die Höchstgebotsauktion (Erstpreis-Auktion) («Bayesian incentive-compatible implementation»). Ferner ist zu beachten, dass im Fall von mehreren Auktionseinheiten («multi-unit auction»), die Wahl der Auktionsform entscheidend sein kann, da dann die Revenue Equivalence im Allgemeinen nicht mehr gelten muss.

Spielraum, wie dies beispielsweise bei einem Kriterienwettbewerb mit Evaluation der Fall ist.

- *Fairness (Chancengleichheit)*: Die «Spielregeln» der Auktion sind für alle Anbieter identisch. Somit hat jeder Anbieter dieselben Chancen, den Zuschlag zu gewinnen.

Verbindlichkeit, Wettbewerbsprinzip und Chancengleichheit bilden zusammen eine wichtige *Voraussetzung* für wahrheitskonformes Verhalten:

- Aufgrund der *Verbindlichkeit* entstehen bei den Anbietern durch die verschiedenen Aktionen ökonomische Kosten, ohne welche die jeweiligen Aktionen zu «cheap talk» verkommen würden. Dies würde eine Eruiierung der wahren Eignung verunmöglichen, weil dann jeder Anbieter einen Anreiz hat, «alles zu versprechen».
- Die Verbindlichkeit eines Angebots alleine kann ohne den *Wettbewerb*³⁷⁸ mit den anderen Anbietern weder wahrheitskonformes Verhalten noch die ökonomische Effizienz der Allokation garantieren.³⁷⁹ Ausserdem verunmöglicht die Verbindlichkeit weitgehend Willkür und Diskriminierung seitens des Staats im Vergabeprozess.
- Die letzte Beobachtung ist eng verbunden mit der *Chancengleichheit* der verschiedenen Anbieter. Diese ist eine notwendige Voraussetzung für eine effiziente Allokation des Gutes mittels eines Vergabemechanismus. Falls einzelne Anbieter – ohne Kenntnis oder Berücksichtigung der wahren Eignungen im Allokationsprozesses – bevorzugt behandelt werden, ist die Effizienz der resultierenden Allokation nicht sichergestellt.

Als problematisch mit Bezug zu den obigen Grundprinzipien kann allgemein das Prinzip der «*Direktvergabe*» eines Auftrages aufgeführt werden. In einer Situation, wo erstens mehrere Anbieter zur Auswahl bereit stünden und zweitens asymmetrische Information zwischen Staat und Anbieter besteht, verletzt das Prinzip der Direktvergabe, also die Allokation des Gutes ohne eine Form der Ausschreibung und Evaluation, mindestens das Verbindlichkeits- und Wettbewerbsprinzip.³⁸⁰ In dieser Hinsicht gibt es daher im Allgemeinen keinen Grund zur Annahme, dass ein solcher Vergabeprozess zu einer ökonomische effizienten Allokation führen sollte.³⁸¹ Aus

³⁷⁸ Nach diesem Prinzip führen auch reine Wettbewerbsmärkte mittels des *Preismechanismus* durch den Ausgleich von Angebot und Nachfrage grundsätzlich zu (Pareto-)optimalen Allokationen.

³⁷⁹ Ein Beispiel einer verbindlichen aber nicht kompetitiven Auktion: Aus der Anzahl aller Angebote wird zufällig eines ausgewählt. Der jeweilige Preis muss durch den Agenten entrichtet werden. Hier fehlt der durch den Wettbewerb typischerweise induzierte «Überbieten», weil alle Agenten einen Anreiz haben, den tiefst möglichen Preis auszuwählen.

³⁸⁰ Die Chancengleichheit ist potenziell bei Direktvergabe verletzt, wenn es eine Auswahl an möglichen Anbietern gibt. Bei einer reinen Zufallsallokation wäre Chancengleichheit zwar (trivialerweise) erfüllt, die Effizienz bleibt aber wegen des Mangels an Wettbewerb ebenso ausschliesslich dem Zufall überlassen.

³⁸¹ Im Gegenteil ist ein solcher Vergabeprozess unter den gemachten Voraussetzungen als *generisch* ineffizient zu beurteilen: Bei Selektion bestimmter Agenten ohne Kenntnis über deren wahre Eignung hängt die Effizienz der resultierenden Allokation vom Zufall ab.

ökonomischer Sicht ist somit die Direktvergabe – mit Ausnahme von Vergaben unterhalb einer Bagatellgrenze, wo der Aufwand des Ausschreibeverfahrens im Missverhältnis zu möglichen Effizienzgewinnen steht – nur in Situationen empfehlenswert, bei denen sich nach sorgfältiger Abklärung keine Auswahl an interessierten Anbieter ergibt oder Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können. Im speziellen Fall, wo der Staat *vor* der Vergabeentscheidung bereits hinreichend über die Eignung der Anbieter informiert ist, was eine weitgehend zweifelsfreie Auswahl des bestgeeigneten Anbieters ermöglicht, kann die Direktvergabe gegenüber einem potenziell kostspieligeren Vergabeverfahren mittels Ausschreibung bevorzugt werden.³⁸²

Aus ökonomischer Sicht ist aufgrund der vorhergehenden Diskussion eine möglichst auktionsnahe Umsetzung des Vergabeverfahrens empfehlenswert.³⁸³ In der Praxis ist es allerdings nicht immer möglich, den Vergabemechanismus als Auktion auszugestalten. So lassen sich möglicherweise nicht alle wichtigen Teilaspekte in einen «Gesamtpreis» zusammenfassen, wie dies für eine Auktion im engeren Sinne erforderlich wäre. Hier bietet sich ein sog. Kriterienwettbewerb an. Eine öffentliche Ausschreibung der Konzession als *Kriterienwettbewerb* ist grundsätzlich mit dem Prinzip der Chancengleichheit verträglich, und durch einen sorgfältigen Evaluationsprozess kann weitgehend auch das Wettbewerbsprinzip umgesetzt werden. Dabei sollte zur weitgehenden Vermeidung von «cheap talk» möglichst verbindliche Zusagen auf Seiten der Anbieter bereits im Rahmen der Bewerbung eingefordert werden.

Ein wichtiger Unterschied zur Auktion besteht beim Kriterienwettbewerb in einem gewissen diskretionären Spielraum des Staats bei der Evaluation der Gesuche. Wie viel *Transparenz* bezüglich der Auswahlkriterien, bzw. deren Gewichtung im Evaluationsprozess, durch den Staat hergestellt werden soll, ist eine nicht-triviale Frage – solange die Chancengleichheit garantiert ist.³⁸⁴ Denn eine gewisse Intransparenz bezüglich der Details des Evaluationsprozesses kann bei den Anbietern vor Gesuchereinreichung zu mehr Unsicherheit und mehr Wettbewerb führen, insbesondere wenn sich die verschiedenen Bewerber kennen oder gut einschätzen können.³⁸⁵

³⁸² Ein mögliches Anwendungsgebiet der Direktvergabe ist der Fall eines natürlichen Monopols. Bei einem natürlichen Monopol können aber potenziell immer noch mehrere Anbieter interessiert sein. Falls es mehrere potenzielle Anbieter gibt und Informationsasymmetrie besteht, ist auch in solch einem Fall ein kompetitives Vergabeverfahren ökonomisch empfehlenswert.

³⁸³ Hierzu können die Clarke-Groves-Mechanismen allenfalls weitere Anhaltspunkte bieten, MAS-COLELL/WHINSTON/GREEN, Kapitel 23.

³⁸⁴ Intransparenz bezieht sich hier auf eine gewisse Unsicherheit der Agenten bezüglich der Evaluation *vor* deren Gesuchereinreichung. Wie die Gesuche bzw. das einzelne Gesuch exakt beurteilt worden sind, sollte *nach* Eröffnung des Vergabeentscheides vollständig und transparent durch den Staat kommuniziert werden, um eine ineffiziente Bevorzugung einzelner Agenten, z. B. aufgrund persönlicher Vorlieben, weitgehend auszuschließen.

³⁸⁵ Die Intuition dafür kann mittels einer Analogie zu einem 1000m-Lauf hergestellt werden. Das Ziel eines jeden von zwei Kontrahenten sei es das Rennen mit minimalem Aufwand zu gewinnen. Wenn nun die beiden Athleten auf derselben Bahn laufen, kann der stärkere Kontrahent sein eigenes Tempo soweit zurücknehmen, dass er seinen Gegner gerade noch schlägt. Weil dies der langsamere Gegner

Eine kompetitive Ausgestaltung des Vergabeprozesses kann den Anbietern die Möglichkeit geben, ihre Eignung für den Zuschlag glaubhaft zu *signalisieren*. So z. B. wenn der Staat die Anstrengungen der Anbieter beim Vergabeprozess beobachten kann, eine «Imitation» der Anstrengung für weniger geeignete Mitbewerber sehr kostspielig oder sogar unmöglich wird («costly-to-fake-principle») und der Staat den Zuschlag entsprechend vergeben kann. Zudem mag das Senden solch kostspieliger Signale zu einer Enthüllung der wahren Eigenschaften der Anbieter führen. Die Intuition ist, dass der effizienteste Anbieter auch bereit ist, ein stärkeres kostspieliges Signal als seine Kontrahenten auszusenden. Dies wiederum zwingt einen etwas schwächeren Konkurrenten ebenfalls, ein ähnliches Signal auszusenden, um sich gegenüber den noch schwächeren Konkurrenten abzuheben usw.

Dieser Mechanismus des Aussendens kostspieliger Signale besteht auch beim *Lobbyismus*. Umgangssprachlich versteht man als Lobbyismus die Vertretung spezifischer Interessen im Sinne einer Einflussnahme auf Gesetze und Regulierungen gegenüber politischen Entscheidungsträgern.³⁸⁶ In der ökonomischen Literatur wird Lobbyismus kontrovers diskutiert, und es werden wichtige Vor- und Nachteile aufgezeigt. In jedem Fall ist das ökonomische Ziel der lobbyierenden Partei eine Beeinflussung von politischen Entscheidungsprozessen mit dem Ziel, einen Allokationsvorteil zu erlangen. Gemäss der Theorie des «rent seeking»³⁸⁷ verwenden die Anbieter Zeit, Aufwand oder andere ökonomisch kostspielige Ressourcen, um die eigene Chance auf eine erfolgreiche Akquisition zu maximieren. Der Anbieter mit dem meisten Lobbying hat entsprechend die grösste Chance, den Zuschlag zu erhalten. Dies erfordert von allen Anbietern ein vermehrtes Lobbying mit entsprechenden Kosten, welche nur von dem im Vergabeprozess erfolgreichen Anbietern refinanziert werden können. Die negativen Wohlfahrtsaspekte von Lobbying sind ein Gegenstand der Theorie des «Rent Seeking». Diese Theorie betont, dass es sich nicht um eine im volkswirtschaftlichen Sinne *produktive* Aktivität handelt, sondern um eine rein *distributive* Aktivität. Anders gesagt, können die durch Lobbyismus aufgewendeten Gelder, insbesondere der Verlierer, nicht (mehr) für andere, produktive Aktivitäten eingesetzt werden.³⁸⁸

In einer Welt mit asymmetrischer Information, in der die Anbieter alleinige Informationshoheit über ihre Qualität und Kostenstruktur haben, hat die ökonomische Lehre allerdings auch eine mögliche, *nutzbringende Eigenschaft von Lobbying*

weiss, wird er selbst nur mit minimaler Geschwindigkeit laufen. Laufen die beiden Kontrahenten aber auf Sicht-getrennten Bahnen, dann weiss der stärkere Kontrahent nicht, wie sehr sich der schwächere anstrengt. In diesem Szenario haben beide Läufer einen Anreiz, tendenziell schneller zu laufen.

³⁸⁶ KÖPPL, S. 195 ff.

³⁸⁷ TULLOCK, S. 224 ff. KRUEGER, S. 291 ff.

³⁸⁸ Die Gefahr einer sog. *Rentenökonomie* ist, dass die individuellen Kosten für ein rein distributives rent-seeking für die individuellen Agenten unterhalb deren Kosten für Innovation, Forschung und Entwicklung liegen, insbesondere, wenn diese auch positive Externalitäten innerhalb einer Gesellschaft erzeugen können. Deswegen ergibt sich eine ökonomische Fehlallokation, bei welcher zu viele Ressourcen für rent-seeking activities, wie Lobbyismus, verwendet werden.

identifiziert. Grundvoraussetzung ist, dass Lobbyingausgaben Informationscharakter haben und als Signal dienen.³⁸⁹ Grundsätzlich kann gesagt werden, dass grosse relative Qualitätsunterschiede der Anbieter den Nutzen des Allokationswettbewerbes durch Lobbying steigern und daher zu effizienteren Zuteilungen führen können. Sind allerdings alle Anbieter ähnlich qualifiziert, ist es aus ökonomischer Sicht weniger kritisch, welcher Anbieter konzessioniert wird. In einer solchen Situation ist die Signalkraft durch Lobbying gering. Falls dennoch Lobbying die Chancen auf einen Zuschlag steigern kann, werden alle Anbieter vermehrt in Lobbying investieren, ohne dass dabei die Allokation des Staats systematisch effizienter wird. Die durch das Lobbying entstandenen Ausgaben sind in diesem Fall ökonomisch verloren.

E. Informationsasymmetrie, Abgeltung und das ökonomische Vertragsproblem

Im Folgenden werden die ökonomischen Grundprinzipien bei der Ausgestaltung eines Vertrages zwischen Staat und Anbieter aufgezeigt. Die Schwierigkeit bei der Vergabe eines Auftrags samt Abgeltung³⁹⁰ besteht darin, dass

- der Staat und der Anbieter in vielen Fällen *unterschiedliche Ziele* verfolgen, und
- zwischen den beiden Parteien *nach Vertragsabschluss* vielfach *asymmetrische Information* besteht, wobei in der Regel der Anbieter einen Informationsvorteil besitzt.

Vereinfacht dargestellt, besagt der Zielkonflikt, dass der Anbieter eine möglichst hohe Kompensation mit möglichst geringem Aufwand erzielen möchte, und der Staat eine möglichst hochwertige Umsetzung zu geringsten Kosten. Dieser Zielkonflikt kann zusammen mit der asymmetrischen Information zu opportunistischen Verhalten des Anbieters führen. Wenn z. B. der Staat eine Abgeltungspauschale verwendet, hat der Anbieter keinen Anreiz, den geleisteten Effort oder die gelieferte Qualität zu maximieren.³⁹¹

³⁸⁹ Die Signalling-Literatur beschäftigt sich daher mit der Effizienz solcher Allokationsmechanismen, d. h. in welchem Ausmass die Beobachtung von verschiedenen kostspieligen Lobbyingaktivitäten Rückschlüsse auf die unterschiedlichen Eignungen der Agenten und somit auf die optimale Allokation des Gutes ermöglichen kann, AUSTEN-SMITH/WRIGHT, S. 229 ff.

³⁹⁰ Eine Abgeltung ist aus ökonomischer Sicht sinnvoll, wenn durch den Leistungsauftrag kein oder ein zu geringer Ertrag erwirtschaftet werden kann, als dass die relevanten Kosten abgedeckt werden können. Typische Beispiele für letzteres sind gesellschaftlich motivierte Unternehmungen, z. B. zur Stützung von Randregionen, oder das Vorliegen von positiven Externalitäten, welche nicht vollumfänglich durch den Agenten abgeschöpft werden können. Ein Gegenbeispiel ist eine Situation, wo die Konzession dem Agenten den Zugang zu Marktgewinnen ermöglicht, z. B. durch die Erschaffung eines lokalen Monopols (wie bei Spielbanken). In so einer Situation entfällt die Abgeltung, es verbleibt aber potenziell das Auswahlproblem.

³⁹¹ Ob eine höhere Qualität bzw. ein höherer Effort überhaupt wünschenswert ist für den Staat, ist integraler Bestandteil der Kosten-Nutzen-Analyse bei der Ausgestaltung des optimalen Vertrages.

Die Herausforderung liegt darin, dass bei Vertragsabschluss die wahre Leistung des Anbieters *nach* Abschluss des Vertrags durch den Staat nicht zweifelsfrei verifizierbar ist. Üblicherweise resultiert aus der Informationsasymmetrie ein Zusatzaufwand für den Staat (sog. *Agenturkosten*), welche sich entweder aus Massnahmen zur Reduktion der Informationsasymmetrie mittels Abgeltung oder aus einem Wohlfahrtsverlust aufgrund eines unvollständigen Vertrages zusammensetzen.³⁹²

Die ökonomische Theorie hat im Fall von Informationsasymmetrien nach Vertragsabschluss *zwei grundlegende Problemtypen* identifiziert: die verborgene Handlung («hidden action») sowie die verborgene Information («hidden information»).³⁹³

- *Hidden Action* liegt vor, wenn der Anbieter im Rahmen seines Leistungsauftrages Handlungen treffen kann, welche vom Staat nicht zweifelsfrei verifizierbar sind. Obwohl der Staat möglicherweise das Gesamtergebnis (z. B. Gewinnrechnung, Endprodukt usw.) beobachten und beurteilen kann, ist es nicht möglich, das Gesamtergebnis eindeutig auf die jeweiligen Handlungen des Anbieters zurückzuführen, da viele andere Aspekte (sog. Umweltfaktoren) wie Marktsituation, unvorhersehbare Probleme bei der Umsetzung usw. ebenfalls das Endergebnis beeinflussen können. Das führt erstens dazu, dass erwünschte Handlungen nicht hinreichend entschädigt werden, weshalb der Anbieter seine allgemeine Anstrengung reduziert («Shirking»). Zweitens werden unerwünschte Handlungen nicht hinreichend sanktioniert, was zur Verrechnung von obsoleten oder nicht wirklich durchgeführten Arbeitsaufwendungen an den Staat führen kann.
- *Hidden Information* liegt vor, wenn die Handlungen oder Anstrengungen des Anbieters zwar durch den Staat verifizierbar sind, der Staat aber die Qualität der Umsetzung aufgrund des Informationsdefizits gegenüber dem Anbieter nicht zweifelsfrei beurteilen kann. Dies z. B. aufgrund mangelnder Fachkenntnis oder weil der Anbieter erst während der Projektlaufzeit seine wahre Eignung für das Projekt kennenlernt, dies aber nicht unbedingt offenlegen will.

In beiden Fällen entsteht das Problem des *moralischen Risikos* («moral hazard») für den Staat: Aufgrund der Informationsasymmetrie und des Zielkonfliktes können die Handlungen eines Anbieters von den durch den Staat intendierten Handlungen abweichen.

Ein zentraler Lösungsansatz für das Problem liegt in einer sorgfältigen Ausgestaltung des Anreizsystems im Vertrag. Im Allgemeinen führt jedoch auch ein optimaler Vertrag zu Zusatzkosten (Agenturkosten) für den Staat im Vergleich zur (hypothetischen) Situation ohne asymmetrische Information.³⁹⁴ So muss z. B. bei nicht

³⁹² Im weitesten Sinne wird der Unterschied zwischen der (hypothetischen) bestmöglichen Lösung ohne asymmetrische Information und der gewählten Lösung als Agenturkosten verstanden.

³⁹³ Für eine vertiefte Diskussion der Grundprobleme, MAS-COLELL/WHINSTON/GREEN, S. 477 ff.

³⁹⁴ Hauptgrund dafür ist der Trade-off zwischen der Anreizkompatibilität des Vertrages («incentives») und der Bereitschaft des Agenten, die daraus entstehenden Einkommensrisiken zu tragen («risk sharing»).

verifizierbarem Effort des Anbieters bei der Umsetzung (hidden action) die Abgeltung in der Regel erfolgsabhängig ausgestaltet sein («Bonus-Malus-System»), damit der Anbieter zu mehr Einsatz motiviert wird. Weil Erfolg aber nicht nur vom Effort des Anbieters abhängt, entsteht durch das Abgeltungssystem eine Variabilität im Einkommen des Anbieters. Ein rationaler, risikoaverser Anbieter willigt nur freiwillig in den Vertrag ein, falls dieses Risiko kompensiert wird. Dies erfordert eine höhere durchschnittliche Abgeltung für den Anbieter im Vergleich zum idealen Vertrag ohne Informationsasymmetrie.³⁹⁵ Somit muss der Staat entweder diese Zusatzkosten als Abgeltungen aufwenden oder alternativ in Kauf nehmen, dass potenziell nur ein minimaler Effort durch den Anbieter geleistet wird.³⁹⁶

F. Anreize zur Ausgestaltung der Ausschreibung

Bei einer Vergabe mit einer Auswahl aus mehreren Anbietern, wie dies z. B. bei Ausschreibungen der Fall ist, sollte der ökonomisch optimale *Vertrag möglichst zusammen mit dem jeweiligen Auswahlmechanismus* durchdacht werden. Falls die Anbieter einen ökonomisch mangelhaften Vertrag antizipieren, kann dies deren Anstrengungen beeinflussen, den Zuschlag zu erhalten. Wenn z. B. ein sehr geeigneter Anbieter davon ausgeht, im Anschluss an einen Zuschlag *keinen* anreizkompatiblen Vertrag zu erhalten, welcher eine höhere Qualität bei der Umsetzung entsprechend abzugelten versucht, kann sich dieser Anbieter allenfalls gegen eine Teilnahme am Vergabeverfahren entscheiden, was potenziell zu Ineffizienz führt. Umgekehrt können schwächere Anbieter vermehrt versuchen, Zuschlüsse zu erhalten, falls z. B. die zu leistende Qualität oder die Anstrengung des Anbieters nicht ausreichend vertraglich motiviert worden ist. Dies kann den Auswahlprozess erschweren.

In jedem Fall erfordert die Ausgestaltung eines optimalen Vergabeprozesses unter Umständen ein beträchtliches Engagement des Staates. In einem rein privatwirtschaftlichen Kontext, wo der Staat beispielsweise der Eigentümer einer Firma ist und die Anbieter das Management verkörpern, ist der ökonomische Anreiz dafür grundsätzlich durch einen höheren erwirtschafteten Unternehmensgewinn gegeben. Es ist zu beachten, dass im Fall des Staates als Auftragsgeber diese Art von Anreiz weniger stark ausgeprägt ist, da z. B. die (impliziten) Kosten eines suboptimalen Prozesses vom Steuersystem aufgefangen werden können. Dies spricht grundsätzlich für eine verbindliche (d. h. gesetzlich normierte) und konkrete Vorgabe des Vergabeprozesses samt Vertragsdesign.

³⁹⁵ Risikoaversion bedeutet, dass ein Anbieter in einer nicht perfekt vorhersagbaren Welt (eine Präferenz für ein ausgeglichenes Einkommen hat; Einkommensschwankungen möchte er weitgehend vermeiden. Falls der Anbieter also zu Handlungen motiviert werden soll, welche grössere Einkommensunsicherheit verursachen, muss der Anbieter dafür stärker kompensiert werden.

³⁹⁶ Bei *Risikoneutralität* beider Parteien ist es möglich, einen Vertrag so zu gestalten, dass dieselben Handlungen des Agenten resultieren, wie wenn der Staat ebenfalls über sämtliche Informationen verfügen würde. Grund dafür ist, dass bei Risikoneutralität mögliche Einkommensschwankungen des Agenten für diesen irrelevant sind; nur das mittlere Einkommen zählt. In vielen Fällen ist es aber sinnvoll, eine unterschiedliche Risikoneigung von Staat und Anbieter anzunehmen, wobei die ökonomisch kleinere Einheit (üblicherweise der Anbieter) eher als vergleichsweise risikoavers einzustufen ist.

V. Beurteilung bestehender Zugangsverfahren geschlossener Märkte

A. Vorbemerkung und Übersicht

Das Postulat von Andrea Caroni, Nr. 15.3398, vom 5. Mai 2015, fokussiert auf *Konzessionen*, welche gestützt auf Bundesrecht erteilt werden und dem Konzessionsnehmer den Zugang zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit verschaffen.³⁹⁷ Die nachfolgend analysierten Konzessionsregime entsprechen diesen Eigenschaften. Sie werden unterteilt in Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen einerseits³⁹⁸ sowie Konzessionen des öffentlichen Dienstes andererseits.³⁹⁹

Das Postulat Caroni erwähnt auch die Erlaubnis zur Erstellung von *Rohrleitungsanlagen* als möglichen Untersuchungsgegenstand. Die Erlaubnis zur Erstellung von Rohrleitungsanlagen wurde bereits 1999 von einem Konzessionsverfahren in ein Plangenehmigungsverfahren umgewandelt.⁴⁰⁰ Das Verfahren wird nachfolgend im Sinne eines Exkurses analysiert und beispielhaft aufgezeigt, dass sich Konzessions- und Bewilligungsverfahren je nach Ausgestaltung annähern und dass Bewilligungsverfahren ähnliche Fragen des Zugangs wie Konzessionsverfahren aufwerfen können.⁴⁰¹

Mit *Leistungsaufträgen* wird einem beschränkten Kreis von Personen des privaten oder öffentlichen Rechts öffentliche Aufgaben übertragen. Die Ausübung der öffentlichen Aufgaben wird regelmässig mit Abgeltungen entschädigt. Der Bundesgesetzgeber regelt in den nachfolgend analysierten gesetzlichen Grundlagen den Zugang zu diesen Tätigkeiten.⁴⁰²

Für die vorliegende Studie wurden anhand der *Subventionsdatenbank* des Bundes alle Abgeltungen darauf hin geprüft, ob mit ihnen der Bund den Zugang zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit eröffnet. Die meisten Abgeltungen des Bundes werden als Beiträge an Kantone oder Gemeinden – als Endempfänger oder zur weiteren Verteilung – überwiesen. Da der Bund in diesen Fällen das Zugangsverfahren nicht oder nicht schergewichtig regelt, werden diese Abgeltungen von der vorliegenden Untersuchung ausgeklammert. Ebenfalls ausgeklammert werden Beiträge, für welche das Gesetz einen direkten Empfänger vorsieht. Der Anhang zur vorliegenden Studie enthält eine Liste der von der Analyse ausgenommenen Abgeltungen, wobei jeweils der Grund des Ausschlusses vom Gegenstand der Studie angegeben wird. Damit erfasst die Studie freilich nicht abschliessend alle Leistungsaufträge des

³⁹⁷ Im Detail dazu oben I.

³⁹⁸ Unten V.B.

³⁹⁹ Unten V.C.

⁴⁰⁰ Bundesgesetz vom 18. Juni 1999 über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren: AS 1999 3071.

⁴⁰¹ Unten V.B.6.

⁴⁰² Unten V.D.

Bundes; zahlreiche Bundesgesetze sehen vor, dass der Bund öffentliche Aufgaben an Dritte übertragen kann. Bestehen keine gesetzliche Spezialregeln, so werden die entsprechenden Übertragungen von öffentlichen Aufgaben, welche gemessen an der Subventionsdatenbank offenbar nicht regelmässig erfolgen, dem Beschaffungsrecht unterstehen.⁴⁰³

Die nachfolgenden *Analysen* der eruierten Märkte beschränken sich, dem Postulat Caroni folgend, auf die Frage, ob die Bundesgesetzgebung ein faires, diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren sicherstellt. Die Behördenpraxis wird nur punktuell in die Analysen einbezogen. Zudem stehen die nachfolgenden Empfehlungen insbesondere unter dem Vorbehalt vertiefter ökonomischer Analysen.

Die *nachfolgenden zwei Tabellen* geben eine Übersicht über die eruierten und nachfolgend analysierten Zugangsverfahren zu Konzessionen und Leistungsaufträgen, wobei immer auch die Art des Zugangsverfahrens genannt wird.

⁴⁰³ Kap. III.B. So übt z. B. das Bundesamt MeteoSchweiz diverse öffentlichen Aufgaben aus, welche in Art. 1 MetG bezeichnet werden. Nach Art. 6 MetG ist die Aufgabenerfüllung durch Dritte möglich. Weder in der Subventionsdatenbank noch auf der Website von MeteoSchweiz werden Abgeltungen resp. Aufgabenübertragungen ausgewiesen. Ein weiteres Beispiel ist die Schweizerischen Exportrisikoversicherung (SERV), eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 3 Abs. 1 SERVG). Sie bietet Versicherungen für Exportrisiken an (Art. 4 SERVG). Die SERV kann Aufgaben im Bereich der Durchführung der Versicherung an Dritte übertragen (Art. 9 SERVG).

Übersicht über die Verfahren bei Konzessionen

Themenfeld	Konzession	Konzessionserteilung		
		von Gesetzes wegen	mit Ausschreibung	ohne Ausschreibung
Brennerei	Brennereikonzession			X
Eisenbahn	Eisenbahninfrastrukturkonzession			X
Personenverkehr	Personenbeförderungskonzession			<i>bislang</i> ohne Ausschreibung
	- Fernverkehrskonzession			
	- Personenbeförderungskonzession beim regionalen Personenverkehr (RPV) auf der Strasse		Ausschreibung als Grundsatz	gesetzl. def. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht
	- Personenbeförderungskonzession beim regionalen Personenverkehr (RPV) auf der Schiene		Konzession <i>kann</i> ausgeschrieben werden	X
Luftfahrt	Betriebskonzession für Flughäfen			X
	Streckenkonzession für den gewerbmässigen Luftverkehr			X
Fernmeldewesen	Funkkonzession			
	- Frequenz A bei einer beschränkten Anzahl von Funkfrequenzen		X Kriterienwettbewerb oder Auktion	
	- Frequenz B beim Vorhandensein von genügend Frequenzen			X
	Grundversorgungskonzession		X Kriterienwettbewerb	
Radio und Fernsehen	Programmkonzession			
	- Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG)	X		
	- Konzession für die Veranstaltung von lokal-regionalen Programmen		Ausschreibung als Grundsatz	gesetzl. def. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht
Spielbanken	Spielbankenkonzession			X
Stromversorgung	Netzkonzession			X
Wasserkraft	Wasserkraftkonzession			X

Übersicht über Verfahren bei Abgeltungen

Kreditnummer	Abgeltung	Grundlage für die Ausrichtung der Abgeltung	Verfahren
A236.0110	Abgeltung der ungedeckten Kosten aus dem Betrieb und Unterhalt der Eisenbahninfrastruktur	Leistungsvereinbarungen gemäss Art. 51 EBG zwischen dem BAV und dem konzessionierten Eisenbahnunternehmen	Beitragsgesuchsverfahren
A231.0290	Abgeltungen der laut Planrechnung ungedeckten Kosten des Regionalen Personenverkehrs (RPV)	Angebotsvereinbarung gemäss Art. 21 Abs. 1 ARPV zwischen dem Besteller des Verkehrsangebots und dem konzessionierten Transportunternehmen (KTU)	Bestellverfahren für abgeltungsberechtigte Angebote des regionalen Personenverkehrs (Art. 31a PBG und Art. 11 ff. ARPV)
A231.0291	Abgeltungen an den Autoverlad	Angebotsvereinbarung zwischen dem Besteller und dem Transportunternehmen (Art. 21 Abs. 1 ARPV)	Offertverfahren für die Ausrichtung von Betriebsbeiträgen entsprechend den Bestimmungen für die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (Art. 24 Abs. 1 GütV, Art. 16-23 ARPV)
A231.0211	Abgeltung der Leistungen zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz	Leistungsvereinbarung zwischen dem WFB und dem Beauftragten (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BFIU)	Beitragsgesuchsverfahren, Bewilligung des Höchstbetrags für die Standortpromotion für jeweils vier Jahre durch einfachen Bundesbeschluss der Bundesversammlung (Art. 7 BFIU)
A231.0188	Abgeltung von mit der Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM) betrauten Organisationen	Verfügung oder Leistungsvereinbarung (Art. 81d Abs. 1 Satz 1 AVIV)	Beitragsgesuchsverfahren
A231.0116	Abgeltungen an die vom Eidgenössische Institut für Metrologie (METAS) beauftragen designierten Institute (DI)	Öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen METAS und designiertem Institut (Art. 4 Abs. 3 EIMV)	Beziehung designierter Institute nach Konsultation des Institutsrats gemäss den vom Institutsrat festgelegten Kriterien (Art. 4 Abs. 1 EIMV)

B. *Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen*

1. Wasserrechtskonzessionen

Bei Wasserrechtskonzessionen handelt es sich um *Sondernutzungskonzessionen*, mit welchen das Recht zur Sondernutzung der öffentlichen Gewässer als einer öffentlichen Sache übertragen wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 WRG). Entsprechend sind es in erster Linie die Kantone, welche Wasserrechtskonzessionen erteilen (Art. 38 Abs. 1 WRG).

Das *Wasserrechtsgesetz* des Bundes sieht aber vor, dass der Bund Konzessionen für die Nutzung von internationalen Gewässern sowie für die Nutzung interkantonalen Gewässers erteilt. Letzteres jedoch nur, wenn sich die betroffenen Kantone nicht einigen können (vgl. Art. 6 Abs. 1, Art. 7 WRG). In den Fällen der Bundeskonzessionen kann die Konzession *ohne Auktion* erteilt werden. Das Verfahren wird diesfalls durch ein Gesuch eröffnet. Die Zahl der Konzessionen ist bei Sondernutzungskonzessionen typischerweise durch die tatsächlichen Gegebenheiten beschränkt. Bewerben sich mehrere Interessenten, so sieht das Gesetz Zuschlagskriterien vor, wonach primär derjenige zu bevorzugen ist, dessen Unternehmen dem öffentlichen Wohl mehr dient.⁴⁰⁴ Sind die Bewerber in diesem Punkt gleich zu bewerten, so ist die Konzession demjenigen zu erteilen, welcher das Gewässer wirtschaftlich am besten ausnützt (Art. 41 WRG). Die Vergabe erfolgt somit nach sehr offen formulierten Zuschlagskriterien. Eine Ausschreibungspflicht lehnte der Gesetzgeber ab, weil er sich dadurch zu sehr eingeschränkt sah.⁴⁰⁵ In jedem Fall ist das Verfahren aber diskriminierungsfrei und transparent auszugestalten (Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG). Den betroffenen Kantonen ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, und das Konzessionsgesuch ist zu publizieren (Art. 62c WRG).

Nach der Praxis des Bundesgerichts sind die *Wirtschaftsfreiheit* als Grundrecht (Art. 27 BV) sowie der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) auf die Vergabe solcher Sondernutzungskonzessionen grundsätzlich nicht anwendbar. Jedoch fordert eine Reihe von Autoren – in Analogie zum bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch –, dass ein solch bedingter Anspruch auch auf Sondernutzung einer öffentlichen Sache anerkannt werden sollte.⁴⁰⁶

Die Vergabe von Wasserrechtskonzessionen *unterliegt nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht*, da das Gemeinwesen im Fall von Sondernutzungskonzessionen nach Ansicht des Bundesgerichts als Anbieter eines Sonderrechts auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit und nicht als Nachfrager einer Leistung auftritt. Dies zumindest solange als eine solche Konzession nicht mit öffentlichen Aufgaben verbunden wird. Auch nach Art. 9 E-BöB der Revisionsvorlage des Bundesrates sollen

⁴⁰⁴ Art. 41 WRG.

⁴⁰⁵ Vgl. Bericht UREK, S. 2910 f.

⁴⁰⁶ Dazu oben bei Fn 246.

Sondernutzungskonzessionen weiterhin vom öffentlichen Beschaffungsrecht ausgenommen bleiben.

Ob sich aus dem *Kartellgesetz* Vorgaben für die Verleihung von Sondernutzungskonzessionen ergeben, ist umstritten. Die herrschende Lehre vertritt die Ansicht, faktische Monopole würden Unternehmen keine besonderen Rechte i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b KG verleihen, womit das KG für Konzessionäre anwendbar wäre.⁴⁰⁷ Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Kartellgesetz aber grundsätzlich auch für den Bund anwendbar, wenn er als Verleiher von Wasserrechtskonzessionen auftritt.⁴⁰⁸ Da das WRG bereits ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren fordert, wird insofern ein Teil der Vorgaben von Art. 7 KG bereits berücksichtigt.

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen der durch den Bund erteilten Wasserrechtskonzessionen sehen keine öffentliche Ausschreibung oder gar eine Auktion vor. Die Erteilung der Konzessionen erfolgt im Rahmen eines Gesuchsverfahrens, wobei das Wasserrechtsgesetz immerhin ein diskriminierungsfreies Verfahren fordert und die Konzessionsgesuche publiziert werden müssen. Ebenso sieht das Gesetz eine Prioritätenordnung bei der Vergabe der Konzessionen vor. Da weder die Wirtschaftsfreiheit noch das öffentliche Beschaffungsrecht auf die Vergabe von Wasserrechtskonzessionen anwendbar ist, besteht keine verfassungsrechtliche oder gesetzliche Pflicht zur Ausschreibung oder Auktion von Wasserrechtskonzessionen. Das Kartellgesetz ist nach der hier vertretenen Auffassung auf die Vergabe von Wasserrechtskonzessionen anwendbar, bietet aber wohl keine weiteren Garantien als das Wasserrechtsgesetz, welches ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren fordert.⁴⁰⁹

Aus ökonomischer Sicht fällt auf, dass das Wasserrechtsgesetz zwar ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren fordert, ein Auktionsverfahren, welches diese Grundsätze aus ökonomischer Sicht verwirklichen kann, aber nicht einführt. Zwar werden die Konzessionsgesuche veröffentlicht, womit Konkurrenten ebenfalls ein Gesuch einreichen können. Die Transparenz des Verfahrens bleibt aber gleichwohl beschränkt.⁴¹⁰ Es ist zu vermuten, dass die Zahl der Marktteilnehmer für eine Auktion ausreichend gross wäre, und auch der Preis einer Wasserrechtskonzession scheint im Hinblick auf eine Auktion bestimmbar zu sein. Indem der Bundesgesetzgeber die Vergabe in erster Linie nach öffentlichem Interesse und in zweiter Priorität nach der wirtschaftlichen Ausnützung des Gewässers festlegt, hat

⁴⁰⁷ Vgl. MÜNCH, BSK KG, N 18 zu Art. 3 KG; WEBER, DIKE-Komm., N 31 zu Art. 3 KG. Die Lehre beurteilt aber gewöhnlich nur, ob ein Konzessionär durch die Konzessionerteilung eine marktbeherrschende Stellung erhält. Vorliegend ist jedoch fraglich, ob das konzessionierende Gemeinwesen eine marktbeherrschende Stellung innehat. Aufgrund des Normzwecks sollte dies aber ebenso für das konzessionierende Gemeinwesen gelten.

⁴⁰⁸ Vgl. dazu oben III.C.

⁴⁰⁹ Dem Bund kommt im Bereich der Wasserrechtskonzessionen wohl auch keine marktbeherrschende Stellung zu.

⁴¹⁰ Die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vertrat hingegen die Auffassung, die Statistik des BFE über die Wasserkraftanlagen der Schweiz würde für genügend Transparenz über Dauer und damit Erneuerung von Wasserrechtskonzessionen sorgen, vgl. Bericht UREK, S. 2907.

er sich zwar für einen Kriterienwettbewerb entschieden, diesen aus politischen Gründen aber sehr offen formuliert, was ihm ein grosses Ermessen einräumt. Es ist zu vermuten, dass eine kompetitivere Ausgestaltung der Konzessionsvergabe, z. B. mittels einer Auktion, die ökonomische Effizienz noch weiter anheben könnte.

Fazit: Das Gesetz fordert für den Zugang zum Markt, welcher aufgrund eines Gesuchs erteilt wird, ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren. Der Gesetzgeber hat es bisher aber unterlassen, das zu diesem Zweck aus ökonomischer Sicht am besten geeignete Mittel des Auktionsverfahrens einzuführen. Immerhin erfolgt die Vergabe auf Grund eines Kriterienwettbewerbs, wobei die sehr offen formulierten Kriterien den zuständigen Behörden ein grosses Ermessen bei der Vergabe einräumen.

2. Fernmeldewesen – Funkkonzessionen

Wer das Funkfrequenzspektrum nutzen will, braucht eine Funkkonzession (Art. 92 BV i.V.m. Art. 22 Abs. 1 FMG).⁴¹¹ Das Gesetz sieht vor, dass die Funkkonzessionen «in der Regel» auszuschreiben sind, falls mit den Frequenzen Fernmeldedienste erbracht werden sollen und nicht genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen und voraussehbaren künftigen Interessenten zur Verfügung stehen (Art. 24 Abs. 1 FMG).

Im Falle einer Ausschreibung bestimmt die Konzessionsbehörde (ComCom), ob der Zuschlag auf Grund eines Kriterienwettbewerbs oder einer Auktion erfolgt. Entschieden sie sich für letztere, kann dieser eine Vorselektion vorangehen (Art. 21 FKV). Die Ausschreibung wird unter Angabe der Eingabefrist im Bundesblatt veröffentlicht. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten die Entscheidungskriterien und deren Gewichtung (Art. 20 Abs. 1 FKV). Im Jahre 2012 versteigerte die ComCom die zur Verfügung stehenden Mobilfunkkonzessionen, wofür die obsiegenden drei Bieter fast eine Milliarde Franken zu bezahlen hatten.⁴¹² Im Januar 2019 wurde erneut eine Auktion durchgeführt, wobei die Vergabe des neuen Standards 5G Auktionseinnahmen für den Bund von rund 380 Millionen Franken einbrachte.⁴¹³

⁴¹¹ Von der Konzessionspflicht ausgenommen sind die Armee und der Zivilschutz für die Benutzung des ihnen zugewiesenen Frequenzspektrums im Rahmen ihrer dienstlichen Tätigkeit (Art. 24 Abs. 2 FMG und Art. 7 Abs. 2 FKV).

⁴¹² Dies waren die Unternehmen Orange, Sunrise und Swisscom. Sie bezahlten insgesamt 996'268'000 Franken, vgl. Medienmitteilung der ComCom vom 23. Februar 2012, Orange, Sunrise und Swisscom ersteigern Mobilfunkfrequenzen, online: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-43520.html>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁴¹³ Medienmitteilung der ComCom vom 8. Februar 2019, online: <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-73916.html>> (besucht am 10. Februar 2019). Zum angewandten Verfahren der sog. Clock-Auktion, vgl. Jürg Müller, Die Katze ist aus dem Sack: wie die Mobilfunkfrequenzen für 5G in der Schweiz versteigert werden, NZZ vom 6. Juli 2018, online: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/die-katze-ist-aus-dem-sack-wie-die-mobilfunkfrequenzen-fuer-5g-in-der-schweiz-versteigert-werden-ld.1399471>> (besucht am 27. Dezember 2018).

Mit der Funkkonzession werden dem Konzessionär keine öffentlichen Aufgaben übertragen, sondern es wird *ihm eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit* gestattet (Monopolkonzession).⁴¹⁴

Nach der Praxis des Bundesgerichts sind die *Wirtschaftsfreiheit* als Grundrecht (Art. 27 BV) sowie der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) auf die Vergabe von Monopolkonzessionen grundsätzlich nicht anwendbar. Diese Ansicht stösst in der Lehre verbreitet auf Kritik. Dies insbesondere in Monopolbereichen, in welchen der Gesetzgeber selbst wirksamen Wettbewerb durch ein Konkurrenzsystem anstrebt, was im Bereich der Funkkonzessionen offensichtlich der Fall ist.⁴¹⁵ Nach der Lehre besteht somit Anspruch auf Wahrung der Wirtschaftsfreiheit und Gleichbehandlung der Konkurrenten. Aus der objektiven Dimension der Wirtschaftsfreiheit fliesse eine Pflicht des Staates, auch bei der Verteilung knapper administrierter Güter für möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse zu sorgen.⁴¹⁶ Die Zugangssysteme seien dergestalt einzurichten, dass sie ein offenes und transparentes Verfahren gewährleisten und die an der Übernahme öffentlicher Aufgaben Interessierten nicht diskriminieren.⁴¹⁷ Nach Ansicht der wohl herrschenden Lehre entspricht eine öffentliche Ausschreibung mit Kriterienwettbewerb oder einer Auktion diesen Erfordernissen am besten.⁴¹⁸ Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Konkurrenten kann aber im Rahmen von Art. 36 BV eingeschränkt werden.⁴¹⁹ Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Konkurrenten hindert den Staat auch nicht daran, öffentliche Interessen bei der Vergabe zu berücksichtigen, doch hat er diese Interessen gegen die individuellen Nachteile unterliegender Konkurrenten und Wettbewerbsverzerrungen abzuwägen.⁴²⁰ In dieser Hinsicht geht die Wettbewerbsneutralität weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot.⁴²¹

Die Vergabe der Funkkonzessionen *unterliegt nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht*, da das Gemeinwesen in Falle von Monopol- oder Sondernutzungskonzessionen nach Ansicht des Bundesgerichts als Anbieter eines Sonderrechts auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit und nicht als Nachfrager einer Leistung auftritt. Dabei ist aber zu beachten, dass es sich beim Vergabeverfahren nach FMG ohnehin um ein spezialgesetzliches Verfahren handelt, welches sowohl unter geltendem als

⁴¹⁴ Dies selbst wenn mit der Konzession eine Betriebspflicht verknüpft wird, vgl. RÜTSCHKE, Aufgaben, S. 159 f.

⁴¹⁵ Vgl. Art. 1 FMG.

⁴¹⁶ Vgl. DIEBOLD, S. 221 f.; m.w.H. UHLMANN, BSK BV, N 26 zu Art. 27 BV; REICH, N 973 und 975.

⁴¹⁷ UHLMANN, BSK BV, N 27 zu Art. 27 BV; im Hinblick auf den bedingten Anspruch auf Benutzung öffentlichen Grundes auch BIAGGINI, BV Komm., N 16 zu Art. 27 BV; vgl. auch BEYELER, Vergaberecht, Rz. 813 und 815.

⁴¹⁸ DIEBOLD, S. 221 f.; REICH, N 975; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 87 ff.; vgl. auch die ähnliche Kritik bei UHLMANN, BSK BV, N 50 zu Art. 27 BV.

⁴¹⁹ REICH, N 967; RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 90 f.; im Allgemeinen auch UHLMANN, BSK BV, N 62 ff. zu Art. 27 BV.

⁴²⁰ Vgl. BGE 125 I 436 E. 4.b).aa).

⁴²¹ Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 16 zu Art. 27 BV; UHLMANN, BSK BV, N 63 zu Art. 27 BV.

auch nach dem vorgesehenen revidierten BöB vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen bleiben soll.⁴²² Dies zumindest solange, als eine solche Konzession nicht mit öffentlichen Aufgaben verbunden wird.

Ob sich aus dem *Kartellgesetz* Vorgaben für die Verleihung von Funkkonzessionen ergeben, ist umstritten. Die herrschende Lehre vertritt die Ansicht, dass faktische Monopole Unternehmen keine besonderen Rechte i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b KG verleihen, womit das KG anwendbar wäre.⁴²³ Da die Funkkonzession allerdings auch auf einem rechtlichen Monopol beruht (Art. 92 BV), welches Unternehmen besondere Rechte i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b verleihen könnte, wäre die Anwendbarkeit auf Konzessionäre ausgeschlossen.⁴²⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Kartellgesetz aber grundsätzlich auch für den Bund anwendbar, wenn er als Verleiher von Sondernutzungskonzessionen auftritt, jedoch nicht, falls er Monopolkonzessionen verleiht. Anwendbar sollte das Kartellgesetz hingegen sein, falls der Bund ein wettbewerbliches Vergabeverfahren einrichtet.⁴²⁵

Die wettbewerbsrechtlichen Normen des FMG treten als spezialgesetzliche Normen zum Kartellgesetz hinzu und verpflichten etwa in Art. 11 FMG marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten, anderen Anbieterinnen in gewissen Formen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren.⁴²⁶

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen über die Vergabe der Funkkonzessionen durch den Bund sehen eine öffentliche Ausschreibung der Konzession im Rahmen einer Auktion oder eines Kriterienwettbewerbs vor. Die Wirtschaftsfreiheit (gem. Bundesgericht) und das öffentliche Beschaffungsrecht sind nicht anwendbar. Das FMG kennt zwar eigene wettbewerbsrechtliche Vorgaben, schliesst die Anwendbarkeit des KG allerdings nicht aus, sondern gilt neben diesem auch für den Bund als Verleiher einer Funkkonzession, da dieser dafür ein wettbewerbliches Verfahren eingerichtet hat.

Im Bereich der Mobilfunkkonzessionen hat sich die ComCom in den beiden letzten Verfahren jeweils für eine Auktion entschieden. *Aus ökonomischer Sicht* berücksichtigt das Verfahren damit das Prinzip der Chancengleichheit und das Wettbewerbsprinzip. Es ist daher zu erwarten, dass die Vergabe im Sinne der allokativen Effizienz erfolgt und damit den Informationsasymmetrien zwischen dem Staat und den Konzessionsbewerbern begegnet werden kann. Das Auktionsverfahren zur

⁴²² So ausdrücklich Botschaft Rev. BöB, S. 1899 f.

⁴²³ Vgl. MÜNCH, BSK KG, N 18 zu Art. 3 KG; WEBER, DIKE-Komm., N 31 zu Art. 3 KG. Die Lehre beurteilt aber gewöhnlich nur, ob ein Konzessionär durch die Konzessionserteilung eine marktbeherrschende Stellung erhält. Vorliegend ist jedoch fraglich, ob das konzessionierende Gemeinwesen eine marktbeherrschende Stellung innehat. Aufgrund des Normzwecks sollte dies aber ebenso für das konzessionierende Gemeinwesen gelten.

⁴²⁴ Vgl. zu dieser Doppelnatur der Funkkonzession WALDMANN, Konzession, S. 11 f.; vgl. auch AMGWERD/SCHLAURI, Rz. 6.70.

⁴²⁵ Vgl. dazu oben III.C.

⁴²⁶ Sog. positive Normenkonkurrenz, vgl. BGer, Urteil vom 11. April 2011, 2C_343/2010, 2C_344/2010 E. 3.4; WEBER, DIKE-Komm., N 12 zu Art. 3 KG; vgl. auch AMGWERD/SCHLAURI, Rz. 6.52.

Vergabe der Funkkonzessionen entspricht folglich den Anforderungen an Chancengleichheit, Transparenz und Fairness. Es wird rechtlich abgesichert durch Bestimmungen im FMG über marktbeherrschende Anbieter sowie – nach Meinung der herrschenden Lehre – durch die Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit und des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit aufgrund des durch den Gesetzgeber eingerichteten Wettbewerbssystems.

Fazit: Der Zugang zum Markt erfolgt durch öffentliche Ausschreibung der Konzessionen im Rahmen einer Auktion oder eines Kriterienwettbewerbs und damit unter Wahrung der Prinzipien der Chancengleichheit, Transparenz und Fairness.

3. Brennereikonzessionen

Die Ausübung des Rechts zur Herstellung und zur Reinigung gebrannter Wasser durch genossenschaftliche und andere privatwirtschaftliche Unternehmungen bedarf einer Brennereikonzession (Art. 3 Abs. 2 und 3 AlkG). Die Erteilung einer solchen erfolgt ohne Ausschreibung auf Gesuch hin, welches bei der Abteilung Alkohol und Tabak der Eidgenössischen Zollverwaltung (EVZ) eingereicht wird (Art. 6 Abs. 1 AlkG).⁴²⁷ Das Bundesrecht stellt einige Eignungskriterien überwiegend technischer Natur auf, welche die Gesuchsteller zu erfüllen haben, um für die Vergabe einer der Konzessionen in Frage zu kommen (vgl. Art. 4 AlkV). Eine Publikation der Gesuche oder der erteilten Konzessionen ist nicht vorgesehen. Da Konzessionen jedoch ausschliesslich bei ausgewiesenem wirtschaftlichem Bedürfnis des Landes erteilt werden (Art. 5 Abs. 1 AlkG), ist ihre Anzahl beschränkt.

Bei den Brennereikonzessionen handelt es sich um Konzessionen, mit welchen das *Recht zur Ausübung einer monopolisierten wirtschaftlichen Tätigkeit* übertragen wird (vgl. Art. 3 Abs. 2 AlkG).

Nach der Praxis des Bundesgerichts sind die *Wirtschaftsfreiheit* als Grundrecht (Art. 27 BV) sowie der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) auf die Vergabe solcher Konzessionen grundsätzlich nicht anwendbar. Gerade in Bezug auf die Zugangsverfahren zu einer monopolisierten Tätigkeit wie der vorliegenden fordert jedoch eine Reihe von Autoren, dass diese in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auszugestalten seien. Dies insbesondere auch in Monopolbereichen, in welchen der Gesetzgeber selbst wirksamen Wettbewerb durch ein Konkurrenzsystem anstrebt.

Die Vergabe der Brennereikonzessionen unterliegt gemäss Bundesgericht *auch nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht*, da das Gemeinwesen in Falle von Monopolkonzessionen nicht als Nachfrager einer Leistung, sondern vielmehr als Anbieter eines Sonderrechts auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit auftritt. Das Beschaffungsrecht ist zumindest solange nicht anwendbar, als eine solche Konzession

⁴²⁷ Vgl. Gesuchformular EZV.

nicht mit öffentlichen Aufgaben verbunden wird.⁴²⁸ Nach Art. 9 E-BöB der Revisionsvorlage des Bundesrates sollen solche Konzessionen auch weiterhin vom öffentlichen Beschaffungsrecht ausgenommen bleiben.

Nach herrschender Lehre und Praxis ist das *Kartellgesetz* auf die Vergabe von Monopolkonzessionen grundsätzlich ebenfalls nicht anwendbar, soweit es sich dabei – wie vorliegend – um rechtliche Monopole handelt (Art. 3 Abs. lit. b KG).

Die Vergabe von Brennereikonzessionen unterliegt somit einzig den *allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen* wie der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) sowie den verfassungsmässigen Verfahrensgarantien (Art. 29 Abs. 2 BV).

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen der Brennereikonzessionen sehen keine öffentliche Ausschreibung oder gar eine Auktion vor. Die Erteilung der Konzessionen erfolgt im Rahmen eines Gesuchsverfahrens, wobei die Zahl der Konzessionen durch eine Bedürfnisklausel faktisch beschränkt ist. Ausschreibungs- oder Auktionspflichten ergeben sich weder aus der Wirtschaftsfreiheit, noch aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht oder dem Kartellgesetz.

Aus *ökonomischer Sicht* fehlt es dem Verfahren zur Erteilung von Brennereikonzessionen an hinreichend Wettbewerb. Dass der Gesetzgeber sich im Falle von Brennereikonzessionen gegen eine Ausschreibungspflicht oder eine Vergabe mittels Auktion entschieden hat, war nicht von ökonomischen Überlegungen geleitet, sondern vom Bedürfnis, die Menge an gebrannten Wassern zu reduzieren und zu kontrollieren.⁴²⁹ Ob dafür ein Konzessionssystem nötig ist, ist indes fraglich.⁴³⁰ Abgesehen von politischen Überlegungen wäre die Zahl der Marktteilnehmer für eine Auktion ausreichend gross. Auch der Preis einer Brennereikonzession scheint im Hinblick auf eine Auktion bestimmbar, da die Modalitäten der Tätigkeit weitgehend gesetzlich reguliert sind.

Fazit: Der Gesetzgeber hat sich bisher aufgrund von gesundheits-, sozial- und regionalpolitischen Gründen gegen eine Ausschreibungspflicht und Auktion entschieden. Ein solches System ist gemäss Praxis des Bundesgerichts zwar verfassungskonform, aus ökonomischer Sicht ist aber zu erwarten, dass die Brennereikonzessionen damit nicht im Sinne der allokativen Effizienz vergeben werden. Wenn auch eine Auktion als politisch nicht wünschenswert erscheint, so spricht dies nicht dagegen, die Konzessionen in einem Ausschreibeverfahren zu vergeben. Der Bundesrat hat sich zuletzt in der – einstweilen gescheiterten – Revision des Alkoholgesetz-

⁴²⁸ BGE 2C_1014/2015 vom 21.07.2016.

⁴²⁹ Botschaft AlkG I, S. 709 ff.

⁴³⁰ Vgl. auch RÜTSCH/DIEBOLD, S. 96.

zes dafür ausgesprochen, das Konzessionssystem ganz abzuschaffen und ein blosses Meldesystem einzuführen.⁴³¹ Die überwiegende Lehre fordert denn bei Monopolkonzessionen auch ein transparentes Vergabesystem, welches insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten gewährleistet.

4. Spielbankenkonzession

Bei der Konzession für eine Spielbank handelt es sich um eine Konzession, mit welcher das *Recht zur Ausübung einer monopolisierten wirtschaftlichen Tätigkeit* übertragen wird (vgl. Art. 5 BGS). Die Konzessionen werden formell durch den Bundesrat gestützt auf ein Gesuch der Spielbank erteilt (Art. 10 Abs. 1 BGS). Die Zahl der Spielbanken wird mit einer wirtschaftlichen Bedürfnisklausel beschränkt (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 BGS); gegenwärtig sind 21 Spielbanken in der Schweiz konzessioniert. Unter dem alten Recht hat der Bundesrat diese Zahl in eigener Regie festgelegt, was nun in Art. 5 Abs. 3 BGS gesetzlich verankert und mit der verbesserten Transparenz begründet wurde.⁴³² Die Konzessionären kann jederzeit während der Laufzeit der Konzession beantragen, die Konzession sei im Hinblick auf die Durchführung von Online-Spielen zu erweitern (Art. 9 BGS).

Nach der Praxis des Bundesgerichts sind die *Wirtschaftsfreiheit* auf die Vergabe solcher Konzessionen grundsätzlich nicht anwendbar. Gerade in Bezug auf die Zugangsverfahren zu einer monopolisierten Tätigkeit wie der vorliegenden fordert aber eine Reihe von Autoren, dass diese in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auszugestalten seien. Dies insbesondere auch in Monopolbereichen, in welchen der Gesetzgeber selbst wirksamen Wettbewerb durch ein Konkurrenzsystem anstrebt.

Die Vergabe dieser Konzessionen unterliegt *auch nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht*, da das Gemeinwesen in Falle von Monopolkonzessionen nach Ansicht des Bundesgerichts als Anbieter eines Sonderrechts auf eine wirtschaftliche Tätigkeit und nicht als Nachfrager einer Leistung auftritt. Dies zumindest solange, eine solche Konzession nicht mit öffentlichen Aufgaben verbunden wird. Nach Art. 9 E-BöB sollen Konzessionen wie die Spielbankenkonzessionen auch weiterhin vom öffentlichen Beschaffungsrecht ausgenommen bleiben.

Nach herrschender Lehre und Praxis ist des Weiteren auch das *Kartellgesetz* grundsätzlich auf die Vergabe von Monopolkonzessionen nicht anwendbar, soweit es sich dabei um rechtliche Monopole wie im vorliegenden Fall handelt.⁴³³

⁴³¹ Botschaft AlkG II, S. 1359 f.

⁴³² Vgl. auch Botschaft BGS, S. 53.

⁴³³ Vgl. oben III.C.

Die Vergabe von Spielbankenkonzessionen unterliegt somit *einzig den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen* wie der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) sowie den verfassungsmässigen Verfahrensgarantien (Art. 29 Abs. 2 BV).⁴³⁴

Die spezialrechtlichen Bestimmungen des *Bundesrechts* billigen dem Bundesrat bei der Vergabe von Spielbankenkonzessionen einen grossen Spielraum zu. Immerhin stellt das Bundesrecht eine Reihe von Eignungskriterien auf, welche die Gesuchsteller zu erfüllen haben, um für die Vergabe einer der Konzessionen in Frage zu kommen. Zudem sind die eingereichten Gesuche und die erteilten Konzessionen zu publizieren (Art. 10 Abs. 2 BGS), wobei der Entscheid des Bundesrates nicht anfechtbar ist (Art. 11 Abs. 1 BGS). Auch hat die Veröffentlichung der eingegangenen Gesuche eine politische Funktion und dient nicht dazu, Konkurrenten eine eigene Offerteinreichung zu ermöglichen.⁴³⁵ Dem Bundesrat bleibt insbesondere vorbehalten, Konzessionsgesuche – etwa aus wirtschafts- oder sozialpolitischen Erwägungen – abzulehnen, selbst wenn die Eignung der Gesuchsteller ausser Zweifel steht.⁴³⁶ Bei der erstmaligen Vergabe von Spielbankenkonzessionen im Jahre 2001 hat der Bundesrat seinen Spielraum dazu genutzt, die Konzessionsvergabe öffentlich auszuschreiben, ohne ausdrücklich dazu verpflichtet gewesen zu sein.⁴³⁷

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen der Spielbankenkonzessionen sehen keine öffentliche Ausschreibung oder gar eine Auktion vor. Die Erteilung der Konzessionen erfolgt im Rahmen eines Gesuchsverfahrens, wobei die Zahl der Konzessionen durch eine Bedürfnisklausel beschränkt wird. Allfällige Ausschreibungs- oder Auktionspflichten ergeben sich auch nicht aus der Wirtschaftsfreiheit, dem öffentlichen Beschaffungsrecht oder dem Kartellgesetz.

Dass sich der Gesetzgeber im Falle von Spielbankenkonzessionen gegen eine Ausschreibungspflicht und Vergabe mittels Auktion entschieden hat, scheint *nicht von ökonomischen Überlegungen geleitet* gewesen zu sein. Es ist zu vermuten, dass die Zahl der Marktteilnehmer für eine Auktion ausreichend gross ist und auch der Preis einer Spielbankenkonzession sollte im Hinblick auf eine Auktion bestimmbar sein, da Umfang und Modalitäten der Tätigkeit weitgehend gesetzlich reguliert sind. Mit der Eidgenössischen Spielbankenkommission existiert ausserdem eine Spezialbehörde mit dem nötigen Fachwissen. Der Gesetzgeber hat die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht und Auktion somit aus wirtschafts- und sozialpolitischen sowie nicht zuletzt regionalpolitischen Gründen vorgesehen, was die Botschaft zum Spielbankengesetz damals auch einräumte.⁴³⁸ Zwar ist ein solches System mit der Praxis des Bundesgerichts verfassungskonform, aus ökonomischer Sicht ist aber zu erwarten, dass die Spielbankenkonzessionen damit nicht im Sinne der allokativen

⁴³⁴ Vgl. oben III.A.3.

⁴³⁵ Vgl. schon Fn. 124.

⁴³⁶ Botschaft SBG, S. 175 f.

⁴³⁷ Vgl. KUNZ, S. 141.

⁴³⁸ Vgl. Botschaft SBG, S. 175 f.

Effizienz vergeben werden. Die überwiegende Lehre fordert denn auch ein transparentes Vergabesystem, welches insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten gewährleistet.

Fazit: Der Zugang zum Markt erfolgt grundsätzlich auf Gesuch hin und in Verbindung mit Eignungskriterien. Dem Bundesrat bleibt es aber vorbehalten, Konzessionsgesuche etwa aus wirtschafts- oder sozialpolitischen Erwägungen abzulehnen. Gesuche und erteilte Konzessionen werden veröffentlicht, womit immerhin für eine gewisse Transparenz gesorgt wird. Selbst wenn die Vorgaben des geltenden Rechts nach der Praxis des Bundesgerichts verfassungskonform sind, so garantieren diese keine diskriminierungsfreie Vergabe der Spielbankkonzessionen. Aus ökonomischer Sicht wäre eine Vergabe im Rahmen einer Auktion oder eines Kriterienwettbewerb zu bevorzugen.

5. Luftfahrt – Streckenkonzessionen für den gewerbsmässigen Linienverkehr

Die gewerbsmässige Beförderung von Personen und Gütern auf Luftverkehrslinien bedarf sowohl einer Betriebsbewilligung als auch einer Streckenkonzession.⁴³⁹ Der Betrieb des gewerbsmässigen Linienverkehrs auf den fraglichen Strecken untersteht dem Wettbewerb zwischen den Luftverkehrsunternehmen; die Flugverbindungen werden nach privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten angeboten.⁴⁴⁰ Das von der Schweiz übernommene europäische Recht schliesst die Unterstützung und Lenkung von Airlines – abgesehen von eng begrenzten Ausnahmen – aus.⁴⁴¹ Bei den Streckenkonzessionen handelt es sich somit um Konzessionen, mit welchen das *Recht auf Ausübung einer monopolisierten wirtschaftlichen Tätigkeit* übertragen wird (*Monopolkonzession*).⁴⁴²

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die *Wirtschaftsfreiheit* auf die Vergabe von Monopolkonzessionen grundsätzlich nicht anwendbar. Gerade in Bezug auf die Zugangsverfahren zu einer monopolisierten Tätigkeit wie der vorliegenden fordert jedoch eine Reihe von Autoren, dass diese in Übereinstimmung mit dem Grundsatz

⁴³⁹ Die Unternehmen mit Sitz in der Schweiz können den gewerbsmässigen Luftverkehr nur betreiben, wenn sie bestimmte Voraussetzungen des innerstaatlichen Rechts erfüllen, wogegen sich die Zulassung von Unternehmen mit Sitz im Ausland grundsätzlich nach den Bestimmungen des internationalen Rechts richtet. Die Bedingungen für die Erteilung einer Streckenkonzession an Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und solchen mit Sitz im Ausland wurden mit der Änderung des LFG vom 26. Juni 1998 eingeführt: AS 1998 2566. Das bis dahin bestehende faktische Monopol der Swissair für den schweizerischen Linienverkehr war nicht mehr mit der *Liberalisierung des gewerbsmässigen Luftverkehrs* vereinbar und wurde damals aufgehoben, Botschaft Revision LFG, S. 1181 ff. Die Vergabe mehrerer Streckenkonzessionen an Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ist nach dem geltenden Recht der Normalfall, vgl. Art. 115 Abs. 2 LFV; BGer, Urteil 2C_888/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.6.2. Die Streckenkonzession an Unternehmen mit Sitz im Ausland hat den Charakter einer Anspruchskonzession, sofern sie durch ein entsprechendes Luftverkehrsabkommen gedeckt ist, Botschaft Revision LFG, S. 1190; vgl. Art. 15 des Luftverkehrsabkommens über die Verkehrsrechte der Luftfahrtunternehmen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz.

⁴⁴⁰ BGer, Urteil 2C_888/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.6.3.

⁴⁴¹ Bericht LUPO 2016, S. 1852.

⁴⁴² BIAGGINI, BV Komm. N. 4 zu Art. 87.

der Wirtschaftsfreiheit auszugestalten seien. Dies insbesondere in Monopolbereichen, in welchen der Gesetzgeber selber wirksamen Wettbewerb durch ein Konkurrenzsystem anstrebt. Ein solcher Wettbewerb sieht der Verordnungsgeber bei der Vergabe von Fluglinienkonzessionen vor, wenn er Konkurrenten über eingereichte Gesuche informiert und diesen Gelegenheit gibt, konkurrierende Gesuche einzureichen (Art. 114 LFV, dazu sogleich unten).

Die Vergabe der Streckenkonzessionen unterliegt *nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht*, da das Gemeinwesen als Anbieter eines Sonderrechts auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit und nicht als Nachfrager einer Leistung auftritt. Dies zumindest solange eine solche Konzession nicht mit öffentlichen Aufgaben verbunden wird. Auch nach Art. 9 E-BöB sollen Konzessionen wie die Streckenkonzessionen weiterhin vom öffentlichen Beschaffungsrecht ausgenommen bleiben.

Nach herrschender Lehre und Praxis ist auch das *Kartellgesetz* grundsätzlich auf die Vergabe von Monopolkonzessionen nicht anwendbar, soweit es sich dabei um rechtliche Monopole wie im vorliegenden Fall handelt. Im vorliegenden Fall ist allerdings die Nähe zur Sondernutzungskonzession augenfällig, zumal der Staat als Anbieter eines beschränkten Gutes auftritt, das Teil eines kompetitiven Marktes ist. Die Anwendung des Kartellgesetzes ist somit nicht auszuschliessen.

Der Verordnungsgeber⁴⁴³ hat allerdings bei der Vergabe der Streckenkonzessionen ein System eingerichtet, das Regelungen zu Transparenz, Gleichbehandlung und wettbewerblicher Vergabe vorsieht: Die Vergabe einer Streckenkonzession erfolgt *auf Gesuch des Luftfahrtunternehmens hin* durch das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL).⁴⁴⁴ Das BAZL informiert vor dem Entscheid über ein Konzessionsgesuch eines Unternehmens mit Sitz in der Schweiz die übrigen in der Schweiz ansässigen Unternehmen, die ebenfalls in der Lage wären, den Betrieb der gleichen Luftverkehrslinie sicherzustellen (Art. 114 Abs. 2 LFV). Die Konkurrenten erhalten dadurch die Möglichkeit, für eine bestimmte Linie ebenfalls ein Konzessionsgesuch einzureichen (Art. 114 Abs. 3 LFV). Für den Fall, dass konkurrierende Gesuche für eine Luftverkehrslinie vorliegen und die Erteilung mehrerer Konzessionen in begründeten Fällen nicht möglich ist, sieht die Verordnung Zuschlagskriterien vor (Art. 115 Abs. 2 LFV). Die an Unternehmen mit Sitz in der Schweiz erteilten Streckenkonzessionen sind auf acht Jahre befristet (Art. 116 Abs. 1 LFV). Die Konzessionserneuerung geschieht nicht automatisch, vielmehr hat das Unternehmen vor Ablauf der Konzession beim BAZL ein entsprechendes Gesuch um Erneuerung der Streckenkonzession einzureichen (Art. 116 Abs. 2 LFV). Die vom konzessionierten

⁴⁴³ Infolge Delegation in Art. 28 Abs. 5 LFG.

⁴⁴⁴ Die Luftfahrtverordnung enthält die näheren Regelungen über das Verfahren und die Bedingungen zur Konzessionserteilung (Art. 28 Abs. 5 und Art. 30 Abs. LFG Abs. 3 LFG, Art. 110 ff. LFV). Die Streckenkonzessionen können einzeln oder für ein gesamtes Paket von Linien erteilt werden. Das geltende Recht erlaubt insbesondere auch die Vergabe von Streckenkonzessionen für den Betrieb von Luftfahrtlinien an mehrere Luftfahrtunternehmen: Art. 28 Abs. 3 und 4 LFG; Botschaft Revision LFG, S. 1184 und 1188.

Unternehmen bisher erbrachten Leistungen zum Aufbau des Marktes der betreffenden Luftverkehrslinie werden beim Konzessionsentscheid berücksichtigt (Art. 115 Abs. 2 lit. h LFV).

Zwischenfazit: Der *Rechtsschutz* von Konkurrenten wird durch den Verordnungsgeber ebenfalls gesichert: Zwar hat der Gesuchsteller (mit Ausnahme von sogenannten Anspruchskonzessionen) grundsätzlich *keinen* Anspruch auf Erteilung einer Konzession, jedoch hat er einen Anspruch darauf, dass die Konzessionsbehörde ihr Ermessen pflichtgemäss betätigt.⁴⁴⁵ Konkurrenten können gegen die Konzessionserteilung vorgehen, wenn die vom Bundesgericht geforderte «Beziehungsnähe» zur Konzession besteht. Diese besteht jedoch nicht bei der blossen Befürchtung, durch Erteilung einer Konzession einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, da sich diese Art des Berührtseins aus dem Prinzip des freien Wettbewerbs ergibt.⁴⁴⁶ Indem der Verordnungsgeber aber Konkurrenten über eingegangene Gesuche informiert und ihnen dadurch die Möglichkeit gibt, ein eigenes Gesuch einzureichen, wird die erforderliche Beziehungsnähe und damit der Rechtsschutz eröffnet.

Aus *ökonomischer* Sicht bietet das *Gesuchsverfahren* gegenüber einer öffentlichen Ausschreibung gemeinhin weniger Transparenz. Das geltende Recht schafft indes mit den Vorschriften über die Information von Konkurrenten und die Anhörung der Regierungen der betroffenen Kantone, der betroffenen Flugplätze und der interessierten öffentlichen Transportunternehmen ein ausreichendes Mass an Transparenz bei der Vergabe der Streckenkonzessionen (Art. 28 Abs. 6 LFG, Art. 112 Abs. 2-5 LFV, Art. 115 Abs. 3 LFV). Mit der Möglichkeit, dass Mitbewerber ein konkurrenzierendes Gesuch einreichen können und das BAZL hiernach einen Zuschlag nach bereits festgelegten Kriterien fällt, kommt das Vergabesystem zudem einem Auktionssystem relativ nahe.⁴⁴⁷ Der Bundesrat hob entsprechend in seiner Botschaft zur Änderung des Luftfahrtgesetzes die Wichtigkeit hervor, dass die Rechte nach objektiven, überprüfbaren Kriterien und im Rahmen der Ziele der schweizerischen Luftverkehrspolitik vergeben werden.⁴⁴⁸ Diesen politischen Interessen⁴⁴⁹ scheint das vorliegende Gesuchssystem geschuldet. Es wäre allerdings vertieft zu prüfen, ob ein Auktionsverfahren eine noch effizientere Vergabe ermöglichen könnte.

Fazit: Der Zugang zum Markt erfolgt auf Gesuch der Luftfahrtunternehmen hin nach verhältnismässig transparenten Kriterien. Die Vorgaben des geltenden Rechts erlauben eine diskriminierungsfreie Vergabe der Streckenkonzession an die ge-

⁴⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2731.

⁴⁴⁶ BGer, Urteil 2C_888/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.4 mit Hinweisen.

⁴⁴⁷ Das BAZL hat 2007 die Erteilung einer Streckenkonzession für die Fluglinie Lugano-Bern öffentlich ausgeschrieben, jedoch blieb die Ausschreibung ohne Resultat, da keine Eingabe die Anforderungen erfüllte, vgl. Bericht LUPO 2016, S. 1903.

⁴⁴⁸ Botschaft Revision LFG, S. 185 f.

⁴⁴⁹ Die Grundsätze der schweizerischen Luftfahrtspolitik ergeben sich dabei aus dem Bericht LUPO 2016, vgl. Botschaft Revision LFG, S. 1185 ff.

werbsmässig tätigen Luftfahrtunternehmen. Im Bereich der Anspruchskonzessionen, wie sie etwa im Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens zwischen der Schweiz und der EU vorgesehen sind, ist der Markt grundsätzlich liberalisiert. Bei der Vergabe innerschweizerischer Streckenkonzessionen, die mit der Pflicht zum Angebot von bestimmten Streckenverbindungen verknüpft werden, erscheint allerdings anstelle des Gesuchsverfahrens, die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens angezeigt. Dies, weil mit der Angebotspflicht eine öffentliche Aufgabe übertragen wird und damit das Beschaffungsrecht Anwendung findet.

6. Bewilligung für Rohrleitungsanlagen

Für *Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe* oder anderen vom Bundesrat bezeichneten flüssigen oder gasförmigen Brenn- oder Treibstoffen ist nach geltendem Recht eine Plangenehmigung erforderlich (Art. 2 Abs. 1 RLG). In diesem Plangenehmigungsverfahren werden alle nach Bundesrecht notwendigen Bewilligungsverfahren koordiniert (vgl. Art. 2 Abs. 3 RLG). Der Gesuchstellerin steht im Zusammenhang mit der Plangenehmigung das Enteignungsrecht zu.⁴⁵⁰ Auf die Plangenehmigung für Rohrleitungsanlagen, eine Art Baubewilligung durch eine Bundesbehörde,⁴⁵¹ besteht, wie für eine Polizeibewilligung typisch, grundsätzlich ein Anspruch. Das Rohrleitungsgesetz sieht nun aber eine Reihe von «Verweigerungsgründen» vor.⁴⁵² Diese sind zwar zum Teil polizeilich motiviert, andere räumen den Behörden aber ein sehr weitgehendes Ermessen ein. So können die Behörden eine Bewilligung verweigern, falls «die Sicherheit des Landes, die Behauptung der Unabhängigkeit oder Neutralität der Schweiz es verlangen»⁴⁵³ oder «wenn andere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses es erfordern»⁴⁵⁴.

Bei der Plangenehmigung für Rohrleitungsanlagen zeigt sich exemplarisch die Nähe von Konzession und Bewilligung. Für den Bau und Betrieb solcher Rohrleitungsanlagen setzte die Bundesgesetzgebung früher eine Konzession des Bundes voraus,⁴⁵⁵ welche im Hinblick auf den Bau der Anlagen auch bereits damals mit einem Plangenehmigungsverfahren verbunden wurde.⁴⁵⁶ Nach diesen Bestimmungen bestand ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession, wobei das Gesetz eine Reihe von Verweigerungsgründen festsetzte, welche aber eher den Charakter von Bewilligungsvoraussetzungen hatten.⁴⁵⁷ Mit dem Koordinationsgesetz⁴⁵⁸

⁴⁵⁰ Art. 10 RLG.

⁴⁵¹ GRIFFEL, N 338 ff.

⁴⁵² Art. 3 Abs. 1 RLG.

⁴⁵³ Art. 3 Abs. 1 lit. d RLG.

⁴⁵⁴ Art. 3 Abs. 1 lit. f RLG.

⁴⁵⁵ aArt. 2 RLG, AS 1964 99.

⁴⁵⁶ aArt. 21 ff. RLG, AS 1964 99.

⁴⁵⁷ So etwa, dass durch das Projekt keine «Gefahr einer Gewässerverunreinigung oder einer wesentlichen Beeinträchtigung des Orts- und Landschaftsbildes» drohte. Vgl. zu den Gründen aArt. 3 RLG; vgl. zum Ganzen auch SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar BV, N 26 zu Art. 91 BV.

⁴⁵⁸ Oben Fn 138.

schaftte der Bund die Konzessionspflicht ab, womit nun alle nötigen Bewilligungen im Rahmen des Plangenehmigungsverfahren koordiniert werden.⁴⁵⁹ Die Verweigerungsgründe wurden jedoch ins neue Recht übernommen,⁴⁶⁰ was zeigt, dass Konzessions- und Bewilligungssysteme in gewissen Bereichen austauschbar sind.⁴⁶¹

Lehre und Praxis wollen daran festhalten, dass es bei einer Polizeibewilligung – im Gegensatz zur Konzession – kein Rechtsfolgenmessen geben soll.⁴⁶² Der Bundesrat sprach sich denn unter dem früheren Recht auch gerade deshalb für ein Konzessionssystem im Bereich der Rohrleitungen aus, um bei der Konzessionsvergabe über ein Entschliessungsermessen verfügen zu können. Dies könne zwar auch mit einem Bewilligungssystem erreicht werden, doch müssten dann die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung sehr offen formuliert werden.⁴⁶³ Was der Bundesrat im Jahre 1960 mit Verweis auf Aspekte des Legalitätsprinzips noch ablehnte,⁴⁶⁴ ist heute geltendes Recht. Das Entschliessungsermessen wurde durch sehr offen formulierte Verweigerungsgründe bei der Beurteilung des Plangenehmigungsgesuches ersetzt, womit der Bau von Rohrleitungen massgeblich durch Beurteilungsspielräume auf der Tatbestandsseite der Rechtsnormen bestimmt wird.⁴⁶⁵

Dem Bund kommt mit Art. 91 Abs. 2 BV nach herrschender Lehre das Recht zu, im Bereich der Rohrleitungsanlagen ein rechtliches Monopol zu errichten oder ein blosses Bewilligungssystem.⁴⁶⁶ Da der Bund unter dem geltenden Recht weder ein rechtliches Monopol noch ein Konzessionssystem eingerichtet hat, ist die *Wirtschaftsfreiheit* nach Art. 27 BV und der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 Abs. 1 und 4 BV auf Bau und Betrieb der Rohrleitungen anwendbar. Bei der Bewilligungspflicht handelt es sich aus der Perspektive der Gesuchstellerin um einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, welcher unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV grundsätzlich zulässig sein kann.

Das *öffentliche Beschaffungsrecht* ist in diesem Kontext nicht anwendbar, da der Staat hier nicht als Nachfrager einer Leistung auftritt.

Auch das *Kartellgesetz* scheint hier, was die Tätigkeit des Bundes als Bewilligungsbehörde für Plangenehmigungen betrifft, nicht anwendbar. Was die Inhaber von Rohrleitungsanlagen betrifft, so kennt das RLG hingegen eine besondere Bestimmung über den Marktzugang, wonach Unternehmen unter gewissen Umständen verpflichtet sind, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen.⁴⁶⁷

⁴⁵⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 3 und 4 RLG sowie SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar BV, N 26 zu Art. 91 BV.

⁴⁶⁰ Vgl. Art. 3 RLG.

⁴⁶¹ Vgl. zu den Änderungen, welche im Hinblick auf die Abschaffung der Konzession im RLG nötig waren Botschaft KoordG, S. 2679 ff.; zur Nähe des Konzessionssystems zu einem Bewilligungssystem unter dem alten Recht auch BIAGGINI, BV Komm., N 8 zu Art. 91 BV.

⁴⁶² GRIFFEL, N 331.

⁴⁶³ Vgl. Botschaft BV RLG, S. 756 f.

⁴⁶⁴ Vgl. Botschaft BV RLG, S. 756 f.

⁴⁶⁵ Vgl. zu dieser Möglichkeit im Allgemeinen GRIFFEL, N 332.

⁴⁶⁶ Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 8 zu Art. 91 BV.

⁴⁶⁷ Art. 13 RLG.

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen für Rohrleitungsanlagen sehen eine Bewilligung in der Form einer Plangenehmigung vor, welche auf Gesuch hin erteilt wird. Die im Gesetz vorgesehenen Verweigerungsgründe räumen den Behörden bei der Bewilligungserteilung jedoch ein grosses Ermessen ein, welches den Bewilligungsanspruch faktisch stark relativiert. Eine öffentliche Ausschreibung ist, entsprechend der Ausgestaltung des Verfahrens als Plangenehmigungsverfahren, nicht vorgesehen. Als Plangenehmigungsverfahren unterliegt dieses Verfahren den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVG).

Aus *ökonomischer Sicht* mangelt es dem Plangenehmigungsverfahren offensichtlich an hinreichender Transparenz. Das Verfahren ist nicht nach dem Wettbewerbsprinzip ausgestaltet und es ist zu vermuten, dass die Chancengleichheit aller Anbieter nicht gewährleistet ist. Dass der Gesetzgeber das Verfahren für den Bau von Rohrleitungsanlagen von einem Konzessionsverfahren hin zu einem Plangenehmigungsverfahren umgestaltet hat, war nicht von ökonomischen Überlegungen geleitet. Damit sollten die Verfahren für Infrastrukturprojekte im Allgemeinen vereinfacht werden, wobei den Behörden bei der Bewilligung eines Projekts mit offen formulierten Verweigerungsgründen nach wie vor grosses Ermessen eingeräumt werden sollte. Sobald eine Rohrleitungsanlage gebaut ist, wird ein anderer Gesuchsteller kaum mehr eine Bewilligung für eine Anlage mit gleichem Streckenverlauf erhalten. Immerhin ermöglicht das Rohrleitungsgesetz Konkurrenten den Zugang zur Infrastruktur der Rohrleitungsanlagen.

Fazit: Bei der Bewilligung für Rohrleitungsanlagen handelt es sich heute nicht mehr um eine Konzession, sondern um eine Polizeibewilligung, welche jedoch mit offen formulierten Verweigerungsgründen kombiniert wird. Abgesehen von der Frage, ob ein Wettbewerb um das Rohrleitungsnetz sinnvoll wäre, zeigt sich im Falle der Bewilligung für Rohrleitungsanlagen, wie Konzessions- und Bewilligungssysteme in gewissen Bereichen austauschbar sind.

C. Konzessionen des öffentlichen Dienstes

1. Netzkonzessionen zur Stromversorgung

Der Bundesgesetzgeber sieht vor, dass die Konzessionen in Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz durch die Kantone und die Gemeinden vergeben werden (Art. 3a StromVG).⁴⁶⁸ Dies betrifft insbesondere das Recht zur Benutzung des öffentlichen Grundes und Bodens. Bei einer derartigen dauerhaften

⁴⁶⁸ Zur Bewilligung für Rohrleitungsanlagen vgl. oben Ziff. V.B.6.

Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens handelt es sich zunächst um eine *Sondernutzungskonzession*.⁴⁶⁹ Das damit erstellte Stromnetz seinerseits ist gemäss Bundesgericht ein *natürliches Monopol*.⁴⁷⁰

Der Bund gibt den Kantonen vor, dass sie die Konzession ohne Ausschreibung erteilen können, aber ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren gewährleisten müssen (Art. 3a StromVG). Die Konzessionärin erhält ihrerseits das Netz zugeteilt (Netzzuteilung nach Art. 5 StromVG) und wird dadurch verpflichtet, in ihrem Netzgebiet Endverbraucher sowie Elektrizitätserzeuger an das Elektrizitätsnetz anzuschliessen (Art. 5 Abs. 2 StromVG) und mit Strom zu beliefern (Art. 6 StromVG). Somit erhält die Konzessionärin eine öffentliche Aufgabe übertragen – allenfalls mittels Leistungsauftrag (Art. 5 Abs. 1 StromVG).⁴⁷¹ Die Netzkonzession ist folglich als *Konzession des öffentlichen Dienstes* zu qualifizieren.⁴⁷²

Während die Aufgaben der Netzbetreiber im Gesetz detailliert vorgegeben werden, finden sich in der Bundesgesetzgebung keine Normen zur Vergabe der Netzkonzession. Das Stromversorgungsgesetz ist derzeit in *Revision*. Der Vorentwurf vom 17. Oktober 2018 sieht insbesondere die vollständige Marktöffnung für alle Stromendkunden vor. An den Netzkonzessionen und deren Vergabe ändert sich aber nichts.⁴⁷³

Auf die Vergabe von Konzessionen des öffentlichen Dienstes ist gemäss Bundesgericht die *Wirtschaftsfreiheit* nicht anwendbar. Nach der herrschenden Lehre wäre sie einzig dann anwendbar, wenn die Kantone, entgegen der Möglichkeit der Direktvergabe nach Art. 3a StromVG, von sich aus bei der Vergabe einen Wettbewerb anstreben.

Der Kanton untersteht mit der Vergabe der Netzkonzession dem *Kartellgesetz*, sofern er damit als Anbieter am Wirtschaftsprozess teilnimmt. Das Bundesgericht hat im Leitentscheid BGE 129 II 497⁴⁷⁴ erkannt, dass es auf das kantonale Recht ankomme, ob der Netzkonzessionär (im Sinne von Art. 3 KG) vom Wettbewerb ausgenommen sei. Dass eine öffentliche Aufgabe übertragen wird, bedeute nicht automatisch den Ausschluss des Wettbewerbs (v.a. E. 5.4). Wird die Netzkonzession durch den kantonalen Gesetzgeber nicht ausdrücklich vom Wettbewerb ausgenommen, finden gemäss Bundesgericht somit die Vorgaben zur marktbeherrschenden

⁴⁶⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2308 ff.

⁴⁷⁰ Das Bundesgericht kam in BGE 129 II 497 E.5.4 zum Schluss, dass die Freiburger Elektrizitätswerke nicht über ein rechtliches, sondern nur über ein faktisches Monopol für den Transport und die Lieferung von Elektrizität verfügen.

⁴⁷¹ So auch BGE 129 II 497 E. 5.4.9.

⁴⁷² So auch FÖHSE, S. 142; vgl. auch RECHSTEINER/WALDNER S. 1291, nach welchen die Sondernutzungskonzession zwar de facto immer eine Netzzuteilung nach sich zieht, diese beiden Akte aber als Konzession einerseits und Übertragung einer Staatsaufgabe zu trennen seien.

⁴⁷³ Vgl. Bundesamt für Energie BFE, Revision StromVG, online: <<http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/00613/04787/>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁴⁷⁴ Bei diesem ging es freilich um den Wettbewerb im Netz, nicht aber um einen Wettbewerb um das Netz.

Stellung des *Kartellgesetzes* auf die Vergabe von Netzkonzessionen Anwendung (Art. 7 KG).

Die herrschende Lehre vertritt die Meinung, dass der Gesetzgeber das Netzeigentum bei der Netzgebietszuteilung unberührt lassen wollte. Sie argumentiert, dass es an einer Gesetzesnorm fehle, welche die nachträgliche Trennung von Eigentum (vgl. Art. 3a StromVG) und Betrieb (vgl. Art. 5 StromVG) und die daraus resultierende Enteignung legitimiert.⁴⁷⁵ Folglich könne der Netzeigentümer entscheiden, ob er das Netz selbst betreiben oder den Betrieb einem Dritten überlassen will. FÖHSE schliesst daraus, dass ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen, das Netzeigentümer ist, beim Netzbetrieb in der Schweiz keiner Konkurrenz ausgesetzt ist.⁴⁷⁶ Sofern das Unternehmen aber den Betrieb einem Dritten übergibt, muss es die Betriebsrechte in nichtdiskriminierender Form zu angemessenem Preis und angemessenen Geschäftsbedingungen vergeben (Art. 7 Abs. 2 KG; ebenso Art. 3a StromVG).

Sofern der Betrieb eines Verteilnetzes dennoch übertragen wird, erfolgt damit die Übertragung der öffentlichen Aufgabe,⁴⁷⁷ womit das *Beschaffungsrecht* grundsätzlich Anwendung findet. Dies gilt nach herrschender Praxis des Bundesgerichts und wird mit der laufenden Revision des Beschaffungsrechts des Bundes verdeutlicht. Eine entsprechende Revision des kantonalen Beschaffungsrechts steht allerdings noch aus. Im vorliegenden Fall besteht mit Art. 3a StromVG allerdings eine Spezialnorm, welche die Vergabe ohne Ausschreibung zulässt und damit wohl vom Beschaffungsrecht gesamthaft ausnimmt.

Weitere Vorgaben könnten sich aus dem *Binnenmarktgesetz* ergeben, da die Konzessionen im Zusammenhang mit den Stromnetzen von den Kantonen und Gemeinden vergeben werden. Die Wettbewerbskommission kam in einem rechtlich unverbindlichen Gutachten im Jahr 2010 zum Schluss, dass die Erneuerung der Verteilnetzkonzessionen einen *ausschreibungspflichtigen Tatbestand im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM* darstelle, weil es sich um kantonale Monopole handle.⁴⁷⁸ Ein gewichtiger Teil der Lehre widerspricht dem. Es liege keine ausschreibepflichtige Monopolkonzession vor, da in der Regel Eigentum am Netz und somit ein natürliches Monopol bestehe. Und selbst wenn eine Monopolkonzession vorläge, würde diese auf Bundesrecht gründen (Art. 6 f. StromVG), während die Ausschreibepflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM nur kantonal begründete Monopole umfasse.⁴⁷⁹ Das Bundesgericht hatte diese Frage bislang noch nicht zu entscheiden.

Die gesetzlichen Grundlagen (StromVG und StromVV) sehen kaum Normen vor, welche die *allgemeinen Rechtsgrundsätze* konkretisieren würden (Verfahrensrechte

⁴⁷⁵ FÖHSE, S. 134; FUCHS/MORGENBESSER, Fn 46, S. 1108; RECHSTEINER/WALDNER, S. 1290.

⁴⁷⁶ M.w.H. FÖHSE, S. 125 ff.

⁴⁷⁷ Oben bei Fn 472.

⁴⁷⁸ RPW 2010, S. 424 ff.

⁴⁷⁹ FUCHS/MORGENBESSER, S. 1099; FÖHSE, S. 134; RECHSTEINER/WALDNER, 1296 f.

i.S. von Art. 29 BV sowie Rechtsgleichheit i.S. von Art. 8 BV). Allein Art. 3a StromVG schreibt bei der Vergabe ohne Ausschreibung ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren vor. Die entsprechende Ausgestaltung ist den Kantonen überlassen. Zu denken ist etwa an ein Verfahren mit Publikation der geplanten Vergabe und der Möglichkeit von Konkurrenzofferten.⁴⁸⁰

Zwischenfazit: Die Wirtschaftsfreiheit kommt gemäss Praxis des Bundesgerichts auf die Vergabe der Netzkonzession, welche eine Sondernutzungskonzession darstellt und öffentliche Aufgaben beinhaltet, nicht zur Anwendung. Ob eine Vergabe dem Kartellrecht untersteht, hängt vom kantonalen Recht ab. Ob die Netzkonzession ein kantonales Monopol nach Binnenmarktgesetz darstellt und öffentlich ausgeschrieben werden muss, ist umstritten. Klar ist, dass der Bundesgesetzgeber keine Trennung von Netzeigentum und Netzbetrieb vornehmen wollte, womit eine Ausschreibung des Betriebs nicht gegen den Willen eines Netzeigentümers durchgesetzt werden kann.

Aus *ökonomischer Sicht* ist eine Direktvergabe dann zu rechtfertigen, wenn Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können oder wenn es keine Auswahl an Anbietern gibt. Der Bundesgesetzgeber hat sich bislang gegen eine Trennung von Netzeigentum und Betrieb entschieden – im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber.⁴⁸¹ FÖHSE macht darauf aufmerksam, dass die gegenwärtige Konzeption widersprüchlich und wohl nicht durchdacht ist: Einerseits wird das natürliche Monopol des Netzeigentümers durchbrochen, indem dieser sein Netz Dritten zur Stromlieferung an ‘freie’ Kunden gegen ein reguliertes Entgelt zur Verfügung stellen muss. Andererseits soll dem Netzeigentümer im vollständig geöffneten Markt nicht nur der Netzbetrieb, sondern auch die Belieferung eines Teils der Kunden aufgetragen werden, womit der Wettbewerb in einem wohl wesentlichen Teil des Strommarktes eingeschränkt wird.

Fazit: Mit FÖHSE ist zu fordern, die gegenwärtige Konzeption zu überdenken und – dem getroffenen Grundprinzip einer Liberalisierung des Strommarkts entspre-

⁴⁸⁰ Vgl. Art. 117 LfV: «... 2 Das BAZL informiert vor dem Entscheid über ein Konzessionsgesuch die übrigen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die ebenfalls in der Lage wären, den Betrieb der gleichen Luftverkehrslinie sicherzustellen. 3 Die übrigen Unternehmen können innert 14 Tagen seit der Mitteilung durch das BAZL ihr Interesse am Betrieb der Luftverkehrslinie anmelden. Sie haben vom Zeitpunkt der Mitteilung an 45 Tage Zeit, um ein entsprechendes Konzessionsgesuch einzureichen. 4 Das BAZL hört vor dem Entscheid über ein Konzessionsgesuch für innerschweizerische Luftverkehrslinien die Regierungen der betroffenen Kantone, die betroffenen Flugplätze und die interessierten öffentlichen Transportunternehmen an.»

⁴⁸¹ Dazu FUCHS/MORGENBESSER, S. 1108 f. wonach Verträge über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen nach deutschem Recht höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Die Gemeinden machen das Ende der Konzession öffentlich bekannt. Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde ihre Entscheidung unter Angabe der massgeblichen Gründe öffentlich bekannt (§ 46 EnWG DE).

chend – eine wettbewerbliche Ausgestaltung der Vergabe des Netzbetriebs, beispielsweise mittels Auktion, zu prüfen. Damit könnten zugleich die erheblichen rechtlichen Unsicherheiten über die Ausschreibepflicht nach Binnenmarktgesetz und die Anwendung des Kartellrechts ausgeräumt werden. Das Beschaffungsrecht böte für eine faire, transparente und diskriminierungsfreie Vergabe einen bewährten Rahmen.

2. Eisenbahninfrastrukturkonzessionen

Mit der Eisenbahninfrastrukturkonzession werden das Recht und die Verpflichtung verliehen, eine bestimmte Eisenbahninfrastruktur zu bauen und zu betreiben (Art. 5 EBG). Die Konzession wird auf Gesuch hin durch das Bundesamt für Verkehr (BAV) erteilt (Art. 8 Abs. KPFV). Dies für höchstens 50 Jahre, wobei die Konzession geändert werden kann (Art. 6 Abs. 5 EBG). Voraussetzungen für den Zuschlag sind das Vorliegen öffentlicher Interessen (betreffend Infrastruktur, Raumplanung, Umweltschutz, Natur- und Heimatschutz und nationaler Sicherheitskooperation), die Gewährleistung eines eigenwirtschaftlichen Betriebs und die Erfüllung bestimmter Eignungskriterien (Art. 6 und 50 EBG und Art. 8 KPFV). Die Kantone veröffentlichen die eingegangenen Gesuche, und das BAV hört die betroffenen Kantone, die Transportunternehmen mit einer Personenbeförderungskonzession und die Infrastrukturbetreiberinnen an (Art. 6 Abs. 3 EBG und Art. 9 KPFV).

Finanziert werden die geplanten ungedeckten Kosten des Baus und des Betriebs der Eisenbahninfrastruktur durch *Abgeltungen*, welche an vierjährige Leistungsvereinbarung geknüpft sind (Art. 49 ff. EBG). Von den Eisenbahnunternehmen im Bereich Infrastruktur wird wirtschaftliches Verhalten erwartet, ansonsten Abgeltungen gekürzt werden können (Art. 52 EBG). Gewinnausschüttungen und die Verzinsung von Eigenkapital sind indes nicht zulässig (Art. 67 EBG). Verkehr und Infrastruktur werden mindestens derart getrennt, dass die Infrastrukturfinanzierung in der Bilanz von den anderen Bereichen getrennt ausgewiesen wird (Art. 2 ff. KPFV). Die konzessionierte Infrastrukturbetreiberin muss den Eisenbahnverkehrsunternehmen den diskriminierungsfreien Netzzugang gewähren (Art. 9a Abs. 1 EBG und Art. 10 NZV).⁴⁸² Dem BAV kommen als Aufsichtsinstanz dabei weitgehende Auskunft- und Einsichtsrechte gegenüber den Leistungsbeauftragten zu (Art. 31 KPFV).

Bei der Eisenbahninfrastrukturkonzession handelt es sich um eine *Konzession des öffentlichen Dienstes*, da die Konzession prominent von öffentlichen Interessen abhängig gemacht wird, den Konzessionsempfängern eine Betriebspflicht auferlegt wird und die ungedeckten Kosten mit Abgeltungen entschädigt werden.

Auf die Vergabe einer Konzession des öffentlichen Dienstes wie der vorliegenden ist gemäss Bundesgericht die *Wirtschaftsfreiheit* nicht anwendbar. Nach der herrschenden Lehre wäre die Wirtschaftsfreiheit immerhin dann anwendbar, wenn mit

⁴⁸² Vgl. dazu auch Botschaft Bahnreform 2, S. 982 ff.

der Vergabe ein Wettbewerb zwischen den Anbietern beabsichtigt würde. Das ist mit dem vom Gesetzgeber installierten Gesuchsverfahren (Art. 8 EBG) nicht der Fall.

Die Vergabe der Infrastrukturkonzession *untersteht dem Kartellrecht mutmasslich nicht*, weil der Bund die Planung und den Bau der Eisenbahninfrastruktur nicht nach Wettbewerbsgesichtspunkten, sondern weitgehend nach öffentlichen Interessen organisiert und ein konkurrenzierendes privates Angebot durch Subventionen faktisch verdrängt.⁴⁸³

Bau und Betrieb der Eisenbahninfrastruktur stellen eine öffentliche Aufgabe dar, womit deren Übertragung dem *Beschaffungsrecht* grundsätzlich untersteht. Dies gilt nach herrschender Praxis des Bundesgerichts und wird mit der laufenden Revision des Beschaffungsrechts des Bundes verdeutlicht. Indes weicht das vom Verordnungsgeber (KPFV) vorgesehene Gesuchsverfahren vom Verfahren des Beschaffungsrechts im Sinne einer *lex specialis* ab. Mit der Revision des BöB wird diese Ausnahme von der Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts mit einem neuen Art. 5 Abs. 5 EBG explizit bestätigt. Es ist allerdings fraglich, ob der Bundesrat mit seiner Verordnung vom anwendbaren Beschaffungsrecht abweichen kann, zumal er auch keine selbständige Verordnungskompetenz zugesprochen erhält.

Der *Rechtsschutz* von allfälligen Mitbewerbern und Dritten ist allein mit den allgemeinen Prinzipien wenig ausgebaut.⁴⁸⁴ Die spezialgesetzlichen Grundlagen sehen immerhin eine Publikationspflicht und das Anhörungsrecht von betroffenen Kantonen, Transportunternehmen mit einer Personenbeförderungskonzession und Infrastrukturbetreiberinnen vor (Art. 6 Abs. 3 EBG und 9 KPFV), womit eine gewisse Transparenz hergestellt wird.

Zwischenfazit: Die Wirtschaftsfreiheit kommt gemäss Praxis des Bundesgerichts auf die Vergabe der Bahninfrastrukturkonzession des öffentlichen Dienstes nicht zur Anwendung. Auch das Kartellrecht ist nicht anwendbar. Das Beschaffungsrecht wäre anwendbar, wird aber durch das in der Verordnung vorgesehene Gesuchsverfahren mit Direktvergabe verdrängt – sofern diese Abweichung vom Beschaffungsrecht auf blosser Verordnungsstufe überhaupt gültig ist. Die vorgesehene Publikationspflicht und das Anhörungsrecht Dritter schaffen eine gewisse Transparenz, ohne dass aber eine Gleichbehandlung der Konkurrenten⁴⁸⁵ sichergestellt würde.

Aus *ökonomischer Sicht* ist eine Direktvergabe, wie die vorliegende, gerechtfertigt, wenn Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können oder wenn es keine Auswahl an Anbietern gibt. Ersteres ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen: Die Eigenschaften des Betreibers und die Qualität der komplexen

⁴⁸³ Vgl. UHLMANN, BSK BV, N 25 zu Art. 27 BV; etwas relativierend BGE 138 I 378 E. 6.2.2., vgl. aber die Kritik bei BIAGGINI, BV Komm., N 17a zu Art. 27 BV.

⁴⁸⁴ Vgl. allgemein zum Rechtsschutz III.D.

⁴⁸⁵ Pro memoria: Die Wirtschaftsfreiheit ist nicht anwendbar und damit eine Gleichbehandlung von Konkurrenten nicht rechtlich durchsetzbar. Vgl. oben III.A.2.

Leistungen von Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur kann der Besteller im Voraus nicht vollständig abschätzen und nach der Konzessionierung nur mit erheblichem Aufwand und nur bis zu einem gewissen Grad kontrollieren. Entsprechend erstellt das BAV vierjährige Leistungsvereinbarungen und wird vom Gesetzgeber mit sehr weitreichenden Auskunfts- und Einsichtsrechten ausgestattet. Zwar erwartet der Gesetzgeber von den Unternehmen wirtschaftliches Verhalten (Art. 52 EBG), verweigert ihnen dann aber explizit⁴⁸⁶ jede Gewinnausschüttung und Verzinsung von Eigenkapital, womit de facto Nichtstaatsunternehmen von der Konzessionsvergabe ausgeschlossen werden.⁴⁸⁷ Der Gesetzgeber begrenzt damit die Auswahl an Anbietern auf Staatsunternehmen und schränkt die Möglichkeit einer wettbewerblichen Vergabe ein. Dieser Umstand und das gewählte Gesuchsverfahren mit Direktvergabe sind offenbar den erheblichen politischen Interessen geschuldet, welche der Gesetzgeber denn auch prominent in die Konzessionsvergabe einbringt (Art. 6 Abs. 1 lit. a EBG). Ob aus ökonomischer Sicht die gegenwärtige Direktvergabe mittels Gesuchsverfahren eine effiziente Zuteilung (und damit eine faire Zuteilung im Sinne einer utilitaristischen Wohlfahrtsfunktion) garantiert, oder ob ein kompetitives Auswahlverfahren mit entsprechend angepassten Rahmenbedingungen, z. B. bezüglich Rentabilität, zu bevorzugen wäre, bedarf detaillierter ökonomischer Abklärungen.

Fazit: Die gegenwärtigen Regelungen sehen ein Gesuchsverfahren vor, im Rahmen dessen durch die Publikation des Gesuchs und durch ein breit gefasstes Anhörungsrecht eine gewisse Transparenz hergestellt wird. Eine effiziente Zuteilung der Betriebskonzession unter Gleichbehandlung der Konkurrenten wird damit nicht automatisch sichergestellt. Es überwiegen die politischen Interessen an der Planung der Eisenbahninfrastruktur und der Beauftragung von Staatsunternehmen. Einen gewissen Wettbewerb scheint das BAV immerhin bei den Fernverkehrskonzessionen anzustreben, unter Beachtung der gesetzgeberisch vorgesehenen Trennung von Infrastruktur und Eisenbahntransport.⁴⁸⁸

3. Fernmeldewesen – Grundversorgungskonzessionen

Bei der Grundversorgungskonzession nach Art. 14 ff. FMG handelt es sich um eine Konzession im Bereich des *Service Public* (Konzession des öffentlichen Dienstes), bei welcher die Konzessionsnehmerin einer Ausübungspflicht unterliegt und dafür Abgeltungen erhält (Art. 19 FMG).⁴⁸⁹ Die Konzession wird in einem Ausschreibungsverfahren nach den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz erteilt (Art. 14 Abs. 3 FMG). Die Vergabe erfolgt im Rahmen eines

⁴⁸⁶ Eine solche explizite Verweigerung der Gewinnausschüttung fehlt im Konzessionssystem des regionalen Personenverkehrs.

⁴⁸⁷ Zu den Gründen ABEGG/SEFEROVIC, S. 360 ff.

⁴⁸⁸ Vgl. die Pressemitteilung des BAV vom 12.6.2018, Fernverkehrs-Konzession: Grösster Teil der Linien an SBB, zwei Linien an BLS, online: <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/aktuell/medien_mitteilungen.msg-id-71096.html> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁴⁸⁹ Vgl. auch die detailliert geregelten Pflichten der Konzessionärin in Art. 15 ff. FDV.

Kriterienwettbewerbs (Art. 12 Abs. 1 FDV), wobei das Bundesrecht relativ detaillierte Zuschlagskriterien vorsieht, welche auf das Verhältnis von Qualität der Dienstleistung und Höhe der geforderten Abgeltungen abstellen (Art. 12 Abs. 3 und 4 FDV). Vom Ausschreibeverfahren kann abgewichen werden, wenn kein Wettbewerbsverfahren durchgeführt werden kann (Art. 14 Abs. 4 FMG, Art. 12 Abs. 5 FDV). Entsprechend wurde die gegenwärtig laufende Konzession ohne Ausschreibung direkt der Swisscom vergeben, nachdem eine Abklärung auf dem Schweizer Markt durch die ComCom ergeben hatte, dass einzig die Swisscom Interesse an dieser Konzession zeigte.⁴⁹⁰

Mit der Grundversorgungskonzession werden dem Konzessionär öffentliche Aufgaben übertragen,⁴⁹¹ welche sich auf den Verfassungsauftrag von Art. 92 Abs. 2 BV stützen.⁴⁹² Gemäss der bisherigen Praxis des Bundesgerichts ist die *Wirtschaftsfreiheit* nicht auf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben anwendbar. Der Gesetzgeber hat im Falle der Grundversorgungskonzession jedoch ein wettbewerbliches Verfahren für die Vergabe vorgesehen, bei welchem die herrschende Lehre die Wirtschaftsfreiheit zur Geltung bringen will. Das FMG erwähnt diesen «wirksamen Wettbewerb» ausdrücklich bereits im Zweckartikel (Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG).

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe *untersteht grundsätzlich dem Beschaffungsrecht*. Dies gilt bereits nach herrschender Praxis des Bundesgerichts und wird mit der laufenden Revision des Beschaffungsrechts verdeutlicht. Dabei ist aber zu beachten, dass es sich beim Vergabeverfahren nach FMG um ein spezialgesetzliches Verfahren handelt, welches sowohl unter geltendem als auch nach dem vorgesehenen revidierten BöB vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen bleiben soll.⁴⁹³

Bei den Aufgaben, die der Grundversorgungskonzessionärin übertragen sind, handelt es sich – entgegen der Bezeichnung als «Konzession» – gerade nicht um eine Monopolkonzession, womit dem Unternehmen keine besonderen Rechte nach Art. 3 Abs. 1 lit. b KG zukommen. Da der Bund ausserdem den Wettbewerb in der Grundversorgung nach FMG nicht ausschliessen, sondern nur für eine minimale Grundabdeckung der Fernmeldedienste sorgen wollte, hat er damit auch keine staatliche Markt- und Preisordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG begründet.⁴⁹⁴ Im Gegenteil sieht Art. 11 FMG Bestimmungen vor, welche den Zugang von Konkurrenten im Falle marktbeherrschender Anbieterinnen explizit regeln. Das *Kartellgesetz*

⁴⁹⁰ Medienmitteilung der ComCom vom 19.05.2017, Die ComCom erteilt Swisscom die Grundversorgungskonzession im Telekombereich, online: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-66782.html>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁴⁹¹ RÜTSCHÉ, Aufgaben, S. 160. Entsprechend wird die Grundversorgungskonzession mitunter auch als Beleihung bezeichnet, vgl. AMGWERT/SCHLAURI, Rz. 6.164.

⁴⁹² Vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 10 zu Art. 92 BV; HÄNER, S. 36; RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, S. 77.

⁴⁹³ So ausdrücklich Botschaft Rev. BöB, S. 1899 f.

⁴⁹⁴ Vgl. ausführlich KLAUS, N 856 ff.

ist somit auch im Bereich der Grundversorgungskonzession anwendbar, wobei die wettbewerbsrechtlichen Regeln des FMG spezialgesetzliche Regeln zum Kartellgesetz bilden und zu diesen hinzutreten.⁴⁹⁵

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen über die Vergabe der Grundversorgungskonzession durch den Bund sehen eine öffentliche Ausschreibung der Konzession im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs vor. Die Vergabe hat aber in jedem Fall in einem Verfahren zu erfolgen, welches die Grundsätze der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz einhält. Von einer Ausschreibung kann die ComCom abweichen, sofern eine Marktstudie ergibt, dass kein wettbewerbliches Verfahren möglich ist. Das war bei der letzten Vergabe (Konzession 2018–2022) der Fall. Das öffentliche Beschaffungsrecht wird durch die spezialgesetzlichen Bestimmungen des Fernmelderechts derogiert, hingegen tritt das Kartellgesetz nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts zu den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des FMG hinzu.

Die Grundversorgungskonzession nach Art. 14 ff. FMG wird grundsätzlich im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs ausgeschrieben. In *ökonomischer Hinsicht* berücksichtigt das Verfahren damit das Prinzip der Chancengleichheit. Durch einen sorgfältigen Evaluationsprozess könnte zudem das Wettbewerbsprinzip weitgehend umgesetzt werden. Ob die Dienstleistung der Grundversorgung zu komplex ist, um einen Gesamtpreis im Rahmen einer Auktion zu bestimmen, kann zumindest hinterfragt werden. Da aus faktischen Gründen aber regelmässig kein wettbewerbliches Verfahren durchgeführt wird, ist die Frage in der Praxis bedeutungslos geblieben. Will die ComCom auf eine Ausschreibung verzichten, hat sie immerhin eine Marktstudie durchzuführen.

Fazit: Das geltende Recht bietet die Grundlagen, um die Grundversorgungskonzessionen im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs auszuschreiben und damit im Sinne der allokativen Effizienz zu vergeben. Es stellt sich indes stellt sich die Frage, wieso sich bisher ausser der Swisscom keine weiteren Interessenten für die Konzession haben finden lassen. Es sollte daher geklärt werden, ob entsprechende Mängel im Ausschreibungs-Design bestehen und wie diese behoben werden könnten.

⁴⁹⁵ Sog. positive Normenkonkurrenz, vgl. BGer, Urteil vom 11. April 2011, 2C_343/2010, 2C_344/2010 E. 3.4; WEBER, DIKE-Komm., N 12 zu Art. 3 KG; vgl. auch AMGWERT/SCHLAURI, Rz. 6.52.

4. Radio- und Fernsehprogrammkonzessionen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil

Für Programmveranstalter im Bereich des RTVG hat der Gesetzgeber die Zugangsvoraussetzungen liberalisiert und sieht nun grundsätzlich lediglich noch eine *Meldepflicht* vor (Art. 3 RTVG).⁴⁹⁶ Die Veranstalter müssen in diesem Fall ihr Programm aber aus eigener Kraft und ohne Abgeltungen betreiben.⁴⁹⁷

Um Zugang zur drahtlos-terrestrische Verbreitung (Art. 53 RTVG) und zu einem Anteil an Rundfunkabgaben in der Form von Abgeltungen (und einem entsprechenden Leistungsauftrag; Art. 38 RTVG) zu erhalten, ist eine Konzession notwendig.⁴⁹⁸ Im Bereich des nationalen Radios und Fernsehens hat die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) von Gesetzes wegen Anspruch auf eine Konzession, ohne sich allfälligen Konkurrenten stellen zu müssen.⁴⁹⁹ Sie erhält eine mit einem Programmauftrag (Art. 24 RTVG) kombinierte Konzession (Art. 25 RTVG), welche der Grundversorgung der Bevölkerung dient. Die Erhaltung eines starken öffentlich-rechtlichen Rundfunks war ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers, damit der sich aus Art. 93 Abs. 2 BV ergebende verfassungsrechtliche Leistungsauftrag erfüllt werden kann.⁵⁰⁰ Daneben haben aber auch andere Veranstalter die Möglichkeit, sich um eine Konzession in Kombination mit einem Leistungsauftrag auf regionaler Ebene zu bewerben. Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen Konzessionen mit Leistungsauftrag *und* Abgabenanteil und solchen mit Leistungsauftrag *ohne* Abgabenanteil.⁵⁰¹ Die Konzession mit Leistungsauftrag mit Abgabenanteil ist limitiert auf eine pro Versorgungsgebiet (Art. 38 Abs. 3 RTVG).⁵⁰² Die mit

⁴⁹⁸ Vgl. zu dieser Abgrenzung auch SAXER/BRUNNER, Rz. 7.33.

⁴⁹⁹ Art. 25 Abs. 1 RTVG.

⁵⁰⁰ Botschaft RTVG I, S. 1594 f.

⁵⁰¹ Vgl. Art. 38 ff. und 43 ff. RTVG; vgl. auch die Übersicht bei SAXER/BRUNNER, Rz. 7.41 (Abbildung 7.1).

⁵⁰² Der Bund erhebt eine Abgabe zur Finanzierung der Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags von Radio und Fernsehen (Art. 68 Abs. 1 RTVG). Diese dient in der Hauptsache zur Finanzierung der SRG (Art. 68a Abs. 1 lit. a RTVG). Diesen Auftrag aus Art. 93 Abs. 2 BV erfüllt der Bund in erster Linie durch die SRG, der die Aufgabe zukommt, einen «Dienst für die Allgemeinheit» zu erbringen (Art. 23 RTVG): vgl. BIAGGINI, BV Komm, N 9 zu Art. 93. Daneben haben auch Konzessionäre für lokal-regionale Programme mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil Anspruch auf einen Teil der Gebühreneinnahmen in der Form von Abgeltungen (Art. 38 ff. und Art. 68a Abs. 1 lit. b RTVG). Die Programmkonzessionen der SRG und der lokal-regionalen Anbieter unterscheiden sich denn auch nicht grundsätzlich in ihrer Rechtsnatur, vgl. WEBER, Komm. RTVG, Art. 44 N 5. Der Abgabenanteil für die anderen konzessionierten Veranstalter von Radio- und Fernsehprogrammen kann vier bis sechs Prozent des Ertrags der Abgabe für Radio und Fernsehen betragen (Art. 40 Abs. 2 RTVG). Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) legt den Anteil jedes Konzessionärs am Ertrag der Abgaben für Radio und Fernsehen für einen bestimmten Zeitraum fest. Das UVEK berücksichtigt die Grösse und das Wirtschaftspotenzial des Versorgungsgebiets sowie den Aufwand, den der Konzessionär zur Erfüllung des Leistungsauftrages inklusive Verbreitungskosten erbringen muss (Art. 40 Abs. 2 RTVG, Art. 39 RTVV).

Leistungsaufträgen kombinierten Konzessionen enthalten Grundversorgungsdienste (mit Ausübungspflicht),⁵⁰³ weshalb diese Konzessionen als *Konzessionen des öffentlichen Dienstes* kategorisiert werden.⁵⁰⁴

Diese Konzessionen werden vom BAKOM grundsätzlich im Rahmen eines öffentlich ausgeschriebenen *Kriterienwettbewerbs* ausgeschrieben, wobei das formelle Verfahren gesetzlich wenig detailliert geregelt ist.⁵⁰⁵ Das RTVG sieht aber immerhin Eignungs- und Zuschlagkriterien vor (vgl. Art. 44 und 45 Abs. 3 RTVG). Den Zuschlag erhält bei mehreren Bewerbern primär derjenige, welcher den Leistungsauftrag am besten erfüllen kann. In zweiter Linie wird darauf abgestellt, welcher Bewerber die «Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert». Vom Ausschreibungsverfahren kann bei Programmen von kurzer Dauer abgewichen werden. Zudem können Konzessionen ohne Ausschreibung verlängert werden, wenn «die Situation in den Versorgungsgebieten oder technologische Veränderungen die Programmveranstalter vor besondere Herausforderungen stellen» (Art. 45 Abs. 1^{bis} und Abs. 2 RTVG).⁵⁰⁶ Gemäss der bisherigen Praxis des Bundesgerichts ist die *Wirtschaftsfreiheit* nicht auf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben anwendbar. Der Gesetzgeber hat im Falle der lokal-regionalen Programmkonzessionen jedoch ein wettbewerbliches Verfahren für die Vergabe vorgesehen, bei welchem die herrschende Lehre die Wirtschaftsfreiheit zur Geltung bringen will.⁵⁰⁷

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe untersteht grundsätzlich dem *Beschaffungsrecht*. Dies gilt bereits nach herrschender Praxis des Bundesgerichts und wird mit der laufenden Revision des Beschaffungsrechts verdeutlicht. Beim Vergabeverfahren nach RTVG handelt es sich jedoch um ein spezialgesetzliches Verfahren, welches sowohl unter geltendem als auch nach dem vorgesehenen revidierten BÖB von dessen Anwendungsbereich ausgenommen bleibt.⁵⁰⁸

Bei den Aufgaben, die den lokal-regionalen Programmkonzessionären übertragen sind, handelt es sich nicht um eine Konzession, mit welcher Privaten eine monopolisierte wirtschaftliche Tätigkeit erlaubt wird.⁵⁰⁹ Die Konzession dient hier – in Kombination mit einem Leistungsauftrag – dazu, Private für die Erfüllung des Verfassungsauftrags von Art. 93 Abs. 2 BV beizuziehen.⁵¹⁰ Der Gesetzgeber hat

⁵⁰³ Botschaft RTVG I, S. 1601; vgl. auch KUNZ, S. 129.

⁵⁰⁴ Vgl. GRIFFEL, N 382; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 20; WEBER, Komm. RTVG, Vorbemerkungen zu Art. 38-50 RTVG, N 3. Zur Schwierigkeit, die Programmkonzession in die herkömmliche Dogmatik einzuordnen, vgl. auch SAXER/BRUNNER, Rz. 7.38.

⁵⁰⁵ Art. 43 RTVV. Vgl. SAXER/BRUNNER, Rz. 7.56 ff.

⁵⁰⁶ Die Bestimmung wurde auf Antrag der zuständigen Kommission des Ständerates eingefügt, um der technologischen Umstellung von UKW auf DAB bei der Verbreitung von Radioprogrammen Rechnung zu tragen, vgl. AB 2014 S. 661 sowie Bericht RTVV, S. 5.

⁵⁰⁷ Vgl. oben III.A.2.

⁵⁰⁸ So ausdrücklich Botschaft E-BöB, S. 1899 f.

⁵⁰⁹ Vgl. WALDMANN, Konzession, S. 10 Fn 44.

⁵¹⁰ WEBER, Komm. RTVG, Art. 44 N 6; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §10 N 14; RÜTSCHKE, Aufgaben, S. 159 f.; die Abgrenzung ist freilich umstritten, siehe dazu schon oben II.A.2.

mit dem vorgesehenen System den Wettbewerb im Bereich der Radio- und Fernsehprogramme nicht gänzlich verhindert, aber gleichwohl eng beschränkt.⁵¹¹ Den Konzessionären kommen denn auch keine besonderen Rechte zu, und der Bund hat auch keine staatliche Markt- und Preisordnung begründet (Art. 3 KG).⁵¹² Das Kartellgesetz ist somit auch im Bereich der lokal-regionalen Programmkonzessionen grundsätzlich anwendbar, wobei das RTVG sein Verhältnis zum Kartellgesetz und die Aufgaben der Wettbewerbskommission in Art. 74 f. RTVG spezifisch regelt.⁵¹³ Kritisiert wird in diesem Zusammenhang mitunter die Vermischung von Medien- und Meinungsvielfalt mit wettbewerbsrechtlichen Aspekten.⁵¹⁴ Dass allerdings der Bund dem Kartellrecht untersteht, wenn er bei der Übertragung von öffentlichen Aufgaben durch Leistungsaufträge erheblich in die Marktstrukturen eingreift, nimmt die Lehre (bislang) nicht an.⁵¹⁵

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen über die Vergabe der lokal-regionalen Programmkonzessionen durch den Bund sehen eine öffentliche Ausschreibung der Konzession im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs vor. Mit der Konzession für Programme mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil sind dabei Abgeltungen für die Erfüllung der im Leistungsauftrag spezifizierten Leistungen verbunden. Das öffentliche Beschaffungsrecht wird durch die spezialgesetzlichen Bestimmungen des Fernmelderechts derogiert. Das Kartellrecht ist auf die Vergabe der Leistungsaufträge samt Abgeltungen nicht anwendbar.

Die lokal-regionalen Programmkonzessionen werden grundsätzlich im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs ausgeschrieben. Das Verfahren berücksichtigt aus *ökonomischer Perspektive* das Prinzip der Chancengleichheit, und durch einen sorgfältigen Evaluationsprozess wird weitgehend auch das Wettbewerbsprinzip umgesetzt. Ob die Dienstleistung tatsächlich zu komplex ist, um einen Gesamtpreis im Rahmen einer Auktion zu bestimmen, könnte zumindest hinterfragt werden.

Fazit: Die lokal-regionalen Programmkonzessionen werden nach geltendem Recht im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs und damit weitgehend nach dem Wettbewerbsprinzip vergeben. Dabei ist immerhin darauf hinzuweisen, dass die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen eine verhältnismässig geringe Regelungsdichte im Hinblick auf diese Kriterien aufweisen, was einer fairen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe abträglich sein kann.

⁵¹¹ Vgl. zur wettbewerbsrechtlichen Situation in diesem Bereich SAXER/BRUNNER, Rz. 7.23.

⁵¹² Vgl. ausführlich KLAUS, N 856 ff.

⁵¹³ Das RTVG anerkennt ausdrücklich, dass ein Programmveranstalter eine marktbeherrschende Stellung erlangen kann.

⁵¹⁴ Vgl. SAXER/BRUNNER, Rz. 7.75 m.w.H.

⁵¹⁵ Vgl. oben III.C.

5. Luftfahrt – Betriebskonzessionen für Flughäfen

Der Betrieb von Flugplätzen, welche dem öffentlichen Verkehr dienen, erfordert eine Betriebskonzession des UVEK (Art. 36a LFG, Art. 10 ff. VIL).⁵¹⁶ Mit der Konzession sind eine Betriebspflicht unter Aufsicht des Bundes und hoheitliche Befugnisse (Enteignungsrecht und Einzug von Gebühren) verbunden,⁵¹⁷ womit eine öffentliche Aufgabe und somit eine *Konzession des öffentlichen Dienstes* vorliegen. Daran ändert auch nichts, dass der Konzessionär zur Deckung seiner Ausgaben nicht nur Gebühren einnehmen, sondern auch «den Flughafen gewerbsmässig» betreiben darf (Art. 36a Abs. 2 LFG).

Der *Gesetzgeber* hat keine Regelungen zur Vergabe der Konzession vorgesehen (vgl. Art. 36a LFG). Diese befinden sich in der *Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL)* und stehen somit unter dem Vorbehalt von Bundesverfassung und Bundesgesetzen. Wer eine Betriebskonzession erlangen will, muss ein Gesuch einreichen, das über die Eignung des Betreibers (v. a. Kenntnisse und Fähigkeiten) und die Pläne zu Finanzierung und Betrieb Auskunft gibt (Art. 11 VIL). Die Kantone veröffentlichen das Gesuch in den Publikationsorganen der betroffenen Kantone und Gemeinden (Art. 4 VIL). Die Konzession wird erteilt, wenn die Anforderungen an Eignung, Betrieb und Finanzierung und die Vorgaben des Sachplan Infrastruktur der Luftfahrt (SIL) erfüllt sind (Art. 12 VIL). Die Konzession wird für 50 Jahre bei Landesflughäfen und 30 Jahre bei Regionalflughäfen erteilt.⁵¹⁸ Der Konzessionär kann mit Zustimmung des UVEK Teile seiner Rechte und Pflichten auf einen Dritten übertragen (Art. 36a Abs. 3 LFG).

Auf die Vergabe einer Konzession des öffentlichen Dienstes wie der vorliegenden ist gemäss Bundesgericht die *Wirtschaftsfreiheit* nicht anwendbar. Nach der herrschenden Lehre wäre die Wirtschaftsfreiheit immerhin dann anwendbar, wenn mit der Vergabe ein Wettbewerb zwischen den Anbietern veranstaltet würde. Das ist mit dem vom Verordnungsgeber installierten Gesuchsverfahren (Art. 11 f. VIL) nicht der Fall.

⁵¹⁶ Die Regionalflughäfen sind – analog zu den Landesflughäfen Zürich und Genf – konzessioniert. Eine Ausnahme bildet der Flugplatz Altenrhein, bei dem aufgrund einer Übereinkunft mit Österreich auf die Konzessionierung verzichtet wurde. In der Schweiz gibt es elf Regionalflughäfen: Bern-Belp, Lugano-Agno, Sion, St. Gallen-Altenrhein, Birrfeld, Bressaucourt, Ecuwillens, Grenchen, La Chaux de Fonds-Les Eplatures, Lausanne-La Blécherette und Samedan. Gemäss dem Luftverkehrspolitischen Bericht hat sich dieses Netzwerk ohne eine zentrale Koordination durch den Bund entwickelt. Vier Regionalflughäfen (Bern-Belp, Lugano-Agno, Sion, St.Gallen-Altenrhein) fertigen auch Linienverkehr im Kurz- und Mittelstreckenbereich ab. Vgl. Bericht LUPO 2016, S. 1917.

⁵¹⁷ Der Konzessionär ist verpflichtet, den Flughafen allen im internen und im internationalen Luftverkehr zugelassenen Luftfahrzeugen für die ordentliche Benützung zur Verfügung zu stellen (Art. 36a Abs. 2 LFG). Hierzu erhebt er Gebühren, und es steht ihm ein Enteignungsrecht zu (Art. 36a Abs. 2 und 4 LFG). Organisation und Betrieb eines Flughafens werden durch ein Betriebsreglement geregelt, das vom BAZL genehmigt werden muss (Art. 36c LFG, Art. 23 ff. VIL).

⁵¹⁸ Der Betrieb des Flughafens Zürich wurde 2001 für 50 Jahre konzessioniert, vgl. Flughafen Zürich, Betriebskonzession, online: <<https://www.flughafen-zuerich.ch/business-und-partner/flugbetrieb/betriebskonzession>> (besucht am 30. Dezember 2018).

Die Vergabe der Betriebskonzession *untersteht dem Kartellrecht nicht*, weil mit deren Anbindung an den SIL, welcher detaillierte Vorgaben zu Betrieb und dessen Entwicklung vorgibt (Art. 36c LFG; Art. 12 VIL), eine staatliche Markt- und Preisordnung begründet wird (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG).⁵¹⁹ Sofern der Konzessionär öffentliche Aufgaben weitergibt (Art. 36a Abs. 3 LFG), untersteht dies dann nicht dem Kartellgesetz, wenn der Konzessionär zu deren Erfüllung mit besonderen Rechten ausgestattet wurde (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG), was im Einzelfall zu prüfen ist.⁵²⁰

Mit dem Betrieb eines Flughafens wird eine öffentliche Aufgabe übertragen,⁵²¹ womit das *Beschaffungsrecht* grundsätzlich Anwendung findet. Dies gilt nach herrschender Praxis des Bundesgerichts und wird mit der laufenden Revision des Beschaffungsrechts des Bundes verdeutlicht. Im vorliegenden Fall besteht mit Art. 11 VIL lediglich eine Norm auf Verordnungsstufe, welche ein Gesuchsverfahren und somit eine Abweichung vom Bundesgesetz über das Beschaffungswesen (BöB) vorsieht. Ob von den gesetzlichen Vorgaben des BöB mit einer Verordnung abgewichen werden kann, ist zu bezweifeln.⁵²² Immerhin erhält der Bundesrat in Art. 36 Abs. 1 LFG eine ausdrückliche Verordnungskompetenz zur Regelung der Konzessionierung, ohne sich aber zur Abweichung vom Beschaffungsrecht auszusprechen.

Das Bundesgericht hatte nach erfolgter Konzessionserteilung für den Flughafen Zürich im Jahr 2001 zahlreiche Beschwerden gegen die Konzessionserteilung zu beantworten – allerdings nicht von Konkurrenten. Die Frage nach minimalen Anforderungen an das Konzessionsverfahren liess es offen.⁵²³ Der *Rechtsschutz* von Mitbewerbern wäre mit der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht gewährleistet. Zudem ist anzunehmen, dass – ausserhalb einer öffentlichen Ausschreibung – alle Konkurrenten beschwerdelegitimiert sind, welche an einer Ausschreibung teilgenommen hätten.⁵²⁴

Zwischenfazit: Die Wirtschaftsfreiheit kommt gemäss Praxis des Bundesgerichts auf die Vergabe der Flughafenkonzession als Konzession des öffentlichen Dienstes nicht zur Anwendung. Auch das Kartellrecht kommt aufgrund des Vorbehalts des

⁵¹⁹ Die Konzepte und Sachpläne nach Artikel 13 zeigen, wie der Bund seine raumwirksamen Aufgaben in einem bestimmten Sach- oder Themenbereich wahrnimmt, welche Ziele er verfolgt und in Berücksichtigung welcher Anforderungen und Vorgaben er zu handeln gedenkt. Der SIL legt den Rahmen für künftige Aus- und Umbauten der Infrastruktur sowie für die Ausrichtung des Betriebs eines Flugplatzes behördenverbindlich fest. Er enthält Vorgaben für den Betrieb, zum Flugplatzperimeter, zur Lärmbelastung, zur Hindernisbegrenzung, zum Natur- und Landschaftsschutz sowie zur Erschliessung. Die Sachpläne sind online verfügbar unter Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL, Dokumente zu den SIL-Serien, <<https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/politik/luftfahrtpolitik/sachplan-infra-struktur-der-luftfahrt--sil-/objekteil-des-sil/dokumente-zu-den-sil-serien.html>> (besucht am 30. Dezember 2018). So erwähnt der Bundesgerichtsentscheid 1A.61/2003 vom 8. Juli 2003 in E. 3.1, dass der SIL zwingende Vorgaben und Rahmenbedingungen zum Betrieb der Infrastruktur enthält.

⁵²⁰ In vers. Bereichen ist der Flughafenkonzessionär dem Kartellrecht unterstellt, so z.B. im Bereich der gewerblichen Aktivitäten und bei Parking-Dienstleistungen: vgl. die Medienmitteilungen vom 16.12.2005 und vom 5.10.2006.

⁵²¹ Oben Fn 517.

⁵²² Das gilt wohl auch unter dem zukünftigen Art. 9 E-BöB.

⁵²³ BGE 1A.61/2003 vom 8. Juli 2003.

⁵²⁴ Vgl. allgemein zum Rechtsschutz oben III.D.

Sachplans des Bundes nicht zur Anwendung. Das Beschaffungsrecht ist dagegen anwendbar, weil mit der Konzession eine öffentliche Aufgabe übertragen wird und Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BöB auf Gesetzesstufen hätten erfolgen müssen.

Aus *ökonomischer Sicht* ist eine Direktvergabe mittels Gesuchs wie die vorliegende zu rechtfertigen, wenn Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können oder wenn es keine Auswahl an Anbietern gibt. Beides ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen: Eigenschaften des Betreibers und die Qualität der komplexen Leistungen des Flughafenbetreibers kann der Besteller im Voraus nicht vollständig abschätzen und nach Konzessionierung nur mit erheblichem Aufwand und nur bis zu einem gewissen Grad kontrollieren.⁵²⁵ Eine wettbewerbliche Vergabe erscheint somit grundsätzlich möglich und wird andernorts auch praktiziert, wovon jüngst auch die Betreiberin des Flughafens Zürich profitiert hat.⁵²⁶ Offensichtlich ist, dass die nachgefragte Leistung eine erhebliche Komplexität aufweist, welche die Vergabe im Rahmen einer Auktion als impraktikabel erscheinen lässt. Der Gesetzgeber könnte jedoch mit spezialgesetzlichen Vorgaben einen Kriterienwettbewerb vorsehen wollen. Falls mehrere Anbieter Interesse an einer solchen Konzession haben und über entsprechende ökonomische Möglichkeiten verfügen, kann die gegenwärtige Direktvergabe mittels Gesuchsverfahrens keine effiziente Zuteilung (und damit faire Zuteilung im Sinne einer utilitaristischen Wohlfahrtsfunktion) garantieren. Eher als wettbewerbshindernd erscheint in diesem Zusammenhang auch die sehr lange Konzessionsvergabe auf 50 Jahre, welche das BAZL mit den erheblichen Investitionen des Konzessionärs und dem öffentlichen Interesse an einem langfristig stabilen Flugbetrieb begründet.⁵²⁷

Fazit: Die *gegenwärtigen Regelungen* auf Verordnungsstufe sehen ein Gesuchsverfahren vor, im Rahmen dessen durch Veröffentlichung des Gesuchs eine gewisse Transparenz hergestellt wird. Allein damit wird indes eine effiziente Zuteilung der Betriebskonzession nicht sichergestellt.⁵²⁸ Zudem erweist sich vorliegende Abweichung vom Beschaffungsrecht auf Verordnungsstufe wohl als ungültig. Während das Beschaffungsrecht mit der grundsätzlich vorgesehenen Auktionspflicht ein faires, transparentes und rechtsgleiches Verfahren vorsieht, mag allenfalls die Komplexität der Vergabe der Anwendung des Beschaffungsrechts im Wege stehen. Der Gesetzgeber könnte diesfalls mit Spezialnormen einen Kriterienwettbewerb vorsehen.

⁵²⁵ Entsprechend der Aufruf zu Transparenz im Luftverkehrspolitischen, siehe Bericht LUPO 2016, S. 1913. Das BAZL genehmigt insb. Änderungen des Betriebsreglements: Art. 36c LFG und 23 ff. VIL.
⁵²⁶ Vgl. Medienmitteilung vom Flughafen Zürich vom 22. Mai 2017, Flughafen Zürich erhält Konzession für Flughafen in Chile, online : <<https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/medien/news-center/2017/mai/mm-20170522-konzession-chile>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁵²⁷ Betriebskonzession für den Flughafen Zürich vom 31.5.2001, verfügbar online: <<https://www.flughafen-zuerich.ch/business-und-partner/flugbetrieb/betriebskonzession>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁵²⁸ Wobei wohlgemerkt die Wirtschaftsfreiheit keine Anwendung findet, siehe oben III.A.2.

6. Personenbeförderungskonzessionen und Abgeltungen für die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des regionalen Personenverkehrs

Die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung, das sogenannte Personenbeförderungsregal, ist Teil des Post- und Fernmelderegals des Bundes (Art. 92 Abs. 1 BV).⁵²⁹ Im Bereich Eisenbahn, Strasse, Wasser, Seilbahnen, Aufzügen und anderen spurgeführten Transportmitteln regelt das PBG die Ausübung dieses Regals (Art. 1 Abs. 2 PBG). Die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung bedarf grundsätzlich einer *Konzession*.⁵³⁰

Neben Eignungskriterien, wie der Vorgabe, wonach das ersuchende Unternehmen über die für die Benützung der Verkehrswege und Haltestellen erforderlichen Bewilligungen verfügen (Art. 9 Abs. 1 PBG), muss ein Verkehrsangebot zweckmässig und wirtschaftlich erbracht werden können und darf im Verhältnis zu bestehenden Verkehrsangebot keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen lassen (Art. 9 Abs. 2 lit. a und b PBG). Es handelt sich bei dieser Bestimmung um eine Art Bedürfnisklausel, welche etwa dafür sorgt, dass neben den bestehenden Fernverkehrskonzessionen auf der Schiene kaum Raum besteht für Konzessionen des Strassenfernverkehrs.⁵³¹

Im Bereich des Fernverkehrs auf der Schiene vergibt der Bund Fernverkehrskonzessionen in einem Direktvergabeverfahren gestützt auf Art. 6 Abs. 1 PBG. Vor dem Vergabeentscheid hört das BAV die betroffenen Kantone, Verkehrsverbände, Transportunternehmen und Infrastrukturbetreiberinnen zum geplanten Konzessionsentscheid an (Art. 6 Abs. 1 PBG). Das Verfahren ist darüber hinaus aber nur wenig gesetzlich geregelt und dies vorwiegend nur auf Verordnungsstufe. Bisher kam der SBB in diesem Bereich ein Monopol zu.⁵³² Mit der Erneuerung der Fernverkehrskonzessionen per Ende 2019 hat das BAV entschieden, der BLS eine Konzession für zwei Linien zu erteilen, die übrigen Linien aber erneut der SBB zu vergeben.⁵³³ Die SBB haben diesen Konzessionsentscheid angefochten und streben damit – berechtigterweise – eine Klärung der Rechtsgrundlagen an.⁵³⁴ Der Fernverkehr hat kostendeckend erbracht zu werden, weshalb hier auch keine Abgeltungen

⁵²⁹ Ausgenommen von der Konzessionspflicht sind Beförderungsangebote von geringer Bedeutung (Art. 7 PBG) sowie der grenzüberschreitende Personenverkehr (Art. 8 PGB). Diese unterstehen einer Bewilligungspflicht, vgl. BIAGGINI, BV Komm., N 4 zu Art. 87 BV und N 4 zu Art. 92 BV.

⁵³⁰ Die Beförderungsangebote von geringer Bedeutung benötigen eine Bewilligung des Kantons, soweit das Bundesrecht dies vorsieht (Art. 7 Abs. 1 PBG, Art. 7 Abs. 2 PBG i.V.m. Art. 7 VPB). Der grenzüberschreitende Personenverkehr bedarf einer Bewilligung durch das UVEK (Art. 8 Abs. 1 PBG), welche durch das Bundesamt für Verkehr (BAV) geändert oder erneuert werden kann (Art. 8 Abs. 5 PBG).

⁵³¹ Vgl. KERN/KÖNIG, Rz. 9.58.

⁵³² Vgl. KERN/KÖNIG, Rz. 9.58.

⁵³³ Medienmitteilung des BAV vom 12.6.2018, Fernverkehrs-Konzession: Grösster Teil der Linien an SBB, zwei Linien an BLS, online: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-71096.html>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁵³⁴ Medienmitteilung der SBB vom 16.07.2018, Fernverkehrskonzession: Politischer Dialog und rechtliche Klärung sind nötig, online: <<https://company.sbb.ch/de/medien/medienstelle/medienmitteilungen/detail.html/2018/6/1206-01>> (besucht am 30. Dezember 2018).

vorgesehen sind. Dies bedingt Quersubventionierungen von gewinnträchtigen zu defizitären Strecken, und darüber hinaus macht der Bund den SBB Vorschriften zu Gewinn und Cash-Flow.⁵³⁵

Der regionale Personenverkehr ist hingegen seit der Revision des Eisenbahngesetzes im Jahre 1996 nach dem sog. *Bestellprinzip* organisiert. Hier bestellen der Bund und die betreffenden Kantone gemeinsam die Verkehrsleistungen bei den Transportunternehmen.⁵³⁶ Dieses Bestellverfahren, welches mit einer Leistungsvereinbarung (Vergabevereinbarung) abgeschlossen wird,⁵³⁷ ist je nach Verkehrsbereich – Schiene oder Strasse – unterschiedlich ausgestaltet und wird mit dem Verfahren zur Erteilung der Konzession koordiniert (Art. 32b PBG). Dabei sieht das PBG zwei Verfahrensmöglichkeiten vor. Im *Direktvergabeverfahren* handeln Besteller und Transportunternehmen Angebot und Abgeltung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben untereinander aus, während das Verkehrsangebot im *Ausschreibungsverfahren* ausgeschrieben und an das Transportunternehmen «mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot» vergeben wird.⁵³⁸ Für den Zuschlag ist dabei aber nicht nur der Preis ausschlaggebend, sondern die Behörden berücksichtigen auch die Qualität, das Angebotskonzept, die Erlöse, die Kosten und die Umweltverträglichkeit eines Angebots (Art. 32g Abs. 2 PBG), freilich ohne Angaben zur Gewichtung der Kriterien.⁵³⁹

Im Bereich des *regionalen Personenverkehrs auf der Schiene* sieht das PBG vor, dass Bund und Kantone als Besteller das betreffende Verkehrsangebot ausschreiben «können» (Art. 32 Abs. 3 PBG). Dies ist einmal versucht worden, diese Ausschreibung ist aber gescheitert.⁵⁴⁰ Die Verkehrsleistungen werden daher weiterhin direkt vergeben, ein Wettbewerb findet damit nicht statt.

Im Gegensatz dazu sieht das Bundesrecht das Ausschreibungsverfahren für den *regionalen Personenverkehr auf der Strasse* als den Regelfall an (Art. 32 Abs. 1 PBG), sieht aber gleichzeitig eine Reihe von Ausnahmen vor, bei welchen ein Verkehrsangebot nicht ausgeschrieben wird (Art. 32 Abs. 2 PBG). So können die Besteller auf eine Ausschreibung verzichten, wenn «eine Zielvereinbarung mit einem Unternehmen besteht und dieses die Ziele erreicht» (Art. 32 Abs. 2 lit. a PBG) oder selbst wenn «für ein Verkehrsangebot aus technischen, betrieblichen oder regionalen Gründen nicht mehr als eine Offerte zu erwarten ist» (Art. 32 Abs. 2 lit. e PBG). Diese tiefen Hürden für den Verzicht auf eine Ausschreibung haben es den Bestel-

⁵³⁵ KERN/KÖNIG, Rz. 9.58.

⁵³⁶ Vgl. zum Bestellprinzip KERN, S. 1812 f.; zur Vorgeschichte des geltenden Rechts auch HERMANN/KÖNIG, N 53 f.

⁵³⁷ Vgl. Art. 31a Abs. 1 PBG.

⁵³⁸ Art. 32 g Abs. 1 PBG; vgl. zum Ausschreibungsverfahren Art. 32 ff. PBG sowie zu den Vergabeverfahren im Allgemeinen KERN, 1814 ff.; KERN/KÖNIG, Rz. 9.48 ff.

⁵³⁹ Vgl. zur Kritik an mangelnden Vorgaben zur Gewichtung der einzelnen Kriterien KERN, S. 1817.

⁵⁴⁰ M.w.H. KERN/KÖNIG, Rz. 9.43.

lern ermöglicht, diese Ausnahmen extensiv anzuwenden, womit das Direktvergabeverfahren nach wie vor auch bei den Buslinien das häufigste Vergabeverfahren geblieben ist.⁵⁴¹ Laut Angaben des Bundesrates fanden von 1996 bis 2018 lediglich 35 Ausschreibungen im gemeinsam von Bund und Kantonen bestellten regionalen Personenverkehr statt.⁵⁴²

Die laut Plankostenrechnung ungedeckten Kosten der von Bund und Kantonen gemeinsam bestellten Angebote des regionalen Personenverkehrs werden den Unternehmen abgegolten (Art. 28 Abs. 1 PBG). Diese *Abgeltungen* bilden Teil der Vergabevereinbarung, welche wiederum, wie bereits erwähnt, mit der Personenbeförderungskonzession verbunden wird.

Im Bereich des *Ortsverkehrs* treten hingegen die Kantone und Gemeinden allein als Besteller auf, regeln das entsprechende Verfahren und finanzieren die Aufwendungen,⁵⁴³ weshalb das Vergabeverfahren in dieser Studie nicht zu beurteilen ist.

Die Personenbeförderungskonzession räumt der Konzessionärin das Recht ein, eine monopolisierte wirtschaftlichen Tätigkeit auszuüben und verknüpft dieses Recht mit einer Reihe von Pflichten (Transportpflicht, Fahrplanpflicht, Betriebspflicht, Tarifpflicht).⁵⁴⁴ Es handelt sich daher um eine *Konzession des öffentlichen Dienstes*,⁵⁴⁵ mit welcher aber nach wohl herrschender Lehre keine öffentlichen Aufgaben übertragen werden.⁵⁴⁶ Diese Beurteilung passt jedoch nicht zum Umstand, dass den Transportunternehmen im regionalen Personenverkehr Abgeltungen entrichtet werden. Bei Abgeltungen handelt es sich um eine Unterart von Subventionen,⁵⁴⁷ mit welchen gemäss Art. 3 Abs. 2 SuG «Leistungen an Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten» vergütet werden. Diese Lasten können sich dabei aus «bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufgaben» oder aus «öffentlichrechtlichen Aufgaben, die dem Empfänger vom Bund übertragen worden sind» ergeben.⁵⁴⁸ In diesem Sinne würden Abgeltungen auf eine Beleihung und die Übertragung von öffentlichen Aufgaben zumindest bei Abschluss einer Angebotsvereinbarung und damit einer Leistungsvereinbarung deuten.

Nach der Praxis des Bundesgerichts sind die *Wirtschaftsfreiheit* sowie der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich weder auf die Vergabe von Monopolkonzessionen noch auf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben anwendbar. Diese

⁵⁴¹ Vgl. KERN, S. 1815.

⁵⁴² Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 9. März 2018 zur Dringlichen Interpellation von Hans Grunder, Postauto-Debakel, 18.3035.

⁵⁴³ KERN/KÖNIG, Rz. 9.54 ff.

⁵⁴⁴ Art. 12 ff. PBG.

⁵⁴⁵ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 20 zu § 45.

⁵⁴⁶ GRIFFEL, N 700; vgl. auch RÜTSCHKE, Aufgaben, S. 159 f.

⁵⁴⁷ Vgl. aber zur unklaren Terminologie WIEDERKEHR/RICHLI, N 1444 ff.

⁵⁴⁸ Art. 3 Abs. 2 lit. a und b SuG; vgl. Botschaft SuG, S. 383; zur Abgrenzung auch GRIFFEL, N 518 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 4 ff. zu § 46.

Ansicht stösst in der Lehre verbreitet auf Kritik, dies insbesondere in Monopolbereichen, in welchen der Gesetzgeber selbst wirksamen Wettbewerb durch ein Konkurrenzsystem anstrebt.⁵⁴⁹ Dies ist im Bereich der Personenbeförderungskonzessionen jedoch nicht durchgehend der Fall. Die Lehre bezeichnet die Reformen insbesondere im Bereich des regionalen Personenverkehrs hin zu mehr Wettbewerb mitunter denn auch als zögerlich und als blosses «legislatives Signal für mehr Wettbewerb».⁵⁵⁰

Ob die Vergabe von Personenbeförderungskonzessionen dem *öffentlichen Beschaffungsrecht* untersteht, ist in der Lehre umstritten, wobei die Regelungen des PBG nach herrschender Lehre sowohl nach geltendem Recht als auch nach der Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des BöB ohnehin Spezialnormen zum allgemeinen Beschaffungsrecht bilden und diesem vorgehen.⁵⁵¹ Immerhin deutet der Bundesrat an, dass die Verkehrsleistungen des regionalen Personenverkehrs auf der Strasse unter dem neuen Recht durchgängig ausgeschrieben werden könnten.⁵⁵² Dies wäre aus ökonomischer Sicht zu begrüßen.

Da die Personenbeförderungskonzessionen auf einem rechtlichen Monopol des Bundes beruhen, welches Unternehmen besondere Recht i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b verleihen kann, ist das *Kartellgesetz* auf die Vergabe der Konzessionen nicht anwendbar.⁵⁵³

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen über die Vergabe der Personenbeförderungskonzessionen durch den Bund sehen ein nach Verkehrsbereichen differenziertes System von Direktvergaben und öffentlichen Ausschreibungen im Rahmen eines gesetzlich sehr offen normierten Kriterienwettbewerbs vor. In der Praxis herrscht hingegen die Direktvergabe vor. Die Wirtschaftsfreiheit ist auf das Vergabeverfahren nur insoweit anwendbar, als der Gesetzgeber selber für Wettbewerb sorgen wollte. Überdies schliesst die Personenbeförderungskonzession als Monopolkonzession gestützt auf ein rechtliches Monopol des Bundes die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes aus. Das Beschaffungsrecht ist zwar grundsätzlich anwendbar, wird aber von den zahlreichen spezialgesetzlichen Normen zur Vergabe je nach Verkehrsbereich überlagert.

Die Personenbeförderungskonzessionen werden je nach Verkehrsbereich in unterschiedlichen Verfahren vergeben. Von der Direktvergabe der Fernverkehrskonzessionen über die (weitgehend theoretische) Möglichkeit der Ausschreibung von regionalen Personenverkehrskonzessionen auf der Schiene bis zum gesetzlich vorge-

⁵⁴⁹ Vgl. oben III.A.2.

⁵⁵⁰ Vgl. KERN, S. 1825 f.

⁵⁵¹ Vgl. BEYELER, Revision BöB, Rz.537, 785 f.; KERN, S. 1820 ff. sowie Botschaft Rev. BöB, S. 1900.

⁵⁵² Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1900.

⁵⁵³ Vgl. oben III.C sowie MÜNCH, BSK KG, N 18 zu Art. 3 KG; WEBER, DIKE-Komm., N 31 zu Art. 3 KG.

sehenen – aber praktisch kaum praktizierten – Ausschreibeverfahren regionaler Personenverkehrskonzessionen auf der Strasse. Den praktizierten Vergabeverfahren fehlt es damit aus *ökonomischer Sicht* an Wettbewerb, was von den Behörden oft mit der kleinen Zahl an Interessenten und der Komplexität eines Ausschreibeverfahrens begründet wird – was mindestens für den regionalen Personenverkehr zu überprüfen wäre.⁵⁵⁴

Fazit: Personenbeförderungskonzessionen werden in der Praxis weitgehend im Rahmen eines Direktvergabeverfahrens und damit nicht im Sinne der allokativen Effizienz erteilt. Wo der Gesetzgeber selber für Wettbewerb sorgen wollte, entspricht diese Vergabe nur bedingt der Wirtschaftsfreiheit und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Das Bestellverfahren des regionalen Personenverkehrs wird gegenwärtig von Bund und Kantonen im Rahmen eines Reformprojekts überprüft, wobei insbesondere das System der Abgeltung ungedeckter Kosten der Transportunternehmen angepasst werden soll. Die dabei diskutierte Einschränkung der Möglichkeit, Gewinn zu erzielen, würde es privaten Unternehmen weitgehend verunmöglichen, im Bereich des Personenverkehrs Leistungen zu erbringen, was den Wettbewerb zusätzlich limitieren würde.⁵⁵⁵

D. Leistungsaufträge mit Abgeltungen

1. Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM)

Als Organisatoren von kollektiven arbeitsmarktlichen Massnahmen kommen Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, gemeinsamen Einrichtungen der Sozialpartner, Kantone und Gemeinden sowie andere öffentliche und private Institutionen in Frage (Art. 59c^{bis} Abs. 1 AVIG). Die Beiträge an die Organisatoren von kollektiven arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM) werden durch Verfügung oder Leistungsvereinbarung gewährt (Art. 81d Abs. 1 Satz 1 AVIV). Der Auftrag zur Durchführung von kollektiven AMM kann somit als *Leistungsauftrag* und die Vergütungen als *Abgeltungen* qualifiziert werden. Bei den AMM handelt es sich um eine *öffentliche Aufgabe*, welche unter Mitwirkung der Sozialpartner und nicht nach Wettbewerbsgesichtspunkten organisiert wird (Art. 59c^{bis} Abs. 1 AVIG).

Die anbietenden Organisationen können sich bei der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe wie der vorliegenden nicht auf die *Wirtschaftsfreiheit* berufen. Auch das *Kartellgesetz* ist nicht anwendbar (Art. 3 Abs. lit. b KG).

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe wie jener der AMM unterliegt jedoch grundsätzlich dem *Beschaffungsrecht*, ausser wenn eine Kombination aus nicht-kommerziellem Anbieter (der Institution und der Leistungserbringung) sowie der tatsächlich nicht-kommerziellen Ausgestaltung des Geschäfts vorliegt. Für die

⁵⁵⁴ Vgl. KERN, S. 1824 ff.; vgl. zur Kritik an der Komplexität des Rechtsrahmens KERN/KÖNIG, Rz. 9.133.

⁵⁵⁵ Vgl. Bericht Reform RPV, S. 4.

AMM kommt diese Ausnahme aus folgenden Gründen zur Anwendung: Die zuständige Amtsstelle kann mit Zustimmung der tripartiten Kommission (Art. 85d und 85e AVIG) «vorübergehende Beschäftigungen ... öffentlicher oder privater, nicht gewinnorientierter Institutionen [bestellen]; solche Programme dürfen die Privatwirtschaft nicht unmittelbar konkurrenzieren». Für die Programme werden die nachgewiesenen und notwendigen Kosten zur Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen erstattet (Art. 59c^{bis} AVIG). Aus letzterer Norm schliesst das Kreisschreiben SECO, dass die Organisatoren von kollektiven arbeitsmarktlichen Massnahmen keine Gewinne erzielen dürfen und allfällige Erlöse mit den anrechenbaren Kosten verrechnet werden müssen.⁵⁵⁶ Die Leistungsaufträge über die Durchführung von kollektiven arbeitsmarktlichen Massnahmen sind demnach nicht kommerziell ausgestaltete Geschäfte an nicht kommerziell ausgerichtete Organisationen und von den Vorgaben des Beschaffungsrechts befreit.

Zwischenfazit: Das Bundesrecht sieht *kaum Verfahrensvorschriften oder allgemeine Rechtsgarantien* zur Vergabe der arbeitsmarktlichen Programme vor. Die Bereitstellung eines bedarfsbezogenen und ausreichenden Angebots an AMM für die versicherten Personen obliegt den Kantonen (Art. 85 Abs. 1 lit h AVIG).⁵⁵⁷ Die Akquisition kollektiver AMM, an welchen sich der Bund finanziell beteiligt (Art. 90 lit. b AVIG), wird durch die kantonalen Amtsstellen vorgenommen.⁵⁵⁸ Jedem Kanton steht es frei, zur Bereitstellung arbeitsmarktlicher Massnahmen eine Logistikstelle einzurichten, welcher die Aufgaben der kantonalen Amtsstelle übertragen werden kann (Art. 85c AVIG). Das Bundesrecht enthält jedoch keine Vorgaben, nach welchem Verfahren die Organisatoren von kollektiven AMM auszuwählen sind. Immerhin bezeichnet Art. 101 AVIG besondere Beschwerdeinstanzen gegen Verfügungen über die Gewährung von Beiträgen für die Durchführung von kollektiven AMM gemäss Art. 59c AVIG.

Aus *ökonomischer Sicht* ist eine Direktvergabe dann zu rechtfertigen, wenn Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können oder wenn es keine Auswahl an Anbietern gibt. Dass im vorliegenden Fall keine Informationsasymmetrien oder keine Auswahl an möglichen Anbietern bestehen, ist nicht anzunehmen. Die Begründung dafür, dass sich der Gesetzgeber gegen ein Auktionssystem entschieden hat, liegt wohl vielmehr darin, dass arbeitsmarktliche Massnahmen Programme der Privatwirtschaft nicht unmittelbar konkurrenzieren sollen und deshalb durch die Sozialpartner unter Mithilfe von nicht gewinnorientierten Unternehmen organisiert werden sollen (Art. 64a AVIG). Dabei sollen die tripartiten Kommissionen die notwendige Gewähr dafür bieten, dass Beschäftigungsmassnahmen vor Beginn auf die Gefahr einer allfälligen *Konkurrenzierung der Privatwirtschaft* hin untersucht werden.⁵⁵⁹ Ob mit dieser Organisation sichergestellt werden kann,

⁵⁵⁶ AVIG-Praxis AMM, S. 14. Kritisch zu diesem Thema, indes mit Blick auf den Regionalen Personenverkehr, ABEGG/SEFEROVIC, S. 360 ff.

⁵⁵⁷ So auch AVIG-Praxis AMM, Rz. A2.

⁵⁵⁸ Kreisschreiben SECO, S. 13.

⁵⁵⁹ Art. 85d AVIG; Botschaft AVIG, S. 2288.

dass Angebote der Privatwirtschaft tatsächlich nicht konkurrenziert werden, wäre mit einer ökonomischen Studie zu klären.

Fazit: Das Bundesrecht enthält – abgesehen von den Vorgaben für die Behandlung der Gesuche für die Gewährung von Beiträgen an die Durchführung von AMM – keine Vorgaben für die Auswahl der Organisatoren durch die kantonalen Amtsstellen, was jedoch dem politischen Willen entspricht: Die Kantone sollen die Auswahl der Organisatoren selbst vornehmen und die Subventionsentscheide in eigener Regie treffen. Die Ausgleichsstelle erhalte mit der Delegationsmöglichkeit an die kantonalen Amtsstellen mehr Raum, um ihre Aufsichts- und Kontrollaufgaben wahrzunehmen, insbesondere um zahlreichere und vertieftere Kontrollen vor Ort durchzuführen.⁵⁶⁰ Ob mit diesem System der bestehenden Informationsasymmetrie Rechnung getragen wird, wäre mit Blick auf die kantonalen Regelungen und Praxen zu ermitteln;⁵⁶¹ das Bundesrecht gewährt indes von sich aus auch kein faires und transparentes Verfahren, sondern spürt vielmehr ein System vor, welches Lobbying bei den verschiedenen Sozialpartnern nahelegt, um mit arbeitsmarktlichen Massnahmen betraut zu werden. In der laufenden Revision des BöB ist denn auch umstritten, ob die Vergabe der AMM ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen werden soll.⁵⁶²

2. Förderung des Transports begleiteter Motorfahrzeuge (Autoverlad)

Der Bund kann Investitions- und Betriebsbeiträge zur Förderung des Transports begleiteter Motorfahrzeuge leisten (Art. 24 Abs. 1 GütV). Das Bestell- und Beitragsverfahren für die Ausrichtung der Betriebsbeiträge für diesen sog. Autoverlad richtet sich dabei nach Art. 16–23 ARPV (Art. 24 Abs. 2 GütV). Diese Bestimmungen regeln die Offertstellung der Transportunternehmen und die zwischen Besteller und Transportunternehmen abzuschliessende Angebotsvereinbarung, in welcher auch die von den Bestellern zu leistenden Abgeltungen festgesetzt werden. Die *Offerte* enthält je Linie eine verbindliche Planrechnung für die einzelnen Fahrplanjahre der betreffenden Fahrplanperiode (Art. 17 Abs. 2 lit. b ARPV). Auf der Grundlage der Offerte wird bei deren Annahme eine *Angebotsvereinbarung* abgeschlossen, aus welcher das bestellte Angebot und die Abgeltung hervorgeht (Art. 21 Abs. 1 ARPV). Es ist somit *keine Ausschreibung* vorgesehen. Der Gütertransport ist im Gegensatz zur Personenbeförderung nicht durch den Bund monopolisiert,⁵⁶³ womit weitere entsprechende Angebote des Autoverlads, welche durch Dritte erbracht werden, offensichtlich nicht ausgeschlossen sind (i. S. v. Art. 3 KG). Beim Autoverlad handelt es sich aber um den begleiteten Transport von Autos und somit

⁵⁶⁰ Botschaft AVIG, S. 2288.

⁵⁶¹ Ein Teil der Kantone scheint die Vergaben in diesem Bereich auszuschreiben, vgl. AB 2018 S 970 f.

⁵⁶² Vgl. zum letzten Stand der entsprechenden Beratungen: Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 30.01.2019, online: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20170019> (besucht am 3. Februar 2019).

⁵⁶³ Vgl. nur BIAGGINI, BV Komm., N 4 zu Art. 92 BV.

um die Verlagerung des Personenverkehrs von der Strasse auf die Schiene. Der reine Güterverkehr ist davon nicht erfasst.⁵⁶⁴

Der Bund bestellt gegenwärtig nur den Autoverlad durch den Furkatunnel und über den Oberalppass und geltet diese mit jährlich rund 2,5 Mio Franken ab. Der Autoverlad durch den Lötschbergtunnel und durch den Vereinatunnel werden eigenwirtschaftlich betrieben; der Verlad durch den Simplontunnel wird durch den Kanton Wallis ohne Beteiligung des Bundes bestellt und auch abgegolten.⁵⁶⁵ Beim Autoverlad handelt es sich damit nicht um eine konzessionierte Tätigkeit, sondern vielmehr um einen *Leistungsauftrag*, mit welchem der Bund eine öffentliche Aufgabe an Dritte überträgt. Der Bund begründet die Aufgabe mit dem Umstand, dass der Autoverlad vor allem im Winter zur Erschliessung der Randgebiete wichtig sei.⁵⁶⁶ Die Leistungen werden dauerhaft (für jeweils eine Fahrplanperiode) in Ausführung des Auftrags des Ordnungsgebers erbracht (vgl. Art. 21 Abs. 4 ARPV). Bei den Entschädigungen hierfür handelt es sich nach Auffassung des Bundes um Abgeltungen und nicht um Finanzhilfen.

Vorgaben zur Vergabe könnten sich aus der Anwendung der *Wirtschaftsfreiheit* ergeben. Gemäss der geltenden Praxis des Bundesgerichts ist die Wirtschaftsfreiheit nicht auf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben wie der vorliegenden anwendbar. Die *herrschende Lehre* will allerdings die Wirtschaftsfreiheit bereits dann zur Geltung bringen, wenn der Staat den Auftrag in einem wettbewerblichen Verfahren vergibt.

Ähnliches gilt für die *Anwendung des Beschaffungsrechts*, aus welchem sich Vorgaben zur Vergabe ergeben können: Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe untersteht grundsätzlich dem Beschaffungsrecht. Nur die Kombination aus nicht-kommerziellem Anbieter (der Institution und der Leistungserbringung) sowie der tatsächlich nicht-kommerziellen Ausgestaltung des Geschäfts führt dazu, dass das Geschäft nicht als öffentlicher Auftrag gilt und daher ohne Beachtung des Vergaberechts vergeben werden darf.

Im vorliegenden Fall sieht das Offertverfahren vor, dass die Leistungserbringung entsprechend der vergleichbaren Kennzahlen und damit unter branchenüblichen Bedingungen erfolgt (vgl. Art. 16 ff. ARPV). Insofern sieht der Ordnungsgeber bereits vor, dass die Auftragsvergabe unter gewissen Effizienzkriterien erfolgen muss. Ob dies genügt, damit gemäss Bundesgericht eine «kommerzielle» Ausgestaltung des Geschäfts und damit eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht vorliegt, wurde bisher nicht geklärt. Richtigerweise ist dies anzunehmen, womit das

⁵⁶⁴ Vgl. Art. 24 Abs. 1 GütV (begleitete Motorfahrzeuge) sowie Bericht BAV, S. 3; vgl. auch Art. 19a Abs. 4 lit. d KPFV, wonach der Autoverlad eine eigene Verkehrsart darstellen soll.

⁵⁶⁵ Vgl. Bundesamt für Verkehr BAV, Autoverlad, online : <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/das-bav/aufgaben-des-amtes/finanzierung/finanzierung-verkehr/personenverkehr/autoverlad.html>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁵⁶⁶ Vgl. Medienmitteilung des BAV vom 27.06.2018, Bundesrat will Eisenbahn-Autoverladeanlagen erneuern, online: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-71314.html>> (besucht am 30. Dezember 2018).

Beschaffungsrecht grundsätzlich anzuwenden ist. Nicht nach der Praxis des Bundesgerichts, aber nach der wohl herrschenden Lehre, ist zudem die Wirtschaftsfreiheit anwendbar.

Auf die Vergabe der Leistungsaufträge für den Autoverlad ist das *Kartellrecht* nicht anwendbar, soweit es sich dabei um die Übertragung von öffentlichen Aufgaben handelt und der Bund die Vergabe nicht nach wettbewerblichen Verfahren ausgestaltet hat und damit am Wirtschaftsprozess teilhaben will.⁵⁶⁷ Da der Bund alle Verladestation auch mit Investitionsbeiträgen unterstützt,⁵⁶⁸ ist die Dienstleistung massgeblich von diesen Infrastrukturanlagen abhängig und durch den Bund finanziert.

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen zur Förderung des Autoverlads Schweiz sehen keine öffentliche Ausschreibung oder gar eine Auktion vor. Entsprechende Pflichten ergeben sich auch nicht aus der Wirtschaftsfreiheit oder dem Kartellgesetz, womöglich aber aus dem Beschaffungsrecht.

Aus *ökonomischer Sicht* ist eine Direktvergabe dann zu rechtfertigen, wenn Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können oder wenn es keine Auswahl an Anbietern gibt. Vorliegend existieren lediglich fünf Autoverladestationen in der Schweiz, wovon zwei im Betrieb vom Bund unterstützt werden. Da der Bund alle Verladestation mit Investitionsbeiträgen unterstützt, ist die Dienstleistung massgeblich von diesen Infrastrukturanlagen abhängig. Ein eigentlicher Wettbewerb um die Dienstleistung des Betriebs des Autoverlads kann daher nicht stattfinden; eine Auswahl an Anbietern ist ohne Entbündelung von der Infrastruktur nicht denkbar. Es ist daher anzunehmen, dass die Leistungsaufträge nicht im Sinne der allokativen Effizienz vergeben werden.

Fazit: Die Mittel zur Förderung des Autoverlads werden ohne Ausschreibung direkt vergeben, was womöglich mit den Vorgaben des Beschaffungsrecht im Widerspruch steht. Aus ökonomischer Sicht ist eine Ausschreibung jedoch nur dann sinnvoll und aus beschaffungsrechtlicher Sicht geboten, wenn in der Praxis überhaupt eine Auswahl besteht. Dies ist infolge der beschränkten Zahl von Verladestationen und mangels Trennung der Infrastrukturen von deren Betrieb nicht der Fall.

3. Vom Eidgenössischen Institut für Metrologie (METAS) beauftragte designierte Institute

Der *Gesetzgeber* überträgt dem Eidgenössischen Institut für Metrologie METAS, einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt, öffentliche Aufgaben im Bereich

⁵⁶⁷ Vgl. oben III.C.

⁵⁶⁸ So finanziert der Bund die anstehende Erneuerung aller Verladestationen vollständig mit Bundesmitteln, vgl. Medienmitteilung des BAV vom 27.06.2018, Bundesrat will Eisenbahn-Autoverladeanlagen erneuern, online: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-71314.html>>.

der Metrologie und des Messwesens. METAS kann für die Erfüllung einzelner dieser Aufgaben Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, sog. designierte Institute⁵⁶⁹, beiziehen (Art. 4 EIMG).⁵⁷⁰ Die Aufgaben werden mit öffentlich-rechtlichem Vertrag übertragen (Art. 4 Abs. 3 EIMV). Im Gegenzug zur Erfüllung der Aufgabe hat das designierte Institut einen Anspruch auf die mit METAS vereinbarte Gegenleistung (Art. 4 Abs. 5 EIMV). Somit handelt es sich bei den übertragenen Aufgaben um *Leistungsaufträge*, welche mit *Abgeltungen* entschädigt werden.⁵⁷¹

Gemäss der geltenden bundesgerichtlichen Praxis ist die *Wirtschaftsfreiheit* auf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben wie der vorliegenden nicht anwendbar.⁵⁷² Auch der Gesetzgeber sieht bei der Vergabe von Aufgaben von METAS an designierte Institute kein wettbewerbliches Verfahren vor, bei welchem die herrschende Lehre die Wirtschaftsfreiheit zur Geltung bringen will.

Bei den Aufgaben, die METAS übertragen sind, handelt es sich um rechtlich monopolisierte Aufgaben (Art. 125 BV).⁵⁷³ Bei der Übertragung dieser Aufgaben an designierte Institute ist das *Kartellgesetz* somit nicht anwendbar (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG).

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe wie der vorliegenden untersteht grundsätzlich dem *Beschaffungsrecht*. Dies gilt nach herrschender Praxis des Bundesgerichts und wird mit der laufenden Revision des Beschaffungsrechts verdeutlicht. Nur die Kombination aus nicht-kommerziellem Anbieter (der Institution und der Leistungserbringung) und tatsächlich nicht-kommerzieller Ausgestaltung des Geschäfts führt dazu, dass das Geschäft nicht als öffentlicher Auftrag gilt und daher ohne Beachtung des Vergaberechts vergeben werden darf. Im vorliegenden Fall sind allerdings zwei Aspekte zu bedenken:

- Eine nicht-kommerzielle Übertragung durch METAS an ein designiertes Institut ist zwar im Einzelfall nicht ausgeschlossen, vom Institutsrat allerdings nicht als Regelfall vorgesehen. Nach dessen Kriterien für die Bezeichnung designierter Institute soll «die Auslagerung bzw. Delegation einen Mehrwert darstellen (z. B. besseres Kosten/Nutzen-Verhältnis)» (Ziff. 2.1). Sofern sich der gesuchte Mehrwert bei einem konkreten Leistungsauftrag tatsächlich primär auf das *Kosten/Nutzen-Verhältnis* beziehen soll, wäre die Vergabe somit dem Beschaffungsrecht unterstellt.

⁵⁶⁹ Die Beiziehung designierter Institute erfolgt nach Konsultation des Institutsrats gemäss den vom Institutsrat am 19. November 2013 festgelegten Kriterien (Art. 4 Abs. 1 EIMV).

⁵⁷⁰ Bsp. Designiertes Institut MBW Calibration AG, Auf den Taupunkt gebracht, MET info, Vol. 23, No. 1/2016, S. 27 ff., online: <<https://www.metas.ch/dam/data/metas/Dokumentation/METASPublikationen/metinfo/METinfo2016/Auf%20den%20Taupunkt%20gebracht.pdf>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁵⁷¹ M.w.H. Schweizerische Eidgenossenschaft, Eidgenössisches Institut für Metrologie METAS, METAS – der Ort, wo die Schweiz am genauesten ist, online: <<https://www.metas.ch/metas/de/home/metas/institut.html>> (besucht am 30. Dezember 2018).

⁵⁷² BGer, Urteil 2C_1007/2015 vom 10.05.2016 E.4.1.

⁵⁷³ METAS erfüllt dadurch, dass es die Masseinheiten an Wirtschaft, Verwaltung und Wissenschaft weitergibt, zur Hauptsache Dienstleistungen mit Monopolcharakter; Botschaft Messwesen, S. 8015.

- Die Vorgabe des Institutsrats, wonach die beim designierten Institut anfallenden Kosten in der Regel vollständig zu deren Lasten fallen und METAS *nur in Ausnahmefällen eine Vergütung leistet*, mag für eine nicht-kommerzielle Übertragung sprechen (Ziff. 4.1. der Kriterien). Indes können den designierten Instituten anderweitige kommerzielle Vorteile aus der übertragenen Aufgabe entstehen, weshalb Ziff. 4.1 denn auch vorgibt, dass aus der übertragenen Aufgabe keine ungerechtfertigten Marktvorteile gegenüber Mitkonkurrenten entstehen sollen. Eine Aussage über die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht kann somit nicht ohne Blick auf den Einzelfall erfolgen.
- Als zwingende Voraussetzung zur Vergabe an designierte Institute sieht der Kriterienkatalog des Institutsrats sodann vor, dass das designierte Institut «in seiner Art *einzigartig* [ist] und ... dem METAS und der Metrologie einen Mehrwert [bringt]» (Kriterium 1.7). Sollte die Einzigartigkeit im konkreten Fall (auch) darin liegen, dass keine alternativen Anbieter bestehen und entsprechend im offenen oder selektiven Verfahren keine Angebote eingehen oder andere Anbieter die Eignungskriterien nicht erfüllen, kann METAS den Auftrag direkt vergeben (Art. 13 Abs. 1 lit. a VöB).

Die gesetzlichen Grundlagen (EIMG und EIMV) und die Vergabekriterien des Institutsrats sehen keine konkreten Normen vor, welche die *allgemeinen Rechtsgrundsätze* konkretisieren würden (Verfahrensrechte i.S. von Art. 29 BV sowie Rechtsgleichheit i.S. von Art. 8 BV). Es findet sich lediglich im Kriterienkatalog des Institutsrats die erwähnte Vorgabe, dass aus der übertragenen Aufgabe keine ungerechtfertigten Marktvorteile gegenüber Mitkonkurrenten entstehen sollen.

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen zur Vergabe von Aufträgen durch METAS an designierte Institute erwähnen nicht, dass die Vergabe öffentlich ausgeschrieben werden müsste oder gar eine Auktion durchgeführt werden sollte. Entsprechende Pflichten ergeben sich auch nicht aus der Wirtschaftsfreiheit oder dem Kartellgesetz, allenfalls jedoch aus dem Beschaffungsrecht, sofern das designierte Institut, die konkrete Leistungserbringung oder die Art der Aufgabenübertragung kommerziell ausgerichtet ist.

Aus *ökonomischer Sicht* ist eine Direktvergabe dann zu rechtfertigen, wenn Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können oder wenn es keine Auswahl an Anbietern gibt. Ersteres ist bei der Aufgabenübertragung nicht anzunehmen. Letzteres ist nicht auszuschliessen, zumal der Institutsrat nur dann Aufträge vergeben will, wenn das designierte Institut einzigartig ist und einen (entsprechenden) Mehrwert bietet (Kriterium 1.7). Falls dennoch mehrere Anbieter vorhanden sind, wird die zu übertragende Dienstleistung regelmässig derart speziell sein, dass sich die nachgefragte Leistung infolge Komplexität nicht einfach bewerten lässt. Es könnte sich in diesem Fall anbieten, einen Kriterienwettbewerb als Vergabemechanismus zu prüfen.

Fazit: Gesetzlichen Regelungen zur Art der Vergabe von Aufträgen von METAS an designierte Institute sind heute nicht oder nur sehr spärlich vorhanden. Sofern es

mehrere Anbieter gibt, ist somit auch kein transparentes Verfahren unter Gleichbehandlung möglicher Konkurrenten gesetzlich sichergestellt. Transparenz und Chancengleichheit im Verfahren und mindestens ein Kriterienwettbewerb würden aber die faire Zuteilung des Auftrags fördern. Entsprechend ist die Möglichkeit einer Direktvergabe explizit für den Fall zu reservieren, da das designierte Institut einzigartig ist. Die Absicht einer Direktvergabe sowie deren Durchführung sollten publiziert werden, und bei mehreren Anbietern ist mindestens ein Kriterienwettbewerb durchzuführen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei kommerziellen Anbietern (der Institution oder der Leistungserbringung) oder einer kommerziellen Ausgestaltung des Geschäfts das Beschaffungsrecht Anwendung findet und die Aufgabe öffentlich ausgeschrieben werden muss.

4. Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz

Der *Gesetzgeber* gibt dem Bund die Möglichkeit, die langfristige, nachhaltige Ansiedlung ausländischer Unternehmen in der Schweiz zu fördern. Eine Erfüllungspflicht ist nicht vorgesehen (vgl. Art. 1 BFIU). Vielmehr erhält der Bund die Kompetenz, entsprechende Leistungen zu erbringen oder an Dritte gegen Abgeltung zu übertragen (Art. 3 ff. BFIU).⁵⁷⁴ Weitere entsprechende Angebote zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz, welche durch Dritte erbracht werden, sind damit offensichtlich nicht ausgeschlossen (Art. 3 KG).

Bei der Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz handelt es sich nicht um eine konzessionierte Tätigkeit, da andere Unternehmen gleichartige Leistungen erbringen können. Es handelt sich vielmehr um einen *Leistungsauftrag*, mit welchem der Bund seine öffentliche Aufgabe auf Dritte überträgt. Hoheitliche Aufgaben werden dabei nicht übertragen. Die Empfänger des Leistungsauftrags erbringen die Leistungen für jeweils 4 Jahre und erhalten hierfür eine Entschädigung. Bei der Entschädigung handelt sich somit um eine Abgeltung und nicht um eine Finanzhilfe (Art. 3 f. BFIU).

Vorgaben zur Vergabe könnten sich aus der Anwendung der *Wirtschaftsfreiheit* als Grundrecht (Art. 27 BV) oder dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) ergeben. Gemäss der geltenden Praxis des Bundesgerichts ist die Wirtschaftsfreiheit aber nicht auf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben wie der vorliegenden anwendbar. Die herrschende Lehre will die Wirtschaftsfreiheit demgegenüber bereits dann zur Geltung bringen, wenn der Staat den Auftrag in einem wettbewerblichen Verfahren vergibt.

⁵⁷⁴ Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO hat mit dem privaten Verein Switzerland Global Enterprise (S-GE) Leistungsvereinbarungen über die Bereiche Standortpromotion abgeschlossen, vgl. <<https://www.s-ge.com/de/unsere-leistungsvereinbarungen>>. Dies wurde damit begründet, dass eine zentrale Organisation effizienter, einheitlicher und kohärenter über den Unternehmensstandort Schweiz informieren könne als wenn jeder Kanton selbständig unterschiedliche Grundlagendokumente sowie Informationen über nationale Standortfaktoren erstellte, Botschaft BFIU, S. 2469.

Ähnliches gilt für die *Anwendung des Beschaffungsrechts*, aus welchem sich Vorgaben zur Vergabe ergeben können. So untersteht die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe grundsätzlich dem Beschaffungsrecht. Nur die Kombination aus nicht-kommerziellem Anbieter (der Institution und der Leistungserbringung) sowie der tatsächlich nicht-kommerziellen Ausgestaltung des Geschäfts führt dazu, dass das Geschäft nicht als öffentlicher Auftrag gilt und daher ohne Beachtung des Vergaberechts vergeben werden darf.

Im vorliegenden Fall sehen die gesetzlichen Grundlagen vor, dass die Leistungserbringung «zweckmässig, kostengünstig und mit einem minimalen administrativen Kosten- und Organisationsaufwand zu betreiben [ist]». Auch ist bei der «Wahl der Massnahmen jeweils das wirtschaftlich günstigste Angebot zu berücksichtigen» (Art. 5 BFIU). Insofern beabsichtigte der Gesetzgeber, dass die Auftragsvergabe unter gewissen Effizienzkriterien erfolgen muss. Ob dies bereits dazu führt, dass – gemäss Bundesgericht – eine «kommerzielle» Ausgestaltung des Geschäfts und damit eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht vorliegt, wurde bisher nicht geklärt. Richtigerweise ist dies anzunehmen, womit das Beschaffungsrecht anzuwenden ist. Nach der wohl herrschenden Lehre ist folglich auch die Wirtschaftsfreiheit anwendbar.

Bei den Aufgaben, die zur Förderung des Unternehmensstandorts übertragen werden, handelt es sich um öffentliche Aufgaben. Bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben ist das *Kartellgesetz* grundsätzlich somit nicht anwendbar (Art. 3 Abs. lit. b KG). Überdies käme dem Bund im vorliegenden Fall auch keine marktbeherrschende Stellung (Art. 7 KG) im Bereich der Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz zu.

Das BFIU sieht keine konkreten Normen vor, welche die *allgemeinen Rechtsgrundsätze* konkretisieren würden (Verfahrensrechte i.S. von Art. 29 BV sowie Rechtsgleichheit i.S. von Art. 8 BV). Auch der allgemeine Verweis in Art. 6 Abs. 1 BFIU, wonach das Bundesverwaltungsgericht Streitigkeiten aus Leistungsvereinbarungen auf Klage hin beurteilt, erweitert den nahezu inexistenten Rechtsschutz von Mitbewerbern nicht.

Zwischenfazit: Die gesetzlichen Grundlagen zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz sehen keine öffentliche Ausschreibung oder gar eine Auktion vor. Entsprechende Pflichten ergeben sich auch nicht aus der Wirtschaftsfreiheit oder dem Kartellgesetz, wahrscheinlich aber aus dem Beschaffungsrecht.

Aus *ökonomischer Sicht* ist eine Direktvergabe dann zu rechtfertigen, wenn Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können oder wenn es keine Auswahl an Anbietern gibt. Beides ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen. Erstens handelt sich um Dienstleistungen, deren Qualität der Besteller weder im Voraus vollständig abschätzen, noch nach Vertragsabschluss vollständig kontrollieren kann. Zweitens ist die Art der gefragten Dienstleistungen nicht derart speziell, dass eine Auswahl an Anbietern unwahrscheinlich scheint. Eine wettbewerbliche

Vergabe wäre somit möglich und aus ökonomischer Sicht erwünscht. Die Frage, ob sich die nachgefragte Leistung infolge Komplexität nicht bewerten lässt, bleibt zu klären. Fest steht, dass eine Auktion als Allokationsmechanismus anstelle eines Kriterienwettbewerbs gut denkbar wäre.

Fazit: Die gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen sind sehr spärlich und stellen *kein transparentes Verfahren* unter Gleichbehandlung möglicher Konkurrenten sicher. Transparenz und Chancengleichheit im Verfahren und insbesondere eine Auktion des Leistungsauftrags würden eine faire und ökonomische effiziente Zuteilung des Auftrags fördern. Das Vergabeverfahren samt Zuschlagskriterien sollte somit möglichst präzise gesetzlich geregelt sein und die Vertragsgestaltung transparent in den Vergabeprozess einbezogen werden. Sinnvollerweise sind einzelne spezifische Vorgaben spezialgesetzlich zu regeln und die Vergabe explizit dem Beschaffungsrecht zu unterstellen.

VI. Schlussfolgerungen

Das Postulat von Andrea Caroni fordert vom Bundesrat einen Bericht, in welchem dargelegt werden soll, «ob das Bundesrecht beim Zugang zu geschlossenen Märkten in allen Fällen ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren gewährleistet». Zu diesem Zweck hat die vorliegende Studie die rechtlichen und ökonomischen Grundlagen identifiziert und sodann die rechtlich geschlossenen Märkte auf Bundesebene identifiziert und evaluiert.

Die Studie stützt sich auf die bundesgesetzlichen Grundlagen der entsprechenden «Marktordnungen». Dabei zeigt sich, dass diese Grundlagen die Vergabeprozesse – insbesondere im Bereich der Übertragung von Verwaltungsaufgaben – vielfach nur sehr rudimentär regeln, was zuletzt auch der Bundesrat im Zusammenhang mit der Totalrevision des BöB kritisiert hat.⁵⁷⁵ Mit dieser tiefen Regelungsdichte räumt der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Vergabe von Konzessionen und Leistungsaufträgen ein relativ grosses Ermessen ein. So werden einerseits zahlreiche Konzessionen oder Leistungsaufträge direkt vergeben.⁵⁷⁶ Andererseits gibt es aber auch Fälle, in denen die Behörden ausschreiben, obwohl die gesetzlichen Grundlagen die Behörden nicht ausdrücklich zu einer Ausschreibung verpflichten.⁵⁷⁷

Während die grosse Bedeutung der Verwaltungspraxis bereits aus rechtlicher Sicht mit Blick auf das Legalitätsprinzip problematisch sein kann,⁵⁷⁸ so sind klare gesetzliche Vorgaben zu Vergabemechanismen auch aus ökonomischer Sicht wünschbar. Dies aus zwei Gründen:

- Die Ausgestaltung eines optimalen Vergabeprozesses erfordert unter Umständen ein beträchtliches Engagement des Staats. Verbindliche gesetzliche Vorgaben reduzieren Kosten und kompensieren möglicherweise fehlende Anreize, die Aufwände des Vergabeprozesses auf sich zu nehmen.
- Zudem ist eine effiziente Allokation eines Leistungsauftrages oder einer Konzession aufgrund der gewöhnlich vorhandenen Informationsasymmetrien vor allem dann zu erwarten, wenn die Vergabe durch öffentliche Ausschreibung und nach den drei Prinzipien Wettbewerb, Verbindlichkeit und Fairness (Chancengleichheit) erfolgt.⁵⁷⁹ Ist daher ein Vergabemechanismus lediglich durch die Praxis der Verwaltung definiert, so kann dies die Effizienz des Vergabeverfahrens beeinträchtigen. Das gilt sowohl für die Auswahl des Anbieters wie auch für den Vertragsinhalt, der die nachfolgende Leistungserbringung leitet: Bei einer Vergabe mit einer Auswahl aus mehreren

⁵⁷⁵ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1901 ff.

⁵⁷⁶ So z.B. bei der Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz sowie regelmässig im regionalen Personenverkehr: V.D.4 und V.C.6.

⁵⁷⁷ So etwa im Falle der Spielbankenkonzessionen: V.B.4.

⁵⁷⁸ Vgl. Botschaft Rev. BöB, S. 1901 ff.; allgemein zu Geltung und Grenzen des Legalitätsprinzips SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, N 28 ff. zu Art. 5 BV.

⁵⁷⁹ Oben IV.D.

Anbietern, wie dies z. B. bei Ausschreibungen der Fall ist, sollte der im ökonomischen Sinne optimale Vertrag möglichst zusammen mit dem jeweiligen Auswahlmechanismus geplant werden. Falls die Anbieter einen ökonomisch mangelhaften Vertrag antizipieren, kann dies die Anstrengungen der Anbieter beeinflussen, den Zuschlag zu erhalten.

Dem Postulat liegt die Auffassung zugrunde, wonach das *Ausschreibungsverfahren in Form einer Auktion* grundsätzlich überall dort zur Anwendung kommen sollte, wo Ausnahmen vom Ausschreibeverfahren sachlich nicht begründet werden können. Implizit wird damit vorausgesetzt, dass Ausschreibeverfahren am ehesten für ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren sorgen können. Diese Sichtweise wird durch die in dieser Studie dargestellten ökonomischen Erkenntnisse gestützt. Ausschreibungsverfahren und Zuteilung mittels Auktion sind im Allgemeinen probate Mittel, um der Informationsasymmetrie zwischen Staat und Anbietern zu begegnen,⁵⁸⁰ wobei je Markt zu differenzieren ist und empirische Untersuchungen hierzu nötig wären.

Vor diesem Hintergrund erstaunt, dass die Rechtsordnung auf Bundesebene *Ausschreibeverfahren nur selten als Regelfall* vorschreibt. Im Bereich der Konzessionen ist gegenwärtig ein Ausschreibeverfahren lediglich vorgesehen und praktiziert bei Funkkonzessionen und den Konzessionen für die Veranstaltung von lokal-regionalen Programmen nach RTVG.

Während die *bundesgesetzlichen Grundlagen* zur Vergabe von Konzessionen das Vergabeverfahren tendenziell etwas dichter normieren, begnügen sich die gesetzlichen Grundlagen zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben oft darauf, die Übertragung der Aufgabe auf Dritte zu erlauben. Bestimmungen über das Verfahren, in welchem Aufgaben übertragen und insbesondere wie die Dritten ausgewählt werden, finden sich oft keine.⁵⁸¹

Die Verfassung enthält – entgegen der im Postulat Caroni vertretenen Auffassung – wenig Vorgaben zur Regelung des Vergabeprozesses bei Konzessionen und Leistungsaufträgen. Die Wirtschaftsfreiheit (wie auch das Kartellrecht) findet nach bestehender Praxis des Bundesgerichts weitgehend keine Anwendung auf die Vergabe von Konzessionen und Leistungsaufträgen.⁵⁸² Auch die verfassungsmässigen Prinzipien wie die Rechtsgleichheit und die Verfahrensgarantien bieten kaum Rechtsschutz für Konkurrenten. Vorgaben liefert dagegen das Beschaffungsrecht, soweit mit Leistungsaufträgen öffentliche Aufgaben übertragen werden. Der aktuelle Entwurf für eine Totalrevision des BöB bestätigt diese Praxis.⁵⁸³ Nicht vom BöB er-

⁵⁸⁰ Im Falle von Mehrfachgut-Auktionen (Multi-unit auctions) ist die allokativen Effizienz bzw. das wahrheitskonforme Bieten nicht ohne Weiteres garantiert. In solchen Fällen ist Umsicht beim Auktionsdesign geboten.

⁵⁸¹ Vgl. die Kritik in Botschaft Rev. BöB, S. 1901.

⁵⁸² Vgl. aber die Hinweise auf eine mögliche Praxisänderung des BGer oben III.A.2.

⁵⁸³ Vgl. Art. 8 E-BöB.

fasst werden aber Konzessionen, bei welchen der Staat in erster Linie ein Sonderrecht auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit verleiht und keine öffentlichen Aufgaben überträgt, wie etwa im Falle von Spielbanken- oder Wasserrechtskonzessionen. Zudem soll es auch nach der Revision des BÖB dem Gesetzgeber möglich bleiben, auf eine Ausschreibung zu verzichten. Ungelöst bleibt dabei das Problem, wie die Spezialnormen in Gesetz und Verordnungen zum Regelungskatalog des BÖB stehen, was für entsprechende Rechtsunsicherheit sorgen wird. Es liegt für den Bundesgesetzgeber nahe, nach Abschluss der Revision des BÖB den Ball aufzunehmen und den Zugang zu den vom Bund geregelten Konzessionen und Leistungsaufträgen zu überdenken. Nahe liegt eine Normierung mit Spezialnormen, welche das BÖB nicht ersetzen, sondern ergänzen. Damit könnte der Bundesgesetzgeber die Prinzipien von Chancengleichheit, Transparenz und allokativer Effizienz verwirklichen, indem er an ein bewährtes Set von Vergaberegeln anknüpft.

VII. Empfehlungen und Abklärungsbedarf

A. *Sondernutzungskonzessionen*

Der Bund erlaubt die ausschliessende Nutzung einer öffentlichen Sache (gesteigerter Gemeingebrauch/Sondernutzungskonzession) etwa bei Geschäftsliegenschaften in Bahnhöfen, kommerzielle Dienstleistungen in den Zügen und Plakatanschlagstellen in Bahnhöfen. Mit Blick auf die Praxis des Bundesgerichts ist zu empfehlen, die entsprechenden Vergaben zu reglementieren und einen bedingten Anspruch nicht nur auf eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch, sondern ebenso auf die Sondernutzung einer öffentlichen Sache anzuerkennen.⁵⁸⁴

B. *Gesuchsverfahren*

Ein Verfahren in der Art der Luftfahrt-Streckenkonzession sollte für alle Konzessionsverfahren vorgesehen werden, welche von einem Bedürfnisnachweis abhängen. Dadurch kann verhindert werden, dass sich der erste Gesuchsteller nach dem sog. *Windhund-Prinzip* durchsetzt. Zudem wird der Rechtsschutz für Konkurrenten eröffnet und hiermit eine problematische Rechtsschutzlücke geschlossen. Konkret sehen die gesetzlichen Regelungen zur Erteilung einer Streckenkonzession vor, dass das BAZL vor einer Entscheidung über das eingereichte Gesuch anderen Unternehmen, welche ebenfalls in der Lage wären, den fraglichen Betrieb auszuführen, Gelegenheit gibt, ein eigenes Gesuch einzureichen. In diesem Falle wird das Gesuchsverfahren quasi mit einem Einladungsverfahren kombiniert; es nähert sich stark einem Ausschreibungsverfahren an, da alle potenziellen Bewerber eingeladen werden.⁵⁸⁵

C. *Plangenehmigungsverfahren und Konzessionsentscheid*

Um die verschiedenen Bewilligungsverfahren bei Grossprojekten besser zu koordinieren, verlangt das Koordinationsgesetz, dass alle wesentlichen rechtlichen Aspekte im Plangenehmigungsverfahren konzentriert werden. Das Konzessionsverfahren wird allerdings nach wie vor grundsätzlich separat durchgeführt. Damit besteht die Gefahr, dass das planrechtliche Verfahren den Konzessionsentscheid vorwegnehmen kann. Es ist zu prüfen, wie der Planungsprozess und der Konzessionsentscheid koordiniert werden können, damit vor allem der Rechtsschutz Dritter im Konzessionsverfahren gewahrt bleibt.⁵⁸⁶

584 Oben II.A.3.b).

585 Oben II.A.3.c).

586 Oben II.A.3.c).

D. Fehlende Zuschlagskriterien

Die spezialgesetzlichen Grundlagen zur Vergabe von Konzessionen und Leistungsaufträgen sehen meist vor allem *Eignungskriterien*⁵⁸⁷ vor. Eigentliche *Zuschlagskriterien* sowie deren allfällige Bewertung oder Gewichtung, wie sie im Anwendungsbereich des BöB vorgeschrieben sind, finden sich in den spezialgesetzlichen Grundlagen regelmässig nicht (so z. B. bei der Brennereikonzession, oben V.B.3, der Spielbankkonzession, V.B.4, oder des Leistungsauftrages zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz, V.D.4). Dies führt zu einem grossen behördlichen Ermessen und kann als fehlende Transparenz und mangelnde Chancengleichheit wahrgenommen werden. Es sollte geprüft werden, ob diese Vergaben dem Beschaffungsrecht und den entsprechenden Zuschlagsregeln unterstellt werden können. Falls nicht, sollten auf Verordnungsstufe (mindestens aber vor der Vergabe durch die rechtsanwendende Behörde in transparenter Weise) möglichst konkrete Zuschlagskriterien festgelegt werden.⁵⁸⁸

E. Vergabe von Leistungsaufträgen und Abgeltungen

Die gesetzlichen Grundlagen sehen bei der Vergabe von Leistungsaufträgen besonders wenige Regelungen vor. Mit einzelnen spezialgesetzlichen Regelungen weicht der Gesetzgeber von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des BöB ab. Grundsätzlich ist das Beschaffungsrecht ein geeignetes Regelungsset, um eine faire, transparente und diskriminierungsfreie Vergabe von Leistungsaufträgen zu gewährleisten. Spezialgesetzliche Abweichungen sollten überdacht und restriktiv (d. h. in Ergänzung zum Beschaffungsrecht) angewandt werden.⁵⁸⁹

F. Finanzhilfen

Mit Finanzhilfen werden Tätigkeiten unterstützt, welche die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe fördern. Damit liegt grundsätzlich kein geschlossener Markt im Sinne des Postulats Caroni vor. Die vorliegende Studie behandelt daher Finanzhilfen nicht. Die Abgrenzung zwischen Finanzhilfen und den vorliegend behandelten Abgeltungen ist jedoch fließend. Finanzhilfen, welche derart hoch sind, dass Mitbewerber ohne solche Finanzhilfen im Markt substantielle Nachteile erleiden, können einen «marktschliessenden Effekt» haben. Finanzhilferegulungen, welche wie z. B. im Gütertransportgesetz bis zu 80 % Finanzhilfen für Investitionen vorsehen, sollten auf ihre ökonomischen Effekte und auf rechtliche Zulässigkeit untersucht werden.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ D. h. Kriterien, welche Bewerber erfüllen müssen, um für eine Vergabe der Konzession in Frage zu kommen.

⁵⁸⁸ Oben II.A.4.

⁵⁸⁹ Oben II.B und III.B.

⁵⁹⁰ Oben Fn 63.

G. Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit

Das Bundesgericht verweigert bislang die Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit bei der Übertragung von Staatsaufgaben ebenso wie bei Konzessionen. Die überwiegende Lehre kritisiert diese Haltung und fordert zu Recht, dass der Bund mindestens bei Zugangsverfahren, bei welchen der Gesetzgeber selbst wirksamen Wettbewerb anstrebt und ein Konkurrenzsystem installiert, die Wirtschaftsfreiheit beachten muss. Der Gesetzgeber kann und sollte nach Möglichkeit diese Unsicherheit klären und im Gesetz festhalten, dass er die Konkurrenten gleichbehandelt haben will.⁵⁹¹

H. Revision des Beschaffungsrechts

Die Revision des Beschaffungsrechts in ihrer aktuellen Form bringt eine willkommene Klärung der Frage, wann Konzessionen und Leistungsaufträge auszuschreiben sind. Zudem werden die Regeln des geltenden Beschaffungsrecht – bei der Übertragung von öffentlichen Aufgaben – auf weitere Auswahlverfahren zu beschränkten Märkten Anwendung finden (Spezialregelungen vorbehalten), was für eine kompetitivere, transparentere und diskriminierungsfreie Vergabe sorgen wird. Diese Klarstellungen sind zu begrüßen.

I. Rechtsweggarantie

Eine Lücke im Rechtsschutz besteht für Konkurrenten bei der Vergabe von Konzessionen und Leistungsaufträge, die keiner Ausschreibepflicht unterliegen. Um diese Rechtsschutzlücke zu schliessen, sollte der Gesetzgeber als Mindeststandard entsprechende Normen prüfen, welche eine Konkurrenzofferte erlauben und damit den Rechtsschutz eröffnen. Dies z. B. bei Brennereikonzessionen, bei Spielbankkonzessionen, bei Direktvergaben im regionalen Personenverkehr, bei arbeitsmarktlichen Massnahmen und bei der Standortförderung.⁵⁹²

J. Ökonomische Untersuchungen zu den einzelnen Vergabeverfahren

Die bestehenden Direktvergaben sollten je einzeln auf ihre ökonomische Rechtfertigung untersucht werden, nämlich ob Informationsasymmetrien weitgehend vernachlässigt werden können, ob keine Auswahl an Anbietern besteht und auch keine solche Auswahl hergestellt werden kann und ob eine öffentliche Ausschreibung übermässigen Aufwand verursachen würde. Nur in diesen Fällen ist zu erwarten, dass die Direktvergabe zu einer effizienten Allokation führt.⁵⁹³

⁵⁹¹ Oben III.A.2.

⁵⁹² Oben III.D.

⁵⁹³ Oben IV.D.

K. Frühzeitige Ausgestaltung des Vertragsinhalts

Die *Ausgestaltung der Konzessionsbedingungen resp. des Vertragsinhalts* ist möglichst von Beginn weg ins Vergabeverfahren einzubeziehen, damit entsprechende Transparenz geschaffen und Informationsasymmetrien vermieden werden können.⁵⁹⁴

L. Einschränkung von Behördenmessen

Allgemein sollten Gesetzes- und Ordnungsgeber eine detaillierte und möglichst verbindliche Regelung des Zuteilungsverfahrens (samt Vertragsdesign) anstreben, wie dies entsprechend im Beschaffungsrecht verwirklicht ist. Die sorgfältige Ausgestaltung von Vergabeverfahren und Vertrag sind zwar komplex und zeitintensiv und setzen voraus, dass die zuständige Behörde über die erforderlichen personellen Ressourcen verfügt. Die Vorteile eines solchen Vorgehens überwiegen jedoch klar.⁵⁹⁵

M. Empfehlungen zu den einzelnen Zugangsverfahren

Es sollte geprüft werden, ob *Wasserrechtskonzessionen* öffentlich ausgeschrieben und im Auktionssystem vergeben werden könnten. Alternativ wäre zu prüfen, ob mit zusätzlichen Normen Transparenz und Fairness des bestehenden Gesuchsverfahrens verbessert werden könnte.⁵⁹⁶

Wenn aus politischen Gründen an einer Konzessionierung der *Brennereien* festgehalten wird, so sollte der Gesetzgeber mindestens ein Vergabeverfahren vorsehen, mit welcher die Konzessionen öffentlich ausgeschrieben und mit Auktionen vergeben werden.⁵⁹⁷

Das System zur Vergabe von Konzessionen für Spielbanken ist aus ökonomischer und rechtlicher Sicht zu revidieren und die Einführung einer öffentlichen Ausschreibung mit einer Auktion oder mindestens einem Kriterienkatalog zu prüfen.⁵⁹⁸

Das Bewilligungssystem zur Erstellung von *Rohrleitungen* enthält grosses Behördenmessen und kommt einer Konzessionierung nahe, ohne aber für hinreichend Transparenz, Chancengleichheit und Wettbewerb zu sorgen. Das System ist grundsätzlich zu überdenken und zu reformieren.⁵⁹⁹

Der Gesetzgeber hat bis anhin nicht vorgesehen, Betrieb und Eigentum bei *Stromverteilnetzen* zu trennen, damit der Betrieb öffentlich ausgeschrieben werden kann. Folglich kann der Netzeigentümer entscheiden, ob er das Netz selbst betreiben oder

⁵⁹⁴ Oben IV.E.

⁵⁹⁵ Oben IV.F.

⁵⁹⁶ Oben V.B.1.

⁵⁹⁷ Oben V.B.3.

⁵⁹⁸ Oben V.B.4.

⁵⁹⁹ Oben V.B.6.

den Betrieb einem Dritten überlassen will. Aus ökonomischer Sicht ist diese Konzeption zu überdenken und – dem getroffenen Grundprinzip einer Liberalisierung des Strommarkts entsprechend – eine Trennung von Netz und Betrieb sowie eine wettbewerbliche Ausgestaltung der Vergabe des Netzbetriebs, beispielsweise mittels Auktion, zu prüfen.⁶⁰⁰ Der Verzicht auf diese Trennung liesse sich nur dann rechtfertigen, wenn der Wettbewerb auch ohne diese Trennung funktionieren würde.

Es ist zweifelhaft, ob bei der Vergabe der *Eisenbahninfrastrukturkonzession* und der Vergabe der *Flughafenkonzession* durch Regelungen auf Verordnungsstufe vom Beschaffungsrecht abgewichen werden kann. Wenn am bisherigen System festgehalten werden soll, bedarf es Regelungen auf Gesetzesstufe. Ob die gegenwärtig vorgesehenen Direktvergaben mittels Gesuchsverfahren eine effiziente Zuteilung garantieren, oder ob ein kompetitives Auswahlverfahren zu bevorzugen wäre, müssten detaillierte ökonomische Studien gemacht werden.⁶⁰¹

Die *Grundversorgungskonzession im Fernmeldewesen* konnte mangels Interessenten nicht im vorgesehenen wettbewerblichen Verfahren vergeben werden. Es wird empfohlen zu untersuchen, ob dies Mängeln im Ausschreibungs-Design geschuldet ist und wie diese behoben werden könnten.⁶⁰²

Mit den Vergaben von *Personenbeförderungskonzessionen* wird regelmässig kein transparentes Verfahren sichergestellt, welches die Konkurrenten gleichbehandelt. Zudem fehlt es den Vergabeverfahren aus *ökonomischer Sicht* an Wettbewerb, was von den Behörden oft mit der kleinen Zahl an Interessenten und der Komplexität eines Ausschreibeverfahrens begründet wird – was mindestens für den regionalen Personenverkehr hinterfragt werden könnte.⁶⁰³

Die Bereitstellung eines bedarfsbezogenen und ausreichenden Angebots an *arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM)* für die versicherten Personen obliegt – politisch gewollt – den Kantonen. Ob diese der offensichtlich bestehenden Informationsasymmetrie Rechnung tragen, könnte mit Blick auf die kantonalen Regelungen und Praxen ermittelt werden. Die Regeln des Bundesrechts wären ihrerseits zu hinterfragen, weil sie kein faires und transparentes Verfahren sicherstellen, sondern möglicherweise dazu einladen, Lobbying bei den verschiedenen Sozialpartnern zu betreiben, um mit arbeitsmarktlichen Massnahmen betraut zu werden.⁶⁰⁴

Ein eigentlicher Wettbewerb um die Leistungsaufträge und Abgeltungen zum Betrieb des *Autoverlads* kann ohne Entbündelung des Betriebs von der Infrastruktur nicht stattfinden. Eine solche Entbündelung könnte geprüft werden.⁶⁰⁵

⁶⁰⁰ Oben V.C.1.

⁶⁰¹ Oben V.C.2. und V.C.5.

⁶⁰² Oben V.C.3.

⁶⁰³ Oben V.C.6.

⁶⁰⁴ Oben V.D.1.

⁶⁰⁵ Oben V.D.2.

Regelungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch *METAS* an designierte Institute sollten auf gesetzlicher Stufe erfolgen. Transparenz und Chancengleichheit im Verfahren sowie mindestens ein Kriterienwettbewerb wären auf gesetzlicher Stufe vorzusehen, wenn mit kommerziellen Motiven öffentliche Aufgaben übertragen werden. Die Möglichkeit einer Direktvergabe sollte explizit für Ausnahmefälle analog zum Beschaffungsrecht reserviert werden, namentlich wenn das designierte Institut einzigartig ist.⁶⁰⁶

Der Leistungsauftrag zur *Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz* wurde offenbar jüngst direkt vergeben. Allerdings sollten richterweise die Regeln des Beschaffungsrecht angewendet und der Auftrag öffentlich ausgeschrieben werden. Damit wäre ein effizientes Verfahren und die Wahrung von Transparenz und Chancengleichheit sichergestellt.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ Oben V.D.3.

⁶⁰⁷ Oben V.D.4.

Literaturverzeichnis

ABEGG ANDREAS/SEFEROVIC GORAN, Abgeltung ungedeckter Kosten im regionalen Personenverkehr unter besonderer Berücksichtigung von Konzernstrukturen, in: *sui-generis* 2018, S. 360 ff.

AMGWERT MATTHIAS/SCHLAURI SIMON, Kapitel 6 – Telekommunikation, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht – Expertenwissen für die Praxis*, 2015, S. 201 ff.

AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE, Kommentierung des Art. 7 KG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Basel 2010 (zit. AMSTUTZ/CARRON, *BSK KG*, N ... zu Art. 7 KG)

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999*, Zürich 2003 (zit. AUBERT/MAHON, *BV Komm.*, N ... zu Art. ... BV)

AUSTEN-SMITH DAVID/WRIGHT JOHN R., Competitive lobbying for a legislator's vote. *Managerial Economics, Decision Sciences and Operations*, in: *Social Choice and Welfare*, vol. 9, 1992, S. 229 ff.

BEYELER MARTIN, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zürich 2012 (zit. BEYELER, *Vergaberecht*)

BEYELER MARTIN, *Revision BöB: Harmonie mit Nebengeräuschen*, in: *Baurecht (BR)* 2017, S. 145 ff. (zit. BEYELER, *Revision BöB*)

BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, *BV Komm.*, N ... zu Art. ... BV)

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentierung des Art. 178 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, *St. Galler Kommentar BV*, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. BIAGGINI, *St. Galler Kommentar BV*, N ... zu Art. 178 BV)

BORER JÜRIG, Kommentierung des Art. 2 KG, in: *Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO*, 3. Aufl., Zürich 2011, (zit. BORER, *OFK KG*, N ... zu Art. 2 KG)

BÜMMERHOFF DIETER, *Finanzwissenschaft*, 10. Aufl., München 2011

DIEBOLD NICOLAS, *Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument*, in: *ZSR* 2014, S. 219 ff.

DUSSY DAVID, 7. TEIL: Verfahren; Umweltverträglichkeitsprüfung, II. Verfahren, in: Alain Griffel et. al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Öffentliches Baurecht Expertenwissen für die Praxis*, Zürich 2016, S. 623 ff.

FÖHSE KATHRIN S., Die Leiden der jungen Strommarktordnung – aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietzuteilung und Grundversorgung, in: recht 2015, S. 125 ff.

FREY BRUNO S./KIRCHGÄSSNER GEBHARD, Demokratische Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., München 2002

FUCHS ALLEN/MORGENBESSER MISCHA, Besteht eine Ausschreibungspflicht für die Erteilung von Verteilnetzkonzessionen?, in: AJP 2010, S. 1099 ff.

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens: Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013

GANZ GEORGE, Öffentliches Beschaffungswesen: Ausschreibung von Verkehrsdienstleitungen, in: AJP 2001, S. 975ff.

GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2017

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016

HÄNER ISABELLE, Verhaltenssteuerung im liberalen Rechtsstaat, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Häner zum 65. Geburtstag, Bern 2015, S. 29 ff.

HANGARTNER YVO, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Walter Haller et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 111 ff.

HERRMANN REGULA/KÖNIG PETER, Gelenkter oder beschränkter Wettbewerb? Konzession, Bestellverfahren und Ausschreibung im öffentlichen Verkehr heute, in: Jean-Baptiste Zufferey et al. (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016, S.447 ff.

HETTICH PETER/BÜHLER SIMON, Die Konzession als überholte Rechtsfigur?, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, S. 105 ff.

JAAG TOBIAS, Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Hans Ulrich Walder/Tobias Jaag/Dieter Zobl (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, 1994, S. 477 ff.

KERN MARKUS, Zwischen Effizienz- und Qualitätsbestrebungen: Die Vergabe von Transportleistungen im öffentlichen Personenverkehr in der EU und der Schweiz, in: AJP 2013, S. 1806 ff.

KERN MARKUS/KÖNIG PETER, Kapitel 9 – Verkehr: Öffentlicher Verkehr: in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht – Expertenwissen für die Praxis, 2015, S. 389 ff.

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015

KLAUS SAMUEL, Deregulierung der netzbasierten Infrastruktur: Identifikation und Analyse von Lenkungsinstrumenten im Rahmen von De-/Regulierungsvorgängen in Primärinfrastruktursektoren, Diss. Zürich, Nordsted 2009

KLEY ANDREAS, Kommentierung des Art. 29a BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. KLEY, St. Galler Kommentar BV, N ... zu Art. 29a BV)

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013

KÖPPL PETER, Lobbying und Public Affairs, in: Miriam Meckel/Beat Schmid (Hrsg.) Unternehmenskommunikation, Kommunikationsmanagement aus Sicht der Unternehmensführung, 2008, S. 195 ff.

KRUEGER ANNE O., The political economy of the rent-seeking society, in: American Economic Review, vol. 64, 1974, S. 291 ff.

KUNZ DANIEL, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilungslenkung bei begrenzten wirtschaftlichen Berechtigungen, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 683, 2004

LEDUC PATRICK, Wesentliche Merkmale des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), in: Baurecht (BR) 20178, S. 5 ff.

LEHNE JENS, Kommentierung des Art. 2 KG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. LEHNE, BSK KG, N ... zu Art. 2 KG)

MAS-COLELL ANDREU/WHINSTON MICHAEL D./GREEN JERRY R., Microeconomic Theory, in: Oxford University Press, New York 1995

MÖLLER FABIAN, Rechtsschutz bei Subventionen: Die Rechtsschutzmöglichkeiten Privater im Subventionsverfahren des Bundes unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des nationalen und internationalen Subventions- und Beihilferechts, Diss. Basel 2006

MÜNCH PETER, Kommentierung des Art. 3 KG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. MÜNCH, BSK KG, N ... zu Art. 3 KG)

NEIER CHRISTINA, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im Vergaberecht der EU und der Schweiz, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2014/2015, S. 407 ff.

POLEDNA TOMAS/TRÜMPLER RALPH, Die Vergabe von Spitex-Dienstleistungen durch die öffentliche Hand, in: AJP 2018, S. 187 ff.

RECHSTEINER STEFAN, WALDNER MICHAEL, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung. Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, in: AJP 2007, S. 1288 ff.

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

RHINOW RENÉ, Kommentierung des Art. 31 aBV, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, 4. Bd., Basel 1987-1996 (zit. RHINOW, Komm. aBV, N ... zu Art. 31 aBV)

RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2011

RÜTSCHÉ BERNHARD, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: ZBJV 152/2016, S. 71 ff. (zit. RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge)

RÜTSCHÉ BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben, in: recht 2013, S. 153 (zit. RÜTSCHÉ, Aufgaben)

RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, Geschlossene Märkte (Kap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Kap. 6), in: Samuel Rutz/Lukas Schmid, Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, Avenir Suisse 2014, S. 83 ff.

SAXER URS/BRUNNER FLORIAN, Kapitel 7 – Rundfunkrecht – Das Recht von Radio und Fernsehen, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht – Expertenwissen für die Praxis, 2015., Zürich 2015, S. 279 ff.

SCHAFFHAUSER RENÉ/UHLMANN FELIX, Kommentierung des Art. 91 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar BV, N ... zu Art. 91 BV)

SCHINDLER BENJAMIN, Kommentierung des Art. 5 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, N ... zu Art. 5 BV)

SCHWEIZER RAINER J., Kommentierung des Art. 35 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, N ... zu Art. 35 BV)

SEFEROVIC GORAN, Kommentierung des Art. 189 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (zit. SEFEROVIC, BSK BV, N ... zu Art. 189 BV)

TRÜEB HANS RUDOLF, Kapitel 25 – Beschaffungsrecht, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht – Expertenwissen für die Praxis, 2015, S. 1019 ff.

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014

TULLOCK GORDON, The welfare costs of tariffs, monopolies and theft, in: Western Economic Journal, vol. 5, 1967, S. 224 ff.

UHLMANN FELIX, Der öffentlich-rechtliche Auftrag, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, S. 277 ff.

UHLMANN FELIX, Kommentierung des Art. 27 BV, in: Basler Kommentar Bundesverfassung (BV), in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basel 2015 (zit. UHLMANN, BSK BV, N ... zu Art. 27 BV)

VALLENDER KLAUS A., Kommentierung des Art. 27 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2014 (zit. VALLENDER, St. Galler Kommentar, N ... zu Art. 27 BV)

VON STOKAR ET AL., Evaluation Nationale Standortpromotion Schweiz, Schlussbericht Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Zürich/St. Gallen/Genf, 22. August 2014

WALDMANN BERNHARD, Die Konzession – Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, S. 1 ff. (zit. WALDMANN, Konzession)

WALDMANN BERNHARD, Staatliche Monopole in der Schweiz – Eine Standortbestimmung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: SVVOR (Hrsg.), Jahrbuch 2007, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2008, S. 75 ff. (zit. WALDMANN, Monopole)

WEBER ROLF H., Kommentierung des Art. 3 KG, in: Roger Zäch/Ruth Arnet/Regina Kiener/Felix Schraner (Hrsg.), DIKE Kommentar zum Kartellgesetz (KG), Zürich/St. Gallen 2017 (zit. WEBER, DIKE-Komm., N ... zu Art. 3 KG)

WEBER ROLF H., Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2008 (zit. WEBER, Komm. RTVG, N ... zu Art. ... RTVG)

WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht– Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2013

WETTBEWERBSKOMMISSION WEKO, Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012, in: RPW 2010/2, S. 424 ff. (zit. RPW 2010)

WIEDERKEHR RENÉ, Die Beschwerdebefugnis des Konkurrenten, Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin zu Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 89 Abs. 1 BGG, in: recht 2014, S. 76 ff.

WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band II, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, 2014

Materialienverzeichnis

AVIG-Praxis AMM	Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Direktion für Arbeit (DA), Juli 2018
Beratung NR BÖB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen. Totalrevision. Detailberatung Nationalrat, AB 2018 N 1001
Bericht BAV	Bundesamt für Verkehr (BAV), Erläuternder Bericht Verordnungen Güterverkehrsvorlage, Verordnung über die Förderung des Bahngüterverkehrs und des Transportes begleiteter Motorfahrzeuge (BGFV), Verordnung über den Gütertransport von Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportverordnung, GüTV), Verordnung über die Anschlussgleise (AnGV), Vorgesehene Änderungen per 1. Januar 2010, Änderungen und Kommentar
Bericht LUPO 2016	Bericht 2016 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz (Lupo 2016) vom 24. Februar 2016
Bericht Reform RPV	Bundesamt für Verkehr (BAV), Bericht Reform des Regionalen Personenverkehrs (RPV): Grundlagen für einen Stossrichtungs-Entscheid: Ein gemeinsames Projekt des Bundes und der Kantone vom 22. August 2017
Bericht RPV	Bundesamt für Verkehr (BAV), Evaluation Bestellverfahren im Regionalen Personenverkehr, Schlussbericht Eco-plan vom 29. Januar 2014
Bericht RTVV	Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), Teilrevision der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV), Erläuternder Bericht, Februar 2017
Bericht StromVG	Erläuternder Bericht vom Oktober 2018 zur Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung)
Bericht UREK	Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 21. Februar 2011 zur Parlamentarischen Initiative 10.480 «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze», BBl 2011 2901
Botschaft Abk. CH-EU	Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128

Botschaft AlkG I	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz) vom 1. Juni 1931, BBl 1931 I 697
Botschaft AlkG II	Botschaft zur Totalrevision des Alkoholgesetzes (Spirituosensteuergesetz und Alkoholhandelsgesetz) vom 25. Januar 2012, BBl 2012 1315
Botschaft AVIG	Botschaft zum revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 28. Februar 2001, BBl 2001 2245
Botschaft Bahnreform	Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011 911
Botschaft BFIU	Botschaft über die Standortförderung 2008–2011 vom 28. Februar 2007, BBl 2007 2227
Botschaft BGS	Botschaft zum Geldspielgesetz vom 21. Oktober 2015, BBl 2015 8387
Botschaft E-BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) (Entwurf), BBl 2017 2005
Botschaft EleG	Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611
Botschaft EpG	Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311
Botschaft FMG I	Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz (FMG) vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1405
Botschaft FMG II	Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 12. November 2003, BBl 2003 7951
Botschaft FMG III	Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017 6559
Botschaft GPA	Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 2053
Botschaft Konzession	Eröffnung der öffentlichen Ausschreibung zur Erteilung einer Streckenkonzession für die Fluglinie Lugano–Bern vom 6. November 2007, BBl 2007 7651
Botschaft KoordG	Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren vom 25. Februar 1998, BBl 1998 III 2591

Botschaft LFG 1+	Botschaft zur Teilrevision 1+ des Luftfahrtgesetzes (LFG 1+) vom 31. August 2016, BBl 2016 7133
Botschaft Messwesen	Botschaft zum Messwesen vom 27. Oktober 2010, BBl 2010 8013
Botschaft Rev. BöB	Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851
Botschaft Revision LFG	Botschaft zur Änderung des LFG vom 28. Mai 1997, BBl III 1997 1185
Botschaft BV RLG	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel betreffend Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 23. August 1960, BBl 1960 II 745
Botschaft RTVG I	Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569
Botschaft RTVG II	Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 29. Mai 2013, BBl 2013 4975
Botschaft SBG	Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG) vom 26. Februar 1997, BBl 1997 III 145
Botschaft SuG	Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986, BBl 1987 I 369
Botschaft Volksinitiative	Botschaft zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr» und zum direkten Gegenentwurf (Bundesbeschluss über die Finanzierung und den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur, FABI) vom 18. Januar 2012, BBl 2012 1577
Botschaft WRG	Botschaft über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 16. August 1995, BBl 1995 IV 991
Bundesbeschluss BFIU	Bundesbeschluss über die Finanzierung der Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz für die Jahre 2016–2019 vom 9. September 2015
Erläuterungen RTVV	Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), Radio- und Fernsehverordnung (RTVV), Erläuterungen – Konsolidierte Fassung, 1. Oktober 2018

Gesuchformular EZV	Eidgenössische Zollverwaltung (EZV), Abteilung Alkohol und Tabak, Sektion Spirituosensteuer, Pflichtenheft für Gewerbebrennerinnen und Gewerbebrenner, Version 1.0, September 2018, online: < https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/themen/alkohol/spirituosen_production.html >
Kreisschreiben SECO	Kreisschreiben über die Vergütung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM), Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Direktion für Arbeit (DA), Januar 2012
Kriterien METAS	Kriterien für die Bezeichnung designierter Institute, verabschiedet vom Institutsrat des METAS an der Sitzung vom 10. Dezember 2015
Leitfaden BAV I	BAV, Leitfaden Vergabevereinbarung, Version vom 28. November 2014
Leitfaden BAV II	BAV, Leitfaden Ausschreibung von Personentransportleistungen im öffentlichen Verkehr (Busbereich), Version vom 13. April 2015
Leitfaden BAV III	BAV, Leitfaden Bus, Zielvereinbarungen Bund/Kantone – Transportunternehmen (TU) im Rahmen des Bestellverfahrens, Version 31. August 2016, Referenz/Aktenzeichen: BAV-313.302//
Richtlinie 2014/23/EU	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 1-64
RPW 2003	Wettbewerbskommission WEKO, Plakatierung in der Stadt Luzern, in: RPW 2003/1, S. 75 ff.
Vorentwurf StromVG	Vorentwurf vom 17. Oktober 2018 für die Revision des Stromversorgungsgesetzes
Wegleistung BAV	Bundesamt für Verkehr (BAV), Wegleitung Grundsätze und Kriterien für den Fernverkehr, Version vom August 2017

Gesetzesverzeichnis

Abkommen CH-EU	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, abgeschlossen am 21. Juni 1999, SR 0.172.052.68
AlkG	Bundesgesetz über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz, AlkG) vom 21. Juni 1932, SR 680
AlkV	Alkoholverordnung (AlkV) vom 15. September 2017, SR 680.11
ARPV	Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV) vom 11. November 2009, SR 745.16
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 (AVIG), SR 837.0
AVIV	Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 (AVIV), SR 837.02
BFIU	Bundesgesetz zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz (BFIU) vom 5. Oktober 2007, SR 194.2
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BGS	Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS) vom 29. September 2017, AS 2018 5103 ff.
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
ComCom-VO	Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom-VO) betreffend das Fernmeldegesetz vom 17. November 1997, SR 784.101.112
EBG	Eisenbahngesetz (EBG) vom 20. Dezember 1957, SR 742.101

EIMG	Bundesgesetz über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMG) vom 17. Juni 2011, SR 941.27
EIMV	Verordnung über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMV) vom 21. November 2012, SR 941.272
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016, SR 730.0
EnWG DE	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621)
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012, SR 818.101
EpV	Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, EpV) vom 29. April 2015, SR 818.101.1
FDV	Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 9. März 2007, SR 784.101.1
FKV	Verordnung über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (FKV) vom 9. März 2007, SR 784.102.1
GPA	Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen abgeschlossen in Marrakesch am 15. April 1994, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996, SR 0.632.231.422
GüTV	Verordnung über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportverordnung, GüTV) vom 25. Mai 2016, SR 742.411
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994 / 15. März 2001, SR 172.510
JStGB	Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht (JStGB) vom 20. Juni 2003, SR 311.1
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251
KPFV	Verordnung über die Konzessionierung, Planung und Finanzierung der Bahninfrastruktur (KPFV) vom 14. Oktober 2015, SR 742.120
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994, SR 832.10

LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG) vom 21. Dezember 1948, SR 748.0
LFV	Verordnung über die Luftfahrt (Luftfahrtverordnung, LFV) vom 14. November 1973, SR 748.01
LSMG	Bundesgesetz über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (LSMG) vom 5. Oktober 1984, SR 341
LSMV	Verordnung über die Leitungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (LSMV) vom 21. November 2007, SR 341.1
MessG	Bundesgesetz über das Messwesen (MessG) vom 17. Juni 2011, SR 941.20
MetG	Bundesgesetz über die Meteorologie und Klimatologie (MetG) vom 18. Juni 1999, SR 429.1
MG	Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG) vom 3. Februar 1995, SR 510.10
NZV	Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (NZV) vom 25. November 1998, SR 742.122
PBG	Bundesgesetz über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) vom 20. März 2009, SR 745.1
PG	Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, SR 783
PG	Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, SR 783.0
RLG	Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG) vom 4. Oktober 1963, SR 746.1
RLSV	Verordnung über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen (RLSV) vom 4. April 2007, SR 746.12
RLV	Rohrleitungsverordnung (RLV) vom 2. Februar 2000, SR 746.11
RTVG	Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006, SR 784.40
RTVV	Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) vom 9. März 2007, SR 784.401
SBG	Bundesgesetz über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG) vom 18. Dezember 1998, SR 935.52

SERVG	Bundesgesetz über die Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERVG) vom 16. Dezember 2005, SR 946.10
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311
StromVG	Bundesgesetz über die Stromversorgung (StromVG) vom 23. März 2007, SR 734.7
StromVV	Stromversorgungsverordnung (StromVV) vom 14. März 2008, SR 734.71
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionengesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990, SR 616.1
V-AMM	Verordnung des Departements Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über die Vergütung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (VO über die Vergütung von AMM) vom 26. August 2008
V-EJPD	Verordnung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) über die Baubeiträge des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug vom 19. November 2011, SR 341.14
V-UVEK	Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen vom 5. Oktober 2007, SR 784.401.11
VFKV	Verordnung des BAKOM über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (VFKV) vom 9. März 2007, SR.784.02.11
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.32
VIL	Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL) vom 23. November 1994, SR 748.131.1
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11
VPG	Verordnung über die Personenbeförderung (VPG) vom 4. November 2008, SR 745.11
VSBG	Verordnung über Glücksspiele und Spielbanken (VSBG) vom 24. September 2004, SR 935.521
VSL	Verordnung des UVEK über Sicherheitsmassnahmen im Luftverkehr (VSL) vom 20. Juli 2009, SR 748.122

VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) vom 22. Dezember 1916, SR 721.80
WRV	Verordnung über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRV) vom 2. Februar 2000, SR 721.801
ZEBG	Bundesgesetz über die zukünftige Entwicklung der Bahninfrastruktur (ZEBG) vom 20. März 2009, SR 742.140.2
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

Anhang

Inhalt

Quellen	1
Konzessionen	2
Brennerei - Brennereikonzession	3
Eisenbahn - Eisenbahninfrastrukturkonzession	6
Personenverkehr - Personenbeförderungskonzession	10
Luftfahrt – Betriebskonzession für Flughäfen	17
Luftfahrt – Streckenkonzession für den gewerbsmässigen Linienverkehr	20
Fernmeldewesen - Funkkonzession	23
Fernmeldewesen - Grundversorgungskonzession.....	26
Radio und Fernsehen – Programmkonzession	28
Spielbanken - Spielbankenkonzession	32
Stromversorgung - Netzkonzession	34
Nutzbarmachung der Wasserkräfte - Wasserkraftkonzession.....	36
Exkurs: Rohrleitungsanlagen - Plangenehmigungsverfahren	39
Leistungsaufträge mit Abgeltungen	42
Abgeltungen an den Autoverlad.....	43
Abgeltung der Leistungen zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz	45
Abgeltung von mit der Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM) betrauten Organisationen	47
Abgeltungen an die vom Eidgenössischen Institut für Metrologie (METAS) beauftragten designierten Institute (DI)	50
Liste der von der Analyse ausgenommenen Abgeltungen	52

Quellen

Datenbank der Bundessubventionen, abrufbar unter folgendem Link:

https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/subv_subvueberpruef/db_bundessubv.html

Subventionsbericht 2008 des Bundesrates, Anhang, Auswertung der einzelnen Subventionsverhältnisse, BBl 2008 6327, abrufbar unter folgendem Link.

https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/subv_subvueberpruef/subvbericht_bundesrat.html

Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes

Konzessionen

Brennerei - Brennereikonzession

I. Quellen

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz) vom 1. Juni 1931, BBl 1931 I 697
- Botschaft zur Totalrevision des Alkoholgesetzes (Spirituosensteuergesetz und Alkoholhandelsgesetz) vom 25. Januar 2012, BBl 2012 1315
- Eidgenössische Zollverwaltung (EZV), Abteilung Alkohol und Tabak, Sektion Spirituosensteuer, Pflichtenheft für Gewerbebrennerinnen und Gewerbebrenner, Version 1.0, September 2018

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über die gebrannten Wasser (AlkG) vom 21. Juni 1932, SR 680
- Alkoholverordnung (AlkV) vom 15. September 2017, SR 680.11

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 105 Alkohol

Die Gesetzgebung über Herstellung, Einfuhr, Reinigung und Verkauf gebrannter Wasser ist Sache des Bundes. Der Bund trägt insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung.

AlkG 3 Hoheitsrecht des Bundes

1 Das Recht zur Herstellung und zur Reinigung gebrannter Wasser steht ausschliesslich dem Bunde zu.

2 Die Ausübung dieses Rechtes wird in der Regel genossenschaftlichen und anderen privatwirtschaftlichen Unternehmungen durch Brennereikonzessionen übertragen.

3 Die nicht gewerbmässige Herstellung gebrannter Wasser zu Trinkzwecken aus Obst und Obstabfällen, Obstwein, Most, Trauben, Wein, Traubentrestern, Weinhefe, Enzianwurzeln, Beerenfrüchten und ähnlichen Stoffen ist gestattet, wenn diese Stoffe ausschliesslich inländisches Eigengewächs oder selbst gesammeltes inländisches Wildgewächs sind; sie darf jedoch ausschliesslich in hierzu konzessionierten Hausbrennereien oder im Brennauftrag erfolgen.

4 Als Eigengewächs gelten nur die Rohstoffe aus dem Boden, den der Hausbrenner oder der Erteiler des Brennauftrages an die Lohnbrennerei selbst bewirtschaftet.

5 Der Bundesrat wird durch Verordnung näher bestimmen, was unter der nicht gewerbmässigen Herstellung zu verstehen ist, und die Rohstoffe bezeichnen, die durch die Hausbrenner gebrannt werden dürfen.

B. Marktzugang

AlkG 4 Gewerbebrennereien - Arten der Konzessionen

1 Der Bund erteilt Brennereikonzessionen zur Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser, welche die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV) übernehmen kann (Konzessionen mit Übernahmerecht), und Brennereikonzessionen zur Herstellung von Spezialitätenbrand und zur Herstellung gebrannter Wasser auf fremde Rechnung, welche sie nicht übernimmt (Konzessionen ohne Übernahmerecht).

2 Die Konzessionen mit Übernahmerecht werden erteilt:

a. für Hackfruchtbrennereien, d.h. feststehende Brennereien, die inländische Kartoffeln oder Rückstände der Rübenzuckerfabrikation aus inländischen Rohstoffen verarbeiten;

b. für Kernobstbrennereien, d.h. feststehende oder fahrbare Brennereien, die für eigene Rechnung brennen und folgende einheimische Rohstoffe verwenden: Äpfel, Birnen, die daraus gewonnenen Obstweine und Obstresten sowie andere Abfälle dieser Rohstoffe;

c. für Industriebrennereien, d.h. Betriebe, die Rückstände der Presshefe- und Zuckerfabrikation oder andere Rohstoffe in- oder ausländischer Herkunft verarbeiten;

d. für Rektifikationsanstalten, d.h. Betriebe, die das Hochgrädigbrennen gebrannter Wasser⁴, die Reinigung gebrannter Wasser oder die Herstellung von absolutem Alkohol besorgen;

e. für Alkoholfabriken, d.h. Betriebe, die auf chemischem Wege Alkohol gewinnen.

3 Die Konzessionen ohne Übernahmerecht werden erteilt:

a. für Spezialitätenbrennereien, d. h. feststehende oder fahrbare Brennereien, die Steinobst, Kernobst, ausser Äpfel und Birnen und deren Erzeugnisse und Abfälle, oder Wein und dessen Rückstände und Abfälle, Enzianwurzeln, Beerenfrüchte und ähnliche Rohstoffe brennen;

b. für Lohnbrennereien, d. h. feststehende oder fahrbare Brennereien, die für Dritte gegen Lohn die in Artikel 3 Absatz 3 genannten Rohstoffe brennen.

4 Unter den vom Bundesrat aufzustellenden Bedingungen können für den gleichen Brennereibetrieb verschiedene Konzessionen nebeneinander erteilt werden.

AlkG 5 Gewerbebrennereien / Konzessionserteilung / Voraussetzungen

1 Brennereikonzessionen sollen erteilt werden, soweit dies den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Landes entspricht.

2 Die Konzessionen sollen die rechtzeitige Verwertung der Abfälle und Rückstände des Obst-, Wein- und Zuckerrübenbaues und der Überschüsse des Obst- und Kartoffelbaues ermöglichen, soweit diese Rohstoffe nicht anders zweckmässig verwendet werden können.

3 Bei der Erteilung der Konzessionen zum Brennen einheimischer Rohstoffe sind Landesgegenden, wo sich in der Regel Überschüsse über den Ernährungs- und Fütterungsbedarf hinaus ergeben, vorzugsweise zu berücksichtigen.

4 Die Konzessionen werden auf höchstens zehn Jahre erteilt. Sie sollen nur erteilt werden, wenn der Konzessionsbewerber sowie die baulichen und technischen Einrichtungen seiner Brennerei die ordnungsgemässe Führung des Betriebes gewährleisten. Der Bundesrat stellt hierüber die erforderlichen Bestimmungen auf. Er kann auch den gleichzeitigen Betrieb einer Brennerei mit andern Gewerben als unvereinbar erklären, sofern durch die Verbindung die Aufsicht über den Brennereibetrieb oder den Handel mit gebrannten Wassern erschwert wird.

5 Die Übertragung von Konzessionen auf einen neuen Inhaber oder eine andere Brennerei ist nur mit Bewilligung der EZV zulässig. Diese Bewilligung muss erteilt werden, wenn es sich um erbweisen Übergang des Brennereibetriebes handelt und der Erbe die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession erfüllt.

AlkG 6 Gewerbebrennereien / Konzessionserteilung / Verfahren

1 Die Konzessionen werden auf Gesuch hin durch die EZV erteilt und erneuert. Sie sind gebührenfrei.

2 Über die Erteilung und Erneuerung der Konzession wird eine Urkunde ausgestellt.

3 Werden Konzessionsbedingungen nicht eingehalten oder fällt eine Voraussetzung der Konzessionserteilung weg, so kann die EZV die Konzession nach Anhörung des Inhabers vor Ablauf der Konzessionsdauer entziehen.

AlkG 12 Gewerbebrennereien / Konzessionen ohne Übernahmerecht / Spezialitätenbrennerei

1 Das Brennrecht der Spezialitätenbrennereien ist weder nach der Menge der Erzeugnisse, noch nach der Herkunft der Rohstoffe beschränkt.

2 Die EZV übernimmt keine Erzeugnisse der Spezialitätenbrennereien.

3 Die aus inländischen Rohstoffen hergestellten Erzeugnisse der Spezialitätenbrennereien unterliegen der Besteuerung gemäss den Artikeln 20-23.

AlkG 13 Gewerbebrennereien / Konzessionen ohne Übernahmerecht / Lohnbrennerei

1 Konzessionen zum Betrieb einer Lohnbrennerei werden für fahrbare Brennereien, und nur soweit diese nicht ausreichen oder wo örtliche oder bereits bestehende sonstige Verhältnisse es rechtfertigen, auch für feststehende Brennereien erteilt.

2 Lohnbrennereien dürfen, soweit sie nicht eine weitere Konzession gemäss Artikel 4 besitzen, nicht auf eigene Rechnung, sondern nur kraft Brennauftrages brennen. Sie dürfen für ihre Auftraggeber nur die in Artikel 14 genannten Rohstoffe brennen.

3 Das Brennerzeugnis ist dem Auftraggeber auszuhändigen.

AlkG 14 Hausbrennerei

1 Die nicht gewerbsmässige Herstellung von gebrannten Wassern zu Trinkzwecken aus Obst und Obstabfällen, Obstwein, Most, Trauben, Wein, Traubentrestern, Weinhefe, Enzianwurzeln, Beerenfrüchten und ähnlichen Stoffen, wenn diese Stoffe ausschliesslich inländisches Eigengewächs oder selbst gesammeltes, inländisches Wildgewächs sind, darf nur in konzessionierten Hausbrennereien stattfinden.

2 Die EZV kann Hausbrennern, die durch Hagel oder andere Naturschäden einen erheblichen Ausfall an Eigengewächs erlitten haben, auf die Dauer eines Brennjahres eine Konzession zum Brennen eigener und zugekaufter Rohstoffe erteilen, ohne dass deshalb das Recht auf den steuerfreien Eigenbedarf gemäss Artikel 16 verloren geht.

5 Die Brennereianlage kann in der Regel nur zusammen mit der Liegenschaft ihres Standortes (Brennereiliegenschaft) auf Dritte übertragen werden. Wird die Brennereiliegenschaft zerstückelt, so darf die Hausbrennerei nur auf dem Teil weiterbetrieben werden, auf welchem sie bisher bestand.

6 Die Brennapparate oder -anlagen dürfen nur mit Bewilligung der EZV ersetzt, anders als in Verbindung mit der Liegenschaft übertragen oder so umgeändert werden, dass sich eine Erhöhung der Leistungsfähigkeit ergibt. In der Bewilligung kann vorgeschrieben werden, auf welche Weise der Ersatz oder die Umänderung vorzunehmen ist.

AlkV 3 Grundsatz

(Art. 3 AlkG)

1 Die Konzessionen für das Herstellen oder das Reinigen von gebrannten Wassern werden den folgenden Kategorien zugeordnet:

a. Gewerbebrennereien;

b. Lohnbrennereien;

c. landwirtschaftlichen Brennereien.

2 In der Konzession werden insbesondere die erlaubten Brenneirohstoffe, die Grösse und die Leistung der Brennerei sowie allfällige Bedingungen und Auflagen festgelegt.

AlkV 4 Konzessionsvoraussetzungen

(Art. 5 Abs. 4 AlkG)

1 Voraussetzung für die Konzessionserteilung an Gewerbebrennereien oder Lohnbrennereien ist neben der fachlichen und der persönlichen Eignung die Handlungsfähigkeit der für die Geschäftsführung verantwortlichen Person bzw. des Geschäftsinhabers oder der Geschäftsinhaberin.

2 Ist diese Person bereits wegen schwerer oder wiederholter Widerhandlung gegen das Alkohol- oder das Lebensmittelrecht oder gegen entsprechende ausländische Vorschriften bestraft worden, so kann ihr die Konzession verweigert oder entzogen werden.

3 Gewerbe- und Lohnbrennereien müssen für die Feststellung der erzeugten Menge von gebrannten Wassern über Behälter, Waagen oder Durchlaufzähler verfügen, die den Bestimmungen der Messmittelverordnung vom 15. Februar 2006 und den entsprechenden Ausführungsbestimmungen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes entsprechen.

4 Gewerbebrennereien müssen für die Lagerung von gebrannten Wassern über Behältnisse verfügen, die den Richtlinien der EZV entsprechen.

AlkV 5 Gewerbebrennerei

(Art. 4 AlkG)

Die gewerbliche Konzession bezeichnet die Produkte (Ethanol und Spirituosen) sowie die Rohstoffe, aus denen diese hergestellt werden dürfen.

AlkV 6 Lohnbrennerei

(Art. 13 AlkG)

In der Konzession der fahrbaren Lohnbrennereien wird der Hauptstandort mit der Postadresse bezeichnet. Die weiteren Standorte müssen der EZV im Voraus bekannt gegeben werden.

AlkV 7 Landwirtschaftliche Brennerei

(Art. 14 AlkG)

Sind Landwirte oder Landwirtinnen infolge der örtlichen Lage ihres Betriebes ausser Stande, sich einer Lohnbrennerei zu bedienen, so kann die EZV einem benachbarten Landwirtschaftsbetrieb die Bewilligung erteilen, deren Rohstoffe zu brennen oder ihnen den eigenen Brennapparat auszuleihen oder zu vermieten. Die für die gewerbliche Produktion vorgesehenen Kontrollmassnahmen sind sinngemäss anwendbar.

AlkV 8 Änderung und Wiederaufleben der Konzession

(Art. 14 AlkG)

1 Die EZV kann die Vergrösserung des Blaseninhalts einer landwirtschaftlichen Brennerei auf maximal 150 Liter gestatten.

2 Landwirte und Landwirtinnen, die ihre Brennerei vernichten oder unbrauchbar machen, haben das Recht, während 25 Jahren ihre Konzession zu reaktivieren. Dieses Recht ist übertragbar.

AlkV 9 Andere Konzessionen

(Art. 5 AlkG)

1 Kleinproduzenten und -produzentinnen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung eine Bewilligung zum Benützen ihres Brennapparates haben, erhalten eine Konzession. Diese ist nicht übertragbar.

2 Die Brennerei darf weder in ihrer Grösse noch in ihrer Leistung verändert werden.

AlkG 19 Brennaufträge

1 Wer Kernobstbrand oder Spezialitätenbrand herstellen lassen will, kann einer Lohnbrennerei einen Brennauftrag erteilen.

(...)

Eisenbahn - Eisenbahninfrastrukturkonzession

I. Quellen

- Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011 911
- Botschaft zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr» und zum direkten Gegenentwurf (Bundesbeschluss über die Finanzierung und den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur, FABI) vom 18. Januar 2012, BBl 2012 1577

II. Gesetzliche Grundlagen

- Eisenbahngesetz (EBG) vom 20. Dezember 1957, SR 742.101
- Verordnung über die Konzessionierung, Planung und Finanzierung der Bahninfrastruktur (KPFV) vom 14. Oktober 2015, SR 742.120
- Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (NZV) vom 25. November 1998, SR742.122
- Bundesgesetz über die zukünftige Entwicklung der Bahninfrastruktur (ZEBG) vom 20. März 2009, SR 742.140.2
- Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs vom 11. November 2009 (ARPV), SR 745.16

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 87 Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger

Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.

BV 87a Eisenbahninfrastruktur

1 Der Bund trägt die Hauptlast der Finanzierung der Bahninfrastruktur.

2 Die Eisenbahninfrastruktur wird über einen Fonds finanziert.

(...)

3 Die Kantone beteiligen sich angemessen an der Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur. Das Gesetz regelt die Einzelheiten.

4 Das Gesetz kann eine ergänzende Finanzierung durch Dritte vorsehen.

EBG 5 Infrastrukturkonzession und Sicherheitsgenehmigung

1 Wer eine Eisenbahninfrastruktur bauen und betreiben will, benötigt eine Infrastrukturkonzession (Konzession).

2 Das konzessionierte Eisenbahnunternehmen ist berechtigt und verpflichtet, die Eisenbahninfrastruktur nach den Vorschriften der Eisenbahngesetzgebung und der Konzession zu bauen und zu betreiben.

3 Der Betrieb der Eisenbahninfrastruktur umfasst die Einrichtung und den Unterhalt der Anlagen sowie die Führung der Stromversorgungs-, Betriebsleit- und Sicherheitssysteme.

4 Für den Betrieb der Infrastruktur ist zusätzlich eine Sicherheitsgenehmigung erforderlich. Der Bundesrat kann für regional tätige Unternehmen Erleichterungen vorsehen.

B. Marktzugang

EBG 6 Erteilung, Änderung und Erneuerung der Konzession

1 Der Bundesrat erteilt die Konzession, wenn:

a. ein öffentliches Interesse am Bau und Betrieb der Infrastruktur besteht; oder

b. ein eigenwirtschaftlicher Betrieb erwartet werden kann.

2 Zudem wird für die Konzessionserteilung vorausgesetzt, dass:

a. keine wesentlichen öffentlichen Interessen, namentlich der Raumplanung, des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes oder der nationalen Sicherheitskooperation, entgegenstehen;

b. der Betrieb einer Eisenbahn ohne Erschliessungsfunktion die Voraussetzungen nach Artikel 11 des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 erfüllt; und

c. das Unternehmen im Handelsregister eingetragen ist.

3 Der Bundesrat hört die betroffenen Kantone vor der Konzessionserteilung an.

4 Für Strassenbahnen muss die nach kantonalem Recht erforderliche Bewilligung zur Benützung der öffentlichen Strassen erteilt oder zugesichert sein.

5 Die Konzession wird für höchstens 50 Jahre erteilt. Sie kann geändert und erneuert werden.

6 Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) ist zuständig für:

a. die Änderung der Konzession, mit Ausnahme der Ausdehnung;

b. die Erneuerung der Konzession.

EBG 7 Übertragung der Konzession

1 Auf Gesuch der Konzessionsinhaberin kann das UVEK die Konzession auf ein anderes Unternehmen übertragen. Die betroffenen Kantone sind vorher anzuhören.

2 Sollen nur einzelne durch Gesetz oder Konzession begründete Rechte oder Pflichten übertragen werden, so legt die Konzessionsinhaberin die darüber abgeschlossenen Betriebsverträge dem Bundesamt für Verkehr (BAV) zur Kenntnisnahme vor. Sie ist dem Bund gegenüber weiterhin für die Erfüllung der durch Gesetz und Konzession begründeten Pflichten verantwortlich.

EBG 8 Widerruf und Erlöschen der Konzession

1 Der Bundesrat kann die Konzession nach Anhören der betroffenen Kantone widerrufen, wenn:

a. innert der in der Konzession festgesetzten Frist der Bau nicht begonnen oder vollendet oder der Betrieb nicht aufgenommen wird;

b. das Eisenbahnunternehmen die ihm nach Gesetz und Konzession auferlegten Pflichten in schwerwiegender Weise verletzt;

c. wesentliche öffentliche Interessen, namentlich die zweckmässige und wirtschaftliche Befriedigung der Transportbedürfnisse, dies rechtfertigen; das Eisenbahnunternehmen ist angemessen zu entschädigen.

2 Die Konzession erlischt:

a. mit Ablauf der Konzessionsdauer;

b. durch Rückkauf durch den Bund;

c. durch Verzicht, wenn der Bundesrat diesen nach Anhören der betroffenen Kantone genehmigt;

d. wenn das Eisenbahnunternehmen in der Zwangsliquidation an einer zweiten Steigerung keinem Höchstbietenden zugeschlagen werden kann.

EBG 9a Gewährung des diskriminierungsfreien Netzzugangs

1 Die Infrastrukturbetreiberin gewährt den Eisenbahnverkehrsunternehmen den diskriminierungsfreien Netzzugang.

(...)

4 Der Netzzugang auf einem örtlich und zeitlich bestimmten Fahrweg (Trasse) kann von jedem Unternehmen beantragt werden, das an der Durchführung des Eisenbahnverkehrs interessiert ist. Das Unternehmen muss spätestens einen Monat vor Betriebsaufnahme eine Netzzugangsbewilligung vorlegen oder ein Eisenbahnverkehrsunternehmen mit der Durchführung des Eisenbahnverkehrs beauftragen. Das Eisenbahnverkehrsunternehmen, das den Verkehr durchführt, muss die Sicherheitsbescheinigung spätestens bei der Aufnahme des Verkehrs vorlegen.

5 Trassen dürfen weder verkauft noch auf ein anderes Unternehmen übertragen werden. Der Auftrag nach Absatz 4 gilt nicht als Verkauf oder Übertragung.⁵

6 Der Bundesrat legt die weiteren Grundsätze des Netzzugangs fest und regelt die Einzelheiten. Er kann mit anderen Staaten Abkommen abschliessen, welche die Gewährung des Netzzugangs für ausländische Unternehmen vorsehen. Er berücksichtigt dabei den Grundsatz der Gegenseitigkeit.

EBG 64 Organisation

1 Das Eisenbahnunternehmen muss den Bereich Infrastruktur organisatorisch von den übrigen Unternehmensbereichen trennen und verselbständigen. (...)

KPFV 8 Konzessionsgesuch

1 Konzessionsgesuche sind dem BAV einzureichen.

2 Die Gesuche um Erteilung oder Ausdehnung der Konzession müssen enthalten:

a. einen Grundlagenbericht mit folgenden Angaben:

1. Name, Sitz und Adresse der Gesuchstellerin,

2. Projektbeschreibung,

3. Begründung des Gesuchs (Zweck, Bedeutung der Eisenbahn, bestehendes Angebot, erwartete Nachfrage, Linienwahl, Bahnart, Standort der Stationen usw.),

4. Anschluss an bestehende Eisenbahnen und dessen Finanzierung,

5. Zeitplan der Projektrealisierung,

6. Betriebs- und Unterhaltsorganisation,

7. Koordination mit anderen Bewilligungsverfahren,

8. Sicherheitskonzept,

9. Berücksichtigung der Anliegen mobilitätsbehinderter Menschen;

b. folgende technische Unterlagen:

1. eine topografische Karte im Massstab 1:25 000 mit Streckenführung und Standort der Stationen,
 2. ein Längenprofil im Massstab 1:25 000 mit Stationen und Kilometrierung,
 3. Angaben über die Spurweite, die Spurnzahl, die Steigungsverhältnisse, den Minimalradius, die Traktionsart und das Stromsystem;
- c. Angaben über das Verhältnis des Projekts zu den Sachplänen und Konzepten des Bundes, den kantonalen Richtplänen und den kommunalen Nutzungs- und Richtplänen sowie gegebenenfalls zu den regionalen Entwicklungskonzepten;
- d. einen Bericht über die Auswirkungen der Anlage auf die Umwelt nach den Artikeln 7-11 der Verordnung vom 19. Oktober 19881 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (1. Stufe);
- e. eine Wirtschaftlichkeitsrechnung mit:
1. Investitionsplan,
 2. Finanzierungsplan und Finanzierungsnachweis,
 3. Planerfolgsrechnung.
- 3 Für Gesuche um Erneuerung, Änderung, mit Ausnahme der Ausdehnung, oder Übertragung der Konzession bestimmt das BAV im Einzelfall, welche Unterlagen das Gesuch enthalten muss.
- 4 Das BAV teilt der Gesuchstellerin die erforderliche Anzahl Gesuchskopien, einschliesslich der Unterlagen, mit.
- 5 Werden Gesuche mit unvollständigen oder mangelhaften Unterlagen eingereicht, so setzt das BAV eine Frist für deren Ergänzung. Wird diese Frist nicht genutzt, so tritt das BAV auf das Gesuch nicht ein.

KPFV 9 Anhörung

- 1 Das BAV hört die betroffenen Kantone, Transportunternehmen mit einer Personenbeförderungskonzession und Infrastrukturbetreiberinnen an.
- 2 Die Kantone machen die Gesuche um Erteilung oder Änderung von Konzessionen in geeigneter Weise öffentlich zugänglich. Sie setzen das BAV über die eingegangenen Stellungnahmen Dritter in Kenntnis.
- 3 Die Frist beträgt bei neu zu erstellenden Strecken drei Monate. In den übrigen Fällen beträgt sie einen Monat.

KPFV 10 Inhalt der Konzession

Die Konzession enthält:

- a. den Namen, den Sitz und die Adresse der Infrastrukturbetreiberin;
- b. den Anfangs- und den Endpunkt der Infrastruktur sowie die wichtigsten Knotenpunkte;
- c. die Spurweite, gegebenenfalls das Zahnradsystem;
- d. die Traktionsart, bei elektrischer Traktion auch das Stromsystem;
- e. die Konzessionsdauer;
- f. Auflagen und Bedingungen;
- g. bei neu zu erstellenden Strecken die Fristen zur Einreichung der Pläne, zum Baubeginn und zur Vollendung des Baus;
- h. den Umfang der Betriebspflicht und allfällige Einschränkungen des Verkehrs und der Betriebszeiten.

KPFV 11 Konzessionsverzeichnis

- 1 Das BAV führt ein elektronisches Verzeichnis der Konzessionen. Das Verzeichnis ist öffentlich zugänglich.
- 2 Das Verzeichnis enthält den Namen, den Sitz und die Adresse der Infrastrukturbetreiberinnen sowie den Inhalt der Konzessionen

C. Abgeltung

EBG 50 Voraussetzungen für die Ausrichtung von Abgeltungen

- 1 Der Bund richtet Abgeltungen nur an Unternehmen aus:
 - a. deren Rechnungslegung den Vorschriften des 9. Kapitels genügt;
 - b. deren Rechnung nach Sparten gegliedert ist und die ungedeckten Kosten jeder Sparte einzeln nachweist;
 - c. die mindestens den regionalen Personenverkehr sowie die Eisenbahninfrastruktur, soweit vorhanden, je als eigene Sparte führen.
- 2 Der Bund kann Erleichterungen gewähren für ausländische Unternehmen mit geringem Streckenanteil in der Schweiz.

EBG 51 Leistungsvereinbarungen

- 1 Der Bund, vertreten durch das BAV, und die Eisenbahnunternehmen schliessen für jeweils vier Jahre Leistungsvereinbarungen ab. Darin legen sie aufgrund der verkehrspolitischen Prioritäten des Bundes und von Planrechnungen der Unternehmen die von der Sparte Infrastruktur zu erbringenden Leistungen und die dafür vorgesehenen Abgeltungen und Darlehen im Voraus fest.
- 2 Sind mit dem Substanzerhalt untergeordnete Ausbaumassnahmen notwendig, so werden diese ebenfalls in der Leistungsvereinbarung festgelegt.
- 3 Die Abgeltungen und Darlehen dienen in erster Linie dazu, die Infrastruktur in gutem Zustand zu erhalten und sie den Erfordernissen des Verkehrs und dem Stand der Technik anzupassen. Dabei berücksichtigt werden insbesondere:
 - a. eine angemessene Grunderschliessung;

- b. Anliegen der Regionalpolitik, insbesondere die Bedürfnisse der wirtschaftlichen Entwicklung benachteiligter Landesgegenden;
- c. Anliegen der Raumordnungspolitik und der Agglomerationspolitik;
- d. Anliegen des Umweltschutzes.

EBG 51b Finanzierungsformen für den Betrieb und den Substanzerhalt

1 Die geplanten ungedeckten Kosten für den Betrieb und den Substanzerhalt, einschliesslich der Abschreibungen und der nicht aktivierbaren Investitionskosten, werden mit Abgeltungen finanziert.
(...)

EBG 52 Wirtschaftliches Verhalten

1 Die Eisenbahnunternehmen schliessen sich den Fachverbänden und Branchenorganisationen an, die geeignet sind, ihren Auftritt am Markt zu stärken.
2 Der Bund kann die Eisenbahnunternehmen verpflichten, grössere Ausschreibungen gemeinsam durchzuführen.
3 Verhält sich ein Eisenbahnunternehmen unwirtschaftlich, so kann der Bund nach Anhören der Kantone die von ihm im Bestellverfahren geltend gemachte Abgeltung kürzen.

EBG 67 Gewinnverwendung und Eigenkapitalverzinsung

Gewinnausschüttungen und die Verzinsung von Eigenkapital zulasten der Spartenrechnung Infrastruktur sind nicht zulässig. Der Gewinn ist immer vollständig der Spezialreserve für künftige Fehlbeträge der Sparte Infrastruktur zuzuweisen.

KPFV 2 Trennung von Verkehr und Infrastruktur: Umfang der Trennung

1 Die Anlagen der Infrastruktur und die dazugehörige Finanzierung sind in der Bilanz der Infrastrukturbetreiberin von den anderen Bereichen getrennt auszuweisen. (...)

KPFV 7 Öffentliche Unterlagen

1 Die Leistungsvereinbarungen, die Netzzustandsberichte sowie die Investitionspläne der Infrastrukturbetreiberinnen und Erstellergesellschaften sind öffentlich.
2 Das BAV macht diese Unterlagen in geeigneter Form zugänglich.
(...)

KPFV 24 Investitionsplan

1 Die Infrastrukturbetreiberin legt dem BAV jährlich den aktualisierten und mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen abgestimmten Investitionsplan vor. Dieser enthält die Informationen für mindestens die fünf folgenden Jahre.
(...)

KPFV 28 Inhalt der Leistungsvereinbarung

Die Leistungsvereinbarung nach Artikel 51 EBG enthält:

- a. die Umschreibung grundlegender Annahmen;
- b. die Zielvorgaben;
- c. die Umschreibung der zu erbringenden Leistungen, insbesondere der zu tätigen Investitionen und deren Finanzierung;
- d. die Zusicherung der Jahresbetriebsziele der Betriebsabteilungen und Investitionsbeiträge des Bundes;
- e. die Indikatoren und die entsprechenden Zielwerte zur Messung der Zielerreichung;
- f. die Vorgaben für die Berichterstattung (Art. 31).

KPFV 29 Änderung der Leistungsvereinbarung

1 Ergeben sich während der Geltungsdauer einer Leistungsvereinbarung ausserhalb des Verantwortungsbereichs der Infrastrukturbetreiberin wesentliche Abweichungen von den zugrunde gelegten Annahmen, so nehmen die Vertragsparteien Verhandlungen zur Anpassung der Leistungsvereinbarung auf.
2 Im Rahmen des Budgetprozesses des Bundes sind innerhalb einer Leistungsvereinbarung Verschiebungen zwischen Betriebsabteilungen und Investitionsbeiträgen möglich. Wird in diesem Rahmen eine Kürzung des Zahlungsrahmens beschlossen, so überprüft das BAV in Abstimmung mit den Infrastrukturbetreiberinnen die Leistungsvereinbarungen auf ihre Erfüllbarkeit.
3 Änderungen der Leistungsvereinbarung sind schriftlich festzulegen.

KPFV 31 Berichterstattung und Überprüfung der Zielerreichung

1 Das BAV kann die Dokumente und Daten der Infrastrukturbetreiberinnen zur Sparte Infrastruktur einsehen.
2 Die Infrastrukturbetreiberinnen legen dem BAV periodisch einen Bericht über die Erreichung der Ziele, den Netzzustand, die Belastung und Auslastung der Infrastruktur sowie den Stand der Investitionen und des Einbezugs der Eisenbahnverkehrsunternehmen vor. Das BAV regelt die Einzelheiten der Berichterstattung.
3 Das BAV kann die Berichte veröffentlichen.
4 Werden die bestellten Leistungen nicht wie vereinbart erbracht, Zielvorgaben nicht erreicht oder festgelegte Fristen nicht eingehalten, so kann das BAV entsprechende Massnahmen anordnen oder finanzielle Leistungen zurückfordern.
(...)

Personenverkehr - Personenbeförderungskonzession

I. Quellen

- Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011 911
- Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung des Bundesgesetzes vom 16. März 2012 über den zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 29. Mai 2013, AS 2013 1603
- BAV, Leitfaden Ausschreibung von Personentransportleistungen im öffentlichen Verkehr (Busbereich), Version vom 13. April 2015
- BAV, Leitfaden Bus, Zielvereinbarungen Bund/Kantone – Transportunternehmen (TU) im Rahmen des Bestellverfahrens, Version 31. August 2016, Referenz/Aktenzeichen: BAV-313.302//
- BAV, Leitfaden Vergabevereinbarung, Version vom 28. November 2014
- BAV, Wegleitung Grundsätze und Kriterien für den Fernverkehr, Version vom August 2017

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über die Personenbeförderung (PBG) vom 20. März 2009, SR 745.1
- Verordnung über die Personenbeförderung (VPG) vom 4. November 2008, SR 745.11
- Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV) vom 11. November 2009, SR 745.16

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 87 Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger

Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.

PBG 4 Personenbeförderungsregal

Der Bund hat das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen und gewerbmässigen Fahrten zu befördern, soweit dieses Recht nicht durch andere Erlasse oder völkerrechtliche Verträge eingeschränkt ist.

PBG 6 Personenbeförderungskonzession

1 Der Bund kann Unternehmen nach Anhörung der betroffenen Kantone für die gewerbmässige Beförderung von Reisenden mit regelmässigen Fahrten Personenbeförderungskonzessionen (Konzession) erteilen. Vorbehalten bleiben die Artikel 7 und 8.

(...)

3 Die Konzession wird für höchstens 25 Jahre, bei Seilbahnen für höchstens 40 Jahre erteilt. Sie kann übertragen, geändert und erneuert werden.

4 Das Bundesamt für Verkehr (BAV) ist zuständig für die Erteilung, die Übertragung, die Änderung, die Erneuerung, den Entzug, die Aufhebung und den Widerruf von Konzessionen.

B. Marktzugang

PBG 7 Personenbeförderung von geringer Bedeutung

1 Skilifte und Kleinseilbahnen ohne Erschliessungsfunktion benötigen eine Bewilligung des Kantons.

2 Der Bundesrat kann vorsehen, dass die Kantone für weitere Beförderungsangebote von geringer Bedeutung Bewilligungen erteilen können.

- 3 Er kann für diese Beförderungsangebote Erleichterungen vorsehen.
4 Die Bewilligung wird für höchstens zehn Jahre erteilt. Sie kann übertragen, geändert und erneuert werden.

PBG 8 Grenzüberschreitender Personenverkehr

Das UVEK kann für die Personenbeförderung, bei der ausschliesslich Reisende im grenzüberschreitenden Verkehr befördert werden, Bewilligungen erteilen.

2 Der Bundesrat kann zur Erzielung einheitlicher Rechtsvorschriften im internationalen Verkehr von diesem Gesetz abweichende Bestimmungen erlassen.

3 Der Bundesrat kann mit anderen Staaten Vereinbarungen abschliessen, welche die gegenseitige Anerkennung von Bewilligungen und von diesem Gesetz abweichende Bestimmungen vorsehen.

4 Die Bewilligung wird für höchstens fünf Jahre erteilt. Sie kann geändert und erneuert, jedoch nicht übertragen werden.

5 Für die Änderung und Erneuerung ist das BAV zuständig.

PBG 9 Voraussetzungen für die Erteilung, den Entzug und den Widerruf von Konzessionen und Bewilligungen

1 Das um eine Konzession oder Bewilligung ersuchende Unternehmen muss über die für die Benützung der Verkehrswege und Haltestellen erforderlichen Bewilligungen verfügen. Für den Trolleybusbetrieb muss insbesondere die nach kantonalem Recht erteilte Bewilligung zur Beanspruchung der öffentlichen Strasse durch die elektrischen Anlagen vorliegen.

2 Das Unternehmen muss nachweisen, dass:

- a. das im Konzessions- oder Bewilligungsgesuch beantragte Verkehrsangebot im Binnenverkehr zweckmässig und wirtschaftlich erbracht werden kann;
- b. zum bestehenden Angebot anderer öffentlicher Transportunternehmen keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen oder eine wichtige neue Verkehrsverbindung eingerichtet wird;
- c. es die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhält und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleistet.

VPB 6 Personenbeförderungen mit Konzessionspflicht

Eine Konzession ist erforderlich für:

- a. die fahrplanmässigen Verkehrsverbindungen zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten, wobei die Fahrgäste an im Fahrplan festgelegten Haltestellen aufgenommen und abgesetzt werden (Linienverkehr), mit Erschliessungsfunktion;
- b. den Linienverkehr ohne Erschliessungsfunktion:
 1. für spurgeführte Fahrzeuge ausser Kleinseilbahnen, Skiliften und Flussfähren,
 2. für nicht spurgeführte Fahrzeuge, wenn die Zielorte mit mehr als zehn Kurspaaren pro Tag bedient werden;
- c. Fahrten, die nur bei genügender Nachfrage durchgeführt werden (Bedarfsverkehr), mit Erschliessungsfunktion;
- d. Fahrten, bei denen Reisende gesammelt oder bestimmte Reiseziele angekündigt werden (linienverkehrsähnliche Fahrten), insbesondere Fahrten auf Verlangen und Sammelfahrten, mit Erschliessungsfunktion;
- e. Transfers von Fluggästen zwischen einem Flughafen und einem touristischen Ort oder Gebiet (Flughafentransfers).

VPB 11 Voraussetzungen der Erteilung

1 Eine Konzession darf nur erteilt werden, wenn:

- a. die geplante Transportleistung zweckmässig und wirtschaftlich erbracht werden kann, insbesondere keine wesentlichen Interessen der Raumplanung und des Umweltschutzes entgegenstehen;
- b. für das bestehende Angebot anderer Transportunternehmen keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen, insbesondere:
 1. keine bestehenden und vom Bund konzessionierten Verkehrsangebote in ihrem Bestand gefährdet werden,
 2. keine bestehenden und von der öffentlichen Hand durch Betriebs- oder Investitionsbeiträge mitfinanzierten Verkehrsangebote wesentlich konkurrenziert werden;
- c. das Unternehmen über alle Rechte verfügt, die für die Benutzung der Verkehrswege erforderlich sind;
- d. das Unternehmen für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen Gewähr bietet.

2 Bei Flughafentransfers wird vermutet, dass sie keine bestehenden und von der öffentlichen Hand mitfinanzierten Verkehrsangebote wesentlich konkurrenizieren.

VPB 12 Konzessionsgesuch

1 Das Unternehmen muss das Konzessionsgesuch frühestens zehn und spätestens drei Monate vor dem Zeitpunkt, auf den die Fahrten aufgenommen oder erweitert werden sollen, beim BAV einreichen. Wird das Gesuch im Rahmen einer Ausschreibung nach Artikel 32 PBG eingereicht, so richten sich die Fristen nach Artikel 27e Absatz 2 der Verordnung vom 11. November 2009 über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs.

2 Das Gesuch muss begründet sein und die im Anhang genannten Angaben enthalten. Das BAV kann insbesondere bei Erneuerungen und Änderungen auf einzelne Angaben verzichten.

3 Das Gesuch ist mit rechtsgültiger Unterschrift auf Papier einzureichen. Gesuchsunterlagen können in elektronischer Form eingereicht werden. Das BAV kann weitere Exemplare des Gesuchs und der Gesuchsunterlagen auf Papier verlangen.

4 Bei einer Ausschreibung müssen die Unternehmen das Gesuch zusammen mit der Ausschreibungsofferte einreichen. Das Gesuch muss die Angaben nach Anhang Ziffer I Buchstaben a, d, f, i, k, l und n sowie Anhang Ziffer II Buchstabe a enthalten. Die Besteller können vom Unternehmen mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot nach Artikel 32g Absatz 1 PBG vor Beginn der Anhörung zusätzliche Angaben verlangen.

VPB 13 Anhörung

1 Das BAV hört vor der Erteilung einer Konzession die betroffenen Kantone, Verkehrsverbände, Transportunternehmen und Infrastrukturbetreiberinnen an.

2 Die Anhörung von Gemeinden, anderen Behörden sowie weiteren interessierten Kreisen ist Sache der Kantone.

PBG 10 Erleichterungen aus wichtigen Gründen

Die für die Erteilung der Konzession oder Bewilligung zuständige Behörde kann dem Unternehmen aus wichtigen Gründen, namentlich in Notlagen, in Abweichung von den Gesetzes-, Konzessions- oder Bewilligungsvorschriften Erleichterungen gewähren.

PBG 11 Zusätzliche Anforderungen für Angebote im Binnenverkehr ohne Erschliessungsfunktion

1 Für Angebote ohne Erschliessungsfunktion wird die Konzession oder Bewilligung nur erteilt, wenn folgende zusätzliche Anforderungen erfüllt sind:

- a. Der Standort, die Art und die Beförderungsleistung des vorgesehenen Angebots sind zweckmässig.
- b. Der Ausgangspunkt für die geplanten Fahrten ist mit öffentlichen Verkehrsmitteln gut erreichbar.
- c. Das neue Angebot gefährdet die wirtschaftliche Existenz bestehender bedürfnisgerechter Angebote nicht.
- d. Die bestehende oder vorgesehene touristische Ausstattung im Bereich des geplanten Angebots lässt eine für einen kostendeckenden Betrieb ausreichende Nachfrage erwarten.
- e. Die Nutzung des bestehenden Transportangebotes eines Gebietes ist gut und wird durch das neue Angebot nicht erheblich verschlechtert.
- f. Die vorgesehene Finanzierung und der voraussichtliche wirtschaftliche Erfolg lassen erwarten, dass die für das Angebot erforderlichen Bauten, Anlagen und Fahrzeuge nach den Erfordernissen der Betriebssicherheit unterhalten und genügend abgeschrieben werden können.

PBG 3 Erschliessungsfunktion

1 Der regelmässigen und gewerbmässigen Personenbeförderung kommt dann eine Erschliessungsfunktion zu, wenn sie ganzjährig bewohnte Ortschaften erschliesst.

2 Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Bedingungen eine Siedlung als Ortschaft nach Absatz 1 gilt; insbesondere legt er die minimale Einwohnerzahl fest.

PBG 31c Ausschreibungsplanung

1 Die Besteller legen ihre Planung der Ausschreibungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse und auf der Schiene, insbesondere die Gründe und den Zeitpunkt der Ausschreibung eines Verkehrsangebotes, in einer Ausschreibungsplanung fest. Dabei berücksichtigen sie in ihren Überlegungen die lokalen und regionalen Erfordernisse und Bedürfnisse. Sie nehmen darin auch Linien auf, die sie gemeinsam ausschreiben, jedoch nicht gemeinsam bestellen.

2 Die Ausschreibungsplanung erfolgt pro Kanton. Die Federführung liegt bei den Kantonen. Das BAV sorgt für eine einheitliche Ausschreibungsplanung und für die Koordination zwischen den Kantonen.

3 Die Ausschreibungsplanung ist für die Behörden verbindlich. Sie kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.

PBG 32 Ausschreibung

1 Die Besteller schreiben im gegenseitigen Einvernehmen Angebote des gemeinsam bestellten regionalen Personenverkehrs auf der Strasse aus.

2 Sie schreiben diese Angebote nicht aus, wenn:

- a. eine Zielvereinbarung mit einem Unternehmen besteht und dieses die Ziele erreicht;
- b. der Abgeltungsbetrag eine bestimmte Höhe nicht erreicht;
- c. keine Ausschreibungsplanung vorliegt;
- d. das neue Verkehrsangebot Bestandteil eines bestehenden regionalen Netzes wird;
- e. für ein Verkehrsangebot aus technischen, betrieblichen oder regionalen Gründen nicht mehr als eine Offerte zu erwarten ist;
- f. es sich um die Änderung einer bestehenden Konzession handelt; oder
- g. eine Konzession unverändert auf ein neues Unternehmen übertragen wird.

3 Die Besteller können im gegenseitigen Einvernehmen Angebote des gemeinsam bestellten regionalen Personenverkehrs auf der Schiene ausschreiben.

4 Bestehende Verkehrsangebote können nur ausgeschrieben werden, wenn sie vorgängig in die Ausschreibungsplanung aufgenommen wurden.

5 Die Besteller können auch dann gemeinsam Verkehrsangebote ausschreiben, wenn diese nur von den Kantonen ohne Bundesbeteiligung bestellt werden.

PBG 32a Ausschreibung von Verkehrsangeboten mit Linienabschnitten in Nachbarstaaten

1 Ausschreibungen von Verkehrsangeboten mit im Nachbarstaat liegenden Linienabschnitten werden mit den Ausschreibungsverfahren dieses Staates koordiniert.

2 Der Bundesrat kann die Ausschreibung solcher Angebote in Vereinbarungen mit den Nachbarstaaten regeln.
3 Liegt keine Vereinbarung vor, so kann das BAV auf eine Ausschreibung verzichten und das Angebot bei dem Unternehmen bestellen, das im Ausschreibungsverfahren für den im Nachbarstaat liegenden Linienabschnitt gesiegt hat.

PBG 32c Besondere Bestimmungen für Ausschreibungen von Verkehrsangeboten auf der Strasse

1 Ein Verkehrsangebot des gemeinsam bestellten regionalen Personenverkehrs auf der Strasse wird ausgeschrieben, wenn eine Konzession neu erteilt werden soll.

2 Während der Dauer der Konzession schreiben die Besteller das bestellte Verkehrsangebot aus, wenn das Unternehmen:

- a. die ihm verliehenen Rechte nicht oder nur teilweise ausübt oder seine aus Gesetz oder Konzession auferlegten Pflichten wiederholt oder schwerwiegend verletzt;
- b. eine Zielvereinbarung in mehreren oder in einem wesentlichen Punkt nicht erfüllt und die Vereinbarung als Sanktion eine Ausschreibung vorsieht;
- c. die in einer Vergabvereinbarung verlangte Verbesserung von Preis, Qualität oder Quantität des Verkehrsangebots nicht erfüllt und die Vereinbarung als Sanktion eine Ausschreibung vorsieht.

3 Bei der Erneuerung der Konzession schreiben die Besteller das bestellte Verkehrsangebot aus, wenn ihre Ausschreibungsplanung dies vorsieht.

PBG 32d Verfahrensgrundsätze

1 Im Ausschreibungsverfahren beachten die Besteller folgende Grundsätze:

- a. Sie achten in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der Unternehmen.
- b. Sie vergeben ein Verkehrsangebot nur an ein Unternehmen, das die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gewährleistet. Sie legen die massgebenden Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen fest und berücksichtigen bestehende Vertragswerke.
- c. Sie vergeben ein Verkehrsangebot nur an ein Unternehmen, das die Lohngleichheit für Mann und Frau gewährleistet.
- d. Sie wahren den vertraulichen Charakter von Angaben der Unternehmen.

PBG 32i Verfügungen

1 Das BAV verfügt:

(...)

- e. den Verzicht auf eine Ausschreibung aufgrund einer Ausnahme nach Artikel 32 Absatz 2.

PBG 33 Zielvereinbarung

1 Die Besteller können für bestellte Verkehrsangebote, die nicht ausgeschrieben werden, mit dem betroffenen Unternehmen eine Zielvereinbarung abschliessen.

2 Die Zielvereinbarung kann namentlich Leistungsziele zu Qualität, Quantität, Erlösen und Kosten des Verkehrsangebots enthalten, die das Unternehmen in einem bestimmten Zeitraum erreichen muss. Sie kann Massnahmen für den Fall vorsehen, dass die Ziele nicht erreicht werden.

3 Sie kann ein Bonus-Malus-System über die Qualität und über finanzielle Kennzahlen enthalten.

4 Sie wird für eine Dauer von mindestens zwei Fahrplanperioden abgeschlossen.

C. Leistungsaufträge und Abgeltungen

PBG 28 Abgeltung der ungedeckten Kosten des bestellten Verkehrsangebots

1 Bund und Kantone (Besteller) gelten den Unternehmen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des von ihnen gemeinsam bestellten Angebotes des regionalen Personenverkehrs ab.

2 Angebote des Ortsverkehrs sowie Angebote ohne Erschliessungsfunktion sind von Bundesleistungen ausgeschlossen.

3 Der Bund trägt allein die laut Planrechnung ungedeckten Kosten der von ihm bestellten Verkehrsangebote von nationaler Bedeutung. Er kann die geplanten ungedeckten Kosten zentraler Publikationen des Verkehrsangebotes abgelden, wenn diese allen Unternehmen dienen oder offenstehen.

4 Bund, Kantone und Gemeinden können weitere Angebote oder Angebotsverbesserungen oder Tarifierleichterungen bestellen. Sie tragen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten dieser Angebote.

PBG 29 Voraussetzungen für die Ausrichtung von Abgeltungen

1 Der Bund richtet Abgeltungen nur an Unternehmen aus:

- a. deren Rechnungslegung den Vorschriften des 7. Abschnitts genügt;
- b. deren Rechnung nach Sparten gegliedert ist und die ungedeckten Kosten jeder Sparte einzeln nachweist;
- c. die mindestens den regionalen Personenverkehr sowie die Eisenbahninfrastruktur, soweit vorhanden, je als eigene Sparte führen;
- d. die eine von den Bestellern unabhängige Rechtspersönlichkeit haben; und
- e. in deren Verwaltungsrat oder vergleichbarem Organ keine Person Einsitz hat, die direkt am Bestellvorgang beteiligt oder in einer am Bestellprozess beteiligten Verwaltungseinheit tätig ist.

2 Der Bund kann Erleichterungen gewähren für Unternehmen mit geringem Verkehr sowie für ausländische Unternehmen mit geringem Streckenanteil in der Schweiz.

PBG 30 Finanzielle Aufteilung

1 Der Anteil des Bundes an der gesamten Abgeltung der durch Bund und Kantone gemeinsam bestellten Angebote im regionalen Personenverkehr beträgt 50 Prozent.

(...)

PBG 30a Verpflichtungskredit

Die Bundesversammlung beschliesst für die Abgeltung der ungedeckten Kosten des bestellten Verkehrsangebots jeweils für vier Jahre einen Verpflichtungskredit.

PBG 31a Verkehrsangebot und Bestellverfahren

1 Das Verkehrsangebot und die Abgeltung im regionalen Personenverkehr werden aufgrund von Planrechnungen der Unternehmen im Voraus von den Bestellern und dem Unternehmen in einer schriftlichen Angebotsvereinbarung festgelegt. Die Planrechnungen sind auf bestehende Zielvereinbarungen oder Vergabevereinbarungen abzustützen.

2 Der Bundesrat regelt das Bestellverfahren sowie die Grundsätze für das Verkehrsangebot und die Abgeltung im Einvernehmen mit den Kantonen. Er kann ein vereinfachtes Bestellverfahren festlegen, wenn eine Vergabevereinbarung besteht. Er wahrt die unabhängige Führung der Unternehmen.

PBG 32k Vergabevereinbarung

1 Sobald der Vergabeentscheid rechtskräftig ist, schliessen die Besteller mit dem Unternehmen eine Vergabevereinbarung ab.

2 Die Vergabevereinbarung legt aufgrund der Offerte im Wesentlichen die Geltungsdauer, das Verkehrsangebot, die Qualität, die Kosten, die Erlöse, die Anpassungsmechanismen und das Controlling fest.

PBG 33 Zielvereinbarung

1 Die Besteller können für bestellte Verkehrsangebote, die nicht ausgeschrieben werden, mit dem betroffenen Unternehmen eine Zielvereinbarung abschliessen.

2 Die Zielvereinbarung kann namentlich Leistungsziele zu Qualität, Quantität, Erlösen und Kosten des Verkehrsangebots enthalten, die das Unternehmen in einem bestimmten Zeitraum erreichen muss. Sie kann Massnahmen für den Fall vorsehen, dass die Ziele nicht erreicht werden.

3 Sie kann ein Bonus-Malus-System über die Qualität und über finanzielle Kennzahlen enthalten.

4 Sie wird für eine Dauer von mindestens zwei Fahrplanperioden abgeschlossen.

PBG 33 Zielvereinbarung

1 Die Besteller können für bestellte Verkehrsangebote, die nicht ausgeschrieben werden, mit dem betroffenen Unternehmen eine Zielvereinbarung abschliessen.

2 Die Zielvereinbarung kann namentlich Leistungsziele zu Qualität, Quantität, Erlösen und Kosten des Verkehrsangebots enthalten, die das Unternehmen in einem bestimmten Zeitraum erreichen muss. Sie kann Massnahmen für den Fall vorsehen, dass die Ziele nicht erreicht werden.

3 Sie kann ein Bonus-Malus-System über die Qualität und über finanzielle Kennzahlen enthalten.

4 Sie wird für eine Dauer von mindestens zwei Fahrplanperioden abgeschlossen.

ARPV 2 Empfänger von Abgeltungen

1 Abgeltungen und Finanzhilfen nach den Artikeln 28-31c PBG können Transportunternehmen erhalten, die Personen im Linienverkehr, im Bedarfsverkehr oder mit linienverkehrsähnlichen Fahrten auf der Basis einer Konzession nach Artikel 6 PBG, einer Bewilligung nach Artikel 8 PBG oder eines Staatsvertrages befördern.

(...)

ARPV 5 Abgeltungen des regionalen Personenverkehrs - Grundsätze

1 Abgeltungen im regionalen Personenverkehr werden für die einzelne Linie entrichtet.

2 Der Umfang des bestellten Angebots bestimmt sich in erster Linie aufgrund der Nachfrage.

ARPV 6 Abgeltungen des regionalen Personenverkehrs - Abgeltungsvoraussetzung

1 Ein Angebot des regionalen Personenverkehrs wird gemeinsam von Bund und Kantonen abgegolten, wenn:

a. die Linie eine Erschliessungsfunktion nach Artikel 5 der Verordnung vom 4. November 2009I über die Personenbeförderung (VPB) hat;

b. die Linie nicht bereits erschlossene Ortschaften oder Ortsteile bedient Mehrfachbedienung, es sei denn, sie stelle eine wichtige zusätzliche Verkehrsverbindung dar;

c. bei im Ausland liegenden Linienabschnitten das Angebot überwiegend schweizerischem Verkehr dient;

d. die Linie ganzjährig betrieben wird;

e. eine minimale Wirtschaftlichkeit der Linie gegeben ist;

f. die Vorgaben der Besteller zur Qualität und Sicherheit des Verkehrsangebots sowie zur Stellung der Beschäftigten eingehalten werden;

g. der direkte Verkehr nach Artikel 16 PBG gewährleistet ist; und

h. für das Angebot eine Konzession, eine Bewilligung oder ein Staatsvertrag vorliegt.

2 Die Kantone können betreffend die Erfüllung der Erschliessungsfunktion für ihr Gebiet eine höhere Mindestzahl der ständigen Bevölkerung einer Ortschaft voraussetzen, als in Artikel 5 Absatz 2 VPB vorgesehen ist.

3 Das Bundesamt für Verkehr (BAV) legt in Richtlinien die Voraussetzungen für die minimale Wirtschaftlichkeit von Linien fest; es berücksichtigt dabei die Bedürfnisse der wirtschaftlichen Entwicklung benachteiligter Landesgegenden und die Kennzahlen nach Artikel 20. Die Voraussetzungen werden periodisch überprüft und den aktuellen Gegebenheiten angepasst.

4 Nach Anhörung der Kantone entscheidet das BAV, ob die Voraussetzungen für eine gemeinsame Abgeltung einer Linie erfüllt sind. In begründeten Ausnahmefällen kann das BAV der gemeinsamen Abgeltung einer Linie auch zustimmen, wenn nicht alle Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind.

ARPV 7 Umfang des bestellten Angebots

1 Bund und Kantone bestellen das Angebot gemeinsam aufgrund der Nachfrage.

(...)

ARPV 11 Bestellverfahren - Ablauf, Termine

1 Das Bestellverfahren wird für eine Fahrplanperiode, in der Regel für zwei Jahre, durchgeführt.

2 Das BAV gibt den Kantonen und den Transportunternehmen die Termine der einzelnen Phasen des Bestellverfahrens bekannt. Es trägt dabei der Zeit, die für die kantonalen Entscheidungsverfahren notwendig ist, angemessene Rechnung.

3 Das BAV und die Kantone sorgen für die Koordination von Fahrplanverfahren und Bestellverfahren. Die Kantone hören die interessierten Kreise im Verlauf des Bestellverfahrens an und berücksichtigen deren Anträge angemessen.

ARPV 12 Koordination zwischen BAV und Kantonen

1 Das BAV und die Kantone führen das Bestellverfahren gemeinsam durch. Sie koordinieren ihre Tätigkeiten.

2 Die Besteller einigen sich pro Linie auf einen Kanton, der im Bestellverfahren die Federführung übernimmt. Können sich die Kantone darüber nicht einigen, so entscheidet das BAV.

3 Die Kantone sind insbesondere bei der Festlegung des Angebotes, bei der Offertprüfung und bei Verhandlungen mit den Transportunternehmen sowie bei der Festlegung und Überprüfung der Leistungsqualität federführend.

4 Das BAV unterstützt die Kantone bei der Offertprüfung, insbesondere mittels Kennzahlenvergleichen. Es sorgt unter Wahrung der Anonymität der Unternehmen für den Austausch von Informationen unter den Kantonen, soweit diese für die Offertprüfung wesentlich sind.

ARPV 16 Aufforderung zur Offertstellung

1 Nach Konsultation des BAV informieren die Kantone die Transportunternehmen spätestens 12 Monate vor Beginn einer Fahrplanperiode über die für den regionalen Personenverkehr bereitgestellten Mittel und fordern sie zur Offertstellung auf. Sie teilen ihnen gleichzeitig mit, wie das Angebot verändert werden soll. Bei interkantonal tätigen Transportunternehmen koordinieren die Kantone ihre Vorgaben.

2 Die Besteller können in der Aufforderung zur Offertstellung auf ihre Absicht hinweisen, eine Vergabevereinbarung oder eine Zielvereinbarung abzuschliessen oder weiterzuführen. Die Transportunternehmen erstellen ihre Offerten gegebenenfalls aufgrund der Vergabevereinbarungen oder der Zielvereinbarungen.

3 Wollen die Besteller ein Verkehrsangebot so ändern, dass ein Transportunternehmen sein Betriebskonzept von Grund auf überarbeiten muss, so informieren sie dieses spätestens drei Jahre vor der Einführung des neuen Verkehrsangebotes.

4 Wollen die zur Offertstellung aufgeforderten Transportunternehmen keine Offerte erstellen, so müssen sie dies den Bestellern innert Monatsfrist mitteilen. Transportunternehmen, die eine Vergabevereinbarung abgeschlossen haben, müssen für die davon betroffenen Linien eine Offerte einreichen.

5 Die Besteller können von den Transportunternehmen vor dem Einreichen der Offerten Richtofferten verlangen. Die Richtofferten dienen der Angebotsplanung und sind nicht verbindlich.

ARPV 17 Offerteinreichung

1 Die Offerte für die nachfolgende Fahrplanperiode ist den Bestellern im letzten Jahr einer Fahrplanperiode nach Vorliegen der Betriebskosten- und Leistungsrechnung des Vorjahres, spätestens jedoch Ende April, einzureichen.

2 Die Offerte ist nach Linien zu gliedern. Nach Vorgabe der Besteller sind mehrere Linien in einer Offertlinie zusammenzufassen.

3 Die Offerte muss enthalten:

a. eine qualitative und quantitative Umschreibung des Angebotskonzeptes;

b. je eine verbindliche Planrechnung für die einzelnen Fahrplanjahre der Fahrplanperiode;

(...)

ARPV 21 Abschluss von Angebotsvereinbarungen

1 Nehmen die Besteller eine Offerte an, so schliessen sie mit dem Transportunternehmen eine Angebotsvereinbarung ab. Eine Angebotsvereinbarung kommt zustande, wenn alle Besteller die Offerte angenommen haben. Das Transportunternehmen teilt den Bestellern innerhalb von 14 Tagen das Zustandekommen mit.

2 Die Transportunternehmen haben nur dann einen Rechtsanspruch auf eine Bestellung, wenn die Linien Gegenstand einer Vergabevereinbarung sind.

3 Die Besteller können den Abschluss einer Angebotsvereinbarung bei besonderen Fällen vom Vorliegen einer rechtsgültigen Zielvereinbarung abhängig machen.

4 Die Angebotsvereinbarung gilt für eine Fahrplanperiode.

5 Die für mehr als ein Jahr vereinbarten Abgeltungen des Bundes und der Kantone stehen unter dem Vorbehalt der Budgetgenehmigung. Werden die Abgeltungen in der Folge reduziert, so sind die Transportunternehmen berechtigt, das Verkehrsangebot in Absprache mit den Bestellern entsprechend anzupassen.

ARPV 33a Festlegung der Abgeltung

Verhält sich das Unternehmen unwirtschaftlich, so kann das BAV nach Anhörung der Kantone eine tiefere Abgeltung festlegen, als das Unternehmen im Bestellverfahren beantragt hat.

Luftfahrt – Betriebskonzession für Flughäfen

I. Quellen

- Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plange-
nehmungsverfahren vom 25. Februar 1998, BBl 1998 2591

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über die Luftfahrt (LFG) vom 21. Dezember 1948, SR 748.0
- Verordnung über die Luftfahrt (LFV) vom 14. November 1973, SR 748.01
- Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL) vom 23. November 1994, SR
748.131.1

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 87 Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger

Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.

LFG 36 Flugplätze - Zuständigkeit

1 Der Bundesrat erlässt nähere Vorschriften über Bau und Betrieb von Flugplätzen.

LFG 36a Flugplätze - Betriebskonzession

1 Für den Betrieb von Flugplätzen, die dem öffentlichen Verkehr dienen (Flughäfen), ist eine Betriebskonzession erforderlich. Diese wird vom UVEK erteilt.

2 Mit der Konzessionierung wird das Recht verliehen, einen Flughafen gewerbsmässig zu betreiben und insbesondere Gebühren zu erheben. Der Konzessionär ist verpflichtet, den Flughafen unter Vorbehalt der im Betriebsreglement festgelegten Einschränkungen für alle Luftfahrzeuge im nationalen und internationalen Verkehr zur Verfügung zu stellen, einen ordnungsgemässen, sicheren Betrieb zu gewährleisten und für die dafür erforderliche Infrastruktur zu sorgen.

3 Die Konzession kann mit Zustimmung des UVEK auf einen Dritten übertragen werden. Sollen nur einzelne Rechte oder Pflichten übertragen werden, so ist der Konzessionär dem Bund gegenüber weiterhin für die Erfüllung der durch Gesetz oder Konzession begründeten Pflichten verantwortlich.

4 Dem Konzessionär steht das Enteignungsrecht zu.

LFG 36b Flugplätze - Betriebsbewilligung

1 Für den Betrieb aller anderen Flugplätze (Flugfelder) ist eine Betriebsbewilligung erforderlich. Diese wird vom BAZL erteilt.

2 In der Betriebsbewilligung werden die Rechte und Pflichten für den Betrieb eines Flugfeldes festgelegt.

VIL 2 Begriffe

In dieser Verordnung bedeuten:

a. Flugplatz: in einem Sachplan festgelegte Anlage für die Ankunft und den Abflug von Luftfahrzeugen, für deren Stationierung und Wartung, für den Verkehr von Passagieren und für den Umschlag von Gütern;

(...)

B. Marktzugang

VIL 4 Publikation des Gesuchs und Koordination

1 Die Veröffentlichung des Gesuchs in den Publikationsorganen der betroffenen Kantone und Gemeinden wird durch die Kantone veranlasst.

2 Die Kantone sorgen für die Koordination der Stellungnahmen ihrer Fachstellen

VIL 5 Projektänderungen

Ergeben sich aufgrund der Eingaben in einem Plangenehmigungs-, Konzessions- oder Bewilligungsverfahren wesentliche Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Projekt, so muss das geänderte Projekt den Betroffenen erneut zur Stellungnahme vorgelegt oder gegebenenfalls öffentlich aufgelegt werden.

VIL 6 Behandlungsfristen

Für die Behandlung eines Gesuchs betreffend eine Plangenehmigung oder Genehmigung eines Betriebsreglements sowie eine Erteilung einer Konzession oder einer Betriebsbewilligung gelten in der Regel folgende Fristen:

- a zehntechn Arbeitstage vom Eingang des vollständigen Gesuchs bis zur Übermittlung an die Kantone und die betroffenen Bundesbehörden oder bis zur Anzeige an die Betroffenen;*
- b zwei Monate vom Abschluss des Instruktionsverfahrens bis zum Entscheid.*

VIL 10 Inhalt

1 Die Betriebskonzession verleiht das Recht, einen Flughafen gemäss den Zielen und Vorgaben des SIL gewerbmässig zu betreiben und insbesondere Gebühren zu erheben. Der Konzessionär wird verpflichtet, den Flughafen unter Vorbehalt der im Betriebsreglement festgelegten Einschränkungen für alle Luftfahrzeuge im nationalen und internationalen Verkehr zur Verfügung zu stellen, einen ordnungsgemässen, sicheren Betrieb zu gewährleisten und für die dafür erforderliche Infrastruktur zu sorgen.

2 Die Ausgestaltung des Betriebs und der Infrastruktur sind nicht Gegenstand der Betriebskonzession.

VIL 11 Gesuch

1 Wer eine Betriebskonzession erlangen will, muss beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) ein Gesuch in der von diesem verlangten Anzahl einreichen. Das Gesuch muss enthalten:

- a. die Angabe, wer für die Anlage und den Betrieb des Flughafens die Verantwortung tragen soll;*
- b. den Nachweis, dass der Gesuchsteller über die Kenntnisse, Fähigkeiten und Mittel verfügt, um einen Flughafen unter Einhaltung der Pflichten aus Konzession, Betriebsreglement und Gesetz zu betreiben;;*
- c. den Nachweis der Eintragung im Handelsregister in der Schweiz, ausgenommen bei Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts;*
- d. eine Übersicht über die geplante Finanzierung des Flughafenbetriebs;*
- e. das Betriebsreglement mit den Unterlagen gemäss Artikel 24.*

2 Bestehen begründete Zweifel, ob für den Gesuchsteller Anlage und Betrieb des Flughafens finanzierbar sind, kann die Konzessionsbehörde detaillierte Angaben betreffend Sicherstellung der Finanzierung verlangen.

VIL 12 Voraussetzungen für die Konzessionserteilung

1 Die Betriebskonzession wird erteilt, wenn:

- a. der Betrieb der Anlage den Zielen und Vorgaben des SIL entspricht;*
- b. der Gesuchsteller über die erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Mittel verfügt, um die Verpflichtungen aus Gesetz, Konzession und Betriebsreglement zu erfüllen;*
- c. das Betriebsreglement genehmigt werden kann.*

2 Die Erteilung einer Betriebskonzession kann insbesondere verweigert werden, wenn die Finanzierung von Anlage und Betrieb des Flughafens offensichtlich gefährdet erscheint.

VIL 13 Geltungsdauer

Betriebskonzessionen werden erteilt für eine Dauer von:

- a. 50 Jahren bei Landesflughäfen;*
- b. 30 Jahren bei Regionalflughäfen.*

VIL 14 Übertragung und Erneuerung der Konzession

1 Für die Übertragung oder die Erneuerung der Konzession finden die Artikel 11 und 12 sinngemäss Anwendung.

2 Das Betriebsreglement ist bei der Übertragung oder Erneuerung der Konzession insoweit zu überprüfen und nötigenfalls zu ändern, als wesentliche Änderungen des Betriebs vorgesehen oder zu erwarten sind. Vorbehalten bleiben Anpassungen des Betriebsreglements nach Artikel 26.

VIL 15 Übertragung einzelner Aufgaben

1 Die Übertragung einzelner Aufgaben durch den Flughafenhalter an Dritte ist dem BAZL mitzuteilen. Dieses kann dazu ergänzende Angaben verlangen oder die Übertragung untersagen, wenn:

- a. der Dritte offensichtlich nicht über die zur Erfüllung der Aufgabe erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Mittel verfügt;*
- b. der Konzessionär bei der Übertragung einzelner Aufgaben nicht dafür sorgt, dass er gegenüber dem Dritten jederzeit Anweisungen durchsetzen kann.*

2 Äussert sich das BAZL nicht innert 30 Tagen zur Übertragung, so gilt dies als Verzicht auf die Erhebung von Einwänden.

VIL 16 Entzug

1 Das UVEK entzieht die Konzession ohne Entschädigung, wenn:

- a. die Voraussetzungen für eine sichere Benützung nicht mehr vorliegen;*

b. der Konzessionär seine Pflichten nicht mehr wahrnehmen will oder sie wiederholt in schwerer Weise verletzt hat.

2 Wird die Konzession entzogen, kann das UVEK die erforderlichen Massnahmen zur Fortführung des Flughafenbetriebs anordnen.

Luftfahrt – Streckenkonzession für den gewerbsmässigen Linienverkehr

I. Quellen

- Eröffnung der öffentlichen Ausschreibung zur Erteilung einer Streckenkonzession für die Fluglinie Lugano–Bern vom 6. November 2007 (BB1 2007 7651)
- Bericht 2016 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz (Lupo 2016) vom 24. Februar 2016

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über die Luftfahrt (LFG) vom 21. Dezember 1948 (LFG), SR 748.0
- Verordnung über die Luftfahrt vom (LFV) 14. November 1973 (LFV), SR 748.01
- Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL) vom 23. November 1994, SR 748.131.1

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 87 Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger

Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.

LFG 28 Streckenkonzession – Unternehmen mit Sitz in der Schweiz

1 Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die regelmässig Personen oder Güter auf einer Luftverkehrslinie befördern, benötigen eine Streckenkonzession. Die Konzession wird nur einem Unternehmen erteilt, das eine Betriebsbewilligung nach Artikel 27 besitzt. (...)

LFG 29 Betriebsbewilligung – Unternehmen mit Sitz im Ausland

1 Soweit Staatsverträge nichts anderes vorsehen, benötigen Unternehmen mit Sitz im Ausland, die mit Luftfahrzeugen gewerbsmässig Personen oder Güter befördern, eine Bewilligung des BAZL. (...)

LFG 30 Streckenkonzession – Unternehmen mit Sitz im Ausland

1 Unternehmen mit Sitz im Ausland, die regelmässig Personen oder Güter auf einer Luftverkehrslinie befördern, benötigen eine Streckenkonzession. Die Konzession wird nur einem Unternehmen erteilt, das eine Betriebsbewilligung nach Artikel 29 besitzt. (...)

B. Marktzugang

a. Allgemeine Bestimmungen

LFV 110 Linienverkehr

1 Als Linienverkehr gelten Flüge zur gewerbsmässigen Beförderung von Personen oder Gütern, wenn:

- a. sie während einer Mindestdauer so regelmässig oder häufig erfolgen, dass es sich erkennbar um eine systematische Folge von Flügen handelt; und*
- b. im Personenverkehr in der Öffentlichkeit Sitzplätze zum Einzelkauf angeboten werden.*

2 Das UVEK erlässt Ausführungsvorschriften; es berücksichtigt dabei die Entwicklungen im internationalen Luftverkehr.

LFV 111 Konzessionspflichten

1 Das konzessionierte Unternehmen ist verpflichtet, Flugpläne und Tarife festzulegen und dem BAZL zu unterbreiten. Es hat seine Flugpläne und Tarife der Öffentlichkeit in geeigneter Weise zugänglich zu machen. Zudem hat es

sicherzustellen, dass die auf diese Weise bekannt gemachten Flugpläne und Tarife eingehalten werden. Art und Umfang der Betriebs- und Beförderungspflicht werden in der Konzession geregelt.

2 Das BAZL kann das konzessionierte Unternehmen, namentlich im Fall einer Notlage oder bei veränderten Verhältnissen, auf begründetes Gesuch hin von einzelnen oder allen auferlegten Pflichten befreien oder ihm andere Erleichterungen gewähren.

LVF 112 Entzug der Streckenkonzession

1 Das BAZL kann eine Streckenkonzession jederzeit und ohne Entschädigung entziehen, wenn das konzessionierte Unternehmen seine Pflichten schwer oder wiederholt verletzt (Art. 93 LFG).

2 Es kann die Konzession ferner entziehen, wenn die für die Erteilung erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind

b. Marktzugang - Unternehmen mit Sitz in der Schweiz

LFG 28 Streckenkonzession – Unternehmen mit Sitz in der Schweiz

(...)

2 Das BAZL prüft bei der Erteilung einer Konzession insbesondere, ob die Flüge von öffentlichem Interesse sind, und berücksichtigt dabei namentlich die Bedienung der nationalen Flughäfen.

3 Die Konzession kann für den Betrieb einzelner oder mehrerer Strecken erteilt werden. Ihre Dauer ist zu befristen. Die Konzession kann erneuert, geändert oder aufgehoben werden.

4 Der Bundesrat legt die Voraussetzungen fest, unter denen das konzessionierte Unternehmen Flüge durch andere Luftverkehrsunternehmen durchführen lassen kann. Das konzessionierte Unternehmen ist dem Bund gegenüber weiterhin für die Erfüllung der durch die Konzession begründeten Pflichten verantwortlich. Die sich aus Artikel 27 oder 29 ergebenden Pflichten trägt das Unternehmen, das den Flugbetrieb tatsächlich durchführt.

5 Der Bundesrat regelt das Verfahren insbesondere zur Konzessionserteilung und bestimmt Inhalt und Umfang der Pflichten betreffend Flugplan, Betrieb, Beförderung und Tarif.

6 Vor dem Entscheid über ein Konzessionsgesuch sind die Regierungen der betroffenen Kantone und die interessierten öffentlichen Transportanstalten anzuhören.

LVF 114 Gesuch – Unternehmen mit Sitz in der Schweiz

1 Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die Luftverkehrslinien betreiben wollen, unterbreiten dem BAZL ein Gesuch um Erteilung einer Streckenkonzession mit den folgenden Angaben und Unterlagen:

- a. Linien- und Flugplan;
- b. Tarife und Beförderungsbedingungen;
- c. Angaben zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme;
- d. Angaben über das zum Einsatz vorgesehene Flugmaterial;
- e. Verträge über die Zusammenarbeit mit anderen Fluggesellschaften;
- f. Angaben über die Wirtschaftlichkeit der beantragten Linie.

2 Das BAZL informiert vor dem Entscheid über ein Konzessionsgesuch die übrigen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die ebenfalls in der Lage wären, den Betrieb der gleichen Luftverkehrslinie sicherzustellen.

3 Die übrigen Unternehmen können innert 14 Tagen seit der Mitteilung durch das BAZL ihr Interesse am Betrieb der Luftverkehrslinie anmelden. Sie haben vom Zeitpunkt der Mitteilung an 45 Tage Zeit, um ein entsprechendes Konzessionsgesuch einzureichen.

4. Das BAZL hört vor dem Entscheid über ein Konzessionsgesuch für innerschweizerische Luftverkehrslinien die Regierungen der betroffenen Kantone, die betroffenen Flugplätze und die interessierten öffentlichen Transportunternehmen an.

5. Besteht gestützt auf staatsvertragliche Regelungen ein Anspruch auf Erteilung einer Streckenkonzession, so finden die Absätze 2-4 keine Anwendung.

LVF 115 Entscheid– Unternehmen mit Sitz in der Schweiz

1 Das BAZL kann die Streckenkonzession namentlich verweigern, wenn das Verkehrsbedürfnis in anderer Weise gleichwertig befriedigt wird oder wenn die anzufliegenden Flugplätze keine Infrastruktur für Instrumentenanflugverfahren aufweisen.

2 Liegen mehrere Gesuche für die gleiche Luftverkehrslinie vor und ist die Erteilung mehrerer Konzessionen in begründeten Fällen nicht möglich, so berücksichtigt das BAZL bei seinem Entscheid insbesondere folgende Kriterien:

- a. die Fähigkeit des Unternehmens, den Betrieb der Linie während mindestens zwei Flugplanperioden sicherzustellen;
- b. die der Öffentlichkeit in Aussicht gestellte Dienstleistung (Produktqualität, Preise, Fluggerät, Kapazität usw.);
- c. die Auswirkungen auf den Wettbewerb in den vorgesehenen Bedienungsmärkten;
- d. die Bedienung der schweizerischen Flughäfen;
- e. die ökonomisch sinnvolle Nutzung bestehender Verkehrsrechte und -kapazitäten;
- f. den Zeitpunkt der Verkehrsaufnahme;
- g. die Erfüllung ökologischer Bedingungen (lärm- und schadstoffarme Luftfahrzeuge);
- h. die vom konzessionierten Unternehmen bisher erbrachten Leistungen zum Aufbau des Marktes der betreffenden Luftverkehrslinie.

3 Das BAZL kann die interessierten Unternehmen zu einer Anhörung einladen.

LFV 116 Dauer der Streckenkonzession – Unternehmen mit Sitz in der Schweiz

1 Die Konzession wird für höchstens acht Jahre erteilt.

2 Sie kann auf Gesuch hin erneuert werden.

3 Die Entscheidung über eine Erneuerung wird spätestens 6 Monate vor Ablauf der Konzession gefällt. Im Übrigen findet Artikel 115 Anwendung.

c. Marktzugang - Unternehmen mit Sitz im Ausland

LFV 30 Streckenkonzession – Unternehmen mit Sitz im Ausland

(...)

2 Das BAZL erteilt die Konzession, wenn die in den Staatsverträgen festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.

3 Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen, unter denen das UVEK ausländischen Unternehmen Verkehrsrechte erteilen kann, soweit staatsvertragliche Regelungen fehlen. Dabei ist besonders darauf zu achten, dass entsprechendes Gegenrecht gewährt wird.

4 Beim Abschluss von bilateralen und multilateralen Abkommen strebt der Bund die Mehrfachbezeichnung (multiple designation) an.

LFV 119 Gesuch – Unternehmen mit Sitz im Ausland

Unternehmen mit Sitz im Ausland, die Luftverkehrslinien betreiben wollen, unterbreiten dem BAZL ein Gesuch mit folgenden Angaben und Unterlagen:

- a. den Linien- und Flugplan;*
- b. die Tarife;*
- c. Angaben zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme;*
- d. Angaben über das zum Einsatz vorgesehene Flugmaterial;*
- e. Angaben zum Rechtsdomizil in der Schweiz.*

LFV 120 Verfahren – Unternehmen mit Sitz im Ausland

1 Die Konzessionierung eines ausländischen Unternehmens richtet sich nach der jeweils geltenden zwischenstaatlichen Vereinbarung.

2 Besteht keine zwischenstaatliche Vereinbarung oder sind in einer solchen bestimmte Verkehrsrechte nicht geregelt, so kann das BAZL einem ausländischen Unternehmen eine Streckenkonzession für eine einzelne Linie erteilen, wenn das Unternehmen auch von seinem Heimatstaat die notwendigen Verkehrsrechte besitzt.

3 Das BAZL achtet bei der Erteilung der Konzession insbesondere darauf, dass der Heimatstaat des Unternehmens Gegenrecht gewährt.

Fernmeldewesen - Funkkonzession

I. Quellen

- Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017 (BBl 2017 6559)

II. Gesetzliche Grundlagen

- Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997, SR 784.10
- Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 9. März 2007, SR 784.101.1
- Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom-VO) betreffend das Fernmeldegesetz vom 17. November 1997, SR 784.101.112
- Verordnung über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (FKV) vom 9. März 2007, SR.784.102.1
- Verordnung des BAKOM über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (VFKV) vom 9. März 2007, SR.784.102.11

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 92 Post und Fernmeldewesen

1 Das Post und Fernmeldewesen ist Sache des Bundes.

FMG 22 Konzessionspflicht

1 Wer das Funkfrequenzspektrum benutzen will, benötigt eine Funkkonzession.

FKV 7 Umfang der Konzessionspflicht

1 Konzessionspflichtig ist jede Nutzung des Frequenzspektrums bis 3000 GHz.

2 Die Frequenznutzung durch die zivile Militär- oder Zivilschutzverwaltung im Rahmen ihrer üblichen Aufgaben stellt keine dienstliche Frequenznutzung im Sinne von Artikel 22 Absatz 2 FMG dar.

FKV 8 Ausnahmen von der Konzessionspflicht

1 Von der Konzessionspflicht ausgenommen sind Frequenznutzungen:

- a. in bestimmten Frequenzbereichen der Frequenzklasse B;*
- b. mit Funkanlagen geringer Leistung in bestimmten Frequenzbereichen;*
- c. mit Funkanlagen, die von Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in der Schweiz nicht länger als drei Monate benützt werden, wenn das BAKOM mit der zuständigen ausländischen Fernmeldeverwaltung eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen hat;*
- d. mit Funkanlagen, die ausschliesslich für Notrufe auf der ihnen dafür zugeteilten Frequenz benützt werden;*
- e. mit nicht ortsfesten reinen Funkempfangsanlagen und mit ortsfesten reinen Funkempfangsanlagen, die keiner Frequenzkoordination bedürfen;*
- f. mit Fernmeldeendeinrichtungen für die Benützung von Fernmeldediensten;*
- g. mit Funkanlagen, die unter der Kontrolle eines Netzes auf konzessionierten Frequenzen senden, mit Ausnahme von Frequenznutzungen im Direct Mode (DMO).*

2 Das BAKOM erlässt die technischen und administrativen Vorschriften. Es bestimmt insbesondere die von der Konzessionspflicht ausgenommenen Frequenzbereiche.

B. Marktzugang

FKV 6 Frequenzklassen

1 Die Frequenzklasse A umfasst diejenigen Frequenzen, die in einem bestimmten Einsatzgebiet einer beschränkten Zahl von Konzessionärinnen zugeteilt werden.

2 Die Frequenzklasse B umfasst diejenigen Frequenzen, die in einem bestimmten Einsatzgebiet einer unbeschränkten Zahl von Konzessionärinnen zugeteilt werden.

FKV 15 Inhalt der Konzession

Die Funkkonzession berechtigt die Konzessionärin, das Frequenzspektrum zu dem in der Konzession umschriebenen Zweck und unter den darin festgelegten Bedingungen zu benutzen.

FMG 23 Konzessionsvoraussetzungen

1 Wer eine Funkkonzession erwerben will, muss:

- a. über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügen;
- b. dafür Gewähr bieten, dass er das anwendbare Recht, namentlich dieses Gesetz, das RTVG, die entsprechenden Ausführungsbestimmungen sowie die Konzession einhält.

2 Soweit keine internationalen Verpflichtungen entgegenstehen, kann die Konzessionsbehörde nach ausländischem Recht organisierten Unternehmen die Konzession verweigern, wenn kein Gegenrecht gewährt wird.

3 Eine Funkkonzession wird nur erteilt, wenn gestützt auf den nationalen Frequenz-zuweisungsplan genügend Frequenzen zur Verfügung stehen.

4 Die Erteilung einer Funkkonzession darf wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen, es sei denn, Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen eine Ausnahme. In Zweifelsfällen konsultiert die Konzessionsbehörde die Wettbewerbskommission.

FKV 16 Konzessionsgesuch

1 Wer eine Konzession erwerben will, muss bei der Konzessionsbehörde ein Gesuch in der von ihr bestimmten Form einreichen.

2 Die Gesuchstellerin hat alle Angaben zu machen, die für die Prüfung des Gesuchs und der Konzessionsvoraussetzungen und für den Inhalt der Konzession erforderlich sind. Sie bezeichnet auf Verlangen eine technisch verantwortliche Person.

2^{bis} Gesuchstellerinnen mit Sitz im Ausland müssen eine Korrespondenzadresse in der Schweiz bezeichnen, an welche insbesondere Mitteilungen, Vorladungen und Verfügungen rechtsgültig zugestellt werden können.

3 Die Gesuchstellerin darf das Frequenzspektrum erst nutzen, wenn ihr die Konzessionsbehörde die Konzession erteilt hat.

VFKV 5 Konzessionsgesuch

Das Konzessionsgesuch für die Benützung des Frequenzspektrums nach Artikel 16 Absatz 1 FKV ist schriftlich oder elektronisch beim BAKOM einzureichen.

FMG 24 Konzessionserteilung

1 Für die Erteilung einer Funkkonzession wird in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt, wenn mittels der beantragten Frequenznutzung Fernmeldedienste erbracht werden sollen und nicht genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessentinnen zur Verfügung stehen.

2 Der Bundesrat regelt das Verfahren. Es folgt den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz und wahrt den vertraulichen Charakter sämtlicher von den Gesuchstellerinnen gemachten Angaben.

3 Der Bundesrat kann für das erstinstanzliche Verfahren betreffend die öffentliche Ausschreibung und für das Beschwerdeverfahren namentlich zur Beurteilung der Eingaben und zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen von den folgenden Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 19683 über das Verwaltungsverfahren (VwVG) abweichen:

- a. Feststellung des Sachverhaltes (Art. 12 VwVG);
- b. Mitwirkung der Parteien (Art. 13 VwVG);
- c. Akteneinsicht (Art. 26-28 VwVG);
- d. rechtliche Gehör (Art. 30 und 31 VwVG);
- e. Eröffnung und Begründung von Verfügungen (Art. 34 und 35 VwVG).

4 Im Verfahren betreffend die öffentliche Ausschreibung sind verfahrensleitende und andere Zwischenverfügungen nicht selbstständig durch Beschwerde anfechtbar.

FKV 20 Formale Voraussetzungen

1 Die Ausschreibung einer Konzession nach Artikel 24 FMG wird mit Angabe der Eingabefrist im Bundesblatt veröffentlicht. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten die Entscheidungskriterien und deren Gewichtung.

2 Ist die Eingabe unvollständig oder mangelhaft, so kann die Konzessionsbehörde eine Frist zur Nachbesserung ansetzen.

FKV 21 Kriterienwettbewerb oder Auktion

1 Die Konzessionsbehörde legt fest, ob der Zuschlag auf Grund eines Kriterienwettbewerbs oder einer Auktion erfolgt. Der Auktion kann eine Vorselektion vorausgehen.

2 Im Hinblick auf eine Konzessionserteilung kann die Konzessionsbehörde zur Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens sowie zur Auswertung der Angebote unabhängige Fachleute beiziehen.

FKV 22 Konzessionserteilung mittels Kriterienwettbewerb

- 1 Findet ein Kriterienwettbewerb statt, so beurteilt die Konzessionsbehörde die Eingaben anhand der in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten und gewichteten Entscheidungskriterien.
- 2 Die Verpflichtungen der Bewerberinnen zur Erfüllung der Entscheidungskriterien der Konzessionsbehörde können bei der Konzessionserteilung Gegenstand von Auflagen oder Bedingungen sein.
- 3 Die Bewerberinnen dürfen weder die Unterlagen ihrer Konkurrentinnen einsehen noch zu ihren Angeboten und anderen eingereichten Dokumenten Stellung nehmen.
- 4 Die Verfügungen müssen die Geschäftsgeheimnisse der anderen Ausschreibungsteilnehmerinnen wahren.

FKV 23 Konzessionserteilung mittels Auktion

- 1 Findet eine Auktion statt, so ist ein angemessener Konzessionserlös zu erzielen. Die Konzessionsbehörde kann zu diesem Zweck ein Mindestgebot festlegen. Die Untergrenze dieses Mindestgebots entspricht der Summe:
 - a. der mit dem branchenüblichen und fristenkongruenten Zinssatz abdiskontierten Konzessionsgebühren für die gesamte Konzessionsdauer; und
 - b. der Verwaltungsgebühren für die Ausschreibung und Erteilung der Konzession.
- 2 Die Konzessionsbehörde kann von den Bewerberinnen Sicherheiten für die Zahlung des gebotenen Preises verlangen. Der Zuschlagspreis ist unmittelbar nach der Konzessionserteilung in einem Mal zu entrichten. Eine Rückerstattung bei Einschränkung, Aussetzung, Widerruf oder Entzug der Konzession sowie bei vorzeitigem Verzicht auf die Konzession ist nicht möglich.
- 3 Artikel 22 Absätze 3 und 4 gelten sinngemäss.

FMG 24a Konzessionsbehörde

- 1 Konzessionsbehörde ist die Kommunikationskommission.
- 2 Sie kann einzelne Aufgaben dem Bundesamt übertragen.

ComCom-VO 1 An das Bundesamt delegierte Aufgaben

- 1 Das Bundesamt für Kommunikation (Bundesamt) erteilt die Funkkonzessionen:
 - a. die nicht Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung sind;
 - b. deren verfügbare Übertragungskapazität zu mindestens 50 Prozent für die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen mit Zugangsrecht und zu mindestens 75 Prozent für die Verbreitung von Programmen mit und ohne Zugangsrecht vorgesehen ist
- 2 Für alle anderen Funkkonzessionen ist das Bundesamt für die Vorbereitung der Ausschreibungsverfahren und die Instruktion aller Gesuche nach den Weisungen der Eidgenössischen Kommunikationskommission zuständig und unterbreitet dieser Entscheidungsvorschläge.

FMG 24b Besondere Konzessionsvorschriften

Bestehen für einen bestimmten konzessionspflichtigen Sachverhalt keine Konzessionsvorschriften, so legt die Konzessionsbehörde diese im Einzelfall fest.

FMG 24c Dauer der Konzession

Konzessionen werden auf bestimmte Zeit erteilt. Die Konzessionsbehörde legt die Dauer nach Art und Bedeutung der Konzession fest.

Fernmeldewesen - Grundversorgungskonzession

I. Quellen

- Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz (FMG) vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1405
- Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 12. November 2003, BBl 2003 7951
- Grundversorgungskonzession Nr. 25530 2018 der Swisscom (Schweiz) AG, 18. Mai 2017

II. Gesetzliche Grundlagen

- Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997, SR 784.10
- Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 9. März 2007, SR 784.101.1

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 92 Post und Fernmeldewesen

1 Das Post- und Fernmeldewesen ist Sache des Bundes.

2 Der Bund sorgt für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden. Die Tarife werden nach einheitlichen Grundsätzen festgelegt.

FMG 14 Konzession

1 Die Kommission stellt sicher, dass die Grundversorgung für alle Bevölkerungskreise in allen Teilen des Landes gewährleistet wird. Zu diesem Zweck erteilt sie periodisch eine oder mehrere Grundversorgungskonzessionen.

2 Die Konzession ist mit der Auflage verbunden, im Konzessionsgebiet alle oder bestimmte Dienste der Grundversorgung (Art. 16) allen Bevölkerungskreisen anzubieten.

(...)

B. Marktzugang

FMG 14 Konzession

(...)

3 Für die Erteilung der Konzession wird eine Ausschreibung durchgeführt. Das Verfahren folgt den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

4 Zeigt sich von vornherein, dass die Ausschreibung nicht unter Wettbewerbsbedingungen ablaufen kann, oder führt sie zu keinen geeigneten Bewerbungen, so kann die Kommission eine oder mehrere Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Grundversorgung heranziehen.

FMG 15 Voraussetzungen für die Erteilung

Wer eine Grundversorgungskonzession erwerben will, muss:

- a. über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügen;*
- b. glaubhaft darlegen, dass das Dienstleistungsangebot, insbesondere in finanzieller Hinsicht, und der Betrieb während der ganzen Konzessionsdauer sichergestellt sind, und ausweisen, welche finanzielle Abgeltung nach Artikel 19 dafür beansprucht wird;*
- c. dafür Gewähr bieten, dass er das anwendbare Recht, namentlich dieses Gesetz, seine Ausführungsbestimmungen sowie die Konzession einhält;*
- d. dafür Gewähr bieten, dass er die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhält und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleistet.*

FDV 12 Erteilung der Grundversorgungskonzession

1 Die Grundversorgungskonzession wird als Kriterienwettbewerb ausgeschrieben.

2 Die Bewerberin um eine Grundversorgungskonzession hat in ihrem Konzept zusätzlich die geschäftliche Planung für die ganze Dauer der Konzession unter Angabe der angenommenen Preise und der vorgesehenen Investitionen einzureichen.

3 Die Grundversorgungskonzession wird derjenigen Bewerberin erteilt, welche die Entscheidungskriterien erfüllt und keine finanzielle Abgeltung verlangt. Wenn mehrere Bewerberinnen die Entscheidungskriterien erfüllen und keine finanzielle Abgeltung verlangen, wird die Konzession derjenigen Bewerberin erteilt, welche die für die qualitative Bewertung benutzten Kriterien am besten erfüllt.

4 Beanspruchen alle Bewerberinnen, welche die Entscheidungskriterien erfüllen, eine finanzielle Abgeltung, so erhält diejenige Bewerberin den Zuschlag, deren Ausschreibungsangebot das vorteilhafteste Verhältnis zwischen dem Ergebnis der qualitativen Bewertung und der benötigten Abgeltung aufweist.

5 Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) zieht eine oder mehrere Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Sicherstellung der Grundversorgung heran, wenn:

- a. sich von vornherein zeigt, dass die Ausschreibung nicht unter Wettbewerbsbedingungen ablaufen kann;*
- b. die Ausschreibung zu keinen Bewerbungen geführt hat;*
- c. die Ausschreibung nicht unter Wettbewerbsbedingungen erfolgte, namentlich wenn nur eine Bewerbung vorlag;*
- d. am Ende der Ausschreibung keine Bewerberin die Entscheidungskriterien erfüllt.*

Radio und Fernsehen – Programmkonzession

I. Quellen

- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002 (BB1 2003 1569)
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 29. Mai 2013 (BB1 2013 4975)

II. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

- Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006, SR 784.40
- Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) vom 9. März 2007, SR 784.401
- Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen vom 5. Oktober 2007, SR 784.401.11
- Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997, SR 784.10
- Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 9. März 2007, SR 784.101.1

A. Marktschliessung

BV 93 Radio und Fernsehen

1 Die Gesetzgebung über Radio und Fernsehen sowie über andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ist Sache des Bundes.

2 Radio und Fernsehen tragen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck.

3 Die Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen sowie die Autonomie in der Programmgestaltung sind gewährleistet.

RTVG 3 Melde- und Konzessionspflicht

Wer ein schweizerisches Programm veranstalten will, muss:

- a. dies vorgängig dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) melden; oder*
- b. über eine Konzession nach diesem Gesetz verfügen.*

B. Marktzugang

a. Allgemeine Bestimmungen

RTVG 4 Mindestanforderungen an den Programminhalt

1 Alle Sendungen eines Radio- oder Fernsehprogramms müssen die Grundrechte beachten. Die Sendungen haben insbesondere die Menschenwürde zu achten, dürfen weder diskriminierend sein noch zu Rassenhass beitragen noch die öffentliche Sittlichkeit gefährden noch Gewalt verherrlichen oder verharmlosen.

2 Redaktionelle Sendungen mit Informationsgehalt müssen Tatsachen und Ereignisse sachgerecht darstellen, so dass sich das Publikum eine eigene Meinung bilden kann. Ansichten und Kommentare müssen als solche erkennbar sein.

3 Die Sendungen dürfen die innere oder äussere Sicherheit des Bundes oder der Kantone, ihre verfassungsmässige Ordnung oder die Wahrnehmung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz nicht gefährden.

4 Konzessionierte Programme müssen in der Gesamtheit ihrer redaktionellen Sendungen die Vielfalt der Ereignisse und Ansichten angemessen zum Ausdruck bringen. Wird ein Versorgungsgebiet durch eine hinreichende Anzahl Programme abgedeckt, so kann die Konzessionsbehörde einen oder mehrere Veranstalter in der Konzession vom Vielfaltsgebot entbinden.

b. Meldepflicht

RTVV 2 Meldepflicht

1 Meldepflichtige Veranstalter haben dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) insbesondere folgende Angaben zu liefern:

- a. Name des Programms sowie Grundzüge des Programminhalts;
- b. Name der redaktionell verantwortlichen Person;
- c. Wohnsitz bzw. Sitz des Veranstalters;
- d. Angaben, die dem Publikum eine rasche und unkomplizierte Kontaktaufnahme mit dem Veranstalter ermöglichen, insbesondere die E-Mail-Adresse und die Webadresse;
- e. Art und Gebiet der technischen Verbreitung;
- f. Identität und Kapital- bzw. Stimmrechtsanteile von Aktionären und anderen Teilhabern, welche mindestens einen Drittel des Kapitals oder der Stimmrechte besitzen, sowie deren Beteiligungen von mindestens einem Drittel an anderen Unternehmen im Medienbereich;
- g. Identität der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung;
- h. Beteiligungen des Veranstalters an anderen Unternehmen von mindestens einem Drittel des Kapitals oder der Stimmrechte sowie Beteiligungen dieser Unternehmen von mindestens einem Drittel an anderen Unternehmen im Medienbereich;
- i. programmliche Zusammenarbeit mit Dritten;
- j. Personalbestand;
- k. Zeitpunkt der Aufnahme der Programmveranstaltung.

2 Für die Veranstaltung eines Programms von einer Dauer von höchstens 30 Tagen beschränkt sich die Meldepflicht auf die Angaben nach Absatz 1 Buchstaben a-e.

3 Das BAKOM kann die gemeldeten Angaben veröffentlichen.

4 Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) regelt, welche Änderungen von meldepflichtigen Sachverhalten dem BAKOM innert welcher Frist gemeldet werden müssen.

c. Konzession

RTVG 25 Konzession – Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft

1 Der Bundesrat erteilt der SRG eine Konzession.

2 Vor der Konzessionserteilung oder vor Konzessionsänderungen mit medienpolitischer Tragweite wird eine Anhörung durchgeführt.

3 Die Konzession bestimmt namentlich:

- a. die Anzahl und die Art der Radio- und Fernsehprogramme;
 - b. den Umfang des übrigen publizistischen Angebots, das zur Erfüllung des Programmauftrags auf sprachregionaler, nationaler und internationaler Ebene notwendig ist und aus den Abgaben für Radio und Fernsehen finanziert wird;
- (...)

RTVG 38 Konzessionen mit Leistungsauftrag und Abgabenteil

1 Konzessionen mit Leistungsauftrag und Abgabenteil (Konzessionen mit Abgabenteil) können erteilt werden an Veranstalter lokal-regionaler Programme, die:

- a. ein Gebiet ohne ausreichende Finanzierungsmöglichkeiten mit Radio- und Fernsehprogrammen versorgen, welche die lokalen oder regionalen Eigenheiten durch umfassende Information insbesondere über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigen sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beitragen;
- b. mit komplementären nicht gewinnorientierten Radioprogrammen zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags in Agglomerationen beitragen.

2 Konzessionen mit Abgabenteil geben einen Anspruch auf Verbreitung des Programms in einem bestimmten Versorgungsgebiet (Zugangsrecht) sowie auf einen Anteil am Ertrag der Abgaben für Radio und Fernsehen.

3 Je Versorgungsgebiet wird eine Konzession mit Abgabenteil erteilt.

4 Die Konzession legt mindestens fest:

- a. das Versorgungsgebiet sowie die Art der Verbreitung;
- b. die geforderten programmlichen Leistungen und die dafür notwendigen betrieblichen und organisatorischen Anforderungen;
- c. weitere Anforderungen und Auflagen, welche der Konzessionär zu erfüllen hat.

RTVG 41 Pflichten der Programmveranstalter mit Konzession mit Abgabenteil

1 Die Programmveranstalter, die über eine Konzession mit Abgabenteil verfügen, haben den in der Konzession festgelegten Leistungsauftrag zu erfüllen. Zur Sicherstellung der Erfüllung des Leistungsauftrages und des unabhängigen Programmenschaffens kann der Bundesrat weitere Pflichten festlegen. Er kann die Veranstalter insbesondere zur Erstellung eines Leitbildes und eines Redaktionsstatuts verpflichten.

2 Programmveranstalter mit einer Konzession mit Abgabenteil müssen die finanziellen Mittel wirtschaftlich und bestimmungsgemäss verwenden. Gewinnausschüttungen sind nicht zulässig. Die Veranstaltung des abgabeunterstützten Programms ist in der Buchhaltung von allfälligen anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten des Konzessionärs

zu trennen. Erbringt ein vom Konzessionär wirtschaftlich beherrschtes Unternehmen Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Programm, so sorgt der Konzessionär dafür, dass diese Tätigkeiten buchhalterisch von den übrigen Tätigkeiten getrennt sind.

3 Die Zusammenarbeit mit anderen Veranstaltern darf die Erfüllung des Leistungsauftrags oder die Unabhängigkeit des Programmschaffens nicht gefährden.

RTVV 41 Pflichten des Konzessionärs

(Art. 41 Abs. 1 RTVG)

1 Programmveranstalter mit einer Konzession mit Abgabenanteil müssen erstellen:

- a. eine Geschäftsordnung, aus der die Aufgabenverteilung und die Verantwortlichkeiten hervorgehen;
- b. ein Redaktionsstatut; und
- c. ein Leitbild, welches die Vorkehrungen zur Erfüllung des Leistungsauftrags beschreibt.

2 Das UVEK kann in der Konzession weitere Pflichten festlegen, die der Wahrung der Meinungs- und Angebotsvielfalt, dem Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit oder der Sicherstellung der Erfüllung des Leistungsauftrags dienen. Namentlich kann es die Einrichtung einer beratenden Programmkommission oder in Gebieten mit nur einem Veranstalter mit Abgabenanteil eine repräsentative Trägerschaft verlangen.

3 Das UVEK kann in der Konzession die Ausstrahlung bestimmter Sendungsarten untersagen, welche der Erfüllung des Leistungsauftrages zuwiderlaufen.

RTVG 43 Konzessionen mit Leistungsauftrag ohne Abgabenteil

1 Das UVEK kann anderen Programmveranstaltern eine Konzession für die drahtlos-terrestrische Verbreitung eines Programms erteilen, wenn dieses Programm:

- a. in einem Gebiet die lokalen oder regionalen Eigenheiten durch umfassende Information insbesondere über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigt sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beiträgt;
- b. in einer Sprachregion in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags beiträgt.

2 Die Konzession definiert den Umfang des Zugangs zur Verbreitung und den programmlichen Leistungsauftrag. Das UVEK kann weitere Pflichten festlegen, um die Erfüllung des Leistungsauftrages sowie ein unabhängiges Programmschaffen sicherzustellen.

RTVG 44 Allgemeine Konzessionsvoraussetzungen

1 Eine Konzession kann erteilt werden, wenn der Bewerber:

- a. in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen;
- b. glaubhaft darlegt, dass er die erforderlichen Investitionen und den Betrieb finanzieren kann;
- c. der Konzessionsbehörde darlegt, wer über die wesentlichen Teile seines Kapitals verfügt und wer ihm im wesentlichen Umfang finanzielle Mittel zur Verfügung stellt;
- d. Gewähr bietet, dass er die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche, das anwendbare Recht und namentlich die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen einhält;
- e. die redaktionelle Tätigkeit von den wirtschaftlichen Aktivitäten trennt;
- f. eine natürliche Person mit Wohnsitz in der Schweiz oder eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz ist.

2 Soweit keine internationalen Verpflichtungen entgegenstehen, kann einer ausländisch beherrschten juristischen Person, einer inländischen juristischen Person mit Ausländerbeteiligung oder einer natürlichen Person ohne Schweizer Bürgerrecht die Konzession verweigert werden, falls der entsprechende ausländische Staat nicht in ähnlichem Umfang Gegenrecht gewährt.

3 Ein Veranstalter beziehungsweise das Unternehmen, dem er gehört, kann maximal zwei Fernseh-Konzessionen und zwei Radio-Konzessionen erwerben. Der Bundesrat kann Ausnahmen für die Einführung neuer Verbreitungstechnologien vorsehen.

RTVV 42 Programmproduktion des Konzessionärs

(Art. 44 Abs. 1 lit. a RTVG)

Das während der Hauptsendezeit ausgestrahlte Programm eines Veranstalters mit Leistungsauftrag muss in der Regel überwiegend im Versorgungsgebiet produziert werden.

RTVG 45 Konzessionierungsverfahren

1 Konzessionen werden vom UVEK erteilt. Das BAKOM schreibt die Konzessionen in der Regel öffentlich aus; es kann die interessierten Kreise anhören.

1^{bis} Konzessionen können ohne öffentliche Ausschreibung verlängert werden, insbesondere wenn die Situation in den Versorgungsgebieten oder technologische Veränderungen die Programmveranstalter vor besondere Herausforderungen stellen. Dabei wird die bisherige Erfüllung des Leistungsauftrags berücksichtigt.

2 Für die Erteilung von Konzessionen von kurzer Dauer kann der Bundesrat ein besonderes Verfahren vorsehen.

3 Gehen in der Ausschreibung für eine Konzession mehrere Bewerbungen ein, so wird derjenige Bewerber bevorzugt, der am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Sind mehrere Bewerbungen unter diesem Gesichtspunkt weitgehend gleichwertig, so wird jener Bewerber bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.

4 Konzessionen für drahtlos-terrestrisch verbreitete Programme werden in der Regel vor der Ausschreibung der entsprechenden Funkkonzessionen nach Artikel 24 FMG erteilt.

RTVV 43 Konzessionierungsverfahren

1 Das BAKOM führt die Ausschreibungsverfahren durch.

2 Die öffentliche Ausschreibung einer Konzession muss mindestens enthalten:

a. Ausdehnung des Versorgungsgebiets und Art der Verbreitung;

b. Umschreibung des Leistungsauftrags;

c. bei Konzessionen nach Artikel 38 RTVG: Höhe des jährlichen Abgabenanteils sowie dessen Höchstanteil an den Betriebskosten des Veranstalters;

d. Dauer der Konzession;

e. Zuschlagskriterien.

3 Der Bewerber muss alle für die Prüfung der Bewerbung erforderlichen Angaben einreichen. Ist die Bewerbung unvollständig oder mit mangelhaften Angaben versehen, so kann das BAKOM nach Gewährung einer Nachfrist auf eine Behandlung der Bewerbung verzichten.

4 Das BAKOM leitet alle für die Beurteilung der Bewerbung erheblichen Unterlagen an die interessierten Kreise weiter. Der Bewerber kann ein überwiegendes privates Interesse geltend machen und verlangen, dass bestimmte Angaben von der Weiterleitung ausgenommen werden. Im Anschluss an das Verfahren erhält der Bewerber Gelegenheit, zu den Äusserungen der interessierten Kreise Stellung zu nehmen.

5 Treten zwischen Veröffentlichung der Ausschreibung und Konzessionserteilung ausserordentliche Veränderungen ein, so kann die Konzessionsbehörde das Verfahren anpassen, sistieren oder abbrechen.

RTVV 44 Konzessionen für Programme von kurzer Dauer

1 Das BAKOM kann Konzessionen für die Veranstaltung von lokalen oder regionalen Programmen von kurzer Dauer erteilen, die drahtlos-terrestrisch verbreitet werden. Ein Programm darf an höchstens 30 Tagen innerhalb eines Zeitraums von höchstens 60 Tagen verbreitet werden.

2 Ein Veranstalter erhält pro Kalenderjahr höchstens eine solche Konzession.

3 Konzessionen für Programme von kurzer Dauer werden ohne Ausschreibung auf Gesuch hin erteilt, wenn voraussichtlich nicht mehr Veranstalter interessiert sind, als Frequenzen verfügbar sind.

4 Solche Konzessionen können namentlich erteilt werden aus Anlass eines bedeutenden Ereignisses im Versorgungsgebiet, zur Unterstützung der Unterrichts- und Ausbildungstätigkeit oder im Rahmen der Jugendarbeit.

Spielbanken - Spielbankenkonzession

I. Quellen

- Botschaft zum Geldspielgesetz vom 21. Oktober 2015, BBl 2015 8387
- Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG) vom 26. Februar 1997, BBl 1997 III 145

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS) vom 29. September 2017, SR 935.51
- Verordnung über Geldspiele (Geldspielverordnung, VGS) vom 7. November 2018, SR 935.511

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 106 Geldspiele

*1 Der Bund erlässt Vorschriften über die Geldspiele; er trägt dabei den Interessen der Kantone Rechnung.
2 Für die Errichtung und den Betrieb von Spielbanken ist eine Konzession des Bundes erforderlich. Der Bund berücksichtigt bei der Konzessionserteilung die regionalen Gegebenheiten. Er erhebt eine ertragsabhängige Spielbankenabgabe; diese darf 80 Prozent der Bruttospielerträge nicht übersteigen. Diese Abgabe ist für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung bestimmt.*

BGS 5 Konzessionspflicht

*1 Wer Spielbankenspiele durchführen will, braucht eine Konzession.
2 Die Konzession erlaubt, Spielbankenspiele innerhalb der Spielbank durchzuführen. Sie kann zusätzlich erlauben, Spielbankenspiele auch online durchzuführen.
3 Der Bundesrat legt die Anzahl der Konzessionen fest.*

B. Marktzugang

BGS 7 Standorte

Die Spielbanken werden möglichst ausgewogen auf die interessierten Regionen verteilt.

BGS 8 Voraussetzungen

1 Eine Konzession kann erteilt werden, wenn:

a. die Gesuchstellerin:

- 1. eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht ist und deren Aktienkapital in Namenaktien aufgeteilt ist,*
- 2. ein Sicherheitskonzept und ein Sozialkonzept vorlegt,*
- 3. Wirtschaftlichkeitsberechnungen vorlegt, aus denen glaubwürdig hervorgeht, dass die Spielbank wirtschaftlich überlebensfähig ist,*
- 4. die Massnahmen darlegt, wie die Voraussetzungen für die ordnungsgemässe Veranlagung der Spielbankenabgabe geschaffen werden, und*
- 5. in einem Bericht den volkswirtschaftlichen Nutzen der Spielbank für die Standortregion darlegt;*

b. die Gesuchstellerin und deren wichtigste Geschäftspartnerinnen und Geschäftspartner sowie die an ihnen wirtschaftlich Berechtigten sowie die Inhaberinnen und Inhaber von Anteilen und die an ihnen wirtschaftlich Berechtigten:

- 1. einen guten Ruf geniessen, und*
- 2. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und eine unabhängige Geschäftsführung bieten;*

- c. die Gesuchstellerin und die Inhaberinnen und Inhaber von Anteilen und die an ihnen wirtschaftlich Berechtigten und, auf Verlangen der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK), die wichtigsten Geschäftspartnerinnen und Geschäftspartner über genügend Eigenmittel verfügen und die rechtmässige Herkunft der zur Verfügung stehenden Geldmittel nachweisen;*
- d. die Statuten, die Aufbau- und die Ablauforganisation und die vertraglichen Bindungen Gewähr für eine einwandfreie und unabhängige Führung der Geschäfte der Spielbank bieten; und*
- e. Standortkanton und Standortgemeinde den Betrieb einer Spielbank befürworten.*

2 Die Konzession legt die Bedingungen und Auflagen fest.

BGS 10 Verfahren

- 1 Konzessionsgesuche sind der ESBK zuhanden des Bundesrates einzureichen.*
- 2 Die ESBK veranlasst die Veröffentlichung der Gesuche im Bundesblatt und im Amtsblatt des Standortkantons.*
- 3 Sie führt das Verfahren zügig durch und lädt die interessierten Kreise zur Stellungnahme ein.*
- 4 Sie stellt dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) zuhanden des Bundesrates Antrag.*

BGS 11 Entscheid

- 1 Der Bundesrat entscheidet über die Erteilung der Konzession; sein Entscheid ist nicht anfechtbar.*
- 2 Die Konzession wird im Bundesblatt und im Amtsblatt des Standortkantons publiziert.*

BGS 12 Gültigkeitsdauer, Verlängerung und Erneuerung

- 1 Die Konzession gilt für 20 Jahre. (...)*
- (...)*

VGS 4 Beurteilung der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit

Beantragt die Gesuchstellerin eine Erweiterung der Konzession um das Recht, Spiele online durchzuführen, so prüft die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit separat für das Online-Angebot und das landbasierte Angebot.

VGS 5 Prüfung des volkswirtschaftlichen Nutzens

Die ESBK prüft den volkswirtschaftlichen Nutzen der Gesuchstellerin für die Standortregion aufgrund der Auswirkungen auf:

- a. Arbeitsmarkt;*
- b. Tourismus;*
- c. öffentliche Hand, insbesondere bezüglich der Steuereinnahmen;*
- d. angestammte Betriebe;*
- e. Kosten im Gesundheits- und Sozialwesen.*

Stromversorgung - Netzkonzession

I. Quellen

- Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611
- Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 21. Februar 2011 zur Parlamentarischen Initiative 10.480 «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze», BBl 2011 2901
- Vorentwurf vom 17. Oktober 2018 für die Revision des Stromversorgungsgesetzes
- Erläuternder Bericht vom Oktober 2018 zur Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung)

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über die Stromversorgung (StromVG) vom 23. März 2007, SR 734.7
- Stromversorgungsverordnung (StromVV) vom 14. März 2008, SR 734.71

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 91 Transport von Energie

1 Der Bund erlässt Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie.

StromVG 3a Kantonale und kommunale Konzessionen

Die Kantone und die Gemeinden können Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz, insbesondere das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens, ohne Ausschreibung erteilen. Sie gewährleisten ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren.

B. Marktzugang

StromVG 5 Netzgebiete und Anschlussgarantie

1 Die Kantone bezeichnen die Netzgebiete der auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreiber. Die Zuteilung eines Netzgebietes muss diskriminierungsfrei und transparent erfolgen; sie kann mit einem Leistungsauftrag an den Netzbetreiber verbunden werden.

2 Netzbetreiber sind verpflichtet, in ihrem Netzgebiet alle Endverbraucher innerhalb der Bauzone und ganzjährig bewohnte Liegenschaften und Siedlungen ausserhalb der Bauzone sowie alle Elektrizitätserzeuger an das Elektrizitätsnetz anzuschliessen.

(...)

5 Der Bundesrat legt transparente und diskriminierungsfreie Regeln für die Zuordnung von Endverbrauchern zu einer bestimmten Spannungsebene fest. Er kann entsprechende Regeln für Elektrizitätserzeuger und Netzbetreiber festlegen. Er kann die Endverbraucher und Netzbetreiber beim Wechsel von Anschlüssen zur anteilmässigen Abgeltung von Kapitalkosten nicht mehr oder nur noch teilweise genutzter Anlagen und zeitlich befristet zum Ausgleich der Beeinträchtigung der Netznutzungsentgelte verpflichten.

StromVG 13 Netzzugang

1 Die Netzbetreiber sind verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren.

2 Der Netzzugang kann mit schriftlicher Begründung innert zehn Arbeitstagen seit Eingang des Gesuchs verweigert werden, wenn der Netzbetreiber nachweist, dass:

- a. der sichere Betrieb des Netzes gefährdet würde;*
- b. keine freie Kapazität vorhanden ist;*
- c. bei grenzüberschreitender Netznutzung vom ausländischen Staat kein*

*Gegenrecht gewährt wird; oder
d. eine Ausnahme nach Artikel 17 Absatz 6 vorliegt.*

StromVG 18 Nationale Netzgesellschaft

Das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene wird von der nationalen Netzgesellschaft betrieben; diese hat die Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz.

Die Verantwortung für das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene obliegt der swissgrid.

StromVV 3 Netzanschluss

1 Die Netzbetreiber legen transparente und diskriminierungsfreie Richtlinien für die Zuordnung von Endverbrauchern, Elektrizitätserzeugern und Netzbetreibern zu einer bestimmten Netzebene sowie für die minimale Qualität der Elektrizitätslieferung pro Netzebene fest.

2 Sie legen entsprechende Richtlinien für die Abgeltung beim Wechsel von Anschlüssen fest.

2^{bis} Muss ein Netzbetreiber Anschlüsse aufgrund von Eigenverbrauch oder eines Zusammenschlusses zum Eigenverbrauch wechseln, so werden die ihm verbleibenden Kapitalkosten der nicht mehr oder nur noch teilweise genutzten Anlagen von den Eigenverbrauchern beziehungsweise von den Grundeigentümern des Zusammenschlusses anteilmässig abgegolten.

3 Über Streitfälle betreffend die Zuordnung von Endverbrauchern, Elektrizitätserzeugern und Netzbetreibern sowie die Abgeltung beim Wechsel von Anschlüssen entscheidet die Elektrizitätskommission (ElCom).

Nutzbarmachung der Wasserkräfte - Wasserkraftkonzession

I. Quellen

- Botschaft über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 16. August 1995, BBl 1995 IV 991
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren vom 25. Februar 1998, BBl 1998 2591, 2623

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) vom 22. Dezember 1916, SR 721.80
- Verordnung über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRV) vom 2. Februar 2000, SR 721.801

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 76 Wasser

1 Der Bund sorgt im Rahmen seiner Zuständigkeiten für die haushälterische Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen sowie für die Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers.

2 Er legt Grundsätze fest über die Erhaltung und die Erschliessung der Wasservorkommen, über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung und für Kühlzwecke sowie über andere Eingriffe in den Wasserkreislauf.

BV 91 Transport von Energie

1 Der Bund erlässt Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie.

WRG 1 Oberaufsicht des Bundes

Der Bund übt die Oberaufsicht aus über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte der öffentlichen und der privaten Gewässer.

WRG 3 Wasserkraftkonzession

1 Das verfügbare Gemeinwesen kann die Wasserkraft selbst nutzbar machen oder das Recht zur Benutzung ändern verleihen.

2 Einem Gemeinwesen kann das Nutzungsrecht auch in anderer Form als der der Konzession eingeräumt werden.

B. Marktzugang

WGR 38 Die Verleihung von Wasserrechten

1 Die Verleihung von Wasserrechten steht der zuständigen Behörde desjenigen Kantons zu, in dessen Gebiet die in Anspruch genommene Gewässerstrecke liegt.

2 Wasserrechte an Gewässerstrecken, die in verschiedenen Kantonen liegen, werden durch die beteiligten Kantone im gemeinsamen Einverständnis verliehen. Können sich die Kantone innert angemessener Frist nicht einigen, so erteilt das Departement die Konzession. Es entscheidet ebenfalls, wenn sich die Kantone über den Umfang oder über die gemeinschaftliche Ausübung ihrer Rechte aus der Konzession nicht einigen können.

3 Im weitem verleiht das Departement die Wasserrechte an Gewässerstrecken, die die Landesgrenze berühren.

WRG 39 Berücksichtigung der öffentlichen Interessen

Die Behörde berücksichtigt bei ihrem Entscheide das öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen.

WRG 40 Der Konzessionär im Allgemeinen

1 Die Konzession wird einer bestimmten, natürlichen oder juristischen Person oder einer Personengemeinschaft erteilt.

WRG 41 Bei Mitbewerbung mehrerer

Unter mehreren Bewerbern gebührt demjenigen der Vorzug, dessen Unternehmen dem öffentlichen Wohl in grösse-rem Masse dient und, wenn sie darin einander gleichstehen, demjenigen, durch dessen Unternehmen für die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers am besten gesorgt ist.

WGR 48 Pflichten des Konzessionärs

1 Die Verleihungsbehörde setzt nach Massgabe des kantonalen Rechtes die Leistungen und Bedingungen fest, gegen die dem Konzessionär das Nutzungsrecht erteilt wird, wie Gebühren, Wasserzins, Abgabe von Wasser oder elektrischer Energie, Konzessionsdauer, Bestimmungen über Strompreise, Beteiligung des Gemeinwesens am Gewinn, Heimfall der Konzession und Rückkauf.

2 Diese Leistungen in ihrer Gesamtheit dürfen die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren.

3 Werden dem Bewerber Leistungen zugemutet, welche die Ausnutzung der Wasserkräfte wesentlich erschweren, so kann das Departement nach Anhörung des Kantons die Leistungen bestimmen, die dem Bewerber über den Wasserzins und die Gebühren hinaus höchstens auferlegt werden dürfen. Es kann für den Fall, dass sich die Umstände zugunsten des Konzessionärs wesentlich verändern, die Erhöhung der Leistungen vorbehalten.

WGR 52 Bei Bundeskonzessionen

In den Fällen, in denen das Departement die Konzession erteilt, bestimmt es nach Anhörung der beteiligten Kantone und in billiger Rücksichtnahme auf ihre Gesetzgebung die ihnen zu entrichtenden Leistungen.

WGR 58 Konzessionsdauer

Die Konzession wird für höchstens 80 Jahre von der Eröffnung des Betriebes an erteilt. Vorbehalten bleibt Artikel 58a Absatz 2.

WRG 60 Verleihungsverfahren – Bei kantonalen Gewässern

1 Das Verfahren für die Verleihung durch die Kantonalbehörde wird unter Vorbehalt der folgenden Bestimmungen durch die Kantone geregelt.

2 Die Gesuche um Verleihung sollen veröffentlicht werden unter Ansetzung einer angemessenen Frist, während welcher wegen Verletzung öffentlicher oder privater Interessen Einsprache gegen die Verleihung erhoben werden kann.

3 Mit der Veröffentlichung darf die Androhung, dass nicht rechtzeitig angemeldete Rechte verwirkt seien, nicht verbunden werden.

3^{bis} Die Konzession kann ohne Ausschreibung verliehen werden. Die Verleihung hat in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu erfolgen.

3ter Für örtlich begrenzte Vorhaben mit wenigen eindeutig bestimmbar Betroffenen und insgesamt nur geringen Auswirkungen ist ein vereinfachtes Verfahren vorzusehen. Verzichten die Kantone auf eine Veröffentlichung nach Absatz 2, so stellen sie sicher, dass die Betroffenen ihre Rechte trotzdem wahren können.

4 Der Bundesrat kann weitere Vorschriften über das Verfahren aufstellen.

WRG 61 Verleihungsverfahren – Bei interkantonalen Gewässern

1 Werden mehrere Kantone durch die Verleihung berührt, so ist das Verfahren in jedem nach dessen Vorschriften durchzuführen.

2 Die Anstände, die hieraus entstehen, entscheidet das Departement.

WRG 62 Verleihungsverfahren – Bei Bundeskonzessionen

1 Das Departement entscheidet mit der Erteilung der Konzession auch über die Genehmigung der für die Erstellung oder Änderung von Anlagen erforderlichen Pläne.

2 Das Konzessionsverfahren richtet sich nach diesem Gesetz und subsidiär nach dem EntG.

2^{bis} Die Konzession kann ohne Ausschreibung erteilt werden. Die Erteilung hat in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu erfolgen.

3 Mit der Konzession werden sämtliche nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt.

4 Kantonale Bewilligungen und Pläne sind nicht erforderlich. Das kantonale Recht ist zu berücksichtigen, soweit es den Konzessionär in der Erfüllung seiner Aufgaben nicht unverhältnismässig einschränkt.

WGR 62a Ordentliches Verfahren

Das Konzessionsgesuch ist mit den erforderlichen Unterlagen beim Bundesamt einzureichen. Dieses prüft die Unterlagen auf ihre Vollständigkeit und verlangt allenfalls Ergänzungen.

WGR 62c Anhörung, Publikation und Auflage

1 Das Bundesamt übermittelt das Gesuch den betroffenen Kantonen und fordert sie auf, innerhalb von drei Monaten dazu Stellung zu nehmen. Es kann die Frist in begründeten Fällen ausnahmsweise verlängern.

2 Das Gesuch ist in den amtlichen Publikationsorganen der betroffenen Kantone und Gemeinden zu publizieren und während 30 Tagen öffentlich aufzulegen.

3 Die öffentliche Auflage hat den Enteignungsbann nach den Artikeln 42–44 EntG zur Folge.

WGR 62h Vereinfachtes Verfahren

1 Das vereinfachte Verfahren wird angewendet bei:

- a. örtlich begrenzten Vorhaben mit wenigen, eindeutig bestimmbar Betroffenen;
- b. Anlagen, deren Änderung während der Dauer der Konzession das äussere Erscheinungsbild nicht wesentlich verändert, keine schutzwürdigen Interessen Dritter berührt und sich nur unerheblich auf Raum und Umwelt auswirkt;
- c. Anlagen, die spätestens nach drei Jahren wieder entfernt werden.

2 Detailpläne, die sich auf ein bereits genehmigtes Projekt stützen, werden im vereinfachten Verfahren genehmigt.

3 Das Bundesamt kann die Aussteckung anordnen. Das Gesuch wird nicht publiziert und nicht öffentlich aufgelegt. Das Bundesamt unterbreitet die Planvorlage den Betroffenen, soweit sie nicht vorher schriftlich ihre Einwilligung gegeben haben; deren Einsprachefrist beträgt 30 Tage. Das Bundesamt kann bei Kantonen und Gemeinden Stellungnahmen einholen. Es setzt dafür eine angemessene Frist.

4 Im Übrigen gelten die Bestimmungen für das ordentliche Verfahren. Im Zweifelsfall wird dieses durchgeführt.

WRV 2 Behandlungsfristen bei Konzessionsverfahren des Bundes

1 Das Bundesamt überprüft die Gesuchsunterlagen innert Monatsfrist auf ihre Vollständigkeit und lässt sie nötigenfalls ergänzen.

2 Sind die Gesuchsunterlagen vollständig, so legt sie das Bundesamt innert Monatsfrist öffentlich auf. Einsprachen sind innert sechs Monaten nach Ablauf der Einsprachefrist in Einspracheverhandlungen zu erörtern.

3 Das Departement entscheidet innert vier Monaten nach Abschluss des Instruktionsverfahrens über das Wasserkraftvorhaben.

4 Diese Fristen können vom Bundesamt verlängert werden, wenn dies zur Koordination mit dem Verfahren eines beteiligten Nachbarstaates oder aus anderen wichtigen Gründen nötig ist.

WRV 3 Erleichterungen für kleinere Wasserkraftwerke

1 Die Kantone können bestimmen, dass die Baupläne von Wasserkraftwerken mit einer Leistung unter 300 kW nicht öffentlich bekannt gemacht werden müssen (Art. 21 Abs. 2 WRG), wenn die im Konzessionsverfahren aufgelegten Pläne unverändert ausgeführt werden.

Exkurs:

Rohrleitungsanlagen - Plangenehmigungsverfahren

I. Quellen

- Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren vom 25. Februar 1998, BBl 1998 2591

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (RLG) vom 4. Oktober 1963, SR 746.1
- Rohrleitungsverordnung (RLV) vom 2. Februar 2000, SR 746.11
- Verordnung über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen (RLSV) vom 4. April 2007, SR 746.12

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

A. Marktschliessung

BV 91

2 Die Gesetzgebung über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe ist Sache des Bundes.

RLG 2 Plangenehmigung

1 Rohrleitungsanlagen nach Artikel 1 Absatz 2 dürfen nur mit einer Plangenehmigung der Aufsichtsbehörde erstellt oder geändert werden.

B. Marktzugang

RLG 3 Voraussetzungen für die Plangenehmigung / a. allgemeine

1 Die Plangenehmigung ist zu verweigern oder, wenn eine mildere Massnahme ausreicht, nur unter einschränkenden Bedingungen oder Auflagen zu erteilen:

- wenn Bau oder Betrieb der Anlage Personen, Sachen oder wichtige Rechtsgüter gefährden, insbesondere wenn die Gefahr einer Gewässerverunreinigung oder einer wesentlichen Beeinträchtigung des Orts- und Landschaftsbildes besteht,*
- wenn ein bestehendes öffentliches Werk gestört oder die Ausführung eines geplanten öffentlichen Werkes verhindert oder wesentlich erschwert wird und überwiegende öffentliche Interessen die Rücksichtnahme auf das bestehende oder geplante Werk gebieten,*
- wenn von den Kantonen geltend gemachte wesentliche öffentliche Interessen an der Schaffung oder Wahrung von Siedlungsräumen oder Industriezonen es erfordern,*
- wenn die Sicherheit des Landes, die Behauptung der Unabhängigkeit oder Neutralität der Schweiz es verlangen, oder um eine dem Gesamtinteresse des Landes widersprechende wirtschaftliche Abhängigkeit zu vermeiden,*
- wenn die ersuchende Unternehmung die Anforderungen nach Artikel 4 nicht erfüllt, oder*
- wenn andere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses es erfordern.*

2 Aus anderen als den in Absatz 1 genannten Gründen darf die Plangenehmigung weder verweigert noch mit einschränkenden Bedingungen oder Auflagen versehen werden.

RLG 4 Voraussetzungen für die Plangenehmigung / b. ausländische Unternehmung

Eine ausländische Unternehmung muss eine in der Schweiz ansässige Geschäftsführung und Betriebsleitung sowie eine Betriebsorganisation haben, welche die Einhaltung des schweizerischen Rechts gewährleistet.

RLG 21 Ordentliches Plangenehmigungsverfahren

Das Plangenehmigungsgesuch ist mit den erforderlichen Unterlagen beim Bundesamt einzureichen. Dieses prüft die Unterlagen auf ihre Vollständigkeit und verlangt allenfalls Ergänzungen.

RLV 5 Gesuchsunterlagen

1 Die zur Plangenehmigung einzureichenden Unterlagen müssen alle Angaben enthalten, welche für die Beurteilung notwendig sind, namentlich:

- a. einen technischen Bericht;
- b. einen Umweltverträglichkeitsbericht;
- c. die Projektpläne mit dem Vermerk «Auflagepläne»;
- d. einen Bericht über die Abstimmung mit der Raumplanung, insbesondere mit der Richt- und Nutzungsplanung der Kantone.

2 Die Gemeinden und Kantone sowie die Bundesbehörden unterstützen die Gesuchstellerin bei der Erarbeitung der Gesuchsunterlagen.

3 Das Bundesamt und das Inspektorat können bei Bedarf zusätzliche Unterlagen verlangen.

4 Die Gesuchstellerin muss die Grundlagen für die eingereichten Unterlagen den Genehmigungsbehörden auf Verlangen vorlegen.

RLV 15 Plangenehmigung

1 Bestandteil der Plangenehmigungsverfügung sind:

- a. die Situationspläne;
- b. die Objekt- und die Normpläne;
- c. die Pläne für Nebenanlagen;
- d. Vorschriften über die Bauausführung.

2 Das Bundesamt kann für unbestrittene Teile einer Rohrleitung Teilgenehmigungen erteilen, wenn dadurch die Führung der Rohrleitung im bestrittenen Bereich nicht präjudiziert wird.

3 Über Begehren in Vernehmlassungen und Einsprachen wird in der Plangenehmigungsverfügung entschieden. Ist es verfahrensmässig gerechtfertigt, kann über solche Begehren mit besonderen Verfügungen entschieden werden.

4 Die Plangenehmigungsverfügung ist der Gesuchstellerin, den von der Anlage betroffenen Kantonen und Gemeinden, den betroffenen Bundesbehörden sowie den Einsprechern zu eröffnen, letzteren soweit über ihre Einsprachen nicht mit besonderer Verfügung entschieden wurde.

RLG 21b Anhörung, Publikation und Auflage

1 Das Bundesamt übermittelt das Gesuch den betroffenen Kantonen und fordert sie auf, innerhalb von drei Monaten dazu Stellung zu nehmen. Es kann die Frist in begründeten Fällen ausnahmsweise verlängern.

2 Das Gesuch ist in den amtlichen Publikationsorganen der betroffenen Kantone und Gemeinden zu publizieren und während 30 Tagen öffentlich aufzulegen.

3 Die öffentliche Auflage hat den Enteignungsbann nach den Artikeln 42–44 EntG zur Folge.

RLV 16 Behandlungsfristen

Für die Behandlung eines Plangenehmigungsgesuches gelten für das Bundesamt in der Regel die folgenden Fristen:

- a. zehn Arbeitstage vom Eingang des vollständigen Gesuches bis zur Übermittlung an die Kantone und betroffenen Bundesbehörden;
- b. 30 Arbeitstage für die Ausfertigung des Entscheides nach Abschluss der Einspracheverhandlungen und dem Vorliegen der Stellungnahmen der Behörden.

RLG 24 Vereinfachtes Plangenehmigungsverfahren

1 Das vereinfachte Plangenehmigungsverfahren wird angewendet bei:

- a. örtlich begrenzten Vorhaben mit wenigen, eindeutig bestimmbar Betroffenen;
- b. Rohrleitungsanlagen, deren Änderung oder Umnutzung das äussere Erscheinungsbild nicht wesentlich verändert, keine schutzwürdigen Interessen Dritter berührt und sich nur unerheblich auf Raum und Umwelt auswirkt;
- c. Rohrleitungsanlagen, die spätestens nach drei Jahren wieder entfernt werden.

2 Detailpläne, die sich auf ein bereits genehmigtes Projekt stützen, werden im vereinfachten Verfahren genehmigt.

3 Das Bundesamt kann die Aussteckung anordnen. Das Gesuch wird nicht publiziert und nicht öffentlich aufgelegt. Das Bundesamt unterbreitet die Planvorlage den Betroffenen, soweit sie nicht vorher schriftlich ihre Einwilligung gegeben haben; deren Einsprachefrist beträgt 30 Tage. Das Bundesamt kann bei Kantonen und Gemeinden Stellungnahmen einholen. Es setzt dafür eine angemessene Frist.

4 Im Übrigen gelten die Bestimmungen für das ordentliche Verfahren. Im Zweifelsfall wird dieses durchgeführt.

RLG 30 Betriebsbewilligung

1 Rohrleitungsanlagen dürfen nur mit einer Bewilligung des Bundesamtes betrieben werden.

2 Die Bewilligung wird erteilt, wenn:

- a. die Rohrleitungsanlage diesem Gesetz, den Ausführungsbestimmungen und der Plangenehmigung entspricht;
- b. die Unternehmung über das erforderliche Personal zur sicheren Bedienung der Anlage sowie zur unverzüglichen Behebung von Schäden verfügt;
- c. die vorgeschriebene Haftpflichtversicherung abgeschlossen ist.

RLV 19 Gesuch um die Betriebsbewilligung

1 Nach Erstellung der Rohrleitungsanlage hat die Unternehmung dem Bundesamt ein Gesuch um Erteilung einer neuen oder um Ergänzung der bestehenden Betriebsbewilligung einzureichen.

2 Dem Gesuch sind beizulegen:

- a. das Betriebsreglement;*
- b. die Bestätigung über den Abschluss einer Haftpflichtversicherung;*
- c. die Bestätigung, dass die Übersichtskarten im Massstab 1:25 000 mit den eingetragenen Markierungssignalen an die betroffenen Gemeinden und Rettungsdienste verteilt worden sind.*

RLG 41 Rohrleitungsanlagen unter der Aufsicht der Kantone - Grundsatz

Rohrleitungsanlagen, die nicht unter Artikel 1 Absatz 2 fallen und nicht gestützt auf Artikel 1 Absatz 4 vom Gesetz ausgenommen sind, unterstehen ausser den Bestimmungen dieses Abschnitts nur den Bestimmungen über die Transportpflicht (Art. 13), über Haftpflicht und Versicherung (III. Kap.), Strafen und Verwaltungsmassnahmen (V. Kap.) des Gesetzes sowie den vom Bundesrat zu erlassenden Sicherheitsvorschriften.

RLG 42 Bewilligungspflicht

1 Bau und Betrieb von Rohrleitungsanlagen im Sinne von Artikel 41 bedürfen, soweit sie nicht gestützt auf Artikel 16 Absatz 2 der Bundesaufsicht unterstellt sind, einer Bewilligung der Kantonsregierung oder der von ihr bezeichneten Stelle.

RLG 49 Rohrleitungsanlagen mit kantonaler Bewilligung oder Konzession

1 Die durch kantonale Bewilligung oder Konzession begründeten wohlerworbenen Rechte werden im Sinne von Absatz 2 anerkannt.

2 Während der Geltungsdauer der kantonalen Bewilligung oder Konzession, höchstens aber während 50 Jahren vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an, ist der Inhaber von der Einholung einer Bundeskonzession befreit. Er hat sich innert zweier Jahre vom gleichen Zeitpunkt an den Vorschriften des Artikels 4 anzupassen. Die Rechte und Pflichten des Inhabers einer vom Kanton vor Inkrafttreten dieses Gesetzes.

RLG 13 Transportpflicht

1 Die Unternehmung ist verpflichtet, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind, und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet.

Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes

Leistungsaufträge mit Abgeltungen

Abgeltungen an den Autoverlad

I. Quellen

- Bundesamt für Verkehr (BAV), Evaluation Bestellverfahren im Regionalen Personenverkehr, Schlussbericht Ecoplan vom 29. Januar 2014

II. Gesetzliche Grundlagen

- Verordnung über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (GüTV) vom 25. Mai 2016 (GüTV), SR 742.411
- Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV) vom 11. November 2009 (ARPV), SR 745.161

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

GüTV 24 Investitions- und Betriebsbeiträge an den Transport begleiteter Motorfahrzeuge

1 Leistet der Bund Investitions- und Betriebsbeiträge zur Förderung des Transports begleiteter Motorfahrzeuge (Autoverlad), so werden Investitionsbeiträge als unverzinsliche, rückzahlbare Darlehen oder als A-Fonds-perdu-Beiträge gewährt.

2 Das Bestell- und Beitragsverfahren für die Ausrichtung der Betriebsbeiträge richtet sich nach den Artikeln 16-23 ARPV.

ARPV 16 Aufforderung zur Offertstellung

1 Nach Konsultation des BAV informieren die Kantone die Transportunternehmen spätestens 12 Monate vor Beginn einer Fahrplanperiode über die für den regionalen Personenverkehr bereitgestellten Mittel und fordern sie zur Offertstellung auf. Sie teilen ihnen gleichzeitig mit, wie das Angebot verändert werden soll. Bei interkantonal tätigen Transportunternehmen koordinieren die Kantone ihre Vorgaben.

2 Die Besteller können in der Aufforderung zur Offertstellung auf ihre Absicht hinweisen, eine Vergabevereinbarung oder eine Zielvereinbarung abzuschliessen oder weiterzuführen. Die Transportunternehmen erstellen ihre Offerten gegebenenfalls aufgrund der Vergabevereinbarungen oder der Zielvereinbarungen.

3 Wollen die Besteller ein Verkehrsangebot so ändern, dass ein Transportunternehmen sein Betriebskonzept von Grund auf überarbeiten muss, so informieren sie dieses spätestens drei Jahre vor der Einführung des neuen Verkehrsangebotes.

4 Wollen die zur Offertstellung aufgeforderten Transportunternehmen keine Offerte erstellen, so müssen sie dies den Bestellern innert Monatsfrist mitteilen. Transportunternehmen, die eine Vergabevereinbarung abgeschlossen haben, müssen für die davon betroffenen Linien eine Offerte einreichen.

5 Die Besteller können von den Transportunternehmen vor dem Einreichen der Offerten Richtofferten verlangen. Die Richtofferten dienen der Angebotsplanung und sind nicht verbindlich.

ARPV 17 Offerteinreichung

1 Die Offerte für die nachfolgende Fahrplanperiode ist den Bestellern im letzten Jahr einer Fahrplanperiode nach Vorliegen der Betriebskosten- und Leistungsrechnung des Vorjahres, spätestens jedoch Ende April, einzureichen.

2 Die Offerte ist nach Linien zu gliedern. Nach Vorgabe der Besteller sind mehrere Linien in einer Offertlinie zusammenzufassen.

3 Die Offerte muss enthalten:

- a. eine qualitative und quantitative Umschreibung des Angebotskonzeptes;*
 - b. je eine verbindliche Planrechnung für die einzelnen Fahrplanjahre der Fahrplanperiode;*
- (...)*

ARPV 18 Prüfung der Offerten

1 Ist eine Offerte nicht befriedigend, so können die Besteller das Transportunternehmen zur Einreichung weiterer Offertvarianten auffordern.

2 Gibt es bei den Kennzahlen erhebliche, vom Transportunternehmen nicht hinreichend begründete Unterschiede gegenüber anderen Transportunternehmen mit vergleichbaren Verhältnissen, so können die Kantone eine Prüfung durch das BAV verlangen.

3 Das BAV hört für die Prüfung die beteiligten Kantone und die betroffenen Transportunternehmen an. Es berücksichtigt bei der Prüfung insbesondere unterschiedliche Finanzierungskosten der Investitionen. Lassen sich die abweichenden Kennzahlen nicht rechtfertigen, so fordert es das Transportunternehmen zu einer Anpassung der Offerte an das Niveau der Kennzahlen vergleichbarer Transportunternehmen auf.

ARPV 21 Abschluss von Angebotsvereinbarungen

1 Nehmen die Besteller eine Offerte an, so schliessen sie mit dem Transportunternehmen eine Angebotsvereinbarung ab. Eine Angebotsvereinbarung kommt zustande, wenn alle Besteller die Offerte angenommen haben. Das Transportunternehmen teilt den Bestellern innerhalb von 14 Tagen das Zustandekommen mit.

2 Die Transportunternehmen haben nur dann einen Rechtsanspruch auf eine Bestellung, wenn die Linien Gegenstand einer Vergabevereinbarung sind.

3 Die Besteller können den Abschluss einer Angebotsvereinbarung bei besonderen Fällen vom Vorliegen einer rechtsgültigen Zielvereinbarung abhängig machen.

4 Die Angebotsvereinbarung gilt für eine Fahrplanperiode.

5 Die für mehr als ein Jahr vereinbarten Abgeltungen des Bundes und der Kantone stehen unter dem Vorbehalt der Budgetgenehmigung. Werden die Abgeltungen in der Folge reduziert, so sind die Transportunternehmen berechtigt, das Verkehrsangebot in Absprache mit den Bestellern entsprechend anzupassen.

ARPV 22 Vorbehalte

1 In begründeten Fällen können Angebotsvereinbarungen mit dem Vorbehalt versehen werden, dass der effektive Umfang der Leistungserbringung nachkalkuliert wird. Die Aufnahme von Vorbehalten bedarf der Zustimmung des BAV.

2 Eine allfällige Rückerstattung der Transportunternehmen wird mit den Abgeltungen der folgenden Periode verrechnet.

ARPV 23 Nachverhandlungen

1 Ergeben sich nach Abschluss der Angebotsvereinbarungen, aber vor ihrem Inkrafttreten wichtige neue Tatsachen, so ist eine Nachverhandlung über die Vereinbarungen durchzuführen.

2 Anpassungen der Angebotsvereinbarungen nach ihrem Inkrafttreten sind nur bei Zustimmung aller Besteller und in der Regel nur bei von den Transportunternehmen nicht beeinflussbaren Umständen möglich.

ARPV 33a Festlegung der Abgeltung

Verhält sich das Unternehmen unwirtschaftlich, so kann das BAV nach Anhörung der Kantone eine tiefere Abgeltung festlegen, als das Unternehmen im Bestellverfahren beantragt hat.

Abgeltung der Leistungen zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz

I. Quellen

- Botschaft über die Standortförderung 2016–2019 vom 18. Februar 2015, BBl 2015 2381
- Bundesbeschluss über die Finanzierung der Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz für die Jahre 2016–2019 vom 9. September 2015
- VON STOKAR ET AL., Evaluation Nationale Standortpromotion Schweiz, Schlussbericht Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Zürich/St.Gallen/Genf, 22. August 2014

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz (BFIU) vom 5. Oktober 2007, SR 194.2

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

BV 54 Auswärtige Angelegenheiten

1 Die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes.

BFIU 1 Zweck

Der Bund kann die langfristige, nachhaltige Ansiedlung ausländischer Unternehmen in der Schweiz fördern. Auf der Basis eines Marketingkonzepts kann er dazu allein oder gemeinsam mit Kantonen oder Dritten Massnahmen treffen.

BFIU 3 Auftrag

1 Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) kann einen oder mehrere Dritte (der Beauftragte) mit der Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz beauftragen. Dies erfolgt mittels einer öffentlich-rechtlichen Leistungsvereinbarung.

2 Die Leistungsvereinbarung kann jeweils für höchstens vier Jahre geschlossen werden. Bei der Bestimmung der Dauer berücksichtigt das WBF insbesondere die Planungsbedürfnisse des Beauftragten.

BFIU 4 Abgeltungen und Finanzhilfen

1 Zur Erfüllung der Leistungsvereinbarung werden dem Beauftragten im Rahmen der bewilligten Kredite Abgeltungen und Finanzhilfen gewährt.

2 Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gilt das Subventionsgesetz vom 5. Oktober 1990.

BFIU 5 Verpflichtungen des Beauftragten

1 Der Beauftragte ist verpflichtet:

- a. die Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz zweckmässig, kostengünstig und mit einem minimalen administrativen Kosten- und Organisationsaufwand zu betreiben;*
- b. bei der Wahl der Massnahmen jeweils das wirtschaftlich günstigste Angebot zu berücksichtigen;*
- c. die Massnahmen in enger Abstimmung mit weiteren kantonalen Stellen und Bundesorganisationen durchzuführen, die in ähnlichen Aufgabenbereichen, insbesondere im Bereich der Landeswerbung, tätig sind;*
- d. ein Evaluationssystem vorzusehen.*

2 Das WBF legt in der Leistungsvereinbarung alle weiteren sachdienlichen Verpflichtungen des Beauftragten fest.

BFIU 6 Rechtsschutz

1 Streitigkeiten aus Leistungsvereinbarungen beurteilt das Bundesverwaltungsgericht auf Klage.

2 Im Übrigen gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

BFIU 7 Finanzierung

Die Bundesversammlung bewilligt jeweils für vier Jahre mit einfachem Bundesbeschluss den Höchstbetrag für die Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz nach diesem Gesetz

Abgeltung von mit der Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM) betrauten Organisationen

I. Quellen

- Botschaft zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 3. September 2008, BB1 2008 7733
- Kreisschreiben über die Vergütung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM), Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Direktion für Arbeit (DA), Januar 2012
- AVIG-Praxis AMM, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Direktion für Arbeit (DA), Juli 2018

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 (AVIG), SR 837.0
- Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 (AVIV), SR 837.02
- Verordnung des Departements Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über die Vergütung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (VO über die Vergütung von AMM) vom 26. August 2008

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

AVIG 90 Beschaffung der Mittel für die Arbeitslosenversicherung (ALV)

Die Versicherung wird finanziert durch:

- a. Beiträge der Versicherten und der Arbeitgeber (Art. 3);*
- b. eine Beteiligung des Bundes an den Kosten für Vermittlung und arbeitsmarktliche Massnahmen;*
- c. die Vermögenserträge des Ausgleichsfonds.*

AVIG 90a Beteiligung des Bundes

1 Die Beteiligung nach Artikel 90 Buchstabe b beträgt 0,159 Prozent der von der Beitragspflicht erfassten Lohnsumme.

*2 Im Jahre 2011 wird die Beteiligung um 500 Millionen Franken erhöht
(...)*

AVIG 59 Grundsätze

1 Die Versicherung erbringt finanzielle Leistungen für arbeitsmarktliche Massnahmen zu Gunsten von versicherten Personen und von Personen, die von Arbeitslosigkeit bedroht sind.

*1^{bis} Arbeitsmarktliche Massnahmen sind Bildungsmassnahmen (2. Abschnitt), Beschäftigungsmassnahmen (3. Abschnitt) und spezielle Massnahmen (4. Abschnitt).
(...)*

AVIG 59c Zuständigkeit und Verfahren

1 Beitragsgesuche für arbeitsmarktliche Massnahmen sind begründet und rechtzeitig vor Beginn der zuständigen Amtsstelle einzureichen.

(...)

3 Sie leitet Beitragsgesuche für kollektive Bildungs- und für Beschäftigungsmassnahmen mit einer Stellungnahme an die Ausgleichsstelle weiter. Diese entscheidet über die Beitragsgewährung. Sie erstattet der Aufsichtskommission periodisch Bericht.

AVIG 59c^{bis} Beiträge für arbeitsmarktliche Massnahmen

1 Die Versicherung kann Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, gemeinsamen Einrichtungen der Sozialpartner, Kantonen und Gemeinden sowie anderen öffentlichen und privaten Institutionen Beiträge an die Kosten der Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen gewähren.

2 Sie erstattet den Organisationen die nachgewiesenen und notwendigen Kosten zur Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen.

3 Den Teilnehmenden werden die nachgewiesenen und notwendigen Auslagen für die Teilnahme an arbeitsmarktlichen Massnahmen erstattet.

4 Die Kasse fordert Beiträge zurück, die zu Unrecht für die Durchführung kollektiver arbeitsmarktlicher Massnahmen entrichtet wurden.

5 Die Versicherung erstattet den Kantonen die Kosten für arbeitsmarktliche Massnahmen bis zu einem bestimmten Höchstbetrag. Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) legt die Höchstbeiträge fest.

AVIG 64a Programme zur vorübergehenden Beschäftigung, Berufspraktika und Motivationssemester

1 Als Beschäftigungsmassnahmen gelten namentlich vorübergehende Beschäftigungen im Rahmen von:

a. Programmen öffentlicher oder privater, nicht gewinnorientierter Institutionen; solche Programme dürfen die Privatwirtschaft nicht unmittelbar konkurrenzieren; (...)

AVIV 81d Beiträge der zuständigen Amtsstelle an die Veranstalter von arbeitsmarktlichen Massnahmen

1 Die zuständige Amtsstelle gewährt durch Verfügung oder Leistungsvereinbarung Beiträge an die Veranstalter von arbeitsmarktlichen Massnahmen. Sie kann die Gewährung der Beiträge mit Auflagen verbinden.

2 Die Verfügung oder die Leistungsvereinbarung nennt mindestens die gesetzlichen Grundlagen, die Art und den Betrag der Subvention, die Dauer und die Ziele der Massnahme, den Auftrag und die Zielgruppen.

3 Werden die Beiträge durch Leistungsvereinbarung gewährt, so sind darin zudem die zuständige Amtsstelle, der Veranstalter der Massnahme, die Rechte und Pflichten der Parteien, Zielwerte und Indikatoren, die Modalitäten der Kündigung oder Änderung der Leistungsvereinbarung sowie das Verfahren bei Streitigkeiten festzuhalten.

AVIV Art. 81e Zuständigkeit und Verfahren (Art. 59c AVIG)

(...)

2 Die kantonale Amtsstelle fasst die arbeitsmarktlichen Massnahmen in einem jährlichen Rahmenprojekt zusammen. Sie reicht dieses nach Rücksprache mit der zuständigen tripartiten Kommission spätestens acht Wochen vor Beginn des neuen Jahres der Ausgleichsstelle ein.

3 Träger von kollektiven arbeitsmarktlichen Massnahmen reichen ihr Beitragsgesuch mindestens vier Wochen vor Beginn der betreffenden Massnahme bei der kantonalen Amtsstelle ein. Diese übermittelt das Gesuch zusammen mit ihrer Stellungnahme der Ausgleichsstelle, es sei denn, ihr steht die Entscheidkompetenz gemäss Absatz 4 zu. Ein Beitragsgesuch für eine gesamtschweizerisch organisierte arbeitsmarktliche Massnahme muss innert der gleichen Frist direkt der Ausgleichsstelle vorgelegt werden.

4 Die Ausgleichsstelle kann die Entscheidkompetenz bei Beitragsgesuchen für kollektive arbeitsmarktliche Massnahmen, deren anrechenbare Projektkosten unter fünf Millionen Franken liegen, an die kantonale Amtsstelle übertragen.

5 Spätestens am Ende des dritten Quartals erstattet der Kanton der Ausgleichsstelle Bericht über die ergangenen Entscheide sowie über seine Praxis für das laufende Jahr. Auf gleiche Weise erstattet die Ausgleichsstelle gegenüber der Aufsichtskommission Bericht über die von ihr und von den kantonalen Amtsstellen getroffenen Entscheide.

VO über die Vergütung von AMM 1 Bemessung der Vergütung

1 Die Vergütung der arbeitsmarktlichen Massnahmen bemisst sich nach den nachgewiesenen notwendigen Kosten, abzüglich der aus den Massnahmen resultierenden Einnahmen.

(...)

AVIV 88 Anrechenbare Kosten der Durchführung von Bildungsmassnahmen

1 Als anrechenbare Kosten der Bildungsmassnahme gelten:

a. die Besoldung der Leitung und der Lehrkräfte;

b. die Kosten für die Beschaffung der erforderlichen Lehrmittel und Materialien;

c. die Prämien der Berufsunfall- und Sachversicherung;

d. die erforderlichen Unterkunfts- und Verpflegungskosten;

e. die zur Durchführung erforderlichen Transportkosten für Material und notwendige Ausrüstungen sowie die Kosten der Leitung und der Lehrkräfte für die Reise an den Ort, an dem die Massnahme stattfindet;

f. die erforderlichen Projektierungs-, Kapital- und Raumkosten.

2 Die Träger der Bildungsmassnahmen führen ein Inventar über die mit Beiträgen der Arbeitslosenversicherung angeschafften Lehrmittel und Materialien. Diese dürfen nur mit Zustimmung der Ausgleichsstelle veräussert werden. Der dem geleisteten Beitrag entsprechende Anteil am Erlös wird dem Ausgleichsfonds zurückerstattet.

AVIV 97 Anrechenbare Kosten der Durchführung von Beschäftigungsmassnahmen

1 Als anrechenbare Kosten der Durchführung einer Beschäftigungsmassnahme gelten:

a. die Besoldung der mit der Organisation und der Leitung betrauten Personen;

b. die Kosten für die Beschaffung der erforderlichen Ausrüstungen, Materialien und Lehrmittel;

- c. die Prämien für die Berufsunfall- und die Sachversicherung;*
- d. die erforderlichen Unterkunfts- und Verpflegungskosten;*
- e. die erforderlichen Kosten für Transporte und Reisen zum Einsatzort;*
- f. die erforderlichen Projektierungs-, Kapital- und Raumkosten.*

2 Der jeweilige Bildungs- und Beschäftigungsanteil einer Beschäftigungsmassnahme ist massgebend für die entsprechende Anwendung von Absatz 1 dieses Artikels und Artikel 88 Absatz 1 zur Berechnung des Ersatzes der notwendigen Auslagen.

3 Der Veranstalter legt die Abrechnungen der Ausgleichsstelle vor. Diese kann eine periodische Abrechnung verlangen.

4 Der Träger führt ein Inventar über die mit Beiträgen der Arbeitslosenversicherung angeschafften Ausrüstungen und Materialien. Diese dürfen nur mit Zustimmung der Ausgleichsstelle veräussert werden. Der dem geleisteten Beitrag entsprechende Anteil am Erlös wird dem Ausgleichsfonds zurückerstattet.

5 Die Zusprechung von Beiträgen an Beschäftigungsmassnahmen kann mit Auflagen verbunden werden.

Abteilungen an die vom Eidgenössischen Institut für Metrologie (METAS) beauftragen designierten Institute (DI)

I. Quellen

- Botschaft zum Messwesen vom 27. Oktober 2010, BBl 2010 8013
- Kriterien für die Bezeichnung designierter Institute, verabschiedet vom Institutsrat des METAS an der Sitzung vom 10. Dezember 2015

II. Gesetzliche Grundlagen

- Bundesgesetz über das Messwesen (MessG) vom 17. Juni 2011, SR 941.20
- Bundesgesetz über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMG) vom 17. Juni 2011, SR 941.27
- Verordnung über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMV) vom 21. November 2012, SR 941.272

III. Auszug aus den gesetzlichen Grundlagen

MessG 16 Vollzug durch die Kantone

1 Die Kantone sind zuständig für die Prüfung der Messbeständigkeit und der Mengenangabe sowie für die Durchführung der nachträglichen Kontrolle.

2 Der Bundesrat regelt die Einzelheiten der Aufgaben und Befugnisse der Kantone.

3 Er kann den Kantonen weitere Vollzugaufgaben im Bereich des Inverkehrbringens übertragen.

4 Der Bund beaufsichtigt den Vollzug.

MessG 17 Kantonale Regelungen

1 Die Kantone regeln die örtlichen und sachlichen Zuständigkeiten ihrer Vollzugsorgane.

2 Sie bestimmen eine Aufsichtsbehörde.

3 Sie können unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Eidgenössische Institut für Metrologie gemeinsame Vollzugs- oder Aufsichtsregionen bilden.

MessG 18 Vollzug durch den Bund

1 Der Bund ist zuständig für die Zulassung der Messmittel.

2 Der Bundesrat kann für Teilbereiche der Aufgaben nach Artikel 16 Absatz 1 den Bund zuständig erklären.

3 Das Eidgenössische Institut für Metrologie kann Personen des öffentlichen oder privaten Rechts mit Aufgaben nach Absatz 2 beauftragen. Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen, die Rechte und Pflichten dieser Personen sowie deren Beaufsichtigung.

EIMG 1 Rechtsform und Organisation

1 Das Eidgenössische Institut für Metrologie (Institut) ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit.

(...)

EIMG 14 Finanzierung

Das Institut finanziert seine Tätigkeiten aus:

- a. Gebühren;*
- b. Abteilungen des Bundes;*
- c. Drittmitteln.*

EIMG 16 Abteilungen des Bundes

Der Bund gewährt dem Institut jährlich Beiträge zur Abgeltung der Aufgaben nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben a-h und Absätze 3-5.

EIMG 3 Aufgaben

1 Das Institut ist das nationale Metrologieinstitut der Schweiz.

2 Es hat folgende Aufgaben:

- a. Es stellt international anerkannte Masseinheiten mit der erforderlichen Genauigkeit zur Verfügung.
- b. Es vergleicht die Normale in zweckmässigen zeitlichen Abständen mit denjenigen anderer nationaler Metrologieinstitute oder vergleichbarer Institutionen.
- c. Es verbreitet die gesetzliche Zeit der Schweiz.
- d. Es führt die nötigen wissenschaftlich-technischen Untersuchungen und Entwicklungsarbeiten durch, erforscht namentlich die Auswirkungen neuer Techniken und entwickelt praktisch anwendbare Messmethoden, die dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse entsprechen.
- e. Es erfüllt die ihm im Messgesetz vom 17. Juni 2011 übertragenen Aufgaben.
- f. Es beteiligt sich an der technischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Messwesens.
- g. Es berät die Bundesbehörden in Fragen des Messwesens.
- h. Es stellt die Rückführbarkeit der Normale der kantonalen Vollzugsorgane sicher.

(...)

5 Er kann dem Institut im Rahmen der Ziele nach Artikel 2 gegen Abgeltung weitere Aufgaben übertragen.

EIMG 4 Zusammenarbeit und Bezug Dritter

(...)

2 Das Institut kann Personen des öffentlichen oder privaten Rechts mit Aufgaben nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben a-d betrauen. Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen, die Rechte und Pflichten dieser Personen sowie deren Beaufsichtigung.

(...)

EIMV 3 Gegen Abgeltung übertragene Aufgaben

1 Das METAS erfüllt folgende gegen Abgeltung übertragene Aufgaben:

- a. Es unterhält für das Bundesamt für Umwelt das hydrologische Messnetz der Schweiz.
- b. Es erbringt wissenschaftlich-technische Dienstleistungen für die Eidgenössische Zollverwaltung; insbesondere führt es chemische Analysen durch.
- c. Es erbringt wissenschaftlich-technische Dienstleistungen für das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen; insbesondere ist es unter Vorbehalt der Artikel 56 und 57 Absatz 4 der Verordnung vom 16. Dezember 2016 über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung als nationales Referenzlaboratorium nach Artikel 43 des Lebensmittelgesetzes vom 20. Juni 2014 tätig.
- d. Es erbringt wissenschaftlich-technische Dienstleistungen für das Bundesamt für Gesundheit; insbesondere führt es chemische Analysen durch.

2 Die Zusammenarbeit wird in öffentlich-rechtlichen Verträgen geregelt.

EIMV 4 Designierte Institute

1 Das METAS kann nach Konsultation des Institutsrats für einzelne Aufgaben nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben a-d EIMG Personen des öffentlichen oder privaten Rechts (designierte Institute) beziehen.

2 Das designierte Institut muss Gewähr für eine einwandfreie Erfüllung seiner Aufgaben bieten. Für Aufgaben nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben a und b EIMG muss es insbesondere die Anforderungen des «Arrangement de reconnaissance mutuelle des étalons nationaux de mesure et des certificats d'étalonnage et de mesure émis par les laboratoires nationaux de métrologie» vom 14. Oktober 1999, revidiert im Oktober 2003, erfüllen.

3 Das METAS schliesst mit dem designierten Institut einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ab, der insbesondere folgende Punkte regelt:

- a. die Aufgaben des designierten Instituts;
- b. die Gegenleistung des METAS.

4 Das designierte Institut ist verpflichtet:

- a. seine Aufgaben entsprechend den Anforderungen nach Absatz 2 zu erfüllen;
- b. dem METAS darüber Rechenschaft abzulegen.

5 Es hat Anspruch auf die mit dem METAS vereinbarte Gegenleistung.

Liste der von der Analyse ausgenommenen Abgeltungen

Kreditnummer	Bezeichnung der Abgeltung	Grund für die Ausnahme von der Analyse
A231.0101	Fliegerische Ausbildung	Empfänger private Institutionen ☞ Landesverteidigung, Förderung der Wehrtüchtigkeit und Wehrfähigkeit
A231.0102 <i>A2310.0343</i>	Abgeltungen an das ausserdienstliche Schiessen	Entschädigungen an die Schiessvereine für die Durchführung der ausserdienstlichen Schiessübungen ☞ Landesverteidigung
A231.0103 <i>A2310.0160</i>	Ausserordentliche Schutzaufgaben Kantone und Städte	Empfänger Kantone und Städte
A231.0105 <i>A2310.0478</i>	Kantonale Nachrichtendienste	Empfänger Kantone (Art. 6 NDV)
A231.0113 <i>A6210.0129</i>	Zivilschutz	Empfänger Kantone
A231.0115 <i>A6210.0109</i>	Abgeltung der amtlichen Vermessung und des ÖREB-Katasters	Empfänger Kantone (Art. 38 GeoIG, Art. 47 ff. VAV)
A231.0151 <i>A2310.0448</i>	Übrige Abgeltungen an Kantone und Nationale Organisationen	Abgeltungen gestützt auf Verwaltungsvereinbarungen und Gesetz, kein Wettbewerb
A231.0156 <i>A2310.0169</i>	Vollzugskosten und Rückkehrhilfe allgemein	Empfänger Kantone, Fluggesellschaften, KKJPD, keine Wettbewerbssituation
A231.0169 <i>A2310.0408</i>	Beitrag Swissmedic	Abgeltung zur Vergütung des gesetzlichen Leistungsauftrags (Art. 69 f., 77 HMG), kein Wettbewerb
A231.0170 <i>A2310.0469</i>	Schweizerisches Nationalmuseum	Abgeltung der Leistungen gemäss Art. 17 Abs. 1 MSG, kein Wettbewerb
A231.0172 <i>A2310.0497</i>	Pro Helvetia	Abgeltung gestützt auf Art. 40 Abs. 2 KFG, kein Wettbewerb
A231.0181 <i>A2310.0542</i>	Finanzierungsbeitrag an ETH-Bereich	Abgeltungen zur Vergütung des gesetzlichen Leistungsauftrags (Lehre, Forschung, , Dienstleistung, Nachwuchsförderung, Öffentlichkeitsarbeit)
A231.0183 <i>A2310.0419</i>	Eidgenössisches Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB)	Abgeltungen gemäss Art. 48 BBG, kein Wettbewerb
A231.0189	Produktesicherheit	Abgeltung der Kontroll- und Prüftätigkeiten der zuständigen Organe (Art. 14 PrSG und Art. 20 PrSV), kein Wettbewerb
A231.0190 <i>A2310.0353</i>	Bekämpfung der Schwarzarbeit	Empfänger Kantone

Kreditnummer	Bezeichnung der Abgeltung	Grund für die Ausnahme von der Analyse
A231.0191 <i>A2310.0354</i>	Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer	Empfänger Kantone und paritätische Kommissionen, keine Wettbewerbssituation
A231.0199 <i>A2310.0367</i>	Schweizerische Normen-Vereinigung (SNV)	Abgeltung zur Vergütung der gesetzlich definierten Aufgaben der SNV gemäss Notifikationsverordnung (NV), kein Wettbewerb
A231.0202 <i>A2310.0370</i>	Wirtschaftliche Entwicklungszusammenarbeit	Beziehungen zum Ausland, nur geringer Teil an Abgeltungen (5 Prozent)
A231.0207 <i>A2310.0378</i>	World Economic Forum (WEF)	Empfänger Kanton Graubünden
A231.0213 <i>A2310.0109</i>	Beitrag Gesundheitsförderung und Prävention	Keine Wettbewerbssituation, überwiegend Finanzhilfen und Pflichtbeiträge an internationale Organisationen (Art. 74 EpV)
A231.0214 <i>A2310.0110</i>	Individuelle Prämienverbilligung (IPV)	Empfänger Einkommensschwache private Haushalte, keine Wettbewerbssituation
A231.0217	Leistungsaushilfe KUV	Empfänger Gemeinsame Einrichtung nach KVG, kein Wettbewerb
A231.0218	Verwaltungskosten SUVA	Verwaltungskosten der SUVA bei der Durchführung der Militärversicherung, kein Wettbewerb
A231.0226	Bekämpfungsmassnahmen	Empfänger Landwirte (50 Prozent Abgeltungen, 50 Prozent Finanzhilfen), Bekämpfungsmassnahmen der Kantone gegen besonders gefährliche Organismen, keine Wettbewerbssituation
A231.0227	Entsorgungsbeiträge	Abgeltungen an Entsorgung tierischer Nebenprodukte, keine Wettbewerbssituation
A231.0239 <i>A2310.0327</i>	Leistungen des Bundes an die AHV	Empfänger Ausgleichsfonds der AHV
A231.0240 <i>A2310.0328</i>	Leistungen des Bundes an die IV	Ausgleichsfonds der AHV (bis 2010) bzw. Ausgleichsfonds der IV (ab 2011)
A231.0241 <i>A2310.0329</i>	Ergänzungsleistungen zur AHV	Empfänger Kantone (Bundesanteil vgl. Art. 13 Abs. 1 ELG)
A231.0242 <i>A2310.0332</i>	Familienzulagen Landwirtschaft	Keine Wettbewerbssituation
A231.0245 <i>A2310.0384</i>	Ergänzungsleistungen zur IV	Empfänger Kantone (Bundesanteil vgl. Art. 13 Abs. 1 ELG)
A231.0256 <i>A2310.0500</i>	Überwachung Tierseuchen	Empfänger Kantone (Abgeltung der amtstierärztlichen Untersuchung, vgl. Art. 25 Abs. 3 TSG)
A231.0259	Pauschalbeiträge und höhere Berufsbildung	Empfänger Kantone
A231.0260 <i>A2310.0514</i>	Innovations- und Projektbeiträge	Empfänger Kantone und Dritte, Förderung und Stärkung des schweizerischen dualen

Kreditnummer	Bezeichnung der Abgeltung	Grund für die Ausnahme von der Analyse
		Berufsbildungssystem gestützt auf Art. 52 ff. BBG, kein Wettbewerb
A231.0263 <i>A2310.0517</i>	Abgeltungen an Fachhochschulen	Beiträge an Investitions- und Betriebskosten von öffentlich-rechtlichen Fachhochschulen (Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 FHSG)
A231.0266	Steuerung und Qualitätssicherung Hochschulsystem	Sicherstellung einer gesamtschweizerisch kohärenten Hochschulpolitik. Sicherung und Förderung der Qualität von Lehre und Forschung an den Universitäten, keine Wettbewerbssituation
A231.0272	Institutionen der Forschungsförderung	Stiftung Schweizerischer Nationalfonds; Sekretariat, Gesellschaften, Kommissionen und Unternehmen der Akademien, Forschende, Herausgeber (wissenschaftliche Redaktionen) der Nationalen Wörterbücher, keine Wettbewerbssituation
A231.0293 <i>A2310.0586</i>	Schienengüterverkehr in der Fläche	Abgeltungen laufen Ende 2018 aus vgl. https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/themen-a-z/schienengueterverkehr-in-der-flaeche.html
A231.0296 <i>A6210.0100</i>	Internationale Zivilluftfahrtorganisationen	Empfänger Internationale Organisationen, kein Wettbewerb um Zugang
A231.0298 <i>A6210.0152</i>	Technische Sicherheitsmassnahmen	Abgeltungen an Skyguide (Art. 49 und 103b LFG)
A231.0301 <i>A6210.0155</i>	Abgeltung Ertragsausfälle Skyguide	Abgeltungen der Flugsicherungskosten an Skyguide (Art. 49 und 101b LFG)
A231.0306 <i>A2310.0422</i>	Wasserkrafteinbussen	Empfänger Kantone und Gemeinden (VS und GR)
A231.0308 <i>A6210.0141</i>	Polizeiliche Kontrollen des Schwerverkehrs	Empfänger Kantone (Art. 10 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 4 SVAG)
A231.0318 <i>A6210.0156</i>	Zustellermässigung Zeitungen und Zeitschriften	Empfänger Post, Abgeltung gestützt auf Art. 16 PG), kein Wettbewerb
A231.0323 <i>A2310.0127</i>	Wildtiere, Jagd und Fischerei	Erhaltung und Förderung der Artenvielfalt bei Wildtieren, keine Wettbewerbssituation
A231.0325 <i>A2310.0131</i>	Sanierung von Altlasten	Empfänger Kantone
A231.0326 <i>A2310.0132</i>	Wasser	Empfänger Kantone (Art. 61 ff. GschG)
A231.0327 <i>A2310.0134</i>	Wald	v.a. Abgeltungen an Kantone, Finanzhilfen an Private
A231.0355	Sicherheitsdispositiv internationales Genf: diplomatische Gruppe	Empfänger Kanton Genf
A231.0356 <i>A2310.0578</i>	Auslandschweizerbetreuung	Keine Wettbewerbssituation, zum grössten Teil Finanzhilfen (Art. 25 AVG und Art. 38 ASG)

Kreditnummer	Bezeichnung der Abgeltung	Grund für die Ausnahme von der Analyse
<i>A2310.0165</i>	Abgeltungen an Hilfswerke	Aufhebung von Art. 94 AsylG, nachdem die Hilfswerksvertretung nicht mehr regelmässig bei Anhörungen anwesend sind (AS 2016 3101; Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, BBl 2014 8084)
A2310.0166 <i>A231.0153</i>	Sozialhilfe Asylsuchende, vorl. Aufgenommene und Flüchtlinge	Empfänger Migrationsbehörden und Kantone
<i>A2310.0450</i>	Abgeltungen an den nicht alpenquerenden Güterverkehr	Betriebsabgeltungen des Bundes Art. 16 GüV) an den nicht alpenquerenden kombinierten Verkehr werden per Ende 2018 eingestellt (Art. 18 Abs. 1 lit. c GüV)
<i>A2310.0513</i>	Pauschalbeiträge und Übergangsrecht	Empfänger Kantone (Art. 53 BBG)
<i>A2310.0577</i>	Abgeltungen im Bereich der Gaststaatspolitik	Nicht wettbewerbsrelevant
A236.0102 <i>A4300.0157</i>	Abwasserreinigungsanlagen	Abgeltungen gemäss Art. 61 ff. GschG, keine Wettbewerbssituation
A236.0120 <i>A4300.0101</i>	Abwasser- und Abfallanlagen	Empfänger Gemeinden
A236.0122 <i>A4300.0103</i>	Schutz Naturgefahren	Empfänger Waldeigentümer (Projektträgerschaften), Schutz von Menschen und Sachwerten vor Naturgefahren wie Lawinen, Steinschlag, Felssturz, Rutschungen, Murgängen etc., keine Wettbewerbssituation
A236.0124 <i>A4300.0135</i>	Abgeltungen an den Hochwasserschutz	Empfänger Kantone
A236.0126 <i>A4300.0147</i>	Revitalisierung	Empfänger Kantone

Kreditnummern:

Datenbank der Bundessubventionen

Tabelle 2016