



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Bern, den 18. Oktober 2023

Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulats 19.4379 WAK-S vom
18. Oktober 2019

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	3
1 Einführung	4
2 Geschlossene Märkte	6
2.1 Juristische Einordnung von geschlossenen Märkten	6
2.1.1 Einleitende Bemerkungen	6
2.1.2 Monopolkonzessionen.....	6
2.1.3 Rechte auf Nutzung öffentlicher Sachen	7
2.1.4 Kontingentbewilligung	8
2.1.5 Leistungsaufträge.....	8
2.1.6 Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen	8
2.2 Ökonomische Einordnung von geschlossenen Märkten	9
2.3 Ökonomische und gesellschaftliche Rechtfertigung von geschlossenen Märkten	10
2.4 Die staatliche Beschränkung des Marktzugangs aus ökonomischer Sicht	11
2.5 Fazit aus ökonomischer Sicht	12
3 Öffnung geschlossener Märkte mittels Artikel 2 Absatz 7 BGBM	13
3.1 Ziel	13
3.2 Anwendbarkeit	13
3.2.1 Subjektiver Geltungsbereich	13
3.2.2 Objektiver Geltungsbereich	14
3.3 Anwendungsvoraussetzungen	15
3.3.1 Kantonaies oder kommunales Monopol	15
3.3.2 Übertragung auf Private	15
3.4 Verhältnis von Artikel 2 Absatz 7 BGBM zu anderen Gesetzen insbesondere zum Beschaffungsrecht	16
3.5 Rechtsfolgen	17
3.6 Unterstellung der einzelnen Instrumente	18
3.6.1 Monopolkonzessionen.....	18
3.6.2 Sondernutzungskonzessionen	18
3.6.3 Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch.....	20
3.6.4 Kontingentbewilligungen	21
3.6.5 Leistungsaufträge.....	21
3.6.6 Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen	22
3.6.7 Fazit zur Unterstellung der einzelnen Instrumente	23
3.7 Ansätze in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	23
4 Ist eine Anpassung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM erforderlich?	23
Anhang	26

Zusammenfassung

Der Staat kann den Zugang zu Märkten einer beschränkten Anzahl von Anbietern vorbehalten, bspw. durch die Vergabe von rechtlichen Konzessionen oder Kontingentbewilligungen. Zielsetzung des diesem Bericht zugrundeliegenden Postulats 19.4379 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S) ist es, den allfälligen gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Hinblick auf die Öffnung dieser «geschlossenen Märkte» durch die Anwendung von Artikel 2 Absatz 7 Binnenmarktgesetz (BGBM) zu analysieren. Damit soll der Gesetzgeber eine Entscheidungsgrundlage für die vom Nationalrat bereits angenommene und sistierte Motion 15.3399 von Ständerat Andrea Caroni erhalten, welche den Bundesrat beauftragt, einen Entwurf für die Stärkung dieser Gesetzesnorm zu unterbreiten.

Der vorliegende Bericht analysiert verschiedene staatliche Instrumente zur Vergabe von Rechten auf Zugang zu geschlossenen Märkten im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Artikel 2 Absatz 7 BGBM und Artikel 9 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Diese Instrumente könnten verschiedene Rechtsformen aufweisen, namentlich Monopol- und Sondernutzungskonzessionen, Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch, Kontingentbewilligungen sowie, unter gewissen Voraussetzungen, Leistungsaufträgen und sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen. Die Analyse zeigt, dass abgesehen von der Vergabe von Konzessionen gewisse rechtliche Unsicherheiten im Hinblick auf die Verpflichtung von kantonalen und kommunalen Behörden, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen, bestehen. Die Analyse zeigt aber auch, dass diese Gesetzesbestimmungen den rechtsanwendenden Behörden genügend Auslegungsspielraum lassen, um den durch die Vergabe von Rechten begründeten Zugang zu geschlossenen Märkten der Ausschreibungspflicht zu unterstellen. Die Rechtsprechung zu Artikel 2 Absatz 7 BGBM, mit einer von der Tendenz her eher weiten Anwendung auf geschlossene Märkte, hat sich in den letzten Jahren positiv entwickelt und fallweise zur Rechtssicherheit beigetragen. In den letzten Jahren haben sich die mit der Anwendung der BGBM-Norm einhergehenden Unsicherheiten durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts wesentlich reduziert. Die Anwendung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM hat damit zur Öffnung geschlossener Märkte beigetragen. Es ist davon auszugehen, dass diese Entwicklung anhält. Die Praxis zur erst seit kurzem revidierten IVöB-Norm wird sich in den nächsten Jahren entwickeln. Nach Auffassung des Bundesrates ist aus diesen Gründen zuerst die Entwicklung der Rechtspraxis abzuwarten, bevor allfälliger gesetzgeberischer Handlungsbedarf abgeleitet werden kann. Deshalb ist er der Ansicht, dass eine Anpassung der gesetzlichen Grundlagen derzeit nicht angezeigt ist.

1 Einführung

Der vorliegende Bericht wird in Erfüllung des Postulats 19.4379 «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone» erstellt. Dieses wurde von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) am 18. Oktober 2019 eingereicht und vom Ständerat am 19. Dezember 2019 angenommen. Das Postulat beauftragt den Bundesrat, Artikel 2 Absatz 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM)¹ zu analysieren und mögliche Optionen zur Verbesserung aufzuzeigen (vgl. Wortlaut des Postulats im Anhang). Laut dieser Bestimmung hat die «Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private [...] auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren».

Das Postulat hängt eng mit der Motion 15.3399 «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone» zusammen, die Ständerat Andrea Caroni am 5. Mai 2015 eingereicht hat. Diese Motion verlangt vom Bundesrat, die beim Zugang zu geschlossenen Märkten gemäss Artikel 2 Absatz 7 BGBM geltende Ausschreibungspflicht zu stärken. Die parlamentarischen Arbeiten an dieser Motion wurden sistiert, um die Schlussfolgerungen des Berichts des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 19.4379 abzuwarten.

Im Rahmen des vorliegenden Berichts soll beurteilt werden, ob auf Grundlage der aktuellen Rechtsprechung sowie der 2019 revidierten Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) eine Revision von Artikel 2 Absatz 7 BGBM erforderlich ist. Der Bericht soll ausserdem aufzeigen, ob Schwierigkeiten bei der Anwendung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM bestehen und ob Anpassungsbedarf bei diesem Gesetz besteht, um diese Schwierigkeiten zu reduzieren. Dies ist auch aufgrund der sistierten Motion 15.3399 nötig, die eine Ausschreibungspflicht auch bei der Vergabe von Nutzungsrechten für beschränkt verfügbare öffentliche Sachen und von Leistungsaufträgen fordert.

Mit dem vorliegenden Bericht ergänzt der Bundesrat seine Untersuchungen zu geschlossenen Märkten auf Bundesebene. Diese Untersuchungen hat er im Zusammenhang mit der Erfüllung der Postulate 15.3398 Caroni «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes» und 19.3701 Caroni «Bessere Verfahren beim Zugang zu den geschlossenen Märkten des Bundes» vollzogen.² Diese Arbeiten haben gezeigt, dass die Verfahren in den untersuchten Märkten auf Bundesebene insgesamt funktionieren, wenn auch punktuell noch Verbesserungsbedarf besteht. Konkreten Anpassungsvorschlägen des Bundesrats folgte das Parlament jedoch nicht (insbesondere in Bezug auf Wasserrechts- und Stromverteilungskonzessionen).³

¹ SR 943.02

² Bericht des Bundesrates vom 7 Juni 2019 in Erfüllung des Postulats 15.3398 Caroni vom 5. Mai 2015 «Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes», und Bericht des Bundesrates vom 10. Dezember 2021 in Erfüllung des Postulats 19.3701 Caroni vom 19. Juni 2019 «Bessere Verfahren beim Zugang zu den geschlossenen Märkten des Bundes».

³ Den beiden Postulatsberichten liegt eine Studie über die Zugangsverfahren zu den geschlossenen Märkten auf Bundesebene zugrunde. Diese hat sich auf den Bereich der Konzessionen und Leistungsaufträge und Abgeltungen in 16 Märkten konzentriert, deren Zugang durch Bundesrecht geregelt ist. Der Grossteil dieser untersuchten Märkte ist zudem vom revidierten und im Januar 2021 in Kraft getretenen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) ausgenommen. Vgl. Abegg A., Hefti A., Seferovic G. et al., 2019, *Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes; Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, 15. Februar 2019* (Studie auf Deutsch erstellt, Zusammenfassung verfügbar auf Französisch, Italienisch und Englisch); zugänglich unter www.seco.admin.ch > Publikationen Wettbewerb und Service Public > Staat und Wettbewerb.

Der vorliegende Bericht behandelt die Fragestellungen zu geschlossenen Märkten auf Kantonsebene mit einem anderen, generischeren Ansatz. Dieses Vorgehen bietet sich vor dem Hintergrund der Fülle und Vielfaltigkeit an Märkten auf kantonaler Ebene an: Zunächst werden geschlossene Märkte aus juristischer und ökonomischer Sicht kategorisiert und eingeordnet (Abschnitt 2). Anschliessend wird analysiert, inwiefern diese Kategorien an geschlossenen Märkten von Artikel 2 Absatz 7 BGBM oder von der IVöB erfasst werden. Dabei wird auf die entsprechende Rechtsprechung Bezug genommen (Abschnitt 3). Basierend auf dieser Analyse schätzt der Bundesrat den gesetzgeberischen Revisionsbedarf in Abschnitt 4 ein.

Alle Analysen stützen sich wesentlich auf das im Hinblick auf die Erarbeitung dieses Postulatsberichts erstellte Gutachten von Prof. Dr. Bernhard Rütsche «Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM)». Dieses wird begleitend zu diesem Postulatsbericht publiziert. Der Bericht verweist an mehreren Stellen auf einschlägige Randziffern in diesem Gutachten, insbesondere auf die darin erwähnte weiterführende Literatur und die relevante Rechtsprechung.

Geschlossene Märkte

Bei allen «geschlossenen Märkten» gilt im Gegensatz zu «offenen Märkten», dass die Anzahl von Anbietern aufgrund von verwaltungsrechtlichen Vorschriften limitiert ist. Diesbezüglich stehen dem Staat verschiedene Instrumente zur Verfügung. Ein sehr bekanntes und oft gebrauchtes Instrument ist die rechtliche Monopolisierung eines Marktes, etwa mittels Konzessionierungen (bspw. im Schienenverkehr). Es gibt aber auch weitere Instrumente, die eine mengenmässige Beschränkung des Marktzugangs bewirken können. Dazu gehören Rechte auf Nutzung öffentlicher Sachen. Beispiele dafür sind Taxistandplätze, Marktstände oder Zirkusaufführungen auf öffentlichem Grund. Weiter können Märkte auch durch Kontingentbewilligungen geschlossen werden, bspw. beim Import (Zollkontingente in der Landwirtschaft), oder im Gesundheitswesen. Auch mit Leistungsaufträgen kann der Staat den Zugang zu Märkten beschränken, bspw. im Bereich des *Service Public*.

2 Geschlossene Märkte

Artikel 2 Absatz 7 BGBM statuiert, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Darüber hinaus sieht Artikel 9 IVöB vor, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession als öffentlicher Auftrag gilt, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Das Postulat 19.4379 WAK-S vom 18. Oktober 2019 und die Motion 15.3399 Caroni vom 5. Mai 2015 sind offener formuliert. Sie fordern ein faires Verfahren für den «Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone». Der Begriff des «geschlossenen Marktes» ist nicht allgemein definiert. Nachfolgend folgt daher zunächst eine juristische Kategorisierung von «geschlossenen Märkten». Da Märkte insbesondere ein ökonomisches Konzept sind und ihre Zugänglichkeit nach ökonomischen Massstäben beurteilt werden kann, erfolgt im Anschluss an diese Kategorisierung eine Einschätzung von «geschlossenen Märkten» aus ökonomischer Sicht. Gefolgt darauf wird diskutiert, ob und inwiefern die identifizierten Kategorien unter Artikel 2 Absatz 7 BGBM und Artikel 9 IVöB subsumiert werden können.

2.1 Juristische Einordnung von geschlossenen Märkten⁴

2.1.1 Einleitende Bemerkungen

Gegenstand von Artikel 2 Absatz 7 BGBM sind Marktzugangsbeschränkungen, die auf eine staatliche Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private, zurückzuführen sind.⁵ In Fällen von Marktzugangsbeschränkungen infolge staatlicher Massnahmen wird vorliegend von einem «geschlossenen Markt» gesprochen.

Bei allen «geschlossenen Märkten» gilt im Gegensatz zu «offenen Märkten», dass die Anzahl von Anbietern aufgrund von verwaltungsrechtlichen Vorschriften limitiert ist. Diesbezüglich stehen dem Staat verschiedene Instrumente zur Verfügung. Ein sehr bekanntes und oft gebrauchtes Instrument ist die rechtliche Monopolisierung eines Marktes, etwa mittels Konzessionierungen. Es gibt aber auch weitere Instrumente, die eine mengenmässige Beschränkung des Marktzugangs bewirken können. Unternehmen haben keinen generellen Anspruch auf Zugang zu einem geschlossenen Markt. Die Möglichkeiten der Marktschliessungen werden nachfolgend skizziert.

2.1.2 Monopolkonzessionen

Ein Monopol verschafft dem Staat das Recht, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss der Privaten selbst auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen. Man spricht daher in diesem Zusammenhang auch von einem rechtlichen Monopol. Damit einher geht ein Entzug des sachlichen Anwendungsbereichs des individual-

⁴ Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich im Wesentlichen auf das Rechtsgutachten «Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM), verfasst durch Prof. Dr. Bernhard Rüttsche, 2023 (zit. Rechtsgutachten RÜTSCHÉ).

⁵ Marktzugangsbeschränkungen können auch durch das Verhalten von privaten Unternehmen resultieren, etwa durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Verweigerung des Zugangs zu einer essenziellen Einrichtung (bspw. das Stromnetz).

rechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit gemäss Artikel 27 Bundesverfassung (BV)⁶ im rechtlich monopolisierten Bereich.⁷ Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nach Artikel 94 Absatz 4 BV nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte (bspw. das Salzregal⁸) begründet sind.⁹ Die Monopolisierung selbst muss als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit in jedem Fall im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein, wie sich ausdrücklich aus Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 36 Absätze 2 und 3 BV ergibt.¹⁰

Grundsätzlich kann zwischen Staatsmonopolen und der Nutzung von Monopolrechten durch Unternehmen mit einer Monopolkonzession unterschieden werden. Bei Staatsmonopolen wird die monopolisierte Tätigkeit durch den Staat selbst ausgeübt, sei dies durch eine eigene Verwaltungseinheit oder durch ein öffentlich kontrolliertes Unternehmen. Hier stellt sich die Frage nach einer Ausschreibung *a priori* nicht, denn der Gesetzgeber hat die Ausübung der Monopolrechte selbst zugeteilt.¹¹

Der Gesetzgeber kann aber auch vorsehen, dass das Sonderrecht, die monopolisierte Tätigkeit auszuüben, mittels Monopolkonzession von der zuständigen Verwaltungsbehörde an (private oder öffentliche) Unternehmen übertragen wird. Sind dies mehrere, aber wenige Unternehmen, so entsteht im ökonomischen Sinne ein Oligopol, sofern die Unternehmen im gleichen geographischen Markt tätig sind (bspw. Spielbankkonzessionen¹²). Bei einem Unternehmen entsteht ein ökonomisches Monopol. Beispiele hierfür sind Fernverkehrskonzessionen an einzelne Unternehmen im Schienenverkehr auf bestimmten Linien (bspw. die SBB).¹³

2.1.3 Rechte auf Nutzung öffentlicher Sachen

Die Vergabe von Rechten auf die Nutzung von öffentlichen Sachen ist eng verbunden mit der «Allmende»-Problematik (vgl. hinten Abschnitt 2.3). Zahlreiche wirtschaftliche Tätigkeiten sind auf eine Nutzung öffentlicher Sachen wie Strassen oder Gewässer angewiesen. Erreicht diese Nutzung eine Intensität, die eine gleichzeitige Nutzung durch allen interessierten verunmöglicht, entsteht eine Situation, in der die potentiellen Nutzerinnen und Nutzer sich rivalisieren und im Endeffekt nicht mehr alle die öffentliche Sache im gewünschten Umfang nutzen können. In solchen Situationen kann der Staat gestützt auf seine Herrschaft über öffentliche Sachen darüber entscheiden, wer diese nutzen darf. Die Herrschaft des Staates über öffentliche Sachen (bspw. Grund und Boden, Wald, Gewässer oder der Luftraum) begründet somit ein faktisches Monopol.¹⁴ Dabei sind verwaltungsrechtlich zwei Nutzungsintensitäten zu unterscheiden: Der gesteigerte Gemeingebrauch und die Sondernutzung. Im Falle der Nutzung einer öffentlichen Sache in nicht gemeinverträglicher oder nicht bestimmungsgemässer Weise liegt ein gesteigerter Gemeingebrauch vor. Beispiele sind Taxistandplätze,

⁶ SR 101

⁷ Vgl. BGE 143 I 388, E. 2.2.2

⁸ BGE 143 I 288, E. 2.1

⁹ Man spricht hier von der Wirtschaftsfreiheit als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung; Art. 94 Abs.4 BV.

¹⁰ Vgl. dazu auch BGE 138 I 378, E. 8.2

¹¹ Ein Beispiel für ein verwaltungsinternes Monopol wäre das Amtsnotariat (vgl. zum Notariatswesen auch Abschnitt 3.2.2). In einzelnen Kantonen sind Gebäudeversicherungen Beispiele für Monopole von staatlich kontrollierten Unternehmen, denen diese Tätigkeit durch den kantonalen Gesetzgeber vorbehalten wird.

¹² Art. 6 Geldspielgesetz (BGS; SR 935.51).

¹³ Art. 6 Personenbeförderungsgesetz (PBG; SR 745.1).

¹⁴ Vgl. auch BGE 128 I 3, E. 3. Im Gegensatz zu rechtlichen Monopolen ist nicht die wirtschaftliche Tätigkeit an sich, sondern die öffentliche Sache als notwendiger Input für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit monopolisiert.

Marktstände oder Zirkusaufführungen auf öffentlichem Grund.¹⁵ Bei einer Sondernutzung wird eine öffentliche Sache für eine längere Dauer ausschliesslich genutzt, was insbesondere beim Bau und Betrieb von Infrastrukturen oder beim Abbau oder der Nutzung von natürlichen Ressourcen zutreffen kann. Für den gesteigerten Gemeingebrauch erteilt der Staat eine Bewilligung, für die Sondernutzung eine Konzession.

2.1.4 Kontingentbewilligung

Märkte können auch durch Kontingentbewilligungen geschlossen werden. Dabei findet eine zahlenmässige staatliche Marktzugangsbeschränkung statt. Kontingente finden sich in verschiedenen Bereichen, bspw. beim Import (Zollkontingente in der Landwirtschaft), oder im Gesundheitswesen.¹⁶ Kontingente haben damit eine ähnliche Wirkung wie Konzessionen. Mit Kontingenten erteilt der Staat jedoch mengenmässig beschränkte individuelle Erlaubnisse für Tätigkeiten, die auf Gesetzesebene prinzipiell verboten sind.¹⁷ Mit Konzessionen werden hingegen spezielle Rechte betreffend an sich zulässige Tätigkeiten erteilt, etwa das Sonderrecht auf Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit (vgl. vorne Abschnitt 2.1.2).

2.1.5 Leistungsaufträge

Auch mit Leistungsaufträgen kann der Staat den Zugang zu Märkten beschränken, indem er einem oder mehreren Unternehmen die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben überträgt. Dies kommt vor allem im Bereich der Grundversorgung vor und wird mit dem Begriff des *Service Public*¹⁸ in Verbindung gebracht (bspw. öffentlicher Verkehr, Telekommunikation oder Energieversorgung). Leistungsaufträge werden damit oft für Tätigkeiten vergeben, für welche an sich schon ein Markt mit Angeboten ohne Leistungsauftrag besteht. Sie können dann zu Marktzugangsbeschränkungen führen, wenn sie mengenmässig beschränkt sind und die damit verbundenen Abgeltungen Wettbewerbsvorteile verschaffen, namentlich dann, wenn andere Angebote ohne diese Abgeltungen nicht mehr konkurrenzfähig sind. Ein in diesem Zusammenhang oft genanntes Beispiel sind Spitalisten. Nur wer auf einer kantonalen Spitalliste, welche einer Bedarfsplanung folgt, als Spital fungiert und gestützt darauf mit Leistungsaufträgen ausgestattet wurde, ist berechtigt, seine Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenversicherung abzurechnen. Das kann zu faktisch geschlossenen Märkten führen, insbesondere dann, wenn Patientinnen und Patienten Spitäler meiden, in denen die Kosten der Behandlung nicht (mindestens teilweise) von der Grundversicherung übernommen wird.¹⁹

2.1.6 Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen

Das letzte Beispiel der Spitalisten ist eng verbunden mit dem staatlich gewährten Recht, seine Leistungen zulasten einer Sozialversicherung abzurechnen. Illustrativ kann hierzu erneut der Gesundheitsbereich herangezogen werden. Kantone können in einem oder mehreren medizinischen Fachgebieten oder in bestimmten Regionen

¹⁵ NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, Von alten und neuen Pfründen – Wie Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, *Avenir Suisse*, 2014 (SAMUEL RUTZ/LUKAS SCHMID, Hrsg.; zit. DIEBOLD/RÜTSCHKE, 2014), S. 86.

¹⁶ DIEBOLD/RÜTSCHKE, 2014, S. 87.

¹⁷ Rechtsgutachten RÜTSCHKE, Rz. 79 f.

¹⁸ Für den Begriff *Service Public* existiert keine einschlägige Definition. Der Bundesrat versteht unter dem Begriff eine politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und Infrastrukturdienstleistungen, welche für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen sollen. Vgl. Bericht des Bundesrates vom 23. Juni 2004 «Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)», BBI 2004 4569.

¹⁹ BGE 132 V 6 E. 2.5.3

die Anzahl der Ärzte und Ärztinnen, die im ambulanten Bereich zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung Leistungen erbringen, beschränken.²⁰ Dies ergibt sich aus Artikel 55a Absatz 1 Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG).²¹ Wenn ein Kanton eine solche Beschränkung einführt, dann sieht er insbesondere vor, dass Ärzte und Ärztinnen nur zugelassen werden, solange die entsprechende Höchstzahl nicht erreicht ist (Art. 55a Abs. 1 Bst. a KVG). Dies kommt einer staatlichen Marktzugangsbeschränkung und damit einem geschlossenen Markt gleich.

2.2 Ökonomische Einordnung von geschlossenen Märkten

Eine Einschätzung von geschlossenen Märkten aus ökonomischer Sicht drängt sich auf, da Märkte in erster Linie ein ökonomisches Konzept sind und auf ihnen ein mehr oder weniger intensiver Wettbewerb mit bestimmten Effizienzwirkungen stattfindet. Wettbewerb und Effizienzwirkungen sind deshalb relevant, weil funktionierende bzw. wirksame Märkte in aller Regel zu einer effizienteren Verwendung von knappen Waren und Leistungen (bspw. Arbeit, Rohstoffe etc.) und damit zu einer Maximierung der gesellschaftlichen Wohlfahrt führen.

Marktzugangsbeschränkungen beschränken die Funktionsfähigkeit und die Wirksamkeit des Wettbewerbs. Die Zahl an Anbieter kann durch die staatlichen Zugangsbeschränkungen aus ökonomischer Sicht «zu tief» ausfallen. Fruchtbare Austauschbeziehungen zwischen Anbieter und Nachfrager werden damit beschränkt. Dies ist dann der Fall, wenn nicht alle am Wettbewerb teilnehmen können, die dies ohne Beschränkung zu den resultierenden Preisen freiwillig gerne tun würden. Durch diese Unterbindung an wohlfahrtsstiftendem Handel entstehen in aller Regel volkswirtschaftliche Kosten. Aus ökonomischer Sicht ist deshalb weniger die rechtliche Ausgestaltung und Klassifizierung staatlicher Marktzugangsbeschränkung relevant, sondern deren Wirkung auf den Wettbewerb und schliesslich auf die Effizienz. Diesbezüglich sind namentlich zwei Fragen zu stellen: Ist eine staatliche Beschränkung der Anbieterzahl aus ökonomischer Sicht angezeigt und wenn ja, wie soll die Beschränkung erfolgen?

Dabei ist eine rein auf ökonomische Effizienz gerichtete Sichtweise von einer zusätzlichen, durch gesellschaftliche Verteilungswirkungen geprägte Sichtweise zu unterscheiden. Nicht jede im ökonomischen Sinne effiziente Mittelverwendung ist gleichsam gesellschaftlich erwünscht. So kann es sein, dass ein liberalisierter Konsum an harten Drogen zwar zu einem effizienten ökonomischen Ergebnis führt, das gesellschaftlich erwünschte und demokratisch legitimierte Niveau an öffentlicher Gesundheit damit aber verfehlt wird. Diese Differenzierung muss im Hinterkopf behalten werden, wenn über die Rechtfertigung von geschlossenen Märkten diskutiert wird. In der gebotenen Kürze wird dies nachfolgend getan.

2.3 Ökonomische und gesellschaftliche Rechtfertigung von geschlossenen Märkten²²

Die Beschränkung der Anbieterzahl durch eine staatliche Intervention kann aus ökonomischer oder gesellschaftlicher Sicht aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt

²⁰ Im Gegensatz zu Kontingenten, die eine Tätigkeit an sich betreffen, handelt es sich hier bei der Abrechnungsmöglichkeit um einen Teilaspekt davon.

²¹ SR 832.10

²² Vgl. Studie «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes», S. 51 ff.

sein.²³ So kann es im Falle der Ausnutzung von Gemeingütern («Allmende-Gütern», bspw. Trinkwasser oder Wälder) zu einer Übernutzung kommen, da über diese Güter keine privaten Eigentumsrechte definiert sind und somit grundsätzlich niemand von deren Nutzung ausgeschlossen werden kann. Dabei entstehen oftmals sog. negative externe Effekte: Der- oder diejenige, der bzw. die das Gut nutzt, zieht die negativen Auswirkungen (bspw. eine zusätzliche Verschmutzung des Trinkwassers) seiner bzw. ihrer Nutzung auf die anderen Nutzerinnen und Nutzer nicht in Betracht, weil dafür kein Preis existiert. Es handelt sich dabei um ein klassisches Marktversagen und staatliche Korrektur ist aus ökonomischem Blickwinkel grundsätzlich angebracht. Verwandt damit, aber nicht identisch, sind sog. «demeritorische» Güter, deren Konsum gesellschaftlich nicht erwünscht ist (bspw. Drogen). Bei diesen Gütern kann eine Begrenzung des Angebots und entsprechende Marktzugangsschranken durch den Staat gesellschaftspolitisch gerechtfertigt sein.

Weiter kann es ökonomisch und auch gesellschaftspolitisch gerechtfertigt sein, dass durch den Staat ein Angebot an gewissen Waren oder Leistungen geschaffen wird, weil sie im freien Markt nicht oder nicht in gewünschtem Umfang bereitgestellt werden. Ein typisches Beispiel hierfür sind öffentliche Güter, wie bspw. Polizei- oder Armeedienstleistungen, oder ein funktionierender Rechtsstaat. Von deren Konsum kann niemand ausgeschlossen werden und niemand rivalisiert durch seinen Konsum den gleichzeitigen Konsum durch andere. Für private Unternehmen besteht dadurch kein Anreiz, dieses Gut bereitzustellen.²⁴ Eine rechtliche Monopolzuteilung kann in solchen Fällen aus ökonomischer Sicht sinnvoll und notwendig sein.

Ebenfalls mit einem öffentlichen Interesse verbunden sind Grundversorgungsmärkte. Hier ist eine marktwirtschaftliche Wettbewerbssituation zur Erfüllung dieses öffentlichen Interesses nicht *a priori* ausgeschlossen. Grundversorgungen sind mit der Bereitstellung von wichtigen Infrastrukturen und öffentlichen Dienstleistungen (bspw. Gesundheits-, Strom- oder Wasserversorgung, Bildung, öffentlicher Verkehr etc.) verbunden. Die Gesellschaft bestimmt politisch, welcher Bereich der Grundversorgung zuzuordnen ist. Oft wird die Grundversorgung mit Leistungsaufträgen organisiert.²⁵ Diese verleihen dem Beauftragten die Pflicht, ein bestimmtes Angebot, oftmals zu bestimmten Preisen, bereitzustellen. Je nach Ausgestaltung des Auftrages und der Menge an Beauftragten können Grundversorgungsmärkte – obwohl Drittanbieter rechtlich nicht von der Leistungserbringung ausgeschlossen sind – faktisch geschlossen sein (vgl. vorne Abschnitt 2.1.5). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn durch Abgeltungen für die Leistungsaufträge und vorgeschriebene tiefe Preise ein Markteintritt für Dritte ökonomisch nicht rentabel ist. Dies führt zu Wettbewerbsverzerrungen. Aus ökonomischer Sicht sollte in Bezug auf die Schaffung von Grundversorgungsmärkten mit Leistungsaufträgen deshalb die Frage gestellt werden, ob die politisch gewünschte Grundversorgung nicht schon in einem offenen Markt erbracht würde. Ist dies der Fall, dann führt die faktische Schliessung der Grundversorgungsmärkte zu Ineffizienzen und zu

²³ Vgl. Studie «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes», S. 53 f.

²⁴ Zudem gibt es Situationen, in denen ein Markt «natürlicherweise», also ohne staatliche Intervention, geschlossen ist. Das kann bei Gütern oder Leistungen gegeben sein, die mit sehr hohen Fixkosten und tiefen variablen Kosten verbunden sind. Solche Konstellationen liegen oft bei Netzinfrastrukturen, bspw. das Strom- oder Eisenbahnnetz, vor. Es lohnt sich dann wirtschaftlich nicht, solche Infrastrukturen mehrfach bereitzustellen, woraus ein «natürliches Monopol» entsteht.

²⁵ Die Grundversorgung kann bspw. aber auch mit zentralen oder dezentralen Verwaltungseinheiten, oder mittels Vorschrift an Private, bestimmte Leistungen anzubieten, erfolgen (bspw. Notarinnen und Notare; vgl. NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ, Geschlossene Märkte (Abschnitt 5) in: Von alten und neuen Pfründen – Wie Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, Avenir Suisse, 2014 (SAMUEL RUTZ/LUKAS SCHMID, Hrsg.; zit. DIEBOLD/RÜTSCHÉ Geschlossene Märkte, 2014), S. 90).

unnötig hohen Kosten für den Staat und letztlich für den Steuerzahler bzw. die Steuerzahlerin.

Diese knappen Ausführungen zeigen bereits: Die Gründe zur Rechtfertigung von Marktzugangsbeschränkungen sind mannigfaltig und können sowohl ökonomisch als auch politisch motiviert sein. Aus ökonomischer Sicht steht zumindest die Frage nach den Effizienzwirkungen im Vordergrund: Sind die effizientesten Anbieter tätig und wie können sie zu effizienter Tätigkeit angehalten werden? Wenngleich der Wettbewerb durch die Zugangsbeschränkung im Markt limitiert wird, so kann der Staat durch die Wahl eines geeigneten Zugangsverfahrens und durch geeignete Ausgestaltung der Bedingungen, unter denen eine Tätigkeit ausgeführt werden soll (bspw. Dauer und Höhe der Abgeltung, Qualitätsanforderungen etc.), den Wettbewerb um den Markt mehr oder weniger intensiv ausgestalten. Im vorliegenden Kontext steht das Vergabeverfahren im Vordergrund und damit die Art und Weise, wie vom Staat der Marktzugang beschränkt wird.²⁶

2.4 Die staatliche Beschränkung des Marktzugangs aus ökonomischer Sicht

Bei allen Arten von Marktzugangsbeschränkungen, die in Abschnitt 2.1 skizziert wurden, besteht für den Staat bei der Auswahl von Anbietern das Problem, dass er die Effizienz der Anbieter nicht vollständig beurteilen kann – die Anbieter kennen ihre Kosten, Prozesse, Qualität des Angebots etc. besser. Würde der Staat darüber vollständig informiert sein, dann könnte er die effizientesten Anbieter, also jene, die seine Vorgaben zu einem gegebenen Preis am besten erfüllen, auswählen. Die Anbieter haben aber keinen Anreiz, ihre Eigenschaften glaubhaft und transparent offenzulegen. Dies, weil damit das erhöhte Risiko einhergeht, schlechter als andere abzuschneiden und bspw. den Auftrag oder die Konzession nicht zu erhalten. Man spricht in diesem Fall von einer «asymmetrischen Information» zwischen Auftraggeber (hier: dem Staat) und den potentiellen Auftragnehmern (hier: die Anbieter). Der Staat muss damit Ressourcen aufwenden, um die Anbieter zu prüfen und dann die geeignetsten und effizientesten auszuwählen. Je mehr er in diese Prüfung investiert, umso geeigneter dürften die ausgewählten Anbieter sein. Es besteht damit ein Abwägungsbedarf zwischen zwei sich gegenseitig beeinflussenden Aspekten (sog. «Trade-Off»), d. h. zwischen Prüfaufwand und Effizienz der ausgewählten Anbieter. Dieser Trade-Off kann durch den Auswahlmechanismus beeinflusst werden. Der Mechanismus sollte so ausgestaltet sein, dass er den Anbietern den Anreiz gibt, ihre Eigenschaften möglichst von sich aus offenzulegen, womit der Prüfaufwand reduziert wird und gleichzeitig die effizientesten und geeignetsten Anbieter ausgewählt werden können. In diese Abwägung sollte auch der Aufwand der Anbieter an ihrer Beteiligung am Auswahlmechanismus einfließen. Ein solcher entsteht bspw. durch die Zusammenstellung und das Einreichen von Informationen.

Ein solcher «anreizkompatibler» Mechanismus, der zu einer weitestgehenden Offenlegung der Eigenschaften führt, ist die «Auktion».²⁷ In einem Vergabeverfahren des

²⁶ Die geeignete Ausgestaltung der Bedingungen für die Tätigkeit wird hier nicht näher beleuchtet, wenngleich sie ebenfalls einen Einfluss darauf hat, welcher Anbieter schlussendlich ausgewählt werden kann. So können bspw. tiefe Abgeltungszahlungen für eine Leistungsauftrag den Anreiz zur Partizipation an einer Auktion reduzieren. Gleichsam kann ein relativ «lasches» Monitoring der Auftragserfüllung relativ ineffiziente Anbieter motivieren, an der Auktion teilzunehmen. Für weitergehende Ausführungen dazu kann an dieser Stelle auf die Studie «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes», S. 53 ff. verwiesen werden.

²⁷ Vgl. Studie «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes», 57 ff. Ein Beispiel sind Auktionen über Online-Marktplätze. Oftmals wird auf diesen ein Verfahren angewendet, bei welchem jener Bieter ge-

Staates beispielsweise würde eine Auktion bedeuten, dass der Staat jenen Anbieter auswählt, der das preisgünstigste Angebot einreicht.²⁸ Bei Vergaben mit mehreren relevanten Kriterien – nicht nur dem Preis – ist es aus Effizienzgesichtspunkten gleichsam empfehlenswert, ähnlich zu einer Auktion mit einer Ausschreibung im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs vorzugehen. Hierbei hat der Staat in der Regel einen größeren Ermessensspielraum bei der Auswahl als bei Vergaben mit dem Preis als einzigem Kriterium.

Weniger wettbewerblich orientierte Verfahren, bspw. die direkte Vergabe an einen bestimmten Anbieter oder ein Einladungsverfahren, führen in der Regel zu einer weniger effizienten Auswahl und sind grundsätzlich nur dort anzuwenden, wo die Auswahl an interessierten Anbietern sehr gering oder Informationsasymmetrien vernachlässigbar sind.

Damit die Auswahl auf die am besten geeigneten und effizientesten Anbieter fällt, sollte daher ein möglichst wettbewerblich orientiertes Verfahren zum Zuge kommen, welches zugleich den Prüfaufwand für den Staat, aber auch den Aufwand für die Anbieter, minimiert. Ein solches ist zudem in aller Regel transparenter in den angewandten Kriterien und diskriminierungsfreier im Zugang als andere, weniger wettbewerblich orientierte Verfahren.²⁹ Daher ist es aus ökonomischer Sicht grundsätzlich sinnvoll, die Übertragung von Monopolen auf Private, wie von Artikel 2 Absatz 7 BGBM im Wortlaut gefordert, und weiteren staatlichen Marktzugangsbeschränkungen durch den Staat einer solchen Ausschreibung zu unterstellen.

2.5 Fazit aus ökonomischer Sicht

Die vorangehenden Ausführungen zeigen: Märkte sollten – um einen weitestgehend wirksamen und funktionierenden Wettbewerb auf ihnen zu gewährleisten – möglichst offen sein. Zugangsbeschränkungen können bspw. bei nicht-funktionierenden Märkten, etwa im Falle von externen Effekten oder öffentlichen Gütern, gerechtfertigt sein. Die Beschränkung sollte dabei allerdings in einem möglichst wettbewerbsnahen Verfahren erfolgen. Dies können beispielsweise Auktionen oder Ausschreibungen sein. Artikel 2 Absatz 7 BGBM sieht eine öffentliche Ausschreibung der Übertragung von kantonalen und kommunalen Monopolen auf Private – und wie nachfolgend zu zeigen sein wird – mithin auch bei weiteren geschlossenen Märkten vor und ist daher aus ökonomischer Sicht grundsätzlich positiv zu werten.

winnt, der den höchsten Preis geboten hat. Allerdings muss er dann nur den zweithöchsten Preis, der geboten wurde, bezahlen. Es wäre unter diesen Umständen für einen rationalen Anbieter nicht optimal, wenn er unterhalb seiner Zahlungsbereitschaft bieten würde, da er sich dadurch unnötigerweise Gewinnchancen vergeben würde. Gleichzeitig wäre es nicht rational, mehr als die Zahlungsbereitschaft zu bieten, da dann die Gefahr besteht, trotz massgebendem zweithöchsten Preis mehr als diese Zahlungsbereitschaft bezahlen zu müssen. Es ist somit optimal für jeden Anbieter, genau seine Zahlungsbereitschaft zu bieten.

²⁸ Er würde im Beispiel unter Fn. 27 dann jedoch die (höhere) Vergütung entsprechend dem zweitbesten Angebot erhalten.

²⁹ Für einen Überblick zu Vergabeverfahren vgl. bspw. NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, Zugang zu geschlossenen Märkten (Abschnitt 6) in: Von alten und neuen Pfründen – Wie Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, Avenir Suisse, 2014 (SAMUEL RUTZ/LUKAS SCHMID, Hrsg.; zit. DIEBOLD/RÜTSCHKE Zugang zu geschlossenen Märkten, 2014), S. 90).

3 Öffnung geschlossener Märkte mittels Artikel 2 Absatz 7 BGBM

Nachdem der Begriff der geschlossenen Märkte juristisch kategorisiert und ökonomisch in den vorangehenden Abschnitten eingeordnet wurde, kann nun darauf aufbauend analysiert werden, ob und inwiefern Artikel 2 Absatz 7 BGBM diese geschlossenen Märkte auf kantonaler und kommunaler Ebene adressiert und öffnen kann. Die nachfolgende Analyse betrifft insbesondere die Frage, ob und inwiefern die in Abschnitt 2.1 skizzierten Instrumente zur Schliessung von Märkten unter den Begriff des kantonalen oder kommunalen Monopols gemäss Artikel 2 Absatz 7 BGBM fallen (vgl. dazu Abschnitt 3.6).

3.1 Ziel

Laut Artikel 2 Absatz 7 BGBM hat die «Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private [...] auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren». Diese Bestimmung wurde mit der Revision des BGBM von 2005 ins Gesetz aufgenommen und ist seit 1. Juli 2006 in Kraft. In seiner Botschaft hatte der Bundesrat festgehalten, dass mit dieser Ausschreibungspflicht für die Übertragung eines Monopols der gegenseitige Marktzugang erleichtert werden solle, ohne dabei die Kompetenz der Kantone und Gemeinden in Frage zu stellen.³⁰ Das Ausschreibungsverfahren ermöglicht es somit den Unternehmen, von diesen Märkten Kenntnis zu erlangen und ihre Angebote im Wettbewerb mit der Konkurrenz zu unterbreiten.

3.2 Anwendbarkeit

3.2.1 Subjektiver Geltungsbereich

Die Anwendbarkeit von Artikel 2 Absatz 7 BGBM setzt voraus, dass das Binnenmarktgesetz selbst anwendbar ist. Nach Artikel 1 Absatz 1 BGBM muss es sich um natürliche Personen mit Niederlassung oder um juristische Personen mit Sitz in der Schweiz handeln. Ausländische Personen fallen in den Geltungsbereich des Gesetzes, wenn sie gestützt auf die massgebende Gesetzgebung oder gestützt auf einen Staatsvertrag (wie bspw. das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA]³¹) ein Recht auf Niederlassung oder Sitz in der Schweiz haben.³²

Das BGBM ist mit Blick auf das Ziel, die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz zu erleichtern (Art. 1 Abs. 2 Bst. a BGBM), grundsätzlich auf interkantonale Sachverhalte ausgerichtet. Dennoch können sich gemäss Bundesgericht auch potenzielle Anbieter mit Sitz im Kanton oder in der Gemeinde, in welchem bzw. in welcher die Nutzung eines Monopols vergeben wird, auf Artikel 2 Absatz 7 BGBM berufen.³³

³⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl **2005** 465, S. 485.

³¹ SR **0.142.112.681**

³² BBl **1995** I 1213, S. 1259.

³³ BGer, 2C_351/2017 vom 12. April 2018, E. 3.4

3.2.2 Objektiver Geltungsbereich

In der Definition des objektiven Geltungsbereichs in Artikel 1 Absatz 1 BGBM wird zunächst vorausgesetzt, dass die Tätigkeit Erwerbscharakter hat. Als «Erwerbstätigkeit» gilt gemäss Artikel 1 Absatz 3 BGBM «jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit».

Als Erwerbstätigkeiten im Sinne von Artikel 1 Absatz 3 BGBM werden sowohl privatwirtschaftliche Tätigkeiten als auch die Ausübung öffentlicher Aufgaben (insbesondere in Bereichen der Gesundheitsversorgung, der Bildung oder des öffentlichen Verkehrs) angesehen, wenn sie auch auf dem freien Markt angeboten werden, d. h. wenn sie marktfähig sind.³⁴

Aus einer historischen und systematischen Auslegung ist somit der Schluss zu ziehen, dass alle Erwerbstätigkeiten, die nicht hoheitlich sind, d. h. nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, dem BGBM unterstehen. Daraus folgt namentlich, dass polizeiliche Vollzugstätigkeiten (wie die Überwachung von Privatpersonen sowie die Durchsetzung des Rechts mittels Massnahmen und Sanktionen) und die Erhebung von öffentlichen Abgaben nicht unter den Geltungsbereich des BGBM fallen.³⁵ Das Bundesgericht hat auch Tätigkeiten von Officialverteidigerinnen und Officialverteidigern³⁶, Gerichtsgutachterinnen und Gerichtsgutachtern³⁷ sowie von Notarinnen und Notaren vom BGBM ausgenommen.³⁸

Zu beachten ist hierbei – und insbesondere in Bezug auf die Nichtunterstellung von Notarinnen und Notaren unter das BGBM – jedoch, dass die eingangs genannten Entscheide des Bundesgerichts auf die Zeit vor der Teilrevision des BGBM aus dem Jahr 2005 zurückgehen. Hierauf wies das Bundesgericht in einem amtlich nicht publizierten Entscheid aus dem Jahr 2011 ausdrücklich hin, äussert sich aber nicht zur Anwendbarkeit des revidierten BGBM auf die notarielle Tätigkeit.³⁹ Darüber hinaus berücksichtigen die eingangs genannten Entscheide des Bundesgerichts nicht die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit von Notarinnen und Notaren. Der EuGH hielt fest, dass die notarielle Tätigkeit in Bezug auf die Erstellung von öffentlichen Urkunden nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt und somit nicht als hoheitliche Tätigkeit anzusehen ist.⁴⁰ Die ist insbesondere vor dem Hintergrund relevant, dass die Verhinderung von Inländerdiskriminierungen eines der wesentlichen Ziele der BGBM-Revision im Jahre 2005 war.⁴¹ So hält die Botschaft ausdrücklich fest, dass mit der Neufassung von Artikel 1 Absatz 3 BGBM die inhaltliche Übereinstimmung mit dem FZA sichergestellt werden sollte.⁴² Der Begriff der Erwerbstätigkeit ist somit im Einklang mit dem Anwendungsbereich des FZA auszulegen, was sich auch aus einer systematischen Auslegung von Artikel 1 Absatz 3 in Bezug auf Artikel 4 Absatz 3^{bis} und

³⁴ BBI 2005 465, S. 484.

³⁵ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 30 f.

³⁶ BGer, 5A/2008 vom 8. Juli 2008, E. 5.2

³⁷ BGer, 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3.3

³⁸ BGE 128 I 280 E. 3 S. 281 f.; 131 II 639 E. 6.1 S. 645; 133 I 259 E. 2.2 S. 260 f.

³⁹ BGer, 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.3

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 24.05.2011, Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2011:339, Rz. 110 f.; siehe dazu auch EuGH, Urteil vom 24.05.2011, Rs. C-61/08, Kommission/Griechenland, ECLI:EU:C:2011:340, Urteil vom 24.05.2011, Rs. C-53/08, Kommission/Österreich, ECLI:EU:C:2011:338, Urteil vom 24.05.2011, Rs. C-51/08, Kommission/Luxemburg, ECLI:EU:C:2011:336, Urteil vom 24.05.2011, Rs. C-50/08, Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:2011:335, Urteil vom 24.05.2011, Rs. C-47/08, Kommission/Belgien, ECLI:EU:C:2011:334.

⁴¹ So ausdrücklich Botschaft BGBM 2004, S. 466.

⁴² BBI 2005 465, S. 484.

Artikel 6 Absatz 1 BGBM ergibt, wonach sich Personen im Geltungsbereich des BGBM im interkantonalen Verhältnis direkt auf das FZA berufen können.⁴³

3.3 Anwendungsvoraussetzungen

3.3.1 Kantonales oder kommunales Monopol

Der Gesetzestext unterscheidet zwischen kantonalen und kommunalen Monopolen, die dieser Bestimmung unterstellt sind, und Bundesmonopolen, bei denen dies nicht der Fall ist. Der Wortlaut legt nahe, diese Abgrenzung anhand der Rechtsgrundlage des Monopols vorzunehmen. Eine am Gesetzeszweck ausgerichtete (teleologische) Auslegung spricht jedoch dafür, Artikel 2 Absatz 7 BGBM immer dann anzuwenden, wenn eine kantonale bzw. kommunale Behörde mit der Monopolverwaltung betraut ist – unabhängig davon, ob das Monopol im kantonalen bzw. kommunalen Recht oder im Bundesrecht verankert ist.⁴⁴

Das BGBM enthält keine Definition des Monopolbegriffs. Aus dem Wortlaut ergibt sich indessen ohne Weiteres, dass sämtliche rechtlichen Monopole erfasst sind. Unter den Begriff des rechtlichen Monopols fallen auch kantonale Regalrechte wie die Regale in den Bereichen Jagd, Fischerei, Salzgewinnung oder Bergbau.⁴⁵ In Bezug auf faktische Monopole hat das Bundesgericht in einem Urteil von 2017⁴⁶ entschieden – und später bestätigt⁴⁷ –, dass auch die Übertragung der Nutzung eines faktischen Monopols unter die Ausschreibungspflicht von Artikel 2 Absatz 7 BGBM fällt.

3.3.2 Übertragung auf Private

Es muss eine Übertragung auf «Private» vorliegen. Private sind Personen, die eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 BGBM ausüben. Damit ist die Übertragung der Nutzung eines Monopols auf eine Person des öffentlichen Rechts (z. B. öffentlich-rechtliche Anstalt, Gebietskörperschaft oder interkommunaler Zweckverband) oder auf ein Unternehmen, das vom Staat beherrscht wird (z. B. spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Besitz eines Kantons) grundsätzlich von der Ausschreibungspflicht nach Artikel 2 Absatz 7 BGBM ausgenommen.⁴⁸

Mit Blick auf den Zweck des BGBM wird in der Lehre und der Praxis der Wettbewerbskommission indessen eine analoge Anwendung der beschaffungsrechtlichen Grundsätze zu In-house- und In-state-Vergaben befürwortet. Demnach ist Artikel 2 Absatz 7 BGBM nicht anwendbar auf Situationen, in denen das Recht zur Nutzung eines Monopols innerhalb einer einzigen Körperschaft des öffentlichen Rechts ausgeübt wird (In-house-Geschäfte; vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. c IVöB), da in diesem Fall keine «Übertragung» eines Rechts stattfindet. Ebenso vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen ist die Beschaffung einer Leistung bei einem rechtlich selbständigen staatlichen oder staatlich beherrschten Anbieter, wenn dieser vom öffentlichen Auf-

⁴³ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 29.

⁴⁴ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 34.

⁴⁵ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 37, m. w. H.

⁴⁶ BGE 143 II 598 E. 4.1.1 betreffend ein interkommunales System der Bewilligungszuteilung an Gesellschaften und Fahrer von Taxis auf Standplätzen; vgl. bereits BGE 143 II 120 E. 6.3.1 betreffend Vergabe einer Plakatanstlagkonzession.

⁴⁷ BGE 145 II 303 E. 6.1.1 betreffend Ernennung der Direktionen, die für die Leitung zweier Stadttheater während mehrerer Theatersaisons zuständig sind; 145 II 252 E. 5.1; BGer, 2C_335/2019 vom 17. August 2020, E. 6.2.1 betreffend Übertragung der Nutzung eines kommunalen Stromleitungsnetzes.

⁴⁸ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 35.

traggeber wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird und ausschliesslich (In-state-Geschäfte) oder im Wesentlichen (Quasi-in-house-Geschäfte) für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. c IVöB). Hingegen ist die Vergabe eines Monopolrechts an eine rechtlich selbständige staatliche Organisation nach Artikel 2 Absatz 7 BGBM auszuschreiben, wenn an dieser Organisation direkt oder indirekt Private mitbeteiligt sind. Das gilt auch in Fällen, in denen die staatliche Organisation, die das Nutzungsrecht erhält, in nicht unwesentlichem Umfang auf privaten Märkten auftritt und damit am Wirtschaftsprozess teilnimmt.⁴⁹

3.4 Verhältnis von Artikel 2 Absatz 7 BGBM zu anderen Gesetzen insbesondere zum Beschaffungsrecht

In Bezug von Artikel 2 Absatz 7 BGBM zu anderen Gesetzen ist zunächst festzuhalten, dass der Bund aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen in seinen Spezialgesetzen ein gegenüber dem BGBM strengeres Marktzugangsregime vorsehen kann. Dabei müssen solche Abweichungen klar aus dem gesetzgeberischen Willen hervorgehen. Solche spezialgesetzlichen Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht gemäss Artikel 2 Absatz 7 BGBM wurden vom Bundesgesetzgeber etwa betreffend Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und Verteilnetz und Wassernutzungskonzessionen vorgesehen.⁵⁰ Demgegenüber ist es dem kantonalen und kommunalen Gesetzgeber aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts untersagt, die Vergabe von Marktzugangsrechten abweichend von Artikel 2 Absatz 7 BGBM zu regeln.⁵¹

Das Postulat 19.4379 verlangt auch einen Einbezug des Beschaffungsrechts, namentlich die 2019 revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Diesbezüglich ist insbesondere das Verhältnis zwischen Artikel 2 Absatz 7 BGBM und Artikel 9 IVöB betreffend die «Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen» relevant, welcher vorsieht, dass die «[...] Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession [...] als öffentlicher Auftrag [gilt], wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.»⁵²

Zur Klärung der Frage, welche Bestimmung, Artikel 2 Absatz 7 BGBM oder Artikel 9 IVöB, wann vor- bzw. nachrangig zur anderen zur Anwendung kommt, hat der Gesetzgeber anlässlich der Totalrevision des Beschaffungsrechts in Artikel 5 Absatz 1 BGBM den folgenden 3. Satz eingefügt: «Stützt sich eine Beschaffung oder die Übertragung einer Monopolnutzung auf die Interkantonale Vereinbarung, welche die Kantone aufgrund des Protokolls vom 30. März 2012 zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen abschliessen, so wird vermutet, dass die Anforderungen dieses Gesetzes eingehalten werden.» Diese Bestimmung ist per 1. Januar 2021 in Kraft getreten.

⁴⁹ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 36.

⁵⁰ Art. 3a Stromversorgungsgesetz (StromVG; SR 734.7) und Art. 60 Abs. 3^{bis} Wasserrechtsgesetz (WRG; SR 721.80).

⁵¹ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 39, m. w. H.

⁵² Die Verleihung einer Konzession oder die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe kann demnach als «öffentlicher Auftrag» gelten, wenn die Voraussetzungen dazu gemäss Art. 9 IVöB (Zukommen von ausschliesslichen oder besonderen Rechten, Wahrnehmung dieser im öffentlichen Interesse und Entgelt oder Abgeltung dafür) gegeben sind.

Nach Auffassung des Rechtsgutachters, bedeutet die in dieser Bestimmung statuierte Vermutung, dass die Ausschreibungspflicht von Artikel 9 IVöB diejenige von Artikel 2 Absatz 7 BGBM überlagert. Dies sei insofern folgerichtig, als die beschaffungsrechtliche Ausschreibungspflicht hinsichtlich Verfahren und Zuschlagskriterien strengere Anforderungen aufstelle. Mit einer beschaffungsrechtlichen Ausschreibung nach Artikel 9 IVöB ist den Vorgaben von Artikel 2 Absatz 7 BGBM Rechnung getragen.⁵³

Soweit die Ausschreibungspflicht von Artikel 9 IVöB jedoch aufgrund eines Ausnahmetatbestandes keine Anwendung finde oder die IVöB zu einer Verfahrensfrage keine Regelung aufstellt, bleibe die Ausschreibungspflicht nach Artikel 2 Absatz 7 BGBM massgebend.⁵⁴ Dies würde gleichfalls im Falle des Unterschreitens der beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte gelten, sofern die Vergabe eines Rechts zugleich die Voraussetzungen von Artikel 2 Absatz 7 BGBM und Artikel 9 IVöB erfüllt. Die Anwendung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM ergibt sich schliesslich auch aus dem Vorrang des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht.

3.5 Rechtsfolgen

Sind die Voraussetzungen von Artikel 2 Absatz 7 BGBM erfüllt und geht keine andere Bestimmung des Bundesrechts (Spezialgesetz) oder des (inter-)kantonalen Beschaffungsrechts (Art. 9 IVöB) vor, hat die Vergabebehörde eine Ausschreibung durchzuführen, die Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf.⁵⁵ Das Diskriminierungsverbot ist direkter Ausdruck des Gesetzeszwecks und des Zwecks von Artikel 2 Absatz 7 BGBM, allen Erwerbstätigen und Unternehmen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz gleichberechtigten Zugang zum Markt zu gewährleisten.⁵⁶ In prozeduraler Hinsicht wird dies mit der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens verwirklicht, das auf transparenten und sachlichen Auswahlbedingungen beruht.⁵⁷

Mit einer Ausschreibung lädt die zuständige Behörde von Amtes wegen mittels öffentlicher Publikation potenzielle Bewerber ein, innert einer bestimmten Frist eine Eingabe einzureichen. Ein Verzicht auf Ausschreibung einer Monopolkonzession lässt sich nur nach Massgabe der strengen Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM rechtfertigen.⁵⁸ Ein Einladungsverfahren oder die Publikation eines Gesuchs genügen nicht den Anforderungen an eine Ausschreibung im Sinne von Artikel 2 Absatz 7 BGBM. Die Anforderungen des Beschaffungsrechts gemäss Artikel 5 BGBM sowie nach kantonalem oder interkantonalem Recht sind laut Rechtsprechung nicht auf die von Artikel 2 Absatz 7 BGBM vorgesehene Ausschreibung anwendbar. Das Ausschreibungsverfahren im Sinne des BGBM kann flexibler ausgestaltet werden als die Vergabe von Beschaffungsaufträgen. Insbesondere muss das Verfahren nicht unbedingt auf die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne des besten Preis-/Leistungsverhältnisses ausgerichtet sein. Andere Kriterien, bspw. das öffentliche Interesse an einem gewissen Niveau von Umweltschutz, können ebenfalls für den Vergabeentscheid herangezogen werden.⁵⁹

⁵³ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 42

⁵⁴ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 42.

⁵⁵ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 43.

⁵⁶ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 46.

⁵⁷ BGE 143 II 598 E. 4.1.2

⁵⁸ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 48.

⁵⁹ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 44 f., m. w. H.

3.6 Unterstellung der einzelnen Instrumente

In diesem Kapitel wird untersucht, inwieweit die einzelnen in Kapitel 2.1 skizzierten Instrumente, die zu geschlossenen Märkten führen, unter den Begriff der kantonalen oder kommunale Monopole gemäss Artikel 2 Absatz 7 BGBM oder unter das Beschaffungsrecht (insbesondere Art. 9 IVöB) zu subsumieren sind. Zudem wird in diesem Kapitel am Ende darauf eingegangen, wie sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Artikel 2 Absatz 7 BGBM entwickelt hat und welche Ansätze das Bundesgericht dabei angewendet hat.

3.6.1 Monopolkonzessionen

Die Vergabe von kantonalen und kommunalen Monopolkonzessionen an Private wird in Artikel 2 Absatz 7 BGBM explizit genannt. Sie ist somit nach dieser Bestimmung ausschreibungspflichtig.

Die Vergabe von Monopolkonzessionen, mit denen zugleich eine öffentliche Aufgabe auf den Konzessionär übertragen wird, muss gemäss den Bestimmungen des Beschaffungsrechts (insbesondere Art. 9 IVöB) ausgeschrieben werden. Einer Auslegung nach Wortlaut und Systematik folgend kann argumentiert werden, dass Artikel 9 IVöB zudem auch die Vergabe von Konzessionen erfasst, wenn damit Sonderrechte für die Erfüllung eines öffentlichen Interesses erteilt werden, ohne dass damit auch eine öffentliche Aufgabe verbunden ist. Wie weit Artikel 9 IVöB geht, also ob die Vergabe einer Konzession «bloss» eines öffentlichen Interesses bedarf oder ob damit auch eine öffentliche Aufgabe verbunden sein muss, ist von der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Wenn die Vergabe einer Monopolkonzession oder einer Konzession des öffentlichen Dienstes (*concession de service public*) sowohl unter die Ausschreibungspflicht nach dem BGBM (Art. 2 Abs. 7 BGBM) als auch die unter Ausschreibungspflicht nach dem Beschaffungsrecht (Art. 9 IVöB) fällt, ist Letzteres prinzipiell massgebend (vgl. Art. 5 BGBM; siehe hierzu zudem auch Abschnitt 3.4).⁶⁰ Falls sowohl Artikel 2 Absatz 7 BGBM als auch Artikel 9 IVöB erfüllt sind, aber die Schwellenwerte des Beschaffungsrechts für eine öffentliche Ausschreibung nicht erreicht werden, so ist grundsätzlich Artikel 2 Absatz 7 BGBM anzuwenden, der keine beschaffungsrechtlichen Schwellenwerte vorsieht.⁶¹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es zurzeit noch unsicher ist, ob Artikel 9 IVöB auf die Vergabe von Monopolkonzessionen bzw. Konzessionen des öffentlichen Dienstes anwendbar ist, deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt, ohne dass mit ihnen zugleich eine öffentliche Aufgabe übertragen wird. Solche Übertragungen von ausschliesslichen Rechten werden jedoch grundsätzlich von Artikel 2 Absatz 7 BGBM erfasst.⁶² Unabhängig von der anwendbaren Vorschrift bleibt jedoch die Pflicht der Behörde bestehen, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

3.6.2 Sondernutzungskonzessionen

Durch die Vergabe von Konzessionen auf Sondernutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch an die verschiedenen Anbieterinnen und Anbieter schafft der Staat

⁶⁰ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 48 ff., m. w. H. Analog kann betreffend die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen argumentiert werden (vgl. nachfolgend Abschnitt 3.6.2). Allerdings ist diesbezüglich von der Rechtsprechung noch nicht geklärt, ob und inwiefern Artikel 9 IVöB auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist (vgl. Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 53).

⁶¹ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 40.

⁶² Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 81.

ein faktisches Monopol (bspw. für den Bau eines Bootssteiges an einem Gewässer). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nicht nur rechtliche, sondern auch faktische Monopole von Artikel 2 Absatz 7 BGBM erfasst. Entsprechend ist die Vergabe von Konzessionen auf Sondernutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gemäss diesem Artikel auszuschreiben.⁶³ Unter Artikel 2 Absatz 7 BGBM fällt auch die Vergabe der bestimmungsgemässen Sondernutzung von Verwaltungssachen, also von öffentlichen Sachen, die für spezifische staatliche Aufgaben bestimmt sind (bspw. Verwaltungsgebäude, öffentliche Schulen, Spitäler etc.). Im Gegensatz dazu stellt die Überlassung von Nutzungsrechten an staatlichem Finanzvermögen, das nicht unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, keine Vergabe im Sinne von Artikel 2 Absatz 7 BGBM dar, weil das Finanzvermögen gemäss Bundesgericht kein faktisches Monopol begründen kann.⁶⁴ Nach Auffassung des Rechtsgutachters kann Verfügungsmacht über eine Sache im Finanzvermögen dem Staat in gewissen Fällen dennoch eine faktische Monopolstellung vermitteln. Wenn Unternehmen aufgrund dessen Nutzung einen derartigen Wettbewerbsvorteil erlangen, dass andere Anbieter im relevanten Markt nicht konkurrenzfähig sind, sei auch Artikel 2 Absatz 7 BGBM anzuwenden, auch wenn das Finanzvermögen nicht unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient.⁶⁵

Die Frage der Ausschreibepflicht von Artikel 2 Absatz 7 BGBM für die ausserordentliche, d. h. nicht bestimmungsgemässe Nutzung von Verwaltungssachen wurde bis anhin noch nicht höchstrichterlich geklärt. Solche Nutzungen bestehen darin, dass staatliche Behörden oder staatlich beherrschte Unternehmen ihre Verwaltungssachen ausserhalb der öffentlichen Aufgaben gegen Entgelt Privaten zur Verfügung stellen (bspw. die Vermietung von Hörsälen in Universitätsgebäuden an private Veranstalter). Solange dadurch keine Ausschlusswirkungen entstehen, Private also nicht auf den Zugang der Verwaltungssachen angewiesen sind, kann wie beim Zugang zum Finanzvermögen argumentiert werden, dass die Übertragung des Rechts auf ausserordentliche Nutzung der Verwaltungssache der Ausschreibungspflicht von Artikel 2 Absatz 7 BGBM nicht unterstehen sollte. Wie beim Finanzvermögen kann aber auch die Überlassung von Verwaltungssachen zur ausserordentlichen Nutzung aufgrund der damit verbundenen Wettbewerbsvorteile eine Ausschlusswirkung entfalten. In solchen Fällen ist nach Auffassung des Rechtsgutachters von einer faktischen Monopolstellung des Verwaltungsträgers auszugehen und entsprechend Artikel 2 Absatz 7 BGBM anzuwenden.⁶⁶

Gemäss Bundesgericht spielt die Bezeichnung des Instruments (bspw. Konzession, Bewilligung, verwaltungsrechtlicher Vertrag) für die Vergabe von Rechten auf Sondernutzung öffentlicher Sachen keine Rolle.⁶⁷

Unsicherheit besteht hinsichtlich der Frage, ob Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf Projekte anwendbar ist, die auf unternehmerische Eigeninitiative zurückgehen. Nach Analyse des Rechtsgutachters ist das Bundesgericht in einem Entscheid vermutlich der Auffassung der Vorinstanz gefolgt, dass Artikel 2 Absatz 7 BGBM in solchen Fällen nicht anwendbar ist. Der Rechtsgutachter selbst ist der Auffassung, dass Artikel 2 Absatz 7

⁶³ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 41, m. w. H.

⁶⁴ Das kann ein Hotel und ein Restaurant im Finanzvermögen der öffentlichen Hand sein. Eine Ausschreibung für dessen Betrieb untersteht nicht Art. 2 Abs. 7 BGBM; Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 55.

⁶⁵ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 54 f., m. w. H.

⁶⁶ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 56, m. w. H.

⁶⁷ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 57, m. w. H.

BGBM anwendbar bleibt, ein Verzicht auf eine Ausschreibung aber gestützt auf die Rechtfertigungsgründe gemäss Artikel 3 BGBM möglich ist.⁶⁸

Allerdings können Wettbewerbsbeeinträchtigungen bis hin zu monopolartigen Strukturen resultieren, wenn die Nutzung von öffentlichen Gütern nicht ausgeschlossen werden muss, falls ihr ein Antrag von Privaten vorausgeht. Aus ökonomischer Perspektive ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Vergabe der Nutzung einer öffentlichen Sache auf Initiative des Staates zurückzuführen ist oder auf Initiative eines Privaten. Entscheidend sollte lediglich die Frage sein, inwiefern durch die Vergabe eine einseitige Bevorzugung eines bestimmten Marktakteurs erwächst.

In Bezug auf die IVöB ist unklar, inwiefern deren Artikel 9 auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist. Ausgehend von seiner Entstehungsgeschichte kann argumentiert werden, dass seine Anwendung auf diese Vergaben nicht vorgesehen ist. Allerdings ist es denkbar, dass öffentliche Aufgaben mit Sondernutzungskonzessionen zusammen vergeben werden könnten, oder dass deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt.⁶⁹

Zusammenfassend sind Vergaben von Sondernutzungskonzessionen in jedem Fall Artikel 2 Absatz 7 BGBM unterstellt. Allerdings ist mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Artikel 9 IVöB unsicher, ob diese Bestimmung auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist.⁷⁰ Auch in diesem Fall bleibt jedoch, unabhängig von der Anwendbarkeit von Artikel 9 IVöB, die Pflicht der Behörde zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung bestehen.

3.6.3 Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch

Die Anwendung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch ist in der Lehre umstritten. Bejaht wurde die Unterstellung solcher Bewilligungen unter die Ausschreibungspflicht nach Artikel 2 Absatz 7 BGBM in der kantonalen Gerichtspraxis und der Verwaltungspraxis der Wettbewerbskommission.⁷¹ Das Bundesgericht hat diese Frage bisher noch nicht explizit entschieden.⁷² Namentlich ist es fraglich, ob sich aus der Unterstellung von faktischen Monopolen unter Artikel 2 Absatz 7 BGBM folgern lässt, dass auch die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch von dieser Bestimmung erfasst ist. Infolge der Begrenztheit der Zahl von Anbietern beim gesteigerten Gemeingebrauch kann argumentiert werden, dass die Wettbewerbssituation dieselbe wie bei der Sondernutzung von öffentlichen Sachen sowie der Nutzung von rechtlichen Monopolen sein kann. Gemäss dieser Argumentation, einer Auslegung nach Sinn und Zweck des BGBM sowie unter Berücksichtigung der verfassungsmässigen Vorgaben der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), des Gleichbehandlungsgebots⁷³ sowie des Willkürverbots (Art. 9 BV), sollte in solchen Fällen Artikel 2 Absatz 7 BGBM zur Anwendung kommen. Dazu bestehen insgesamt jedoch mangels eines Grundsatzurteils des Bundesgerichts rechtliche Unsi-

⁶⁸ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 59, m. w. H.

⁶⁹ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 53, m. w. H.

⁷⁰ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 81.

⁷¹ Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 21. Juli 2014, RPW 2014/3 650, E. 3.5 betreffend Vergabe von Bewilligungen für den Betrieb von Marroniständen; WEKO-Empfehlung, usage du sous-sol, Rz. 4; WEKO-Empfehlung, Taxi Genf, Rz. 31.

⁷² Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 60 f., m. w. H.

⁷³ BGE 128 I 136, E. 4.1

cherheiten.⁷⁴ Das Gemeinwesen muss gemäss Bundesgericht das Bewilligungsverfahren zumindest so ausgestalten, dass möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden. Dies bedeute auch, dass der Staat Rechte auf gesteigerte Nutzung öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken in einem offenen Verfahren vergeben muss.⁷⁵ Jedenfalls wäre aus ökonomischer Perspektive die Ausschreibung einer Vergabe auch bereits angezeigt, wenn dem Nutzer daraus erhebliche Vorteile erwachsen und nicht erst, wenn aus der Nutzung eine monopolähnliche Stellung resultiert. Insofern ist die bisherige Gerichtspraxis der Kantone zu begrüssen.

Betreffend die Anwendung der IVöB hält deren Musterbotschaft, analog zur Botschaft des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)⁷⁶, fest, dass die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht immer dann erfolgt, wenn die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe infrage steht. Der Begriff wird in dem Sinne verwendet, dass eine private Anbieterin mit der Verleihung Rechte erhält, die ihr vorher nicht zustanden. Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen, hier werden beispielhaft Sondernutzungskonzessionen (siehe Abschnitt 3.6.2) genannt, oder die der Bewerberin kein Alleinstellungsmerkmal vermitteln, sollen gemäss der Musterbotschaft nicht erfasst werden (wobei dies zurzeit unsicher ist, vgl. Abschnitt 3.6.2). Für Kantone und Gemeinden gilt in diesem Zusammenhang die Ausschreibepflicht nach Artikel 2 Absatz 7 BGBM.

Zusammenfassend fehlt bis anhin eine bundesgerichtliche Klärung der Anwendbarkeit von Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeindegebrauch. Allerdings hat das Bundesgericht anerkannt, dass das Gemeinwesen zur Gewährleistung der Gleichbehandlung der Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Art. 27 und Art. 94 BV) Rechte auf gesteigerte Nutzung öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken in einem offenen Verfahren vergeben muss.⁷⁷

3.6.4 Kontingentbewilligungen

Das Bundesgericht hat bisher die Frage, ob Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf die Gewährung von Kontingentbewilligungen anwendbar ist, nicht thematisiert. Nach Kenntnis des Bundesrates gibt es dazu auch keine kantonale Rechtsprechung. Damit besteht auch betreffend die Subsumtion von Kontingentbewilligungen unter Artikel 2 Absatz 7 BGBM eine gewisse Unsicherheit.⁷⁸ Mit Blick auf den Zweck des BGBM, Erwerbstätigen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 BGBM), kann argumentiert werden, dass die Vergabe von Kontingentbewilligungen durch kantonale und kommunale Behörden ebenfalls der Ausschreibungspflicht von Artikel 2 Absatz 7 BGBM unterstehen.⁷⁹

Zusammenfassend ist die Frage, inwiefern Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf die Vergabe von Kontingentbewilligungen bzw. wirtschaftspolitischen Bewilligungen Anwendung findet, bisher vom Bundesgericht noch nicht geklärt worden.⁸⁰

⁷⁴ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 63 ff. m. w. H. auch auf abweichende Lehrmeinungen.

⁷⁵ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 64, m. w. H.

⁷⁶ SR **172.056.1**; BBI **2017** 1851, S. 1899

⁷⁷ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 81.

⁷⁸ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 69.

⁷⁹ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 68.

⁸⁰ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 81.

3.6.5 Leistungsaufträge

Die Erteilung eines Leistungsauftrags kann mit der Übertragung eines Monopolrechts verbunden sein, namentlich mit der Verleihung einer Konzession zur Monopol- oder Sondernutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Beispiele dafür sind Leistungsaufträge im Bereich des öffentlichen Regionalverkehrs oder der Erbringung von monopolisierten Rettungsdienstleistungen. Ist die Übertragung des Monopolrechts selbst Artikel 2 Absatz 7 BGBM unterstellt, so ist diese Bestimmung – und damit die Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung – auch auf die Erteilung des mit der Ausübung des Monopolrechts verknüpften Leistungsauftrags anwendbar.⁸¹

Ausser in Fällen einer Kombination von Leistungsaufträgen mit der Übertragung von Monopolrechten ist fraglich, ob Artikel 2 Absatz 7 BGBM für die Erteilung von Leistungsaufträgen gilt. Wenngleich die Rechtsprechung dies noch nicht anerkannt hat, könnte argumentiert werden, dass die Ausschreibungspflicht nach Artikel 2 Absatz 7 BGBM auch für die Erteilung von Leistungsaufträgen (ohne die genannte Kombination) gelten müsse – zumindest in Fällen, in denen diese Leistungsaufträge zu einer Marktschliessung führen.⁸²

Gleichsam ist – zumindest seit der letzten Totalrevision des Beschaffungsrechts auf Bundes- und Kantonebene (IVöB) im Jahr 2019 – die Anwendbarkeit von Artikel 9 IVöB auf die Vergabe von öffentlichen Leistungsaufträgen, die nicht mit der Übertragung eines rechtlichen oder faktischen Monopols verbunden sind, offen.⁸³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine bundesgerichtliche Klärung der Anwendbarkeit von Artikel 2 Absatz 7 BGBM bzw. 9 IVöB auf Leistungsaufträge ohne Übertragung eines rechtlichen oder faktischen Monopols bisher fehlt. Ist die Vergabe von Leistungsaufträgen jedoch mit der Übertragung eines rechtlichen oder faktischen Monopols verbunden, so untersteht sie sowohl Artikel 2 Absatz 7 BGBM als auch Artikel 9 IVöB.⁸⁴

3.6.6 Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen

Geschlossene Märkte können auch auf sozialversicherungsrechtliche Zulassungen zurückzuführen sein, falls diese mengenmässig beschränkt und die Anbieter auf sie angewiesen sind, um konkurrenzfähig zu sein. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen können mit einem Leistungsauftrag verknüpft sein, wie dies beispielsweise im Spitalbereich der Fall ist.

Die Frage nach der Anwendung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf geschlossene Märkte infolge sozialversicherungsrechtlicher Zulassung wurde bis anhin noch nicht bundesgerichtlich geprüft. Ungeachtet dessen kann allerdings auch hier argumentiert werden, dass solche Zulassungsbedingungen zu Marktschliessungen führen können und deshalb Artikel 2 Absatz 7 BGBM Anwendung finden sollte.⁸⁵

⁸¹ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 71.

⁸² Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 72.

⁸³ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 73 ff.

⁸⁴ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 81.

⁸⁵ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 79 f.

Zusammenfassend fehlt es bis anhin an einer bundesgerichtlichen Klärung, inwiefern Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf die Vergabe von sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen angewendet werden kann.⁸⁶

3.6.7 Fazit zur Unterstellung der einzelnen Instrumente

Die vorangehenden Abschnitte haben aufgezeigt, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Artikeln 2 Absatz 7 BGBM und 9 IVöB und zu deren Anwendbarkeit auf die betrachteten Kategorien an geschlossenen Märkten noch nicht überall Klärung gebracht hat. Dies betrifft insbesondere sozialversicherungsrechtliche Zulassungen, Leistungsaufträge und Kontingentbewilligungen. Allerdings zeigen die Analysen auch, dass sich die Rechtsprechung entwickelt und deren Richtung in der Tendenz in einen breiter werdenden Anwendungsbereich der beiden Bestimmungen zeigt. Sowohl aus rechtstaatlichen als auch aus ökonomischen Gründen ist diese Richtung sinnvoll. Gestützt wird sie auch durch die weitere bundesgerichtliche Rechtsprechung, wie zur Anwendung von offenen Verfahren bei der Vergabe von Rechten zum gesteigerten Gemeingebrauch mit Bezug auf die Gleichbehandlung der Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Art. 27 und Art. 94 BV).

3.7 Ansätze in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht die wirtschaftsverwaltungsrechtliche Qualifikation eines Vorgangs Ausgangspunkt einer Analyse für eine Anwendung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM. Das Bundesgericht wendet Artikel 2 Absatz 7 BGBM jeweils direkt an und prüft im Einzelfall das Vorliegen der in dieser Bestimmung enthaltenen Tatbestandselemente. Eine Kategorisierung, ob es sich dabei zum Beispiel um eine Sondernutzungskonzession oder um einen Leistungsauftrag handelt, nimmt das Bundesgericht nicht vor. Eine solche Prüfung ist für die Rechtsanwendung auch nicht erforderlich.

Das Bundesgericht konnte in den letzten Jahren seine Praxis zu Artikel 2 Absatz 7 BGBM konkretisieren und verfeinern. So hat das Bundesgericht den Plakataushang, anzahlmässig beschränkte Taxibewilligungen und den Betrieb einer Autobahnraststätte und insbesondere den Betrieb eines Stadttheaters der Ausschreibungspflicht von Artikel 2 Absatz 7 BGBM unterstellt.⁸⁷ Damit hat das Bundesgericht den anfangs umstrittenen Monopolbegriff sukzessive präzisiert und auch ausgeweitet. Insbesondere im «Theaterfall» hat sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung von einem herkömmlichen Monopolbegriff entfernt und im Ergebnis auch der Literatur folgend auf beschränkt verfügbare Rechte des Gemeinwesens abgestellt. Diese Rechtsprechung ist auch für besprochenen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fälle bedeutsam und trägt der Rechtssicherheit bei. Die weiteren Tatbestandselemente, wie sie hier im Bericht vorstehend beschrieben sind, stellen bei der Rechtsanwendung selten Probleme dar.

⁸⁶ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 81.

⁸⁷ BGE 143 II 598 E. 4.1.1; BGE 145 II 303 E. 6; Urteil des BGer 2C_351/2017 vom 12.4.2018. Bejaht wurde die Ausschreibungspflicht implizit für die Bewilligung von Helikopterrettungsflügen (Urteil des BGer 2C_697/2019 vom 21.8.2020, E. 2.2).

4 Ist eine Anpassung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM erforderlich?

Die vorangehenden, insbesondere auf dem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Bernhard Rüttsche beruhenden Analysen haben gezeigt, dass Artikel 2 Absatz 7 BGBM im Verbund mit Artikel 9 IVöB den erforderlichen Auslegungsspielraum lässt, um die Vergabe aller Arten von Rechten, die einen Zugang zu geschlossenen Märkten vermitteln, der Ausschreibungspflicht zu unterstellen. Eine Vielzahl von Auslegungsfragen zu Artikel 2 Absatz 7 BGBM wurde in den vergangenen Jahren durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geklärt. Konkretisiert wurden insbesondere die Anwendung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM und der darin enthaltene Monopolbegriff. Es kann davon ausgegangen werden, dass durch weitere Entscheide des Bundesgerichts noch bestehende Unsicherheiten zunehmend reduziert werden. Dies kann schliesslich auch für die neue Bestimmung des Artikels 9 IVöB gelten, wobei die IVöB von einigen Kantonen noch nicht ratifiziert worden ist. Werden die einzelnen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Kategorien betrachtet, ergeben sich die folgenden Ergebnisse:⁸⁸

- *Monopolkonzessionen*: Mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Artikel 9 IVöB ist derzeit unsicher, ob diese Bestimmung auf die Vergabe von Monopolkonzessionen bzw. Konzessionen des öffentlichen Dienstes anwendbar ist, deren Ausübung im öffentlichen Interesse liegt, ohne dass mit ihnen eine öffentliche Aufgabe übertragen wird. Solche Vergaben sind jedoch grundsätzlich Artikel 2 Absatz 7 BGBM unterstellt.
- *Sondernutzungskonzessionen*: Die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen ist in jedem Fall Artikel 2 Absatz 7 BGBM unterstellt. Mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Artikel 9 IVöB ist aber unsicher, ob auch diese Bestimmung auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist.
- *Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch*: Während von einigen Kantonsgerichten und in der Praxis der Wettbewerbskommission bereits Position bezogen wurde, ist die Anwendbarkeit von Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf die Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden. Immerhin hat das Bundesgericht anerkannt, dass das Gemeinwesen zur Gewährleistung der Gleichbehandlung der Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Art. 27 und Art. 94 BV) derartige Bewilligungen zu wirtschaftlichen Zwecken in einem offenen Verfahren vergeben muss.
- *Kontingentbewilligungen*: Die Anwendbarkeit von Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf die Vergabe von Kontingentbewilligungen bzw. wirtschaftspolitischen Bewilligungen ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden. Das Bundesgericht könnte aber die in der eigenen Gerichtspraxis entwickelten Kriterien anwenden.
- *Leistungsaufträge*: Ist die Vergabe eines Leistungsauftrags mit der Übertragung eines rechtlichen oder faktischen Monopols verbunden, untersteht sie sowohl Artikel 2 Absatz 7 BGBM als auch Artikel 9 IVöB. In den übrigen Fällen ist mangels bundesgerichtlicher Praxis zu Artikel 9 IVöB unsicher, inwieweit sich für die Vergabe von Leistungsaufträgen eine Ausschreibungspflicht ergibt.

⁸⁸ Rechtsgutachten RÜTSCHÉ, Rz. 81.

- *Sozialversicherungsrechtliche Zulassungen*: Die Anwendbarkeit von Artikel 2 Absatz 7 BGBM auf die Vergabe von sozialversicherungsrechtlichen Zulassungen ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt worden.

In Bezug auf gewisse Rechte – Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch, Kontingentbewilligungen, Leistungsaufträge ohne Monopolrechte und sozialversicherungsrechtliche Zulassungen – hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Ausschreibungspflicht aufgrund von Artikel 2 Absatz 7 BGBM bisher nicht explizit bestätigt, aber auch nicht dementiert. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung setzt in der Regel direkt bei Artikel 2 Absatz 7 BGBM an. Bezüglich Artikel 9 der IVöB aus dem Jahr 2019 besteht noch keine bundesgerichtliche Rechtsprechung, da die IVöB von den Kantonen erst vor kurzem oder noch nicht eingeführt wurde. Dies bedeutet, dass zurzeit im Hinblick auf die Zielsetzung der dem Postulat zugrundeliegenden Motion 15.3399 Caroni, ein faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone zu verwirklichen, gewisse Unsicherheiten bestehen.

Der Bundesrat teilt allerdings die Auffassung des Gutachters, dass eine Revision von Artikel 2 Absatz 7 BGBM und Artikel 9 IVöB derzeit nicht angezeigt ist. Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung hat auch die Vergabe von Rechten auf Nutzung faktischer (und nicht nur rechtlicher) Monopole unter Artikel 2 Absatz 7 BGBM subsumiert.

Nach Auffassung des Bundesrates ist abzuwarten, wie sich die Praxis bei der Übertragung von Rechten beim Zugang zu geschlossenen Märkten weiterentwickelt. Die punktuell noch bestehende Rechtsunsicherheit ist mit Blick auf die bereits geklärten Fragen auch mittelfristig ohne Weiteres akzeptierbar. Ebenfalls ist abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung zur erst seit kurzem revidierten IVöB entwickelt. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass sich in Bezug auf diese neue beschaffungsrechtliche Regelung zuerst eine Anwendungspraxis bilden muss, bevor beurteilt werden kann, ob hier ein weiterer gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Die Richtung der Rechtsprechung geht nach den vorliegenden Analysen in der Tendenz hin zu einer breiter werdenden Anwendung der beiden Bestimmungen.

Eine breitere Anwendung dieser Bestimmungen wäre aus ökonomischer Sicht angezeigt und wünschenswert. Demnach sollten nach Ansicht des Bundesrates grundsätzlich alle wirtschaftlichen Tätigkeiten in den Anwendungsbereich der beiden Bestimmungen fallen. Als massgebliches Kriterium dafür kann die Möglichkeit eines Marktes mit mehreren Anbietern und Nachfragern herangezogen werden. Nach diesem Kriterium wäre klar, dass öffentliche Aufgaben, für die ein solcher Markt existiert (bspw. im Bildungs- oder im Gesundheitsbereich), in den Anwendungsbereich der Bestimmungen fallen sollten. Ebenso Anwendung finden sollten die Bestimmungen aber auf Tätigkeiten, die nicht klar mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden sind und damit nicht eindeutig als hoheitlich zu bezeichnen sind (vgl. auch Abschnitt 3.2.2). Dazu gehören namentlich die Tätigkeiten von freiberuflichen Notarinnen und Notaren, Officialverteidigerinnen und Officialverteidigern sowie Gerichtsgutachterinnen und Gerichtsgutachtern. Damit würde dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung der Schweizer Wirtschaft effektiver Rechnung getragen.

Anhang

19.4379

Postulat Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone

Wortlaut des Postulates vom 18.10.2019

Der Bundesrat wird beauftragt, Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes zu analysieren und mögliche Optionen zur Verbesserung aufzuzeigen.

Begründung

Der Bundesrat hielt in seiner Antwort auf die Motion Caroni 15.3399, «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone», fest:

«Auch für den Bundesrat ist ein gut funktionierender Binnenmarkt mit einem diskriminierungsfreien Marktzugang ein wichtiges Anliegen. Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM) trägt einen unverzichtbaren Teil dazu bei, indem er Kantone und Gemeinden verpflichtet, die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auszuschreiben.

Aufgrund der heutigen Informationsgrundlagen wäre es für den Bundesrat hingegen verfrüht, bereits einen verbindlichen Auftrag für eine Anpassung der Bestimmung zu erteilen. Besser wäre, vorerst eine Auslegeordnung zu Artikel 2 Absatz 7 BGBM zu erstellen und allfällige Schwierigkeiten bei der Anwendung der Bestimmung im Detail zu eruieren. Erst gestützt darauf kann die Frage, ob die Bestimmung verbessert werden soll, seriös beantwortet werden. Der Bundesrat ist bereit, die entsprechenden Untersuchungen im Zusammenhang mit der Umsetzung des Postulates Caroni 15.3398, 'Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes', anzustellen.» Allerdings hat sich der Bundesrat im erwähnten Postulatsbericht dann doch nur zur Bundesebene, nicht aber zur Ebene der Kantone bzw. des Binnenmarktes (Art. 2 Abs. 7 BGBM) geäußert.

Im Rahmen des vorliegenden Kommissionspostulates kann der Bundesrat dies nachholen. Dabei kann er auch die seit Einreichung der Motion erfolgte Rechtsprechung sowie die laufende Revision der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen einbeziehen. Im Resultat erhält die WAK-S auch die Entscheidungsgrundlage für die vom Nationalrat bereits angenommene Motion 15.3399.