



Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2013/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 145.- Ausland
(Form: 727.000.13/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 145.- estero

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2013/1

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

April/avril/aprile 2013

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2013/1

A	Tätigkeitsberichte	
A 1	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2012 der Wettbewerbskommission	1
	2. Rapport annuel 2012 de la Commission de la concurrence	17
	3. Rapporto annuale 2012 della Commissione della concorrenza	33
	4. Annual Report 2012 of the Competition Commission	49
B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. Rotkreuz-Notrufsystem	65
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup	80
	2. Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine	83
	3. A4 Limited/B SA	85
	4. PubliGroupe/ImproveDigital	93
	5. Swatch Group AG/Harry Winston Holdings Inc.	101
	6. Verfügung in Sachen Schweizerische Post/La Poste	103
	7. BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.	106
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.04.2010	114
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	138
	Index (deutsch, français e italiano)	140

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2012 der Wettbewerbskommission
------	---

Inhalt

1	Vorwort des Präsidenten	2	5	Spezialthema des Jahres 2012: Binnenmarkt Schweiz	13
2	Wichtigste Entscheide 2012	3	5.1	Das Binnenmarktgesetz	13
3	Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen	4	5.2	Die Aufsichtsfunktion der WEKO	13
3.1	Bau	4	5.3	Recht auf Marktzugang	14
3.1.1	Der Dienst Bau stellt sich vor	4	5.4	Kantonales und kommunales Beschaffungswesen	15
3.1.2	Untersuchungen	4	5.5	Übertragung der Nutzung von Monopolen auf Private	16
3.1.3	Beschwerdeverfahren	4			
3.1.4	Informelle Gespräche, Marktbeobachtungen und Beratungen	4			
3.1.5	Prävention und Information	5			
3.2	Dienstleistungen	5			
3.2.1	Finanzdienstleistungen	5			
3.2.2	Freie Berufe und freiberufliche Dienstleistungen	5			
3.2.3	Gesundheitswesen	7			
3.3	Infrastruktur	7			
3.3.1	Telekommunikation	7			
3.3.2	Medien	8			
3.3.3	Energie	8			
3.3.4	Weitere Bereiche	9			
3.4	Produktmärkte	9			
3.4.1	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	9			
3.4.2	Uhrenindustrie	9			
3.4.3	Automobilsektor	10			
3.4.4	Landwirtschaft	10			
3.5	Binnenmarkt	10			
3.6	Ermittlungen	10			
3.7	Internationales	11			
4	Organisation und Statistik	11			
4.1	WEKO und Sekretariat	11			
4.2	Statistik	12			

5 Spezialthema des Jahres 2012: Binnenmarkt Schweiz

5.1 Das Binnenmarktgesetz

Das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) bezweckt den Abbau von Beschränkungen des freien Marktzugangs im öffentlichen Recht der Kantone und Gemeinden und ergänzt so das auf private Wettbewerbsbeschränkungen ausgerichtete Kartellgesetz. Gemäss der Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 BGBM gewährleistet das Binnenmarktgesetz, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang haben. Dies führt zu einer Erleichterung der beruflichen Mobilität und des Wirtschaftsverkehrs innerhalb der Schweiz, zu einer Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft und zu einer Festigung des wirtschaftlichen Zusammenhalts in der Schweiz.

Mit der Teilrevision von 2005 sollte die Durchschlagskraft des BGBM verstärkt werden. Zu diesem Zweck wurden insbesondere das Herkunftsprinzip auf die gewerbliche Niederlassung ausgedehnt und die institutionelle Aufsichtsfunktion der WEKO verstärkt. Das revidierte BGBM ist seit 1. Juli 2006 in Kraft und sieht folgende Marktzugangsgrundsätze vor:

- Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (**Herkunftsprinzip**, Art. 2 Abs. 1-5 BGBM), Anspruch auf beschränkungs-freien Marktzugang (**Beschränkungsverbot**, Art. 3 Abs. 1 BGBM) und Anspruch auf diskriminierungsfreien Marktzugang (**Diskriminierungsverbot**, Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM).

- Anspruch auf **Anerkennung von Fähigkeitsausweisen** (Anerkennungsgrundsatz, Art. 4 BGBM).
- Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen und kommunalen **Beschaffungs-** (Art. 5 BGBM) und **Monopolmärkten** (Art. 2 Abs. 7 BGBM).
- Eng mit diesen Marktzugangsrechten verbunden sind das absolute Verbot der per se Marktzugangsverweigerung (Art. 3 Abs. 1 BGBM), das absolute Verbot des verdeckten Protektionismus (Art. 3 Abs. 3 BGBM) sowie der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

5.2 Die Aufsichtsfunktion der WEKO

Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die WEKO die Einhaltung des BGBM durch Bund, Kantone und Gemeinden. Im Sekretariat ist das Kompetenzzentrum Binnenmarkt mit dieser Aufgabe betraut. Anders als im Bereich des KG hat die WEKO im Bereich des BGBM keine Entscheidkompetenz. Stattdessen verfügt die WEKO über folgende Mittel und Instrumente:

- **Informelle Beratung und Erläuterungen des Sekretariats:** Das Kompetenzzentrum Binnenmarkt beantwortet jedes Jahr zahlreiche Anfragen von Behörden und Unternehmen sowie selbstständig erwerbenden Personen zu binnenmarktrechtlichen Marktzugangsfragen.
- **Empfehlung:** Die WEKO kann Bund, Kantone und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben oder sie kann eine Untersuchung mit einer Empfehlung abschliessen (Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM). Die Empfehlung äussert sich zur Anwendung des BGBM, ist aber für die Empfänger nicht verbindlich.
- **Gutachten:** Auf Anfrage der zuständigen Behörde oder eines Gerichts kann die WEKO in Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren ein Gutachten über die Anwendung des BGBM erstatten (Art. 10 Abs. 1 BGBM).
- **Beschwerde:** Die WEKO verfügt über ein eigenständiges Beschwerderecht um die Frage, ob eine kantonale oder kommunale Verfügung den Marktzugang in binnenmarktrechtswidriger Weise beschränkt, der gerichtlichen Beurteilung zuzuführen (Art. 9 Abs. 2bis BGBM).
- **Publikationsauftrag:** Die WEKO kann kantonale und kommunale Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des BGBM ergehen, in der RPW veröffentlichen (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

Damit die WEKO den gesetzlichen Publikationsauftrag sowie ihr Beschwerderecht in binnenmarktrechtlichen Angelegenheiten überhaupt wahrnehmen kann, führte der Gesetzgeber eine behördliche Mitteilungspflicht ein (Art. 10a Abs. 2 BGBM). Demnach sind die Behörden und Gerichte verpflichtet, der WEKO alle Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des BGBM ergehen, unaufgefordert zuzustellen. Diese Mitteilungspflicht haben die kantonalen Behörden und Gerichte bis anhin nur sehr spärlich wahrgenommen. Das KompZ Binnenmarkt richtete deshalb Ende 2012 ein Rundschreiben an die kantonalen Verwaltungen und Gerichte, mit der Aufforderung, die BGBM-relevanten Verfügungen und Urteile inskünftig der WEKO mitzuteilen bzw. formell zu eröffnen.

5.3 Recht auf Marktzugang

Während das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum BGBM von 1995 dem Föderalismusprinzip gegenüber dem Binnenmarktpinzip mehr Gewicht beigemessen hatte (z.B. BGE 125 I 276; Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 ff., 471), zeigt sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum revidierten BGBM deutlich die vom Gesetzgeber gewünschte verstärkte Durchschlagskraft der Marktzugangsrechte. Wegweisend waren die Urteile BGE 134 II 329 (Praktikantenausbildung als Teil der Anwaltsfreizügigkeit) und BGE 135 II 12 (Freizügigkeit für Psychotherapeuten). Nachdem diese erste Rechtsprechung zum revidierten BGBM im Jahresbericht 2008 (RPW 2009/1, 14 f.) dargestellt wurde, fokussiert die nachfolgende Übersicht auf die Entwicklungen der letzten vier Jahre in den relevanten Sektoren.

Gesundheitswesen: Während die Freizügigkeit für die universitären Gesundheitsberufe seit dem 1. September 2007 neu durch das Medizinalberufegesetz (MedBG; SR 811.11) gewährleistet wird, kommt für alle übrigen, durch die Kantone geregelten Berufe im Gesundheitswesen, nach wie vor das BGBM zum Tragen. In diesem Bereich standen insbesondere Anfragen von Privaten im Vordergrund, welche Probleme beim freien Marktzugang zur Tätigkeit als beispielsweise Psychotherapeut, Zahnprothetiker, Rettungssanitäter, Rettungsdienst und Naturarzt bekunden.

- Das Bundesgericht entschied im Urteil 2C_844/2008 vom 15. Mai 2009, dass einer während gut 15 Jahren im Kanton Zug bewilligungsfrei tätigen Naturheilpraktikerin der Marktzugang im Kanton Tessin nicht mittels Auflagen beschränkt werden darf. Konkret war der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die am Herkunftsort erlangte Berufserfahrung gewährleistet (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM), weshalb das Erfordernis einer Berufszulassungsprüfung im Kanton Tessin als unverhältnismässige Marktzugangsbeschränkung zu qualifizieren war (vgl. RPW 2009/1, 15). Hingegen kann sich gemäss Bundesgerichtsurteil 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 ein im Kanton Appenzell A. Rh. zugelassener Heilpraktiker nicht auf die Rechte gemäss Art. 2 Abs. 4 und Art. 4 BGBM berufen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er die Zulassungsvoraussetzungen am Herkunftsort

nicht erfüllt hat oder in der Zwischenzeit nicht mehr erfüllt.

- Die binnenmarktrechtskonforme Regulierung der kantonalen Rettungsdienste stellt verschiedene Kantone vor gewisse Herausforderungen. Nachdem der Rettungsdienst nach ständiger Praxis des Europäischen Gerichtshofs den Grundfreiheiten des EU-Binnenmarktes untersteht, fällt diese Tätigkeit aufgrund der parallelen Rechtslage zwischen dem Freizügigkeitsabkommen und dem einschlägigen EU-Recht auch in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens und folglich des schweizerischen Binnenmarktrechts. Private Anbieter von Rettungsdiensten haben daher grundsätzlich einen Anspruch auf Zulassung in anderen Kantonen. Für Kantone, die diese Tätigkeit monopolisiert haben, gilt bei der Übertragung der Konzession auf einen Privaten die Ausschreibepflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM.
- Die WEKO führte Beschwerde gegen eine Verfügung des Kantons Zürich, wonach der Marktzugang einer im Kanton St. Gallen als Aktiengesellschaft begründeten Zahnarztpraxis nur unter gewissen Auflagen gewährt wurde. Nachdem das Verwaltungsgericht Zürich in einem anderen Fall entschied, dass gemäss zürcherischem Gesundheitsrecht ambulante ärztliche Institutionen als juristische Personen begründet werden dürfen, wurde die angefochtene Verfügung und damit auch die Beschwerde der WEKO gegenstandslos (Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztpraxis, RPW 2012/3, 526 ff.).
- Das KompZ Binnenmarkt begleitete einen im Kanton Luzern fachlich selbstständig tätigen Rettungssanitäter anlässlich der Marktzugangs- und Bewilligungsverfahren in anderen Kantonen. Eine Auswahl der kantonalen Verfügungen wurde in RPW 2012/3, 530 ff. publiziert und kommentiert. Die Übersicht zeigt, dass die Umsetzung des Herkunftsprinzips bei den kantonalen Behörden nach wie vor zu Problemen führt, beispielsweise wenn eine Tätigkeit im Bestimmungskanton gar nicht vorgesehen ist.
- Die WEKO erstattete am 16. Juli 2012 ein Gutachten zuhanden der Gesundheitsdirektion Zürich zur Frage des Marktzugangs einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh. (RPW 2012/3, 708 ff.). Frau A. ___ verfügte über ein brasilianisches Zahnarztstudium und war seit dem Jahr 2006 als Assistenz Zahnärztin im Kanton Appenzell A. Rh. zugelassen. Die WEKO kam in ihrem Gutachten zum Schluss, dass Frau A. ___ gestützt auf das BGBM auch im Kanton Zürich als Assistenz Zahnärztin tätig werden darf.

Taxigewerbe: Die kantonale bzw. grösstenteils kommunale Regulierung des Taxigewerbes steht vielerorts nach wie vor nicht im Einklang mit dem BGBM. In einem Grundsatzentscheid urteilte das Bundesgericht im Mai 2011, dass Vermittlungszentralen aufgrund von Art. 2 BGBM nicht untersagt werden darf, Fahraufträge an ortsfremde Taxidienste zu vermitteln (Urteil

2C_940/2010 vom 17. Mai 2011). Die WEKO nahm dieses Urteil sowie die vielen Anfragen von Behörden und Taxiunternehmen zum Anlass, die Bedeutung des BGBM für die Regulierung der Taximärkte anhand einer Empfehlung umfassend zu erläutern (RPW 2012/2, 438 ff.). Diese Empfehlung dient den kantonalen und kommunalen Gesetzgebern als Leitlinie für eine binnenmarktrechtskonforme Ausgestaltung der Taxiregulierung. Beispielsweise hat die Stadt Zürich die WEKO-Empfehlungen in ihrer neuen, am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Taxiverordnung umgesetzt. Zudem führte die WEKO erfolgreich Beschwerde gegen Bewilligungsgebühren für ortsfremde Taxidienste des Kantons Genf, die mit dem Grundsatz des kostenlosen Marktzugangsverfahrens gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM nicht vereinbar waren (Arrêt du 27 mars 2012 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève, RPW 2012/2, 449 ff.).

Sanitäre Gewerbe: Gemäss Bundesgerichtsurteil 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011 hat ein in der Gemeinde A. zugelassener Sanitärinstallateur gestützt auf Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM einen Anspruch auf Marktzugang in der Stadt Schaffhausen, auch wenn er nicht über das in der Stadt Schaffhausen geforderte SVGW-Zertifikat verfügt. Ebenfalls im Bereich des Sanitärerwerbes wurde das KompZ Binnenmarkt auf kommunale Gebühren aufmerksam gemacht, die gewisse Gemeinden von ortsfremden Installateuren verlangen. Solche Gebühren verstossen gegen den Grundsatz des kostenlosen Marktzugangsverfahrens gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM. Auf Intervention des KompZ Binnenmarkt hin wurden solche Bewilligungsgebühren auf kommunaler Ebene bereits abgeschafft.

Bildung: Die Lehrtätigkeit an einer öffentlichen Schule ist gemäss BGE 136 II 470 keine hoheitliche Tätigkeit und fällt in den Anwendungsbereich des BGBM (Art. 1 Abs. 3). Eine im Kanton Neuenburg zugelassene Lehrperson für die Sekundarstufen I und II hat gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BGBM grundsätzlich das Recht auf Anerkennung des Fähigkeitsausweises in anderen Kantonen. Art. 4 Abs. 1 BGBM gilt selbst dann, wenn die interkantonale Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen im konkreten Fall keine Anerkennung vorsieht. Entsprechend gilt der Vorbehalt zugunsten der interkantonalen Vereinbarungen gemäss Art. 4 Abs. 4 BGBM nur sofern die interkantonalen Freizügigkeitsregeln das Anerkennungsrecht im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM nicht beschränken. Das Bundesgericht wies den Fall zur Neuurteilung zurück an die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren EDK.

5.4 Kantonales und kommunales Beschaffungswesen

Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften über die öffentliche Beschaffung sind in Art. 5 BGBM geregelt und schreiben folgende Mindeststandards für die kantonale und kommunale Beschaffung vor:

- Das Beschaffungsverfahren muss diskriminierungsfrei sein (Art. 5 und 3 BGBM). Das binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot wirkt nicht nur zugunsten ortsfremder, sondern auch zugunsten ortsansässiger Anbieter (BGE 125 I 406 E. 2; Urteil BGer 2P.151/1999 vom 30.05.2000 E. 1c).

Art. 5 Abs. 1 BGBM gilt folglich als allgemeines Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot für das kantonale und kommunale Beschaffungswesen.

- Umfangreiche Vorhaben sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag im Vergabeverfahren müssen publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 BGBM).
- Beschränkungen des Marktzuganges müssen in Form einer Verfügung erfolgen (Art. 9 Abs. 1 BGBM) und das kantonale Recht muss wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsehen (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

Die in Art. 5 BGBM verankerten Grundsätze des diskriminierungsfreien Zugangs zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten und der Transparenz werden durch das interkantonale, kantonale und gegebenenfalls kommunale Beschaffungsrecht konkretisiert und umgesetzt. Mit anderen Worten sind die konkreten beschaffungsrechtlichen Vorschriften betreffend Schwellenwerte und Vergabeverfahren, Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, Anforderungen an technische Spezifikationen, Eignungs- und Zuschlagskriterien usw. Ausfluss der vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz im Sinne von Art. 5 BGBM. Daraus folgt, dass Verstösse gegen die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, 150.950) und das kantonale oder kommunale Submissionsrecht sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 16 Abs. 1 Bst. b IVöB) gleichzeitig auch als Verstoss gegen Art. 5 BGBM zu qualifizieren sind.

Im Jahr 2012 hat die WEKO erstmals ihr Beschwerde-recht gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM im Rahmen einer kantonalen Beschaffung gegen den Ausschluss eines Anbieters eingesetzt und die Verletzung von Art. 5 BGBM gerügt. Die WEKO machte geltend, dass die Vergabestelle die von ihr definierten Eignungskriterien in einer Art und Weise anwendete, dass am Ende nur ein einziger Anbieter zum Submissionsverfahren zugelassen war und ein günstigerer Anbieter ausgeschlossen wurde. Das Verfahren ist zurzeit beim kantonalen Verwaltungsgericht hängig.

Das KompZ Binnenmarkt erarbeitete ein Ausbildungsmodul zum Thema „Sicherstellung des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen“. Diese Ausbildung wird bereits seit einigen Jahren regelmässig für VertreterInnen kantonalen Beschaffungsstellen und der Bundesbeschaffungsstellen durchgeführt und ist Bestandteil des Schwerpunkts der Bekämpfung von Submissionsabsprachen.

Eine kontinuierliche Tätigkeit des KompZ Binnenmarkt besteht schliesslich in der Vertretung des Sekretariates in der Beschaffungskonferenz des Bundes BKB. Die BKB ist das Strategieorgan der Bundesverwaltung für die Bereiche Güter- und Dienstleistungsbeschaffung. Zu ihren Aufgaben gehören insbesondere Verabschiedung von Leitbildern und Strategien für das öffentliche Beschaffungswesen, die Erarbeitung von Interpretationspapieren zu beschaffungsrechtlichen Fragen sowie die Verabschiedung von Aus- und Weiterbildungskonzepten.

5.5 Übertragung der Nutzung von Monopolen auf Private

Anlässlich der Teilrevision des Binnenmarktgesetzes wurde mit Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Bestimmung eingefügt, wonach die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private mittels Ausschreibung zu erfolgen hat. Zu dieser Bestimmung existiert bis heute relativ wenig Praxis.

Die WEKO erstatte zwei Gutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM mit Bezug auf die Erteilung von Konzessionen für die Erstellung, den Betrieb und Unterhalt elektrischer Verteilanlagen sowie von Konzessionen für das Recht zur Nutzung der Wasserkraft (Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Central-schweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2, 345; Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2, 353). In beiden Fällen erhalten Private eine Sondernutzungskonzession. Mit solchen Sondernutzungskonzessionen verleiht das Gemeinwesen dem Privaten das Recht, öffentlichen Grund und Boden exklusiv zu nutzen. Sondernutzungskonzessionen beruhen auf einem faktischen Monopol. Damit gemeint ist die Möglichkeit des Gemeinwesens, aufgrund seiner Hoheit über öffentliche Sachen Private von gewissen Tätigkeiten auszuschliessen. In grundsätzlicher Weise hält die WEKO fest, dass die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht nur für die Übertragung der Nutzung rechtlicher, d.h. gesetzlich verankerter Monopole, sondern auch für die Nutzungsübertragung faktischer Monopole auf Private gilt.

Vor dem Hintergrund der absehbaren Umsetzungsprobleme mit Bezug auf die Ausschreibung von Verteilnetzkonzessionen erliess die WEKO am 8. März 2010 eine Empfehlung zuhanden des Bundesrates. Darin empfahl sie diesem, im Rahmen der laufenden Revision des Stromversorgungsgesetzes (StromVG) einheitliche Bedingungen für die Ausschreibung von Konzessionen

betreffend die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Verteilanlagen festzulegen. Inzwischen hat der Bundesgesetzgeber spezialgesetzlich geregelt, dass sowohl die Verteilnetz- als auch die Wasserrechtskonzession zwar ohne Ausschreibungsverfahren, aber dafür transparent und diskriminierungsfrei vergeben werden können (Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG; Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 StromVG). Mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung hat der Gesetzgeber das bereits in Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgesehene Kriterium wieder aufgenommen. Fraglich ist nun, wie eine Vergabe transparent und diskriminierungsfrei erfolgen kann, ohne dass eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt wird.

Die Kernfrage, ob gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM neben Monopol- auch Sondernutzungskonzessionen ausgeschrieben werden müssen, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden. Das Bundesgericht hat die Frage in zwei Fällen offengelassen (BGE 135 II 49 [Plakatanschlagstellen auf öffentlichem Grund] und Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 [Bau und Betrieb eines Parkhauses auf öffentlichem Grund]). In der Lehre ist die Frage umstritten, wobei sich die wohl herrschende Lehre inzwischen wie auch die WEKO für die öffentliche Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen ausspricht.

Die Ausschreibepflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM kommt nur zum Tragen, wenn der Staat die Nutzung eines Monopols an einen Privaten auslagert, nicht aber wenn die Nutzung durch das Gemeinwesen selbst erfolgt. In den beiden genannten Gutachten stellte sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Übertragung auf einen „Privaten“ im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM auszugehen ist. Die WEKO kam dabei zum Schluss, dass die Organisationsform der Konzessionsnehmerin für sich alleine ein ungenügendes Kriterium darstellt. Vielmehr ist in Anlehnung an die im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts entwickelte „In-House“ Praxis zu prüfen, ob der Staat auf die Konzessionsnehmerin eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle, und ob die Konzessionsnehmerin ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die konzessionerteilende Stelle verrichtet.