

B 2.	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Empfehlung der WEKO zum Gesetz des Kantons St. Gallen über die Nutzung des Untergrunds

1. Das Baudepartement des Kantons St. Gallen hat am 4. Juni 2015 die Vernehmlassung über das neue Gesetz zur Nutzung des Untergrundes (GNU) sowie den dazu gehörigen erläuternden Bericht eröffnet. Die Wettbewerbskommission (WEKO) und deren Sekretariat sind zuständig für die Überwachung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes (BGBM). Die WEKO kann den Kantonen Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben (Art. 8 Abs. 2 BGBM). Da die kantonale Gesetzesvorlage eine binnenmarktrechtliche Relevanz aufweist, nutzt die WEKO die Gelegenheit der laufenden Vernehmlassung, um dazu eine Empfehlung abzugeben.

2. Die kantonale Gesetzesvorlage sieht in Art. 9 GNU vor, dass die Gewährung von Regalkonzessionen zum Abbau von Bodenschätzen an Private nach der Vorschrift von Art. 2 Abs. 7 BGBM in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren erfolgen muss (vgl. auch die Bejahung der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf kantonale Schürfkonzessionen in VGer ZH, VB.2013.00439 vom 3. Oktober 2013 E. 6.5 und VGer GL, VG.2013.00061 vom 6. November 2013 E. 4b, beide in: RPW 2013/4, 860). Die WEKO begrüsst die Verankerung und Konkretisierung des binnenmarktrechtlichen Ausschreibungsverfahrens für Konzessionen zum Abbau von Bodenschätzen und befürwortet diese Regelung ausdrücklich. Die WEKO empfiehlt indessen in Art. 10 Abs. 2 GNU, einer allfälligen Verordnung oder in der jeweiligen Ausschreibung zu definieren, welche „öffentlichen Interessen“ mit welcher Gewichtung in der Evaluation bewertet werden. Andernfalls wird es einer Mitbewerberin kaum je möglich sein, ein konkurrenzfähiges Konzessionsgesuch einzureichen.

3. Im Zusammenhang mit Art. 9 GNU führt der Bericht unter Ziff. 2.4.2.a auf Seite 17 aus, dass „Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole nicht anwendbar“ sei und demzufolge „die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen (...) keiner öffentlichen Ausschreibung“ bedürfe. Als Grundlage für diese Auffassung wird auf den Aufsatz von H.R. Trüb/D. Zimmerli, „Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber“ (ZBI 2011, 113), verwiesen.

4. Das Bundesgericht hat die Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Sondernutzungskonzessionen bis anhin explizit unbeantwortet gelassen (BGE 135 II 49 E. 4.1, Ville de Genève; BGer, 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 6, Basel-Stadt; BGer, 2C_857/2012 vom 5. März 2013 E. 5.2, Ville de Genève). Der erläuternde Bericht zum GNU weist darauf hin, dass sich die

WEKO im Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend die Erneuerung der Konzessionsverträge über die Nutzung von öffentlichem Grund (RPW 2011/2, 345) für die Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgesprochen hat. Diese Meinung hat die WEKO inzwischen mehrfach und in verschiedenen Zusammenhängen bestätigt:

- WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2, 353, Rz 53;
- WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone BE, BS, BL sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438, Rz 58;
- WEKO-Jahresbericht 2012, Spezialthema Binnenmarkt Schweiz, RPW 2013/1, 13, Rz 16;
- WEKO-Empfehlung vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des InöB betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz, RPW 2014/4, 801, Rz 42.

5. Wir erlauben uns den Hinweis, dass sich neben der WEKO inzwischen auch die herrschende Lehre grundsätzlich für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole bzw. Sondernutzungskonzession ausspricht, so insb.:

- BELLANGER FRANÇOIS, Marchés publics et concessions?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, 167, N 101 ff.;
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, N 815 f.;
- DIEBOLD NICOLAS, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014, 219, 249;
- ESSEIVA DENIS, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006, 203, 203 f.;
- GALLI PETER/ MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung

lung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013, N 211;

- KUNZ DANIEL, Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2012*, Zürich 2012, 205, N 26 ff.; DERS. Die Konzessionserteilung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich 2011, 27 ff., 36;
- MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Bern 2011, 329 f.;
- POLTIER ETIENNE, *Loi fédérale sur le marché intérieur*, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (éds), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2e éd., Bâle 2013, 1879 ff., LMI 2 VII N 23;
- REY ALEXANDER/WITTEWITZ BENJAMIN, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, *AJP* 2007, 585, 590 f.;
- RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, Geschlossene Märkte (Kap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Kap. 6), in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Hrsg.), *Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern*, 2014, 105 f. (erhältlich auf www.avenir-suisse.ch);
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4. Aufl., Bern 2006, § 5 N 136;
- ZWALD THOMAS, Ausschreibung von Konzessionen, *Die Volkswirtschaft* 2010/3, 28 ff., 30.

6. Die gegenteilige Meinung wird neben dem bereits erwähnten Aufsatz von H.R. Trüb und D. Zimmerli insbesondere auch durch folgende Autoren vertreten:

- GISELA OLIVER, *Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes*, *URP* 2014, 382, 482;
- RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, *Netzgebietenzuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung – Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben*, *AJP* 2007, 1288, 1296 f.;
- REICH JOHANNES, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zürich 2011, N 950 ff.;
- WIEDERKEHR RENÉ/ABEGG ANDREAS, *Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie*, *ZBl* 2014, 639 ff., 651.

7. In diesem Sinne erscheint es uns zumindest fragwürdig, im Bericht unter Hinweis auf die Minderheitsmeinung festzuhalten, dass die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM für faktische Monopole bzw. für Sondernutzungskonzessionen nicht gelte. Dies umso mehr, als zumindest auch das Kantonsgericht Luzern – in für den Kanton St. Gallen selbstverständlich unverbindlicher Weise – die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von Rechten zur wirtschaftlichen Nutzung des öffentlichen Grundes gerichtlich bestätigt hat (KGer LU, Urteil 7H 14 136 vom 21. Juli 2014 E. 3.5, in: *RPW* 2014/3, 650).

8. Entscheidend ist aus unserer Sicht nicht die verwaltungsrechtliche Qualifizierung einer Konzession als Monopolkonzession, Regalkonzession oder Sondernutzungskonzession, sondern vielmehr die Frage, ob sich mehrere Marktteilnehmer für eine beschränkt verfügbare Anzahl von Nutzungsrechten interessieren. Ob der Staat für die Beschränkung der Anbieterzahl auf eine gesetzliche Grundlage (rechtliches Monopol oder Bedürfnisklausel), die kantonale Verfassung (Regal) oder die staatliche Hoheitsgewalt über den öffentlichen Grund (faktisches Monopol) abstützt, spielt für die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM keine Rolle. In jedem Fall liegt ein „Monopol“ im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM vor, wobei unerheblich ist, ob nur eine einzige Anbieterin oder mehrere (aber beschränkte Anzahl) Anbieterinnen zum Markt zugelassen werden. Interessieren sich mehrere Marktteilnehmer für einen beschränkt verfügbaren Marktzugang, vermag grundsätzlich nur ein Ausschreibungsverfahren den Anforderungen der Grundsätze der Gleichbehandlung von Konkurrenten, der staatlichen Wettbewerbsneutralität, der Transparenz und des einheitlichen Wirtschaftsraums gerecht zu werden (vgl. WEKO-Empfehlung vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des InöB betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz, *RPW* 2014/4, 801, Rz 41 f.).

9. Werden folglich aufgrund einer beschränkt verfügbaren Anzahl von Sondernutzungsrechten auch nur eine beschränkte Anzahl von Anbieterinnen zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit im relevanten Markt zugelassen (geschlossener Markt, vgl. RÜTSCHÉ/DIEBOLD, a.a.O., S. 83-107), so muss die Vergabe der Marktzugangsrechte in Form von Sondernutzungskonzessionen nach den Vorgaben von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfolgen.

10. Gestützt auf diese Erläuterungen empfiehlt die WEKO dem Gesetzgeber des Kantons St. Gallen zu prüfen, ob auch die Konzessionen im Sinne von Art. 8 Bst. b (Einlagerung von Stoffen) und Bst. c (Nutzung der Erdwärme) GNU für den Zugang zu einem Monopol im Sinne eines geschlossenen Marktes erforderlich sein können. Besteht für die durch diese Konzessionen ermöglichte wirtschaftliche Tätigkeit ein Markt, um den sich mehrere Interessentinnen bewerben, muss die Vergabe der Sondernutzungsrechte nach Art. 2 Abs. 7 BGBM im Einzelfall öffentlich ausgeschrieben werden.
