

E 2	2. Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie
-----	--

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

A Sachverhalt

1. Infolge des neuen Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 743.7) sind die Centralschweizerischen Kraftwerke AG (CKW AG) derzeit daran, die bestehenden Konzessionsverträge mit den Luzerner Gemeinden betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie zu erneuern. Als Muster dient ein zwischen der CKW AG und dem Verband Luzerner Gemeinden (VLG) ausgehandelter Vertragsentwurf. Bis dato hat die CKW AG mit 65 von 79 Gemeinden die Vertragserneuerung bewerkstelligt.

2. Vor dem Hintergrund der anstehenden Erneuerung des Konzessionsvertrages zwischen der CKW AG und der Gemeinde Emmen gelangte die Interessengemeinschaft Glasfaser und Energie Luzern (IGEL) am 26. August 2009 an das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit dem Hinweis, dass dieses Vorgehen gegen das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02; BGBM) verstosse. Nach Massgabe von Art. 2 Abs. 7 BGBM müssten derartige Verträge ausgeschrieben werden.

3. Mit Schreiben vom 31. August 2009 an die Gemeinde Emmen regte das Sekretariat der Wettbewerbskommission an, die Vertragserneuerung bis zur Klärung der Frage nach einer allfälligen Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM einstweilen zu sistieren; verbunden mit dem Hinweis, dass es sich um eine grundsätzliche Frage von erheblicher Tragweite handeln würde.

4. Im Rahmen seiner Abklärungen traf sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 8. Oktober 2009 zu (getrennten) Gesprächen mit der CKW und dem Sekretariat der Elektrizitätskommission.

B Beurteilung

B.1 Formelles

5. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission die Einhaltung dieses Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden.

6. Zu diesem Zweck kann die Wettbewerbskommission u.a. eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden Gutachten über die Anwendung des BGBM erstatten. Die Wettbewerbskommission erstattet ihre Gutachten in der Regel auf ein entsprechendes Gesuch hin. Sie kann sich aber auch ohne Vorliegen eines Gesuchs mittels Gutachten zur Anwendung des

Gesetzes äussern; dies insbesondere dann, wenn Fragen von grundsätzlicher Bedeutung einer Klärung bedürfen.

7. Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens geht es um die Beantwortung der Frage, ob die Erneuerung von Konzessionsverträgen betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie Versorgung mit elektrischer Energie der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterliegt.

8. Diese Frage ist von grundsätzlicher Bedeutung und betrifft darüber hinaus einen (potentiell) grossen Adressatenkreis. Es kann nämlich davon ausgegangen werden, dass nebst den Luzerner Gemeinden weitere Gemeinden bzw. öffentlich-rechtliche Körperschaften derartige bzw. gleichartige, periodisch zu erneuernde Konzessionsverträge abgeschlossen haben.

B.2 Materielles

B.2.1 Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM und Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag

9. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM schreibt vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private mittels Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Mit dieser Norm – welche anlässlich der Gesetzesrevision eingefügt wurde und am 1. Juli 2006 in Kraft trat – soll im Sinne der Zielsetzung des BGBM der Wettbewerb gestärkt und die Entstehung eines eigentlichen Binnenmarktes für die entsprechenden Tätigkeiten ermöglicht werden.¹

10. Was die Modalitäten der Ausschreibung der Nutzungsübertragung derartiger Monopole betrifft, enthält das Gesetz mit Ausnahme der Pflicht zur Beachtung des Diskriminierungsverbots keine Vorgaben. Diese sind von der ausschreibungspflichtigen Behörde festzulegen, wobei eine analoge Anwendung der Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge naheliegender erscheint.²

11. Mit letzterem Hinweis wird zum Ausdruck gebracht, dass zwar zwischen der Übertragung kantonaler und kommunaler Monopole und der Vergabe öffentlicher Aufträge eine inhaltliche Nähe besteht, es sich aber dennoch um zwei voneinander zu trennende Tatbestände handelt.

¹ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004 (Botschaft revBGBM), BBl 2005 483.

² Botschaft revBGBM, BBl 2005 486.

12. In den Fällen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erteilt das Gemeinwesen ein (exklusives) Nutzungsrecht gegen Entrichtung eines Entgelts. Bei einem öffentlichen Auftrag hingegen beschafft sich das Gemeinwesen die Mittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegen Entrichtung eines Entgelts, wobei Letzteres jedwelche Formen der Entschädigung erfassen kann.³

B.2.2 Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erneuerung der Konzessionsverträge betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie

B.2.2.1 Einleitung

13. Der den erneuerten Konzessionsverträgen als Muster dienende, zwischen der CKW AG und dem VLG ausgehandelte Vertragsentwurf sieht im Kern vor, dass die betroffene Gemeinde (Konzedent) der CKW AG (Konzessionärin) das ausschliessliche Recht erteilt, den öffentlichen Grund durch ihre elektrischen Verteileranlagen in Anspruch zu nehmen und ihre Stromleitungen im öffentlichen Grund zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten. Vertragsgegenstand bildet mit anderen Worten die Erteilung einer, auf einem faktischen Monopol des Gemeinwesens beruhenden Sondernutzungskonzession zugunsten der CKW AG.

14. Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen ist in der Lehre umstritten und bis dato weder gerichtlich noch durch die Wettbewerbskommission bestätigt.⁴ Unbestritten ist hingegen die Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Nutzung rechtlicher Monopole mittels Monopolkonzession.

15. Für die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 ist demnach zu prüfen, ob die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen bzw. die Erteilung der hier interessierenden Sondernutzungskonzessionen zugunsten der CKW AG von der genannten Bestimmung erfasst wird. Sodann gilt es zu beurteilen, ob der Konzessionär, d.h. die CKW AG, als "Privater" qualifiziert werden kann, wie dies für die Begründung einer Ausschreibungspflicht ebenfalls verlangt wird.

16. Im Sinne einer Vorfrage ist jedoch an erster Stelle zu prüfen, ob die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM im zu beurteilenden Fall überhaupt zur Anwendung gelangen kann. Im Rahmen der Abklärungen durch das Sekretariat wurde nämlich seitens der CKW AG geltend gemacht, dass das Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 743.7) als *lex specialis* der Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgehe. Würde dies zutreffen, bestünde für eine Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM zum Vornherein kein Raum.

B.2.2.2 Verhältnis von Art. 2 Abs. 7 BGBM zum StromVG

17. Die Regel der *lex specialis* ist dann massgeblich, wenn aus dem Sinnzusammenhang heraus eine Rechtsnorm im Verhältnis zu einer anderen Rechtsnorm als Sonderregelung zu verstehen und zu behandeln ist.⁵

18. Das StromVG verfolgt eine doppelte Zielsetzung: Es soll die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitäts-

versorgung und für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG).

19. Die Verwirklichung des Ziels einer sicheren Elektrizitätsversorgung erfolgt insbesondere mittels Anschluss- und Liefergarantien (Art. 5 f. StromVG) sowie der gesetzlichen Umschreibung der Aufgaben, welche die Netzbetreiber zwecks Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes zu erfüllen haben (Art. 8 StromVG).

20. Ausdruck des Wettbewerbsziels ist die (schrittweise) Öffnung des Strommarktes, welche den Endkunden die freie Wahl des Stromerzeugers bzw. -anbieters einräumt. Das StromVG schafft mit anderen Worten die Rahmenbedingungen für Wettbewerb auf dem Netz.

21. Gestützt auf die Annahme, wonach das Stromnetz ein natürliches Monopol darstellt⁶ und der daraus resultierenden Marktmacht der Netzbetreiber enthält das StromVG namentlich Regelungen betreffend die Sicherstellung des diskriminierungsfreien Netzzugangs Dritter (Art. 13 und 22 StromVG) sowie die Netznutzungsentgelte (Art. 14 StromVG).

22. Mit der spezialgesetzlichen Regulierung des Netzzugangs und der Netznutzungsentgelte wurde die Anwendung des Kartellgesetzes (KG) in diesem Bereich verdrängt.⁷

23. Gleiches lässt sich in Bezug auf das BGBM nicht sagen. Das StromVG enthält keine Regulierung, welche im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 7 BGBM als *lex specialis* zu verstehen ist; dies weder im positiven (Regelung des Wettbewerbs um das Netz bzw. *um* die für den Netzbetrieb erforderlichen Sondernutzungskonzessionen) noch im negativen (Ausschluss von Wettbewerb um das Netz bzw. *um* die für den Netzbetrieb erforderlichen Sondernutzungskonzessionen) Sinne.

24. Als allfälliger Ausdruck von Letzterem können insbesondere nicht jene Vorschriften verstanden werden, welche Vorgaben für die Festlegung und die Berechnung der Netznutzungsentgelte enthalten (Art. 14 Abs. 1/3 und Art. 15 StromVG) sowie (kantonale) Massnahmen zur Angleichung unverhältnismässiger Unterschiede der Netznutzungstarife vorschreiben (Art. 14 Abs. 5 StromVG). Diese Vorgaben sollen in erster Linie Netzbetreiber bzw. Endkunden vor der Bezahlung übermässig hoher Netznutzungsentgelte schützen. Von ihrer Wirkung her mögen sie den Wettbewerb um das Netz faktisch beschränken⁸, was aber freilich nicht mit einem (gewollten) Ausschluss von Wettbewerb gleichgesetzt werden kann.

³ BGE 135 II 49 E. 5.2.

⁴ Für die Anwendbarkeit vgl. REY/WITTMER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach dem revidierten Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, in: AJP 2007, S. 585 ff.; BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008. Gegen die Anwendbarkeit vgl. RECHSTEINER/WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, in: AJP 2007, S. 1288 ff..

⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 220.

⁶ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (Botschaft StromVG), BBl 2005 1619.

⁷ Botschaft StromVG, BBl 2005 1675.

⁸ Siehe hinten Rz. 59.

25. Zusammenfassend ergibt sich, dass das StromVG im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 7 BGBM keine *lex specialis* darstellt. Das StromVG schliesst mithin die Anwendung der Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die hier interessierenden Sondernutzungskonzessionen nicht zum Vornherein aus.

B.2.2.3 Unterstellung der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen

26. Für die zu beurteilende Frage, ob die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen unter die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM fällt, ist vorerst auf deren Wortlaut abzustellen. Dieser besagt, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat. Die Bestimmung spricht ganz allgemein von "Monopolen". Es ist mithin nicht ersichtlich, inwiefern die Übertragung der Nutzung faktischer Monopole mittels Sondernutzungskonzession von der Ausschreibungspflicht ausgenommen, die Erteilung von auf rechtlichen Monopolen beruhenden Monopolkonzessionen hingegen erfasst sein sollte. Eine derartige Differenzierung widerspräche dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

27. Eine Differenzierung ergibt sich auch nicht aus den Gesetzesmaterialien zu Art. 2 Abs. 7 BGBM. Zwar trifft es zu, dass die knapp gehaltenen Erläuterungen in der bundesrätlichen Botschaft die rechtlichen, nicht aber die faktischen Monopole erwähnen. Diese (einseitige) explizite Erwähnung ist jedoch im Zusammenhang mit der in den fraglichen Erläuterungen enthaltenen und aus (föderalismus)politischer Sicht angezeigten Klarstellung zu sehen, wonach die Verankerung einer binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht die verfassungsmässige Kompetenz der Kantone und Gemeinden, rechtliche Monopole zu begründen, nicht tangiert.⁹

28. Nun verhält es sich freilich so, dass die Erteilung einer Sondernutzungskonzession dem Konzessionär "bloss" ein exklusives Nutzungsrecht an einer öffentlichen Sache und nicht, wie im Falle der Monopolkonzession, das exklusive Recht auf eine Wirtschaftstätigkeit einräumt. Führt die Sondernutzungskonzession jedoch dazu, dass Dritte von einer darauf aufbauenden, gleichen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen werden (z.B. Verteilung von Strom, Plakataushang auf öffentlichem Grund), liegt im Ergebnis eine vergleichbare Situation vor wie bei der Erteilung einer Monopolkonzession.

29. Die Bejahung der Ausschreibungspflicht für diese Situation entspricht mithin auch dem Gesetzeszweck von Art. 1 Abs. 1 BGBM. Die Gewährleistung des freien und gleichberechtigten Zugangs zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit, deren Ausübung ein Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache voraussetzt, erfordert, dass die Übertragung dieses Rechts im Rahmen eines diskriminierungsfreien und wettbewerbsorientierten Verfahrens erfolgt.

30. Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen, welche Dritte von einer darauf aufbauenden wirtschaftlichen Tätigkeit faktisch ausschliessen, unter die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM fällt.

31. Im hier interessierenden Mustervertrag wird der CKW AG das ausschliessliche Recht erteilt, den öffentli-

chen Grund durch ihre elektrischen Verteileranlagen in Anspruch zu nehmen. Mit der Erteilung dieser Sondernutzungskonzession werden Dritte von der darauf aufbauenden wirtschaftlichen Tätigkeit, nämlich der Erstellung und dem Betrieb solcher Anlagen, ausgeschlossen. Sie unterliegt somit der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

B.2.2.4 Begriff des "Privaten" und Qualifikation der CKW AG

32. Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM setzt voraus, dass es sich beim Konzessionär um einen "Privaten" (französischer Gesetzestext "entreprises privées") im Sinne der Bestimmung handelt.

33. Mit dieser Voraussetzung wollte der Gesetzgeber jene Fälle von der Ausschreibungspflicht ausnehmen, in denen die Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole durch das Gemeinwesen selbst erfolgt, d.h. keine Auslagerung stattfindet.

34. Tatsache ist, dass die Trennlinie zwischen "privaten" und "staatlichen" Akteuren durch das Aufkommen von Mischformen (z.B. gemischtwirtschaftliche Unternehmen) sowie durch die Tendenz, öffentliche Unternehmen und Anstalten in Privatrechtsform zu kleiden (Organisationsprivatisierung), unscharf geworden ist.

35. Dies impliziert, dass ein Begriffsverständnis, das sich ausschliesslich an der Organisationsform orientiert, nur beschränkt zielführend sein kann. Für sich allein genommen vermag das Kriterium der Organisationsform in denjenigen Fällen zu einem klaren Ergebnis führen, wo der Konzessionär eine Organisation derselben Zentralverwaltung ist. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM kann diesfalls keine Anwendung finden.

36. Zusätzlicher Kriterien bedarf es für die Qualifizierung der angesprochenen Mischformen und privatrechtlich organisierten Unternehmen des Gemeinwesens. Eine mögliche Anknüpfung bietet dabei die im öffentlichen Vergaberecht entwickelte Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Aufträgen bzw. Dienstleistungskonzessionen und sogenannten, von der Ausschreibungspflicht ausgenommenen "In-House-Geschäften". Ein solches Geschäft zeichnet sich dadurch aus, dass die auftrag- bzw. konzessionsnehmende Einrichtung zwar von der auftrag- bzw. konzessionserteilenden¹⁰ Stelle rechtlich getrennt, jedoch aufgrund der engen Beziehung zu dieser mit einer verwaltungsin-ternen Stelle vergleichbar ist.¹¹

⁹ Botschaft revBGBM, BBl 2005 485.

¹⁰ Nachfolgend wird der Einfachheit halber nur noch von konzessionserteilender und konzessionsnehmender Stelle bzw. Einrichtung gesprochen.

¹¹ CLERC, CR concurrence, Art. 5 BGBM, Rz. 58; ZUFFEREY, Le champ d'application du droit des marchés publics, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf, Rz. 28.

37. Ob im Einzelfall ein "In-House-Geschäft" vorliegt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aufgrund der folgenden zwei Kriterien: Erstens muss die konzessionserteilende Stelle auf die konzessionsnehmende Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, und zweitens muss diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle oder Stellen verrichten, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben.¹²

38. Ausgangspunkt für die verlangte Kontrolle bildet die Möglichkeit der konzessionserteilenden Stelle sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Dies beurteilt sich unter Einbeziehung sämtlicher Rechtsvorschriften und massgebenden Umstände.¹³ Bei Letzteren sind erstens die Beteiligung am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung, zweitens die Zusammensetzung ihrer Beschlussorgane und drittens der Umfang der Befugnisse des Verwaltungsrates zu berücksichtigen.¹⁴

39. Die Beteiligung privater Dritter am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung schliesst eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigenen Dienststelle per se aus. Dabei genügt bereits eine Minderheitsbeteiligung.¹⁵

40. Diesfalls wird nämlich nach Auffassung des EuGH die Beziehung zwischen den konzessionserteilenden Stelle und der konzessionsnehmenden Einrichtung nicht mehr durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Beteiligung Privater beruht vielmehr auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen und verfolgt somit andersartige Ziele. Zudem würde die ausschreibungslose Konzessionserteilung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere da ein solches Vorgehen dem beteiligten Privaten einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.¹⁶

41. Die rechtlich vorgeschriebene, baldige Öffnung der konzessionsnehmenden Einrichtung für privates Kapital oder das Bestehen einer konkreten Öffnungsabsicht bewirken zwar nicht automatisch einen Ausschluss der verlangten Kontrolle. Sie haben jedoch (zusätzlichen) Indiziencharakter.¹⁷

42. In Bezug auf die verlangte Kontrolle unerheblich ist schliesslich, ob die konzessionserteilende Stelle allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Körperschaften die Kontrolle über die konzessionsnehmende Einrichtung ausübt. Da öffentlichen Körperschaften dem Gemeinwohl verpflichtet sind, wird im letzteren Fall davon ausgegangen, dass ein Interessensgleichklang besteht.¹⁸

43. Bezüglich des zweiten Kriteriums, wonach die konzessionsnehmende Einrichtung seine Tätigkeit im Wesentlichen für die konzessionserteilende Stelle oder die konzessionserteilenden Stellen verrichten muss, die seine Anteile innehat bzw. innehaben, gilt es folgende Präzisierungen anzubringen:

44. Verlangt wird, dass die konzessionsnehmende Einrichtung hauptsächlich für den bzw. die öffentlichen An-

teilseigner tätig ist und jede andere Tätigkeit rein nebensächlichen Charakter hat. Dabei gilt es alle qualitativen wie quantitativen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Bezüglich Letzteren steht der Umsatz im Vordergrund. Massgebend ist diesbezüglich der Umsatz, den die konzessionsnehmende Einrichtung aufgrund der Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielt und zwar einschliesslich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird. Ohne Bedeutung ist mit anderen Worten die Person – sei es die konzessionserteilende Stelle selbst oder der Nutzer der Leistungen –, welche die Leistungen der Einrichtung bezieht. Ebenfalls spielt es keine Rolle, wer die fraglichen Leistungen vergütet – sei es die Körperschaft, die seine Anteil innehat, seien es Dritte als Nutzer der Leistung, die aufgrund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht werden – und in welchem Gebiet diese erbracht werden.¹⁹

45. Wenn die Anteile an einer konzessionsnehmenden Einrichtung von mehreren Körperschaften gehalten werden, ist auf die Tätigkeit abzustellen, die es für alle diese Körperschaften verrichtet.²⁰

46. Angesichts der Nähe zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Konzessionserteilung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, welche sich insbesondere in Bezug auf deren Zielsetzung manifestiert (Wettbewerb, Gleichbehandlungsgrundsatz), erachtet es die Wettbewerbskommission als gleichermaßen sachgerecht wie zweckmässig, die im Rahmen der europäischen "In-House-Rechtsprechung" entwickelten Kriterien für die Auslegung des Begriffs der "Privaten" analog anzuwenden.

47. Dies bedeutet, dass die Konzessionserteilung durch eine öffentliche Körperschaft an einen von ihr rechtlich getrennten Konzessionär dann nicht ausgeschlossen werden muss, wenn erstens die konzessionserteilende Körperschaft alleine oder mit anderen Körperschaften zusammen über den Konzessionär eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, und zweitens dieser Konzessionär seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft bzw. Körperschaften verrichtet, die seine Anteile innehat bzw. innehaben. Diesfalls kann der Konzessionär nicht als "Privater" im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM betrachtet werden.

¹² Betreffend öffentlichen Aufträge, siehe EuGH, Rs. C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121 (Rn. 50). Betreffend Dienstleistungskonzessionen, siehe EuGH, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 62); EuGH Rs. C-231/03, Coname, Slg. 2005, I-7287 (Rn. 25 f.); EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 24); EuGH Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457 (Rn. 26)

¹³ EuGH, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 65).

¹⁴ EuGH, Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, 8457 (Rn. 29).

¹⁵ EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 30 f.); EuGH, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1 (Rn. 49).

¹⁶ EuGH, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1 (Rn. 50 f.).

¹⁷ EuGH, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 72); EuGH, Rs. C-573/07, Sea, vom 10.10.2009, noch nicht veröffentlicht (Rn. 47 ff.).

¹⁸ FRENZ, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin/Heidelberg, Rz. 2370 ff. mit Hinweisen.

¹⁹ EuGH, Rs. C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, Slg. 2006, I-4137 (Rn. 63 ff.).

²⁰ EuGH, Rs. C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, Slg. 2006, I-4137 (Rn. 70 f.); Kommission/Italien, C-371/05, vom 17.07.2008, nicht veröffentlicht (Rn. 32).

48. Für die Qualifikation der CKW AG ergibt sich im Lichte der vorstehenden Ausführungen folgender Befund: Die CKW AG ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und versorgt insgesamt 79 Luzerner Gemeinden mit elektrischer Energie. Mehrheitsaktionärin ist mit einem Aktienanteil von 74,8 % die Axpo Holding AG. Der Kanton Luzern verfügt über einen Anteil von 9,9 Prozent. Die restlichen 15,3 % befinden sich nach Auskunft der CKW AG in überwiegend privatem Streubesitz.

49. Die Tatsache, dass Private an der CKW AG beteiligt sind, schliesst die Erfüllung des Kontrollkriteriums zum Vornherein aus. Die CKW AG ist mithin als "Private" im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu qualifizieren.

B.2.2.5 Fazit

50. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erneuerung der zwischen der CKW AG und den Luzerner Gemeinden bestehenden Konzessionsverträge betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie zu bejahen ist.

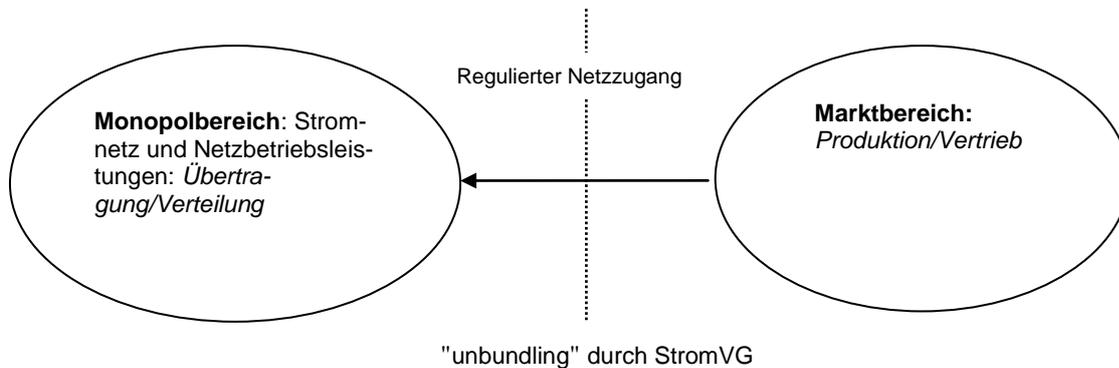
51. Unbeschadet des Ergebnisses der binnenmarktrechtlichen Prüfung erachtet es die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall als geboten, auf die Besonderheiten und den ökonomischen Nutzen einer Ausschreibung einzugehen.

B.2.3 Ökonomische Beurteilung und Besonderheiten der Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Verteileranlagen

52. Als typische Netzwerkindustrie weist der Strommarkt Eigenschaften eines natürlichen Monopols auf. Aufgrund hoher Fixkosten für den Aufbau eines Stromnetzes und vergleichsweise tiefer variablen Kosten für die Durchleitung von Strom kann ein einzelner Anbieter die gesamte Stromversorgung kostengünstiger anbieten als mehrere Anbieter zusammen. Ohne regulatorischen Eingriff wird daher nur ein einziger Anbieter als Monopolist auf dem Markt tätig sein. Da aufgrund der Eigenschaften des natürlichen Monopols ein sogenanntes Marktversagen vorliegt, kann ein regulatorischer Eingriff gerechtfertigt sein.

53. In der Schweiz bestimmt das StromVG den sektorspezifischen Regulierungsrahmen für den Strommarkt. Dabei werden durch ein sogenanntes „unbundling“ Stromproduktion- und vertrieb vom Stromnetz entflochten. Den auf dem Markt tätigen Stromproduzenten und -verteilern wird ein regulierter Netzzugang gewährt. Zum Monopolbereich gehören weiterhin das Stromnetz zur Übertragung und Verteilung von Strom sowie die notwendigen Netzbetriebsleistungen.²¹ In der Schweiz wird im Zuge der Öffnung des Strommarkts das Eigentum am Übertragungsnetz an die nationale Netzgesellschaft "swissgrid" übergehen. Hingegen sind bei den Verteilnetzen neben öffentlichen auch private Unternehmen tätig.

54. Die folgende Grafik verdeutlicht die heutige Marktstruktur im Strombereich:



55. Im Zusammenhang mit der in Art. 2 Abs. 7 BGBM statuierten Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopoleleistungen auf "Private" stellt sich vorliegend die Frage, ob es ökonomisch sinnvoll wäre, via Ausschreibung einen Wettbewerb um das Netz einzuführen. Eine mögliche Übertragung einer Sondernutzungskonzession im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM kann sich vorliegend jedoch nur auf die Verteilnetze sowie auf die Netzbetriebsleistungen beziehen, da die Stromversorgungsgesetzgebung vorsieht, das Eigentum am Übertragungsnetz an die staatliche Netzgesellschaft "swissgrid" zu übergeben.

²¹ Zu den Netzbetriebsleistungen gehören neben Unterhaltsleistungen am Stromnetz auch die Abrechnung und die Garantie eines 24h-Service.

56. Mit einer Ausschreibung vom Verteilnetz und den damit verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten (Netzbetriebsleistungen, Verteilung) können folgende ökonomische Ziele verfolgt werden:²²

- (1) Eine Ausschreibung des Verteilnetzes kann dazu führen, dass das Gemeinwesen mit seiner Hoheitsgewalt über öffentliche Sachen für das Netz den effizienten Preis (Konzessionspreis) erzielt. Dieser ergibt sich aus dem Preis, welchen ein potentieller Konzessionär bei einer Ausschreibung des Netzes höchstens zu zahlen bereit wäre, also der Differenz aus den diskontierten zukünftigen Erträgen und Kosten des Konzessionärs.
- (2) Durch eine Ausschreibung des Monopolbereichs werden für den Konzessionär Anreize geschaffen, die mit dem Netz verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten effizient anzubieten. Insbesondere kann – solange auf Stufe der Ausschreibung genügend Wettbewerb vorherrscht – durch eine Ausschreibung erreicht werden, dass der Konzessionär denjenigen Gewinn erzielt, welcher sich in einem kompetitiven Markt ergeben würde.

57. Für die Behörde liegt der Hauptvorteil einer Ausschreibung gegenüber einem direkten regulatorischen Eingriff darin, dass eine Preis- oder Kostenregulierung Kenntnisse der regulierenden Behörde hinsichtlich der Kosten- und Nachfragestruktur erfordert. Bei einer Ausschreibung ist diese Information nicht erforderlich, da sich der Preis und die Kosten einer bestimmten Leistung aus der Ausschreibung ergeben und nicht vom Regulator bestimmt werden müssen.

58. Den mit einer Ausschreibung theoretisch zu erzielenden Effizienzvorteilen stehen jedoch mehrere den Wettbewerbsumfang beschränkende Faktoren und Schwierigkeiten bei der Umsetzung gegenüber, welche den ökonomischen Nutzen einer Ausschreibung schmälern und die ausschreibungsbedingten Kosten erhöhen:²³

- (a) Den Wettbewerbsumfang beschränkende Faktoren

59. In der Schweiz sind die Netzzugangsgebühren vom Regulator festgelegt (Art. 14 f. StromVG) und damit die Einnahmen des Konzessionärs weitgehend vorgegeben. Daher beziehen sich die mit einer Ausschreibung erzielbaren Effizienzvorteile vor allem auf die Kosteneffizienz bei den wirtschaftlichen Tätigkeiten "Verteilung" und "Netzbetriebsleistungen". Die Vorteile einer Ausschreibung dürften aufgrund des beschränkten wirtschaftlichen Umfangs der mit dem Netzbetrieb verbundenen Leistungen eher gering ausfallen.²⁴

60. Eine zusätzliche Reduzierung der erzielbaren Effizienzgewinne ergibt sich dadurch, dass kraft Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Ausschreibung nur dann durchgeführt werden muss, wenn es sich beim konzessionierten Netzbetreiber um einen "Privaten" handelt.²⁵ Diese Beschränkung dürfte hier besonders ins Gewicht fallen, da zahlreiche Verteilnetze nach wie vor im Besitz der öffentlichen Hand sind und gleichzeitig die Stromverteilung als Tätigkeit für das Gemeinwesen zu betrachten ist. Kommt

ebenfalls einschränkend dazu, dass gewisse (staatliche) Netzbetreiber keine Sondernutzungskonzession für ihre Tätigkeit benötigen.²⁶

- (b) Schwierigkeiten bei der Umsetzung

61. Ein Ausschreibungswettbewerb im Strombereich stellt hohe Anforderungen an die Ausschreibung, wie zum Beispiel die richtige Wahl und Ausgestaltung des Auktionsmechanismus. Bei der Durchführung einer Auktion ist beispielsweise (vorab) zu klären, ob die Konzession dem Bieter mit dem höchsten Gebot oder demjenigen erteilt werden soll, der eine im Voraus definierte Leistung zum tiefsten Preis anbietet. Der Erfolg einer Ausschreibung wird entscheidend davon abhängen, welcher Auktionsmechanismus ausgewählt wird bzw. ob dieser unter dem gegebenen Kontext der passende ist.²⁷

62. Von besonderer Bedeutung bei Ausschreibungen von Stromnetzen sind Probleme im Zusammenhang mit der Übertragung des Eigentums an der Netzinfrastruktur. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei natürlichen Monopolen Investitionen in die Netzinfrastruktur einen bedeutenden Teil der Gesamtkosten ausmachen.²⁸ Im Zusammenhang mit einer Ausschreibung der Netzinfrastruktur ergeben sich verschiedene Anreiz- und Informationsprobleme. Zum einen hängt der Wert von Investitionen in die Infrastruktur von der Erneuerung der Konzession ab. Dies kann dazu führen, dass gegen

²² Die Idee, bei einem natürlichen Monopol Ausschreibungswettbewerb einzuführen, geht zurück auf HAROLD DEMSETZ (1968), "Why Regulate Utilities", *Journal of Law and Economics* 11, S. 55-65. Für einen Überblick zu Ausschreibungswettbewerb im Bereich natürlicher Monopole vgl. J. J. LAFFONT UND J. TIROLE (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, S. 305 ff. oder W. KIP VISCUSI, JOHN M. VERNON UND JOSEPH E. HARRINGTON, JR. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, MIT Press, S. 395 ff.

²³ Für eine ausführliche Diskussion der mit einer Ausschreibung verbundenen Probleme vgl. P. KLEMPERER (2004), *Auctions: Theory and Practice*, Princeton University Press, S. 101 ff. oder W. KIP VISCUSI, JOHN M. VERNON UND JOSEPH E. HARRINGTON, JR. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, MIT Press, S. 399 ff.

²⁴ Die Sekretariat der ELCOM hat auf Anfrage des Sekretariates der Wettbewerbskommission versucht, den Anteil der Netzbetriebskosten an den Gesamtkosten eines Netzbetreibers zu schätzen. Die ausgewiesenen Werte sind dabei als grobe Richtwerte zu betrachten, die im Einzelfall stark abweichen können. Gemäss ELCOM setzen sich die Gesamtkosten eines Netzbetreibers zu ca. 50 % aus den Kosten für die "Verteilung" (Netzebenen 6 und 7) zusammen. Weiter sind die Kosten des Netzbetreibers für der End-Verteilung (Netzebene 7) zu 50-60 % Kapitalkosten und somit der kleinere Anteil (Netzbetriebskosten).

²⁵ Vgl. Rz. 32 oben.

²⁶ Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe Parallelleitungen vom 28.11.2006, S. 53 mit Hinweisen.

²⁷ Zur Ausgestaltung einer Auktion in der Praxis vgl. allgemein u.a. P. KLEMPERER (2004), *Auctions: Theory and Practice*, Princeton University Press oder P. MILGROM (2004), *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press.

²⁸ Vgl. hierzu Ausführungen in Fn. 24.

Ende der Laufzeit der Konzession wichtige Unterhaltsinvestitionen ins Stromnetz ausbleiben, vor allem wenn Unsicherheit über die Entschädigung für getätigte Investitionen bei Ablauf der Konzessionslaufzeit besteht (sog. hold-up Problem).²⁹ Zum anderen hat der Konzessionär in einer neuen Ausschreibung gegenüber den Mitbewerbern einen Informationsvorsprung (z.B. bezüglich Zustand der Infrastruktur und Höhe der Unterhaltskosten, Nachfragekenntnissen, Technologiestand, Kenntnissen des Konzessionsverfahrens), welchen er bei der Vergabe einer neuen Konzession zu seinem Vorteil ausnützen kann.

63. Bei einer Ausschreibung der Netzinfrastruktur stellt sich zudem die Frage, was mit der noch einsatzfähigen (oft ortsspezifischen) Infrastruktur bei einer (neuen) Ausschreibung geschieht. Es sind zwei unterschiedliche Ansatzpunkte denkbar: (a) entweder geht die Infrastruktur nach Ablauf oder Kündigung der Laufzeit automatisch (un- oder entgeltlich) in das Eigentum der öffentlichen Hand über (sog. Heimfallrecht) oder (b) sie bleibt im Eigentum des bisherigen Anbieters und muss von diesem entweder entsorgt (d.h. abmontiert) oder bei spezifischen Investitionen an den neuen Anbieter weiterverkauft werden. Wichtig ist dabei, wie der Wert der Netzinfrastruktur bei Ablauf der Konzession zu bestimmen ist. In der neueren ökonomischen Literatur wurden hierfür verschiedene Ansätze entwickelt.³⁰ Gleichzeitig wird jedoch darauf hingewiesen, dass es schwierig bleibt, die Übertragung der Infrastruktur so auszugestalten, dass der bisherige Konzessionär bei der Eigentumsübertragung weder einen Schaden erleidet (weil er für seine Infrastruktur ungenügend entschädigt wird) noch sich durch die Übertragung bereichern kann.³¹ Zusammenfassend muss davon ausgegangen werden, dass die Übergabe der Netzwerkinfrastruktur in der Praxis mit diversen Schwierigkeiten verbunden ist.

64. Generell muss bei einer Ausschreibung berücksichtigt werden, dass sich das Ergebnis jeweils aus den zum Ausschreibungszeitpunkt verfügbaren Informationen ergibt. Sollten sich die Rahmenbedingungen (z.B. in Bezug auf die Technologie oder die Nachfrage) im Laufe der Zeit wesentlich verändern, würde dies auch Anpassungen in den Kosten des Konzessionärs nach sich ziehen. Der Umgang mit veränderten Rahmenbedingungen müsste im Konzessionsvertrag geregelt werden.³² Dies gilt insbesondere bei einer Ausschreibung der Netzinfrastruktur, zumal in diesem Bereich Konzessionen typischerweise langfristig, d.h. mit einer Laufzeit über 20 Jahre, vergeben werden.

65. Wird bei einer Ausschreibung für die Vergabe nicht nur der Konzessionspreis, sondern auch die Qualität der angebotenen Leistung berücksichtigt, muss die ausschreibende Behörde die von den Konsumenten gewünschte Qualität bestimmen³³ bzw. verschiedene Preis-Qualitäts-Kombinationen gegeneinander abwägen.³⁴ Dies stellt hohe Anforderungen an den Informationsstand der Behörde. Zudem ist für einen potenziellen Konzessionär ein hohes Qualitätsniveau mit Kosten verbunden. Ausgehend davon, dass die Qualität der Netzbetriebsleistungen in der Praxis nur schwer überprüfbar und damit vertraglich kaum durchsetzbar ist, besteht daher die Gefahr, dass die durch die Ausschrei-

bung implementierten Anreize zur Kostensenkung (vgl. Rz. 59) in der Praxis zu Lasten der Qualität gehen.³⁵

66. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Verteileranlagen theoretisch mit Vorteilen in Bezug auf einen kosteneffizienten Netzbetrieb verbunden ist. Diesen Vorteilen stehen jedoch mehrere den Umfang des Wettbewerbs beschränkende Faktoren sowie Schwierigkeiten bei der Umsetzung gegenüber, welche den mit der Ausschreibung erzielbaren ökonomischen Nutzen schmälern und die ausschreibungsbedingten Kosten erhöhen.

B.2.4 Ergebnis der Beurteilung und daraus abgeleiteter Handlungsbedarf

67. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach Auffassung der Wettbewerbskommission die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung, den Unterhalt

²⁹ Anreizprobleme im Zusammenhang mit zu niedrigen Investitionen gegen Ende der Laufzeit werden dadurch verstärkt, dass aus Sicht des Netzbetreibers Betriebs- und Kapitalkosten letztendlich austauschbar sind. Denn werden Investitionen hinausgeschoben, steigen die Unterhaltskosten in Zukunft. Somit können bei einem möglichen Konzessionswechsel am Ende der Laufzeit Kosteneinsparungen durch unterlassene Investitionen des aktuellen Netzbetreibers zu Lasten von steigenden Unterhaltskosten eines potenziellen neuen Anbieters führen (gemäss Auskunft des Sekretariates der ELCom). Zu den Anreizen des Konzessionärs in Bezug auf den Unterhalt vgl. RONALD M. HARSTAD UND MICHAEL A. CREW (1999), "Franchise Bidding Without Holdups: Utility Regulation with Efficient Pricing and Choice of Provider", *Journal of Regulatory Economics* 15: S. 154 ff. Dabei wird davon ausgegangen, dass im Vorfeld der Ausschreibung potentielle Konzessionäre die Infrastruktur des bisherigen Konzessionärs begutachten. Unter dem vorgeschlagenen Auktionsmechanismus erhält der bisherige Konzessionär eine umso tiefere Entschädigung für seine Assets, je geringer deren Qualität von den Mitbewerbern um die Konzession eingeschätzt wird.

³⁰ Vgl. RONALD M. HARSTAD UND MICHAEL A. CREW (1999), "Franchise Bidding Without Holdups: Utility Regulation with Efficient Pricing and Choice of Provider", *Journal of Regulatory Economics* 15, S. 141-163. Konkret wird vorgeschlagen, dass der Regulator im Vorfeld der Ausschreibung das Entgelt für die übernommene Infrastruktur an die Höhe des Gebots bindet. Ein Bieter, welcher eine Leistung zu einem tiefen (besseren) Preis offeriert, bringt dadurch eine höhere Bewertung der Infrastruktur zum Ausdruck und muss dem bisherigen Konzessionär entsprechend mehr dafür bezahlen.

³¹ Vgl. RONALD M. HARSTAD UND MICHAEL A. CREW (1999), "Franchise Bidding Without Holdups: Utility Regulation with Efficient Pricing and Choice of Provider", *Journal of Regulatory Economics* 15, S. 154.

³² Vgl. hierzu OLIVER E. WILLIAMSON (1976), "Franchise Bidding for Natural Monopolies – In General and with Respect to CATV", *Bell Journal of Economics* 7, S. 73-104.

³³ Zur Rolle der Qualität bei Ausschreibungsverfahren vgl. W. KIP VISCUSI, JOHN M. VERNON UND JOSEPH E. HARRINGTON, JR. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, MIT Press, S. 402 f.

³⁴ Vgl. hierzu S. BUEHLER, D. GÄRTNER UND D. HALBHEER (2006), "Deregulating network industries: dealing with price-quality tradeoffs", *Journal of Regulatory Economics* 30, S. 99-115.

³⁵ Für eine Diskussion der Anreize, in einem regulierten Umfeld Qualität anzubieten vgl. J. J. LAFFONT UND J. TIROLE (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, S. 211 ff.

und Betrieb elektrischer Verteileranlagen an einen Privaten der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht. Gleichzeitig gilt es jedoch zu veranschlagen, dass mehrere den Wettbewerbsumfang beschränkende Faktoren sowie Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung zu einer Schmälerung des durch eine Ausschreibung erzielbaren Nutzens und einer Erhöhung der ausschreibungsbedingten Kosten führen.

68. Letzteres bedeutet freilich nicht, dass von Ausschreibungswettbewerb im fraglichen Bereich Abstand genommen werden sollte. Erforderlich sind jedoch nach Auffassung der Wettbewerbskommission zumindest gleichermassen klare wie sachgerechte Bedingungen, welche eine adäquate Antwort auf die nutzenmindernden Faktoren liefern sowie für hinreichende Rechtssicherheit sorgen und damit Gewähr für sinnvollen, funktionierenden Wettbewerb bieten.

69. Die Bedeutung solcher Bedingungen lässt sich mit einem Blick ins benachbarte Ausland verdeutlichen. Gemäss § 46 Abs. 2 des deutschen Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 (EnWG) hat das Gemeinwesen die Möglichkeit, Konzessionen zur Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, nach deren Ablauf mittels Abschluss eines entsprechenden Konzessionsvertrags auf einen neuen Netzbetreiber zu übertragen. Dies soll im Wettbewerb geschehen. Zu diesem Zweck enthält die Regelung von § 46 mehrere wettbewerbsrelevante Vorgaben.

70. So beschränkt § 46 Abs. 2 EnWG die Gültigkeitsdauer der Konzessionsverträge auf 20 Jahre. Im Fall eines Wechsels wird der bisherige Netzbetreiber verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Betreiber gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen (§ 46 Abs. 2 EnWG). Ferner muss das Vertragsende spätestens 2 Jahre vor Ablauf des Vertrages öffentlich bekannt gemacht werden (§ 46 Abs. 3 EnWG).

71. Bewerben sich mehrere Unternehmen für den Netzbetrieb, ist das Gemeinwesen zur Bekanntgabe ihrer Entscheidung unter Angabe der massgeblichen Gründe verpflichtet (§ 46 Abs. 3 EnWG). Diese verfahrensrechtliche Vorgabe soll das Gemeinwesen dazu veranlassen, seine Auswahl auf der Grundlage von begründeten, nachvollziehbaren, rationalen und wettbewerbsorientierten Kriterien zu treffen.³⁶

72. Für die Schaffung der erforderlichen Bedingungen fallen zwei Ansätze in Betracht:

(a) Schaffung von Bedingungen durch die konzessionserteilenden Behörden

73. Dieser Ansatz folgt der (Vollzugs)Logik von Art. 2 Abs. 7 BGBM, wonach es Sache des ausschreibungspflichtigen Gemeinwesens ist, die Modalitäten der Ausschreibung festzulegen (vgl. Rz. 9 oben).

(b) Schaffung von Bedingungen im StromVG

74. Der Vorteil dieses Ansatzes liegt einerseits in der Möglichkeit, die durch Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgegebene und den Umfang des Ausschreibungswettbewerbs beschränkende Unterscheidung zwischen "privaten" und

"nicht-privaten" Konzessionären zu überdenken. Andererseits könnten die Wechselwirkung zwischen der bestehenden Regulierung der Netznutzungsgebühren und der Ausschreibungspflicht geklärt und, sofern angezeigt, Optimierungen vorgenommen werden.

C Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

75. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Erneuerung der zwischen der CKW AG und den Luzerner Gemeinden bestehenden Konzessionsverträge betreffend die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie ein ausschreibungspflichtiger Tatbestand im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM darstellt.

76. Im vorliegenden Fall würde jedoch eine Ausschreibung ohne Vorliegen klarer Bedingungen den mit ihr verfolgten Zweck nicht oder nur unzureichend erfüllen und zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen.

77. Vor diesem Hintergrund ist es nach Auffassung der Wettbewerbskommission geboten, den ausschreibungspflichtigen Luzerner Gemeinden – wie auch sämtlichen anderen ausschreibungspflichtigen Gemeinwesen in der Schweiz – für die Festlegung der entsprechenden Bedingungen hinreichend Zeit einzuräumen. Die Wettbewerbskommission erachtet eine diesbezüglich Frist von maximal 3 Jahren als angemessen.

78. Dies impliziert, dass die Wettbewerbskommission bei der Erneuerung zwischenzeitlich ablaufender Konzessionsverträge darauf verzichtet, die Durchführung einer Ausschreibung einzufordern bzw. auf dem Gerichtsweg durchzusetzen, sofern die Erneuerung zeitlich befristet wird. Unter Berücksichtigung der auf dem Spiel stehenden Interessen erachtet die Wettbewerbskommission eine zeitliche Befristung von maximal 5 Jahren als angemessen.

79. Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen wird die Wettbewerbskommission dem Bundesrat gestützt auf Art. 8 BGBM empfehlen, die für eine Ausschreibung erforderlichen Bedingungen mittels Schaffung einer spezialgesetzlichen Regelung im StromVG festzulegen.

³⁶ HELLERMANN, Kommentar zu § 46, in: Britz/Hellermann/Hermes [Hrsg.], Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, München 2008, Rz. 68.