

E 2	<b>3. Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG</b>
-----	---

*Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG*

## **A Sachverhalt**

1. Mit Schreiben vom 28. August 2009 ersucht der Bezirksrat Schwyz die Wettbewerbskommission um Beantwortung der Frage, ob die Erneuerung der bestehenden Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG (nachfolgend EBS AG) der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) unterliegt.

2. Im seinem Gesuch macht der Bezirksrat geltend, dass es sich beim genannten Elektrizitätswerk um ein bezirkseigenes Unternehmen handle, weshalb die Erneuerung der bestehenden Konzessionen von der Ausschreibungspflicht ausgenommen sei.

## **B Beurteilung**

### **B.1 Formelles**

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

4. Zu diesem Zweck kann die Wettbewerbskommission u.a. eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden Gutachten über die Anwendung des BGBM erstatten; dies insbesondere dann, wenn sie mittels eines entsprechenden Gesuchs darum ersucht wird.

5. Im vorliegenden Fall ersucht der Bezirksrat Schwyz die Wettbewerbskommission um Beantwortung einer binnenmarktrechtlichen Frage bezüglich der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM. Die Voraussetzungen für die Erstellung eines Gutachtens sind somit erfüllt.

### **B.2 Materielles**

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

6. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM schreibt vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonalen 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.<sup>1</sup>

7. 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.<sup>2</sup>

8. Mit letzterem Hinweis wird zum Ausdruck gebracht, dass zwar zwischen der Übertragung kantonalen und kommunaler Monopole und der Vergabe öffentlicher Aufträge eine inhaltliche Nähe besteht, es sich aber dennoch um zwei voneinander zu trennende Tatbestände handelt. Gemäss dem Grundsatz der *lex specialis derogat generali* ist die gleichzeitige Anwendung der Bestimmungen des Vergaberechts und des Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgeschlossen.<sup>3</sup>

9. In den Fällen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erteilt das Gemeinwesen dem Konzessionär ein (exklusives) Nutzungsrecht, wofür dieser in der Regel eine Gebühr entrichtet. Die Inanspruchnahme und Bezahlung der gestützt auf das Nutzungsrecht vom Konzessionär erbrachten Leistung erfolgen jedoch durch Dritte.<sup>4</sup> Damit einhergeht auch, dass der Konzessionär auf eigene Rechnung und Gefahr handelt.<sup>5</sup>

10. Bei einem öffentlichen Auftrag hingegen beschafft sich das Gemeinwesen die Mittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Als Gegenleistung für die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung entrichtet das Gemeinwesen diesem ein Entgelt, wobei Letzteres nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedwelche Formen der Entschädigung umfassen kann.<sup>6</sup>

11. Die vorstehende Abgrenzung entspricht im Übrigen auch der im europäischen Recht vorgenommenen Unterscheidung zwischen öffentlichem Dienstleistungsauftrag und öffentlicher Dienstleistungskonzession. Demnach liegt der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen. Die Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung im Recht zur Nutzung

<sup>1</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004 (Botschaft revBGBM), BBI 2005 483.

<sup>2</sup> Botschaft revBGBM, BBI 2005 486.

<sup>3</sup> BGE 135 II 49 E. 4.1; ESSEIVA, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI*, BR/DC 3/2006, S. 206.

<sup>4</sup> So wird beispielsweise die Leistung "Zurverfügungstellung öffentlicher Plakataushangflächen", welche vom Konzessionär gestützt auf ein entsprechendes Nutzungsrecht erbracht wird, durch Dritte in Anspruch genommen und bezahlt.

<sup>5</sup> BGE 125 I 209 E. 6b.

<sup>6</sup> BGE 135 II 49 E. 5.2.

der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises.<sup>7</sup> Kennzeichnend für eine öffentliche Dienstleistungskonzession ist ferner, dass der Leistungserbringer das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt, da die Bezahlung durch Dritte, d.h. die Nutzer der Dienstleistungen erfolgt.<sup>8</sup>

## **B.2.2 Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen**

### **B.2.2.1 Begriff des "Privaten" nach Art. 2 Abs. 7 BGBM**

12. 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. Nach Auffassung des Bezirksrates Schwyz trifft dies für die EBS AG nicht zu.

13. 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 an eine rechtlich getrennte Einheit stattfindet.

14. 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.

15. 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.

16. 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. konzessionserteilenden<sup>9</sup> Stelle rechtlich getrennt, jedoch aufgrund der engen Beziehung zu dieser mit einer verwaltungsinernen Stelle vergleichbar ist.<sup>10</sup> Alle anderen Fälle der Auslagerung auf eine rechtliche getrennte Einrichtung haben auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen.

17. 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.<sup>11</sup>

18. 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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

19. Die Beteiligung privater Dritter am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung schliesst eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigenen Dienststelle aus. Dabei genügt bereits eine Minderheitsbeteiligung.<sup>14</sup>

20. 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.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585, Rn. 39; Rs. C-206/08, Eurawasser, vom 10.09.2009, noch nicht veröffentlicht, Rn 51.

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585, Rn. 40; Rs. C-382/05, Kommission/Italien, Slg. 2007, I-6657, Rn. 34; Rs. C-206/08, Eurawasser, vom 10.09.2009, noch nicht veröffentlicht, Rn 51.

<sup>9</sup> Nachfolgend wird der Einfachheit halber nur noch von konzessionserteilender und konzessionsnehmender Stelle bzw. Einrichtung gesprochen.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Betreffend öffentlichen Aufträge, siehe EuGH, Rs. C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121 (Rn. 50). Betreffend Dienstleistungskonzessionen, siehe EuGH, Rs. C-458/03, Parkin 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); EuGH, Rs. C-196/08, Acoset, vom 15.10.2009, noch nicht veröffentlicht (Rn. 51 ff.).

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 65).

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-324/07, Coditel Brabant, Slg. 2008, 8457 (Rn. 29).

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 31); EuGH, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1 (Rn. 49); EuGH, Rs. C-458/03, Parkin Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 67); EuGH, Rs. C-573-03/07, Sea, vom 10.10.2009, noch nicht veröffentlicht (Rn. 46).

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1 (Rn. 50 f.).

21. Ob tatsächlich eine Beteiligung Privater am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung vorliegt, ist in der Regel zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung zu prüfen. Dabei gilt es auch den Fall zu berücksichtigen, bei dem eine Kapitalöffnung der konzessionsnehmenden Einrichtung noch nicht stattgefunden hat, jedoch bevorsteht; sei es, weil diese rechtlich vorgeschrieben oder konkret beabsichtigt ist.<sup>16</sup>

22. 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.<sup>17</sup>

23. 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:

24. Verlangt wird, dass die konzessionsnehmende Einrichtung hauptsächlich für den bzw. die öffentlichen Anteilseigner 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.<sup>18</sup>

25. Werden die Anteile an einer konzessionsnehmenden Einrichtung von mehreren Körperschaften gehalten, ist auf die Tätigkeit abzustellen, die es für alle diese Körperschaften verrichtet.<sup>19</sup>

26. 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.

27. Dies bedeutet, dass die Konzessionserteilung durch eine öffentliche Körperschaft an einen von ihr rechtlich getrennten Konzessionär dann nicht ausgeschrieben 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.

### **B.2.2.2 Qualifizierung des Elektrizitätswerke des Bezirks Schwyz AG (EBS AG)**

28. Für die in einem ersten Schritt vorzunehmende Beurteilung der Kontrollverhältnisse sind der EBS AG-Gründungsvertrag vom 6. Mai 1951 sowie die Statuten desselben Datums bzw. die aktualisierten Statuten vom 18. April 2009 massgebend.

29. Die EBS AG wurde durch den Bezirk Schwyz, den Kanton Schwyz, die Gemeinden des Bezirks Schwyz sowie der Oberallmeindkorporation Schwyz gegründet. Die Gründung der AG erfolgte, um dem öffentlichen und gemeinnützigen Werk der Nutzbarmachung der Muota-Wasserkräfte eine zweckentsprechende Rechtsform zu geben (§ 1 des Gründungsvertrags).

30. Gemäss § 2 der Statuten bezweckt die EBS AG die Nutzbarmachung und Nutzung der Wasserkräfte der Muota und anderer Gewässer und Primärenergien sowie die Energieversorgung im Bezirk Schwyz und anderer Gebiete, das im Interesse von Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihren Gebietsangehörigen Energie zu günstigen Bedingungen zu verschaffen haben. Zur Erreichung des Gesellschaftszwecks kann die EBS Tochtergesellschaften gründen und Beteiligungen erwerben.

31. In Übereinstimmung mit dem Gesellschaftszweck ist die EBS AG im Besitz mehrerer, vom Bezirk Schwyz erteilter Wasserrechtskonzessionen.

32. Aktionäre der EBS AG sind die Gesellschaftsgründer. Zwischen den Gründern können die Aktien frei übertragen werden (§ 5 Abs. 1 der Statuten). Eine Übertragung auf Körperschaften des öffentlichen Rechts ausserhalb des Bezirks Schwyz ist möglich, wenn diese ihr Versorgungsgebiet zur Belieferung von Energie zur Verfügung stellen (§ 5 Abs. 2 der Statuten). Nicht statthaft ist hingegen die Übertragung von Aktien auf natürliche und juristische Personen des Privatrechts (§ 5 Abs. 3 der Statuten).

33. Oberstes Organ der EBS AG ist die Generalversammlung. Diese setzt sich aus einem bis drei Vertretern pro Aktionär zusammen (§ 7 Abs. 1 des Gründungsvertrags). Den Aktionären steht es frei, ihren Vertretern Instruktion mitzugeben oder sie frei entschieden zu lassen (§ 7 Abs. 2 des Gründungsvertrags).

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303 (Rn. 30); EuGH, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 (Rn. 67); EuGH, Rs. C-573-03/07, Sea, vom 10.10.2009, noch nicht veröffentlicht (Rn. 47).

<sup>17</sup> FRENZ, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin/Heidelberg, Rz. 2370 ff. mit Hinweisen.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-340/04, Carbotermo und Consorzio Alisei, Slg. 2006, I-4137 (Rn. 63 ff.).

<sup>19</sup> 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).

34. Zu den Befugnissen der Generalversammlung gehören insbesondere die Wahl des Verwaltungsrates und die Entlastung dessen Mitglieder, die Festsetzung und Änderung der Statuten sowie die Erstellung neuer Kraftwerke (§ 8 der Statuten).

35. Der Verwaltungsrat schliesslich umfasst mindestens 13, auf vier Jahre gewählte Mitglieder (§ 17 Abs. 1 der Statuten). Wählbar sind nur Kandidaten, welche von Aktionären, die sie vertreten sollen, zuhanden der Generalversammlung vorgeschlagen werden (§ 7 Abs. 4 der Statuten).

36. Aufgaben und Befugnisse des Verwaltungsrates werden in § 21 der Statuten umschrieben. Diesbezüglich hervorzuheben gilt es insbesondere seine Befugnis, über die Erweiterung des Versorgungsgebietes, die Gründung von Tochtergesellschaften sowie Beteiligungen und Unterbeteiligungen zu beschliessen (§ 22 Abs. 3 der Statuten).

37. Aufgrund des vorstehend erläuterten Vertrags- und Statuteninhalts kann im Hinblick auf Kontrollverhältnisse Folgendes festgehalten werden:

38. Für eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle spricht die fehlende Möglichkeit einer Beteiligung privater Dritter.

39. Ebenfalls dafür spricht die Möglichkeit der Aktionäre, ihre an der Generalversammlung teilnehmenden Vertreter zu instruieren. Mit diesem Steuerungsinstrument können die Aktionäre die Entscheidungen der Generalversammlung ausschlaggebend beeinflussen.

40. Was die Kontrollmöglichkeit der Aktionäre in Bezug auf die Mitglieder des Verwaltungsrates betrifft, ist eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt. So erlaubt das exklusive Vorschlagsrecht die Ausübung einer zumindest mittelbaren Kontrolle. Umgekehrt verfügt der Verwaltungsrat über bestimmte, aus strategischer Sicht bedeutsame Befugnisse, die der unmittelbaren Kontrolle der Aktionäre entzogen sind und für welche die Verwaltungsräte auch persönlich haften (Art. 716a und 754 OR).

41. Insgesamt betrachtet übt der Konzident (Bezirk Schwyz) zusammen mit den anderen anteilhabenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften über die Konzessionärin eine Kontrolle aus wie über eine eigene Dienststelle. Demnach gilt es für die Qualifikation der EBS AG in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sie im Wesentlichen für die anteilhabenden Körperschaften tätig ist.

42. Die EBS AG ist im Stromgeschäft tätig. Dieses besteht aus der Stromproduktion, der Stromversorgung der anteilhabenden Körperschaften und dem Stromhandel (Beschaffung und Verkauf von Strom von Dritten bzw. an Dritte).<sup>20</sup>

43. Der Nettoerlös aus dem Stromgeschäft belief sich auf 40,81 Mio. CHF<sup>21</sup>. Davon entfielen – gestützt auf die zusätzlich bei der EBS AG eingeholten Angaben – 27,03 Mio. CHF auf die Stromversorgung der anteilhabenden Körperschaften und 13,78 Mio. CHF auf den Verkauf von Strom an Dritte (insbesondere CKW AG, BKW AG und Alpiq AG). Demgegenüber steht ein Aufwand von 13,82 Mio. CHF aus der für die Versorgung der anteilha-

benden Körperschaften getätigten Strombeschaffung bei Dritten.<sup>22</sup>

44. Ausgehend von den genannten Zahlen ergibt sich, dass die für die anteilhabenden Körperschaften im Jahre 2009 ausgeübten Tätigkeiten mit 40,85 Mio. CHF zu Buche schlagen (Erlös aus Stromversorgung + Aufwand für Strombeschaffung bei Dritten). Demgegenüber stehen 13,78 Mio. CHF, welche aus der Tätigkeit für Dritte resultieren (Erlös aus Stromverkauf an Dritte).

45. Im Rahmen der Prüfung des Wesentlichkeitskriteriums stellt sich ferner die Frage, ob die Tätigkeiten der KFA Kabelfernsehanlage Schwyz GmbH und der Erdgas Innerschwyz AG, welche zu 100 % bzw. 92.2 % der EBS AG gehören, mitberücksichtigt werden können.

46. Die KFA Kabelfernsehanlage Schwyz GmbH versorgt das Gebiet der Gemeinde Schwyz mit Kabelfernsignalen und bietet Internetdienstleistungen an. Grundlage ihrer Tätigkeit, mit der sie im Jahr 2009 einen Erlös von 1,61 Mio. CHF erzielte, bildet ein mit der Gemeinde Schwyz abgeschlossener Konzessionsvertrag.<sup>23</sup>

47. Die Erdgas Innerschwyz AG ihrerseits beliefert die Gemeinden Schwyz, Ingenbohl, Steinen, Lauerz, Arth und den Bezirk Küssnacht mit Erdgas zu Heizzwecken und für Prozesswärme. Grundlage ihrer Tätigkeit bilden zwischen ihr und den Versorgungsgemeinden abgeschlossene Konzessionsverträge. Die Erlöse aus der Gasversorgung beliefen sich im Jahre 2009 auf 2,6 Mio. CHF.<sup>24</sup>

48. Die Tätigkeiten der beiden Gesellschaften stützen sich mithin auf Konzessionen, die ihnen von gewissen, an der EBS AG anteilhabenden Körperschaften erteilt worden sind. Und da die Tätigkeiten für die fraglichen Körperschaften erbracht werden, rechtfertigt es sich nach Auffassung der Wettbewerbskommission, die damit erzielten Erlöse von insgesamt 4,21 Mio. CHF mit zu berücksichtigen und dem vorstehend ermittelten Betrag von 40,85 Mio. CHF hinzu zu rechnen.

49. Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die Tätigkeiten, welche die EBS AG für die anteilhabenden Körperschaften erbringt, mit 45,06 Mio. CHF zu Buche schlagen, während sich die Tätigkeiten für Dritte, wie vorstehend ermittelt, auf 13,78 Mio. CHF belaufen. Gemessen an diesen Zahlen ist die EBS AG folglich zu gut 76 % für die anteilhabenden Körperschaften tätig.

50. Aus rein quantitativer Sicht erscheint die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums zumindest fraglich. Hingegen gilt es für die Beurteilung auch die qualitativen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Grund für den Stromhandel bildet die unausgeglichene Produktionssituation (Produktionsüberschuss im Sommer und Produktionsdefizit im Winter), kombiniert mit der schwankenden Verbrauchssituation im Versorgungsgebiet (hoher Verbrauch im Winter, tiefer Verbrauch im Sommer).

<sup>21</sup> Geschäftsbericht EBS AG 2009, S. 18.

<sup>22</sup> Geschäftsbericht EBS AG 2009, S. 18.

<sup>23</sup> Geschäftsbericht EBS AG 2009, S. 26.

<sup>24</sup> Geschäftsbericht EBS AG 2009, S. 26.

<sup>25</sup> Vgl. oben, Rz. 24.

51. Diesbezüglich fällt ins Gewicht, dass der von der EBS AG getätigte Stromhandel in den saisonal bedingten Produktions- und Verbrauchschwankungen gründet. So dient der Stromverkauf an Dritte der Verwertung von Produktionsüberschüssen, währenddem der Stromeinkauf bei Dritten zur Ausgleichung von Produktionsdefiziten dient. Der Stromhandel ist mithin das (notwendige) Vehikel, um den Hauptzweck der EBS AG, nämlich die Versorgung der anteilhabenden Körperschaften, sicherzustellen.

52. Aufgrund dieser Überlegungen erachtet es die Wettbewerbskommission als gerechtfertigt, das Wesentlichkeitskriterium als erfüllt zu betrachten. Dies verbunden mit dem Hinweis, dass eine allfällige – durch die Strommarktliberalisierung bedingte – Verlagerung der Geschäftstätigkeit hin zu Dritten eine Neubeurteilung nötig machen könnte.

53. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und der bereits unter Randziffer 41 festgestellten Erfüllung des Kontrollkriteriums ist die EBS AG nicht als „Private“ im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu qualifizieren.

### **C Schlussfolgerung**

54. Zusammenfassend ergibt sich, dass die EBS AG im Lichte der bestehenden Verhältnisse nicht als „Private“ im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu qualifizieren ist, da die anteilhabenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften eine Kontrolle über die EBS AG ausüben wie über eine eigenen Dienststelle und das Unternehmen im Wesentlichen für diese Körperschaften tätig ist.

55. Die Erneuerung der derzeit laufenden Wasserrrechtskonzessionen zugunsten der EBS AG untersteht somit nach Massgabe der bestehenden Verhältnisse nicht der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

E 2	<b>4. Schlussbemerkungen betreffend Gutachten vom 22. Februar 2010 und 28. Juni 2010 (deutsch/français e italiano)</b>
-----	--

### *Schlussbemerkungen*

Infolge der WEKO-Gutachten reichte die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (UREK-N) am 29. Juni 2010 die parlamentarische Initiative "Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze" ein (Pa.Iv. 10.480). Sie verlangt, im Stromversorgungsgesetz vom 23.3.2007 (StromVG; SR 734.7) und im Wasserrechtsgesetz vom 22.12.1916 (WRG; SR 721.80) explizit festzuschreiben, dass Konzessionen zur Nutzung von öffentlichem Grund und Boden für die Verteilung elektrischer Energie und Wasserrechtskonzessionen ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung erteilt bzw. verliehen werden können. Die von der UREK-N ausgearbeitete Gesetzesvorlage ist vom Bundesrat am 20.4.2011 gutgeheissen und vom erstbehandelnden Nationalrat am 31.5.2011 einstimmig angenommen worden. Die Behandlung der Vorlage durch den Ständerat ist für die Herbstsession 2011 vorgesehen.

Mit der absehbaren Teilrevision des StromVG (neue Bestimmungen von Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> und Art. 62 Abs. 2<sup>bis</sup>)

### *Remarque finale*

Suite à l'avis de la COMCO, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) a déposé le 29 juin 2010 l'initiative parlementaire "pas de bureaucratie inutile dans le domaine de l'électricité" (lv.pa. 10.480). Dans cette initiative, il est demandé qu'il soit explicitement prévu dans la Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23.3.2007 (LApEI); RS 734.7) et dans la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22.12.1916 (LFH; RS 721.80) que les concessions sur le domaine public pour la distribution d'électricité et les concessions d'eau soient octroyées sans avoir recours à un appel d'offres. Le projet de loi de la CEATE-N a été approuvé par le Conseil fédéral le 20.4.2011 et a été adopté à l'unanimité par le Conseil national en tant que première chambre. Les débats au Conseil des Etats sont prévus pour la session d'automne 2011.

### *Osservazione finale*

A seguito della perizia della COMCO, la Commissione dell'ambiente, della pianificazione del territorio e dell'energia del Consiglio nazionale (CAPTE-N) ha deposto il 29 giugno 2010 l'iniziativa parlamentare "evitare inutile burocrazia nel settore delle reti elettriche" (10.480 – Iniziativa parlamentare). In questa iniziativa viene chiesto che sia esplicitamente previsto nella Legge sull'approvvigionamento elettrico del 23.03.2007 (LAEI; RS 734.7) e nella Legge federale sull'utilizzazione delle

und des WRG (neue Bestimmung von Art. 3a) wird die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erteilung bzw. Verleihung von Konzessionen der beschriebenen Art ausgeschlossen. Aus wettbewerbsspolitischer Sicht positiv zu bewerten ist allerdings die Tatsache, dass die betroffenen Behörden trotz fehlender Ausschreibungspflicht für ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren zu sorgen haben. Damit wird einem zentralen Anliegen von Art. 2 Abs. 7 BGBM Rechnung getragen.

Schliesslich gilt es zu unterstreichen, dass die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Konzessionsvergaben in anderen Sektoren uneingeschränkt Anwendung findet. Als Rahmen dienen die im WEKO-Gutachten gemachten grundsätzlichen Aussagen zum Inhalt von Art. 2 Abs. 7 BGBM.

Avec la révision partielle probable de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (nouvelles dispositions de l'art. 60 al. 3<sup>bis</sup> et de l'art. 62 al. 2<sup>bis</sup>) et de la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques (nouvelle disposition de l'art. 3a), l'application de l'art. 2 al. 7 LMI à l'octroi de telles concessions sera exclue. Du point de vue du droit de la concurrence, il reste néanmoins positif que malgré l'absence d'obligation de procéder à un appel d'offres pour ces concessions, les autorités concernées doivent garantir une procédure transparente et sans discrimination. Ainsi, le but central de l'art. 2 al. 7 LMI est pris en compte.

Enfin, il faut souligner que la disposition de l'art. 2 al. 7 LMI s'applique sans restrictions dans tous les autres secteurs. Les principes d'application dégagés dans l'avis de la COMCO sur l'art. 2 al. 7 LMI peuvent servir d'aide d'interprétation à cet égard.

forze idriche del 22.12.1916 (LUFH; RS 721.80) che le concessioni sul demanio pubblico per la distribuzione di elettricità e le concessioni di acqua siano trasmesse o accordate senza dover ricorrere ad una messa al bando (di concorso). Il progetto di legge della CAPTE-N è stato approvato dal Consiglio federale il 20.04.2011 ed è stato adottato all'unanimità dal Consiglio nazionale quale prima camera. I dibattiti al Consiglio degli Stati sono previsti per la sessione autunnale del 2011.

---

Con la probabile revisione parziale della LAEI (nuove disposizioni agli art. 60 cpv. 3<sup>bis</sup> e 62 cpv. 2<sup>bis</sup>) e della LUF1 (nuova disposizione dell'art. 3a), l'applicazione dell'articolo 2 capoverso 7 LMI per la trasmissione o l'accordo di tali concessioni sarà esclusa. Dal punto di vista del diritto della concorrenza, sarà tuttavia positivo il fatto che le autorità interessate dovranno garantire una procedura trasparente e non discriminatoria, malgrado la messa al bando delle concessioni non sia obbligatoria.

In questo modo, si terrà conto dell'obiettivo centrale dell'articolo 2 capoverso 7 LMI.

Infine, bisogna sottolineare che la disposizione dell'articolo 2 capoverso 7 LMI si applica senza restrizioni a tutti gli altri settori. Le considerazioni di fondo fatte nell'ambito della perizia della COMCO sul contenuto dell'articolo 2 capoverso 7 LMI servono a definirne i limiti d'applicazione.

---