

Ausschreibung von Konzessionen

Konzessionen haben ausschliessenden Charakter, da sie jeweils nur einem oder allenfalls einer beschränkten Zahl Privater übertragen werden. Deshalb kommt dem Verfahren der Konzessionsvergabe eine herausragende Bedeutung zu. Die Bindung des Gemeinwesens an rechtsstaatliche und verfassungsrechtliche Grundsätze, aber auch die mit einer Konzessionsvergabe verfolgten Ziele – z.B. wirtschaftliche Effizienz – legen es nahe, Konzessionen grundsätzlich mittels öffentlicher Ausschreibung zu vergeben. Dass öffentliche Ausschreibungen zur Konzessionsvergabe hierzulande in der Realität nur bedingt stattfinden, liegt einerseits an den fehlenden oder mit Unklarheiten behafteten rechtlichen Grundlagen und andererseits an unterschiedlichen Vorbehalten gegenüber solchen Verfahren.



Unbestrittenermassen stellt die Ausschreibung von Konzessionen eine Herausforderung für den Staat dar – und zwar nicht nur in Bezug auf den daraus resultierenden Aufwand, sondern auch in politischer Hinsicht, bedeutet doch Ausschreibungswettbewerb auch Marktöffnung.

Bild: Keystone

Die Rolle des Staates als Leistungserbringer unterliegt in jüngerer Zeit einem grundlegenden Wandel. Die wachsende Einbindung Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder der Verzicht des Gemeinwesens auf ihm bis anhin vorbehaltene wirtschaftliche Tätigkeiten sind Ausdruck davon. Der Staat tritt in seiner neuen Rolle nur mehr als Organisator, Regulator und Kontrolleur in Erscheinung. Die Gründe für diesen Wandel sind mannigfaltig: Die Begrenztheit staatlicher Mittel, die Liberalisierung von (staatlichen) Monopolmärkten, das Gebot der

effizienten Leistungserbringung sowie ordnungs- und wettbewerbspolitische Prämissen stehen diesbezüglich im Vordergrund. Zentrales Instrument für die Einbindung Privater bildet die Konzession.

Im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen soll vorerst der Begriff der Konzession kurz erläutert werden. Anschliessend folgt eine Darstellung der bestehenden Rechtsgrundlagen für die Ausschreibung von Konzessionen. Der letzte Teil enthält eine kurze Würdigung des bestehenden rechtlichen Rahmens und einige Überlegungen zu den Perspektiven.

Begriff und Arten von Konzessionen

Unter einer Konzession ist vorerst die *Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit (Monopolkonzession)* oder zur *Sondernutzung einer öffentlichen Sache (Sondernutzungskonzession)* zu verstehen.¹ Erstere gründet auf einem rechtlichen Monopol des Staates, während die Sondernutzungskonzession auf ein faktisches Monopol abstützt, das sich aus der Hoheitsgewalt des



Thomas Zwald
Leiter Binnenmarkt,
Sekretariat der Wettbewerbskommission
WEKO, Bern

Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen wie Boden und Wasser ergibt. Als Gegenleistung zum verliehenen Recht entrichtet der Begünstigte bzw. der Konzessionär dem Gemeinwesen eine Konzessionsgebühr.

Davon zu unterscheiden ist die *Dienstleistungskonzession*, auch Konzession des öffentlichen Dienstes genannt, mit welcher der Staat die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf einen Privaten überträgt. Diesem wird – im Unterschied zur Monopol- und Sondernutzungskonzession – keine wirtschaftliche Sonderstellung eingeräumt.² Ebenso ist es nicht üblich, dass der mit der Aufgabenerfüllung Betraute dem Gemeinwesen ein Entgelt als Gegenleistung entrichtet.

Rechtliche Grundlagen

Im Bereich der bestehenden rechtlichen Grundlagen für die Ausschreibung von Konzessionen kann zwischen *sektorspezifischen* und *sektorübergreifenden Regelungen* unterschieden werden.

Sektorspezifische Regelungen

Für die Ausschreibung bestimmter Konzessionen hat der Gesetzgeber sektorspezifische Regelungen geschaffen. So sieht beispielsweise Art. 24 des Fernmeldegesetzes vom 30.4.1997 (FMG; SR 784.10) vor, dass für die Erteilung einer Funkkonzession in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen ist, wenn mittels der beantragten Frequenznutzung Fernmeldedienste erbracht werden sollen und nicht genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessentinnen zur Verfügung stehen. Die Modalitäten der Ausschreibung werden in der Verordnung über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen vom 9.3.2007 geregelt (Art. 20 ff. FMV; SR 784.102.1). Dabei hat die mit der Ausschreibung betraute Stelle die Wahl, ob sie die Konzessionäre anhand vorgängig bestimmter Kriterien (Kriterienwettbewerb) oder mittels einer Auktion (Versteigerungswettbewerb) bestimmt.

Sektorspezifische Regelungen finden sich auch auf kantonaler Ebene. So ist beispielsweise in gewissen kantonalen Fischereigesetzen vorgesehen, dass die Pacht bzw. Konzession für die Ausübung der Berufsfischerei mittels öffentlicher Ausschreibung vergeben wird.³ Während die Zürcher Regelung für die Auswahl einen Kriterienwettbewerb vorsieht, hat sich der Luzerner Gesetzgeber für die Auktion entschieden.

Sektorübergreifende Regelungen

Zu den sektorübergreifenden Regelungen gehören die Gesetzgebungen über das öffent-

liche Beschaffungswesen sowie das Binnenmarktgesetz (BGBM).

Gesetzgebungen über das öffentliche Beschaffungswesen

Die eidgenössische und (inter-)kantonale Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen regelt die Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und Bauten durch das Gemeinwesen. Sie soll namentlich den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel sicherstellen und den fairen Wettbewerb zwischen den privaten Anbietern fördern.⁴ Ihrer Zielsetzung entsprechend müssen Beschaffungen ab einem bestimmten Wert (sog. Schwellenwert) mittels Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung getätigt werden.

Ob das Beschaffungsrecht Grundlage für die Vergabe von Konzessionen bilden kann, hängt davon ab, wie der Begriff der öffentlichen Beschaffung verstanden wird. Nach klassischem Verständnis liegt eine öffentliche Beschaffung dann vor, wenn das Gemeinwesen auf dem freien Markt als Nachfrager auftritt, um sich bei privaten Unternehmen gegen Bezahlung eines Preises die für seine Tätigkeit erforderlichen Sachmittel und Leistungen zu beschaffen.⁵ Eine derartige Begriffsbeschreibung schliesst Konzessionen vollumfänglich aus.

Die Rechtsprechung hat inzwischen – nicht zuletzt aufgrund der teils massiven Kritik seitens der Lehre – vom klassischen Begriffsverständnis Abstand genommen und damit die Tür für die Unterstellung der Vergabe von Konzessionen unter die Beschaffungsgesetzgebung (weit) aufgestossen. So qualifizierte die ehemalige Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) bereits im Jahre 1999 die Beauftragung eines privaten Unternehmens, ein System für die Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr für Batterien sowie Akkumulatoren aufzuziehen und zu betreiben, als öffentliche Beschaffung. Sie erachtete es im Lichte des Zwecks des BoeB als geboten, auch Sachverhalte dem Vergaberecht zu unterstellen, bei denen eine Leistung in Erfüllung einer öffentlichen Staatsaufgabe ausgelagert und durch einen Privaten auf eigene Rechnung und Gefahr durch Verwertung des ihm übertragenen Rechts erbracht wird (BRK 1999-006, VPB 64.30 E. 1b).

Mehrere Jahre später hatte das Bundesgericht in BGE 135 II 49 die Frage zu beantworten, ob das Zur-Verfügung-Stellen von Fahrrädern zur Selbstaussleihe eine öffentliche Beschaffung darstellt. Es handelte sich dabei um eine Nebenleistung, welche die Stadt Genf im Zusammenhang mit der Vergabe der Konzession für den öffentlichen Plakataus-

1 Vgl. Häfelin/Müller.

2 Vgl. Häfelin/Müller.

3 Vgl. z.B. § 10 des Zürcher Gesetzes über die Fischerei vom 5.12.1976; § 10 des Luzerner Fischereigesetzes vom 10.6.1997.

4 Art. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16.12.1994 (BoeB; SR 172.056.1); Art. 1 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25.11.1994 (IVöB; SR 172.056.5).

5 Vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

hang vom künftigen Konzessionär verlangte. Vorgesehen war, dass dieser die Fahrradausleihe auf eigene Kosten betreibt und die Einnahmen aus der staatlich festgelegten Ausleihgebühr der Stadt integral abliefern. Im Gegenzug konnte der interessierte Bewerber die (voraussichtlichen) Betriebs- und Investitionskosten bei seiner Offerte für die Erlangung der Plakataushangkonzession berücksichtigen. Das Bundesgericht qualifizierte die fragliche Nebenleistung als (ausschreibungspflichtige) öffentliche Beschaffung. Es erachtete den Ausleihbetrieb als ein Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe muss dabei nach Auffassung des Bundesgerichts weit verstanden werden und umfasst sämtliche Aktivitäten, die der Förderung eines öffentlichen Interesses – im vorliegenden Fall die umweltschonende Mobilität – dienen. Bezüglich der staatlichen Gegenleistung präzisiert der Entscheid, dass diese nicht in der Bezahlung eines Preises bestehen muss, sondern jedwelle Formen der Entschädigung möglich sind (BGE 135 II 49 E. 5.2.2).

Im Übrigen bestätigte das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung, wonach die Erteilung einer Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund nicht als öffentliche Beschaffung qualifiziert werden kann, mit der Begründung, dass das Gemeinwesen damit keine Mittel für die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe erwerbe. Gleichzeitig liess es offen, ob die fragliche Konzessionserteilung unter die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 des BGBM fällt (135 II 49 E. 4.1 und E. 4.3.2).

Binnenmarktgesetz

Das BGBM vom 6.10.1995 (SR 943.02) gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit landesweit freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). 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. Mit dieser Norm, welche anlässlich der Gesetzesrevision eingefügt wurde und am 1.7.2006 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.⁶

Das BGBM begründet mithin eine Ausschreibungspflicht für die Vergabe von Monopol- und Sondernutzungskonzessionen an Private. Die Unterstellung Letzterer ist allerdings in der Lehre umstritten und bis dato gerichtlich noch nicht bestätigt worden.⁷

Gegenüber den Kritikern einer Unterstellung ist zwar einzuräumen, dass die Erteilung einer Sondernutzungskonzession dem Begünstigten «bloss» ein exklusives Nutzungsrecht an einer öffentlichen Sache und nicht, wie im Falle der Monopolkonzession, das exklusive Recht auf eine Wirtschaftstätigkeit einräumt. Bildet die Sondernutzungskonzession jedoch Grundlage für eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit (z.B. Nutzung eines Flusslaufes für die Stromproduktion), führt sie letztlich dazu, dass Dritte von derselben faktisch ausgeschlossen werden. Im Ergebnis liegt mithin eine vergleichbare Situation vor wie bei der Erteilung einer Monopolkonzession. Damit entspricht die Unterstellung von Sondernutzungskonzessionen gerade 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, gebietet, dass die Übertragung dieses Rechts im Rahmen eines wettbewerbsorientierten Ausschreibungsverfahrens erfolgt.

Was die Modalitäten der Ausschreibung der Nutzungsübertragung derartiger Monopole betrifft, enthält das Gesetz – seinem Charakter als Rahmengesetz entsprechend – keine Vorgaben. Diese sind von der ausschreibungspflichtigen Behörde festzulegen. In der Botschaft wird einzig darauf hingewiesen, dass sich eine analoge Anwendung der Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts als naheliegend erweist (Botschaft revBGBM, BBl 2005 486).

Würdigung und Perspektiven

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass im Laufe der letzten Jahre bis anhin fehlende Grundlagen für die Ausschreibung von Konzessionen geschaffen worden sind. Diese positive Entwicklung beruht auf zwei unterschiedlichen, sich ergänzenden Regelungsansätzen.

Der *sektorspezifische Ansatz* hat den Vorteil, dass in Bezug auf den Ausschreibungsgegenstand Klarheit besteht und bei der Festlegung der Verfahrensmodalitäten die Eigenheiten der betreffenden Konzession berücksichtigt werden können. Hingegen erweist sich dieser Ansatz mit Blick auf das Ziel, die Vergabe von Konzessionen in umfassender Weise dem Ausschreibungswettbewerb zu unterwerfen, als (zeit)aufwändig.

Beim *sektorübergreifenden Ansatz* verhält es sich weitgehend umgekehrt, indem mit einem Schlag Konzessionen unterschiedlichen Inhalts dem Ausschreibungswettbewerb unterworfen werden. Hingegen kann dieser Ansatz im Einzelfall Anlass zu Streit

6 Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. 11.2004 (Botschaft revBGBM), BBl 2005 483.

7 Für die Anwendbarkeit vgl. Rey/Wittwer und Beyeler. Gegen die Anwendbarkeit vgl. Rechsteiner/Waldner. Offengelassen in BGE 135 II 49 betreffend Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund.

über die Unterwerfung bieten; dies insbesondere in Bezug auf das öffentliche Beschaffungsrecht. Mit der Ausweitung des Begriffs der öffentlichen Beschaffung hat die höchstgerichtliche Rechtsprechung zwar eine Grundlage für die Unterstellung von Dienstleistungskonzessionen geschaffen, was aber nicht mit der Schaffung klarer Verhältnisse und Rechtssicherheit gleichgesetzt werden kann. Um dies zu erreichen, ist der Gesetzgeber zur Einbindung der Dienstleistungskonzessionen ins öffentliche Beschaffungsrecht aufgerufen. Auf Bundesebene böte die Revision des BoeB, welche derzeit sistiert ist, eine günstige Gelegenheit. Für die Kantone führt der Weg über eine entsprechende Anpassung der IVöB.

Die Integration der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ins öffentliche Beschaffungsrecht hat über eine entsprechende Erweiterung des sachlichen Geltungsbereich hinauszuweisen. Geregelt werden müsste beispielsweise auch die Frage der Schwellenwerte, welche bei Dienstleistungen aufgrund ihrer Natur einer anderen Ermittlung bedürfen als bei öffentlichen Beschaffungen. Eine mögliche Grösse könnte der erwartete Umsatz bilden, den der Konzessionär während der Konzessionsdauer erzielt.

Was die Verfahrensmodalitäten und die Vergabekriterien betrifft, stellt sich die Frage, ob die Anwendung der Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts – bzw. der analogen Anwendung derselben im Falle von Art. 2 Abs. 7 BGBM – bei sämtlichen unterstellten Konzessionen zielführend ist. Je nach Eigenart und Komplexität der zu vergebenden Konzession dürften Abweichungen oder

die Schaffung von Sonderregeln angezeigt sein.

Fazit

Unbestrittenermassen stellt die Ausschreibung von Konzessionen eine Herausforderung für den Staat dar – und zwar nicht nur in Bezug auf den daraus resultierenden Aufwand, sondern auch in politischer Hinsicht, bedeutet doch Ausschreibungswettbewerb auch Marktöffnung. Vor diesem Hintergrund könnte der Einwand erhoben werden, eine Ausschreibungspflicht verleite das Gemeinwesen dazu, von einer stärkeren Einbindung Privater Abstand zu nehmen oder gar bestehende Einbindungen rückgängig zu machen. Von einem rational handelnden Gemeinwesen darf jedoch erwartet werden, dass es sich vorab von wirtschaftlichen Nutzenüberlegungen und nicht von Furcht leiten lässt. ■

Kasten 1

Literatur

- Beyeler M., Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: J.-B. Zufferey, H. Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 27.
- Galli P., Moser A., Lang E., Clerc E., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 107.
- Häfelin U., Müller G., Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 2591.
- Rechsteiner S., Waldner M., Netzgebietsteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, in: AJP 2007, S. 1288 ff.
- Rey A., Wittwer B., Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach dem revidierten Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, in: AJP 2007, S. 585 ff.

Ihr Eventhotel ganz oben am Zürichsee

www.seedamm-plaza.ch

MEETING	HOTEL	RESTAURANT	CASINO	EVENTDOME
				


SEEDAMM
PLAZA
KONGRESSE HOTEL SEMINARE
SEEDAMMSTRASSE 3, CH-8808 PFÄFFIKON SZ, TELEFON +41 55 417 17 17
FAX +41 55 417 17 18, info@seedamm-plaza.ch, www.seedamm-plaza.ch