



Bern, 10. Dezember 2021

Bessere Verfahren beim Zugang zu den geschlossenen Märkten des Bundes

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des
Postulats 19.3701 Caroni vom 19. Juni 2019

Inhaltsverzeichnis

1	Einführung	3
2	Prüfung der Zugangsverfahren.....	3
2.1	Wasserrechtskonzessionen	3
2.2	Stromverteilnetzkonzessionen	6
2.3	Bewilligung für Rohrleitungsanlagen	8
2.4	Funkkonzessionen	10
2.5	Brennereikonzessionen zur Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser	11
2.6	Spielbankkonzessionen	12
2.7	Streckenkonzessionen für Luftfahrtunternehmen	14
2.8	Grundversorgungskonzessionen im Fernmeldewesen.....	15
2.9	Veranstalterkonzessionen für Lokalradios und Regionalfernsehen mit Leistungsauftrag	16
2.10	Betriebskonzessionen für Flughäfen	18
2.11	Eisenbahninfrastrukturkonzessionen	20
2.12	Personenbeförderungskonzessionen.....	21
2.13	Leistungsaufträge im Autoverlad.....	23
2.14	Arbeitsmarktliche Massnahmen	24
2.15	Leistungsaufträge des Eidgenössischen Instituts für Metrologie	25
2.16	Auftrag zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz	27
3	Schlussfolgerungen des Bundesrates	29

1 Einführung

Der Zugang zu gewissen Märkten des Bundes ist aus faktischen oder regulatorischen Gründen beschränkt. Am 7. Juni 2019 hat der Bundesrat den Bericht «Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes» veröffentlicht,¹ der insbesondere die Schlussfolgerungen einer in Auftrag gegebenen Studie über die Zugangsverfahren zu den geschlossenen Märkten auf Bundesebene präsentiert (nachfolgend ZHAW-Studie).² Die Autorinnen und Autoren der Studie haben die Zugangsverfahren zu 16 Märkten des Bundes untersucht, um zu beurteilen, ob diese die Grundsätze der Fairness, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zwischen den potenziellen Anbieterinnen und Anbietern einhalten. Nach Kenntnisnahme der Schlussfolgerungen der Studie hat der Bundesrat erklärt, er sei sich bewusst, dass manche Zugangsverfahren mit Blick auf diese drei Kriterien noch verbessert werden könnten. Er schlug keine gesetzgeberischen Massnahmen vor, beauftragte jedoch die zuständigen Departemente, die Zugangsverfahren zu den im Bericht erwähnten 16 geschlossenen Märkten zu prüfen. Diese Prüfung soll als Entscheidungsgrundlage für allfällige Gesetzesrevisionen dienen.

Kurz nach der Veröffentlichung des Berichts des Bundesrates hat Ständerat Andrea Caroni am 19. Juni 2019 das Postulat 19.3701 «Bessere Verfahren beim Zugang zu den geschlossenen Märkten des Bundes» eingereicht. Das Postulat lautet: «Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament bis Ende 2021 Bericht darüber zu erstatten, wie der Zugang zu den geschlossenen Märkten des Bundes verbessert werden kann». Das Postulat bezweckt, dass das Parlament über die Ergebnisse des vom Bundesrat der Verwaltung erteilten Prüfauftrags informiert wird (siehe dessen Begründung). Der Bundesrat hat die Annahme des Postulats beantragt, worauf es am 11. September 2019 vom Ständerat angenommen wurde.

Der vorliegende Bericht dient somit der Erfüllung dieses Postulats. Er untersucht die 16 im Bericht vom 7. Juni 2019 erwähnten Märkte, um festzustellen, ob Verbesserungen bei den Zugangsverfahren möglich sind. Für jeden Markt prüft der Bericht zunächst die Verfahren und Bestimmungen für den Zugang, beurteilt dann die Verfahren im Hinblick auf Verbesserungsmöglichkeiten und präsentiert die Auswirkungen der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB).³ Die Analyse der Märkte schliesst mit der Beurteilung des Handlungsbedarfs.

2 Prüfung der Zugangsverfahren

2.1 Wasserrechtskonzessionen

2.1.1 Einleitende Bemerkungen

Der Bund ist gemäss Artikel 7 Wasserrechtsgesetz (WRG)⁴ vor allem für Verfahren an Grenzgewässern zuständig. Die Zuständigkeit des Bundes stützt sich auf Artikel 76 Absatz 5 Satz 1 und Artikel 54 BV. In Zusammenarbeit mit den Nachbarländern müssen dabei Wasserrechte an Grenzgewässern gemeinschaftlich geregelt werden. Die Grenzgewässer sind grösstenteils bereits für die Wasserkraft genutzt, sodass es sich mittlerweile bei einer überwiegenden Zahl der Konzessionsverfahren um Konzessionserneuerungen bestehender Anlagen handelt. Ein

¹ Der Bericht ist verfügbar unter: www.seco.admin.ch > Wirtschaftslage & Wirtschaftspolitik > Wirtschaftspolitik > Wettbewerb > Geschlossene Märkte des Bundes.

² Vgl. Studie der ZHAW «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes» vom 15. Februar 2019 verfügbar unter: www.seco.admin.ch > Wirtschaftslage & Wirtschaftspolitik > Wirtschaftspolitik > Wettbewerb > Geschlossene Märkte des Bundes.

³ SR 172.056.1

⁴ SR 721.80

Spezialfall für ein Bundesverfahren im Wasserkraftbereich ist die Inanspruchnahme des Bundes für seine Verkehrsbetriebe (Art. 12 WRG). Seit Bestehen des WRG wurde nur in einem Fall eine Inanspruchnahme durchgeführt.

Die mittlere jährliche Stromproduktion aus Schweizer Wasserkraft liegt bei 36 741 GWh, davon werden 4010 GWh in 23 Grenzwasserkraftwerksanlagen produziert.⁵ Für die inländischen Gewässer sind die Kantone zuständig. Der Grossteil der Wasserrechtsverfahren in der Schweiz liegt somit in kantonaler Zuständigkeit. Es ist festzuhalten, dass der Markt für Konzessionäre, der in der Zuständigkeit des Bundes liegt, im Verhältnis zum Gesamtmarkt relativ klein und ein allfälliges Optimierungspotenzial entsprechend begrenzt ist.

2.1.2 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Für die Vergabe aller Wasserkraftkonzessionen kommen verschiedene Verfahren infrage, u. a. – als in administrativer Hinsicht einfachstes Verfahren – das Gesuchsverfahren. Dabei wird das Vorhaben von der Konzessionsbehörde auf der Grundlage der von der Gesuchstellerin bzw. vom Gesuchsteller eingereichten Unterlagen beurteilt. Das Gesuch muss darlegen, dass alle gesetzlichen Vorschriften – v.a. die Umwelt- und Baugesetzgebung – eingehalten werden. Zudem verhandelt die Gesuchstellerin bzw. der Gesuchsteller in der Regel mit dem konzедierenden Gemeinwesen über Gegenleistungen für die Konzessionserteilung – wie z. B. die Höhe des Wasserzinses, sofern die kantonale Gesetzgebung nicht schon klare Vorgaben macht. Diese Leistungen dürfen die Ausnützung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren (Art. 48 Abs. 2 WRG).

In den Gesuchsverfahren gibt es in den allermeisten Fällen nur eine Gesuchstellerin bzw. einen Gesuchsteller. Insbesondere bei Konzessionen für Neuanlagen arbeitet in der Regel nur eine Projektantin bzw. ein Projektant die notwendigen Unterlagen für ein Bauprojekt aus und reicht diese ein. Bei der Zuteilung der möglichen Produktionsstandorte erfolgt die Vergabe in der Regel nach dem sog. Windhundprinzip (*first come, first served*). Obwohl grundsätzlich möglich, findet kein Wettbewerb statt. Alternativ – um einen Standort einem grösseren Interessentenkreis zu öffnen – sollte das konzедierende Gemeinwesen in Vorleistung treten und für einen Standort Grundlagen für ein Projekt ausarbeiten. Anschliessend müsste in einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren ermittelt werden, welche Bewerberinnen bzw. Bewerber das Gesuchsverfahren durchlaufen können.

Konzessionen sind zeitlich befristet. Bei Ablauf der Konzession gehen Teile des Wasserkraftwerks kostenlos in das Eigentum des Staates über (Heimfall). Bei Konzessionserneuerungen ist das Projekt im Normalfall ein bestehendes Kraftwerk, das unter neuen Auflagen weiterbetrieben werden soll – gegebenenfalls mit einer Erweiterung.

Für das ordentliche Konzessionsverfahren ist eine öffentliche Auflage vorgeschrieben (Art. 62c WRG). Zudem ist das Jahr des Konzessionsablaufs von bestehenden Konzessionen mittels der Statistik der Wasserkraftanlagen des Bundesamts für Energie (BFE) für alle Kraftwerke bekannt. Interessierte können sich entsprechend auf ein Verfahren vorbereiten und gegebenenfalls ein eigenes Gesuch einreichen. Für den Fall mehrerer Bewerberinnen bzw. Bewerber findet Artikel 41 WRG Anwendung. Als Kriterien für die Auswahl werden zum einen das öffentliche Wohl – und bei dessen Gleichheit – die bessere wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers herangezogen. Die Auswahl muss in solchen Fällen in der Verfügung begründet werden und ist somit für berücksichtigte wie auch nicht berücksichtigte Bewerberinnen und Bewerber nachvollziehbar dargestellt. Bisher gab es bei Bundeskonzessionen nur in wenigen Verfahren mehr als eine Bewerberin bzw. mehr als einen Bewerber.⁶

⁵ Statistik der Wasserkraftanlagen, Stand 31.12.2020.

⁶ Vgl. etwa BGE 40 I 530.

2.1.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Von den Auswahlverfahren wird aus ökonomischer Sicht ein offenes Ausschreibungsverfahren als am geeignetsten angesehen. Das Verfahren hat den Vorteil, dass – aufgrund der notwendigen öffentlichen Publikation – das Kriterium der Transparenz am einfachsten erfüllt werden kann und ein Wettbewerb um die knappen Produktionsstandorte entsteht. Es wird insbesondere dann angewendet, wenn eine ausgeprägte Informationsasymmetrie zwischen der Behörde und der Wirtschaft überwunden werden soll. In der Wasserkraft betrifft das vor allem die Aspekte der Projektausgestaltung und -dimensionierung – hauptsächlich im Fall von Neuanlagen – sowie den Aspekt der Gegenleistungen für die Konzession – insbesondere von Bedeutung in Verbindung mit einem Heimfallverzicht bei Konzessionserneuerungen. Eine Ausschreibung dürfte – aufgrund der verstärkten Konkurrenzsituation jedoch abhängig von den zusätzlichen Transaktionskosten der öffentlichen Hand – vielfach zu einem maximalen Ergebnis (Ressourcenrente) für das ausschreibende Gemeinwesen. Die am einfachsten quantifizierbaren rein monetären Gegenleistungen sind jedoch nur einer von vielen zu beurteilenden Aspekten. Weitere Punkte eher qualitativer Natur werden häufig ebenfalls mitberücksichtigt. Zusätzlich ist zu bemerken, dass bei vielen Verleihungsverfahren ein lang andauernder Austausch zwischen Stromproduzent und Verleihungsbehörde über die konkrete Ausgestaltung der Konzession stattfindet.

Im Rahmen der parlamentarischen Initiative 10.480 («Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze») hat das Parlament 2011 allerdings die spezialrechtliche Grundlage geschaffen, dass Wasserkraftkonzessionen nicht zwingend ausgeschrieben werden müssen. So hält Artikel 62 Absatz 2^{bis} WRG für Bundeskonzessionen fest, dass die Konzession ohne Ausschreibung erteilt werden kann. Die Erteilung hat in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu erfolgen. Für kantonale Konzessionen befindet sich die gleichlautende Bestimmung in Artikel 60 Absatz 3^{bis} WRG. Eine wichtige Motivation dieses Vorstosses war es, die Komplexität der bereits etablierten Verfahren nicht noch zusätzlich zu erhöhen. Neben dem regulären Verfahren müsste zusätzlich ein Ausschreibungsverfahren vorbereitet werden, was mit Kosten und weiterem Zeitaufwand verbunden ist. Zudem soll den über die Gewässerhoheit verfügenden Gemeinwesen ein möglichst weitgehendes Entscheidungsermessen eingeräumt werden.

2.1.4 Auswirkungen der BÖB-Revision

Die spezialrechtliche Regelung im WRG bedeutet, dass das revidierte BÖB keine Anwendung findet.⁷

2.1.5 Schlussfolgerungen

Über die Wasservorkommen verfügen die Kantone auch an den Grenzgewässern (Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV). Diese Kompetenz basiert auf einem historischen Regalrecht. Dessen Ausübung geht dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vor (Art. 94 Abs. 4 BV). Die Konzessionsvergabe wird dadurch im Wesentlichen zu einer politischen Entscheidung, bei der sich die Kantone nicht unparteiisch verhalten müssen.⁸ Über die allgemeinen Rechtsgrundsätze hinausgehende Einschränkungen des Verfügungsrechts der Kantone dürften deshalb verfassungswidrig sein.⁹

Allgemein hat der Gesetzgeber letztmalig 2011 die Ausschreibungspflicht bei Wasserkraftkonzessionen behandelt und verneint. Eine Änderung des Gesetzes ist daher momentan nicht angezeigt. Die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen ermöglichen eine Vergabe mittels eines Ausschreibungsverfahrens, gewähren aber auch die Option, alternative Varianten zu wäh-

⁷ Vgl. auch Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend «Botschaft BÖB»), BBl 2017 1851 S. 1892.

⁸ Vgl. BGE 142 I 99 E. 5.

⁹ Vgl. BGE 103 Ia 329 E. 8.

len, die den Zielen eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens Rechnung tragen. In den kommenden Jahren enden zahlreiche Wasserrechtskonzessionen und es besteht ein Investitionsbedarf in die Wasserkraft infolge der Klima- und Energiestrategie. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es dabei ein gewisses Effizienzpotenzial durch Ausschreibungen gibt.

2.2 Stromverteilnetzkonzessionen

2.2.1 Einleitende Bemerkungen

Im Bereich der Stromnetze gibt es keine Bundeskonzessionen. Da jedoch im Bericht des Bundesrates vom 7. Juni 2019 kantonale und kommunale Netzkonzessionen erwähnt sind, wird nachfolgend das diesbezügliche Bundesrecht beleuchtet.

2.2.2 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Seit dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes (StromVG)¹⁰ ist der Betrieb des Stromverteilnetzes, verbunden mit dem Auftrag zum Anschluss und zur Grundversorgung, mit der sog. Netzgebietszuteilung (Art. 5 StromVG) verknüpft. Zusätzlich existieren – wie schon vor dem StromVG – weitere netzrelevante Akte, z. B. solche, die ein Überleitungsrecht über und durch den Boden verschaffen. Führt die Leitung über öffentlichen Grund, wird dieses Überleitungsrecht oft per Konzession erteilt. Weder diese Konzession noch die Netzgebietszuteilung sind Vergaben des Bundes, sondern solche der Kantone oder Gemeinden. Gemäss Artikel 3a StromVG können Kantone und Gemeinden Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz, insbesondere das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grunds und Bodens, ohne Ausschreibung erteilen. Sie müssen jedoch ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren gewährleisten.

Dieser Artikel geht zurück auf die parlamentarische Initiative 10.480 «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze» und wurde 2011 von beiden Kammern des Parlaments je einstimmig beschlossen. Auslöser dafür war ein Gutachten der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 22. Februar 2010, worin diese die Meinung vertreten hatte, bei der Erneuerung einer Konzession zur Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie zur Versorgung mit elektrischer Energie durch Private handle es sich um einen ausschreibungspflichtigen Tatbestand im Sinne von Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM)¹¹. Der Gesetzgeber sah dies anders und stellte deshalb im Gesetz klar, dass bei der Nutzung des öffentlichen Grundes für Stromnetze sowie bei der Wasserkraftnutzung (vgl. Ziff. 2.1) für die jeweiligen Konzessionsbehörden keine Ausschreibungspflicht besteht. Seine wichtigsten Gründe waren laut dem Bericht zur parlamentarischen Initiative 10.480 die folgenden:

- Der Netzbetrieb sei im StromVG bewusst nicht wettbewerblich ausgestaltet, sondern vielmehr reguliert worden. Mit den Vorgaben zu den Netznutzungsentgelten und deren Kontrolle durch die Eidgenössischen Elektrizitätskommission (EiCom) sei es fraglich, ob Wettbewerb punkto (Kosten-)Effizienz viel bringen würde. Wichtig sei, dass die Infrastruktur zuverlässig funktioniere und dass sie diskriminierungsfrei nutzen dürfe, wer dies wolle (Wettbewerb auf dem Netz, nicht ums Netz). Zu berücksichtigen sei, dass Elektrizitätsverteilnetze Infrastrukturen mit Amortisationsdauern von bis zu 50 Jahren seien. Die Neigung der Eigentümerschaft bzw. der Betreiberinnen bzw. Betreiber, in die Netze zu investieren (Ausbauten, Unterhalt usw.), könne abnehmen, was sich wiederum negativ auf den Zustand der Netze und auf die Versorgungssicherheit auswirken könne.
- Eine Ausschreibungspflicht brächte Bürokratie, würde unnötig Kosten verursachen und wäre schwierig umzusetzen: Probleme würden zum Zeitpunkt auftreten, wenn eine Konzession neuen Inhaberinnen bzw. Inhabern zugeteilt würde, die dann aber nicht

¹⁰ SR 734.7

¹¹ SR 943.02

Eigentümerinnen bzw. Eigentümer (oder Berechtigte) des betreffenden Netzes seien. Mit der Konzession würde derweil nicht auch dieses Eigentum übertragen, sondern z. B. nur das Recht, den öffentlichen Grund zu nutzen. Ein solches Auseinanderklaffen von Konzession und Eigentum am Netz dürfte häufig nur über eine Enteignung zu lösen sein, zumal gütliche Einigungen in diesen Fällen selten sein dürften.

Die zwei allgemeinen Prinzipien der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit des Verfahrens wurden neu in diesem Artikel 3a StromVG explizit verankert. Wille des Parlaments war es lediglich, die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Ausschreibepflicht zu beseitigen, derweil sollte sich an der bisherigen Vergabepraxis nichts ändern. Welchen Anforderungen ein Verfahren zur Vergabe der Konzessionen konkret genügen muss, wurde jedoch nicht weiter konkretisiert.

Der Schweizerische Städteverband hat einen Leitfaden mit Empfehlungen zur Ausgestaltung einer diskriminierungsfreien und transparenten Vergabe ausgearbeitet, die sich von der – nicht gewollten – Ausschreibepflicht abgrenzt.¹² Eine der wichtigen Fragen ist, ob das Transparenzerfordernis eine Publikation ab Verfahrensbeginn oder lediglich eine Kenntnissgabe der Entscheide erfordert. Laut Leitfaden ist keine umfassende Publizität der Verfahrenseröffnung notwendig und auch keine Einladung zur Teilnahme an einen unbestimmten Personenkreis. «Diskriminierungsfrei» bedeutet gemäss dem Leitfaden u. a., dass die Auswahlkriterien sachlich gerechtfertigt sein müssen; unzulässig wäre in der Regel, als alleiniges Kriterium darauf abzustellen, dass jemand die Konzession schon bisher hatte.

Hingegen setzt ein solches Verfahren der ZHAW-Studie entgegen den Leitlinien des Städteverbands mindestens eine Publikation und die Möglichkeit von Konkurrenzofferten voraus; d. h., dass die Vergabe vorgängig angekündigt werden muss.¹³ Unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots und der sich daraus ergebenden Verfahrensgarantien sollte hier nach ein an der Verleihung interessierter Marktteilnehmer verlangen dürfen, dass er mit einem Begehren angehört wird und dass seine Ablehnung nicht sachfremden oder diskriminierenden Zwecken dient. Mit anderen Worten sollten Marktteilnehmer die Behandlung ihres Gesuchs nach Treu und Glauben in einem fairen Verfahren erwarten können. Hieraus ergibt sich, dass solche Gesuche seriös zu prüfen sind und ein allfälliger negativer Entscheid zu begründen ist.¹⁴ Um ihre aus Art. 3a StromVG sowie Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG ableitbaren Verfahrensrechte durchsetzen zu können, sollten betroffene Marktteilnehmer das Recht haben, eine anfechtbare Verfügung zum Entscheid über die Konzessionserteilung zu verlangen.¹⁵ Betreffend die Zuteilung der Netzgebiete durch die Kantone gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG, welche ebenfalls in einen transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu erfolgen hat, folgt das Zuteilungsverfahren den allgemeinen Grundsätzen, wobei insbesondere das rechtliche Gehör und die Rechtsweggarantie zu berücksichtigen sind.¹⁶

2.2.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Eine vorrangige Rolle spielt die Netzgebietszuteilung, da mit ihr bestimmt wird, wer lokal das Netz betreibt und so auch für die Grundversorgung zuständig ist. Sie wird pro Netzgebiet nur an ein einziges Unternehmen vergeben. Davon zu unterscheiden ist das mit der hier fraglichen Konzession verschaffte Bodenüberleitungsrecht, welches nur ein Hilfsmittel ist, mit dem die Netzgebietszuteilung sachrechtlich abgesichert wird. Diese Konzession hat somit nur eine sekundäre Bedeutung. Sie kann pro Netzgebiet in grosser Zahl nötig sein, d. h. unter Umständen

¹² Schweizerischer Städteverband, Vergabe von Sondernutzungskonzessionen für elektrische Verteilnetze, Leitfaden, Bern, 2013.

¹³ Vgl. ZHAW-Studie (Fn. 2), S. 10.

¹⁴ Siehe hierzu etwa MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 3a StromVG, Rz. 60 ff.

¹⁵ Vgl. «Stellungnahme der WEKO i.S. AEK Energie gegen die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 11. Juli 2019», RPW 2020/2, 867, Rz. 37 f.

¹⁶ Vgl. Christoph Jäger/Christophe Scheidegger, in: Kommentar Energierecht (Fn. 14), Art. 5 StromVG, Rz. 15.

durch viele verschiedene Gemeinwesen ausgestellt werden (müssen). Ausserdem führen die Leitungen oft auch über privaten Grund, wofür es Dienstbarkeiten oder dergleichen braucht. Somit könnte bei einer auf möglichst grossen Wettbewerb ausgerichteten Ausschreibung für das Bodenüberleitungsrecht ein Zustand resultieren, bei dem die betreffenden Konzessionen an viele verschiedene Netzbetreiberinnen bzw. Netzbetreiber gehen, obschon sich die Netzgebietszuteilung ja auf eine Netzbetreiberin bzw. einen Netzbetreiber beschränkt. Das erscheint wenig sinnvoll und ist schlecht mit dem vom StromVG gewollten System verträglich. Wozu eine isolierte Betrachtung der «Netzkonzessionen» führt, wird noch deutlicher beim Übertragungsnetz. Dieses ist im StromVG als eine untrennbare Einheit konzipiert, die der Nationalen Netzgesellschaft (Swissgrid AG) gehört. Auch hier braucht es Konzessionen zur Nutzung des öffentlichen Grunds. Müssten sie wettbewerblich ausgeschrieben werden, könnte das dazu führen, dass die Einheit, die das StromVG klar vorgibt, konterkariert wird. All dies zeigt, dass das StromVG auf Wettbewerb *um* das Netz abzielt. Vielmehr soll es Wettbewerb *auf* dem Netz geben, was der Bundesrat mit der vollen Marktöffnung als Teil des Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien¹⁷ vollenden will. Zu einem kosteneffizienten Betrieb der Verteilnetze tragen die Kostenprüfung durch die ElCom bei, ergänzt mit einem Vergleich von weiteren Indikatoren (Sunshine-Regulierung). Zudem schlägt der Bundesrat mit dem Gesetzesentwurf vor, bei unzureichenden Fortschritten der Netzbetreiberinnen und Netzbetreiber bei der Sunshine-Regulierung später eine Anreizregulierung für diese einzuführen, um ihre Effizienz zu steigern.

2.2.4 Auswirkungen der BöB-Revision

Aus dem Recht über das öffentliche Beschaffungswesen ergeben sich keine anderen Schlüsse. Artikel 9 BöB behält spezialgesetzliche Regelungen ausdrücklich vor und entbindet in einem solchen Fall von einer Ausschreibung. Eine solche spezialgesetzliche Regelung stellt Artikel 3a StromVG dar.

2.2.5 Schlussfolgerungen

Die eidgenössischen Räte haben 2011 mit Artikel 3a StromVG einstimmig spezialrechtlich festgeschrieben, dass Konzessionen für das Übertragungs- und Verteilnetz nicht ausgeschrieben, jedoch transparent und diskriminierungsfrei vergeben werden müssen. Zur Frage, wie diese Bestimmung von den Gemeinden konkret umgesetzt werden muss, gibt es inzwischen einen Leitfaden und verschiedene wissenschaftliche Arbeiten, jedoch noch wenig Wegweisung seitens der Gerichte. Angesichts der relativ kurzen Zeit seit der Verabschiedung dieser Bestimmung ist keine Gesetzesänderung angezeigt.

2.3 Bewilligung für Rohrleitungsanlagen

2.3.1 Einleitende Bemerkungen

Für den Bau von Rohrleitungen, insbesondere für Gasnetze werden von den Gemeinden vielfach Konzessionen zur Nutzung von öffentlichem Grund und Boden vergeben. Mangels einer ausdrücklichen spezialgesetzlichen Regelung kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass Artikel 2 Absatz 7 BGBM im Bereich der Rohrleitungen nicht anwendbar ist.

¹⁷ Vgl. Botschaft vom 18. Juni 2021 zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, BBl **2021** 1666.

2.3.2 Verfahren für die Bewilligungserteilung

Rohrleitungsanlagen, die der Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (insbesondere Erdgas oder Erdöl) dienen, fallen unter das Rohrleitungsgesetz (RLG)¹⁸. Während die Hochdruckleitungen der ausschliesslichen Aufsicht des Bundes unterstehen, obliegt die primäre Aufsicht für die Niederdruckleitungen den Kantonen (Art. 16 Abs. 1 und Art. 43 RLG).

Für die Erstellung oder Änderung einer Hochdruckleitung bedarf es einer Plangenehmigung des Bundes (Art. 2 Abs. 1 und 17 Abs. 1 RLG) resp. einer kantonalen Bewilligung bei Niederdruckleitungen (Art. 42 Abs. 1 RLG). Weil deren Erteilung nicht zu einem rechtlichen Monopol führt¹⁹, handelt es sich nicht um einen «geschlossenen Markt» im eigentlichen Sinn. Allerdings ist die – grundsätzlich zulässige – Erstellung von parallelen Rohrleitungsanlagen oftmals nicht rentabel und volkswirtschaftlich betrachtet auch nicht sinnvoll. Die Betreiberin bzw. der Betreiber einer Rohrleitungsanlage verfügt folglich über ein starkes natürliches Monopol, welches ihr bzw. ihm erlaubt, den Wettbewerb auch auf den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Wettbewerbsstufen zu beschränken.²⁰ Allerdings sind die Betreiber von Rohrleitungen zur Durchleitung für Wettbewerber verpflichtet, wie die WEKO für den Bereich Gas gestützt auf Artikel 7 Kartellgesetz (KG)²¹ am 4. Juni 2020 in Ihrem Entscheid in Sachen *Netzzugang EGZ und ewl* festgehalten hat.²²

2.3.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Der Umstand, dass Bau und Betrieb einer Rohrleitung praxisgemäss nicht in einem Ausschreibungsverfahren vergeben werden, entspricht derselben Logik wie bei den Stromnetzen²³, für die 2012 im StromVG verankert wurde, dass Konzessionen im Zusammenhang mit dem Netz nicht ausgeschrieben werden müssen (Art. 3a StromVG, vgl. Ziff. 2.2.2). Ein wichtiges Argument in der Diskussion war, dass Wettbewerb *um* das Netz zusätzliche Kosten, aber nicht zwingend zusätzlichen Nutzen bringe.

Die Frage der Benutzung von Rohrleitungsanlagen durch Dritte ist heute nur spezialgesetzlich rudimentär geregelt. Nach Artikel 13 Absatz 1 RLG sind Dritte grundsätzlich berechtigt, eine fremde Rohrleitungsanlage gegen Entrichtung eines angemessenen Entgelts zu nutzen.²⁴ Die genauen Modalitäten hierzu sind jedoch unklar. Ergänzend hierzu wird die Frage des Zugangs zum Gasnetz für den Dritttransport zu industriellen Grosskunden seit dem 1. Oktober 2012 ausserdem durch die «Vereinbarung zum Netzzugang beim Erdgas» geregelt.²⁵ Schliesslich leitet sich aus Artikel 7 KG grundsätzlich das Recht von Dritten auf Netzzugang ab, womit auch der Dritttransport an gewerblichen und private (kleine) Endverbraucher abgedeckt ist.²⁶

Um klare und einheitliche Regeln für den Gasmarkt festzulegen, hat der Bundesrat einen Vorentwurf für ein Gasversorgungsgesetz (VE-GasVG) in die Vernehmlassung gegeben. Dieses

¹⁸ SR 746.1. Rohrleitungen, deren Betriebsdruck nicht über 5 bar liegt, unterstehen nur einzelnen Bestimmungen des RLG (Art. 1 Abs. 2 Bst. a und Art. 41 RLG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a Rohrleitungsverordnung [RLV]; SR 746.11).

¹⁹ Vorbehalten bleiben kantonale Vorschriften zum Netzbetrieb und zur Energieversorgung, vgl. z. B. Gesetz des Kantons Basel-Stadt über die Industriellen Werke Basel (IWB-Gesetz) vom 11. Februar 2009 (SG 772.300).

²⁰ Vgl. Entscheid der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 4. Juni 2020 zur Öffnung des Gasmarktes in der Zentralschweiz (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news-msg-id-79324.html>).

²¹ SR 251

²² Vgl. RPW 2020/4b, S. 1863.

²³ Laut einem Gutachten der WEKO vom 22. Februar 2010 handelt es sich bei der Erneuerung von Konzessionen, die für den Stromnetzbetrieb erforderlich sind, um einen ausschreibungspflichtigen Tatbestand gemäss BGBM. Es ist unklar, ob die WEKO diese Haltung auch einnehmen würde bezüglich der Plangenehmigung und der weiteren Bewilligungen, die für Rohrleitungsanlagen erforderlich sind.

²⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 28. September 1962 (BBl 1962 II 791 S. 817).

²⁵ Vgl. www.ksdl-erdgas.ch > Downloads > Verbändevereinbarung.

²⁶ Vgl. RPW 2020/4b, S. 1863.

soll einen einheitlichen Rahmen vorgeben, damit der Wettbewerb auf nationaler Ebene gut funktioniert, indem insbesondere die Nutzung des Gasnetzes geregelt wird. Es führt jedoch nicht zu einem Wettbewerb *um* das Gasnetz (bzw. um den Netzbetrieb). Allerdings ist zu beachten, dass zumindest die Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates lediglich eine Teilmarktöffnung vorsieht und zwar für Endverbraucher ab einem Verbrauch von 100 Megawattstunden (vgl. Art. 7 VE-GasVG).

2.3.4 Auswirkungen der BöB-Revision

Das revidierte BöB hat keine Auswirkungen auf diese Bewilligungen.

2.3.5 Schlussfolgerungen

Der Bundesrat plant keine Anpassung des Bewilligungssystems für Rohrleitungsanlagen. Die nächste Etappe beim neuen GasVG ist die Verabschiedung der Botschaft durch den Bundesrat.

2.4 Funkkonzessionen

2.4.1 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Für die Erteilung einer Funkkonzession wird in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt, wenn mittels der beantragten Frequenznutzung Fernmeldedienste erbracht werden sollen und nicht genügend Frequenzen für alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessentinnen und Interessenten zur Verfügung stehen (Art. 22a Fernmeldegesetz [FMG]²⁷). Die Konzessionsbehörde legt fest, ob der Zuschlag aufgrund eines Kriterienwettbewerbs oder einer Auktion erfolgt (Art. 22 Abs. 1 Verordnung über die Nutzung des Funkfrequenzspektrums [VNF]²⁸).

Der Bundesrat regelt das Verfahren. Es folgt den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz und wahrt den vertraulichen Charakter sämtlicher von den Gesuchstellerinnen bzw. Gesuchstellern gemachten Angaben (Art. 24 Abs. 1 FMG).

In den Jahren 2012 und 2019 wurde das gesamte in der Schweiz durch Mobilfunk genutzte Spektrum durch eine Auktion an die Betreiberinnen und Betreiber verteilt. Die Kommunikationskommission (ComCom) hat sich für eine Auktion – und gegen einen Kriterienwettbewerb oder eine direkte Zuteilung – ausgesprochen. Die Gründe dafür waren folgende:

- Knappe Ressource: Es bestand jeweils ein Nachfrageüberhang im Verhältnis zum zur Verfügung stehenden Spektrum.
- Transparenz: Sowohl für die Verfahrensparteien als auch für die Öffentlichkeit ist eine Auktion transparenter.
- Marktnahe Allokation: Bewerberinnen bzw. Bewerber können ihre Bedürfnisse nach Spektrum je nach Band, Lage und Preis angeben und im Laufe der Auktion anpassen. Der Auktionator gibt nur den Preis und eventuelle Gebotsbeschränkungen vor.
- Effiziente Nutzung: Betreiberinnen bzw. Betreiber, die (künstliche) Marktpreise für ein knappes öffentliches Gut bezahlen, haben Interesse, diese effizient zu nutzen.

2.4.2 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Die Prinzipien der Transparenz, Gleichbehandlung und Effizienz sind durch die geltenden Verfahren gewährleistet. Die Transparenz und die Gleichbehandlung (Nichtdiskriminierung) sind in Artikel 24 FMG festgehalten. Artikel 21 Absatz 1 VNF verlangt eine Veröffentlichung der

²⁷ SR 784.10

²⁸ SR 784.102.1

Ausschreibung im Bundesblatt und dass die Ausschreibungsunterlagen die Entscheidungskriterien und deren Gewichtung enthalten. Die Zulassungskriterien zur Auktion (Bankgarantie, technische Fähigkeiten), die Auktionsregeln und die Nutzungsaufgaben gelten für alle Teilnehmenden gleichermassen, ob bestehende oder neueintretende Anbieterinnen bzw. Anbieter, ob aus dem In- oder Ausland. Das Verfahren selbst behindert neueintretende Anbieterinnen bzw. Anbieter nicht, es sind eher die hohen Hürden zum Markteintritt – ein nationales Mobilfunknetz zu errichten –, die ein Problem darstellen. Die Vergabe von regionalen Konzessionen wurde für den Mobilfunk geprüft, der Schweizer Markt wurde jedoch als zu klein befunden, als dass regionale Konzessionen für den Markt von Bedeutung sein könnten. Aus diesem Grund werden nur nationale Konzessionen vergeben. Im Rahmen der FMG-Revision, die am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist, wurden die Bestimmungen zum «Infrastruktursharing» gelockert, was die Hürde für den Markteinstieg etwas verkleinern könnte (Art. 24d FMG). Mit Artikel 23 Absatz 4 FMG sind auch die Grundsätze der Effizienz und des Wettbewerbs im FMG verankert. Sie bildeten einen wichtigen Grund für die Wahl der Auktion als Vergabeverfahren.

Die Auktion 2012, in der das gesamte damals zur Verfügung stehende Spektrum für Mobilfunk zugeteilt wurde, verlief erfolgreich. Aus diesem Grund hat man sich 2019 wieder für das gleiche Vergabeverfahren entschieden. Es gab keine Rekurse von Seiten der Betreiberinnen bzw. Betreiber, was das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) auf die vom Markt gesteuerte Allokation der Frequenzen zurückführt. Die Herausforderung liegt in der Gestaltung des Auktionsdesigns. Ein erfolgreiches Auktionsdesign muss verständlich, flexibel und – aufgrund der signifikanten ökonomischen Effekte auf den Wettbewerb und den Vergabepreis – fein auf die gegenwärtigen Marktverhältnisse abgestimmt sein.

2.4.3 Auswirkungen der BöB-Revision

Das Erteilen von Funkkonzessionen ist vom Geltungsbereich des BöB ausgeschlossen.²⁹ Der Klarheit halber ist dies anlässlich der FMG-Revision vom 22. März 2019 im Gesetz ausdrücklich verankert worden und seit dem 1. Januar 2021 in Kraft (Art. 24 Abs. 2 FMG).

2.4.4 Schlussfolgerungen

Das Vergabeverfahren ist marktorientiert ausgestaltet. Die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung, des Wettbewerbs und der Effizienz werden sowohl im gesetzgebenden Regelwerk als auch in der Praxis durchwegs berücksichtigt. Es besteht kein Handlungsbedarf. Deshalb wurden im revidierten FMG diesbezüglich keine Anpassungen vorgenommen.

2.5 Brennereikonzessionen zur Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser

2.5.1 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Das Recht zur Herstellung und zur Reinigung gebrannter Wasser steht ausschliesslich dem Bund zu (Art. 3 Abs. 1 Alkoholgesetz [AlkG]³⁰). Der Bund hat dieses Recht jedoch nie selbst ausgeübt, sondern dessen Ausübung genossenschaftlichen und anderen privatwirtschaftlichen Unternehmungen übertragen (Art. 3 Abs. 2 AlkG). Die Brennereikonzessionen zur Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser werden auf Gesuch hin erteilt und «soweit dies den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Landes entspricht» (Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 AlkG).

Die rechtlichen Grundlagen für die Erteilung der Brennereikonzessionen zur Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser gehen auf die 1930er-Jahre zurück, die durch das sogenannte Schnapselend geprägt waren. Die Bedürfnisklausel entsprach somit der Bundesverfassung

²⁹ Vgl. auch Botschaft BöB, BBl 2017 1851 S. 1900.

³⁰ SR 680

von 1874, die bis 1999 in Kraft war. Da die heutige Verfassung den Bund nicht mehr zur Einschränkung der Herstellung von Spirituosen verpflichtet, ist die Bedürfnisklausel beim Vollzug der Bestimmungen heute nicht mehr entscheidend. Aus diesem Grund hatte der Bundesrat im Rahmen der Totalrevision des AlkG von 2012 vorgeschlagen, diese Bestimmung und das Konzessionssystem abzuschaffen.³¹ Das Parlament hat die Revision 2015 jedoch abgelehnt.

2.5.2 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Wie in seiner Botschaft von 2012 ist der Bundesrat unverändert der Ansicht, dass das Bundesmonopol im Bereich der Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser abgeschafft werden kann.

Da die Bedürfnisklausel die Anzahl der Brennereibetriebe weder im Sinne einer künstlichen Verknappung noch zur Sicherstellung einer Grundversorgung steuert, macht die Einführung einer Ausschreibungspflicht keinen Sinn und würde überdies eine zusätzliche administrative Hürde darstellen. Der Wettbewerbsaspekt spielt bei den Brennereikonzessionen zur Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser keine wesentliche Rolle.

Im Gegenteil sollten die aktuellen Grundlagen in der Alkoholgesetzgebung vielmehr an die heutigen Realitäten angepasst und ein einfaches gesetzliches Bewilligungsverfahren ohne Kontingentierung eingeführt werden. Damit wäre sichergestellt, dass jeder, der die materiellen, fachlichen und persönlichen Anforderungen für eine Bewilligung erfüllt, eine solche erhält. Im Ergebnis wäre somit gewährleistet, dass das Zugangsverfahren nichtdiskriminierend ausgestaltet werden kann.

2.5.3 Auswirkungen der BöB-Revision

Die Brennereikonzessionen zur Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser fallen nicht in den Geltungsbereich des BöB.

2.5.4 Schlussfolgerungen

Nach der Ablehnung der Totalrevision des AlkG im Jahr 2015 wurde die Idee, das Konzessionssystem durch ein Bewilligungssystem zu ersetzen, nicht in die Teilrevision³² aufgenommen, die am 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist. Dennoch wäre insbesondere aus wettbewerbspolitischen Gründen ein Wechsel zu einem einfachen Bewilligungssystem ohne Kontingentierung angezeigt.

Im Rahmen der laufenden Totalrevision des Zollgesetzes wird das System der Konzessionserteilung auf Stufe der Alkoholverordnung (AlkV)³³ vereinfacht und wird neu ähnlich aussehen wie für die Erteilung gewöhnlicher Bewilligungen. Mit einer Revision des AlkG könnte diese Praxis auch auf Gesetzesebene verankert werden.

2.6 Spielbankenkonzessionen

2.6.1 Einleitende Bemerkungen

Das System der Spielbankenkonzessionen ist in den historischen Kontext zu setzen. Damit das heute geltende Konzessionssystem in der Vergangenheit überhaupt etabliert werden konnte, war die Aufhebung des seit 1928 geltenden Spielbankenverbots nötig. Den Grundstein hierfür setzte der Bundesrat bereits im Rahmen seiner Sanierungsmassnahmen 1992 für den

³¹ Vgl. Botschaft zur Totalrevision des Alkoholgesetzes (Spirituosensteuergesetz und Alkoholhandelsgesetz) vom 25. Januar 2012, BBl **2012** 1315.

³² Vgl. Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz) vom 6. April 2016, BBl **2016** 3649.

³³ SR **680.11**

Bundeshaushalt.³⁴ Um Mehreinnahmen zu generieren, schlug er die Aufhebung des Spielbankenverbots vor. Am 1. April 2000 trat schliesslich das hierauf geschaffene Spielbankengesetz (SBG) in Kraft. Dessen Ziel war unter anderem, die sozialschädlichen Auswirkungen des Glücksspiels vorzubeugen und dem Bund zugunsten der AHV sowie den Kantonen Einnahmen zu verschaffen. Dieses Gesetz wurde am 1. Januar 2019 durch das Geldspielgesetz (BGS)³⁵ ersetzt.³⁶

2.6.2 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Wer Spielbankenspiele durchführen will, braucht eine Konzession (Art. 5 Abs. 1 BGS), die vom Bundesrat erteilt wird (Art. 11 BGS). Mit dem Konzessionssystem soll vor allem die Bevölkerung durch die Angebotsbeschränkung vom übermässigen Spielkonsum abgehalten werden.

Die Spielbankenkonzessionen werden auf Gesuch hin erteilt, das der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) einzureichen ist (Art. 10 Abs. 1 BGS). Die Gesuchstellerinnen müssen die Kriterien von Artikel 8 BGS erfüllen (z. B. Wirtschaftlichkeitsberechnungen, volkswirtschaftlicher Nutzen für die Region, Sozialkonzept). Die Geldspielverordnung (VGS)³⁷ enthält die genauen Bestimmungen zu den Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession. Die ESBK veranlasst die Veröffentlichung des Gesuchs im Bundesblatt und im Amtsblatt des Standortkantons der Spielbank und stellt Antrag zuhanden des Bundesrates (Art. 10 Abs. 2 und 4 BGS). Der Entscheid des Bundesrates über die Konzessionserteilung wird im Bundesblatt und im Amtsblatt des Standortkantons der Spielbank publiziert (Art. 11 Abs. 2 BGS). Dieser Entscheid ist nicht anfechtbar (Art. 11 Abs. 1 BGS).³⁸ Der Bundesrat legt die Anzahl der Konzessionen fest (Art. 5 Abs. 3 BGS). Heute sind in der Schweiz 21 konzessionierte Spielbanken tätig.

2.6.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Das bestehende Konzessionssystem hat sich in fiskalischer Hinsicht bewährt. Die 1992 formulierten Erwartungen, die damals mit jährlich mindestens 150 Millionen Franken beziffert worden waren, wurden erheblich übertroffen. Seit der Erhebung der Spielbankenabgabe im Jahr 2002 konnten bis ins Jahr 2020 aus den Bruttospielerträgen der Spielbanken 6,02 Milliarden Franken an die AHV überwiesen werden. In der gleichen Zeitperiode gingen zudem fast 1,03 Milliarden Franken an die Kantone in Form von direkten Zahlungen. Überdies wurden von den Spielbanken im Rahmen von regionalen Projekten über 129 Millionen Franken für gemeinnützige Zwecke investiert. Gleichzeitig war es den Spielbanken möglich, Dividenden in der Höhe von 1,35 Milliarden Franken an ihr Aktionariat auszuschütten.

Selbst wenn die Aufhebung des Spielbankenverbotes ursprünglich fiskalischen Interessen dienen sollte, war bereits damals klar, dass ebenfalls regionale und soziale Kriterien zu berücksichtigen sind.³⁹ Es geht damit bei der Vergabe der Konzessionen nicht nur darum, maximale Erträge zu erzielen. Vielmehr soll gewährleistet sein, dass die Bevölkerung angemessen vor den Gefahren geschützt wird, die von Geldspielen ausgehen. Zudem sind bei der Konzessionserteilung durch den Bund die regionalen Gegebenheiten zu berücksichtigen (Art. 106 Abs. 2 und 5 BV).

³⁴ Vgl. Botschaft vom 25. März 1992 über die Sanierungsmassnahmen 1992 für den Bundeshaushalt, BBl 1992 349.

³⁵ SR 935.51

³⁶ Am 11. März 2012 wurde der direkte Gegenentwurf zur Volksinitiative «Für Geldspiele im Dienste des Gemeinwohls» von Volk und Ständen angenommen. Hierbei wurde der neue Artikel 106 BV beschlossen. Die vormals in zwei Bundesgesetzen – dem Lotteriesgesetz sowie dem SBG – geregelten Geldspiele wurden in ein einheitliches Geldspielgesetz (BGS) überführt.

³⁷ SR 935.511

³⁸ Der Bundesrat hatte freilich in seinem Entwurf die Anfechtungsmöglichkeit des Vergabeentscheides noch vorgesehen (vgl. BBl 2015 8442 S. 8538). Die heutige Formulierung von Artikel 11 Absatz 1 BGS wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratung eingebracht.

³⁹ Vgl. Botschaft vom 26. Mai 1992 über die Sanierungsmassnahmen 1992 für den Bundeshaushalt, BBl 1992 III 380.

Gemäss der ZHAW-Studie ist aus ökonomischer Sicht eine Vergabe im Rahmen einer Auktion oder eines Kriterienwettbewerbs zu bevorzugen. Auch ist zu vermuten, dass die Zahl der interessierten Marktteilnehmer für eine Auktion ausreichend gross sein dürfte.⁴⁰ Somit könnte der allfällige Mehraufwand von wettbewerblichen Ausschreibungen durchaus gerechtfertigt sein. Der Gesetzgeber hat die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht und Auktion jedoch aus regional- und sozialpolitischen Gründen vorgesehen.

2.6.4 Auswirkungen der BöB-Revision

Das revidierte BöB hat keine Auswirkungen auf diese Konzessionen. Sie sind vom Geltungsbereich des BöB ausgenommen.

2.6.5 Schlussfolgerung

Das bestehende Konzessionssystem erweist sich als politisch opportun angesichts seiner auf Gesetzesstufe verankerten Ziele, das Glückspielangebot zu beschränken und volkswirtschaftlichen Nutzen für die Standortregion zu gewährleisten. Zudem trat das BGS erst auf den 1. Januar 2019 in Kraft. Eine Revision des Gesetzes ist zurzeit nicht vorgesehen.

2.7 Streckenkonzessionen für Luftfahrtunternehmen

2.7.1 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Die Vergabe von Streckenkonzessionen für Luftfahrtunternehmen basiert auf dem Luftfahrtgesetz (LFG⁴¹; insb. Art. 28). Die Konzessionen werden gemäss Artikel 28 Absatz 5 LFG und Artikel 114 und 119 Luftfahrtverordnung (LFV)⁴² vom Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) auf Gesuch hin vergeben. Bei der Erteilung einer Konzession prüft das BAZL insbesondere, ob die Flüge von öffentlichem Interesse sind, und berücksichtigt dabei namentlich die Bedienung der nationalen Flughäfen gemäss Artikel 28 Absatz 2 LFG.

2.7.2 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Das Gesuchssystem wurde aufgrund luftfahrtpolitischer Interessen ausgewählt. Wie bereits im Bericht des Bundesrates vom 7. Juni 2019 erwähnt wurde, basiert das Gesuchsverfahren auf transparenten und auktionsnahen Kriterien. Das aktuelle Recht gewährleistet eine diskriminierungsfreie Vergabe der Konzessionen.

2.7.3 Auswirkungen der BöB-Revision

Die BöB-Revision hat keine Auswirkungen auf die Vergabe der Konzessionen.

2.7.4 Schlussfolgerungen

Der Bundesrat sieht gegenwärtig keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Die Märkte sind überwiegend offen und Streckenkonzessionen stellen somit in der Praxis kein beschränktes Gut dar. Die geltenden Verfahren haben sich bewährt. Bei Strecken mit eingeschränkten Rechten ist die Nachfrage nicht gross genug, um eine Vergabe mittels Auktion zu rechtfertigen.

⁴⁰ Vgl. ZHAW-Studie (vgl. Fn. 2), S. 77.

⁴¹ SR 748.0

⁴² SR 748.01

2.8 Grundversorgungskonzessionen im Fernmeldewesen

2.8.1 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Artikel 14 Absatz 3 des Fernmeldegesetzes (FMG)⁴³ sieht vor, dass für die Erteilung der Konzession eine Ausschreibung durchgeführt wird und dass das Verfahren den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz folgt. Bei seiner Annahme war es gemäss dem Gesetz ausserdem zulässig, dass die Konzessionsbehörde, also die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom), eine Anbieterin bzw. einen Anbieter von Fernmeldediensten (FDA) zur Grundversorgung bestimmen kann, falls die Ausschreibung zu keinen geeigneten Bewerbungen führt.⁴⁴ Bei der vom Parlament am 24. März 2006 verabschiedeten und am 1. April 2007 in Kraft getretenen Gesetzesrevision wurde diese Bestimmung ergänzt, damit die ComCom auch dann eine oder mehrere FDA zur Grundversorgung heranziehen kann, wenn sich von vornherein zeigt, dass die Ausschreibung nicht unter Wettbewerbsbedingungen ablaufen kann (Art. 14 Abs. 4 FMG).

Das Inkrafttreten des FMG am 1. Januar 1998 war der Startschuss für die Liberalisierung des Fernmeldemarktes. Nach einem jahrzehntelangen staatlichen Monopol hatten nun zahlreiche Anbieterinnen und Anbieter die Möglichkeit, Privaten und Unternehmen vielfältige, vorteilhafte, qualitativ hochwertige und gemäss den Wettbewerbsregeln erbrachte Fernmeldedienste anzubieten.

Bei der Grundversorgung setzte der Gesetzgeber darauf, dass nach einer Übergangsphase von fünf Jahren – während der die Swisscom die Erbringung der Grundversorgung ohne finanzielle Abgeltung zu gewährleisten hatte – mehrere Anbieterinnen und Anbieter in das Rennen um ihre Nachfolge einsteigen würden. Grundsätzlich bestand die Idee darin, diese bei einer Ausschreibung miteinander in Wettbewerb treten zu lassen und die Grundversorgungskonzession an das Unternehmen zu vergeben, das die Entscheidungskriterien am besten erfüllt und keine finanzielle Abgeltung verlangt. Sollten alle Bewerberinnen und Bewerber eine Abgeltung verlangen, würde die Konzession an die Anbieterin bzw. den Anbieter mit dem besten Verhältnis zwischen versprochenen Leistungen und gefordertem Abgeltungsbetrag gehen.

Die Erfahrung hat allerdings gezeigt, dass die notwendigen Voraussetzungen für die Durchführung einer erfolgreichen Ausschreibung nicht einfach zu schaffen sind. Daher hat das Parlament die Konzessionsbehörde dazu ermächtigt, auf ein Ausschreibungsverfahren zu verzichten, falls sie dieses aufgrund ihrer vorgängig durchgeführten Marktstudien als sinnlos erachtet.

2.8.2 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Seit der Marktliberalisierung war die Swisscom stets die Konzessionärin der Grundversorgung. Zweimal wurde für die Erteilung dieser Konzession eine Ausschreibung organisiert, einmal 2001 für die Konzession der Periode 2003–2007, dann 2006 für die Konzession 2008–2017. Diese Konzessionen wurden jeweils als Kriterienwettbewerb ausgeschrieben (Prinzip des Schönheitswettbewerbs), wie dies das Verfahren vorsieht (Art. 12 Abs. 1 Verordnung über Fernmeldedienste [FDV]⁴⁵); beide Male reichte die Swisscom jedoch als einzige eine Bewerbung ein. Die Konzession für die Periode 2019–2022 wurde erstmalig durch Bestimmung einer Anbieterin vergeben. Dieses Vorgehen wurde aufgrund der Ergebnisse der Marktbefragung durch das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) gewählt. Das BAKOM hatte nämlich sämtliche Anbieterinnen bzw. Anbieter von Fernmeldediensten, die zur Erbringung der Grundversorgung in der Lage sind, angefragt, ob sie sich eine Bewerbung vorstellen könnten. Wären zwei Antworten positiv ausgefallen, wäre natürlich eine Ausschreibung durchgeführt worden.

⁴³ SR 784.10

⁴⁴ Vgl. ursprünglichen Art. 18 Abs. 2 FMG, Stand am 20. Oktober 1997.

⁴⁵ SR 784.101.1

Beide öffentlichen Ausschreibungen haben den Grundsatz der Transparenz vollumfänglich erfüllt, indem sie sich auf bekannte rechtliche Grundlagen stützten. Die Eröffnung der Verfahren wurde im Bundesblatt angekündigt und alle Ausschreibungsunterlagen waren im Internet verfügbar. Diese Transparenz wurde auch im Fall des Bestimmungsverfahrens gewährleistet, da sich dieses auf allgemein bekannte und einfach zugängliche Regeln stützte. Die drei Vergabeentscheide wurden veröffentlicht, waren begründet und absolut nachvollziehbar.

Unabhängig vom gewählten Verfahren wurde die Gleichbehandlung zwischen den potenziell interessierten Parteien stets gewährleistet. Vor der Bestimmung wurden alle Anbieterinnen und Anbieter, die zur Gewährleistung der Grundversorgung in der Lage wären, schriftlich konsultiert.

Es wurde jeweils alles unternommen, um die potenziell interessierten Parteien miteinander in Wettbewerb treten zu lassen. Wie erwähnt, sind die nötigen Voraussetzungen für die Durchführung einer erfolgreichen Ausschreibung jedoch schwer zu schaffen. Dies ist hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass die Zahl der Marktakteure, die über die zur Erfüllung des Auftrags erforderlichen Infrastrukturen verfügen, beschränkt ist und dass der Besitz der Grundversorgungskonzession insgesamt mehr Nachteile als Vorteile mit sich bringt. So ist die Konzessionärin verpflichtet, nachfrageorientiert auf dem gesamten Gebiet eine Reihe von Dienstleistungen zu erbringen, die gewissen Qualitäts- und Preiskriterien entsprechen, ohne dabei über ein Exklusivrecht zu verfügen. Überdies muss sie strikte Kriterien erfüllen (Berechnung anhand gewisser Grundsätze, «Offenlegung» der Abschlüsse), um eine finanzielle Abgeltung zu erhalten, und beteiligt sich zugleich proportional zu ihrem Umsatz an der Finanzierung dieser Abgeltung. Solange nur eine mögliche Bewerberin bzw. ein möglicher Bewerber existiert, ist es daher effizienter, auf eine öffentliche Ausschreibung zu verzichten.

2.8.3 Auswirkungen der BÖB-Revision

Die Vergabe der Grundversorgungskonzession untersteht nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht und ist daher vom revidierten BÖB nicht betroffen. Aus Gründen der Klarheit hält der neue Absatz 3 von Artikel 14 FMG, der am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist, ausdrücklich fest, dass das öffentliche Beschaffungsrecht auf diesen Bereich des Fernmelderechts nicht anwendbar ist.

2.8.4 Schlussfolgerungen

Das mangelnde Interesse der wichtigsten Marktakteure an der Grundversorgung ist nicht auf die Vergabeverfahren zurückzuführen, sondern vielmehr auf die Besonderheiten des Fernmeldemarktes. Auf einem Markt, der sich durch rasche technologische Fortschritte auszeichnet und in den fortlaufend investiert werden muss, konzentrieren sich die Betreiberinnen und Betreiber verständlicherweise lieber auf jene Dienstleistungen, die für sie aus wirtschaftlicher Sicht interessant sind. Die Durchführung einer Ausschreibung kostet viel Zeit und Geld, und zwar sowohl für die Konzessionsbehörde als auch für die Anbieterinnen und Anbieter, die ein Bewerbungsdossier einreichen.

2.9 Veranstalterkonzessionen für Lokalradios und Regionalfernsehen mit Leistungsauftrag

2.9.1 Einleitende Bemerkungen

Der schweizerische Rundfunkmarkt ist aus technischen und staatspolitischen Gründen seit jeher ein regulierter Markt. Das erste Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 21. Juni 1991⁴⁶ öffnete den Markt für private Veranstalterinnen und Veranstalter. Wer Radio- und Fernsehprogramme veranstalten wollte, brauchte eine Konzession. Mit Inkrafttreten

⁴⁶ SR 784.40

des neuen RTVG vom 24. März 2006 folgte eine weitere Liberalisierung: Neu besteht für schweizerische Programmveranstalterinnen bzw. -veranstalter grundsätzlich nur noch eine Meldepflicht. Im Zuge der Digitalisierung hat dies zu neuen Anbieterinnen bzw. Anbietern und Angeboten geführt. Unterdessen sind 216 Radios und 167 Fernsehen beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) gemeldet (Stand Oktober 2021).

Eine Konzession haben gemäss RTVG nur noch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) sowie jene privaten Veranstalterinnen bzw. Veranstalter, die einen qualifizierten programmlichen Leistungsauftrag erfüllen und dafür besondere rechtliche oder finanzielle Vorteile erhalten. Dies trifft derzeit für 37 private Lokalradios und 13 Regionalfernsehen zu.

Der umfassende Auftrag der SRG leitet sich aus Artikel 93 BV ab und ist im RTVG konkretisiert (Art. 23 ff. RTVG). Das RTVG legt ausdrücklich fest, dass die SRG «einen Dienst für die Allgemeinheit» – publizistische Grundversorgung, nationaler bzw. sprachregionaler Service public – zu erbringen hat. Die SRG hat dafür von Gesetzes wegen einen Anspruch auf eine Konzession, die ihr der Bundesrat erteilt. Konkurrenzbewerbungen für diesen nationalen bzw. sprachregionalen Leistungsauftrag sind von Gesetzes wegen ausgeschlossen.

2.9.2 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Auf lokaler und regionaler Ebene wird der verfassungsrechtliche Auftrag von privaten Radio- und Fernsehveranstalterinnen bzw. -veranstaltern erbracht. Artikel 38 RTVG schränkt den Zugang zu den Konzessionen mit einem Leistungsauftrag für und Abgabenteil auf lokale/regionale Veranstalterinnen bzw. Veranstalter ein, deren Programme sich nicht am Markt finanzieren lassen. Inhaltlich ist der Zugang auf jene Veranstalterinnen bzw. Veranstalter beschränkt, die Informationsleistungen zum lokalen/regionalen Geschehen bieten, bzw. auf Agglomerationsradios, die zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags gemäss Artikel 93 Absatz 2 BV beitragen. Artikel 43 RTVG ferner Konzessionen für andere Programmveranstalterinnen bzw. -veranstalter vor, die umfassende Informationsleistungen zum lokalen/regionalen Geschehen anbieten bzw. die in ihrer Sprachregion in besonderem Masse zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beitragen. Konzessionen im Sinne von Artikel 43 RTVG statuieren aber keinen Anspruch auf einen Anteil aus der Abgabe für Radio und Fernsehen.

Die zuständige Behörde für die Erteilung der Veranstalterkonzessionen ist gemäss Artikel 45 Absatz 1 RTVG sowie Artikel 43 der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV)⁴⁷ das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK). Das BAKOM instruiert in dessen Auftrag die Konzessionierungsverfahren.

Das UVEK vergibt die Konzessionen der einzelnen Versorgungsgebiete im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs. Für den Zuschlag sind Qualifikations- und Selektionskriterien entscheidend. Artikel 44 RTVG nennt den Nachweis der Finanzierbarkeit des Leistungsauftrags, die Transparenz betreffend Kapitalgeber und Finanzierung, die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften und der Arbeitsbedingungen der Branche sowie die Trennung redaktioneller von wirtschaftlichen Aktivitäten als Qualifikationskriterien. Zudem muss die Bewerberin bzw. der Bewerber eine natürliche Person mit Wohnsitz in der Schweiz bzw. eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz sein. Eine weitere Zugangsbeschränkung ist die sogenannte 2+2-Regel, wonach ein Unternehmen maximal zwei Radio- bzw. zwei Fernsehkonzessionen erwerben kann. Die Selektionskriterien beziehen sich auf den Leistungsauftrag. Sie gliedern sich im Kern in Input- und Output-Kriterien. Inputkriterien betreffen Anforderungen zur redaktionellen Qualitätssicherung, zu den Arbeitsbedingungen, der Aus- und Weiterbildung sowie zum personellen Bestand der Redaktionen. Die Output-Kriterien beziehen sich auf die Umsetzung des Programmauftrags durch die Bewerberin bzw. den Bewerber. Verlangt sind Ausführungen zu

⁴⁷ SR 784.401

entsprechenden inhaltlichen und zeitlichen Angaben, zu den Sendungskonzepten und den journalistischen Selektionskriterien usw.⁴⁸

2.9.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Das Verfahren berücksichtigt die Vorgaben des RTVG und ist in erster Linie durch medienpolitische Überlegungen geprägt. Das Ziel ist, bestimmte gesellschaftlich und staatspolitisch erwünschte Programmleistungen zu fördern. Daher haben bei der Zuteilung der Konzessionen qualitative Kriterien einen grossen Stellenwert. Beim gewählten Verfahren ist dies möglich.

In der öffentlichen Ausschreibung zur Erteilung der Konzessionen mit Leistungsauftrag vom 4. September 2007 hat das BAKOM das Verfahren und die Zuschlagskriterien detailliert dargelegt und auch Auskunft über die Gewichtung bei der Bewertung der Angaben der Bewerberinnen und Bewerber offengelegt.⁴⁹ Die Transparenz wird deshalb gewährleistet. Alle eingereichten Gesuche wurden anhand des gleichen Bewertungsrasters untersucht. Dabei wurden die Angaben zu den oben erwähnten Kriterien quantitativ und qualitativ untersucht bzw. bewertet. Der Wettbewerb ist in diesem Verfahren gegeben. Im Konzessionsverfahren sind bisherige Konzessionärinnen bzw. Konzessionäre und neue Bewerberinnen bzw. Bewerber gleichgestellt. Vorbehältlich der unter Ziffer 2.9.2 formulierten Einschränkungen ist der Wettbewerb gegeben. Das Prinzip der regelmässigen Neukonzessionierung ist insofern effizient, als es die publizistische Grundversorgung in den Regionen gemäss den Vorgaben des Gesetzgebers gewährleistet.

Eine Neuausschreibung wird 2023 mit Blick auf die Konzessionsphase ab 2025 lanciert.

2.9.4 Auswirkungen der BöB-Revision

Das Vergabeverfahren nach RTVG ist ein spezialgesetzliches Verfahren. Das BöB ist betreffend diese Konzessionierung nicht anwendbar.

2.9.5 Schlussfolgerungen

Das Ausschreibungsverfahren hat sich bewährt. Anpassungen sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder nötig noch sinnvoll.

2.10 Betriebskonzessionen für Flughäfen

2.10.1 Einleitende Bemerkungen

Die Revision des BöB hat die Frage aufgeworfen, ob die Vergabe von Betriebskonzessionen für Flughäfen aufgrund von Artikel 9 BöB neu dem Beschaffungsrecht unterstellt ist. Gemäss Artikel 9 i. V. m. Artikel 20 sowie den Anhängen 4 und 5 BöB müsste demnach ab dem 1. Januar 2021 für die Vergabe einer Betriebskonzession ein Einladungsverfahren durchgeführt werden. Die Unterstellung der Betriebskonzessionen für Flughäfen unter das BöB ist jedoch politisch umstritten. Die Motion 21.3458 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates «Sektorenmarkt der Flughäfen im öffentlichen Beschaffungswesen» fordert, die Vergabe von Konzessionen für den Betrieb eines Flughafens ausdrücklich nicht mehr dem BöB zu unterstellen. Bei einer Umsetzung der Motion würde die Vergabe der Betriebskonzessionen explizit vom BöB ausgenommen. Der Bundesrat beantragt die Annahme der Motion. Am 17. Juni 2021 hat der Nationalrat und am 28. September 2021 auch der Ständerat die Motion angenommen. Damit wird eine Änderung von Artikel 36a f. LFG einhergehen.

⁴⁸ Vgl. hierzu das Dokument «Radio und Fernsehen. Öffentliche Ausschreibung: Erteilung von Konzessionen mit Leistungsauftrag» vom 4. September 2007. www.bakom.admin.ch > Elektronische Medien > Infos über Programmveranstalter > Konzessionierung 2008 > Verfahren.

⁴⁹ Vgl. Fussnote 48.

Die folgenden Aussagen gelten somit für den Fall, dass die Motion nicht umgesetzt werden sollte.

2.10.2 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Flugplätze, die dem öffentlichen Verkehr dienen (Flughäfen), benötigen gemäss Artikel 36a LFG eine Betriebskonzession. Diese wird vom UVEK erteilt. Betriebskonzessionen werden gemäss Artikel 13 der Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL)⁵⁰ für eine Dauer von 50 (Landesflughäfen) bzw. 30 Jahren (übrige Flughäfen) erteilt.

Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe c VIL müssen Bewerberinnen bzw. Bewerber um eine Betriebskonzession im schweizerischen Handelsregister eingetragen sein, ausser es handelt sich um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Ausländische Betreiberinnen und Betreiber sind deshalb von vorneherein ausgeschlossen.

Die folgenden Aussagen gelten nur für den Fall, dass die eingangs genannte Motion 21.3458 nicht umgesetzt werden sollte.

Die Auswahlkriterien werden in der Einladung an die Offertstellerinnen und -steller festgehalten; sie richten sich in erster Linie nach den Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebskonzession gemäss Artikel 12 VIL sowie den Vorgaben des Sachplans Verkehr, Teil Infrastruktur Luftfahrt (SIL). Eine weitergehende Offenlegung, z. B. gegenüber der Öffentlichkeit, ist hiernach nicht gefordert. Der Vergabeentscheid wird bereits aufgrund der Bestimmungen des BöB nachvollziehbar begründet werden müssen.

Wie der Bundesrat bereits im Bericht vom 7. Juni 2019 festgehalten hat, sind die Betriebskonzessionen für Flughäfen ausser bei den beiden Landesflughäfen Genf und Zürich für die Betreiberinnen bzw. Betreiber wirtschaftlich nicht attraktiv. Selbst bei den Erneuerungen der Betriebskonzessionen für die Landesflughäfen Genf und Zürich im Jahr 2001 lag jeweils nur eine Bewerbung der bisherigen Betriebsgesellschaft vor. Gleich verhielt es sich bei den übrigen Flughäfen, deren Konzession seit 2001 erteilt wurde. Es existierte somit bisher kein Wettbewerb. Vermutlich wird sich dies zumindest in naher Zukunft auch nicht ändern.

2.10.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Falls die Erteilung von Betriebskonzessionen dem Beschaffungsrecht unterstellt bleiben sollte, werden sich die Herausforderungen beim Vergabeverfahren voraussichtlich merklich verändern. Bisher lag das Schwergewicht bei der Überprüfung des Betriebsreglements und der Auswirkungen des Flugbetriebs auf Raum und Umwelt. Aufgrund des Einladungsverfahrens würden die Eignungsprüfung und Auswahl der künftigen Betreiberin bzw. des künftigen Betreibers einen erheblich höheren Stellenwert im Verfahren erhalten.

Unter dem Beschaffungsrecht müssen alle Bewerberinnen und Bewerber gleichbehandelt werden; eine Bevorzugung der bisherigen Konzessionärin bzw. des bisherigen Konzessionärs wäre nicht mehr zulässig. Es ist allerdings nicht auszuschliessen, dass die bisherigen Betreiberinnen bzw. Betreiber eines Flughafens aufgrund ihrer Erfahrung und Vertrautheit mit den spezifischen Verhältnissen des jeweiligen Flughafens einen Vorsprung auf allfällige Konkurrentinnen bzw. Konkurrenten haben und damit möglicherweise die Konzessionsvoraussetzungen von Artikel 12 VIL besser erfüllen können.

Bei Beibehaltung der Vergabe ohne öffentliche Ausschreibung wäre es vorliegend aus wettbewerbspolitischen Gründen jedoch sinnvoll, vor einer Neuvergabe der Konzession zumindest die Auswahlkriterien öffentlich publizieren, so dass interessierte Mitbewerber unter denselben Voraussetzungen wie der bisherige Konzessionär ein Gesuch stellen können. Dieser Mechanismus wäre mit einem angemessenen Rechtsschutzniveau gegen den Konzessionsentscheid für nicht berücksichtigten Mitbewerbern zu kombinieren.

⁵⁰ SR 748.131.1

2.10.4 Auswirkungen der BÖB-Revision

In der Auslegung des revidierten BÖB ist strittig, ob die Vergabe von Betriebskonzessionen für Flughäfen neu dem Beschaffungsrecht unterstellt ist; die eingangs genannte Motion 21.3458 soll hier eine Klärung herbeiführen. Das Einladungsverfahren bedeutet einen zusätzlichen Verfahrensschritt und stellt gegenüber der bisherigen Regelung, wonach die Konzession einer Bewerberin bzw. einem Bewerber erteilt wird, die bzw. der ein entsprechendes Gesuch einreicht, eine Verkomplizierung dar. Immerhin dürfte das Einladungsverfahren einfacher und in der Regel wohl auch schneller durchzuführen sein als ein offenes oder selektives Verfahren.

2.10.5 Schlussfolgerungen

Die Übertragung der heute in der VIL enthaltenen Verfahrens- und Vergabebestimmungen ins LFG könnte analysiert werden, falls die Bestimmungen über die Betriebskonzessionen in einer Revision gesamthaft überprüft würden. Eine solche Revision ist zurzeit nicht vorgesehen.

2.11 Eisenbahninfrastrukturkonzessionen

2.11.1 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Die Vergabe der Infrastrukturkonzessionen basiert auf dem Eisenbahngesetz (EBG⁵¹; insb. Art. 5 Abs. 1 und 2 EBG). Die Konzessionen werden auf Gesuch hin vergeben (Art. 8 Abs. 1 Verordnung über die Konzessionierung, Planung und Finanzierung der Bahninfrastruktur [KPFV]⁵²). Diese Konzession ist für den Bau und den Betrieb einer Eisenbahninfrastruktur unumgänglich.

Das Schienennetz in der Schweiz ist grundsätzlich fertiggestellt, sodass allfällige neue Linien lediglich der Ergänzung und Optimierung des bereits bestehenden Netzes dienen. Der Austausch einzelner Betreiberinnen bzw. Betreiber auf den bereits bestehenden Teilen des Schienennetzes wäre deshalb wenig wirksam und dazu mit einem viel zu grossen Aufwand verbunden. Dies haben bereits erfolgte und letztlich gescheiterte Beispiele im Ausland – namentlich Grossbritannien und Frankreich – gezeigt. Der Bundesrat hat das UVEK am 25. September 2020 beauftragt, geografische Bereinigungen oder die Bildung von Kompetenzzentren zwischen den Infrastrukturbetreiberinnen bzw. -betreibern in die Wege zu leiten, soweit sie zu einem effizienten Betrieb des Schienennetzes beitragen. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde anlässlich der Erneuerung der Infrastrukturkonzessionen der SBB und der BLS Netz AG auf den 1. Januar 2021 unternommen.

Durch die zwar immer noch eher zu grosse, aber stetig abnehmende Zahl von Infrastrukturbetreiberinnen bzw. -betreibern ist durchaus ein gewisser Wettbewerb vorhanden, der sich unter anderem in einer Steigerung der Effizienz bemerkbar macht – Benchmarking, Ideenwettbewerb, Systemführerschaften, Best Practice usw.

2.11.2 Verbesserungsmöglichkeiten für die aktuellen Verfahren

Eine Ausschreibung bestehender Konzessionen wäre ein schwerer Eingriff in das Eigentumsrecht, weil die bestehenden Anlagen im Eigentum der Konzessionsinhaberinnen und -inhaber sind.

⁵¹ SR 742.101

⁵² SR 742.120

Evaluation des Konzessionsrechts

Das Bundesamt für Verkehr (BAV) hat eine externe Evaluation des Konzessionsrechts in den Bereichen Bahninfrastruktur und Personenbeförderung in Auftrag gegeben.⁵³ Die Evaluation kommt zum Schluss, dass sich das Instrument der Konzession grundsätzlich bewährt hat und einen Vorteil bezüglich der Planungssicherheit, der Rechtssicherheit und des Investitionsschutzes darstellt. Die Evaluation zeigt auch auf, wo Verbesserungspotenzial besteht. Bei den Eisenbahninfrastrukturkonzessionen stellt sich die Frage, ob die Entscheidungen über die Erteilung, Änderung, Übertragung, Erneuerung und den Widerruf dieser Konzessionen beim BAV zentralisiert werden sollen. Die Möglichkeit der Einführung von Unternehmenskonzessionen wurde ebenfalls vorgeschlagen, wobei die Konzessionen an einen Infrastrukturbetreiber und nicht mehr an eine Strecke gebunden wären. Hinsichtlich Personenbeförderungskonzessionen empfiehlt die Evaluation eine Überprüfung der Abgrenzung der Konzessionspflicht und der Fristen sowie eine bessere Abstimmung auf die anderen Prozesse. Eine Differenzierung von Personenbeförderungskonzessionen, um den Inhalt dieser Konzessionen flexibler zu gestalten, wird als zusätzliche Verbesserungsmöglichkeit vorgeschlagen. Darüber hinaus hält die Studie fest, dass, falls auch für andere Marktbereiche wie z. B. im Fernverkehr auf der Schiene ein Wettbewerb um eine Konzession als Voraussetzung für den Marktzugang erwünscht ist, Verfahren, Fristen, Vergabekriterien etc. mit ausreichender Vorlaufzeit transparent definiert werden müssen.⁵⁴ Das BAV arbeitet zurzeit an der möglichen Umsetzung der Ergebnisse und Empfehlungen der Evaluation. Die ersten Ergebnisse der internen Projektgruppen werden für Anfang 2022 erwartet. Erst danach könnten Änderungsvorschläge auf Gesetzes- oder Verordnungsebene erforderlich werden.

2.11.3 Auswirkungen der BöB-Revision

Da sie Bundesmittel erhalten, haben sich die Eisenbahnunternehmen an die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens zu halten. Betreffend die Infrastrukturkonzessionen wurde im Rahmen der Revision der BöB Artikel 5 EBG um einen neuen Absatz 5 ergänzt, der die Infrastrukturkonzessionen vom Geltungsbereich von Artikel 9 BöB ausnimmt.⁵⁵

2.11.4 Schlussfolgerung

Das Instrument der Eisenbahninfrastrukturkonzessionen hat sich in der Schweiz bewährt. Der Bund steuert den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur im Rahmen des Strategischen Entwicklungsprogramms. Es ist nicht damit zu rechnen, dass neue Infrastrukturbetreiber in den Markt eintreten.

2.12 Personenbeförderungskonzessionen

2.12.1 Verfahren für die Konzessionsvergabe

Wie im Bericht vom 7. Juni 2019 erwähnt, sieht das Gesetz nach Verkehrsbereichen differenzierte und teils detaillierte Verfahrensregelungen vor, die von der Direktvergabe der Fernverkehrskonzessionen gemäss Artikel 6 Absatz 1 Personenbeförderungsgesetz (PBG)⁵⁶, über die Möglichkeit der Ausschreibung von regionalen Personenverkehrskonzessionen auf der Schiene gemäss Artikel 32 Absatz 3 PBG bis zum gesetzlich vorgesehenen, aber praktisch nie praktizierten Ausschreibungsverfahren regionaler Personenverkehrskonzessionen (RPV) auf der Strasse gemäss Artikel 32 Absatz 1 PBG reichen.

⁵³ Infras, kcw, Universität St. Gallen, 2020, Evaluation des Konzessionsrechts in den Bereichen Bahninfrastruktur und Personenbeförderung, Schlussbericht.

⁵⁴ Infras-Studie (vgl. Fn. 53), S. 9, 90, 118.

⁵⁵ Vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1990.

⁵⁶ SR 754.1

Mindestens zwölf Monate vor Ablauf einer bestehenden Konzession im regionalen Personenverkehr müssen die Kantone entscheiden, ob sie das entsprechende Angebot in die kantonale Ausschreibungsplanung aufnehmen wollen. Die Kantone unterbreiten diese Planung anschliessend dem Bund zur Genehmigung. Das BAV veröffentlicht eine Übersicht der Ausschreibungsplanungen. Dass in der Schweiz selten ausgeschrieben wird, hat verschiedene Gründe. Insbesondere ist festzuhalten, dass die Kantone im Allgemeinen mit dem angewandten Verfahren zufrieden sind. Zudem fehlt oftmals der politische Wille, Leistungen auszuscheiden, da die gewünschten Angebots- und Kostenziele in der Regel auch durch ordentliche Bestellung des RPV oder Zielvereinbarungen zwischen Auftraggebenden und Leistungserbringenden erreicht werden können.

In seiner Reformvorlage für das Bestellsystem des regionalen Personenverkehrs hatte der Bundesrat die Möglichkeit zur Einführung systematischer Ausschreibungen geprüft.⁵⁷ Er hat dieses Vorgehen jedoch abgelehnt, da es komplex und schwer umzusetzen ist. Nach Kenntnisnahme der Vernehmlassungsergebnisse hat der Bundesrat beschlossen, die Variante der punktuellen Optimierung des heutigen Systems weiterzuverfolgen. Im Bahnbereich wird die Praxis der direkten Vergabe beibehalten, während bei den Bussen Ausschreibungen in bestimmten Fällen weiterhin möglich sind.⁵⁸

Das BAV führt für 2021 eine Evaluation des Ausschreibungsverfahrens im RPV durch. Das Ergebnis dieser Evaluation wird bis Ende Jahr erwartet.

2.12.2 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

In der Schweiz besteht zurzeit kein politischer Wille, die Märkte im Schienenpersonenverkehr weiter zu öffnen. Weder eine Öffnung im grenzüberschreitenden Verkehr noch die Vergabe nationaler Fernverkehrskonzessionen an mehr als eine Betreiberin bzw. mehr als einen Betreiber stiessen diesbezüglich auf ein positives Echo in der Politik. Die Erteilung von Fernverkehrskonzessionen an Busunternehmen hat das Parlament sogar dazu veranlasst, die einschlägigen Gesetzesbestimmungen noch enger zu formulieren.

Allerdings wäre aus wettbewerbspolitischen Überlegungen sowie aus Gründen der Kosteneffizienz die Vergabe von Konzessionen an verschiedene Unternehmen bzw. Ausschreibungen von Konzessionen in gewissen Bereichen des Bahnverkehrs zu fördern. Im Zusammenhang mit einer wettbewerblichen Vergabe von Konzessionen ist indes zu beachten, dass betriebliche Kooperationen bzw. Absprachen zwischen verschiedenen Transportunternehmen bereits *de lege lata* kartellrechtlich problematisch sein können.

Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass der bestehende Zustand seitens des Parlaments offenbar deutlich besser eingeschätzt wird als die Unwägbarkeiten einer wettbewerblichen Vergabe der Konzessionen. Somit wird kein genereller Handlungsbedarf im Rahmen der Personenbeförderungskonzession gesehen. Beim Fernverkehr soll aber das Konzessionsverfahren spezifischer auf die für diesen eigenwirtschaftlichen Bereich geltenden Anforderungen ausgerichtet werden. Der Fokus liegt dabei weiterhin in der betrieblichen Kooperation von verschiedenen Transportunternehmen, wie sie heute bereits zwischen der SBB als Konzessionärin und der BLS und der SOB als Betriebsbeauftragte stattfindet.

Zu beachten bleibt aber dennoch, dass nach geltendem Recht die Vergabe von Konzessionen an verschiedene Unternehmen durchaus zulässig ist. Dies gilt sowohl für den Regional- wie auch für den Fernverkehr und stellt letztendlich sicher, dass eine für die Kundschaft negative Monopolsituation gar nicht erst entstehen kann.

Die oben erwähnte Evaluation der Konzessionen (siehe den Kasten in Ziff. 2.11.2) schlägt auch Verbesserungsmassnahmen im Personenverkehr vor. Das BAV wird insbesondere eine

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht vom 17. April 2019, verfügbar unter: www.bav.admin.ch > A – Z > Regionaler Personenverkehr.

⁵⁸ Vgl. Botschaft zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes (Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung) vom 4. Juni 2021; BBl 2021 1485).

Differenzierung zwischen bestelltem und unbestelltem Verkehr prüfen. Auch mehrere punktuelle inhaltliche und verfahrenstechnische Verbesserungen werden empfohlen und amtsintern analysiert.

2.12.3 Auswirkungen der BÖB-Revision

Im Rahmen der Revision des BÖB wurde Artikel 6 PBG um einen neuen Absatz 5 ergänzt, der die Personenbeförderungskonzessionen vom Geltungsbereich von Artikel 9 BÖB ausnimmt.⁵⁹

2.12.4 Schlussfolgerung

Der Bundesrat beabsichtigt keine Reform des Konzessionsvergabesystems bei der Personenbeförderung. Er hat dies in seiner am 4. Juni 2021 verabschiedeten Botschaft zur Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung bestätigt, nachdem er bei der Vorbereitung der Reform des Bestellsystems für den regionalen Personenverkehr kürzlich die Optionen analysiert hatte.

2.13 Leistungsaufträge im Autoverlad

2.13.1 Verfahren für die Vergabe der Leistungsaufträge

Beim Autoverlad handelt es sich um konzessionierte Angebote des Personenverkehrs (vgl. Ziff. 2.12). Die Betreiberinnen und Betreiber von Autoverladen verfügen deshalb auch über eine Personenbeförderungskonzession nach Artikel 6 PBG. Aus diesem Grund können die Ausführungen in Ziffer 2.12 analog herangezogen werden.

2.13.2 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Wie im Bericht vom Juni 2019 festgehalten ist, sind die einzelnen Angebote im Autoverlad konzessioniert und könnten ausgeschrieben werden, sofern sie bestellt und abgegolten werden. Einen Autoverlad gibt es für vier Tunnels und einen Pass in der Schweiz (Lötschberg, Simplon, Furka, Oberalp und Vereina). Von der Möglichkeit einer Ausschreibung wurde bisher jedoch nie Gebrauch gemacht, vor allem aufgrund der technischen Anforderungen an die erforderliche Infrastruktur. Diese ist kostspielig (Rampen, Zufahrt, Park- und Wartebereiche, Kassen usw.) und eng mit der Bahninfrastruktur am jeweiligen Standort verbunden (Gleise, Weichen, Stellwerk usw. vgl. Ziff. 2.11). Eine Ausschreibung für diese Anlagen würde hohe Kosten verursachen und wäre angesichts der Besonderheit dieser Leistungsaufträge nicht gerechtfertigt.

2.13.3 Auswirkungen der BÖB-Revision

Wie unter Ziffer 2.12.3 erwähnt, wurde im Rahmen der Revision des BÖB Artikel 6 PBG um einen neuen Absatz 5 ergänzt, der die Personenbeförderungskonzessionen vom Geltungsbereich von Artikel 9 BÖB ausnimmt.⁶⁰ Diese Anpassung betrifft auch den Autoverlad.

2.13.4 Schlussfolgerung

Der Bundesrat beabsichtigt keine Reform des Konzessionsvergabesystems bei der Personenbeförderung (vgl. Ziff. 2.12.4).

⁵⁹ Vgl. Botschaft BÖB, BBl 2017 1990.

⁶⁰ Vgl. Botschaft BÖB, BBl 2017 1990.

2.14 Arbeitsmarktliche Massnahmen

2.14.1 Einleitende Bemerkungen

Für den Einkauf von arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM) sind hauptsächlich die kantonalen Amtsstellen zuständig. Der Umfang dieser Leistungen beträgt rund 600 Millionen Franken pro Jahr. Es gibt auch Massnahmen, die auf gesamtschweizerischer Ebene organisiert und als nationale Massnahmen bezeichnet werden. Für diese ist ausschliesslich die vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verwaltete Ausgleichsstelle zuständig. Nationale Massnahmen werden namentlich eingeführt, wenn mindestens sechs Kantone Bedarf haben, wenn die Anzahl der Teilnehmenden für eine kantonale oder überkantonale Durchführung zu gering ist usw. Diese Massnahmen machen insgesamt rund 30 Millionen Franken pro Jahr aus.

Die kantonale Amtsstelle und das SECO gewähren den AMM-Anbieterinnen und -Anbietern Beiträge über Entscheide und/oder Leistungsvereinbarungen. Sie beaufsichtigen die einwandfreie Durchführung der AMM durch die Anbieterinnen und Anbieter, prüfen die Einhaltung der in ihrem Entscheid oder in der Leistungsvereinbarung enthaltenen Bestimmungen und treffen die erforderlichen Massnahmen, falls gegen die Vertragsbestimmungen verstossen wird. Sie kontrollieren die eingeführten Massnahmen in qualitativer, organisatorischer und finanzieller Hinsicht und sorgen dafür, dass diese den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes entsprechen und möglichst kostengünstig durchgeführt werden. Aufgrund der qualitativen und finanziellen Aufsicht verfügen die Kantone und das SECO über sehr genaue Informationen. Die Anbieterinnen und Anbieter von Massnahmen sind somit zur Transparenz verpflichtet.

Die Organisation dieser Massnahmen wird mehrheitlich an nicht gewinnorientierte öffentliche Institutionen übertragen, die dafür Beiträge gemäss Artikel 59c^{bis} Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG)⁶¹ erhalten. Bei diesen speziell für die Arbeitslosenversicherung entwickelten Massnahmen sind gewinnorientierte Leistungserbringende aufgrund der Besonderheiten des Marktes, der Transparenzvorgaben sowie des Gewinnverbots selten. Die Arbeitslosenversicherung muss die Kosten für die Organisation dieser Massnahmen vergüten. Es werden nur die für die Organisation der Massnahme nachgewiesenen und notwendigen Kosten vergütet, weshalb die anbietenden Institutionen keinen Gewinn erzielen können.

In seiner Funktion als Aufsichtsorgan kontrolliert das SECO die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen bezüglich der kantonalen Durchführung der AMM. Es überprüft insbesondere, ob die gewährten Beiträge gesetzeskonform, wirtschaftlich und wirksam verwendet werden. Die kantonalen Amtsstellen gewährleisten gegenüber dem SECO, dass sie ihren Kontrollpflichten unter Wahrung der erforderlichen Transparenz nachkommen.

2.14.2 Verfahren für die Vergabe der Massnahmen

Aufgrund der fehlenden rechtlichen Verpflichtung und der Besonderheiten des Arbeitsmarktes der einzelnen Kantone schreibt das SECO den kantonalen Amtsstellen kein spezifisches Verfahren für den Einkauf von arbeitsmarktlichen Massnahmen wie etwa eine Ausschreibung vor. Wenn jedoch ein Markt besteht, fordert das SECO sie auf, ein Verfahren anzuwenden, das den Transparenzanforderungen bestmöglich gerecht wird und eine wirtschaftliche und wirksame Verwendung der durch den ALV-Fonds gewährten Beiträge erlaubt. In der Praxis wird generell empfohlen, vor der Vergabe eines AMM-Auftrags an eine Anbieterin bzw. einen Anbieter mehrere Angebote (mindestens drei) zu prüfen. Die Kantone gehen somit unterschiedlich vor, da der AMM-Markt in jedem Kanton anders aussieht. Ausschlaggebend sind der Arbeitsmarkt und die Bedürfnisse der Versicherten in der jeweiligen Region. Die Westschweizer Kantone führen zum Beispiel grundsätzlich keine Ausschreibungen durch, ausser für Sprachkurse, für die ein echter Markt besteht und für die manche Kantone daher offenere Vergabeverfahren anwenden. Das Tessin und die Deutschschweizer Kantone sind aufgrund ihrer kantonalen Gesetzgebung hingegen oft zur Durchführung von Ausschreibungen verpflichtet.

⁶¹ SR 837.0

Beim Einkauf der nationalen Massnahmen hängt das gewählte Verfahren davon ab, ob ein Markt besteht oder nicht. Für kollektive Massnahmen wie Sprachkurse, wo die Konkurrenz aufgrund des bestehenden Marktes gross sein kann, werden öffentliche Ausschreibungen durchgeführt. Bei Massnahmen ohne Markt hält sich das SECO ausschliesslich an seine Richtlinien. Somit werden in solchen Fällen die offenen Verfahren gemäss BöB nicht angewendet. Da diese Massnahmen entsprechend der spezifischen Bedürfnisse organisiert werden, sind die Auswahlkriterien transparent und werden klar und präzise kommuniziert. Die besondere Situation der AMM und generell der Massnahmen für die soziale und berufliche Integration haben bei der Behandlung der BöB-Revision im Parlament zahlreiche Debatten ausgelöst (vgl. Ziff. 2.14.4).

2.14.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Wie bereits erwähnt, werden sowohl die national als auch die kantonal verwalteten AMM meistens durch gemeinnützige Institutionen organisiert. Die Besonderheiten des Marktes, die strikten Transparenzanforderungen und das Gewinnverbot ziehen keine privaten gewinnorientierten Institutionen an. Für gewisse Massnahmen besteht schlicht kein Wettbewerb. Herrscht auf einem Markt eine echte Konkurrenz, steht dieser jeder Institution offen, solange sie die Voraussetzungen erfüllt. Ausländische Investorinnen und Investoren werden nicht diskriminiert, sie sind jedoch weniger zahlreich als heimische Institutionen und Unternehmen, die den regionalen Arbeitsmarkt besser kennen.

2.14.4 Auswirkungen der BöB-Revision

Angesichts dieser unterschiedlichen kantonalen Vorgehensweisen hatten der Bundesrat, der Ständerat und die Kantone bei den Diskussionen im Parlament über die BöB-Revision zunächst verlangt, dass der Einkauf der AMM im AVIG und nicht im BöB geregelt würde, um den verschiedenen kantonalen Praktiken Rechnung zu tragen. Das Parlament ist diesem Vorschlag bei der Differenzbereinigung jedoch nicht gefolgt. In der Folge hat es sich nach langen Diskussionen dafür ausgesprochen, Institutionen für die soziale und berufliche Integration von der Unterstellung unter das BöB auszunehmen, da es sich mehrheitlich um gemeinnützige nicht gewinnorientierte Einrichtungen handelt. Es gilt zu präzisieren, dass aufgrund der Kompetenzaufteilung die Regeln des BöB nicht für die kantonalen Stellen gelten, sondern nur für die Bundesbehörden, auch wenn im Rahmen der AMM die Beiträge vom ALV-Fonds ausbezahlt werden. Um den kantonalen Unterschieden Rechnung zu tragen, wurde jedoch vorgeschlagen, diese Ausnahme in die auf die kantonalen Märkte anwendbare Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) aufzunehmen. Dabei sollte jedoch die Möglichkeit bestehen, in den kantonalen Vollzugsbestimmungen eine Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen festzulegen. Dieser Vorschlag wurde angenommen. Beim Einkauf der nationalen Massnahmen wird das SECO – sofern ein echter Markt besteht – weiterhin offene Ausschreibungen durchführen und sich dabei an den Verfahren des BöB orientieren.

2.14.5 Schlussfolgerungen

Aufgrund der Besonderheiten dieses Marktes, für den der Zugang nicht geschlossen zu sein scheint, sind keine Gesetzesänderungen in diesem Bereich erforderlich. Revisionen in diesem Bereich würden zudem die jüngsten Entscheide des Gesetzgebers bei der im Parlament behandelten Revision des BöB infrage stellen.

2.15 Leistungsaufträge des Eidgenössischen Instituts für Metrologie

2.15.1 Einleitende Bemerkungen

Das Eidgenössische Institut für Metrologie (METAS) ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit. Seine Organisation und seine Aufgaben sind im

Bundesgesetz über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMG)⁶² geregelt. Das METAS ist das nationale Metrologieinstitut der Schweiz (Art. 3 Abs. 1 EIMG). Als solches ist es in das internationale System eingebunden, das im Messwesen die gegenseitige Anerkennung der nationalen Normale und der entsprechenden Kalibrierzertifikate ermöglicht. Dieses System beruht auf dem «*Arrangement de reconnaissance mutuelle des étalons nationaux de mesure et des certificats d'étalonnage et de mesurage émis par les laboratoires nationaux de métrologie; Mutual recognition of national measurement standards and of calibration and measurement certificates issued by national metrology institutes*» (CIPM MRA).⁶³

2.15.2 Verfahren für die Vergabe der Leistungsaufträge

Das CIPM MRA sieht vor, dass neben den nationalen Metrologieinstituten designierte Institute bezeichnet werden können. Diese designierten Institute erfüllen für ein begrenztes Tätigkeitsgebiet Aufgaben, die ein nationales Metrologieinstitut nicht selbst wahrnimmt. In der Schweiz sehen Artikel 4 Absatz 2 EIMG und Artikel 4 der Verordnung über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMV)⁶⁴ vor, dass das METAS designierte Institute beiziehen kann. Die Aufgaben werden mit öffentlich-rechtlichem Vertrag übertragen und begründen einen Anspruch auf eine mit METAS vereinbarte Gegenleistung (Art. 4 Abs. 3 und 5 EIMV). Aktuell gibt es in der Schweiz drei designierte Institute:

- Physikalisch-Meteorologisches Observatorium Davos und *World Radiation Center* (PMOD/WRC), Davos Dorf: Bezeichnet für die Messgrösse solare Bestrahlungsstärke (Radiometrie);
- *Institut universitaire de radiophysique* (IRA), Lausanne: Bezeichnet für die Messgrösse Aktivität von Radionukleiden (Radioaktivität);
- MBW Calibration AG (MBW), Wettingen: Bezeichnet für die Messgrösse absolute Feuchte, Taupunkt von -90 °C bis $+95\text{ °C}$.

Im Jahr 2013 legte der Institutsrat des METAS Kriterien für die Bezeichnung designierter Institute fest. Damit wird sichergestellt, dass die Auswahl von designierten Instituten nachvollziehbar erfolgt. Die Kriterien sind öffentlich.⁶⁵ Das designierte Institut muss insbesondere in seiner Art einzigartig sein und dem METAS und der Metrologie einen Mehrwert bringen (vgl. Punkt 1.7 der Kriterien). Die Auslagerung bzw. Delegation eines Fachgebietes an ein designiertes Institut soll zudem einen Mehrwert darstellen (z. B. besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis; vgl. Punkt 2.1 der Kriterien). Bei der Auswahl ebenfalls zu beachten sind die Vorgaben des CIPM MRA. Auch diese Vorgaben sind öffentlich.⁶⁶

2.15.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Das METAS bezeichnet nur sehr zurückhaltend designierte Institute. Bei den ihnen übertragenen Aufgaben handelt es sich um ganz spezifische metrologische Dienstleistungen. Es ist deshalb nicht in jedem Fall möglich, Offerten von mehreren Anbieterinnen bzw. Anbietern einzuholen, auch wenn die Übertragung von Aufgaben an designierte Institute grundsätzlich dem Beschaffungsrecht untersteht.

Aufgrund der Spezifitäten des Marktes und der Fachgebiete sieht der Bundesrat keine Konkretisierung der Vorgaben auf Gesetzesstufe vor.

2.15.4 Auswirkungen der BöB-Revision

Die BöB-Revision hatte keine Auswirkungen.

⁶² SR 941.27

⁶³ Vgl. <https://www.bipm.org/fr/cipm-mra/>.

⁶⁴ SR 941.272

⁶⁵ Vgl. www.metas.ch > Über uns > Designierte Institute. Bei der Auswahl ebenfalls zu beachten sind die Vorgaben des CIPM MRA («Designated Institutes participating in the CIPM MRA. Expectations and nomination form»).

⁶⁶ Vgl. www.bipm.org > Equivalence internationale > Documents sur le CIPM MRA.

2.15.5 Schlussfolgerung

Für die vom METAS erteilten Leistungsaufträge werden weder Ausschreibungen noch Auktionen durchgeführt, obwohl sie dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sind. Die Kriterien für die Bezeichnung eines designierten Instituts sind jedoch transparent und öffentlich. Der Beizug designierter Institute ist gesetzlich geregelt. Die Bezeichnungen werden spätestens alle fünf Jahre überprüft. Der Bundesrat sieht in nächster Zeit keine Revision der Gesetzesbestimmungen vor.

2.16 Auftrag zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz

2.16.1 Einleitende Bemerkungen

Auf Grundlage des Bundesgesetzes zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz⁶⁷ fördert der Bund seit 1996 die nachhaltige Ansiedlung ausländischer Unternehmen in der Schweiz (Standortpromotion). Bis Ende 2007 erfolgte dies im Rahmen des Programmes LOCATION Switzerland und wurde vom Bund direkt ausgeführt. Im Kontext einer umfassenden Überprüfung der Landeswerbung erfolgte eine Neuausrichtung auch der Standortpromotion: Im Bericht vom 9. Dezember 2005 über die Koordination der Landeswerbung⁶⁸ stellte der Bundesrat fest, dass nur die Integration oder Zusammenlegung von Organisationen zusätzliche Wirkungs- und Synergiepotenziale auslösen kann.

In der Folge hiess das Parlament im Rahmen der Behandlung der Botschaft des Bundesrates über die Standortförderung 2008–2011⁶⁹ die Übertragung des Auftrags der Standortpromotion an den privatrechtlich organisierten Verein OSEC (heute *Switzerland Global Enterprise S-GE*) gut, der auch die Exportförderung des Bundes ausführt. Ausschlaggebend für die Zusammenführung war nebst einer besseren Koordination die grosse Kongruenz in der Marktausrichtung respektive in den bestehenden Netzwerken in der Wirtschaft von LOCATION Switzerland und der OSEC.⁷⁰ Auch die Kantone als wichtigste Anspruchspartner der Standortpromotion legten einhellig Wert darauf, dass LOCATION Switzerland in die OSEC eingegliedert wird und so über die auf den offiziellen Schweizer Vertretungen im Ausland angesiedelten «Swiss Business Hubs» ausgeführt wird. Damit wurde der Grundstein zur weiteren Stärkung der Verbundaufgabe von Bund und Kantonen gelegt, da letztlich die Massnahmen auf Bundesebene in konkrete Ansiedlungsprojekte bei den Kantonen münden sollen.

2.16.2 Verfahren für die Auftragsvergabe

Im Rahmen der Botschaft über die Standortförderung 2008–2011 wurde das Bundesgesetz zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz totalrevidiert. In diesem Zusammenhang wurden die entsprechenden rechtlichen Anpassungen vorgenommen, die insbesondere die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe des Bundes an einen Dritten ermöglichen. Explizit erwähnt wurde, dass die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Standortpromotion nicht dem Übereinkommen der Welthandelsorganisation (WTO) vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht.⁷¹ Die Grundlagen – Gründe und Kriterien für die direkte Vergabe an die OSEC – wurden in der Botschaft öffentlich zugänglich, transparent und nachvollziehbar dargelegt.

Der Auftrag erfolgt durch eine öffentlich-rechtliche Leistungsvereinbarung zwischen Bund und S-GE für jeweils vier Jahre. Die Schwerpunkte, Massnahmen und Wirksamkeit werden in der entsprechenden Botschaft zur Standortförderung dargelegt. Die Kantone ihrerseits schliessen

⁶⁷ SR 194.2

⁶⁸ Bericht über die Koordination der Landeswerbung in Erfüllung des Postulats 04.3199 sowie des Postulats 04.3434 (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-9654.html>).

⁶⁹ Botschaft vom 28. Februar 2007 über die Standortförderung 2008–2011, BBl 2007 2227.

⁷⁰ Vgl. Botschaft vom 28. Februar 2007 über die Standortförderung 2008–2011, BBl 2007 2227 S. 2250.

⁷¹ Vgl. Botschaft vom 28. Februar 2007 über die Standortförderung 2008–2011, BBl 2007 2227 S. 2253.

für den gleichen Zeitraum und mit übereinstimmenden Prioritäten gleichlautende Leistungsvereinbarungen mit S-GE ab. Damit werden die nationalen und kantonalen Massnahmen aufeinander abgestimmt, so wie dies gesetzlich vorgeschrieben ist (Art. 2 Abs. 3 Bundesgesetz zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz).

Mit der Ausrichtung des Leistungsauftrags auf jeweils vier Jahre besteht für die Auftraggeber (Bund und Kantone) die Möglichkeit, strategische oder organisatorische Anpassungen vorzunehmen. Insgesamt ist jedoch die nachhaltige Wirkung der Standortpromotionsmassnahmen in hohem Masse von der Konstanz der Anstrengungen abhängig, sind doch Investitionsentscheide meist längerfristig ausgerichtete Vorhaben. Um die Nachhaltigkeit und Kontinuität zu gewährleisten und konkrete Ansiedlungsprojekte zu realisieren, steht daher eine Weiterführung mit der bisherigen Auftragnehmerin im Vordergrund.

2.16.3 Beurteilung der aktuellen Verfahren und Verbesserungsmöglichkeiten

Um sich in einem neuen Land anzusiedeln, benötigen Firmen Informationen – beispielsweise zu Steuern, Arbeitsrecht und Kapitalmarkt. Mit Blick auf den internationalen Standortwettbewerb und aus Gründen der Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit ist es sinnvoll, dass diese Informationen offiziell, umfassend und möglichst einheitlich erfolgen. So wird zudem die Deutungshoheit der hiesigen Standortvorteile beibehalten.

Die nationale Standortpromotion konzentriert sich auf die Erbringung von Leistungen, die dem übergeordneten Interesse des Unternehmensstandorts Schweiz dienen und die von privaten gewinnorientierten Anbieterinnen und Anbietern zurzeit nicht in vergleichbarer Weise angeboten werden. Um eine subsidiäre Leistungserbringung zu gewährleisten, sieht der Auftrag an S-GE vor, dass diese in Koordination mit den Kantonen und deren Regionalorganisationen und unter Einbezug von privaten Dritten zu erfolgen hat sowie Synergien mit anderen öffentlichen Anbieterinnen und Anbietern nutzen soll.

Eine wettbewerbliche Ausschreibung hätte gewisse organisatorische und finanzielle Auswirkungen auf das komplexe Gefüge der schweizerischen Standortpromotion:

Der Aufbau neuer Anbieterinnen und Anbieter (eine bzw. einer oder mehrere), die ein vergleichbares Angebot in nützlicher Frist zu leisten in der Lage sind, wäre mit grossem personellem und finanziellem Aufwand verbunden.

Zudem müssten sich die 26 Kantone und der Bund sinnvollerweise auf eine gemeinsame Anbieterin bzw. einen gemeinsamen Anbieter einigen, um diese Verbundaufgabe weiterführen zu können. Eine solche Reorganisation führt zu Zeitverlusten und bindet Ressourcen, gerade in Zeiten der starken Zunahme des internationalen Standortwettbewerbs. Die Schweiz könnte so als Ansiedlungsland an Boden verlieren.

S-GE führt ihr Mandat über ihr Netz von Swiss Business Hubs aus, die bei Schweizer Botschaften respektive Generalkonsulaten angesiedelt sind. Dies fördert den einheitlichen Auftritt der Schweiz im Ausland. Eine andere organisatorische Aufstellung, die eine Übernahme des Mandates durch andere Anbieterinnen bzw. Anbieter (eine bzw. einer oder mehrere) mit sich bringt, hätte voraussichtlich den Aufbau eines Aussennetzes ausserhalb der Botschaften zur Folge, zumal dort aus völkerrechtlichen Gründen grundsätzlich keine gewinnorientierten Tätigkeiten respektive kommerzielle Anbieterinnen bzw. Anbieter erlaubt sind.

Des Weiteren fallen Synergien mit der Exportförderung weg, und Skaleneffekte zwischen den beiden Instrumenten – beispielsweise im digitalen Bereich oder aber im Aussennetz – können nicht mehr genutzt werden.

2.16.4 Auswirkungen der BöB-Revision

Im Rahmen der Totalrevision des BöB hat das Parlament per 1. Januar 2021 eine Regelung eingeführt, die das Mandat für die nationale Standortpromotion explizit vom Geltungsbereich des BöB ausnimmt (Anhang 7 Ziff. II 3).

2.16.5 Schlussfolgerung

Der Bundesrat sieht angesichts der Erläuterungen unter Ziffer 2.16.3 aktuell keine Notwendigkeit, die bewährte Praxis zu ändern, zumal auch das Parlament mit der jüngst eingeführten, expliziten Ausnahmeregelung im BöB keinen Handlungsbedarf in Bezug auf eine Ausschreibung des Mandates Standortpromotion festgestellt hat.

3 Schlussfolgerungen des Bundesrates

Der Bundesrat hatte am 7. Juni 2019 eine Prüfung der Verfahren für den Zugang zu 16 «geschlossenen Märkten» in Auftrag gegeben, um festzustellen, ob mit Gesetzesreformen Verbesserungen bei den Zugangsverfahren möglich sind. Die Analyse der Verwaltung zeigt, dass die Verfahren insgesamt funktionieren und sich bewährt haben. Es wurde kein wesentlicher Mangel mit Blick auf den Marktzugang erkannt, der eine Gesetzesrevision rechtfertigen würde. Obwohl aus wirtschaftlicher Sicht ein offenes Ausschreibungsverfahren die Kriterien der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Fairness am besten garantiert, bringt die Durchführung von Ausschreibungen Einschränkungen und einen grossen Ressourcenbedarf mit sich (z. B. für die Publikation, die Übersetzung oder die Prüfung der Angebote). Wenn beispielsweise aus politischen Gründen keine Ausschreibung vorgesehen ist, hat der Gesetzgeber teilweise auf Gesetzesebene Kriterien wie Nichtdiskriminierung und Transparenz festgelegt, um die Marktzugangsbedingungen zu klären (z. B. Wasserrechtskonzessionen und Stromverteilnetzkonzeptionen, vgl. Ziff. 2.1 und 2.2). Die Wirkung dieser auf Gesetzesebene verankerten Kriterien wurde bisher allerdings nicht untersucht.

Für einige Märkte hatte der Bundesrat die Möglichkeit einer Reform des Zugangssystems bereits geprüft und konkrete Anpassungen vorgeschlagen. Jedoch ist das Parlament diesen Vorschlägen nicht gefolgt, das gilt insbesondere für die Wasserrechtskonzessionen (vgl. Ziff. 2.1.3), die Stromverteilnetzkonzeptionen (vgl. Ziff. 2.2.2) und die Brennereikonzeptionen zur Herstellung und Reinigung gebrannter Wasser (vgl. Ziff. 2.5.1). Bei diesem letzten Markt ist der Bundesrat der Ansicht, dass das aktuelle System überholt ist. Er wird eine zweite Teilrevision des Alkoholgesetzes vorlegen, um darin unter anderem ein Bewilligungssystem zu verankern. Die laufende Revision der Alkoholverordnung wird bereits die Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Konzessionen fast wie gewöhnliche Bewilligungen behandelt werden können. Zudem hat der Bundesrat vor Kurzem die Vergabe der Personenbeförderungskonzessionen überprüft und die Option einer systematischen Ausschreibung abgelehnt (vgl. Ziff. 2.12.1). Bei anderen Märkten wurden die rechtlichen Grundlagen kürzlich revidiert und der Bundesrat hält es hier momentan nicht für sinnvoll, eine neue Vorlage zu lancieren (z. B. Spielbankkonzessionen, vgl. Ziff. 2.6.1).

Schliesslich sind die meisten untersuchten Märkte vom Geltungsbereich des vollständig revidierten und im Januar 2021 in Kraft getretenen BöB ausgenommen. Der einzige analysierte Markt, der von der BöB-Revision betroffen war, ist jener der Betriebskonzessionen für Flughäfen (vgl. Ziff. 2.10). Die Auswirkungen der BöB-Revision auf diesen Markt sind allerdings umstritten und werden voraussichtlich im Rahmen der Motion 21.3458 behandelt.