



Abegg Anwälte und Konsulenten
Seestrasse 329
8038 Zürich
Schweiz

Tel. +41 44 523 1470
Fax +41 44 523 1475
www.aa-k.ch
info@aa-k.ch

Bemerkungen zum Bericht des Bundesrates «Geschlossene Märkte des Bundes» vom 7. Juni 2019

Der Bundesrat setzt sich in seinem Bericht vom 7. Juni 2019 in ausführlicher Weise mit unserer Studie vom 15. Februar 2019 auseinander, welche den Zugang Privater zu Konzessionen und Staatsaufgaben des Bundes untersucht. Der Bundesrat stellt fest, dass die Autoren der Studie einerseits keine generelle Kritik an den Abweichungen von rechtlichen Ausschreibungsstandards üben, weil diese Abweichungen regelmässig rechtlich, historisch oder politisch begründet sind. Der Bundesrat nimmt andererseits auch zur Kenntnis, dass gemäss Studie diese Abweichungen von einem kompetitiven Ausschreibeverfahren in vielen Fällen ökonomisch schwer zu rechtfertigen sind.

Es ist zutreffend, dass die Studie primär die gesetzliche und ökonomische Situation und weniger die Behördenpraxis untersucht. Damit werden allerdings die Resultate der Studie nicht relativiert, denn ein fairer Zugang zu geschlossenen Märkten ist entscheidend auf die legitimierende und Transparenz erzeugende Wirkung der Gesetzgebung angewiesen. Dies kann alleine durch eine entsprechende Behördenpraxis nicht ausreichend sichergestellt werden. Die Studie mahnt deshalb an, die Vergabe von Konzessionen und Staatsaufgaben im Hinblick auf Fairness, Transparenz und Wettbewerbsprinzip stärker zu regeln.

Die gegenwärtig von der Bundesversammlung beratene Totalrevision des Bundesgesetzes über das Beschaffungswesen sieht vor, dass in Zukunft die

Übertragung von Staatsaufgaben vermehrt ausgeschrieben werden müssen. Zudem will der Bundesrat bestimmte Zugangsverfahren verbessern, um mehr Transparenz und Chancengleichheit sowie eine diskriminierungsfreie Behandlung potenzieller Anbieter sicherzustellen. Im Lichte der vorliegenden Studie ist dies ebenso zu begrüßen wie der Auftrag des Bundesrats an die Departemente, die durch die Studie betrachteten Verfahren bis 2020 zu prüfen.

Zu den einzelnen vom Bundesrat nun im Sinne der Behördenpraxis kommentierten Zugangsverfahren ist gemäss den Autoren der Studie Folgendes anzufügen:

1. Wasserrechtskonzessionen

Bei der Wasserrechtskonzession ist nicht nur das Publikationsverfahren problematisch (obwohl für eine gewisse Publizität gesorgt wird), sondern es sind auch die Zuschlagskriterien zu unbestimmt («öffentliches Wohl»). Damit wird der Konzessionsbehörde grundsätzlich ermöglicht, beliebige «öffentliche Interessen» heranzuziehen (etwa öffentliche Eigentumsverhältnisse). Dies ist nicht grundsätzlich abzulehnen, doch sollten die zulässigen Interessen, und deren Gewichtung, genauer geregelt werden. Insbesondere sollte auch die Bedeutung des Preises klarer geregelt werden.

2. Brennereikonzession

In der Botschaft zur gescheiterten Revision des AlkG von 2012 erwähnt der Bundesrat selber, dass Brennereikonzession noch immer restriktiv und unter Beachtung der wirtschaftlichen Bedürfnisse des Landes vergeben werden (BBl 2012 1359 f.). Entsprechend erwähnt auch die eidg. Alkoholverwaltung auf ihrer Homepage, dass die Konzessionen nur «sehr restriktiv» erteilt werden, und für Lohnbrennkonzessionen noch immer ein wirtschaftliches Bedürfnis vorausgesetzt wird. Gesetzliche Regelung und Behördenpraxis sind zu überdenken und die Vergabe neu – wenn möglich in einem kompetitiven Verfahren – zu regeln.

3. Spielbankenkonzession

Die Studie bestreitet nicht, dass gesundheitspolitische Gründe dafür sprechen können, den Markt im Spielbankenbereich zu schliessen. Die Kritik der Studie zielt auf die Frage ab, wie die beschränkte Zahl an Konzessionen vergeben werden. Gegen eine kompetitive Vergabe, z.B. im Rahmen einer Auktion oder eines Kriterienwettbewerbs, bringt der Bundesrat vor, dass nicht absehbar sei, ob die Spielbanken über die Dauer der Konzession regelmässige Einnahmen generieren könnten. Dies sollte in der Risikosphäre des Konzessionsnehmers

liegen und kann ein intransparentes und womöglich unfaires Vergabeverfahren nicht rechtfertigen.

4. Bewilligungen für Rohrleitungsanlagen

Dem Bundesrat ist zuzustimmen, dass Wettbewerb im Netz im Vordergrund stehen sollte. Der Zugang Dritter zu bestehenden Rohrleitungsanlagen sollte daher gesetzlich klarer geregelt werden.

5. Stromverteilnetzkonzessionen

Es ist zutreffend, und wird von der Studie auch entsprechend erwähnt, dass historisch und auch jüngst der Wettbewerb *im* Netz und nicht der Wettbewerb *um* das Netz im Vordergrund steht. Das sollte nach der Meinung der Studienautoren aber nicht davon dispensieren, aus ökonomischer Sicht die bisherige Konzeption zu überdenken und – dem getroffenen Grundprinzip einer Liberalisierung des Strommarkts entsprechend – eine Trennung von Netz und Betrieb sowie eine wettbewerbliche Ausgestaltung der Vergabe des Netzbetriebs, beispielsweise mittels Auktion, zu prüfen.

6. Eisenbahninfrastrukturkonzessionen

Es ist zu begrüßen, dass sich der Bundesrat zu den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens bekennt, welche auch durch die Eisenbahnunternehmen als Empfänger von Bundesgeldern eingehalten werden sollten. Ob die Eigentumsgarantie einem kompetitiven System widerspricht, wie der Bundesrat meint, wäre zu hinterfragen – zumindest wenn das Eigentum bei Staatsunternehmen liegt. Nach Meinung der Studienautoren sollten zudem detaillierte ökonomische Abklärungen in Auftrag gegeben werden, ob ein kompetitiveres Auswahlverfahren in diesem Bereich eingeführt werden sollte.

7. Grundversorgungskonzessionen im Fernmeldewesen

Eine fundierte Befragung der Unternehmen, weshalb diese, ausser der Swisscom, nicht daran interessiert sind, wäre zu begrüßen. Zu klären wäre auch die Frage, welche Bedeutung der Tatsache zukommt, dass die Swisscom auf Abgeltungen jeweils verzichtet.

8. Lokale Radio- und Fernsehprogrammkonzessionen mit Abgabenteil

Der Bundesrat teilt die Beurteilung, dass das RTVG zu wenig dicht geregelt ist und erst in den Ausschreibungsunterlagen nähere Angaben zum Vergabeverfahren gemacht wurde. Diese Konkretisierung durch die Verwaltungspraxis ist zu begrüßen, steht der Rechtssicherheit aber in gewissem

Masse entgegen. Grundsätze sollten im RTVG oder auf Verordnungsstufe geregelt werden.

9. Flughafeninfrastrukturkonzessionen

Der Bundesrat teilt die Bedenken der Studie, erachtet Änderungen aber nicht als zeitlich dringend, da bestehende Konzessionen noch lange Laufzeiten aufweisen. Im Hinblick auf die grosse Bedeutung und Komplexität einer Konzessionsvergabe im Bereich der Infrastruktur der Landesflughäfen sollte dies entsprechend früh angegangen werden.

10. Personenbeförderungskonzessionen

Dass die Kantone von Ausschreibungen des RPV auf der Strasse absehen können, ist im Bundesrecht vorgegeben. Somit liegt es in der Macht des Bundes, für mehr Wettbewerb im RPV zu sorgen. Die vom Bundesrat erwähnte Vernehmlassungsvorlage zielt jedoch in die entgegengesetzte Richtung. Vollständige Gewinnverbote in Verbindung mit der grosszügig gewährten Möglichkeiten, Angebote nicht ausschreiben zu müssen, wird den zumindest ansatzweise vorhandenen Wettbewerb in diesem Bereich untergraben und zu einer erneuten Dominanz von Staatsunternehmen im RPV führen.

11. Arbeitsmarktliche Massnahmen

Bis anhin wird der Zugang von Privaten zu Aufträgen im Bereich arbeitsmarktlicher Massnahmen weitgehend auf kantonaler Stufe geregelt. Der Bundesrat verweist auf das Parlament, welches bei der laufenden Revision des BöB prüft, wie sich ein faires, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren garantieren lässt. Entsprechende Regelungen, welche für zusätzliche Rechtssicherheit sorgen würden, wären zu begrüssen, da das Bundesrecht von sich aus kein faires und transparentes Verfahren garantiert.

12. Leistungsaufträge im Autoverlad

Der Bundesrat stimmt den Erkenntnissen der Studie zu, wonach die Angebote zwar theoretisch ausgeschrieben werden könnten, dies angesichts der aufwändigen Infrastruktur aber faktisch nicht durchführbar ist. Hier sollte eine Trennung von Infrastruktur und Betrieb geprüft werden.

13. Leistungsaufträge des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (METAS)

Der Bundesrat sieht ebenfalls Bedarf, die Bestimmungen zum Auswahlverfahren in der entsprechenden Verordnung zu präzisieren. Das ist zu begrüssen.

14. Auftrag zur Förderung des Unternehmensstandorts Schweiz

Mit Verweis auf föderale Gesichtspunkte und der besonderen Art der Dienstleistung will der Bundesrat an der direkten Vergabe des Auftrages festhalten und sieht sich im Rahmen der laufenden Revision des BÖB vom Parlament in dieser Frage unterstützt. Diese Haltung sollte aus ökonomischen und rechtlichen Gründen nochmals sorgfältig überprüft werden.

Fazit

Es ist zu hoffen, dass die vom Bundesrat beauftragten Departemente die Stossrichtung von Postulat, Studie und Bericht übernehmen und Ende 2020 die konkreten Verbesserungen vorschlagen. Zu hoffen ist auch, dass dabei die im Bericht des Bundesrates bei den einzelnen Zugangsverfahren aufschimmernden politischen Steuerungsbedürfnisse nicht überhandnehmen. Solche sind nur dort vertretbar, wo zwingende ökonomische oder verfassungsrechtliche Gründe Abstriche an fairen, transparenten und wettbewerblich organisierten Zugangsverfahren rechtfertigen.

Die Studie hat sich nicht allein auf die Analyse der einzelnen Märkte beschränkt, sondern das Thema auch in den grösseren politischen und rechtlichen Kontext gestellt und dabei weiteren Abklärungs- und Korrekturbedarf festgestellt. Zu erwähnen ist insbesondere, dass planrechtliche Verfahren – regelmässig ohne Beteiligung des Parlaments – wichtige Konzessionsentscheide vorwegnehmen können. Ebenso stellen Finanzhilfen faktisch eine Übertragung von Staatsaufgaben dar, wenn damit bis zu 80 % der Infrastrukturkosten von Privaten finanziert werden. Diese sind entsprechend öffentlich auszuschreiben. Diese zum Schluss der Studie erwähnten Themen sollten nach Meinung der Autoren dringend angegangen werden.

Zürich/Winterthur, 21. Juni 2019

Andreas Abegg, Andreas Hefti und Goran Seferovic