Trügerische Klärung der Vergabe von Konzessionen für Verteilnetze

Die neuen Bestimmungen im Stromversorgungsgesetz und Wasserrechtsgesetz

Eine Gesetzesrevision hält neu explizit fest, dass Konzessionen für Stromnetze und Wasserkraftnutzung nicht ausgeschrieben werden müssen. Im April ist die Referendumsfrist gegen die Änderung abgelaufen. Damit sollen Unklarheiten beseitigt werden, die nach einem Gutachten der Wettbewerbskommission entstanden sind. Doch die neuen Bestimmungen schaffen verfahrensrechtliche Normen, die Fragen nach ihrer Auslegung aufwerfen.

Stefan Rechsteiner, Delia Bosshard

Das Parlament hat am 23. Dezember 2011 mit einer Revision des Wasserrechtsgesetzes (WRG) und des Stromversorgungsgesetzes (StromVG) eine heftige Diskussion um die Ausschreibepflicht bei der Vergabe von Sondernutzungskonzessionen an Private im Bereich der Wasserkraftnutzung und im Bereich der Nutzung des öffentlichen Grundes für den Bau und Betrieb von Stromnetzen beendet. Seither ist politisch Ruhe eingekehrt.

Eine genauere Analyse der neuen Gesetzestexte zeigt indes, dass diese politische Ruhe trügerisch sein könnte. Die Gesetzesnovellen klären zwar explizit, dass Wasserkraftnutzungskonzessionen und Verteilnetzkonzessionen nicht ausgeschrieben werden müssen. Gleichzeitig schaffen sie aber neue Anforderungen, die über das bisherige Recht hinausgehen: Kantone und Gemeinden «gewährleisten ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren» (Art. 3a neu StromVG, Art. 60a Abs. 3bis neu und Art. 62 Abs. 2bis neu WRG). Es werden also neue verfahrensrechtliche Normen aufgestellt. Was sie konkret bedeuten, soll nachfolgend vor dem Hintergrund der Entstehung geklärt werden. Der Fokus liegt dabei auf dem StromVG.

Bisherige Rechtslage der Konzessionsvergabe

Die Konzession bezeichnet die Verleihung eines Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache. [1] Mittels Sondernutzungskonzession wird das Recht zur ausschliesslichen Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch oder anderer öffentlicher Sachen verliehen. [2] Sondernutzungskonzessionen setzen in der Regel ein faktisches Monopol des Gemeinwesens voraus. [3]

Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch stehen unter der Sachherrschaft des betreffenden Gemeinwesens und bilden ein faktisches Monopol. Ein faktisches Monopol liegt insbesondere dann vor, wenn eine Tätigkeit tatsächlich nur mit Zustimmung des Gemeinwesens ausgeübt werden kann, beispielsweise weil öffentlicher Grund in Anspruch genommen werden muss. [4] Die Hoheit über den öffentlichen Grund und Boden bildet den Paradefall eines faktischen Monopols . [5] Das StromVG schränkt diese kantonale Hoheit über den öffentlichen Grund nicht ein. Das Verlegen von Stromleitungen auf öffentlichem Grund ist eine Sondernutzung. [6] Auch die Nutzung der Wasserkraft stellt eine ausgeprägte Form der Sondernutzung dar. [7] Die Konzessionen unter dem WRG und dem StromVG sind daher als Sondernutzungskonzessionen zu qualifizieren. [8]

Anforderungen an die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen

Die Erteilung einer Konzession ist eine umgekehrte Situation zur öffentlichen Beschaffung. Das Gemeinwesen beschafft nicht Leistungen gegen Entgelt, sondern vergibt ein Recht und erhält selber ein Entgelt. [9] Die Sondernutzungskonzession für die Nutzung des öffentlichen Grundes untersteht daher nicht den Regeln der öffentlichen Beschaffung und somit grundsätzlich nicht der Ausschreibungspflicht. [10]

Das Bundesgericht hat bislang auch noch keinen Anspruch auf Sondernutzung des öffentlichen Grundes zur Ausübung der Wirtschaftsfreiheit bejaht. [11] Zu beachten sind jedoch die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot. [12]

Die Konzessionsgebühr für die Sondernutzungskonzession bedarf einer formell gesetzlichen Grundlage. [13] Fehlt eine ausreichende gesetzliche Grundlage, so muss die gesamte Konzession das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen und mittels Parlamentsbeschluss und fakultativem oder obligatorischem Referendum genehmigt werden. [14]

StromVG im Speziellen

Die Zuteilung des Netzgebiets (Art. 5 Abs. 1 StromVG) ist von der Erteilung einer Sondernutzungskonzession für das Verlegen von Leitungen zu unterscheiden. Die Netzgebietszuteilung dient einzig der Zuteilung öffentlich-rechtlicher Pflichten (Grundversorgung und Anschlusspflicht) und ist somit belastender Natur. [15] Die Gebietszuteilung geschieht in den Kantonen heute meist in der Form der Verfügung. [16]

Die Zuteilung eines Netzgebiets verleiht dem Netzbetreiber noch kein Recht auf Nutzung des öffentlichen Grundes. Dieses muss vielmehr eigenständig im Rahmen der Sondernutzungskonzession eingeräumt werden. [17] Im Bereich des StromVG wird die Erteilung der Sondernutzungskonzession an Netzbetreiber auch als kantonal- oder kommunalrechtliche Gewährleistungshandlung im Rahmen des StromVG bezeichnet. [18] Dabei besteht bei den Kantonen und Gemeinden allerdings ein Ermessen hinsichtlich der Modalitäten der Sondernutzungskonzessionen, bspw. betreffend Auflagen und Gebühren. [19] Der Konzessionsinhalt wird meist über individuelle Verhandlungen festgelegt. Muss die Konzes-

sion selbst das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen, werden die Verfahrensbestimmungen entsprechend vom Gesetzgebungsverfahren vorgegeben.

Änderung des Binnenmarktgesetzes

Im Rahmen der Revision im Jahr 2006 wurde in Artikel 2 des Binnenmarktgesetzes (BGBM) der Absatz 7 eingefügt. Dieser sieht vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Damit sollte der gegenseitige Marktzugang erleichtert werden, ohne die (begrenzte) Kompetenz der Kantone und Gemeinden zur Monopolisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten in Frage zu stellen. Obwohl die Festlegung der Ausschreibungsmodalitäten weiterhin Sache der betroffenen Behörden sein sollte, wurde die analoge Anwendung der Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge empfohlen. [20]

Die Wettbewerbskommission (Weko) veröffentlichte gestützt auf diese Novelle ein Gutachten zur Erneuerung von Konzessionsverträgen über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie. [21] Die Weko stellte sich auf den Standpunkt, dass die Ausschreibungspflicht des Art. 2 Abs. 7 BGBM auch die Konzessionsvergabe im Rahmen von WRG und StromVG erfasst. Laut Weko sollten ganz allgemein nicht nur die Übertragung der Nutzung rechtlicher Monopole, sondern auch faktischer Monopole der Ausschreibungspflicht unterliegen. [22]

Diese Haltung löste eine heftige Kontroverse in der Praxis aus. Gegen eine Ausschreibungspflicht im Bereich des WRG und des StromVG wurde vorgebracht, dass sich Monopol- und Sondernutzungskonzessionen grundlegend unterscheiden und die Sondernutzungskonzessionen auf einem faktischen Monopol beruhen, welches gerade nicht zu einer rechtlichen Marktzutrittsschranke führt. [23]

Unter Hinweis auf die Materialien haben verschiedene Autoren gezeigt, dass die Ausschreibungspflicht im BGBM auf die rechtlichen Monopole ausgerichtet ist und nicht auf die faktischen Monopole wie bei der Sondernutzungskonzession über den öffentlichen Grund. [24]

Bei der Beratung über das BGBM wurde in der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates insbesondere das Problem der Wasserrechtskonzessionen wiederholt angesprochen. In wenigen Voten wurden Zweifel laut, hinsichtlich der Auswirkungen der BGBM-Revision auf die Situation in den Kantonen und Gemeinden. Allerdings erfolgte keine eingehende Diskussion über die Auswirkungen der BGBM-Revision auf die faktischen Monopole. Daher liegt die Vermutung nahe, dass sich der Gesetzgeber nicht bewusst war, welche Kontroverse er im Hinblick auf die Sondernutzungskonzessionen auslösen würde.

Revision WRG und StromVG

Als Reaktion auf das Gutachten der Weko wurden im Bereich der Wasserrechts- und Verteilnetzkonzessionen verschiedene politische Vorstösse lanciert. [25] Auch wenn im Bereich des WRG und des StromVG von Spezialregelungen ausgegangen wird, soll mit der Revision explizit festgehalten werden, dass keine Ausschreibungspflicht besteht. [26]

Die Revision sieht nun explizit vor, dass die Konzessionen unter dem WRG ohne Ausschreibung verliehen werden können. Neu soll das Verfahren für die Verleihung der Sondernutzungskonzession unter dem WRG «diskriminierungsfrei» und «transparent» ausgestaltet sein (Art. 60 Abs. 3bis und Art. 62 Abs. 2bis revWRG). Kantonale und kommunale Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und Verteilnetz, insbesondere das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens, können unter dem StromVG ebenfalls explizit ohne Ausschreibung erteilt werden. Die Kantone und Gemeinden müssen zur Konzessionserteilung ein «diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren» gewährleisten (Art. 3a revStromVG). Die geänderten Gesetzesbestimmungen unterstehen dem fakultativen Referendum. Die Frist lief bis 13. April 2012. [27]

Auswirkung der neuen Regeln

In der parlamentarischen Debatte wurde die Ansicht vertreten, dass sich durch die Revision an der bisherigen Praxis in den meisten Kantonen und Gemeinden nichts ändern wird. Die Revision sollte demgemäss lediglich die Unsicherheiten beseitigen, welche durch das Gutachten der Weko hervorgerufen wurden. [28] Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass durch die Revision keine weitergehenden Anforderungen geschaffen würden, als unter der geltenden Regelung.

Dies erweist sich bei genauerer Betrachtung im Bereich der Verteilnetzkonzessionen als Trugschluss. Im Bereich der Wasserkraftnutzungskonzessionen bestehen bereits verfahrensrechtliche Vorschriften, womit kein zusätzlicher Klärungsbedarf besteht. Die Gesetzesnovelle bringt mit der Anforderung eines «diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens» für die Erteilung von Konzessionen im Bereich der Verteilnetzkonzessionen durchaus eine Verschärfung der bisherigen Praxis. Verfahrensrechtliche Überlegungen haben in diesem Bereich bislang in der Praxis eher eine untergeordnete Rolle gespielt.

Die Frage lautet, was ist ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren, das aber gleichzeitig nicht einer Ausschreibung gleich kommt. Die Antwort ist nicht trivial und durch Auslegung zu ermitteln.

Anforderung «Verfahren»

Das Erfordernis eines «Verfahrens» ist im Wortlaut des StromVG neu. Ein (diskriminierungsfreies und transparentes) Verfahren setzt gemäss parlamentarischer Debatte voraus, dass klare Kriterien bei der Konzessionsvergabe festgelegt werden. [29] Der Begriff «Verfahren» suggeriert die Festlegung eines bestimmten Ablaufs, an dessen Ende eine anfechtbare Verfügung steht. [30] Das Verfahren auf Erlass einer Verfügung («Verwaltungsverfahren») bezeichnet den geregelten Ablauf der Prozesshandlungen von der Anhebung eines Verfahrens bis zu seinem Abschluss durch Eröffnung einer Verfügung. [31] Ein Verwaltungsverfahren gliedert sich in verschiedene Etappen, welche als Einleitung, Ermittlung, Entscheidung und Vollstreckung zusammengefasst werden können. [32]

Das Verwaltungsverfahren ist geprägt von Verfahrensmaximen, welche die Obliegenheiten der Verfahrensbeteiligten und die Bedingungen des Verfahrensablaufs regeln. [33] Den Parteien stehen im Verwaltungsverfahren persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrechte als Ausfluss des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) zu. [34]

Ebenfalls als «Verfahren» genügen muss das Gesetzgebungsverfahren, soweit Konzessionen in einem solchen Verfahren erlassen werden.

Anforderung «transparent» und «diskriminierungsfrei»

Nach Ansicht der Weko wird mit den Anforderungen der Diskriminierungsfreiheit und der Transparenz den zentralen Anliegen von Art. 2 Abs. 7 BGBM Rech-

nung getragen. [35] Die Materialien zeigen aber, dass es dem Gesetzgeber nicht darum ging, die Anforderungen an die Konzessionsvergabe gegenüber dem heutigen Zustand anzuheben. Die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates bezeichnet die Diskriminierungsfreiheit und Transparenz ausdrücklich als aus der Bundesverfassung fliessende, rechtsstaatliche und zeitgemässe Prinzipien, welche also bereits vor der Revision zum Tragen kommen mussten. Diskriminierungsfreiheit und Transparenz sind also keine neuen zusätzlichen Anforderungen; sie werden lediglich deklaratorisch festgeschrieben. [36] Sie dürfen daher auch nicht überinterpretiert werden.

Zur Wahrung des Diskriminierungsverbots, als Ausfluss des Rechtsgleichheitsgebots, muss eine Zuteilung immer aufgrund sachlicher und willkürfreier Kriterien erfolgen. [37] Diese Forderung nach sachlichen Kriterien ist als Sinnbild der allgemeinen Pflicht zur Beachtung rechtsstaatlicher Verfahrens- und Verfassungsgrundsätze zu sehen. Das Diskriminierungsverbot kann nur greifen, wenn eine Auswahl oder Zuteilung aus sachlichen oder eben aus sachfremden Gründen überhaupt möglich ist. Zulässige öffentliche Interessen vermögen auch verhältnismässige Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen; zu vermeiden sind einzig spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen. [38] So erachtet es das Bundesgericht unter Umständen als zulässig, aus Gründen des Umweltschutzes gewisse Produkte oder Verfahren als umweltverträglicher anderen vorzuziehen. [39]

Das Bundesgericht stützt das weite Ermessen der Behörden bei Konzessionen. [40] Im Zusammenhang mit der Konzessionserteilung betont das Bundesgericht die Freiheit der Bewilligungsbehörde, über jedes Gesuch unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen nach pflichtgemässem Ermessen zu entscheiden. [41] Ermessensmissbrauch liegt einzig dann vor, wenn die Behörde sich von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt. Bei der Erteilung der Sondernutzungskonzession unter dem StromVG kann es bei der Ermessenskontrolle nur darum gehen, dass sich die Behörde bei ihrem Entscheid vom Zweck der massgebenden Vorschriften leiten lässt und die allgemeinen Rechtsprinzipien beachtet. Der Gesetzgeber hat durch die Revision das Diskriminierungsverbot und die Transparenzpflicht als zentrale Kriterien hervorgehoben.

Ein Vergleich mit den Anforderungen in der EU an Dienstleistungskonzessionen zeigt, dass bereits aus den Grundverträgen der EU das Erfordernis eines transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens abgeleitet werden kann. [42]

Das Diskriminierungsverbot nach den Regeln der EU umfasst auch die Pflicht zur Transparenz, welche dem Bewerber die Kontrolle ermöglicht, ob das Diskriminierungsverbot tatsächlich beachtet wird. [43] Auch wenn das Transparenzgebot nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es gemäss Ansicht des EuGH die konzessionserteilende

Stelle, einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, damit nachgeprüft werden kann, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind. [44] Zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Transparenzgebots gehört gemäss EuGH daher zwangsläufig, dass die objektiven Kriterien, welche die Eingrenzung des Ermessens der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ermöglichen, ausreichend bekannt gegeben werden. [45]

Im Zusammenhang mit der Konzession unter dem StromVG wurde in der parlamentarischen Debatte ebenfalls darauf hingewiesen, dass das Erfordernis der Nichtdiskriminierung nur erreicht werden kann, wenn das Zuteilungsverfahren transparent erfolgt. [46] Transparenzpflicht und Diskriminierungsverbot hängen daher zusammen.

Im Rahmen der öffentlichen Beschaffung müssen alle Interessierten von der Vergabe Kenntnis haben. [47] Es ist fraglich, ob von den Kantonen und Gemeinden eine vorgängige Information der Öffentlichkeit (beispielsweise über die Publikation im Amtsblatt) verlangt werden kann, um alle potenziell interessierten Bieter zu erreichen und dadurch die Transparenz bereits bei der Verfahrenseröffnung zu verwirklichen. Eine solche Publikationspflicht würde faktisch einer Ausschreibung entsprechen. Das hat der Gesetzgeber gerade nicht gewollt. Es muss also genügen, wenn über die Erteilung einer Konzession nachträglich transparent informiert wird.

Bei einer Ausschreibung wird zudem gefordert, dass alle Zuschlagskriterien sowie ihre Gewichtung im Lichte des Transparenzprinzips zwingend vorgängig bekannt zu geben sind, wobei bei der freihändigen Vergabe darauf verzichtet werden kann. [48] Dies geht für die Konzessionsvergabe unter dem WRG und dem StromVG zu weit, weil es wieder einer Ausschreibung gleichkommen würde. Da der Gesetzgeber die Kantone und Gemeinden bei der Konzessionsvergabe von der Ausschreibungspflicht befreien wollte, kann unter dem Erfordernis der Transparenz i.S.v. Art. 60 Abs. 3bis und Art. 62 Abs. 2bis WRG sowie Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 StromVG keine vorgängige Veröffentlichung der gewichteten Zuschlagskriterien verlangt werden.

Daher erschöpft sich die Transparenzpflicht unter dem WRG und StromVG in der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens nach den allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipen. Dabei stellt sich jedoch weiter die Frage, zu welchem Zeitpunkt, und wie weit unter der Transparenzpflicht allfälligen Drittinteressenten Auskunft über ein laufendes Verfahren zu geben ist. Auch hier ist Zurückhaltung angezeigt und das Akteneinsichtsrecht von der formellen Parteistellung abhängig zu machen. Das Gesetz verlangt gerade keine Ausschreibung, die verschiedene Bieter zwingend zulässt.

Fazit

Seit der Revision des BGBM wurde über die Ausschreibungspflicht im Bereich der faktischen Monopole kontrovers diskutiert. Mit der Gesetzesnovelle vom Dezember 2011 zum WRG und zum StromVG sollte explizit festgeschrieben werden, dass keine Ausschreibungspflicht besteht. [49]

Zusammenfassend lässt sich damit folgendes Ergebnis festhalten:

- Mit der Gesetzesnovelle zum StromVG ist klargestellt, dass die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen für den Bau und Betrieb von Stromnetzen nicht ausgeschrieben werden muss. Hingegen ist es erforderlich, dass die Vergabe in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren erfolgt.
- Als Verfahren genügt einerseits ein Verwaltungsverfahren und (soweit eine Konzession im Gesetzgebungsverfahren erlassen wird) auch ein Gesetzgebungsverfahren.
- Die Erfordernisse der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit haben nach dem Willen des Gesetzgebers bloss deklaratorische Bedeutung und gehen nicht über die allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien hinaus. Sie erfordern namentlich keine vorgängige Publikation von Zuschlagskriterien und auch kein Bieterverfahren. Würde das verlangt, würde man faktisch eine Ausschreibung fordern. Dies hat der Gesetzgeber aber explizit abgelehnt.

Résumé

Clarification sur l'octroi de concessions pour les réseaux de distribution

Les nouvelles dispositions des lois sur l'approvisionnement en électricité et sur les forces hydrauliques

Depuis sa révision de 2006, la Loi sur le marché intérieur prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres. La Commission de la concurrence a rapporté dans une expertise qu'elle considérait que cette obligation d'appel d'offres concernait également l'octroi de concessions dans le cadre des lois sur les forces hydrauliques et sur l'approvisionnement en électricité. Ce point de vue a suscité une vive polémique.

Le 23 décembre 2011, le Parlement a révisé les lois sur les forces hydrauliques et l'approvisionnement en électricité et a explicitement établi que les concessions relatives à l'utilisation des forces hydrauliques et aux réseaux de distribution ne nécessitaient pas d'appel d'offres. Toutefois, les cantons et les communes doivent «garantir une procédure non discriminatoire et transparente». Ces exigences de transparence et de non-discrimination ne vont cependant pas au-delà des principes généraux d'un Etat de droit. Elles ne nécessitent notamment aucune publication préalable de critères d'adjudication et aucune procédure d'adjudication. Si on l'exigeait, on réclamerait un appel d'offres effectif. Et cela, le législateur l'a explicitement rejeté. Mn

Referenzen

[1] Ulrich Häfelin, Georg Müller, Felix Uhlmann: Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 2591; Bernhard Waldmann: Die Konzession – Eine Einführung, In: Isabelle Hähner, Bernhard Waldmann, (Hrsg.): Die Konzession, Zürich, Basel Genf 2011, S. 3 f.

[2] Häfelin, Müller, Uhlmann [FN 1], Rz. 2607; Pierre Tschannen, Ulrich Zimmerli, Markus Müller: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 45, N 23; Riccardo Jagmetti: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. VII, Energierecht, Basel, Genf, München 2005, Rz. 1525, 2407, 2411.

[3] Tschannen, Zimmerli, Müller [FN 2], § 45 N 23.

[4] Jörg Paul Müller, Markus Schefer: Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1081 f.; Jagmetti [FN 2], Rz. 2429.

[5] Hans Rudolf Trüeb, Daniel Zimmerli: Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, in: ZBl 112/2011, S. 113 ff., S. 129 m. w. Nw.; BGE 125 I 209 E. 10b, 222.

[6] Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005, S. 1611 ff., S. 1678; Jagmetti [FN 2], S. 3646.

[7] BGE 127 II 69; Stefan Rechsteiner, Michael Waldner: Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektroversorgung – Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, in: AJP 2007, S. 1288 ff., S. 1293 ff.; Jagmetti [FN 2], Rz. 4201; Rolf H. Weber, Brigitta Kratz: Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, § 6 N 27, § 7 N 42; Gieri Caviezel: Rechtsgutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes auf Wasserrechtskonzessionen zuhanden des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements des Kantons Graubünden vom 30. Juni 2010, S. 6.

[8] Jagmetti [FN 2], Rz. 1525; Trüeb, Zimmerli [FN 5], S. 131; Allen Fuchs, Mischa Morgenbesser: Besteht eine Ausschreibungspflicht für die Erteilung von Verteilnetzkonzessionen, In: AJP 2010, S.

1100; so auch Alexander Rey, Benjamin Wittwer: Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, In: AJP 2007, S. 590.

[9] BGE 125 I 209 E. 6b, 212 ff. und Bemerkungen dazu von Paul Richli, In: AJP 2000, S. 490 ff., S. 491; René Rhinow, Gerhard Schmid, Giovanni Biaggini, Felix Uhlmann: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 19 N 5 ff.

[10] Daniel Kunz: Die Konzessionserteilung, In: Häner, Waldmann [FN 1], S. 27 ff.

[11] Vgl. aber das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 9.3 f.; Peter Hettich, Simon Bühler: Konzession als überholte Rechtsfigur?, In: Häner, Waldmann [FN 1], S. 109f.; Müller, Schefer [FN 4], 1081 und FN 351; BGE 129 II 497, E 3,1, 507 ff.; René Rhinow, Gerhard Schmid, Giovanni Biaggini, Felix Uhlmann: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 5 N 54, 62; vgl. zur unterschiedlichen Behandlung von Sondernutzung und gesteigertem Gemeingebrauch Waldmann [FN 1], S. 24.

[12] Müller, Schefer [FN 4], S. 1063; Weber, Kratz [FN 7], § 4 N 68.

[13] Häfelin, Müller, Uhlmann [FN 1], Rz. 2425.

[14] Kritisch zur demokratischen Legitimation bei Konzessionen allgemein vgl. Thomas Poledna: Staatliche Bewilligung und Konzessionen, Bern 1994, Rz. 179 f.

[15] Rechsteiner, Waldner [FN 7], S. 1290, S. 1293.

[16] Bericht UREK-N, BBl 2011, S. 2906.

[17] Rechsteiner, Waldner [FN 7], S. 1293.

[18] Trüeb, Zimmerli [FN 5].

[19] Rechsteiner, Waldner [FN 7], S. 1295; Trüeb, Zimmerli [FN 5], S. 128; vgl. zum Inhalt der Konzession auch Raphael Krämer, Fadri Ramming: Die Konzession im Wasser- und Energierecht: Bericht aus dem Atelier von Fadri Ramming, In: Häner, Waldmann [FN 1], S. 132.

[20] Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005, S. 485 f.

[21] Weko: Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie.

[22] Weko: Medienmitteilung vom 16. April 2010.

[23] Rechsteiner, Waldner [FN 7], S. 1296 f.

[24] Rechsteiner, Waldner [FN 7], S. 1297; a.M. Rey, Wittwer [FN 8], S. 588 f.; Kunz [FN 10], S. 34 ff.

[25] Vgl. die parlamentarische Initiative UREK-N 10.480: Keine Unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze; Interpellation Lustenberger, 10.3510: Konzessionsverträge – Gutachten der WEKO; Motion Freitag, 10.3469: Öffentliches Bestimmungsrecht bei Wasserkraft- und Verteilnetzkonzessionen.

[26] Bericht UREK-N, BBl 2011, S. 2908.

[27] BBl 2012 57, 58; Erst nach diesem Datum sind auch die Kommissionprotokolle einsehbar.

[28] Votum Schmidt, AB 2011 N 820.

[29] Votum Nussbaumer, AB 2011 N 821.

[30] Vgl. zur umstrittenen Rechtsnatur von Sondernutzungskonzessionen Häfelin, Müller, Uhlmann [FN 1], Rz. 2425.

[31] Tschannen, Zimmerli, Müller [FN 2], § 30, N 1.

[32] Tschannen, Zimmerli, Müller [FN 2], § 30, N 27.

[33] Tschannen, Zimmerli, Müller [FN 2], § 30, N 12 ff.

[34] Tschannen, Zimmerli, Müller [FN 2], § 30, N 35 ff.

[35] Weko: Schlussbemerkungen betreffend Gutachten vom 22. Februar 2010 und 28. Juni 2010, RPW 2011/2, S. 358.

[36] Bericht UREK-N, BBl 2011, S. 2901 ff., S. 2910.

[37] Vgl. Poledna [FN 14], Rz. 165; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C-859/2010 vom 17. Januar 2010, E. 4.4.1.

[38] BGE 1300 I 26, E. 6.3.3.1, 53.

[39] BGE 125 II 129, E. 10b, 149 f.

[40] BGE 125 II 293, E. 5b, 312; Urteil des Bundesgerichts 2C-859/2010 vom 17. Januar 2012, E. 4.3.4; BGE 127 II 264, E. 2g; 270.

[41] BGE 102 Ia 122, E. 2d, 127.

[42] Bericht UREK-N, BBl 2011, 2901 ff., 2913; Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. September 2010 C-206/08, Rz. 44 m. w. Nw.

[43] Urteil des EuGH C-458/03, Rz. 49.

[44] Urteil des EuGH vom 3. Juni 2010 C-203/08, Rz. 41; Urteil des EuGH vom 7. Dezember 2000 C-324/98.

[45] Urteil des EuGH C-203/08 (FN 54), Rz. 51.

[46] Votum Nussbaumer, AB 2011 N 821.

[47] Kunz [FN 10], S. 32 f.

[48] Peter Galli, André Moser, Elisabeth Lang, Evelyne Clerc: Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2007, Rz. 613.

[49] Bericht UREK-N, BBl 2011, S. 2901 ff., S. 2908.

Angaben zu den Autoren

Dr. **Stefan Rechsteiner**, Rechtsanwalt, ist Partner bei Vischer AG.

Vischer AG, 8021 Zürich
srechsteiner@vischer.com

Delia Bosshard, M.A. HSG in Law and Economics, ist Mitarbeiterin bei Vischer AG.

info@vischer.com