



## School of Management and Law

**Der Investitionsschutz im Transport-Gewerbe am Rheinknie – KMU-Gefährdung durch staatsnahe Unternehmen**

**Ergänzungsgutachten der ZHAW zur Marktkonzentration im Bereich der Verladeterminals für den kombinierten Verkehr (KV)**

**Gutachten des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht**

Zuhanden der Wirtschaftskammer Baselland  
Christoph Buser, Direktor, Landrat  
Haus der Wirtschaft  
Altmarktstrasse 96  
4410 Liestal

### **Gutachter**

Prof. Dr. iur. Patrick L. Krauskopf, Rechtsanwalt, Leiter des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht der ZHAW

PD Dr. rer. pol. Christian Müller, Dozent für Volkswirtschaftslehre

### **Projektmitarbeitende**

Dr. iur. Fabio Babey, Dozent für Wirtschaftsrecht, ZHAW

Seraina Gut, BSc ZFH Wirtschaftsrecht, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, ZHAW

# Executive Summary (Deutsch)

**Hintergrund.** Das geplante Grossterminalprojekt Gateway Basel Nord (GBN) wird bei seiner Realisierung den (internationalen) Güterverkehr in die und aus der Schweiz prägen und die Terminlandschaft nachhaltig verändern. Das vorliegende Gutachten der ZHAW ergänzt die Studie der ZHAW vom 6. Juni 2017 zu den kartellrechtlichen und wettbewerbspolitischen Implikationen dieses Projekts. Untersucht wird die Rolle der Schweizerischen Rheinhäfen (SRH) als Hafенbetreiberin.

**Auftrag.** Die ZHAW ist beauftragt, die Rolle der SRH im Wirtschafts- und Wettbewerbsgefüge beim Containerumschlag und kombinierten Verkehr zu untersuchen, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu skizzieren und deren Nachachtung im Kontext von Projekt GBN zu würdigen.

**Vernehmlassung.** Die SRH, das Bundesamt für Verkehr (BAV) sowie Gateway Basel Nord AG wurden eingeladen, sich zu spezifischen Fragen der Gutachter zu äussern.

**1. Befund: Die SRH zwischen hoheitlichem Handeln und Wettbewerbsverhalten im freien Markt.** Die SRH sind ein Unternehmen der (inter-)kantonalen Verwaltung. Soweit die SRH öffentliche Aufgaben der Kantone übernehmen, sind sie an die Wirtschaftsfreiheit - insbesondere den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität - gebunden und haben die Vergabe kantonalen Monopole auszuschreiben. Soweit die SRH als Unternehmen im freien Wettbewerb tätig werden, unterstehen sie dem Kartellrecht, und dürfen namentlich eine allfällige Monopolstellung nicht missbrauchen.

**2. Befund: Monopolrecht der SRH schliesst die Pflicht zur Wettbewerbsneutralität nicht aus.** Mit dem von den Kantonen BS und BL übertragenen exklusiven Recht zur Bewirtschaftung des Hafengebiets gemäss Rheinhafenvertrag ist den SRH ein den Wettbewerb ausschliessendes Recht (Art. 3 KG) eingeräumt worden. Der Wettbewerb auf Anbieterseite (ausschliesslich die SRH kann Hafengebiete vergeben) wird somit bei der Vergabe von Baurechten im Hafengebiet ausgeschaltet. Darüber hinaus bleibt allerdings das Kartellgesetz für die SRH anwendbar, namentlich bei Kooperationen mit anderen Häfen oder im Verhalten gegenüber Hafен- und Drittfirmen.

**3. Befund: Vergabe eines staatlichen (kantonalen) Monopols.** Die angedachte exklusive Nutzung des Hafenbeckens III und dessen Begrenzungsmauern zum trimodalen Containerumschlag stellt nach Ansicht der Gutachter eine Vergabe eines staatlichen Monopols nach Art. 2 Abs. 7 BGBM dar. Diesfalls wäre nach vergaberechtlichen Grundsätzen auszuschreiben.

**4. Befund: Weitgehend freihändige Vorgehensweise bei Projekt GBN.** Beim Projekt GBN sind die SRH bisher weitgehend freihändig vorgegangen und haben sich an privaten Projekten beteiligt bzw. diese unterstützt und mitvermarktet. Die SRH weckt als Hafengebäuerin (Landlord), welche der Wettbewerbsneutralität verpflichtet ist, wettbewerbsspolitische Bedenken: Es ist zu befürchten, dass durch das Projekt GBN und infolge der exklusiven Zusammenarbeit mit den SRH die Marktmacht eines anderen staatsnahen Unternehmens (SBB Cargo) zu Lasten anderer Wettbewerber verstärkt wird.

**5. Befund: Erfordernis kartellrechtlicher Compliance.** Die SRH sind - in ihrer Eigenschaft als Landlord - Anbieterin von für Hafenfirinen zwingend notwendigen Produktionsstandorten sowie Nachfragerin diverser Leistungen. Einer kartellrechtlichen Due Diligence mit entsprechenden Compliance-Massnahmen sind folgende Verhaltensweisen der SRH zu unterziehen:

- Es ist nicht auszuschliessen, dass die SRH möglichen wettbewerbsverzerrenden Abreden einzelner Hafenfirinen im Zuge des Projekt GBN unterstützen, indem sie diesen eine vertrauliche Plattform zum Austausch marktsensibler Informationen bieten. Es wurden keine Compliance-Massnahmen diagnostiziert, um die SRH aus dem Verdacht zu befreien, sie duldeten oder beteiligten sich an solchen Abreden (Art. 5 KG).
- Als notwendiger Handelspartner diverser Hafenfirinen bestehen Anhaltspunkte, die SRH als marktbeherrschendes Unternehmen anzusehen. In diesem Bereich sind die SRH an strikte Verhaltenspflichten gebunden. Kooperieren die SRH mit anderen (staatsnahen) marktbeherrschenden Unternehmen, wie im Kontext von Projekt GBN mit dem SBB-Konzern, der den Wettbewerb im Bereich Containerumschlag weitgehend beseitigen könnte, so ist dies besonders problematisch. Es wurden diesbezüglich keine Compliance-Massnahmen diagnostiziert, um die SRH aus dem Verdacht eines möglichen Marktmachtmissbrauchs zu befreien (Art. 7 KG).

**1. Empfehlung.** Den SRH und weiteren am Projekt GBN beteiligten Unternehmen ist nahezu-legen, das Projekt einer fundierten wettbewerbsrechtlichen Analyse zu unterziehen und mit Massnahmen das Ziel der Wettbewerbsneutralität zu verbessern.

**2. Empfehlung.** Die WEKO wird eingeladen, mit Empfehlungen (Art. 45 Abs. 2 KG) auf eine möglichst dem Wettbewerbsgedanken verpflichtete Weiterentwicklung der Terminallandschaft einzuwirken.

# Executive Summary (français)

**Contexte.** Lors de sa réalisation, le projet de grand terminal Gateway Basel Nord SA (GBN) façonnera le trafic du fret (international) à destination et au départ de la Suisse, tout en modifiant durablement le paysage des terminaux. Le présent rapport ZHAW complète l'étude ZHAW du 6 juin 2017 sur les implications de ce projet en matière de politique antitrust et de politique de la concurrence. Le rôle des Ports rhénans suisses (PRS) sera étudié en tant qu'opérateur portuaire.

**Mandat.** La ZHAW est chargée d'étudier le rôle des PRS dans le tissu économique et concurrentiel du transbordement des conteneurs et du transport combiné, tout en esquisant les conditions du cadre juridique, dont le respect est à apprécier à sa juste valeur dans le cadre du projet GBN.

**Consultation.** Les PRS, l'Office fédéral des transports (OFT) ainsi que Gateway Basel Nord SA ont été invités à donner leur avis sur des questions spécifiques posées par les experts.

**1<sup>ère</sup> constatation : Les PRS entre actes de l'autorité publique et comportement concurrentiel sur le marché libre.** Les PRS sont une entreprise de l'administration (inter-) cantonale. Dans la mesure où les PRS assument des missions publiques des Cantons, ils sont liés par la liberté économique - en particulier par le principe de la neutralité de la concurrence - et sont tenus d'annoncer les appels d'offre des monopoles cantonaux. Dans la mesure où les PRS opèrent en tant qu'entreprise en libre concurrence, ils sont soumis à la législation antitrust et, en particulier, ne doivent pas abuser d'une éventuelle position de monopole.

**2<sup>e</sup> constatation : Le droit des monopoles ne soustrait pas les PRS au devoir de neutralité concurrentielle.** Avec le droit exclusif, accordé par les cantons de BV et BC d'exploiter la zone portuaire conformément au Contrat des ports rhénans, il a été conféré aux PRS un droit qui exclut la concurrence (art. 3 LCart). La concurrence du côté de l'offre (seuls les PRS peuvent attribuer des zones portuaires) est ainsi éliminée lors de l'octroi des droits de construction dans la zone portuaire. En outre, la loi antitrust reste toutefois applicable aux PRS, en particulier lors des coopérations avec d'autres ports ou dans leur conduite à l'égard des sociétés portuaires et tierces.

**3<sup>e</sup> constatation : Attribution à un monopole d'État (cantonal).** L'utilisation exclusive, telle qu'elle est envisagée, du bassin portuaire III et de ses murs de délimitation pour le transbordement de conteneurs trimodaux représente, aux yeux des experts, une attribution à un monopole d'État selon l'art. 2, al. 7, LMI. Dans ce cas, il faudrait lancer un appel d'offres conforme aux principes juridiques.

**4<sup>e</sup> constatation : Approche de gré à gré étendue lors du projet GBN.** Dans le projet GBN, les PRS ont jusqu'ici largement procédé de gré à gré, et ont participé à des projets privés, en les soutenant et en les commercialisant. En tant qu'opérateur portuaire (Landlord) engagé dans la neutralité concurrentielle, les PRS suscitent des préoccupations en matière de politique de la concurrence : Il est à craindre que, par le biais du projet GBN et du fait de la coopération exclusive avec les PRS, le pouvoir de marché d'une autre entreprise parapublique (CFF Cargo) se renforce au détriment d'autres concurrents.

**5<sup>e</sup> constatation : Nécessité de conformité antitrust.** Les PRS sont - en leur qualité de propriétaire (Landlord) - obligatoirement les fournisseurs des entreprises portuaires pour les sites de production essentiels ainsi que les acheteurs de différents services. Pour effectuer une procédure de vérification préalable à la législation antitrust (*Due diligence*), assortie de mesures de mise en conformité correspondantes (*Compliance*), il faut tester les pratiques suivantes des PRS :

- Dans le cadre du projet GBN, il n'est pas à exclure que les PRS soutiennent d'éventuelles ententes faussant la concurrence des compagnies portuaires individuelles, en leur fournissant une plateforme confidentielle pour l'échange d'informations sensibles sur le marché. Aucune mesure de mise en conformité n'a été diagnostiquée pour libérer les PRS du soupçon qu'ils pourraient tolérer ou prendre part à de telles ententes (art. 5 LCart).
- Des indices montrent que les PRS, en tant que partenaires commerciaux nécessaires de diverses sociétés portuaires, sont considérés comme une société dominante sur le marché. Dans ce domaine, les PRS sont liés par des obligations de conduite strictes. Si les PRS coopèrent avec d'autres acteurs dominants (parapublics), comme avec le groupe CFF dans le cadre du projet GBN, ce qui pourrait largement éliminer la concurrence dans le domaine du transbordement des conteneurs, alors cela est particulièrement problématique. Aucune mesure de mise en conformité n'a été diagnostiquée à cet égard pour libérer les PRS du soupçon d'un éventuel abus de position dominante sur le marché (art. 7 LCart).

**1<sup>ère</sup> recommandation** : Les PRS et d'autres entreprises impliquées dans le projet GBN sont incitées à soumettre le projet à une analyse concurrentielle substantielle et à améliorer par des mesures l'objectif de neutralité de la concurrence.

**2<sup>e</sup> recommandation** : La COMCO est invitée à orienter le développement du paysage des terminaux autant que possible sur la voie de la concurrence, par des recommandations (art. 45 al. 2 LCart).

# Executive Summary (English)

**Background.** The Implementation of the planned, large terminal project Gateway Basel Nord (GBN) will have an effect on (international) freight traffic into and out of Switzerland and will result in a lasting change of the terminal landscape. This ZHAW report supplements the ZHAW study of 6 June 2017 concerning the implications under anti-trust law and competition policy of this project. It considers the role of the Port of Switzerland [*Schweizerischen Rheinhäfen*, SRH] as a port operator.

**Mandate.** The ZHAW has been commissioned to investigate the role of the SRH within the economic and competition context of container transshipment and combined transport, to set out the legal framework conditions and to assess compliance with these conditions within the context of the GBN project.

**Consultation.** SRH, the Swiss Federal Office of Transport (FOT) and Gateway Basel Nord AG were invited to answer specific questions posed by the experts.

## **1. Findings: SRH as a sovereign operator and competitive conduct on the free market.**

SRH is an enterprise under (inter) cantonal administration. If SRH exercises public administrative tasks of the cantons, it is bound by the requirement of economic freedom - including, in particular, the principle of neutrality with regard to competition - and must put the cantonal monopoly out to tender. Insofar as SRH engages in market activity, it is subject to anti-trust law and, specifically, it must not abuse any monopoly position.

## **2. Findings: the monopoly right of SRH does not preclude the duty of neutrality with regard to competition.**

By virtue of the exclusive right to manage the port area, which was transferred by the cantons of Basel Stadt and Basel Landschaft under the terms of the Rhine Port Contract, SRH has been granted a right that excludes competition (Article 3 CartA). Competition on the supply side (only SRH may assign port areas) is thus precluded by the award of construction rights in the port area. Nevertheless, the Swiss Cartel Act continues to apply to SRH, specifically in relation to cooperation with other ports or in dealings with port companies and third companies.

**3. Findings: award of a state (cantonal) monopoly.** In the view of the experts, the envisaged exclusive use of port basin III and its boundary walls with the tri-modal container transshipment



area amounts to the granting of a state monopoly pursuant to Article 2(7) of the Swiss Internal Market Act. In such an eventuality, tendering processes should be conducted according to public procurement principles.

**4. Findings: actions relating to the GBN project largely without holding on anti-trust procedures.** To date SRH has in the main acted without any restrictions in relation to the GBN project and has participated in private projects, which it has also supported and jointly marketed. As the port operator (landlord), which is bound by a requirement of neutrality with regard to competition, SRH is a cause for concern from a competition policy standpoint: there is reason to fear that, as a result of the GBN project and following the exclusive cooperation with SRH, the market power of another state enterprise (SBB Cargo) will be enhanced to the detriment of other competitors.

**5. Findings: requirement of compliance with anti-trust law.** In its capacity as landlord, SRH is: a provider of production locations that are necessary for port companies; and a buyer of various services. The following actions by SRH must be subject to anti-trust law due diligence along with the corresponding compliance measures:

- It cannot be excluded that SRH may support the conclusion of potential agreements restricting competition by individual port companies within the GBN project by offering them a confidential platform for exchanging market sensitive information. (ii) No compliance measures have been identified to release SRH from the suspicion that it may be tolerating or participating in such agreements (Article 5 CartA).
- Being a mandatory commercial partner of various port companies there are grounds to consider SRH as an enterprise with a dominant position on the market. In this area SRH is bound by strict duties regarding its conduct. If SRH cooperates with other (quasi state) enterprises in a dominant position, such as with the SBB Group within the context of the GBN project, in such a manner that could largely exclude competition within the area of container transshipment, this will be particularly problematic. (iii) No compliance measures have been identified in this regard to release SRH from the suspicion of a potential abuse of market power (Article 7 CartA).

**1. Recommendation.** It is recommended to subject SRH and the other enterprises involved in the GBN project to a rigorous competition law analysis and to adopt measures aiming at ensuring the neutrality of their market activities with regard to effective competition

**2. Recommendation.** The COMCO is invited to exert influence through recommendations (Article 45(2) CartA) in order to ensure that the terminal landscape develops further in a manner that is fully consistent with competition law concerns.

# Inhaltsverzeichnis

<b>EXECUTIVE SUMMARY (DEUTSCH)</b>	<b>II</b>
<b>EXECUTIVE SUMMARY (FRANÇAIS)</b>	<b>V</b>
<b>EXECUTIVE SUMMARY (ENGLISH)</b>	<b>VIII</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS</b>	<b>XI</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>1</b>
<b>MATERIALIENVERZEICHNIS</b>	<b>3</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>	<b>4</b>
<b>I. AUFTRAG</b>	<b>6</b>
<b>II. MATERIALIEN</b>	<b>8</b>
<b>III. SACHVERHALT</b>	<b>9</b>
<b>A. Begriffe</b>	<b>9</b>
<b>B. Ausgangslage</b>	<b>11</b>
1. Hauptgutachten zu Projekt GBN	11
2. Ergänzungsgutachten zur Rolle der SRH	11
<b>C. Die Schweizerischen Rheinhäfen im Kontext von Projekt GBN</b>	<b>12</b>
1. Projektinhalt	12
2. Unklare rechtliche Gestaltung des Projekts GBN	13
3. Beteiligung des Bundes an den SRH	13
4. Rolle der SRH im Projekt GBN	14
4.1 Die SRH im Überblick	14
4.2 Die SRH als Behörde	16
4.3 Die SRH als Vergabestelle von Hafengebieten	17
4.4 Die SRH als Projektbeteiligte - Finanzierung des neuen Hafenbeckens	17

4.5	Die SRH als Moderatorin und Koordinatorin zwischen den Parteien	18
4.6	Fazit: Vorliegen einer Doppelrolle der SRH	18
<b>IV.</b>	<b>KONSEQUENZEN AUS DER DOPPELROLLE DER SRH</b>	<b>19</b>
<b>V.</b>	<b>KARTELLRECHTLICHE ERKENNTNISSE</b>	<b>20</b>
<b>A.</b>	<b>Landlord-Modell &amp; Wirtschaftliche Tätigkeit des Staates</b>	<b>20</b>
<b>B.</b>	<b>Kartellrechtliche Vorgaben für die SRH</b>	<b>21</b>
1.	SRH unterstehen WEKO-Zusammenschlusskontrolle	25
2.	SRH und das Verbot kartellrechtswidriger Wettbewerbsabreden	25
3.	Marktbeherrschung und Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG)	26
3.1	Marktbeherrschung	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>
3.2	Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG)	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>
<b>VI.</b>	<b>ERKENNTNISSE ZUM MONOPOLBEREICH</b>	<b>28</b>
<b>A.</b>	<b>Grundrechtsbindung</b>	<b>28</b>
<b>B.</b>	<b>Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 i.V.m. Art. 27 BV)</b>	<b>28</b>
<b>C.</b>	<b>Beschaffungs- bzw. Vergaberecht</b>	<b>29</b>
<b>D.</b>	<b>Binnenmarktgesetz</b>	<b>30</b>
<b>VII.</b>	<b>ANWENDUNG DER ERMITTELTEN GRUNDSÄTZE AUF PROJEKT GBN</b>	<b>32</b>
<b>A.</b>	<b>Wirtschaftliche Tätigkeit der Kantone BL und BS durch die SRH</b>	<b>32</b>
<b>B.</b>	<b>Wirtschaftliche Tätigkeit des Bundes bei Beteiligung SRH</b>	<b>34</b>
<b>C.</b>	<b>Kartellrecht</b>	<b>37</b>
1.	Zusammenschlussrechtliche Fragen	37
2.	Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)	38
2.1	Vorliegen einer Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>
2.2	Beteiligung der SRH an der Abrede	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>
2.3	Fazit zur Beteiligung der SRH an der Abrede gemäss Hauptgutachten	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>
3.	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	41
4.	Fazit zum Wettbewerbsrecht	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>

<b>D. Monopolbereich</b>	<b>45</b>
1. Wirtschaftsfreiheit	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>
2. Beschaffungs- bzw. Vergaberecht	46
3. Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)	48
4. Fazit zum Monopolbereich	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>



# Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC / REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zit.: BSK KG-Bearbeiter, Artikel, Randziffer).

BEYELER MARTIN, der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2012.

BHEND JULIA, Wann liegt eine öffentliche Beschaffung vor? In: Vergabenews 8/2013.

BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Auflage, Zürich 2011.

DAVID LUCAS / JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, UWG, KG, Grundsätze der Lauterkeitskommission und weitere wettbewerbsrechtliche Vorschriften, 5. Aufl., Bern 2012.

FIEDLER RALF / FLITSCH VERENA, Port Cooperation between European Seaports – Fundamentals, Challenges and Good Practices, Hamburg 2016.

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016.

HEINEMANN ANDREAS, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener / Stoffel / Amstutz (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht - Droit de la concurrence: Les destinataires de décisions dans le groupes de sociétés, Bern 2015, S. 49 – 65.

HEIZMANN RETO A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 KG, Diss. Zürich, Zürich 2005.

MARTENET VINCENT / BOVET CHRISTIAN / TERCIER PIERRE (Hrsg.) Commentaire Romand, Droit de la concurrence – Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, 2. Auflage, Basel 2013.

MELLWIG WIBKE, Infrastrukturfinanzierung in Häfen und europäisches Beihilferecht, Berlin /  
Münster 2011.

MOHLER MARKUS H.F., Auslagerung polizeilicher Aufgaben an eine Anstalt öffentlichen  
Rechts am Beispiel der Schweizerischen Rheinhäfen (SRH), Rechtliche und praktische  
Problemstellungen in: Sicherheit & Recht 1/2009 S. 13 ff.

OESCH MATTHIAS / WEBER ROLF H. / ZÄCH ROGER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar  
VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, OFK - Orell Füssli Kommen-  
tar (Navigator.ch), Zürich 2011, zit. OFK Wettbewerbsrecht II-Bearbeiter, Artikel, Num-  
mer.

OTTER JAN PHILIPP, Leitfaden EU-Beihilfenrecht, Grundlagen, Band 1 Februar 2016, Stuttgart  
2016.

REY ALEXANDER / WITTEWER BENJAMIN, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von  
Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA / JOST FELIX, Public Private Partnership – wenn Staat und Private  
kooperieren, in: BR / DC Sonderheft 2006, S. 27 ff.

SCHOTT MARKUS, Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftli-  
chen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Euro-  
päischen Union, Zürich/St. Gallen 2010.

VON BÜHREN ROLAND / MARBACH EUGEN / DUCREY PATRIK, Schweizerisches Immaterialgüter-  
und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008.

WEBER ROLF H. / VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht: Expertenwissen für die  
Praxis, Zürich 2013.

ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Zürich 2005.



# Materialienverzeichnis

Bericht der Wirtschafts- und Abgabekommission des Grossen Rates zum Gemeinsamen Bericht (02.1534.01) betreffend den Staatsvertrag zur Zusammenlegung der Rheinschiffahrtsgesellschaft Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft vom 13. Dezember 2006, (zit. Bericht WAK).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBI Bd. 1995, 469 ff.

Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes (BGBM) vom 24. November 2004, BBI Bd. 2004, S. 465 ff.

Botschaft zur Totalrevision des Gütertransportgesetzes (GüTG) vom 30. April 2014, BBI Bd. 2014, S. 3827 ff.

Gemeinsamer Bericht der Regierungsräte Base-Stadt und Basel-Landschaft betreffend Staatsvertrag Zusammenlegung Rheinschiffahrtsgesellschaft Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft (Rheinhafenvertrag) vom 13/20. Juni 2006.

Hafenkooperation in Norddeutschland im Lichte des EU-Kartellrechts, Ausarbeitung der Unterabteilung Europa / Fachbereich Europa des Deutschen Bundestags, Berlin 2016, (zit: Ausarbeitung Bundestag).

OECD Policy Roundtables: Competition in Ports and Port Services, 2011.

Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrates vom 8. Dezember 2017 in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015 (zit. Staat und Wettbewerb).

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
BAV	Bundesamt für Verkehr
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheide)
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar (Kommentarreihe)
BL	Kanton Basel-Landschaft
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
et. al.	et alii (und Andere)
f.	folgende (Seite, Note)
ff.	fortfolgende (Seiten, Noten)
GüTG	Bundesgesetz über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportgesetz) vom 25 September 2015, SR 742.41.
GüTV	Verordnung über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen, (Gütertransportverordnung) vom 25. Mai 2016, SR 742.411.

Hrsg.	Herausgeber
i.S.	Im Sinne
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251
Komm. (Comm.)	Kommentar (Commentaire)
lit.	Litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs, Zeitschrift (nicht im Literaturverzeichnis aufgeführt: RPW Jahr/Band, Seite – Titel)
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
Vgl.	vergleiche
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vom 17. Juni 1996, SR 251.4
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11
WEKO	Wettbewerbskommission
Ziff.	Ziffer
Zit.	Zitiert

# I. Auftrag

1. Das vorliegende Gutachten ergänzt die bisherige Untersuchung der ZHAW zum Infrastrukturvorhaben Gateway Basel Nord AG (GBN) im Raum Basel. Zu beurteilen ist die Rolle der Schweizerischen Rheinhäfen (SRH) im Wirtschafts- und Wettbewerbsgefüge beim Containerumschlag und kombinierten Verkehr. Es stellen sich namentlich folgende Fragen:

- Anwendung Kartellgesetz: Findet das Kartellgesetz (KG) auf die SRH Anwendung (Art. 2 KG)? Bestehen vorbehaltene Vorschriften, die den Wettbewerb auf den für die SRH relevanten Märkten nicht zulassen (Art. 3 KG)?
- Wettbewerbsabrede: Stellt das Zusammenwirken der SRH mit anderen Marktteilnehmern zur Erstellung und zum Betrieb des Terminals GBN eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede dar (Art. 5 KG)? Falls ja, kann dies gerechtfertigt werden?
- Marktbeherrschung: Handelt es sich bei den SRH um ein marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG)?
- Missbrauch: Gibt es Anzeichen für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Bezug auf das Projekt GBN (Art. 7 KG)?
- Regulatorischer und wettbewerbspolitischer Kontext: Welche wettbewerbsrelevanten regulatorischen Grundlagen und wirtschaftspolitische Grundsätze sind zu berücksichtigen?
- Welche Regeln gelten für die Tätigkeit der SRH im Rahmen von wettbewerbsausschließenden Regulierungen? Besteht eine Bindung an die Grundrechte? Was sind die Konsequenzen aus einer allfälligen Grundrechtsbindung in Bezug auf Projekt GBN?
- Empfehlungen: Welche Empfehlungen zur Behebung möglicher Wettbewerbsverzerrungen kommen in Betracht?

**2. Parameter** für diesen Auftrag:

- *Auftraggeberin:* Wirtschaftskammer Baselland, vertreten durch ihren Direktor, Christoph Buser, Haus der Wirtschaft, Altmarktstrasse 96, 4410 Liestal, Schweiz.
- *Beauftragte:* Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht (ZWH) der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, Gertrudstrasse 15, 8400 Winterthur, Schweiz.
- *Auftrag:* Das ZWH ist beauftragt, das Infrastrukturvorhaben GBN in Basel nach Massgabe des Kartellrechts und unter Berücksichtigung der Rolle der Schweizerischen Rheinhäfen zu beleuchten. Das ZWH soll alsdann kartellrechtliche Problemfelder identifizieren und das Verhalten der SRH betreffend Projekt GBN auch im regulatorischen sowie im wettbewerbpolitischen Kontext beleuchten. Das ZWH soll schliesslich Empfehlungen zur Festigung des Wettbewerbs formulieren.

## II. Materialien

3. **Eignerstrategie:** Die Eignerstrategie für die Schweizerischen Rheinhäfen der Regierungsräte Basel-Stadt und Basel-Landschaft vom 17. Januar 2017 stellt einerseits ein Führungsinstrument der Regierungsräte der Trägerkantone dar, andererseits ist sie auch als Mandat an den Verwaltungsrat der SRH zu verstehen.
4. **Fragebögen** erhalten das Bundesamt für Verkehr (BAV), die Schweizerischen Rheinhäfen sowie die GBN AG. Die beiden ersten Adressaten haben die Fragen beantwortet.
5. **Gemeinsame Absichtserklärung** des Bundes, der Kantone Basel-Stadt sowie Basel-Landschaft und der Schweizerischen Rheinhäfen vom 25. September 2017 zur Weiterentwicklung der schweizerischen Rheinhäfen.
6. **Gesamtpräsentation GBN:** Die «Gateway Basel Nord: Gesamtpräsentation-Hafenanlass vom 31.8.2015» (Folien) enthält konkrete Angaben über die geplante Umsetzung.
7. **Grossterminalstudie:** Beurteilung der Terminalprojekte Gateway Limmattal und Basel-Nord; Schlussbericht des Bundesamts für Verkehr vom 19. Juni 2012. Die Grossterminalstudie des Bundesamts für Verkehr stellt den Ausgangspunkt des vorliegenden Gutachtens dar. Sie erläutert den Status Quo und das Marktumfeld vor Realisierung des Projekts aus der Sicht des Bundes im Jahre 2012.
8. **Hauptgutachten:** «Kartellrechtliche und wettbewerbspolitische Implikationen des Grossterminalprojekts Gateway Basel Nord (GBN) - Marktkonzentration im Bereich der Verladeterminals für den kombinierten Verkehr (KV)», Gutachten des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht der ZHAW vom 6. Juni 2017.
9. **Präsentation BAV-Begleitgruppe:** Die Präsentation der BAV-Begleitgruppe vom 17. November 2015 enthält gegenüber der Grossterminalstudie aktualisierte Daten zu den relevanten Märkten und zum Projekt GBN.

## III. Sachverhalt

### A. Begriffe

10. **Bimodaler/Trimodaler Güterumschlag:** Transportmodi sind der Transport per a) Strasse, b) Schiene, c) Wasser. Kann ein Terminal zwischen zweier dieser Modi verladen (Verlad von Schiene auf Strasse oder Schiene), wird er als bimodal bezeichnet, kann er auch vom Schiff auf Schiene oder Strasse verladen, so ist er trimodal.
11. **Binnenverkehr:** Ziel- und Endpunkt des Transports liegen in der Schweiz.<sup>1</sup>
12. **Exportverkehr:** Güterverkehr mit Quelle innerhalb und Ziel ausserhalb der Schweiz.<sup>2</sup> Importverkehr bezeichnet umgekehrt, dass die Quelle ausserhalb und das Ziel innerhalb der Schweiz liegt.
13. **Kapazität:** Kenngrösse zur Beschreibung der maximal möglichen Umschlagsleistung einer Umschlagsanlage. Dies Kenngrösse wird zumeist in TEU je Jahr angegeben.<sup>3</sup>
14. **Kombinierter Verkehr (KV):** Gemäss Art. 2 der Verordnung über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportverordnung, GüTV) wird der KV definiert als Transport von Containern, begleiteten oder unbegleiteten Lastwagen, Anhängerzügen, Sattelmotorfahrzeugen, Anhängern, Sattelaufliegern und abnehmbaren Aufbauten (Wechselaufbauten) auf der Schiene, wobei der Umschlag zwischen Strassen- oder Rheintransport und Eisenbahn ohne Wechsel des Transportgefässes (Container, Sattelaufleger Wechselaufbau, Wechselbrücke oder Lastwagen) erfolgt und durch besondere Einrichtungen und Geräte erleichtert wird; Man unterscheidet zwischen «Begleitetem Kombiniertem Verkehr» (BKV) und «Unbegleitetem Kombiniertem Verkehr» (UKV). BKV ist die Beförderung eines vom Fahrer begleiteten Motorfahrzeugs mit einem anderen Verkehrsträger (z. B. Fähre oder Bahn), UKV eines von einem Fahrer nicht begleiteten Motorfahrzeugs mit einem anderen Verkehrsträger (z. B. Fähre oder Bahn) oder Beförderung von Containern und Wechselbehältern mit mehreren Verkehrsträgern.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Glossar des Bundesamts für Verkehr (BaV); <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>

<sup>2</sup> Glossar des Bundesamts für Verkehr (BaV); <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>

<sup>3</sup> Grossterminalstudie, S. 23.

<sup>4</sup> Vgl. Glossar des Bundesamts für Verkehr (BaV); <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>; ferner RPW 2011/1, S. 208, dort Rz. 8 und 9.

15. **KV-Umschlagsanlagen (Terminals):** Gemäss Art. 2 GütV die ortsfesten Einrichtungen und Umschlagsgeräte einschliesslich Fahrzeuge, die dem Umschlag von Transportgefässen von einem Verkehrsträger auf einen anderen dienen.
16. **Landlord-Modell:** Ein Modell der Hafenbewirtschaftung. Dabei fungiert die öffentlich-rechtliche Hafenverwaltung (Port Authority) als Eigentümerin der Hafенflächen und der Infrastruktur, während Hafendienste (speziell der Güterumschlag) an private Unternehmen abgegeben werden. Diese pachten die Infrastrukturen.<sup>5</sup>
17. **TEU:** «Twenty-Foot Equivalent Unit» ist die international verwendete Messgrösse für Containerkapazitäten. Effektiv verwendet werden meist Twenty Foot und Fourty Foot Container. Ein umgeschlagener Fourty Foot Container entspricht dann 2 TEU und kann so im gleichen Richtwert berücksichtigt werden.<sup>6</sup>
18. **Transitverkehr:** Die Schweiz durchquerender Verkehr mit Quelle und Ziel ausserhalb der Schweiz. Abzugrenzen vom Export-, Import- und Binnenverkehr mit Ziel und/oder Quelle in der Schweiz.<sup>7</sup>
19. **Umschlag:** Behandlung eines Behälters mit dem Kran innerhalb einer Umschlagsanlage (Terminal) vom Eingang mit einem Verkehrsmittel bis zum Abgang mit einem anderen Verkehrsmittel. Ein Umschlag kann mehrere Hübe erfordern (bei Umschlag über das Lager oder bei Containern, die unter anderen Containern gelagert werden).<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. ausführlich OTTER, S. 106 f.; MELLWIG, S. 18 ff.; <https://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/57358/>

<sup>6</sup> <http://www.logisticsglossary.com/de/term/twenty-foot-equivalent-unit/>.

<sup>7</sup> Glossar des Bundesamts für Verkehr (BaV); <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/glossar.html>.

<sup>8</sup> Grossterminalstudie, S. 23.



## **B. Ausgangslage**

### **1. Hauptgutachten zu Projekt GBN**

20. Am 6. Juni 2017 erstattete die ZHAW der Wirtschaftskammer Basel-Land ein Gutachten zu den kartellrechtlichen und wettbewerbspolitischen Implikationen des Grossterminalprojekts Gateway Basel Nord («Hauptgutachten»). Darin kamen die Gutachter zum Schluss, dass kartellrechtliche Bedenken in mehrerlei Hinsicht vorliegen:

- Beim Projekt GBN liege möglicherweise ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss vor (Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Art. 9 KG);
- Der gemeinsame Betrieb eines Grossterminals durch mehrere Wettbewerber bei einheitlichen Preisen und Konditionen könnte eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellen (Art. 5 KG);
- Es bestünden Anhaltspunkte für einen Marktmachtmissbrauch seitens der SBB Cargo, die durch das Projekt GBN ihre Konkurrenten behindern und ihre marktbeherrschende Stellung auf den Güterverkehrsmärkten auf der Schiene verstärken kann.

### **2. Ergänzungsgutachten zur Rolle der SRH**

21. Die SRH sind in verschiedener Weise in das Projekt GBN involviert und für dessen Zustandekommen mitverantwortlich. Eine kartellrechtliche oder ordnungspolitische Würdigung der einzelnen Tätigkeiten der SRH im Kontext von Projekt GBN wurde im Rahmen des Hauptgutachtens nicht vorgenommen.

22. Die Wirtschaftskammer Basel-Land gab im Nachgang zum Hauptgutachten ein Ergänzungsgutachten beim ZWH in Auftrag. Inhalt dieses Gutachtens ist namentlich, welche (wettbewerbs-)rechtlichen Rahmenbedingungen für die diversen Tätigkeiten der SRH im Kontext von Projekt GBN zu beachten sind.

23. Um Redundanzen möglichst zu minimieren, sei für Einzelheiten betreffend das Projekt GBN, das Marktumfeld, die generellen rechtlichen Rahmenbedingungen etc. umfassend auf das Hauptgutachten verwiesen. Zudem wird anlassbezogen und punktuell auf das Hauptgutachten verwiesen.

## C. Die Schweizerischen Rheinhäfen im Kontext von Projekt GBN

### 1. Projektinhalt

24. Das Projekt «Gateway Basel Nord» ist ein Güterumschlagprojekt, das in seiner finalen Ausbauphase den Containerumschlag im Raum Basel von Strasse-Schiene-Wasser (trimodal) sicherstellen soll. Zu diesem Zweck wurde die Gateway Basel Nord AG gegründet (GBN AG).<sup>9</sup>

25. Die GBN AG beabsichtigt zunächst eine bimodale KV-Umschlagsanlage (Strasse-Schiene) in Basel Nord auf dem ehemaligen Rangierbahnhof der SBB zu errichten. Anschliessend soll die Anlage mit dem Bau des neuen Hafenbeckens (Hafenbecken III) durch die SRH zur trimodalen KV-Umschlagsanlage (Strasse-Schiene-Wasser) ausgebaut werden.<sup>10</sup> Hierfür sind gemäss Projekt die SRH zuständig.<sup>11</sup> Die Inbetriebnahme des trimodalen Güterumschlagprojektes ist auf 2022 terminiert und die Projektkosten werden kalkulierte 230 Mio. CHF betragen.<sup>12</sup>

26. Der neue Grossterminal GBN wird bezüglich Kapazität die bisherigen Terminals bei weitem übersteigen und wird - neben den SRH - von der SBB Cargo, der Hupac-Gruppe, der Rhenus/Contargo-Gruppe sowie weiteren Partnern getragen (vgl. Hauptgutachten, S. 21 ff.). Aufgrund der Kapazität und der Einbindung mehrerer grosser Anbieter im Bereich Containerumschlag wird auf diesem Markt voraussichtlich eine neue marktbeherrschende Stellung entstehen (vgl. Hauptgutachten, S. 43 ff.).

27. Die Darstellung des Projekts<sup>13</sup> zeigt, dass Teile des zu erstellenden Hafenbeckens III innerhalb, andere Teile ausserhalb des Hafengebiets gemäss § 3 Rheinhafenvertrag und den hierfür massgeblichen Plänen<sup>14</sup> zu liegen kommen sollen.<sup>15</sup> Der Kanton BS wäre wohl zuständig für den Erwerb der Grundstücksfläche für das Hafenbecken III und hätte dieses dann den SRH im Baurecht zu überlassen (vgl. § 2 Abs. 2 und 3 Rheinhafenvertrag).

---

<sup>9</sup> HR Auszug Basel-Stadt: «Die Gesellschaft bezweckt die Planung einer Umschlagsanlage für den kombinierten Verkehr im Raum Basel Nord [...]».

<sup>10</sup> Eine grafische Darstellung des Projekts findet sich unter <http://www.gateway-baselnord.com/betrieb/>.

<sup>11</sup> SBB Cargo 1 | 2017 S. 12.

<sup>12</sup> Faktenblatt Gateway Basel Nord; <http://www.gateway-baselnord.com/wp-content/uploads/2016/03/faktenblatt-d.pdf>; [http://www.sbbcargo.com/de/medien/news.newsdetail.2016-5-2605\\_1\\_cargo.html](http://www.sbbcargo.com/de/medien/news.newsdetail.2016-5-2605_1_cargo.html).

<sup>13</sup> Vgl. SBB Cargo 1 | 2017, S. 12.

<sup>14</sup> <http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100214/000000214436.pdf>

<sup>15</sup> Die Definition des Hafengebiets kann grundsätzlich nur durch eine Änderung des Rheinhafenvertrags angepasst werden, vgl. Bericht WAK, S. 8.

## 2. Unklare rechtliche Gestaltung des Projekts GBN

28. Zum Zeitpunkt der Erarbeitung des vorliegenden Gutachtens haben die am Projekt beteiligten Akteure nicht abschliessend kommuniziert, in welcher Weise sie das Projekt rechtlich umsetzen wollen. Ohne eine explizite Regelung läge wohl eine einfache Gesellschaft aus SRH und GBN AG vor, da diese gemeinsamen das Projekt GBN realisieren wollen. Zudem müsste bei einer exklusiven Überlassung öffentlichen Grundes an Private eine Konzession erteilt werden.

## 3. Beteiligung des Bundes an den SRH<sup>16</sup>

29. Mit gemeinsamer Absichtserklärung vom 25. September 2017 sind die Kantone BS und BL sowie der Bund (vertreten durch das BAV) wie auch die SRH an die Öffentlichkeit getreten und haben ihre Absichten konkretisiert. Demnach verfolgen diese Akteure das Ziel, die Einbindung des Gütertransports auf dem Rhein in die nationalen und internationalen Warenströme zu stärken und die Schweizer Rheinhäfen als Logistikstandort und bedeutende Schnittstelle zwischen den Verkehrsträgern im Güterverkehr zur Steigerung der Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz weiterzuentwickeln.

30. Der Bund ist bestrebt, die Miteigentümerschaft an den Infrastrukturen der SRH zu erlangen (als Minderheitsbeteiligung). Der Bund will sich - im Ausmass der auf Basis von Art. 8 Abs. 6 GÜTG entrichteten bedingt rückzahlbaren Darlehen (Investitionsbeitrag) für den Bau des geplanten Hafenbeckens III - finanziell direkt beteiligen. Es wird eine geeignete gesellschaftsrechtliche Trennung angestrebt zwischen dem Bereich Hafeninfrastuktur (insbesondere Hafenbecken, Quais/Bermen, nicht öffentliche Strassen, Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen, betrieblich genutzte Hochbauten (u.a. Revierzentrale, Bootsgaragen) und Arbeitsschiffe) einerseits und Immobilienbewirtschaftung andererseits, welche unter dem Dach der SRH bleiben soll. Geprüft wird insbesondere die Gründung einer neuen Aktiengesellschaft im Eigentum der SRH und des Bundes, in welche die Hafeninfrastrukturen überführt werden. In diese Gesellschaft soll auch die Hafenbahn Schweiz AG eingegliedert werden.

31. Der Investitionsbeitrag des Bundes für den Bau des Hafenbeckens III soll in Eigenkapital der zukünftigen Gesellschaft für die Hafeninfrastuktur umgewandelt werden. Damit will sich der Bund im Umfang seines Investitionsbeitrags an der von den SRH gehaltenen Hafeninfrastuktur beteiligen. Diese Vorgehensweise wird im Lichte der anwendbaren rechtlichen Rahmenbedingungen zu würdigen sein (vgl. Teil VII).

---

<sup>16</sup> Vgl. zum Ganzen <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/49775.pdf>

## 4. Rolle der SRH im Projekt GBN

### 4.1 Die SRH im Überblick

32. Die **Schweizerischen Rheinhäfen / Port of Switzerland** sind eine Anstalt des öffentlichen Rechts mit Sitz in Birsfelden und basieren auf Artikel 3 und 127a der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft (SGS 100), § 3 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt; dem Rheinhafengesetz BL (SGS 421) sowie dem Staatsvertrag über die Zusammenlegung der Rheinschiffahrtsgesellschaft Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft vom 13. bzw. 20. Juni 2006 (Rheinhafenvertrag). Der Zweck der SRH ist die Förderung der Grossschiffahrt als ökologischem Verkehrsträger von nationaler Bedeutung und der verkehrsträgerübergreifende Betrieb von Hafenanlagen.

33. Die SRH stellen aufgrund der Eigentümerstellung der Kantone BS und BL eine «Beteiligung» im Sinne der Richtlinie zu den Beteiligungen des Kantons Basel-Landschaft dar.<sup>17</sup>

34. Entsprechend § 14 der Beteiligungsrichtlinie haben die Trägerkantone BS und BL am 17. Januar 2017 eine **Eignerstrategie** für die SRH erlassen.<sup>18</sup> Diese ist ein Führungsinstrument der Regierungsräte der Trägerkantone. Zudem gilt sie als Mandat und richtet sich an den Verwaltungsrat der SRH; dieser ist verpflichtet, seine Tätigkeit im Einklang mit der Eignerstrategie auszuüben.<sup>19</sup> Die Eignerstrategie beschreibt aus Sicht der Trägerkantone den normativen Rahmen für die Unternehmensstrategie. Sie legt die mittelfristigen, auf vier Jahre ausgerichteten Ziele der Regierungen der Trägerkantone für ihren Umgang mit der Beteiligung an den SRH fest und gilt unter dem Vorbehalt übergeordneter Bestimmungen.<sup>20</sup> Sie beinhaltet zudem als Stossrichtung und Ziele der Eigner Vorgaben betreffend:

- **Strategische Ziele.** *Die SRH sorgen in den Hafengebieten für optimale und effiziente verkehrsträgerübergreifende (trimodale) Umschlagsmöglichkeiten für die Transport- und Logistikbranche; zudem beeinflussen sie das Güterverkehrsaufkommen dahingehend, dass die strassenseitige Belastung rund um die Hafengebiete und auf den Hauptverkehrsachsen durch die Standortgemeinden minimiert werden können.*

<sup>17</sup> Vgl. § 7 Richtlinie zu den Beteiligungen (Public Corporate Governance) vom 2.12.2014 des Kantons Basel-Landschaft; Beteiligungsrichtlinie.

<sup>18</sup> Schweizerische Rheinhäfen – Orientierung über das Geschäftsjahr 2016 gemäss § 36 Abs. 2 Rheinhafen-Staatsvertrag, S. 2.

<sup>19</sup> Die Strategie gilt ab dem Geschäftsjahr 2017 für vier Jahre, vgl. Eignerstrategie S. 6.

<sup>20</sup> Eignerstrategie S. 1.

- **Wirtschaftliche Ziele und Vorgaben.** Die SRH erbringen wirtschaftliche Leistungen, indem sie auf ökonomische Grundsätze – namentlich die Konzentration auf das Kerngeschäft, Prozessoptimierung, Risikomanagement sowie Kooperationen und Allianzen – setzen und dadurch sowohl ihre Wettbewerbsfähigkeit stärken als auch den Werterhalt der kantonalen Beteiligungen sicherstellen.
- **Vorgaben zur Leistungserbringung und Aufgabenerfüllung.** Die SRH bewirtschaften die Hafengebiete, indem sie primär nach dem Landlord-Modell Baurechte an Transport- und Logistikunternehmen oder an die entsprechenden Sparten anderer Unternehmen vergeben.
- **Ausrichtung des Unternehmens.** Die SRH pflegen zu ihren öffentlichen und privatwirtschaftlichen Anspruchsgruppen Beziehungen, die auf Respekt, Vertrauen, transparenter Kommunikation und unternehmerischem Denken fussen.

35. Konkrete Regelungsinhalte betreffend öffentliches Wirtschaftsrecht, sei es für den Monopolbereich, sei es für den freiwirtschaftlichen Bereich, lassen sich darüber hinaus weder dem Rheinhafenvertrag (vgl. Art. 3 KG), der Beteiligungsrichtlinie noch der Eignerstrategie entnehmen. Entsprechend sind diese Fragen nach den übergeordneten Regeln des Bundesrechts zu beantworten.<sup>21</sup>

36. Die Aufsicht über die SRH obliegt den beiden Kantonsregierungen. Die Kompetenzen umfassen insbesondere die Genehmigung des Jahresberichts sowie Jahresrechnung, die Ernennung der Revisionsstelle, sowie die Genehmigung der Gründung von Tochtergesellschaften und Beteiligungen.<sup>22</sup>

37. Die Oberaufsicht über die SRH wird durch die Interparlamentarische Geschäftsprüfungskommission (IGPK Rheinhäfen; nachfolgend IGPK) der beiden Kantone wahrgenommen. Sie überprüft den Vollzug des Rheinhafenvertrags und erstattet beiden Kantonsparlamenten Bericht, prüft Geschäftsbericht und Jahresrechnung der SRH und nimmt den Revisionsbericht zur Kenntnis. Die IGPK lässt sich von den Leitungs- und Aufsichtsorganen informieren. Sie kann jederzeit Einsicht in die Akten nehmen und Auskünfte von Organen und Mitarbeitenden der Institution einholen. Sie kann die Regierungen ersuchen, den Parlamenten der Vertragskantone Änderungen des Staatsvertrags oder besondere oberoaufsichtsrechtliche Massnahmen zu beantragen. Ihr kann von jedem Parlament der Vereinbarungskantone im Rahmen der Oberaufsicht weitere Aufgaben und Befugnisse übertragen werden.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Da der Rheinhafenvertrag ein Konkordat ist, geht er entgegenstehendem kantonalen Recht vor.

<sup>22</sup> Vgl. im Einzelnen § 36 Rheinhafenvertrag.

<sup>23</sup> § 37 ff. Rheinhafenvertrag.

38. Die SRH weisen diverse Beteiligungen an anderen Unternehmen aus.<sup>24</sup>
- Rheinhafengesellschaft Weil am Rhein mbH (in der Zwischenzeit veräussert).<sup>25</sup>
  - Hafenbahn Schweiz AG
  - Einfache Ges. Löschwasserpumpwerk Auhafen in Muttenz
  - Joint-venture RheinPorts Basel-Mulhouse-Weil

#### 4.2 Die SRH als Behörde

39. Die SRH erheben nach Massgabe des Rheinhafenvertrags eine Abgabe auf dem Güterumschlag und auf dem Personenverkehr.

- Die Abgabe wird auf Gütern erhoben, die mit Schiffen zu- oder abgeführt werden. Sie wird ferner auf Gütern erhoben, die von der Landseite her in Lager-, Umschlags- oder Fabrikationsbetriebe ins Hafengebiet gelangen und von dort wieder abgeführt werden.<sup>26</sup>
- Abgabepflichtig sind Lager-, Umschlags- und Fabrikationsbetriebe und Schiffsbetreiber oder andere Unternehmungen, die in den Rheinhäfen Güter umschlagen oder Personen befördern.<sup>27</sup> Benutzt ein Unternehmen die Hafeninfrastruktur, ist aber keine Abgabe im Sinne von § 28 Rheinhafenvertrag geschuldet, so erheben die SRH eine Gebühr von diesen Unternehmen.<sup>28</sup>

40. Die SRH sind gleichzeitig Rheinschiffahrts- und Hafenpolizeibehörde, es kommen ihnen mithin polizeiliche und regulatorische Aufgaben zu.<sup>29</sup> Was diese polizeilichen und regulatorischen Aufgaben betrifft, wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.<sup>30</sup> Die Beantwortung möglicher Rechtsfragen aus diesem Themenbereich ist nicht Gegenstand des gutachterlichen Auftrages.

---

<sup>24</sup> Faktenblatt SRH 2017 des Kantons BL vom 12.5.2017.

<sup>25</sup> <http://www.portofbasel.ch/de/news-wissenswertes/meldungen/SRH-Beteiligung-RHG.php>

<sup>26</sup> § 28 Rheinhafenvertrag.

<sup>27</sup> § 29 Rheinhafenvertrag.

<sup>28</sup> § 33 Rheinhafenvertrag.

<sup>29</sup> § 8 ff. Rheinhafenvertrag.

<sup>30</sup> Insbesondere MOHLER, S. 13 ff.

### 4.3 Die SRH als Vergabestelle von Hafengebieten

41. Zur Erreichung der Zwecke gemäss Rheinhafenvertrag und Eignerstrategie zur Bewirtschaftung des Hafengebiets nach wirtschaftlichen Grundsätzen überlassen die Vertragskantone BS und BL den SRH die Hafengebiete (mit Ausnahme der Infrastruktur) zur Nutzung.<sup>31</sup>

42. Die SRH wiederum geben die Hafengebiete im Eigentum der Kantone BL und BS insbesondere im Baurecht, in Pacht oder in Miete an Dritte ab.<sup>32</sup> Die Vergabe von Nutzungsrechten geschieht grundsätzlich nach Massgabe des Rheinhafenvertrags. Dieser regelt nicht, nach welchen Grundsätzen die Hafengebiete zu vergeben sind.

43. § 5 Abs. 5 Rheinhafenvertrag sieht vor, dass die Regierungen der Trägerkantone durch übereinstimmende Beschlüsse Vorschriften oder Richtlinien über den Inhalt von Baurechts-, Pacht und Mietverträgen erlassen. § 5 Abs. 5 Rheinhafenvertrag scheint aber in der Lesart der Regierungen der Trägerkantone auch auf individuelle Entscheide betreffend konkrete Baurechtsverträge Anwendung zu finden.

44. In dieser Funktion werden die SRH auch zuständig sein für die Vergabe des Hafenbeckens III an die GBN AG bzw. die zukünftige Betreibergesellschaft des Terminals, soweit die hafenseitigen Teile des trimodalen Terminals nicht in anderer Weise dem Betrieb des Terminals zugeführt werden. Diese Frage scheint – soweit für die Gutachter ersichtlich – ungeklärt. Aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen ist davon auszugehen, dass das Hafenbecken III bzw. Teile davon dem Betreiber des Terminals zur Verfügung gestellt werden müssten.

### 4.4 Die SRH als Projektbeteiligte - Finanzierung des neuen Hafenbeckens

45. Von den Investitionskosten für Projekts GBN entfallen rund 100 Mio. CHF auf das Hafenbecken III und werden bis zu 50% durch den Bund subventioniert.<sup>33</sup> Grundlage hierfür ist das GÜTG (vgl. Art. 8 Abs. 6 GÜTG). Für das Hafenbecken III haben die SRH ein entsprechendes Fördergesuch beim BAV gestellt.<sup>34</sup> Das geplante Hafenbecken III liegt bisher nicht bzw. nur der Durchstich vom Hafenbecken II liegt auf dem Hafengebiet. Es ist von einem Erwerb durch den Kanton BS und einer Abtretung an die SRH zur Nutzung auszugehen (was wohl auch eine Anpassung des Rheinhafenvertrags bzw. dessen Annexe zu Folge haben dürfte).

---

<sup>31</sup> § 2 Abs. 2 Rheinhafenvertrag.

<sup>32</sup> § 5 Abs. 3 Rheinhafenvertrag.

<sup>33</sup> Präsentation der BAV-Begleitgruppe zur Entwicklung des Schienengüterverkehrs, 5. Sitzung vom 17. November 2015, S. 2.

<sup>34</sup> <http://blog.sbbcargo.com/21670/foerdergesuch-fuer-hafenbecken-3-eingereicht/>. Zuletzt besucht am 4.12.2017.

46. Die SRH sind somit an der Koordination und an der Finanzierung des Projekts GBN – betreffend Erweiterung der Hafenanlage – beteiligt.<sup>35</sup>

#### 4.5 Die SRH als Moderatorin und Koordinatorin zwischen den Parteien

47. Unter der Koordination der SRH werden die Zusammenarbeitspotenziale betreffend GBN mit allen interessierten Hafenfirmen und den Aktionären der GBN AG «offen und gezielt» ausgelotet.<sup>36</sup> Damit nehmen die SRH zwischen den Wettbewerbern des Containerumschlagsmarkts eine Moderatorenrolle ein. Es ist in diesem Kontext zu beurteilen, ob und wie die SRH den Informationsaustausch zwischen direkten Konkurrenten ermöglichen, vereinfachen oder durchführen und ob sie dies im Einklang mit den massgeblichen (kartellrechtlichen) Verhaltenspflichten tun.

#### 4.6 Fazit: Vorliegen einer Doppelrolle der SRH

48. Die SRH nehmen aus Sicht des öffentlichen Wirtschaftsrechts eine Doppelrolle ein. Sie sind zum einen ein nach unternehmerischen Grundsätzen geführtes Unternehmen<sup>37</sup>, zum anderen wird ihnen von den Vertragskantonen die Bewirtschaftung des Hafens als Aufgabe exklusiv übertragen; sie nehmen mithin öffentliche Aufgaben wahr.<sup>38</sup>

- Wesentliches Merkmal der SRH als Unternehmen ist es, sich frei im Markt bewegen, sich dabei auf die Wirtschaftsfreiheit zu stützen und unabhängig von Dritten die eigenen Interessen verfolgen zu können.
- Nehmen die SRH demgegenüber öffentliche Aufgaben wahr, sind sie an die Wirtschaftsfreiheit gebunden, können sich selbst aber nicht darauf berufen.

---

<sup>35</sup> <http://www.gateway-basel-nord.com/planung-realisation/>.

<sup>36</sup> Jahresbericht der SRH 2016, S. 14.

<sup>37</sup> § 1 Rheinhafenvertrag.

<sup>38</sup> Vgl. BGE 138 I 289 E. 2.7.



## IV. Konsequenzen aus der Doppelrolle der SRH

49. Das Ergänzungsgutachten untersucht die Doppelrolle der SRH (i) als ein nach unternehmerischen Grundsätzen geführter Marktteilnehmer und (ii) als Institution der (inter-)kantonalen Verwaltung. Es ist mithin eine zweigeteilte Prüfung vorzunehmen ist. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine freie wirtschaftliche Tätigkeit unterscheiden sich deutlich von denjenigen der hoheitlichen und der monopolistischen Tätigkeit.

50. Für den **Bereich der freien wirtschaftlichen Tätigkeit** ist vorab zu fragen, wie weit die SRH überhaupt «frei» wirtschaftlich tätig sein können. Es ist zu erörtern, um was für ein Monopol es sich bei den der SRH zugewiesenen Aufgaben handelt (rechtlich/faktisch) und wie sich dessen Umfang bestimmt. Ausserhalb dieser Monopolbereiche verbleibt Raum für freie wirtschaftliche Tätigkeit der SRH. Neben verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine privatwirtschaftliche Tätigkeit öffentlicher Unternehmen sind namentlich die Regeln des Kartellgesetzes zu beachten.

51. Für den **Monopolbereich** ist zu prüfen, ob die Tätigkeiten der SRH im Monopolbereich hoheitlicher Natur sind und daher allenfalls eine Bindung an die Grundrechte resultiert. Es ist ferner zu bestimmen, welche Grundrechte tangiert sein könnten und welche weiteren Bestimmungen im Monopolbereich massgeblich sind.

52. Schliesslich sind die Erkenntnisse auf das **Projekt GBN anzuwenden**.

- Projekt GBN liegt **räumlich** teilweise innerhalb, teilweise ausserhalb des Hafengebiets; der (trimodale) Containerumschlag soll wohl gerade an der Grenze des Hafengebiets erfolgen.
- Mit dem Projekt GBN ergeben sich auch **sachlich** Schnittmengen. Lässt sich im Zweifel nicht genau feststellen, ob eine Verhaltensweise der SRH dem Monopolbereich zuzurechnen ist, kann sich auch eine Berücksichtigung kartellrechtlicher Regulierungen aufdrängen. Ziel ist es, mögliche rechtliche Risiken aufzuzeigen und allenfalls Schlüsse zu ziehen, wie sich mögliche Risiken möglichst wettbewerbsfreundlich minimieren lassen würden.

## V. Kartellrechtliche Parameter für die SRH ausserhalb des Monopolbereichs

### A. *Landlord-Modell & Wirtschaftliche Tätigkeit des Staates*

53. Das **Landlord-Modell**<sup>39</sup>, mit welchem der Hafen Basel operiert,<sup>40</sup> ist für Häfen nicht untypisch und stellt das häufigste Modell in Nordwesteuropa dar.<sup>41</sup> Dabei fungiert die öffentlich-rechtliche Hafenverwaltung (Port Authority)<sup>42</sup> als Eigentümerin der Hafengebäude und der Infrastruktur, während Hafendienste (speziell der Güterumschlag) durch Pachtverträge/Konzessionen an private Unternehmen abgegeben werden.<sup>43</sup> Die Pacht- oder Baurechtszinsen bestimmen sich zumeist pro Quadratmeter und Jahr und sollten an den Investitionskosten in die Infrastruktur bemessen werden. Die privaten Unternehmen stellen und betreiben ihre eigene Suprastruktur einschliesslich der Gebäude. Sie installieren ebenfalls ihr eigenes Equipment entsprechend dem Betriebszweck.<sup>44</sup>

54. Während die **Hafenverwaltung** die strategische langfristige wirtschaftliche Ausrichtung des Hafens vorgibt (Entwicklungsplanung, etwa der Landnutzung; Verwaltung von grundlegender Verkehrsinfrastruktur), liegen Betrieb von Umschlagsterminals sowie das Eigentum am Umschlagequipment meistens in der Hand **privater Unternehmen**.<sup>45</sup> Diese treten unabhängig in den Kontakt mit dem Endkunden, d.h. den Nutzern des Hafens.<sup>46</sup>

55. Das Landlord-Modell gilt grundsätzlich für die Qualität der erbrachten Dienstleistungen als vorteilhaft, da die privaten Unternehmen annahmegemäss effizienter agieren würden als ein öffentlich-rechtlicher Monopolist. Darüber hinaus ergibt sich eine bessere Koordination des Gesamtangebots gegenüber seeseitigen Kunden. Durch den Druck unterschiedlicher privater Operateure besteht allerdings die Gefahr von Überkapazitäten im Landlord-Hafen.<sup>47</sup>

56. Im Landlord-Hafen bestehen namentlich folgende rechtliche Rahmenbedingungen:<sup>48</sup>

<sup>39</sup> Vgl. ausführlich MELLWIG, S. 18 ff; für eine grafische Veranschaulichung OTTER, S. 107.

<sup>40</sup> <http://www.port-of-switzerland.ch/en/hafen-wirtschaft/arealentwicklung.php>

<sup>41</sup> FIEDLER / FLITSCH, S. 7 sowie 12; <https://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/57358/>

<sup>42</sup> Vgl. zur Hafenbehörde FIEDLER / FLITSCH, S. 13.

<sup>43</sup> Vgl. OTTER, S. 106; FIEDLER / FLITSCH, S. 7 sowie S. 13.

<sup>44</sup> <https://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/57358/>

<sup>45</sup> <https://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/57358/>

<sup>46</sup> Vgl. OTTER, S. 106.

<sup>47</sup> <https://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/57358/>

<sup>48</sup> FIEDLER / FLITSCH, S. 29 ff.

- Subventions-/Beihilfenrecht: Es geht vor allem um die Preisbedingungen, unter welchen den Unternehmen von Seiten der öffentlichen Hand die Nutzung öffentlichen Raums überlassen wird.
- Kartellrecht: Es sind die hoheitlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten des Hafensbetreibers abzugrenzen, um den konkreten Anwendungsbereich der jeweiligen Kartellrechtsordnung zu bestimmen. Dies kann im Einzelfall schwierig sein.<sup>49</sup> Ist eine konkrete Tätigkeit des Hafensbetreibers der Kartellrechtsordnung unterworfen, so hat dieser sich in nach den entsprechenden Regeln zu richten.
- Vergaberecht: Im Hinblick auf die Nutzungsüberlassung von öffentlichem Grund von der öffentlichen Hand an den Hafensbetreiber wie auch die Nutzungsüberlassung vom Hafensbetreiber an im Hafen tätige Unternehmen ist die Anwendbarkeit und die Einhaltung der vergaberechtlichen Regeln zu prüfen.

57. Im Projekt GBN betätigen sich verschiedene staatliche oder staatsnahe Akteure:

- Der Bund durch seine beabsichtigte Beteiligung an den SRH und durch SBB Cargo;
- Die Kantone BS und BL durch ihre Kontrolle an den SRH;
- Die SRH selbst;
- Die GBN AG (zu 51% von der SBB Cargo beherrscht, vgl. Hauptgutachten S. 22 f.).

58. Je nach wirtschaftlicher Tätigkeit, welche die staatlichen oder staatsnahen Akteure damit erbringen, können sie den Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen auf denselben relevanten Märkten, aber auch auf vor- oder nachgelagerten und zusammenhängenden Märkten erheblich beeinträchtigen.

## ***B. Kartellrechtliche Vorgaben für die SRH***

59. Das Kartellgesetz erfasst Wettbewerbsabreden (Art. 5), den Missbrauch von Marktmacht (Art. 7) und Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9). Das Gesetz gilt für Sachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken (Art. 2 Abs. 2). Als Unternehmen gelten dabei sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1 bis).<sup>50</sup>

- Bei den SRH stellt sich aufgrund ihres rechtlichen Sonderstatus (öffentlich-rechtliche Anstalt gestützt auf den Rheinhafenvertrag, vgl. § 1 Rheinhafenvertrag) die Frage, ob sie

<sup>49</sup> Detailliert: Ausarbeitung Bundestag, S. 17 ff., wobei mit Bezug auf die Schweiz auch die Sonderregelung von Art. 3 Abs. 1 KG zu berücksichtigen ist.

<sup>50</sup> Vgl. zum Ganzen HEINEMANN, S. 3 ff.

ein Unternehmen im Sinne des KG sind und ob damit der persönliche Anwendungsbereich des KG eröffnet ist. § 1 Abs. 1 Rheinhafenvertrag hält explizit fest: *Die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft (nachfolgend Vertragskantone) gründen zum Zweck der Förderung der Grossschifffahrt als ökologischem Verkehrsträger von nationaler Bedeutung und des verkehrsträgerübergreifenden Betriebs von Hafenanlagen ein paritätisch und nach unternehmerischen Grundsätzen geführtes Unternehmen unter dem Namen «Schweizerische Rheinhäfen» («Ports Rhénans Suisses», «Swiss Rhine Ports»).*<sup>51</sup>

- Namentlich zeichnen die SRH für die Entwicklung, die Bewirtschaftung und die Vermarktung der Hafengebiete verantwortlich (§ 5 Abs. 1 Rheinhafenvertrag). Sie sorgen für Unterhalt, Instandsetzung, Ersatz und Erweiterung der öffentlichen Anlagen zu Wasser und zu Land (Hafenbecken, Umschlagszonen, Steiger- und Abfertigungsanlagen, Areale, Strassen, Konzessionierte Bahnanlagen und Hochbauten), soweit diese nicht im Eigentum der Gemeinden stehen (§ 5 Abs. 2 Rheinhafenvertrag). Diesem Zweck entsprechend werden die SRH als Nachfrager und Anbieter wirtschaftlicher Leistungen tätig und sind daher als ein Unternehmen i.S.v. Art. 2 KG zu qualifizieren.
- Ob anstelle der SRH die Kantone BS und BL als handelnde Unternehmen qualifiziert werden müssten, weil sie die SRH beherrschen können, ist vorliegend nicht entscheidend. Massgeblich für die Anwendung des Kartellgesetzes ist allein der kartellrechtliche Unternehmensbegriff. Zweck des Rheinhafenvertrags ist die Auslagerung der Häfen aus der kantonalen Verwaltung (vgl. auch § 4 Rheinhafenvertrag). Es liegt aufgrund der gewählten Organisationsstruktur auf der Hand, die SRH als das dem Kartellgesetz unterstellte Unternehmen zu betrachten.
- Der Sachverhalt spielt sich in der Schweiz ab. Das Kartellgesetz ist daher auf das Verhalten der SRH im Kontext von Projekt GBN anwendbar.

60. Ein Unternehmen untersteht dann nicht der Entscheidgewalt der Wettbewerbskommission, wenn es sich auf Vorschriften berufen kann, die auf dem fraglichen Markt den Wettbewerb nicht zulassen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn Vorschriften das Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG). Dabei muss es sich nicht zwingend um öffentlich-rechtliche Vorschriften handeln. Auch kantonale Vorschriften können ausreichend sein.<sup>52</sup> Massgebend ist, ob die entsprechenden Vor-

---

<sup>51</sup> Vgl. auch Gemeinsamer Bericht, S. 15, «am Markt tätige Unternehmung».  
<sup>52</sup> BGE 129 II 497 E. 3.3.4 m.w.H.

schriften den Wettbewerb auf den vom Sachverhalt betroffenen relevanten Märkten nicht zu lassen. Das Vorliegen einer vorbehaltenen Vorschrift wird in der Praxis durchaus sehr restriktiv angenommen.<sup>53</sup> Im **Hauptgutachten** wurde folgendes festgehalten:

- Den SRH wurden die Hafengebiete im Eigentum der Trägerkantone zur Nutzung überlassen (§ 2 Abs. 2 Rheinhafenvertrag). Zudem wurde ihnen die Infrastruktur wie Hafenbecken, Quais, nichtöffentliche Strassen, Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen, Hochbauten sowie sämtliche Anlagen der Konzessionierten Hafenbahnen [...], als selbständiges und dauerndes Baurecht unentgeltlich übertragen (§ 2 Abs. 3 Rheinhafenvertrag).
- Die SRH nutzen die ihnen überlassenen Hafengebiete im Auftrag und in Vertretung der Trägerkantone durch die Vergabe von Baurechten, den Abschluss von Miet- und Pachtverträgen oder als Verkehrs- und andere Nebenflächen (§ 5 Abs. 3 Rheinhafenvertrag). Zulässig ist die Nutzung zu industriellen und gewerblichen Zwecken, insbesondere für die gewerbliche Schifffahrt, den Güterumschlag sowie die Logistik. Gestattet sind ferner Wohnungen für Betriebsinhaber, Betriebsinhaberinnen, standortgebundenes Personal und deren Familien. Weitere Ausnahmen kann der Verwaltungsrat in Einzelfällen genehmigen, sofern dadurch die Hafenentwicklung nicht beeinträchtigt wird (§ 5 Abs. 4 Rheinhafenvertrag).
- Das **Fazit des Hauptgutachtens** war, dass den SRH besondere Rechte zur Bewirtschaftung des Hafengebiets überlassen worden seien. Im Umfang dieser Tätigkeiten sei von einem den Wettbewerb ausschliessenden Monopol auszugehen.<sup>54</sup>

61. Die Anwendung des Kartellgesetzes wird nur bei Vorliegen eines rechtlichen Monopols ausgeschlossen, nicht aber bei einem faktischen Monopol.<sup>55</sup>

- Aufgrund der untergeordneten Bedeutung der SRH bei der Erstellung des Hauptgutachtens erfolgte die Einschätzung, der Wettbewerb werde im Bereich des Monopols der SRH ausgeschlossen, aufgrund einer prima facie formellen Betrachtung: Mit § 2 und § 5 Rheinhafenvertrag lagen Rechtssätze vor, welche das Monopol der SRH definieren.
- Betrachtet man den historischen und wirtschaftlichen Hintergrund des Monopols, weist dieses aber starke Elemente eines «faktischen» Monopols auf.<sup>56</sup> Die Alleinstellung der

<sup>53</sup> Vgl. auch BORER, Art. 3 KG N 3 ff., insb. zur Kasuistik; WEBER / VOLZ S. 32.

<sup>54</sup> So auch OECD Policy Roundtables, Competition in Ports and Port Services 2011, S. 199 f.

<sup>55</sup> Vgl. BGE 129 II 497 E. 3.1, 5.4.7 ff. in Pra 2005 Nr. 39 S. 315; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1 Rz. 18 f.; SHK KG-CARCAGNI ET AL., Art. 3 Rz. 6; vgl. HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, S. 373, 610 f.; CR Concurrence-MARTENET/CARON, Art. 3 Abs. 1 Rz. 43.

<sup>56</sup> Vgl. zum Begriff HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, S. 611.

SRH mit ihren besonderen Rechten resultiert aus der exklusiven Übertragung der Nutzungsrechte des Gemeinwesens, also einer faktischen Begebenheit, was typisches und begriffsbildendes Merkmal des faktischen Monopols ist.<sup>57</sup>

- Terminologisch könnte auch ein **mittelbar rechtliches Monopol** aufgrund der verpflichtenden Benutzung der öffentlichen Anstalt SRH für gewisse wirtschaftliche Tätigkeiten im Hafengebiet vorliegen.<sup>58</sup>

62. An der Einschätzung des Hauptgutachtens ist grundsätzlich festzuhalten. Es liegt eine Rechtsvorschrift vor(?), die den SRH besondere Rechte einräumt.<sup>59</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet eine Überlassung zur exklusiven Benutzung öffentlichen Grundes nicht notwendigerweise ein faktisches Monopol; vielmehr kann durch Rechtssatz explizit ein exklusives Nutzungsrecht einem Unternehmen zugewiesen werden, mit dem Ziel, den Wettbewerb auszuschalten.<sup>60</sup> Allerdings: Eine Wettbewerbsbehörde könnte auch mit guten Gründen vorbringen, dass Elemente eines faktischen Monopols vorliegen. Deswegen werden die kartellrechtlichen Konsequenzen bei Annahme eines faktischen Monopols, das die Anwendung des Kartellrechts nicht ausschliesst, aufgezeigt.

63. Das Vorliegen einer vorbehaltenen Vorschrift i.S.v. Art. 3 KG wird unter sehr engen Voraussetzungen angenommen.<sup>61</sup> Die Reichweite des Ausschlusses des Wettbewerbsprinzips ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln. Es ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang ein Gesetzgeber den Wettbewerb ausschliessen wollte.<sup>62</sup>

- Um im Hafengebiet eine wirtschaftliche Tätigkeit, insbesondere im Bereich des Containerumschlags ausüben zu können, muss ein Unternehmen zwingend und exklusiv von den SRH eine entsprechende Nutzungsüberlassung einräumen lassen. Entsprechend wird der Wettbewerb für die Bewirtschaftung des Hafengebiets insoweit ausgeschlossen, als diese Grundstücke ausschliesslich von den SRH vergeben werden.
- Die Grenze des Monopols besteht in sachlicher Hinsicht dort, wo es um Tätigkeiten der SRH geht, die ihnen nicht exklusiv zugewiesen wurden, und in räumlicher Hinsicht dort, wo das Hafengebiet endet.<sup>63</sup> Die SRH haben insoweit im Rahmen des Projektes GBN

<sup>57</sup> Damit zeigt sich auch die Unschärfe dieses Begriffspaares.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, S. 287, 551 f.

<sup>59</sup> Vgl. Zum analogen Fall in der Praxis der EU Case 10/71 Ministère public luxembourgeois v Muller [1071] ECR 723.

<sup>60</sup> Vgl. BGE 129 II 497 E. 3.1, 5.4.7 ff. in Pra 2005 Nr. 39 S. 315.

<sup>61</sup> Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2.1 ff; VON BÜREN /MARBACH / DUCREY, S. 283 für den (engen) Anwendungsbereich von Art. 3 KG bei besonderen Rechten.

<sup>62</sup> BGE 141 II 66 E. 2.2.4.

<sup>63</sup> Umfang des Hafengebiets: <http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100214/000000214436.pdf>; vgl. ferner Gemeinsamer Bericht, S. 16.

das Kartellgesetz zu berücksichtigen. Die einzige Ausnahme besteht dort, wo sich die SRH klarerweise im engen Rahmen ihres rechtlichen Monopols bewegen.

- Die Rechtsgrundlagen schliessen soweit ersichtlich den Wettbewerb nur insoweit aus, als die SRH die erwähnten Tätigkeiten im definierten Gebiet exklusiv anbieten dürfen. Dass die SRH etwa Verhaltenspflichten aus Art. 7 KG verletzen oder Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG eingehen dürften, sieht der Rheinhafenvertrag nicht vor.

## 1. SRH unterstehen der WEKO-Zusammenschlusskontrolle (Art. 9 f. KG)

64. Die SRH unterstehen grundsätzlich der Zusammenschlusskontrolle durch die WEKO. Die Unterstellung dürfte weit reichen, da eine zusammenschlussrechtliche Konstellation, welche vom Monopol als vorbehaltene Vorschrift erfasst wird, unwahrscheinlich ist. Möglich wäre der Kontrollerwerb an einem Unternehmen, das ausschliesslich im Hafengebiet tätig ist. Alle anderen Konstellationen (namentlich auch der ursprüngliche Zusammenschluss der beiden Häfen der beiden Basel selbst)<sup>64</sup> wäre grundsätzlich von Art. 9 ff. KG erfasst.

65. Anzumerken ist, dass der Kanton Basel-Landschaft im Rahmen der Beteiligungsrichtlinie auf die SRH anwendbare Sonderregeln zum Erwerb von Beteiligungen erlassen hat: *Das Eingehen von Kooperationen und Beteiligungen durch die kantonalen Beteiligungen muss langfristig zur Sicherung der öffentlichen Aufgabe notwendig sein oder zur Steigerung des Unternehmenswertes beitragen und mit der Eigentümerstrategie vereinbar sein. Dem Führungsaufwand und dem Risikoaspekt ist genügend Rechnung zu tragen. Die kantonalen Beteiligungen stimmen sich im Vorgehen mit den Eigentümern ab.*<sup>65</sup>

66. Diese kantonale Regelung zielt zwar in erster Linie auf den Erwerb von Anteilen ab. Die SRH weist aber auch Beteiligungen an einer einfachen Gesellschaft aus.<sup>66</sup> Entsprechend ist durchaus zu rechtfertigen, die kantonale Norm zur Anwendung zu bringen, soweit es um die Beteiligung der SRH am Projekt GBN geht (die SRH haben zwar keine Anteile an der GBN AG erworben, ihr Mitwirken am Projekt macht sie aber zu einer einfachen Gesellschafterin). In diesem Sinne sind diese kantonalen Vorschriften, wie sich die SRH zu verhalten haben, zusätzlich zum Kartellrecht auf das Projekt GBN anzuwenden.<sup>67</sup>

## 2. SRH und das Verbot kartellrechtswidriger Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)

<sup>64</sup> Vgl. OECD Policy Roundtables, Competition in Ports and Port Services 2011, S. 200.

<sup>65</sup> § 30 Richtlinie zu den Beteiligungen (Public Corporate Governance) Basel-Landschaft.

<sup>66</sup> Faktenblatt SRH 2016 vom 25.5.2016.

<sup>67</sup> Vgl. § 2 der Beteiligungsrichtlinie zu Geltungsbereich und Einhaltung der Richtlinie.

67. Ausserhalb des eng umgrenzten Monopols gilt auch für die SRH, dass eine Beteiligung an Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 KG beeinträchtigen, nicht zulässig ist. In Betracht kommen folgende Konstellationen:

- Eine horizontale Wettbewerbsabrede liegt vor, wenn die SRH mit anderen Hafenbetreibern oder anderen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe wie die SRH Abreden treffen, bei denen wichtige Wettbewerbsparameter i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG (Preise, Mengen, Gebiete, Kunden) tangiert sind.
- Eine vertikale Wettbewerbsabrede liegt vor, wenn die SRH mit Handelspartnern wie Hafens- /Bahn- oder Rheinoperatoren, Terminalbetreibern, oder anderen Hafenfirmer sowie mit allfälligen Zulieferern der SRH Abreden schliessen, die in der Wertschöpfungskette den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG beeinträchtigen.

68. Komplex ist die kartellrechtliche Beurteilung in jedem Fall: Abreden mit Hafenfirmer können den Monopolbereich, aber auch die unternehmerische Tätigkeit der SRH ausserhalb des Monopolbereichs betreffen. Dies ist etwa der Fall, wenn die Hafenfirma auch ausserhalb des Hafengebiets tätig ist und die Abrede auch für diese Tätigkeit relevant ist. Eine Wettbewerbsabrede im Monopolbereich könnte jedoch die Wirtschaftsfreiheit der dadurch geschädigten oder benachteiligten Unternehmen verletzen und deswegen auch ohne Geltung des KG unzulässig sein.

69. Wettbewerbsabreden können nach Art. 5 Abs. 2 KG unter gewissen (engen) Voraussetzungen gerechtfertigt werden (vgl. hierzu das Hauptgutachten, S. 48). Gewisse Abreden der SRH, die grundsätzlich vom Kartellgesetz erfasst sind, können daher auch zulässig sein.<sup>68</sup> Die Beweislast dafür, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, tragen die SRH.

### **3. Die SRH und das Verbot des Marktmachtmissbrauchs (Art. 7 KG)**

70. Es liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die SRH aufgrund ihrer Rechtsstellung als marktbeherrschendes Unternehmen gelten könnten (Art. 4 Abs. 2 KG). Dies ergibt sich daraus, dass den SRH die Nutzungsrechte am Hafengebiet exklusiv übertragen worden sind. Handelspartner müssen sich zwingend an die SRH wenden, wenn sie im Hafengebiet tätig sein wollen. Zahlreiche im Hafengebiet erbrachte Tätigkeiten lassen sich nicht ausserhalb dieses Gebiets erbringen.

71. Marktbeherrschende Unternehmen wie die SRH verhalten sich unzulässig, wenn sie andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Art. 7 Abs.

---

<sup>68</sup> Vgl. prima vista die Arbeitsgemeinschaften Rhine Ports und Upper Rhine Ports, Geschäftsbericht SRH 2016, S. 19.



1 KG).<sup>69</sup> Geschützt werden nicht nur Konkurrenten der SRH, sondern auch deren Handelspartner (Marktgegenseite).<sup>70</sup> Das Kartellgesetz schützt dabei nicht nur den Wettbewerb auf Güterumschlagsmärkten, sondern auch den Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten, die vom Projekt unmittelbar betroffen sind. Als unzulässige Verhaltensweisen kommen etwa in Betracht (Art. 7 Abs. 2 KG):

- die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gegenüber Handelspartnern (etwa eine Liefer- oder Bezugssperre);
- die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen gegenüber Handelspartnern;
- die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Handelspartner zusätzliche Leistungen von der SRH annehmen.

72. Soweit sich die SRH nicht auf staatliche Vorschriften (Art. 3 KG) berufen können, unterstehen sie der Verhaltensaufsicht durch die Wettbewerbskommission (Art. 7 KG). Unzulässige Verhaltensweisen von ehemaligen Monopolbetrieben, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben, gelten als besonders schädlich.<sup>71</sup> In jedem Fall ist etwa diskriminierendes Verhalten der SRH gegenüber Hafenfirmen sowohl nach Massgabe von Art. 7 KG als auch infolge der Bindung der SRH ans Grundrecht weitgehend unzulässig.

---

<sup>69</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72 E. 10.1.1.

<sup>70</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72 E. 10.1.1.

<sup>71</sup> Vgl. im Einzelnen ZÄCH, S. 332, Rz. 684.

## VI. Wettbewerbsprinzipien im SRH - Monopolbereich

### A. Grundrechtsbindung der SRH

73. Unternehmen, die wie die SRH eine öffentliche Aufgabe ausführen, sind an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Diese Unternehmen müssen ihre Handelspartner, die untereinander in direkter Konkurrenz stehen, gleichbehandeln (Gleichbehandlung direkter Konkurrenten; Art. 27 sowie Art. 94 Abs. 1 und 4 BV).<sup>72</sup> Im Einzelnen:

- Öffentliche Aufgabe ist grundsätzlich, was sich der Staat (vorliegend die beiden Kantone BS und BL) gesetzlich als Aufgabe gibt.<sup>73</sup>
- Aus dem Rheinhafenvertrag und auch aus dessen historischen Kontext ergibt sich, dass es sich bei der Bewirtschaftung des Hafengebiets um eine staatliche Aufgabe handelt. Durch den Rheinhafenvertrag wurde diese Aufgabe von den beteiligten Kantonen an die neu geschaffene SRH ausgelagert, aber nicht etwa privatisiert.<sup>74</sup> Auch existiert eine spezifische kantonale (Ober-)aufsichtsbehörde.<sup>75</sup>
- Daraus ergibt sich, dass die SRH im Monopolbereich an die Grundrechte gebunden sind und sich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können.<sup>76</sup>

74. Es ist daran zu erinnern, dass die SRH bezüglich ihrer im freien Wettbewerb erbrachten Tätigkeiten nicht an die Grundrechte, sondern namentlich an kartellrechtliche Vorgaben gebunden ist (siehe vorangehend Ziff. V).

### B. SRH tangiert Wirtschaftsfreiheit Dritter (Art. 94 BV)

75. Bund und Kantone dürfen grundsätzlich nur Vorschriften erlassen, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Einklang stehen. Sie bedürfen einer Grundlage in der Bundesverfassung oder müssen durch kantonale Regalrechte begründet sein.<sup>77</sup> Das **Monopol**<sup>78</sup> der

<sup>72</sup> BGE 138 I 289 E. 2.3.

<sup>73</sup> BGer 2C\_198/2012 E. 5.2.2 m.w.H.

<sup>74</sup> Vgl. Gemeinsamer Bericht, S. 7 ff.

<sup>75</sup> Gemeinsamer Bericht, S. 26.

<sup>76</sup> Vgl. BGE 138 I 289 E. 2.8.

<sup>77</sup> Vgl. SGK BV-VALLENDER, Art. 94 N 5.

<sup>78</sup> Vgl. SGK BV-VALLENDER, Art. 94 N 6 was der Grundsatz umfasst und was alles Abweichungen vom Grundsatz sind.

SRH gründet auf kantonalen Regalrechten und ist aufgrund von Art. 94 Abs. 4 BV grundsätzlich zulässig.

- Das SRH-Monopol tangiert die Wirtschaftsfreiheit einer jeden an der Tätigkeit im Hafengebiet interessierten Hafenfirma.
- Im Bereich eines dem Wettbewerb weitgehend entzogenen Wirtschaftssystems hat der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sicherzustellen, dass eine allfällige Zugangsregelung nur nach sachlich haltbaren, den Grundsätzen des Wettbewerbs unter Konkurrenten sachgerecht Rechnung tragenden Kriterien erfolgt.<sup>79</sup>

76. Einen wichtigen Berührungspunkt mit der Wirtschaftsfreiheit ergibt sich dort, wo die SRH öffentlichen Grund oder Infrastruktur an Dritte zur Benutzung abgibt. In aller Regel werden sich mehrere interessierte Hafenfirma für eine beschränkte Anzahl für sie geeignete Parzellen im Hafengebiet interessieren. Die SRH werden nicht in der Lage sein, allen interessierten Hafenfirma Möglichkeiten zur Benutzung des öffentlichen Grunds anbieten zu können.<sup>80</sup> Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Bindung der SRH an die Wirtschaftsfreiheit und die knappen Güter, welche die SRH zu vergeben haben.

- Aus Art. 27 BV kann sich ein bedingter Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grundes für gewerblichen Zwecke ergeben. Wo es um die Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund geht, ist es im Interesse der Rechtssicherheit und einer möglichst rechtsgleichen Behandlung der Bewerber angezeigt, dass die Kriterien für die Bewilligung einer gesteigerten Inanspruchnahme öffentlichen Grundes - wenn nicht formell-gesetzlich - so doch wenigstens rechtssatzmässig normiert sind.<sup>81</sup> An einer solchen Normierung scheint es – jedenfalls auf angemessener Normstufe – vorliegend zu mangeln.
- Die SRH sind gehalten, ein möglichst wettbewerbsneutrales Setting zu schaffen für die Bewirtschaftung der Hafengebiete bzw. für die Tätigkeit der Hafenfirma in diesem Raum. Daraus ergibt sich, dass auch aus volkswirtschaftlichen Gründen die Kriterien für die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes normiert sein sollten.
- Soweit die SRH dabei eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, dürfen sie aufgrund der Bindung an die Wirtschaftsfreiheit nicht einzelne Handelspartner bevorzugen.

### **C. Beschaffungsrechtliche Parameter für die SRH**

---

<sup>79</sup> BGE 130 I 26 E. 4.5.

<sup>80</sup> Vgl. zur Ausgangslage auch BGE 128 I 36, E. 4.1; BGE 121 I 279 E. 4a S. 285.

<sup>81</sup> BGE 119 Ia 445 E. 2.

77. Die SRH führt beim Projekt GBN mit Privaten<sup>82</sup> wie SBB, Rhenus Contargo sowie Hupac ein gemeinsames Projekt durch. Dafür stellen die SRH insbesondere öffentlichen Grund (Hafenbecken III bzw. Durchstoss von Hafenbecken II) zur Verfügung. Die SRH sind in diesem Zusammenhang an das Beschaffungs- bzw. Vergaberecht gebunden.

- Eine Beschaffung liegt vor, wenn der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung beschafft, um damit seine – sprich öffentliche – Aufgaben wahrzunehmen (BGE 125 I 209 E. 6b).
- Erfasst werden alle Rechtsgeschäfte, bei denen der öffentliche Auftraggeber eine Leistung und der Leistungserbringer dafür eine Gegenleistung erhält.<sup>83</sup> Ebenfalls erfasst sind «Public Private Partnership» - Projekte.

78. Die SRH sind dann dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt ist, wenn sie als Nachfrager auftreten und die Leistung eines Dritten veranlassen, um eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen.<sup>84</sup>

#### ***D. Binnenmarktrechtliche Parameter für die SRH***

79. Art. 2 Abs. 7 BGBM 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. Mit der Ausschreibungspflicht soll der Wettbewerb gestärkt und die Entstehung eines eigentlichen Binnenmarktes für derartige konzessionierte Tätigkeiten ermöglicht werden.<sup>85</sup>

80. Fraglich ist, ob diese Vorschrift auf die Übertragung faktischer Monopole (worunter auch die Einräumung einer Sondernutzungskonzession zur Nutzung von öffentlichem Grund fällt) angewendet werden kann.<sup>86</sup>

- Die herrschende Lehre plädiert für eine Unterstellung der Sondernutzungskonzession unter Art. 2 Abs. 7 BGBM.<sup>87</sup>
- Der Gesetzgeber hat in einer Gesetzesänderung, die am 1. Juli 2012 in Kraft getreten ist, klargestellt, dass Konzessionen, die gestützt auf das Wasserrechtsgesetz oder das Stromversorgungsgesetz erteilt werden, ohne eine Ausschreibung verliehen werden

<sup>82</sup> Vgl. zum Begriff der Privaten REY/WITTWER S. 587.

<sup>83</sup> SCHNEIDER HEUSI/JOST, S.30 dort FN 42, umfangreiche, komplexe, langandauernde Leistungen.

<sup>84</sup> BGE 2C\_198/2012 Urteil vom 16. Oktober 2012 E. 5.

<sup>85</sup> Botschaft BGBM, S. 483.

<sup>86</sup> OFK Wettbewerbsrecht II-OESCH/ZWALD, Art. 2 BGBM, N 6, mit Übersicht zu den Lehrmeinungen.

<sup>87</sup> Vgl. RPW 2013/4, S. 680.

können.<sup>88</sup> Damit hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die entsprechenden Konzessionen dem Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM entzogen werden sollen. Mit guten Gründen («e contrario») kann abgeleitet, dass der Bundesgesetzgeber in übrigen Fällen, etwa bei Sondernutzungskonzessionen, von der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgeht.

- Die Wettbewerbskommission wie auch diverse kantonale Verwaltungsgerichte fordern zunehmend die Ausschreibung von Übertragung kantonaler Monopole auf Private.<sup>89</sup>
- Auch die OECD sieht eine Ausschreibung nach dem BGBM als mögliche Lösung für die Monopolthematik in den Basler Rheinhäfen an.<sup>90</sup>
- Die Europäische Kommission achtet im Rahmen ihrer Praxis zum Beihilfenrecht darauf, dass bei der Auswahl von Betreibern im Landlord-Hafen ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren angewendet wird, also regelmässig eine öffentliche Ausschreibung.<sup>91</sup>

81. Eine Berücksichtigung des BGBM bei der Überlassung der Monopole aufgrund exklusiver Nutzung öffentlichen Grundes durch die SRH drängt sich nach Auffassung der Gutachter auf. Auf welcher Weise und in welchem Verfahren dies zu geschehen hat, schreibt Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht vor. Zweckmässigerweise ist das kantonale Vergaberecht analog anzuwenden.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> BGE 142 I 99 E. 2.2.

<sup>89</sup> Entscheid OGer ZH in RPW 2013/4 S. 860 ff.; Verwaltungsgericht Glarus, RPW 2013/4 S. 864 ff.; RPW 2011/2 Gutachten der WEKO S. 335 ff.

<sup>90</sup> OECD Policy Roundtables, Competition in Ports and Port Services 2011, S. 200.

<sup>91</sup> OTTER, S. 108.

<sup>92</sup> Vgl. Beyeler, Rz. 795 m.w.H.

## VII. Rechtliche Erkenntnisse für das Projekt GBN

### A. Enges rechtliches Korsett für SRH-Beteiligung am Projekt GBN

82. Mit der Gründung der SRH zur Bewirtschaftung des Hafengebiets im Landlord-Modell (vgl. oben, Teil V) nimmt der Staat (die Kantone BS und BL) eine unternehmerische Tätigkeit auf. Diese unternehmerische Tätigkeit des Staates ist mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV) vereinbar, sofern i) eine formell-gesetzliche Grundlage besteht (a), ii) die Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt (b) und iii) verhältnismässig ist (c) und iv) der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gewahrt bleibt (d).<sup>93</sup>

a) Konkordate (Staatsverträge zwischen Kantonen), die ohne Mitwirkung des Gesetzgebers geschlossen worden sind, sind keine formell-gesetzliche Grundlage und vermögen daher schwere Grundrechtseingriffe nicht zu rechtfertigen.<sup>94</sup>

- Konkordate müssen daher, wenn sie Grundlage für eine unternehmerische Tätigkeit des Staates sein sollen, von den kantonalen Parlamenten bzw. von der Regierung gestützt auf eine ausreichende Delegationsnorm beschlossen worden sein.<sup>95</sup> Der Rheinhafenvertrag wurde in Volksabstimmungen der Vertragskantone angenommen.<sup>96</sup> Er ist in formeller Hinsicht hinreichende Grundlage für eine unternehmerische Tätigkeit des Staates.

- Die Anforderungen an die Bestimmtheit der formell-gesetzlichen Grundlage sind geringer, wenn es [...] um Tätigkeiten geht, die nach marktwirtschaftlichen Prinzipien geregelt werden. Insbesondere im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates kann die gesetzliche Grundlage nicht zu detailliert sein, um die unternehmerische Tätigkeit nicht zu behindern, namentlich dann, wenn damit eine unabhängige staatliche Anstalt betraut wird. Die gesetzliche Grundlage muss aber zumindest den Sachbereich umschreiben, in welchem die Tätigkeit erfolgen soll.<sup>97</sup> Dies scheint vorliegend der Fall zu sein.

---

<sup>93</sup> BGE 138 I 378 E. 6.3.

<sup>94</sup> BGer 2C\_859/2010 vom 17. Januar 2012 E. 4.3.3.

<sup>95</sup> BGer 2C\_859/2010 BGer m.w.H.

<sup>96</sup> Rheinhafenvertrag, dort Fussnote 2 und 3.; vgl. zur demokratischen Legitimation Gemeinsamer Bericht, S. 30.

<sup>97</sup> BGE 138 I 378 E. 7.2.

- b) Die Bewirtschaftung des Hafengebiets dürfte angesichts dessen grosser Bedeutung für die Transportindustrie in die und aus der Schweiz im öffentlichen Interesse liegen. Gerade angesichts der Risiken und Herausforderungen für Gesundheit, Umwelt und Verkehr, die mit dem Betrieb eines modernen Güterhafens einhergehen, scheint eine qualifizierte Einflussnahme des Gemeinwesens unabdingbar.<sup>98</sup>
- c) Die Schaffung der SRH und die Bewirtschaftung des Hafengebiets im Landlord-Modell (vgl. im Einzelnen Teil V) erscheint zudem grundsätzlich geeignet und gegenüber anderen Modellen (z.B. staatliche Monopolbetriebe) eine in Bezug auf die Tangierung der Wirtschaftsfreiheit vergleichsweise milde Vorgehensweise zur Erreichung des Ziels.
- d) Die Voraussetzung der Wettbewerbsneutralität verbietet den Kantonen BS und BL, die SRH ausserhalb des Monopolbereichs zu bevorzugen. Der Staat kann in diesem Bereich keine Sonderrechte für sich beanspruchen.<sup>99</sup>

83. Die rechtsstaatlichen Grundlagen für eine staatliche Unternehmerische Tätigkeit der SRH scheinen gegeben. Die wirtschaftliche Tätigkeit der SRH ist aber auf die im Rheinhafenvertrag oder anderen formell-gesetzlichen Grundlagen definierten Sachbereich eng begrenzt. Eine über diesen Sachbereich hinausgehende wirtschaftliche Tätigkeit der SRH ist nicht zulässig.

- Für eine Tätigkeit ausserhalb des definierten Monopolbereichs mangelt es an einer Grundlage im Rheinhafenvertrag.<sup>100</sup> § 31 Beteiligungsrichtlinie betreffend kommerzielle Nebenleistungen legt fest, dass sofern Beteiligungen zusätzlich zur öffentlichen Aufgabe kommerzielle Nebenleistungen erbringen, diese in engem Bezug zur Hauptaufgabe stehen, deren Erfüllung nicht beeinträchtigen, nicht wettbewerbsverzerrend wirken und insgesamt mindestens die Vollkosten inklusive Risiko decken sollen.
- Die Beteiligungsrichtlinie ist aufgrund ihrer Rechtsnatur (keine formell-gesetzliche Grundlage) keine Grundlage für eine wirtschaftliche Tätigkeit der SRH über die im Rheinhafenvertrag festgelegten Aufgaben hinaus.

84. Der Rheinhafenvertrag bildet eine formell-gesetzliche Grundlage der wirtschaftlichen Tätigkeit. Dieser bezeichnet die zulässigen wirtschaftlichen Tätigkeiten der SRH. Demgegenüber besteht für die freihändige Entwicklung von Infrastrukturprojekten mit privaten Partnern ausserhalb des definierten Hafengebiets keine hinreiche Grundlage im Rheinhafenvertrag. Die Zusammenarbeit der SRH mit den anderen Projektpartnern SBB, Hupac und Contargo müsste

---

<sup>98</sup> Vgl. hierzu Eignerstrategie, S. 2.

<sup>99</sup> BGE 138 I 378 E. 9.

<sup>100</sup> Vgl. zum Ganzen BGer 2C\_485/2010 E. 7.

sich auf den örtlich und sachlich bezeichneten Bereich beschränken. Folglich müsste das Projekt GBN vollständig auf öffentlichem Grund der SRH im Hafengebiet durchgeführt werden.

## ***B. Rechtliche Bedenken bei Bundes - Beteiligung an den SRH***

85. Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Bundes mittels geplanter Beteiligung an den SRH kann mehrheitlich auf die vorangehenden Ausführungen zu den SRH verwiesen werden. Unterschiede ergeben sich bei den verfassungsmässigen (a) und den gesetzlichen (b) Grundlagen.

- a) Nach Art. 42 Abs. 1 BV erfüllt der Bund diejenigen Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist. Entsprechend bedarf es einer Verfassungsgrundlage für eine allfällige Tätigkeit des Bundes als Hafenbetreiber. Eine Verfassungsgrundlage ist fraglich und allenfalls noch zu schaffen. Im Einzelnen:
- Art. 84 Abs. 2 BV legt fest, dass der alpenquerende Gütertransitverkehr von Grenze zu Grenze auf der Schiene erfolgt. Wie im Hauptgutachten festgehalten wurde (vgl. S. 17), dienen die KV-Umschlagsanlagen aber in erster Linie dem Import- und Exportverkehr, nicht dem alpenquerenden Gütertransitverkehr. Infolgedessen ist diese Bestimmung nicht einschlägig.
  - Art. 87a BV betrifft die Eisenbahninfrastruktur. Die Beteiligung des Bundes an den SRH zielt aber gerade nicht auf die Eisenbahninfrastruktur, sondern die Hafenbecken. Die Grundstücke der SRH werden ja erst durch deren Benutzung als KV-Umschlagsanlagen zu Teilen der Eisenbahninfrastruktur. Infolgedessen ist auch diese Bestimmung nicht einschlägig.
  - Das GÜTG stützt sich auf Art. 81a BV.<sup>101</sup> Diese Bestimmung bezieht sich in erster Linie auf den öffentlichen Verkehr insgesamt. Der Güterverkehr sei «angemessen zu berücksichtigen». Dass der Bund gestützt darauf Anteile an einem Hafenbetreiber erwirbt, erscheint mindestens zweifelhaft, die rechtliche Grundlage fraglich zu sein.
- b) Das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage scheint ebenfalls unwahrscheinlich zu sein.
- Art. 2 Abs. 1 lit. c GÜTG sieht vor, dass der Bund «Rahmenbedingungen» für Bau und Betrieb geeigneter KV-Umschlagsanlagen und Anschlussgleise und deren optimale Anbindung an die Eisenbahn-, Strassen- und Hafeninfrastruktur schafft. Rahmenbedingungen zu schaffen bedeutet nicht, dass der Staat selbst eine bestimmte Funktion ausübt

---

<sup>101</sup> Botschaft zum GÜTG, S. 3943.



oder die vorgegebenen Ziele erreicht. Art. 8 GüTG bildet sodann Grundlage für Investitionsbeiträge, von Beteiligungen ist keine Rede. Gestützt auf welche Grundlage die unverzinslichen, bedingt rückzahlbaren Darlehen in Eigenkapital umgewandelt werden sollen, bleibt unklar.

- Ein öffentliches Interesse an dem Betrieb der Basler Rheinhäfen dürfte vorliegen (vgl. Teil VII A).
- Ob es verhältnismässig ist, sich an den SRN zu beteiligen und ob es nicht eine mildere Massnahme wäre, die relevanten öffentlichen Interessen durch rechtliche Rahmenbedingungen (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c GüTG) wahrzunehmen, ist aus Gutachtersicht nicht abschliessend zu beantworten. Auch stellt sich die Frage der Eignung einer Minderheitsbeteiligung zur Verfolgung öffentlicher Interessen.
- Hinsichtlich Wettbewerbsneutralität<sup>102</sup> ist aus Sicht des BAV entscheidend, dass die Beteiligung des Bundes an den SRH nicht in einem wettbewerblich organisierten Bereich erfolgt. Dabei könnten nur unverzinsliche, bedingt rückzahlbare Darlehen in Eigenkapital umgewandelt werden, andere Investitionsbeiträge nicht. Diese Einschätzung des BAV muss stark relativiert werden: Wenn auch die SRH keine Wettbewerber im Hafengebiet haben, stellen sie doch die notwendige Infrastruktur für Hafenfirmer zur Verfügung. Die massive Subventionierung des Baus der notwendigen Hafeninfrastruktur für Projekt GBN durch den Bund und durch die SRH entbinden die Terminalbetreiber weitgehend vom wirtschaftlichen Risiko. Damit wird der Wettbewerb unter den Betreibern von KV-Umschlagsanlagen verzerrt.

86. Aktuell stellen sich Fragen zur Interessenlage des Bundes und zu den Zuständigkeiten hinsichtlich GBN. Das BAV selbst ist sowohl zur Prüfung der Investitionsbeiträge des Bundes wie für alle Auflagen, die nicht durch die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr geprüft werden, zuständig. Daraus könnte sich ein Interessenkonflikt ergeben, wenn der Bund über Investitionsbeiträge entscheidet, die in eine Bundesbeteiligung umgewandelt werden sollen. Darüber hinaus profitiert der Bund selbst als Teilnehmer des Projekts (durch die SBB Cargo und GBN AG) am stärksten von den Subventionen. Ob daher eine unvoreingenommene und ergebnisoffene Prüfung der Investitionsbeiträge vom BAV überhaupt vorgenommen werden kann, kann bezweifelt werden.

---

<sup>102</sup> Ausführlich zum Konzept der Wettbewerbsneutralität: Bundesrat, Staat und Wettbewerb, S. 19 ff.

87. Nach Ansicht des Bundesrats können mittels einer kohärenten und transparenten Corporate Governance sowie mittels einer Regulierung, die (i) einen nicht diskriminierenden Zugang zur Infrastruktur marktbeherrschender staatsnaher Unternehmen, (ii) den Verzicht auf eine explizite Staatsgarantie oder (iii) das Verbot von Quersubventionen vorsehen, derartige Probleme adressiert und weitgehend gelöst werden.<sup>103</sup>

88. Die Beteiligung des Bundes an der SRH lässt zahlreiche Fragen offen:

- Umschlagskunden mag der diskriminierungsfreie Zugang normativ gewährleistet werden. Dies ändert indes nichts daran, dass das Projekt GBN den Markt für Containerumschlag im Raum Basel deutlich beeinträchtigt. Für diese Wettbewerbsverzerrung ist im Projekt GBN keinerlei Remedur vorgesehen. Die an GBN beteiligten Umschlagsunternehmen können das Hafenbecken und den Terminal nutzen. Die anderen Unternehmen haben das Nachsehen.
- Es scheint de lege lata an genügenden Rechtsgrundlagen für eine wirtschaftliche Tätigkeit des Bundes als Hafentreiber zu mangeln. Die gemeinsame Absichtserklärung hält hierzu fest, dass die Beteiligung des Bundes vorbehaltlich der entsprechenden Beschlüsse und Gesetzesanpassungen zu verstehen ist. Es bleibt daher abzuwarten, welche Grundlagen hier geschaffen werden und wie diese sodann zu würdigen sind.
- Auch die Wettbewerbsneutralität und Verhältnismässigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit des Bundes im Kontext von Projekt GBN wecken Bedenken. Eine Erreichung der bundesrätlichen Ziele betreffend Wettbewerbsneutralität könnte viel eher mit einem wettbewerblichen Vorgehen betreffend Projekt GBN erreicht werden, namentlich mit einer Auktionierung des Terminalbetriebs (vgl. VII C. 3 ff.).

---

<sup>103</sup> Bundesrat, Staat und Wettbewerb, S. 47.

### C. Kartellrechtliche Bedenken bei SRH-Beteiligung an GBN

90. Das Kartellgesetz ist ausserhalb des Monopolbereichs auf die SRH anwendbar. Unter Bezugnahme auf das Hauptgutachten ist deshalb eine kritische Würdigung des Verhaltens der SRH im Kontext von Projekt GBN notwendig.

#### 1. Zusammenschlussrechtliche Bedenken (Art. 9 f. KG)

91. Mit der Feststellung, dass das KG ausserhalb der Monopoltätigkeit der SRH anwendbar ist, stellt sich die Frage der Rolle der SRH beim Unternehmenszusammenschluss in der GBN AG. Die Anwendung der zusammenschlussrechtlichen Regeln setzt einen Kontrollerwerb voraus. Die Voraussetzungen für einen Kontrollerwerb sind nach Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 1 VKU folgende:

*Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Gesetzes die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere sein:*

*a. Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;*

*b. Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.*

92. Die SRH sind gegenwärtig nicht Aktionär der GBN AG und es sind auch keine Verträge öffentlich bekannt, welche den SRH eine gemeinsame Kontrolle mit den beteiligten Unternehmen ermöglichen würden. Bei einem Ausbau des Terminals (zweite Stufe) wird aber eine Mitwirkung der SRH notwendig, da das Hafenbecken III von den SRH durch die Betreibergesellschaft des Terminals beansprucht werden muss. Ohne die Mitwirkung der SRH kann die GBN AG den Terminal nicht trimodal betreiben. Die SRH haben dann einen möglicherweise kontrollierenden Einfluss auf die GBN AG.

- Kontrolle kann durch «rein faktische» Umstände ausgeübt werden. Denkbar ist namentlich eine wirtschaftliche Abhängigkeit des kontrollierten Unternehmens.<sup>104</sup> Vorliegend ist der Zugang zum Rhein notwendige Voraussetzung um durch hohe Umschlagsmengen die von der Betreiberschaft erhofften Kapazitäten erreichen zu können.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> BSK KG-Reinert, Art. 4 Abs. 3 N 148, N 196.

<sup>105</sup> Vgl. SBB Cargo 1 | 2017 S 12.

- Die Frage, ob es sich beim Einfluss der SRH auf die GBN AG im zweiten Ausbauschnitt des Terminals um einen Kontrollerwerb im Sinne des KG handelt, kann aus Gutachter-sicht nicht abschliessend beantwortet werden. Die Beantwortung hängt namentlich da-von ab, wie stark die Abhängigkeit konkret unter Berücksichtigung aller massgeblichen Faktoren tatsächlich ist und welchen Einfluss die SRH so auf die strategischen Ent-scheide der Betreibergesellschaft des Terminals haben kann. Eine Meldepflicht ist daher grundsätzlich denkbar.

93. Angesichts der hohen Aufgreifkriterien in Art. 9 KG und dem Umsatz der SRH im Ge-schäftsjahr 2016 von CHF 24 Mio.<sup>106</sup> kommt eine Zusammenschlusskontrolle wohl nur in Frage, wenn die Zielgesellschaft (bei einer Übernahme) bzw. die Partner (bei einem Joint-Venture) sehr umsatzstark sind. Vorliegend sind mit dem Rhenus-Konzern, der SBB sowie der Hupac-Gruppe zwar drei sehr umsatzstarke Unternehmen in die GBN AG involviert. Ein Kon-trollerwerb der SRH würde sich jedoch nur auf die GBN AG beziehen, weswegen nur deren Umsätze berücksichtigt werden würden (vgl. Art. 3 Abs. 2 VKU).

94. Die Vorschriften für die kantonalen Beteiligungen (vgl. oben, Teil III C) treten zu den Vorschriften des Kartellgesetzes hinzu. Beteiligungen müssen zur Sicherung der öffentlichen Aufgabe notwendig sein oder zur Steigerung des Unternehmenswertes beitragen und mit der Eigentümerstrategie vereinbar sein. Dem Führungsaufwand und dem Risikoaspekt ist genü-gend Rechnung zu tragen.

- In Anbetracht der ökonomischen Erhebungen des Hauptgutachtens sind die Punkte Not-wendigkeit und Steigerung des Unternehmenswerts kritisch zu würdigen.
- Insbesondere liegt (soweit ersichtlich) keine Wirtschaftlichkeitsrechnung für das Termi-nal GBN vor. Dies wäre im Rahmen derartiger Beteiligung der öffentlichen Hand aber üblich.<sup>107</sup>
- Schliesslich ist die Notwendigkeit des Projekts sehr umstritten.

## **2. Bedenken vor einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)**

95. Es liegt auf der Hand, dass GBN eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zwi-schen Konkurrenten ist. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken liegt vor (vgl. Haupt-gutachten, S. 44 ff.). Das Hauptgutachten betrachtete zwar die Rolle der Schweizerischen

---

<sup>106</sup> Geschäftsbericht 2016 der SRH, S. 3.

<sup>107</sup> Vgl. BGer 2C\_198/2012 Urteil vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.4.

Rheinhäfen differenziert. Das Zusammenwirken der SRH als Regulator mit einzelnen zu regulierenden Wettbewerbern sei kritisch zu würdigen. Letztlich liess es eine kartellrechtliche Würdigung offen.

96. Aus gutachterlicher Perspektive fehlt es verlässlichen Informationen, um die Beteiligung der SRH im Kontext der Abrede zu beurteilen. Immerhin kann folgendes festgestellt werden:

- a) Die SRH sind in den massgeblichen Märkten keine aktuellen Wettbewerber der GBN oder der daran beteiligten Unternehmen. Nach den ihnen im Rheinhafenvertrag zugewiesenen Aufgaben (Bewirtschaftung des Hafengebiets) wäre das allerdings grundsätzlich denkbar. Die SRH könnten somit potentielle Wettbewerber sein.
- b) Die SRH stehen ausserdem in einem vertikalen Verhältnis zu den anderen an der Abrede beteiligten Unternehmen, da sie deren (einziger) Handelspartner bei der Überlassung von Hafengebieten sind.

97. Für ein Interesse der SRH an einer Abrede der GBN-Parteien sprechen auch folgende Umstände:

- a) Die SRH sind als Berechtigte des für das Hafenbecken III notwendigen Gebiets in der gleichen Weise in das Projekt GBN eingebunden wie die SBB Cargo als Eigentümerin des Gebiets für den bimodalen Terminal Strasse-Schiene.<sup>108</sup> Die Sinnhaftigkeit der Investition der SRH in das Hafenbecken III hängt stark vom Zustandekommen der Abrede zwischen den Umschlagsfirmen ab.
- b) Es ist vorgesehen, dass die GBN AG den gesamten Terminal betreibt. Die SRH müssen zu diesem Zweck der GBN AG das Hafenbecken III in geeigneter Weise zur Nutzung überlassen. Wie diese Nutzungsüberlassung im Einzelnen rechtlich durchgeführt sein wird, ist derzeit unklar. Diese Nutzungsüberlassung müsste sich grundsätzlich nach den Vorgaben des Rheinhafenvertrags richten. Der Verdacht, dass die Nutzungsüberlassung den Abredeteilnehmern bzw. dem letztlichen Betreiber des trimodalen Terminals zugesichert worden ist, liegt auf der Hand.
- c) Schliesslich erfüllen die SRH als Moderatorin zwischen den Parteien des Projekts<sup>109</sup> eine wichtige Funktion am Zustandekommen der Abrede («Hub & Spoke»-Abrede).

98. Es bestehen deutliche Anhaltspunkte für eine Beteiligung der SRH an der Abrede gemäss Hauptgutachten.

---

<sup>108</sup> Das Erheben von Abgaben auf Containerumschlag (vgl. § 28 Rheinhafenvertrag) ist demgegenüber wohl als hoheitliche Tätigkeit anzusehen.

<sup>109</sup> Jahresbericht der SRH 2016, S. 14.

- a) Bei der Moderationsfunktion bewegen sich die SRH ausserhalb ihrer besonderen Rechte betreffend Überlassung des ihnen übertragenen Hafengebiets und der Infrastruktur (vgl. § 2 ff. Rheinhafenvertrag). Dies trifft namentlich in geografischer Hinsicht zu, weil das Gelände der SBB, das für den Betrieb des Terminals notwendig ist, nicht den Trägerkantonen BS und BL gehört und somit nicht der exklusiven Bewirtschaftung durch die SRH unterliegt.
- b) Bei der Teilnehmerfunktion als potentieller Wettbewerber und (exklusiver) Handelspartner bei der Überlassung von Hafengebieten bezogen auf das Hafenbecken III bewegen sich die SRH in geographischer Hinsicht an der Grenze der besonderen Rechte: Die Überlassung des Hafenbeckens III an die GBN AG zum Betrieb eines Containerterminals wäre teilweise vom sachlichen und räumlichen Geltungsbereich der besonderen Rechte erfasst, die Zusammenarbeit bezogen auf den gesamten trimodalen Terminal dagegen nicht.
99. Die Zulässigkeit der Abrede bestimmt sich nach Art. 5 KG: Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.
- a) Die Abrede muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>110</sup> Im Hauptgutachten wurde erörtert, dass der Markt durch den gemeinsamen Terminal mit einheitlichem Preissystem eine starke Koordination betreffend Preis und Konditionen erfährt.
- b) Es ist nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben». Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der Abredeteiligen ist dabei unerheblich.<sup>111</sup>
- c) Die kartellrechtliche Würdigung der Wettbewerbsabrede zwischen den einzelnen Terminalbetreibern erfolgte bereits im Hauptgutachten, auf welches verwiesen werden kann. Soweit es um die SRH geht, ist Folgendes festzuhalten:
- Die SRH sind in verschiedener Weise an den Abreden zwischen Rhenus /Contargo, SBB Cargo und Hupac beteiligt. Sie haben das Zusammenwirken ermöglicht, unterstützt und

---

<sup>110</sup> RPW 2016/3, S. 663 Rz. 75.

<sup>111</sup> RPW 2016/3, S. 663 Rz. 77 m.w.H.

moderiert. Die entsprechenden Abreden wirken sich bei Zustandekommen von Projekt GBN auf den Markt für Containerumschlag im Raum Basel auf Preise, Mengen und Konditionen aus. Dieser Markt beschränkt sich nicht auf das Hafengebiet (vgl. Hauptgutachten, S. 42).

- Der Investitionsentscheid der SRH zum Bau des Hafenbeckens III könnte zudem vom Pricing des Terminals GBN abhängen bzw. müsste diese sogar, weil aufgrund des Landeigentümersrisikos eine Wirtschaftlichkeitsrechnung nötig wäre<sup>112</sup> und wirtschaftliche Nebenleistungen auch das unternehmerische Risiko abzudecken haben.<sup>113</sup> Die SRH können daher als an der Abrede beteiligt betrachtet werden.
- c) Zur Frage nach allfälligen Rechtfertigungsgründen (Art. 5 Abs. 2 KG) ist auf das Hauptgutachten verwiesen. Ob die SRH darüber hinaus spezifische Rechtfertigungsgründe vorbringen könnten ist fraglich, da die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe als abschließend gelten (vgl. Hauptgutachten, S. 48 ff.).

### 3. Bedenken vor einem Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG)

100. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).<sup>114</sup> Verfügt ein Unternehmen über Infrastruktur, auf die andere Unternehmen angewiesen sind und fehlt es an zumutbaren Alternativen, so ist i.d.R. von einem eigenen relevanten Markt auszugehen, der vom Infrastruktureigner beherrscht wird.<sup>115</sup>

101. In Zusammenhang mit den SRH steht weniger der im Hauptgutachten untersuchte Markt für Containerumschlag im Raum Basel, sondern vor- und nachgelagerte oder mit diesem zusammenhängen Märkte im Vordergrund:

- a). Will eine Hafenfirma (trimodalen) Containerumschlag betreiben, bedarf es eines hierfür geeigneten Areals. Dieses muss mindestens Hafenkante bzw. Rheinanstoss im schiffbaren Bereich aufweisen, von Fläche und raumplanerisch-baurechtlichen Rahmenbedingungen her für den Containerumschlag geeignet sein und für den Nachlauf per Bahn oder Lkw erschlossen oder erschliessbar sein.
- b) Beachtung findet die exklusive Überlassung aller Hafengebiete an die SRH. Berücksichtigt man zudem die im Hauptgutachten erläuterte geografische Situation, dürfte ein von

<sup>112</sup> Vgl. BGer 2C\_198/2012 Urteil vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.4

<sup>113</sup> § 31 Beteiligungsrichtlinie.

<sup>114</sup> Vgl. im Einzelnen HEIZMANN, S. 163 ff.

<sup>115</sup> DAVID / JACOBS, S. 243.

den SRH beherrschter Markt für das zur Verfügung stellen von zum (trimodalen) Containerumschlag im Raum Basel geeigneter Grundstücke resultieren.

102. Verfügen die SRH über eine marktbeherrschende Stellung, so dürften sie diese im Zusammenhang mit dem Projekte GBN nicht missbrauchen. Im Einzelnen:

- a) Prima Vista könnte die angekündigte Nichtverlängerung der Baurechtsverträge der zum Umschlag geeigneten Areale im Bereich des Westquai (vgl. Hauptgutachten, S. 57) *eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen* gegenüber den betroffenen Hafenfirmen darstellen.
  - Es ist aber zu beachten, dass es sich dabei um die Konsequenz eines übergeordneten politischen Entscheids handelte, der nicht von den SRH selbst getroffen wurde. Entsprechend würde sich die Frage stellen, ob diesbezüglich nicht die Kantone BS und BL, welche diesen unternehmerischen Entscheid zu verantworten haben, als das handelnde Unternehmen i.S.v. Art. 2 KG zu behandeln wären.
  - Aufgrund der Bindung der SRH an die Wirtschaftsfreiheit, insbesondere Wettbewerbsneutralität und die Gleichbehandlung direkter Konkurrenten könnte erwogen werden, den betroffenen Hafenfirmen Ersatzflächen zur Verfügung zu stellen.
- b) Die Forderung nach der Schliessung anderer Standorte als Voraussetzung für einzelne Hafenfirmen zur Teilnahme an Projekt GBN könnte eine *an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen*, darstellen oder aber auch eine *Diskriminierung von Handelspartnern bei sonstigen Geschäftsbedingungen*. Dabei stellt sich die Frage, in welchem Umfang die SRH diese Bedingung mitgetragen haben und in ihrer Moderationsfunktion betreffend Projekt GBN hierfür die Verantwortung (mit-)tragen.
  - Eine Forderung nach der Schliessung anderer Standorte könnte sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch zum Vorteil der SRH auswirken, indem man sich dadurch eine bessere Auslastung des Terminals GBN versprach, was wohl höhere Umschlagsgebühreneinnahmen für die SRH mit sich gebracht hätte.
  - Diese Forderung ist aber eher getragen vom Interesse der nicht von dieser Einschränkung betroffenen Partner SBB Cargo, Rhenus/Contargo und Hupac. Sollten die SRH im Rahmen ihrer Moderationsfunktion dieser Forderung mitgetragen oder unterstützt haben, ist eine unzulässige Verhaltensweise nicht von der Hand zu weisen.
- c) Bei möglichen preisbezogenen Marktmachtmissbrauchstatbeständen (*Unzulässige Preisunterbietung; as efficient competitor test; sacrifice-test*; vgl. Hauptgutachten, S. 55



ff.) stellt sich die Frage, inwieweit die SRH in die angedachten Preissetzungsmechanismen involviert sind, inwiefern sie diese mitgestalten und mittragen und welche Relevanz die Marktbeherrschung der SRH für diese hat.

- Im Hafengebiet erheben die SRH Gebühren für den Umschlag und Baurechtszinsen. Sie sollten zwar hinsichtlich Pricing eine andere Interessenlage aufweisen als die beteiligten Umschlagsfirmen.
- Mit Blick auf die Kapazität und Auslastung dürften die Interessen jedoch ähnlich gelagert sein; sowohl die Betreiber des Terminals wie auch die SRH möchten möglichst hohe Umschlagszahlen im neuen Terminal.

103. Das Projekt GBN hat gemäss Hauptgutachten (vgl. S. 35 ff.) zudem negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt für Containerumschlag im Raum Basel: (i) GBN führt zu einem Ausbau der Marktkapazitäten über die mittelfristig absehbare Nachfrage hinaus und schafft dadurch mit hoher Wahrscheinlichkeit eine marktbeherrschende Stellung. (ii) Die Beteiligung der SBB Cargo an GBN erzeugt eine Integration zweier marktmächtiger Unternehmen in vertikal verbundenen Märkten. Es stellen sich Fragen über die Auswirkungen von GBN auf den Wettbewerb oder über alternative Eigentums- oder Organisationsverhältnisse von GBN, die dem Ziel der Förderung des Wettbewerbs innerhalb des vorgegebenen technischen und technologischen Rahmens dienen würden. Im Folgenden werden einige Aspekte diskutiert (a) und wettbewerbsorientierte Varianten skizziert (b).

- a) Die SRH finanziert sich durch Mengenabgaben auf die im Hafen umgeschlagene Gütermenge. Daraus folgt, dass der grösste Umsatz bzw. das Einnahmenmaximum für die SRH dann erreicht wird, wenn auf dem Terminalmarkt vollständiger Wettbewerb herrscht.
- Die SRH verfolgen jedoch keine Strategie, um den Wettbewerb unter den Terminalbetreibern zu fördern. Sie streben lediglich an, den Transporteuren diskriminierungsfreien Zugang zu den Terminals zu gewähren. Die Nicht-Diskriminierung ist jedoch nicht gleichbedeutend mit Wettbewerb, sondern bestenfalls die Verhinderung von Preis- oder Leistungsabstufung seitens der Terminalanbieter.
- Durch das Projekt GBN wird SRH noch weniger in der Lage sein, für wettbewerbliche Ergebnisse auf dem Markt für Terminaldienstleistungen zu sorgen. Diese ergibt sich daraus, dass die Erweiterung des Hafens um das Hafenbecken III mit der Schliessung der Terminalanlagen im Süden (Westquai), also einem Abbau existierender Umschlagskapazitäten, einhergeht. Die Betreiber von GBN werden eine marktmächtige Stellung ein-

nehmen. Gleichzeitig verfallen die Möglichkeiten, auf den Süddarealen Wettbewerber anzusiedeln bzw. operieren zu lassen. Zudem ist nicht absehbar, wie alternativ zumindest potentieller Wettbewerb entstehen würde.

- b) Sofern das Projekt GBN nur in der beabsichtigten Form realisiert werden kann, stellt sich die Frage, ob die Möglichkeiten für die Förderung von Wettbewerb auf dem Terminalmarkt ausgeschöpft werden. Durch Wettbewerb würde die Umschlagsmenge maximiert und damit nebst dem Umsatzziel der SRH auch die nichtökonomischen Ziele wie Steigerung des Verkehrsvolumens auf den Wasserweg besser erreicht werden. Es ist zu erwarten, dass die Betreiber des Terminals GBN eine marktmächtige Stellung erlangen. Dadurch entstehen Zusatzrenten, die sich marktverzerrend, d.h. effizienzmindernd auswirken.
- Um diese Effizienzminderung zu verhindern bestehen namentlich zwei Möglichkeiten; Es könnten wettbewerbsähnliche Preise vorgeschrieben werden oder es wird eine Lizenz zum Betrieb des einen oder mehrere Lizenzen bei mehr als einem Terminal auktioniert.
  - Um den Wettbewerbsdruck darüber hinaus aufrechtzuerhalten, könnte in Betracht gezogen werden, die Lizenzdauer auf die Abschreibungsdauer der Suprastrukturen zu begrenzen. Die Voraussetzungen für ein solches Vorgehen sind dadurch gegeben, dass die fraglichen Flächen mehrheitlich im Besitz des Bundes, respektive der SBB Cargo sind, beziehungsweise durch den Bund oder die Kantone BS und BL erworben und ggf. in das Eigentum der SRH übergeführt werden könnten. Die Versteigerungserlöse könnten zur (Teil-)Finanzierung der Erwerbskosten herangezogen werden.
  - Durch die Lizenzvergabe ist allerdings noch nicht das Problem der vertikalen Integration gelöst. Wie bereits im Hauptgutachten erwähnt, liesse sich dieses nur durch eine organisatorische und vor allem eigentumsrechtliche Trennung der SBB Cargo von GBN lösen. Das vorgeschlagene Lizenzsystem würde mit einer solchen Trennung harmonisieren.

104. Wenn Staatsbetriebe wie die SRH Einfluss auf nach wettbewerblichen Kriterien funktionierende Märkte ausüben, sind sie gehalten, sich vorsichtig zu verhalten und sich der rechtlichen Rahmenbedingungen bewusst zu sein. Nicht selten fühlen sich staatsnahe Betriebe nicht an das Kartellrecht gebunden, möchten Entscheide aber dennoch als Unternehmen nach unternehmerischen Kriterien bzw. im eigenen Interesse frei treffen können. Vorliegend wurden die SRH aus mehreren kantonalen Behörden geschaffen, sind aber als Unternehmen konzipiert und als solche dem Kartellrecht unterstellt. Sie dürfen sich damit nicht an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligen und haben unzulässige Verhaltensweisen zu unterlassen. Vor einer Realisierung des Projektes GBN sind zwingend Compliance-Massnahmen zu ergreifen.

## **D. Wettbewerbsbedenken im SRH-Monopolbereich beim Projekt GBN**

### **1. Bedenken in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit**

105. Die SRH sind im Monopolbereich an die Wirtschaftsfreiheit gebunden. Es wird untersucht, ob und inwiefern die SRH beim Projekt GBN diesen Grundsätzen nachkommen. Als monopolistischer Handelspartner diverser Hafenfirmlen haben die SRH für ein kompetitives, wettbewerbsneutrales Setting gegenüber diesen im Monopol operierenden Unternehmen zu sorgen. In Bezug auf das Projekt GBN in seiner trimodalen Ausgestaltung, welches mit dem Hafenbecken III den Monopolbereich der SRH betrifft, sind insbesondere die folgenden Elemente zu beleuchten:

- a) Aufzugreifen sind mögliche Interessenkonflikte.<sup>116</sup> Persönliche Beziehungen erwecken bei Dritten den Anschein einer wettbewerbsverzerrenden Beziehungsnähe zwischen SRH und einzelnen Marktakteuren. Gerade in solchen personellen Konstellationen ist ein faires und kompetitives Vorgehen angezeigt, um diesem Anschein vorzubeugen.
- b) Dass für den Betrieb des Terminals GBN offenbar bisher keine Wirtschaftlichkeitsrechnung durchgeführt wurde, erscheint ungewöhnlich. Der Kanton BS verlangt eine Wirtschaftlichkeitsrechnung bereits bei erheblich kleineren Infrastrukturvorhaben wie etwa Parkhäusern.<sup>117</sup>
- c) Ein kooperatives Modell zur Weiterentwicklung der Hafeninfrasturktur scheint einem kompetitiven Modell vorgezogen worden zu sein. Die SRH hat nämlich die Wettbewerber auf dem Containerumschlagsmarkt der Region zu einer gemeinsamen Vorgehensweise und einem gemeinsamen Betrieb des Terminals eingeladen. Aufgrund der hohen Subventionierung des Projekts wird eine starke Verzerrung zugunsten der Projektteilnehmer durch staatliche Unterstützung bewirkt. Die Schaffung eines kompetitiven Settings im Bereich des Monopols der SRH hätte durchaus konsequenter verfolgt werden können.

106. Das Gebot zur Gleichbehandlung der Handelspartner beschränkt sich nicht auf das rechtliche Handeln des Staates. Dies trifft auch auf das tatsächliche Handeln zu.<sup>118</sup>

- a) Die Vorgehensweise der SRH in Bezug auf den zeitlichen Ablauf des Projektes GBN zeichnet sich dadurch aus, dass von Anfang an eine hauptsächliche Beteiligung der SBB

<sup>116</sup> <http://www.badische-zeitung.de/basel/diskussionen-um-den-geplanten-containerterminal-basel-nord--120830247.html>

<sup>117</sup> Vgl. BGer 2C\_198/2012 Urteil vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.4.

<sup>118</sup> SCHOTT, S. 442.

als Landeigentümerin notwendig war. Diese frühe Weichenstellung führte zum Ausschluss anderer Projektpartner und liess von Anfang an nur die Option der SBB als führende Kraft beim Projekt GBN zu, da diese das Gelände für den bimodalen Teil kontrollierte.<sup>119</sup> Stellungnahmen der SRH lassen vermuten, dass die Idee des Projekts GBN bereits im Jahre 2005 aus dem gemeinsamen Interesse von SBB Cargo und der SRH entstanden ist.<sup>120</sup> Die Idee des Projekts wurde in der Folge schwergewichtig von SBB Cargo, den SRH und den beteiligten Kantonen verfolgt.<sup>121</sup>

- b) Es lag somit bereits früh fest, dass nur die SBB oder ausgewählte Partner der SBB als Betreiber des Terminals in Frage kommen. Dass offenbar seitens der SRH soweit ersichtlich auf die Einholung einer Wirtschaftlichkeitsrechnung für den Terminal verzichtet wurde, könnte ebenfalls den Eindruck nähren, es fehle an kritischer Distanz zum Projekt GBN. Diese Umstände erwecken den Anschein, dass die SRH bestimmte Handelspartner bevorzugt behandeln, was im Bereich ihrer Bindung an die Grundrechte problematisch erscheint.

## 2. Beschaffungsrechtliche Bedenken

107. Bei der Hafenbewirtschaftung, insbesondere mit Bezug auf die eigentliche Hafeninfrastruktur, handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe. Zu dieser öffentlichen Aufgabe gehört insbesondere auch der Ausbau und Unterhalt der massgebenden Infrastruktur, wovon Projekt GBN ein Teil ist. Dabei dienen das Hafenbecken III und der Umschlagsterminal zur Sicherstellung der besseren Versorgung der Schweiz und zur Erreichung politischer Ziele wie einem verbesserten Modal Split. Diese werden (teilweise) auf öffentlichem Grund erstellt.

108. Weder das Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) noch die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; AS 2003 196 ff.), noch das BGBM enthalten eine Begriffsdefinition für Beschaffung.<sup>122</sup> Die Anwendung des Vergaberechts im SRH-Monopolbereich beim Projekt GBM kommt in Betracht, wenn die subjektiven (a) und objektiven (b) Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) Die SRH als interkantonales Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit ist möglicherweise als organisme de droit public établi au niveau cantonal im Sinne von Ziff. 2 annex

<sup>119</sup> <http://www.badische-zeitung.de/basel/diskussionen-um-den-geplanten-containerterminal-basel-nord--120830247.html>

<sup>120</sup> <https://www.nzz.ch/articleCXW0E-1.155051>

<sup>121</sup> <http://www.badische-zeitung.de/basel/diskussionen-um-den-geplanten-containerterminal-basel-nord--120830247.html>

<sup>122</sup> BGer 2C\_198/2012 Urteil vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.1.

2 GPA zu qualifizieren.<sup>123</sup> Denkbar ist demgegenüber aber auch, dass die SRH ein öffentliches Unternehmen sind, daher nur im Sektorenbereich vergabepflichtig wären. In Bezug auf die Erstellung des bimodalen Terminals stellt sich die Frage, ob die GBN AG unter den subjektiven Geltungsbereich des Vergaberechts fällt. Nach den öffentlich verfügbaren Informationen (vgl. Hauptgutachten, S. 22 f.) beherrscht die SBB Cargo die GBN AG zu 51%. Damit wäre der Anwendungsbereich des Vergaberechts in subjektiver Hinsicht grundsätzlich eröffnet.<sup>124</sup>

- b) In Zusammenhang mit GBN unterstehen grundsätzlich verschiedenen Aktivitäten der SRH dem Vergaberecht:
- Die Bewirtschaftung des Hafengebiets dürfte, vor allem im Bereich der Infrastruktur, nach dem Willen der beteiligten Kantone eine öffentliche Aufgabe darstellen. Die exklusive Nutzung des Hafenbeckens III für Projekt GBN könnte daher zur Unterstellung unter das Vergaberecht führen.
  - Bei einer Sondernutzungskonzession für die Benützung öffentlichen Grundes räumt der Staat einem Privaten ein Recht ein und erhält dafür (in der Regel) eine Gegenleistung.<sup>125</sup> Deswegen liegt hier grundsätzlich keine Beschaffung vor, da das Gemeinwesen als Anbieterin der charakteristischen Leistung auftritt. Sind mit der Konzession jedoch untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden, die Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden<sup>126</sup>, so kommt es zu einer Unterstellung unter das Beschaffungsrecht vor.
- c) Soweit GBN einer Public Private Partnership gleichgestellt wird, kommen die Verfahrensregeln des Beschaffungsrechts zur Anwendung. Eine öffentliche Beschaffung liegt etwa dann vor, wenn der private PPP-Partner gegen Entgelt, d.h. im Rahmen eines synallagmatischen Vertrags, für das Gemeinwesen Leistungen erbringt (Vertragsmodell).<sup>127</sup> Die SRH wird sich an Projekt GBN finanziell beteiligen (Hafenbecken III) und wird für den Betrieb des Terminals voraussichtlich eine private Projektträgerschaft beauftragen, was für eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht spricht.<sup>128</sup>
- d) Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB können ausnahmsweise auch Subventionen zu einer Unterstellung unter das Vergaberecht führen, nämlich, wenn die öffentliche Hand ein Objekt oder eine Leistung zu über 50% subventioniert.

---

<sup>123</sup> Vgl. BEYELER, Rz. 142.

<sup>124</sup> Vgl. Art. 2a Abs. 1 lit. a VöB.

<sup>125</sup> BGE 125 I 209 E. 6b BGE 128 I 136 E. 4.1; BGE 135 II 49 E. 4.3.2 und E. 5.1.

<sup>126</sup> BGE 135 II 49 E. 4.4.

<sup>127</sup> SCHNEIDER HEUSI/JOST, S. 30.

<sup>128</sup> BGer 2C\_198/2012 Urteil vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3 e contrario.

- e) Das Erstellen und der Betrieb von Eisenbahnanlagen unterstehen regelmässig dem Beschaffungs- bzw. Vergaberecht.<sup>129</sup> Eine Ausnahme liegt vor betreffend Güterverkehr auf der Normalspur.<sup>130</sup> Die SBB Cargo unterstehen daher regelmässig nicht dem Beschaffungs- bzw. Vergaberecht.<sup>131</sup> Ob diese Ausnahme auch für die GBN AG und den bimodalen Teil des Terminal GBN gelten würde, kann in casu nicht beurteilt werden.

### 3. Binnenmarktrechtliche Bedenken

109. Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst alle Übertragungen von kantonalen oder kommunalen Monopolen auf Private. Das Bundesgericht hat zwar den genauen Anwendungsbereich offengelassen (BGE 135 II 49 E. 4.1), die Praxis der Wettbewerbskommission und diverser kantonaler Verwaltungsgerichte spricht aber für eine zunehmende Erfassung aller Monopole unter die binnenmarktrechtliche Bestimmung. Die SRH haben ein Monopol inne, welches sie Privaten überlassen. Es ist von einer grundsätzlichen Ausschreibungspflicht der Überlassung von öffentlichem Grund im Hafengebiet durch die SRH auszugehen.

110. Diese Ausschreibungspflicht steht in einem Spannungsverhältnis zum Projekt GBN:

- a) Für den Betrieb der trimodalen Ausbaustufe des Terminals bedarf der jeweilige Betreiber der Nutzung des zu bauenden Hafenbeckens III, also öffentlichen Grundes. Diese Nutzung wäre auszuschreiben. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Nutzung des Hafenbeckens III, wenn die SRH dort die Infrastruktur für einen trimodalen Terminal erstellt, für den Betreiber des bimodalen Terminals grösser ist als für andere Wettbewerber.
- b) Durch die im Vorfeld erworbene Kontrolle über den zu erstellenden angrenzenden Schienenterminal durch die SBB Cargo hinge zudem jeder Interessent von der Mitwirkung der SBB Cargo als Eigentümerin des entsprechenden Grundstücks ab. Das gemeinsam (SRH sowie SBB Cargo und weitere Partner) durchgeführte Projekt hat in dieser Hinsicht zu einem *fait accompli* geführt, das ein wettbewerbsmässiges Verfahren ausgeschlossen hat.

111. Dass die SRH bisher eine Ausschreibungspflicht durchgesetzt hätten, ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht ersichtlich. Es bestehen Indizien, dass es unzulässig war, die Überlassung öffentlichen Grundes im Hafengebiet, vorliegend zur Nutzung des Hafenbeckens III bzw. dessen Bermen zum Containerumschlag von- und auf Schiffe, freihändig zu regeln. Die korrekte Vorgehensweise wäre wohl der (frühzeitige) Erwerb der Parzelle der SBB durch die SRH oder

---

<sup>129</sup> Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB.

<sup>130</sup> Vgl. Anhang der Verordnung des UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht vom 18. Juli 2002, SR 172.056.111.

<sup>131</sup> Vgl. BVGer B-6350/2015 Urteil vom 22. Februar 2016, E. 3.4; «Auslinkklausel».

die Kantone mit anschliessender öffentlicher Ausschreibung der Nutzung beider Parzellen für Erstellung und Betrieb des neuen Terminals durch den besten Anbieter gewesen.

Zürcher Hochschule  
für Angewandte Wissenschaften

## School of Management and Law

St.-Georgen-Platz 2  
Postfach  
8401 Winterthur  
Schweiz

[www.zhaw.ch/sml](http://www.zhaw.ch/sml)

