

BGer 2C_983/2022 vom 5. Juni 2024

Bundesgericht, 2024-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_983_2022

FR: TF 2C_983/2022 du 5 juin 2024

IT: TF 2C_983/2022 del 5 giugno 2024

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1).

E. 1.1

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) und richtet sich gegen das kantonale letztinstanzliche (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG), verfahrensabschliessende (Art. 90 BGG) Urteil eines oberen Gerichts (Art. 86 Abs. 2 BGG). Das Rechtsmittel ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, da keine Ausschlussgründe vorliegen (Art. 83 BGG). Namentlich liegt kein Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen vor (Art. 83 lit. f BGG), da die Verfahren über die Verleihung eines Monopolrechts im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht in den Anwendungsbereich von Art. 83 lit. f BGG fallen (vgl. BGE 143 II 120 E. 2.2; Urteile 2C_959/2021 und 2C_961/2021 vom 30. November 2022 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 148 II 564). Die Beschwerdeführerinnen sind bereits im kantonalen Verfahren als Parteien beteiligt gewesen und dort mit ihrem Antrag, die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, eine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM durchzuführen, nicht durchgedrungen. Ausserdem sind sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt (vgl. auch Urteile 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.4). Sie sind somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Die Beschwerdeführerinnen verlangen vor Bundesgericht neben der Aufhebung des Urteils vom 1. Juni 2022 und der Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz, es sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, das Projekt Gateway Basel Nord derart auszugestalten, dass die Rechte Dritter am Zugang zum Hafenmonopol gewahrt würden. Dieser Antrag liegt ausserhalb des Streitgegenstands - d.h. der Feststellung des Bestehens einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM - und wurde in dieser Form im vorinstanzlichen Verfahren auch nicht gestellt. Gemäss Art. 99 Abs. 2 BGG sind vor Bundesgericht neue Begehren unzulässig. Entsprechend ist auf dieses Begehren nicht einzutreten.

E. 1.3

Damit verbleiben im bundesgerichtlichen Verfahren die von den Beschwerdeführerinnen gestellten (kassatorischen) Aufhebungs- und Rückweisungsanträge. Soweit das Bundesgericht reformatorisch entscheiden kann, darf sich die beschwerdeführende Partei wegen der reformatorischen Natur der Rechtsmittel grundsätzlich nicht darauf beschränken,

die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Angelegenheit zu beantragen. Sie muss vielmehr einen Antrag in der Sache stellen (Art. 107 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 147 I 89 E. 1.2.5; 133 III 489 E. 3.1). Die Rechtsmittelbegehren sind indes nach Treu und Glauben unter Beizug der Beschwerdebegründung auszulegen. Geht aus der Beschwerdebegründung zweifelsfrei hervor, was die beschwerdeführende Partei anstrebt, und wie nach erfolgter Rückweisung vorzugehen wäre, liegt ein Antrag in der Sache vor (vgl. BGE 137 II 313 E. 1.3; 133 II 409 E. 1.4.1; Urteil 2C_1033/2020 vom 9. Dezember 2021 E. 1.3). Unter diesem Blickwinkel verlangen die Beschwerdeführerinnen zweifelsfrei die Feststellung des Bestehens einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM , wobei diesfalls, wie im vorinstanzlichen Verfahren beantragt (vgl. Bst. B.c hiervor), die Beschwerdegegnerin anzuweisen wäre, eine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM durchzuführen.

E. 1.4

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten, soweit sie im Zusammenhang mit der Feststellung des Bestehens einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM steht.

E. 2

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1).

Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Der festgestellte Sachverhalt kann nur erfolgreich gerügt sowie berichtigt oder ergänzt werden, wenn er offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG ; Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 142 I 135 E. 1.6; 140 III 16 E. 1.3.1). Rügt die beschwerdeführende Partei eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, haben ihre Vorbringen den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6; 133 II 249 E. 1.4.3).

E. 3

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV , da ihnen keine vollständige Einsicht in die Akten der Beschwerdegegnerin gewährt worden sei. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die von den Beschwerdeführerinnen konkret bezeichneten Aktenstücke nach den vorinstanzlichen Feststellungen nicht existieren, sodass diese auch nicht eingesehen werden könnten (vgl. E. 3.3.3 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die Feststellung nicht. Sie stellen sich vielmehr auf den Standpunkt, dass die Übertragung von Nutzungsrechten an öffentlichen Sachen eines formellen Akts (Verträge etc.) bedürfe. Entweder, so die Beschwerdeführerinnen, fehle es in rechtswidriger Weise an diesen Grundlagen oder die Beschwerdegegnerin habe ihnen Einsicht in diese Grundlagen zu gewähren. Während es mit Blick auf die Existenz gewisser Dokumente im bundesgerichtlichen Verfahren an hinreichend begründeten Sachverhaltsrügen fehlt (vgl.

Art. 106 Abs. 2 BGG), zielen die Beschwerdeführerinnen mit ihren Ausführungen zum formellen Akt bei der Übertragung von Nutzungsrechten auf die materielle Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit ab (vgl. E. 5 hiernach). Entsprechend ist keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV zu erkennen.

E. 4

Unter den Verfahrensbeteiligten ist strittig, ob der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM eröffnet ist. Gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

E. 4.1

Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfasst Art. 2 Abs. 7 BGBM sowohl rechtliche als auch faktische kantonale und kommunale Monopole (vgl. BGE 145 II 303 E. 6.1.1; 143 II 598 E. 4.1.1). Während sich das Bundesgericht zu den rechtlichen staatlichen Monopolen im Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM bisher kaum äussern musste (vgl. z.B. Urteil 2C_697/2019 vom 21. August 2020 E. 2.2. f. [Helikopterrettung im Grundversorgungsmonopol; offengelassen]), besteht zu den faktischen staatlichen Monopolen im Kontext von Art. 2 Abs. 7 BGBM eine reichhaltige Rechtsprechung: Das Bundesgericht beurteilte die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM diesbezüglich bereits mit Bezug auf die Verleihung von Konzessionen für den Plakataushang auf öffentlichem Grund (vgl. BGE 143 II 120 E. 6 [bejaht]; vgl. auch Urteile 2C_959/2021 und 2C_961/2021 vom 30. November 2022 E. 2.2 und E. 7, nicht publ. in: BGE 148 II 564 ; BGE 135 II 49 E. 4.1 ; 125 I 209 E. 10b), die Bewilligungserteilung für Standplätze auf öffentlichem Grund (vgl. BGE 143 II 598 E. 4.2 [Taxi-Standplätze; bejaht]; Urteile 2C_228/2020 vom 21. Juli 2020 E. 5.3.3 [Buvette-Standplätze; bejaht]; 2C_167/2012 und 2C_444/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 4.3 und E. 5 [Glacé-Pavillons; offengelassen]; zum bloss gesteigerten Gemeingebrauch siehe auch Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2 und E. 4 [Wochenmarktstandplätze]) oder die Verleihung einer Konzession zur Sanierung und zum Betrieb einer Autobahnraststätte (vgl. Urteile 2C_351/2017 und 2C_352/2017 vom 12. April 2018 E. 1.4 und E. 3.3 [bejaht]).

E. 4.2

Unlängst äusserte sich das Bundesgericht auch zur Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Übertragung von Nutzungsrechten am Finanz- und Verwaltungsvermögen des Gemeinwesens als faktische Monopole. Während die Übertragung des Betriebs eines im städtischen Finanzvermögen stehenden Hotels nicht vom Anwendungsbereich erfasst wird (vgl. BGE 145 II 252 E. 5.1), bejahte das Bundesgericht die Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Leitung und des Rechts zur ausschliesslichen Nutzung der Räumlichkeiten eines Stadttheaters im Verwaltungsvermögen (vgl. BGE 145 II 303 E. 6.3 f.). Massgebend für das Vorliegen eines Monopols im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist angesichts der Rechtsprechung demnach insbesondere das Bestehen beschränkt verfügbarer - mithin exklusiver - Nutzungsrechte des Gemeinwesens (vgl. Oesch/Renfer, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, N. 6 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM). Entsprechend bezieht sich der binnenmarktrechtliche Monopolbegriff auf einen geschlossenen Markt, wobei die Zahl der Anbietenden durch Rechtssatz oder aufgrund der beschränkt verfügbaren öffentlichen Sachen eingeschränkt ist und der Staat entscheidet,

welche private Person als Anbieterin zugelassen wird (vgl. Diebold, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl. 2020, S. 465 ff., N. 75; vgl. auch Poltier, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 13 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM).

E. 4.3

Es ist für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht massgebend, ob die Übertragung der Nutzung des Monopols auf Private in Form einer Konzession oder anderweitig erfolgt (vgl. BGE 145 II 303 E. 6.1.2; 145 II 252 E. 4.1; 145 II 32 E. 4.1; 143 II 598 E. 4.1; zum Begriff des Privaten siehe Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM). Der Begriff der Übertragung erfasst somit die Überlassung der Exklusivrechte sowohl durch einen formellen Akt als auch durch eine faktische Zulassung zur Monopoltätigkeit. Auch die Erneuerung oder Verlängerung einer bestehenden Konzession gilt wiederum als Übertragungsvorgang gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM (vgl. auch Urteile 2C_351/2017 und 2C_352/2017 vom 12. April 2018 E. 5.2.4). Ausschlaggebend für das Vorliegen einer Übertragung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist in der Regel der Umstand, dass die Verantwortung für die Ausübung der wirtschaftlichen (Monopol-) Tätigkeit auf Private übergeht (vgl. Poltier, a.a.O., N. 26 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM).

E. 5

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden eine Verletzung von Art. 2 Abs. 7 BGBM .

E. 5.1

Das Bundesgericht hielt in den Urteilen 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 bereits fest, dass sich die vorliegende Angelegenheit durch eine besondere faktisch-räumliche Gegebenheit auszeichnet (vgl. auch E. 5.4.2 hiernach). Diese charakterisiert sich durch zwei angrenzende Grundstücke, wobei sich der Umschlagterminal auf dem Grundeigentum Privater und das Hafenbecken 3 auf dem Grundeigentum der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft befinden werden. Daraus ergibt sich eine Konstellation mit einem direkten Zugang von privatem Grundeigentum zum Hafengebiet (vgl. Urteile 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.3.2). Vor diesem Hintergrund wies das Bundesgericht die Beschwerdegegnerin an, mittels Verfügung über das Bestehen einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM zu entscheiden (vgl. Urteile 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 E. 7).

E. 5.2

Die Vorinstanz gelangte im Zuge der Überprüfung der von der Beschwerdegegnerin erlassenen Verfügung vom 23. September 2020 zum Schluss, dass die Übertragung des Nutzungsrechts am Grundeigentum des Hafengebiets von den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft an die Beschwerdegegnerin innerhalb der Staatssphäre stattgefunden habe, da die beiden Kantone die Trägerinnen der öffentlich-rechtlichen Anstalt seien. Dieser Vorgang werde daher nicht von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst (vgl. E. 8.5 des angefochtenen Urteils; vgl. auch E. 5.4.2 hiernach). Mit Blick auf die besondere Konstellation des direkten Zugangs vom privaten Grundeigentum der B._____ AG auf das Hafengebiet sei überdies keine Übertragung eines exklusiven Nutzungsrechts verbunden, weshalb der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM ebenso nicht eröffnet sei (vgl. E. 9.5 des angefochtenen Urteils).

E. 5.3

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor Bundesgericht vor, sie verfügten zwar nicht wie die B. _____ AG über ein eigenes Grundstück am geplanten Hafenbecken 3. Die Beschwerdegegnerin habe jedoch in Absprache mit der B. _____ AG das Hafenbecken 3 derart geplant, dass das Nutzungsrecht am neuen Hafenbecken faktisch an die B. _____ AG übertragen werde. Die Beschwerdegegnerin räume selbst ein, so die Beschwerdeführerinnen, dass sie seit mindestens 2008 gemeinsam mit der B. _____ AG respektive deren Rechtsvorgängerinnen das Projekt eines trimodalen Umschlagterminals plane. Im Umstand, dass die Beschwerdegegnerin als öffentlich-rechtliche Anstalt eine Infrastruktur faktisch und in Absprache mit einer privaten Person so baue, damit nur diese private Person das öffentliche Gewässer im Hafenbecken 3 - mithin ein faktisches Monopol - nutzen könne, sei eine Übertragung eines Nutzungsrechts nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zu sehen.

Es sei überdies offenkundig, so die Beschwerdeführerinnen weiter, dass zwischen dem privaten Grundstück, auf dem der Umschlagterminal gebaut werde, und dem Hafenbecken 3 baulich-technische Verknüpfungen bestehen würden. So zeige sich bereits aus den bestehenden Visualisierungen des Projekts, dass nicht nur der Hafenkran den Luftraum über dem öffentlichen Gewässer des Hafenbeckens 3 exklusiv in Anspruch nehme, sondern dass auch Spundwände, Erdanker, Filterbrunnen und weitere Anlagen den Umschlagterminal mit dem Hafenbecken 3 verbinden würden. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen bedarf die Sondernutzung des öffentlichen Gewässers durch die B. _____ AG einer (befristeten) Sondernutzungskonzession, was zugleich den Rechtsakt bilde, mit dem die Nutzung des faktischen Monopols auf einen Privaten übertragen werde.

E. 5.4

Um zu klären, ob die Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM zur Anwendung gelangt, ist zunächst der Frage nachzugehen, welches binnenmarktrechtliche

Monopol in der vorliegenden Angelegenheit - nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen - von einer allfälligen Übertragung durch die Beschwerdegegnerin auf Private betroffen ist.

E. 5.4.1

Ausgangspunkt für diese Beurteilung ist der Staatsvertrag vom 20. Juni 2006 über die Zusammenlegung der Rheinschiffahrtsgesellschaft Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft zu einer Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit unter dem Namen "Schweizerische Rheinhäfen" ("Ports Rhénans Suisses", "Swiss Rhine Ports"; SGS 421.1) - der sogenannte Rheinhafen-Vertrag. Gemäss § 2 Abs. 1 des Rheinhafen-Vertrags verbleibt das Grundeigentum an den kantonalen Hafengebieten bei den Vertragskantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft. Indessen überlassen die Vertragskantone der Schweizerische Rheinhäfen die Hafengebiete zur Nutzung, während sie die im kantonalen Eigentum stehende Infrastruktur wie Hafenbecken, Quais, nicht öffentliche Strassen, Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen der Anstalt unentgeltlich als selbständiges und dauerndes Baurecht übertragen (vgl. § 2 Abs. 2 und Abs. 3 des Rheinhafen-Vertrags). Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen erwirbt der Kanton Basel-Stadt die für das Hafenbecken 3 vorgesehene Landfläche. Das Grundeigentum auf dem das Hafenbecken 3 erstellt wird, überlässt der Kanton sodann der Beschwerdegegnerin ebenfalls zur Nutzung (vgl. E. 7.2 und E. 8.5 des angefochtenen Urteils).

E. 5.4.2

Unter den Verfahrensbeteiligten ist zu Recht unbestritten, dass der im Rheinhafen-Vertrag geregelte Übertragungsvorgang von den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft auf die Beschwerdegegnerin nicht Streitgegenstand ist und im Übrigen auch nicht vom Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst wird. Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstalt, deren Trägerinnen die beiden Kantone sind. Die Nutzungsrechte am Hafengebiet und an der Hafeninfrastruktur werden damit innerhalb der Staatssphäre überlassen und nicht auf eine private Person übertragen. Entsprechend verlangen die Beschwerdeführerinnen auch von der Beschwerdegegnerin (und nicht von den beiden Kantonen), dass sie im Zusammenhang mit dem Projekt Gateway Basel Nord Ausschreibungen im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorzunehmen habe (vgl. Bst. B hiervor).

E. 5.4.3

Das in der vorliegenden Angelegenheit massgebende (kantonale) Monopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist nach dem Dargelegten faktischer Natur und betrifft die im Eigentum der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft stehenden Grundstücke des Hafengebiets sowie die darauf befindliche Hafeninfrastruktur. Dazu zählt inskünftig auch das noch zu errichtende Hafenbecken 3. Gegenwärtig wird das Monopol von der Beschwerdegegnerin gestützt auf den Rheinhafen-Vertrag genutzt und bewirtschaftet (zur Hafengewirtschaftung siehe auch §§ 5 ff. des Rheinhafen-Vertrags).

E. 5.5

Alsdann ist zu prüfen, ob vorliegend eine

Übertragung der Nutzung des kantonalen Monopols von der Beschwerdegegnerin auf Private im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgenommen wird.

E. 5.5.1

Die Beschwerdeführerinnen wollen einen Übertragungsvorgang auf Private darin erkennen, dass die Beschwerdegegnerin in Absprache mit der B. _____ AG das Hafenbecken 3 derart geplant habe, damit diese von deren privaten Grundstück aus einen direkten und privilegierten Zugang zum Hafengebiet erhalte. Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen wird das künftige Hafenbecken 3 im Norden und Westen unmittelbar an das Grundstück im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland (Eisenbahnvermögen) angrenzen, während sich das Grundstück auf der Südseite des Hafenbeckens 3 im Grundeigentum der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesamt für Strassen) befindet. Der Umschlagterminal der B. _____ AG kommt im Osten des Hafenbeckens 3 zu liegen (vgl. E. 7.2 des angefochtenen Urteils; Art. 105 Abs. 1 BGG). Daraus ergibt sich in tatsächlicher Hinsicht, dass die Beschwerdeführerinnen kein an das Hafenbecken 3 angrenzendes Grundstück besitzen. Derweil entsteht vom östlichen Grundstück, auf dem der trimodale Umschlagterminal errichtet wird, ein direkter Zugang zum Hafenbecken 3.

E. 5.5.2

Dieser direkte, faktische Zugang des Grundstücks im Privateigentum auf das Hafengebiet als solcher stellt allerdings noch keinen Übertragungsvorgang im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM dar. Erforderlich wäre vielmehr, dass die Beschwerdegegnerin nebst der Gewährung des direkten Zugangs auch die Verantwortung für die Bewirtschaftung des Hafengebiets an die B. _____ AG (weiter-) überträgt (vgl. E. 4.3 hiervor; Poltier, a.a.O.,

N. 26 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM). Dies ist vorliegend aber nicht der Fall: Die Nutzungsrechte am Hafengebiet sowie an der Hafeninfrasturktur verbleiben bei der Beschwerdegegnerin und die Rechte und Pflichten aus dem Rheinhafen-Vertrag treffen weiterhin die Beschwerdegegnerin (vgl. E. 9.4 des angefochtenen Urteils). Die bloss geografsche Nähe des Projekts Gateway Basel Nord und der damit einhergehende faktische Vorteil der B._____ AG führen nicht zu einer Übertragung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM . Insofern hält die WEKO in Rz. 36 ihres Gutachtens vom 6. Dezember 2021 zutreffend fest, dass die "Begünstigung benachbarter Grundstücke durch das Erstellen der Hafeninfrasturktur in einem komplexen Infrastrukturgrossprojekt von nationaler Bedeutung [...] nicht als Übertragung einer Nutzung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM angesehen werden [kann], auch wenn die zu erstellende Hafeninfrasturktur hauptsächlich im Interesse weniger privater Akteure bzw. des angrenzenden privaten Containerterminals [...] liegt".

E. 5.5.3

Daran vermögen auch die sachenrechtlichen Vorkehrungen nichts zu ändern. Die Beschwerdegegnerin räumt in ihrer bundesgerichtlichen Vernehmlassung zwar ein, dass der Zugang der Krananlagen und anderen Anlagen des trimodalen Umschlagterminals zum Hafenbecken 3, wie dies üblich sei, mittels Dienstbarkeiten geregelt werde. Die Beschwerdeführerinnen sehen in diesen Anlagen baulich-technische Verknüpfungen, deren Zugangsregelungen zu einer Übertragung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM führten. Ihnen ist nicht zu folgen: Sie lassen ausser Acht, dass die Belastung der Grundstücke des Hafengebiets zum Vorteil des privaten Grundstücks, auf dem der Umschlagterminal errichtet wird, durch die Errichtung von Dienstbarkeiten (Schwenkrechte der Hafenkrane, Näherbaurecht etc.) nicht zu einer Übertragung der Nutzung des Monopols an sich führt. Die Verantwortung für die Bewirtschaftung des Hafengebiets und der darauf befindlichen Hafeninfrasturktur verbleibt auch unter Berücksichtigung der Koordination bei der Entwicklung und Umsetzung des Projekts Gateway Basel Nord bei der Beschwerdegegnerin. Ob für die Errichtung der notwendigen Dienstbarkeiten zulasten des Grundstücks des Hafenbeckens 3 ein Rechtsgeschäft in Form einer Konzession erforderlich ist, richtet sich nach dem kantonalen Recht, da die Gewasserhoheit bei den Kantonen liegt (vgl. Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV ; Art. 664 ZGB ; BGE 142 I 99 E. 2.2.1; Urteil 2C_900/2011 vom 2. Juni 2012 E. 2.1). Allerdings ist auch mit einem solchen Rechtsgeschäft - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - keine Übertragung der Verantwortlichkeit für die Hafenbewirtschaftung verbunden.

E. 5.6

Nach dem Dargelegten ist der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht eröffnet, da es am erforderlichen Übertragungsvorgang auf Private fehlt. Die Nutzung des kantonalen Monopols verbleibt bei der Beschwerdegegnerin, sodass diese keine binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht trifft.

E. 6

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird.

Bei diesem Verfahrensausgang tragen die Beschwerdeführerinnen die Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.