



**Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und
Verwaltungsrecht**

vom 1. Juni 2022 (810 20 248)

Übriges Verwaltungsrecht

**Feststellungsverfügung betreffend Ausschreibungspflicht im Rahmen des Projektes
Hafenbecken 3**

Besetzung Vizepräsident Daniel Ivanov, Kantonsrichter Niklaus Ruckstuhl,
Markus Clausen, Stefan Schulthess, Kantonsrichterin Ana Dettwiler,
Gerichtsschreiber Martin Michel

Beteiligte **A.____ AG**, Beschwerdeführerin

 B.____ AG, Beschwerdeführerin

 C.____ AG, Beschwerdeführerin

gegen

Schweizerische Rheinhäfen, Beschwerdegegnerin

Betreff Feststellungsverfügung betreffend Ausschreibungspflicht im Rahmen
des Projektes Hafenbecken 3 (Verfügung der Schweizerischen
Rheinhäfen vom 23. September 2020)

A. Das Projekt Gateway Basel Nord (GBN) beinhaltet die Planung und Errichtung eines trimodalen Terminals und die Erweiterung des Hafens um ein drittes Hafenbecken für den Umschlag von Gütern zwischen Strasse, Schiene und Rheinschifffahrt im nördlichen Raum Basels. Mit GBN soll eine Drehscheibe für den Import- und Exportverkehr sowie den alpenquerenden Transitverkehr von Gütern geschaffen werden. GBN soll in zwei Ausbausritten realisiert werden: In einer ersten Etappe soll eine bimodale Umschlaganlage für den Transport auf der Strasse und Schiene entstehen. In einer zweiten Etappe soll GBN um ein neues Hafenbecken (Hafenbecken 3) erweitert werden und als trimodale Anlage Umschlagleistungen für Transporte auf der Strasse, Schiene und dem Wasser ermöglichen. Während der trimodale Terminal auf privatem Grundeigentum von der D.____ AG, einer von den Logistik- und Transportunternehmen E.____ AG, F.____ AG und G.____ AG gegründeten Gesellschaft, gebaut und betrieben werden wird, ist das Hafenbecken 3 auf dem unmittelbar angrenzenden, erweiterten Hafenaerial geplant, welches durch die öffentlich-rechtliche Anstalt "Schweizerische Rheinhäfen" verwaltet wird.

B. Die A.____-Gruppe – dazu gehören die C.____ AG, B.____ AG und die A.____ AG – ist als Betreiberin der trimodalen Containerumschlagterminals in den Häfen H.____, I.____ und J.____ eine Konkurrentin der D.____ AG. Vor diesem Hintergrund gelangte die A.____-Gruppe an die Schweizerischen Rheinhäfen (SRH) und ersuchte diese darum, ihre Auffassung zu widerrufen, wonach im Zusammenhang mit dem Projekt GBN keine öffentlichen Ausschreibungen erfolgen müssten. Weiter verlangte sie von den SRH, diesbezüglich eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.

C. Am 16. August 2018 erhob die A.____-Gruppe beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), eine Rechtsverweigerungsbeschwerde, auf die das Kantonsgericht mit Urteil vom 20. Februar 2019 (Verfahrensnummer 810 18 226) nicht eintrat.

D. Eine von der A.____-Gruppe dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht mit Urteil 2C_651/2019 vom 21. Januar 2020 gut und wies die Sache an die SRH zurück, verbunden mit der Anweisung, mittels Verfügung über das Bestehen einer Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995 zu entscheiden.

E. Mit Schreiben vom 10. Februar 2020 ersuchte die A.____-Gruppe die SRH unter Bezugnahme auf das Rückweisungs Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 2020 um Einsicht in "die relevanten Unterlagen zur Planung des Hafenbeckens 3 und zur diesbezüglichen Zusammenarbeit mit der D.____ AG, den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft und dem Bundesamt für Verkehr (BAV)". Insbesondere ersuchten die Gesuchstellerinnen darum, ihr ein entsprechendes Aktenverzeichnis zuzustellen, damit sie anschliessend bezeichnen könne, welche Dokumente sie einsehen wolle. Zusätzlich baten die Gesuchstellerinnen die SRH um Beantwortung mehrerer inhaltlicher Fragen.

F. Am 17. März 2020 stellten die SRH den Gesuchstellerinnen ein Aktenverzeichnis zu. Zugleich führten sie aus, dass sie – wie vom Bundesgericht angeordnet – eine Verfügung über die Ausschreibungspflicht vorbereiten würden. Sämtliche Fragen würden im Rahmen dieses Verfahrens beantwortet.

G. Mit Schreiben vom 31. März 2020 bezeichneten die Gesuchstellerinnen die Unterlagen, die sie zugestellt haben wollten. Zusätzlich forderten sie die SRH auf, zusätzliche Aktenverzeichnisse zu erstellen.

H. Am 27. April 2020 stellten die SRH den Gesuchstellerinnen die gewünschten Unterlagen zu.

I. Mit Verfügung vom 23. September 2020 lehnten die SRH das Gesuch um Erstellung von Aktenverzeichnissen gestützt auf das Gesetz über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG) vom 10. Februar 2011 ab.

J. Gleichentags erliessen die SRH die Verfügung über die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM.

K. Gegen beide Verfügungen vom 23. September 2020 haben Firmen der A.____-Gruppe am 5. Oktober 2020 beim Kantonsgericht Beschwerde erhoben, weshalb das Kantonsgericht zwei separate Beschwerdeverfahren (Beschwerdeverfahren betreffend Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM [Verfahrensnummer 810 20 248] und Beschwerdeverfahren betreffend Gesuch um Erstellung von Aktenverzeichnissen [Verfahrensnummer 810 20 250]) eröffnet hat.

L. In der Beschwerde betreffend die Ausschreibungspflicht beantragen die Beschwerdeführerinnen, die Verfügung der SRH sei aufzuheben und die SRH seien anzuweisen, bezüglich des Projekts GBN eine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM durchzuführen. Eventualiter seien die SRH zu verpflichten, die Umschlagplätze im Hafenbecken 2 auf das Jahr 2029 neu zuzuteilen. In prozessualer Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Verletzung des Akteneinsichtsrechts).

M. Mit Vernehmlassung vom 11. Januar 2021 beantragen die SRH, die Beschwerde sei – unter Kostenfolge – abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

N. Im Rahmen der Replik vom 12. April 2021 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen und Begründungen vollumfänglich fest.

O. Mit der Duplik vom 11. Juni 2021 hielten die SRH an ihren Anträgen und Begründungen fest.

P. Mit Verfügung vom 21. September 2021 ersuchte das Kantonsgericht die Wettbewerbskommission (WEKO), in der vorliegenden Angelegenheit ein Gutachten zur Frage der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM zu erstellen.

Q. Am 29. September 2021 nahmen die Beschwerdeführerinnen zur Duplik Stellung.

R. Die WEKO reichte am 6. Dezember 2021 ihr Gutachten ein.

S. Am 14. Februar 2022 nahmen die Parteien zum Gutachten der WEKO Stellung.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Gemäss § 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 ist die verwaltungsgerichtliche Beschwerde beim Kantonsgericht zulässig gegen Verfügungen und Entscheide von Behörden und Gerichten, sofern die kantonale Gesetzgebung und die Verfassung die Zuständigkeit des Kantonsgerichts als Verwaltungsgericht vorsehen. Nach § 9 Abs. 2 des Staatsvertrags 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" (Rheinhafen-Vertrag) vom 13./20. Juni 2006 können Verfügungen der SRH, die sich auf kantonales Recht stützen, beim Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft als direkte Beschwerdeinstanz angefochten werden. Der Erlass und die Anfechtung von Verfügungen, die sich auf Bundesrecht stützen, richten sich gemäss § 9 Abs. 3 Rheinhafen-Vertrag grundsätzlich nach den bundesrechtlichen Bestimmungen. Da es sich bei den SRH indes um eine (inter)kantonale Instanz handelt, richten sich der Erlass und die Anfechtbarkeit auch bei Verfügungen der SRH, welche sich auf Bundesrecht stützen, nach kantonalem Recht. Das Kantonsgericht ist somit nach der ständigen Rechtsprechung als direkte Beschwerdeinstanz zur Beurteilung von Verfügungen der SRH zuständig, unabhängig davon, ob sich diese auf kantonales Recht oder Bundesrecht stützen (Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 26. Januar 2011 [810 10 352] E. 1.1-1.4; KGE VV vom 21. März 2018 [810 16 154] E. 1.1; KGE VV vom 12. Juni 2019 [810 18 238] E. 1.1). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit ist somit gegeben. Sodann haben die Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung über das Bestehen einer Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM (vgl. zum schutzwürdigen Interesse: Urteil des Bundesgerichts 2C_651/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.4).

1.2 Auf die Beschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten. Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde ist indessen nur im Rahmen des Streitgegenstands zulässig. Dieser wird durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibegehren bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, 2013, N. 686 ff.). Streitgegenstand ist vorliegend einzig das Bestehen einer

Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM im Zusammenhang mit der Erstellung des Hafenebeckens 3. Soweit sich die Anträge und Rügen der Beschwerdeführerinnen nicht direkt auf den vorliegenden Streitgegenstand beziehen, kann darauf nicht eingetreten werden. Dies trifft insbesondere auf den Eventualantrag zu, die SRH seien zu verpflichten, die Umschlagplätze im Hafenecken 2 auf das Jahr 2029 neu zuzuteilen.

1.3 Die übrigen formellen Voraussetzungen der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde gemäss den §§ 43 ff. VPO sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist somit unter Vorbehalt der Ausführungen in E. 1.2 hiervor einzutreten.

2. Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Die Beurteilung der Angemessenheit ist dem Kantonsgericht dagegen – abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen – verwehrt (§ 45 Abs. 1 lit. c VPO).

3.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem sie geltend machen, sie hätten nicht in alle fallrelevanten Akten Einsicht erhalten, insbesondere nicht in jene Dokumente, welche die jeweiligen Vereinbarungen und Erklärungen (Vereinbarung SRH und E.____ AG vom 25. Februar 2013, Vereinbarung D.____ AG und SRH vom 24. Februar 2016, Gemeinsame Absichtserklärung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft sowie SRH vom 25. September 2017, Letter of intent vom 27. November 2017 und Grundsatzvereinbarung vom 7. Mai 2018) begleitet hätten. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die ihnen bisher nur sehr eingeschränkt gewährte Akteneinsicht sei nicht ausreichend, um die Rechtswidrigkeit der vorliegenden Verfügung rechtsgenügend darlegen zu können. Im Hinblick auf die Ausschreibungspflicht sei es notwendig, die Akten darüber einsehen zu können, wie die Planung des Hafenebeckens 3 in der Zusammenarbeit zwischen der D.____ AG, den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft und dem BAV zustande gekommen und durchgeführt worden sei. Nur mit der Einsicht in diese Akten könne sie prüfen und darlegen, wie die nach Art. 2 Abs. 7 BGBM gebotene Ausschreibung des Terminalbetriebs durch die Gestaltung des Projekts des Hafenebeckens 3 von Anfang an faktisch verhindert resp. umgangen worden sei. Die SRH sprächen davon, dass die D.____ AG schon zu Projektbeginn Eigentümerin des betreffenden Grundstücks gewesen sei. Somit hätten sich die SRH offensichtlich bei ihrer Entscheidung auf die weit zurückreichenden Akten der Planungszusammenarbeit des Hafenebeckens 3 abgestützt, in welche nun Einsicht verlangt werde. Indem die SRH diese Akten zurückhielten bzw. nicht gewillt seien, ein Aktenverzeichnis dieser Dokumente herauszugeben bzw. zu erstellen, liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

3.2 Die SRH erachten die Vorwürfe betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. verweigerte Akteneinsicht als haltlos, was sich aus den Verfahrensakten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sowie des Beschwerdeverfahrens 810 20 250 ergebe. Sie hätten die umfangreichen Verfahrensakten des vorliegenden Verfahrens den Beschwerdeführerinnen bereits mit Schreiben vom 17. März 2020 im Rahmen eines angeforderten Aktenverzeichnisses detail-

liert bekannt gegeben. Den zusätzlichen Wünschen der Beschwerdeführerinnen auf die Erstellung weitergehender Aktenverzeichnisse zur Entstehungsgeschichte einzelner Akten könne weder im vorliegenden Verfahren noch im Verfahren nach dem Gesetz über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG) vom 10. Februar 2011 entsprochen werden.

3.3.1 Zunächst ist in Bezug auf die geltend gemachte Verletzung des Akteneinsichtsrecht darauf hinzuweisen, dass vorliegend einzig die Akteneinsicht im vorinstanzlichen Verwaltungsverfahren betreffend Erlass einer Feststellungsverfügung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM Streitgegenstand ist. Über die von der A.____ AG erhobene Beschwerde betreffend Erstellung von Aktenverzeichnissen nach dem IDG hat das Kantonsgericht bereits in einem separaten Beschwerdeverfahren mit Urteil vom 10. Januar 2022 (Verfahrensnummer 810 20 250) entschieden.

3.3.2 Das Recht auf Akteneinsicht wird als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 und § 9 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft (KV) vom 17. Mai 1984 gewährleistet. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist angesichts der formellen Natur des Gehörsanspruchs vor den weiteren Vorbringen zu behandeln (BGE 137 I 195 E. 2.2). Das Recht auf Akteneinsicht wird in diversen weiteren Erlassen, insbesondere im Verwaltungsverfahrensgesetz Basel-Landschaft (VwVG BL) vom 13. Juni 1988, welches das Verfahren für den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung von Verfügungen durch Verwaltungsbehörden regelt (§ 1 Abs. 1 VwVG BL), konkretisiert. Das kantonale Prozessrecht statuiert indes keinen weitergehenden Gehörsanspruch als die Bundesverfassung. Gemäss § 2 Abs. 3 lit. d VwVG BL gelten die kantonalen Anstalten und Betriebe, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben verfügen, als Behörden im Sinne des VwVG BL. Die SRH sind eine interkantonale Anstalt mit Sitz im Kanton Basel-Landschaft und damit eine Behörde im Sinne des VwVG BL (vgl. auch § 9 Abs. 1 Rheinhafen-Vertrag), weshalb für die Gewährung des Akteneinsichtsrechts bei den SRH im Zusammenhang mit dem Erlass der Feststellungsverfügung das VwVG BL anwendbar ist. Gemäss § 14 Abs. 1 VwVG BL haben die Parteien Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen ihre Geheimhaltung erfordern. Der Inhalt eines Aktenstücks, in welches die Einsicht verweigert wird, muss so weit bekanntgegeben werden, als dies ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist (§ 14 Abs. 2 VwVG BL). Ergänzende Vorschriften zum Akteneinsichtsrecht und zur Herausgabe von Akten ergeben sich aus der Verordnung zum Verwaltungsverfahrensgesetz Basel-Landschaft (Vo VwVG BL) vom 30. November 2004. Nach § 1 Abs. 2 Vo VwVG BL wird Einsicht in alle Akten gewährt, die der Behörde als Grundlage für ihre Entscheidung dienen. Nach der ständigen kantons- und bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss allerdings keine Einsicht gewährt werden in sogenannten verwaltungsinterne Akten. Sie sind nicht Teil der beweis erheblichen Aktenstücke, weshalb für die Feststellung des massgeblichen Sachverhalts auch nicht darauf abgestellt werden darf. Als verwaltungsintern gelten Unterlagen, die ausschliesslich der behördlichen internen Meinungsbildung dienen und denen für die Behandlung des Falles kein Beweischarakter zukommt. Darunter fallen Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, schriftliche Mitteilungen sowie Hilfsbelege (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.4;

BGE 125 II 473 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 6B_28/2018 vom 7. August 2018 E. 7.4; je mit Hinweisen).

3.3.3 Die SRH haben ein umfangreiches, 13 Seiten umfassendes Aktenverzeichnis (Aktenverzeichnis zum Projekt Hafengebäude 3 der SRH), in welchem ihr Aktenbestand im Umfang von 17 Bundesordnern betreffend das Projekt GBN und Hafengebäude 3 (nachfolgend: Akten SRH) detailliert verzeichnet ist, erstellt. Dieses Aktenverzeichnis haben die SRH den Beschwerdeführerinnen zukommen lassen und den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit geboten, in sämtlichen darin verzeichneten Unterlagen Einsicht zu erhalten (Akten SRH, act. 76). Nachdem die Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 31. März 2020 diverse Aktenstücke bezeichnet hatten, entsprachen die SRH dem Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Akteneinsicht in sämtliche von ihr konkret bezeichneten Dokumente (Akten SRH, act. 77 und 78). Abgewiesen haben die SRH das Gesuch um Akteneinsicht einzig hinsichtlich der Aufforderung der Beschwerdeführerinnen zur Erstellung zusätzlicher Aktenverzeichnisse, mit welchen "jene Dokumente ausgewiesen werden, welche die jeweiligen Vereinbarungen und Erklärungen begleitet hatten" (Akten SRH, act. 80). Die SRH haben dem Kantonsgericht mit der Vernehmlassung die Akten im Umfang von 17 Bundesordnern vollständig eingereicht. Aus diesen Akten ergibt sich eine einwandfreie Aktenführung und es besteht kein Anlass, an der Vollständigkeit dieser Akten zu zweifeln. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kann sodann aus der Tatsache, dass die SRH schon zu Projektbeginn Kenntnis der Eigentümerschaft der jeweiligen Grundstücke hatte, nicht darauf geschlossen werden, dass sie sich auf zusätzliche Akten gestützt hätten. Vielmehr ergeben sich diese Fakten aus den – den Beschwerdeführerinnen zur Einsichtnahme angebotenen – Akten der SRH (Landerwerbsplan Hafengebäude 3, Akten SRH, act. 09.18; Bericht zu Entwicklungsoptionen der SRH im trimodalen Containerverkehr und Strategie der Hafenbahn Schweiz AG für die kommenden Perioden der Leistungsvereinbarung zu Händen des BAV vom 19. Dezember 2012, Akten SRH, act. 01, S. 30). Damit hätten die Beschwerdeführerinnen ohne weiteres die Möglichkeit gehabt, in diese Akten Einsicht zu nehmen (Akten SRH, act. 76). Soweit die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe vom 14. Februar 2022 geltend machen, die vorhandenen Akten enthielten Hinweise auf weitere Akten (insbesondere Betriebs- und Unterhaltskonzepte, eine "Road Map", ein "Zielbild 2030" und Verträge über den Erwerb von Grundstücken), die von den SRH bisher in keinem Verzeichnis geführt worden seien, kann ihnen nicht gefolgt werden. Die von den Beschwerdeführerinnen in der Vereinbarung vom 24. Februar 2016 (Akten SRH, act. 04) angeführten Betriebs- und Unterhaltskonzepte beziehen sich, wie sich aus Ziff. 5.2 der Vereinbarung ergibt, auf die dereinst anzupassende Hafenordnung bzw. Hafenreglemente. In Bezug auf die angeblich fehlenden Verträge über den Kauf von Grundstücken ist sodann festzuhalten, dass bislang noch gar keine Grundstücke im Zusammenhang mit der Erstellung des Hafengebäudes 3 erworben wurden, weshalb auch keine entsprechenden Verträge vorhanden sein können. Bei den weiteren von den Beschwerdeführerinnen angeführten Unterlagen ("Road Map", Vorschlag für die organisatorische Weiterentwicklung der SRH etc.) verkennen die Beschwerdeführerinnen, dass es sich hierbei nicht um Akten der SRH handelt. Vielmehr ergibt sich aus der gemeinsamen Absichtserklärung vom 25. September 2017, dass nicht die SRH, sondern die Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt sowie der Bund beabsichtigten, eine "Road Map" sowie einen Vorschlag für die Weiterentwicklung der SRH zu erarbeiten (Akten SRH, act. 05). Eine Verletzung des Aktenein-

sichtsrechts ist damit nicht ersichtlich. Im Übrigen bleibt, soweit die Beschwerdeführerinnen auch Einsicht in E-Mails, Aktennotizen etc. verlangen, ergänzend anzumerken, dass es sich dabei – sofern sie überhaupt existieren würden – um interne Dokumente handeln würde, die dem Akteneinsichtsrecht nicht unterlägen.

4. Materiell umstritten und nachfolgend zu klären ist, ob im Zusammenhang mit dem Projekt Hafenbecken 3 ausschreibungspflichtige Vorgänge im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM vorliegen. Das Kantonsgericht hat diesbezüglich die WEKO gestützt auf Art. 10 Abs. 1 BGBM um Erstattung eines Gutachtens ersucht. Die WEKO hat die Voraussetzungen für die Erstellung eines Gutachtens als erfüllt erachtet und mit Gutachten i.S. A.____ vs. SRH betreffend Ausschreibungspflicht im Rahmen des Projektes Hafenbecken 3 vom 6. Dezember 2021 (WEKO-Gutachten) zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM Stellung genommen.

5.1 Hinsichtlich der Frage der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM führten die SRH in der angefochtenen Verfügung vom 23. September 2020 aus, gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM müsse im Falle einer Übertragung der Nutzung von Monopolen durch Kantone und Gemeinden auf Private eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden. Um nicht als Privater im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu gelten, müssten kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Das konzessionerteilende Gemeinwesen müsse alleine oder mit anderen Gemeinwesen zusammen eine ähnliche Kontrolle über den Konzessionär ausüben, wie über eine eigene Dienststelle, und der Konzessionär müsse seine Tätigkeit für das Gemeinwesen ausüben, das seine Anteile innehat. Beide Voraussetzungen seien erfüllt, was sich aus dem Rheinhafen-Vertrag ergebe. Daher gelte die Übertragung des Grundeigentums durch den Kanton Basel-Stadt auf sie im Zusammenhang mit dem Projekt des neuen Hafenbeckens 3 nicht als ausschreibungspflichtig im Sinne des BGBM.

5.2 Weiter führten die SRH aus, das geplante Hafenbecken 3 werde eine öffentliche Verkehrsinfrastruktur bilden und vorbehaltlos jedermann bzw. jeder Unternehmung diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen. Im Ufer- bzw. Anlegebereich des Hafenbeckens 3, der im Grundeigentum der D.____ AG stehe, könne zwar – ohne die Zustimmung der Grundeigentümerin – keine weitere Umschlaggesellschaft einen Terminal betreiben. Der durch die D.____ AG betriebene Terminal stehe allerdings aufgrund verpflichtender Auflagen des Bundes sämtlichen Nutzerinnen und Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung. Wie bei jedem Verkehrsinfrastrukturvorhaben bestehe auch beim Hafenbecken 3 ein "Haupttreiber", dieser sei zweifellos die Umschlagplattform der D.____ AG. Mit der D.____ AG bestünden keinerlei vertragliche Verpflichtungen, die über die Planungs- und Koordinationsbedürfnisse als Betreiberin der öffentlichen Hafenverkehrsinfrastruktur hinausgehen würden. Die D.____ AG (bzw. deren Vorgänger) sei schon zu Projektbeginn Eigentümerin des Grundstücks gewesen, auf welchem der Umschlagterminal errichtet werde. Es habe bisher keine – wie auch immer geartete – Übertragung von Land oder Nutzungsrechten an die D.____ AG gegeben und eine solche sei auch nicht vorgesehen. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse könne das Projekt D.____ AG nicht von beliebigen Dritten realisiert werden; eine Ausschreibung betreffend die Übertragung privaten Eigentums sei rechtlich nicht möglich. Im Zusammenhang mit dem Projekt GBN und dem neuen

Hafenbecken 3 seien im Lichte von Art. 2 Abs. 7 BGBM keine ausschreibungspflichtigen Sachverhalte festzustellen.

5.3 In Bezug auf die Frage nach einem allfälligen Nutzen einer Ausschreibung für die Beschwerdeführerinnen legten die SRH dar, es werde zunächst ein Ausschreibungsobjekt vorausgesetzt. Im vorliegenden Zusammenhang sei indessen nicht erkennbar, welcher Sachverhalt im fraglichen Projekt ausschreibungspflichtig bzw. ausschreibungsfähig sein könnte. Weiter sei auch kein praktischer Nutzen der Beschwerdeführerinnen an einer Ausschreibung ersichtlich. Die Beschwerdeführerinnen seien nicht Eigentümerinnen von an das Hafenbecken 3 angrenzenden Grundstücken. Die vom Bundesgericht mit Urteil 2C_651/2019 vom 21. Januar 2020 aufgeworfene Frage, ob die blosser Gewährung des direkten Zugangs zum Hafengebiet eine Übertragung der Nutzung kantonaler oder kommunaler Monopole an Private im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM darstellen könnte, sei abstrakter Natur und müsse differenziert betrachtet werden. Zu unterscheiden seien grundsätzlich zwei verschiedene Ausgangslagen. Werde eine Verkehrsinfrastruktur errichtet und in diesem Zusammenhang die Nutzung eines kantonalen oder kommunalen Monopols an einen Privaten übertragen, z.B. mittels der Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts, die einem Privaten den direkten Zugang zur neuen Infrastruktur erst ermögliche, werde eine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM selbstverständlich regelmässig durchzuführen sein. Sollte beispielsweise im Zuge der Realisierung der langfristigen Option für weitere Güterumschlagstellen am Hafenbecken 3 die Einräumung von exklusiven Rechten an Private zur Diskussion stehen, stehe es ausser Frage, in diesem Zusammenhang eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Bei dieser langfristigen Option könnten – in Abhängigkeit zum Entwicklungsszenario im Rahmen der Hafen- und Stadtentwicklung – allenfalls später an der Westseite des Hafenbeckens 3 Flächen für einen wasserseitigen Umschlag frei werden. Wenn allerdings – wie vorliegend – eine öffentliche Infrastruktur errichtet werde, für die ein privates Projekt zwar ein wesentlicher Treiber sei, durch die aber verschiedene öffentlich-rechtliche Infrastrukturbedürfnisse abgedeckt würden und die schliesslich allen Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen werde, dann werde keine Nutzung eines kantonalen oder kommunalen Monopols übertragen. Jedes Infrastrukturvorhaben weise einen hauptsächlichen Entstehungsgrund auf bzw. decke ein primäres infrastrukturelles Bedürfnis ab, das sehr oft auch privater Natur sei. Trotzdem bestehe weder im Zusammenhang mit der Erstellung einer öffentlichen Strasse noch einer Eisenbahnstrecke noch eines Hafenbeckens eine Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, solange diese Infrastruktur allen Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werde, auch wenn einzelnen (anstossenden) Grundeigentümern daraus ein erhöhter Vorteil erwachsen möge.

6. Die Beschwerdeführerinnen bringen dagegen vor, entgegen den Ausführungen der SRH handle es sich beim vorliegenden Sachverhalt um die Übertragung eines kantonalen Monopols im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM. Der Betrieb einer Hafenanlage stelle eine Tätigkeit dar, welche der Staat Privaten im Rahmen einer Sondernutzungskonzession ermögliche. Die Übertragung von kantonalen oder kommunalen Monopolen sei nach Art. 2 Abs. 7 BGBM auszuschreiben. Dies betreffe nicht nur die Übertragung rechtlicher, sondern auch faktischer Monopole, welche auf der Sachherrschaft des Gemeinwesens über den öffentlichen Grund sowie die öffentlichen Gewässer beruhe. Der Kanton Basel-Landschaft übe gemäss § 118 Abs. 2 KV die

Hoheit über die Gewässer aus und andere Terminalbetreiber würden durch die Tätigkeit der D.____ AG von dieser Tätigkeit am Hafenbecken 3 ausgeschlossen, was die SRH in ihrer Verfügung selbst einräumen müssten. Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts (BGE 145 II 32 E. 4.1) sei es unerheblich, ob die Übertragung der Sondernutzungskonzession in der Form einer Konzession oder in einem anderen Rechtskleid erfolge. Es möge zwar zutreffen, dass der D.____ AG nach den Planungen der SRH weder Land noch Nutzungsrechte formell übertragen würden, doch könne es nicht angehen, dass die strengen Voraussetzungen für den Verzicht auf eine Ausschreibung schlicht durch eine faktische Ausgestaltung umgangen werden könnten. Das Projekt basiere auf Absprachen zwischen den SRH und der D.____ AG bzw. deren Rechtsvorgängerin, welche zumindest bis ins Jahr 2008 zurückreichten. Indem die SRH das Hafenbecken 3 so geplant hätten, hätten sie zumindest in Kauf genommen, dass das Sonderrecht des Betriebs einer Umschlaganlage an diesem Becken faktisch nicht habe ausgeschrieben werden können. Gleichwohl würden die SRH das Monopol durch den Bau des Hafenbeckens am geplanten Ort nun faktisch an die D.____ AG übertragen. Weiter führen die Beschwerdeführerinnen aus, diese Monopolisierung wiege umso schwerer, weil sie als einzige Unternehmen in unzulässiger Weise diskriminiert würden. Sie müssten Ende 2029 ihr Terminal am Hafenbecken 1 aufgeben, während die G.____ AG ihre Umschlagterminals im Hafenbecken 2 nicht nur weiterbetreiben könne, sondern auch bei D.____ AG beteiligt sei. Damit verletzen die SRH Art. 2 Abs. 7 BGBM und Art. 3 Abs. 1 BGBM sowie den Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität nach Art. 27 BV und Art. 94 BV.

7.1 Das Bundesgericht stellte fest, dass sich die vorliegende Angelegenheit durch eine besondere faktisch-räumliche Gegebenheit auszeichne. Diese charakterisiere 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 befänden. Daraus ergebe sich eine besondere Konstellation mit einem direkten Zugang von privatem Grundeigentum zum Hafengebiet, an dem die SRH das Nutzungsrecht aus einem kantonalen Monopol innehätten. Indem die SRH ihren Hafen um das Hafenbecken 3 samt entsprechender Infrastruktur erweitern und direkt an das Grundeigentum Privater anschliessen würden, sei hinreichend glaubhaft gemacht, dass sie diesen Privaten faktisch einen direkten Zugang zu ihrem Nutzungsrecht gewähren könnten, ohne dieses Nutzungsrecht im rechtlichen Sinne (z.B. Konzession) auf eine andere private Person zu übertragen (Urteil des Bundesgerichts 2C_651/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.3.2). Weiter erwog das Bundesgericht, das vorliegende Verfahren zwecks Erlass einer Verfügung diene auch der Beantwortung der Frage, inwiefern die Beschwerdeführerinnen einen praktischen Nutzen an einer Ausschreibung hätten, zumal nicht restlos geklärt sei, ob sie ebenfalls Eigentum an einem direkt an das Hafenbecken 3 angrenzenden Grundstück hätten, auf welchem sie den Bau eines Terminals in Betracht zögen und sie deshalb ebenfalls auf einen direkten Zugang zum Hafenbecken 3 angewiesen wären (Urteil des Bundesgerichts 2C_651/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.4).

7.2 Hinsichtlich der vom Bundesgericht aufgeworfenen Fragen ist in sachverhaltlicher Hinsicht festzustellen, dass das geplante Hafenbecken 3 die internationale Schifffahrt auf dem Rhein direkt mit dem Schweizer Schienennetz und der Autobahn verbinden soll. Im Hafenbecken 3 sollen gleichzeitig zwei 150 Meter lange Koppelverbände (Verbindung mehrerer Schif-

fe) Platz haben, von denen aus die Container direkt auf Züge und auf Lastwagen umgeladen werden. Das Hafenbecken 3, welches unter der Autobahn A2 hindurch über das bestehende Hafenbecken 2 mit dem Rhein verbunden sein wird, ist auf dem Gebiet der heutigen Parzellen Nr. 306, Grundbuch [GB] Basel-Stadt, und Nr. 536, GB Basel-Stadt, geplant. Die Parzelle Nr. 306, welche unmittelbar an das bisherige Hafengebiet angrenzt, befindet sich im Grundeigentum der Bundesrepublik Deutschland (Bundeseisenbahnvermögen). Die östlich davon gelegene Parzelle Nr. 536 befindet sich im Grundeigentum der E.____ AG. Für die Realisierung des Hafenbeckens 3 ist ein Landerwerb im Umfang von 17'403 m² an der Parzelle Nr. 306 und von 9'309 m² an der Parzelle Nr. 536 durch den Kanton Basel-Stadt vorgesehen (vgl. Landerwerbsplan Hafenbecken 3, Akten SRH, act. 09.18; Letter of Intent über die Koordination der Infrastrukturentwicklung auf dem Areal des badischen Rangierbahnhofs Basel vom 27. November 2017 S. 5 f., Akten SRH, act. 06). Damit wird das Areal des Hafenbeckens 3 zum künftigen Hafengebiet gehören. Das vom Kanton Basel-Stadt für die Realisierung des Hafenbeckens 3 noch zu erwerbende Land soll anschliessend – analog zur bestehenden Hafeninfrastruktur – mittels selbständiger und dauernder Baurechte an die SRH übertragen werden (Grundsatzvereinbarung über die Zusammenarbeit, die Entwicklungsstrategie und das gemeinsame Zielbild der Hafen- und Stadtentwicklung vom 7. Mai 2018 S. 4, Akten SRH, act. 07). Der Containerterminal der D.____ AG ist demgegenüber vollumfänglich auf der Restparzelle Nr. 536 geplant, welche weiterhin ausserhalb des Hafengebiets liegen wird. Das künftige Hafenbecken 3 wird damit im Osten unmittelbar an die Restparzelle Nr. 536 und im Norden und Westen an die Restparzelle Nr. 306 angrenzen. Die an der Südseite des Hafenbeckens 3 gelegene Parzelle Nr. 541, GB Basel, befindet sich im Grundeigentum der Schweizerischen Eidgenossenschaft (ASTRA). Daraus erhellt, dass die Beschwerdeführerinnen über kein Grundeigentum an einem an das Hafenbecken 3 angrenzenden Grundstück verfügen.

8.1 Zu prüfen ist, ob die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts am durch den Kanton Basel-Stadt zu erwerbenden Grundeigentum nach Art. 2 Abs. 7 BGBM öffentlich auszuschreiben ist.

8.2 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. Art. 2 Abs. 7 BGBM ist anlässlich der Revision des BGBM am 1. Juli 2006 in Kraft getreten. Zielsetzung des Gesetzgebers war die Erleichterung des gegenseitigen und diskriminierungsfreien Marktzugangs bei der Übertragung der Nutzung von kantonalen und kommunalen Monopolen; die Kompetenz der Kantone und Gemeinden zur Monopolisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten sollte dabei auch aus verfassungsrechtlichen Überlegungen nicht in Frage gestellt werden (Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes [04.078] vom 20. November 2004, Bundesblatt [BBl] 2005 S. 485; WEKO-Gutachten Rz. 14).

8.3 Voraussetzung für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM ist zunächst das Vorliegen eines kantonalen oder kommunalen Monopols, dessen Nutzung übertragen wird. Zu klären ist, was unter dem in Art. 2 Abs. 7 BGBM enthaltenen – im BGBM nicht definierten – Begriff der kantonalen und kommunalen Monopole, deren Nutzung übertragen wird, zu verstehen ist.

Lehre und Praxis unterscheiden mehrere Arten von kantonalen und kommunalen Monopolen. Neben den historischen Regalien bestehen rechtliche und faktische Monopole. Wird den Privaten durch Rechtssatz eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit untersagt und ausschliesslich dem Staat vorbehalten, so liegt ein unmittelbar rechtliches Monopol vor. Ein mittelbar rechtliches Monopol liegt vor, wenn Rechtsnormen für die Inanspruchnahme gewisser Leistungen die Benutzung von staatlichen Institutionen oder von Einrichtungen der Konzessionäre vorschreiben (vgl. BERNHARD WALDMANN, Die Konzession – Eine Einführung, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Die Konzession, 2011, S. 3 f.; MARCO ZOLLINGER, Die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2021, S. 388). Demgegenüber besteht ein faktisches Monopol, wenn das Gemeinwesen kraft seiner Herrschaft über den öffentlichen Grund Private von einer ihnen an sich nicht verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst (vgl. BGE 128 I 3 E. 3.b., mit Hinweisen; ZOLLINGER, a.a.O., S. 388). Rechtliche und auch faktische Monopole werden nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres von der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst (BGE 145 II 303 E. 6 = Die Praxis [Pra] 2020, Nr. 33 mit Hinweisen; BGE 143 II 598 E. 4.1.1 = Pra 2018 Nr. 91; WEKO-Gutachten Rz. 17; vgl. MATTHIAS OESCH/STEFAN RENFER, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Orell Füssli Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Auflage, 2021, Art. 2 BGBM N 6). Die neuere Praxis und Lehre stellt bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM allerdings nicht nur auf den Monopolbegriff, sondern zunehmend auf die Übertragung von exklusiven, beschränkt verfügbaren Nutzungsrechten ab (vgl. BGE 145 II 303 E. 6 = Die Praxis [Pra] 2020, Nr. 33; OESCH/RENER, a.a.O., Art. 2 BGBM N 6; NICOLAS F. DIEBOLD, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, 2020, S. 509 f.). Auch aus Sicht der WEKO ist für die Frage der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM letztlich das Bestehen beschränkt verfügbarer Nutzungsrechte des Gemeinwesens massgebend, welche zudem aus Gründen der staatlichen Wettbewerbsneutralität mittels öffentlicher Ausschreibung zu übertragen sind (WEKO-Gutachten Rz. 18; Empfehlung der WEKO vom 19. Oktober 2015, in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2015 S. 546). Der Begriff des Monopols in Art. 2 Abs. 7 BGBM kann somit als geschlossener Markt in dem Sinne verstanden werden, dass die Zahl der Anbieter durch Rechtssatz oder beschränkt verfügbare öffentliche Sachen begrenzt ist, und der Staat entscheidet, welche Anbieter zum Markt zugelassen werden (vgl. WEKO-Gutachten Rz. 18 mit Hinweisen).

8.4 Art. 2 Abs. 7 BGBM setzt weiter eine Übertragung der Nutzung eines Monopols voraus. Die im Kontext von Art. 2 Abs. 7 BGBM verwendete Begrifflichkeit der Übertragung bedeutet eine Weitergabe oder eine Überlassung von Monopolrechten. Sodann erfordert die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM, dass eine Übertragung auf Private erfolgt. Bei diesen Privaten muss es sich dem Geltungsbereich des BGBM entsprechend um Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz handeln, die eine Erwerbstätigkeit ausüben oder ausüben wollen. Die Praxis der WEKO und die Literatur weisen darauf hin, dass die Übertragung auf Private auch zum Ausdruck bringt, dass analog zum Beschaffungsrecht Vorgänge innerhalb der Staatssphäre nicht als Übertragungen auf Private zu qualifizieren sind (WEKO-Gutachten Rz. 20 mit Hinweisen; OESCH/RENER, a.a.O., Art. 2 BGBM N 6; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 791 und FN 859).

8.5 Gemäss § 2 Abs. 1 Rheinhafen-Vertrag stehen die kantonalen Hafengebiete im Grundeigentum der Vertragskantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft. § 2 Abs. 2 Rheinhafen-Vertrag sieht vor, dass die Vertragskantone den SRH die Hafengebiete mit Ausnahme der Infrastruktur gemäss Abs. 3 zur Nutzung überlassen. § 2 Abs. 3 Rheinhafen-Vertrag legt fest, dass die Vertragskantone die in ihrem Eigentum stehende Infrastruktur wie Hafenbecken, Quais, nicht öffentliche Strassen, Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen, Hochbauten sowie sämtliche Anlagen der konzessionierten Hafenbahnen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft als selbständiges und dauerndes Baurecht unentgeltlich an die SRH übertragen. Die SRH sind eine Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Träger die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft sind. Das Hafenbecken 3 soll durch die SRH realisiert werden. Das für das Hafenbecken 3 vorgesehene Areal wird vom Kanton Basel-Stadt erworben (siehe vorne E. 7.2) und – analog zur bestehenden Hafeninfrastruktur – mittels selbständiger und dauernder Baurechte an die SRH übertragen. Die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM setzt voraus, dass die Übertragung der Nutzung auf Private erfolgt. Vorgänge innerhalb der Staatssphäre sind demgegenüber nicht als Übertragung auf Private zu qualifizieren, weshalb keine Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM vorzunehmen ist, wenn eine Übertragung an eine andere öffentliche Körperschaft (anderer Kanton oder Gemeinde) oder ein öffentlich-rechtliches Unternehmen (z.B. öffentlich-rechtliche Anstalt) erfolgt (OESCH/RENFER, a.a.O., Art. 2 BGBM N 6, mit Hinweis). Im vorliegenden Fall erfolgt nicht nur eine Übertragung eines Baurechts auf eine öffentlich-rechtliche Anstalt, sondern auf diejenige öffentlich-rechtliche Anstalt, welche grundeigentumsmässig die Kantone betrifft, die gleichzeitig auch Träger der SRH sind. Es findet hier im Übrigen eine Übertragung teilweise innerhalb derselben Staatssphäre statt, da der Kanton Basel-Stadt die für das Hafenbecken 3 vorgesehene Landfläche erwirbt und damit Grundeigentümer des geplanten Hafenbeckens 3 wird. Mangels Übertragung von Nutzungsrechten auf Private wird die Übertragung des Baurechts an die SRH damit nicht von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst (WEKO-Gutachten Rz. 24 und 28).

8.6 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass eine allfällige spätere Weiterübertragung von Nutzungsrechten am Hafenbecken 3 auf Private der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstünde (WEKO-Gutachten, S. 9).

9.1 Weiter bleibt zu klären, ob die blossе Gewährung des direkten Zugangs zum Hafengebiet für angrenzende Grundstücke als Übertragung der Nutzung kantonalер und kommunaler Monopole an Private im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu betrachten ist, da faktische Monopole oder exklusive, beschränkt verfügbare Nutzungsrechte vorliegen könnten, die bei einer Übertragung auf Private eine öffentliche Ausschreibung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM erforderlich machen würden.

9.2 Die Beschwerdeführerinnen machen mit Eingabe vom 29. September 2021 geltend, dass das Hafenbecken 3 spezifisch für die Bedürfnisse der D.____ AG konzipiert worden sei und an das Grundstück, über welches die D.____ AG verfüge, herangebaut werde. An jener Stelle werde die D.____ AG über einen exklusiven Zugang zum Hafenbecken 3, am Hafenbeckenrand und mit Kränen, welche ins Hafenbecken hereinragten, verfügen. Diese Nutzung

durch die D.____ AG, der Betrieb eines Containerterminals, sei keine öffentliche Aufgabe, sondern eine privatwirtschaftliche Tätigkeit. Im Mediationsdokument zur Grossterminalkonferenz vom 18. Januar 2014 sei sodann festgehalten worden, dass bestehende Terminals bei der Planung der künftigen Terminallandschaft einzubeziehen seien. Diese gemeinsam festgelegte Absicht würde hintertrieben, wenn die SRH einen Hafenterminal so bauen und konzipieren würden, dass er an das Grundstück der D.____ AG anschliesse und nur dieser zum Containerumschlag dienen würde.

9.3 Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM sieht vor, dass eine Übertragung der Nutzung erfolgt. Sprachlich gesehen ist die Übertragung als Weitergabe oder Überlassung der Nutzung von Monopolrechten zu verstehen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht massgebend, ob die Übertragung in Form einer Konzession oder anderweitig erfolgt (BGE 145 II 303 E. 6.1.2 = Die Praxis [Pra] 2020, Nr. 33 mit Hinweisen; BGE 145 II 32 E. 4.1; BGE 143 II 598 E. 4.1 = Pra 2018 Nr. 91). Den in dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung zitierten Urteilen ist jedoch gemeinsam, dass immer zumindest ein (schriftlicher) behördlicher Akt (z.B. durch Erteilung einer Baubewilligung oder Abschluss eines Vertrages) betreffend eine eventuelle Übertragung zu Gunsten der Privaten erfolgt respektive ein ablehnender Entscheid durch eine Behörde dazu ergangen ist (WEKO-Gutachten Rz. 33).

9.4 Ein wesentypisches Merkmal einer Konzession ist, dass ein dem Gemeinwesen vorbehaltenes Nutzungsrecht über einen längeren Zeitraum mit einer gewissen Exklusivität auf einen Privaten (zum Nachteil Dritter) übertragen wird. Vorliegend verbleiben die Nutzungsrechte der öffentlichen Infrastruktur mangels einer Übertragung durch einen behördlichen Akt bei den SRH. Wesentlich ist, dass keine Übertragung eines Monopols bzw. exklusiven Nutzungsrechts in Form der Weiterübertragung des Baurechts an der Hafeninfrastruktur oder des Rechts zur Hafenbewirtschaftung vorliegt. Damit sind die Voraussetzungen für eine Erfassung durch Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht erfüllt. Solche besonderen Konstellationen mit einem Zugang zu einem Hafengebiet wie die vorliegende wurden von der Rechtsprechung oder Literatur bisher zwar – soweit ersichtlich – nicht behandelt. Allerdings erfolgt eine Übertragung der Nutzung regelmässig durch einen behördlichen Akt. Bereits der Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM nimmt mit dem Wort "Übertragung" ein Aktivwerden der öffentlichen Hand an. Eine Begünstigung benachbarter Grundstücke durch das Erstellen der Hafeninfrastruktur in einem komplexen Infrastrukturgrossprojekt von nationaler Bedeutung kann, wenn keine explizitere behördliche Nutzungsüberlassung vorgesehen ist, nicht als Übertragung einer Nutzung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM angesehen werden, auch wenn die zu erstellende Hafeninfrastruktur hauptsächlich im Interesse weniger privater Akteure bzw. des angrenzenden privaten Containerterminals der D.____ AG liegt (WEKO-Gutachten Rz. 36).

9.5 Daraus ergibt sich, dass die besondere Konstellation mit einem direkten Zugang von privatem Grundeigentum zum Hafengebiet nicht von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst wird, wenn damit keine Übertragung eines exklusiven Nutzungsrechts durch einen behördlichen Akt (was z. B. bei der Weiterübertragung des Baurechts an der Ha-

feninfrastruktur oder des Rechts zur Hafengewirtschaftung der Fall sein dürfte) verbunden ist (WEKO-Gutachten Rz. 37).

9.6 Nicht gefolgt werden kann den Beschwerdeführerinnen, soweit sie geltend machen, einerseits stellten die erwähnten Absprachen Verträge im Rechtssinne dar und andererseits stehe am Ende des Plangenehmigungsverfahrens für das GBN ein behördlicher Akt in Form der Plangenehmigungsverfügung, sofern diese denn erteilt werde, womit behördliche Akte im Sinne der Ausführungen des WEKO-Gutachtens vorlägen. Diesbezüglich verkennen die Beschwerdeführerinnen, dass auch im Rahmen dieser allfälligen Absprachen gerade keine Übertragung von Monopolen auf Private vorliegt.

9.7 Zusammenfassend ist somit – in Übereinstimmung mit der Auffassung der WEKO – festzuhalten, dass die Einräumung eines dauernden und selbständigen Baurechts an der für das Hafenbecken 3 vorgesehenen Landfläche mangels Übertragung eines Nutzungsrechts auf Private nicht von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst wird und die besondere Konstellation mit einem direkten Zugang von privatem Grundeigentum zum Hafengebiet ebenfalls nicht von der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst wird, wenn damit keine Übertragung eines exklusiven Nutzungsrechts durch einen behördlichen Akt verbunden ist. Demgegenüber würde eine spätere Weiterübertragung von Nutzungsrechten am Hafenbecken 3 auf Private der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM unterstehen.

10.1 Umstritten ist weiter die Auferlegung von Verfahrenskosten in der Höhe Fr. 3'000.-- an die Beschwerdeführerinnen durch die SRH.

10.2 Die SRH berufen sich für die Auferlegung von Verfahrenskosten auf § 20 Abs. 2 lit. c VwVG BL, worin vorgesehen sei, dass die Verfahrenskosten einer Partei auferlegt werden könnten, wenn sie in einem Verfahren mit zwei oder mehr Parteien, welches vor allem dem Schutz privater Interessen diene, unterliegen würden. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt, da sich alle drei Konzern-Gesellschaften als Beschwerdeführerinnen am Verfahren beteiligt hätten.

10.3 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die Auferlegung von Kosten, weil sie einer rechtlichen Grundlage entbehre. § 9 Rheinhafen-Vertrag verweise für den Erlass von Verfügungen ausdrücklich auf das VwVG BL. § 20 VwVG BL sehe aber vor, dass das erstinstanzliche Verfahren grundsätzlich kostenlos sei. Die von den SRH geltend gemachte Ausnahme nach § 20 Abs. 2 lit. c VwVG BL sei vorliegend nicht einschlägig, da sie als Beschwerdeführerinnen alle das gleiche Interesse verfolgen würden und damit eine Streitgenossenschaft bildeten.

10.4 Gemäss § 20 Abs. 1 VwVG BL ist das erstinstanzliche Verfahren unter Vorbehalt abweichender Vorschriften in anderen Erlassen kostenlos. Diese Bestimmung beruht auf dem bereits im früheren Recht geltenden Grundgedanken, dass der Erlass einer Verfügung für den Bürger grundsätzlich nicht mit Kosten verbunden sein soll (vgl. Vorentwurf zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren vom 10. März 1981, S. 23). Der Grundsatz der Kostenlosigkeit des

erstinstanzlichen Verfahrens erfährt allerdings zahlreiche Einschränkungen, indem nicht nur abweichende Vorschriften in anderen Erlassen vorbehalten werden, sondern die Verfahrenskosten nach § 20 Abs. 2 VwVG BL ebenfalls einer Partei auferlegt werden können, wenn sie ihre gesetzliche Mitwirkungspflicht verletzt hat (lit. a), wenn sie ein offensichtlich unzulässiges oder offensichtlich unbegründetes Begehren gestellt hat (lit. b) oder wenn sie in einem Verfahren mit zwei oder mehr Parteien, welches vor allem dem Schutz ihrer eigenen privaten Interessen dient, unterliegt (lit. c). Weiter können die Kosten von Beweismassnahmen einer Partei auferlegt werden, wenn der Ausgang des Verfahrens dies rechtfertigt (§ 20 Abs. 3 VwVG BL). Für den Fall der Erhebung von Verfahrenskosten setzt § 20 Abs. 4 VwVG BL eine Obergrenze für Verfahrenskosten von Fr. 5'000.-- fest. Die Konstellation von Verfahren mit zwei oder mehr Parteien, die vor allem dem Schutz eigener privater Interessen dient, steht im Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 VwVG BL. Diese Bestimmung sieht vor, dass die verfügende Behörde Personen, Organisationen oder Behörden, von denen sie weiss, dass ihnen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht, zum Verfahren beilädt. Damit soll erreicht werden, dass sich bereits im erstinstanzlichen Verfahren, in welchem grundsätzlich nur die unmittelbaren Adressaten einer Verfügung (§ 4 Abs. 1 lit. a VwVG BL) Parteistellung haben, alle potentiell Beschwerdeberechtigten am Verfahren beteiligen können. Dabei ist insbesondere an eine baurechtliche Nachbarstreitigkeit zu denken, in welcher sich eine private Partei (z.B. ein Nachbar) am behördlichen Baugesuchsverfahren einer anderen privaten Partei (Baugesuchsteller) zwecks Wahrung seiner eigenen Interessen beteiligt und unterliegt. Eine derartige Situation liegt vorliegend indessen nicht vor, da es sich um ein Verfahren zwischen einer Behörde und einer privaten gesuchstellenden Partei handelt, die formell zwar aus drei miteinander verbundenen Firmen einer Unternehmensgruppe besteht. Entscheidend für die Anwendung von § 20 Abs. 2 lit. c VwVG BL wäre jedoch, dass zusätzlich eine private Gegenpartei vorhanden wäre, was vorliegend nicht der Fall ist. In dieser Konstellation fällt somit mangels einer privaten Gegenpartei eine Anwendung von § 20 Abs. 2 lit. c VwVG BL ausser Betracht. Die Beschwerde ist damit hinsichtlich der Kostenauflegung durch die Vorinstanz gutzuheissen und die den Beschwerdeführerinnen auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.-- sind aufzuheben.

11. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde somit einzig im Kostenpunkt als begründet. Im Übrigen ist die Beschwerde in materieller Hinsicht abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

12. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das kantonsgerichtliche Beschwerdeverfahren kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 3'000.-- zu 9/10, d.h. im Umfang von Fr. 2'700.--, den Beschwerdeführerinnen und zu 1/10, d.h. im Umfang von Fr. 300.--, den SRH aufzuerlegen. Der Verfahrenskostenanteil der Beschwerdeführerinnen in der Höhe von Fr. 2'700.-- wird mit den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von Fr. 3'500.-- verrechnet. Der zuviel geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.-- wird den Beschwerdeführerinnen zurückerstattet. Die Parteikosten werden wettgeschlagen (§ 21 Abs. 1 VPO).

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Ziff. 3.2 der Verfügung vom 23. September 2020 aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.-- werden zu 9/10, d.h. im Umfang von Fr. 2'700.--, den Beschwerdeführerinnen und zu 1/10, d.h. im Umfang von Fr. 300.--, der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der Verfahrenskostenanteil der Beschwerdeführerinnen in der Höhe von Fr. 2'700.-- wird mit den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von Fr. 3'500.-- verrechnet. Der zuviel geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.-- wird den Beschwerdeführerinnen zurückerstattet.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Vizepräsident

Gerichtsschreiber

Gegen diesen Entscheid wurde am 30. November 2022 Beschwerde beim Bundesgericht (Verfahrensnummer 2C_983/2022) erhoben.