



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Wettbewerbsrecht

EINFÜHRUNG IN DIE VORLESUNG UND IN WETTBEWERBSRECHTLICHE FRAGESTELLUNGEN

PRAKTISCHE BEDEUTUNG DES WETTBEWERBSRECHTS

Behörden und Gerichte

- Bundesbehörden: WEKO (mit Sekretariat), SECO (Lauterkeit, Wirtschaftspolitik, Wirtschaftsvölkerrecht), UVEK (Sektoren), BBL (Beschaffungswesen), Marktaufsichtsbehörden (ComCom, ElCom, PostCom u.a.)
- Kantonale und kommunale Behörden: Beschaffungsstellen, Vergabe von Konzessionen und Bewilligungen (Kiesabbau, Kraftwerke, Marktstände, Taxis etc.)
- Bundesgericht, Verwaltungsgerichte: zahlreiche Fälle zu wettbewerbsrechtlichen Themen
- Internationale Schiedsgerichte (WTO-Recht, Investitionsschutz, Bilaterale)

Anwaltskanzleien

- Vor allem Kartellrecht, Beschaffungsrecht, Lauterkeitsrecht, Sektoren (Wettbewerb und Regulierung)

Rechtsdienste in öffentlichen und privaten Unternehmen

Verbände

- Industrie- und Gewerbeverbände (z.B. Industrie- und Handelskammer Zentralschweiz), Konsumentenschutzverbände, Gewerkschaften, Economiesuisse, Avenir Suisse u.a.

AUFBAU VON VORLESUNG UND SKRIPT

Teil 1: Grundlagen

System des Wettbewerbsrechts
(§ 1-3)

Wettbewerb als Rechtsgut / Eingriffe in den Wettbewerb / Schutz des Wettbewerbs / Rechtsgrundlagen

Teil 2: Marktzugang

Produktmärkte (§ 4)

Zulassungspflichten, Konformitätsbewertungen, Marktausschluss, Gebietsschutz

Dienstleistungsmärkte (§ 5)

Zulassungspflichten, Marktausschluss, Gebietsschutz

Infrastrukturmärkte (§ 6)

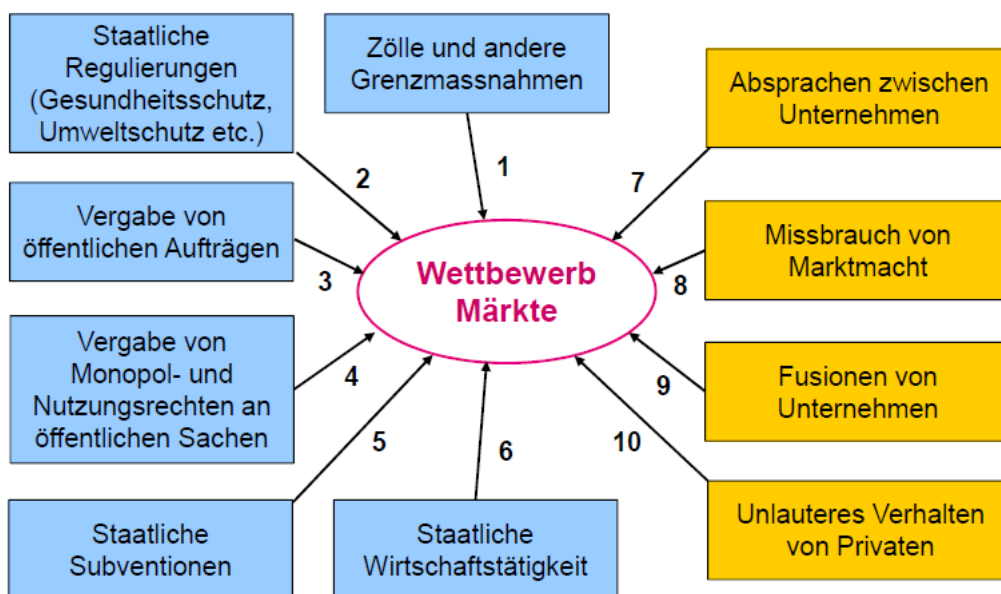
Errichtung/Betrieb + Zugang zu Infrastrukturen
Dritter

Teil 3: Wettbewerb im Markt

Staat als Marktteilnehmer (§ 9)

Beschaffungsrecht, staatliche Wirtschaftstätigkeit

WETTBEWERBSEINGRIFFE: ÜBERSICHT



- Wettbewerb als Rechtsgut wird nach Art. 94 BV geschützt
- Der Wettbewerb wird von aussen «bedroht»:

→ blau: staatlichen Eingriffe (Staat als Regulator); Beschaffung (Staat holt sich Güter auf dem Markt, um Dienstleistungen zu erfüllen); gelb: Private versuchen sich vor Wettbewerbsdruck zu befreien

- 1) (bspw. Zollkontingente, Einfuhrverbote): Heute findet man diese an den Grenzen zur Schweiz. Hier handelt es sich um Freihandelsrecht (freier Verkehr von Gütern). In der BV gibt es eine Freizügigkeitsgarantie, die innerstaatlich gilt. Es gibt eine Aussenwirtschaftskompetenz des Bundes, aber diese enthält keine Verpflichtungen. Massgeblich sind hier Freihandelsabkommen (WTO-Recht). Zölle/Einfuhrverbote können gegen diese Freihandelsabkommen verstossen.
- 2) Diese können den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr und damit den Wettbewerb einschränken. Auch der Marktzugang vom Ausland in die Schweiz, aber auch innerhalb kann eingeschränkt werden (bspw. Naturheilpraktiker in AI braucht keine Bewilligung in Zürich aber schon – Wie wird das gelöst?). Die bilateralen Verträge (Freizügigkeitsabkommen, FZA, MRA) garantieren die gegenseitige Anerkennung von Zulassungen (bspw. Medizinprodukte im Ausland können ohne erneute Zulassungen aufgenommen werden). Der freie Marktzugang wird innerkantonal durch das Binnenmarktgesetz gewährleistet. Für alle staatlichen Regulierungen, die den Zugang zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit beschränken, gilt die Wirtschaftsfreiheit. Die Anforderungen gemäss BV 36 müssen dann beachtet werden.
- 3) Wenn der Staat Güter/Dienstleistungen einkauft, dann kauft er auf dem privaten Markt ein (Beschaffung). Dies ist im öffentlichen Beschaffungsrecht geregelt (Bundes-/Interkantonales/Kantonales-/Bilaterales Recht und GPO). Der Staat ist ein riesiger Nachfrager und je nachdem wie das eingesetzt wird, kann sich das wettbewerbsverzerrend oder sogar auf den Marktzugang auswirken.
- 4) (bspw. Untergrund, Geothermie, Energiebereich, Leitungen): Privatwirtschaftliche Tätigkeit ist auf die Nutzung der öffentlichen Sachen angewiesen. Öffentliche Sachen sind im Eigentum der Gemeinden und Kantone. Die Nutzung hängt dann von der Vergabe von Konzessionen ab. Dadurch wird der Wettbewerb eingeschränkt oder aufgehoben (bspw. bei Personenbeförderungsunternehmen soll der Wettbewerbsdruck genommen werden). Was wirkt dagegen, dass dies nicht zu weit geht? Art. 2 Abs. 7 Binnenmarktgesetz und Beschaffungsrecht ist anwendbar. Darüber wird auch geregelt, wer eine Konzession erhält. Art. 94 BV – Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – garantiert eine freie Marktwirtschaft und

planwirtschaftliche Systeme sollen die Ausnahme sein und nur unter hohen Voraussetzungen möglich sein (bspw. Personenbeförderung ist Planwirtschaft).

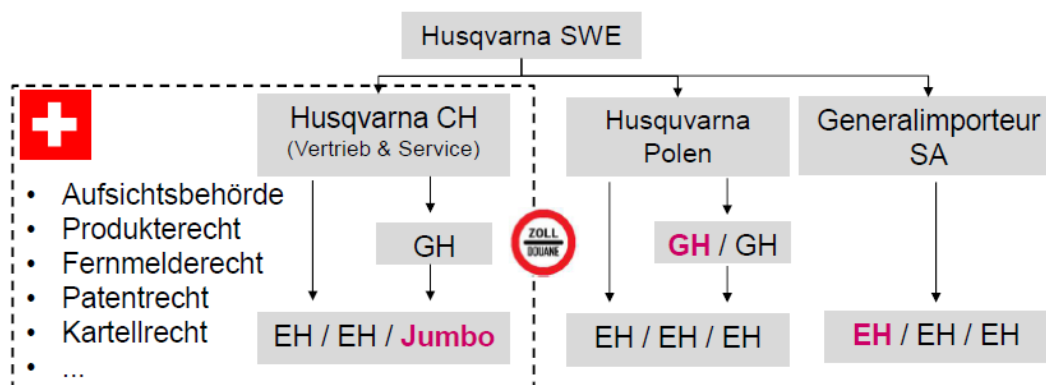
- 5) Es können einige Unternehmen benachteiligt werden. Es geht um gleich lange Spiesse bei der staatlichen Unterstützung. Das Diskriminierungsverbot ist hier vor allem angesprochen. Auch die Gleichbehandlung der Konkurrenten ist hier wichtig. Dies ist in der Schweiz aber nicht so streng wie in der EU geregelt. In der EU gibt es ein Beihilfeverbot, da in der Schweiz nur in gewissen Teilen gilt.
- 6) Hier ist der Staat als Anbieter gemeint (Staat wird privatwirtschaftlich als Unternehmer tätig, um Einkünfte zu erzielen). Hier besteht das Problem der Quersubventionierung. Hier stellt sich die Frage, ob die privaten Konkurrenten sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können (BV 27/94). Es kann Spezialgesetze geben. Das Wettbewerbsrecht ist gegenüber staatlicher Wirtschaftstätigkeit schwach ausgestaltet sein. Wenn der Staat als Unternehmen auftritt, könnte das Kartellrecht eine Rolle spielen.
- 7) Die Absprachen können horizontal oder vertikal sein. Das Kartellrecht soll den Wettbewerb bewahren.
- 8) Swisscom diskriminiert Mittbewerber. Das Kartellrecht soll den Wettbewerb bewahren. Bei Folgen von Marktmacht kann das Preisüberwachungsgesetz wirken.
- 9) Das Kartellrecht soll den Wettbewerb bewahren.
- 10) Es geht nicht um den Schutz des Wettbewerbs als quantitative Grösse. Es geht darum den qualitativen Wettbewerb zu schützen. Das UWG schützt die Qualität.

FALLBEISPIELE: PRODUKTEMÄRKTE (§ 4)

Automower

Der Baumarkt JUMBO Schweiz möchte Rasenmäroboter «Automower» von Husqvarna (Hauptsitz in Schweden) möglichst günstig im Ausland einkaufen und in der Schweiz verkaufen. Ein Grosshändler in Polen und ein Händler in Südafrika bieten die Automower derzeit weit unter dem UVP von Husqvarna an.

Welche rechtlichen Probleme und Hindernisse können auf JUMBO zukommen?



- UVP = Unverbindliche Preisempfehlungen, die Herstellern ihren Händlern mitteilen
- Husqvarna CH vertreibt die Produkte in der Schweiz. Die Produkte werden aber an anderen Orten hergestellt.
- Husqvarna CH hat keine Freude daran, wenn Parallelimporte stattfinden. Das ist aber ein betriebswirtschaftliches Problem. Im wettbewerbsrechtlichen Sinn sind die Parallelimporte gut. Für Jumbo lohnt sich die Sache nur, wenn keine Zölle verlangt werden. Polen ist Teil der EU.

Entsprechend ist das Freihandelsabkommen von 1972 massgebend:

- Art. 1: Zweck des Abkommens: CH soll an den Binnenmarkt der EU andocken

- Art. 3: Es werden auf Industriegüter zwischen der Schweiz und der EU keine Zölle erhoben (Freihandelszone).

Die gleiche Frage stellt sich bei Südafrika. Es gibt ein Freihandelsabkommen zwischen der EFTA und den SACU-Staaten (Schweiz als Mitglied der EFTA, EFTA hat mit der SACU ein Freihandelsabkommen abgeschlossen):

- Art. 8: Zwischen den EFTA-Staaten und den Mitgliedern der SACU wurden keine neuen Zölle eingeführt. Die EFTA-Staaten verpflichten sich die Zölle schrittweise aufzuheben, die SACU-Staaten sollen sie schrittweise senken.

Nur wenn aus Ländern importiert wird, mit denen die Schweiz kein Freihandelsabkommen hat, gibt es heute noch Zölle.

- Im Produkterecht gibt es Sicherheits- und Qualitätsanforderungen. Fraglich ist, ob die Produkte in der Schweiz einfach so in den Verkehr gebracht werden dürfen. Wenn Produkte verkauft werden, die potentiell gefährlich sein können, gilt das Produktesicherheitsrecht. Dabei geht es darum, dass der Staat verhindern möchte, dass es überhaupt zu einem Schaden kommt.

- Art. 5 Abs. 1 PrSG: Dies ist an EU-Recht angelehnt (autonomer Nachvollzug). Die grundlegenden Sicherheitsanforderungen müssen erfüllt sein. Darunter kann man sich nicht viel vorstellen, es ist sehr abstrakt formuliert.

Das PrSG ist nur ein Rahmengesetz. Welche konkreten Anforderungen für die Produkte gelten, ergibt sich aus dem Spezialrecht (Verordnungen zu Produktkategorien). Auch bei den elektrischen Geräten gibt es eine spezielle Verordnung, die VEMV. Die Produkteverordnungen sind meist aus dem EU-Recht abgeschrieben, damit sichergestellt wird, dass das Recht in der EU und in der Schweiz übereinstimmt (gleiche Anforderungen gelten).

- Art. 4 VEMV: Betriebsmittel müssen dem Stand der Technik entsprechen und dürfen keine elektromagnetischen Störungen verursachen. Die technischen Normen werden durch private Normsetzungsorganisationen festgelegt.
- Art. 5 VEMV: Das BAKOM bezeichnet die technischen Normen. Man müsste schauen welche technischen Normen für Rasenmäroboter gelten. Der Hersteller oder Importeur muss das Produkt in einem Konformitätsbewertungsverfahren prüfen lassen. Wenn es ein Gerät ist, dass keine grossen Sicherheitsrisiken birgt, kann das der Hersteller selbst machen, wenn es gefährliche Geräte sind, muss dies eine akkreditierte Konformitätsbewertungsstelle prüfen. Dies prüft das Produkt auf die Vereinbarkeit mit den technischen Normen. Sind die Normen erfüllt, dann muss der Hersteller eine Konformitätserklärung ausstellen und darf das CE-Zeichen verwenden. Dieses bedeutet, dass das Produkt auf die technischen Normen geprüft wurde. Das löst dann die rechtliche Vermutung aus, dass das Produkt auch mit den grundlegenden Sicherheitsanforderungen nach Art. 4 VEMV übereinstimmt. Der Staat prüft nachgelagert mit Stichprobenkontrollen, ob die Anforderungen erfüllt sind. Aber vorgängig prüft der Staat, mangels technischen Wissens nicht.

Jumbo muss gewährleisten, dass die Produkte in der EU oder Schweiz auf die Konformität überprüft werden. Wenn der Hersteller eine Niederlassung in der CH hat, dann ist dieser verantwortlich. Für den Importeur ist es schwieriger, wenn keine Niederlassung des Herstellers in der Schweiz besteht. Der Importeur muss dann die gesamte technische Dokumentation haben und dies hat er nur, wenn er in einem Vertragsverhältnis zum Hersteller steht. Das Produkt wurde in der EU/Schweiz bereits in den Verkehr gebracht und kann somit ohne Probleme parallel importiert werden.

Fraglich ist, ob der Rasenmäher ein Fernmeldegerät ist und dann würden noch andere Anforderungen gelten.

- Zu Beginn ist der Umfang der Schutzwirkung von Immaterialgüterrechten zu betrachten. Welche Aspekte werden geschützt? Es wird das Patent und die Benutzung (Herstellen, Lagern, Anbieten, Inverkehrbringen, Einfuhr, Ausfuhr, Durchfuhr usw.) geschützt (Art. 8 PatG). Die Schweizerische Aussenwirtschaftspolitik will Parallelimporte möglich machen. Deshalb wurde die regionale

Erschöpfung eingeführt (Art. 9a PatG). Wenn der Patentinhaber seine geschützte Ware im Inland oder im europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht hat und dazu zugestimmt hat, dann darf die Ware ohne Weiteres in die Schweiz eingebracht werden und ohne Weiteres gewerbsmässig weiterverkauft werden. Regional umfasst die EWR und die Schweiz. Wenn Husqvarna den Rasenmäher irgendwo im EWR-Raum in Verkehr bringt und dieser Inverkehrbringung zustimmt, dann darf das Produkt in der Schweiz frei zirkulieren. Das Patentrecht ist im Bezug auf die Weiterveräußerung erschöpft (kann nicht mehr geltend gemacht werden). Wenn das Produkt ausserhalb des EWR in Verkehr gebracht wird, darf der Patentinhaber gestützt auf das PatG Parallelimporte verhindern, aber nur solange das Patent keine untergeordnete Bedeutung hat. Aus Polen darf uneingeschränkt importiert werden. Aus Südafrika ist nicht ganz klar, da müsste man schauen, welche Bedeutung das Patent hat. Wenn das Patent zentrale Bedeutung hat, könnten die Importe unterbunden werden.

- Kartellrecht spielt auch eine Rolle. Husqvarna Polen könnte in die Verträge schreiben, dass das Produkt nicht an Käufer ausserhalb von Polen verkauft werden darf (oder ausserhalb EU oder EWR). Wenn Jumbo beim polnischen Händler anfragt, dann könnte der Händler nicht liefern, weil dies den vertraglichen Verpflichtungen widerspricht, die im Vertriebsvertrag eingegangen wurden. Man spricht hier vom Passivverkaufsverbot. Wenn ein Schweizer Händler im Ausland ein Produkt nachfragt ist dies ein Passivverkauf, weil die Anfrage vom Nachfrager lanciert wird. Diese Klauseln sind Standard in allen europäischen Vertriebsverträgen. Die Schweiz möchte ja Parallelimporte fördern, wie kann also der Gesetzgeber verhindern, dass eine solche Klausel abgeschlossen wird. Es kommt das Kartellrecht zur Anwendung, da es um Verhalten zwischen Unternehmen geht.
 - Art. 2 Abs. 1 KG: Das Gesetz gilt für Unternehmen. Hier liegen klar private Unternehmen vor.
 - Art. 2 KG: Abs. 2: Auswirkungsprinzip: Es spielt keine Rolle, ob sich der Sachverhalt in der Schweiz oder im Ausland abspielt, er muss sich einfach in der Schweiz auswirken (auf die Wettbewerbsverhältnisse).
 - Art. 5 Abs. 4 KG: Dieser regelt Wettbewerbsabreden (Abreden zwischen Konkurrenten und Abreden im vertikalen Verhältnis zwischen Hersteller und Händler). In Abs. 3 sind die horizontalen Kartelle geregelt. In Abs. 4 sind die vertikalen Kartelle geregelt. Passivverkaufsverbote in Vertriebsverträgen sind grundsätzlich unzulässig und können von der WEKO untersucht und sanktioniert werden. Passivverkaufsverbote verstossen gegen diesen Artikel.
- Fazit: Es gibt keine Zölle oder mengenmässige Einfuhrbeschränkungen. Husqvarna kann die Importe nicht unterbinden, da im Patentrecht die regionale Erschöpfung gilt. Das Produkt darf in der Schweiz ohne weiteres in Verkehr gebracht werden (Konformitätserklärung: Prüfung in EU) und Husqvarna darf den ausländischen Händlern nicht verbieten ihre Produkte an JUMBO bzw. in die Schweiz zu verkaufen.

Swatch/ETA

Industrialisierung, Weltwirtschaftskrise und Rezession führte Anfang des 20. Jh zu einer Überproduktion von Uhrwerken mit Preiszerfall bis 85% und Einbruch der Exporte. Uhrwerkfabrikation schliesst sich mit staatlicher Unterstützung in den 1920er unter dem Holdingdach der «Allgemeinen Schweizer Uhrenindustrie» ASUAG zusammen. Ziel: tiefere Kosten und höhere Skalenerträge. Herstellung von Uhrwerken wird in der Tochter ETA (früher Eterna) gebündelt. ASUAG wird 1983 aufgrund von Billig-Konkurrenz aus Asien in 1970er Jahren abgelöst durch SMH (Hayek/Schmidheiny, ab 1998 Swatch Group). ETA wird Tochter von Swatch. ETA-Uhrwerke werden in rund 80% der Swiss Made-Fertighren von verschiedenen Uhrenfabrikanten eingebaut.

Im Juli 2002 teilt die Swatch den Herstellern von Fertiguhrten mit, die Liefermengen von Ébauches und Uhrwerken zu reduzieren und den Verkauf ab 2006 einzustellen.

- Hier geht es um das Kartellrecht. Wenn ein rechtliches Monopol vorliegt, könnte die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27/94 BV) noch relevant sein. Soweit ging der Staat in den 30er-Jahren nicht.
- Welche Grundsätze des Kartellrechts gibt es? Es gibt drei Säulen: Verbot von wettbewerbsschädlichen Abreden, Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und Fusionskontrolle.
- Der Zusammenschluss hätte nach kartellrechtlichen Grundsätzen untersagt werden müssen. Das Kartellrecht gab es aber zu dem Zeitpunkt nicht. Heute gibt es in einer Branche immer mehr Zusammenschlüsse, mit dem Argument, man müsse sich vor ausländischen Konkurrenten schützen. Es geht vor allem um den Werbemarkt, der an den Medienmarkt und an die Telekommunikation anknüpft. Google und andere Plattformen sind im Werbemarkt in der Schweiz derart stark, dass sich traditionelle Zeitschriften nicht mehr mit Werbung finanzieren können. Das ist der Grund, warum sich Medienhäuser zusammenschliessen und auch Partnerschaften mit bspw. der Swisscom entstehen. Der Konzentrationseffekt wird damit begründet, dass sich die Werbebranche in der Schweiz nur so gegen die grossen Konkurrenten wie bspw. Google behaupten kann. Dabei ist bei Fusionskontrollen schwierig zu beurteilen, ob man nur den Schweizer Markt oder den Weltmarkt (macht Sinn, dass sich Unternehmen zusammenschliessen, um sich im Wettbewerb zu behaupten) anschauen will. Das führt dann zu den Situationen, in denen es nur noch einen Anbieter (Monopolisten) gibt, der dann Monopolstellung erreicht. Es gibt die Fusionskontrollen, aber es gibt keine Möglichkeiten im Kartellrecht Monopole zu sprengen.
- Wenn mächtige Unternehmen vorliegen, dann bleibt lediglich die Missbrauchskontrolle. Die Unternehmen dürfen diese Stellung nicht missbrauchen, um Konkurrenten vom Markt zu drängen/zu behindern (Verbot Behinderungsmisbrauch) oder die Marktgegenseite auszubeuten (Verbot Ausbeutungsmisbrauch). Vorliegend geht es um Behinderungsmisbrauch.
 - Art. 4 Abs. 2 KG: Grundsatzfrage ist, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt (Swatch/ETA marktbeherrschend)? Klassisches Beispiel ist, dass ein Unternehmen den Preis erhöhen kann (Monopolpreis abschöpfen) und es ist kein Konkurrent vorhanden, der Wettbewerbsdruck ausüben könnte. Wie kann man die Marktbeherrschung quantifizieren? Es geht um Marktanteile. Damit man Marktanteile bestimmen kann, muss man den Markt definieren (nur dann kann ein Anteil bestimmt werden). Methodisch geht man von der direkten Marktgegenseite aus, die vom Verhalten betroffen ist. Das Verhalten betrifft die Uhrwerke und die Gegenseite sind die Hersteller von Fertiguhrten. Von der Marktgegenseite werden Uhrwerke nachgefragt. Uhrwerke sind die Grundlage, um den sachlich relevanten Markt festzulegen. Gibt es Ausweichmöglichkeiten für die Hersteller der Fertiguhrten (Substitute)? Es ist relevant, ob neue Markteintritte möglich sind und ob die Hersteller von Fertiguhrten auch wieder mit der Produktion von Uhrwerken beginnen. Das ist aber noch nicht nötig, um den Markt zu definieren. Bei der Abgrenzung des Marktes geht es nur darum, ob es sachliche Alternativen gibt. Es gibt den SNIT-Test: Man macht ein Gedankenexperiment. Man überlegt sich, wenn der Preis nachhaltig erhöht wird um 10%, wechseln dann die Nachfrager auf ein anderes Produkt, so dass sich die Preiserhöhung nicht lohnt für den Hersteller. Wenn sich die Preiserhöhung nicht lohnt, weil alle Kunden abwandern, dann gibt es eine Alternative (anderes Produkt, das zum gleichen sachlichen Markt gehört). Das gibt es bei den Uhrwerken nicht. Fertiguhrten können gekauft werden, die Uhrwerke aber nicht. Die Grösse der Uhrwerke kann definiert werden, aber die Märkte sind hier sehr eng. Dann muss der Markt geografisch abgegrenzt werden. Könnten die Uhrwerke auch im Ausland eingekauft werden? Die Wettbewerbskommission sagt dazu, dass es keine Substitute für Schweizerische Uhrwerke gibt, da die Herkunft ein wesentliches Verkaufselement ist. Ein chinesisches Uhrwerk hat nicht den gleichen Stellenwert wie ein

Schweizerisches Uhrwerk. Es liegt also der räumliche Markt Schweiz vor. Die ganze Regulierung um die Swissness, führt dazu, dass eine Uhr nur als Schweizerische bezeichnet werden darf, wenn ein gewisser Prozentsatz der Herstellung in der Schweiz stattfindet. Swatch hat einen Marktanteil von 80%. Das Bundesgericht sagt, dass es ab einem Marktanteil von 50% eine Vermutung gibt, dass Marktbeherrschung besteht. Auch mit 20% könnte eine Marktbeherrschung bestehen, wenn die anderen 80% sehr klein sind. Hier liegt Marktbeherrschung vor. Bei der Marktbeherrschung können noch die Kriterien, des potentiellen Wettbewerbs, neue Markteintritte usw. angewendet werden.

- In Art. 7 Abs. 2 KG ist die Verhaltens-/Missbrauchskontrolle geregelt. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG liegt vor. Swatch verweigert Geschäftsbeziehungen, indem sie die Uhrwerke nicht liefert. Dies ist missbräuchlich, wenn das Inputgut, hier diese Uhrwerke, objektiv notwendig sind, um das Fertigprodukt herzustellen. Das kann hier bejaht werden. Die Hersteller von Fertighren können nicht ohne Weiteres die Fabrikation von Uhrwerken neu aufbauen. Die WEKO hat mit der Swatch vereinbart, dass die Swatch sich verpflichtete, über weitere Jahre, bis 2019, solche Uhrwerke an Hersteller von Fertighren zu liefern. Der Uhrenbranche sollte mit der Übergangsfrist die Möglichkeit eingeräumt werden, dass alternative Bezugsquellen erschlossen werden können (andere Lieferanten oder selber investieren). Heute gibt es Sewita. Vor zwei Jahren hat sich die Frage gestellt, ob die Lieferpflicht verlängert oder eingestellt werden soll. Die Situation war die, dass Swatch verpflichtet wird weiter zu liefern. Das ist nicht im Interesse von Sewita, als Konkurrent, der aufgebaut werden konnte. Oder man verbietet Swatch, die Uhrwerke zu verkaufen, was nicht im Interesse der Hersteller für Fertighren ist. Der Ansatz war zu sagen, dass Swatch marktbeherrschend ist, aber der Markt soll sich nun selber einpendeln (keine Lieferpflicht und kein Lieferverbot). Swatch ist aber nach wie vor marktbeherrschend.

Fallbeispiele: Dienstleistungsmärkte (§ 5)

Zahnprothetik

Sabine Meier hat eine 4-jährige Lehre zum eidg. dipl. Zahntechniker abgeschlossen und nach 8-jähriger Berufsausübung berufsbegleitend während 4 Semestern eine Weiterbildung zum dipl. Zahnprothetiker absolviert. Seit drei Jahren führt sie erfolgreich ihre eigene Praxis in der Stadt Zürich.

- Auf Druck der Schweizerischen Zahnärzte-Gesellschaft beschliesst der Kanton Zürich, dass Leistungen von Zahnprothetikern nicht mehr über die Sozialversicherungen AHV/IV abgerechnet werden können.
 - Das Schul- und Sportdepartement der Stadt Zürich beauftragt die Zahnarztpraxis «white smile» mit der Gewährleistung der Schulzahnpflege. Meier hätte auch Interesse an diesem Auftrag gehabt.
 - Der Kanton Aargau verweigert die Bewilligung zur Eröffnung einer Niederlassung in der Stadt Baden, weil das kantonale Gesundheitsrecht diesen Beruf gar nicht vorsieht.
 - Welche rechtlichen Fragen stellen sich, wenn Frau Meier einer Praxis in Waldshut (D) arbeiten möchte?
- Die Zahnprothetiker müssten nachweisen, ob ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vorliegt. Im Vergleich zu den Zahnärzten könnten sie nicht mehr konkurrenzfähig sein (im Zahnprothetikermarkt), wenn sie nicht mehr anerkannt werden. Es bräuchte sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung. Es liegt höchstens ein faktischer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor. Der Gehalt der Wirtschaftsfreiheit beschränkt sich auf den Aspekt der Gleichbehandlung von Konkurrenten.
 - Hier stellt die Frage, ob ein öffentlicher Auftrag im beschaffungsrechtlichen Sinn vergeben wird oder ist das die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe.

- Art. 7 und 8 IVöB: Die Rechtsprechung ist hier nicht einheitlich. Das Bundesgericht geht eher in die Richtung, dass Leistungsaufträge, die vergeben werden, darunterfällt.
- Art.9 IVöB: Die Formulierung ist auslegungsbedürftig. Der Zahnprothetiker könnte hier besondere Rechte haben, da der Zahnarzt ausschliesslich Schulzahnpflege machen darf (Sondervorteil).
- Hier sind wir im Binnenmarktgesetz. Handelshemmnisse im Dienstleistungsverkehr und der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Schweiz sollen abgebaut werden.
 - Art. 2 Abs. 4 BGBM: Das ist das Herkunftsprinzip. Frau M darf nach den zürcherischen Vorschriften im Aargau tätig werden, auch wenn das im Aargau nicht vorgesehen ist. Dies aber unter Vorbehalt von Art. 3: Der Kanton Aargau müsste nachweisen, dass es überwiegende öffentliche Interessen geht, die dafür sprechen werden, dass eine Tätigkeit nicht nach den zürcherischen Vorschriften ausgeübt werden darf. Öffentliche Interessen wären Gesundheitsschutz und Schutz der Patienten vor unqualifizierter Arbeit. Die Verhältnismässigkeit muss auch beachtet werden. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz wird hier sehr streng ausgelegt. Art. 3 Abs. 2 BGBM enthält einen Katalog von per se unverhältnismässigen Marktzugangsbeschränkungen. Lit. a und lit. d können vorgebracht werden.

Airbnb-Initiative Stadt Luzern



WOHNRAUM SCHÜTZEN – AIRBNB REGULIEREN

Gestützt auf § 131 des Stimmrechtsgesetzes und Art. 6 der Gemeindeordnung der Stadt Luzern verlangen die untenzeichneten Stimmberechtigten der Stadt Luzern in Form der Anregung vom Stadtrat, dem Grossen Stadtrat Bericht und Antrag mit folgendem Zweck vorzulegen:

Änderung der Bau- und Zonenordnung in folgendem Sinne:

Regulierung kurzzeitiger Wohnungsvermietungen

- Ganze Wohnungen dürfen höchstens 90 Tage pro Jahr an Personen vermietet werden, welche sich gemäss §7 des Gesetzes über die Niederlassung und den Aufenthalt in Luzern aufhalten.
- Aus bisherigen kommerziellen Nutzungen, die über das vorliegend definierte Mass hinausgehen, lässt sich kein Anspruch ableiten. Hiervon ausgenommen sind lediglich Ansprüche, die sich aus übergeordnetem Recht ergeben.
- Von dieser Regelung ausgenommen sind Wohnungen oder Liegenschaften in der Landwirtschafts- und Tourismuszone.

www.wohnraum-schützen.ch

Sachverhalt: Die gewerbsmässige Vermietung von Wohnungen an Auswärtige/Touristen soll verboten werden (über 90 Tage vermieten). Die Stadt Luzern bereitet eine Gesetzesänderung als Gegenvorschlag vor.

- Das Verbot Wohnungen gegen Entgelt an Touristen zu vermieten, schränkt die Wirtschaftsfreiheit nach BV 27 ein. Auch Vermietung von Wohnungen ist eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die eingeschränkt wird. Die Eigentumsгарantie wird ebenfalls eingeschränkt (wird aber nicht näher darauf eingegangen). Es wird also eine klassische Prüfung nach BV 36 durchgeführt, da BV 27 eingeschränkt wird (BV 27 und 94).

- Gesetzliche Grundlage: Es wird angenommen, dass ein formelles Gesetz geschaffen wird.
- Öffentliches Interesse: Der Wohnraum soll für die lokale Bevölkerung geschützt werden. Es ist lukrativ Wohnungen kurzfristig an auswärtige Gäste zu vermieten (mehr Einnahmen als Vermietung an lokale Bevölkerung). Dieses Interesse ist zulässig (Verfassung: Wohnraumförderung).
- Verhältnismässigkeit. Gibt es Probleme bei der Verhältnismässigkeit? Es gäbe die Möglichkeit ein Kontingent einzuführen (=mengenmässige Beschränkung). Es geht hier darum, dass für die einheimische Bevölkerung genügend Wohnraum zur Verfügung steht. Nur ein bestimmter Prozentsatz dürfte dann mit Airbnb an Gäste vermietet werden. Das will die

Stadt auch einführen. Sie wollen eine Regelung, dass 1% der Wohnungen in einem Quartier kurzfristig an Dritte vermietet werden darf (Zweitwohnungen). Dies ist ein milderer Mittel im Verhältnis zu einem Tätigkeitsverbot. Die Kontingentierung selber ist eine mengenmässige Steuerung des Angebots. Dies ist Problematisch mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit aber ein milderer Mittel. Durch die Kontingente entsteht aber ein neues Problem: Wer wird ausgewählt, wenn mehr als 1% über Airbnb Wohnungen vermieten will. Bei Mengenbeschränkungen entstehen Zuteilungsprobleme. Es entsteht eine regulatorisch geschaffene Knappheit und es gibt die Verteilungsprobleme. Dann muss der Staat dafür sorgen, dass gleich und gerecht verteilt wird (Gleichbehandlung der Konkurrenten). Also muss man BV 27 und 94 prüfen. Ein mengenmässig beschränkter Zugang zu einem Markt ist ein geschlossener Markt und dann stellt sich immer die Frage nach dem Zugang. Dabei muss die Gleichbehandlung der Konkurrenten gewahrt werden. Dies kann mittels einer öffentlichen Ausschreibung erreicht werden. Die Gleichbehandlung der Konkurrenten ist verfassungsmässig gefordert. Kann die öffentliche Ausschreibung aus einem Gesetz oder der Verfassung abgeleitet werden?

- Art. 2 Abs. 7 BGBM: Vorliegend sind es private Wohnungen. Es liegt kein kantonales Monopol vor. Es handelt sich um eine Kontingentsbewilligung. Vom Wortlaut her passt Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht. Der Zweck hinter diesem Artikel ist, dass der Zugang zu geschlossenen Märkten durch eine Ausschreibung rechtsgleich ausgestaltet werden soll. Ob eine Verknappung durch ein Monopol oder ein Kontingent vorliegt, kommt schlussendlich aufs selbe raus. Letztlich geht es um knappe Zugangsrechte, die verteilt werden müssen. Mit Blick auf den Zweck, Wettbewerb durch Ausschreibung herzustellen, müsste Art. 2 Abs. 7 BGBM analog auf den Fall übertragen werden. Dies ist umstritten. Das Bundesgericht hat das noch nicht gerichtlich bestätigt. Hier besteht eine Unsicherheit.
 - Art. 27/94 BV: Zumindest muss bei geschlossenen Märkten ein offenes Vergabeverfahren gewährleistet werden. Das heisst eine Vergabe oder ein Verfahren, dass die Gleichbehandlung gewährleistet. Dies würde hier auf eine Ausschreibung hinweisen (Ausschreibungspflicht aus der BV selber). Dies hat das BGer auch so anerkannt.
- Wie läuft das Ausschreibungsverfahren? Welche Möglichkeiten gibt es auszuwählen? Möglich wäre es nach Kriterien auszusuchen (bspw. für Wochenmarkt). Nach Kriterien (also Bestimmung, ob die Wohnung gut oder schlecht) soll nicht ausgesucht werden, da dann die Lage bewertet wird. Wenn der Kanton Luzern eingreifen würde, wäre das eine Angebotssteuerung. Das wäre auch im Hinblick auf wirtschaftspolitische Eingriffe problematisch. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wäre wohl tangiert. Möglich wäre auch ein Losverfahren. Das ist absolut unparteiisch und hängt vom Zufall ab (wurde bezüglich Marroniständen als zulässig erklärt). Als Auswahlprinzip käme auch eine Versteigerung in Frage. Mobilfunkkonzessionen werden in einer Auktion an den Höchstbietenden versteigert (Qualität kann nicht unterschieden werden). Möglich wäre es auch die Kontingente zu versteigern, allerdings besteht dann die Möglichkeit, dass die Kosten auf die Kunden überwältzt werden. Möglich wäre auch das Erstellen einer Warteliste.
 - Fraglich ist, wie lange ein Kontingent dauert. Die Sonderrechte (Konzession/Kontingent) müssen zeitlich begrenzt sein. Wettbewerb wird während der Dauer des Kontingents eingeschränkt. Wettbewerb kann nur bei der Vergabe stattfinden, deshalb wird die Chance in den Wettbewerb hineinzukommen unterdrückt. Das spricht für eine kurze Dauer (Gewährleistung der Wettbewerbsneutralität). Die Investitionskosten/Investitionssicherheit sprechen eher für eine lange Dauer der Vergabe der Kontingente. Also muss ein Mittelweg gefunden werden – bspw. 10-15 Jahre. Beim Wochenmarkt nimmt man 5 Jahre an, da die Investitionen nicht so gross sind. Bei Nutzung von gesteigertem Gemeindegebrauch nimmt man 5 Jahre an, bei Sondernutzung viel länger. Die grössten

Investitionen fallen bei Wasserkraftwerken (Staumauern) an, deshalb werden dort die Konzessionen alle 80 Jahre vergeben.

- Das Gleichbehandlungsproblem kann über faire Ausschreibungen gelöst werden.

Fallbeispiele: Infrastrukturmärkte (§ 6)

Flusskraftwerk

Das gemischtwirtschaftliche Energieversorgungsunternehmen Y.AG betreibt ein Flusskraftwerk an der Reuss. Das Unternehmen gehört zu 90% dem Kanton Luzern und verschiedenen Gemeinden, zu 10% privaten Aktionären. Ende 2020 läuft die Konzession für den Betrieb des Kraftwerks aus. Der Kanton Luzern erneuert die Konzession der Y.AG um weitere 80 Jahre. Das private Energieunternehmen Z.AG wäre ebenfalls an der Konzession interessiert gewesen.

→ Die Swisscom baut das Glasfasernetz in der Schweiz. Während dem Bau wurde das System geändert, so dass der Zugang für die Konkurrenten viel schwieriger ist. Die Swisscom verletzt dadurch das Kartellgesetz (Art. 7 KG). Swisscom hat in diesem Bereich Marktmacht aufgrund ihres Eigentums und dem Betrieb der Infrastruktur. Das natürliche Monopol gehört der Swisscom (ist hier privatwirtschaftlich tätig). Es gibt ein oder wenige Infrastrukturbetreiber und viele Nutzer, die davon abhängig sind die Infrastruktur zu benutzen.

- Die Ausschreibungspflicht steht wieder zur Diskussion. Die Grundlage für die Ausschreibungspflicht liegt in Art. 2 Abs. 7 BGBM. Liegt hier ein Monopol vor? Die öffentlichen Gewässer gehören dem Kanton. Wenn diese zur Energienutzung verwendet werden, ist eine Sondernutzungskonzession notwendig (faktisches Monopol steht dahinter). Dies fällt gemäss der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts klar unter Art. 2 Abs. 7 BGBM. Es müssen aber kantonale oder kommunale Monopole vorliegen. Die Sondernutzungskonzession muss privat übertragen, damit eine Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM angenommen werden kann. Wird die Konzession vorliegend auf Private übertragen? Es liegt eine AG vor, die zu 90% dem Kanton und den Gemeinden gehört. Die öffentliche Hand dominiert ganz klar. Fraglich ist, ob eine «in-state-Vergabe» (innerhalb der Staatssphäre) vorliegt. Wenn eine reine «in-state-Vergabe» vorliegt, dann ist Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht anwendbar. Fraglich ist, ob eine Mehrheitsbeteiligung von Privaten verlangt wird oder eine Minderheitsbeteiligung ausreicht. 10% reicht aus, um anzunehmen, dass eine Übertragung auf Private vorliegt. Wenn Private Anteile an einem Unternehmen haben (auch mit kleinen Minderheitsanteilen) reicht dies aus um zu sagen, dass eine Übertragung auf Private vorliegt. Die Kantone müssen 100% haben, damit Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht anwendbar ist. Hier ist also eine Ausschreibung nötig.

- Hier gibt es ein Spezialgesetz: Wasserrechtsgesetz des Bundes:

- Art. 60 Abs. 3: Dies ist eine Ausnahme zu Art. 2 Abs. 7 BGBM. Es gibt im geltenden Recht zwei Ausnahmen: Wasserkraft und Stromversorgung. Ein diskriminierungsfreies, transparentes Verfahren ist trotzdem notwendig. Es ist denkbar, dass jemand ein Konzessionsgesuch stellt und die Behörde das Gesuch veröffentlicht und sagt, dass sich andere Bewerber innerhalb von 90 Tagen melden können und ein Gesuch stellen können. Das wäre eine Alternative zu einer Ausschreibung.

Valet Parking

Die Flughafen Zürich AG (Unique), Eigentümerin des interkontinentalen Flughafens Zürich, kündigte das Vertragsverhältnis mit den beiden Anbietern von «off airport» Valet-Parking. Der «off airport» Valet-Parking-Service besteht darin, dass das Auto von Kunden ausserhalb des Flughafenareals parkiert und zum gewünschten Zeitpunkt zurück auf einen Umschlag-Parkplatz im Flughafenareal

gebracht wird. Unique begründet die Kündigung damit, dass zur besseren Auslastung der eigenen Parkhäuser nur noch ein «on airport» Valet-Parking-Service angeboten werden soll.

• Wir befinden uns im Kartellrecht. Die Flughafen Zürich AG ist Infrastruktureigentümerin und kontrolliert die Dienstleistungen, die unter Benutzung der Infrastruktur angeboten werden (angewiesen auf Nutzung der Infrastruktur). Die Dienstleistungen sind darauf angewiesen, dass die Flughafen Zürich AG Zugang zur Infrastruktur gibt. Der Zugang zum Markt (nachgelagerter Markt: infrastrukturegebundener Markt) führt über die private Flughafen Zürich AG. Deshalb ist das Kartellgesetz anwendbar.

- Geltungsbereich Art. 2 KG: Hier liegt ein Unternehmen des privaten Rechts vor (Definition in Art. 2 Abs. 1bis KG). Wirtschaftsprozess heisst nicht hoheitlich. Art. 2 KG ist erfüllt.
- Art. 3 KG: Dies sind Ausnahmen vom Anwendungsbereich des KG. Wenn das Spezialgesetz ein Monopol schafft, ist der Wettbewerb durch das Spezialgesetz ausgeschlossen. Immer wenn das Spezialgesetz den Wettbewerb ausschliesst (Preise durch Spezialgesetz vorgesehen), ist das Kartellrecht nicht anwendbar. Liegt hier eine vorbehaltene Vorschrift vor? Es geht um das Parkieren, das ist sicher keine öffentliche Aufgabe. Es liegt keine vorbehaltene Vorschrift vor.
- Art. 4 KG: Was für eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor? Der relevante Markt ist das Parkieren von Autos von Fluggästen. Dies wird Beschränkt durch die Kündigung der Flughafen Zürich AG. Es geht hier nicht um Abreden. Es geht darum, dass sie als Infrastrukturbetreiber in den Valet-Betreiber-Markt, den nachgelagerten Markt beherrscht («essential facility»). Die Infrastruktur, welche die Unique besitzt, ist wesentlich für den Valet-Parking-Markt. Die Unique ist marktbeherrschend, da sie sich auf dem Valet-Parking-Markt unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. Es liegt eine marktbeherrschende Stellung der Unique vor.
- Art. 7 KG: Fraglich ist, ob hier ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Aufnahme des Wettbewerbs ist Marktzugang. Dem Parking-Service wird der Marktzugang verwehrt, da ihm gekündigt wurde. Die Marktgegenseite wären die Nachfrager. Dies ist hier aber kein Thema. Es geht um Behinderung des Marktzugangs. Hier ist die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gegeben (Erbringung von Dienstleistungen verhindert). Es wäre noch zu prüfen, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen. Die Unique müsste sachliche Gründe vorlegen, um zu kündigen. Unique begründet das hier damit, dass die Parkhäuser besser ausgelastet werden sollen. Unique möchte mehr Erträge erzielen. Das sind Konkurrenzinteressen der Unique (Konkurrentin vom Leib halten). Das KG will dies genau verhindern. Es liegt also ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor. Hier liegt ein Verstoß gegen das KG vor.

Fallbeispiele: Preiswettbewerb (§ 7)

Viagra

Die Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly S.A. und Bayer sprachen für ihre rezeptpflichtigen Medikamente Viagra, Cialis und Levitra zuhanden der Detailhändler (Apotheken) Preisempfehlungen aus. Die Unternehmen begründeten diese damit, dass für rezeptpflichtige Medikamente ein Werbeverbot bestehe und deshalb ohnehin kein Preiswettbewerb möglich sei.

→ kein Prüfungsstoff

Fallbeispiele: Leistungswettbewerb (§ 8)

Werbung für SRG

Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) strahlte in ihren Radiound Fernsehprogrammen einen Werbespot aus, der aufzeigte, dass die Kundinnen und Kunden für ihre Radio- und Fernsehempfangsgebühren viel umfassendere Leistungen erhalten als für ein Zeitungsabonnement. Das Medienhaus Tamedia hält diese Werbung für deplatziert und möchte rechtlich dagegen vorgehen.

→ kein Prüfungstoff

Fallbeispiele: Staat Als Marktteilnehmer (§ 9)

Mensa Uni Luzern

Nachdem der bisherige Betreiber der Mensa der Universität Luzern auf Ende Juli 2021 gekündigt hatte, vergab die Universität den Auftrag zum Betrieb der Mensa der Genossenschaft ZFV-Unternehmungen (ZFV). Musste die Uni die Vergabe des Auftrags öffentlich ausschreiben? Durfte die Uni eine nachhaltige, saisonale und regionale Verpflegung als Kriterium für die Auftragsvergabe berücksichtigen? Hätte die Uni bei der Auftragsvergabe einen Mindestlohn von CHF 25/Stunde für die Mitarbeitenden der Mensa verlangen dürfen?

- Es geht hier um den Staat als Nachfrager. Bei der Nachfragemacht des Staates ist die Gleichbehandlung der Konkurrenten zu beachten.
- Wo kann eine mögliche Ausschreibungspflicht gefunden werden? Das BGBM und das Gesetz über das Gesetz öffentliche Beschaffungswesen kommen in Frage.
 - Ist Art. 2 Abs. 7 BGBM hier anwendbar? Die Uni kauft eine Leistung ein, nämlich Mensa-Betrieb. Die Uni erfüllt öffentliche Aufgaben und der Betrieb eines Restaurants ist eigentlich keine öffentliche Aufgabe. Hier geht es darum, dass man sich im Zusammenhang mit der Ausbildung verpflegen kann. Die Mensa hat einen engen Zusammenhang mit der öffentlichen Aufgabe Ausbildung, ist somit Teil einer Ausbildungsaufgabe. Die Mensa ist ein Mittel, um die öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Es wird kein kantonales/kommunales Monopol übertragen. Ein Mittel auf dem Privatmarkt, eine Dienstleistung wird beschafft, um die öffentliche Aufgabe – universitäre Ausbildung – zu erfüllen. Wenn der Staat sich auf dem privatwirtschaftlichen Markt Mittel für eine öffentliche Aufgabe beschafft, ist dies eine öffentliche Beschaffung, also sind wir im Beschaffungsrecht.
 - Anwendbar ist das IVöB (BöB: nur für Bundesbeschaffungen). Hier ist eine kantonale Institution massgebend. Der Kanton Luzern ist der neuen Fassung der IVöB noch nicht beigetreten, wird aber beitreten. Das BöB und die IVöB sind fast gleich. Der Begriff des öffentlichen Auftrags ist in Art. 8 IVöB geregelt. Liegt Entgeltlichkeit vor? Die Uni zahlt der Mensa nichts, aber das Entgelt kommt von den Kunden (auch möglich). Auch wenn das Geld von Dritten kommt, liegt ein öffentlicher Auftrag vor. Hier kommt die Dienstleistung in Frage. Das ist der objektive Geltungsbereich. Der subjektive Geltungsbereich ist in Art. 4 IVöB. Die Uni ist eine Einrichtung des öffentlichen Rechts und fällt unter den Auftraggeberbegriff in Art. 4 Abs. 1 IVöB. Die IVöB ist anwendbar. Grundsätzlich muss öffentlich ausgeschrieben werden. Es braucht aber zusätzlich noch die Erreichung der Schwellenwerte (im Anhang der IVöB). Wir haben hier Dienstleistungen über 250'000 Umsatz. Das bedeutet wir sind im offenen selektiven Verfahren. Diese Verfahren sind in Art. 17 ff. IVöB definiert. Es gibt eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung. Fraglich sind die Ausschreibungskriterien. Es ging bislang um das wirtschaftlich günstigste Angebot (nur das Preis-Leistungs-Angebot war entscheidend). Das neue Recht wurde flexibler. Die Politik wollte öffentliche Interessen über das Beschaffungsrecht verwirklichen können, nicht nur wirtschaftliche Interessen. Art. 29

IVöB regelt die Zuschlagskriterien. In unserem Fall ist die nachhaltige Ernährung ein zulässiges Zuschlagskriterium. Der Mindestlohn, sozialpolitische Kriterien, sind die auch zulässig? Dies fällt nicht unter Art. 29 IVöB, da der Lohn nicht leistungsbezogen ist. Es gibt aber noch Art. 12 – Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen. Die Mindestlohnvorschriften müssen eingehalten werden. Die Universität darf in der Ausschreibung keine Mindestlohnvorschriften machen. Die Uni darf nicht verlangen, dass CHF 25 Mindestlohn bezahlt wird. Sie darf nur verlangen, dass die Arbeitsschutzbestimmungen eingehalten werden.

Spitalambulatorien

Ein Kanton beschliesst, aus Kostengründen fünf öffentliche Regionalspitäler zu schliessen. Die Spitäler sollen in sog. Spitalambulatorien umfunktioniert werden. Damit soll die Versorgung mit ambulanten medizinischen Leistungen (Notfälle und weitere Leistungen der medizinischen Grundversorgung) in den betroffenen Regionen sichergestellt werden. Die Spitalambulatorien sollen als öffentlichrechtliche Anstalten betrieben und für ihre Versorgungsleistungen mit jährlichen Beiträgen unterstützt werden.

- Der Staat tritt als Anbieter auf, er spielt selber Unternehmer, geht in den Markt rein und lässt sich noch durch öffentliche Gelder finanzieren. Das ist wettbewerbsrechtlich ein Problem. Fällt der Staat unter das Kartellgesetz oder die Wirtschaftsfreiheit (BV 27)? Beim Kartellrecht müsste der Staat marktbeherrschend sein. Es liegt keine Marktbeherrschung vor. Das Kartellrecht lassen wir beiseite.
- Verbietet die Wirtschaftsfreiheit dem Staat unternehmerisch tätig zu sein? Nein, dies wird nicht verboten. Das Bundesgericht hat gesagt (GlarnerSach), dass der Staat nicht in die Wirtschaftsfreiheit nach BV 27 eingreift, wenn er selber privatwirtschaftlich auf dem Markt auftritt (als Unternehmer), weil den Privaten dadurch zusätzliche Konkurrenz entsteht. Die Wirtschaftsfreiheit schützt nicht vor Konkurrenz. Es liegt also kein Eingriff in BV 27 vor. Aber BV 94 ist tangiert. BV 94 wird geprüft in Verbindung mit BV 5. Ein öffentliches Interesse hinter dem staatlichen Tätigwerden reicht aus. Als öffentliches Interesse kann die Gesundheitsversorgung angenommen werden. Die Verhältnismässigkeit wird extrem lasch geprüft. Es genügt, wenn der Staat mit seiner Wirtschaftstätigkeit das private Angebot nicht geradezu aus dem Markt drängt. Das reine Tätigwerden wäre wohl mit BV 94 vereinbar. Die gesetzliche Grundlage braucht es auch, aber dies ist sehr locker gehandhabt.
- Die Subventionen sind Wettbewerbsverzerrungen. Es entstehen ungleichlange Spiesse, also die Wettbewerbsneutralität ist nicht mehr gewährleistet. Solche systematischen Wettbewerbsverzerrungen durch Subventionierungen und auch Quersubventionierungen (öffentliche Unternehmen brauchen Gelder aus dem öffentlichen Bereich für privatwirtschaftliche Tätigkeit), ist unzulässig. Das ist eine Verletzung von BV 94. Wenn Beiträge gesprochen werden, müssen private Arztpraxen gleichermassen Zugang zu diesen haben, sonst wird die Wettbewerbsneutralität verletzt.

§ 4 PRODUKTEMÄRKTE

EINFÜHRUNG

Lernziele

Sie kennen und beherrschen

- die «Neue Konzpetion» (new and global approach) als Instrument für den Marktzugang von Produkten und den Warenverkehr zwischen der Schweiz und der EU
- die Instrumente zum Abbau von technischen Handelshemmnissen gemäss THG und MRA
- die Bedeutung des BGBM im interkantonalen Warenverkehr

- die wichtigsten Grundsätze und Rechtsgrundlagen der internationalen Handelsliberalisierung
- die rechtlichen Rahmenbedingungen des Parallelimports

Übersicht Marktzugang

Offene Produktemärkte	Marktausschluss	Gebietschutz
Freier Marktzugang Stand des Wissens und der Technik (PrSG 3 II / 5 IV)	Geschlossene Märkte <ul style="list-style-type: none"> ▪ Rechtliche Monopole ▪ Kontingentbewilligung ▪ Produkteverbote 	Grenzmassnahmen <ul style="list-style-type: none"> ▪ Zölle ▪ Einfuhrkontingente
Neue Konzeption Grundlegende Anforderungen (PrSG 3 u 4, THG 4 ff.)	Verdrängungswettbewerb <ul style="list-style-type: none"> ▪ Lieferboykott für Vorleistungsprodukte ▪ Kampfpreisstrategie 	Horizontale Gebietsabrede
Zulassungspflicht Bewilligungspflicht mit Zulassungsvoraussetzungen		Behinderung von Parallelimporten <ul style="list-style-type: none"> ▪ Passivverkaufsverbote (vertikale Gebietsabrede) ▪ IGR

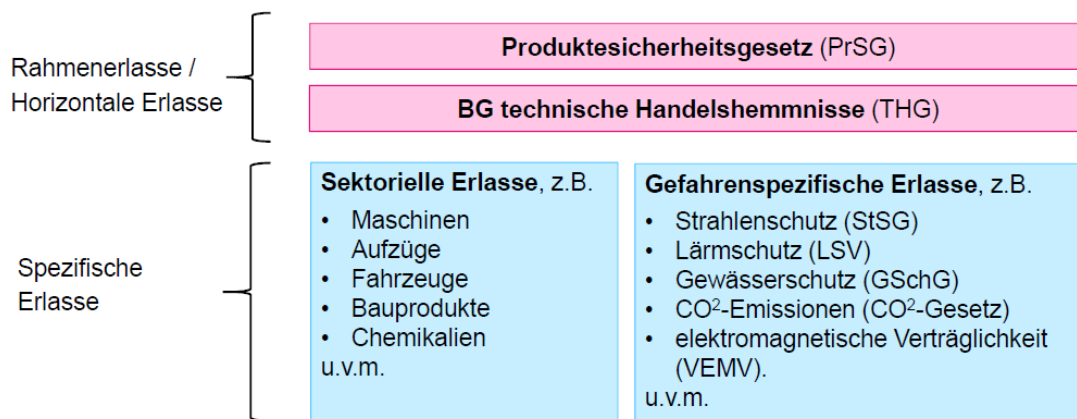
• Es gibt viele Produkte mit unterschiedlichen Risiken. Je nachdem gelten unterschiedliche rechtliche Marktzugangsregime (siehe Kategorien oben).

- Offene Produktemärkte: Diese zeichnen sich dadurch aus, dass jeder jedes Produkt in den Markt bringen kann – die Zahl der Hersteller ist nicht beschränkt (keine Kontingente, Monopole). Innerhalb der offenen Produktemärkte gibt es Untergruppen:
 - Freier Marktzugang: Wenn Turnschuhe verkauft werden, ist das nicht mit Risiken verbunden und die Produkte dürfen ohne weiteres in Verkehr gebracht werden. Das Produktesicherheitsgesetz sagt, dass alle Produkte den Stand des Wissens und der Technik erreichen müssen (Mindeststandard). Das gilt für alle ungefährlichen Produkte.
 - Neue Konzeption: Der Gesetzgeber definiert die grundlegenden Anforderungen, die erfüllt sein müssen, damit das Produkt in Verkehr gebracht werden darf.
 - Zulassungspflicht: Das ist ein staatliches Bewilligungsregime. Die Produkte benötigen eine Bewilligung, damit sie in Verkehr gebracht werden dürfen (Polizeibewilligung). Beispielsweise im Bereich von Fahrzeugen trifft dies zu. Von diesen Produkten geht ein besonders hohes Sicherheitsrisiko aus. Der grosse Nachteil ist, dass der Gesetzgeber oft nicht das Know-How und die Kompetenz dafür hat. Dies muss sich der Gesetzgeber aneignen. Zudem kommt der Staat aufgrund der technischen Fortschritte oft nicht mit, da die Gesetzgebung zeitaufwendig ist (Gesetz muss durchs Parlament und der Gesetzgeber ist dann zu den technologischen Standards oft zu spät).
- Marktausschluss: Darunter versteht man Konstellationen, bei denen entweder der Staat oder Private sich so verhalten, dass nicht alle Hersteller, Anbieter oder Produkte in den Markt gelangen können.
 - Geschlossene Märkte: Der Staat kann Monopole bilden und sich das Recht vorbehalten ein bestimmtes Produkt zu verwerten. Das ist im Produktbereich relativ selten (Monopol und kantonale Regale – bspw. Salzregal, Fischerei- oder Jagdregal, Abbau von Bodenschätzen). Kontingentbewilligungen sind sehr selten. Gewisse Produkte sind nicht zugelassen (Einfuhr, Herstellung, Verwendung [bspw. Radarwarngeräte, Betäubungsmittel], Verkauf von Produkten).
 - Verdrängungswettbewerb: Auch Private können versuchen Konkurrenten aus dem Markt zu drängen (Swatch-Beispiel). Unternehmen können Lieferboykotte durchsetzen und so weitere Unternehmen ausschalten. Unternehmen, die einen

hohen Marktanteil haben, können mit tiefen Preisen unter Inkaufnahme von Verlusten dafür sorgen, dass die anderen Konkurrenten aus dem Markt gedrängt werden. Dann steht der Markt nachher nur noch ihnen zur Verfügung.

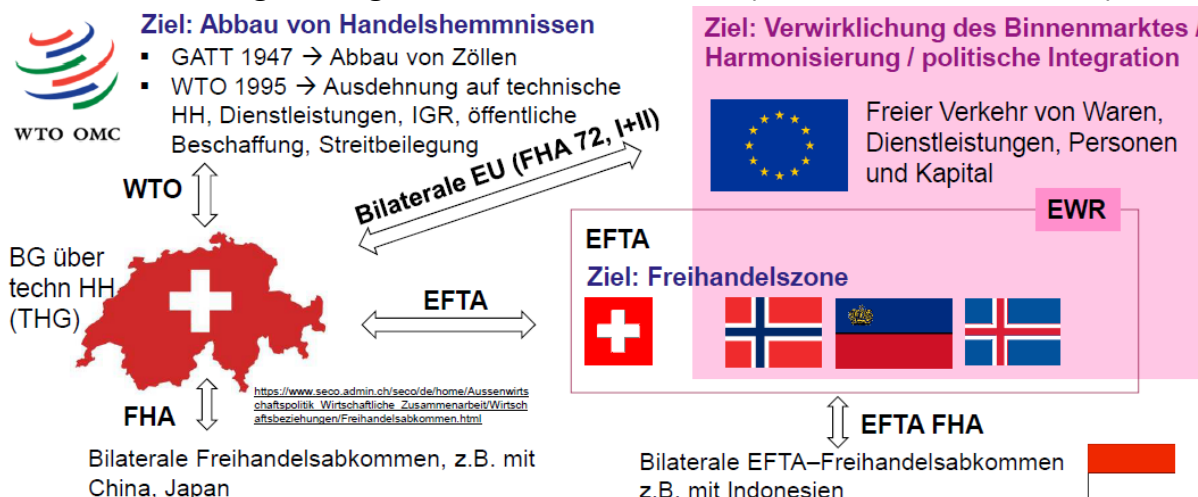
- Gebietsschutz
 - o Horizontale Gebietsabrede: Private können sich untereinander Gebiete zuteilen. Auch Gebietsabreden in Vertriebsverträgen haben einen ähnlichen Effekt. Die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten kann eingesetzt werden, um Gebiete abzugrenzen.

Übersicht Rechtsgrundlagen Produkterecht



- Es gibt zwei Rahmenerlasse: Das PrSG und das THG. Diese gelten für alle Industrieprodukte. Das PrSG hat das Ziel, dass die Produkte sicher sind und das THG hat zum Ziel, dass sich die Zulassungsvoraussetzungen nicht als Handelshemmnisse auswirken. Die Sicherheit gemäss PrSG kann zu Handelshemmnissen führen (Marktzugang für Produkte aus der EU wird schwierig, da Produkte speziell ausgerüstet werden müssen, das führt zu höherem Preis und schlechterem Marktzugang). Das THG ist der Gegenpol. Die technischen Anforderungen an Produkte sollen so ausgestaltet werden, dass sich diese nicht als technische Handelshemmnisse auswirken, was dazu führt, dass Abstriche bei der Sicherheit gemacht werden müssen.
- Es gibt unzählige produktespezifische Erlasse. Wenn die Zulassung für ein Produkt geprüft wird, dann müssen auch diese Gesetze beachtet werden.

Übersicht Rechtsgrundlagen Aussenhandelsrecht (Wirtschaftsvölkerrecht)



- Das Aussenhandelsrecht stützt sich auf drei Pfeiler: Verhältnis der Schweiz zur WTO, zur EU (Bilaterale und EFTA) und zu den unzähligen Freihandelsabkommen mit strategisch wichtigen Handelsnationen.

- WTO: Die WTO von 1995 umfasst ein Set von mehreren Handelsabkommen, die auf den Waren- und Dienstleistungshandel, den Schutz von Immaterialgüterrechten, das öffentliche Beschaffungswesen und ein Streitbeilegungssystem abzielen. Für den Warenverkehr ist das GATT-Abkommen wichtig (Abschaffung von Zöllen). Für den Import ist das nicht so wichtig, da die Zölle abgeschafft werden, aber für den Export kann es noch eine Rolle spielen. Jedes Land kann sich beteiligen, wenn es die Voraussetzungen erfüllt.
- EFTA: EFTA will nur eine Freihandelszone errichten, während die EG (heute EU) einen Binnenmarkt verwirklichen wollte (politische Zusammenarbeit, gemeinsame Standards). Eine Freihandelszone bedeutet Abschaffung von Zöllen und Einfuhrkontingenten. Die meisten Staaten sind in die damalige EG übersiedelt. In der EFTA verblieben nur vier Staaten, die anderen Staaten bilden den EWR (Schweiz nicht dabei). Die Schweiz regelt die Verhältnisse zur EU mit den Bilateralen Abkommen. Wichtig ist hier das MRA als Teil der Bilateralen I.
- FHA: Die Freihandelsabkommen verhandelt die Schweiz entweder selber oder durch die EFTA. Die Schweiz hat durch die EFTA eine stärkere Verhandlungsmacht, da der Markt der vier Länder eingebracht werden kann. Die EFTA-Länder müssen sich allerdings einig sein. Bei den Freihandelsabkommen geht es meist um die Themen der WTO, meist noch mit weiteren Marktzugangsmöglichkeiten («WTO + Abkommen»). Diese Abkommen sind immer ähnlich.

Auch inländische Gesetze (THG) sind relevant. Auch das Cassis de Dijon-Prinzip ist relevant.

Übersicht

1. Zulassungspflicht: Welche wettbewerbsrechtlichen Schranken gelten?
2. Konformitätsbewertung
3. Abbau von technischen Handelshemmnissen
 - a. Mutual Recognition Agreement
 - b. Cassis de Dijon-Prinzip
4. Abbau von Grenzmassnahmen
5. Verbot von Gebietsabreden (Behinderung von Parallelimporten)

ZULASSUNGSPFLICHT (ALTE KONZEPTION)

ZULASSUNGSPFLICHT

Fallbeispiel «Feuerlöscher»

Der Kanton Luzern möchte das kantonale Gesetz über den Feuerschutz (FSG) wie folgt ergänzen:

1 Wer Feuerlöscher herstellt, in Verkehr bringt, vertreibt oder verkauft benötigt eine Bewilligung der kantonalen Gebäudeversicherung.

2 Nur im Kanton Luzern hergestellte Feuerlöscher werden zum Verkauf zugelassen.

3 [Anforderungen an Produkt]

4 [Prüfverfahren]

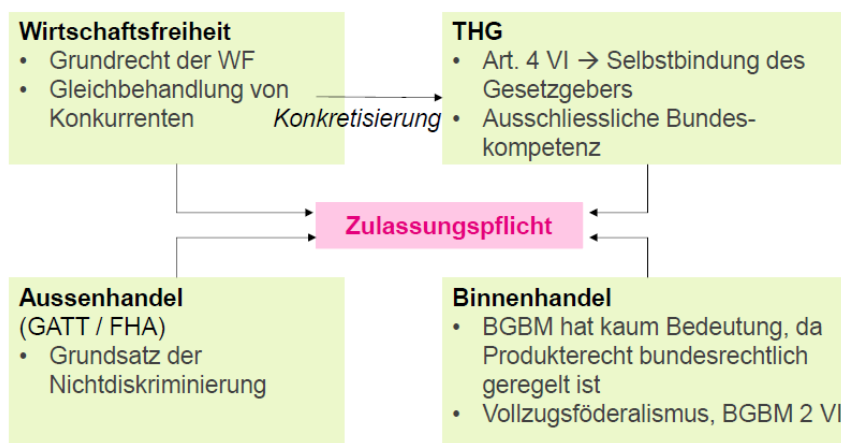
Gegen welche wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen verstösst diese Norm?

- Der Kanton Luzern möchte eine Bewilligungspflicht für Feuerlöscher einführen, damit diese auch funktionieren, wenn dies notwendig ist. Früher gab es kantonale Zulassungspflichten, also ist das Beispiel nicht aus der Luft gegriffen.
- Welche Rechtsgebiete sind relevant? Binnenmarktgesetz, THG, Wirtschaftsfreiheit, Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten, Produktesicherheitsgesetz, Bilaterale Abkommen (Grundsatz

der Inländerbehandlung: inländische Anbieter dürfen gegenüber ausländischen Konkurrenten nicht bevorteilt werden)

- Es liegt eine klare Diskriminierung von Produkten aus dem Ausland vor. Das verstösst gegen jedes Freihandelsabkommen, das die Schweiz abgeschlossen hat. Das verstösst ebenfalls gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung und es besteht auch kein sachlicher Rechtsfertigungsgrund, warum man importierte Feuerlöscher nicht zulassen sollte. Es liegt ein Verstoß gegen das WTO, die Bilateralen und die Freihandelsabkommen vor.
- Es liegt ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor. Allenfalls ist noch zu schauen, ob die Anforderungen an das Produkt gerechtfertigt sind. Es ist aber davon auszugehen, dass die Feuerlöscher in allen Kantonen gut funktionieren, deshalb kann den Feuerlöschern aus dem Kanton Luzern nicht der Vorzug gewährt werden. Die Zulassungspflicht per se ist ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, deshalb ist eine Prüfung nach Art. 36 BV notwendig. Eine gesetzliche Grundlage liegt vor. Das öffentliche Interesse ist die öffentliche Sicherheit (Brandschutz). Bei der Verhältnismässigkeit scheitert die Bevorteilung der Luzerner Feuerlöscher.
- Wenn ein Produkt in einem Kanton rechtmässig in Verkehr ist, dann darf es überall in der Schweiz verkauft werden (BGBM 2 III). Das ist eine Konkretisierung der Gleichbehandlung der Konkurrenten. Das ist hier ebenfalls verletzt.
- Hat der Kanton Luzern die Kompetenz Bewilligungspflichten für Produkte einzuführen? Art. 4 Abs. 6 THG ist relevant. Der Gesetzgeber sagt, dass eine Zulassungspflicht nur bei risikobehafteten Produkten möglich ist. Ansonsten gilt der Vorrang für ein Konformitätsbewertungsverfahren. Produkte sollen nach der neuen Konzeption in Verkehr gebracht werden. Für Feuerlöscher ist es so, dass der Bundesgesetzgeber keine Zulassungspflicht vorsieht. Feuerlöscher werden nach der neuen Konzeption in den Verkehr gebracht. Wenn der Bundesgesetzgeber keine Bewilligungspflicht vorsieht, hat er seine Kompetenz ausgeschöpft und es bleibt keine Restkompetenz für Kantone übrig, Zulassungskriterien auf kantonaler Ebene auszuführen (implizit in THG 4 6). Die Zulassungspflicht würde daran scheitern, dass der Kanton Luzern keine Gesetzgebungskompetenz in diesem Gebiet hat. Schweizweit ist das Produkterecht harmonisiert, somit können die Produkte in der Schweiz frei zirkulieren. Das Binnenmarktgesetz hat im Innenverhältnis somit eigentlich keinen Sinn mehr.

Wettbewerbsrechtliche Anforderungen



KONFORMITÄTSBEWERTUNG (NEUE KONZEPTION)

Konformitätsbewertung

Fallbeispiel «Schnellwechseleinrichtung»



<https://www.suva.ch/de-CH/material/Factsheets/vorsicht-bei-schnellwechseinrichtungen-fur-bagger>

<https://www.suva.ch/de-CH/material/Factsheets/hydraulische-schnellwechsler-an-baggern-machen-sie-den-gegendrucktest>

- Es geht um Schnellwechseinrichtungen für Bagger. Der Baggerführer kann die Schaufel selber wechseln (es müssen keine zusätzlichen Personen dafür beansprucht werden). Das Problem war, dass sich in den letzten Jahren mehrere Unfälle ereignet haben, da die Schaufeln abgefallen sind. Es ist zu mind. 2 Todesfällen gekommen.
- Es geht um die Inverkehrsetzung der Schnellwechseinrichtungen. Nach welchen Anforderungen werden die Produkte in Verkehr gebracht? Was kann der Staat machen, wenn ein Produkt im Verkehr nicht sicher ist.

Übersicht



• Ausgangslage ist, dass der Staat nur die grundlegenden Anforderungen regelt (die gelten in Bezug auf jedes Produkt). Die grundlegenden Anforderungen nennt man technische Vorschriften. Der Staat erlässt technische Vorschriften, welche die grundlegenden Anforderungen erhalten. Private Normorganisationen bezeichnen die technischen Normen in Bezug auf jedes Produkt (spezifisch). Der rechtliche Kern des Systems ist, dass wenn ein Produkt mit den technischen Normen übereinstimmt, dann greift eine gesetzliche Vermutung, dass das Gesetz auch mit den staatlichen technischen Vorschriften übereinstimmt. Der Hersteller muss einfach die technischen Normen einhalten und dann greift die Vermutung. Es stellt sich die Frage, wie der Hersteller beweisen kann, dass das Produkt mit den technischen Normen übereinstimmt. Zu diesem Zweck gibt es Konformitätsbewertungsstellen (akkreditiert vom SECO). Diese prüft, ob die Produkte mit den technischen Normen übereinstimmen. Ist das der Fall, erhält der Hersteller das Recht das Konformitätszeichen (CE) am Produkt anzubringen. Der Hersteller stellt die Konformitätserklärung aus und legt sie dem Produkt bei. Die Rolle des Staates beschränkt sich auf die Aufsicht. Die Hersteller können die Produkte ohne staatliche Intervention in Verkehr bringen, aber der Staat behält sich das Recht vor die Marktaufsicht durchzuführen und kann intervenieren.

Grundlegende Anforderungen / Technische Vorschriften

= Grundlegende Anforderungen werden in den technischen Vorschriften definiert. Diese müssen klar auseinandergehalten werden vom Begriff der technischen Normen.

- Grundsatz: Produkt darf in Verkehr gebracht werden, wenn es den «grundlegenden Anforderungen» entspricht (PrSG 3 II)
- Gesetzgeber delegiert Erlass von technischen Vorschriften an Bundesrat (an die Verwaltung)
 - Generaldelegation in PrSG 4 I (über produktespezifische Verordnungen die grundlegenden Anforderungen festzulegen)
 - Spezialgesetzliche Delegationen, z.B. BauPG 3 III
- Gesetzgeber definiert Anforderungen an Ausgestaltung von technischen Vorschriften → THG
Der Gesetzgeber kann die Rahmenbedingungen festlegen. Der Gesetzgeber im THG sagt, dass die grundlegenden Anforderungen die Sicherheit gewährleisten müssen und sie dürfen sich nicht als Handelshemmnisse auswirken. Um die Handelshemmnisse gering zu halten, sind die grundlegenden Anforderungen auf die wichtigen Handelspartner abzustimmen (Europäischer Binnenmarkt). Die technischen Vorschriften müssen sich am EU-Recht orientieren (autonomer Nachvollzug).
 - Technische Vorschriften geben Ziel vor (THG 4 V/a), ohne zu beschreiben, wie das Ziel (technisch) erreicht wird
 - Keine Handelshemmnisse, THG 4 I
 - Abstimmung auf Handelspartner (THG 4 II) und internationales Recht (PrSG 4 II)
 - Weitere, THG 4a ff.
- Bundesrat regelt technische Vorschriften in unzähligen Verordnungen, z.B. BauPV 1 / Anhang 1

Technische Normen

- Grundsatz: Herstellung nach den (bezeichneten) technischen Normen begründet Vermutung, dass grundlegende Anforderungen eingehalten sind (PrSG 5 II; THG 4 V/c)
→ Das Produkt darf dann nach PrSG 3 II in Verkehr gebracht werden.
- Private Normenorganisationen entwickeln technische Normen
 - SN = Schweizer Norm (SNV, vgl. www.snv.ch)
 - EN = Europäische Norm (CEN [Allgemein], CENELEC [Elektrotechnik], ETSI [Telekommunikation])
- Bundesamt
 - bezeichnet die technischen Normen, die zu beachten sind, damit die Vermutung der Einhaltung der grundlegenden Anforderungen begründet wird (PrSG 6; THG 4 V/b); Die Bundesämter bezeichnen die technischen Normen, die nötig sind, um ein Produkt in Verkehr zu bringen.
 - Veröffentlicht die bezeichneten Normen im Bundesblatt
- Anforderungen an Bezeichnung von technischen Normen
 - wenn möglich, international harmonisierte Normen (PrSG 6 II; THG 4 V/b) (keine schweizerischen Eigenheiten, wegen dem Freihandel)

Konformitätsbewertung

- Grundsatz: Konformitätsbewertungsverfahren dient der Prüfung, ob die bezeichneten technischen Normen eingehalten worden sind
 - Acht Module (Gesamtkonzept), je nach Art des Produkts und Gefahrenpotential / Anwendbare Verordnung bestimmt das Verfahren
→ Es gibt acht verschiedene Verfahren, je nach Risikopotential des Produktes. Bei Produkten, die nicht stark Risikobehaftet sind, darf der Hersteller selbst ein Konformitätsverfahren durchführen und selber die Konformitätsbescheinigung ausfüllen. Bei Produkten, die ein höheres Gefährdungspotential aufweisen prüft dies eine auswärtige Person.
- Konformitätsbewertung durch Hersteller oder akkreditierte Konformitätsbewertungsstelle
 - SECO ist zuständig für Akkreditierung von Konformitätsbewertungsstellen (THG 10; AkkBV 5)
 - Konformitätsbewertungsstellen können öffentlich-rechtliche oder private Institutionen sein.

- Konformitätsbewertungsstelle stellt Konformitätsbescheinigung (THG 18) aus und erteilt das Konformitätszeichen (CE)
- Hersteller legt Konformitätserklärung dem Produkt bei (bspw. in Betriebsanleitung drin)

Marktüberwachung

= bleibt in staatlicher Hand

- Grundsatz: Vollzugsorgane überwachen die Einhaltung der grundlegenden Anforderungen, PrSG 10; THG 19 (Zuständigkeiten, vgl. Skript)
 - Die Vollzugsorgane können Massnahmen ergreifen. Sie prüfen zuerst, ob die gesamte Dokumentation enthalten ist. Ergibt die Kontrolle, dass die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht erfüllt sind (also technische Anforderungen), dann kann die Aufsichtsbehörde Massnahmen ergreifen. Dies sind Verwaltungsmassnahmen (zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes). Die Verhältnismässigkeit muss berücksichtigt werden, da es sich um Grundrechtseingriffe handelt.
- Inverkehrbringer muss Einhaltung der grundlegenden Anforderungen nachweisen (PrSG 5)
 - Konformität mit technischen Normen → Dokumentationspflicht
Der Inverkehrbringer hat die Pflicht, dass das Konformitätsverfahren ordnungsgemäss durchgeführt wird und er die Konformitätserklärung dem Produkt beilegt. Über die Dokumentation muss nachgewiesen werden, dass das Produkt mit den technischen Normen übereinstimmt. Dann gilt auch die Vermutung, dass die technischen Vorschriften eingehalten wurden. Entscheidet der Inverkehrbringer sich, nicht nach den Normen zu arbeiten (mit eigenem System), dann ist dies möglich. Dann ist der Inverkehrbringer verantwortlich, dass er nachweisen kann, dass die grundlegenden Anforderungen trotzdem eingehalten sind. In der Praxis ist das aber fast nicht möglich.
 - Wenn technische Normen nicht eingehalten: Nachweis der Einhaltung der grundlegenden Anforderungen «auf andere Weise»
Die technischen Vorschriften sind aber derart offen formuliert, dass es für den Hersteller fast unmöglich ist, zu zeigen, dass das Ziel auf andere Art und Weise erreicht wird, da man nicht sagen kann, was das Ziel ist.
Als Inverkehrbringer gilt auch ein Importeur oder ein Anbieter.
- Vollzugsorgan muss nachweisen,
 - dass Vermutung nicht rechtmässig begründet worden ist (Fehler im Konformitätsbewertungsverfahren, falsche technische Normen angewendet) → Vermutungsbasis stimmt nicht
 - dass Vermutung widerlegt werden kann, d.h. technische Normen sind unzureichend, um grundlegende Anforderungen zu erfüllen, weil
 - Schutzlücke besteht (Risiko nicht geregelt), oder
 - Schutzniveau zu tief ist (Risiko unzureichend geregelt): kann nicht quantifiziert werden, Wertungsfrage → Weil offene Vorschriften formuliert wurden, kann das Schutzniveau nur mittels Auslegung angeschaut werden.

Fallbeispiel «Schnellwechseleinrichtungen»



BGE 143 II 518 (E. 8)

<https://www.suva.ch/de-CH/material/Factsheets/vorsicht-bei-schnellwechseleinrichtungen-fur-bagger>

<https://www.suva.ch/de-CH/material/Factsheets/hydraulische-schnellwechsler-an-baggern-machen-sie-den-gegendrucktest>

- Zentral ist die gesetzliche Vermutung, die begründet wird, wenn der Hersteller nachweisen kann, dass sein Produkt mit den technischen Normen konform ist. Dann begründet sich die Vermutung, dass auch die grundlegenden Anforderungen erfüllt sind. Es sind nur wenige Fälle, in denen vor Gericht diskutiert wird, ob die technischen Normen ausreichen.
- Zuerst braucht es die Maschinenverordnung, die sich auf das Produktesicherheitsgesetz abstützt. Das Produktesicherheitsgesetz sagt, dass die Inverkehrbringung, wenn immer möglich, nach der neuen Konzeption erfolgen soll. Die Maschinenverordnung setzt dieses System um.

- Art. 1 MV: Die Verordnung verweist eigentlich auf EU-Recht. Die grundlegenden Anforderungen der EU werden übernommen.
- Art. 2 Abs. 1 lit. a MV: Dort ist ein Verweis auf die EU-Maschinenrichtlinie enthalten.

Um den Fall zu lösen, muss man in das EU-Recht einsteigen. Relevant ist die Richtlinie 95/16/EG.

- Art. 5: Dort sind die grundlegenden Anforderungen aufgeführt.
- Anhang 1: Dort sind zuerst die allgemeinen Grundsätze aufgeführt. In 1.1.2 gibt es konkretere Ausführungen. Vorhersehbare Fehlbedingungen sind auch zu berücksichtigen. In Buchstabe b ist eine Reihenfolge der möglichen Lösungen aufgeführt. Erstens sollen Konstruktionseigenschaften die Sicherheit sicherstellen. Erst wenn dies nicht möglich ist, können auch andere Schutzmassnahmen getroffen werden. Der Dritte muss über die Risiken aufgeklärt werden. Der Hersteller muss in der Bedienungsanleitung Anweisungen geben, wie die Maschine zu bedienen ist.

Die Normsetzungsorganisationen bestimmen dann, welche technischen Normen notwendig sind, um diese abstrakten Anforderungen zu konkretisieren (→ im BGE abgedruckt).

- Der Maschinenführer muss Sichtkontakt zur Schnellwechsellanlage haben, um sehen zu können, ob die Verriegelung vollständig ist. Das ist gemäss Bundesgericht eine organisatorische Massnahme. Der Hersteller wird verpflichtet Anweisungen in der Bedienungsanleitung zu geben. Zudem müssen Sicherheitsvorschriften eingehalten werden. Das sind organisatorische Anforderungen.

Die Schnellwechseleinrichtungen erfüllen diese Anforderungen. Das

Konformitätsbewertungsverfahren wurde durchgeführt, entsprechend ist die Vermutung begründet, dass diese Normen ausreichen, um das Schutzniveau der grundlegenden Anforderung einzuhalten.

- Wie kann die Vermutung umgestossen werden? Wenn die Konformitätsbasis angegriffen wird, ist die Vermutung nicht rechtmässig begründet. Wenn die Vermutung begründet wird (Konformitätsbewertungsverfahren war richtig), ist es möglich, dass die Normen die grundlegenden Anforderungen nicht erfüllen, wenn das Schutzniveau (Risiko erkannt, Normen erlassen, Norm sieht ein tieferes Schutzniveau als Verordnung vor) zu tief ist oder eine Schutzlücke besteht (Anforderungen verlangen, dass ein Risiko abgedeckt wird, wird es dann aber nicht). Vorliegend ist das Schutzniveau nicht erreicht. Der Normsetzungsgeber hat das Risiko der Fehlbedienung erkannt (Verriegelung funktioniert nicht richtig). Der Normsetzungsgeber hat vorgesehen, dass der Maschinenführer die Verriegelung sieht und den Gegendrucktest durchführt, um zu schauen, ob die Schaufel hält. Das sind organisatorische Massnahmen. Da ein der Richtlinie einer Hierarchie besteht, stellt sich die Frage, ob die Normsetzungsorganisation technische Normen statt organisatorischer Normen hätte verlangen müssen. Das ist gemäss Bundesgericht eine Frage der Zumutbarkeit. Ist es dem Hersteller zumutbar eine technische Lösung, anstelle einer organisatorischen Lösung, vorzubringen. Das Risiko und die Alternativen müssten quantifiziert werden. Gibt es überhaupt technische Normen? Wie hoch sind die Kosten? Auf der Risikoseite müsste man Informationen darüber haben, wie wahrscheinlich es ist, dass eine Fehlverriegelung eintritt. Dann wäre es wichtig, wie gross die Schäden wären, wenn das Risiko eintritt. Das wäre hier sehr gross, da es zu Todesfällen kommt. Das Bundesgericht beschreibt das im Bundesgerichtsurteil nicht konkret was mit der Verhältnismässigkeit genannt ist. Sie beschreibt lediglich, dass technische Normen notwendig gewesen wären, die Normen nicht das gleiche Schutzniveau wie die Anforderungen erreichen und

die Vermutung wird widerlegt. Wenn die Vermutung widerlegt wurde, könnte der Hersteller auf andere Weise zeigen, dass die grundlegenden Anforderungen trotzdem erfüllt sind. Dies ist hier aber kaum möglich. Die SUVA könnte Massnahmen anordnen, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (Marktaufsichtsbestimmung: PrSG/THG). Auch da gilt die Verhältnismässigkeit.

ABBAU VON TECHNISCHEN HANDELSHEMMNISSEN

Die neue Konzeption wurde in der EU entwickelt, mit dem Ziel den freien Warenverkehr innerhalb der EU weiter zu vereinfachen und technische Handelshemmnisse zu überwinden (wg. Unterschiedlichen Anforderungen an das Produkt innerhalb der Länder der EU). Wenn jedes Land andere Anforderungen hat, ist dies mit hohen Kosten verbunden und dies hindert den Warenverkehr. Mit Blick auf den Binnenmarkt der EU wurde die neue Konzeption erlassen. Innerhalb der EU wurden sämtliche Produkteanforderungen harmonisiert. Weil die Schweiz Zugang zum Binnenmarkt mit Bezug auf den Produktebereich haben möchte, hat sie diese Konzeption übernommen und hat zugleich das MRA abgeschlossen. Das MRA ist Teil der Bilateralen I und knüpft direkt an die neue Konzeption an.

MUTUAL RECOGNITION AGREEMENT

Fallbeispiel «Automower»

Der Automower ist von einer schwedischen Konformitätsbewertungsstelle mit den für elektrische Geräte geltenden grundlegenden Anforderungen und technischen Normen geprüft worden (vgl. Art. 7 Abs. 1 aFAV).

Aufgrund einer Störmeldung betreffend Radioempfang auf der Langwelle (LW) untersuchte das BAKOM als zuständige Vollzugsbehörde ein Muster eines Automower. Das BAKOM gelangte zum Schluss, dass der Automower als Fernmelde- bzw. Funkanlage zu qualifizieren sei und darum auch die grundlegenden Anforderungen für Funkanlagen im Sinne von Art. 7 Abs. 3 aFAV erfüllt sein müssen. BGer 2C_754/2010 vom 1. Februar 2011

Inhalt

Regeln über die gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertungsstelle und der Konformitätsbewertung.

→ Die Frage ist davon abhängig, ob die Schweiz und die EU gleichwertige Anforderungen hat. Ein Produkt, das in der EU bewertet wurde, kann ohne weiteres eingeführt werden (braucht keine weitere Prüfung). Dies gilt auch umgekehrt. Wenn die Schweiz andere grundlegenden Anforderungen als die EU hat, dann kann die Konformitätsbewertung nicht anerkannt werden, aber die Konformitätsbewertungsstelle kann anerkannt werden. Dann werden zwei Verfahren, nach EU und Schweizer Recht durchgeführt.

Anerkennung

Unterschiedliche Produkthanforderungen (MRA 1 I) = Anerkennung der Stelle

- Bewertungsstelle im Ausfuhrland erfüllt Anforderungen des MRA
- Konformitätsbewertung durch Stelle im Ausfuhrland nach dem Recht des Bestimmungslands

= eine Bewertungsstelle, zwei Bewertungen

Gleichwertige Produkthanforderungen (MRA 1 II) = Anerkennung der Bewertung

- Nur wenn CH und EU-Recht durch Verweis/Übernahme praktisch identisch ist
Die Schweiz hat es in der Hand gleiche Anforderungen, wie die EU zu erlassen (autonomer Nachvollzug). Wenn tiefere Voraussetzungen vorgegeben sind, ist der Zugang nicht ohne weiteres gegeben (Hürden für Importe/Exporte).

- Konformitätsbewertung durch Stelle im Ausfuhrland nach dem (gleichwertigen) Recht der Ausfuhr- und Bestimmungsländer

= eine Bewertungsstelle, eine Bewertung

Gleichwertige Produkteinanforderungen

- Nachvollzug mittels Übernahme des Wortlauts
 - Vgl. z.B. Art. 4 VEMV und RL 2014/30/EU, Anhang I
- Nachvollzug mittels Verweis
 - Vgl. z.B. Art. 5 NEV

Verordnung über elektrische Niederspannungserzeugnisse (NEV)

Art. 5 Grundlegende Anforderungen

¹ Niederspannungserzeugnisse nach Artikel 1 Absatz 1 dürfen nur auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn sie den Sicherheitszielen nach Anhang I der EU-Niederspannungsrichtlinie⁸ entsprechen.

- Ist es möglich dynamische Verweise zu machen (also immer auf die revidierte Fassung des EU-Rechts zu verweisen)? Es ist nicht möglich, denn die Schweiz möchte selber bestimmen, wann etwas übernommen wird. Es bestehen heute nur statische Verweise, was bedeutet, dass das Schweizerische Recht jeweils bei Änderung des EU-Rechts angepasst werden muss. Das ist gesetzgebungsintensiv, damit man mit dem EU-Recht Schritt halten kann.

→ Damit die Anerkennung der Konformitätsbewertung bei gleichwertigen Produkteinanforderungen möglich ist, muss das MRA auf die revidierten Richtlinien der EU aufdatiert werden. Wenn die EU das Recht in einem Produktbereich revidiert und dies nicht in die MRA aufnimmt, dann ist das MRA auf das neue Recht nicht mehr anwendbar. Wenn die Anerkennung nicht mehr staatsvertraglich geregelt ist, dann könnte die EU sagen, selbst wenn die Schweiz gleiche Anforderungen für Produkte hat, werden diese nicht anerkannt, weil die EU nach MRA nicht verpflichtet ist die Produkte anzuerkennen. Die Schweizer Hersteller haben dann Drittstaatstatus (nicht mehr Binnenmarkt). Für Drittstaaten gelten zusätzliche Anforderungen für die Inverkehrbringung für Produkte, das heisst man braucht einen Bevollmächtigten in der EU. Für grosse Hersteller ist das kein grosses Problem, aber kleiner Unternehmen haben nicht die Ressourcen, um einen Bevollmächtigten zu bezeichnen. Im Bereich der Medizinprodukte ist dies passiert. Die Bedeutung des INSTA betrifft nicht nur die neuen Abkommen, sondern auch die bestehenden Abkommen. Hier ist der Schaden am Grössten, wenn das INSTA nicht abgeschlossen wird.

CASSIS DE DIJON-PRINZIP

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass Cassis aus Dijon auch als Cassis in Deutschland verkauft werden darf, obschon das Produkt nach deutschen Vorschriften nicht als Cassis bezeichnet werden durfte. Der Cassis aus Dijon entsprach den deutschen Produkteinanforderungen nicht und war deshalb auch nicht zugelassen. Der EuGH hat beschlossen, dass wenn ein Produkt in einem EU-Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr ist, dann darf es auch in anderen Mitgliedstaaten in Verkehr gebracht werden, ausser das Zielland kann rechtfertigen, warum es zusätzliche Anforderungen für das Inverkehrbringen gibt (Schutz öffentlicher Interessen/Verhältnismässigkeit). Jede Zusatzanforderung ist rechtfertigungspflichtig. Das Rechtfertigen ist aber relativ schwer, vor allem bezüglich der Verhältnismässigkeit. Das war der Ausgangspunkt für die Entwicklung der neuen Konzeption. Das Prinzip hat nur noch eine Bedeutung für den Produktbereich, der nicht harmonisiert wurde (dort, wo nicht die neue Konzeption gilt). Das Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EU enthält keine Grundlage, um das Cassis de Dijon-Prinzip in diesem Verhältnis einzuführen. Staatsvertraglich ist Herkunftsprinzip nirgends vorgesehen.

Grundsatz

Einfuhr nach THG 16a I zulässig, wenn

- Produkt den technischen Vorschriften der EU/EWR entspricht
- Produkt in einem EU/EWR-Staat rechtmässig in Verkehr ist

Das Produkt darf auch in der Schweiz in Verkehr gebracht werden, wenn es die Anforderungen der Schweiz nicht erfüllt. Das gilt aber nur bei der Einfuhr von Produkten in die Schweiz aber nicht umgekehrt. Die EU ist gegenüber der Schweiz nicht an ein Cassis de Dijon-Prinzip gebunden. Insbesondere Parallelimporte sollen durch die Regelung erleichtert werden.

Ausnahmen (THG 16a II)

- Zulassungspflicht (Produkte, die nach alter Konzeption in Verkehr gebracht werden und eine Bewilligung brauchen)/Chemikalien
- Einfuhrbewilligung/Einfuhrverbot
- Ausnahme nach THG 4 III und IV (zusätzliche Ausnahmen einführen) → VIPaV

Vgl. SECO Negativliste

- Analog BV 36: Aber die öffentlichen Interessen sind abschliessend geregelt.
- VIPaV: Alle Produkte, die vom Cassis de Dijon-Prinzip ausgenommen sind, sind in dieser Verordnung aufgeführt.

https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Technische_Handelshemmnisse/Cassis-de-Dijon-Prinzip.html

Sonderregelung für Lebensmittel: Bewilligungspflicht

Vgl. BLV-Liste der Allgemeinverfügungen

<https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/import-und-export/rechts-und-vollzugsgrundlagen/cassis-de-dijon.html>

→ Lebensmittel fallen auch unter das Cassis de Dijon-Prinzip. Das ist sehr umstritten. Gewisse Parteien sagen, dass es nicht sein kann, wenn Lebensmittel verkauft werden, obwohl sie den Schweizerischen Anforderungen nicht genügen. Vor der erstmaligen Einfuhr eines Lebensmittelproduktes in die Schweiz, muss der Importeur oder der Inverkehrbringer beim BLV eine Bewilligung beantragen. Das BLV prüft, ob das Produkt am Herkunftsort rechtmässig in Verkehr ist. Wenn das der Fall ist, erlässt das BLV eine Allgemeinverfügung für das Produkt und das Produkt darf dann ohne weiteres, auch von anderen Importeuren, in die Schweiz eingeführt werden. Hier kann aber das Problem der Inländerdiskriminierung entstehen.

Verhinderung der Inländerdiskriminierung

Schweizer Produzenten können nach Vorschriften der EU oder eines Mitgliedstaates herstellen (THG 16b)

Schweizer Hersteller müssen die Schweizerischen Anforderungen erfüllen, die ausländischen Hersteller aber nicht. Um diese Inländerdiskriminierung zu vermeiden, könnten sich Schweizer Hersteller entscheiden nach den Vorschriften der EU zu produzieren. Dies muss dann auf dem Produkt gekennzeichnet werden, dass der Konsument das bemerkt. → Achtung: evtl. nicht für Lebensmittel so (im Skript nachschauen)

Überwachung (THG 20)

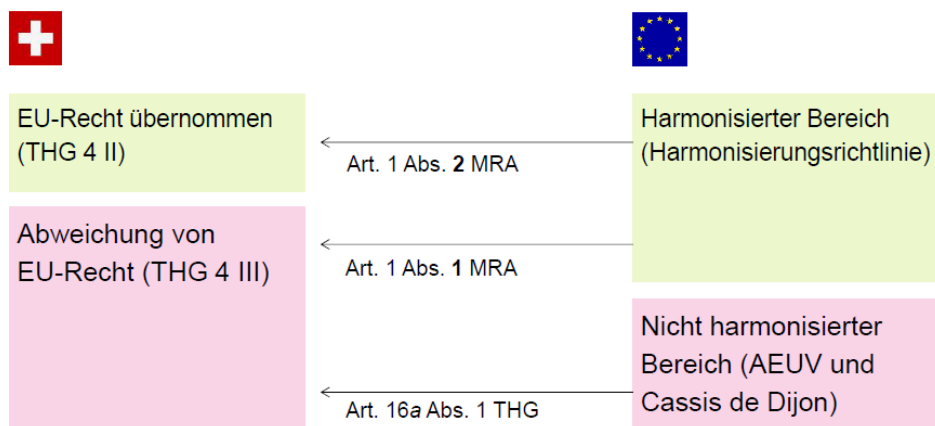
- Ein Produkt ist die E-Zigarette, die man mit und ohne Nikotin rauchen kann. In der Schweiz ist dies noch nicht richtig reguliert, da das Tabakproduktegesetz nur Produkte vorsieht, die man raucht. Die E-Zigarette fällt nicht darunter. Die LGV sagt, dass sämtliche Produkte, die mit der Schleimhaut in Kontakt geraten und Nikotin enthalten, sind in der Schweiz verboten. Das sind E-Zigaretten mit Nikotin. Zum Eigengebrauch dürfen diese Produkte eingeführt werden. In der EU sind diese E-Zigaretten bereits erlaubt. Es gab verschiedene Unternehmen, die diese Produkte in die Schweiz

eingeführt haben. Sie haben sich auf das Cassis de Dijon-Prinzip berufen. Die E-Zigaretten fallen nicht unter die Ausnahmefälle. Das BLV hat gestützt auf Art. 20 THG (gibt der Aufsichtsbehörde Kompetenzen einzuschreiten, wenn Produkte gemäss dem Cassis de Dijon-Prinzip eingeführt werden und wenn eine Gefährdung von den Produkten ausgeht, die Massnahme muss verhältnismässig sein) eine Allgemeinverfügung erlassen und gesagt, dass nikotinhaltige E-Zigaretten nicht mehr nach Cassis de Dijon eingeführt werden dürfen. Die Allgemeinverfügung wurde angefochten.

- Sind die Voraussetzungen nach Art. 20 THG erfüllt? Bestehen ein öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit? Das öffentliche Interesse liegt in der Gesundheit, da Nikotin schädlich ist. Ist das Verbot verhältnismässig. Es besteht ein Wertungswiderspruch, wenn Zigaretten zugelassen sind, E-Zigaretten aber nicht. Das Schädigungsrisiko kann an sich dasselbe sein. Bei einem Wertungswiderspruch ist die Verhältnismässigkeit nicht gegeben. Es gibt keine Gesetzgebung für E-Zigaretten und somit auch keinen Jugendschutz. Kann das BLV als mildere Massnahme eine Regulierung für E-Zigaretten erlassen? Das geht auch nicht. Es besteht ein Problem, das nur durch den Gesetzgeber gelöst werden kann, wenn er ein neues Gesetz erlässt. Die Allgemeinverfügung des BLV wurde aufgehoben. Das Bundesverwaltungsgericht zog aber formelle Anforderungen heran. Die Anforderungen an eine Verfügung wurden nicht eingehalten. Die Produkte dürfen weiterhin eingeführt werden.

ÜBERSICHT

Gegenüberstellung MRA – Cassis de Dijon-Prinzip



- Das Cassis de Dijon hat gar keinen grossen Anwendungsbereich, weil die meisten Produkte der neuen Konzeption unterstehen. Zudem besteht der grosse Ausnahmekatalog in der VIPaV.
- Die EU sagt, dass Medizinprodukte nicht mehr aufdatiert werden und nicht mehr unter das MRA fallen. Die Schweizer Hersteller haben einen Nachteil, da sie den Markt der EU nicht mehr ohne weiteres haben. Ausländische Hersteller können ohne Probleme mittels dem Cassis de Dijon-Prinzip weiterhin Produkte in die Schweiz einführen. Die Schweiz könnte dann sagen, dass sie das Prinzip nicht mehr anwenden. Aber es ist auch im Interesse der Schweiz, Produkte ohne Weiteres einführen zu können.
- Das Bundesgericht hat im Fall Automower zuerst die Einführung nach MRA geprüft, dann sagt, dass die Anerkennung dahinfällt, da das BAKOM das Produkt anders bewerten darf, als die schwedische Konformitätsbewertungsstelle und anschliessend prüft das Bundesgericht auch das Cassis de Dijon-Prinzip. Dazu sagt es, dass dieses nicht anwendbar ist, da der Automower in der EU gar nicht rechtmässig in Verkehr gebracht worden sei, da das schwedische Institut die falschen Anforderungen geprüft hat. Im Entscheid zu den Schnellwechsellanlagen, hat das Bundesgericht gesagt, dass wenn ein Produkt in den Geltungsbereich des MRA fällt und nach der neuen Konzeption geregelt ist, dann kommt das Cassis de Dijon-Prinzip gar nicht erst zur Anwendung. Rein nach MRA wird dann geprüft,

ob die Anforderungen erfüllt sind. Es ist nicht möglich subsidiär das Cassis de Dijon-Prinzip zu prüfen. Das ist das Präjudiz im neuer BGE und kommt zur Anwendung.

Fallbeispiel «Automower»

- Der Automower fällt unter die neue Konzeption und wurde in Schweden aufgrund eines Konformitätsbewertungsverfahrens zugelassen. Wir haben gleichartige Vorschriften in der Schweiz, also wird die Konformitätsbewertung nach Art. 1 Abs. 2 MRA anerkannt. Das BAKOM sagt aber, dass die Schwedische Behörde das Produkt falsch qualifiziert hat und die falschen Anforderungen angewendet hat. Das BAKOM hat die Rasenmäher als Funkanlage qualifiziert.
- Jetzt stellt sich die Frage, ob die Schweiz unter dem MRA die Qualifikation der Konformitätsstelle im Ausland nochmals überprüfen kann oder ist die Schweiz auch daran gebunden. Die Schweiz muss das Bewertungsergebnis anerkennen. Das Bundesgericht sagte, dass das MRA keine Bestimmung zur Frage der Qualifikation enthält. Somit ist es zulässig, trotz MRA, dass die Schweizerische Aufsichtsbehörde den Qualifikationsentscheid nochmals überprüft. Es wurde angeordnet, dass der Rasenmäher mit einem zusätzlichen Gerät ausgerüstet werden muss.

Marktausschluss

Marktausschluss

Übersicht

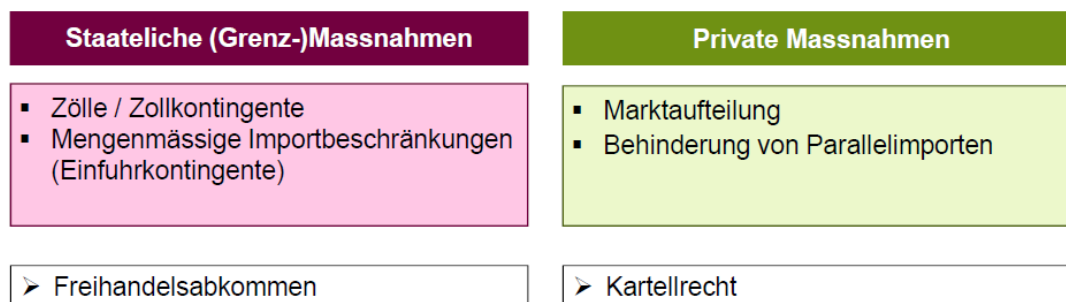
Geschlossene Märkte	Verdrängungswettbewerb
Monopole / Kontingentbewilligungen <ul style="list-style-type: none"> ▪ Kantonale Regalrechte ▪ Brennereimonopol ▪ Weinherstellungskontingent 	Lieferboykott <ul style="list-style-type: none"> ▪ Erschwerung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt (vertical foreclosure)
Produkteverbote / Verwendungsverbote <ul style="list-style-type: none"> ▪ Betäubungsmittel ▪ Verbot der Verwendung von Jet-Ski auf schweizerischen Gewässern 	Anbindung der Nachfrage <ul style="list-style-type: none"> ▪ Treuerabatte, Kampfpreise (horizontal foreclosure)
➤ Wettbewerbsrecht zu «Marktausschluss» wird in Kapitel 5 «Dienstleistungsmärkte» behandelt	

- Marktausschluss = Zahl/Menge Produkte wird eingeschränkt
 - Geschlossene Märkte: nicht jeder Anbieter hat Zugang, Wettbewerb eingeschränkt
Hier gilt insbesondere die Wirtschaftsfreiheit als Grenze.
 - Verdrängungswettbewerb: Auch Private haben die Möglichkeit andere Unternehmen aus dem Markt zu drängen, wenn sie marktbeherrschend sind (Marktmacht über Lieferboykotte, Anbindung der Nachfrage). Das wäre eine private Marktschliessung. Einzelne Unternehmen können vom Markt gedrängt werden, wenn bspw. ETA die Uhrwerke an die Uhrenhersteller nicht liefert. Die Unternehmen kommen dann nicht mehr an die Güter und werden vom Markt gedrängt und ein Einstieg in den Markt ist nicht mehr möglich. Marktbeherrschende Unternehmen können versuchen, die Kunden an sich zu binden (durch Treuerabatte). Mengenrabatte sind begründet. Problematisch ist es, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ein Rabattsystem entwickelt, das die Nachfrageseite belohnt, wenn sie ihre gesamte Nachfrage bei marktbeherrschenden Unternehmen eindecken. Sobald bei einem anderen Unternehmen eingekauft wird, sinkt der Rabatt. Die Konkurrenten würden dann behindert werden oder ganz aus dem Markt ausscheiden. Das Kartellrecht schränkt Private ein, andere Unternehmen zu behindern.

Gebietsschutz

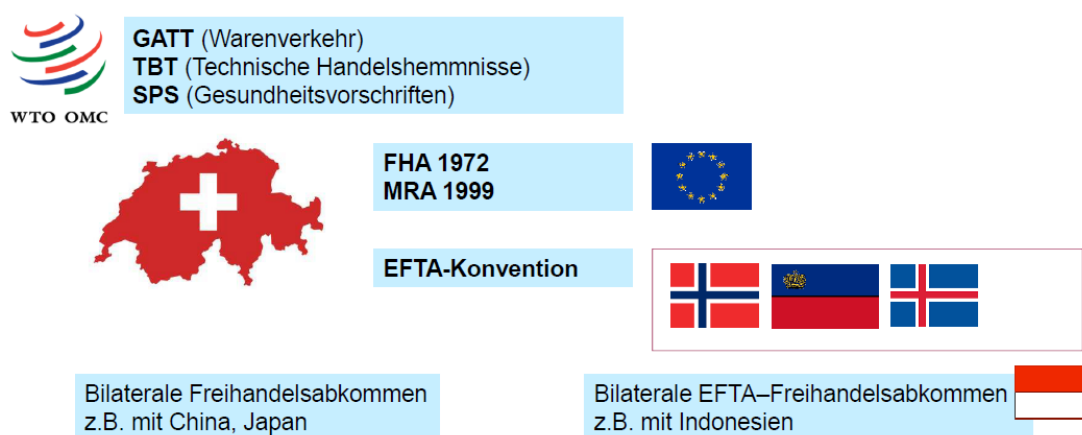
Gebietsschutz

Übersicht



- Wie kann der Staat oder können Private das Gebiet Schweiz von der Konkurrenz aus dem Ausland schützen? Der Staat steuert die Einfuhr durch Zölle und mengenmässige Importbeschränkungen machen. Die Schweiz verfolgt eine liberale Aussenpolitik (auf nächstes Jahr hin werden die Industriezölle einseitig abgeschafft). Auch Private können das Gebiet abschotten: Sie können sich horizontal (unter Konkurrenten) absprechen (bspw. ein Unternehmen ist nur in der Schweiz tätig) oder auch im vertikalen Verhältnis (bspw. einem Lieferanten wird verboten in die Schweiz zu verkaufen). Die Spielräume der Privaten werden durch das Kartellrecht eingeschränkt.

Freihandelsabkommen zum Warenverkehr



- Freihandelsabkommen: Abbau von Grenzhindernissen (bspw. Zölle, Einfuhrkontingente)
- MRA: Abbau von technischen Handelshemmnissen (bspw. übermässige Regulierung)
- Freihandelszone mit EFTA-Partnern und die weiteren Freihandelsabkommen, welche die Schweiz mit weiteren Ländern abgeschlossen hat

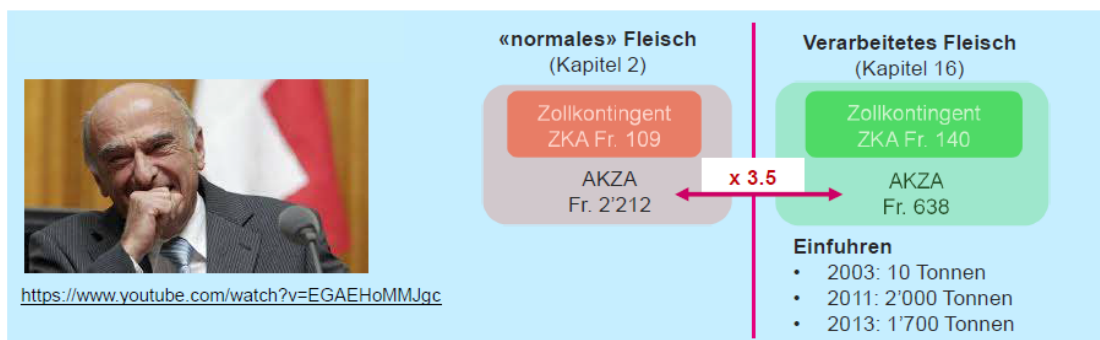
Zölle

- WTO/GATT
 - Zollverpflichtungslisten (gebundene Zölle), Art. II GATT
- Freihandelsabkommen
 - Weitergehende Zollreduktionen («WTO-plus»)
 - Vollständige Aufhebung von Zöllen auf Industriegütern (z.B. FHA 1972)

Die Staaten setzen Zölle ein, um inländische Industrien vor ausländischen Konkurrenten zu schützen, indem zusätzliche Kosten für ausländische Produkte anfallen (künstliche Verteuerung). Die Idee der Freihandelsabkommen ist, dass sich die Staaten, die sich verpflichten, gegenseitig Marktzugang gewähren, das heisst, dass die Zölle entweder ganz abgeschafft werden oder dass gewisse Höchstzölle nicht überschritten werden dürfen (Idee der WTO: jedes Mitglied hat sich verpflichtet

gewisse Höchstzölle bezüglich der Produkte nicht zu überschreiten). Die Staaten können auch ausserhalb der WTO Zölle bestimmen.

Fallbeispiel «Würzfleisch»



- Fleisch fällt in unterschiedliche Zollkategorien (Kategorie für normales Fleisch, verarbeitetes Fleisch). Normales Fleisch kann zu einem Zollkontingentsansatz von CHF 109 pro 100 kg eingeführt werden. Dieser Zollansatz gilt bis zu einer gewissen Menge (bspw. 5 Tonnen). Wenn diese 5 Tonnen in einem Jahr erreicht werden, dann wird sämtliche Menge Fleisch, die darüber hinaus eingeführt wird zu CHF 2'212 pro 100kg verzollt (prohibitiver Zoll). Bei verarbeitetem Fleisch liegt ein höherer Zollkontingentsansatz vor, aber wenn der ausgeschöpft ist, ist der Ausserkontingentzollansatz nicht so hoch. Es wurden viel mehr Fleischimporte von verarbeitetem Fleisch getätigt.
- Die 2000 Tonnen auf den Gesamtkonsum sind nicht wahnsinnig viel. Selbst die 2000 Tonnen wollte man nicht mehr. Als erster Schritt hat man verhindert, dass Importeure die Fleischbehälter geöffnet haben und das Fleisch mit ganzen Pfefferkörnern oder Wacholderbeeren bestreut haben und das Fleisch somit als verarbeitetes Fleisch gilt. Alles andere sei mit dem WTO-Recht nicht vereinbar. Wenn verarbeitetes Fleisch dem Kapitel 2 unterstellt würde, wäre das ein Verstoss gegen das WTO oder GATT, da für verarbeitetes Fleisch ein tieferer Zollansatz gilt. 2017 wurde das Zolltarifgesetz geändert und das Kapitel 2 wurde auch auf verarbeitete Fleischprodukte ausgeweitet. Das war ein Verstoss gegen die völkerrechtlichen Verpflichtungen. Es wurde trotzdem gemacht, da der politische Druck so hoch war und die völkerrechtlichen Konsequenzen nicht so dramatisch sind.

Einfuhrkontingente/Importverbote

- WTO/GATT und andere Freihandelsabkommen
 - Grundsätzliches Verbot, z.B. Art. XI GATT
Das WTO-Recht und andere Freihandelsabkommen verbietet Einfuhrkontingente grundsätzlich. Harte Einfuhrkontingente, die so ausgestaltet sind, dass 500'000 Stück oder 10 Tonnen zugelassen zur Einfuhr sind und dann die Grenze zu ist, sind nicht zugelassen. Bei Zollkontingenten ist die Einfuhr über das Kontingent hinaus theoretisch möglich, wenn auch zu höheren Zöllen. Einfuhrkontingente sind grundsätzlich unzulässig ausser sie können gerechtfertigt werden.
 - Rechtfertigungsmöglichkeit, z.B. Art. XX (20) GATT → öffentliches Interesse, Erforderlichkeit (lehnt an Verhältnismässigkeit an), Nichtdiskriminierung (Handelspartner dürfen nicht diskriminiert werden) (ähnlich wie Art. 36 BV aufgebaut)

Fallbeispiel «Runderneuerte Reifen»

Brasilien verbietet die Einfuhr von runderneuerten Reifen, lässt aber die Einfuhr von gebrauchten Reifen zwecks Runderneuerung in Brasilien weiterhin zu. Die Massnahme soll dazu beitragen, dass weniger Altreifen in Brasilien anfallen.

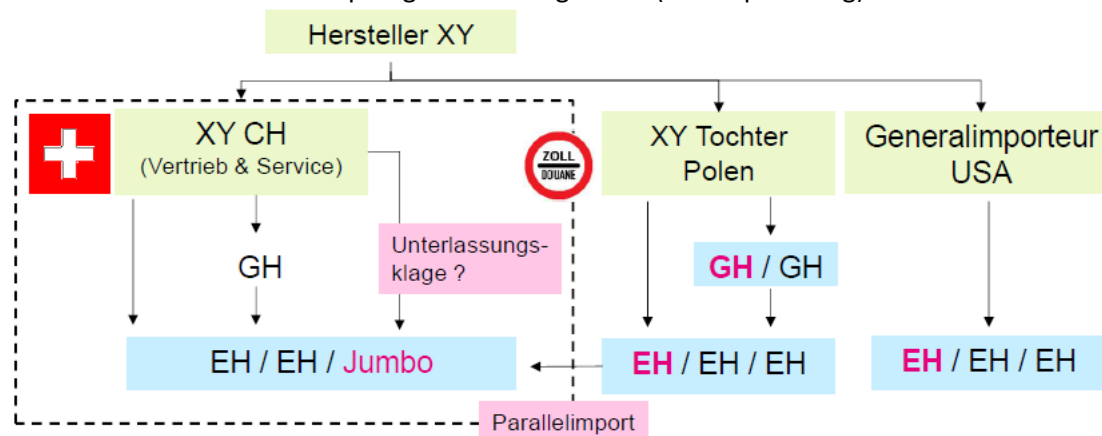


https://www.youtube.com/watch?v=i7aNMElo-M8&ab_channel=mokdokus

- Es bestünde die Möglichkeit den abgenutzten Reifen zu erneuern (neues Gummi um den Reifen kleben). Der Abfall wird in Brasilien nicht richtig entsorgt – die Reifen werden dann irgendwo gelagert und diese geraten häufig in Brand oder es sammeln sich Wasserpfützen, in denen sich Moskitos sammeln. Runderneuerte Reifen dürfen aus diesen Gründen nicht mehr importiert werden. Die Konkurrenz in Brasilien soll nicht geschützt werden, es geht darum weniger Abfall zu haben. Das Verbot ist aber ein Verstoss gegen Art. 11 GAT. Fraglich ist, ob eine Rechtfertigung nach Art. 20 GAT möglich ist. Die Bevölkerung soll vor Feuer und Krankheiten geschützt werden (öffentliches Interesse). Ist das Verbot erforderlich/verhältnismässig? Brasilien könnte die Reifen korrekt entsorgen, dann wäre das Problem auch gelöst. Aber die WTO entschied, dass für Brasilien keine Alternativen wegen der politischen und wirtschaftlichen Situation möglich sind.

Behinderung von Parallelimporten → Erschöpfungsgrundsatz

- Immaterialgüterrechtliche Unterlassungsklage
 - Nationale Erschöpfung → BGE 126 III 129 – Kodak/Jumbo
 - Regionale Erschöpfung → PatG 9a (Änderung der Kodak-Praxis des BGer)
 - Internationale Erschöpfung → alle übrigen IGR (Rechtsprechung)



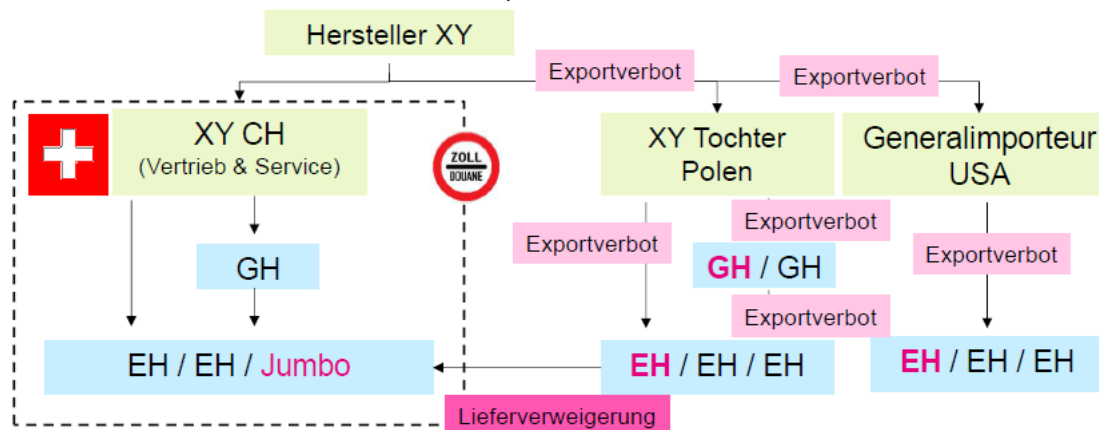
- Irgendein Produkt kann eingesetzt werden – wir nehmen Sony. Der Hauptsitz ist in Japan und es gibt Niederlassungen auf der ganzen Welt. Kann Sony verhindern, dass Schweizer Händler, die Produkte zu günstigeren Preisen in der USA oder Polen einkaufen, indem sie sich auf ihre Immaterialgüterrechte stützt? Die Inverkehrsetzung von Produkten ist Teil des Patentrechts.
- In der Schweiz galt im Patentrecht bis in die 90er Jahre die nationale Erschöpfung. Das bedeutet, Hersteller konnten gestützt auf Patentrecht Parallelimporte unterbinden. Das Recht des Herstellers über den Weiterverkauf der Ware zu entscheiden war nur national erschöpft, das bedeutet, dass wenn der Hersteller nicht wollte, dass das Produkt von der EU in die Schweiz importiert wurde, er Klage vor dem Zivilrichter machen konnte und dabei die patentrechtlichen Ansprüche geltend machen konnte (BGE Kodak).
- Dann wurde die regionale Erschöpfung im Patentrecht eingeführt. Regionale Erschöpfung heisst, dass das Recht über den Weiterverkauf zu entscheiden wird im ganzen EWR-Raum erschöpft, sobald

der Hersteller das Produkt in diesem Raum erstmals mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht hat. Dann darf er den Weiterverkauf des Produkts innerhalb dieses Raums nicht mehr beeinflussen. Die Schweiz hat das Prinzip einseitig eingeführt (im Patentgesetz).

- In allen übrigen Bereichen (Marken- und Urheberrecht), hat das Bundesgericht gesagt, dass internationale Erschöpfung. Das bedeutet, wenn ein Produkt irgendwo auf der Welt in Verkehr gebracht worden ist, kann sich der Markeninhaber oder Urheber nicht mehr auf seine immaterialgüterrechtlichen Ansprüche stützen, um den Weiterverkauf des Produkts zu beeinflussen. → Der Hersteller hat kaum noch Möglichkeiten immaterialgüterrechtlich den Handel des Produkts zu unterbinden.

Behinderung von Parallelimporten → Kartellrecht

- Vertragliche Exportverbote (z.B. EWR-Klausel)
 - Verbot von Passivverkaufsabreden, Art. 5 Abs. 4 KG



- Art. 5 Abs. 4 KG verbietet den Unternehmen in ihren Vertriebsverträgen ein Passivverkaufsverbot zu vereinbaren. Das Unternehmen Sony darf dem Generalimporteur nicht verbieten Passivverkäufe in die Schweiz zu tätigen. Passivverkauf bedeutet, dass die Anfrage für das Geschäft aus der Schweiz vom Nachfrager kommt. Aktivverkäufe dürfen verboten werden. Ein Aktivverkauf wäre es, wenn der Generalimporteur seine Produkte in der Schweiz aktiv vermarkten würde.

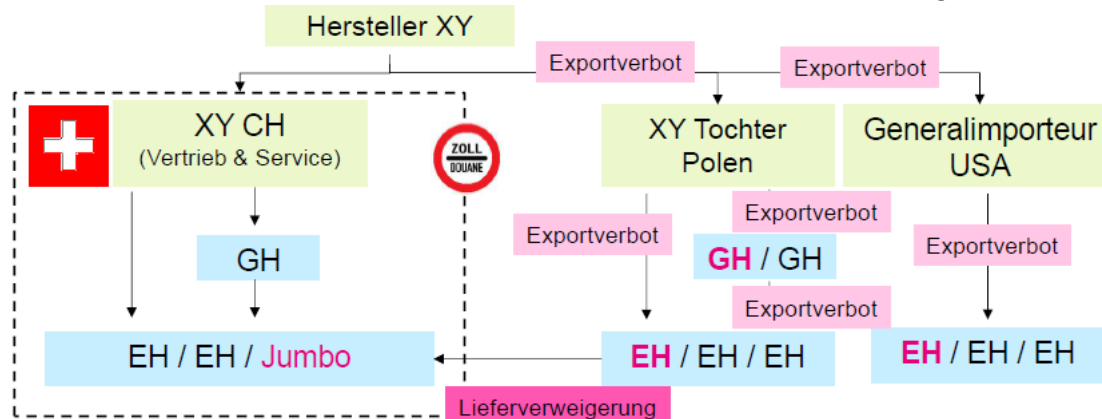
- Beispiel: Nikon hatte eine EWR-Klausel im Vertrag. Das bedeutet, dass Unternehmen im EWR-Raum nicht an Unternehmen ausserhalb dieses Raum verkaufen durften. Dabei hat man vergessen, dass die Schweiz nicht im EWR-Raum ist und die Klauseln somit gegen das Kartellrecht der Schweiz verstossen.

- Das erste Problem ist ein ermittlungstechnisch. Für die Schweizerische Wettbewerbsbehörde ist es schwierig nachzuweisen, dass eine solche Klausel in einem ausländischen Vertrag verankert ist. Die WEKO kann die Sony-Niederlassung in der Schweiz anschreiben und verlangen, dass alle europäischen Vertriebsverträge eingereicht werden. Es ist aber schwierig dies durchzusetzen. Die Verträge sind oft nicht physisch in der Schweiz, also kann auch keine Hausdurchsuchung bei Sony Schweiz durchgeführt werden. Man muss nachweisen, dass ein Händler sich vertraglich verpflichtet hat nicht in die Schweiz zu verkaufen. Der zweite Punkt ist, dass das Kartellrecht nicht gilt für konzerninterne Abreden. Konzernintern heisst, wenn Sony Japan mit ihrer Tochtergesellschaft in Polen vereinbart, dass die polnische Tochtergesellschaft nicht in die Schweiz verkaufen darf. Wenn der ganze Vertrieb konzernintern geregelt wird, dann sind dies unternehmensinterne Vorgänge und nicht Abreden zwischen zwei unabhängigen wirtschaftlichen Akteuren. Es liegen somit keine Wettbewerbsabreden vor und sind folglich dem Abredeverbot von Art. 5 KG nicht unterstellt. So kann der Schweizerische Markt abgeschottet werden.

- Es braucht ein weiteres Regulierungsinstrument.

Behinderung von Parallelimporten → Kartellrecht

- Unilaterale / konzerninterne Exportverbote
 - Missbrauchskontrolle für marktbeherrschende Unternehmen, Art. 7 KG
 - «Fair-Preis-Initiative» → Missbrauchskontrolle für relativ marktmächtige Unternehmen



- Das zweite kartellrechtliche Element ist der Missbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen. Das Kartellrecht hat drei Säulen: Verbot von Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, marktmächtige Unternehmen dürfen ihre Position nicht beeinträchtigen und Fusionskontrolle. Wenn ein Unternehmen marktmächtig ist, darf es sich nicht missbräuchlich verhalten. Ein Missbrauchstatbestand nach Art. 7 Abs. 2 KG ist, dass die Geschäftsbeziehung nicht verweigert werden darf. Das versuchte man auf die Parallelimport anzuwenden. Wenn ein Grosshändler mit Bezug auf ein bestimmtes Produkt marktbeherrschend wäre, dann wäre die Verweigerung der Lieferung in die Schweiz missbräuchlich. Aber auch dieses Instrument greift nicht, da im Bereich der Konsumgüter und Inputgüter für die Industrie nie Marktbeherrschung besteht. Marktbeherrschung heisst, dass ein Akteur sich unabhängig von Konkurrenten verhalten kann, da er einen hohen Marktanteil hat. Das Kartellrecht soll den Wettbewerb schützen und nicht die Interessen von Schweizerischen Nachfragern (im Ausland günstig einkaufen).
- Die Politik fand, dass das Kartellrecht trotzdem das richtige Gesetz. Es wurde ein neues Konzept eingeführt, nämlich die relative Marktmacht (ab 01.01.2022 in Kraft). Die Grundüberlegung ist, dass es an der Marktbeherrschung fehlt und somit einfach die Schwelle der Marktbeherrschung gesenkt werden soll. Die Missbrauchskontrolle wird auf relativ marktmächtige Unternehmen ausgeweitet.

Behinderung von Parallelimporten → Kartellrecht

- Unilaterale / konzerninterne Exportverbote
 - Missbrauchskontrolle für marktbeherrschende Unternehmen, Art. 7 KG
 - «Fair-Preis-Initiative» → Missbrauchskontrolle für relativ marktmächtige Unternehmen

Art. 4 Abs. 2bis KG

Als relativ marktmächtiges Unternehmen gilt ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise **abhängig** sind, dass **keine ausreichenden und zumutbaren** Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen **auszuweichen**.

Art. 7 Abs. 2 lit. g KG

Als missbräuchlich gilt «die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen.»

- Beispiel: Ein Sporthändler sagt, er brauche Head-Skis in seinem Sortiment, sonst kommen die Kunden gar nicht in sein Geschäft. Der Kunde erwartet im Skigeschäft die Marke Head. Der Händler ist also relativ abhängig vom Skihersteller Head, denn wenn dieser keine Ski liefert, verliert der

Händler die Kunden und kann auch nicht ausweichen, weil er genau die Marke braucht (**sortimentsbezogene Marktmacht** – bei starken Marken). Man schaut nicht auf die Marktanteile, das ist der Unterschied zu Marktbeherrschung. Es kommt auf die relative Marktbeherrschung im Verhältnis zu einem Nachfrager an, der aus subjektiven Gründen nicht ausweichen kann. Wichtig ist auch der **«lock-in»-Effekt**. Wenn ein Nachfrager ein Vorleistungsprodukt bezieht und aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht umsteigen kann, weil es an der technischen Kompatibilität fehlt (bspw. Kaffeekapseln gehen nicht in Kaffeemaschine) oder weil sehr hohe Investitionen getätigt wurden (bspw. in Vertrieb), dann ist der Lieferant auch relativ marktmächtig.

- **Beispiel:** Ein Schweizer Restaurant möchte Geschirr in Deutschland kaufen. Der Deutsche Hersteller sagt, dass dies dann bei seinem Schweizerischen Lieferanten gekauft werden muss. Der Restaurateur kann dann nicht auf anderes Geschirr ausweichen, da dies ja nicht zum bestehenden Geschirr passt, somit ist er auf den Hersteller des Geschirrs angewiesen. Hier besteht die relative Marktmacht («lock-in»-Effekt). Es wäre dann missbräuchlich, wenn der Deutsche Hersteller sich weigert den Restaurateur nach Deutschen Konditionen zu beliefern.

- Es ist alles hochgradig auslegungsbedürftig.

Behinderung von Parallelimporten → Lauterkeitsrecht

- Geoblocking
 - Diskriminierungsverbot, Art. 3a UWG

Art. 3a Abs. 1 UWG

Unlauter handelt insbesondere, wer im Fernhandel ohne sachliche Rechtfertigung einen Kunden in der Schweiz aufgrund seiner Nationalität, seines Wohnsitzes, des Ortes seiner Niederlassung, des Sitzes seines Zahlungsdienstleisters oder des Ausgaborts seines Zahlungsmittels:

- a. beim Preis oder bei den Zahlungsbedingungen diskriminiert;
- b. ihm den Zugang zu einem Online-Portal blockiert beziehungsweise beschränkt; oder
- c. ihn ohne sein Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version des Online-Portals weiterleitet.

- Geoblocking heisst, dass der Kunde automatisch an eine Webseite weitergeleitet, welche die Preise entsprechend seinem geografischen Standort anzeigt. Schweizer konnten gar nicht einkaufen oder wurden auf Schweizer Seiten weitergeleitet.
- Mit dem neuen Diskriminierungsverbot im Lauterkeitsrecht ist Geoblocking unzulässig/unlauter. Die Konsumenten können gegen Geoblocking-Vorgänge vorgehen. Fraglich ist die Durchsetzung, da es um ausländische Sachverhalte geht. Die WEKO müsste Marktanteile im Ausland ermitteln und wenn dann bekannt ist, dass ein Unternehmen im Ausland sich nicht daran hält, gibt es keine Zwangsvollstreckungsmassnahmen.
- Die relative Marktmacht ist nicht sanktionsbedroht. Die ganze Bestimmung ist derart auslegebedürftig, dass die Rechtssicherheit fehlt.

§ 5 DIENSTLEISTUNGEN

Einführung

Lernziele

Sie kennen und beherrschen

- die Instrumente zur Regulierung des Marktzugangs und deren wettbewerbsrechtlichen Schranken
- die BGBM-Systematik zur Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit (Herkunftsprinzip)

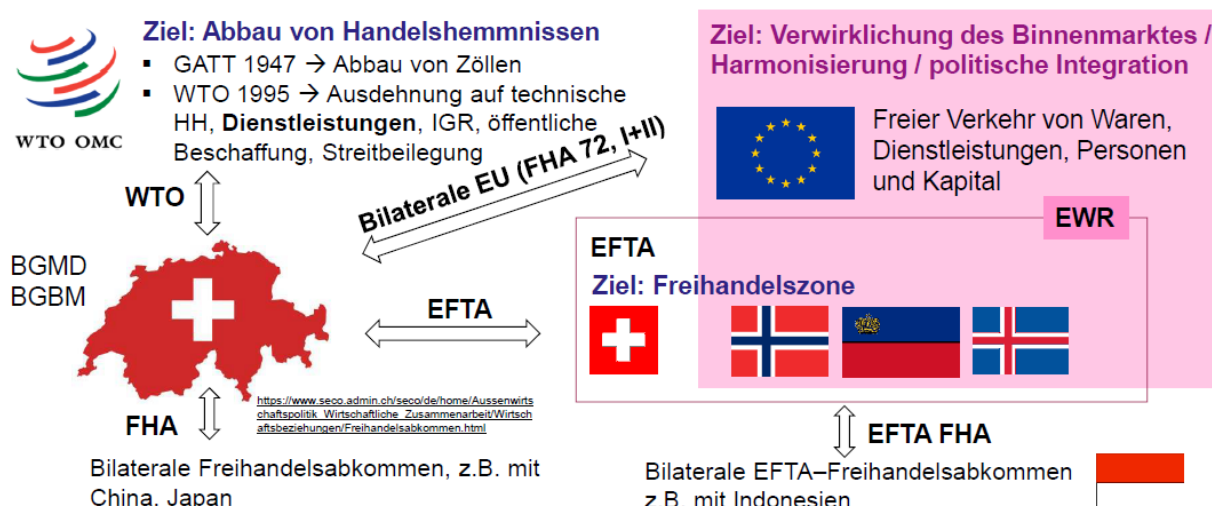
- die staatlichen und privaten Instrumente des Marktausschlusses und deren wettbewerbsrechtlichen Schranken
- die wichtigsten Grundsätze des Freizügigkeitsabkommens

Übersicht Marktzugang



- Offene Dienstleistungsmärkte: Jede Person, welche die Voraussetzungen erfüllt, ist zugelassen zur Erbringung der Dienstleistung.
 - Freier Marktzugang: Gewisse Tätigkeiten können bewilligungsfrei ausgeübt werden (bspw. Coiffeursalon).
 - Meldepflicht: Diese dient der Aufsicht. Es gibt keine Voraussetzungen, die materiell erfüllt sein müssen, jeder kann die Tätigkeit ausführen, allerdings muss die Tätigkeit gemeldet werden, damit die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde bekannt ist.
 - Zulassungspflicht: Der Anwaltsberuf ist zulassungspflichtig. Es braucht eine Polizeibewilligung. Dabei geht es darum, dass der Staat die Kunden schützt (öffentliches Interesse).
 - Welche Rechtsberatungstätigkeiten unterstehen der Bewilligungspflicht nach BGFA. Das gesamte Verwaltungsrecht und das ganze Verwaltungsverfahren untersteht dem BGFA nicht.
- Marktausschluss: Die Zahl der Dienstleistungserbringer ist beschränkt.
- Gebietsschutz: Die Dienstleistungserbringer haben keinen Zugang zur Schweiz.

Übersicht Rechtsgrundlagen Aussenhandelsrecht (Wirtschaftsvölkerrecht)



- Das GATT gilt speziell für Dienstleistungen.
- Das Freizügigkeitsabkommen ist zentral für den Dienstleistungsverkehr Schweiz – EU.
- Die Freihandelsabkommen enthalten teilweise Bestimmungen.

ÜBERSICHT

1. Zulassungspflicht
 - a. Wirtschaftsfreiheit
 - b. Binnenhandelsrecht
2. Marktausschluss
 - a. Wirtschaftsfreiheit
 - b. Binnenhandelsrecht
 - c. Kartellrecht
3. Gebietsschutz
 - a. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäss FZA

ZULASSUNGSPFLICHT

Sektorielle Rechtsgrundlagen, z.B.

	MedBG / PsyG	BankG	FIDLEG
	BG Bergführer und Risikoaktivitäten	BGFA	GesBG
	Private Sicherheitsdienste	Notare	Baugewerbe
	Bestattungsdienste	Kinderbetreuung	Gastgewerbe
	Taxigewerbe		Sanitäre Gewerbe

- Wo sind die Zulassungspflichten geregelt? Im Bereich der Dienstleistungen gibt es keinen Rahmenerlass. Es gibt unzählige sachbezogene Regulierungen auf Bundesebene und kantonaler- sowie kommunaler Ebene, je nach Kompetenzverteilung. Der Bund braucht immer eine Kompetenz in der BV, damit er ein Tätigkeitsgebiet regulieren kann. In Art. 95 BV besteht eine Generalkompetenz des Bundes. Solange der Bund nicht regelt, dann bleibt die Kompetenz bei den Kantonen, wenn diese nicht regulieren, dann haben die Gemeinden noch eine Kompetenz. Der Bund beansprucht mehr und mehr seine Kompetenz (begann vor 20 Jahren mit dem BGFA).
- Die Tendenz, dass der Bund seine Kompetenz mehr ausschöpft, führt zur Harmonisierung und dies schafft volle Freizügigkeit. Der grosse Nachteil ist, dass lokale Gegebenheiten nicht in die Regulierung einfließen können (Argument wird aber oft missbraucht, um Protektionismus zu betreiben). Ein weiterer Nachteil ist, dass gemäss Art. 190 BV Bundesrecht angewendet werden muss. Überregulierungen im Bundesrecht können über den Rechtsmittelweg nicht mehr entfernt werden. Die Gerichte können nicht mehr eingreifen. Bei kantonalen Lösungen gibt es zwar kantonal unterschiedliche Lösungen, was der Freizügigkeit schadet, aber es führt auch zu einem Regulierungswettbewerb (Vergleich zwischen verschiedenen Lösungen).

Fallbeispiel «Taxi»

Die Stadt Luzern möchte das kantonale Gesetz über das Taxiwesen wie folgt ergänzen:

¹ Wer Taxidienstleistungen auf öffentlichen und privaten Standplätzen oder auf Kundenbestellung hin anbietet, benötigt eine Bewilligung.

² Voraussetzungen:

- a. dreijährige vergleichbare Berufstätigkeit (Strassentransport) in den letzten fünf Jahren
- b. einwandfreier Leumund, d.h. keine strafrechtliche Verurteilung während den letzten fünf Jahren
- c. keine Betreibungen oder Konkurs in den letzten fünf Jahren
- d. Orts- und Fachkundeprüfung
- e. Schweizer Staatsbürgerschaft

*Das Taxiwesen ist eine kommunale Kompetenz.

Gegen welche wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen verstösst diese Norm?

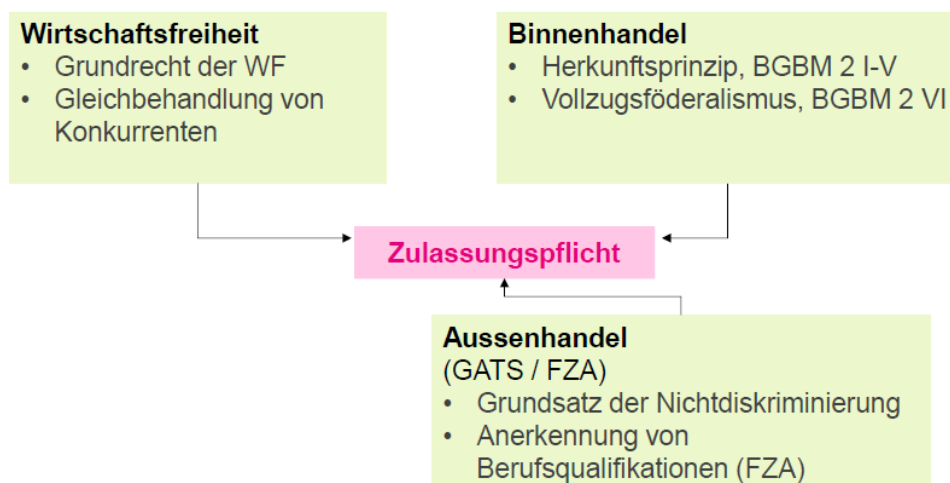
- Sind die Zulassungspflichten zulässig?
- Es handelt sich um eine Polizeibewilligung, die dem Schutz von Polizeigütern dient (öffentliche Sicherheit, öffentliche Ordnung, Konsumentenschutz). Es gibt kein Kontingent der Zahl der verfügbaren Bewilligung im Gesetz. Es könnte auch eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch sein, mit Bezug auf die öffentlichen Standplätze. Die Standplätze sind auf öffentlichem Grund und deshalb besteht die Möglichkeit eine Bewilligung zu verlangen. Über die Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch sollen nicht Polizeigüter geschützt werden. Es geht allein um die Koordination des öffentlichen Grundes. Wenn die Taxibeschränkung über die Koordination hinaus beschränkt werden soll, dann wird dies problematisch.
- Bei Zulassungspflichten in Dienstleistungsmärkten ist das Freizügigkeitsabkommen relevant. Dieses enthält in erster Linie ein Diskriminierungsverbot. Die Schweiz hat sich verpflichtet, Bürger aus der EU und der EWR nicht zu benachteiligen, wenn es um den Zugang zur Erwerbstätigkeit geht. In Abs. 2 lit. e liegt somit eine direkte Diskriminierung vor. Direkte Diskriminierung heisst, dass die Diskriminierung selber an der Herkunft der Personen anknüpft. Mit dem Merkmal der Staatsbürgerschaft werden Bürger der EU ausgeschlossen. Auch im Freizügigkeitsabkommen gibt es Rechtfertigungsmöglichkeiten. Bei direkten Diskriminierungen ist eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit). Hier liegt kein öffentliches Interesse vor. Somit liegt ein Verstoss gegen das Freizügigkeitsabkommen vor.

Wenn der Beruf mit Ausübung hoheitlicher Befugnisse verknüpft ist, ist dies vom Freizügigkeitsabkommen ausgenommen, so dass an die Staatsbürgerschaft angeknüpft werden darf.

- Es liegen Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit vor. Jede Bewilligungsvoraussetzung muss mit BV 36 vereinbar sein.
 - Dreijährige Berufstätigkeit: Das öffentliche Interesse wäre der Schutz der Passagiere und die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Strassenverkehr. Die Eignung ist gegeben. Die Erforderlichkeit ist allerdings fragwürdig. Es geht darum, ob man ein Auto lenken kann und dafür muss bereits die Fahrprüfung bestanden werden. Zudem braucht es eine Bewilligung des Bundes für den berufsmässigen Personentransport. Es braucht also sogar eine zusätzliche Bewilligung zum Führerausweis. Darüber hinaus zu verlangen, dass man noch Berufserfahrung hat ist nicht erforderlich. Das schränkt den Marktzugang ein. Die Verhältnismässigkeit ist nicht gegeben.
 - Leumund: Das öffentliche Interesse liegt darin, die Passagiere vor möglicherweise kriminellen Taxifahrern zu schützen. Die Voraussetzungen sind zu pauschal. Irgendwelche strafrechtliche Voraussetzungen sind zu wenig konkret. Es braucht einen Zusammenhang mit der Berufstätigkeit. Ansonsten kann dies verlangt werden.

- **Betreibungen/Konkurse:** Man würde einen Pauschalvorwurf an die Taxifahrer machen. Das heisst, wenn jemand in finanziell schlechten Verhältnissen steht, ist die Gefahr sehr hoch, dass die Kunden getäuscht werden und zu hohe Preise verrechnet werden. Ist das sachlich? Mit diesem Argument ist diese Voraussetzung nicht gerechtfertigt. Die Argumentation ist, dass es um die Sicherheit der Fahrzeuge geht. Wenn der Taxifahrer in finanziellen Schwierigkeiten ist, dann ist er unter Umständen nicht mehr in der Lage sein Taxi zu unterhalten. Strassenverkehrsuntaugliche Fahrzeuge können zu einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und der Sicherheit der Passagiere führen. Unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit ist dies aber nicht erforderlich. Es gibt mildere Massnahmen, wie bspw., dass die Polizei die Fahrzeuge kontrolliert. Die Voraussetzung ist verfassungswidrig.
- **Orts- und Fachkundeprüfung:** Das öffentliche Interesse ist, dass sich die Taxi-Chauffeure auskennen und keine Umwege fahren müssen. Es gibt mildere Massnahmen, nämlich ein Navi, deshalb ist es vermutlich nicht verhältnismässig (Gericht könnte es aber anders bestimmen).
- Zulassungspflichten müssen mit dem BGBM vereinbar sein.
- Man könnte sich überlegen, was die Zulassungsvoraussetzungen für Uber-Fahrer sind. Wenn es für die Uber-Fahrer keine Voraussetzungen gibt, dann könnte dies unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung der Konkurrenten problematisch werden. Dann müssten sachliche Gründe vorliegen, um die Differenzierung zu rechtfertigen. Wenn nicht, müsste auch Uber der Bewilligungspflicht unterliegen, sonst wäre dies ein Verstoß gegen die Gleichbehandlung der Konkurrenten.

Wettbewerbsrechtliche Anforderungen



- Aussenhandel: Nichtdiskriminierung im Freizügigkeitsabkommen

Binnenhandelsrecht

- **Problem:** Recht zur Ausübung von (bewilligungspflichtigen) Erwerbstätigkeiten ist beschränkt auf das Hoheitsgebiet → Geographisch geschlossene Märkte
 - In vielen Gebieten gibt es nach wie vor Regelungen des Kantons. Das Binnenmarktgesetz ist nur relevant, wenn es kantonale oder kommunale Marktzugangsvorschriften gibt. Aufgrund unterschiedlicher politischer Wertungen fallen die Zulassungsvoraussetzungen unterschiedlich aus. Das führt dazu, dass die Bewilligungen nur in dem Kanton gültig sind, indem sie ausgestellt wurden. Das kann am Ende zu einer geografischen Abschottung der Märkte führen.

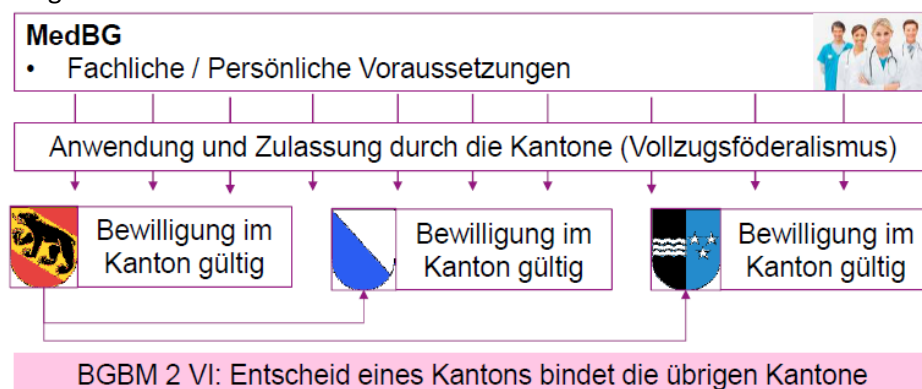
- Ziel: Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und der (gewerblichen) Niederlassungsfreiheit in der Schweiz
 - Markt Zugangsbeschränkungen überwinden: Art. 95 Abs. 2 BV
- Spannungsverhältnis zwischen Föderalismus (BV 3) und kantonalen Kompetenzen vs. Verwirklichung des Binnenmarktes (als privates und institutionelles Interesse, BV 95 II)
 - Es gibt einen Zielkonflikt zwischen dem Föderalismus (Kantone selber und unterschiedlich voneinander Entscheide treffen) und dem Binnenmarktgesetz (Erwerbstätiger darf in der ganzen Schweiz tätig sein). Fraglich ist, was höher gewichtet wird. Das BGBM steht vor dem Föderalismus.
- Instrumente
 - Harmonisierung der Gewerbeerlasse durch Konkordate oder auf Stufe Bund (meistens Bundesgesetze): keine staatlichen Hindernisse
 - Herkunftsprinzip (BGBM 2 I-V, BGBM 3) für den innerschweizerischen Dienstleistungsverkehr Nach THG gilt das Herkunftsprinzip nur für den Warenverkehr.
 - Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (BGBM 4): Das führt dazu, dass die Zulassungsvoraussetzungen in sachlicher Hinsicht erfüllt sind.

Harmonisierung durch Bundesrecht

- Generalkompetenz des Bundes, BV 95 I; Starke Harmonisierungstendenz der letzten 20 Jahre.

Beispiele / Vor-/Nachteile

- Art. 95 Abs. 1 BV gibt dem Bund die Kompetenz jeden Beruf zu regulieren. Dieser Artikel hat eine starke Harmonisierungstendenz zur Folge. Es wurden sehr viele neue Bundesgesetze erlassen. Das Problem aus Sicht der Freizügigkeit ist, wenn wir ein System des Vollzugsföderalismus haben, durch unterschiedliche Auslegung der Bundesgesetze wieder Freizügigkeitshindernisse entstehen. Das ist vor allem im Medizinberufe- und Psychologiegesezt ein Problem. Der Bund regelt die Zulassungsvoraussetzungen, aber die Bewilligungen werden von den Kantonen erteilt (Kantone wenden das Bundesrecht an). Mit Bezug auf die fachlichen Voraussetzungen ist dies unproblematisch, aber bei den persönlichen Voraussetzungen (Anknüpfung an Leumund Charakter) gibt es Wertungsspielraum und dieser wird von den Kantonen unterschiedlich ausgefüllt. Der Vollzugsföderalismus führt wieder zu Freizügigkeitshindernissen. Hier greift das Binnenmarktgesetz ein: Art. 2 Abs. 6 BGBM. Wenn eine kantonale Zulassungsbehörde entscheidet, dass ein Gesuchsteller die bundesrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, dann sind alle anderen an den Entscheid der Erstzulassungsstelle gebunden. Ein Arzt der zugelassen wird, hat somit in allen Kantonen einen Rechtsanspruch auf Zulassung, wenn er erstmals zugelassen wurde. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen ein Arzt nicht zugelassen wird, obwohl er in einem anderen Kanton eigentlich zugelassen wäre.
- Vollzugsföderalismus



Herkunftsprinzip (BGBM 2 I-V und BGBM 3)

- Anspruch auf grenzüberschreitenden Marktzugang (BGBM 2 III) oder auf Niederlassung (BGBM 2 IV) nach Massgabe der am Herkunftsort geltenden Vorschriften
 - Wer in einem Kanton zugelassen ist und rechtmässig eine Erwerbstätigkeit ausübt, hat in allen anderen Kantonen einen Rechtsanspruch die Tätigkeit auszuüben, nach den Vorschriften, die am Herkunftsort gelten.
 - In der EU gibt es kein Herkunftsprinzip für Dienstleistungen.
 - Es besteht ein Rechtsanspruch auf Ausübung der Tätigkeit.
- Falls strengere Vorschriften am Bestimmungsort gelten: Gleichwertigkeitsvermutung (BGBM 2 V) – gleiches Schutzniveau erreicht → Der Bundesgesetzgeber vermutet, dass die Bestimmungen in den Kantonen gleichwertig sind. Die Idee dahinter ist, dass jeder Kanton der Schweiz die Bevölkerung ausreichend schützt.
 - Wiederlegung der Vermutung durch Behörde des Bestimmungsorts eröffnet Rechtfertigungsebene (bspw. Kanton Bern muss aufzeigen, dass die Regelung ein viel höheres Schutzniveau aufweist als im Kanton Bern)
- Rechtfertigung nach BGBM 3 I
 - Nichtdiskriminierung / überwiegendes öffentliches Interesse / Verhältnismässig
 - Per se unverhältnismässige Massnahmen nach BGBM 3 II: immer dann, wenn der Gesuchsteller bereits über Berufserfahrung verfügt
→ höheres Schutzniveau ist per se unverhältnismässig
 - Verbot von verdeckten Marktzugangsbeschränkungen, BGBM 3 III
- Anspruch auf einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren, BGBM 3 IV
 - Der Kanton Bern kann sagen, dass die Zulassungsvoraussetzungen des Zürcher Anbieters kontrolliert werden. Das muss aber kostenlos sein, damit über die Kosten die Freizügigkeit nicht eingeschränkt wird.

Fallbeispiel «Sicherheitsdienst»

- X. betreibt im Kanton Luzern seit 2002 ein privates Sicherheitsunternehmen mit 10 Angestellten. Die Tätigkeit ist im Kanton Luzern bewilligungsfrei zulässig. Weder X. noch seine Angestellten verfügen über einen Fähigkeitsausweis.
- Der Kanton Aargau erlässt eine Bestimmung, wonach diese Tätigkeit per 1.1.2021 bewilligungspflichtig wird. Eine Bewilligung wird nur an Personen erteilt, die Inhaber eines Fachausweises des Verbands Schweizerischer Sicherheitsunternehmen sind.
- Unter welchen Voraussetzungen darf das Unternehmen von X. weiterhin Aufträge im Kanton Aargau annehmen oder eine Zweitniederlassung in Baden AG begründen?

Lösung:

- Das BGBM ist nicht auf hoheitliche Tätigkeiten anwendbar. Sicherheitsdienst ist keine hoheitliche, sondern eine privatwirtschaftliche Tätigkeit. Das BGBM ist anwendbar.
- Der Rechtsanspruch auf Ausübung der Erwerbstätigkeit im Kanton Aargau nach den Vorschriften des Kantons Luzern wird geprüft (Herkunftsprinzip). Hier ist die Besonderheit nach Art. 2 Abs. 3 BGBM gilt das Herkunftsprinzip im kantonsgrenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr. Wenn einzelne Aufträge im Kanton Aargau übernommen, dann ist dies Dienstleistungsverkehr. Die zweite Konstellation geht weiter: Dabei geht es um Niederlassungsfreiheit. Das Bundesgericht hat dies zu Beginn immer verneint. Dabei wurden aber gewisse Gewerbe (bspw. Restaurants) nicht umfasst. Das führte dazu, dass mit Art. 2 Abs. 4 BGBM auch die Niederlassungsfreiheit dem Herkunftsprinzip unterstellt wurde. Somit darf die Niederlassung im Kanton Aargau begründet werden.

- Dann wird die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM geprüft. Kann diese nicht widerlegt werden, dann besteht der Anspruch. Nur wenn sie widerlegt wird, muss die Rechtfertigung geprüft werden. Es geht um die fachlichen Zulassungsanforderungen. In fachlicher Hinsicht verlangt der Kanton Luzern nichts und der Kanton Aargau verlangt einen Fachausweis. Der Kanton Aargau kann argumentieren, dass er ein höheres Schutzniveau anstrebt und somit die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt werden kann. Die Widerlegung ist nur möglich, wenn wir die Situation haben, bei welcher der Herkunftsort nicht verlangt und der Bestimmungsort etwas verlangt. Wenn in Luzern andere Voraussetzung gelten, dann gelänge die Widerlegung nicht.
- Gemäss Art. 3 BGBM muss geprüft werden, ob die zusätzlichen Anforderungen nichtdiskriminierend, unerlässlich (deutet auf strenge Verhältnismässigkeitsprüfung hin) und Verhältnismässig (Individualinteressen gegen öffentliches Interesse + öffentliches Interesse der Verwirklichung des Binnenmarktes) sind. Nichtdiskriminierend ist unproblematisch. Das öffentliche Interesse ist die Sicherheit der Bevölkerung und die öffentliche Ordnung. Wenn wir die Aargauer Regulierung für sich nach Wirtschaftsfreiheit prüfen würden, dann wäre diese ohne Weiteres zulässig. Hier kommt die BGBM-Komponente hinzu. In Art. 3 Abs. 2 BGBM sind die per se unverhältnismässigen Beschränkungen aufgeführt. Die Unverhältnismässigkeit liegt vor, wenn der Bewerber Berufserfahrung mitbringt. Die Botschaft spricht von drei Jahren Berufserfahrung, obwohl das vom Beruf abhängt. Die Beschränkung kann nach Art. 3 BGBM nicht gerechtfertigt werden.
- Wie hat sich das BGBM auf die Regulierung der verschiedenen Berufstätigkeiten ausgewirkt? Wünschenswert wäre es, wenn man sehen würde, dass es in gewissen Kantonen ohne Bewilligungspflicht funktioniert. Es kann aber nicht beobachtet werden, dass ein Kanton eine Regulierung abschwächt. Auch «Forum-shopping», also in einen Kanton mit tiefen Regulierungen zu gehen, ist selten. Es gibt aber eine starke Harmonisierungstendenz. Eine Tendenz hin zu einem Bundesgesetz.

Tragweite des Herkunftsprinzips

Vorschriften über die «Ausübung» einer Erwerbstätigkeit?, z.B.

Wirken sich die Vorschriften auf den Zugang aus?

- Ladenöffnungszeiten? Diese sind kantonally/regional unterschiedlich ausgestaltet. Nach dem Herkunftsprinzip könnte die Migros sagen, dass sie für alle Filialen die Öffnungszeiten des Kantons Zürich anwendet. Es ist wichtig ob sich die Vorschrift über die Art und Weise der Ausübung auf den Zugang zum Markt auswirkt oder nicht. Ladenöffnungszeiten wirken sich nicht auf den Zugang zum Markt aus.
- Werbeverbot? Hier gilt das Gleiche.

Herkunftsprinzip gilt für:

- kantonale Vorschrift zur Anstellung von Anwaltspraktikanten durch Anwälte (BGE 134 II 329 E. 6.1): Im Kanton Waadt darf ein Anwalt nur einen Praktikanten einstellen, wenn er 5 Jahre im Kanton Waadt praktiziert hat (sonst ist er nicht in der Lage die Praktikanten richtig auszubilden). Es geht nicht um Marktzugang des Anwalts, trotzdem ist die Anwendung des Herkunftsprinzips durch das BGE bejaht worden. Das Bundesgericht hat entschieden, dass auch ein Anwalt der erst 6 Monate im Kanton Waadt tätig ist, Praktikanten aufnehmen kann. Dies auch, da es keinen sachlichen Grund für 5 Jahre Berufserfahrung zur Ausbildung von Praktikanten gibt.
- kantonale Vorschrift über Injektionen/Blutentnahmen durch Naturheilpraktiker (VGer ZH, VB.2009.00260 vom 5.11.2009): Die Naturheilpraktiker wurden im Kanton Thurgau zugelassen. Dort dürfen die Injektionen/Blutentnahmen durchgeführt werden, im Kanton Zürich aber nicht. Die Naturheilpraktiker dürfen aber gemäss dem Kantonsgericht auch im Kanton Zürich die Injektionen und Blutabnahmen durchführen.

- kantonale Arbeitsvorschriften (BGer, 2C_111/2010 vom 7.12.2010): Es stellt sich die Frage, ob der Unternehmer aus der Ostschweiz den Bestimmungen des GAV der Ostschweiz oder Genf unterstellt ist, wenn er Arbeiter nach Genf entsendet. Arbeitsvorschriften sind ebenfalls dem Herkunftsprinzip unterstellt. Aber die Frage ist eher noch offen. Die Gewerkschaften sind da eher dagegen. Im Innerschweizerischen Verhältnis sind die Unterschiede nicht so gross, im EU-Verhältnis müssen sicher die Vorschriften der Schweiz eingehalten werden.

Die Anwendbarkeit des Herkunftsprinzips im BGBM setzt immer einen interkantonalen Sachverhalt voraus.

Auch juristische Personen können dem Herkunftsprinzip unterstehen. Das ist dann wichtig, wenn freie Berufe nicht als Aktiengesellschaft ausgeübt werden können. Die Idee der freien Beruf ist, dass diese eng mit der natürlichen Person verbunden sind.

MARKTAUSSCHLUSS

MARKTAUSSCHLUSS

Übersicht

Geschlossene Märkte	Verdrängungswettbewerb
Monopole / Kontingentbewilligungen	Lieferboykott <ul style="list-style-type: none"> ▪ Erschwerung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt (vertical foreclosure)
Sozialversicherungsrechtliche Kontingente	Anbindung der Nachfrage <ul style="list-style-type: none"> ▪ Treuerabatte, Kampfpreise (horizontal foreclosure)
Nutzung von öffentlichen Sachen → Infrastrukturmärkte	

- Marktausschluss: Von Marktausschluss spricht man dann, wenn der Gesetzgeber vorsieht, dass die Zahl der Anbieter beschränkt wird (Monopole/Kontingente). Diese sind die klassischen Instrumente, um die Zahl der Marktteilnehmer zu beschränken und zu steuern. Indirekt kann der Staat dies über sozialversicherungsrechtliche Kontingente machen (in allen Berufen, die stark durch die Sozialversicherung finanziert werden – Gesundheitsdienstleistungen). Der Staat kann bspw. die Zahl der Marktteilnehmer steuern über die Zulassung der Anbieter zur Abrechnung über die Krankenversicherung (Wettbewerbsnachteil, da die Kunden nicht zum Arzt gehen, wenn sie die Rechnung selber bezahlen müssen). Auch über die Nutzung von öffentlichen Sachen kann ein Marktausschluss gemacht werden. Bei denjenigen Erwerbstätigkeiten, die auf die Nutzung von öffentlichem Grund angewiesen sind (Infrastrukturbereiche, Taxistandplätze, Wochenmarktständen, Gasnetze, Stromnetze), kann der Staat den Marktzugang über die Sondernutzungskonzession oder die Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch steuern.

- Auch Private versuchen die Zahl der Teilnehmer zu steuern und andere Teilnehmer aus dem Markt zu verdrängen, indem sie den Zugang zu Vorleistungsprodukten einschränken oder wenn sie marktbeherrschend sind, die Angebotsseite an sich binden. Wie untersagt das Kartellrecht solche Verhaltensweisen?

Monopole/Kontingentbewilligungen

Wirtschaftsfreiheit

Grundsatz: Monopole/Kontingentbewilligung gelten als sehr schwere Eingriffe in Wirtschaftsfreiheit (BV 27) und «prima facie» als grundsatzwidrig (BV 94 IV)

- Dass der Staat Monopole bei Produkten einführt ist sehr selten. Im Dienstleistungsbereich ist dies häufig. Wenn durch den Staat nur ein Marktteilnehmer zugelassen wird, wird der Wettbewerb ausgeschaltet. Werden nur wenige Marktteilnehmer zugelassen, besteht nur wenig Wettbewerb (kein Wettbewerbsdruck durch neue Markteintritte). Diese Eingriffe sind nach BV 94 potentiell grundsatzwidrig. Wenn der Staat das Wettbewerbsprinzip ausschaltet und ein Segment planwirtschaftlich organisiert, ist das ein Widerspruch zum Grundsatz der freien Marktwirtschaft (BV 94). Die Anforderungen an solche Massnahmen sind besonders hoch. Es braucht öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit, der Massstab ist aber sehr hoch. Wenn die Anforderungen nicht erfüllt sind, ist die Massnahme grundsatzwidrig (BV 94 IV). Damit der Staat grundsatzwidrige Massnahmen treffen darf, braucht es eine Abweichungskompetenz in der Bundesverfassung oder ein historisches Regalrecht.
- ➔ Monopole und Kontingente sind Massnahmen, die den Wettbewerb extrem stark beeinträchtigen. Entsprechend braucht es gemäss BV 94 besonders gewichtige öffentliche Interessen und besonders hohe Anforderungen an die Verhältnismässigkeit, damit man noch von grundsatzkonformen Massnahmen sprechen kann. Wenn diese Punkte nicht gegeben sind, ist die Massnahme grundsatzwidrig, ausser es liegt eine Abweichungskompetenz vor.
- Öffentliches Interesse/Verhältnismässigkeit?
- Abweichungskompetenz oder kantonales Regal (BV 94 IV)

Fallbeispiele

- Personenbeförderung (BV 92; PBG 4)
 - Der öffentliche Verkehr ist ein Monopol des Bundes. Wer Passagiere befördern möchte, braucht eine Bundeskonzession. Die Monopole sind potentiell grundsatzwidrig, weil sie den Wettbewerb komplett ausschalten. Öffentlicher Verkehr ist Planwirtschaft. Sehr viele Monopole in der Schweiz sind durch Grundversorgungsinteressen begründet. Diese Leistung ist Teil der Grundversorgung, ist eine öffentliche Aufgabe. Der Staat soll gewährleisten, dass auch in abgelegenen Gegenden, Angebote des öffentlichen Verkehrs vorhanden sind. Die Privatwirtschaft würde das nicht gewährleisten können. Der Staat unterstützt den Personenverkehr durch Abgeltungen (Fernverkehr nicht finanziert durch Abgeltungen, dieser muss selbsttragend sein – Ist es gerechtfertigt den Fernverkehr zu monopolisieren? Es besteht aber eine Quersubventionierung, denn Einnahmen vom Fernverkehr werden zur Finanzierung des regionalen Verkehrs genutzt.). Es liegt ein grundsatzkonformes Monopol vor.
 - Art. 93 BV: Reicht «Sache des Bundes» aus, um eine Tätigkeit zu monopolisieren. Dies ist umstritten: Es gibt Lehrmeinungen, die aus «Sache des Bundes» ableiten, dass eine implizite Kompetenz, um vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen, gegeben ist. Das Gegenargument ist, dass bei gewissen Normen explizit eine Abweichungskompetenz erwähnt ist (Art. 101 Abs. 2 BV). Wenn bei gewissen Bestimmungen eine explizite Erwähnung gemacht wird, dann kann davon ausgegangen werden, dass «Sache des Bundes» nicht ausreicht, um eine Abweichungskompetenz zu begründen.
- Beförderung von Briefen bis 50 Gramm (BV 92; PG 18)
 - Diese dürfen nur durch die Post transportiert werden. Dies wird mit der Grundversorgung begründet.
- Spielbanken (BV 106 II; SBG 10 ff.)
 - Ein Schutzziel ist Verhinderung von Geldwäscherei/Kriminalität, das andere ist Suchtprävention. In einem monopolisierten System ist die Aufsicht einfacher und damit können die beiden Ziele erreicht werden. Reicht dies aus für ein grundsatzkonformes Monopol? Auch die Verhältnismässigkeit muss geprüft werden, um die Grundsatzwidrigkeit

zu bestimmen. Hier kann man sagen, dass auch andere Systeme das Schutzziel erreichen könnten (bspw. Bewilligungspflicht). Das Spielbankenmonopol kann grundsatzwidrig sein.

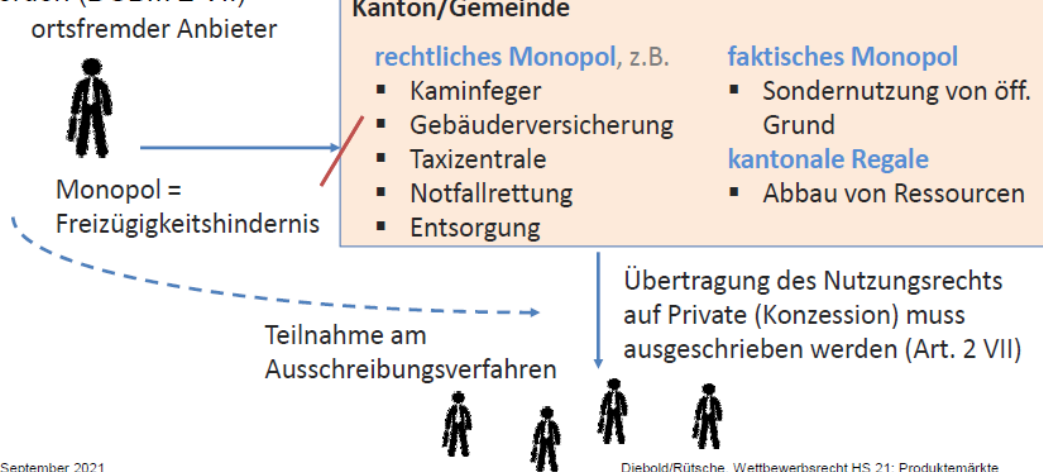
- Es braucht somit eine Abweichungskompetenz. Eine solche kann Art. 106 BV nicht entnommen werden. Aber wenn schon der Verfassungsgeber sagt, es liegt ein Monopol vor, dann braucht es keine Abweichungskompetenz. Der Bundesgesetzgeber darf eine Tätigkeit nur monopolisieren, wenn eine Abweichungskompetenz in der BV vorliegt. Wenn das Monopol bereits in der Verfassung begründet wird, ist dies auch verfassungskonform.
- Kantonale Kaminfegermonopole
 - Urteile des Bundesgerichts im Skript (BGE 109 Ia 193)!: Das Monopol ist grundsatzkonform, aus Gründen des Umweltschutzes. Das Monopol dient somit einem öffentlichen Interesse. Das Bundesgericht prüft die Verhältnismässigkeit nicht, obwohl so grundsätzlich jedes Monopol einem öffentlichen Interesse dient.
- Kantonale Gebäudeversicherungsmonopole
 - Das Bundesgericht argumentiert mit günstigeren Prämien und weniger Schadensfällen in den Kantonen, in denen ein Monopol vorliegt. Dieses ist somit auch grundsatzkonform. Das Bundesgericht ist zurückhaltend und greift nicht in die Monopole der Kantone ein.

Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – Wie lassen sich die Monopole mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbaren?

1. Ist das Monopol grundsatzkonform oder grundsatzwidrig? → grundsatzwidrig weiter zu 2.
 - a. Öffentliches Interesse?
 - b. Verhältnismässigkeit?
2. Liegt eine Abweichungskompetenz vor oder ist das Monopol bereits in der Verfassung selber verankert?

Binnenhandelsrecht

Grundsatz: Übertragung der Nutzung kantonaler Monopole auf Private muss ausgeschrieben werden (BGBM 2 VII)



20. September 2021

- Im Binnenmarktgesetz gibt es das Herkunftsortprinzip. Man könnte argumentieren, wenn ein Kaminfeger im Kanton Solothurn eine Bewilligung hat und der Kaminfeger im Kanton Luzern tätig sein möchte, wo ein Monopol besteht, dann hätte er gestützt auf das Herkunftsprinzip einen Anspruch im Kanton Luzern im Monopol nach solothurnischen Vorschriften tätig zu sein. Die Rechtsprechung sagt, dass das Herkunftsprinzip nicht gilt, wenn an einem Ort eine Tätigkeit monopolisiert ist. Über das BGBM kann kein Monopol aufgebrochen werden. Es gibt somit keine Schranken bezüglich Monopole in den Kantonen.

- Wenn ein Kanton eine Tätigkeit monopolisiert, in Form eines rechtlichen Monopols und das Monopolrecht auf einen Privaten zur wirtschaftlichen Nutzung übertragen wird, dann muss dieses Monopolrecht ausgeschrieben werden. Die Binnenmarktidee dahinter ist, dass bei der Vergabe von Monopolkonzessionen sehr oft lokale Unternehmen bevorteilt werden. Um dies zu verhindern, verlangt das BGBM eine Ausschreibung. Ortsfremde sollen sich zumindest an der Ausschreibung beteiligen können. Auch die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen, Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch und Regalrechten ist der Ausschreibung unterstellt (bei faktischen Monopolen). Das führt relativ weit (bspw. Kiesabbaukonzessionen – dabei können sich Kartelle bilden und diese können durch Ausschreibungen aufgebrochen werden).

Beispiel: In Basel soll ein grosser Güterumschlagplatz gebaut werden. Dabei stellt sich die Frage, ob dies nach BGBM 2 VII ausgeschrieben werden muss. Dies wird momentan vor Gericht behandelt.

- Es gibt zwei grosse Ausnahmen: Wassernutzungskonzessionen und Konzessionen für den Betrieb von Stromverteilnetzen (WRM, StromVG). Nach der Einführung nach der Ausschreibungspflicht hat man realisiert, dass die Wassernutzungskonzessionen und Stromverteilnetzkonzeptionen auch darunter fallen und die Strombranche fand, dass dies keinen Sinn macht. Im Parlament wurden dann die Ausnahmen eingeführt.

Sozialversicherungsrechtliche Kontingente

Wirtschaftsfreiheit

Grundsatz: Sozialversicherungsrechtliche Kontingente können als faktische Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit (BV 27) gelten.

- In all denjenigen Tätigkeiten, die durch eine Sozialversicherung finanziert sind, hat man einen Wettbewerbsnachteil, wenn man die Tätigkeiten nicht über eine Sozialversicherung abrechnen kann. Somit ist man kaum konkurrenzfähig. Es besteht rechtlich die Möglichkeit die Tätigkeit auszuführen. Es besteht aber faktisch ein Nachteil, wenn kein Zugang zu Sozialversicherungsleistungen besteht, da die Kunden ihre Kosten über ein Sozialversicherungsangebot abrechnen möchten und somit Anbieter suchen, die dies auch können.

Fallbeispiel «Ärztstopp»

KVG 55a Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der Krankenversicherung

¹Der Bundesrat kann für eine befristete Zeit von bis zu drei Jahren die Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach den Artikeln 36-38 von einem Bedürfnis abhängig machen. Er legt die entsprechenden Kriterien fest.

²Die Kantone sowie die Verbände der Leistungserbringer und der Versicherer sind vorher anzuhören.

³Die Kantone bestimmen die Leistungserbringer nach Absatz 1.

- Die Zulassung zur Abrechnung über die Krankenversicherung wurde beschränkt. Keine neuen Ärzte erhielten Zugang zur Abrechnung. Die Kantone können dieses Gesetz umsetzen.

- Liegt ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor? Hier liegt keine Eingriffsverwaltung, sondern die Leistungsverwaltung vor. In der Leistungsverwaltung vermitteln Grundrechte keinen Anspruch auf staatliche Leistung (oder staatliche Subventionen). Da hier faktisch der Wettbewerb derart stark beeinträchtigt wird, liegt hier ein faktischer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor. Damit wäre BV 36 eröffnet und es müsste das öffentliche Interesse sowie die Verhältnismässigkeit geprüft werden. Das Bundesgericht prüft die Massnahme mit Bezug auf die Ungleichbehandlung der Konkurrenten. Dabei wird lediglich geprüft, ob ein sachlicher Grund vorliegt. Der sachliche Grund ist, dass die Sozialversicherung vor Überbeanspruchung geschützt wird. Dass Ärzte, die bereits eine Praxis besitzen und bevorteilt werden, sei hinzunehmen und sei gerechtfertigt, da diese Ärzte bereits Investitionskosten hatten und diese Praxen somit nicht aus dem Sozialversicherungssystem

herausgekippt werden sollen. Auch die zeitliche Komponente, die Befristung auf drei Jahre, stellt für das Bundesgericht einen massgeblichen Grund zur Rechtfertigung dar. Auch über die Leistungsverwaltung kann der Staat die Märkte steuern oder schliessen.

- Ärztestopp: siehe Fall im Skript!
- ➔ Über die Leistungsverwaltung, auch über die Vergabe von Leistungsaufträgen, kann der Staat grossen Einfluss nehmen. Der Staat kann somit den Wettbewerb unterlaufen. Nur der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten kann geprüft werden.

Verdrängungswettbewerb

Kartellrecht

Grundsatz: Marktbeherrschende Unternehmen unterstehen der Missbrauchskontrolle nach KG 7. Verboten ist insb. der Behinderungsmissbrauch, z.B. durch Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (KG 7 II/a), Kampfpreise (KG 7 II/d) oder Treuerabatte (KG 7 II/b)

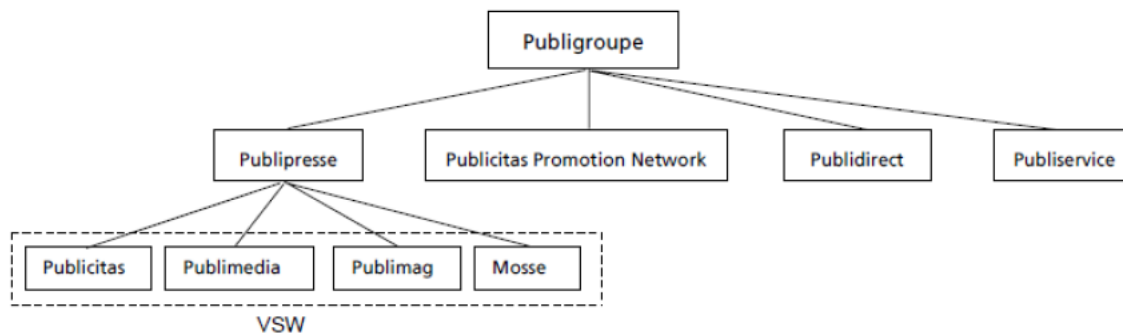
- Nicht nur staatliche Massnahmen steuern das Angebot. Auch Private können Einfluss auf das Angebot nehmen. Dies können sie, wenn sie marktbeherrschend sind. In einem Markt, in dem vollkommener Wettbewerb bestehen würde, dann ist ein Unternehmen alleine nicht befähigt die Marktstrukturen zu verändern. Oft gibt es aber unterschiedlich starke Unternehmen im Markt. Wenn eines die Schwelle zur Marktbeherrschung überschreitet (Marktbeherrschung: Art. 4 Abs. 2 KG – Unternehmer kann sich frei von Konkurrenzdruck verhalten), dann kann ein Unternehmen auch andere Marktteilnehmer aus dem Markt drängen (bspw. durch Kampfpreise, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen).

Fallbeispiel «Publigroupe»

Als Pächterin übernimmt Publigroupe SA für ca. 600 schweizerische Zeitungen und Zeitschriften exklusiv die Vermarktung des Inserate- und Werberaumes. Unabhängige Vermittler sind gezwungen, die Inserate ihrer Auftraggeber an Publigroupe weiterzuleiten, um das Inserat in einer dieser 600 Zeitungen platzieren zu können. Der Vermittler erhält für diese Vermittlungsleistung von der Publigroupe SA eine Kommission, sofern er die Voraussetzungen der Richtlinien des Vereins Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW) für die Kommissionierung von Berufsvermittlern (VSWKommissionierungsrichtlinien) erfüllt.

- Die Zeitschriften können die Werbeflächen selber vermarkten oder sie können die Vermarktung an einen Externen auslagern (Verpachtung an Externen, der die Verwaltung übernimmt). Sehr viele Verlage haben sich für das Pachtsystem entschieden und Publigroupe damit beauftragt. Unabhängige Werbevermittler, die Werbung schalten möchten, müssen zur Publigroupe, diese nimmt es entgegen und leitet es weiter. Publigroupe wollte keine Kommission an die unabhängigen Vermittler bezahlen und führte sehr strenge Voraussetzungen ein. Kleine Vermittler konnten dies gar nicht erfüllen und konnten gar keine Kommission erhalten. So funktioniert das ganze Geschäftsmodell der Vermittler nicht.

Fallbeispiel «Publigroupe»



- Darstellung des Konzerns Publigroupe: verschiedene Tochtergesellschaften gründen Verband VSW
In diesem Verband wurden die Kommissionvoraussetzungen bestimmt. Publigroupe hat diese Voraussetzungen selber festgelegt und kleine Vermittler hatten keine Chancen diese zu erfüllen.
 - Wesentliche Voraussetzungen: Berufsinseratevermittler, in allen Sparten tätig (Universalvermittler), Anforderungen an das Geschäftsvolumen
 Publigroupe wollte die eigenen Vermittler vor Konkurrenz schützen. Es geht hier um Kartellrecht.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – Art. 7 KG/Art. 4 Abs. 2 KG

1. Ist das Unternehmen marktbeherrschend (Art. 4 Abs. 2 KG)?
 - a. Bestimmung relevanter Markt: in sachlicher/geografischer Hinsicht
 - b. Bestimmung Marktanteile
2. Erfüllt das Verhalten einen Missbrauchstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 2 KG?
3. Liegt ein sachlicher Grund zur Rechtfertigung vor?

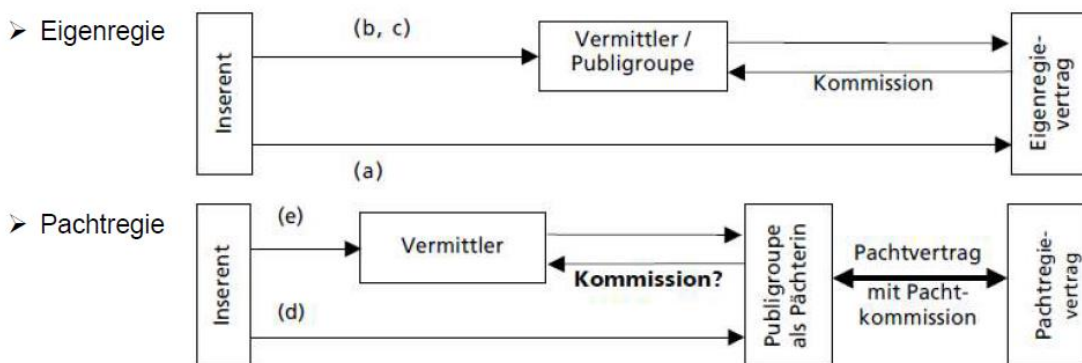
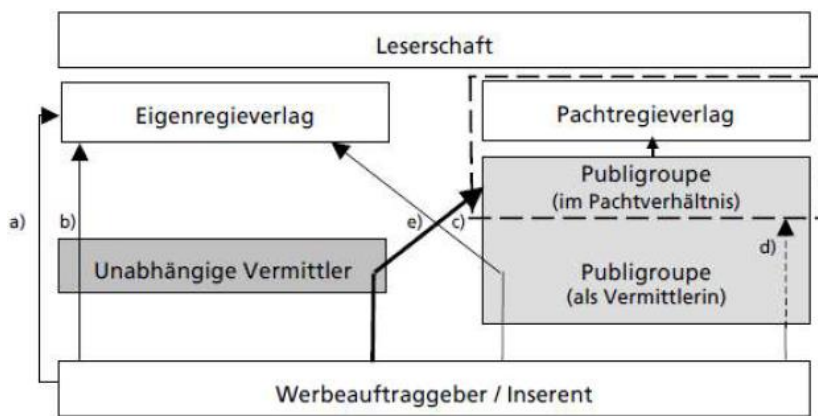
• Prüfung Marktbeherrschung:

Märkte werden in sachlicher Hinsicht definiert: Dies bedeutet, dass von der Nachfrageseite gefragt wird, welche Produkte substituierbar sind. Märkte auch in geografischer Hinsicht definiert, also in welchen geografischen Gebieten die Nachfrager diese substituierbaren Produkte nachfragen. Man geht immer vom eigentlichen Produkt oder Dienstleistungsangebot aus, das vom Verhalten betroffen ist. Vorliegend geht es um den Zugang zu Werbeflächen. Benachteiligt sind die unabhängigen Vermittler, die keine Kommission erhalten. Diese fragen die Werbeflächen in den Zeitschriften nach. Welche Angebote sind aus Sicht der Vermittler substituierbar? Gibt es Substitute zu dem Produkt, das von der Wettbewerbsbeeinträchtigung betroffen ist? Es kann auch mit anderen Medien, als mit Zeitschriften, Werbung gemacht werden. Je nachdem wie der relevante Markt definiert ist – alle möglichen Werbungen/Werbung in Zeitschriften – ist der Marktanteil Publigroupe relativ gross oder verschwindend gering. Publigroupe ist klar nicht marktbeherrschend, wenn es um Werbung in allen möglichen Kanälen geht. Wenn lediglich Werbungen in Zeitschriften ein sachlicher Markt sind, dann hat Publigroupe einen grossen Anteil. Ab 50% gilt die Vermutung der Marktbeherrschung. Es muss ein Schritt zurück, zu den Inserenten gemacht werden. Inserenten möchten eine breite Bevölkerungsschicht mit Werbung erreichen und werden somit Wert auf einen Mix aus Medien setzen. Somit kann Werbung in Zeitschriften ein eigener sachlicher Markt darstellen. Publigroupe kommt so auf 64% Marktanteil und erreicht die Schwelle der Marktbeherrschung. Art. 7 Abs. 2 KG ist kein abschliessender Katalog. Vorliegend kommen Art. 7 Abs. 2 lit. b und c KG zur Anwendung.

- Gekoppelte Bedingung: Verknüpfung von verschiedenen Leistungen

Hier gibt es keine sachlichen Gründe zur Rechtfertigung.

- ➔ Es liegt ein Verstoss gegen Art. 7 KG vor und somit folgt eine Sanktion nach Art. 49a KG.



GEBIETSSCHUTZ

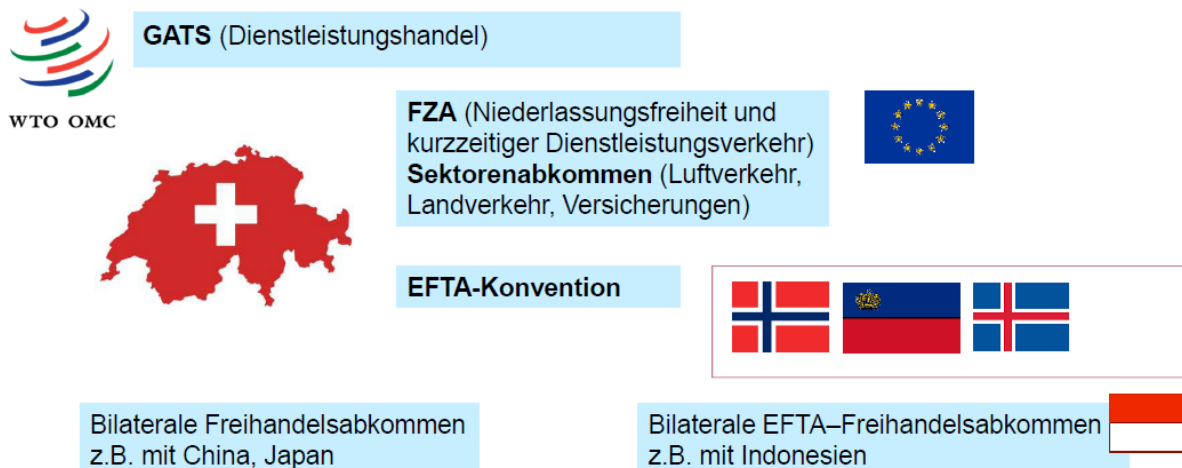
GEBIETSSCHUTZ

Übersicht

Staatliche (Grenz-)Massnahmen	Private Massnahmen
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kontingent von Niederlassungsbewilligungen ▪ Diskriminierungen 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Marktaufteilung
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Freizügigkeitsabkommen 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Kartellrecht

- Dienstleistungen werden über das Ausländerrecht gesteuert: Niederlassungsbewilligung und Diskriminierungen (bspw. Ärztstopp). Das relevante Wettbewerbsrecht finden wir im Freizügigkeitsabkommen (Schranken für den Staat).
- Private Abreden über Marktaufteilungen sind auch möglich (bspw. Bauunternehmen A bleibt im Bündnerland, B in der Zentralschweiz usw.). Dies wäre eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG (→ gleich wie bei Produkten).

Freihandelsabkommen zum Dienstleistungsverkehr



- Die Schweiz ist über das FZA mit der EU verbunden. Auf der multilateralen Ebene gelten Bestimmungen des GAT. Auch bilaterale Freihandelsabkommen enthalten gewisse Bestimmungen.

Formen des Dienstleistungsverkehrs

→ Kategorisierung nach EU-Recht

→ Beim Dienstleistungsverkehr ist der Dienstleistungserbringer nur vorübergehend grenzüberschreitend tätig, während bei der Niederlassung der Dienstleistungserbringer dauerhaft am Bestimmungsort niederlässt. In FZA ist die Niederlassungsfreiheit das grosse Thema.

→ Die Rechte sind unterschiedlich, je nachdem welche Form angeschaut wird.

Dienstleistungsfreiheit

- **Aktive Dienstleistungsfreiheit:** Der Dienstleistungserbringer überschreitet die Grenze, indem er entweder Arbeitnehmer entsendet (durch Unternehmen) oder ein selbständig Erwerbstätiger, der die Grenze überschreitet.
 - Entsendung von Arbeitnehmern
 - Vorübergehender Aufenthalt am Bestimmungsort durch Selbständige (bspw. Anwalt aus DE berät Klienten in Zürich)
- **Passive Dienstleistungsfreiheit:** Konsument überquert Grenze und konsumiert die Dienstleistung im Ausland
- **Korrespondenzdienstleistung:** Dienstleistung überquert Grenze, Dienstleistung kann in Medium übertragen werden (lässt sich staatlich nicht beaufsichtigen)

Niederlassungsfreiheit (Personenfreizügigkeit)

- für Selbstständige (bspw. Arzt aus DE eröffnet Praxis in CH)
- für Arbeitnehmer (Arbeitnehmerfreizügigkeit) (bspw. Arbeitnehmer aus Italien lassen sich im Tessin anstellen)
- für juristische Personen (Zweigniederlassung) (bspw. Deutsche Bank eröffnet eine Zweigniederlassung in der Schweiz)

Formen von Handelshemmnissen

«Grenz»-massnahmen

→ zahlenmässige Begrenzung von Arbeitnehmern

- Niederlassungsbewilligungen
- Kontingente

«Interne Handelshemmnisse

- Reglementierte Berufe (bspw. Anerkennung Diplom, Fachausweis)
- Diskriminierende Vorschriften (bspw. Berufserfahrung)
- Nationalitäts-/Wohnsitzerfordernisse
- Sozialversicherung (bspw. Altersvorsorgeleistungen können verloren gehen)
- Arbeitsvorschriften (bspw. höhere Löhne, die in der Schweiz bezahlt werden müssen)
- Geschlossene Märkte (bspw. Monopole)

FZA Niederlassungsfreiheit (Personenfreizügigkeit)

→ dauerhafter Aufenthalt in der Schweiz (geht auch in die andere Richtung)

Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 2-4 FZA, 6-11 Anhang I)

- Recht auf Einreise und Aufenthalt
- Diskriminierungsverbot (mit Drittwirkung): Behandlung Inländer vs. Behandlung Ausländer
- Beschränkungsverbot? → Nicht abschliessend geklärt.
 - Beeinträchtigt die Vorschrift den Dienstleistungsverkehr, unabhängig, wie die Schweizer behandelt werden? Wenn es eine Beeinträchtigung gibt, dann muss dies gerechtfertigt sein. Wenn eine nichtdiskriminierende Vorschrift vorliegt, die Einreise von Arbeitnehmenden in die Schweiz zum Zugang einer Erwerbstätigkeit behindern, obschon sie nichtdiskriminierend ist, muss sie gerechtfertigt werden. In der EU ist dies so, aber im Freizügigkeitsabkommen nicht. Lehrmeinungen sagen, es muss europakonform ausgelegt werden, andere sagen, dass es nicht so ist, wenn es nicht aufgeführt ist.

Selbstständige (Art. 2-4 FZA, 12-16 Anhang I)

- Recht auf Einreise und Aufenthalt (inkl. Grenzgänger)
- Diskriminierungsverbot
- Beschränkungsverbot? [→ Fallbeispiel «Ärztstopp»]
 - Die Tatsache, dass keine neuen Ärzte zur Abrechnung über die Krankenversicherung zugelassen sind, ist keine Diskriminierung von EU-Ärzten. Gibt es im Freizügigkeitsabkommen darüber hinaus eine Beschränkung? Wenn es den Zugang beschränkt, dann müsste es gerechtfertigt werden. Das Bundesgericht hat hier klar gesagt, dass das Freizügigkeitsabkommen kein Beschränkungsverbot enthält.
 - Neue Regelung: Wer drei Jahre Berufserfahrung in der Schweiz hat, hat Zugang zur Abrechnung über die Krankenversicherung. Es ist keine direkte Diskriminierung, da nicht zwischen Schweizer und EU-Bürgern unterschieden wird. Aber es ist eine indirekte Diskriminierung, da Schweizer Ärzte die drei Jahre Berufserfahrung einfacher erlangen können. Dies müsste aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden und verhältnismässig sein. Dazu müsste die europäische Rechtsprechung hinzugezogen werden. In der Lehre gibt es unterschiedliche Meinungen.
 - Schutz vor direkten und indirekten Diskriminierungen

Juristische Personen? → Nein (Abweichung zum EU-Binnenmarkt): Keine Rechtsansprüche aus dem FZA-Recht, anders als im EU-Recht

[Familienangehörige/Nichterwerbstätige]

FZA Dienstleistungsfreiheit

→ vorübergehender Aufenthalt von Dienstleistungserbringern in der Schweiz (und umgekehrt)

Kurzzeitige Dienstleistungen bis 90 Tage (Art. 5 FZA, 17-23 Anh. I)

- Natürliche Personen (Selbständige)

- Juristische Personen: Entsendung von Arbeitnehmenden
→ Anspruch auf Aufenthalt von 90 Tagen in der Schweiz, um Dienstleistungen zu erbringen
- Ausgenommen: Personalvermittlung und Finanzdienstleistung

Marktzugangsrechte des Dienstleistungserbringers (aktive DLF)

- Einreise- und Aufenthaltsrecht (bis 90 Tage)
- Diskriminierungsverbot
- Beschränkungsverbot? Nicht abschliessend geklärt. → nicht im Vertragstext
→ vgl. aber Bedeutung von Art. 27 BV für Dienstleistungserbringer mit Sitz in Deutschland, Fallbeispiel «Prozessfinanzierung»

Rechte des Dienstleistungsempfängers (passive DLF, Art. 5 Abs. 3 FZA, Art. 23 Anhang I)

- Recht auf Einreise und Aufenthalt des Dienstleistungsempfängers (bspw. Patientin aus der Schweiz, die sich in DE behandeln lässt)
- Diskriminierungsverbot?
 - Rs. C-70/09, Hengartner (Pachtvertrag zur Ausübung der Jagd): Nein
 - BGE 133 V 624 (Erstattungsfähigkeit der Kosten von im Ausland empfangener medizinischer DL): Nein

Es ging vor allem darum, ob ein Patient aus der Schweiz, der sich im Ausland behandeln liess, diese Kosten in der Schweiz über die Krankenversicherung abrechnen darf. Wenn er dies nicht darf, haben wir eine Diskriminierungskonstellation. Sowohl der Patient, als auch der Dienstleistungserbringer werden diskriminiert, da die Kosten nicht erstattungsfähig sind. Gemäss Bundesgericht ist das kein Thema unter dem FZA. Der Dienstleistungsverkehr ist nicht vor diskriminierenden Vorgängen geschützt.

Korrespondenzdienstleistung?

- im FZA nicht geregelt
- Bedeutung von Art. 27 BV? (→ Fall «Prozessfinanzierung»): Hier gibt es Lehrmeinungen, die davon ausgehen, dass die Korrespondenz geschützt werden muss, da dies in Europa so gemacht wird. Andere sagen, wenn nichts im Vertrag enthalten ist, muss dies auch nicht geschützt werden.
- Koordination der sozialen Sicherheit (Anhang II FZA): Sozialversicherungssysteme Schweiz – EU sind aufeinander abgestellt
- Anerkennung von Berufsqualifikationen (Anhang III FZA): Es geht um den Marktzugang im bilateralen Verhältnis Schweiz – EU von Berufen/Berufsqualifikationen (bspw. Architekten). Reglementierte Berufe sind Berufe, die durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelt sind und bestimmte Zulassungsvoraussetzungen erfüllen müssen. Wer in einem EU-Staat zugelassen ist, hat gemäss Anhang III FZA Zugang zur Berufsausübung in der Schweiz. Der Zugang verweist auf die Berufsqualifikationsrichtlinie (Schweiz verweist noch nicht auf die neuste Richtlinie). Die Richtlinie regelt die Anerkennung von Berufsqualifikationen (fachliche Nachweise, Berufserfahrungen, Ausbildung, Weiterbildungen). Es gibt materielle inhaltliche Anerkennungsrichtlinien, die den Zugang von EU-Angehörigen in die Schweiz und umgekehrt gewährleisten. Die persönlichen Voraussetzungen (bspw. Vertrauenswürdigkeit, Leumund, Praxiseinrichtungen, Versicherungspflichten) sind in der Richtlinie nicht geregelt. Diese müssen separat nachgewiesen werden. Dies ist nicht von der automatischen Anerkennung erfasst. Die Finanzbranche ist nicht erfasst (bspw. Vermögensverwalter, Treuhändler). Diese Berufsqualifikationen werden nicht anerkannt.
 - Übernahme der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG

- Verhältnis zum BGBM? Alle Ansprüche auf Marktzugang, die gestützt auf das FZA gegeben sind, gelten auch im Binnenverhältnis zwischen den Kantonen. Es soll keine Inländerdiskriminierung geben. Dies ist in Art. 6 BGBM geregelt.

FZA Rechtfertigung von Beschränkungen

- Einschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 5 Anhang I FZA)/zwingende Gründe des Allgemeininteresses (Art. 22 Anhang I FZA)
 - Einschränkungen sind im öffentlichen Interesse zulässig. Es muss ein spezifisches öffentliches Interesse sein (Polizeigut, das geschützt wird und zwingende Gründe des Allgemeininteresses). Dazu ist die Rechtsprechung des EUGH entscheidend. Diese ist relativ streng. Das öffentliche Interesse muss im Einzelfall gegeben sein (bspw. bei Straftätern muss eine konkrete Rückfallgefahr vorhanden sein). Zudem muss die Beschränkung der Einreise verhältnismässig sein. Es gibt in der Schweiz eine Regelung, bei der in der Schweiz keine Einzelfallprüfung gemacht wird und dem obigen widerspricht. Dies wäre die Ausschaffungsinitiative. Mit der Härtefallklausel im StGB wurde versucht einen Ausgleich zum FZA zu schaffen.

FZA Bereichsausnahmen

- Tätigkeiten, welche die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfassen
 - Art. 10/16 Anhang I FZA: Die hoheitlichen Befugnisse fallen nicht in den Anwendungsbereich. Was hoheitlich ist, ist nicht klar. Hoheitlich bedeutet nicht, dass alle öffentlichen Aufgaben erfasst sind. Die Grundversorgung ist gemäss FZA nicht per se hoheitlich. Hoheitlich bedeutet gemäss EUGH, dass die Befugnisse mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sein müssen, also ein Subordinationsverhältnis vorliegen muss (bspw. Betrieb privates Gefängnis, Betrieb Asylzentrum). Der Notariatsberuf ist ein Grenzfall: Dies ist ein Dienstleister, der zugleich eine öffentliche Aufgabe ausführt. Gemäss Bundesgericht ist dies hoheitlich. Das Binnenmarktgesetz sagt ebenfalls, dass hoheitliche Aufgaben nicht darunter fallen (Art. 1 BGBM). Der EUGH würde wohl sagen, dass dieser Beruf nicht hoheitlich ist.

Flankierende Massnahmen (Entsendegesetz)

→ Es geht um den Schutz der Arbeits- und Lohnbedingungen in der Schweiz. Es soll verhindert werden, dass es Lohndumping gibt. EU-Unternehmen sollen nicht den Arbeitnehmerschutz unterlaufen und so das Lohn- und Arbeitsschutzniveau in der Schweiz unter Druck setzen.

Selbständige sind nicht an Arbeits- und Lohnbedingungen der Arbeitgeber gebunden. Dann kann die Gefahr bestehen das ausländische Arbeitnehmer in die Schweiz kommen und sich als Selbständigerwerbende deklarieren. Um das zu verhindern, gibt es flankierende Massnahmen.

- Meldeverfahren (Art. 6 EntsG): Ein Unternehmen, das in die Schweiz kommt, muss seine Arbeitnehmer anmelden. Es gilt eine Mindestfrist von 8 Tagen für die Anmeldung. Jedes Unternehmen muss eine Kautions für allfällige Kontrollen bezahlen. Dann gibt es Dokumentationspflichten.
- Einhalten der Arbeits- /Lohnbedingungen am Bestimmungsort (Art. 2 EntsG): Dies gilt innerhalb der EU. Dort gibt es aber nicht die flankierenden Massnahmen. Das Problem ist die Durchsetzung. In der Schweiz wird dies rigide durchgesetzt. Verstösst ein Unternehmen aus der EU gegen die Bestimmungen gibt es höhere Sanktionen als gegen Unternehmen aus der Schweiz.
 - Kollision mit BGBM-Herkunftsprinzip und FZA-Diskriminierungsverbot
- Verwaltungssanktionen/Strafbestimmungen (Art. 9, 12 EntsG)
- AVE GAV
- Normalarbeitsverträge mit Mindestlöhnen (Art. 360a ff. OR)
- Problematik Scheinselbständigkeit zur Umgehung des EntsG

http://www.entsendung.admin.ch/cms/content/willkommen_de

Spannungsverhältnis mit Rahmenabkommen (InstA)

→ Das InstA sah eine 4 Tage-Frist vor. Zudem sollte die Kautionspflicht nur für Unternehmen gelten, die bereits Verstöße gemacht haben. Die Dokumentationspflicht für Selbständigerwerbende wurde beibehalten. Die flankierenden Massnahmen wären auf einem etwas geringeren Niveau anerkannt worden. Heute sind sie im FZA nicht anerkannt. Die 8-Tage-Frist wäre wohl ein Verstoß gegen das FZA (gibt einfach keine Gerichtsentscheidung).

- InstA Geltungsbereich und Inhalt
 - InstA gilt für FZA, MRA, sowie Abkommen über Landwirtschaft, Luftverkehr, Landverkehr
 - Dynamische Rechtsübernahme
 - Gemeinsame Streitbeilegung mit Schiedsgericht und Vorabentscheidung an EuGH
 - FlaM neu nach Entsenderichtlinie und Durchsetzungsrichtlinie;
- geltende FlaM möglicherweise nicht mit EU-Recht vereinbar, z.B. Kautionspflicht, 8-Tage-Voranmeldung, Höhe der Bussen; Fokus der Kontrolle auf EU-Arbeitnehmende u.a.
 - Siehe z.B. Positionspapier SGB
(https://www.sgb.ch/fileadmin/redaktion/docs/div/200923_SGB-Position_Rahmenabkommen.pdf)

Fallbeispiel «Ärzttestopp»

Der Ärzttestopp wurde per Ende des Jahres 2011 aufgehoben und vom Parlament per 1. Juli 2013 mit folgender Anpassung von Art. 55a KVG wieder eingeführt.

«Kein Bedürfnisnachweis ist erforderlich für Personen, welche mindestens drei Jahre an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte gearbeitet haben.» (schweizerisches Spital)

Wie beurteilen Sie die aktuelle Bestimmung im Lichte des FZA?

1. Welche Rechtsgrundlagen des Freizügigkeitsabkommens sind anwendbar?
2. Liegt eine unzulässige Diskriminierung von deutschen Ärzten vor?
3. Handelt es sich um eine unzulässige Beschränkung des Marktzugangs?
4. Inwiefern ist die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Freizügigkeitsrecht nach AEUV relevant für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens?

- Welcher Anspruch des FZA wurde verletzt?

Wir befinden uns im Krankenversicherungsrecht. Berufsqualifikationen braucht es, um die Zulassung nach dem Medizinalberufegesetz zu erhalten (Berufsausübungsbewilligung). Das ist eine gesundheits-polizeiliche Zulassung. Hier geht es um die Abrechnung zu Lasten der Krankenversicherung. Die Zulassung zur Krankenversicherung ist von der Berufsqualifikationsrichtlinie nicht erfasst. Die Ärzte dürfen in der Schweiz tätig sein. Sie haben ein Recht auf Aufenthalt und Niederlassung. Die Berufsqualifikationen werden anerkannt, aber sie dürfen nicht zu Lasten der Krankenversicherung abrechnen. Es geht um die Ausübung des Niederlassungsrechts. Die Ärzte werden dabei diskriminiert, da sie andere Bedingungen zur Berufsausübung haben, als die in der Schweiz niedergelassenen Ärzte. Dies ist eine mögliche Diskriminierung bei der Ausübung des Rechts auf Niederlassung und Berufstätigkeit.

→ FZA 2, 4; Anhang I FZA 9 I, 15 II, 12 I, 15 I → klar verankertes Diskriminierungsverbot: Bei der Ausübung der Dienstleistung oder Niederlassung wird man ungleich behandelt.

- Liegt hier eine Diskriminierung vor? Es liegt eine indirekte Diskriminierung vor. Der Bedürfnisnachweis knüpft nicht an die Staatsangehörigkeit an, deshalb kann keine direkte Diskriminierung. Aber indirekt wirkt sich die Staatsangehörigkeit aus. Die in der Schweiz niedergelassenen Ärzte haben drei Jahre in einem Schweizerischen Spital gearbeitet und ausländische Ärzte nicht. In der Auswirkung ist die Bestimmung diskriminierend.

- Kann dies durch triftige Gründe gerechtfertigt werden? Dies ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung. Gemäss dem Parlament gibt es überwiegende öffentliche Interessen. So könnten Kosten tief gehalten werden. Das ist ein anerkanntes Interesse für das Kontingent an sich. Wie kann die Unterscheidung an sich gerechtfertigt werden? Wichtig ist die Qualität des Gesundheitswesens und der Gesundheitsschutz. Die Ärzte haben andere Qualitäten, wenn sie in der Schweiz gearbeitet haben. Es geht auch darum, mit dem hiesigen Gesundheitswesen vertraut zu sein und die Abläufe zu kennen. Zudem können Sprachbarrieren bestehen. Dies würde wohl nicht vor Gericht Stand halten. Im Medizinalberufegesetz wird die Qualität und Sprache verlangt. Die indirekte Diskriminierung ist wohl zu bejahen.

- Liegt eine unzulässige Beschränkung des Marktzugangs vor? Gibt es ein Beschränkungsverbot im FZA? Das FZA kennt kein Beschränkungsverbot. Die unzulässige Beschränkung des Marktzugangs muss gemäss der Wirtschaftsfreiheit geprüft werden. Das FZA ist ein Scharnier, um in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit zu gelangen und die Verhältnismässigkeit des Kontingents zu prüfen. Das Bundesgericht würde sagen, dass es zulässig ist. Das Kontingent ist ein verhältnismässiges Mittel, um die Kosten einzudämmen. Das Problem ist, dass die Beschränkung ungleich angewendet wird. Die Beschränkung an sich ist gerechtfertigt.

→ Diskriminierung gemäss FZA prüfen, dann gemäss Wirtschaftsfreiheit prüfen

- Der EuGH interpretiert die Begriffe aus dem EU-Recht nach InstA. Hätte man den EuGH formell anrufen können, damit er die Begriffe auslegt? Beachtet das Bundesgericht die EuGH-Rechtsprechung? Es gibt keine Pflicht der Rechtsprechung zu folgen, aber das Bundesgericht weicht nur ab, wenn triftige Gründe gegeben sind (nur Ausnahmefall). Das Bundesgericht beachtet, was der EuGH sagt.

→ Art. 16

Fallbeispiel «Prozessfinanzierung»

Kantonales Anwaltsgesetz

§ 41 Erfolgsbeteiligung

Wer vor Beendigung eines Rechtsstreites gewerbsmässig und gegen die Einräumung eines Anteils am Prozesserfolg

a) die Übernahme oder Vermittlung einer Rechtsvertretung vereinbart, ohne im Besitz eines Anwaltspatentes zu sein, oder

b) die Finanzierung eines Prozesses vereinbart oder eine solche Vereinbarung vermittelt, wird durch das Statthalteramt mit Busse bis 20'000 Franken bestraft.

Kann ein Prozessfinanzierungsunternehmen mit Sitz in Deutschland gegen dieses Verbot vorgehen?

- In der Schweiz wird eine Dienstleistung verboten. Ein deutscher Anbieter kann diese Dienstleistung nun in der Schweiz nicht mehr anbieten.

- Gibt das FZA einen Anspruch darauf, diese Dienstleistung in der Schweiz anzubieten? Wenn ja, kann man sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?

Juristische Personen können sich für ihre Arbeitnehmer auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, aber nicht für sich selber. Zudem sind Korrespondenzdienstleistungen vom FZA nicht erfasst. Wenn der Dienstleistungsanbieter in Deutschland bleibt und die Dienstleistung in der Schweiz anbietet, dann fällt dies nicht unter das FZA. Ein Unternehmen in Deutschland kann Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, um Prozessfinanzierung anzubieten. Im Bezug auf die Arbeitnehmer besteht das Recht. Dies genügt nach dem Bundesgericht, dass sich das Unternehmen über das FZA auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann. Das Unternehmen konnte dies anfechten und sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen bzw. das Beschränkungsverbot nach der Wirtschaftsfreiheit prüfen lassen. Das Bundesgericht prüfte BV 36 und kam dazu, dass das Verbot unzulässig ist (es gibt mildere Mittel).

§ 6 INFRASTRUKTURMÄRKTE

ÜBERSICHT

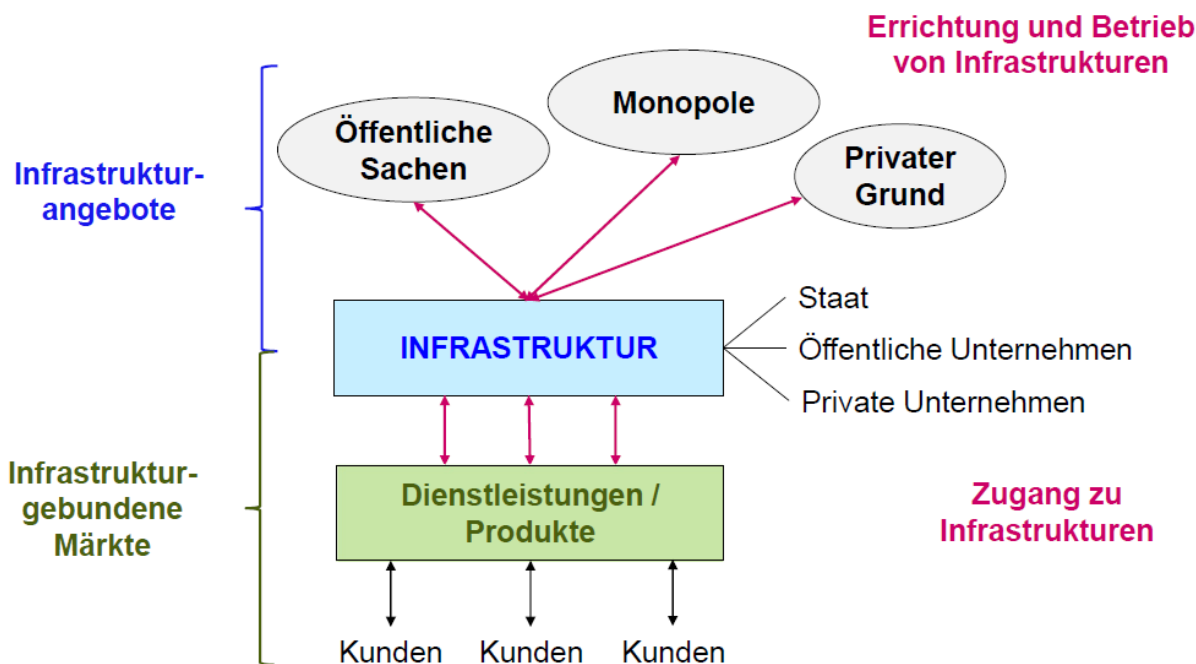
1. Übersicht
2. Errichtung von Infrastrukturen
 - Wettbewerbseingriffe
 - Wirtschaftsfreiheit
 - Binnenhandelsrecht
 - Kartellrecht
 - Spezialgesetze
3. Zugang zu Infrastrukturen
 - Wettbewerbseingriffe
 - Wirtschaftsfreiheit
 - Binnenhandelsrecht
 - Kartellrecht
 - Sektorenrecht

Infrastrukturen = langfristig angelegte technische Einrichtungen

- In der Regel Bauten und Anlagen (bspw. Stromnetze, Glasfasernetze, öffentlicher Verkehr), aber auch z.B. Datenbanken (bspw. Nova: Sammlung von Daten über ÖV – Preise, Strecken, usw., Zugang braucht es um ÖV-Tickets zu verkaufen, Drittanbieter haben keinen/beschränkten Zugang, Gibt das Kartellrecht einen Anspruch auf Zugriff darauf?)
- Typisch: Netze

Arten von Infrastrukturmärkten

- Infrastrukturangebote
 - Errichtung und Betrieb von Infrastrukturen
 - Nutzung von öffentlichen Sachen, rechtlichen Monopolen oder Privateigentum (Enteignungen)
- Infrastrukturgebundene Angebote
 - Produkte und Dienstleistungen, die auf die Nutzung von Infrastrukturen angewiesen sind («nachgelagerte Märkte») (bspw. Start- und Landeslots auf Flughafen sind wichtig für Fluggesellschaften, Taxistandplätze brauchen öffentlichen Grund)
→ Vorgelagerte Märkte sind Infrastrukturangebote selber, nachgelagerte Märkte sind Produkte/Dienstleistungen die auf die Infrastruktur angewiesen sind → Zugang von Anbietern in nachgelagerte Märkte
 - Zugang von Anbieterinnen in nachgelagerten Märkten zu Infrastrukturen



- Infrastrukturgebundene Märkte: Im Zentrum ist die Infrastruktur. Diese kann dem Staat gehören (bspw. Strassen). Die Infrastruktur kann öffentlichen Unternehmen gehören (bspw. SBB – Schienennetz, Swisscom – Glasfasernetz). Private Unternehmen können ebenfalls Infrastruktur besitzen (bspw. Google – wichtige Daten, APG – Plakatinfrastruktur, Eigentümer von Sportanlagen).
- Bei Dienstleistungen/Produkte geht es um den Zugang.

ERRICHTUNG VON INFRASTRUKTUREN

WETTBEWERBSEINGRIFFE

Staatliche Infrastrukturmonopole

- Begriff
 - Rechtliche Monopole, die
 - kraft Verfassung oder Gesetz (= öffentliche Aufgabe)
 - ausschliesslich vom Staat ausgeübt werden
 - Grundversorgungsmonopole
- Beispiele
 - Bau öffentlicher Strassen: Bund, Kantone und Gemeinden
 - Kommunale Wasserwerke (Kanalisationen – gehören teilweise auch Privaten)
 - Nationales Stromübertragungsnetz: Swissgrid
 - Eisenbahnnetz der SBB (bis Ende 2020: neu kann sich jedes Unternehmen um eine Infrastrukturkonzession bewerben und Schienen bauen)

Wirkung auf den Wettbewerb → vollständiger Marktausschluss (kein Wettbewerb)

Konzessionen und Kontingentbewilligungen

- Nutzung öffentlicher Sachen → Sondernutzungskonzession
 - Konzessionen für Errichtung und Betrieb von Stromnetzen
 - Funkkonzessionen für Mobilfunkanbieter (Funkfrequenzen gehören dem Bund)
 - Sondernutzungskonzession des Bundes für Erreichung von Mobilfunknetz
 - Konzessionen für Glasfasernetz von Swisscom
 - Konzession für Plakatanschlagstellen
- Rechtliches Monopol → Monopolkonzession

- Seilbahnkonzessionen
- Konzessionen für Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen
- Betriebskonzessionen für Flughäfen
- Kontingentbewilligungen
 - Skilifte und Kleinseilbahnen ohne Erschliessungsfunktion (Konkordat)
- zusätzlich: Plangenehmigungsverfahren und Betriebsbewilligungen (= Polizeibewilligungen) → kommt in allen Fällen noch dazu

Wirkung auf den Wettbewerb → geschlossene Märkte (Marktzugang mengenmässig beschränkt – kein Anspruch auf Erteilung Konzession)

WIRTSCHAFTSFREIHEIT

Beschränkungsverbot: BV 27 und 94

- Rechtliche Monopole und Kontingentbewilligungen
 - schwere Eingriffe in den Wettbewerb (Wettbewerbsbeseitigung)?
→ Problematik des Marktversagens (natürliche Monopole)
Die natürlichen Monopole sind nicht vom Gesetzgeber oder von Privaten gemacht. Grosse Infrastrukturen mit enormen Investitionskosten können nach dem Aufbau durch viele Nutzer zu relativ günstigen Kosten genutzt werden. Betrieb und Nutzung ist günstig für zahlreiche Nutzer möglich. Entsprechend lohnt es sich nicht mehrere Infrastrukturen aufzubauen und die Kosten mehrmals zu haben. Aus Effizienzgründen ist das Monopol besser, als eine Vielzahl von verschiedenen Anbietern. Es braucht allenfalls Preis- und Qualitätsvorschriften, um Missbräuche zu vermeiden. Der Wettbewerb funktioniert sowieso nicht, aber es ist ein schwerer Eingriff in den Wettbewerb.
Gemäss Bundesgericht ist jedes Monopol ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Darum braucht es öffentliche Interessen.
 - Öffentliche Interessen: Grundversorgung (BV 81a u.a.), Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutz u.a.
 - Das Personenbeförderungsregal (öffentlicher Verkehr) untersteht einem Regal und das führt dazu, dass Konzessionen für bspw. Eisenbahnunternehmen nur verteilt werden, wenn damit keine nachteiligen Wettbewerbs-/Konkurrenzverhältnisse verbunden sind. Die Konzessionäre werden vor Konkurrenz geschützt und Wettbewerb wird unterdrückt. ÖV-Unternehmen sollen möglichst wenig Wettbewerb ausgesetzt werden. Das ist ein schwerer Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit. Erschliessungsinteressen (Grundversorgung) stehen hinter dem Personenbeförderungsregal. Es ist nur rentabel kleine Dörfer zu versorgen, wenn man ein Monopol besitzt, sonst kommt es aufgrund der Konkurrenten zum Preisabfall. Zudem gibt es noch Natur- und Heimatschutz: Es sollen nicht mehrere Seilbahnen auf denselben Berg führen. Der Regionalverkehr wird subventioniert, der Fernverkehr nicht.
 - Errichtung staatlicher Infrastrukturmonopole
- Wann soll monopolisiert werden und wann nicht?
- primär politische Entscheidung
 - Innovationspotenzial in Bezug auf eine Infrastruktur
 - Handelspolitische Gesichtspunkte: Zugang zu ausländischen Märkten
 - Bei privater Beteiligung:
Wenn ein Privater an einem kommunalen Wasserwerk beteiligt ist, dann sind die wettbewerbsrechtliche Anforderungen an ein diskriminierungsfreies und transparentes Marktzugangsverfahren einzuhalten.

kein In-State Privileg → wettbewerbsrechtliche Anforderungen an ein diskriminierungsfreies und transparentes Marktzugangsverfahren!

Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsneutralität

- BGE 142 I 99 – Schächenschale
 - Wirtschaftsfreiheit ist auf Vergabe von Wassernutzungskonzessionen nicht anwendbar – Gemeinwesen könnte öffentlichen Grund auch selber nutzen oder auf Nutzung verzichten
Aus der Wirtschaftsfreiheit gibt es kein Diskriminierungsverbot und keine Wettbewerbsneutralität bei der Vergabe von Wassernutzungskonzessionen. → wettbewerbsfeindlicher Entscheid
 - Das Bundesgericht hat gesagt, der Kanton könnte selber Wasserkraftwerke betreiben (Gewässerhoheit).
- Bedeutung/Kritik
 - Bezieht sich BGE 142 I 99 nur auf Vergabe von Nutzungsrechten an Gewässern (Gewässerhoheit der Kantone nach BV 76 IV)?
Müssen Konzessionen ausgeschrieben werden?
 - Generell: Unterscheidung Entscheid, dass vergeben wird, und Entscheid, wie vergeben wird (Vergabeverfahren):
Wenn sich Gemeinwesen für Vergabe von Konzessionen bzw. Kontingentbewilligungen entscheidet, dann muss diese Vergabe aufgrund von BV 27 und 94 in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren (= offenes Verfahren) erfolgen

BINNENHANDELSRECHT

Ausschreibungspflicht nach BGBM 2 VII

- Anwendbar auf kantonale und kommunale Monopol- und Sondernutzungskonzessionen sowie Kontingentbewilligungen
 - Sofern es keine Spezialgesetze gibt (bspw. Wassernutzung, Stromnutzung)
- Offenes Verfahren
 - Gewährung des diskriminierungsfreien Marktzugangs für ortsfremde Personen bzw. Unternehmen (mit Sitz in der Schweiz)
≠ effizienter Einsatz öffentlicher Mittel (Beschaffungsrecht)
→ Es geht um Marktzugang und Wettbewerbsneutralität.
 - Vergabekriterien: neben Wirtschaftlichkeit (Preis- Leistung) auch andere öffentliche Interessen (z.B. sozial- und umweltpolitische Interessen) → weiter als im Beschaffungsrecht
 - Transparenz der Vergabekriterien
 - öffentliche Ausschreibung oder Publikation von Gesuchen (mit hinreichender Frist für Eingabe von konkurrierenden Gesuchen)

BESCHAFFUNGSRECHT

Ausschreibungspflicht nach Beschaffungsrecht?

- Grundsatz: keine Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts auf Konzessionen (und Kontingentbewilligungen):

Mit Konzessionen werden Rechte zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit an Private übertragen; im Gegenzug entrichten die Privaten Konzessionsabgaben. Mit einer Konzession «verkauft» die Behörde somit ein Recht, es handelt sich nicht um eine Beschaffung.

→ umgekehrter Vorgang zur Beschaffung

- Ausnahme 1

BöB 9 und IVöB 9: «Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn der Anbieterin dadurch **ausschliessliche oder besondere Rechte** zukommen, die sie **im öffentlichen Interesse** wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt.»

→ Das neue Beschaffungsrecht hat obige Bestimmung eingeführt. Diese Formulierung «ausschliessliche/besondere Rechte» stammt aus dem EU-Recht. In der Schweiz gibt es noch keine Rechtsprechung dazu. Deshalb ist es nicht ganz klar, welche Konzessionen dem Beschaffungsrecht unterstehen. Auch was öffentlicher Auftrag bedeutet, ist noch nicht ganz klar. Das Bundesgericht muss noch Leitlinien schaffen. Das öffentliche Interesse wird wohl eine wichtige Rolle spielen (bspw. Plakatanschlag fällt nicht darunter).

- Öffentlicher Auftrag: Beschaffungsauftrag

- Ausnahme 2

Das öffentliche Beschaffungsrecht ist anwendbar, wenn

1. die Konzessionärin Nebenleistungen von einer gewissen Bedeutung erbringen muss,
2. welche sich von der Konzession loslösen lassen und
3. ihrerseits eine öffentliche Beschaffung darstellen.

→ Kombination Beschaffungsauftrag mit Konzession: Es wäre eine Umgehung des Beschaffungsrechts, wenn das Ganze nicht ausgeschrieben werden würde.

KARTELLRECHT

Vergabe und Ausschreibungspflicht nach KG 7?

- Frage: Untersteht das Gemeinwesen bei der Vergabe von Monopol- und Sondernutzungsrechten bzw. Kontingenten dem Kartellgesetz?

- Wenn ja: Gemeinwesen = marktbeherrschendes Unternehmen
Das Gemeinwesen ist Eigentümerin öffentlicher Sachen, Boden usw. Es müsste gemäss KG 7 diskriminierungsfrei handeln, die Marktmacht nicht missbrauchen usw.
- Nicht-Vergabe bzw. diskriminierende Vergabe von Nutzungsrechten = Missbrauch von Marktmacht

→ Auf die Vergabe von Konzessionen ist Kartellrecht nicht anwendbar. Gemeinwesen, die Konzessionen vergeben, handeln hoheitlich, nicht unternehmerisch. Somit fallen sie nicht unter den Unternehmensbegriff von KG 2.

- «Unternehmen» nach KG 2

- «Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess»
Im Wirtschaftsprozess: im Wettbewerb → es muss ein Stück weit Wettbewerb vorhanden sind (hoheitliche Tätigkeiten können nicht darunter fallen)
- Staat übt bei der Vergabe von Nutzungsrechten Hoheitsrechte bzw. öffentliche Aufgaben aus
→ kein Unternehmen im Sinne des KG
- Hinweis: andere Praxis in Deutschland
Gemeinden dürfen ihre eigenen Betriebe bei der Vergabe von Nutzungsrechten für den Betrieb von Strom- und Gasnetzen nicht bevorzugen

SPEZIALGESETZE

Spezialgesetzliche Vorschriften

- Funkkonzessionen: öffentliche Ausschreibung FMG 24 (Auktion oder Kriterienwettbewerb)

→ Vergabe muss ausgeschrieben werden, sind Sondernutzungskonzessionen des Bundes, da dem Bund die Funkwellen gehören

→ Äquivalenzprinzip: Versteigerungsertrag ist die Konzessionsabgabe, Leistung (Konzession) und Abgabe müssen sich entsprechen, in der Auktion kann wie der Marktpreis für das Konzessionsrecht ermittelt werden, da entspricht dem Äquivalenzprinzip

- Stromnetze und Nutzung von Wasserkraft (StromVG 3a und WRG 60 IIIbis)
 - Ausschluss von BGBM 2 VII: keine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung
 - Aber: diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren = offenes Verfahren? Die Konkurrenten müssen sich bewerben können. Wenn jemand ein Konzessionsgesuch gestellt wird, dann muss dieses zumindest publiziert werden, dass andere sich auch bewerben können.

Grundproblem

- Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsschutz und Investitionsschutz
 - Es braucht Vorinvestitionen, um überhaupt ein Projekt zu entwickeln und sich um die Konzession zu bewerben. Die Vorinvestitionen können sehr hoch sein und wenn dann öffentliche ausgeschrieben wird, dann können sich die Investitionen als nutzlos erweisen, wenn der Zuschlag zu jemand anderem geht.
- Lösungsansatz: volle Entschädigung getätigter Investitionen, die wegen Vergabe an ein anderes Unternehmen nutzlos geworden sind
 - Aber: nur negatives, nicht positives Interesse

FALLBEISPIEL FAHRRADAUSLEIHSYSTEM

Sachverhalt

Die Stadt Genf schreibt die Erneuerung der Konzession für den Plakatanschlag auf öffentlichem Grund aus. Das Pflichtenheft sieht in Ziffer 19 Folgendes vor:

Die Konzessionärin muss für die Öffentlichkeit ein kostenloses Fahrradausleihsystem errichten und betreiben.

Die X. AG führt dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit der Begründung, dass das Verfahren dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt und die Ausschreibung deshalb anfechtbar sei. Das Verwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein. Die X. AG gelangt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Fragen

1. Untersteht die Ausschreibung dem öffentlichen Beschaffungsrecht?
2. Müsste die Vergabe des Rechts auf Nutzung des öffentlichen Grundes zur Errichtung von Plakatanschlagstellen öffentlich ausgeschrieben werden, falls Ziff. 19 des Pflichtenhefts (Veloverleih) gestrichen würde?
 - Ist die Konzession eine öffentliche Beschaffung und ist das Fahrradausleihsystem eine öffentliche Beschaffung? Die Konzession ist eine Sondernutzungskonzession (Vergabe eines Rechts, nicht Einkauf einer Leistung, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen). Es liegt keine Beschaffung vor. Wäre aber eine Ausnahme anwendbar? Plakatanschlag ist für Werbung gedacht. Es besteht kein öffentliches Interesse, dass Werbung auf öffentlichem Grund betrieben wird. Das Fahrradausleihsystem ist nicht zwingend mit dem Plakatanschlagsystem verbunden. Geht es um eine öffentliche Aufgabe, die dahinter steht? Das Bundesgericht kam zum Schluss ja, denn es geht um die Förderung des sanften Verkehrs. Das ist ein Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Es ist ein öffentlicher Auftrag, der losgelöst werden kann von der Konzession und eine wesentliche Bestimmung ist. Das führt dazu, dass die ganze Konzession dem Beschaffungsrecht untersteht. Die Ausnahme 2 war hier anwendbar. Die Konzessionärin erhält kein Geld von der Stadt für das Fahrradausleihsystem. Die Konzessionsgebühr wird reduziert oder erlassen. Das ist das Entgelt.

→ Beschaffung von Mitteln auf dem freien Markt zur Erfüllung eigener öffentlicher Aufgaben gegen Entgelt

- Es braucht keine Ausschreibung nach Beschaffungsrecht. Gibt es sonst eine Ausschreibepflicht? Die Stadt Genf untersteht dem Kartellrecht nicht, somit ist es auf die Vergabe von Konzessionen nicht anwendbar. Bei der Wirtschaftsfreiheit muss vom Entscheid Schächenschale ausgegangen werden: Sondernutzungskonzessionen müssen aufgrund der Wirtschaftsfreiheit nicht ausgeschrieben werden, weil kein Anspruch auf die Konzession steht, besteht auch kein Anspruch auf Ausschreibung der Konzession. Man kann dies kritisieren, aber das Bundesgericht hat nicht festgestellt, dass aus der Wirtschaftsfreiheit ein Anspruch zu Ausschreibung besteht. Hier wäre BGBM 2 7 anwendbar. Es muss diskriminierungsfrei, transparent sein und der Zuschlag muss in Form einer Verfügung erfolgen. BGBM 2 7 gilt für nichts auf Bundesebene (also Bundeskonzession geht nicht).

FALLBEISPIEL PLAKATANSCHLAG

Sachverhalt

Die Stadt Lausanne führt für die Erneuerung der Konzession für den Plakatanschlag ein öffentliches Ausschreibungsverfahren durch. Dabei stellt die Stadt u.a. auf folgende Kriterien ab:

- Anzahl ökologischer Fahrzeuge
- Leistungen der beruflichen Vorsorge für die Beschäftigten (insbesondere hinsichtlich frühzeitiger Pensionierung und Deckungsgrad der Pensionskasse)
- Anzahl von Lehrlingen, die in der Stadt Lausanne beschäftigt sind
- Büroräumlichkeiten des Unternehmens in der Stadt Lausanne

Frage

Ist das Ausschreibungsverfahren rechtmässig?

- BGBM 2 7 ist hier anwendbar. Sind diese Kriterien zulässig?
 - Braucht es eine gesetzliche Grundlage für die Kriterien? Die Gemeinden und Kantone haben einen grossen Ermessensspielraum bei den Kriterien. Sie dürfen aber nichtdiskriminierend sein.
 - Braucht es ein öffentliches Interesse? Es braucht ein solches für die Kriterien. Im Beschaffungsrecht braucht es eine klare gesetzliche Grundlage für die Kriterien.

Welche Kriterien sind problematisch? Das letzte Kriterium diskriminiert ortsfremde Unternehmen. Es wäre unzumutbar zu verlangen, den Sitz zu wechseln oder zusätzlich Büroräumlichkeiten zu mieten. Das BGBM 2 7 wird verletzt. Beim BGBM braucht es irgendein öffentliches Interesse. Bei den Lehrlingen meinte das Bundesgericht, dass dies zulässig sei, da es um kommunale Bildungspolitik geht. Im Beschaffungsrecht würde das nicht gehen, dort können nicht alle öffentlichen Interessen angewendet werden.

→ Bei BGBM 2 7 geht fast alles durch. Im Beschaffungsrecht wird alles streng angeschaut.

→ Errichtung von Infrastrukturen: Ausschreibungspflichten: Primär in Frage vom BGBM 2 7, aber nur für kantonale und kommunale Monopole. Zusätzlich das Beschaffungsrecht unter den beiden Ausnahmen.

ZUGANG ZU INFRASTRUKTUREN

WETTBEWERBSEINGRIFFE

Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch

- Gesteigerte (= nicht gemeinverträgliche) Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zur Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten

→ Staat entscheidet über die Nutzung der Sache und den wirtschaftlichen Zugang

- Beispiele

- Verkaufsstände
- Kioske
- Jahrmärkte
- Taxistandplätze
- Zirkusse
- Gesetzliche Grundlage nicht zwingend
- Öffentliches Interesse: ordnungsgemässe Verwaltung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch durch Koordination von Nutzungsinteressen = öffentliche Aufgabe
→ Es geht um Knappheitssituationen. Nicht alle können die öffentlichen Sachen verwenden, es muss eine Auswahl getroffen werden.

Wirkung auf den Wettbewerb → geschlossene Märkte (beschränkte Anzahl von Anbietern zugelassen)

Beherrschung von Infrastrukturen durch Unternehmen

- Beherrschung von Infrastrukturen
 - durch private oder öffentliche Unternehmen
 - in privatrechtlicher (Eigentum, Dienstbarkeiten, Miete, Pacht) oder öffentlich-rechtlicher (Konzessionen) Form
- Beispiele
 - Zugang von Werbeunternehmen zu Plakatanschlagstellen
 - Zugang von Erdgasanbietern zum Rohrleitungsnetz (gehört öffentlichen Energieversorgungsunternehmen)
 - Zugang von Inboard-Catering oder Valet-Parking zu Flughäfen (bspw. Flughafen Zürich AG hat eine Betriebskonzession für den Flughafen)
 - Zugang von SportlehrerInnen zu Sportanlagen
 - Zugang von Medienunternehmen zum Funk- und Kabelnetz von Fernmeldediensteanbieterinnen bzw. zum Internet

Mögliche Wirkungen auf den Wettbewerb → Verdrängung oder Diskriminierung von Drittanbietern (Infrastrukturbetreiber können Dritte vom Markt verdrängen oder sie beim Entscheid, wer Zugang zu Infrastruktur hat diskriminierend behandeln)

WIRTSCHAFTSFREIHEIT

Beschränkungsverbot

Ansprüche aus BV 27

- Bedingter Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch
 - Zugangsverweigerung muss vor BV 36 standhalten (Wer eine Bewilligung nicht bekommt, wird geprüft nach BV 36)
 - Insbesondere: breite Streuung von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch (Aspekt der Verhältnismässigkeit) → Es soll ein gewisser Wettbewerb im Markt stattfinden (bspw. Verletzung Verhältnismässigkeit, wenn die Hälfte aller Marktstandplätze demselben Anbieter überlassen werden, dann BV 27/94 verletzt)
- Kein Anspruch auf staatliche Leistungen (Kapazitäten): kein Anspruch auf Kapazitätserweiterung
- Kein (bedingter) Anspruch auf nicht bestimmungsgemässe (= ausserordentliche) Nutzung von Verwaltungssachen (bspw. Werbeplakate in Bussen → BV 36 nicht anwendbar)
 - Aber: Anwendbarkeit der allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze (BV 5, 8 und 9)
 - Anwendbarkeit von BV 94?

WIRTSCHAFTSFREIHEIT UND BINNENHANDELSRECHT

Diskriminierungsverbot und Ausschreibungspflicht

Anwendbares Recht auf Vergabe von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch

- BV 27/94: Gleichbehandlung von Konkurrenten und Wettbewerbsneutralität → daraus erfolgt ein offenes Verfahren (Ausschreibung)
- Anwendbarkeit von BGBM 2 VII (Ausschreibungspflicht)? Offen, ob dieser auf Bewilligungen für gesteigerten Gebrauch anwendbar ist, Bundesgericht hat noch nicht entschieden → es ist beim gesteigerten Gemeingebrauch nicht klar, ob ein Monopol angenommen werden kann
- Keine Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts

Ansprüche

- Diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren für die Bewilligungsvergabe = offenes Verfahren (Ausschreibung/Publikation von Gesuchen)
- Angemessene Befristung von Bewilligungen
 - Gewährleistung eines rechtsgleichen Marktzugangs und damit von Wettbewerb um den Markt → Wettbewerbsinteresse: potentielle Bewerber müssen die Möglichkeit haben in den Markt zu gelangen
 - Vertrauensschutz: keine wohlverworbene Rechte, aber Investitionsschutz → Man investiert in ein Taxiunternehmen usw. und wenn die Fristen der Bewilligungen zu kurz sind, dann können diese nicht amortisiert werden. So fehlt der Anreiz für Investitionen. Entsprechend ist eine Balance zwischen Vertrauensschutz und Wettbewerbsschutz zu suchen.
 - Kein Existenzschutz: Man kann nicht sagen, dass bspw. Wochenmarktplätze dazu da sind, den Händlern ein Einkommen zu gewähren. Das ist kein zulässiges Interesse.

Anforderungen an offene Verfahren

Modalitäten

- Bekanntgabe der Vergabe: öffentlich oder an alle potenziell Interessierten
- Bekanntgabe der Teilnahmebedingungen (Vergabekriterien, Gewichtung, Verfahren): öffentlich oder auf Anfrage

Auswahlprinzipien

- Zulässig: Kriterienwettbewerb (nach sachlichen Kriterien entscheiden), Rotationsprinzip (Anbieter A in diesem Jahr, im nächsten Anbieter B)
- Zulässig, soweit keine objektiven Eignungskriterien (mehr) vorhanden: Versteigerung, Losentscheide
- Unzulässig: Windhundprinzip («frist come first serve» - unsachlich), Anciennitätsprinzip (diskriminierend)

Auswahlkriterien

- Vielfalt öffentlicher und privater Interessen (Investitionsschutz)
- Mutmassliches Publikumsbedürfnis als zulässiges öffentliches Interesse = wirtschaftspolitische Angebotssteuerung?: Was wollen die Konsumenten bspw. auf dem Markt? → Konsumenteninteresse kann beachtet werden
- Keine Diskriminierung ortsfremder Anbieter: unzulässig, dass die Anbieter aus dem Kanton Luzern Vorzug haben, es ist aber zulässig zu sagen, dass man regionale Produkte will → produktebezogene Gründe sind sachlich

FALLBEISPIEL «THÉÂTRE DU GRÜTLI»

Sachverhalt

Die Stadt Genf ist Eigentümerin des «Théâtre du Grütli» und des «Théâtre de l'Orangerie». Die Stadt vergibt die Leitung der beiden Theater für drei Jahre (mit Erneuerungsmöglichkeit) an zwei Vereine und schliesst mit diesen je eine Subventionsvereinbarung ab. In den Vereinbarungen sichert die Stadt den Vereinen finanzielle Unterstützungsleistungen für den Theaterbetrieb zu, im Gegenzug werden die Vereine auf bestimmte künstlerische und kulturelle Vorgaben sowie bestimmte Preise verpflichtet.

Der nicht berücksichtigte X. bestreitet die Rechtmässigkeit der Vergabe der Theaterleitungen an die beiden Vereine und gelangt mit Beschwerde bis ans Bundesgericht.

Frage

Muss die Stadt Genf die Vergabe der Theaterleitungen öffentlich ausschreiben?

- Die Wirtschaftsfreiheit kommt in Frage. Es muss sich hier um eine öffentliche Aufgabe handeln. Die Stadt Genf muss eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Fraglich ist, ob der Betrieb von Theatern eine öffentliche Aufgabe ist. Das Bundesgericht stellte fest, dass es eine öffentliche Aufgabe ist, da es um Kulturpolitik geht. Die Bindung des Staates an die Grundrechte ist gegeben. Könnte die Vereinbarung als Konzession qualifiziert werden? Das Bundesgericht hat gesagt, dass eine Konzession vorliegt. Die Theaterleitung ist eine Ausschliesslichkeitsvereinbarung. Es liegt eine Verwaltungssache vor. Die Theater dienen der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe. Die Leitung wird exklusiv an einen Privaten übergeben. Es liegt Sondernutzung an einer Verwaltungssache vor (Sondernutzungskonzession). Es besteht aus der Wirtschaftsfreiheit kein Recht auf Sondernutzung. Also kann auch keine Ausschreibungspflicht abgeleitet werden.
- Es liegt hier wieder ein Fall von BGBM 2 7 vor. Es liegt eine Ausschreibungspflicht vor. Es musste auch verfügt werden. Es brauchte also eine öffentliche Ausschreibung.

FALLBEISPIEL STADTHOTEL

Sachverhalt

Die Stadt Genf ist Eigentümerin eines Hotels mit Restaurant und will dieses von einem Privaten betreiben und dabei zu einem LifeStyle-Hotel umgestalten lassen. Die X. SA reicht der Stadt Genf eine Offerte für den Betrieb und die Umgestaltung des Hotels ein. In der Folge informiert die Stadt Genf die X. SA schriftlich, dass ihr Betriebskonzept nicht den Vorstellungen der Stadt entspreche. Die X. SA ergreift gegen das Schreiben Beschwerde bis ans Bundesgericht und macht dabei insbesondere geltend, dass die Vergabe des Hotel- und Restaurantbetriebs öffentlich ausgeschrieben werden müsste.

Frage

Muss die Stadt Genf die Vergabe des Hotel- und Restaurantbetriebs öffentlich ausschreiben?

- Es liegt keine öffentliche Aufgabe vor. Somit gibt es keine Bindung an die Grundrechte. Die Wirtschaftsfreiheit ist nicht anwendbar.
 - Der Staat ist wie ein Privater Eigentümer eines Hotels. Es ist kein Verwaltungsvermögen, sondern Finanzvermögen. Alles was im Finanzvermögen ist, dient nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und ist kein Monopol und untersteht nicht BGBM 2 7. Wenn wäre Kartellrecht anwendbar, aber dies wurde nicht diskutiert. In diesem Bereich ist die Stadt Genf ein Unternehmen und nimmt am Wirtschaftsprozess teil, aber die marktbeherrschende Stellung ist nicht gegeben, da es viele Hotels in Genf gibt.
 - Wegen der Umgestaltung des Hotels wurde noch Beschaffungsrecht diskutiert. Die Stadt kauft das Hotel aber nicht ein, um eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Es geht primär um den Betrieb des Hotels und die Umgestaltung des Hotels ist nur eine Nebenpflicht.
- Es gibt keine Ausschreibungspflicht. Die Direktvergabe ist zulässig.

KARTELLRECHT

Missbrauch von Marktmacht nach KG 7

- Beherrschung einer Infrastruktur durch ein Unternehmen (KG 2 I und Ibis): Teilnahme am Wirtschaftsprozess, dann ist es möglich, dass das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat und zwar deswegen, weil es die Infrastruktur beherrscht
- Marktbeherrschung (KG 4 II): Infrastrukturbetreiberin kann sich im relevanten Markt in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, so dass Anbieter im nachgelagerten Markt keine Ausweichmöglichkeiten haben
 - wesentliche Infrastruktur = essential facility
- Wettbewerbsbehinderung (KG 7)
 - Verweigerung oder Erzwingung unangemessener Geschäftsbeziehungen
 - Diskriminierung von Handelspartnern
- Keine Rechtfertigung der Wettbewerbsbehinderung durch objektive Gründe (namentlich ungenügende Kapazitäten oder sonstige technische Probleme): Ausschluss vom Zugang zu Infrastruktur kann gerechtfertigt sein (bspw., wenn Rohrnetze ausgelastet sind)

FALLBEISPIEL «L'ETIVAZ»

Sachverhalt

Die Alpkäse-Produktionsgenossenschaft «L'Etivaz» betreibt in der Ortschaft L'Etivaz den einzigen Reifungskeller für Käse, welcher unter der Ursprungsbezeichnung «L'Etivaz» vermarktet und produziert wird. Die Alp Têmeley-Aï, welche in der Produktionszone liegt und bis anhin von einem lokalen Hersteller und Genossenschaftsmitglied betrieben wurde, wurde nach dessen Tod vom nicht Ortsansässigen X. übernommen. Das vom Institut für Geistiges Eigentum genehmigte Pflichtenheft der Genossenschaft legt fest, dass Reifungskeller für Käse eine Mindestkapazität für die Reifung von 3'000 Käsen aufweisen müssen, um unter der geschützten Ursprungsbezeichnung «L'Etivaz» vermarktet zu werden. Der Keller von X. unterschritt diese Kapazität. Den mehrmaligen Antrag von X. auf eine Mitgliedschaft lehnte die Genossenschaft mit der Begründung ab, sie halte eine Reserve für den Fall eines Beitritts eines jungen Landwirts aus der Gegend frei.

Frage

Hat X. einen Anspruch auf Zugang zum Reifungskeller? Wenn ja, zu welchen Bedingungen? Und wie kann X. diesen Anspruch durchsetzen?

- Welche Rechtsgrundlage kommt beim Anspruch auf Zugang zum Reifungskeller in Frage? Es geht um das Kartellrecht. Hier ist die Frage, ob eine essential facility vorliegt, die Marktbeherrschung begründet.
 - Art. 2 KG: Es muss ein Unternehmen vorliegen. Das Unternehmen nimmt am Wirtschaftsprozess teil, denn es ist in der Käseproduktion tätig.
 - Art. 4 Abs. 2/Art. 7 KG: Um die Marktbeherrschung muss geprüft werden, was der relevante Markt ist. Hier stellt sich die Frage, ob der Markt allgemein Käse oder Etivaz-Käse umfasst. Zur Marktabgrenzung wird die Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite angeschaut. Ist es für die Käseproduzenten massgeblich, dass der Käse die Ursprungsbezeichnung hat und entsprechend aus dieser Region kommt/mit den entsprechenden Methoden hergestellt wird? Das Bundesgericht hat dies bejaht. Es ist eine wesentliche Eigenschaft, dass die Ursprungsbezeichnung verwendet werden kann und ein Bezug zur Region besteht. Somit bildet der Käse mit der Ursprungsbezeichnung den relevanten Markt. Das ist nur ein kleiner Markt. Das führt dazu, dass die Produktionsgenossenschaft durch die Beherrschung der Infrastruktur (Reifekeller) marktbeherrschend ist. In diesem kleinen Markt sind die kleinen Käsehersteller auf den Reifungskeller angewiesen, um das AOV-Label zu erhalten. Sie sind abhängig und haben keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten. Es liegt somit

marktbeherrschende Stellung der Produktionsgenossenschaft vor. Dann stellt sich die Frage des Missbrauchs. In diesem Fall geht es um die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen. Die Produktionsgenossenschaft schliesst den Hersteller aus und diskriminiert in gleichzeitig. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG und Bst. b KG ist erfüllt. Der Hersteller wird bereits beim Zugang des Markts behindert (Behinderung bei der Aufnahme des Wettbewerbs). Das ist ein Missbrauch, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Es können Kapazitätsgründe vorgebracht werden. Wenn Kapazitäten freigehalten werden, für den Fall eines Beitritts eines Landwirts aus der Gegend, ist das nicht ausreichend. Das wäre auch diskriminierend, nach der Herkunft zu unterscheiden. In diesem Fall konnten die Kapazitätsinteressen nicht genügend vorgelegt werden. Das Bundesgericht hat also den Missbrauch der Marktmacht bejaht.

- Die Zugangsbedingungen müssen gleich sein, wie für die anderen Käsehersteller (diskriminierungsfrei). Die Durchsetzung ist über den Zivilweg möglich. Aber es kann auch eine Anzeige bei der Wettbewerbskommission machen und sich, wenn er in schutzwürdigen Interessen betroffen ist, als Konkurrent beteiligen, der in seiner Wettbewerbsstellung beeinträchtigt ist. Der Zivilweg ist teuer und aufwendig.

FALLBEISPIEL GLASFASERNETZ

Sachverhalt

In den Jahren 2008 bis 2012 wurde im Rahmen eines Runden Tisches auf Betreiben der ComCom und des BAKOM zwischen den schweizerischen Telekommunikationsunternehmen (Swisscom, Sunrise, Salt u.a.) über den Ausbau des Glasfasernetzes eine Vereinbarung getroffen. Diese sah vor, dass vier unabhängige Glasfasern von den Anschlusszentralen bis zum Anschluss der Endkunden verlegt werden. Damit sollte sichergestellt werden, dass unabhängig davon, wer das Netz baut, jeder Anbieter den Endkunden über eine separate Leitung bedienen kann. Swisscom führt den Ausbau des Glasfasernetzes alleine durch. In einer ersten Etappe baute Swisscom das Glasfasernetz wie vereinbart für die städtischen Agglomerationen. Für die zweite Etappe, den Anschluss weiterer 1,5 Millionen Haushalte in abgelegeneren Regionen bis 2025, entschied sich Swisscom im Februar 2020 aus wirtschaftlichen Gründen für eine günstigere Variante mit nur einer Glasfaser. Dadurch wird es den Konkurrenten verunmöglicht, ihre Endkunden über eigene Glasfasern zu bedienen und damit eigene Produkte zu entwickeln, die sich von denjenigen der Swisscom unterscheiden. Vielmehr können sie nur noch leistungsmässig identische Produkte von Swisscom (zu allenfalls günstigeren Preisen) wiederverkaufen.

Frage

Liegt eine Verletzung des Kartellgesetzes vor?

- Hier geht es um dieselbe Prüfung:
 - Das Unternehmen, Swisscom, untersteht dem Kartellgesetz.
 - Was ist der relevante Markt? Hier muss der nachgelagerte Markt angeschaut werden. Über Glasfasernetz wird Internet, Telefonie und ähnliches angeboten. Dabei stellt sich die Frage nach zumutbaren Ausweichmöglichkeiten. Das Glasfasernetz ist modernste Technologie und hat mehr Kapazitäten als die bestehenden Netze. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass eine marktbeherrschende Stellung der Swisscom vorliegt, die das Glasfasernetz baut und betreibt im relevanten Markt. Inwiefern besteht eine Wettbewerbsbeeinträchtigung? Die Konkurrenten können ihre eigenen Produkte und Leistungen nicht über das Glasfasernetz anbieten und sind angewiesen auf die Produkte der Swisscom. Es ist nur Wiederverkauf möglich. Dies liegen nur ein limitierter Preiswettbewerb und kein Leistungswettbewerb vor. Rechtfertigungsgründe wurden verneint. Es ist kein hinreichender Rechtfertigungsgrund, dass geringere Kosten anfallen. Hier liegt somit ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, einer essential facility vor. Vorsorglich

wurde verfügt, dass Swisscom den weiteren Ausbau stoppen muss und mit vier Fasern weiterbauen muss. Das ist eine vorsorgliche Massnahme (Zwischenentscheid). Dabei reicht das Beweismass der Glaubhaftmachung aus (über 50% Wahrscheinlichkeit). Der Ausbau vom Glasfasernetz verzögert sich nun zu Gunsten von mehr Wettbewerb.

- Idealerweise regeln Spezialgesetze den Zugang genauer und konkreter. Die Bedingungen müssen meist durch den Richter im Einzelfall festgelegt werden. Besser ist eine Regelung zu den Zugangsbedingungen und dem Verfahren dazu.

SEKTORENRECHT

Strommarkt

- Anspruch von Stromanbietern auf diskriminierungsfreien Zugang zu kostenorientierten Tarifen zu den Verteilnetzen zwecks Lieferung von Strom an freie Endverbraucher (StromVG 13 i.V.m. 6 VI)
- Anspruch von Stromanbietern auf diskriminierungsfreien Zugang zum schweizerischen Übertragungsnetz von Swissgrid (StromVG 18 ff.)

Fernmeldedienste

- Anspruch auf Zugang zu Fernmeldeinfrastrukturen marktbeherrschender Fernmeldedienstanbieterinnen (Teilnehmeranschlüsse, Kabelnetze, Leitungen u.a.) zu kostenorientierten Preisen (FMG 11)
- Anspruch auf Zugang zu Adressverzeichnissen (FMG 21) sowie Interkonnektion (FMG 21a) gegenüber Anbieterinnen von Grundversorgungsdiensten

Radio und Fernsehen – «Must carry-rules»

- Drahtlos-terrestrische Verbreitung von Programmen (RTVG 53 ff.) Zugangsanspruch der SRG sowie von Radio- und Fernsehprogrammveranstaltern mit Konzession und Leistungsauftrag gegenüber Inhaberinnen von Funkkonzessionen gegen kostenorientierte Entschädigung
 - Programmverbreitung über Leitungen (RTVG 59 ff.)
- Zugangsanspruch der SRG, von Veranstaltern mit Konzession und Leistungsauftrag sowie von bestimmten ausländischen Veranstaltern, welche einen besonderen Beitrag zur Bildung, zur kulturellen Entfaltung oder zur freien Meinungsbildung leisten; angemessene Entschädigung bei unzumutbarer wirtschaftlicher Belastung der verpflichteten Fernmeldedienstanbieterin
- Anspruch weiterer Veranstalter, falls deren Programm in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt und die Verbreitung für die Fernmeldedienstanbieterin technisch und wirtschaftlich zumutbar ist

Postdienste

- Anbieterinnen von Postfachanlagen müssen anderen Anbieterinnen von Postdiensten gegen Entgelt Zugang zu den Anlagen gestatten (PG 6)
- Pflicht von Anbieterinnen von Postdiensten, die Adressdaten für das Nachsenden, das Umleiten und das Rückbehalten von Postsendungen bearbeiten, die Daten unverzüglich mit anderen Anbieterinnen von Postdiensten gegen Entgelt zur Bearbeitung auszutauschen (PG 7 II)

Schieneverkehr

- Recht auf Netzzugang (= Trasse): Recht von Eisenbahnunternehmen mit Netzzugangsbewilligung auf diskriminierungsfreie Nutzung der Eisenbahninfrastrukturen zu kostenorientierten Preisen (EBG 9a und 9c)

Luftverkehr

- Anspruch von Luftverkehrsunternehmen auf entgeltliche Nutzung von Flughäfen (LFG 36 II) gemäss den zugeteilten Zeitnischen (Slots, LFG 39a)
- Anspruch von Luftverkehrsunternehmen auf Zugang zu Bodenabfertigungen am Flughafen (VIL 29b)

§ 9 STAAT ALS NACHFRAGER

ÜBERSICHT

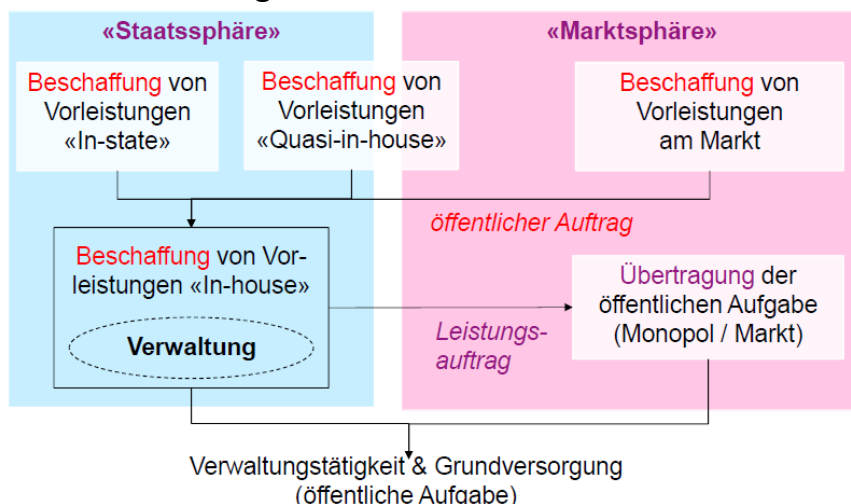
1. Übersicht
2. Geltungsbereich des Beschaffungsrechts
3. Verfahrensarten und Schwellenwerte
4. Eignung und Bewertung
5. Zuschlag und Vertragsabschluss
6. Rechtsschutz

Staat als Marktteilnehmer



- Der Staat greift auch in den Wettbewerb ein, indem er als Nachfrager oder Anbieter auf dem Markt auftritt.
- Die Staatsphäre ist der Staat. Der Staat kann entweder als Anbieter von Gütern und Dienstleistungen den Wettbewerb verzerren oder als Nachfrager. Immer wenn der Staat Güter und Dienstleistungen einkauft, um seine öffentlichen Aufgaben zu erfüllen, greift er auch in das Marktgeschehen ein. Was sind die Wettbewerbsgefahren, die drohen, wenn der Staat im Wettbewerb tätig ist? Private Unternehmen stehen auf ihren Absatzmärkten unter Wettbewerbsdruck und da sie im Wettbewerb stehen, müssen sie effizient (bestes Preis-Leistungsverhältnis) einkaufen. Bei Beschaffungen durch den Staat besteht kein Wettbewerbsdruck. Entsprechend ist die Gefahr vorhanden, dass die Einkaufsentscheide nach politischen Überlegungen gefällt werden (bspw. Schaffung von Arbeitsplätzen, Unternehmen, die den Auftrag erhalten bezahlen Steuern im Kanton/der Gemeinde, gesellschaftlich nicht populär Aufträge ausserkantonale zu vergeben). Die Problematik kann bis ins Strafrecht gehen (Vorteilsannahme, Korruption). Wie kann das Recht gewährleisten, dass der Staat nach wirtschaftlichen Kriterien einkauft? Relevant ist dabei das öffentliche Beschaffungsrecht.

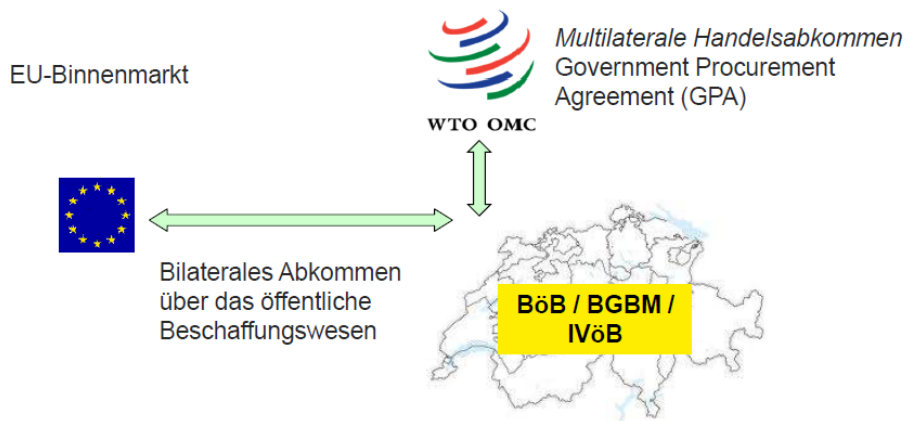
Staat als Nachfrager



- Wie kann der Staat die Güter und Dienstleistungen, die er selber braucht beziehen?
- Die Verwaltungseinheit, die einkauft, ist bspw. eine Gemeinde. Die Gemeinde ist selber mit Verwaltungsaufgaben tätig, sie erfüllt ihre öffentliche Aufgabe (nicht Anbieter von Gütern und Dienstleistungen). Die Gemeinde benötigt nun Schneeräumungsdienstleistungen. Das ist eine öffentliche Aufgabe, die durch die Gemeinden wahrgenommen wird. Die Gemeinden machen das in der Regel nicht selber, sie könnten es aber. Wenn die Gemeinde eine Person einstellen würde und ein Schneeräumungsfahrzeug kaufen würde, dann würde die Leistung nicht am Markt eingekauft werden, sondern «in-house» beschafft. Das Beschaffungsrecht zwingt die öffentliche Hand nicht benötigte Güter und Dienstleistungen am Markt einzukaufen. Es ist ein freier Entscheid (make or buy-Entscheid), ob eine benötigte Dienstleistung oder ein Input-Gut selber erbracht oder von aussen beschafft wird. Die «in-house»-Beschaffungen sind zulässig.
- Die Gemeinde könnte auch mit einer anderen Gemeinde zusammenarbeiten und die Schneeräumungsdienstleistungen von der Nachbargemeinde beziehen. Das wäre eine «in-state»-Beschaffung. Auch hier greift das Beschaffungsrecht nicht, da die Marktsphäre nicht tangiert wird. Es gibt keine Wettbewerbsverzerrungen.
- Die Gemeinde könnte auch, bspw. bei Reinigungsdienstleistungen, ein Unternehmen gründen, also die Leistung, die sie benötigen, outsourcen. Wenn das Unternehmen durch den Kanton kontrolliert wird und fast ausschliesslich für die öffentliche Hand tätig ist, dann spricht man von der «quasi-in-house»-Ausnahme. Dann greift das Beschaffungsrecht auch nicht. Die Verwaltung kann direkt Leistungen bei Unternehmen beziehen, die sie kontrollieren (bspw. Stellung der Verwaltungsräte, Finanzierung) wie eine eigene Verwaltungseinheit/Dienststelle. Wenn das Unternehmen fast ausschliesslich für den Staat tätig ist und nur ganz gering private Aufträge erfüllt, fällt es unter die Ausnahme. Wenn die Marktaktivität 20% des Umsatzes überschreitet, dann muss ausgeschlossen werden. Dann kann die kontrollierende Verwaltungseinheit nicht mehr direkt einkaufen, dann gilt das Beschaffungsrecht. Warum besteht eine Schwelle von 20%? Wenn man 80% des Umsatzes auf sicher hat durch Aufträge der öffentlichen Hand, dann können für die verbleibenden 20% viel mehr Risiken eingegangen werden. Je grösser der Marktanteil wird, desto grösser wird die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen. Das Unternehmen kann Erträge aus den Aufträgen der öffentlichen Hand dazu benutzen günstigere Angebote auf dem Markt zu machen.
- Beschaffungen innerhalb der Staatsphäre sind vergaberechtsfrei. Sobald am Markt eingekauft wird und der Auftrag eine bestimmte Schwelle überschreitet, dann gilt das öffentliche Beschaffungsrecht und es muss eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden. Schwierig ist die Abgrenzung von der Übertragung der öffentlichen Aufgabe. Wenn die Gemeinde einen Landwirt mit der Schneeräumung beauftragt ist das eine Dienstleistung. Wenn aber die Gemeinde Spitexunternehmen beauftragt Spitex-Leistungen in der Gemeinde langfristig zu übernehmen, dann ist das in der Regel

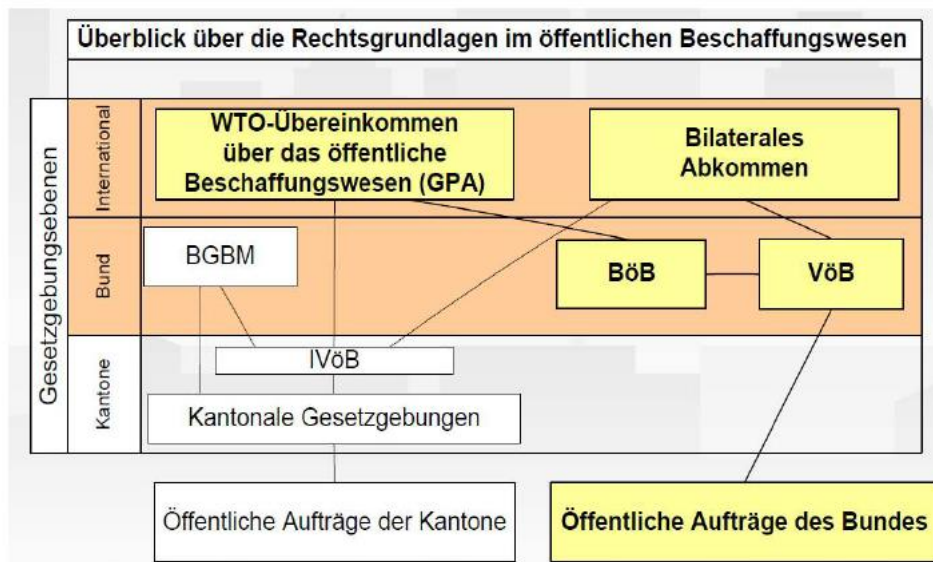
eine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen Privaten. Die Tendenz ist, dass solche Leistungsaufträge auch dem Beschaffungsrecht unterstehen. In Art. 9 BöB/IVöB kann das gut gesehen werden.

Rechtliche Grundlagen im Völkerrecht



- Das Beschaffungsrecht ist aus dem Völkerrecht abgeleitet. Die Schweiz hat sich im Rahmen der WTO verpflichtet als Vertragsstaat des GPA Anbieter mit Sitz aus anderen WTO-Staaten nicht zu diskriminieren und die öffentlichen Aufträge WTO weit auszuschreiben. Das GPA ist ein eigenes Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen. Nicht jedes WTO-Mitglied ist Mitglied des GPA. Die Mitglieder der WTO können frei entscheiden, ob sie das GPA abschliessen möchte. Die Schweiz hat sich durch den Abschluss der Bilateralen Abkommen noch zu zusätzlichen Regelungen verpflichtet. Die Abkommen funktionieren immer auf beide Seiten.

Rechtliche Grundlagen im nationalen Recht



- Der Bund hat keine Zuständigkeit, um die kantonale öffentliche Beschaffung zu regulieren. Das ist eine originäre Aufgabe der Kantone. Das führte in der Vergangenheit dazu, dass es 27 unterschiedliche Gesetze gab. Dies wurde in der letzten Revision vereinheitlicht. Das BöB und die VöB regeln die öffentlichen Aufträge des Bundes. Das Bundesbeschaffungsrecht setzt die staatsvertraglichen Abkommen aus dem GPA und den Bilateralen Abkommen um. Auf kantonaler Ebene bestehen kantonale Gesetz, die durch ein Konkordat, die IVöB, harmonisiert sind. Die IVöB setzt gewisse Mindeststandards vor, die durch die Kantone umgesetzt werden. Im Zuge der Revision

des BÖB wurde auch die IVÖB revidiert. Es sollte eine inhaltliche Angleichung realisiert werden. Die IVÖB ist sehr detailliert, so dass die Kantone keine speziellen Bestimmungen mehr erlassen können (es gilt aber in den meisten Kantonen noch die alte IVÖB). Art. 5 BGBM ist ein bundesrechtlicher Mindeststandard (Ausschreibungspflicht). Das BGBM hat keine eigenständige Bedeutung. Kantone, die der IVÖB nicht beitreten, sind zumindest an das BGBM gebunden.

Einführung des Beschaffungsrechts Mitte 90er Jahre

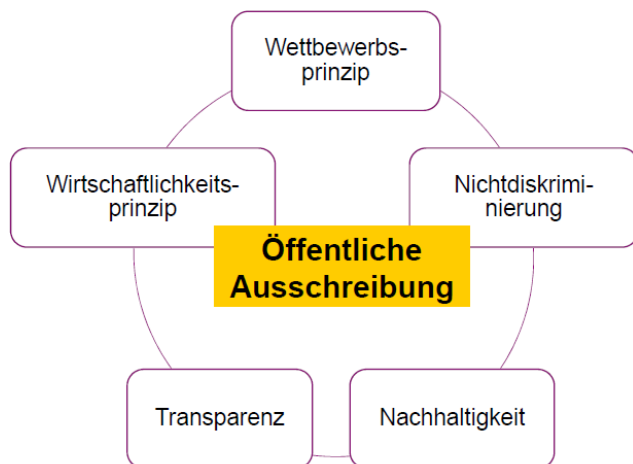
- WTO-Verhandlungen Anfang 90er Jahre → junges Rechtsgebiet, wie eigentlich das gesamte Wettbewerbsrecht; die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz sollte gesteigert werden
 - Regeln über den internationalen Handel mit Waren und Dienstleistungen,
 - gegenseitiger Zugang zu den Beschaffungsmärkten (GPA 1994).
Mit dem GPA hat sich die Schweiz verpflichtet auch ein Beschaffungsrecht einzuführen.
- Interne Umsetzung
 - auf Stufe Bund mit dem Erlass des BÖB
 - auf Stufe Kantone mit dem Abschluss des IVÖB
- Abschluss des Bilateralen Abkommens 1999 über öffentliche Beschaffung
 - Ausdehnung der WTO/GPA-Regeln auf Gemeinden und Sektorenunternehmen (Schienenverkehr, Energieversorgung usw).

Totalrevision von 2019

- GPA wird 2012 revidiert und muss innerstaatlich umgesetzt werden
- BÖB und IVÖB werden weitgehend harmonisiert
- BÖB 2019 tritt 1.1.2021 in Kraft; IVÖB 2019 muss von den Kantonen ratifiziert werden

Ziele des Beschaffungsrechts

- Finanzhaushalt des Staats: Ausgabe von öffentliche Geldern
 - Die öffentlichen Gelder sollen möglichst effizient eingesetzt werden. Der Staat wird über das Beschaffungsrecht gezwungen das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu wählen.
- Handelspolitische Dimension: Zugang zu den Beschaffungsmärkten der Handelspartner
 - Es geht um die Öffnung von Beschaffungsmärkten auf internationaler Ebene und das Gewähren von Zugang zu den Ausschreibungsverfahren für ausländische Unternehmen. Auch die Schweizerische Wirtschaft profitiert vom Zugang zu ausländischen Märkten.
- Grundrechtliche Dimension: Staatliche Wettbewerbsneutralität
 - Nichtdiskriminierung der Anbieter und Transparenz des Submissionsverfahrens
 - Jeder Anbieter soll die Möglichkeit haben, öffentliche Aufträge zu erhalten
 - Die Grundsätze gelten auch für die Bedarfsverwaltung, auch wenn der Staat als Marktteilnehmer auftritt. Dies wird im Beschaffungsrecht konkretisiert.
- Wirtschaftliche Dimension
 - Wettbewerbliches Submissionsverfahren
 - Bestes Preis-Leistungs-Verhältnis
 - Der Grundsatz in Art. 94 BV besagt, dass ein Wettbewerbssystem vorliegen soll, also die effizientesten Unternehmen sollen Erfolg haben. Das gilt auf den privaten Märkten und den Beschaffungsmärkten. Auch das Beschaffungsrecht sollte einen Anreiz schaffen, dass die Unternehmen, die sich im Wettbewerb durchsetzen, einen Auftrag erhalten (nicht nur lokale Unternehmen oder Unternehmen zu denen eine Bekanntschaft vorliegt).

Art. 2 BÖB

- Kann oder soll der Staat über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen auch andere öffentliche Interessen verwirklichen (bspw. Nachhaltigkeit, Bildungspolitik, Sozialpolitik)? Man muss sich bewusst sein, dass ein Zielkonflikt entstehen könnte. Der ursprüngliche Gedanke des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit wird in Frage gestellt, indem Sinne, dass nicht mehr die effizientesten Unternehmen die Aufträge erhalten, sondern Unternehmen, die sich in anderen Bereichen besonders einsetzen. Es ist ein politischer Entscheidung, aber das steht klar gegen Art. 94 BV. Bei der Nachhaltigkeit geht es auch um die Vorbildfunktion des Staates. Die Nachhaltigkeit lässt sich darüber begründen, dass sie Teil der Leistung ist.

GELTUNGSBEREICH DES BESCHAFFUNGSRECHTS**Art. 8 BÖB / IVöB Öffentlicher Auftrag**

¹ Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen Auftraggeberin und Anbieterin abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Er ist gekennzeichnet durch seine Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung durch die Anbieterin erbracht wird.

- Öffentliche Aufträge unterstehen dem Beschaffungsrecht. Der Begriff öffentlich hat hier nichts mit der Rechtsnatur des Vertrags zu tun, öffentlich bezieht sich auf den Auftraggeber (also das Gemeinwesen). Der Auftrag ist ein privatrechtlicher Vertrag.

Voraussetzungen

- Der Staat beschafft
 - Einheit, die dem Staat zuzuordnen ist
- eine Leistung (Güter, Dienstleistungen, Bau)
- in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe
 - Benötigt die Güter nicht, um selber wirtschaftlich tätig zu sein
- unter Einsatz finanzieller Mittel
 - Der Staat bezahlt für die Leistung (meist Entgelt). Das Entgelt kann aber auch indirekt geleistet sein (Konsumenten bezahlen, Staat ermöglicht Privaten ein Entgelt zu erwirtschaften, nicht marktgerechtes zur Verfügung stellen von öffentlichem Grund – Subvention, Verzicht auf Gebühren).
- bei (privaten) Dritten
 - Einkäufe innerhalb der Staatssphäre unterstehen nicht dem Beschaffungsrecht.

Abgrenzungen

- Monopolkonzession: Wenn die Monopolkonzession auch eine öffentliche Aufgabe beinhaltet, kann das ganze Geschäft dem Beschaffungsrecht unterstehen.

- Sondernutzungskonzessionen: untersteht dem Beschaffungsrecht grundsätzlich nicht, aber Sondernutzungskonzessionen werden manchmal mit einem öffentlichen Auftrag verknüpft, dann muss beides ausgeschrieben werden

Beispiel: Die Stadt Bern hat Publibike das Recht erteilt Veloverleihsystem aufzubauen. Die Veloverleihsangebote dienen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Darum untersteht das Veloverleihgeschäft dem Beschaffungsrecht. Die Sondernutzungskonzession, die miterteilt wird, um die Stationen aufzubauen, untersteht auch dem Beschaffungsrecht.

- Leistungsauftrag

Fallbeispiel «Asylzentrum Kriens» (sachlicher Geltungsbereich)



- Der Kanton Luzern möchte einen Auftrag an eine private Genossenschaft erteilen. Die Genossenschaft wurde extra zum Zweck des Auftrags gegründet. Die Genossenschaft hat den Auftrag erhalten ein Asylzentrum zu realisieren und dann für mindestens 10 Jahre dem Kanton zu vermieten. Nach den 10 Jahren könnte es auch umgenützt werden, ausser der Kanton verlängert (Verlängerungsrecht für 30 Jahre). Die Genossenschaft wird einen Bauauftrag an ein Bauunternehmen gegeben. Die Genossenschaft finanziert das Projekt, muss also die Mittel aufbringen. Die Bauunternehmung leistet und die Genossenschaft vermietet das Gebäude an den Kanton. Der Kanton Luzern hat den Auftrag direkt vergeben und gesagt, das Beschaffungsrecht nicht anwendbar ist

- Voraussetzungen:

- Es liegt eine staatliche Einheit vor (Departement beim Kanton).
- Liegt eine Leistung vor, die ein Privater erbringt? Es wird eine Bauleistung, Planung und Finanzierung erbracht. Die Leistung muss nicht zwingend durch die Genossenschaft selber gemacht werden.
- Liegt eine öffentliche Aufgabe vor? Die Asylpolitik ist eine öffentliche Aufgabe.
- Liegt ein Einsatz finanzieller Mittel vor? Hier wird das Gebäude vermietet. Somit ist die Mietzahlung das Entgelt. Die Amortisation würde 30 Jahre dauern und der Fixvertrag wurde nur für 10 Jahre abgeschlossen. Es ist trotzdem ein Entgelt, auch wenn es nicht vollumfänglich ausreicht, um die Investitionskosten zu amortisieren. Die Chance, dass das Gebäude nach 10 Jahren nicht mehr als Asylzentrum genutzt wird, ist relativ gering. Wenn man das Argument zuliesse, wäre das eine Möglichkeit das Beschaffungsrecht zu umgehen, wenn ein kurzer Vertrag abgeschlossen wird, der dann immer wieder verlängert wird (Umgehungsgefahr). In Situationen der absoluten Dringlichkeit kann der Auftrag direkt vergeben werden, ohne öffentliche Ausschreibung, auch wenn er die Schwellenwerte überschreitet. Die Dringlichkeitsausnahme gilt aber nur sehr restriktiv.

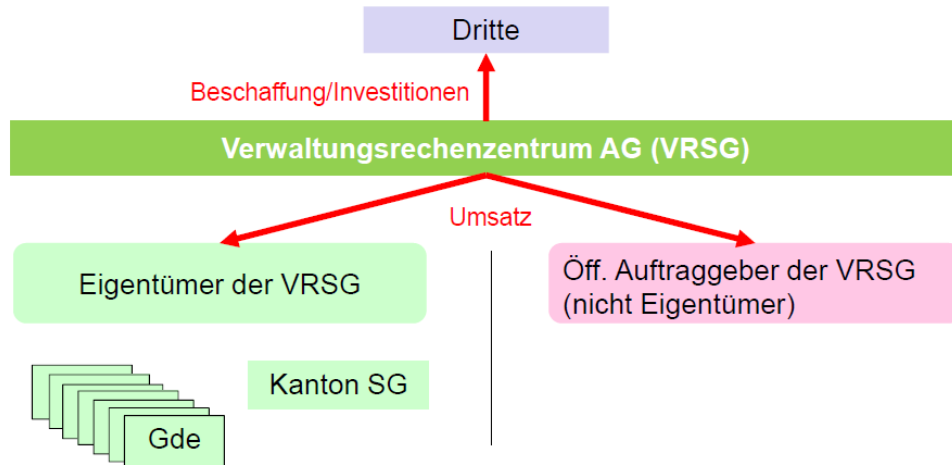
- Die Dringlichkeit ist nur erfüllt, wenn sie (1) nicht durch den Staat/Verwaltung selbst verschuldet ist (durch lange Verwaltungs-/Gesetzgebungsprozesse) und wenn (2) eine Situation höherer Gewalt vorliegt (bspw. Strasse durch Lawine zerstört).
- Der Betrieb wäre ein Dienstleistungsauftrag, der auch ausgeschrieben werden muss.

Subjektiver Geltungsbereich (vereinfacht)

→ Begriffe entstammen dem Völkerrecht (va GPA)

- Subjekte der Zentralverwaltung
- Subjekte der «dezentralen Verwaltung» (Einrichtungen des öffentlichen Rechts EÖR), die eine öffentliche Aufgabe erfüllen und nicht im Wettbewerb stehen (mit der Leistung, die sie erbringen) (Rechtsform ist irrelevant): Da sie keinen Wettbewerbsdruck haben, ist es gerechtfertigt, sie dem Beschaffungswesen zu unterstellen.
 - Staatsgebunden: staatliche Finanzierung, staatlicher Einfluss
 - Tätigkeit im Allgemeininteresse
 - Nicht kommerziell/industriell tätig (nicht Güter/Dienstleistungen am Markt/im Wettbewerb)
- Subjekte (Unternehmen), die in den folgenden Sektoren tätig sind: Wasserversorgung, Strom- und Energieversorgung, öffentlicher Verkehr, Flughafen, Binnenhafen, Post → in gewissen Sektoren sind alle unterstellt: Das sind Sektoren, die stark reguliert sind und auch durch Monopole geprägt sind. Das Völkerrecht sagt, dass alle Einheiten dieser Gebiete dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, da dort wenig Wettbewerb herrscht. Nur wenn ein Staat nachweisen kann, dass in einem Sektor Wettbewerb herrscht, dann kann dieser Sektor ausgeklinkt werden (CH: Fernmelderecht → liberalisierter Markt).

Fallbeispiel «VRSG» (Subjektiver Geltungsbereich)



- Es geht hier um die VRSG. Diese ist vollumfänglich im Eigentum der öffentlichen Hand. Die VRSG bietet IT-Dienstleistungen an die Gemeinden und den Kanton. Gleichzeitig erbringt die VRSG Leistungen an öffentliche Auftraggeber ausserhalb ihrer Eigentümerschaft. Die VRSG hat aber keine privaten Kunden. Nur die öffentliche Hand wird bedient. Die VRSG muss Einkäufe auf dem Markt tätigen. Die Frage ist, ob die VRSG dem Beschaffungsrecht unterstellt ist? Fraglich ist ob, die VRSG der dezentralen Verwaltung angehört. Die VRSG ist Staatsgebunden, da sie vollkommen in der öffentlichen Hand ist. Die Tätigkeit ist im Allgemeininteresse. Dies liegt vor, da die Verwaltung mit der IT umgesetzt wird. Fraglich ist, ob die VRSG dem Wettbewerb untersteht. Entscheidend ist, ob die VRSG sich im Wettbewerb gegen die Konkurrenten behaupten muss, um die Aufträge der Kantone/Gemeinden zu erhalten. Wenn die Kantone/Gemeinden die Aufträge direkt erteilen, ist sie nicht dem Wettbewerb ausgesetzt. Fraglich ist, ob die Eigentümergemeinden und -kantone bei der VRSG frei einkaufen dürfen oder ob sie den Auftrag öffentlich ausschreiben müssen. Es stellt sich die

Frage, ob eine «Quasi-in-house» Beschaffung vorliegt. Die VRSG darf nicht mit mehr als 20% ihres Umsatzes am Markt tätig sein. Entweder die Gemeinden schreiben aus, dann muss die VRSG nicht ausschreiben. Die Gemeinden können direkt die Aufträge erteilen, aber dann untersteht die VRSG dem Beschaffungswesen, da sie keinen Wettbewerbsdruck hat.

VERGABEVERFAHREN

Öffentliches Ausschreibungsverfahren (offenes/selektives Verfahren)

- Ausschreibung, d.h. öffentliche Publikation des Auftrags
- Beschaffungsgegenstand/Technische Spezifikationen (TS)
- Eignungskriterien (EK) (Erfahrung mit ähnlichen Aufträgen) und Zuschlagskriterien (ZK) (Bewertungskriterien: Preis, Qualität, Service, Erfahrung)
- Primärrechtsschutz: unterlegene Anbieter können Beschwerde einlegen und beantragen, dass der Zuschlag aufzuheben sei

Einladungsverfahren

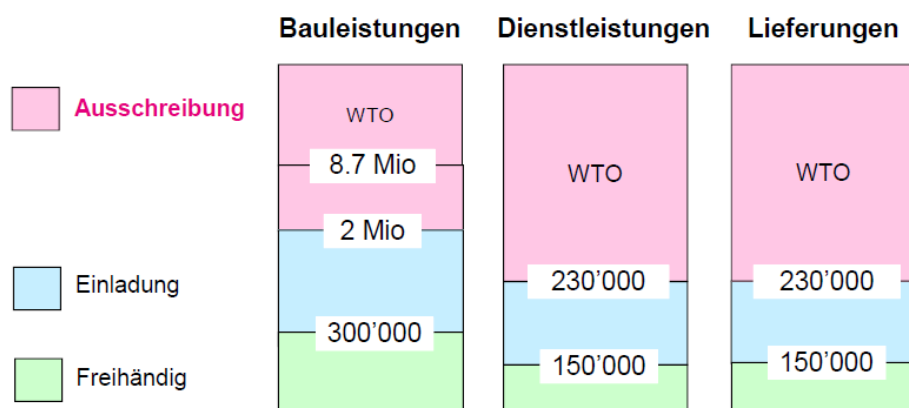
- keine Ausschreibung, Einladung von ausgewählten Anbietern zur Einreichung einer Offerte: Auftraggeber entscheidet frei, welche Anbieter eingeladen werden, ein Angebot einzureichen, es müssen mind. 3 Unternehmen eingeladen werden, der Wettbewerb ist stark eingeschränkt
- Anwendung von TS, EK und ZK
- Sekundärrechtsschutz: Anbieter, die nicht zum Zug gekommen sind, können nur geltend machen, dass eine Verfahrensfehler stattgefunden hat, den Auftrag können sie nicht mehr erhalten → Gericht kann nur feststellen, dass Beschaffungsrecht verletzt wurde

Freihändige Vergabe

- Geltungsbereich: Auftraggeber kann direkt den Auftrag an ein Unternehmen erteilen.
 - Auftragswert zu gering (→ Bagatellbeschaffungen unter Schwellenwert)
 - Es liegt ein Ausnahmegrund vor (Art. 21 Abs. 2 BÖB): Dringlichkeit
- Direktvergabe an eine ausgewählte Anbieterin; kein Konkurrenzverfahren
- Rechtsschutz eingeschränkt auf Rüge des falschen Verfahrens: Vor Gericht kann nur geltend gemacht werden, dass das Freihandverfahren zu Unrecht angewendet wurde.

VERFAHRENSARTEN/SCHWELLENWERTE

Schwellenwerte Bund



→ für öffentliche/private Unternehmen sowie Kantone/Gemeinden gelten andere Schwellenwerte
WTO: Verträge auf dieser Schwelle fallen in den Geltungsbereich des WTO-Recht (GPA)

EIGNUNG UND BEWERTUNG

Art. 27 BöB / IVöB Eignungskriterien EK

¹ Die Auftraggeberin legt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung der Anbieterin abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein.

² Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterin betreffen.

Art. 29 BöB / IVöB Zuschlagskriterien ZK

¹ Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, Verlässlichkeit des Preises, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik.

Die öffentliche Hand soll nicht allein nach dem günstigsten Preis entscheiden. Es soll auch Qualität beachtet werden. Schweizer Preisanbieter sind zu ausländischen Anbietern meist teurer und so soll es zu keiner Benachteiligung kommen.

ZUSCHLAG UND VERTRAGSABSCHLUSS

Zuschlag

- Das «vorteilhafteste» Angebot erhält den Zuschlag
- Publikation des Zuschlags
- Mit Rechtskraft des Zuschlags ist das Beschaffungsverfahren abgeschlossen

Vertragsschluss

- Vertrag darf nur mit Zuschlagsempfänger abgeschlossen werden
- Zuschlag begründet kein Kontrahierungszwang
- Rechtsverhältnis untersteht dem Privatrecht (ausser es wird ein öff-rechtlicher Vertrag abgeschlossen)

RECHTSSCHUTZ

Beschwerde (Stufe Bund)

- Anfechtungsobjekte: insb. Ausschreibung, Zuschlag, Abbruch, Ausschluss
- Rechtsschutz
 - offenes/selektives Verfahren: voller Rechtsschutz
 - Einladungsverfahren: nur Feststellungsbegehren und Ersatz für Aufwand
 - Freihandverfahren: nur Rüge, dass zu Unrecht freihändig vergeben wurde
- Beschwerdefrist 20 Tage
- Aufschiebende Wirkung
 - Nicht automatisch, muss beantragt werden
 - Falls nicht gewährt → Vertrag kann abgeschlossen werden
- Rechtsmittelinstanz bei Beschaffungen des Bundes:
 - Bundesverwaltungsgericht
 - BÖRA Bundesgericht → Voraussetzung: Auftragswert erreicht Schwellenwert der Staatsverträge und Frage von grundsätzlicher Bedeutung (BGG 83 lit. f)

§ 8 Staat als Marktteilnehmer

ÜBERSICHT

1. Begriff der staatlichen Wirtschaftstätigkeit
2. Ordnungspolitischer Rahmen
3. Schranken der staatlichen Wirtschaftstätigkeit
4. Abschlussfall

1. BEGRIFF DER STAATLICHEN WIRTSCHAFTSTÄTIGKEIT

Definition

- «staatliche» → Zuordnung zum Staat aufgrund öffentlicher Beherrschung oder Erfüllung öffentlicher Aufgaben
- «Wirtschaftstätigkeit» → unter Anwendung ökonomischer Arbeitsmethoden werden marktfähige Güter am Markt angeboten
- ausserhalb der Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Beispiel-glarnerSach (BGE 138 I 378 – S. 468)

- Selbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts
 - GlarnerSach verfügt über ein rechtliches Monopol im Bereich der obligatorischen Gebäudeversicherung gegen Feuer- und Elementarschäden (öffentliche Aufgabe)
 - In Konkurrenz zu Privaten: Privathaftpflicht-, Rechtsschutz-, Bau-, Haushalt- und Motorfahrzeugversicherungen sowie Gebäudeversicherungen (Wasser/Glasbruch)
- Einerseits liegt eine Tätigkeit innerhalb der Erfüllung öffentlicher Aufgabe vor. Zudem liegt aber auch eine Tätigkeit ausserhalb der öffentlichen Aufgabe vor.

2. ORDNUNGSPOLITISCHER RAHMEN

Wirtschaftsordnung der Schweiz

Qualifikation in Lehre und Rechtsprechung:

- «Freiheitliche, wettbewerbsorientierte, sozial- und umweltverpflichtete Marktwirtschaft» (Paul Richli)
- «Ordnungspolitischer Grundentscheid für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft» (Vallender/Hettich/Lehne)
- «Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung» (BGE 138 I 378 E. 6.1)

Botschaft zur neuen Bundesverfassung (BBl 1997 I 174):

«Mit der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit spricht sich die Bundesverfassung für eine grundsätzlich **staatsfreie Wirtschaftsordnung** aus, die auf dem Gedanken der Privatautonomie beruht und sich an **marktwirtschaftlichen Prinzipien** orientiert.»

In der Lehre und Rechtsprechung werden aus der Wirtschaftsverfassung der Schweiz zwei Grundsätze abgeleitet:

Grundsatz der Privatwirtschaft

- Wirtschaftliche Tätigkeit ist grundsätzlich den Privaten vorbehalten

Subsidiaritätsprinzip

- Staatliche Wirtschaftstätigkeit nur sofern privates Angebot ungenügend
- Staat hat auf eigene wirtschaftliche Tätigkeit zu verzichten, solange Privatwirtschaft zufriedenstellende Resultate hervorbringt

→ staatliche Wirtschaftstätigkeit steht in einem gewissen Widerspruch

3. SCHRANKEN DER STAATLICHEN WIRTSCHAFTSTÄTIGKEIT

Staatliche Wirtschaftstätigkeit als faktischer Eingriff in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit?

- Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) bietet keinen Schutz vor zusätzlicher Konkurrenz
- Wohl überwiegende Lehre verneint deshalb Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit bei staatlicher Wirtschaftstätigkeit (kein Schutz vor staatlichem Konkurrenten)
- BGE 138 I 378 E. 6.3.1 und 9.1: Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit bietet keinen Schutz vor staatlicher Konkurrenzierung soweit:
 - Staatliches Angebot den für das private Angebot geltenden Regeln unterliegt (darf keine Sonderrechte beanspruchen)
 - Privates Angebot durch staatliche Tätigkeit nicht geradezu verdrängt wird

Grundsatz der Privatwirtschaft

- Wirtschaftliche Tätigkeit ist grundsätzlich den Privaten vorbehalten
- Staatliche Wirtschaftstätigkeit ist rechtfertigungsbedürftig und nur unter Einhaltung verfassungsrechtlicher Voraussetzungen zulässig

Verfassungsrechtliche Voraussetzungen der staatlichen Wirtschaftstätigkeit

- Gesetzliche Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV)
- Öffentliches Interesse (Art. 5 Abs. 2 BV)
- Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV)
- Wettbewerbsneutralität (Art. 94 und 27 BV)

→ Erste drei Voraussetzungen: Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns

Gesetzliche Grundlage:

- Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) erstreckt sich auf gesamte Staatstätigkeit
- staatliche Wirtschaftstätigkeit bedarf gesetzlicher Grundlage
 - Formell-gesetzliche Grundlage notwendig
 - Generell-abstrakt und genügend bestimmt

Spezialitätsprinzip: Sachbereich der staatlichen Wirtschaftstätigkeit ist hinreichend klar zu umschreiben und zu begrenzen

Widerspruch



Unternehmerische Flexibilität → keine zu detaillierte gesetzliche Grundlage

- BGE 138 I 378 E. 7.2: «Insbesondere kann die gesetzliche Grundlage nicht zu detailliert sein, um die unternehmerische Tätigkeit nicht zu behindern [...]. Die gesetzliche Grundlage muss aber zumindest den Sachbereich umschreiben, in welchem die Tätigkeit erfolgen soll.»

Gesetzliche Grundlage – Fallbeispiele:

Ist in den folgenden Fällen das Spezialitätsprinzip erfüllt?

Art. 55 Umfang

¹ Die Glarnersach versichert im Wettbewerb mit den privaten Versicherungsgesellschaften Fahrhabe und Gebäude gegen Feuer- und Elementarschäden sowie weitere Gefahren.

² Der Verwaltungsrat kann die Glarnersach ermächtigen, weitere Versicherungen anzubieten, sofern diese mit den in Absatz 1 versicherten Sachen in Zusammenhang stehen.

Art. 3 Unternehmenszweck

¹ Die Post bezweckt, im In- und Ausland folgende Dienste zu erbringen:

- Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen;
- folgende Finanzdienstleistungen:
 - Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs,
 - Entgegennahmen von Kundengeldern,
 - Konto- und damit zusammenhängende Dienstleistungen,
 - Anlagen im eigenen Namen,
 - weitere Finanzdienstleistungen im Auftrag Dritter;
- Dienste im regionalen Personenverkehr sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen.

² Sie kann alle Rechtsgeschäfte tätigen, die dem Unternehmenszweck dienen, namentlich:

- Grundstücke erwerben und veräußern;
- Gesellschaften gründen;
- sich an Gesellschaften beteiligen;
- Mittel am Geld- und Kapitalmarkt aufnehmen und anlegen.

Sind die folgenden Tätigkeiten der Glarnersach/Post von der gesetzlichen Grundlage gedeckt?

→ Post: Postkartentool gibt es auch von privaten Anbietern, gehört das wirklich unter lit. a

Sind die folgenden Tätigkeiten der Post von der gesetzlichen Grundlage gedeckt?

- Die Post hat sich an Klara und Livesystems beteiligt. Hier kann man sich fragen, ob dies noch von der gesetzlichen Grundlage gedeckt ist. Abacus hat eine Aufsichtsbeschwerde eingereicht, da die Beteiligung an der Klara AG vom Gesetz nicht mehr gedeckt ist. Die gesetzliche Grundlage wird oft

wage gehalten, um unternehmerische Flexibilität zu gewährleisten. Aber man muss auch schauen, dass es keine unkontrollierbare Ausweitung der staatlichen Wirtschaftstätigkeit gibt.

Öffentliches Interesse:

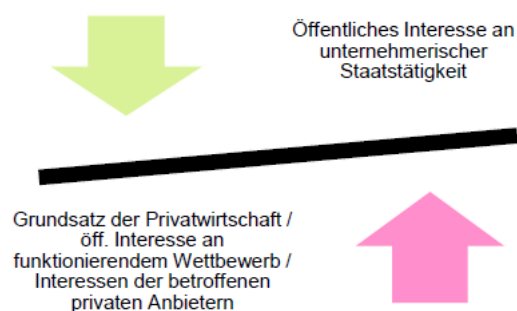
- Staatliche Wirtschaftstätigkeit muss durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV)
- Öffentliches Interesse in höchstem Masse unbestimmter und vager Begriff
- Nur öffentliches Interesse an staatlicher Wirtschaftstätigkeit, falls kein genügendes privates Angebot besteht?

Es besteht nur dann ein öffentliches Interesse an staatlicher Wirtschaftstätigkeit, wenn kein genügendes privates Angebot besteht. Das wird aber verworfen. Also ist staatliche Tätigkeit bereits bei genügendem Angebot auf dem Markt möglich.

- BGE 138 I 378 E. 8.5 und 8.6.2: Bessere Kosten- und Risikoverteilung als zulässiges öffentliches Interesse
- Rein fiskalische Interessen genügen nach herrschender Lehre nicht
- Betriebswirtschaftliche Gründe als zulässige öffentliche Interessen?
 - Corporate-Governance-Regeln des Bundes: öffentliches Interesse an staatlicher Wirtschaftstätigkeit besteht, falls dadurch Effizienzsteigerung bei öffentlicher Aufgabe erreicht wird
 - BGE 138 I 378 E. 8.5 und 8.6.2: Bessere Kosten- und Risikoverteilung als zulässiges öffentliches Interesse

Verhältnismässigkeit:

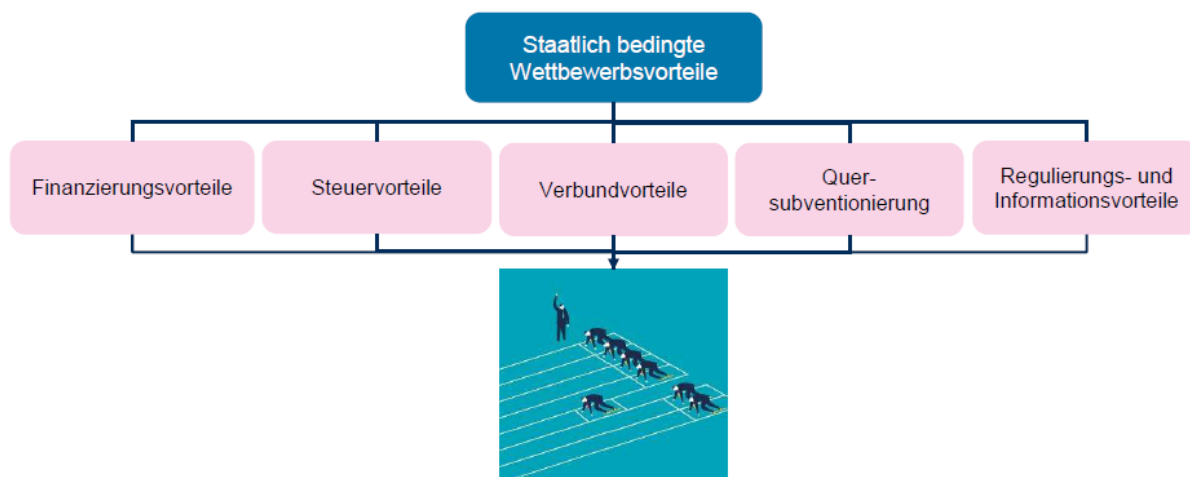
- Prüfung entlang der drei Teilgehalte (Eignung/Erforderlichkeit/Zumutbarkeit) auf Handlungen der Eingriffsverwaltung zugeschnitten
- Teil der Lehre: Staat muss bei Expansion in privatwirtschaftlichen Bereich Mass halten
 - BGE 138 I 378 E. 8.7: Unverhältnismässigkeit, falls Staat wesentlicher Teil der Wirtschaft mit öffentlichen Unternehmen kontrollieren würde.
- Anderer Teil der Lehre: Abwägung der involvierten Interessen muss vorgenommen werden (in der Praxis nicht der Fall)



Wettbewerbsneutralität:

- Vorgabe ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 27 und 94 BV
- Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verlangt, dass staatliche Wirtschaftstätigkeit zu den Wettbewerbsbedingungen erfolgt, wie sie für private Konkurrenten gelten
- Rechtliche und faktische Privilegierungen der staatlichen Wirtschaftstätigkeit sind zu unterbinden
- Was sind mögliche ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile der staatlichen Wirtschaftstätigkeit?

Wettbewerbsneutralität - Staatlich bedingte Wettbewerbsvorteile:



- Informationsvorteile: Ein staatlicher Anbieter hat Zugang zu staatlichen Informationen und Daten, die ein Privater nicht hat. Das bringt ihm Vorteile.

Beispiel: Energieversorgungsunternehmen: Wenn Solar auf dem Dach angeschlossen wird, dann muss man einen Anschluss beantragen. Gleichzeitig kann dann ein staatlicher Anbieter ein Angebot für die Installation der Solarpanels abgeben.

- Finanzierungsvorteile: Staatliche Akteure haben häufig tiefere Finanzierungsaufwände. Der staatliche Anbieter kann auf die genügende Verzinsung des Eigenkapitals verzichten.

Wettbewerbsneutralität – Beispiel Finanzierungsvorteile (Staatsgarantie):

Thurgauer Kantonalbank	Ja (TKBG § 5 Abs. 1)	Die Bank leistet dem Kanton für die Staatsgarantie eine jährliche Abgeltung von 0,5 % der nach dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen erforderlichen Eigenmittel (TKBG § 5 Abs. 2)
Urner Kantonalbank	Ja (UKBG Art. 7 Abs. 1)	Die Bank leistet dem Kanton Uri für die Staatsgarantie eine jährliche Abgeltung (UKBG Art. 7 Abs. 3)
Banque Cantonale Vaudoise	Nein	Keine
Walliser Kantonalbank	Ja (VSKBG Art. 5 Abs. 1)	Die Bank entschädigt diese Garantie durch die jährliche Zahlung eines Betrags an den Staat, der 0,7 Prozent der erforderlichen Eigenmittel im Sinne der Bundesgesetzgebung über die Banken entspricht und aufgrund der Vorjahresrechnung der Bank festgelegt wird. (VSKBG Art. 5 Abs. 2)
Zuger Kantonalbank	Ja (ZGKBG § 4 Abs. 1)	Keine
Zürcher Kantonalbank	Ja (ZKBG § 6 Abs. 1)	Keine
Nidwaldner Kantonalbank	Ja (NKBG Art. 6 Abs. 1)	Die Entschädigung entspricht 0,5 Prozent des gesetzlichen Eigenmittelbedarfs gemäss der Bundesgesetzgebung über die Banken und Sparkassen; massgebend ist jeweils der Bedarf per 30. September. (NKBG Art. 6s Abs. 2)

KPMG, Potentielle Steuerschuld der Kantonalbanken, Zürich 2018, S. 15.

- Kantonalbanken sind im Wettbewerb mit privaten Banken tätig. Verschiedene Kantonalbanken verfügen über eine Staatsgarantie. Der Kanton springt dann ein, wenn die Bank hops gehen würde. Eine Kantonalbank hat einen erheblichen Finanzierungsvorteil. Sie kann zu günstigeren Konditionen Kapital aufnehmen, um diese für die Geschäftstätigkeit zu verwenden.

Wettbewerbsneutralität – Beispiel Steuervorteile:



[Für Zuhause](#) [Für Unternehmen](#) [Über uns](#)

Über uns

IWB ist das Unternehmen für Energie, Wasser und Telekom. Es versorgt und vernetzt seine Kunden in der Region Basel und darüber hinaus: engagiert, kompetent und zuverlässig. IWB ist führend als Dienstleister für erneuerbare Energie und Energieeffizienz.

§ 6 d) Gewerbliche Leistungen

¹ Die IWB erbringen gewerbliche Leistungen nach wirtschaftlichen Grundsätzen gestützt auf dieses Gesetz.

² Die IWB sind zudem berechtigt,

- a) in diesem Gesetz aufgeführte Leistungen auch ausserhalb des Kantonsgebiets zu erbringen;
- b) Energiedienstleistungen, Telekommunikationsdienste und weitere branchennahe Tätigkeiten anzubieten.

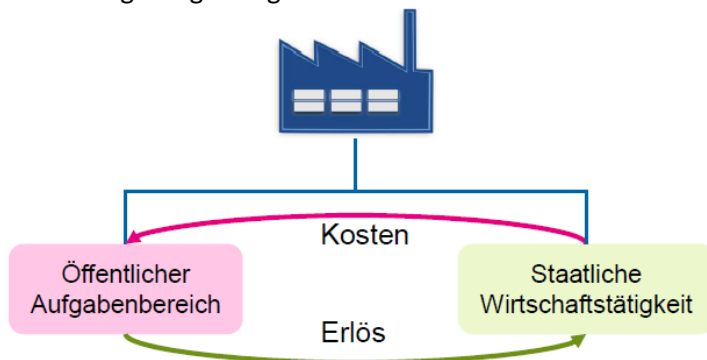
§ 17

¹ Die IWB sind im Kanton Basel-Stadt von allen kantonalen und kommunalen Steuern befreit.

- Die staatliche Wirtschaftstätigkeit wird weniger hoch oder gar nicht besteuert. Die IWB wird dazu ermächtigt, gewerbliche Leistungen zu erbringen (bspw. Internet, Telefonie usw.). Durch die Steuerbefreiung entsteht ein Steuervorteil für die IWB.

Wettbewerbsneutralität – Quersubventionierung:

Definition: innerhalb eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe werden Kosten- oder Erlösverlagerungen zugunsten eines Produktes oder Marktsegmentes vorgenommen



→ Ein öffentliches Unternehmen ist hybrid tätig (öffentliche Aufgabe – privatwirtschaftlicher Tätigkeitsbereich). Kosten vom privatwirtschaftlichen Bereich werden in den öffentlichen Aufgabenbereich verlagert. Es kann auch Erlös verwendet werden, um die privatwirtschaftliche Tätigkeit zu stützen.

Beispiele:

- Öff. Aufgabenbereich trägt Kosten für sämtliche Softwarelizenzen
- Erträge des öff. Aufgabenbereichs decken Defizite des privatwirtschaftlichen Bereichs (vgl. Postauto AG)
- Beispiel Bus Ostschweiz:

Die Bus Ostschweiz AG soll zu hohe Subventionen bezogen haben. Die Unternehmensführung bezeichnete die Vorgehensweise am Donnerstag vor den Medien «aus heutiger Sicht als ungeschickt». Der St. Galler Regierungsrat Beat Tinner sieht Parallelen zu früheren Subventionsaffären.

Die Finanzkontrolle des Kantons St. Gallen hatte im August 2020 festgestellt, dass die Bus Ostschweiz AG vollständig abgeschrieben Busse an ein Tochterunternehmen verkauft hat, wie das Bundesamt für Verkehr (BAV) am Donnerstag mitteilte. Dieses habe die Fahrzeuge von 2012 bis 2019 zu überhöhten Kosten zurück an die subventionierte Muttergesellschaft vermietet.

Es besteht der Verdacht, dass dieses Vorgehen gewählt wurde, um das seit 2011 geltende explizite Verbot von Überabschreibungen zu umgehen. Die Schadenssumme beträgt rund 5,5 Millionen Franken, dazu kommen Zinsen.

Wettbewerbsneutralität – Verbundvorteile:

Definition: Ersparnisse bei den durchschnittlichen Gesamtkosten, die durch einen Zusammenschluss verschiedener Produkte in einem einzigen Unternehmen resultieren

Beispiele:

- EDV



- Marke



- Gebäude



- Die Post bietet auch Papeterieartikel an. Es ist bereits die gesamte Infrastruktur vorhanden und es entstehen nur geringe Zusatzkosten, wenn auch Papeterieartikel zu verkaufen. Auch der Kunde profitiert, wenn er verschiedene Sachen am gleichen Ort kaufen kann (bspw. Gebäudeversicherung und bei der gleichen Versicherung auch eine Zusatzversicherung).
- Problematik: Im privaten Konkurrenzmarkt sind Verbundvorteile unproblematisch, da dies jeder private Anbieter machen kann. Bei staatlichen Angeboten ist das nicht so, da im bspw. im Postbereich ein Monopol besteht. Ein Privater kann nicht dieselben Verbundvorteile realisieren, wie sie den staatlichen Anbietern zur Verfügung stehen. Ein privater Versicherer kann keine Versicherung anbieten, die dem staatlichen Monopol untersteht.

Wettbewerbsneutralität – Beispiel Regulierungsvorteil:

Shopping am Flughafen Zürich

Kantonsräte stellen Sonntagsverkauf am Circle in Frage

62 Kantonsräte haben eine dringliche Interpellation an den Regierungsrat unterschrieben.

Astrit Abazi
Publiziert: 18.11.2020, 14:04



«Das widerspricht unserem Rechtsempfinden»: Die Migros muss ihren Laden beim Zürcher HB sonntags schliessen und schießt scharf gegen den Kanton

Bei der Umsetzung des Arbeitsgesetzes zu den Sonntagsverkäufen widersprechen sich Behörden manchmal gegenseitig. Drei aktuelle Beispiele zu einer heiss umstrittenen Frage.

Auto Fairy
01.10.2019, 08:00 Uhr



Die Migros an der Zollistrasse hat bald nicht mehr täglich geöffnet. (Bild: Jodi Hurn / SFT)

- Die staatliche Wirtschaftstätigkeit profitiert von einer vorteilhaften Regulierung. The Circle, an dem der Flughafen Zürich beteiligt ist, wird zum Flughafen gezählt. Dort besteht eine Ausnahme vom Verbot der Sonntagsöffnung.
- Die Einschätzung des Amts für Wirtschaft des Kantons Zürich ist nicht Teil des Zentrums des öffentlichen Verkehrs des Hauptbahnhofs Zürich darstellt und der Laden muss deshalb am Sonntag geschlossen bleiben. Einem Privatanbieter wird hier eine entsprechende Qualifikation nicht zugestanden.

Wettbewerbsneutralität – Vorgaben gemäss Bundesgericht (BGE 138 I 378 E. 9):

- (Systematische) Quersubventionierungen der privatwirtschaftlichen Tätigkeit aus dem Monopolbereich sind unzulässig
 - Zur Durchsetzung des Quersubventionierungsverbots genügt finanzielle Trennung (buchhalterische, nicht organisatorisch) von Monopolbereich und privatwirtschaftlichem Bereich
 - Faktische Privilegierungen, wie bestehender Kundenkontakt, Möglichkeit Kombiangebote anzubieten sind keine «ins Gewicht fallende» Wettbewerbsverzerrungen
 - Aufsicht durch eine andere Behörde (kt. Regierung anstatt FINMA) stellt keinen Regulierungsvorteil dar, sofern Aufsicht vergleichbar
- Die Voraussetzungen der Wettbewerbsneutralität führen bei der Quersubventionierung zu einer Einschränkung. Aber Regulierungsvorteile/Verbundvorteile usw. sind zulässig, wenn sie nicht zu schwerwiegend sind. Die Rechtsprechung hat dies nicht so konkret ausgestaltet.

Gesetzliche Vorgaben:

- Querschnittsgesetze (KG, UWG, PüG, FHG, BöB)
 - KG: Missbrauchstatbestände (Art. 7 KG) erfassen Wettbewerbsverzerrungen nicht vollumfänglich und greifen nur bei marktbeherrschender Stellung
 - FHG: Begünstigt Nutzung von Verbundvorteilen
 - BöB: Ausschluss vom Vergabeverfahren bei Verletzung der Wettbewerbsneutralität (BGE 143 II 425)
- Spezialgesetze (z.B. StromVG, PG, RTVG, MetG, neu auch GasVG)
 - StromVG: Buchhalterische und informatorische Entflechtung (Art. 10 Abs. 1 und 2 StromVG)
 - PG/VPG: ökonomisch fundiertes Quersubventionierungsverbot

- RTVG: Meldepflicht vor Aufnahme privatwirtschaftlicher Tätigkeiten (Art. 29 RTVG)

4. ABSCHLUSSFALL

Sachverhalt:

Die Stadtwerke der Stadt Amselwil im Kanton H. sind seit der (teilweisen) Strommarktliberalisierung mit sinkenden Erträgen konfrontiert. Der Stadtrat und die Unternehmensleitung sind der Ansicht, dass die Stadtwerke ihr Betätigungsfeld erweitern sollen. Zukünftig sollen die Stadtwerke einen Verkaufsladen mit einem breiten Sortiment an Haushalts- und Elektronikgeräten (u.a. Kühlschränke, Geschirrspüler, Bügeleisen, Fritteusen, Grills, Kaffeemaschinen, Staubsauger) betreiben. Als Verkaufsräumlichkeiten können dabei die bestehenden Gebäude der Stadtwerke genutzt werden. Ebenfalls erhofft sich der Stadtrat eine bessere Auslastung der Stadtwerk-Mitarbeiter infolge des erweiterten Angebots. Allfällige Defizite aus dem Betrieb des Ladens werden von der Stadt gedeckt. Die Stadtwerke sind als öffentlich-rechtliche Anstalt von der Steuerpflicht ausgenommen.

Frage:

Ist die geplante Ausweitung der Tätigkeit der Stadtwerke rechtmässig?

- Die Stadtwerke werden privatwirtschaftlich tätig und treten in Konkurrenz zu privaten Anbietern. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen müssen erfüllt sein. Eine gesetzliche Grundlage wird angenommen. Ein öffentliches Interesse kann in der besseren Auslastung der Stadtwerkmitarbeiter angeschaut werden. Bezüglich der Verhältnismässigkeit wird keine grosse Abwägung bezüglich der Interessen vorgenommen.
- Bezüglich der Wettbewerbsneutralität gibt es mehrere Probleme. Verbundvorteile sind keine Verletzung der Wettbewerbsneutralität, sofern sie nicht zu gewichtig sind. Staatsgarantien bei bspw. Nationalbanken werden akzeptiert.