

Allgemeines Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Felix Uhlmann

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre



Universität Zürich

AVR – VL19

HS 2021

Monopole

§ 40



Begriff

Ein staatliches Monopol liegt vor, wenn der Staat das Recht hat, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss aller anderen Personen auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen.

Arten

1. Unterscheidung nach rechtlicher Grundlage
 - a) Rechtliches Monopol
 - i. Unmittelbar rechtliches Monopol
 - ii. Mittelbar rechtliches Monopol
 - b) Faktisches Monopol
2. Unterscheidung nach Zielsetzung
 - a) Infrastrukturmonopol
 - b) Polizeimonopol
 - c) Sozialmonopol

Art. 27 BV Wirtschaftsfreiheit

- 1 Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.
- 2 Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.

Art. 94 BV Grundsätze der Wirtschaftsordnung

- 1 Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.
(...)
- 4 Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

Schutzrichtung

Art. 27 und Art. 94 BV schützen ...

- ... vor Monopolisierung (schwerer Grundrechtseingriff)
- ... nicht: gegen historische Monopole der Kantone
- ... nicht: Anspruch auf Freigabe des Monopols
- ... nicht: Anspruch auf Tätigkeit im Monopolbereich
- ... vor unzulässiger Quersubventionierung aus dem Monopol in den Wettbewerbsbereich (BGE 138 I 378 ff.)

Bestattungswesen im Kanton Zürich (BGE 143 I 388 ff.)

"Die Monopolisierung ist des Weiteren aus überwiegenden *sozialpolitischen* und *polizeilichen* Gründen gerechtfertigt. Die Wurzeln des Bestattungswesens als öffentliche Aufgabe des Gemeinwesens liegen in seiner Säkularisierung. Ausgehend von der Überlegung, dass gemäss "Sitte sämtlicher gebildeter Völker" dem Leichnam Achtung gebührt [...] wurde das Begräbniswesen nicht mehr als religiös, sondern als bürgerlich (im Sinne von "weltlich" [...]) eingestuft, und dem Gemeinwesen aus Gründen der Menschenwürde die Aufgabe übertragen, dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich begraben werden kann [...] Seit Inkrafttreten raumplanungs- und gewässerschutzrechtlicher Vorschriften insbesondere rechtfertigt sich eine Monopolisierung des Bestattungswesens auch aus polizeilichen Gründen, wird auf diesem Weg doch zuverlässig verhindert, dass etwa öffentliche Gewässer als Entsorgungsstätten für Urnen mit Totenasche zweckentfremdet werden [...]"

Konzessionen

§ 41



1. Begriff

Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache.

2. Rechtsnatur

Mitwirkungsbedürftige Verfügung oder verwaltungsrechtlicher Vertrag (gemischter Akt).

3. Einräumung eines wohlerworbenen Rechts

4. Anspruch auf Erteilung der Konzession?

5. Pflichten des Konzessionärs

Ausübungspflicht, Abgabepflicht, weitere Pflichten

6. Beendigung und Übertragbarkeit

Ablauf (Sondernutzungskonzessionen sind stets zu befristen: BGE 145 II 140,152), Rückkauf, Verwirkung, Verzicht, Enteignung, Übertragung (eingeschränkt, vgl. BGE 132 II 485 ff.)

7. Verfahren

Ausschreibung (Kantone, vgl. Art. 2 Abs. 7 BGBM)

BGE 132 II 485 ff., 507 E. 7.4.2 (vgl. auch § 13)

"Selbst wenn mit der Konzession vermögenswerte Rechte verbunden wären [...], würden diese damit nicht zwingend zu einem handelbaren Gut. Die Übertragung verwaltungsrechtlicher Rechte und Pflichten bildet im öffentlichen Recht die Ausnahme. Die Übertragung einer Konzession ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn dies im anwendbaren Spezialgesetz vorgesehen ist, wobei die Übertragbarkeit regelmässig von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängt. [...]"

Art. 9 FMG lässt zwar in diesem Sinne die Konzessionsübertragung mit Einwilligung der Kommunikationskommission zu. Der Vorbehalt einer solchen Einwilligung belegt aber, dass nicht von einem freien Recht auf Übertragung ausgegangen werden kann, sondern dass über die Genehmigung oder Verweigerung der Übertragung unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks bzw. der entsprechenden öffentlichen Interessen sowie unter Wahrung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze zu entscheiden ist. In der Konzessionsurkunde wurde konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen eine Übertragung in Frage käme. Diese Voraussetzungen, die den vom Fernmeldegesetz verfolgten öffentlichen Interessen dienen, sind vorliegend nicht erfüllt."



Konzession Arnibach (OW)

Konzession zur Ausnützung der Wasserkraft des Arnibachs, Tal der Waldemme, Gemeinde Giswil vom 11. Dezember 2007 (752.54)

Art. 1 Umfang der Konzession [...]

Art. 2 Dauer der Konzession [...]

Art. 3 Beendigung der Konzession

¹ Die Konzession erlischt:

- a. wenn die Konzessionsnehmerinnen darauf verzichten;
- b. nach Ablauf der Dauer, wenn sich die Konzessionsnehmerinnen nicht für eine neue Konzession beworben haben;
- c. wenn ein höheres öffentliches Interesse einer weiteren Nutzung der Wasserkraft des Arnibachs entgegensteht.

² Die Konzession wird verwirkt:

- a. wenn die Konzessionsnehmerinnen wichtige Pflichten trotz Mahnung gröblich verletzen;
- b. wenn die Anlage während zwei Jahren ununterbrochen nicht betrieben wird, es sei denn, die Ursache für den Unterbruch nicht von den Konzessionsnehmerinnen zu verantworten ist. [...]

Konzession Arnibach (OW)

Art. 4 Übertragung der Konzession

¹ Jede Übertragung der Konzession auf einen Rechtsnachfolger oder einen Dritten bedarf der Zustimmung des Regierungsrats.

² Dem Kanton Obwalden wird im Falle einer beabsichtigten Übertragung an einen Dritten ein Vorkaufsrecht an den Anlagen eingeräumt.

Art. 5 Restwasser [...]

Art. 6 Bau- und Unterhaltungspflichten [...]

Art. 7 Bau- und Unterhaltungspflichten an den Fliessgewässern [...]

Art. 8 Starkstrominspektorat [...]

Art. 9 Zutrittsrecht [...]

Art. 10 Haftung [...]

Art. 12 Vorbehalt der Gesetzgebung [...]

Neue Bestimmungen der künftigen eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung bleiben vorbehalten.

Art. 13 Konzessionsgebühr [...]

Art. 14 Streitigkeiten aus dem Konzessionsverhältnis [...]

Personenbeförderungskonzession (Beispiel) § 41

Art. 87 BV (Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger)

Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.

Art. 1 PBG (Geltungsbereich)

- ¹ Dieses Gesetz regelt die dem Regal unterstehende Personenbeförderung sowie die Nutzung der dafür verwendeten Anlagen und Fahrzeuge.
- ² Das Personenbeförderungsregal umfasst die regelmässige und gewerbmässige Personenbeförderung auf Eisenbahnen, auf der Strasse und auf dem Wasser sowie mit Seilbahnen, Aufzügen und anderen spurgeführten Transportmitteln.

Personenbeförderungskonzession (Beispiel) § 41

Art. 6 Personenbeförderungskonzessionen

- 1 Der Bund kann Unternehmen nach Anhörung der betroffenen Kantone für die gewerbsmässige Beförderung von Reisenden mit regelmässigen Fahrten Personenbeförderungskonzessionen (Konzessionen) erteilen. (...)

Art. 9 Voraussetzungen für die Erteilung, den Entzug und den Widerruf von Konzessionen und Bewilligungen

- 1 Das um eine Konzession oder Bewilligung ersuchende Unternehmen muss über die für die Benützung der Verkehrswege und Haltestellen erforderlichen Bewilligungen verfügen. (...)
- 2 Das Unternehmen muss nachweisen, dass:
 - a) die geplante Transportleistung zweckmässig und wirtschaftlich erbracht werden kann und insbesondere keine wesentlichen Interessen der Raumplanung und des Umweltschutzes entgegenstehen;
 - b) für das bestehende Angebot anderer Transportunternehmen keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen, (...);
 - c) das Unternehmen über alle Rechte verfügt, die für die Benutzung der Verkehrswege erforderlich sind;
 - d) das Unternehmen für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen Gewähr bietet; (...)

→ Woraus wird ersichtlich, dass es sich beim Recht auf Personenbeförderung um eine Konzession handelt?



	Rechtsnatur	Anspruch auf Erteilung	Begründung wohlerworbener Rechte
Bewilligungen	Verfügung		
Polizeierlaubnis		Ja	Nein
Ausnahmebewilligung		Teils	Nein
Wirtschaftspolitische Bewilligung		Nein	Nein
Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch		Bedingt	Nein
Konzessionen	Verfügung/Vertrag		
Monopolkonzession		Nein	Ja
Sondernutzungskonzession		Nein	Ja

1. Begriff

Erlaubnis des Gemeinwesens zu einer bestimmten Tätigkeit, oft zum Schutz polizeilicher Interessen

2. Rechtsnatur und Arten

Verfügung (Polizeibewilligung, Ausnahmegewilligung, wirtschaftspolizeiliche Bewilligung, gesteigerter Gemeingebrauch)

3. Keine Einräumung eines wohlerworbenen Rechts

4. (Oft) Anspruch auf Erteilung der Bewilligung

5. Pflichten

Keine Ausübungspflicht. Einhaltung Voraussetzungen u. Auflagen

6. Beendigung und Übertragbarkeit

Ablauf, Verzicht oder Widerruf. Keine Übertragbarkeit, wenn von persönlichen Voraussetzungen abhängig.

7. Verfahren

Verwaltungsverfahren, meist Gesuchstellung

Anwaltsgesetz vom 14. Februar 2006 (BR 310.100)

Art. 9 Prüfung

¹ Durch die Anwaltsprüfung soll sich die Bewerberin oder der Bewerber über die für den Anwaltsberuf erforderlichen theoretischen und praktischen Kenntnisse ausweisen.

² Die Prüfung besteht aus einem schriftlichen und einem mündlichen Teil. Sie ist praxisbezogen auf das eidgenössische und kantonale Recht zu gestalten.

³ Die Anwaltsprüfung kann zweimal wiederholt werden. Prüfungsversuche in anderen Kantonen werden mitgezählt.

Art. 10 Voraussetzungen

¹ Die Aufsichtskommission lässt Personen zur Prüfung zu, welche

- a) * das schweizerische Bürgerrecht besitzen oder rechtmässig in der Schweiz wohnen und berechtigt sind, selbstständig erwerbstätig zu sein;
- b) die zu diesem Zeitpunkt erfüllbaren fachlichen und persönlichen Voraussetzungen gemäss BGFA¹⁾ nachweisen und
- c) ein mindestens einjähriges Anwaltspraktikum unter Aufsicht einer Anwältin oder eines Anwaltes im Kanton Graubünden absolviert haben.

Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG)¹

700

vom 22. Juni 1979 (Stand am 1. Januar 2019)

Art. 24⁴⁹ Ausnahmen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen

Abweichend von Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a können Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren Zweck zu ändern, wenn:

- a. der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert; und
- b. keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR SR 832.10)

Art. 55a¹⁵⁰ Beschränkung der Anzahl Ärzte und Ärztinnen,
die im ambulanten Bereich Leistungen erbringen

¹ Die Kantone beschränken in einem oder mehreren medizinischen Fachgebieten oder in bestimmten Regionen die Anzahl der Ärzte und Ärztinnen, die im ambulanten Bereich zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung Leistungen erbringen. Wenn ein Kanton die Anzahl Ärzte und Ärztinnen beschränkt, dann sieht er vor:

- a. dass Ärzte und Ärztinnen nur zugelassen werden, solange die entsprechende Höchstzahl nicht erreicht ist;
- b. dass die Anzahl folgender Ärzte und Ärztinnen auf die entsprechende Höchstzahl beschränkt ist:
 1. Ärzte und Ärztinnen, die ihre Tätigkeit im ambulanten Bereich eines Spitals ausüben,
 2. Ärzte und Ärztinnen, die ihre Tätigkeit in einer Einrichtung nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe n ausüben.

807.100

Strassengesetz des Kantons Graubünden (StrG)

Vom 1. September 2005 (Stand 1. Januar 2016)

Art. 12 Gesteigerter Gemeingebrauch, Sondernutzung

¹ Jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benützung oder Beanspruchung der Strassengrundstücke oder der Nebenanlagen von Nationalstrassen bedarf einer Bewilligung des Tiefbauamtes. *

² Eine Konzession der Regierung ist erforderlich für langfristige, besonders intensive Benützungen der Strassengrundstücke oder der Nebenanlagen von Nationalstrassen. *



1. Begriff

Meldung einer bestimmten Tätigkeit, damit das Gemeinwesen bei Bedarf intervenieren kann (Kontrollinstrument)

2. Rechtsnatur

Blosse Meldung, Kenntnisanzeige der Behörde (Realakt), z.T. als eine Art "kleine Schwester" der Bewilligung

3. Tätigkeit wird auf Zusehen hin toleriert

4. Anspruch auf Aufnahme der Tätigkeit

5. Pflichten

Einhaltung gesetzlicher Vorgaben

6. Beendigung und Übertragbarkeit

Zulässig bis zur Intervention der Behörden. Kaum Übertragung (kein eigentliches Recht), sondern i.d.R. neue Meldung

7. Kein formalisiertes Verfahren