



Wettbewerbsrecht I

1. Teil: Grundlagen

§ 1 Begriff von Wettbewerb und Wirtschaftsrecht

§ 2 Grundsätzliche Koordinationsmodelle –
Wirtschaftstypen

§ 3 Wettbewerbswirtschaft und Verfassungsrecht



Wettbewerbsrecht I

§ 3 Wettbewerbswirtschaft und Verfassungsrecht

- I. **Wirtschaftsverfassung**
- II. Verfassungskonformität der Wirtschaftspolitik
- III. Zielkonflikte



Wirtschaftsverfassung

im formellen Sinn:

Jener Teil der Staatsverfassung, der das wirtschaftsorganisatorische Grundmodell konstituiert.

im materiellen Sinn:

Gesamtheit der Rechtssätze, welche das wirtschaftsorganisatorische Grundmodell umsetzen.



- **Mittelalter und Neuzeit:**
 - Staatliche Zwänge (Konzessionssystem)
 - Korporative Zwänge (Zunftwesen)
- **Ab 19. Jahrhundert:**
 - Gewerbefreiheit und freier Wettbewerb
 - Keine staatlichen Interventionen (auch nicht zur Korrektur)
- **BV 1848:** Wirtschaftliche Freiheiten bleiben auf Kantonsebene geregelt.



- **BV 1874:**
 - Handels- und Gewerbefreiheit
 - Fabrikgesetz 1877 (Arbeitsschutz)
- **Selbsthilfeverbände (Kartelle):** Die öffentlichrechtliche Wirtschaftsfreiheit wurde privatrechtlich wieder aufgehoben.



Geschichte der Wirtschaftsverfassung

- **„Neue Wirtschaftsartikel“ von 1947:**
 - Vorbehalt wirtschaftspolitischer bzw. grundsatzwidriger Eingriffe (Art. 31^{bis} Abs. 2 und 3 aBV)
 - Vorbehalt des weiteren Ausbaus der Sozialgesetzgebung (Art. 34^{ter}, 31^{quinquies} aBV)
 - Monopole zu Gunsten der Kantone (Art. 31 Abs. 2 aBV)
- ➔ Verfassungsrechtliche Grundlage für Massnahmen, die zuvor auf Notrecht gestützt waren.



Wirtschaftsverfassung

Zur Wirtschaftsverfassung gehören:

- Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)
- Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)
- Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV)
- Abschnitt "Wirtschaft" (Art. 94 ff. BV)



Wirtschaftsverfassung

sowie beispielsweise:

- Abschnitt "Öffentliche Werke und Verkehr"
(Art. 81 ff. BV)
- Abschnitt "Energie und Kommunikation"
(Art. 89 ff. BV)
- Abschnitt "Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit
und Gesundheit"
(Art. 108 ff. BV)



Wettbewerbsrecht I

§ 3 Wettbewerbswirtschaft und Verfassungsrecht

- I. Wirtschaftsverfassung
- II. Verfassungskonformität der Wirtschaftspolitik**
- III. Zielkonflikte



Art. 94 Grundsätze der Wirtschaftsordnung

- 1 Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.
- 2 Sie wahren die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft und tragen mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung bei.
- 3 Sie sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft.
- 4 [...]



Wirtschaftsfreiheit

Terminologische Bemerkung:

In der alten BV hiess die Wirtschaftsfreiheit "Handels- und Gewerbefreiheit".



Konfliktpotential

- ➔ Möglichkeit von Konflikten der Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit mit anderen Zielen.
- **Art. 100 BV Konjunkturpolitik**
- **Art. 101 BV Aussenwirtschaftspolitik**
- **Art. 102 BV Landesversorgung**
- **Art. 103 BV Strukturpolitik**
(s. auch die Übergangsbestimmung zu "Bedürfnisprüfungen" in Art. 196 Nr. 7 BV)
- **Art. 104 BV Landwirtschaft**



Konfliktpotential

- **Art. 41 BV Sozialziele**
- **Art. 74 BV Umweltschutz**
- **Art. 108 ff. BV** ("Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit"), **z.B.:**
 - Art. 109 BV Mietwesen
 - Art. 110 BV Arbeit



Wirtschaftsfreiheit

Drei Erscheinungsformen der Wirtschaftsfreiheit:

1. Grundrecht (Art. 27 BV)
2. Institutionelle Garantie (Art. 94 BV)
3. Binnenmarktfunktion (Art. 95 BV)



1. Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht

Aus Art. 27 BV folgt:

- Konkurrenten haben einen verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung, insbesondere auf gleiche Marktzutrittschancen.
 - Grundsätzlich unzulässig sind Massnahmen, die bestimmten Marktteilnehmern vorteilhafte Positionen verschaffen, oder die einen Markt abriegeln und neue Konkurrenz behindern.
 - Belastende Vorschriften (z.B. zum Umweltschutz) müssen gleichermassen Newcomern und etablierten Unternehmen auferlegt werden (s. z.B. BGE 125 II 129, 149 ff.).
- ➔ *Grundsatz der **Wettbewerbsneutralität** staatlichen Handelns*



2. Wirtschaftsfreiheit als institutionelle Garantie

Art. 94 Grundsätze der Wirtschaftsordnung

[...]

- 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.

Wie ist diese Ausnahmenvorschrift zu verstehen?



Prüfungsfolge

Zu unterscheiden ist zwischen:

- **grundsatzwidrigen Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit**
 - ➔ Hier sind (neben Art. 36 BV) die Anforderungen aus Art. 94 Abs. 4 BV zu erfüllen.

- **grundsatzkonformen Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit**
 - ➔ Hier ist nur die allgemeine Schrankenordnung des Art. 36 BV zu respektieren.

Wie unterscheidet man zwischen diesen beiden Formen?



- s. Wortlaut von Art. 94 Abs. 4 BV: "Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten"
- Ferner: "Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder sonst wie den Wettbewerb verzerren, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen oder eine staatliche Bedürfnislenkung zu betreiben, oder generell Massnahmen mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung"
(BGer, 17.5.2011, 2C_940/2010 *Taxiverordnung Zürich*)

Grundsatzkonforme Einschränkungen



- "andere im öffentlichen Interesse begründete Massnahmen, wie namentlich gewerbepolizeilich, sozialpolitisch, umweltpolitisch und gleichwertig begründete Einschränkungen"
(BGer, 17.5.2011, 2C_940/2010)

Beispiele: Kantonale bzw. kommunale Monopole im Bereich Kehrtafelfahrt, Friedhofswesen, Plakatanschlag etc.

- "Bei der Beurteilung, ob eine grundsatzkonforme Einschränkung oder eine grundsatzwidrige Abweichung vorliegt, sind nicht nur die Motive der betreffenden Regelung, sondern auch deren Auswirkungen zu beurteilen."
(BGer, 17.5.2011, 2C_940/2010)



Prüfungsfolge

Grundsatzkonforme Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit

- allgemeine Schrankenordnung des Art. 36 BV

Grundsatzwidrige Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit

- Art. 94 Abs. 4 BV:
 - ausdrücklich in BV vorgesehen (Art. 100 Abs. 3, 101 Abs. 2, 102 Abs. 2, 103 S. 2, 104 Abs. 2 BV)
 - kantonale Regalrechte
- allgemeine Schrankenordnung des Art. 36 BV



Art. 94 Abs. 4 BV

- **Kantonale Regalrechte, z.B.:**
 - Gebäudeversicherungen
 - Wasserversorgung
 - Schornsteinfeger
 - Salzmonopol

- **keine ausdrückliche Regelung in der Verfassung des Kantons Zürich, aber:**
 - Gesetz über das Salzregal (Salzgesetz)
 - Bergwerkregal (§§ 148-150 EG zum ZGB)



Art. 94 Abs. 4 BV

Art. 52 Verfassung des Kantons Bern

- 1 Die Regalrechte des Kantons sind:
 - a. das Salzregal;
 - b. das Wasserregal;
 - c. das Bergregal einschliesslich der Nutzung der Erdwärme;
 - d. das Jagd- und Fischereiregal.
- 2 Die bestehenden Privatrechte bleiben vorbehalten.
- 3 Die Regalrechte geben dem Kanton das ausschliessliche Recht zur Nutzung. Er kann dieses Recht den Gemeinden oder Privaten übertragen.



Art. 94 Abs. 4 BV

§ 38 Verfassung des Kantons Basel-Stadt

1 Der Staat übt die Hoheit über den öffentlichen Boden, die öffentlichen Gewässer und den Luftraum aus.

2 Dem Kanton steht die ausschliessliche Nutzung der Bodenschätze, der Erdwärme und des Salzverkaufs zu.

3 Der Kanton kann diese Befugnisse selbst ausnützen oder auf die Gemeinden oder Dritte übertragen.

4 Den Gemeinden stehen das Jagd- und Fischereiregal zu. Bestehende Privatrechte bleiben vorbehalten.

5 Der Kanton kann durch Gesetz im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit weitere Monopole errichten.



Beispiel: Das Salzmonopol

- Interkantonale Vereinbarung über den Salzverkauf
- Salz aus den Rheinsalinen (Schweizerhalle BL, Riburg AG) für Speisen, Maschinen, Strasse
- Kantone sind Aktionäre der Rheinsalinen
Ausnahme: Waadt mit Salzbergwerk in Bex
- Für den Import von Salz ist eine Bewilligung erforderlich.
Kritik: Im Winter 2010/11 kam es zu Engpässen beim Streusalz.
- (Teil-)Liberalisierung?



Tragweite des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit

- Volle Tragweite gegenüber **kantonalen** Massnahmen
- Allerdings eingeschränkte Kognition im Bereich der grundsatzkonformen Einschränkungen, s. BGE 116 Ia 348 f., E. 5:

„Ob ein solches grundsatzkonformes öffentliches Interesse an einer Massnahme besteht und ob es als überwiegendes Interesse den Eingriff zu rechtfertigen vermag, prüft das Bundesgericht grundsätzlich frei. Es auferlegt sich jedoch eine gewisse Zurückhaltung, wenn es in erster Linie den kantonalen Behörden zusteht, die als notwendig erachteten Massnahmen zu ergreifen [...].“



Tragweite des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit

- **Eingeschränkte Tragweite gegenüber Massnahmen des Bundes:**
Art. 190 BV, Massgeblichkeit der Bundesgesetze (und des Völkerrechts)
- **Aber verfassungskonforme Auslegung**
BGE 122 III 469 E. 5 f.:
„Sind mehrere Auslegungen möglich, ist diejenige zu wählen, die verfassungskonform ist. Obwohl das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen nicht überprüfen kann (Art. 190 BV), geht es nämlich davon aus, dass der Gesetzgeber keine verfassungswidrigen Lösungen vorschlägt, ausser das Gegenteil würde klar aus dem Wortlaut oder dem Sinn des Gesetzes hervorgehen.“



3. Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsfreiheit

Die Wirtschaftsfreiheit hat schliesslich eine Binnenmarktfunktion:

Art. 95 Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit

1 [...]

2 [Der Bund] sorgt für einen einheitlichen schweizerischen
Wirtschaftsraum. [...]

→ Binnenmarktgesetz (BGBM)

s. hierzu *Gammenthaler*, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den
Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht,
Jusletter 26. September 2011



Fallbeispiel

Zürcher Taxiverordnung

- BGer, 17.5.2011, 2C_940/2010
 - Das Zürcher System fester Taxitarife wurde mit dem Schutz der Kunden vor Übervorteilung gerechtfertigt.
 - BGer: Es kann gerechtfertigt sein, Maximaltarife einzuführen. Es ist aber nicht einzusehen, "weshalb zum Schutze vor Übervorteilung der Kunden eine Tarifordnung erforderlich sein soll, die einheitliche Tarife und auch Mindestpreise vorschreibt."
 - Es ist nicht Aufgabe des Gemeinwesens, ein Überangebot an Taxis durch ein System von Mindestpreisen aufrechtzuerhalten: "In der Möglichkeit, billigere Tarife anzubieten als die Konkurrenz, liegt [...] das wesentliche Element der von Art. 94 BV geschützten Wettbewerbsordnung."



Fallbeispiel

Zürcher Taxiverordnung

- "Die streitige Tarifordnung ist direkt gegen den Wettbewerb gerichtet und stellt eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit dar." Ein rechtfertigendes Regalrecht existiert nicht.

Anmerkung: Die verbindliche Festlegung von Maximaltarifen hatte das Bundesgericht in einem älteren Entscheid gebilligt (BGE 99 Ia 389).



Fallbeispiel

Zürcher Taxiverordnung

- Vermittlungsverbot für Fahrten aus Zürich gegenüber Taxifahrern ohne Stadtzürcher Bewilligung (um Ortskenntnis zu garantieren) ist ebenfalls rechtswidrig (Art. 2 und 3 BGBM): Der Binnenmarkt wäre in Gefahr, wenn dies alle Gemeinden täten.
- ➔ Das Urteil enthält grundsätzliche Ausführungen zur Wirtschaftsfreiheit und zum BGBM. **Lesen!**
- ➔ s. auch *J. Reich*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Rahmenbedingungen der Regulierung des Taxigewerbes, Jusletter v. 18.7.2011



Wirtschaftsverfassung - Fazit

- **Erste Phase:** Staat ermöglicht private Betätigung
- **Zweite Phase:** Staat greift regulierend und korrigierend ein:
 - Polizeirecht
 - Arbeitsschutzrecht
 - zwingendes Privatrecht
 - Sicherung der Wettbewerbswirtschaft
(KG, UWG, PüG)



Wirtschaftsverfassung - Fazit

- **Dritte Phase:** Hinzu treten:
 - Konjunkturpolitik
 - Strukturpolitik
 - Sozialpolitik
 - Umweltschutz
- ➔ **Wirtschaftsrecht:** Recht wird als Gestaltungsmittel betrachtet. Funktionale Betrachtung auch des Privatrechts.



Wirtschaftsverfassung - Fazit

- Dem Wettbewerb drohen Gefahren von *staatlicher* und *privater* Seite.
- Der **Staat** muss die Voraussetzungen für privatautonomes Handeln schaffen, und zwar *national* und *international*.
- Der Wettbewerb muss auch vor Beschränkungen und Verfälschungen von **privater** Seite geschützt werden.



Wettbewerb als Aufgabe

Abbau staatlicher Beschränkungen

National:

- Wirtschaftsverfassungsrecht (1. Teil)
- Binnenmarktgesetz
- BGFA
- THG
- BöB

International (2. Teil)

- WTO
- Multilaterale Verträge
- Bilaterale Verträge CH-EU
- Bilaterale Verträge mit anderen Staaten

Vorkehrungen gegen Verfälschungen durch Private (nämlich durch Unternehmen)

Bestand des Wettbewerbs
KG (3. Teil)

Qualität des Wettbewerbs
UWG (5. Teil)

Preisüberwachung
PüG (4. Teil)



Ausblick – Gang der Vorlesung

Terminologische Bemerkung:

Der Begriff "Wettbewerbsrecht" hat zwei mögliche Bedeutungen:

- Wettbewerbsrecht i.w.S.: KG (mit PüG) *und* UWG
- Wettbewerbsrecht i.e.S.: nur UWG

→ Diese Vorlesung behandelt nicht nur das Wettbewerbsrecht (i.w.S.), sondern auch den allgemeinen wettbewerbsrelevanten Ordnungsrahmen (1. und 2. Teil).