

2. Vordiplom (Nicht-Juristen / Juristen)

Herbst 2002

Fach: Recht / Öffentliches Recht

Teilgebiet: Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht

Verantwortlich: Prof. Dr. Klaus A. Vallender

Bearbeitungszeit: 90 Minuten

Maximal erreichbare Punktzahl: 20 Punkte

Allgemeine Bemerkung zur Korrektur: Grundsätzlich wurde bei der Korrektur darauf geachtet, ob sinnvolle, begründete, logisch strukturierte und in sich schlüssige Argumente vorgebracht wurden. Dies heisst einerseits, dass blossse Nennungen und unzusammenhängende Stichworte nicht oder nur eingeschränkt bewertet wurden. Andererseits wurden Punkte auch dann vergeben, wenn die Antwort zwar von der Musterlösung abwich, aber die Ausführungen dennoch sachgerecht und nachvollziehbar waren.

Aufgabe 1 (6 Punkte)

Gemäss Art. 3 des Architektengesetz des Kantons K darf im Kanton als Architekt nur tätig sein, wer im kantonalen Architektenregister eingetragen ist. Nach Art. 4 des Gesetzes zählt zu den Eintragungsvoraussetzungen unter anderem Sitz bzw. Niederlassung im Kanton. Wie den Materialien zum Architektengesetz zu entnehmen ist, bezweckte der Gesetzgeber mit dem Sitz- bzw. Niederlassungserfordernis vor allem den Schutz kantonalen Architekten vor ausserkantonaler Konkurrenz.

Alle im Kanton K tätigen Architekten sind Mitglieder des kantonalen Architektenvereins. Dieser privatrechtliche Verein gibt eine detaillierte Tarifliste für Architektenleistungen heraus und empfiehlt seinen Mitgliedern, ihre Leistungen ausschliesslich gemäss dieser Liste abzurechnen. Gemäss Vereinsstatuten soll durch diese Tarifliste ein "ruinöser Preiswettbewerb" zwischen den Mitgliedern verhindert werden. Sämtliche Mitglieder des Vereins befolgen die Empfehlung.

Frau F plant im Kanton K ein Haus zu bauen. Als sie den Architekten A, der in einem Nachbarkanton niedergelassen ist, mit den Architektenleistungen für den Hausbau beauftragen will, teilt ihr dieser mit, dass er aufgrund der Niederlassungsanforderungen des Architektengesetzes des Kantons K den Auftrag leider nicht annehmen könne. Sie müsse sich an einen im Kanton K niedergelassenen Architekten wenden. Frau F ist über diese Auskunft sehr verärgert, insbesondere da sie in Erfahrung gebracht hat, dass die Tarife der Architekten des Kantons K etwa 40% höher sind als die Tarife der Architekten in den Nachbarkantonen. Sie wendet sich an Sie mit der Bitte um rechtliche Beratung.

a. Beurteilung aus Sicht des Binnenmarktgesetzes (BGBM)

- aa. Ist die oben beschriebene Regelung des kantonalen Architektengesetzes mit dem BGBM zu vereinbaren?

Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Cassis-de-Dijon Prinzip). Eine Erwerbstätigkeit im Sinne des BGBM ist jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genießt (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Nach Art. 2 Abs. 2 BGBM stellen Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben sicher, dass ihre Vorschriften und Verfügungen über die Ausübung der Erwerbstätigkeit die Rechte nach Art. 2 Abs. 1 BGBM wahren

Bei der im kantonalen Gesetz reglementierten Architektentätigkeit handelt es sich um eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genießt; das BGBM ist also grundsätzlich anwendbar.

Die in Frage stehende Regelung verstösst gegen Art. 2 Abs. 1 BGBM und die entsprechende Verpflichtung gemäss Art. 2 Abs. 2 BGBM, da sie es ausserkantonalen Architekten grundsätzlich verbietet, innerhalb des Kantones ihre Leistungen anzubieten, d.h. auch dann, wenn diese Architekten im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zur Anbietung ihrer Leistungen berechtigt sind.

Beschränkungen des in Art. 2 BGBM garantierten freien Zuganges zum Markt sind allerdings ausnahmsweise zulässig, sofern die in Art. 3 Abs. 1 BGBM statuierten drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Beschränkungen müssen auch für ortsansässige Personen (Bst. a), sie müssen zur Wahrung öffentlicher Interessen unerlässlich sein (Bst. b; weiter konkretisiert in Art. 3 Abs. 2 BGBM) und schliesslich müssen sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Bst. c; weiter konkretisiert in Art. 3 Abs. 3 BGBM). In keinem Fall dürfen derartige Beschränkungen ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

Die Prüfung der drei Voraussetzungen ergibt Folgendes: Die Voraussetzung des Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM ist erfüllt. Auch ortsansässige Personen haben sich in das kantonale Register einzutragen, und auch sie müssen Sitz bzw. Niederlassung im Kanton haben (letzte Voraussetzung wird von den Ortsansässigen per Definition erfüllt). Nicht erfüllt ist hingegen die Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses (Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM). Das im Sachverhalt angegebene Interesse, der Schutz ausserkantonaler Interessen vor ausserkantonomer Konkurrenz, ist kein zulässiges öffentliches Interesse i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM. Ein derartiges protektionistisches Interesse läuft dem Zweck des BGBM (siehe Art. 1 BGBM) diametral entgegen und wird von Art. 3 Abs. 4 BGBM explizit ausgeschlossen. Auch die exemplarisch in Art. 3 Abs. 2 BGBM aufgezählten Interessen zeigen, dass der Bundesgesetzgeber allein polizeiliche und polizeiverwandte Motive zur Rechtfertigung von Beschränkungen zulassen wollte. Selbst wenn das kantonale Gesetz ein zulässiges Interesse verfolgte, würde es vermutlich an der Voraussetzung der Verhältnismässigkeit scheitern (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM). Hier ist insbesondere die Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 Bst. c BGBM zu nennen, welche impliziert, dass ein Sitz- bzw. Niederlassungserfordernis in der Regel dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zuwiderläuft. Insgesamt ergibt die Prüfung folglich, dass eine zulässige Ausnahme nach Art. 3 BGBM nicht vorliegt.

Zusammenfassend ist die Regelung also nicht mit dem BGBM zu vereinbaren, da sie Art. 2 BGBM verletzt ohne dass eine zulässige Ausnahme gemäss Art. 3 BGBM vorläge.

- bb. Stehen der Wettbewerbskommission verwaltungsrechtliche Zwangsmittel zur Verfügung, um gegen eine allfällige Verletzung des BGBM vorzugehen?

Nein. Die Wettbewerbskommission ist zwar zur Überwachung der Einhaltung des BGBM verpflichtet (Art. 8 Abs. 1 BGBM), die im Gesetz vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung sind jedoch beschränkt auf Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen (Art. 8 Abs. 2 BGBM), Durchführung von Untersuchungen und Empfehlungen an die betreffenden Behörden (Art. 8 Abs. 3 BGBM), Erstattung von Gutachten (Art. 10 Abs. 1 BGBM) sowie Anhörungen vor Bundesgericht (Art. 10 Abs. 2 BGBM).

- b. Beurteilung aus Sicht des Kartellgesetzes (KG)

- aa. Ist die vom kantonalen Architektenverein herausgegebene Tarifliste mit dem KG zu vereinbaren?

Anwendungsbereich: Bei den Architekten handelt es sich um private Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KG; der in Frage stehende Sachverhalt wirkt sich offensichtlich in der Schweiz aus (Art. 2 Abs. 2 KG). Ausnahmen i.S.v. Art. 3 KG sind nicht erkennbar. Folglich ist das KG auf den Sachverhalt anwendbar.

Bei der Tarifliste handelt es sich um eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 KG: Es ist eine Vereinbarung von Unternehmen (den im Architektenverein zusammengeschlossenen Architekten), die eine Wettbewerbsbeschränkung sowohl bezweckt (siehe die Begründung in den Vereinsstatuten) als auch bewirkt (aufgrund der Befolgung der Tarifliste durch alle kantonalen Architekten besteht faktisch kein Preiswettbewerb).

Derartige Abreden sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

Aus Art. 5 KG folgt, dass zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der Tariflisten deren Auswirkungen auf den Wettbewerb zu ermitteln sind. Hierzu bedarf es vorgängig der Bestimmung des relevanten Marktes. Aufgrund des Ausschlusses ausserkantonaler Architekten durch das kantonale Architektengesetz ist der räumlich relevante Markt das Kantonsgebiet; der sachlich relevante Markt sind die Architektenleistungen. Da auf diesem Markt durch die Tariflisten die Preise der zueinander im Wettbewerb stehenden Architekten festgesetzt werden, und es sich somit um ein Preiskartell (hartes Kartell) handelt, ist gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten. Diese Vermutung kann durch den Nachweis entkräftet werden, dass trotz der Abrede ein funktionierender Innen- oder Aussenwettbewerb besteht (ein funktionierender Aussenwettbewerb existiert, wenn es Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede beteiligt sind und damit so viel Konkurrenz schaffen, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint; ein funktionierender Innenwettbewerb liegt vor, wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht). Hinweise auf einen funktionierenden Innen- oder Aussenwettbewerb sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen; vielmehr bestätigt der Sachverhalt die gesetzliche Vermutung (Befolgung der Tarifliste durch alle kantonalen Architekten; Ausschluss ausserkantonale Konkurrenz durch den vom kantonalen Architektengesetz vermittelten Konkurrenzschutz; überhöhtes Preisniveau [+40% im Vergleich zu den Preisen in umliegenden Kantonen]). Eine Prüfung, ob Gründe der wirtschaftlichen Effizienz die Abrede rechtfertigen könnten, ist daher unnötig (solche Gründe sind auch nicht ersicht-

lich), da Art. 5 Abs. 1 KG eine solche Rechtfertigung nur zulässt bei Abreden die den Wettbewerb beschränken, nicht aber bei solchen, die, wie im vorliegenden Fall, den Wettbewerb ausschliessen.

Zusammenfassend handelt es sich bei der Tarifliste um eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 i.V.m. 5 KG; die Tarifliste ist folglich nicht mit dem KG zu vereinbaren.

- bb. Stehen der Wettbewerbskommission verwaltungsrechtliche Zwangsmittel zur Verfügung, um gegen eine allfällige Verletzung des KG vorzugehen?

Ja. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG kann die Wettbewerbskommission per Verfügung Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen erlassen bzw. entsprechende einvernehmliche Regelungen (Art. 29 KG) genehmigen.

Wird gegen derartige Verfügungen verstossen, so verhängt die Wettbewerbskommission gegen die fehlbaren Unternehmen Verwaltungsstrafmassnahmen in Form von Geldbussen (Art. 50 i.V.m. Art. 53 KG) sowie Strafsanktionen in Form von Geldbussen gegen vorsätzlich handelnde natürliche Personen (Art. 54 i.V.m. Art. 57 KG).

- c. Erläutern Sie anhand dieses Falles das Verhältnis von BGBM und KG im Wettbewerbskonzept des Bundesgesetzgebers.

Der Wettbewerb kann sowohl von staatlicher (Bund, Kantone, Gemeinden) wie von privater Seite beeinträchtigt werden. Der vorliegende Fall vermittelt Anschauung für beide Arten von Beeinträchtigungen: die Regelung des kantonalen Architektengesetzes stellt eine staatliche Beschränkung dar, indem die kantonalen Architekten vor dem Wettbewerb durch ausserkantonale Architekten geschützt werden; die Tarifliste des Architektenvereins bildet eine Wettbewerbsbeschränkung durch Private. Wie der Fall zeigt, können staatliche und private Beschränkungen auch zusammenwirken. Die durch das Architektengesetz gewährte staatliche Marktabschottung verhindert die mögliche Aufbrechung der privaten Preisregulierung des Architektenvereins durch ausserkantonale Anbieter.

Im Wettbewerbskonzept des Bundesgesetzgebers zielt das BGBM auf Beschränkungen durch staatliche Stellen, konkret auf kantonale und kommunale Beschränkungen des freien Binnenmarktes (negative Wettbewerbsgarantie), während das KG Beschränkungen des Wettbewerbs durch private Marktakteure zu unterbinden sucht (beschränkte positive Wettbewerbsgarantie). BGBM und KG sind also komplementäre, sich ergänzende Elemente im Wettbewerbskonzept des Bundesgesetzgebers, und dienen beide der Konkretisierung des ordnungspolitischen Grundentscheides der BV für eine grundsätzlich wettbewerbsorientierte Privatwirtschaft (siehe insbesondere Art. 26, 27, 94 und 96 BV). Entsprechend ist die Regelung des Architektengesetzes unter dem Blickwinkel des BGBM zu untersuchen und die Tarifliste des Architektenvereins kartellrechtlich zu hinterfragen. Beide Gesetze wirken zusammen in der Wiederherstellung und Gewährleistung des Wettbewerbs auf dem Architektenmarkt im Kanton K.

Bei der Beurteilung des Wettbewerbskonzepts des Bundesgesetzgebers sind auch die Durchsetzungsmöglichkeiten zu beachten. Wie die praktische Erfahrung gezeigt hat, sind zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsgesetze die den Privaten zur Verfügung gestellten Rechtsmittel (siehe Art. 9 BGBM und Art. 12-17 KG) nicht ausreichend. Als wirksam haben sich nicht zuletzt die der Wettbewerbskommission im Kartellrecht zur Verfügung stehenden Zwangsmittel erwiesen (diese Zwangsmittel sollen in Zukunft durch verschärfte Sanktionsmöglichkeiten noch ausgebaut werden, siehe Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001, BBl 2002 2022-2057). Das Fehlen entsprechender Zwangsmittel im Bereich des BGBM gehört zu den Gründen, die zu den Problemen im Vollzug dieses Gesetzes beitragen. Im konkreten Fall könnte die Wettbewerbskommission bei Nachweis einer Verletzung des KGs eine Verfügung gegen den Architektenverein erlassen; betreffend Verletzung des BGBM durch den Gesetzgeber des Kantons K

wäre sie hingegen auf (unverbindliche) Empfehlungen beschränkt. Eine Aufhebung der kantonalen Regelung durchsetzen könnte etwa Architekt A, sofern er eine Verfügung betreffend seinen Marktausschluss erwirken und gegen diese Verfügung anschliessend gerichtlich vorgehen würde (siehe Art. 9 BGBM; die von der kantonalen Marktbeschränkung als Konsumentin betroffene Frau F steht ein solcher Weg nicht offen, da das BGBM direkt nur die Anbieter von Leistungen, nicht jedoch die Nachfrager schützt). Die mit einem solchen Vorgehen verbundenen Kosten und Risiken könnten A jedoch zurückschrecken lassen.

Aufgabe 2 (4 Punkte)

- a. Nennen und charakterisieren Sie das wichtigste aufsichtsrechtliche Instrument des Bankengesetzes.

Das wichtigste aufsichtsrechtliche Instrument des Bankengesetzes (BankG) ist die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb gemäss Art. 3-3^{quater} BankG. Es handelt sich hierbei um eine Polizeibewilligung mit subjektiven Voraussetzungen (klassische Polizeibewilligung), d.h. sofern ein Geschuchsteller die subjektiven Voraussetzungen der Bewilligung erfüllt, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung. Eine Bewilligung wird gemäss Art. 3 Abs. 2 BankG erteilt, wenn bestimmte sachliche organisatorische Voraussetzungen erfüllt sind, die kapitalmässige Mindestausstattung gegeben ist und Verwaltung sowie Geschäftsführung über einen guten Ruf verfügen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten; die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen müssen zudem an einem Ort wohnen, von wo aus sie die Geschäftsführung tatsächlich und verantwortlich ausüben können. Eine einmal erteilte Bewilligung wird entzogen, sofern die Bank die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt (Art. 23^{quinquies} BankG); die Bewilligungsvoraussetzungen müssen also fortdauernd erfüllt sein.

- b. Ist die Finanzmarktaufsicht gemäss Bankengesetz mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) vereinbar?

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verstossen gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit "wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen ... Zulässig sind dagegen andere im öffentlichen Interesse begründete Massnahmen, wie namentlich polizeilich motivierte Eingriffe zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr oder sozialpolitisch begründete Einschränkungen." (ZBl 103 [2001], S. 324). Grundsatzwidrig sind demgemäss sogenannte wirtschaftspolitische Massnahmen, grundsatzkonform sind insbesondere polizeiliche und sozialpolitische Massnahmen.

Die Finanzmarktaufsicht gemäss Bankengesetz bezweckt den Schutz der Gläubiger und der Funktionsfähigkeit des Bankensystems. Hierbei handelt es sich wirtschaftspolizeiliche Motive, die nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind. Die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zeigt sich auch im zentralen Instrument des Bankengesetzes, der klassischen Polizeibewilligung. Diese zielt nicht darauf ab, den Markt zu lenken, sondern soll sicherstellen, dass alle Marktteilnehmer gewisse polizeiliche Mindestvoraussetzungen erfüllen (dies im Gegensatz zur wirtschaftspolitischen Bewilligung, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nicht zu vereinbaren ist).

Aufgabe 3 (6 Punkte)

Die Druckerei AG hatte im Juli 1999 mit ihrer gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmerschaft einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) geschlossen, der u.a. auch eine Friedenspflicht enthielt. Der GAV (einschliesslich der Friedenspflicht) war bis zum 31. Juli 2002 befristet. Obwohl die Parteien bereits frühzeitig die Verhandlungen für den Abschluss eines neuen GAV begannen und sich ernsthaft und intensiv um eine Einigung bemühten, waren die Verhandlungen Anfang August 2002 völlig festgefahren. Um die Pattsituation zu überwinden und ihren Forderungen Nachdruck zu verleihen, beschloss die Gewerkschaft, ab 16. September 2002 in den Streik zu treten. Als Gegenmassnahme kündigte die Druckerei AG in der ersten Streikwoche einer Reihe streikender Arbeitnehmer fristlos. In den Kündigungsschreiben wurde die Teilnahme am Streik ausdrücklich als Grund für die Kündigung angegeben.

- a. Ist der von der Gewerkschaft der Druckerei AG ausgerufene Streik aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig?

Art. 28 Abs. 3 BV erklärt Streik und Aussperrung für zulässig, dies aber nur unter zwei Voraussetzungen: (1) Streik und Aussperrung müssen Arbeitsbeziehungen betreffen und (2) ihnen dürfen keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen. Weiterhin verlangt Art. 28 Abs. 2 BV, dass Streitigkeiten nach Möglichkeiten durch Verhandlungen oder Vermittlung beizulegen sind. Streik und Aussperrung dürfen folglich nur als letztes Mittel (ultima ratio) eingesetzt werden. Art. 28 Abs. 2 BV wird als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips verstanden. Schliesslich gilt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung, dass nur tariffähige Organisationen (Gewerkschaften) zum Streik berechtigt sind; Streik ist also kein Individualrecht, sondern (nur) ein Kollektivrecht. Zusammenfassend muss ein verfassungsrechtlich zulässiger Streik also vier Voraussetzungen erfüllen: (1) er muss die Arbeitsbeziehungen betreffen; (2) es darf ihm keine Friedenspflicht entgegenstehen; (3) er muss dem Verhältnismässigkeitsprinzip, insbesondere dem ultima ratio Prinzip, genügen; (4) er muss von einer tariffähigen Organisation (Gewerkschaft) getragen werden.

Im oben geschilderten Fall sind alle vier Voraussetzungen erfüllt, der fragliche Streik ist also verfassungsrechtlich zulässig: (1) Der Streik dient der Durchsetzung von Forderungen im Zusammenhang mit der Aushandlung eines neuen GAV, er betrifft also Arbeitsbeziehungen; (2) dem Streik steht keine Friedenspflicht entgegen, da zum Zeitpunkt des Beginns des Streiks (16. September 2002) die Friedenspflicht aus dem alten GAV nicht mehr in Kraft stand (gültig nur bis zum 31. Juli 2002); (3) der Streik wurde erst ergriffen, nachdem lange und intensive Verhandlungen ohne Erfolg geblieben waren; er genügt damit dem ultima ratio Prinzip; (4) der Streik wurde von einer tariffähigen Organisation, der Gewerkschaft der Druckerei AG, beschlossen.

- b. Sind die von der Druckerei AG ausgesprochenen Kündigungen missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR? (Den Text von Art. 336 OR finden Sie im Anhang.)

Art. 336 OR äussert sich nicht explizit zur Frage der Missbräuchlichkeit einer Kündigung aufgrund der Teilnahme an einem Streik. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei einem rechtmässigen Streik Missbräuchlichkeit einer Kündigung i.S.v. Art. 336 OR zu bejahen, da ansonsten das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht illusorisch bliebe (BGE 125 III 285). Das Bundesgerichts qualifiziert die Kündigung aufgrund der Teilnahme an einem rechtmässigen Streik als Missbrauchstatbestand eigener Art, der nicht unmittelbar in eine der in Art. 336 OR nicht abschliessend aufgezählten Fallgruppen fällt (BGE 125 III 285; Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR [Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts] ist hier nicht anwendbar, da das Streikrecht

kein Individualrecht ist, d.h. ein einzelner streikender Arbeiter kann sich nicht darauf berufen; auch Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR [Ausübung einer gewerkschaftlichen Tätigkeit] ist in casu nicht einschlägig, da die Teilnahme an einem Streik per se keine gewerkschaftliche Tätigkeit ist).

Da der Streik im vorliegenden Fall rechtmässig bzw. verfassungsrechtlich zulässig ist (siehe Antwort zu Frage 1.a) und die von der Druckerei AG ausgesprochenen Kündigungen gemäss Sachverhalt durch die Teilnahme am Streik motiviert sind, ist der Tatbestand der Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 336 OR erfüllt.

- c. Nationalrat N schlägt die Ergänzung von Art. 336 OR durch einen neuen Absatz 4 mit folgendem Wortlaut vor: "Kündigungen, die aufgrund der Teilnahme an einem Streik ausgesprochen werden, sind nicht missbräuchlich. Dies gilt auch dann, wenn der Streik zulässig ist." Nach Meinung von Nationalrat N ist eine solche Regelung notwendig, um die "Waffengleichheit" zwischen den Tarifparteien zu gewährleisten. Wäre eine solche Bestimmung verfassungsmässig?

Die Verfassung sichert die "Waffengleichheit" zwischen den Tarifparteien, indem sie dem Streikrecht der Arbeitnehmer das Aussperrungsrecht der Arbeitgeber gegenüberstellt (Art. 28 Abs. 3 BV). Wäre es den Arbeitgebern möglich, über die Aussperrung hinaus auch die Kündigung als Mittel im Arbeitskampf einzusetzen, wäre das verfassungsrechtlich vorgegebene Verhältnis der Arbeitskämpfungsmittel der Tarifparteien gestört. Das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht würde auf diesem Wege durch den Privatrechtsgesetzgeber ausgehöhlt, da er es den Arbeitgebern erlauben würde, das Streikrecht der Arbeitnehmer massiv einzuschränken. Dies entspricht dem in Teilfrage 1.b erwähnten Argument des Bundesgerichts, dass die Möglichkeit der Kündigung das Streikrecht illusorisch machen würde. Die von Nationalrat N vorgeschlagene Bestimmung wäre folglich nicht verfassungsmässig, da sie Sinn und Zweck von Art. 28 BV entgegenläuft. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf Art. 35 Abs. 3 BV, der die Behörden (Gesetzgeber, Verwaltung, Gerichte) dazu verpflichtet dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (indirekte Drittwirkung). Bezogen auf die vorliegende Fragestellung heisst dies, dass der Bundesgesetzgeber das Privatrecht so auszugestalten hat, dass das Streikrecht nicht durch Private, d.h. konkret durch Arbeitgeber, unterlaufen werden kann. Die vorgeschlagene Bestimmung würde gegen diesen aus Art. 35 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 BV folgenden Auftrag verstossen.

Aufgabe 4 (4 Punkte)

Die Transport AG will eine Eisenbahnstrecke zwischen St. Gallen und Basel bauen und auf dieser Strecke regelmässig Güterverkehr betreiben. Der verantwortliche Projektleiter möchte sich über die rechtlichen Rahmenbedingungen informieren und gelangt mit folgenden Fragen an Sie:

- a. Was ist eine Konzession?

Eine Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit (Monopolkonzession) oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache (Sondernutzungskonzession). Es handelt sich um eine Verfügung mit vertragsähnlichem Charakter.

- b. Ist der Bund ermächtigt, im Eisenbahnwesen ein Konzessionssystem zu errichten?

Ja. Art. 87 BV erklärt, dass die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr Sache des Bundes ist. Diese Bestimmung enthält auch die implizite Kompetenz, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Dies ist wesentlich, da die durch ein Konzessionssystem bedingte Monopolisierung des Eisenbahnwesens kaum mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar ist.

- c. Benötigt die Transport AG für das geplante Vorhaben eine Konzession?

Die Transport AG benötigt für den Bau der Eisenbahnstrecke eine Infrastrukturkonzession gemäss Art. 5 Abs. 1 Eisenbahngesetz (EBG). Diese Konzession umfasst auch das Recht, auf der Strecke regelmässigen Güterverkehr zu betreiben (Art. 5 Abs. 4 EBG). Da die Transport AG auf der Strecke nur regelmässigen Güterverkehr, nicht aber regelmässigen Personenverkehr betreiben will, ist eine Personenbeförderungskonzession gemäss Art. 5 Abs. 4 EBG i.V.m. Art. 4 Personenbeförderungsgesetz nicht erforderlich.

- d. Angenommen, die SBB wolle das gleiche Projekt realisieren, d.h. Bau einer neuen Eisenbahnstrecke zwischen St. Gallen und Basel mit anschliessendem regelmässigen Güterverkehr. Würde die SBB hierfür eine Konzession benötigen?

Im Gegensatz zur Transport AG bedarf die SBB keiner Infrastrukturkonzession gemäss Art. 5 EBG (Art. 4 BG über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG]). Eine Konzession wäre nur erforderlich für regelmässigen Personenverkehr (Art. 5 SBBG i.V.m. Art. 4 Personenbeförderungsgesetz), der aber hier nicht in Frage steht.

- e. Die Transport AG ist sich nicht sicher, ob es ihr gelingen wird, die notwendigen Finanzmittel zum Bau der Eisenbahnstrecke zu beschaffen. Als Alternative erwägt sie daher, auf den Bau einer eigenen Eisenbahnstrecke zu verzichten und stattdessen den Gütertransport auf bestehenden Eisenbahnstrecken der SBB durchzuführen. Hat die Transport AG einen Rechtsanspruch auf Nutzung der Eisenbahnstrecken der SBB?

Wer die Infrastruktur einer anderen Eisenbahnstruktur benützen will, benötigt eine Bewilligung des Bundesamtes für Verkehr (Art. 9 Abs. 1 EBG). Diese Bewilligung gewährt den diskriminierungsfreien Zugang zum Netz der in Frage stehenden konzessionierten Eisenbahnunternehmung (Art. 9a Abs. 1 EBG). Auf die Erteilung der Bewilligung besteht ein Rechtsanspruch, sofern die gesuchstellende Unternehmung die in Art. 9 Abs. 2 EBG genannten Bedingungen erfüllt (klassische Polizeibewilligung). Bei der SBB handelt es sich zwar nicht um eine konzessionierte Eisenbahnunternehmung, da sie gemäss Art. 4 Abs. 1 SBBG keine Konzession nach Art. 5 EBG benötigt (vgl. Antwort zu 4.d), Art. 4 Abs. 2 SBBG verpflichtet die SBB jedoch, den Transportunternehmungen, denen der Netzzugang bewilligt wurde, nach den Vorschriften des EBG diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur zu gewähren. Die Transport AG hat folglich einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung und damit auf Zugang zum Netz der SBB, sofern sie die in Art. 9 Abs. 2 EBG genannten Bedingungen erfüllt.

Anhang: Art. 336 OR

¹ Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

- a. wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb;
- b. weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb;
- c. ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln;
- d. weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht;
- e. weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militärdienst, Zivilschutzdienst, Militärischen Frauendienst oder Rotkreuzdienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt.

² Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

- a. weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt;
- b. während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte;
- c. im Rahmen einer Massenentlassung, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer, konsultiert worden sind (Art. 335f).

³ Der Schutz eines Arbeitnehmervertreters nach Absatz 2 Buchstabe b, dessen Mandat infolge Übergangs des Arbeitsverhältnisses endet (Art. 333), besteht so lange weiter, als das Mandat gedauert hätte, falls das Arbeitsverhältnis nicht übertragen worden wäre.