

## 2. Vordiplom (Nicht-Juristen / Juristen)

Frühjahr 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 blosser 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.*

### Frage 1 (7 Punkte)

Die Stimmberechtigten der Gemeinde G im Kanton K haben im Jahr 1999 ein neues Gesetz über die Ortspolizei angenommen, das u.a. den folgenden Art. 51 enthält:

"Der gesamte Plakatanschlag auf öffentlichem oder privatem Grund ist der Gemeinde vorbehalten. Der Gemeinderat kann den Plakatanschlag auf öffentlichem oder privatem Grund ganz oder teilweise einer bestimmten Unternehmung vergeben. Er ist befugt, hierüber eine Konzession zu erteilen oder einen Vertrag abzuschliessen."

Die Werbe AG, eine private Unternehmung die u.a. auf dem Gebiet des Plakatanschlags tätig ist, ersucht die Gemeinde G um Bewilligung des Anschlages eines Plakats auf dem privaten Grund des A. Die Gemeinde G weist das Gesuch zurück mit der Begründung, dass sie bereits der Plakat AG eine Plakatanschlagskonzession erteilt habe. Weitere Konzessionen würden nicht vergeben.

- a. Erläutern Sie die Begriffe 'faktisches Monopol' und 'rechtliches Monopol'. Welche dieser Monopolarten liegt im obigen Sachverhalt vor? (1.5 Punkte)

*Ein **faktisches Monopol** liegt vor, wenn das Gemeinwesen kraft seiner Herrschaft über den öffentlichen Grund Private von einer ihnen an sich nicht verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst. Ein **rechtliches Monopol** ist gegeben, wenn den Privaten durch Rechtssatz eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit untersagt und ausschliesslich dem Staat vorbehalten wird. Behält sich eine Gemeinde, wie im vorliegenden Fall, das Anbringen von Plakaten auf ihrem ganzen Gebiet, einschliesslich der Privatgrundstücke, selber vor, so handelt es sich um ein **rechtliches Monopol**; ein bloss faktisches Monopol vermöchte lediglich den Plakataushang auf öffentlichem Grund zu erfassen (siehe Bundesgerichtsentscheid 2P.131/2001/ran, E. 3.b)).*

- b. Nehmen Sie an, die Gemeinde G habe das obige Plakatanschlagsmonopol zum Schutz der Verkehrssicherheit und des Orts- und Landschaftsbildes eingeführt. Nennen und beschreiben sie zwei alternative rechtliche Instrumente, die zur Erreichung dieser Schutzziele in Frage kämen. (1 Punkt)

*Beispiele:*

- **Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt:** Plakatanschlag ist grundsätzlich erlaubt, jedoch hat die Gemeinde die Kompetenz, solche Plakatanschläge zu verbieten, die gewisse Voraussetzungen (keine Gefährdung des Verkehrs / keine Störung des Ortsbildes) nicht erfüllen.
- **Verbot mit Anzeigevorbehalt:** Plakatanschlag ist nur zulässig, sofern er vorgängig bei der zuständigen Behörde angezeigt wird. Aufgrund der Anzeige prüft die Behörde die Vereinbarkeit mit den in Frage stehenden Interessen (keine Gefährdung des Verkehrs / keine Störung des Ortsbildes) und ist typischerweise ermächtigt, anschliessend allenfalls erforderliche weitere Massnahmen (z.B. Verfügung von Auflagen, Verbot) zu ergreifen..
- **Polizeibewilligung:** Plakatanschlag bedarf einer Bewilligung, die gewissen Voraussetzungen (keine Gefährdung des Verkehrs / keine Störung des Ortsbildes) unterliegt. Ohne Bewilligung ist der Plakatanschlag verboten.
- **Absolutes Verbot:** Plakatanschlag ist ausnahmslos verboten. Gefährdungen des Verkehrs oder Störungen des Ortsbildes durch Plakatanschlag sind damit ausgeschlossen.

- c. Ist die Abweisung des Gesuchs mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zu vereinbaren? (4.5 Punkte)

*Zunächst ist abzuklären, ob die Werbe AG und die von ihr ausgeübte Tätigkeit überhaupt von der Wirtschaftsfreiheit erfasst werden:*

- **Träger der Wirtschaftsfreiheit:** Träger der Wirtschaftsfreiheit sind sowohl natürliche wie juristische Personen. Die Werbe AG als juristische Person ist Träger der Wirtschaftsfreiheit.
- **Schutzobjekt der Wirtschaftsfreiheit:** Die Wirtschaftsfreiheit schützt insbesondere die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Beim gewerbmässigen Aushängen von Plakaten handelt es sich um eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die daher von der Wirtschaftsfreiheit geschützt ist.

*Mit der Abweisung des Gesuchs ist der Werbe AG der Plakatanschlag in der Gemeinde G untersagt; es liegt folglich ein Eingriff in ihre Wirtschaftsfreiheit vor. Daher ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vorliegen. Eingriffe sind nur zulässig, wenn sie die in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen erfüllen. Sodann ist Art. 94 BV zu berücksichtigen, demzufolge sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten (Abs. 1); Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Abs. 4).*

*Bei den "kantonalen Regalrechten" im Sinne von Art. 94 Abs. 4 BV handelt es um die historischen Grund- und Bodenregalien (wie das Jagd-, Fischerei-, Berg- und Salzregal); ein solches liegt hier nicht vor. Neue Monopole, wie hier das Plakatanschlagsmonopol der Gemeinde G, können sich nicht auf den Regalvorbehalt von Art. 94 Abs. 4 BV stützen. Folglich ist das Plakatanschlagsmonopol am Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu messen. 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." (BGE 125 I 417, 422). Weiterhin sind Monopole zur Verfolgung rein fiskalischer Interessen unzulässig (BGE 125 I 209, 221 f.) Ein wirtschaftspolitisches Motiv ist hier nicht zu erkennen, ebensowenig ein ausschliesslich fiskalischer Zweck; der Eingriff steht insoweit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in Einklang.*

*Prüfung der einzelnen Voraussetzungen nach Art. 36 BV:*

- **Gesetzliche Grundlage** (Art. 36 Abs. 1 BV): Die Errichtung eines Monopols stellt eine schwerwiegende Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit dar. Daher muss sie im Gesetz selbst vorgesehen sein. Die Voraussetzung ist hier erfüllt: Die gesetzliche Grundlage bildet das kommunale Polizeigesetz (ein formelles Gesetz), welches der Gemeinde die Kompetenz zur Errichtung eines Plakatmonopols einräumt.
- **Öffentliches Interesse** (Art. 36 Abs. 2 BV): Mit dem Ziel des Schutzes der Verkehrssicherheit und des Orts- und Landschaftsbildes liegt ein genügendes öffentliches Interesse vor. Grundsatzwidrige Interessen im Sinne von Art. 94 BV sind nicht zu erkennen (siehe hierzu oben).
- **Verhältnismässigkeit** (Art. 36 Abs. 3 BV): Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die fragliche Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels **geeignet** und **notwendig** sein. Weiterhin muss der angestrebte Zweck in einem **vernünftigen Verhältnis** zu den eingesetzten Mitteln bzw. zu den zu seiner Erreichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen.

*Die **Eignung** des hier in Frage stehenden Monopols ist zu bejahen: Indem sich die Gemeinde das Recht zum Plakatanschlag vorbehält bzw. einem Konzessionär überträgt, dem die notwendigen Beschränkungen auferlegt werden können, kann sie bestmöglich über die Wahrung der verfolgten öffentlichen Interessen wachen.*

*Ebenso erscheint es **notwendig**, den Plakatanschlag zu regeln, um die Ziele der Verkehrssicherheit und des Orts- und Landschaftsschutzes zu realisieren. **Nicht notwendig** ist es jedoch, sich hierzu des Mittels des **Monopols** zu bedienen, das einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt. Mit einer **Polizeibewilligung**, die weniger stark in die Wirtschaftsfreiheit eingreift, lassen sich die angestrebten Ziele **ebenfalls erreichen**. Daher erweist sich das Monopol als unverhältnismässig. Dies gilt zumindest für das Monopol auf **privatem Grund**, durch das die Werbe AG betroffen ist.*

*Nach Auffassung des Bundesgerichts lässt sich das Monopol hingegen soweit rechtfertigen, als es sich auf den **öffentlichen Grund** erstreckt, da "die Gemeinde ihre diesbezüglichen Forderungen schon aufgrund ihrer direkten Herrschaftsgewalt über dieses Areal durchsetzen und einer allfälligen Konzessionärin bzw. den zugelassenen Plakatunternehmen die ihr gut scheinenden Auflagen ohne besondere gesetzliche Grundlage aufzwingen" kann (Entscheid 2P.131/2001/ran, E 3.e)cc)). Unberücksichtigt bleibt bei dieser Argumentation allerdings, dass der Staat in allem seinen Handeln die Grundrechte sowie das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten hat (siehe Art. 5 und 35 BV), also auch bei der Ausübung der Herrschaftsgewalt über den öffentlichen Grund.*

- **Kerngehaltsschutz** (Art. 36 Abs. 4 BV): Eine Kerngehaltsverletzung ist nicht ersichtlich.

*Zusammenfassend ergibt sich also, dass die Abweisung des Gesuchs **nicht mit Art. 27 BV vereinbar** ist, da sich der Eingriff als unverhältnismässig erweist (siehe zum Ganzen den Bundesgerichtsentscheid 2P.131/2001/ran vom 13. November 2001).*

## Frage 2 (7 Punkte)

Die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA) ist ein Bundesamt des Eidgenössischen Departements des Inneren. Gemäss dem Bundesgesetz über die Meteorologie und Klimatologie (MetG) hat sie ein Grundangebot an meteorologischen und klimatologischen Dienstleistungen bereitzustellen (Art. 3 Abs. 2 MetG). Bei der Bemessung der Gebühren für die Leistungen des Grundangebots ist dem Allgemeinutzen der meteorologischen und klimatologischen Informationen sowie den Bedürfnissen der Kantone und der Wissenschaft angemessen Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 3 MetG). Neben dem Grundangebot kann die SMA erweiterte Dienstleistungen erbringen und kommerziell verwerten (Art. 4 Abs. 1 MetG). Diese erweiterten Dienstleistungen sind auf privatrechtlicher Basis anzubieten; das Entgelt ist vom SMA nach den Bedingungen des Marktes festzusetzen (Art. 4 Abs. 3 MetG). Auf dem Markt für meteorologische und klimatologische Dienstleistungen hat die SMA eine marktbeherrschende Stellung inne.

Im Januar 2002 ersucht die Wetterprognose AG, eine private Anbietern von meteorologischen Dienstleistungen, die SMA um eine Offerte für die regelmässige Bereitstellung gewisser meteorologischer Daten. Sie benötigt diese Daten zur Erstellung von Wetterprognosen, welche sie an Zeitungen sowie private Radio- und Fernsehsender verkauft. Die in der Folge unterbreitete Offerte der SMA nennt einen Preis von 200'000 Franken pro Jahr. Während der Evaluation der Offerte erfährt die Wetterprognose AG, dass die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) gemäss einem Vertrag zwischen der SMA und der SRG aus dem Jahr 2000 die offerierten Daten zu einem Preis von 100'000 Franken pro Jahr erhält.

Die Wetterprognose AG hält das Verhalten der SMA für kartellrechtlich bedenklich und gelangt an Sie.

a. Auf eine erste Nachfrage bei der SMA hin erhalten Sie die Auskunft, dass die von der SMA angebotenen Leistungen nicht dem Kartellgesetz (KG) unterstünden. Als Erklärung verweist man Sie auf Art. 3 Abs. 1 KG.

aa. Wie ist die Ausnahmebestimmung des Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen? (1 Punkt)

*Art. 3 Abs. 1 KG nimmt Bezug auf Vorschriften, mit denen der Gesetzgeber einzelne Bereiche der Wirtschaft (lit. a) bzw. einzelne Unternehmen (lit. b) bewusst vom freien Wettbewerb ausgeschlossen hat, sich also **bewusst gegen den Koordinationsmechanismus Wettbewerb entschieden** hat. Dieser Entscheid des Gesetzgebers soll nicht durch die nachträgliche Anwendung des Kartellgesetzes unterlaufen werden.*

bb. Wie beurteilen sie die Auffassung der SMA? (1.5 Punkte)

*Entscheidend bei der Beantwortung dieser Frage ist weniger, ob man die Auffassung der SMA unterstützt oder ablehnt, sondern vielmehr, wie man die eigene Position begründet. Zu den Aspekten, die für eine Begründung herangezogen werden können, zählen die folgenden:*

- *Ein erster zu beurteilender Faktor ist die Tatsache, dass es sich beim SMA nicht um eine private Unternehmung, sondern um ein **Bundesamt des EDI** handelt. Diese Tatsache kann jedoch die Auffassung der SMA kaum stützen. Wie aus Art. 2 Abs. 1 KG hervorgeht, unterliegen auch öffentliche Unternehmen dem KG. Grundsätzlich ist also die Zugehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht nicht entscheidend. Um eine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 1 zu rechtfertigen, muss vielmehr erkennbar sein, dass der Gesetzgeber einen Ausschluss vom Wettbewerb bezweckt hat.*
- *Wichtiger ist die im MetG vorgenommene Unterscheidung von Grundangebot und erweiterten Dienstleistungen. Wie aus Art. 3 Abs. 3 MetG hervorgeht, werden für die Leistungen des **Grundangebots** (verwaltungsrechtliche) Gebühren von der SMA festgelegt. Die Höhe dieser Gebühren ist nicht primär an marktwirtschaftlichen Kriterien ausgerichtet, sondern an definierten öffentlichen Interessen (Allgemeinnutzen der meteorologischen und klimatologischen Informationen etc.). Diese Gesichtspunkte sprechen für eine gesetzgeberisch gewollte Ausnahme der Leistungen des Grundangebots vom freien Wettbewerb und damit auch vom Geltungsbereich des KG.*
- *Demgegenüber spricht das MetG im Bereich der **erweiterten Dienstleistungen** nicht von (verwaltungsrechtlichen) Gebühren, sondern verlangt, dass die Leistungen auf privatrechtlicher Basis anzubieten sind. Dies entspricht auch dem Verhalten der SMA im vorliegenden Fall: Die SMA teilt der Wetterprognose nicht Gebührensätze mit, sondern stellt ihr eine Offerte, einen privatrechtlichen Antrag auf Abschluss eines Vertrages. Weiterhin hält das MetG ausdrücklich fest, dass sich das Entgelt nach den Bedingungen des Marktes zu richten hat (Art. 4 Abs. 3), und nicht nach den in Art. 3 Abs. 3 genannten öffentlichen Interessen. Diese Aspekte indizieren, dass sich der Gesetzgeber im Bereich der erweiterten Dienstleistungen für den Koordinationsmechanismus Wettbewerb entschieden hat, und damit zugleich für eine Anwendbarkeit des KG.*
- *Die **Bereitstellung von meteorologischen Daten an einen privaten Anbieter**, der diese Daten für eine private Erwerbstätigkeit verwendet, ist zu den **erweiterten Dienstleistungen** im Sinne von Art. 4 MetG zu zählen, und somit gemäss den obigen Argumenten dem KG unterstellt. Alternativ könnte man argumentieren, dass sowohl die Wetterprognose AG als auch die SRG die erhaltenen Daten zur allgemeinen Information der Bevölkerung verwenden, und insoweit die Bereitstellung der Daten durch die SMA dem "Allgemeinnutzen der meteorologischen und klimatologischen Informationen" im Sinne von Art. 3 Abs. 3 MetG Rechnung trägt, was die Zuordnung zum Grundangebot möglich erscheinen lässt, und gegen die Anwendung des KG spricht.*

b. Nehmen Sie an, die SMA und die von ihr erbrachten Dienstleistungen unterstehen dem KG. Sehen Sie im obigen Sachverhalt einen Verstoss gegen das KG? (2 Punkte)

*In Frage kommt eine **unzulässige Diskriminierung** von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss **Art. 7 Abs. 2 lit. b KG**. Hierzu müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:*

- ***Marktbeherrschendes Unternehmen:** Gemäss Sachverhaltsangabe ist die SMA auf dem hier relevanten Markt für meteorologische und klimatologische Dienstleistungen marktbeherrschend.*

- **Diskriminierung:** Die SMA verlangt für die gleiche Leistung von der Wetterprognose einen doppelt so hohen Preis wie von der SRG. Folglich ist der Tatbestand der Preisdiskriminierung erfüllt.
- **Fehlen ernsthafter, sachlicher Gründe (legitimate business reasons)** für die Diskriminierung: Hier kann man zu unterschiedlichen Schlüssen gelangen, je nachdem wie man den Sachverhalt interpretiert. Mögliche Rechtfertigungsgründe (Beispiele): (a) Seit dem Abschluss des Vertrages mit der SRG im Jahre 2000 könnten sich die Kosten oder die Marktlage deutlich verändert haben, so dass die Preiserhöhung gerechtfertigt sein mag. (b) Die SRG mag noch eine Vielzahl anderer Leistungen von der SMA beziehen, so dass sich aus Sicht des Wettbewerbs ein Mengenrabatt rechtfertigt.

**Zusammenfassend** hängt die Antwort also davon ab, ob man ernsthafte, sachliche Gründe für die Diskriminierung annimmt oder nicht.

- c. Nehmen Sie an, ein Verstoß gegen das KG liegt vor. Die Wetterprognose AG hat gehört, das Kartellrecht stelle für einen solchen Fall nicht nur zivilrechtliche, sondern auch verwaltungsrechtliche Massnahmen zur Verfügung. Erläutern Sie, welche verwaltungsrechtlichen Massnahmen vorliegend ergriffen werden könnten, und wer für die jeweiligen Massnahmen zuständig ist. (2.5 Punkte)

**Vorabklärung:** Gemäss Art. 26 Abs. 1 KG kann das Sekretariat der Wettbewerbskommission von Amts wegen, auf Begehren von Beteiligten (in casu z.B. der Wetterprognose AG) oder auf Anzeige von Dritten **Vorabklärungen** durchführen.

**Anregung von Massnahmen:** Nach Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat **Massnahmen** zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen **anregen** (nicht jedoch verfügen) (in casu könnte das Sekretariat z.B. der SMA vorschlagen, den Preis der Offerte zu reduzieren).

**Untersuchung:** Zeigt sich aufgrund der Vorabklärungen, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (in casu eine unzulässige Preisdiskriminierung der SMA) vorliegen, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine **Untersuchung**; die Initiative zur Eröffnung kann auch von der Wettbewerbskommission oder einem Departement ausgehen (Art. 27 Abs. 1 KG).

**Einvernehmliche Regelung:** Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine **einvernehmliche Regelung** über die Art und Weise ihrer Beseitigung **vorschlagen** (Art. 27 Abs. 1 KG). Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der **Genehmigung durch die Wettbewerbskommission** (Art. 27 Abs. 2 KG). Die Genehmigung der Wettbewerbskommission hat mit **Verfügung** zu ergehen (Art. 30 Abs. 1 KG).

**Verfügung von Massnahmen:** Erachtet das Sekretariat Massnahmen für notwendig, und ist es nicht zu einer einvernehmlichen Regelung gekommen, beantragt das Sekretariat bei der Wettbewerbskommission entsprechende Massnahmen zu erlassen (in casu z.B. ein Verbot der Preisdiskriminierung). Die Wettbewerbskommission entscheidet mit **Verfügung** (Art. 30 Abs. 1 KG).

### Frage 3 (4 Punkte)

Nationalrat A schlägt vor, die Bundesverfassung durch einen Artikel mit folgendem Wortlaut zu ergänzen:

"Der Bund ist verpflichtet, Unternehmen von nationaler Bedeutung aufzukaufen, und diese im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt zu führen. Der Erwerb der Unternehmen erfolgt zu marktgerechten Preisen. Die Eigentümer sind zum Verkauf an den Bund verpflichtet."

Nationalrat B erwidert, eine solche Bestimmung würde die geltende Wirtschaftsverfassung grundlegend ändern. Stimmen Sie Nationalrat B zu? Nehmen Sie bei der Begründung Ihrer Antwort Bezug auf den Begriff des ordnungspolitischen Grundentscheids.

*Von einem **ordnungspolitischen Grundentscheid** spricht man, wenn eine Staatsverfassung den Gesetzgeber grundsätzlich auf einen bestimmten Koordinationstyp (Markt / zentrale Planung / Gruppenvereinbarung / Wahlen und Abstimmungen) oder auf eine bestimmte Kombination von Koordinationstypen festlegt.*

*Die Bundesverfassung trifft einen solchen ordnungspolitischen Grundentscheid: Die BV enthält im Grundrechtskatalog **wirtschaftliche Grundrechte**, die in hohem Mass koordinationsrelevant sind und denen man einen **impliziten Grundentscheid** für eine **Verfassung der Privatwirtschaft** entnehmen kann (insbesondere Wirtschaftsfreiheit [Art. 27 BV], Eigentumsgarantie [Art. 26 BV] und Koalitionsfreiheit [Art. 28 BV]). Kombiniert mit dem im **Abschnitt Wirtschaft** (Art. 94-107 BV) enthaltenen Vorschriften (insbesondere Art. 94 und 96 BV) wird dieser Grundentscheid zu einem **expliziten**, und zwar für eine grundsätzlich **wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft**.*

*Der von Nationalrat A **vorgeschlagene Verfassungsartikel** ist mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid der BV **nicht zu vereinbaren**.*

- *Die Bestimmung hätte zur Folge, dass die **Koordination** in weiten Bereichen **durch den Staat**, und nicht mehr durch die Privaten vorgenommen würde, da Unternehmungen von nationaler Bedeutung durch den Staat sowohl zu erwerben als auch zu führen wären. Der Koordinationsmechanismus Markt/Wettbewerb würde also durch den Koordinationsmechanismus Wahlen und Abstimmungen (allenfalls in Verbindung mit zentraler Planung) ersetzt, und zwar in einem massgeblichen Teil der Wirtschaft, da die Unternehmen von nationaler Bedeutung wesentlich zum Wirtschaftsgeschehen beitragen. Je weiter man den Begriff "Unternehmen von nationaler Bedeutung" auslegt, desto grösser wäre der Einfluss des Staates in der Wirtschaft, und desto stärker wäre die Verdrängung des Koordinationsmechanismus Markt/Wettbewerb.*
- *Weiterhin betroffen wäre das **Eigentum**, das eine unabdingbare Voraussetzung für eine Privatwirtschaft darstellt und explizit in Art. 26 BV garantiert wird. Durch die vorgeschlagene Bestimmung würde das Eigentum **als Institut der Rechtsordnung ausgehöhlt**, da Privateigentum an Produktionsmitteln weitgehend beseitigt würde. Faktisch wären nur noch die Produktionsmittel kleiner und mittlerer Unternehmen in privater Hand. Die Tatsache, dass die bisherigen Eigentümer eine volle Entschädigung erhalten ("Erwerb zu marktgerechten Preisen") sichert zwar die Vereinbarkeit der Bestimmung mit der **Wertgarantie** des Art. 26 BV, ändert aber nichts an der Beeinträchtigung der **Bestandesgarantie** (die bisherigen Eigentümer der Unternehmen werden gezwungen, auf ihr Eigentum zu verzichten) und an der Aushöhlung des Eigentums als Institut der Rechtsordnung (**Institutsgarantie**).*

*Nationalrat B ist also **zuzustimmen**. Würde der vorgeschlagene Artikel in die Bundesverfassung aufgenommen, könnte nicht mehr von einem ordnungspolitischen Grundentscheid für eine grundsätzlich wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft gesprochen werden; die bisherige Wirtschaftsverfassung wäre also grundlegend geändert.*

#### **Frage 4 (2 Punkte)**

Die B-Bank verfügt über eigene Mittel in Höhe von 20 Millionen Franken. A, der im Verwaltungsrat der B-Bank sitzt, beantragt einen Kredit in Höhe von 6 Millionen Franken. Die B-Bank bewilligt den Kreditantrag des A und zahlt die Kreditsumme aus. Von einer Kreditwürdigkeitsprüfung, die im Bankengewerbe und auch bei der B-Bank üblich ist, hat man abgesehen, da man dies im Falle der Kreditgewährung an ein Mitglied des eigenen Verwaltungsrat für unnötig hält.

Beurteilen Sie das Verhalten der B-Bank im Lichte des Bankenrechts.

*Das Verhalten der B-Bank verletzt das Bankenrecht in zweifacher Hinsicht:*

- **Klumpenrisiko:** Gemäss Art. 4<sup>bis</sup> Bankengesetz müssen die Ausleihungen einer Bank an einen einzelnen Kunden in einem angemessenen Verhältnis zu ihren eigenen Mitteln stehen. Diese Bestimmung wird in den Artikeln 21-22 der Bankenverordnung konkretisiert. Gemäss Art. 21a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 21d der Bankenverordnung dürfen Kredite gegenüber einem einzelnen Kunden 25% der anrechenbaren eigenen Mittel nicht überschreiten. Im vorliegenden Fall beträgt der Anteil des an A gewährten Kredites 30% der eigenen Mittel (6 Millionen von 20 Millionen Franken); **die Kreditvergabe verletzt also Art. 4<sup>bis</sup> Bankengesetz.**
- **Organkredit:** Gemäss Art. 4<sup>ter</sup> Bankengesetz dürfen Kredite an Mitglieder der Bankorgane nur nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankengewerbes gewährt werden. Der Verwaltungsrat zählt zu den Bankorganen; als Verwaltungsratsmitglied ist A ist also ein Mitglied eines Organs der B-Bank. Zu den allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankengewerbes zählt nach Sachverhalt auch eine Kreditwürdigkeitsprüfung. Da diese im Fall des A nicht vorgenommen wurde, **verletzt das Vorgehen der B-Bank Art. 4<sup>ter</sup> Bankengesetz.**