

2. Vordiplom (Nicht-Juristen / Juristen)

Frühjahr 2003

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 (wenn z.B. in nachvollziehbarer Weise auf andere als die hier zugrundegelegten Lehrmeinungen abgestellt wurde).*

Aufgabe 1 (5 Punkte)

- a. Was verstehen Sie unter einem ordnungspolitischen Grundentscheid? (1 Punkt)

*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.*

- b. Ist der geltenden BV ein ordnungspolitischer Grundentscheid zu entnehmen? Wenn ja, wie lautet dieser und welche Verfassungsbestimmungen bringen ihn zum Ausdruck? (2 Punkte)

*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. Zu diesen Grundrechten zählen in erster Linie die Wirtschaftsfreiheit (**Art. 27 BV**), die Eigentumsgarantie (**Art. 26 BV**) und die Koalitionsfreiheit (**Art. 28 BV**).*

*Kombiniert mit dem im **Abschnitt Wirtschaft** (Art. 94-107 BV) enthaltenen Vorschriften wird dieser Grundentscheid zu einem **expliziten**, und zwar für eine grundsätzlich **wettbewerbsgesteuerte** Privatwirtschaft. Hervorzuheben im Abschnitt Wirtschaft sind vor allem die **Art. 94 und 96 BV**. Art. 94 Abs. 1 verpflichtet Bund und Kantone auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, welcher, wie aus Art. 94 Abs. 4 hervorgeht, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, verbietet. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV nur zulässig bei Vorliegen einer Ermächtigung in der BV. Art. 96 Abs. 1 BV beauftragt den Bund, Vorschriften zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen. Der Koordinationsmechanismus Wettbewerb wird also sowohl gegen Beschränkungen durch den Staat (Art. 94 BV) als auch gegen Beschränkungen*

durch Private (Art. 96 BV) geschützt. Der Auftrag von Art. 96 Abs. 1 BV kann als Konkretisierung des Auftrages von Art. 35 Abs. 3 BV angesehen werden, demzufolge die Behörden dafür sorgen, dass Grundrecht (in casu die Wirtschaftsfreiheit), soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

- c. Steht die Milchmarktkontingentierung gemäss Landwirtschaftsgesetz im Einklang mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid der BV? (1 Punkt)

*Die Milchkontingentierung ist in Art. 30-36 Landwirtschaftsgesetz (LwG) unter dem Titel "Produktionslenkung" geregelt. Gemäss Art. 30 Abs. 1 LwG beschränkt der Bundesrat die Produktion von Verkehrsmilch, indem er für die einzelnen Produzenten und Produzentinnen Kontingente vorsieht. Die Frage, wer in der Schweiz wieviel Milch produziert wird also nicht durch die Privaten (Anbieter) entschieden, sondern, zumindest in den Grundzügen, durch staatlichen Plan. Die Milchkontingentierung ist also ein Beispiel für den Koordinationsmechanismus **zentrale Planung**. Der Koordinationstypus zentrale Planung ist nicht vereinbar mit dem oben dargestellten ordnungspolitischen Grundentscheid der BV vereinbar, da dieser vom Koordinationsmechanismus **Markt** ausgeht. Folglich steht die Milchmarktkontingentierung gemäss LwG **nicht im Einklang** mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid der BV.*

- d. Ist eine gesetzliche Regelung, die mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid der BV nicht in Einklang steht, notwendigerweise verfassungswidrig? (1 Punkt)

*Der ordnungspolitische Grundentscheid der BV für eine grundsätzlich wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft schliesst nicht aus, dass ergänzend zum vorrangigen Koordinationsmechanismus Markt auch andere Koordinationsmechanismen zum Einsatz kommen. Sofern der Staat aber Massnahmen ergreift, die sich gegen den Wettbewerb (Koordinationsmechanismus Markt) richten, wie die erwähnte Milchkontingentierung, bedarf es gemäss Art. 94 Abs. 4 BV einer **besonderen Verfassungsermächtigung** (Ermächtigung zur Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit). Eine gesetzliche Regelung, die mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid der BV nicht in Einklang steht, ist also nicht notwendigerweise verfassungswidrig. Sie ist aber dann verfassungswidrig, wenn sie sich nicht auf eine Abweichungskompetenz gemäss Art. 94 Abs. 4 BV stützen kann. Für die Milchkontingentierung stellt Art. 104 Abs. 2 BV ("... nötigenfalls abweichend vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ...") eine solche Abweichungskompetenz dar.*

Aufgabe 2 (4 Punkte)

Gemäss Art. 17 des Gesundheitsgesetzes des Kantons K ist Ärzten die Führung einer Privatapotheke (Selbstdispensation) verboten (Abs. 1). Ausnahmsweise kann das Gesundheitsdepartement die Führung einer Privatapotheke in Ortschaften ohne öffentliche Apotheke bewilligen, wenn die rasche und für jedermann mögliche Versorgung mit Medikamenten nicht durch eine öffentliche Apotheke einer nahe gelegenen Ortschaft gewährleistet ist (Abs. 2). In einem solchen Fall erhält der erste antragstellende Arzt, der die Qualifikation zur Führung einer Privatapotheke nachweist, eine Bewilligung; alle nachfolgenden Anträge betreffend das vom ersten antragstellenden Arzt abgedeckte Gebiet werden abgewiesen (Abs. 3).

Mit dem grundsätzlichen Verbot der Selbstdispensation bezweckt der kantonale Gesetzgeber die optimale Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten durch Förderung einer ausreichenden Dichte öffentlicher Apotheken. Mit der Beschränkung auf eine Ausnahmegewilligung für ein bestimmtes Gebiet und die Zuteilung gemäss Reihenfolge des Antragseinganges

zielt der Gesetzgeber in erster Linie auf die Vereinfachung der Administration für die Bewilligungsbehörde.

Die Ärztin A beantragt beim Gesundheitsdepartement des Kantons K eine Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke am Standort ihrer Praxis in der Ortschaft Y. Das Gesundheitsdepartement lehnt den Antrag ab mit der Begründung, dass es in Y zwar keine öffentliche Apotheke gebe, dass man aber bereits dem in Y tätigen Arzt B eine Selbstdispensations-Bewilligung ausgestellt habe.

- a. Ist die Abweisung des Gesuchs mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar? Beurteilen Sie im Rahmen Ihrer Antwort sowohl das grundsätzliche Verbot der Selbstdispensation als auch die Gestaltung der Ausnahmeregelung. (3 Punkte)

Zunächst ist zu beurteilen, ob A Trägerin der Wirtschaftsfreiheit ist und ob die in Frage stehende Tätigkeit, das Führen einer Privatapotheke, zum Schutzobjekt der Wirtschaftsfreiheit zählt.

- **Träger** der Wirtschaftsfreiheit: Träger der Wirtschaftsfreiheit sind sowohl natürliche wie juristische Personen. A als natürliche Person ist Trägerin der Wirtschaftsfreiheit.
- **Schutzobjekt** der Wirtschaftsfreiheit: Die Wirtschaftsfreiheit schützt insbesondere die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit; sie erstreckt sich auch auf die nebenberufliche oder bloss gelegentliche Tätigkeit. Das (nebenberufliche) Führen einer Privatapotheke zählt zum Schutzobjekt der Wirtschaftsfreiheit.

*Mit der Abweisung des Gesuchs ist der Ärztin A das Führen einer Privatapotheke 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 und den Grundsatz der Rechtsgleichheit, namentlich im Sinne der **Wettbewerbsneutralität (Gleichbehandlung der Konkurrenten)**, wahren. 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).*

*Zum **Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit**: Mit Ausnahme der hier nicht relevanten Regalrechte und der Übergangsbestimmung Art. 196 Ziff. 7 BV (Gastgewerbe) sieht die BV für die Kantone keine Abweichungsermächtigungen gemäss Art. 94 Abs. 4 BV vor; Art. 17 des Gesundheitsgesetzes muss also den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wahren. 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). Gemäss Sachverhalt zielt das grundsätzliche Verbot der Selbstdispensation auf eine optimale Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten. Hierbei handelt es sich um ein gesundheitspolitisches, nicht um ein (im Sinne der zitierten Bundesgerichtsrechtsprechung) wirtschaftspolitisches Motiv. Das Verbot ist daher mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar.*

Zu den Eingriffsvoraussetzungen gemäss **Art. 36 BV**:

- **Gesetzliche Grundlage** (Art. 36 Abs. 1 BV): Die gesetzliche Grundlage für die Grundrechtsbeschränkung ist mit Art. 17 des kantonalen Gesundheitsgesetzes gegeben.
- **Öffentliches Interesse** (Art. 36 Abs. 2 BV): Das Ziel der Sicherstellung einer ausreichenden Versorgung mit öffentlichen Apotheken und damit der optimalen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten ist ein ausreichendes öffentliches Interesse. Wie oben dargestellt, verstösst dieses Interesse auch nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.
- **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 (**Verhältnismässigkeit im engeren Sinne**).

Das Verbot der Selbstdispensation ist grundsätzlich **geeignet**, die Dichte öffentlicher Apotheken zu fördern, da es die öffentlichen Apotheken vor Konkurrenz durch die Privatapotheken schützt. Da öffentliche Apotheken idR ein breiteres Sortiment an Medikamenten als Privatapotheken anbieten, kann man die Förderung der Dichte öffentlicher Apotheken auch als geeignet zur Verbesserung der Medikamentenversorgung ansehen. Ungeeignet wäre das Verbot, wenn es auch für die Gebiete gelten würde, in denen keine öffentliche Apotheke zur Verfügung stehen. Für diese Gebiete sieht das Gesetz jedoch eine Ausnahmeregelung vor.

Die Antwort auf die Frage, ob das Verbot **notwendig** ist, d.h. ob es kein milderes Mittel gibt, mit sich das Ziel erreichen lässt, ist weniger klar. Das Bundesgericht bejaht diese Frage, allerdings ohne Begründung (Urteil vom 24.10.2002, 2p.52/2001 und 2A.89/2001, E. 7.b). Als mögliche Alternative käme etwa in Frage, die Ärzte, die eine Privatapotheke betreiben, zur Führung eines bestimmten Mindestsortimentes zu verpflichten.

Da die Beschränkung einer blossen Nebentätigkeit nach Meinung des Bundesgerichts keinen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt und gleichzeitig die optimale Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten ein schwergewichtiges öffentliches Interesse darstellt, erfüllt das grundsätzliche Verbot der Selbstdispensation das Erfordernis der **Verhältnismässigkeit im engeren Sinne** (siehe aber zur Ausgestaltung der Ausnahmeregelung die unten folgenden Erwägungen).

Zum Grundsatz der **Wettbewerbsneutralität** bzw. der **Gleichbehandlung der Konkurrenten**: Hier ist vor allem die Ausgestaltung der Ausnahmeregelung zu überprüfen. Die Ausnahmeregelung bevorzugt den ersten Arzt, der einen Antrag um eine Ausnahmebewilligung stellen. Alle weiteren Antragsteller werden ausgeschlossen; dem ersten Antragsteller wird für das fragliche Gebiet praktisch ein Monopol eingeräumt. Die Ausnahmeregelung stellt also eine klare Ungleichbehandlung der konkurrierenden Ärzte dar. Der Grund, der vom Gesetzgeber für diese Ungleichbehandlung angeführt wird, die Vereinfachung der Administration der Bewilligungsbehörde, kann einen solchen Eingriff in den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten nicht rechtfertigen. Hier ist insbesondere das Prinzip der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne verletzt, d.h. der angestrebte Zweck - die administrative Vereinfachung - steht nicht in einem vernünftigen Verhältnis zur Freiheitsbeschränkung, hier der Einschränkung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten.

Zusammenfassend ist die Ablehnung des Gesuches nicht mit der Wirtschaftsfreiheit zu vereinbaren. Das grundsätzliche Verbot hält zwar vor der Wirtschaftsfreiheit stand (sofern man deren Verhältnismässigkeit bejaht), nicht jedoch die Ausnahmeregelung. Trotz der bereits dem B erteilten Ausnahmebewilligung müsste also auch der A eine Ausnahmebewilligung zugesprochen

werden. (Siehe insgesamt zu diesem Fall auch das Urteil des Bundesgerichts vom 24.10.2002, 2p.52/2001 und 2A.89/2001)

- b. A rekuriert gegen den Entscheid des Gesundheitsdepartements bei den zuständigen kantonalen Instanzen. Schliesslich wird sie von der letzten kantonalen Instanz abgewiesen. Steht grundsätzlich ein Rechtsmittel auf Bundesebene zur Verfügung? Wenn ja, sind die Voraussetzungen für die Ergreifung dieses Rechtsmittels im konkreten Fall erfüllt? (1 Punkt)

*A kann eine **staatsrechtliche Beschwerde** erheben wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte erheben (Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG). Als persönlich von der ablehnenden Verfügung Betroffene ist sie legitimiert (Art. 88 OG); der kantonale Instanzenzug wurde, wie von Art. 86 Abs. 1 OG gefordert, ausgeschöpft.*

Aufgabe 3 (6 Punkte)

Die Mehrzahl der Verleger deutschsprachiger Bücher und der schweizerischen Buchhändler nehmen am sogenannten Sammelrevers teil. Hierbei handelt es sich um einen Preisbindungsvertrag zwischen Verlegern und Buchhändlern. Jeder teilnehmende Verleger setzt die Endabnehmerpreise seiner Bücher selbst fest, und die Buchhändler verpflichten sich, die vom jeweiligen Verleger festgesetzten Preise einzuhalten. Ziel der teilnehmenden Buchhändler ist es, mittels des Sammelrevers zwischen den Buchhändlern die Preisfestsetzung abzustimmen und den Preiswettbewerb auszuschliessen. Zur Rechtfertigung dieses Zieles bringen die Buchhändler unter anderem vor, die Preisbindung führe zur Verbesserung der wirtschaftlichen Effizienz (z.B. Senkung der Vertriebskosten durch Gewährleistung eines flächendeckenden Netzes von Buchhandlungen mit einem breiten Sortiment). Die Teilnahme am Sammelrevers ist freiwillig; faktisch unterliegen jedoch ca. 90% der in der Schweiz verkauften deutschsprachigen Bücher der Preisbindung. Die Preisbindung wird von allen teilnehmenden Buchhändlern eingehalten.

Der Sammelrevers bindet die Buchhändler zwar hinsichtlich des Preises der Bücher, lässt ihnen aber bei der übrigen Gestaltung ihres Angebots (z.B. hinsichtlich Beratung, Sortimentsbreite, Gestaltung der Verkaufsräumlichkeiten) freie Hand. Hinsichtlich dieser übrigen Angebotsfaktoren besteht Wettbewerb zwischen den Buchhändlern.

- a. Zugunsten der Buchpreisbindung wird angeführt, sie sei aus kulturpolitischen Gründen vorteilhaft. So würde sie es ermöglichen, kulturpolitisch wertvolle, aber auf dem Markt wenig nachgefragte Bücher durch die Erträge aus dem Verkauf von Bestsellern zu subventionieren (Quersubventionierung). Dürfen derartige kulturpolitische Argumente bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Sammelrevers gemäss Kartellgesetz berücksichtigt werden? (2 Punkte)

*Es ist zu unterscheiden ist nach der beurteilenden **Behörde**. Die **Wettbewerbskommission** hat sich bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen und ihren Entscheiden gemäss Art. 30 KG allein auf die in den Artikeln 5-7 KG festgelegten **ökonomischen** Gesichtspunkte zu beschränken (Auswirkungen auf den Wettbewerb, wirtschaftliche Effizienz). Öffentliche Interessen*

anderer, **nicht-ökonomischer** Art, wie die hier in Frage stehenden kulturpolitischen Interessen, darf die Wettbewerbskommission nicht berücksichtigen. Die Berücksichtigung derartiger Interessen ist dem **Bundesrat** vorbehalten. Hat die Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erklärt, kann der Bundesrat diese auf Antrag der Beteiligten ausnahmsweise für zulässig erklären, wenn sie notwendig ist um **überwiegende öffentliche Interessen** zu verwirklichen (Art. 8 und 31 KG). Der Bundesrat darf folglich im Rahmen der Entscheidung über eine ausnahmsweise Zulassung einer als unzulässig erklärten Wettbewerbsbeschränkung auch kulturpolitische Gesichtspunkte berücksichtigen.

- b. Ist der Sammelrevers mit dem Kartellgesetz vereinbar? (Lassen Sie bei der Beantwortung dieser Frage kulturpolitische Aspekte ausser Acht.) (3 Punkte)

Anwendungsbereich (Art. 2-3 KG): Bei den Buchhändlern 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.

Beim Sammelrevers handelt es sich um eine **Wettbewerbsabrede** i.S.v. Art. 4 KG: Es liegt zwar keine direkte Vereinbarung zwischen den Buchhändlern vor (der Sammelrevers ist vielmehr eine Vereinbarung zwischen Buchhändlern und Verlegern), aber eine **abgestimmte Verhaltensweise**, die eine Wettbewerbsbeschränkung sowohl **bezweckt** (die Buchhändler bezwecken gemäss Sachverhalt mit ihrer Teilnahme die Ausschaltung des Preiswettbewerbs) als auch **bewirkt** (90% der in der Schweiz verkauften deutschsprachigen Bücher unterliegen der Preisbindung, die von allen teilnehmenden Buchhändlern eingehalten wird).

Zulässigkeit (Art. 5 KG): 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). Bei Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist eine Rechtfertigung durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz nicht möglich. 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 des Sammelrevers dessen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu ermitteln sind. Hierzu bedarf es vorgängig der Bestimmung des **relevanten Marktes** (siehe zu den Kriterien für die Festlegung des relevanten Marktes Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4). Als **sachlich** relevanter Markt sind die von den Buchhändlern angebotenen deutschsprachigen Bücher und die im Zusammenhang mit dem Verkauf erbrachten Dienstleistungen (z.B. Beratung) anzusehen. Der **räumlich** relevante Markt ist die deutschsprachige Schweiz.

Da auf diesem Markt durch den Sammelrevers die Preise der zueinander im Wettbewerb stehenden Buchhändler 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 Aussenwettbewerb sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen; die Erfassung von 90% der deutschsprachigen Bücher durch die Preisbindung spricht gegen einen solchen Aussenwettbewerb. Hingegen besteht gemäss Sachverhalt **Innenwettbewerb** bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund **anderer Faktoren** (z.B. Beratung, Sortimentsbreite, Gestaltung der Verkaufsräumlichkeiten). Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs lässt sich also widerlegen. Zu ergänzen ist, dass nach einer von einem Teil der Lehre und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vertretenen Position (die vom Bundesgericht abgelehnt wird), die Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG nicht durch die Relevanz anderer Wettbewerbsparameter widerlegt werden könne, sondern nur durch den Nachweis, dass trotz der Abrede noch Preiswettbewerb spiele. Wer dieses Argument vorbringt und darauf gestützt die Widerlegung der Vermutung durch den bestehenden Innenwettbewerb zurückweist, bekommt diesbezüglich ebenfalls die volle Punktzahl.*

*Betrachtet man der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs als widerlegt, so ist der Ausschluss des Preiswettbewerbs doch zumindest eine **erhebliche Beeinträchtigung** des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG. Solche Beeinträchtigungen sind nur zulässig, wenn sie sich aus Gründen der **wirtschaftlichen Effizienz** rechtfertigen lassen. Art. 5 Abs. 2 KG Bst. nennt hier u.a. die Senkung von Herstellungs- und Vertriebskosten. Sollte es zutreffen, wie von den Buchhändlern gemäss Sachverhalt argumentiert, dass sich der Sammelrevers tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (z.B. Senkung der Vertriebskosten), wäre der Sammelrevers zulässig; andernfalls wäre er unzulässig.*

***Zusammenfassend** ist der Sammelrevers dann mit dem Kartellgesetz vereinbar, wenn man zum Schluss gelangt, dass sich die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG widerlegen und der Sammelrevers sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. (Siehe insgesamt zu diesem Fall auch das Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2002, 2A.298/2001 und 2A.299/2001).*

- c. Nehmen Sie an, die Wettbewerbskommission habe per Verfügung entschieden, der Sammelrevers sei unzulässig. Der Schweizerische Buchhändler- und Verleger-Verband erachtet den Entscheid als materiell falsch. Welche Rechtsmittel stehen dem Verband gegen diesen Entscheid zur Verfügung? Zeigen Sie den gesamten Instanzenzug auf. (1 Punkt)

*Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission kann der Verband **Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen** erheben (Art. 44 KG). Gegen den Entscheid der Rekurskommission kann sie sodann eine **Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht** erheben (Art. 97 und 98 Bst. e VwVG; Unzulässigkeitsgründe nach Art. 99-102 VwVG bestehen nicht).*

Aufgabe 4 (5 Punkte)

- a. Beschreiben Sie das Verhältnis von Eidgenössischer Bankenkommision (EBK) und Revisionsstellen im Konzept der Bankenaufsicht gemäss Bankengesetz. (2 Punkte)

*Im Konzept der Bankenaufsicht gemäss Bankengesetz (BankG) sind die EBK und die Revisionsstellen Teil einer **zweistufig** gegliederten Aufsicht, in welcher den **Revisionsstellen** die **direkte Kontrolle** der Banken und der **EBK** die **Oberaufsicht** zugeordnet ist.*

Im Rahmen der direkten Kontrolle sind die Jahresrechnungen der dem BankG unterstellten Banken jährlich durch eine aussenstehende Revisionsstelle zu prüfen (Art. 18-19 BankG). Stellt die Revisionsstelle Mängel fest, hat sie der Bank eine Frist zur Behebung der Mängel anzusetzen (Art. 21 Abs. 3 BankG). Die Oberaufsicht der EBK kommt dann zum Tragen, wenn die Bank die Frist nicht einhält oder eine Fristsetzung zwecklos bzw. der Mangel zu schwerwiegend ist. In solchen Fällen ist die Revisionsstelle verpflichtet, die EBK sofort zu benachrichtigen (Art. 21 Abs. 3 und 4 EBK). Während die Revisionsstelle also die Aufgabe der kontinuierlichen (jährlichen) Kontrolle zukommt, muss die EBK in aller Regel erst dann handeln, wenn Hinweise auf Misstände bestehen. Erhält die EBK von Misständen Kenntnis (sei es durch Mitteilung einer Revisionsstelle oder durch eine andere Informationsquelle) ist die EBK ermächtigt und verpflichtet, die zur Herstellung des ordnungsmässigen Zustandes und zur Beseitigung der Misstände notwendigen Verfügungen zu erlassen (Art. 23^{ter} BankG). (Siehe im Einzelnen Art. 18-22 BankG zu den Aufgaben und Kompetenzen der Revisionsstelle, Art. 23-23^{septies} BankG zu denjenigen der EBK).

- b. Die Revisionsgesellschaft R ist für die Bank B als externe Revisionsstelle tätig. Mit der Revision der Bank B ist ein Team erfahrener und sachkundiger Mitarbeiter der R betraut. Die Leitung dieses Teams überträgt die R allerdings ihrem Mitarbeiter M, der über keine spezielle Ausbildung oder Erfahrung in der Bankenrevision verfügt. Bei der Auswahl des M war entscheidend, dass M ein langjähriger persönlicher Freund des Verwaltungsratspräsidenten V der Bank B ist. V hatte in der Vergangenheit mehrfach gedroht, der R das Revisionsmandat zu entziehen. Die Revisionsgesellschaft erhofft sich, dass es M aufgrund seiner persönlichen Freundschaft zu V gelingen wird, ihr dieses für sie sehr wichtige Mandat zu erhalten.

Die Revision ergibt, dass die Bank B eine Reihe von Vorschriften des Bankengesetzes nicht beachtet. Insbesondere stellen die Revisoren den Verlust von mehr als der Hälfte der eigenen Mittel der Bank B fest, so dass kein angemessenes Verhältnis zwischen den eigenen Mitteln und den Verbindlichkeiten der Bank mehr besteht. Als M seinem Freund V diese Ergebnisse mitteilt, versichert ihm dieser, dass es keinen Grund zur Sorge gäbe. Allfällige Misstände seien längst erkannt und würden beseitigt. Die Revisoren müssten folglich nichts unternehmen. M lässt sich überzeugen und ergreift keine Massnahmen. Der von ihm erstellte Revisionsbericht erwähnt die festgestellten Gesetzesverletzungen nicht.

Beurteilen Sie im Lichte des Bankenrechts

- aa. die Berufung des M zum Leiter des Revisionsteams (1.5 Punkte),

Gemäss Art. 20 Abs. 1 BankG kann mit der Revision nur ein Revisionsverband oder eine Treuhandstelle beauftragt werden, die als Revisionsstelle anerkannt worden ist. Die Vollziehungsverordnung bestimmt die Voraussetzungen der Anerkennung. Nach Art. 35 Abs. 2 Bst. c BankV muss eine Revisionsstelle für ihre Anerkennung unter anderem die Bedingung erfüllen, dass ihre leitenden Revisoren einen guten Ruf besitzen und sich durch ein eidgenössisches Bücherexpertendiplom, ein gleichwertiges ausländisches Diplom oder auf andere Weise über eine gründliche Kenntnis des Bankgeschäfts und der Bankenrevision verfügen. Die Berufung des M, der über keine spezielle Erfahrung oder Ausbildung in der Bankenrevision verfügt, verletzt diese Bedingungen.

Gemäss Art. 20 Abs. 3 BankG muss die Revisionsstelle von der Geschäftsführung und der Verwaltung der zu revidierenden Bank unabhängig sein. Die Tatsache, dass M ein lang-

jähriger persönlicher Freund des Verwaltungsratspräsidenten der Bank B ist steht im Widerspruch zu der von Art. 20 Abs. 3 BankG geforderten Unabhängigkeit.

- bb. das Verhalten des M bei der Durchführung der Revisionsaufgabe (1.5 Punkte).

Nach Art. 19 Abs. 1 BankG prüft die Revisionstelle u.a., ob die Bestimmungen des BankG und der BankV eingehalten worden sind. Gemäss Art. 21 Abs. 1 BankG hat der Revisionsbericht das Ergebnis der in Art. 19 Abs. 1 BankG vorgeschriebenen Ermittlungen zu enthalten. Folglich hätte M im Revisionsbericht die bei der Revision festgestellten Verletzungen des BankG im Revisionsbericht aufführen müssen. Seine diesbezügliche Unterlassung verletzt also Art. 21 Abs. 1 i.Vm. Art. 19 Abs. 1 BankG.

Werden bei der Revision Verletzungen gesetzlicher Vorschriften oder sonstige Missstände festgestellt, hat die Revisionstelle der Bank eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes anzusetzen (Art. 21 Abs. 3 Satz 1 BankG). Eine sofortige Benachrichtigung der EBK ist u.a. dann erforderlich, wenn der Verlust der Hälfte der eigenen Mittel festgestellt wird (Art. 21 Abs. 4 BankG). Die Untätigkeit des M stellt eine Verletzung dieser Bestimmungen dar. Er hätte der Bank eine Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes ansetzen und zumindest betreffend den Verlust von mehr als der Hälfte der eigenen Mittel sofort die EBK benachrichtigen müssen.