

Fuhrer Marbach & Partner
Konsumstrasse 16 A, CH-3007 Bern
Tel. +41 (0)31 382 44 33, Fax +41 (0)31 382 46 42
E-Mail: info@fmp-law.ch, Web: www.fmp-law.ch

Verband Schweizer Meteo Anbieter SMA
Gerbergasse 48
CH-4001 Basel

Bern, 18. Oktober 2011
Unser Zeichen: 212864/Em/ar
Q:\MADABAWIKORR\212864\10.doc

Eugen Marbach
*Prof. Dr. iur., Fürsprecher
Peter Widmer
*Rechtsanwalt
Martin Thomann
*Fürsprecher
Philippe Probst
*Fürsprecher LL.M. Eur.
Bernard Volken
*Rechtsanwalt
Yves Stucki
Fürsprecher
Bettina Beck
*Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M.
Stefan Hubacher
*Rechtsanwalt
Cyrill Rieder
Dr. iur., Rechtsanwalt
Debora Bruggmann
Rechtsanwältin
Marc Fuhrer
Fürsprecher, Konsulent
Katharina Schindler
Dr. iur., Fürsprecherin LL.M.,
Konsulentin

KURZGUTACHTEN

zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit eines Angebots gewerblicher Dienstleistungen durch das Eidgenössische Institut für Meteorologie und Klimatologie gemäss Vernehmlassungsentwurf für ein neues Meteorologiegesezt

Sehr geehrter Herr Präsident

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben mich im Hinblick auf Ihre Stellungnahme zur Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung des Eidgenössischen Instituts für die Meteorologie und Klimatologie (Meteorologiegesezt, MetG) vom 17. Juni 2011 beauftragt, zu Fragen der Verfassungsmässigkeit dieser Gesetzesvorlage, der besseren Absicherung der Wettbewerbsneutralität der gewerblichen Angebote des geplanten Instituts, sowie generell der kartell- und lauterkeitsrechtlichen Schranken gewerblicher Angebote der Verwaltung ein Kurzgutachten zu erstellen.

Der nachfolgende Bericht basiert auf der Analyse des Vernehmlassungsentwurfs, des vom Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie (in eigener Sache) verfassten, erläuternden Berichts sowie der einschlägigen Literatur. Allerdings war es mir aus zeitlichen und finanziellen Gründen nicht möglich, die in diesem Bereich sehr umfangreiche Spezialliteratur abschliessend auszuwerten, was

Beneficiary: Advokaturbüro Fuhrer Marbach & Partners, Konsumstrasse 16A, 3007 Bern, Switzerland
Beneficiary Account No: 235-90217371 0 (IBAN); CH50 0023 5235 0021 7371 0, Bank: UBS AG, Postfach, 3011 Bern, Switzerland
SWIFT Code: UBSWCH2H80A MWST. Nr. 331 294

*Mitglied des bernischen und schweizerischen Anwaltsverbandes eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Bern

im Interesse der Transparenz offenzulegen ist. Die Grundlinie ist jedoch klar, weshalb diese auf Schlüsselwerke fokussierte Auswertung den Aussagegehalt höchstens marginal relativieren dürfte.

In diesem Sinne darf ich Ihnen wie folgt Bericht erstatten:

Frage 1: Ist die im Rahmen der Revision des Meteorologiegesetzes geplante Erweiterung des unternehmerischen Handlungsspielraums von MeteoSchweiz aus verfassungsmässiger Sicht zulässig?

1.1 Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

Kern der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ist der Grundsatz der **Wirtschaftsfreiheit**. Dieselbe schützt einerseits im grundrechtlichen Sinne die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit (BV 27). Gleichzeitig bildet der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auf institutioneller Ebene aber auch die oberste Leitlinie der verfassungsmässigen Wirtschaftsordnung (BV 94). Diese beiden Aspekte gilt es getrennt zu analysieren.

a) *Grundrechtliche Ebene*

BV 27 gewährleistet dem einzelnen Bürger auf **grundrechtlicher Ebene** die Wirtschaftsfreiheit. Verfassungsrechtlich abgesichert sind damit insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie der freie Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Zentrale Stichworte sind die Berufswahl-, die Berufszugangs- und die Berufsausübungsfreiheit¹.

Nach heute herrschender Lehre bietet BV 27 jedoch keinen Schutz vor zusätzlicher Konkurrenz, auch nicht vor solcher durch staatliche Anbieter² (wie des vorgeschlagenen Eidgenössischen Instituts für Meteorologie und Klimatologie). Die gewerbliche Tätigkeit des Staates

¹ Vgl. statt vieler GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, N. 24 zu BV 27.

² Vgl. z.B. STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss., Zürich 2000, S. 102 mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur.

verstösst für sich allein betrachtet also noch nicht gegen die grundrechtlich verstandene Wirtschaftsfreiheit (BV 27).

Dazu kommt, dass die Wirtschaftsfreiheit – wie jedes Grundrecht – selbstverständlich auch eingeschränkt werden kann. Vorausgesetzt sind eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse, überdies muss der Eingriff verhältnismässig sein und darf den Kerngehalt des Grundrechts nicht tangieren³.

b) *Institutionelle Ebene*

Wichtiger ist im diskutierten Zusammenhang die **institutionelle Ebene**⁴ der Wirtschaftsfreiheit. Insofern besteht in der Literatur weitgehend Konsens, dass der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gewerblichen Aktivitäten des Staates Schranken setzt. Im Sinne des verfassungsmässigen Leitbildes von BV 94 ist vielmehr vom Grundsatz der „**Staatsfreiheit der Wirtschaft**“⁵ auszugehen.

Mit welcher Absolutheit diese verfassungsmässige Vorgabe einer staatsfreien Wirtschaft gewerbliche Angebote ausschliesst, wurde im Laufe der Zeit kontrovers diskutiert. Angesichts der stark steigenden Staatsquote wurde die Haltung nach dem 2. Weltkrieg kritischer: So kam HANS MARTI⁶ in seinem epochalen Werk zur Handels- und Gewerbefreiheit zum Schluss, dass jedes gewerbliche Angebot des Staates den grundrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit verletze und daher höchstens unter sehr restriktiven Voraussetzungen zulässig sein könne. Auch heute ist die Relevanz der Wirtschaftsfreiheit für die Beurteilung gewerblicher Angebote des Staates letztlich unbestritten. So betonte das Bundesamt für Justiz in einem im Jahr 2008 erstellten Gutachten, „dass jede wirtschaftliche Tätigkeit des Staates mit

³ BV 36.

⁴ Vgl. zu dieser Differenzierung zwischen institutioneller und systembezogener Dimension der Wirtschaftsfreiheit z.B. GIOVANNI BIAGGINI a.a.O., N. 1 f. zu BV 94.

⁵ Vgl. weiterführend GIOVANNI BIAGGINI, a.a.O., N. 2 zu BV 94; ebenso STEFAN VOGEL, a.a.O., S. 108 f., beide mit zahlreichen weiterführenden Hinweisen. STEFAN VOGEL referenziert nicht zuletzt ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 1. Juni 1995.

⁶ Die Handels- und Gewerbefreiheit, Bern 1950, S. 215.

dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) in Konflikt gerate“⁷. Zwar garantiere diese Verfassungsbestimmung nicht den freien Wettbewerb, doch auferlege sie dem Staat die negative Verpflichtung zu grösster Zurückhaltung. „L'état“ – so zitiert das Bundesamt für Justiz den Kommentar JEAN-FANÇOIS AUBERT / PASCAL MAHON⁸ – „doit s'abstenir“.

Diese institutionelle Ebene wird in der Literatur vielfach auch als Grundsatz der Subsidiarität bezeichnet. PAUL RICHLI⁹ umschreibt denselben wie folgt:

„Das in der Wirtschaftsverfassung generell relevante Subsidiaritätsprinzip gebietet nach der hier vertretenen Auffassung aber, dass sich der Staat mit privatwirtschaftlicher Tätigkeit zurückhält und auf funktionierenden Märkten grundsätzlich nicht als Konkurrent auftritt.“

Diese Forderung nach Zurückhaltung impliziert nach heute herrschendem Verständnis allerdings kein absolutes Verbot gewerblicher Angebote. Die „blosse“ Leitbildfunktion von BV 94 belasse im Einzelfall einen gewissen Spielraum, jedenfalls solange solche Angebote nicht auf eine faktische Beseitigung der Privatwirtschaft hinauslaufe¹⁰. Vorausgesetzt werden jedoch (kumulativ)¹¹:

- eine gesetzliche Grundlage;
- ein öffentliches Interesse;
- eine wettbewerbsneutrale Umsetzung.

⁷ Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 3. März 2008 zur Frage der Mehrheitsbeteiligung der Swisscom AG an einer Programmveranstalterin, VPB 4/2009 vom 2. Dezember 2009, S. 222. Ebenso MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Habilitationsschrift 2010, S. 442 f.

⁸ Petit commentaire de la constitution fédérale, 2003, N. 5-7 zu BV.94 I.

⁹ PAUL RICHLI, Grundriss des Schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2002, S. 55.

¹⁰ Vgl. z.B. BEAT KRÄHENMANN, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Diss., Basel 1987, S. 160 ff. Eine aktuelle Übersicht zum Stand der Diskussion findet sich bei MARRUS SCHOTT, a.a.O., S. 440 f.

¹¹ Vgl. z.B. RENÉ RHINOW / GERHARD SCHMID / GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, S. 372 ff.

Einzelne Autoren¹² verlangen als weitere Kontrolle auch noch eine Verhältnismässigkeitsprüfung, deren Stellenwert jedoch umstritten ist¹³.

So wichtig diese institutionelle Ebene als Leitplanke für den Gesetzgeber ist, so klar ist andererseits, dass BV 94 nach aktueller Rechtsprechung kein individualrechtlicher Charakter zukommt¹⁴. Nachdem die abstrakte Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen (heute) ausgeschlossen ist, muss sich der Staat daher aufgrund seiner Verpflichtung zur Verfassungstreue umso stärker darum bemühen, dieser institutionellen Ebene der Wirtschaftsfreiheit zumindest im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses Rechnung zu tragen.

Auch vor diesem Hintergrund hat sich jede Botschaft zu einem Gesetzesentwurf resp. jeder erläuternde Bericht zu einer Vernehmlassungsvorlage auch zur Frage der Verfassungsmässigkeit zu äussern. Es fällt auf, dass der erläuternde Bericht zur Vernehmlassungsvorlage für ein Meteorologiestgesetz dieser Verpflichtung nur rein formal nachkommt (vgl. Ziff. 5.1). Eine Stellungnahme zur zentralen Frage der Wirtschaftsfreiheit resp. der Kompatibilität des geplanten Ausbaus der gewerblichen Aktivitäten mit dem verfassungsmässigen Subsidiaritätsprinzip sucht man vergeblich. Dies ist umso erstaunlicher, als gleichzeitig dargelegt wird, dass offenbar – im Sinne des Subsidiaritätsprinzips – auch eine Variante mit Reduktion der Staatstätigkeit auf die nicht bereits von der Privatwirtschaft abgedeckten Kernaufgaben geprüft wurde¹⁵. Es bleibt daher der Eindruck zurück, das Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie versuche hier die zentrale Frage gewissermassen „tot zu schweigen“. Jedenfalls ist die Transparenz und Offenheit der Diskussion klar ungenügend.

¹² Insbesondere STEFAN VOGEL, a.a.O., S. 157 ff.

¹³ Vgl. z.B. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 55.

¹⁴ Vgl. z.B. BGer 2P.83/2005, E. 2.3. Auch das Bundesgericht erlebt diese fehlende Kontrollmöglichkeit allerdings zuweilen als unbefriedigend: Illustrativ BGer 2P.67/2004 E. 1.8: „In der Tat mag das Fehlen einer gerichtlichen Kontrolle als unbefriedigend erscheinen, wenn der Staat ohne gesetzliche Grundlage durch eine staatlich finanzierte wirtschaftliche Tätigkeit mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung oder Wirkung in den Wettbewerb eingreift und dadurch private Anbieter in ihrer Marktstellung beeinträchtigt oder gar eliminiert (...)“.

¹⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 1.3, Variante 4.

1.2 Öffentliches Interesse

Gesichert ist, dass ein Angebot gewerblicher Leistungen, wie es in Art. 4 Entwurf MetG vorgesehen ist, nur bei klar nachgewiesenem öffentlichem Interesse verfassungsmässig sein kann¹⁶.

Eine ernsthafte Auseinandersetzung mit dieser Frage nach dem öffentlichen Interesse sucht man im erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vergeblich. Begründet wird einzig der Entscheid gegen die (angesichts der Subsidiarität staatlicher Wirtschaftstätigkeit eigentlich naheliegende) Variante mit Reduktion auf die Kernaufgaben (mit oder ohne Einschluss des Flugwetterdienstes). Insoweit wird ausgeführt¹⁷:

„Diese beiden Varianten wurden verworfen, weil ein Verzicht auf marktorientierte Leistungen einen erheblichen Einnahmenverlust und damit eine entsprechende Mehrbelastung der Bundeskasse zur Folge hätte. Zudem wäre ein Verzicht auf Kundenkontakte zwangsläufig auch mit einem Verlust an Know-how und verminderten Kenntnissen der Kundenbedürfnisse verbunden. Die Möglichkeit zur Erbringung von gewerblichen Leistungen ist daher ein sinnvoller Beitrag zu effektivem Verwaltungshandeln sowie zur Optimierung des Kundennutzens.“

Das eigentliche Ziel des Angebots von gewerblichen Dienstleistungen – insoweit argumentiert das Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie mit entwaffnender Ehrlichkeit – ist also rein **fiskalischer Natur**. Das zukünftige Institut soll einen Teil seiner Ausgaben selbst finanzieren und damit den Bund entlasten.

In der Lehre besteht Einigkeit, dass fiskalische Interessen dieses Zuschnitts kein öffentliches Interesse darstellen, welches einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen könnte¹⁸.

¹⁶ Vgl. statt vieler KLAUS A. VALLENDER / PETER HETTICH / JENS LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4. Aufl., Bern 2006, S. 192 mit weiterführenden Hinweisen.

¹⁷ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 1.3.

¹⁸ Vgl. z.B. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 56, RENÉ RHINOW/GEORG SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, a.a.O., S. 372 ff. STEFAN VOGEL, a.a.O., S. 152 ff. Anderer Auffassung ist MARKUS SCHOTT, a.a.O., S. 441, welcher auch fiskalische Interessen als öffentliche Interessen einstuft, diese Aussage jedoch gleich wieder relativiert und betont, fiskalische Interessen seien dafür unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeitsprüfung als gering zu veranschlagen.

Das Bundesamt für Justiz äusserte sich insoweit im bereits zitierten Gutachten aus dem Jahr 2008 mit unmissverständlicher Deutlichkeit¹⁹:

„Damit ist zugleich gesagt, dass der Wille des Gesetzes, dem Staat (bzw. dem Bund) eine privatwirtschaftliche Tätigkeit im überwiegenden öffentlichen Interesse zu ermöglichen, klar zum Ausdruck kommen muss. Dass das pekuniäre Interesse an einer Gewinnerzielung nicht als überwiegendes öffentliches Interesse gelten kann, versteht sich von selbst, denn sonst stünden dem Staat jegliche wirtschaftliche Betätigungen offen.“

Das im Bericht formulierte Ziel, den Bund wirtschaftlich zu entlasten, kann somit auch nach Auffassung des in diesen Fragen letztlich verantwortlichen Bundesamtes für Justiz nicht als öffentliches Interesse anerkannt werden. Andere öffentliche Interessen sind jedoch nicht ersichtlich. Würde die staatliche Tätigkeit des Bundesamtes für Meteorologie und Klimatologie im Sinne der Wirtschaftsfreiheit auf die Kernfunktionen zurückgestuft, so entfielen insbesondere auch das ergänzend geltend gemachte Bedürfnis nach „Kundenkontakt zur Verbesserung der Kenntnisse von Kundenbedürfnissen“²⁰. Denn das staatliche Grundangebot hat sich am staatlichen Bedürfnis und nicht an Marktopportunitäten auszurichten.

Solange kein öffentliches Interesse nachgewiesen ist, sind gewerbliche Dienstleistungen als Abweichung vom verfassungsmässigen Leitbild der Wirtschaft resp. des Grundsatzes der „Staatsfreiheit der Wirtschaft“ verfassungswidrig.

1.3 Referenzierung vorbestehender Lösungen

Zur ergänzenden Rechtfertigung referenziert das Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie vorbestehende Gesetzesbestimmungen im Finanzhaushaltsgesetz²¹ und im Museums- und Sammlungsgesetz²².

¹⁹ Vgl. vorne, FN 7.

²⁰ Erläuternder Bericht, Ziff. 1.3.

²¹ SR 611.0.

²² SR 432.30.

a) *Finanzhaushaltsgesetz Art. 41 a FHG hat folgenden Wortlaut:*

- 1 *Gestützt auf dieses Gesetz können die folgenden Verwaltungseinheiten gewerbliche Leistungen für Dritte erbringen:*
 - a. *die Bundesreisezentrale;*
 - b. *das Informatik-Service-Center des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes;*
 - c. *das Bundesamt für Bauten und Logistik;*
 - d. *das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation.*
- 2 *Die ermächtigten Verwaltungseinheiten dürfen gewerbliche Leistungen erbringen, wenn diese:*
 - a. *mit den Hauptaufgaben in einem engen Zusammenhang stehen;*
 - b. *die Erfüllung der Hauptaufgaben nicht beeinträchtigen; und*
 - c. *keine bedeutenden zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel erfordern.*

Dieser Verweis ist schon deshalb nicht zielführend, weil das Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie hier eben gerade nicht erwähnt wird. Die faktisch getübte Zurückhaltung der genannten Bundesstellen illustriert jedoch die fehlende Vergleichbarkeit. Das Bundesamt für Bauten und Logistik z.B. würde nie auf die Idee kommen, gleichzeitig auch freie Architekturdienstleistungen anzubieten, obschon dies den Bund möglicherweise finanziell ebenfalls entlasten könnte.

b) *Verweis auf das Museums- und Sammlungsgesetz*

Weiter begründet der erläuternde Bericht die getroffene Lösung auch unter Verweis auf Art. 8 des Museums- und Sammlungsgesetzes vom 12. Juni 2009²³, welche Regelung weitgehend übernommen worden sei.

Die referenzierte Gesetzesbestimmung erlaubt dem Schweizerischen Nationalmuseum

- *Dienstleistungen für Museen und ähnliche Institutionen zu erbringen;*
- *Nebenbetriebe zu führen oder durch Dritte führen zu lassen;*
- *Dritten Kulturgüter, Gebäude oder Liegenschaften zur Verfügung zu stellen oder daran Rechte einzuräumen.*

²³ SR 432.30.

Die behauptete Analogie zum geplanten Angebot an gewerblichen, meteorologischen Dienstleistungen, mit welchem der Staat zukünftig verstärkt in einen funktionierenden Markt eindringen will, ist objektiv nicht nachvollziehbar.

Frage 2: Wie ist die geplante Revision aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu beurteilen?

Diese Fragestellung kennt gewissermassen zwei Ebenen, nämlich das Kartellrecht einerseits, das Lauterkeitsrecht andererseits. Dieselben gilt es getrennt zu analysieren.

Der bestehende Entwurf anerkennt dabei sowohl die kartell- als auch die lauterkeitsrechtlichen Schranken explizit als verbindlich: Das Institut soll „im Bereich der gewerblichen Leistungen denselben Pflichten“ unterstehen „wie die privaten Anbieterinnen und Anbieter“ (Entwurf MetG 4 IV).

2.1 Kartellrecht

Das Kartellgesetz²⁴ will gemäss seinem Zweckartikel²⁵ volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern. Um dies zu erreichen, beschränkt es die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden²⁶, überdies auch die Handlungsfreiheit von marktbeherrschenden Unternehmen²⁷.

Seitens des geplanten Instituts für Meteorologie und Klimatologie sind kaum kartellrechtswidrige Wettbewerbsabreden zu befürchten. Der Staatsbetrieb ist am mächtigsten allein. Entscheidend ist somit, ob das zukünftige Institut für Meteorologie und Klimatologie als marktmächtig einzustufen sein wird.

²⁴ SR 251.

²⁵ KG 1.

²⁶ KG 5.

²⁷ KG 7.

Zur Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens wird typischerweise auf die Marktstruktur (Marktanteile, Abstand zum nächst grösseren Konkurrenten), überdies auch auf die Marktentwicklung sowie die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten (potenzieller Wettbewerb) abgestellt. Angesichts des gut funktionierenden privaten Angebots (Gesamtmarkt der privaten Anbieter insgesamt: ca. CHF 20 Mio.) und des relativ kleinen Umsatzanteils der heutigen MeteoSchweiz mit gewerblichen Dienstleistungen (ca. CHF 3 Mio., Gesamtumsatz: CHF 87 Mio.) mag dies auf ersten Blick zumindest fraglich sein.

Ob diese klassischen Kriterien im Zusammenhang gewerblicher Dienstleistungen von Verwaltungseinheiten und verwaltungsähnlichen „Instituten“ zu einem sachgerechten Ergebnis führen, ist indessen zumindest stark umstritten. Mit Recht wird in der Literatur²⁸ betont, dass ein mit staatlichen Mitteln so stark gestützter Anbieter wie ein Bundesamt (oder neu ein Institut für Meteorologie und Klimatologie) mehr oder weniger per se in der Lage ist, sich unabhängig von den übrigen Marktteilnehmern zu verhalten. Dies belegt nicht zuletzt die aktuelle Vorbereitungsphase: Ein Anbieter, welcher nicht vom Staat mit Steuergeldern finanziert wird, könnte es sich nie leisten, seinen Marktauftritt mit derartigem Mitteleinsatz vorzubereiten, wie dies das Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie heute tut.

Nachzuweisen bliebe selbstverständlich der Missbrauch. Insoweit kam allerdings die Wettbewerbskommission bereits 1999 zum Schluss, dass die wettbewerbswidrige Behinderung der privaten Anbieter bei der (auch im neuen Gesetz beabsichtigten) Kombination von hoheitlichem Basisangebot und erweiterten gewerblichen Dienstleistungen quasi systemimmanent sei. Der Bericht der Wettbewerbskommission schloss jedenfalls mit folgender Feststellung²⁹:

„Die Möglichkeiten, die privaten Anbieter von meteorologischen Dienstleistungen im Wettbewerb zu behindern, werden für die SMA jedoch so lange bestehen bleiben, wie sie gleichzeitig staatlich finanzierte Grunddienste und kommerzielle Leistungen erbringt.“

²⁸ So namentlich STEFAN VOGEL, a.a.O. S. 191.

²⁹ Untersuchungsbericht Schweizerische Meteorologische Anstalt, RPW 1999, S. 439, Ziff. 123.

An dieser Problematik wird sich mit dem neuen Gesetz nichts ändern; im Gegenteil, dieselbe dürfte sich angesichts des geplanten Ausbaus der gewerblichen Dienstleistungen noch zusätzlich akzentuieren. Auch seitens der Wissenschaft wird dieser Lösungsansatz – jedenfalls im Fall des Bundesamtes für Meteorologie und Klimatologie – als äusserst problematisch eingestuft³⁰.

2.2 Lauterkeitsrecht

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)³¹ bezweckt, den lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten³². Schlüsselfrage ist daher, ob das erwartete Wettbewerbsergebnis aufgrund eines täuschenden oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossenden Verhaltens oder Geschäftsgebarens verfälscht wird (oder wurde).

In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass eine Verfälschung des Wettbewerbsergebnisses nicht nur auf die klassischen Konstellationen Irreführung, Herabsetzung, Behinderung oder Ausbeutung zurückgehen kann, sondern auch auf Rechtsbruch, sei dies die Verletzung gesetzlicher Normen oder vertraglicher Bindungen³³. Gesetzliche Normen müssen immerhin von wettbewerbsbezogener Relevanz sein³⁴.

Schulbeispiel für diese Konstellation ist der Fall Kamov³⁵. Das Bundesgericht bestätigte hier die Verurteilung eines Helikopterunternehmens wegen unlauteren Wettbewerbs, welches einen Helikopter des Typs „Kamov Ka-32D“ ausserhalb des bewilligten Bereiches für ge-

³⁰ Vgl. STEFAN VOGEL, Staatliche Wirtschaftstätigkeit und Wettbewerbsrecht, Bemerkungen zu drei Entscheidungen der WEKO, der Reko/Wef und des Bundesgerichts betreffend die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA), AJP 2001, S. 1028 ff. / 1034f. „Problematisch ist ferner die Verknüpfung des verwaltungsrechtlich geprägten, faktisch monopolisierten Grundangebotes mit erweiterten Dienstleistungen, welche im Wettbewerb mit Privaten erbracht werden, weil vom erstgenannten Tätigkeitsbereich wettbewerbsverzerrende Wirkungen („Spill Over“-Effekte) ausgehen können. Beides erscheint unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität als überaus problematisch.“

³¹ SR 241.

³² UWG 1.

³³ Vgl. statt vieler PETER JUNG, in: Jung/Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Bern 2010, N. 114 ff. zu UWG 2.

³⁴ Vgl. z.B. JÜRGEN MÖLLER in: StWR V/1, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Basel 1998, S. 76 f. mit weiteren Hinweisen.

³⁵ BGer 4C.388/1997 Kamov, in: sic!, 1999 S. 156 ff.

werbemässige Helikoptertransporte eingesetzt und damit den Wettbewerb für private Helikopterflüge verfälscht hatte.

In diesem Sinne von wettbewerbsbezogener Relevanz ist selbstverständlich auch das Verbot jeder Quersubventionierung gewerblicher Leistungen (vgl. Entwurf MetG 4 III). Ein Verstoss gegen diese Auflage bildet daher nach der hier vertretenen Auffassung gleichzeitig einen Verstoss gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Vor diesem Hintergrund erstaunt das Konzept des Vorentwurfs, zentrale Fragen (z.B. bezüglich der Rechnungslegung) an den Bundesrat zu delegieren. Eigentlich müsste es auch im Interesse des zukünftigen Instituts für Meteorologie und Klimatologie liegen, dass die Frage, wann eine unlautere Quersubventionierung zu bejahen ist, soweit als möglich auf Gesetzesstufe geklärt wird.

Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch blieb bisher im praktischen Alltag eine seltene Spezialkonstellation. Das Bewusstsein, dass auch Rechtsbruch den Wettbewerb verfälscht, ist daher wenig ausgeprägt. Dies ändert indessen nichts am wettbewerbsbezogenen Charakter der Verpflichtung zur Wettbewerbsneutralität und damit verbunden an der lauterkeitsrechtlichen Dimension der Problemstellung.

Frage 3: Welche Änderungen am Gesetzesentwurf sind vorzunehmen, um allfällige durch die geplante Revision entstehenden wettbewerbsrechtlichen Nachteile für die übrigen Marktteilnehmer, wie z.B. die Gefahr von Quersubventionierungen sowie das Anbieten von Dienstleistungen zu nicht marktkonformen Preisen durch Meteo-Schweiz, zu beseitigen oder zumindest abzuschwächen?

Sollte der Gesetzgeber ungeachtet seiner Verpflichtung auf den verfassungsmässigen Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit am Konzept des bestehenden Entwurfs festhalten, so verlagert sich die Problematik wegen der fehlenden Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen auf die Frage der Kontrolle der Wettbewerbsneutralität. Insoweit begnügt sich der

Vorentwurf offensichtlich mit einem Lippenbekenntnis und es fehlen griffige Instrumente, um diese Kontrolle effektiv sicherzustellen.

Hinzuweisen ist auf folgende Problembereiche:

3.1 Zuständigkeit zur Kontrolle der Wettbewerbsneutralität

Entsprechend dem erläuternden Bericht gehört es zu den Aufgaben der Geschäftsleitung, sicherzustellen, dass die Preise der gewerblichen Leistungen so kalkuliert werden, dass keine Quersubventionierung stattfindet. Die Überwachung sei Sache des Institutsrats.

Der Institutsrat ist gemäss Entwurf MetG 8 I das oberste Organ des Instituts. „Er leitet das Institut in strategischer Hinsicht“. In dieser Eigenschaft hat er „für die Umsetzung der strategischen Ziele des Bundesrats (Entwurf MetG 8 VII b) zu sorgen, das heisst konkret, er ist dafür verantwortlich, dass die vom Bundesrat festgesetzte Drittmittel-Quote auch effektiv erreicht wird. Einem Organ, welches in diesem Sinne auf strategische Ziele verpflichtet ist, fehlt die Unabhängigkeit, um die Wettbewerbsneutralität gewerblicher Aktivitäten mit der nötigen Distanz zu überprüfen.

Bei einem Gesetz, welches in diesem Ausmass und ohne jegliche Not in die Wirtschaftsfreiheit eingreift, ist zumindest auf einer unabhängigen Kontrolle der Wettbewerbsneutralität zu bestehen. Diese elementare Forderung ist in keiner Weise sichergestellt. Naheliegend wäre es, die Revisionsstelle zu einem speziellen Audit der Wettbewerbsneutralität und einem entsprechenden (öffentlich einsehbaren) Bericht an den Bundesrat zu verpflichten. Eine solche Verpflichtung der Revisionsstelle zu zusätzlichen Prüfungsaufgaben wäre dabei auch keine Besonderheit. So sieht z.B. das Bankengesetz³⁶ vor, dass die beauftragte Prüfungsgesellschaft nebst der Rechnungsprüfung auch die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften überprüfen muss (sogenannte Aufsichtsprüfung). Es gibt keinen sachlichen Grund, wieso die Revisionsstelle des vorgeschlagenen Instituts für Meteorologie und Klimatologie

³⁶ SR 952.0.

nebst der Rechnungsprüfung gemäss OR nicht auch die Prüfung des gesetzeskonform wettbewerbsneutralen Geschäftsgebärens übertragen werden könnte.

3.2 Rechnungslegung

Die Rechnungslegung ist im Entwurf MetG 18 geregelt, beschränkt sich jedoch auf sehr allgemeine Aussagen. Den kritischen Fragen zur Wettbewerbsneutralität weicht der Gesetzesentwurf konsequent aus. Stattdessen ist vorgesehen, dass der Bundesrat Ausführungsvorschriften erlassen kann.

Diese gesetzgeberische Ausweichstrategie lässt wenig Willen zur Wettbewerbsneutralität vermuten. Von Interesse wären z.B. folgende Fragestellungen:

a) *Daten*

Die im Rahmen der durch den Bund abgegoltenen Basisdienstleistungen erhobenen Daten sollen neu gratis abgegeben werden.

Aufgrund der internationalen Zusammenarbeit stehen dem Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie bereits heute indessen auch europäische und aussereuropäische Daten zur Verfügung, welche die privaten Anbieter sehr teuer erwerben müssen. Ist sichergestellt, dass dem Profitecenter „gewerbliche Dienstleistungen“ die dem Institut gratis zur Verfügung stehenden internationalen Daten zu gleichen Konditionen belastet werden wie einem privaten Anbieter?

b) *Imagetransfer*

Die hoheitliche Tätigkeit ist in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit mit Image verbunden und attestiert eine hohe Bekanntheit und Glaubwürdigkeit. Aufgrund der staatlich finanzierten Tätigkeit kann sich das Institut damit die Kosten für Image und Bekanntheitsmarketing (wie sie in jedem Privatunternehmen anfallen) einsparen. Wie wird dies dem Bund abgegolten?

c) *Slalom fahren*

Wie wird sichergestellt, dass Mitarbeiter nicht zwischen hoheitlicher und gewerblicher Tätigkeit „Slalom fahren“. Beispiel: In welchem Umfang werden die Kosten eines Mitarbeiters, welcher über längere Zeit ausfällt, der Kalkulation gewerblicher Dienstleistungen belastet?

d) *Weitere Stichworte*

Weitere Stichworte wären Know-how-Transfer, Weiterbildung, Insiderwissen etc.

3.3 Zusammensetzung des Institutsrates

Sollte der Gesetzgeber dem vorgeschlagenen (wenig sachgerechten) Konzept des Entwurfs folgen, so kommt der Zusammensetzung des Institutsrats zentrale Bedeutung zu. In diesem Falle müsste sichergestellt sein, dass mindestens ein Vertreter der privaten Anbieter von meteorologischen Dienstleistungen im Institutsrat Einsitz nehmen und die Wettbewerbsneutralität aufgrund seiner eigenen Branchenkenntnisse effektiv überwachen kann. Andernfalls ist die vorgesehene Kontrolle definitiv reine Theorie.

3.4 Abgeltung der Nutzung von Liegenschaften und Infrastruktur

Der Bund verlangt gemäss Entwurf MetG 21 vom Institut für die Nutzung der Liegenschaften und der technischen Grundinfrastrukturen ein angemessenes Entgelt. Private Anbieter zahlen den Marktpreis und nicht ein angemessenes Entgelt. Bei der vorgesehenen Koppelung von steuerfinanziertem Basisangebot und gewerblichen Dienstleistungen als zusätzliche Finanzquelle ist einzig der Marktpreis wettbewerbsneutral.

3.5 Fehlende buchhalterische Trennung

Seitens der Wettbewerbskommission wurde bereits 1999 eine klare buchhalterische Trennung von staatlich subventionierten Basisdienstleistungen und erweiterten Dienstleistungen gefordert. Diese Forderung wurde im Zusammenhang des Problemfalls „Schweizerische Me-

teorologische Anstalt“ auch in der Lehre ausdrücklich unterstützt³⁷. Trotzdem verlangt der Entwurf lediglich (aber immerhin) buchhalterische Grundlagen für eine eigenständige Kostenkalkulation, verzichtet aber auf eine klare buchhalterische Trennung von Basisangebot und gewerblichen Dienstleistungen. Solange eine solche Trennung fehlt, bleibt die zur Überprüfung der Wettbewerbsneutralität erforderliche Transparenz mit einiger Wahrscheinlichkeit ungenügend.

Frage 4: Welche anderen Beispiele aus der Bundesverwaltung sind bekannt, die illustrieren, welche Auswirkungen die Erweiterung des unternehmerischen Handlungsspielraums einer Verwaltungseinheit auf den Wettbewerb hat?

Mir wäre nicht bekannt, dass die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von gewerblichen Dienstleistungen verselbstständigter Bundesbehörden je vertieft analysiert worden wären.

Auffallend ist, dass der Erläuternde Bericht in Kapitel 3.3 (Auswirkungen auf die Volkswirtschaft) auf den (unbestrittenen) volkswirtschaftlichen Stellenwert meteorologischer Daten, Analysen und Vorhersagen für die Steuerung vieler Prozesse und Entscheidungen hinweist, und hieraus ohne jeglichen gedanklichen Zwischenschritt auf die Notwendigkeit eines staatlichen Angebots solcher Dienstleistungen schliessen will. Man könnte meinen, ohne Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie bestünde eine volkswirtschaftliche Unterversorgung, und es wird nicht offen gelegt, dass das gleiche Angebot auch von privaten Dienstleistern erbracht wird.

Die Frage, in welchem Ausmass das bestehende staatliche Angebot die Entwicklung der Privatwirtschaft im Bereich Meteorologie verhindert und blockiert, und ob dies volkswirtschaftlich wünschenswert oder schädlich ist, wird gar nicht erst thematisiert.

³⁷ Vgl. STEFAN VOGEL, a.a.O., S. 245 ff.

Aus dem Erfahrungsbereich des Gutachters drängen sich gewisse Parallelen zum Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum auf, welches als erweiterte Dienstleistungen insbesondere Recherchen anbietet. Es fällt auf, dass sich in der Schweiz (im Unterschied z.B. zu Deutschland) kein einziger privater Anbieter von Recherche-Dienstleistungen etablieren konnte. Die Frage, ob das vom früheren Bundesamt für Geistiges Eigentum etablierte und vom heutigen Institut für Geistiges Eigentum fortgeführte Angebot von Recherche-Dienstleistungen privatwirtschaftliche Player faktisch ausschloss, ist daher sicher berechtigt. Klar ist das volkswirtschaftliche Ergebnis: Der Recherche-Markt wird im Gebiet der Schweiz heute von ausländischen Anbietern dominiert, und die entsprechende Wertschöpfung ging für die schweizerische Volkswirtschaft weitgehend verloren.

Auch der Markt für meteorologische Dienstleistungen ist ein internationaler Markt. Bereits heute spielen deutsche, amerikanische etc. Anbieter eine wesentliche Rolle. Auch hier besteht zumindest die Gefahr, dass der Ausbau gewerblicher Dienstleistungen durch die im Kern staatlich finanzierte Behörde die Entwicklung der Privatwirtschaft verunmöglicht und dass letztlich die ausländischen Anbieter profitieren werden.

Angesichts der Tendenz, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zugunsten gewerblicher Dienstleistungen staatlicher Anbieter aufzuweichen, wäre es wünschenswert (und eigentlich auch eine Pflicht), dass der Bund diese vom Gutachter vermuteten (aber unbestrittenerweise nicht gesicherten) volkswirtschaftlich negativen Auswirkungen gewerblicher Aktivitäten staatlicher Anbieter wissenschaftlich überprüfen würde.

Frage 5: Wie ist es aus rechtlicher Sicht zu beurteilen, dass diejenige Verwaltungseinheit, welche eine Erweiterung ihres unternehmerischen Handlungsspielraums anstrebt und somit über ein erhebliches kommerzielles Eigeninteresse verfügt, bei der Ausarbeitung des Gesetzentwurfs federführend war? Sind im vorliegenden Fall die Interessen der existierenden Marktteilnehmer angemessen in den Gesetzentwurf eingeflossen oder ist die Vorlage als einseitig zu bezeichnen?

Abstrakt betrachtet ist es üblich, dass ein Bundesgesetz zumindest schwergewichtig von der sachlich federführenden Bundesbehörde vorbereitet wird. Im Regelfall ergeben sich hieraus auch keine Konflikte. Entsprechend haben sich im Gesetzgebungsprozess keine „Ausstandsregeln“ entwickelt.

Vorliegend liegt der latente Interessenkonflikt allerdings auf der Hand. Das heutige Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie gilt als Problemfall, und in der Literatur wurde offen die Frage ausgesprochen „ob es nicht ehrlicher und sinnvoller wäre, wenn der Bund sich aus dem Bereich der erweiterten Dienste zurückzieht und einen besseren Kostendeckungsgrad bei den Basisdienstleistungen über Sparmassnahmen, Effizienzsteigerungen und generelle Gebührenerhöhungen anstrebt“³⁸. Diese Variante wurde im Anschluss an eine Evaluation des Bundesamtes für Meteorologie und Klimatologie durch die Finanzkontrolle (offenbar zusammen mit dem GS-EDI) auch untersucht, aber unter Hinweis auf erhebliche Einnahmenverluste verworfen.

Jeder Abbau geht immer auch mit persönlichen Härten und einem gewissen Bedeutungsverlust einher, weshalb es auf der Hand liegt, dass die in diesen Prozess involvierten Mitarbeiter des Bundesamtes für Meteorologie und Klimatologie kaum völlig objektiv und abstrahiert von Eigeninteressen mitwirken konnten. Zu stark ist dieser Modellentscheid mit der eigenen beruflichen Zukunft und derjenigen von (möglicherweise persönlich nahestehenden) Mitarbeitern verknüpft.

³⁸ Stefan Vogel, a.a.O., S. 248.

Umso wichtiger wäre es, dass dieses Gesetzgebungsprojekt vom Bundesamt für Justiz unter den Gesichtspunkten Verfassungsmässigkeit und Absicherung der Wettbewerbsneutralität straff begleitet würde. Soweit ersichtlich, ist dies bisher nicht erfolgt.

Ich bitte Sie um Kenntnisnahme und

grüsse Sie freundlich



Prof. Dr. Eugen Marbach, Fürsprecher