

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR  
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

*Herausgegeben von Peter Gauch*

129

WALTER A. STOFFEL

WETTBEWERBSRECHT  
UND STAATLICHE  
WIRTSCHAFTSTÄTIGKEIT

Die wettbewerbsrechtliche Stellung  
der öffentlichen Unternehmen im schweizerischen Recht,  
mit einer Darstellung des Rechtes Deutschlands und Frankreichs  
sowie des Europäischen Wirtschaftsraums

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG SCHWEIZ  
1994

# ÜBERSICHT

## *Einleitung*

### **Erster Teil: Die Grundlagen**

<i>§ 1 Die staatliche Wirtschaftstätigkeit in der Schweiz</i>	
A. Der Begriff der staatlichen Wirtschaftstätigkeit	5
B. Überblick über die staatliche Wirtschaftstätigkeit	23
C. Bedeutung und Gründe der staatlichen Wirtschaftstätigkeit	34
<i>§ 2 Die dogmatischen Grundlagen</i>	
A. Öffentliches und privates Recht	43
B. Das Wirtschaftsrecht	56
C. Typologie	63

### **Zweiter Teil: Ausländische Regelungen**

<i>§ 3 Bundesrepublik Deutschland und Frankreich</i>	
A. Die staatliche Wirtschaftstätigkeit im Ausland	69
B. Bundesrepublik Deutschland	74
C. Frankreich	96
<i>§ 4 Der Europäische Wirtschaftsraum</i>	
A. Grundlagen und Besonderheiten	121
B. Die Anwendung auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Mitgliedstaaten	129
C. Die Ausnahme- und Sonderbereiche	148

### **Dritter Teil: Die Kollisionsnorm des schweizerischen Rechts**

<i>§ 5 Der persönliche Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts</i>	
A. Das wirtschaftsrechtliche Leitbild	163
B. Die Sonderbestimmungen der Wettbewerbsgesetzgebung	176
<i>§ 6 Der Vorbehalt beschränkter Durchsetzung</i>	
A. Die Durchsetzung im Kartellrecht	191
B. Die Durchsetzung im Recht der Preisüberwachung	216

## VIII

C. Die Durchsetzung im Lauterkeitsrecht	225
§ 7 <i>Der Vorbehalt der Rechtsform</i>	
A. Öffentliches Recht und staatliche Wirtschaftstätigkeit	231
B. Die Rechtsnatur von Organisation und Benutzungsverhältnis	233
C. Die Rechtsnatur der Ausnahmebestimmungen	252
§8 <i>Der Vorbehalt staatlicher Marktregulierungen</i>	
A. Die Abweichung von der Wettbewerbsordnung	263
B. Die Qualifikation der Abweichung	271
C. Die Tragweite	286
<i>Rück- und Ausblick</i>	315

# INHALTSVERZEICHNIS

Übersicht	VII
Abkürzungen	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII

## *Einleitung*

### **Erster Teil: Die Grundlagen**

#### **§ 1 Die staatliche Wirtschaftstätigkeit in der Schweiz**

A. <i>Der Begriff der staatlichen Wirtschaftstätigkeit</i>	5
1. Die Fragestellung	5
a) Die verwaltungsrechtliche Fragestellung	5
b) Die wettbewerbsrechtliche Fragestellung	6
2. Die unternehmerische Tätigkeit	7
a) Im allgemeinen	7
b) Die Produktion marktfähiger Leistungen	9
c) Zurverfügungstellung an Dritte	11
d) Die Freiwilligkeit des Leistungsaustausches	12
3. Die Staatlichkeit	13
a) Das direkte Handeln des Gemeinwesens	14
b) Das öffentlich-rechtliche Handeln	14
c) Die Beteiligung	15
d) Die Kontrolle	17
4. Abgrenzungen	18
a) Die Unternehmensform	18
b) Die schweizerische Nationalbank	19
c) Das staatliche Einkaufswesen	21
5. Begriffsumschreibung	22

<i>B. Überblick über die staatliche Wirtschaftstätigkeit</i>	23
1. Transportwesen	23
a) Schienen-, Strassen- und Wassertransport	23
b) Luftverkehr	24
2. Telekommunikation	26
a) Post und Telephon	26
b) Massenmedien	27
3. Finanz- und Versicherungswesen	27
a) Banken und Kreditinstitutionen	27
b) Zahlungsverkehr	29
c) Versicherungen	29
4. Energieerzeugung und -Verteilung	30
a) Elektrizität	30
b) Gas	31
c) Fernheizungssysteme	32
5. Gesundheitswesen	32
6. Andere Bereiche	32
a) Submissionswesen und Einkauf	32
b) Kultur und Sport	33
<i>C. Bedeutung und Gründe der staatlichen Wirtschaftstätigkeit</i>	34
1. Die volkswirtschaftliche Bedeutung	34
a) Der Umfang	34
b) Die betroffenen Wirtschaftsbereiche	35
2. Die Begründungen	37
a) Wirtschaftliche Rechtfertigungen	37
b) Rechtlich-politische Gründe	38
c) Historische Gründe	40
<i>Zusammenfassung</i>	41

## **§ 2 Die dogmatischen Grundlagen**

<i>A. Öffentliches und privates Recht</i>	<b>43</b>
1. Die Unterscheidung	<b>43</b>
a) Öffentliches Recht des Staates - privates Recht der Wirtschaft	43
b) Die Entstehung der Unterscheidung	45
2. Die Konsequenzen der Unterscheidung	46
a) Die materiellen Konsequenzen	46
b) Die Zweiteilung des Gerichtssystems	49
3. Die Relativität der Unterscheidung	50

a)	Die wohlfahrtsstaatlichen Aufgaben	50
b)	Das Bewusstsein der Beschränkungen	52
c)	Subordination oder Koordination ?	53
d)	Grundrechtsschutz und Gemeinwohlorientierung	54
<b>B.</b>	<b>Das Wirtschaftsrecht</b>	56
1.	Die früheren Überwindungsversuche	56
2.	Der Begriff und die Methode	58
a)	Der Begriff	58
b)	Die Methode	59
3.	Die Konsequenzen	61
a)	Die Technizität	61
b)	Die Ganzheitlichkeit	62
<b>C</b>	<b>Typologie</b>	63
1.	Der Konflikt	63
2.	Die Kollisionsnormen aufgrund formeller Kriterien	64
3.	Die Kollisionsnormen aufgrund materieller Kriterien	65

## **Zweiter Teil: Ausländische Regelungen**

### **§ 3 Bundesrepublik Deutschland und Frankreich**

<b>A.</b>	<b>Die staatliche Wirtschaftstätigkeit im Ausland</b>	69
1.	Die Entstehung der staatlichen Wirtschaftstätigkeit im Ausland	69
2.	Der Unterschied zur Schweiz	72
3.	Der Vergleich mit Deutschland und Frankreich	73
<b>B.</b>	<b>Bundesrepublik Deutschland</b>	74
1.	Die Grundzüge des Wettbewerbsrechts	74
a)	Freiheitsschutz	74
b)	Lauterkeitsschutz	75
2.	Die staatliche Wirtschaftstätigkeit im Recht gegen die Wettbewerbsbeschränkungen	77
a)	Das Prinzip	77
i.	Die Rechtsnatur der Wettbewerbsbeziehungen	78
ii.	Das Handeln als Unternehmen	79
iii.	Der Rechtsweg	81
b)	Die Bereichsausnahmen	82

i. Der Begriff	82
ii. Die vollständigen Ausnahmen	84
iii. Die teilweisen Ausnahmen	85
3. Die staatliche Wirtschaftstätigkeit im Lauterkeitsrecht	91
a) Das Prinzip	91
b) Die Tragweite	93
<i>C. Frankreich</i>	96
1. Die Grundzüge des Wettbewerbsrechts	96
a) Die Grundlagen	96
i. Die Rechtsquellen	96
ii. Das Regime der Preiskontrolle von 1945	97
b) Das Wettbewerbsrecht von 1986	99
i. Die Neuerungen	99
ii. Die wettbewerbswidrigen Einzelmassnahmen	100
iii. Das wettbewerbsbeschränkende Verhalten	102
iv. Die Fusionskontrolle	103
c) Der unlautere Wettbewerb	105
2. Die staatliche Wirtschaftstätigkeit im Wettbewerbsrecht	105
a) Die instrumentalistische Tradition des Wettbewerbsrechtes	105
b) Der Anwendung auf öffentliche Unternehmen	107
i. Der Grundsatz	107
ii. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens	108
iii. Der Vorbehalt gesetzlich gedeckter Wettbewerbsbeschränkungen	110
c) Die Ausnahme der öffentlichen Verwaltungsdienste	112
i. Der Begriff des öffentlichen Dienstes	112
ii. Die öffentlichen Verwaltungsdienste	113
d) Der Sonderfall der öffentlichen Dienste wirtschaftlicher und industrieller Natur	114
i. Der Begriff des öffentlichen Dienstes wirtschaftlicher und industrieller Natur	114
ii. Die wettbewerbsrechtliche Nähe zu den öffentlichen Unternehmen	115
<i>Zusammenfassung</i>	118

#### § 4 Der Europäische Wirtschaftsraum

<i>A. Grundlagen und Besonderheiten</i>	121
1. Die Prinzipien des europäischen Wettbewerbsrechts	122
a) Das Kartellverbot	122

b)	Das Verbot der missbräuchlichen Ausnützung einer beherrschenden Stellung	124
c)	Die Fusionskontrolle	124
2.	Der Schutz des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	126
a)	Zwischenstaatlichkeitsklausel und Auswirkungsprinzip	126
b)	Der überstaatliche Durchsetzungsmechanismus	127
<i>B.</i>	<i>Die Anwendung auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Mitgliedstaaten</i>	129
1.	Art. 90EWGV	129
2.	Der Grundsatz	130
a)	Die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten	131
b)	Die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf öffentliche Unternehmen	132
i.	Die direkte Anrufbarkeit der Wettbewerbsregeln	132
ii.	Die öffentlichen und die privilegierten Unternehmen	133
iii.	Die Handelsmonopole	135
iv.	Der wirtschaftlich tätige Mitgliedstaat	137
c)	Die materielle Tragweite	138
3.	Die Ausnahme	141
a)	Die Voraussetzungen	141
i.	Die Tätigkeit im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	141
ii.	Das Finanzmonopol	142
iii.	Die Betrauung	142
b)	Die Rechtswirkungen	143
i.	Die beschränkte Nichtanwendbarkeit der Wettbewerbsregeln	143
ii.	Die absolute Beschränkung	144
4.	Die Durchsetzungskompetenzen der Kommission	144
a)	Die Entscheidungskompetenz	145
b)	Die Richtlinienkompetenz	145
<i>C.</i>	<i>Die Ausnahme- und Sonderbereiche</i>	148
<i>h</i>	1. Die Landwirtschaft	148
	a) Der Grundsatz	148
	b) Der Vorrang der gemeinsamen Agrarpolitik	149
	c) Der Vorrang der einzelstaatlichen Marktordnung	149
	2. Der Verkehr	152
	a) Allgemeines	152
	b) Der Land- und Binnenschiffsverkehr	153
	c) Der Luft- und Seeverkehr	154
	3. Der Montanbereich	156



**Dritter Teil:  
Die Kollisionsnorm des schweizerischen Rechts**

**§ 5 Der persönliche Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts**

A. <i>Das wirtschaftsrechtliche Leitbild</i>	163
1. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen	163
a) Allgemeines	163
b) Die Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit	164
c) Die Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik	166
d) Die Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftsfreiheit	168
2. Die Wettbewerbsgesetze	170
a) Das Kartellrecht	171
b) Das Recht der Preisüberwachung	174
c) Das Lauterkeitsrecht	175
B. <i>Die Sonderbestimmungen der Wettbewerbsgesetzgebung</i>	176
1. Der persönliche Anwendungsbereich	176
a) Das Kartellrecht	176
i. Das Kartellgesetz von 1962	176
ii. Das Kartellgesetz von 1985	177
b) Das Recht der Preisüberwachung	179
c) Das Lauterkeitsrecht	180
d) Die Einheit des Wettbewerbsrechts	180
2. Die Vorbehalte	183
a) Der Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Vorschriften	183
i. Das Kartellgesetz von 1962	184
ii. Das Kartellgesetz von 1985	184
b) Der Vorbehalt staatlicher Marktregelungen	185
i. Das Kartellrecht	185
ii. Das Preisüberwachungsrecht	186
c) Der Vorbehalt beschränkter Durchsetzung	186
i. Die Durchsetzung durch andere Behörden	187
ii. Von obersten Behörden festgesetzte oder genehmigte Preise	187
iii. Das Empfehlungsrecht an den Bundesrat	188
<i>Zusammenfassung</i>	189

## § 6 Der Vorbehalt beschränkter Durchsetzung

A. <i>Die Durchsetzung im Kartellrecht</i>	191
1. Das Instrumentarium	191
a) Die zivilrechtlichen Durchsetzungsmittel	191
b) Das verwaltungsrechtliche Instrumentarium	192
2. Die Unterstellungshandlungen gegenüber dem Staat	196
a) Das zivilrechtliche Verfahren	196
b) Das verwaltungsrechtliche Verfahren	197
i. Die Tragweite des Instrumentariums gegenüber dem Staat	197
ii. Die Untersuchung im besonderen	198
iii. Die Vorabklärung im besonderen	198
c) Die Unterstellungshandlungen nach dem alten Recht	199
i. Die Untersuchungsinstrumente	199
ii. Die Tragweite gegenüber dem Staat	200
3. Die Praxis der Kommission	201
a) Die gezielte Untersuchung staatlicher Wirtschaftstätigkeit	202
i. Die Feuerversicherung	202
ii. Der Markt für Wärmeenergie	203
iii. Der Markt für Hörmittelgeräte	204
iv. Die Ladenöffnungszeiten	205
v. Das Beschaffungswesen	205
vi. Weitere Untersuchungen	208
b) Der Miteinbezug staatlicher Wirtschaftstätigkeit	209
i. Der Miteinbezug in Sonderuntersuchungen und Untersuchungen	209
ii. Der Miteinbezug in Allgemeine Erhebungen und Vorabklärungen	213
4. Zurückhaltung gegenüber staatlicher Wirtschaftstätigkeit	215
B. <i>Die Durchsetzung im Recht der Preisüberwachung</i>	216
1. Das Instrumentarium	216
2. Die Durchsetzungsbeschränkungen gegenüber dem Staat	217
a) Die Durchsetzung durch andere Behörden bei speziellen Preisüberwachungsordnungen	217
i. Die Beschränkung	217
ii. Die Voraussetzungen	218
b) Das Empfehlungsrecht bei behördlich festgesetzten oder genehmigten Preisen	219
i. Die Beschränkung	219

ii. Die Voraussetzungen	219
c) Das Verhältnis der beiden Vorbehalte zueinander	221
3. Die Praxis des Preisüberwachers	222
C. <i>Die Durchsetzung im Lauterkeitsrecht</i>	225
1. Das Instrumentarium	225
a) Die zivilrechtlichen Durchsetzungsmittel	225
b) Das verwaltungs- und strafrechtliche Instrumentarium	226
2. Kein Durchsetzungsvorbehalt	227
<i>Zusammenfassung</i>	229

## **§ 7 Der Vorbehalt der Rechtsform**

A. <i>Öffentliches Recht und staatliche Wirtschaftstätigkeit</i>	231
1. Staat und Wirtschaft	231
2. Der Einbruch des Krisenrechtes der dreissiger Jahre	232
3. Die Ausgrenzung der staatlichen Wirtschaftstätigkeit durch die Rechtsform	232
B. <i>Die Rechtsnatur von Organisation und Benutzungsverhältnis</i>	233
1. Organisationsform und Benutzungsverhältnis	234
2. Formenvielfalt	234
a) Unternehmen des Bundes	235
i. PTT und SBB	235
ii. Swissair	236
iii. SRG	237
iv. Weitere	238
b) Unternehmen der Kantone	239
i. Kantonalbanken	239
ii. Feuerversicherungsanstalten	240
iii. Elektrizitätsgesellschaften	240
c) Unternehmen der Gemeinden	242
3. Die Tragweite der Rechtsform	242
a) Im allgemeinen	242
b) Mit Hinsicht auf die staatliche Einflussnahme	243
4. Der Rechtsweg	245
a) Im allgemeinen	245
b) Der verwaltungsrechtliche Rechtsweg	246
i. Die Rechtsbegehren	246
ii. Der Zuständigkeitsentscheid	247

c) Der zivilrechtliche Rechtsweg	248
i. Die Rechtsbegehren	248
ii. Der Zuständigkeitsentscheid	248
iii. Kompetenzkonflikte	249
d) Das Rechtsbegehren als Kriterium	250
<i>C. Die Rechtsnatur der A usnahmebestimmungen</i>	252
1. Der Vorbehalt	252
a) Die Systematik des Vorbehalts	252
b) Der Inhalt	253
2. Die Aussonderung der vorbehaltenen Bestimmungen	254
a) Die begrifflichen Unterscheidungsmerkmale	254
b) Die geschichtlichen Unterscheidungsmerkmale	256
i. Im allgemeinen	256
ii. Die Ausscheidung der Gesetzgebungskompetenzen in der Schweiz	257
3. Die formelle Tragweite des Vorbehalts	259
a) Die Tragweite auf der Ebene des Bundesrechts	259
b) Die Tragweite im Hinblick auf das Recht von Kantonen und Gemeinden	260
<i>Zusammenfassung</i>	262

## **§ 8 Der Vorbehalt staatlicher Marktregulierungen**

<i>A. Die Abweichung von der Wettbewerbsordnung</i>	263
1. Die normalerweise geltende Wettbewerbsordnung	263
2. Die Abweichung	264
a) Die Abweichung im Kartellrecht	264
b) Die Abweichung im Recht der Preisüberwachung	266
i. Bei speziellen bundesrechtlichen Preis- überwachungsordnungen	266
ii. Bei behördlich festgesetzten oder genehmigten Preisen	267
3. Der Sonderfall des Lauterkeitsrechts	268
a) Das Fehlen eines Vorbehalts	268
b) Die unzulässige staatliche Wirtschaftstätigkeit als Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht	269
i. Der Grundsatz	269
ii. Der wettbewerbsrechtliche Gesetzesvorbehalt	270
iii. Die Konsequenzen	271
<i>B. Die Qualifikation der Abweichung</i>	271
1. Die Qualifikation der Abweichung im Kartellrecht	271

## XVIII

a)	Die staatliche Markt- oder Preisordnung	272
i.	Die Herkunft des Begriffes	272
ii.	Die Grenzen des Begriffes	273
b)	Die bisherige Praxis	274
i.	Die Bejahung einer staatlichen Markt- oder Preisordnung	274
ii.	Die Verneinung einer staatlichen Markt- oder Preisordnung	276
c)	Die Voraussetzungen der Qualifikation	276
i.	Der zwingende Charakter der abweichenden Ordnung	277
ii.	Der betroffene Markt	278
iii.	Die (preis-)wettbewerbsbehindernde Intensität der Anordnung	279
d)	Die Wirkung des Vorbehaltes	280
2.	Die qualifizierten Interessen in der Preisüberwachung	282
a)	Das über der Bekämpfung des Preismissbrauchs stehende Interesse	282
b)	Preisüberwachungsordnungen und Preisfestsetzungskompetenzen	283
c)	Die Wirkung des Vorbehaltes	284
i.	Keine direkte Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Vorbehaltes im PüG	284
ii.	Die wettbewerbsneutrale Preisüberwachung	285
iii.	Die qualifizierte Preisüberwachung	285
<i>C.</i>	<i>Die Tragweite</i>	287
1.	Der Marktzutritt	287
a)	Marktzutritt und Finanzierung	287
b)	Die Zulässigkeit der staatlichen Wirtschaftstätigkeit	288
i.	Das Vorliegen der gesetzlichen Grundlage	288
ii.	Der staatsrechtliche Bestand der gesetzlichen Grundlage	290
c)	Die Finanzierung	291
2.	Das Spezialitätsprinzip	294
a)	Der Begriff	294
b)	Die gesetzliche Grundlage	295
c)	Anwendungsfälle	295
i.	Das Überschreiten des Tätigkeitsbereiches	296
ii.	Der Erwerb von Beteiligungen	297
iii.	Die Betätigung auf benachbarten Märkten	299
iv.	Die Quersubventionierung	300
3.	Der Machtmissbrauch und andere Wettbewerbsbehinderungen	302
a)	Allgemeines	302
b)	Der Machtmissbrauch	303

i. Das Ausnützen der marktbeherrschenden Stellung im allgemeinen	303
ii. Der Preismissbrauch im besonderen	304
c) Andere Wettbewerbsbehinderungen	305
i. Die spezialgesetzlichen Konkretisierungen des materiellen Vorbehaltes	305
ii. Die Beteiligung oder Unterstützung von kartellistischen Praktiken	306
iii. Die Diskriminierung	309
<i>Zusammenfassung</i>	312
<b>Rück-und Ausblick</b>	315