
Klausur „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ (Bachelor)

21. Juni 2012

Lösungsskizze

Vorbemerkungen:

Dies ist eine Lösungsskizze, nicht eine Musterlösung.

Die Aufgabenstellung ist inspiriert durch BGer 2C_770/2011, Urteil vom 25. Januar 2012, z.T. publiziert in BGE 138 I 143 und BGer 2C_57/2011, Urteil vom 3. Mai 2011.

Aufgabe 1: Kann B das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons X (letzte kantonale Instanz) bei einer Rechtsmittelinstanz des Bundes anfechten? Welche Rechtsverletzungen sind zu rügen?
(20%, 16 Punkte)

Allgemeine Überlegungen (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 1917c ff. und Rz. 1930 ff.).

Als Rechtsmittel kommen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht in Frage.

(1 Punkt)

Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht:

Beschwerdeobjekt; Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 VwVG:

Das Urteil des Verwaltungsgericht ergeht gestützt auf kantonales Recht (Das massgebliche Vergaberecht des Kantons X), so dass kein zulässiges Beschwerdeobjekt i.S.v. Art. 31 VGG i.V.m.

Art. 5 VwVG vorliegt. Ausserdem fehlt es an einer geeigneten Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. i VGG.

(1 Punkt)

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht nach Art. 82 ff. BGG:

1. Beschwerdeobjekt

Ein Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 82 Bst. a BGG liegt vor.

(1 Punkt und 0.5 ZP)

2. Ausnahmekatalog; Art 83-85 BGG

Art. 83 Bst. f BGG schliesst die Beschwerde gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen aus, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht sowie wenn – kumulativ – sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. zu letzterem: BGE 133 II 396, E. 2.1).

Die erste Voraussetzung ist hier erfüllt: Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000. Bei den eingereichten Projektstudien handelt es sich um entsprechende Dienstleistungen, welche mit einem Preis von Fr. 248'400 und Fr. 266'310 den massgebenden Schwellenwert erreicht haben.

Die zusätzliche Voraussetzung des Vorliegens einer "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist restriktiv zu handhaben (vgl. BGE 133 III 493, E.1.1 mit Hinweisen). Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft.

Argumente dafür:

Zu wissen ob bei einem Projekt, welches die Allgemeinheit direkt betrifft, diese ein verstärktes Mitspracherecht bei der Beschaffung haben soll, erscheint als essentielle Rechtsfrage, da festgestellt werden kann, ob öffentliche Beschaffungen in Zukunft auf demokratisch besser legitimierte Weise ausgeführt werden können.

Argumente dagegen:

Die gesetzlich explizit genannten Kriterien genügen den Ansprüchen für eine öffentliche Beschaffung basierend auf einer vernünftigen Grundlage. Es wäre Sache des Gesetzgebers, den Katalog zu ergänzen, so dass es nicht als essentiell erscheint, dass das Bundesgericht diese Frage klärt.

Gemäss Bundesgericht handelt es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (vgl. BGer 2C_770/2011, Urteil vom 25. Januar 2012).

(4 Punkte)

[**Hinweis:** Bei gegenteiliger Argumentation und Schlussfolgerung hinsichtlich der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage kann die volle Punktzahl für die Voraussetzungen 3-6 erreicht werden, indem diese im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde geprüft werden.]

3. Vorinstanz

Art. 86 Abs. 1 Bst. d BGG und Art. 86 Abs. 2 BGG müssen eingehalten worden sein, was hier zutrifft.

(1 Punkt)

4. Beschwerdelegitimation

Die Voraussetzungen von Art. 89 BGG sind erfüllt: B ist sowohl Adressat des Entscheids als auch partei- und prozessfähig.

(1 Punkt)

5. Beschwerdegründe

Es sind die Beschwerdegründe i.S.v. Art. 95 BGG zu prüfen:

Da hier gemäss Sachverhalt kantonales Vergaberecht einschlägig ist, liegt bezüglich der richtigen Anwendung bzw. der Verletzung der gesetzlichen Normen kein zulässiger Beschwerdegrund i.S.v. Art. 95 Bst. a BGG vor. Die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV erscheint wenig erfolgversprechend, denn es besteht grundsätzlich kein aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteter Anspruch auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags: vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, Zürich 2007, Art. 27 Rz. 17). Die Hürde für eine Verletzung des Willkürverbots gemäss Art. 9 BV ist vorliegend nicht erreicht. Allenfalls kann eine Ungleichbehandlung mit den anderen Anbietern gestützt auf Art. 8 BV geltend gemacht werden. Zudem kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs i.S.v. Art. 29 BV gerügt werden, weil die Stimmbürger beim „Public Voting“ ihren Entscheid nicht begründen müssen.

Die Verletzung der IVöB könnte einen Anfechtungsgrund i.S.v. Art. 95 Bst. e BGG bieten, denn Art. 13 Bst. f IVöB ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits als genügend präzise qualifiziert und eigenständig angewendet worden, wenn keine ausreichenden kantonalen Ausführungsbestimmungen vorhanden waren (BGE 125 II 86, E.7). Allerdings stellt die Bestimmung des massgeblichen Vergaberechts des Kantons X (die inhaltlich gemäss Sachverhalt Art. 21 BöB entspricht) sicherlich eine genügend konkrete Ausführungsbestimmung dar, so dass es höchst fragwürdig erscheint, ob auf Grund von Art. 16 Abs. 3 IVöB eine eigenständige Anwendung von Art. 13 Bst. f IVöB geltend gemacht werden kann (vgl. auch BGE 132 I 86, E. 3.1 und E. 3.2. zur nicht eigenständigen Anwendbarkeit von Art. 18 IVöB bei der Existenz kantonalen Ausführungsbestimmungen).

Allerdings könnte Art. 4 Abs. 1 Bst. e des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) i.S.v. Art. 95 Bst. a BGG gerügt werden, insofern als diese Bestimmung als „self-executing“ zu qualifizieren wäre, was strittig und wohl eher zu verneinen ist (vgl. Art. 13 des Abkommens, GIOVANNI BIAGGINI, Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in Thüerer et. al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, Rz. 84 und Rz. 157 f. sowie TOBIAS JAAG, Europarecht, Zürich 2010, Rz. 4020a und Rz. 4126 e contrario). Auch ein Anrufen von Art. XIII Ziff. 4 Bst. b des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422) i.S.v. Art. 95 Bst. a BGG wäre zu prüfen: Allerdings ist hier wohl der „self-executing“-Gehalt der Bestimmungen des Übereinkommens auch eher zu verneinen (vgl. Art. XX, GIOVANNI BIAGGINI, IV. Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in Thüerer et. al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, Rz. 84 und Rz. 157 f. sowie TOBIAS JAAG, Europarecht, Zürich 2010, Rz. 930).

(4 Punkte und 2 Zusatzpunkte)

6. Frist und Form

Es ist davon auszugehen, dass sowohl Art. 42 ff. BGG und Art. 100 BGG als auch das Rügeprinzip i.S.v. Art. 106 Abs. 2 BGG eingehalten worden sind. Zumindest liefert der Sachverhalt keine Anhaltspunkte auf dort bestehende Problematiken.

(1 Punkt)

7. Fazit

Die Beschwerde an das Bundesgericht i.S.v. Art. 82 ff. BGG ist möglich, ein zulässiger Beschwerdegund ist aber nicht einfach zu finden.

(1 Punkt)

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde i.S.v. Art. 113 ff. BGG:

Falls das Vorliegen sämtlicher Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten verneint wurde, ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG zu prüfen:

1. Subsidiarität

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 113 BGG nur zulässig, wenn gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz keine ordentliche Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn ein Entscheid vom Ausnahmekatalog des Art. 83 BGG erfasst wird. Dies ist i.c. der Fall, wenn die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage (Voraussetzung 2 der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten; oben) verneint worden ist.

2. Vorinstanz

Eine zulässige Vorinstanz gemäss Art. 114 BGG liegt vor.

3. Beschwerderecht

Art. 115 BGG verlangt ein rechtlich geschütztes Interesse. Dies ist in einer derartigen Konstellation gemäss Rechtsprechung erfüllt (BGE 135 I 265, E. 1.3. und BGE 136 I 229, E. 3.2).

4. Beschwerdegrund

Es kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 116 BGG) geprüft werden: Hierbei kann auf obige Ausführungen verwiesen werden, wobei es sich vor allem bei Art. 8 BV und Art. 29 BV um verfassungsmässige Rechte handelt, welche hier angerufen werden könnten (vgl. BGE 131 I 366, E. 2.2).

5. Frist und Form

Die Voraussetzungen von Art. 117 BGG sind zu erfüllen.

6. Fazit

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist möglich, insofern als die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage verneint wird.

(1 Punkt und 1 Zusatzpunkt)

[Hinweis: Bei einem Verneinen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage (Voraussetzung 2 der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten; oben) kann die volle Punktzahl hin-

sichtlich der restlichen Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (3.-6.) bei Prüfen derselben bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde erreicht werden. Eine Doppelbepunktung für das abermalige Auflisten der unproblematischen Voraussetzungen Vorinstanz, Beschwerderecht, Beschwerdegrund und Frist und Form bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde erfolgt nicht.]

Aufgabe 2: Verstösst die vorgenommene Berücksichtigung des "Public Voting" gegen die genannte Vorschrift betreffend Zuschlagskriterien? [Beantworten Sie Aufgabe 2 unabhängig vom Ergebnis bei Aufgabe 1]

(20%, 16 Punkte)

Vorbemerkung: Qualifikation des Public Voting:

Das "Public Voting" ist keine Konsultativabstimmung, sondern hat den Charakter eines Mitwirkungsverfahrens für die Bevölkerung.

(1 Punkt)

Die kantonale Norm betreffend Zuschlagskriterien stimmt gemäss SV mit Art. 21 BöB überein, somit ist die Vereinbarkeit mit dieser Bestimmung zu prüfen:

(1 Punkt)

Die Kriterien, welche zur Ermittlung des "wirtschaftlichsten Angebots" i.S.v. Art. 21 Abs. 1 BöB, dienen, sind gerade nicht ausschliesslich über den tiefsten Preis definiert, sondern sehr weit gefasst und darüber hinaus nicht abschliessend festgelegt, was sich nur schon aus der Formulierung des Gesetzestextes („insbesondere“) ergibt.

Dem Kriterium der Zweckmässigkeit kommt im vorliegenden Fall besondere Bedeutung zu:

(2 Punkte)

Voraussetzung der Zweckmässigkeit (Pro und contra-Argumente für eine Subsumtion des Public Voting unter dieses Kriterium):

Das ausgeschriebene Projekt untersteht gemäss unbestrittener Sachdarstellung dem obligatorischen Finanzreferendum. Bei dieser Ausgangslage erscheint es unwirtschaftlich und wenig zweckmässig, ein Projekt auszuarbeiten bzw. ausarbeiten zu lassen, das die Akzeptanz durch die Bevölkerung von vornherein nicht genießt und deshalb in der Volksabstimmung zu scheitern droht. Solches hätte zur Folge, dass die für die Ausarbeitung des Projektes von der Gemeinde ausgegebenen fi-

nanziellen Mittel vergeblich eingesetzt worden wären und die Öffentlichkeit dieser Gelder verlustig ginge.

(2 Punkte)

Gibt die Rechtsordnung die Zuständigkeit zu einem Entscheid letztlich der Stimmbürgerschaft (hier mittels dem obligatorischen Finanzreferendum), so legt sie damit fest, dass deren Willen für die Realisierung des Projektes massgebend ist. Es ist alsdann auch zweckmässig, dass die Behörden diesen Willen bereits für die Ausarbeitung des Projekts (und die dazu erforderliche öffentliche Beschaffung) in angemessener Weise berücksichtigen.

(2 Punkte)

Ausführungen zur Verhältnismässigkeit der Gewichtung des Kriteriums Public Voting wurden ebenfalls bepunktet, wie beispielsweise: Einzuschränken bleibt, dass das Public Voting nicht mit einer Volksabstimmung gleichgesetzt werden kann und nur eine grobe Einschätzung der Akzeptanz einer Projektstudie bei der Bevölkerung ermöglicht, weshalb dem genannten Kriterium - unter allen anderen - bloss ein relativ geringes Gewicht zukommen darf.

(2 Punkte)

Dass die Stimmberechtigten anlässlich eines Public Voting ihren persönlichen Eindruck (zu den verschiedenen Offerten) ohne inhaltliche Begründung abgeben ändert daran nichts: Es gehört zum Wesen der Demokratie, dass die Stimmberechtigten ihre Stimme frei und ohne Begründung abgeben.

(1 Punkt und 1/2 Zusatzpunkt)

Pro- und contra-Argumente, inwiefern das Public Voting unter ein anderes Kriterium gemäss Art. 21 BöB (d.h. vor allem die Wirtschaftlichkeit, die Qualität oder den Termin) subsumiert werden kann:

Wirtschaftlichkeit:

Durch eine vorgängige Konsultation der Stimmbürger können Leerläufe vermieden werden und entsprechend kann die Gemeinde X effizienter wirtschaften.

(1 Punkt)

Termin:

Die vorgängige Konsultation des Stimmvolks verringert das Risiko einer späteren Ablehnung in einem Referendum. Somit kommt es zu keiner Verzögerung wegen eines allfällig negativen Referendumsergebnisses.

(1 1/2 Punkte)

Ästhetik, Qualität, Preis etc.:

Geht man von einem vernünftig agierenden und gut informierten Stimmbürger aus, kann von diesem ebenfalls die Berücksichtigung der restlichen Kriterien von Art. 21 BöB (Ästhetik, Qualität, Preis etc.) erwartet werden, so dass diese Kriterien auf eine demokratisch besser legitimierte Weise durch das Kriterium Public Voting berücksichtigt werden. Dem kann allerdings entgegen gehalten werden, dass die Stimmbürger eher nach ihren persönlichen Interessen entscheiden und beispielsweise Projekte von lokal verwurzelten Unternehmen bevorzugen, was im öffentlichen Beschaffungswesen verpönt ist.

(1 1/2 Punkte und 1/2 Zusatzpunkt)

Fazit:

Gemäss Bundesgericht ist das Kriterium Public Voting nicht grundsätzlich unzulässig (vgl. BGer 2C_770/2011, Urteil vom 25. Januar 2012, E. 4.4).

(1 Punkt)

[**Hinweis:** Auch bei gegenteiliger Argumentation und Schlussfolgerung können gleich viele Punkte erreicht werden. Bemerkungen zur Transparenz der Zuschlagskriterien und zur Konformität derselben mit Art. 21 Abs. 2 BöB wurden mit einem Zusatzpunkt honoriert.]

(1 Zusatzpunkt)

Aufgabe 3: Verstösst die Verfügung vom 12. Juni 2008 gegen Bundesrecht?

(25%, 20 Punkte)

Einschlägig ist das Binnenmarktgesetz, welches den freien Wirtschaftsverkehr im interkantonalen (und interkommunalen) Verhältnis gewährleistet (Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II. Kommentar, Zürich 2011, Art. 1 Rz. 6). Es ist persönlich, sachlich und örtlich anwendbar, weil der Beschwerdeführer über eine Niederlassung in der Schweiz verfügt

(persönlich), es sich um eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit handelt (sachlich) und der Sachverhalt sich in im interkommunalen Verhältnis innerhalb der Schweiz abspielt (örtlich) (vgl. Art. 1 BGBM).

(2 Punkte)

Grundsatz des freien Marktzugangs:

Unbestrittenermassen verfügt der Beschwerdeführer über eine Bewilligung für Installationsarbeiten in der Gemeinde A, wo er niedergelassen ist. Er hat damit nach Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM grundsätzlich Anspruch darauf, auch in der Gemeinde B Installationsarbeiten durchführen zu können. Zudem schafft auch Art. 4 Abs. 1 BGBM eine Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung kantonaler oder kantonal anerkannter Fähigkeitsausweise, wobei eine Berufsausübungsbewilligung als Fähigkeitsausweis qualifiziert werden kann.

(2 Punkte und 1 Zusatzpunkt)

Vermutung der Gleichwertigkeit:

Art. 2 Abs. 5 BGBM enthält die widerlegbare Vermutung der Gleichwertigkeit der generell-abstrakten Marktzugangsordnungen von A und B. Diese Regelung gilt als Eckpfeiler für einen wirksamen Binnenmarkt.

(2 Punkte)

Möglichkeiten Beschränkung Marktzugang:

Nach Art. 3 Abs. 1 BGBM kann der Zugang zur Berechtigung für die Ausführung von Wasserinstallationen nicht gänzlich verweigert, sondern nur mit Auflagen oder Bedingungen ausgestaltet werden, sofern diese gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten sowie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind.

(2 Punkte)

Allgemeine Ausführungen zum Verhältnismässigkeitsprinzip i.S.v. Art. 3 BGBM:

Der Grundsatz des freien Marktzugangs kann nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit eingeschränkt werden, d.h. nur durch geeignete, erforderliche und zumutbare Beschränkungen, wobei das BGBM einen Negativkatalog von insbesondere unzulässigen Beschränkungen beinhaltet (vgl. Art. 3 BGBM): Es handelt sich um eine gesetzliche Positivierung des vom Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit geforderten Interessensabwägungsprozesses (RENE RHINOW/GERHARD

SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 7, Rz. 63 m.w.H.).

(2 Punkte)

Verhältnismässigkeitsprüfung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 BGBM:

Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere wenn:

(1) der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BGBM).

I.c. wäre die Vermutung, dass die Zugangsvorschrift für A nicht auch für B gilt, von B umzustossen (vgl. Art. 2 Abs. 5 BGBM; oben) und eine diesbezügliche Prüfung hat in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu erfolgen (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Ansonsten kann ein hinreichender Schutz der öffentlichen Interessen durch die Einhaltung der Vorschriften des Herkunftsorts erreicht werden.

(2 Punkte)

Die öffentlichen Interessen bestehen im Schutz der öffentlichen Sicherheit (vor mangelhaften Installationen, welche das Eigentum und u.U. sogar die körperliche Integrität gefährden könnten) und der öffentlichen Gesundheit (Gewährleistung der Versorgung mit sauberem Trinkwasser) und sind entsprechend gewichtig. Es kommen prinzipiell alle Interessen in Betracht, welche Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen. Eine Interessenabwägung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht im Einzelfall durchzuführen, solange die Vermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM, dass die überwiegenden öffentlichen Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts gewährleistet sind, nicht generell umgestossen wurde (vgl. BGE 135 II 12, E. 2.4).

(3 Punkte)

(2) die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht haben, genügen (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM).

Wiederum greift die Vermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM, und es kann das Vorliegen dieser Voraussetzung mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben angenommen werden.

(3) zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. c BGBM).

Dies ist gemäss Sachverhalt nicht der Fall.

(4) der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interesse durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM).

[**Hinweis:** Auch das Erwähnen von Art. 4 Abs. 3 BGBM wurde hier bepunktet]

I:c. ist auf Grund der zwanzigjährigen, tadellosen Berufspraxis ein hinreichender Schutz zu vermuten. Der Sachverhalt liefert keine Informationen / konkreten Anhaltspunkte für ein Umstossen dieser Vermutung.

(4 Punkte und 1/2 Zusatzpunkt)

Fazit:

Es ist keine verhältnismässige Beschränkung des freien Marktzugangs möglich. Entsprechend hat X Anspruch auf Erteilung der Bewilligung.

(1 Punkt)

[**Hinweis:** Auch bei gegenteiliger Argumentation und Schlussfolgerung können Punkte erreicht werden.]

Aufgabe 4: Inwiefern ändert sich dadurch etwas an der Beurteilung der Bundesrechtskonformität der Verfügung vom 12. Juni 2008?

(10%, 8 Punkte)

Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeitsprüfung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 BGBM ändert sich Folgendes:

Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere wenn:

(1) der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BGBM).

I.c. wäre die Vermutung, dass die Zugangsvorschrift für A nicht auch für B gilt, nach wie vor von B umzustossen (vgl. Art. 2 Abs. 5 BGBM; oben). Da in A gemäss Sachverhalt vermehrt Sicherheitsmängel durch Installationsarbeiten aufgetreten sind, lässt sich die Vermutung wohl umstossen und die öffentlichen Interessen lassen sich laut Sachverhalt offensichtlich nicht durch die Vorschriften des Herkunftsorts gewährleisten. Hervorzuheben ist, dass die Sicherheitsmängel über einen längeren Zeitraum aufgetreten sind, und der letzte Fall nicht allzu lange zurückliegt.

(3 Punkte)

Im Rahmen einer Interessensabwägung überwiegen die gewichtigen öffentlichen Interessen der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit gegenüber dem in Art. 2 BGBM und Art. 3 BGBM verankerten Grundsatz des freien Marktzugangs, weil ansonsten durch mangelhafte Installationen das Eigentum und u.U. sogar die körperliche Integrität gefährdet wären und die Versorgung mit sauberem Trinkwasser u.U. nicht mehr garantiert werden könnte.

(2 Punkte)

(2) die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht haben, genügen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM).

(3) der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM).

Auf Grund der vermehrten eindeutigen Sicherheitsmängel gemäss Sachverhalt treffen diese Fälle nicht mehr zu.

(2 Punkte)

Fazit:

Es ist eine verhältnismässige Beschränkung des freien Marktzugangs möglich. Entsprechend hat X keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung.

(1 Punkt)

[**Hinweis:** Auch bei gegenteiliger Argumentation und Schlussfolgerung können Punkte erreicht werden.]

Aufgabe 5: Kann sich X in D geschäftlich niederlassen und gestützt auf seine Bewilligung aus A als Sanitär arbeiten? Muss er die Konzessionsgebühr entrichten?

(25%, 20 Punkte)

Grundsatz des freien Marktzugangs:

Massgeblich für das freie Anbieten von Dienstleistungen auf dem Gebiet der gesamten Schweiz ist nach Art. 2 Abs. 1 BGBM die Zulässigkeit der Ausübung im Kanton der Niederlassung. Nach

Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person das Recht sich zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der gesamten Schweiz niederzulassen, wobei unter Vorbehalt von Art. 3 BGBM die Vorschriften am Ort der Ersteiniederlassung massgebend sind.

I.c. besteht für das Sanitärgewerbe im Kanton D, also am Ort der gewünschten Niederlassung, ein kantonales Monopol. X will sich gemäss Sachverhalt aus steuerlichen Gründen in D niederlassen. Dies ist nach Art. 2 Abs. 4 BGBM problemlos möglich (freier Marktzugang zur Begründung einer gewerblichen Niederlassung). Auch wenn X seine Niederlassung im Kanton A aus steuerlichen Gründen aufgibt, werden im Kanton D die Zulassungsvoraussetzungen von A anwendbar sein, da gemäss Sachverhalt feststeht, dass X die bewilligte Tätigkeit in A bereits ausgeübt hat.

Fraglich ist, ob Art. 2 Abs. 4 BGBM auch auf monopolisierte Tätigkeiten Anwendung findet. Gemäss Art. 1 Abs. 3 BGBM gilt als Erwerbstätigkeit jede nicht hoheitliche auf Erwerb gerichtete Tätigkeit. Dies ist hier der Fall.

Das BGBM verbietet nicht die Monopolisierung, sondern verlangt diesbezüglich lediglich, dass die Konzessionierung diskriminierungsfrei in einem offenen System (Art. 2 Abs. 7 BGBM) erfolgt. Dafür, dass dies nicht der Fall wäre, bestehen keine Anhaltspunkte. Somit ist eine Monopolisierung gemäss BGBM möglich.

Die Zulässigkeit der Monopolgebühr richtet sich nicht nach dem BGBM, sondern nach der BV (vgl. BBl 2005 476).

(5 Punkte und 1 Zusatzpunkt)

Zu prüfen ist zunächst, ob die Bundesverfassung das im Kanton D bestehende Monopol überhaupt zulässt, oder ob dadurch der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) verletzt wird.

[**Hinweis:** Ausführungen zur Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) wurden mit Zusatzpunkten honoriert.]

(1 Punkt und 1 Zusatzpunkt)

Grundsatzkonformität:

Grundsatzwidrig sind gemäss ausdrücklicher Regelung in Art. 94 Abs. 4 BV insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten. Bei der Beurteilung, ob eine grundsatzkonforme Einschränkung oder eine grundsatzwidrige Abweichung vorliegt, sind nicht nur die Motive der betreffenden Regelung, sondern auch deren Auswirkungen (Ausmass der Wettbewerbsverzerrung) zu beurteilen (vgl. BGer 2C_940/2010, Urteil vom 17. Mai 2011 und RENE RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 5, Rz. 80 ff, v.a. Rz. 92 ff. m.w.H.).

(2 Punkte)

Argumente für die Grundsatzkonformität:

Für die Grundsatzkonformität sprechen vor allem die vordergründig sozial- und sicherheitspolitischen Interessen „Schutz der Gesundheit“ und „Schutz der Arbeitnehmer“.

Argumente dagegen:

Gegen die Grundsatzkonformität spricht, dass das Monopol je nach Ausgestaltung starke Auswirkungen auf den freien Wettbewerb haben kann sowie dass ein derartiges Monopol in anderen Kantonen auch nicht vorgesehen ist; eine Bewilligungspflicht würde wohl auch genügen.

(6 Punkte)

Falls die Grundsatzkonformität verneint wird:

Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV nur zulässig, wenn dafür eine Grundlage in der Bundesverfassung besteht oder wenn sie durch ein verfassungsrechtlich zulässiges kantonales Monopol- oder Regalrecht begründet sind (vgl. BGer 2C_940/2010, Urteil vom 17. Mai 2011). I.c. kommt nur letzteres in Frage.

(2 Punkte)

Art. 94 Abs. 4 BV gilt nur für die historischen Grund- und Bodenregale. Diese dürfen vom Gemeinwesen auch zu fiskalischen Zwecken genutzt werden. Polizei- und Wohlfahrtsmonopole, wie i.c. das Monopol für das Sanitärengewerbe, fallen nicht unter diese Bestimmung. Folglich ist das Monopol mangels verfassungsmässiger Grundlage unzulässig.

(3 Punkte)

Falls die Grundsatzkonformität bejaht wird:

Der Kanton darf aus polizeilichen Gründen (i.c. gesundheitspolizeiliche Gründe) Monopole errichten bzw. beibehalten, sofern Art. 36 BV eingehalten wird (vgl. hierzu BGE 125 I 209 und Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 721). Polizeimonopole dürfen aber auf jeden Fall nicht fiskalischen Zwecken dienen. Eine Monopolgebühr, die das Kostendeckungsprinzip verletzt, ist somit unzulässig.

(2 Punkte)

Wie oben dargelegt, bestehen zwar gewichtige öffentliche Interessen (Gesundheitsschutz / öffentliche Sicherheit) an der Massnahme, welche im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 36 BV aber nicht überwiegen, weil eine Bewilligungspflicht als mildere Massnahme genügt.

[**Hinweis:** Auch Ausführungen zum Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 BV und zur gesetzlichen Grundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV wurden hier honoriert. Hinsichtlich der Verhältnismässigkeitsprüfung wurden auch gegenteilige Ausführungen honoriert.]

(3 Punkte)

[**Hinweis:** Je nachdem, ob man zum Schluss kommt, dass das Monopol grundsatzkonform oder grundsatzwidrig ist, konnten bei der daraus folgenden Argumentation insgesamt maximal *5 Punkte* erzielt werden.]

Fazit:

Es besteht keine ausreichende Grundlage für das kantonale Monopol und jedenfalls nicht für die Monopolgebühr. Somit kann sich X in D niederlassen und muss dessen Anforderungen nicht erfüllen und keine Monopolgebühr bezahlen

(1 Punkt)