

12-182

**Bundesgericht heisst Beschwerde der SWITCH  
gegen Verbot von Werbung für Tochtergesell-  
schaft gut**

Grundrechte; Werbeverbot; Wirtschaftsfreiheit

Art. 27, Art. 35 Abs. 2, Art. 94 Abs. 1, 4 BV

Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2012

(2C\_271/2012)

Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde der Stiftung SWITCH gut, die sich gegen das Verbot richtete, ihre Tochtergesellschaft switchplus ag von werbewirksamen Leistungen profitieren zu lassen, die anderen Wholesale-Partnern nicht zur Verfügung stehen.

SWITCH nimmt im Auftrag des BAKOM die Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen der Domain «.ch» wahr. Im Mai 2009 gründete sie die Tochtergesellschaft switchplus ag, welche die Registrierung von Domain-Namen, den Betrieb von E-Mail, das Hosting von Webseiten und den Softwarebetrieb sowie weitere Dienstleistungen rund um das Internet bezweckt. Nachdem das BAKOM ein Aufsichtsverfahren eröffnet hatte, erliess es eine Verfügung. Darin verpflichtete es SWITCH einerseits, sämtliche Leistungen, die sie in Zusammenhang mit ihrer Registrierung- und Verwaltungstätigkeit der switchplus ag anbietet, auch den anderen Wholesale-Partnern zu den gleichen Bedingungen anzubieten. Andererseits wurde SWITCH dazu angehalten, sie müsse sicherstellen, dass switchplus ag nicht von werbewirksamen Leistungen profitiere, die anderen Wholesale-Partnern nicht zur Verfügung stünden. Gegen diesen Teil der Verfügung gelangte SWITCH über das Bundesverwaltungsgericht ans Bundesgericht und verlangte die Aufhebung.

Das Bundesgericht weist in seinen Erwägungen auf die Doppelstellung der SWITCH hin: Einerseits nehme sie als Registerbetreiberin den Wholesale-Partnern gegenüber eine öffentliche Aufgabe wahr und müsse diese gemäss Art. 27 sowie Art. 94 Abs. 1 und 4 BV gleich behandeln. Andererseits sei sie im Verhältnis zu den Endkunden Konkurrentin ihrer Wholesale-Partner und stehe zu ihnen im Wettbewerb, und zwar sowohl in Bezug auf die öffentliche Aufgabe der Zuteilung und Verwaltung der Domain-Namen als auch in Bezug auf die privatwirtschaftlich erbrachten Dienstleistungen (z. B. Web- und Mailhosting). Bezüglich dieser letzten Aufgabe unterstehe sie allerdings nicht der Aufsicht durch das BAKOM.

Die Annahme eines Wettbewerbsvorteils für switchplus ag fand das Bundesgericht zumindest plausibel, da SWITCH ihr erlaube, den Firmenbestandteil «switch-» zu führen, und auf ihrer Webseite auf die Tochtergesellschaft hinweise. Allerdings

bedeute dies nicht, so das Bundesgericht weiter, dass dieser Vorteil unrechtmässig sei. Soweit SWITCH gegenüber ihren Wholesale-Partnern eine öffentliche Aufgabe wahrnehme, könne sie sich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, sondern sei an die Grundrechte gebunden. In Bezug auf ihre anderen, unter Wettbewerbsbedingungen erbrachten Tätigkeiten gelte hingegen nicht die Grundrechtsbindung. Vielmehr sei SWITCH diesbezüglich den gleichen Regeln unterstellt wie die Konkurrenten und könne sich auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) berufen sowie für ihre Tätigkeit Werbung betreiben.

Werbung richte sich an die Endkunden und betreffe somit nicht das dem Gleichbehandlungsgebot unterstehende Verhältnis von SWITCH zu ihren Wholesale-Partnern, sondern den Retail-Bereich, welcher der Wettbewerbsordnung unterstehe. Es besteht nach Ansicht des Bundesgerichts kein Rechtsgrund, SWITCH zu untersagen, für die Retail-Tätigkeit ihrer Tochter Werbung zu betreiben. Der Werbevorteil sei für die Tochtergesellschaft nicht grösser als er für SWITCH selber wäre. Würde man der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts folgen, müsste konsequenterweise auch SWITCH verboten werden, Werbung für ihre Retail-Tätigkeit zu betreiben. Damit wäre SWITCH aber schlechter gestellt als ihre Wholesale-Partner, die im Retail-Bereich uneingeschränkt Werbung betreiben dürfen. Aufgrund dieser Überlegungen kam das Bundesgericht zum Schluss, die Beschwerde gutzuheissen.

**Anmerkungen** Der letzte streitige Punkt war, ob switchplus von keinen werbewirksamen Leistungen von SWITCH profitieren dürfe, die andern Wholesale-Partnerinnen nicht zur Verfügung stünden. Insbesondere mitgemeint sei der Webaufruf. So habe SWITCH auf ihrer Webseite [www.switch.ch](http://www.switch.ch) einen Werbebalken prominent platziert, der den Nutzer direkt auf die Webseite [www.switchplus.ch](http://www.switchplus.ch) geleite. Andern Wholesale-Anbietern fehle ein solcher Hinweis. Das bevorzuge die Tochtergesellschaft switchplus. Damit verstosse SWITCH gegen Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) und 94 Abs. 1 BV (Wirtschaftsfreiheit, Bevorzugung der Privatwirtschaft und des Wettbewerbs) in Verbindung mit Art. 35 Abs. 2 BV (wer staatliche Aufgaben – wie hier die Registerbetreuung betraute SWITCH – wahrnehme, sei an die erwähnten Grundsätze der Wirtschaftsfreiheit gebunden). SWITCH hingegen beharrt darauf, im Retail-Bereich vollziehe sie keine öffentliche Aufgabe, sondern stehe im Wettbewerb zu den Wholesale-Partnern. Den könne sie selber wahrnehmen oder an eine Tochter – wie switchplus – auslagern; das sei ihr im verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem BAKOM zugesichert worden. Nur deshalb habe sie den Vertrag mit dem BAKOM unterzeichnet.

Das Bundesgericht bestritt nicht, dass SWITCH hier einen Wettbewerbsvorteil wahrnehme. Aber ausserhalb ihrer öf-

fentlichen Registeraufgabe sei SWITCH keiner grundrechtlichen Wettbewerbsbeschränkung unterworfen und dürfe – wie auch ihre Wholesale-Partner – Werbung betreiben. Die Retail-Tätigkeit, um die es hier gehe, bestehe ja gerade nicht in der Zuteilung von Domains, sondern in weiteren Dienstleistungen.

Fünf Wochen früher hatte das Bundesgericht in einem Streit zwischen dem Kanton Glarus mit seinem neuen Gesetz über die nahezu monopolistische kantonale Sachversicherung Glarus – einer selbstständigen Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts – und mehreren privaten Versicherungsgesellschaften ähnlich entschieden (BGE 2C\_485/2010). Art. 94 BV befürworte die Wettbewerbswirtschaft, untersage aber eine «unternehmerische Tätigkeit des Staates nicht ausdrücklich». Vorausgesetzt seien jedoch eine formell-gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse im Rahmen der Verhältnismässigkeit und Wettbewerbsneutralität. Selbst fiskalische Interessen bildeten ein zulässiges öffentliches Interesse; als Nebenzweck staatlicher Wirtschaftstätigkeit sei sogar Gewinnorientierung hinzunehmen. Dieser Entscheid belegt, wie locker und staatsfreundlich das Bundesgericht die wirtschaftliche Tätigkeit staatlicher Akteure bewertet. Im Fall SWITCH lag immerhin ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor, sodass SWITCH vermutlich wohlworbene Rechte hätte geltend machen können. Das war aber nicht nötig.

Schon in BGE 129 III 35 in einem Konflikt zwischen dem **Ver-ein für Tierfabriken (Dr. Kessler)** und der Post hatte das Bundesgericht «eine spezielle Grundrechtsbindung der Post» und eine Pflicht zur Beförderung nicht abonniertes Zeitungen abgelehnt. Die Post könne solche Dienstleistungen erbringen, müsse dies aber nicht.

Die hinter diesen Entscheiden stehende Philosophie wird mitunter kritisiert: Es stehe nicht in der Kompetenz des Gesetzgebers, öffentliche Unternehmen von der Beachtung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 2 BV) zu befreien (Heidrun Gutmannsbauer, Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln, Diss. Zürich 2010, S. 49 ff).

Dr. iur. Peter Studer, Rüschtikon