Urteilskopf

126 I 250

32. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 7. September 2000 i.S. A.X. und B.X. gegen Schweizer Mustermesse AG/Art, Kunstmesse AG und Rekurskommission der Art Basel (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Art. 27 BV; Art. 84 Abs. 1, Art. 88 OG; Art. 762 OR; Art. 2 ff. BGBM, Art. 2 ff. KG (Unzulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde mangels anfechtbaren Hoheitsakten).

Standplätze an der internationalen Kunstmesse ART in Basel: Ablehnende Bescheide des gemischt-wirtschaftlich organisierten Messeveranstalters gegenüber interessierten Ausstellern sind keine hoheitlichen Akte im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OG. Dasselbe gilt für die Entscheide der vom Messeveranstalter eingesetzten Rekurskommission (E. 2a-c).

Die Nichtzulassung zur ART erscheint nicht als eine auf hoheitlichen Grundlagen beruhende Beschränkung des Marktzugangs, welche gegen das Binnenmarktgesetz verstossen könnte (E. 2d/bb). Schranken des Kartellgesetzes (E. 2d/cc).

Regeste (fr):
Art. 27 Cst.; art. 84 al. 1 et 88 OJ; art. 762 CO; art. 2 ss LMI, art. 2 ss LCart (irrecevabilité du recours de droit public faute d'acte de souveraineté attaquable).

Stands à la foire internationale ART de Bâle: les réponses négatives de l'organisateur de la foire, entreprise mixte, aux exposants intéressés ne sont pas des actes de souveraineté au sens de l'art. 84 al. 1 OJ. Il en va de même des décisions de la commission de recours mise en place par l'organisateur (consid. 2a-c).

Le refus de stands à ART ne constitue pas une limitation d'accès au marché fondée sur un acte de souveraineté, qui pourrait violer la loi sur le marché intérieur (consid. 2d/bb). Limites de la loi sur les cartels (consid. 2d/cc).

Regesto (it):
Art. 27 Cost.; art. 84 cpv. 1 e art. 88 OG; art. 762 CO; art. 2 segg. LMI; art. 2 segg. LCart (inammissibilità del ricorso di diritto pubblico per carenza d'atto d'imperio impugnabile).

Stands alla fiera internazionale d'arte ART di Basilea: le risposte negative dell'organizzatore della fiera - un'impresa mista - agli espositori interessati non costituiscono atti d'imperio ai sensi dell'art. 84 cpv. 1 OG. Lo stesso vale per le decisioni della commissione di ricorso istituita dall'organizzatore (consid. 2a-c).

Il rifiuto di stands alla fiera ART non costituisce una restrizione del libero accesso al mercato fondata su un atto d'imperio, che potrebbe violare la legge sul mercato interno (consid. 2d/bb). Restrizioni della legge sui cartelli (consid. 2d/cc).

Sachverhalt ab Seite 251

BGE 126 I 250 S. 251

Die bis anhin als Genossenschaft des öffentlichen Rechts organisierte Schweizer Mustermesse in Basel (seit dem 7./21. Februar 2000 in eine Aktiengesellschaft gemäss Art. 762 OR umgewandelt) führt nebst einer jährlichen nationalen Warenmustermesse und vielen anderen Veranstaltungen auch die internationale Kunstmesse ART in Basel (nachfolgend: ART) durch. A.X. und B.X. betreiben in R. eine Galerie. Nachdem sie in den Jahren 1989 bis 1998 jeweils als Aussteller an der ART teilgenommen hatten, erhielten sie für das Jahr 1999 unter Hinweis auf die beschränkte Platzkapazität seitens der Messeleitung eine Absage, wogegen sie erfolglos ein Wiedererwägungsgesuch stellten. Mit Eingabe vom 23./25. Oktober 1999 bewarb sich die Galerie X. um einen Standplatz an der ART 31. Diese Messe sollte vom 21. bis zum 26. Juni 2000 stattfinden. Die Bewerbung wurde erneut abgelehnt. In ihrem Schreiben vom 20. Dezember 1999 führte die Messeleitung zur Begründung aus, es hätten sich mehr als doppelt so viele Galerien angemeldet, wie Standplätze zur Verfügung stünden, und das für die Zulassung verantwortliche Committee habe sämtliche Bewerbungen einlässlich geprüft. Die Messeleitung wies sodann auf die Möglichkeit hin, gegen diesen Entscheid binnen zehn Tagen Rekurs zu erheben. Die Eheleute X. reichten am 30. Dezember 1999 eine entsprechende Eingabe ein. Mit Entscheid vom 17. Januar 2000 wies die "Rekurskommission der Art Basel" den Rekurs ab mit der Begründung, die Zahl der sich bewerbenden Galerien betrage mehr als das Dreifache der vorhandenen Plätze, so dass unvermeidlicherweise auch zahlreiche gut ausgewiesene Bewerber abgewiesen werden müssten. Auf die gegen diesen Entscheid gerichtete staatsrechtliche Beschwerde der Eheleute X. tritt das Bundesgericht nicht ein.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde steht gegen kantonale Erlasse oder Verfügungen (Entscheide) offen (Art. 84 Abs. 1 OG). Anfechtungsobjekt können nur Hoheitsakte bilden, die von einem kantonalen Organ ausgehen oder auf kantonaler

BGE 126 I 250 S. 252

Herrschaftsgewalt beruhen (BGE 108 Ia 264 E. 1 S. 266 f; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage 1994, S. 109) und die Rechtsbeziehung des Bürgers zum Staat autoritativ festlegen (BGE 119 Ia 214 E. 2a S. 217; KÄLIN, a.a.O., S. 114 ff.). Zu den anfechtbaren kantonalen Hoheitsakten können auch Erlasse und Verfügungen gehören, welche nicht vom Kanton selber, sondern von Selbstverwaltungskörpern mit eigener Rechtspersönlichkeit (Anstalten, Gemeinden, andere öffentlichrechtliche Korporationen) oder sogar von Privaten ausgehen, wenn diese vom Kanton mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet worden sind (KÄLIN, a.a.O., S. 110). b) Die Messeveranstaltung ART 31, für welche die Beschwerdeführer mit dem vorliegenden Verfahren die Zuteilung eines Standplatzes erwirken woll(t)en, hat inzwischen stattgefunden. Das nach Art. 88 OG erforderliche aktuelle praktische Interesse an der Behandlung der gegen den ablehnenden Entscheid der Rekurskommission erhobenen staatsrechtlichen Beschwerde ist damit dahingefallen. Das Bundesgericht verzichtet ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen können, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine verfassungsrichterliche Prüfung stattfinden kann (BGE 125 I 394 E. 4b S. 397; BGE 124 I 231 E. 1b S. 233, mit Hinweisen; KÄLIN, a.a.O., S. 261). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, indem allfällige Bewerbungen der Beschwerdeführer um eine Teilnahme an der ART auch in den kommenden Jahren jeweils abgewiesen und dagegen erhobene Beschwerden vom Bundesgericht nicht oder nicht ohne weiteres vor der Durchführung dieser Veranstaltung entschieden werden könnten. Da sich aber eine

verfassungsrichterliche Beurteilung nur auf solche künftigen Fälle beziehen kann, ist folgerichtig auch die prozessuale Frage, ob überhaupt ein anfechtbarer Hoheitsakt im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OG vorliegt (vgl. oben E. 1a), nicht auf Grund der bisherigen Rechtslage, sondern unter Berücksichtigung der inzwischen geänderten Organisationsform des Messeveranstalters zu prüfen.

2. a) Durch Grossratsbeschluss vom 26. Februar 1920 wurde der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt ermächtigt, die Durchführung der Schweizer Mustermesse einer zu diesem Zweck zu gründenden Genossenschaft zu übertragen und sich namens des Kantons an dieser zu gewissen Bedingungen zu beteiligen. Gestützt auf einen weiteren Grossratsbeschluss vom 24. April 1947 wurde

die Genossenschaft Schweizer Mustermesse in Basel zu einer Genossenschaft des öffentlichen Rechts gemäss Art. 829 OR, in welcher der Kanton Basel-Stadt gegenüber den übrigen Genossenschaftern eine Sonderstellung besass. Mit Wirkung ab 7. Februar 2000 wurde das Unternehmen in eine Aktiengesellschaft gemäss Art. 762 OR umgewandelt (Aktiengesellschaft mit Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts). Es trägt heute die Bezeichnung "Schweizer Mustermesse AG" oder "Messe Basel". Die neue Gesellschaft bezweckt in erster Linie die Durchführung von Messen, Kongressen und weiteren Veranstaltungen am Standort Basel, wobei "die Bedeutung des Standortes Schweiz für die nationalen und internationalen Märkte" aufgezeigt werden soll (§ 2 der Statuten). Drei bzw. vier Mitglieder des aus sieben bis elf Personen bestehenden Verwaltungsrates werden vom Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt ernannt (§ 20 der Statuten). Kapital- und stimmenmässig ist der Kanton Basel-Stadt zusammen mit ihm nahestehenden Institutionen (Kantonalbank und Pensionskasse des Staatspersonals) mit 33,5% an der AG beteiligt (vgl. Ratschlag des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 14. September 1999, S. 9/10). b) Gemäss Ziff. 3 des vom Januar 1999 datierenden "Ausstellerreglementes" der Messe Basel entscheidet die Messeleitung "allein und endgültig" über die Zulassung von Firmen und Ausstellungsobjekten, ohne Abweisungen zu begründen. Ein im September 1999 (auf Grund einer Intervention des Sekretariates der Eidgenössischen Wettbewerbskommission) im Hinblick auf die ART 31 erlassenes "Zusatzreglement" enthält nähere Vorschriften über das Zulassungsverfahren. Danach entscheidet ein "Art Committee" auf Grund "qualitativer und messekonzeptioneller Gesichtspunkte" an einer Klausursitzung über die Zulassung der Aussteller, unter anderem unter Berücksichtigung des "Galerieprogramms, der Galeriearbeit, der Zusammenarbeit der Galerie mit den vertretenen Künstlern, der bisherigen Präsentation der Galerie an der Art Basel wie auch an anderen internationalen Kunstmessen, des eingereichten Projekts für die Art Basel usw.". Dabei hat sich jeder Bewerber jedes Jahr diesem Selektionsprozedere zu unterwerfen. Die Zulassungsentscheide des Committees werden ohne Begründung schriftlich mitgeteilt. Negative Entscheide können innerhalb von zehn Tagen bei einer "Rekurskommission der Art Basel" angefochten werden. Diese besteht aus drei "unabhängigen Mitgliedern", einem Schweizer Juristen als Präsidenten und zwei Fachleuten des internationalen Kunstmarktes, welche während der letzten beiden ihrer Ernennung

vorangegangenen Jahre weder Mitglied des Art Committees noch Aussteller der Art Basel gewesen sein dürfen. Die Rekurskommission überprüft die Ablehnungsentscheide des Art Committees lediglich "im Hinblick auf Willkür", und ihre schriftlich mitzuteilenden Entscheide werden nicht begründet. c) Sowohl das genannte Art Committee wie auch die für die Überprüfung von Ablehnungsentscheiden zuständige Rekurskommission werden von der zuständigen "Messeleitung" eingesetzt, deren Handeln der Aktiengesellschaft Schweizer Muster-

messe AG zuzurechnen ist. Die Rechtsbeziehungen einer Aktiengesellschaft zu privaten Dritten unterstehen, auch wenn es sich um eine gemischt-wirtschaftliche Unternehmung im Sinne von Art. 762 OR handelt, den einschlägigen Regeln des Privatrechts, soweit keine anderslautenden Vorschriften bestehen. Das gilt auch für die von einer solchen Gesellschaft gegenüber privaten Kunden erbrachten Dienstleistungen (BEAT KRÄHENMANN, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Basel 1987, S. 135, 139). Wenn die Schweizerische Mustermesse AG durch die von ihr eingesetzten Organe Verträge über Standplätze an einer Messe abschliesst oder aber die Zurverfügungstellung solcher Plätze ablehnt, handelt sie dabei nicht hoheitlich, sondern als Subjekt des Privatrechtes. Es bestehen keine besonderen öffentlichrechtlichen Vorschriften, welche diese Gesellschaft verpflichten würden, interessierte Private unter bestimmten Voraussetzungen als Aussteller zuzulassen, und die ihr überdies die Kompetenz gäben, über streitige Fragen des Benutzungsverhältnisses einseitig durch eine hoheitliche Verfügung zu entscheiden (wie dies etwa für öffentliche Anstalten zutreffen kann). Ablehnende Bescheide des Messeveranstalters gegenüber interessierten Ausstellern sind daher keine hoheitlichen Akte im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OG. Dasselbe gilt für die Entscheide der vom Messeveranstalter eingesetzten Rekurskommission, welche bei Verweigerung der Zulassung angerufen werden kann, auch wenn dieses interne Verfahren formell wie ein staatliches Justizverfahren ausgestaltet sein mag. Weder die Messeleitung bzw. das Art Committee noch die Rekurskommission besitzen die Befugnis zum Erlass von (hoheitlichen) Verfügungen. d) Wohl ist für die Beurteilung der Frage, ob eine beanstandete Handlung als anfechtbarer kantonaler Hoheitsakt im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OG einzustufen ist, auch zu berücksichtigen, wieweit das betreffende Verhalten geeignet ist, Grundrechte zu verletzen.

BGE 126 I 250 S. 255

Wenn das Rechtsschutzbedürfnis dies gebietet, kann eine Anfechtungsmöglichkeit allenfalls selbst dann bestehen, wenn keine förmliche Verfügung vorliegt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Behörde den Erlass einer Verfügung zu Unrecht verweigert oder verzögert (formelle Rechtsverweigerung). Die Frage kann sich unter Umständen auch bei gewissen (positiven) Realakten stellen, durch welche der Staat ohne Erlass einer Verfügung in Grundrechte eingreift (vgl. BGE 121 I 87 E. 1b S. 91, mit Hinweisen). Es muss sich aber in jedem Falle um Akte oder Anordnungen handeln, welche dem Staat oder einem Träger öffentlicher Aufgaben zuzurechnen sind und von ihrem Inhalt oder von den berührten Grundrechten her ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis begründen. Ein derartiger Sonderfall liegt hier nicht vor: aa) Bei der Zulassung als Aussteller der ART geht es nicht um die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes, worauf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes auf Grund der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) unter gewissen Voraussetzungen ein verfassungsrechtlicher Anspruch bestehen kann (BGE 126 I 133 E. 4d S. 139 ff.), und worüber das zuständige Gemeinwesen in der Regel auf dem Wege einer anfechtbaren Verfügung zu entscheiden hat. Das für die Messeveranstaltungen bestimmte Gelände wurde der Schweizer Mustermesse AG bzw. ihrer Rechtsvorgängerin vom Kanton seinerzeit für diesen Zweck im Baurecht abgetreten und gehört damit nicht mehr zu jenen öffentlichen Flächen, welche allenfalls gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit vorübergehend auch interessierten Privaten zur Verfügung gestellt werden müssen. Die Vergabe eines Standplatzes an den hier fraglichen Messeveranstaltungen lässt sich nicht vergleichen mit der Überlassung eines Platzes für einen Marktstand oder eine Zirkusveranstaltung auf einem unter der direkten Herrschaft des Gemeinwesens verbliebenen öffentlichen Areal (vgl. dazu BGE 121 I 279 E. 4-6 S. 284 ff.; 119 Ia 445 E. 4 S. 451 f.). bb) Unbehelflich ist sodann der Hinweis auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Wohl schreibt dieses vor, dass Beschränkungen des freien Zuganges zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind (Art. 9 Abs. 1 BGBM). Vorliegend geht es nicht um eine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 5 BGBM, da die Messeveranstalter nicht als Abnehmer von Sachen oder Dienstleistungen auftreten, sondern im Gegenteil selber gewerbliche Leistungen offerieren (Zurverfügungstellung eines Standplatzes),

was allein schon diesen Vorgang dem Geltungsbereich der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen entzieht (BGE 125 I 209 E. 6 S. 212 ff.); dazu kommt, dass die Schweizer Mustermesse AG wohl auch nicht als Trägerin öffentlicher Aufgaben im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM anzusehen ist. Des Weitern erscheint die Nichtzulassung zur ART - auch wenn diese Kunstmesse heute eine dominierende Stellung haben mag - nach dem Gesagten nicht als eine auf hoheitlichen Grundlagen beruhende Beschränkung des Marktzuganges für ortsfremde Anbieter, welche gegen Art. 2 und 3 BGBM verstossen könnte und alsdann gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen wäre; weder beruht der Zulassungsentscheid auf kantonaler Herrschaftsgewalt (vgl. E. 2c), noch lässt sich behaupten, dass die angewendeten Zulassungskriterien auf den Ausschluss ausserkantonaler Anbieter ausgerichtet seien. cc) Eine unzulässige Beschränkung des freien Wettbewerbes kann zwar auch von privatrechtlich organisierten Unternehmen ausgehen. Dieser Fragenbereich wird durch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erfasst, dessen Bestimmungen zu jenen des Binnenmarktgesetzes in einem komplementären Verhältnis stehen (Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt, BBl 1995 I 1236) und, mit gewissen Vorbehalten (Art. 3 KG), auch für öffentlichrechtlich organisierte Unternehmen gelten (Art. 2 Abs. 1 KG). Im vorliegenden Falle stellte das Sekretariat der Eidgenössischen Wettbewerbskommission im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG bei der Kunstmesse ART Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG fest. Dies veranlasste die Veranstalter der Messe, das bisherige Verfahren für die Auswahl der Aussteller zu verbessern und eine interne Rekursmöglichkeit zur Überprüfung von ablehnenden Bescheiden einzuführen (vgl. E. 2b), worauf das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Angelegenheit als abgeschlossen erachtete. Wie es sich mit den von den Beschwerdeführern gegen das Zulassungsprozedere erhobenen Einwendungen verhält (rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Begründungspflicht, Ausstandspflicht), wäre allenfalls auf Grund der Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen. Es handelt sich nach dem Gesagten aber nicht um ein hoheitliches Verfügungsverfahren, für welches die vorliegend angerufenen verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gelten würden

und dessen Ergebnis als hoheitlicher Akt gemäss Art. 84 ff. OG mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung von Grundrechten angefochten werden könnte. e) Auf die staatsrechtliche Beschwerde ist demnach schon mangels eines tauglichen Anfechtungsobjektes nicht einzutreten, ohne dass die übrigen Eintretensvoraussetzungen (Letztinstanzlichkeit, Art. 86/87 OG, und Legitimation, Art. 88 OG) zu prüfen wären. Eine Abnahme der beantragten Beweise erübrigt sich.