

B 2.8	<b>2. Empfehlung vom 4. April 2016 zuhanden des Kantons Freiburg betreffend den kantonalen Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie</b>
-------	--

*Publikation einer Empfehlung der Wettbewerbskommission in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)*

611-0020: Empfehlung vom 4. April 2016 zuhanden des Kantons Freiburg betreffend den kantonalen Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie

### 1 Ausgangslage und Empfehlung

1. Die Direktion der Institutionen und der Land- und Forstwirtschaft (ILFD) des Kantons Freiburg hat am 15. Juni 2015 die Vernehmlassung über den Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie (GöGG) sowie den dazugehörigen erläuternden Bericht eröffnet.<sup>1</sup> Das geplante Gesetz bezweckt, dass Restaurants des Staates und durch den Staat unterstützte Restaurants in Schulen, Spitälern, Institutionen, Heimen usw. regelmässig eine angemessene Auswahl an regionalen und nachhaltigen Produkten anbieten.

2. Die kantonale Gesetzesvorlage sieht in Art. 8 Abs. 1 GöGG vor, dass die Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors regelmässig eine angemessene Auswahl an regionalen und nachhaltigen Produkten anbieten. Gemäss Art. 8 Abs. 2 GöGG wird der Staatsrat mittels Verordnung die Ziele und Kriterien festlegen, die die kantonalen Restaurants mit ihrem Angebot erfüllen müssen.

3. Das Regulierungsmotiv ergibt sich aus der Zweckbestimmung von Art. 1 GöGG sowie aus dem erläuternden Bericht. Gemäss Art. 1 Bst. b GöGG bezweckt das Gesetz die Förderung einer hochwertigen, abwechslungsreichen, ausgewogenen und nachhaltigen Ernährung in der öffentlichen Gemeinschaftsgastronomie, insbesondere durch ein Angebot von Produkten aus der Region. Damit wird gemäss dem erläuternden Bericht dem Anliegen einer parlamentarischen Motion Rechnung getragen, wonach die Förderung und die Gewährleistung eines wesentlichen Anteils an Produkten aus der Region im Angebot der Gemeinschaftsgastronomie gesetzlich verankert werden soll.<sup>2</sup> Der Staatsrat hält in seiner Antwort zur erwähnten Motion unter anderem fest, dass er die Ziele der Motion teile und die berechtigten Interessen der lokalen Landwirtschaft, Verarbeitung und des lokalen Handels, „sich in diesem Bereich zu profilieren“, anerkenne. Ferner würden lokale Versorgung und kurze Transportwege zur Nachhaltigkeit in der Gemeinschaftsgastronomie beitragen und es bestehe ein Bedürfnis der Konsumenten, „über die Herkunft, die Produktionsmethoden und den ökologischen Fussabdruck des Lebensmittelangebots in allen Vertriebskanälen, also auch in der Gemeinschaftsgastronomie, informiert zu werden“.<sup>3</sup>

4. Der kantonale Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie bezweckt folglich die Bevorzugung von regionalen Produkten und erschwert so den Marktzugang für ausserregionale Anbieterinnen von Produkten für die Gemeinschaftsgastronomie im Kanton Freiburg. Das GöGG fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den Binnenmarktgesetzes (Art. 1 Abs. 1 und 3 BGBM; SR 943.02).

5. Die Wettbewerbskommission (WEKO) und deren Sekretariat sind zuständig für die Überwachung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes. Dieses Gesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM).

6. Die WEKO wurde im Rahmen der bis zum 15. September 2015 laufenden Vernehmlassung nicht zur Stellungnahme eingeladen und erst im Februar 2016 durch eine Bürgeranfrage auf den Gesetzesentwurf hingewiesen. Nach eingehender Prüfung gelangt die WEKO zum Schluss, dass der kantonale Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie nicht mit dem BGBM vereinbar ist, weshalb sie dem Kanton Freiburg gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGBM

#### **empfeht,**

**auf den Erlass von Art. 8 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie zu verzichten, insofern diese Bestimmung die Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors verpflichtet, bei der Beschaffung systematisch regionale Produkte zu bevorzugen.**

### 2 Pflicht zur Bevorzugung lokaler Produkte bei der öffentlichen Beschaffung

7. Der Einkauf von Produkten durch Restaurants des Staates im Sinne von Art. 2 Abs. 2 GöGG richtet sich nach dem öffentlichen Beschaffungsrecht, namentlich dem WTO Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement GPA / Accord sur les marchés publics, SR 0.632.231.422), dem Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom

<sup>1</sup> Erhältlich auf <http://www.fr.ch/cha/de/pub/vernehmlassungen/archiv/2015.htm>.

<sup>2</sup> Erläuternder Bericht zum Vorentwurf des Gesetzes über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie (GöGG), S. 1.

<sup>3</sup> Siehe Antwort des Staatsrats vom 26.8.2014 auf zwei parlamentarische Vorstösse, S. 5 f. und 8, abrufbar unter: [http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-55d75c040fdaf/de\\_RCE\\_Produits\\_de\\_proximit\\_Postulat\\_et\\_motion\\_projet\\_de\\_reponse.pdf](http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-55d75c040fdaf/de_RCE_Produits_de_proximit_Postulat_et_motion_projet_de_reponse.pdf).

21. Juni 1999 (Bilaterales Abkommen, SR 0.172.052.68), der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB), dem Binnenmarktgesetz sowie dem kantonalen Gesetz und Reglement über das öffentliche Beschaffungswesen (SGF 122.91.1 und 122.91.11).<sup>4</sup> So hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern entschieden, dass der koordinierte Lebensmitteleinkauf des Kantons für die Mensen der Kantonsschulen und kantonalen Spitäler als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist.<sup>5</sup>

8. Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften über das Beschaffungswesen sind in Art. 5 BGBM enthalten. Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Vorschrift, die direkt auf kantonale und kommunale Vergabeverfahren anwendbar ist.<sup>6</sup> Art. 5 BGBM sieht im Wesentlichen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 5 Abs. 1 BGBM) sowie die Publikationspflicht (Art. 5 Abs. 2 BGBM) vor. Diese beschaffungsrechtlichen Mindeststandards sind im Rahmen von kantonalen und kommunalen Beschaffungen einzuhalten.

9. Art. 5 Abs. 2 BGBM verpflichtet kantonale und kommunale Vergabestellen, umfangreiche Beschaffungen, inkl. Beschaffungsobjekt (d.h. Beschreibung des Beschaffungsobjekts und technischer Spezifikationen) sowie Kriterien für die Teilnahme (d.h. Eignungskriterien) und für den Zuschlag (d.h. Zuschlagskriterien) amtlich zu publizieren. Diese Bestimmung bringt den beschaffungsrechtlichen Grundsatz des Transparenzgebots zum Ausdruck und beinhaltet auch die Pflicht der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen ein Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben.

10. Art. 5 Abs. 1 BGBM verankert den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene. Dieser Grundsatz wirkt nicht nur zugunsten ortsfremder, sondern auch zugunsten ortsansässiger Anbieter. Art. 5 Abs. 1 BGBM wirkt sich folglich als allgemeines Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot für das kantonale und kommunale Beschaffungswesen aus.<sup>7</sup>

## 2.1 Bevorzugung lokaler Produkte bei umfangreichen Einkäufen

11. Gemäss Art. 5 BGBM sind die Kantone, Gemeinden und Träger kantonalen Aufgaben verpflichtet, umfangreiche öffentliche Einkäufe öffentlich auszuschreiben und ortsfremde Anbieterinnen nicht zu diskriminieren. Diese Bestimmung gilt auch für den Einkauf von Lebensmitteln durch staatliche Restaurants.<sup>8</sup> Ob ein Einkauf im Einzelfall als ‚umfangreich‘ im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert, ist nach den geltenden Schwellenwerten gemäss IVöB zu beurteilen. Gemäss der Mitteilung des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen INÖB vom 4. Dezember 2015 müssen Lieferungen ab dem Auftragswert von Fr. 250'000 in einem offenen oder selektiven Verfahren ausgeschrieben werden. Somit gelten Einkäufe ab Fr. 250'000 als ‚umfangreich‘ im Sinne von Art. 5 BGBM.

12. Die gesetzliche Verpflichtung für staatliche Restaurants, einen bestimmten Anteil der einzukaufenden Produkte aus der Region zu beziehen, stellt eine herkunfts-

bezogene Diskriminierung dar. Insofern also ein staatliches Restaurant beim Einkauf von Produkten im Wert von Fr. 250'000 oder höher regionale Produkte bevorzugen, liegt eine Marktzugangsbeschränkung vor, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist. Bei der Berechnung des Auftragswerts ist zu beachten, dass die Aufträge nicht in der Absicht aufgeteilt werden dürfen, um die Schwellenwerte für das offene bzw. selektive Vergabeverfahren zu unterschreiten.<sup>9</sup>

## 2.2 Bevorzugung lokaler Produkte bei wenig umfangreichen Einkäufen

13. Staatliche Einkäufe von Lieferungen unterhalb der Schwelle von Fr. 250'000 gelten nicht als ‚umfangreich‘ im binnenmarktrechtlichen Sinne und unterstehen damit nicht den Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 BGBM. Folglich dürfen unterschwellige Beschaffungen je nach Auftragswert im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren nach Massgabe der IVöB vergeben werden. Dabei ist aber zu beachten, dass Anbieterinnen mit Sitz in der Schweiz gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM auch bei unterschwelligen (bzw. nicht umfangreichen) Einkäufen im Einladungsverfahren oder freihändigen Verfahren nicht benachteiligt werden dürfen. Das Diskriminierungsverbot von Abs. 1 zu Art. 5 BGBM ist im Unterschied zur Ausschreibungspflicht von Abs. 2 zu Art. 5 BGBM nicht auf umfangreiche Einkäufe beschränkt und gilt somit auch für unterschwellige Einkäufe im freihändigen Verfahren oder im Einladungsverfahren.

14. Eine im kantonalen Recht verankerte Pflicht für staatliche Restaurants, bei Einkäufen unterhalb der Schwelle von Fr. 250'000 systematisch regionale Produkte zu bevorzugen, verstösst direkt gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 5 Abs. 1 BGBM und ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig.

<sup>4</sup> Je nach Umfang der Subventionierung fallen auch Einkäufe von „Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors“ in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts (siehe Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB); soweit diese Bestimmung nicht greift, kommt das BGBM dennoch zur Anwendung (siehe dazu unter Ziff. 3).

<sup>5</sup> VGer LU V 07 297 vom 11. Januar 2008 E. 3-4.

<sup>6</sup> BGE 141 II 113 E. 3.1.5; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, 177 ff., S. 184.

<sup>7</sup> BGE 125 I 406, 408 E. 2; Urteil BGer 2P.151/1999 vom 30.5.2000, E. 1c; aus der Literatur: MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Matthias Oesch/Rolf Weber/Roger Zäch (Hrsg.), 2011, Art. 5 BGBM N 1; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, N 55; ETIENNE POLTIER/EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), 2. Aufl., 2013, Art. 9 BGBM N 104; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013, 177 ff., 180; EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., 2013, Art. 5 BGBM N 109 und 114.

<sup>8</sup> VGer LU V 07 297 vom 11. Januar 2008 E. 3-4; NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I, 219 ff., 230.

<sup>9</sup> PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, N 308, 326.

Gleichzeitig ist festzuhalten, dass eine gesetzlich verankerte Pflicht zur systematischen Bevorzugung und Bevorzugung der regionalen Wirtschaft dem Binnenmarktgedanken und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 1 Abs. 1 BGBM) diametral entgegenläuft. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass strukturpolitisch motivierte Ungleichbehandlungen von Konkurrenten gegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) verstossen.

### 3 Pflicht zur Bevorzugung lokaler Produkte beim privaten Einkauf

15. Die Pflicht zum Anbieten von regionalen Produkten gilt ferner auch für Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors (Art. 2 Abs. 3 GöGG), d.h. insbesondere Restaurants der kantonalen Spitäler und Anstalten sowie staatlich subventionierte Restaurants.

16. Insofern das GöGG auch Restaurants verpflichtet, die nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht und damit nicht Art. 5 BGBM unterstehen, betrifft das Gesetz gemäss erläuterndem Bericht den Einkauf in „privaten Märkte“ (S. 10). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das BGBM auch ausserhalb des öffentlichen Beschaffungswesens den freien Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz gewährleistet (Art. 2 BGBM). Indem private Nachfrager – die nicht dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstehen – verpflichtet werden, regionale Produkte einzukaufen, wird der Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen dieser Produkte verhindert.<sup>10</sup> Es liegt somit eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM vor, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist.

### 4 Marktzugangsbeschränkung kann nicht gerechtfertigt werden

17. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a-c BGBM können die Kantone den freien Zugang zum Markt mittels Auflagen oder Bedingungen beschränken, wenn diese gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind.

18. Aus dem Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie (GöGG) sowie dem dazugehörigen erläuternden Bericht ergibt sich, dass die Pflicht zum Einkauf von regionalen Produkten aus gesundheits-, umwelt- und strukturpolitischen Gründen erlassen werden soll (vgl. vorne, Rz 3). Der erläuternde Bericht geht davon aus, dass diese Rechtfertigungsvoraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, obschon ausgeführt wird: Der Gesetzesentwurf „beabsichtigt jedoch eine gewisse regionale Bevorzugung auf Ebene der angebotenen Produkte in der öffentlichen Gemeinschaftsgastronomie, indem er sie in den Dienst von höheren Zielen der gesunden und ausgewogenen Ernährung und der nachhaltigen Entwicklung stellt, und zwar in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM. Es ist darauf zu achten, dass anhand der Ausführungsbestimmungen und ihrer Umsetzung in der Praxis ortsansässige und schweizerische Anbieter gleich behandelt (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM,

eingehalten werden.“ Mit welchen Überlegungen und Argumenten die ILFD allerdings zum Ergebnis gelangt, der Gesetzesentwurf stehe im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM, ist dem erläuternden Bericht nicht zu entnehmen. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, sind die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

19. Der Schutz der **öffentlichen Gesundheit** gilt grundsätzlich als öffentliches Interesse, das eine Beschränkung des interkantonalen oder interkommunalen Marktzugangs zu rechtfertigen vermag. Im vorliegenden Fall ist aber zu beachten, dass die Pflicht zum Einkauf von regionalen Produkten nicht geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen. Allein die Tatsache, dass ein Produkt aus der regionalen Landwirtschaft stammt, vermag nicht zu gewährleisten, dass es sich um gesunde Produkte handelt. Es bestehen keinerlei Hinweise, dass Produkte aus der Region des Kantons Freiburg gesünder wären als Produkte aus anderen Regionen. Dem berechtigten Interesse der gesunden Ernährung kann ohne weiteres Rechnung getragen werden, indem herkunftsneutrale Anforderungen an das Angebot der kantonalen Restaurants definiert werden. Auch das geltend gemachte Bedürfnis der Konsumenten, über die „Herkunft, die Produktionsmethoden und den ökologischen Fussabdruck des Lebensmittelangebots informiert zu werden,“ bedarf keiner Marktzugangsbeschränkung und Benachteiligung ortsfremder Produkte.

20. Auch der **Schutz der Umwelt** kann ein öffentliches Interesse darstellen, das eine Marktzugangsbeschränkung zu rechtfertigen vermag. Der erläuternde Bericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass „lokale Versorgung und kurze Transportwege zur Nachhaltigkeit in der Gemeinschaftsgastronomie beitragen sollen“. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass mit der Auftragserfüllung verbundene Transportwege nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sich der Transportvorgang „über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten“ auswirkt; hingegen dürfen Transportwege nicht berücksichtigt werden, wenn diese insgesamt nur eine nebensächliche bzw. einmalige Rolle spielen.<sup>11</sup> Die Beweislast für den Nachweis der Voraussetzungen von Art. 3 BGBM trägt der Kanton, der eine Marktzugangsbeschränkung einführen will.<sup>12</sup> Im vorliegenden Fall vermag eine pauschale Aussage, dass durch den regionalen Einkauf kürzere Transportwege entstünden und dies zur „Nachhaltigkeit in der Gemeinschaftsgastronomie“ beitrage, keine Marktzugangsbeschränkung zu rechtfertigen. Konkret wird etwa die durch den Herstellungs- und Verarbeitungsprozess entstandene Umweltbelastung wie auch die Transportmethode ausgeblendet. Es ist durchaus denkbar, dass ein ausserregional hergestelltes und angeliefertes Produkt insgesamt eine geringere Umweltbelastung aufweist als

<sup>10</sup> Siehe NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 761, der in diesem Zusammenhang von einer Marktzugangsbeschränkung durch „Inlandbezugspflicht“ spricht.

<sup>11</sup> BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4a.

<sup>12</sup> BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.4 (Sanitärinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung, Taxi, RPW 2012/2 438, Rz 17 f.; NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 2010, S. 129, 145 f.

ein regionales Produkt. Aus dem erläuternden Bericht geht nicht hervor, inwiefern beim Nahrungsmitelein Kauf die ökologische Auswirkung eines innerschweizerischen Transports im Vergleich zur Produktion und Verarbeitung derart ins Gewicht fällt, dass die Transportdistanz als zwingende Vorgabe oder als Zuschlagskriterium unerlässlich ist. Auch alternative bzw. mildere Massnahmen werden nicht geprüft. Dem durchaus berechtigten Interesse des Umweltschutzes könnte etwa effizienter Rechnung getragen werden, indem beispielsweise ein Anteil von Produkten mit einem bestimmten Zertifikat oder dem Zertifikat gleichwertigen Standard oder indem saisongerecht eingekauft wird – die innerschweizerische Herkunft der Produkte spielt dabei keine Rolle.

21. Eine Rechtfertigung der Verpflichtung von kantonalen Restaurants zum Einkauf von regionalen Produkten aus gesundheits- oder umweltpolitischen Gründen scheidet somit im vorliegenden Fall an der Voraussetzung der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM. Darüber hinaus ist auch der Grundsatz des Diskriminierungsverbots nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM nicht erfüllt, da ja die Gesetzesvorlage genau den Zweck verfolgt, die regionale Landwirtschaft, Verarbeitung und den regionalen Handel zu bevorzugen.

22. Schliesslich geht aus dem erläuternden Bericht wie auch aus den der Vorlage zugrundeliegenden parlamentarischen Motionen eindeutig hervor, dass mit dem regionalen Einkauf primär die lokale Landwirtschaft, die lokale Verarbeitung und der lokale Handel gestärkt werden soll. Dabei handelt es sich um **strukturpolitische Interessen** zum Schutz der regionalen Wirtschaft, welche dem Binnenmarktgedanken diametral entgegenlaufen und deshalb auch nicht geeignet sind, eine Marktzugangsbeschränkung zu rechtfertigen. Tatsächlich handelt es sich bei der Verpflichtung zum Kauf von regionalen Produkten nach Auffassung der WEKO um eine nach Art. 3 Abs. 3 BGBM *per se* unzulässige verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen, die mit den Argumenten des Umwelt-, Gesundheits- und Konsumentenschutzes kaschiert werden soll.

23. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass die freiburgische Landwirtschaft und Verarbeitung sowie der freiburgische Handel selber von einem offenen Binnenmarkt profitiert und gestützt auf das Binnenmarktrecht diskriminierungsfreien Zugang zu den staatlichen Restaurants und Kantinen der anderen Kantone erhält. Das auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz eines freien Wirtschaftsraums der Schweiz (Art. 95 Abs. 2 BV) abgestützte Binnenmarktrecht unterbindet eine merkantilistische Wirtschaftspolitik der Kantone, die darauf ausgerichtet ist, den kantonalen Markt vor Konkurrenz von aussen regulatorisch abzuschotten und gleichzeitig von offenen Märkten der anderen Kantone zu profitieren.

24. Zusammenfassend gelangt die WEKO zum Schluss, dass die gesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 8 GöGG, wonach die Restaurants des kantonalen öffentlichen Sektors regelmässig eine angemessene Auswahl an regionalen Produkten anbieten müssen, nicht unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden kann.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Empfehlung und ersuchen den Kanton Freiburg gestützt auf Art. 8a und Art. 10a Abs. 2 BGBM, die WEKO über den **weiteren Verlauf** des Gesetzgebungsprozesses zum Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie und eine allfällige **Anwendung** dieses Erlasses **unaufgefordert zu informieren**.

## WETTBEWERBSKOMMISSION