

Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb: Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung

PETER HETTICH*

Schlagwörter: Öffentliche Unternehmen, Wettbewerb,
Wettbewerbsverzerrungen, Marktversagen, Privatwirtschaft,
Wirtschaftsfreiheit, Implizite Staatsgarantie, Verbundvorteile,
Quersubventionierungen, Wettbewerbskommission

A. Problemstellung

Unternehmerische Aktivitäten des Gemeinwesens geniessen seit einigen Jahren eine erhöhte Aufmerksamkeit der Politik; Treiber dafür sind rechtliche und tatsächliche Entwicklungen. In rechtlicher Sicht führte die Ablösung der staatsrechtlichen Beschwerde durch die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit ihren erweiterten Beschwerdegründen dazu, dass die Thematik überhaupt zu einem Thema der Justiz werden konnte.¹ Die Justiz, konkret das Bundesgericht, hat dann jedoch darauf verzichtet, der unternehmerischen Betätigung des Staates im Wettbewerb nennenswerte Schranken zu setzen; seine Zurückhaltung begründet das Bundesgericht materiellrechtlich und prozessrechtlich: Zum einen seien die Anforderungen an das Staatshandeln ausserhalb von Grundrechtseingriffen weniger strikt; zum anderen würde die Einhaltung der materiellrechtlichen Grundsätze im Zusammenhang mit kantonalem Recht auch nur auf Willkür hin überprüft.² Entsprechend ist schon an

* Prof. Dr. iur., Professor für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, LL.M. (Columbia), RA.

1 Art. 95 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 17.110); siehe BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, E. 1.2.5 («Glarnersach»; in BGE 138 I 378 nicht abgedruckt) im Gegensatz noch zu BGer 2P.67/2004 vom 23. September 2004, E. 1.6 ff. («In der Tat mag das Fehlen einer gerichtlichen Kontrolle als unbefriedigend erscheinen, wenn der Staat ohne gesetzliche Grundlage durch eine staatlich finanzierte wirtschaftliche Tätigkeit mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung oder Wirkung in den Wettbewerb eingreift und dadurch private Anbieter in ihrer Marktstellung beeinträchtigt oder gar eliminiert»).

2 BGE 138 I 378, 393 («Glarnersach»). RAPHAEL KRAEMER/ANDREAS STÖCKLI, Grenzenlose Staatswirtschaft?, in: recht 2013, 28 ff., 36, sehen die Kognitionsbeschränkung als «inkonsequent an».

dieser Stelle festzuhalten: Was das Bundesgericht in eingeschränkter Prüfung noch als verfassungsrechtlich zulässig erachtet, ist zu unterscheiden von dem, was im Gesetzgebungsprozess aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten und umzusetzen wäre.³ Dennoch beeinflusst die bundesgerichtliche Rechtsprechung naturgemäss auch die politischen Prozesse im einschlägigen Themenzusammenhang.

In tatsächlicher Sicht ist auf eine stärkere Überlappung der Tätigkeitsbereiche von öffentlichen und privaten Unternehmen hinzuweisen, wodurch zusätzliche Reibungsflächen entstanden sind. So wurden Verwaltungseinheiten mit dem Einzug betriebswirtschaftlicher Konzepte zur Entwicklung unternehmerischer Eigeninitiative angehalten.⁴ Rechtliche und faktische Monopole vor allem im Infrastrukturbereich wurden abgeschafft oder aufgebrochen: Dies hat privaten Unternehmen den Markteintritt in die einst monopolisierten Bereiche ermöglicht; es hat aber auch öffentliche Unternehmen, deren wegbrechende Margen kompensiert werden wollten, zum «Wildern» in benachbarten, traditionell privatwirtschaftlichen Märkten veranlasst. Im Fokus der Medien und politischer Interessengruppen stehen daher vor allem kantonale Energieversorgungsunternehmen sowie Bundesunternehmen wie die Schweizerische Post.⁵

Die Vielzahl und Vielgestaltigkeit öffentlicher Unternehmen wie auch die komplexe Natur der Märkte, die sie bedienen, lassen eine kategoriale Einordnung des Phänomens illusorisch erscheinen. Die Zulassung staatlicher Unternehmen in privaten Märkten bedarf nach der heutigen Rechtslage einer wertenden Abwägung verschiedener Gesichtspunkte, die teilweise rechtlicher, teilweise politischer Natur sind. Neben verfassungsrechtlichen Leitplanken (Abschnitt B.) verlangen ökonomische Argumente (Abschnitt C.) Beachtung. Konkretere ■verrechtliche■ Massstäbe, welche den heute vorwiegend politischen Entscheidungsprozess besser strukturieren, sind aus rechtspolitischer Sicht wünschenswert und geboten (Abschnitt D.).

B. Beeinträchtigung der Privatwirtschaftsordnung

Die umfassende Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit als Individualrecht führt institutionell zu einer Garantie der Privatwirtschaft. Das Wirtschaften ist

3 Ähnlich KRAEMER/Stöckli (Fn. 2), 35. Bemerkenswert auch die Trennung zwischen verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Argumenten bei Yvo Hangartner, Urteilsbesprechung 2C_485/2010 («Glarnersach»), in: AJP 2012, 1817 ff., 1822 f.

4 Siehe etwa Kuno Schedler/Roland Müller/Roger W. Sonderegger, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, Public Corporate Governance für die Praxis, Bern 2016; kritisch Markus Müller, Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung: Denkanstösse, in: ZSR 135 (2016), 411 ff., 415 ff. und 420 ff.

5 Exemplarisch die Anfrage 04.1000 von NR Berberat Didier: «Die Post als ein Gemischtwarenladen?».

also grundsätzlich eine «Sache der Privaten».⁶ Die Wirtschaftsfreiheit steht demgemäss «für eine grundsätzlich staatsfreie, auf Privatautonomie beruhende Wirtschaftsordnung»:⁷ Entsprechend gibt es keinen «Wettbewerb der Systeme»,⁸ welcher ja «leicht als Einladung [miss-]verstanden werden [könnte] ..., Staatsbetriebe auf allen erdenklichen Märkten zu platzieren».⁹ Vielmehr steht die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand mit der Privatwirtschaftsordnung in einem offensichtlichen Konflikt,¹⁰ der dann mittels verfassungsrechtlicher Vorgaben zur Rechtfertigung dieser staatlichen Tätigkeit aufgelöst werden muss.¹¹ Insofern setzt der «Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft ... der eigenwirtschaftlichen Betätigung des Staates Schranken»,¹² ohne sich kategorisch ■»gegen staatliche Wirtschaftstätigkeit [zu] richte[n],¹³ und freilich auch ohne auf irgendeinen «staatsfreien Naturzustand» der Wirtschaft oder gar Gesellschaft verweisen zu wollen.¹⁴

Von der mittels Wettbewerbes koordinierten Privatwirtschaft wird die Erfüllung bestimmter Funktionen erwartet. Die Dezentralisierung der Eigentumsrechte verteilt und begrenzt Verlustrisiken, erleichtert den Marktzugang neuer Unternehmen, bildet Anreiz für eine effiziente Ressourcenverwendung sowie für Eigeninitiative und Innovation.¹⁵ Den unternehmerischen Einsatz von Ei-

-
- 6 KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 91.
 - 7 RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 4 N 63. So auch Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, in: BBl 1997 I 1 ff., 174, 290.
 - 8 So tatsächlich BGE 138 I 378, 396 («Glarnersach»). Siehe dazu die überzeugende Widerlegung von MARKUS SCHOTT, Der «Wettbewerb der Systeme», in: Eva M. Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 387 ff.
 - 9 GIOVANNI BIAGGINI, Urteilsbesprechung 2C_485/2010 («Glarnersach»), in: ZBl 113/2012 665 ff., 673.
 - 10 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 7), § 18 N 55; ebenso WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI/ANDREAS LIENHARD/PIERRE TSCHANNEN/AXEL TSCHENTSCHER/JUDITH WYTTENBACH, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012 und 2013, ZBJV 149 (2013), 773 ff., 817: «Staatliche Wirtschaftstätigkeit kann zwar betriebswirtschaftlich sinnvoll sein, ordnungspolitisch ist sie indessen in einer grundsätzlich staatsfreien Wirtschaftsordnung systemfremd.» TOBIAS JAAG, Mehr oder weniger Staat?, in: ZBl 116 (2015), 627 ff., 633: «Der Staat soll sich grundsätzlich darauf beschränken, gute Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu schaffen, und nur dort wirtschaftlich tätig werden, wo der Markt nicht funktioniert; im Übrigen soll er wirtschaftliche Tätigkeiten den Privaten überlassen.»
 - 11 JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2011, N 911; MARKUS SCHOTT (Fn. 8), 392.
 - 12 GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 94 N 2.
 - 13 FELIX UHLMANN, Basler Kommentar zu Art. 94 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basel 2015, N 11.
 - 14 JOHANNES REICH (Fn. 11), N 872.
 - 15 KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006, § 6 N 87 ff.; GEORG MÜLLER, Privateigentum heute, in: ZSR NF 100/II (1981), 1 ff., 76 ff.

gentum ermöglicht die Wirtschaftsfreiheit, insbesondere durch die Gewährleistung der Vertragsfreiheit «als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten».¹⁶ Der durch diese Privatwirtschaftsordnung ermöglichte Wettbewerb soll das Angebot gemäss den Käuferpräferenzen steuern, zu einem effizienten Einsatz der Produktionsfaktoren führen, Anreize zu bestmöglicher Leistung schaffen, Produkt- und Prozessinnovation fördern sowie zur Anpassung an sich verändernde Daten zwingen.¹⁷ Solche Wettbewerbsprozesse können sowohl durch dysfunktionale staatliche Regulierungen wie auch durch Wettbewerbsteilnehmer, die nicht markt- bzw. leistungsgerechte faktische oder rechtliche Vorteile in Anspruch nehmen, in ihrer Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werden. Wichtig an dieser Stelle: Wie alle verfassungsrechtlich verbürgten Freiheiten werden auch die wirtschaftlichen Grundrechte um ihrer selbst willen gewährt; sie sind nicht instrumenteller Natur, weshalb ihre Geltung auch nicht abhängig von der Erfüllung der erwarteten Funktionen im Einzelfall ist: Der Verfassungsgeber hat die Koordinationsfrage vielmehr für alle Sachverhalte im Grundsatz vorentschieden, indem er Abweichungen von der Privatwirtschaftsordnung einer Rechtfertigungspflicht unterwirft.¹⁸

In ständiger Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass die individualrechtliche Komponente der Wirtschaftsfreiheit dem Einzelnen keinen Schutz vor Konkurrenz vermittelt; trete ein staatliches Unternehmen mit gleichen Rechten und Pflichten wie ein privater Unternehmer und im Wettbewerb zu diesem auf, so entstehe den Privaten bloss ein weiterer Konkurrent, was keine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) darstelle.¹⁹ Damit das Bundesgericht eine staatliche Konkurrenzierung privater Marktteilnehmer als Grundrechtseingriff prüft, muss die entsprechende faktische Auswirkung eine Intensität annehmen, die ähnlich stark wirkt wie das rechtliche Verbot einer Tätigkeit – eine Intensität, die das private Angebot also geradezu verdrängt. Die Auswirkung ist dann ähnlich der Monopolisierung eines Wirtschaftszweigs, welche einer Überprüfung hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit zugänglich ist.²⁰ Staatliche Unternehmen im

16 BGE 129 III 276, 281.

17 Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), in: BBl 1995 I 468 ff., 472, 512. Dazu jüngst VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Zürich 2021, 32 ff.

18 Zum nicht durchschlagenden «Demokratieargument» im Zusammenhang mit dem Entscheid «Glarnersach» siehe KLAUS A. VALLENDER, *St. Galler Kommentar zu Art. 94 BV*, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 94 N 27.

19 Siehe etwa BGE 138 I 378, 386 («Glarnersach»); BGer 2P.67/2004 vom 23. September 2004, E. 1.5. Hierzu die detaillierte Auseinandersetzung mit der Lehre bei PHIL BAUMANN, *Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit*, Zürich/Basel/Genf 2019, N 286 ff.

20 Siehe etwa BGE 124 I 25, auch im Zusammenhang mit der Kantonalen Sachversicherung Glarus. Insofern erscheint das Unternehmen als Wiedergänger der Verfassungsgerichtsbarkeit (Jo-

Wettbewerb reissen diese Hürde im Regelfall nicht²¹, was aber unter der neuen Bundesrechtspflege nicht mehr zu einer eigentlichen Rechtsschutzlücke führt: Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann auch eine Beeinträchtigung der allgemeinen «Grundsätze der Wirtschaftsordnung» (Art. 94 BV i.V.m. Art. 5 BV) gerügt werden (Art. 95 Bst. a BGG); eine «Verletzung verfassungsmässiger Rechte» muss nicht mehr dargetan werden (Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG²²). Damit wird einiges der Kritik, die sich vor allem in der älteren Lehre finden lässt, aufgefangen, auch wenn der nun verfügbare Rechtsschutz weit hinter dem Niveau des Grundrechtsschutzes zurückbleibt.²³

Während sich das Bundesgericht in «Glarnersach²⁴» vor allem mit der Zulässigkeit staatlicher Wirtschaftstätigkeit in Konkurrenz mit privaten Unternehmen befasst, steckt der Leitentscheid «Publicom²⁵» hauptsächlich die Grenzen des Handlungsrahmens öffentlicher Unternehmen ab.²⁶ Beide Urteile bilden zusammen den Massstab, der an öffentliche Unternehmen in Kantonen und Gemeinden anzulegen ist; für öffentliche Unternehmen auf Bundesebene sind überdies Kompetenzfragen beachtlich, wobei die Kompetenznormen regelmässig auch die öffentlichen Interessen vorzeichnen, die dem staatlichen Unternehmertum zugrunde liegen.²⁷ Insgesamt steht «Glarnersach» exemplarisch für den Unwillen der Justiz, unternehmerisches Staatshandeln als solches zu unterbinden. Der Entscheid «Publicom» verleiht immerhin dem verfassungsrechtlichen Gebot der «Wettbewerbsneutralität» – oder mit anderen Worten: der (mindestens²⁸) «gleich langen Spiesse» bzw. des «ebenen Spielfeldes» («level playing field») – eine gewisse Durchschlagskraft.

Staatliches Unternehmertum erfordert gemäss «Glarnersach» (weiterhin) ein formelles Gesetz, an dessen Bestimmtheit das Bundesgericht allerdings keine besonderen Anforderungen stellt: Es handle sich um Tätigkeiten der Leistungsverwaltung bzw. um Tätigkeiten, die nach marktwirtschaftlichen Prinzipien ge-

HANNES REICH, Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung, in: AJP 2013, 1399 ff., 1400.

- 21 So auch FRANCIS C. BEYELER, Die Kantonale Gebäudeversicherung im Wettbewerb, Bern 2019, 127 m.w.H.
- 22 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegengesetz, OG, AS 60 271, ausser Kraft getreten per 1. Januar 2007)
- 23 Hierzu die überzeugende Kritik von KLAUS A. VALLENDER (Fn. 18), N 17 ff., wonach dem Legalitätsprinzip in diesem Bereich, wie im Straf- und Steuerrecht, Grundrechtscharakter zukommen sollte.
- 24 BGE 138 I 378.
- 25 BGE 143 II 425.
- 26 Erwähnt sei an dieser Stelle ferner BGE 129 III 35 («Schweizerische Post v. Verein gegen Tierfabriken VgT»), der sich aber nicht mit ordnungspolitischen Aspekten befasst.
- 27 Dazu JOHANNES REICH ■ [Verweis auf Beitrag von Johannes Reich in diesem Heft].
- 28 Das Gebot der Wettbewerbsneutralität unterbindet eine Schlechterstellung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb nicht; siehe BIAGGINI (Fn. 9), 674. VINCENT MARTENET, L'État, la concurrence et les droits fondamentaux, B.II. ■ [in diesem Heft] weist darauf hin, dass eine Schlechterstellung mit Blick auf den Schutz des Wettbewerbs als Prozess und Institution nicht unesehen vorgenommen werden sollte.

regelt werden; die unternehmerische Tätigkeit soll dann nicht behindert werden, namentlich dann, wenn damit eine unabhängige staatliche Anstalt betraut werde.²⁹ Nötig sei eine Umschreibung des Sachbereichs (Spezialitätsprinzip), dessen sachlicher und geographischer Umfang allerdings (sehr) weit gezogen – und insbesondere von unternehmensinternen Entscheidungsprozessen abhängig gemacht – werden darf.³⁰

Als öffentliches Interesse, dessen Artikulierung Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers des Kantons Glarus sei³¹, lässt das Bundesgericht schon die bessere Verteilung von Risiken und Kosten in einem erweiterten Geschäftsfeld genügen («betriebswirtschaftlich sinnvoll ... und ohne Weiteres ein sachlich haltbares Ziel»).³² Entsprechend muss nach Ansicht des Bundesgerichts auch kein «Marktversagen» in dem Sinne vorliegen, dass die Privatwirtschaft nicht in der Lage wäre, selbst die Bedürfnisse der Bevölkerung abzudecken.³³ Die Verhältnismässigkeit könnte gemäss Bundesgericht «dann verletzt sein, wenn der Kanton ohne zwingendes öffentliches Interesse einen wesentlichen Teil der Wirtschaft mit staatlichen Unternehmen kontrollieren würde, weil damit der verfassungsrechtliche Grundsatzentscheid für eine private Wirtschaft unterlaufen und diese ausgehöhlt würde»;³⁴ spätestens dann wäre, nach der hier vertretenen Auffassung, ohnehin nicht nach Art. 5 BV sondern nach Art. 36 BV zu prüfen.

29 BGE 138 I 378, 392. Zu Recht kritisch zur gesetzlichen Grundlage BIAGGINI (Fn. 9), 672.

30 So vorgesehen in Art. 55 f. Gesetz vom 2. Mai 2010 über die Kantonale Sachversicherung Glarus (Sachversicherungsgesetz, SachVG, GS V D/1/1).

31 Zustimmend der Rechtsvertreter der «Glarmersach» und des Kantons Glarus, CORNEL QUINTO, Direkte Demokratie und Staatswirtschaft, in: recht 2013, 195 ff., 198 f.

32 BGE 138 I 378, 395. Pointiert kritisch BIAGGINI (Fn. 9), 673 («weckt ... Erinnerungen an das merkantilistisch-kameralistische Denken früherer Zeiten»); WALTER A. STOFFEL/SIMON MURRITH, Entreprises publiques et droit de la concurrence, in: Inge Hochreutener/Walter A. Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), 10^{ème} Journée de droit de la concurrence: Droit de la procédure, activité économique de l'Etat et cartels fondés sur des algorithmes, Fribourg 2019, 44 («Nous la rejoignons entièrement: la simple amélioration de la rentabilité commerciale ne saurait suffire»). REICH (Fn. 20), 1410 spricht von einem «Entdifferenzierungsverbot»: «Wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz mit Privaten ist einer anderen Rationalität verpflichtet als privatwirtschaftliche, indem sie im öffentlichen Interesse zu liegen hat und nicht allein betriebswirtschaftlich oder fiskalisch motiviert sein darf.» ANDREAS ÄBEGG/MARCO FREI, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, in: recht 2018, 142 ff., 153 setzen als Konsequenz «die betriebswirtschaftlichen Interessen des Staatsbetriebes mit fiskalischen Interessen des Staates gleich». Nach FELIX UHLMANN, Entwicklungen im Verwaltungsrecht, in: SJZ 109 (2013), 421 ff., 422, ist die «Differenzierung zwischen ‹fiskalisch› und ‹betriebswirtschaftlich› ... reichlich beckmesserisch.»

33 BGE 138 I 378, 394. Ein ähnliches (Fehl-)Verständnis von Marktversagen findet sich bei CORNEL QUINTO (Fn. 31), 200: «Marktversagen bedeutet jedoch das Fehlen eines privatwirtschaftlichen Angebots und somit gerade das Fehlen einer Konkurrenzsituation.» Die Auseinandersetzung mit dem Begriff wurde womöglich deshalb gescheut, da unter dem Titel «Marktversagen» ein öffentliches Interesse kaum plausibel hergeleitet hätte werden können; dazu PETER HETTICH, Urteilsbesprechung BGer 2C_485/2010 («Glarmersach»), in: AJP 2012, 1467 ff., 1471.

34 BGE 138 I 378, 398.

Hinsichtlich der Wettbewerbsneutralität hält das Bundesgericht in «Glarnersach» fest, dass der unternehmerische Staat den gleichen Wettbewerbsbedingungen wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer zu unterwerfen sei; insbesondere seien Quersubventionierungen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich eines öffentlichen Unternehmens unzulässig, jedenfalls soweit sie «in systematischer Weise» erfolgen und daher geeignet seien, «den freien Wettbewerb zu verfälschen»;³⁵ das Verbot «systematischer» Quersubventionierung ist mit Blick auf die vorliegende abstrakte Normenkontrolle wohl so zu verstehen, dass die Quersubventionierung nicht schon im Organisationserlass selbst angelegt sein darf. Dass «unsystematische» Quersubventionierungen auch problematisch sind³⁶, zeigt der Bundesgerichtsentscheid «Publicom» klar auf: So ist in Beschaffungsverfahren ein – durch die Vergabestelle zu ahndender – Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität dann anzunehmen, wenn die Offerte einer staatlichen Anbieterin auf einer unzulässigen Quersubventionierung aus Steuermitteln oder aus Monopolerträgen beruht und deshalb den Wettbewerb auf dem fraglichen Beschaffungsmarkt verfälschen könnte.³⁷

Konkret verlangt das Bundesgericht unter dem Titel der «Wettbewerbsneutralität» eine mindestens buchhalterische – nicht aber eigentumsrechtliche³⁸ – Entflechtung des wettbewerblichen Bereichs vom Monopolbereich; diese Trennung erfordert zumindest eine sachgerechte Aufteilung von anfallenden Kosten. Ferner angezeigt sei eine vergleichbare – wenn auch nicht gleiche – Aufsicht.³⁹ Faktische Bevorzugungen könnten namentlich mit den Mitteln des Kartellgesetzes unterbunden werden.⁴⁰ Als solche faktische Vorteile diskutiert (und verwirft) das Bundesgericht die Nutzung schon vorhandener Kunden-

35 BGE 138 I 378, 398 f.

36 Ebenso BEYELER (Fn. 21), 138; WALTER A. STOFFEL/SIMON MURITH (Fn. 32), 45.

37 BGE 143 II 425, 436.

38 Die Gebäudeversicherung Bern (GVB) wickelt die Zusatzversicherungen über die privatrechtlich organisierte Tochter «GVB Privatversicherungen AG» ab (dazu BGer 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012; Vorabklärung des Sekretariates der Wettbewerbskommission in: RPW 2011/4, 483 ff.). So äussern sich WALTER A. STOFFEL/SIMON MURITH (Fn. 32), 46, zur fehlenden eigentumsrechtlichen Entflechtung wie folgt: «C'est regrettable. La mise en œuvre d'une séparation comptable est difficile, voire impossible à contrôler en pratique. Des subventionnements systématiques ou occasionnels cachés, peut-être même pas toujours de façon «consciente» au niveau opérationnel, ne pourront guère être décelés depuis l'extérieur. Ils peuvent être liés en particulier à la contribution aux frais généraux, aux amortissements, aux prix pour les prestations fournies etc., sans parler des avantages de fait dont bénéficie l'entreprise étatique de par sa situation. Il y a mille possibilités pour réaliser des petits transferts, qui se cumulent et qui font la différence à la fin.»

39 BGE 138 I 378, 399 ff. Kritisch hierzu KRAEMER/STÖCKLI (Fn. 2), 41 f.; REICH (Fn. 20), 1402; BEYELER (Fn. 21), 136; STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatrechtsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2012, 429 ff., 434.

40 Siehe dazu die Untersuchung der Wettbewerbskommission «Telecom PTT/Blue Window» in: RPW 1997, 161 ff.; ferner NICOLAS DIEBOLD/JOSIANNE MAGNIN, Wettbewerbsrechtliche Disziplinierung des Staats als Marktteilnehmer, B. ■[in diesem Heft].

daten⁴¹ («Anfangskontakte») sowie die Möglichkeit zur Bündelung von Produkten («Kombiprodukte»)⁴². Allgemein erwähnt die OECD in diesem Zusammenhang auch besondere Vorrechte und regulatorische Vorteile, einen privilegierten Zugang zu Fremdkapital (aufgrund von staatlichen Garantien), eine ungenügende Fungibilität und Abgeltung von Eigenkapital, Konkursprivilegien, Informationsvorteile wie auch jegliche direkte und indirekte Subventionen.⁴³

Im Ergebnis «liefert das Gericht [mit seinem Entscheid i.S. «Glarnersach»] den Grundsatz der privaten Wirtschaftsordnung vollumfänglich dem Gesetzgeber (und damit der Politik) aus.»⁴⁴ Das Höchstgericht folgt in seiner Argumentation weitgehend FELIX UHLMANN,⁴⁵ der in seiner Dissertation «dem Grundsatz der Staatsfreiheit und einem wirtschaftsrechtlich gedeuteten Subsidiaritätsprinzip eine rechtlich verbindliche Steuerungsfunktion» abspricht.⁴⁶

C. Wettbewerbsveränderungen und Wettbewerbsverzerrungen

Da der Entscheid «Glarnersach» die normativen Vorgaben gemäss Art. 94 i.V.m. Art. 5 BV ihrer Schrankenwirkung weitgehend beraubt, rückt unweigerlich die Durchsetzung der Wettbewerbsneutralität ins Zentrum. Hierfür knüpft das Bundesgericht nicht an formalrechtlichen Gesichtspunkten an, sondern an den Auswirkungen: Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates soll «wettbewerbsneutral bzw. nicht wettbewerbsverzerrend» sein, d.h. den gleichen *Wettbewerbsbedingungen* [Anm.d.Verf.: also nicht *Rahmenbedingungen*!⁴⁷]

41 Dazu YVO HANGARTNER, Der Staat als Unternehmer, in: Law School der Universität St. Gallen (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Zürich/St. Gallen 2007, 237 ff., 246. Die Bedeutung dieser Daten relativiert QUINTO (Fn. 31), 201.

42 BGE 138 I 378, 401. Im Kontrast dazu steht etwa das Strafverfahren des Bundesamtes für Energie gegen das Elektrizitätswerk Schaffhausen aufgrund einer Verletzung der strafbewehrten Entflechtungsvorschrift des Art. 10 i.V.m. Art. 29 StromVG. Dazu auch DIEBOLD/MAGNIN (Fn. 40), B. ■ [in diesem Heft].

43 OECD, State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality (DAF/COMP (2009)37), Paris 2010, 35 ff.; ähnlich ferner BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb – Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte: Bericht vom 8. Dezember 2017 in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13. Dezember 2012 und 15.3880 Schilliger vom 22. September 2015, 10 f.

44 RENÉ A. RHINOW, Die freie Wirtschaftsordnung ernst nehmen, in: NZZ vom 4. September 2012, abrufbar auf <<https://www.nzz.ch/meinung/debatte/die-freie-wirtschaftsordnung-ernst-nehmen-1.17562524>>.

45 So KLAUS A. VALLENDER/JOEL DRITTENBASS, Gutachten zur Frage der Verfassungskonformität einer Postbank vom 3. Mai 2019, 28, Fn. 137.

46 FELIX UHLMANN, Gewinnerorientiertes Staatshandeln: Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel, Basel et al. 1997, 274.

47 Hinsichtlich des Rechtsrahmens lässt das Bundesgericht vergleichbare Regelungen genügen, so BGE 143 II 425, 432: «Die Wettbewerbsneutralität staatlichen Unternehmerhandelns kann in Frage gestellt sein, wenn der Staat nicht *vergleichbaren* Regeln wie die privaten Wettbewerbs-

unterworfen sein wie ein entsprechendes privates Unternehmen.⁴⁸ Entscheidend ist dann, wiederum in den Worten FELIX UHLMANNs, «welchen Einfluss staatliche Wirtschaftstätigkeit auf den Wettbewerb hat. Es geht also nicht um die Konkurrenz als solche, sondern um die Verfälschung derselben.»⁴⁹

Nun hat die unternehmerische Tätigkeit des Staates, wie zutreffend festgestellt wurde, «zwangsläufig Auswirkungen auf die durch die Wirtschaftsfreiheit geschützte Tätigkeit der privaten Wettbewerbsteilnehmer».⁵⁰ Mit anderen Worten verändert staatliches Unternehmertum, ebenso wie jede andere staatliche Intervention bzw. Regulierung, den Wettbewerb. Sollen solche Wettbewerbsveränderungen nicht *per se* als unzulässig gelten, so sind blossе Wettbewerbsveränderungen von eigentlichen Wettbewerbsverzerrungen abzugrenzen. Von einer «Wettbewerbsverzerrung» sollte entsprechend nur dann gesprochen werden, wenn die durch eine staatliche Intervention induzierte Wettbewerbsveränderung vor dem Hintergrund der angestrebten normativen Ziele als problematisch erachtet werden muss.⁵¹ Die entscheidende Schwäche der von FELIX UHLMANN propagierten und nun vom Bundesgericht übernommenen «wettbewerbszentrierten Konzeption» liegt also just darin, dass diese sich vom «unscharfen Kriterium des öffentlichen Interesses zu lösen» versucht,⁵² mit anderen Worten also die Auswirkungen staatlicher Wirtschaftstätigkeit auf den Wettbewerb losgelöst von den Zielen, die mit dem Instrument des Wettbewerbs verfolgt werden, zu beurteilen sucht. Eine Vorgehensweise, die auf die Beseitigung derjenigen Verhaltensweisen zielt, «welche die private Konkurrenz tatsächlich beeinträchtigen»,⁵³ ist aber, wie nachfolgend aufgezeigt werden soll, von vornherein zum Scheitern verdammt.

Das Schrifttum gibt zahlreiche Hinweise auf mögliche Beeinträchtigungen der privaten Konkurrenz aufgrund der Präsenz staatlicher Unternehmen. Der Bundesrat bildet in seinem Bericht «Staat und Wettbewerb» Kategorien: Ungleichbehandlung in Regulierung und Besteuerung, Informationsvorteile, Finanzierungsvorteile sowie Quersubventionierung.⁵⁴ Der Ökonom HENRIQUE SCHNEIDER unterscheidet die Staatsgarantie von anderen Regulierungs- und Kapitalprivilegien.⁵⁵ Eine ausdifferenzierte, aber durchaus ähnliche Gliederung

teilnehmer untersteht.» Ferner BGE 138 I 378, 403: «Damit ist die aufsichtsrechtliche Regelung der Glarnersach mit jener über die Privatversicherung *vergleichbar* und es besteht insoweit keine Wettbewerbsverzerrung.»

48 BGE 138 I 378, 389; BGE 143 II 425, 431.

49 FELIX UHLMANN (Fn. 46), 274; siehe auch UHLMANN (Fn. 13), N 13.

50 YVO HANGARTNER (Fn. 3), 1822.

51 PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR/MAGNUS HOFFMANN/JANNICK KOLLER/LUKAS MATHIS, Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen: Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt, Zürich/St. Gallen 2017, 115.

52 FELIX UHLMANN (Fn. 46), 274.

53 FELIX UHLMANN (Fn. 46), 274.

54 BUNDESRAT (Fn. 43), 9 ff.

55 HENRIQUE SCHNEIDER, Staat und Wirtschaft im Wettbewerb, in: sic! 2016, 641 ff., 647.

findet sich in der Dissertation von PHIL BAUMANN, der zwischen tieferen Finanzierungskosten, Steuervorteilen, Subventionierungen, Quersubventionierungen, Verbundvorteilen, der Kontrolle wesentlicher Infrastrukturen, Regulierungsvorteilen und Informationsvorteilen unterscheidet.⁵⁶

An dieser Stelle ist auf diese Wettbewerbsvorteile nicht nochmals im Einzelnen einzugehen, sondern nur festzustellen, dass einige dieser Vorteile nur schwerlich durch Massnahmen des Gesetzgebers eingebebt werden können: Mit anderen Worten kann die private Konkurrenz kaum von tatsächlichen Beeinträchtigungen durch öffentliche Unternehmen abgeschirmt werden.⁵⁷ Zu solch persistenten Vorteilen gehören einerseits Verbundvorteile, auf welche GERALD R. FAULHABER schon 1975 hingewiesen hat.⁵⁸ So wurde hinsichtlich des Entscheids «Glarnersach» zutreffend festgehalten, dass die Zuordnung von Kosten mittels Kostenschlüssel bestenfalls eine Quersubventionierung verhindern kann: «Hingegen bleibt der Wettbewerbsvorteil der Verbundvorteile bestehen. Weiter können private Anbieter die gleichen Verbundvorteile nicht realisieren, da sie vom Monopolbereich ausgeschlossen sind.»⁵⁹ Vorteile sind auch bei der Haftung auszumachen, worauf David Waldmeier in seiner Dissertation hinweist: «Im Falle einer finanziellen Notlage haftet die Glarnersach ... mit ihrem (ganzen) Vermögen. Somit hat der Monopolbereich für die finanziellen Risiken des Wettbewerbsbereichs einzustehen und umgekehrt, woran auch der Umstand nichts ändert, dass die Glarnersach ihre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage getrennt nach Aufgabenbereichen ausweist.»⁶⁰ Natürlich würde eine eigentumsrechtliche Entflechtung hier Abhilfe schaffen, doch würden damit eben auch die Synergien (eben die *Verbundvorteile*) verloren gehen, welche durchaus von Interesse für die Konsumenten sein könnten.⁶¹ Problematisch bleibt ferner die implizite Staatsgarantie, die öffentlichen Unternehmen regelmässig zukommt: Sie führt nicht nur zu einer – vielleicht bloss politisch und nicht durch Gemeinwohlziele motivierten – Rettung öffentlicher Unternehmen im Fall des Scheiterns, sondern generell auch zu günstigeren Finanzierungsbedingungen am (Fremd-)Kapitalmarkt. Mit Blick auf rechtliche Vorkehrungen in dieser Hinsicht beachtlich ist, dass die implizite Staatsgarantie nicht vom Gesetzgeber gewährt, sondern vom Markt einfach unterstellt wird.⁶² Das Bundes-

56 PHIL BAUMANN (Fn. 19), N 182 ff.; siehe auch DIEBOLD/MAGNIN (Fn. 40), A. ■ [in diesem Heft].

57 So SCHOTT (Fn. 8), 390 f.

58 GERALD R. FAULHABER, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, in: The American Economic Review 65 (1975), 966 ff.

59 PHIL BAUMANN (Fn. 19), N 241.

60 DAVID WALDMEIER, Insolvenzen verselbständigter Verwaltungseinheiten von Bund und Kantonen: Unter besonderer Berücksichtigung staatlicher Einstandspflichten, Zürich/St. Gallen 2018, 40.

61 Hier bemerkenswert das am 3. Mai 2017 abgelehnte Postulat 16.3245 von NR BALTHASAR GLÄTTLI «Prüfung der Aufteilung der Swisscom in eine öffentliche Netzgesellschaft und eine private Dienstleistungsfirma».

62 HETTICH ET AL. (Fn. 51), 103 f., 117 ff.

gericht hat deshalb die implizite Staatsgarantie in «Glarnersach» nicht weiter thematisiert.⁶³ Mit Blick auf Handlungsempfehlungen für den Gesetzgeber ist festzuhalten, dass eine implizite Staatsgarantie, selbst wenn dies angestrebt würde, mit rechtlichen Massnahmen gar nicht beseitigt werden könnte: Auf eine Selbstbindung betreffend Nicht-Rettung eines öffentlichen Unternehmens kann das Gemeinwesen jederzeit zurückkommen.⁶⁴ Ein Spieltheoretiker würde bei einem Versprechen der Nicht-Rettung wohl von «Cheap Talk» sprechen.

Bei dieser Ausgangslage kann sich der Gesetzgeber nicht um die Beantwortung der Frage drücken, wie sich die durch seine öffentlichen Unternehmen induzierten Wettbewerbsveränderungen auf die Gemeinwohlziele bzw. auf die Erreichung der angestrebten öffentlichen Interessen auswirken. In diesem Sinne bezieht sich Marktversagen also auf jedes «Abweichen des Marktergebnisses vom normativen Ideal»⁶⁵, wobei dieses normative Ideal bestenfalls aus der Verfassung herleitbar sein sollte.⁶⁶ So sind im politischen Prozess Instrumente zu suchen bzw. zu implementieren, welche die vorgegeben Gemeinwohlziele bestmöglich erreichen – zu diesen Instrumenten gehört die Ermöglichung bzw. der Schutz von wettbewerblichen Prozessen in privatwirtschaftlichen Märkten. Aufgrund der instrumentellen Natur des Wettbewerbs ist dem Einwurf von CORNEL QUINTO durchaus zuzustimmen, wonach die Bundesverfassung kein «verabsolutes Wettbewerbsprinzip [enthält], welches jede staatliche Wirtschaftstätigkeit vom Markt ausschliesst und zum Selbstzweck verkommt.»⁶⁷ Mit Blick auf die geltende Wirtschaftsverfassung ebenso abzulehnen ist jedoch eine Auffassung, welche die staatliche unternehmerische Tätigkeit ungeachtet ihrer Auswirkungen auf Gemeinwohlziele zulassen will; damit würde die instrumentelle Natur öffentlicher Unternehmen ebenso verkannt wie bei einer «Verabsolutierung» des Wettbewerbsprinzips.

So wird ein (mutmasslich öffentliches) Unternehmen mit impliziter Staatsgarantie und entsprechenden Zinsvorteilen auf den Kapitalmärkten grössere und gegebenenfalls riskantere Investitionen tätigen, als dies ohne Staatsgarantie der Fall wäre. In Märkten mit oligopolistischem Wettbewerb, wie sie typischer in Infrastrukturmärkten wie den Telekommunikations- und Postmärkten anzutreffen sind, können die mit diesen erhöhten Investitionen einhergehenden Wettbewerbsveränderungen durchaus erwünscht sein, etwa mit Blick auf die Erbringung einer ausreichenden Grundversorgung im ländlichen Raum.⁶⁸ In Märkten

63 HANSJÖRG SEILER, Wirtschaftliche Tätigkeit des Staates in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Eva Maria Belsler/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Stämpfli, Bern 2015, 397 ff., 407.

64 HETTICH ET AL. (Fn. 51), 133.

65 PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR, «Wettbewerbsverzerrung» und «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» aus interdisziplinärer Sicht, in: ZBl 119/2018 275 ff., 287 f.

66 Ähnlich auch VALLENDER (Fn. 18), N 18, 27.

67 QUINTO (Fn. 31), 207.

68 So für den Telekommunikationsmarkt HETTICH ET AL. (Fn. 51), 118 ff.; für den Postmarkt PETER HETTICH, *Sicherung der Grundversorgung bei vollständiger Deregulierung: Ein Beitrag zur*

mit wirksamem Wettbewerb kann die Präsenz eines Unternehmens mit Finanzierungsvorteilen jedoch unerwünschte Verdrängungseffekte zeitigen, die ihre Ursache dann tatsächlich in Rahmenbedingungen haben, die als ungerechtfertigte «Wettbewerbsverzerrungen» zu qualifizieren sind. Um solche Effekte beurteilen zu können, ist ein Verständnis der Funktionsbedingungen der betroffenen Märkte allerdings unabdingbar; mit anderen Worten sind Wettbewerbsveränderungen eben erst im Lichte der Funktionsbedingungen der betroffenen Märkte und der in diesen Märkten verfolgten öffentlichen Interessen überhaupt beurteilbar. Eine kategoriale Beurteilung der Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen gestützt auf abstrakte Kriterien ist nach dem oben gesagten dann aber kaum möglich.

D. Diskussion von Lösungsvorschlägen

Der bundesrätliche Bericht «Staat und Wettbewerb» diskutiert verschiedene Strategien im Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen: Genannt werden die Privatisierung, das Verbot bestimmter Aktivitäten, sowie die Herstellung der Wettbewerbsneutralität gemäss internationalen Vorgaben.⁶⁹ Der parallel erstellte Bericht zu kantonalen und kommunalen Unternehmen identifiziert institutionelle (Rechtsform, Steuerungsinstrumente, Trennung von Regulierungs- und Aufsichtsfunktionen) sowie wettbewerbliche Ansatzpunkte (Ausschreibung der Grundversorgung, beschränkte Aktivität in wettbewerblichen Märkten, keine Defizit- und Staatsgarantien).⁷⁰ Die in diesen Berichten ausführlich diskutierten Massnahmen sind teilweise *eo ipso* sachgerecht (z.B. Verbesserungen in den Governance-Strukturen), teilweise aber mit Nachteilen verbunden (z.B. Tätigkeitsverbote, die Synergien beseitigen). Der rechtlich einfachste Weg, Wettbewerbsverzerrungen quasi an der Wurzel anzugehen, ist freilich die Privatisierung der öffentlichen Unternehmen. Der politische Wille, staatlich gehaltene Aktienbestände an Unternehmen auf maximal einen Drittel zu reduzieren und ins Finanzvermögen zu überführen⁷¹, fehlt jedoch. Die in Europa zu beobachtende Privatisierungswelle im Bereich öffentlicher Infrastrukturunternehmen ist sichtlich nicht auf die Schweiz übergeschwappt.⁷² Im Gegenteil erscheinen

bevorstehenden Aufhebung des Postmonopols in der Schweiz und der EU, in: ZBI 109 (2008), 629 ff., 642.

69 BUNDESRAT (Fn. 43), 13 ff.

70 POLYNOMICS AG (Hrsg.), Staat und Wettbewerb – Institutionelle und wettbewerbliche Aspekte bei kantonalen und kommunalen Unternehmen: Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 27. November 2017, 19 ff.

71 Zu verhindern sind Sperrminoritäten gemäss Art. 704 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (SR 220). Im Bund könnte Art. 62 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG, SR 611.0) dem Halten von Beteiligungsrechten an Erwerbsunternehmen zu Anlagezwecken entgegenstehen.

72 PETER HETTICH, Infrastrukturverfassung, in: Oliver Diggelmann/Maya Randall Hertig/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, 623 ff., 632.

allgemeine ordnungspolitische Gesichtspunkte im politischen Prozess als wenig gewichtig. Insofern ist das Nachdenken über anderweitige institutionelle Sicherungen sinnvoll.

Herausgehoben sei deswegen die Parlamentarische Initiative 17.518 von NR PETER SCHILLIGER, welcher der Nationalrat am 7. September 2020 Folge gab und an welcher der Autor in untergeordneter Rolle mitwirkte.⁷³ Die Initiative stösst auf gewissen Widerstand, vor allem seitens der Kantone, wegen der «als zu bürokratisch und zentralistisch empfundenen konkreten Regelungsvorschläge».⁷⁴ Von der Stossrichtung her stärkt die Initiative die Rolle der Wettbewerbskommission bei der Unterbindung von Wettbewerbsverzerrungen mittels zusätzlicher materieller und prozeduraler Vorgaben. Dass bei der gegebenen Problemlage diverse Wege beschritten werden können, zeigt sich schon an der Anknüpfung der institutionellen Sicherung, welche sowohl im Binnenmarktgesetz⁷⁵ wie auch im Kartellgesetz⁷⁶ erfolgen kann: So vermag nur das Kartellgesetz die öffentlichen Unternehmen auf allem Staatsstufen zu erfassen. Kartellgesetzrevisionen können sich jedoch als Sammelbecken für alle möglichen wirtschaftspolitischen Anliegen erweisen; sie neigen dann zum Scheitern. Die Übertragung erweiterter Aufsichtsbefugnisse über Bundesunternehmen an die Wettbewerbskommission via Kartellgesetz birgt schliesslich die Gefahr institutioneller Konflikte mit anderen (womöglich übergeordneten) Bundesbehörden.⁷⁷ Regelungen im Binnenmarktgesetz erfassen demgegenüber nur die kantonalen und kommunalen Unternehmen.⁷⁸

Für die Definition des «öffentlichen Unternehmens» kann heute auf das Beschaffungsrecht abgestellt werden.⁷⁹ In materieller Hinsicht ist eine offene Normierung, welche das Verbot der Quersubventionierung in generischer Weise verankert und durch die Praxis mit Inhalt gefüllt wird, einer detaillierten Regelung vorzuziehen. Prozedural zwingt die vorgeschlagene Regelung die

73 Die Parlamentarische Initiative geht nun an den Ständerat, der allerdings einer wortgleichen Initiative 17.517 von SR JEAN-RENÉ FOURNIER am 20. März 2019 keine Folge gab.

74 So die Motion 19.3238 von SR ANDREA CARONI, die sich auf das grundsätzliche Anliegen beschränkt. Ähnlich die Motion 19.3236 von SR BEAT RIEDER. Beide Motionen wurden am 17. Juni 2019 abgelehnt.

75 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02).

76 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251).

77 So sieht die Wettbewerbskommission in ihrer Stellungnahme gemäss Art. 103 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0) die Beihilfen für SR Technics nicht als vereinbar mit Art. 13 des Abkommens vom 21. Juni 1999 über den Luftverkehr an (SR 0.748.127.192.68). Der Bundesrat gab die betreffenden Bürgschaften dennoch schon kurz danach frei.

78 So die Stossrichtung der Motionen 20.3531 von SR ANDREA CARONI und 20.3532 von SR BEAT RIEDER, am 24. September 2020 überwiesen an die zuständige Kommission zur Vorberatung.

79 Art. 3 lit. b des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1).

Eigner zur Erstellung von Eigentümerstrategien, in welchen sie sich auch mit der Erforderlichkeit der staatlichen Erbringung gewerblicher Tätigkeiten (Subsidiarität) auseinandersetzen. Flankiert werden sollte eine solche Regelung von Interventionsbefugnissen der Wettbewerbskommission wie auch von Beschwerderechten der Berufs- und Wirtschaftsverbände.

E. Schlussbemerkungen

Als Folge des Entscheids «Glarnersach» sind die zentralen Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Eintritt öffentlicher Unternehmen in privatwirtschaftliche Märkte im politischen Prozess zu beantworten. Kommunale und kantonale Parlamente sowie die Bundesversammlung werden damit zur Hüterin der verfassungsrechtlich gewährleisteten Privatwirtschaftsordnung. Es eröffnen sich Schutzlücken, da ordnungspolitische Argumente im Gesetzgebungsprozess meist wenig Gewicht erhalten. Will der Gesetzgeber nicht untätig bleiben, sind daher generell geltende Leitplanken zu schaffen: Dazu gehört neben materiellen Vorgaben auch ein effektiver und effizienter Vollzug: Aufgrund schon bestehender Durchsetzungsbefugnisse im Bereich des Binnenmarkt- und Wettbewerbsrechts bietet sich hierfür die Wettbewerbskommission an.

Zusammenfassung

Mit «Glarnersach» überlässt das Bundesgericht den Entscheid über die Verwendung öffentlicher Unternehmen als Instrument der Wirtschaftspolitik weitgehend dem politischen Prozess. Im Schrifttum hat der Entscheid starke Kritik erfahren; er bildet jedoch den Massstab, welcher an öffentliche Unternehmen, vor allem solche der Kantone und Gemeinden, anzulegen ist. Wichtig wird damit die Durchsetzung der «Wettbewerbsneutralität», sprich des Schutzes privater Konkurrenten vor normativ problematischen Wettbewerbsveränderungen («Wettbewerbsverzerrungen»). Dabei sind gewisse Wettbewerbsvorteile öffentlicher Unternehmen, allen voran implizite Staatsgarantien, von vorneherein nicht mittels Vorkehrungen des Gesetzgebers zu unterbinden. Entsprechend muss ein Regelungskonzept, welches nur an solchen Wettbewerbsveränderungen anknüpft, scheitern. Sollen Wettbewerbsveränderungen nicht per se als unzulässig gelten, so sind sie von eigentlichen Wettbewerbsverzerrungen abzugrenzen. Von einer «Wettbewerbsverzerrung» sollte nur dann gesprochen werden, wenn die durch eine staatliche Intervention induzierte Wettbewerbsveränderung vor dem Hintergrund der angestrebten normativen Ziele problematisch ist. Um dies beurteilen zu können, ist ein Verständnis der Funktionsbedingungen der betroffenen Märkte unabdingbar: Wettbewerbsveränderungen sind

erst im Lichte der Funktionsbedingungen der betroffenen Märkte und der in diesen Märkten verfolgten öffentlichen Interessen überhaupt beurteilbar.

Résumé

Avec «Glarnersach», le Tribunal fédéral laisse au processus politique la décision concernant l'utilisation des entreprises publiques comme instrument de politique économique. Cet arrêt a été fortement critiqué dans la littérature; il constitue néanmoins la norme à appliquer aux entreprises publiques, notamment celles des cantons et des communes. Ce qui est important, c'est l'application de la «neutralité concurrentielle», c'est-à-dire la protection des concurrents privés contre les changements normativement problématiques de la situation de la concurrence («distorsions de la concurrence»). Dans ce contexte, certains avantages concurrentiels des entreprises publiques, surtout les garanties implicites de l'État, ne peuvent être neutralisés par des dispositions du législateur. Par conséquent, un concept réglementaire qui n'est lié qu'à ces changements dans la concurrence doit échouer. Pour que les modifications de la concurrence ne soient pas considérées comme inadmissibles en soi, elles doivent être distinguées des distorsions de concurrence. On ne devrait parler de «distorsion de la concurrence» que si le changement de concurrence induit par une intervention de l'État est problématique au regard des objectifs normatifs visés. Pour pouvoir l'évaluer, il est indispensable de comprendre le fonctionnement des marchés concernés: L'évolution de la concurrence ne peut être évaluée qu'à la lumière des conditions fonctionnelles des marchés affectés et des intérêts publics poursuivis dans ces marchés.

