



Der Staat als Teilnehmer am Wettbewerb - Eine systematische Darlegung der Rahmenbedingungen für fairen Wettbewerb

1. November 2022

Rechtsgutachten

der

**Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften
(ZHAW), School of Management and Law (SML)**

zuhanden

Gewerbeverband Berner KMU

Technikumstrasse 14
CH – 3400 Burgdorf

Gutachter:

Prof. Dr. Andreas Abegg, Rechtsanwalt, LL.M., ZHAW
Prof. Dr. Patrick L. Krauskopf, Rechtsanwalt, LL.M. (Harvard), ZHAW
PD Dr. Christian Müller, Jacobs University Bremen
Dr. Patrice Martin Zumsteg, Rechtsanwalt, ZHAW

Executive Summary (deutsch)

Der Erfolg einer Marktwirtschaft setzt einen unverfälschten Wettbewerb voraus. Im Markt treffen zunächst viele Unternehmen der Privatwirtschaft aufeinander. Das Kartellgesetz sorgt dafür, dass diese Unternehmen nicht etwa durch Kartellabsprachen den Wettbewerb verzerren oder gar beseitigen. Auf dem Markt bewegen sich aber auch Unternehmen, welche in unterschiedlichem Ausmass vom Staat (Bund, Kantone oder Gemeinden) kontrolliert werden. Die Partizipation von staatlichen und staatsnahen Unternehmen (sog. Staatsbetriebe) am Wettbewerb wirft zahlreiche Fragen auf, die in der Schweiz von Wissenschaft, Politik und Gesetzgebung noch nicht beantwortet wurden. Die ZHAW wurde vom Gewerbeverband Berner KMU beauftragt, drei Forschungsfragen im Zusammenhang mit der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit mit Fokus auf die Schweizerische Eidgenossenschaft und den Kanton Bern zu beantworten. Die ZHAW kommt zum Schluss, dass unmittelbarer und erheblicher Reformbedarf besteht, um einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten.

Die 1. Forschungsfrage lautet: Wie definiert sich ein «fairer Wettbewerb» ohne Verzerrungen durch den Staat?

- 1. Befund: Unter dem Begriff Wettbewerb wird verstanden, dass verschiedene Anbieter gleichzeitig versuchen, mit der Marktgegenseite zu Geschäftsabschlüssen zu kommen, und sich dabei einander gegenüber rivalisierend verhalten. Eine Wettbewerbsverfälschung liegt dann vor, wenn die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gestört wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Teil der Anbieter gegenüber anderen Anbietern nicht gerechtfertigte Wettbewerbsvorteile geniesst. Beispielsweise entsteht eine Wettbewerbsverfälschung durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, wenn für diese nicht dieselben Wettbewerbsbedingungen gelten, wie für private Unternehmen. Demgegenüber besteht ein «fairer Wettbewerb», wenn für die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten wie für rivalisierende private Unternehmen.
- 2. Befund: Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit ist zulässig, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist und diese nach dem Spezialitätsprinzip das Gebiet staatlicher Tätigkeit umreist, ein öffentliches Interesse gegeben sowie die Verhältnismässigkeit gewahrt ist. Zudem müssen für sämtliche Marktteilnehmer die gleichen Bedingungen gelten (sog. Wettbewerbsneutralität).
- 3. Befund: Es fehlen umfassende Regeln, aber auch eine bewährte Praxis, wie der Interessenkonflikt zu lösen ist, wenn der Staat die Bedingungen des Wettbewerbs gestaltet und gleichzeitig Teilnehmer am Wettbewerb ist. Solange keine Regeln bestehen, wie dieses Spannungsfeld wettbewerbsneutral ausgestaltet wird, sollten Markteintritte staatlicher Betriebe grundsätzlich nicht erfolgen und die Schwellen für eine private Staatstätigkeit (vgl. 2. Befund) hoch angesetzt werden.
- 4. Befund: Alle drei Staatsgewalten sollten den fairen Wettbewerb sicherstellen:

- *Rechtsprechung #1:* Gemäss Bundesgericht gilt für die Beurteilung der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Wahrung der Verhältnismäsigkeit der (tiefen) Massstab von Art. 5 BV und nicht derjenige von Art. 36 BV, weil es in der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit grundsätzlich keine Grundrechtseinschränkung erkennt. Diese Rechtsprechung sollte unseres Erachtens durch das *Bundesgericht* überdacht werden. Sie führt dazu, dass wettbewerbsverzerrende Massnahmen zwar grundsätzlich verboten sind, wettbewerbsverzerrende Massnahmen aber bei wirtschaftlichen Staatstätigkeiten zur Regel werden können, weil der Rechtsschutz unzureichend ist. Eine Änderung der Rechtsprechung und eine strengere Prüfung wäre unseres Erachtens auch unter Berufung auf Art. 5 BV möglich und insbesondere hinsichtlich des Spezialitätsprinzips geboten.
- *Rechtsprechung #2:* Im Einzelfall ist zu prüfen, ob das staatliche Handeln eine faktische Einschränkung der Grundrechte – insbesondere der Wirtschaftsfreiheit – darstellt. Miteinzubeziehen ist die Abschreckungswirkung, welche staatliches Handeln haben kann. Die Bejahung einer Einschränkung der Grundrechte heisst noch nicht, dass diese auch verletzt sind. Immerhin würde aber das staatliche Handeln, und dabei insbesondere die wirtschaftliche Staatstätigkeit gegenüber Privaten, rechtfertigungsbedürftig.
- *Gesetzgebung:* Der nicht justiziable Gehalt der Art. 27 und 94 BV sollte in der Gesetzgebung konkretisiert werden. Der Gesetzgeber sollte dabei eine möglichst wettbewerbsfreundliche Wirtschaftsordnung schaffen. Die Berücksichtigung dieser objektiv-rechtlichen Dimension gilt im besonderen Maße dort, wo ein Machtgefälle besteht.
- *Exekutive:* Wer für die Aufsicht und die Steuerung der öffentlichen und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen zuständig ist, ist ebenfalls dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet. Hier sollte der Fokus darauf liegen, allfällige Interessenkonflikte zu erkennen, zu benennen und in transparenter Art und Weise aufzulösen.

Die 2. Forschungsfrage lautet: Wo und inwiefern bestehen Wettbewerbsverfälschungen durch Staatsbetriebe?

- **1. Befund:** Der Staat kann den Wettbewerb in gewissen Märkten komplett – z. B. aus Gründen des öffentlichen Interesses – ausschliessen. In solchen Fällen stellt sich weniger die Frage nach Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Marktteilnehmer, sondern die Frage nach den Auswirkungen für die Gesamtwohlfahrt.
- **2. Befund:** Es gibt unterschiedliche Erscheinungsformen von Wettbewerbsverfälschungen zugunsten von Staatsbetrieben und zu Lasten von Unternehmen der Privatwirtschaft. Besonders heikel sind direkte Eingriffe in den Wettbewerb (Wettbewerbsverzerrungen «de lege») wie Staatsgarantien, Quersubventionen, Finanzierungs- und Steuervorteile.

- 3. Befund: Wettbewerbsverfälschungen zugunsten von Staatsbetrieben bestehen aber auch dort, wo keine direkten Eingriffe stattfinden, private Marktakteure aber faktisch das Nachsehen haben. Derartige Wettbewerbsverzerrungen «de facto» – wie etwa die Sogwirkung von Staatsbetrieben oder die nachwirkende Marktmacht von Ex-Monopolisten – behindern private Marktteilnehmer.
- 4. Befund: Empirische Beispiele lassen daran zweifeln, dass Staatsbetriebe – sei es auf Bundesebene, sei auf kantonaler Stufe – von sich aus auf unfaire Wettbewerbsvorteile (z.B. durch Quer-Subventionen) zu Lasten privater Marktteilnehmer verzichten. Vielmehr zeigt sich, dass Marktverzerrungen dann beseitigt werden, wenn sich der Staat entweder zurückzieht oder Behörden, Gerichte oder Politik (ex post) einschreiten, um die Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen.

Die 3. Forschungsfrage lautet: Inwiefern und in welchen Märkten dürfen Staatsbetriebe am Wettbewerb teilnehmen?

- 1. Befund: Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für den Eintritt des Staates in den Markt und dessen fortgesetzte Marktteilnahme wird nicht mit der erforderlichen Konsequenz durchgesetzt. Die verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit verlangt hingegen eine strenge Prüfung der Voraussetzungen; eine blosse Pauschalmächtigung genügt nicht.
- 2. Befund: Nicht jedes beliebige Interesse darf für eine Rechtfertigung privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit herangezogen werden. Massgebend ist, ob es - neben einem allfälligen Bedarf an staatlicher Regulierung - auch einen Bedarf an einer staatlichen Marktteilnahme gibt und welche anderen öffentlichen Interessen womöglich dagegensprechen. Aufgrund der schwierigen Doppelrolle, in welche sich der Staat als Regulator und Teilnehmer am Wettbewerb mit einem solchen Markteintritt begibt, ist die Ermittlung der tangierten öffentlichen Interessen sorgfältig vorzunehmen.
- 3. Befund: Einer privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit, welche in einem Markt mit ausreichendem Angebot aufgenommen wird, fehlt es am öffentlichen Interesse. Zudem ist sie nicht erforderlich und damit unverhältnismässig. Ein Markteintritt ist privaten Konkurrenten umso weniger zuzumuten, je weiter sich der Staat von seiner eigentlichen Domäne, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, entfernt.
- 4. Befund: Es bestehen zahlreiche in der Praxis zu wenig beachtete Massnahmen, mit welchen die Einhaltung der Wettbewerbsneutralität bei staatlichen Eingriffen in den Wettbewerb sichergestellt werden könnte. Wettbewerbsverzerrungen durch die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit könnten durch Vorschriften zu Transparenz und Gleichstellung mit privaten Marktplayern vermieden werden. Ferner könnten Staatsbetriebe im Zuge von Marktöffnungen verpflichtet werden, Konsumenten und Kunden auf neue Marktteilnehmer hinzuweisen. Schliesslich könnten mittels strikter Trennung von Unternehmensteilen bei einer hybriden Tätigkeit eines staatlichen Unternehmens, allenfalls zusammen mit Teilprivatisierungen, mögliche Wettbewerbsverzerrungen (wie Quersubventionierung) verhindert werden.

- 5. Befund: Um die organisatorischen Voraussetzungen für Massnahmen zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität zu schaffen, ist eine obligatorische unternehmensinterne Compliance mit regelmässigen, neutralen Audits auf Basis einer geeigneten Betriebsbuchhaltung in Erwägung zu ziehen.

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary (deutsch)	II
Literaturverzeichnis	VIII
Verzeichnis der Materialien und übrigen Quellen.....	XII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
1. Kapitel: Grundlagen	1
A. Auftrag und Forschungsfragen	1
B. Begriffe.....	2
I. Wettbewerb.....	2
II. Wettbewerbsverfälschung.....	3
III. Unternehmen.....	3
2. Kapitel: Fairer Wettbewerb ohne Verzerrungen durch den Staat	5
A. Rechtliche Rahmenbedingungen.....	5
I. Internationale Vorgaben.....	5
II. Nationale Vorgaben.....	6
a. Objektiv-rechtliche Dimension.....	7
b. Subjektiv-rechtliche Dimension	10
B. Der Staat als Regulator und Teilnehmer am Wettbewerb.....	17
C. Fazit.....	19
3. Kapitel: Wettbewerbsverfälschungen durch Staatsbetriebe.....	21
A. Wettbewerbsverfälschungen.....	21
I. Gesetzliche Wettbewerbsverfälschungen.....	21
II. Monopole.....	22
III. Ex-Monopole	22
IV. Subventionen	23
V. Quersubventionen	24
VI. Staatsgarantie.....	25
VII. Finanzierungsvorteile	26
VIII. Steuervorteile	26
VI. Verbundvorteile	27
B. Staatsbetriebe	27
I. Staatsbetriebe des Bundes	28
a. PubliBike	28
b. PostAuto AG.....	28
II. Staatsbetriebe des Kantons Bern.....	29

a. Gebäudeversicherung Bern	29
b. BKW	30
C. Fazit	31
4. Kapitel: Voraussetzungen und Grenzen für Eintritt und Teilnahme des Staates am Markt	32
A. Voraussetzungen.....	32
I. Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit.....	32
II. Wettbewerbsneutralität	32
B. Grenzen	33
C. Fazit	35

Literaturverzeichnis

ABEGG ANDREAS/BAUMANN PHIL, Privatwirtschaftliche Tätigkeiten von Energieversorgungsunternehmen – wie Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden, Zürich/St. Gallen 2020.

ABEGG ANDREAS/FREI MARCO, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, in: recht 2018, S. 142 ff.

ABEGG ANDREAS/HEFTI ANDREAS/SEFEROVIC GORAN, Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes – Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, 15. Februar 2019, verfügbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Wettbewerb_Service_Public/staat-und-wettbewerb/faires-verfahren-beim-zugang-zu-geschlossenen-maerkten-des-bunde.html>, zuletzt abgerufen am 14. Mai 2022.

BAUMANN PHIL, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Diss. Luzern 2019, Zürich/Basel/Genf 2019.

BAUMANN PHIL/GUTZWILLER ROMAN S., Wettbewerbsneutralität öffentlicher Unternehmen als Aktiengesellschaften, Pflichten und Instrumente zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, in: AJP 2020, S. 887 ff.

BEYELER FRANCIS CLAUDE, Die Kantonale Gebäudeversicherung im Wettbewerb, Bern 2019.

BIAGGINI GIOVANNI, BV, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, OFK BV, Art. *** N ***).

BIAGGINI GIOVANNI, Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit – Entwicklungsperspektiven unter der neuen Bundesverfassung, ZBI 2001, S. 225 ff. (zit. BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit).

BOUCHER-KIND NATASCHA, Staatliche Marktteilnahme, Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungsvorgaben am Beispiel der Post, Diss. Freiburg i. Ü. 2019, Bern 2020.

DIEBOLD NICOLAS/MAGNIN JOSIANNE, Wettbewerbsrechtliche Disziplinierung des Staats als Marktteilnehmer, in: ZSR 140 (2021) I, S. 205 ff.

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. SGK BV-AUTOR, Art. *** N ***).

GEDDES RAYMOND R., Case studies of anticompetitive SOE behavior, in: GEDDES RAYMOND RICHARD (Hrsg.), Competing with the government: anticompetitive behavior and public enterprises, Stanford 2004, S. 27 ff.

GHAZARIAN LUCYNE, Quersubventionen und Verbundvorteile im EU-Beihilferecht unter besonderer Berücksichtigung der beihilferechtlichen Zugangsregulierung und Infrastrukturförderung, Diss. Bonn, Berlin 2018 = Schriften zur Rechtswissenschaft, Bd. 218.

GUBLER ROBERT E., Ungleiche Spiesse im Wettbewerb: Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen aus Sicht der KMU, in: Peter Hettich (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt, St. Gallen 2009, S. 61 ff.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

HÄNER ISABELLE, Der Staat als Wirtschaftsakteur und das Verfahren, in: ZSR 140 (2021) I, S. 241 ff.

HANGARTNER YVO, Der Staat als Unternehmer, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich/St. Gallen 2007, S. 237 ff. (zit. HANGARTNER, Staat als Unternehmer).

HANGARTNER YVO, Bundesgericht, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. Juli 2012, Schweizerischer Versicherungsverband (SVV), sechs Versicherungsunternehmen und A. c. Kanton Glarus, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (2C_485/2010), AJP 2012, S. 1817 ff. (zit. HANGARTNER, Entscheidbesprechung Glarnersach).

HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), UWG Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich 2018 (zit. DIKE UWG-AUTOR).

HETTICH PETER, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb: Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung, in: ZSR 140 (2021) I, S. 155 ff. (zit. HETTICH, Öffentliche Unternehmen).

HETTICH PETER, Infrastrukturverfassung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band III, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 2283 ff. (zit. HETTICH, Infrastrukturverfassung).

HETTICH PETER/KOLMAR MARTIN, «Wettbewerbsverzerrung» und «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» aus interdisziplinärer Sicht, in: ZBI 119 (2018), S. 275 ff.

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

JAAG TOBIAS, Mehr oder weniger Staat?, in: ZBI 116 (2015), S. 627 ff.

JÄGGI SIMON, Staatsbetriebe verzerrten den Wettbewerb, in: Die Volkswirtschaft 5/2018, S. 8 ff.

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

KRAEMER RAPHAEL/STÖCKLI ANDREAS, Grenzenlose Staatswirtschaft?, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil «Glarnerach» vom 3. Juli 2012, recht 2013, S. 28 ff.

LIENHARD ANDREAS, Leitplanken für öffentliche Unternehmen, in: Die Volkswirtschaft 5/2018, S. 4 ff.

LIENHARD ANDREAS/MÄCHLER AUGUST/ZIELNIEWICZ AGATA, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017.

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR BV-AUTOR, Art. *** N ***).

MÜLLER MICHAEL/HERRENSCHWAND MARGRET, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021, S. 801 ff.

NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019.

REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Basel 2009, Zürich/St. Gallen 2011.

RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.

RUTZ SAMUEL/GRABHER LAURENZ, Die Schweiz – das Land der Subventionen, avenir suisse, Zürich 2022.

SALADIN PETER, Grundrechtsprobleme, in: Bernd-Christian Funk (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne Imperium, Wien 1981, S. 59 ff.

SCHEFER MARKUS, Gefährdung von Grundrechten, Eine grundrechtsdogmatische Skizze, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel und Bern 2004, S. 441 ff.

SCHOTT MARKUS, Aufsicht über den Marktzutritt, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, 7. Forum für Verwaltungsrecht, Bern 2019, S. 21 ff. (zit. SCHOTT, Aufsicht).

SCHOTT MARKUS, Schwacher Schutz vor staatlicher Unternehmensaktivität im Wettbewerbsbereich durch die Wirtschaftsfreiheit, dRSK 2012 (zit. SCHOTT, Schutz).

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

STOFFEL WALTER A./MURITH SIMON, Entreprises publiques et droit de la concurrence, in: Hochreutner Inge et al. (Hrsg.), 10. Tagung zum Wettbewerbsrecht, Verfahrensrecht, staatliche Wirtschaftstätigkeit und algorithmenbasierte Kartelle, Bern 2019, S. 35 ff.

TRÜMPLER RALPH/HERZOG-ZWITTER IRIS, Staatliche Konkurrenzierung Privater mit spitalungsbundenen ambulanten Leistungen, AJP 2021, S. 466 ff.

TSCHANNE PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

TSCHANNE PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014.

TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS/SPRECHER FRANZiska, Öffentliches Rechts, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019.

UHLMANN FELIX, Kontrolle von und in öffentlichen Unternehmen des Bundes unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Post, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrech, Jahrbuch 2018/2019, Bern 2019, S. 89 ff. (zit. UHLMANN, Kontrolle).

UHLMANN FELIX, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 1996, Basel und Frankfurt a. M. 1997 (zit. UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln).

UHLMANN FELIX/DUMENG N. BEZZOLA, Der Staat als Wirtschaftsteilnehmer und Regulator (oder: Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust), in: ZSR 140 (2021) I, S. 221 ff.

VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000, Zürich 2000.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-AUTOR, Art. *** N ***).

WINISTÖRFER MARC MICHAEL, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Diss. Luzern 2021, Zürich/Basel/Genf 2021.

ZÄCH ROGER (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996 (zit. AUTOR, in ZÄCH, Kartellgesetz).

Verzeichnis der Materialien und übrigen Quellen

Der Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bern 2017 (zit. Bericht Staat und Wettbewerb).

Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBI 1995 I 1213 (zit. Botschaft BGBM 1994).

Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465 (zit. Botschaft BGBM 2004).

Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBI 2006 8233 (zit. Corporate-Governance-Bericht).

Bundesamt für Verkehr, Prüfungsbericht Revision BAV, Leistungsverrechnungen zwischen den PostAuto-Gesellschaften, Ittigen 2018.

Eidgenössische Bankenkommission, Jahresbericht 2002 (zit. Eidgenössische Bankenkommission (2002)).

Eidgenössische Finanzkontrolle, Jahresbericht 2019, Bern 2020 (zit. EFK, Jahresbericht 2019).

Eidgenössische Finanzverwaltung (2021d): Band 2B - Staatsrechnung 2020 der Verwaltungseinheiten Teil II (EFC, WBF, UVEK). Bern: März 2021 (zit. EFV (2021d), Band 2B).

Eignerstrategie des Bundesrates für die verselbständigte Einheiten des Bundes, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4274, Abate Fabio, vom 13. Dezember 2018, Bern 2021 (zit. Eignerstrategie des Bundesrates).

OECD, State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality, DAF/COMP(2009)37, 2010 (zit. OECD, State Owned Enterprises and Competitive Neutrality).

OECD, Competitive Neutrality, Maintaining a level playing field between public and private business, Paris 2012 (zit. OECD, Competitive Neutrality).

OECD, State-Owned Enterprises as Global Competitors, Paris 2016 (zit. OECD, Global Competitors).

OECD, The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris 2017 (zit. OECD, State-Owned Enterprises).

Polynomics AG, Staat und Wettbewerb, Institutionelle und wettbewerbliche Aspekte bei kantonalen und kommunalen Unternehmen, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Bern 2017 (zit. Polynomics AG, Staat und Wettbewerb).

Europäische Union, Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (zit. RL 2006/111/EG).

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995; SR 943.02
BKWG/BE	Gesetz über die Beteiligung des Kantons an der BKW AG vom 21. März 2018; BSG 741.3
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019; SR 172.056.1
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101
Diss.	Dissertationsschrift
d.h.	das heisst
dRSK	Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950; SR 0.101
EU	Europäische Union
f./ff.	fortfolgende
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007; SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019; BSG 731.2-1
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995; SR 251
KV/BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993; BSG 101.1
LS	Loseblattsammlung
MetG	Bundesgesetz über die Meteorologie und Klimatologie vom 18. Juni 1999; SR 429.1
N	Randnote
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
POG	Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17. Dezember 2010; SR 783.1

S.	Seite(n)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998; SR 742.31
SECO	Staatsekretariat für Wirtschaft
sog.	so genannte
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SVVOR	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
USZG/ZH	Gesetz über das Universitätsspital Zürich vom 19. September 2005; LS 813.15
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986; SR 241
Vgl.	Vergleiche
VPG	Postverordnung vom 29. August 2012; SR 783.01
WEKO	Wettbewerbskommission
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
zit.	zitiert als
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1. Kapitel: Grundlagen

1. Der Erfolg einer Marktwirtschaft setzt einen unverfälschten Wettbewerb voraus. Im Markt treffen idealtypischerweise zunächst viele Unternehmen der Privatwirtschaft aufeinander. Das Kartellgesetz sorgt dafür, dass diese Unternehmen nicht etwa durch Kartellabsprachen den Wettbewerb verzerren oder gar beseitigen. Auf dem Markt bewegen sich aber auch Unternehmen, welche in unterschiedlichem Ausmass vom Staat (Bund, Kantone oder Gemeinden) kontrolliert werden.¹ Die Partizipation von staatlichen und staatsnahen Unternehmen (sog. Staatsbetrieben) am Wettbewerb wirft zahlreiche Fragen auf, die in der Schweiz von Wissenschaft, Politik und Gesetzgebung oft noch nicht beantwortet wurden.

A. Auftrag und Forschungsfragen

2. Der Auftraggeber ist der Gewerbeverband Berner KMU, Technikumstrasse 14, CH-3401 Burgdorf (vertreten durch: Lars Guggisberg und Nina Zosso).

3. Die Beauftragte ist die Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW), Gertrudstrasse 15, CH – 8401 Winterthur (vertreten durch: Prof. Dr. Jens Lehne und Prof. Dr. Patrick Krauskopf). Prof. Dr. Andreas Abegg, Prof. Dr. Patrick Krauskopf, PD Dr. Christian Müller sowie Dr. Patrice Zumsteg sind die Gutachter.

4. Der Gewerbeverband Berner KMU richtet an die Gutachter folgende drei offene Forschungsfragen mit Fokus auf die Schweizerische Eidgenossenschaft und den Kanton Bern:

- a) Wie definiert sich ein «fairer Wettbewerb» ohne Verzerrungen durch den Staat? (1. Forschungsfrage)
- b) Wo und inwiefern bestehen Wettbewerbsverfälschungen durch Staatsbetriebe? (2. Forschungsfrage)
- c) Inwiefern und in welchen Märkten dürfen Staatsbetriebe am Wettbewerb teilnehmen (3. Forschungsfrage)?

5. Das Gutachten widmet den drei Forschungsfragen je ein separates Kapitel. Dabei werden folgende Parameter zugrunde gelegt:

- a) Zunächst wird auf die Regulierung des Wettbewerbs durch den Bund fokussiert. Völkerrechtliche Regulierungen und «soft law» werden nur soweit einbezogen, als diese für die Schweiz unmittelbar anwendbar sind. Wo die kantonale Ebene einbezogen wird, wird exemplarisch der Kanton Bern betrachtet.
- b) Es stehen Unternehmen im Zentrum, welche sich in der Schweiz dem Wettbewerb stellen und die durch die hiesige öffentliche Hand beeinflusst oder beherrscht werden.²

¹ Vgl. etwa die Übersicht «State shareholdings in listed companies: OECD area (end-2015)» in OECD, State-Owned Enterprises, S. 27 ff.

² In der Schweiz sind selbstverständlich auch Unternehmen tätig, welche durch ausländische Staaten beeinflusst oder beherrscht werden. So hält etwa Frankreich erhebliche Anteile an den Autoherstellern Renault und PSA Peugeot Group, vgl. OECD, State-Owned Enterprises, S. 27; VOGEL, S. 114.

B. Begriffe

I. Wettbewerb

6. Eine Legaldefinition des Begriffs Wettbewerb lässt sich weder in der Bundesverfassung (Art. 94 Abs. 4 und Art. 96 BV) noch in den einschlägigen den Wettbewerb betreffenden Gesetzen³ finden.

7. In der Literatur wird unter dem Begriff Wettbewerb verstanden, dass verschiedene Anbieterinnen und Anbieter gleichzeitig versuchen, mit der Marktgegenseite zu Geschäftsabschlüssen zu kommen, indem sie möglichst günstige Bedingungen offerieren und sich dabei rivalisierend einander gegenüber verhalten.⁴

8. Auch das Kartellgesetz definiert den Begriff nicht, obwohl in Art. 1 KG der Zweck des Gesetzes u. a. als Förderung des Wettbewerbs umschrieben wird. Das Kartellgesetz ist vorliegend insofern relevant, als es nicht nur für private Unternehmen, sondern auch für öffentliche Unternehmen gilt (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform. Somit müssen die Vorschriften des Kartellgesetzes auch von staatlichen Unternehmen beachtet werden. Allerdings können Verwaltungseinheiten des Staates von einer Qualifizierung als Unternehmen ausgenommen werden, wenn es sich lediglich um eine Verwaltungseinheit der Zentralverwaltung handelt, bei welcher die ordentliche Verwaltungsrechtspflege und die administrative Aufsicht greifen.⁵

9. In Bezug auf den Wettbewerb muss unterschieden werden zwischen der Funktionsfähigkeit (wirksame Konkurrenzbeziehungen), dem Zweck (Wettbewerbsfunktionen) sowie dem legalen und organisatorischen Rahmen (Marktbedingungen) des Wettbewerbs. Grundsätzlich gilt, dass es von den Marktbedingungen abhängt, ob ein wirksamer Wettbewerb herrscht, der die gewünschten Wettbewerbsfunktionen erfüllt.

10. In der Botschaft zum Kartellgesetz werden die Funktionen des Wettbewerbs aufgezählt. Diese umfassen die Steuerung des Angebots gemäss Käuferpräferenzen, den effizienten Einsatz von Produktionsfaktoren (Allokation), die Erschaffung von Anreizen zu einer bestmöglichen Leistung, die Förderung von Produkt- und Prozessinnovation sowie den Zwang zur Anpassung an sich verändernde Daten.⁶ Auf eine bestimmte wettbewerbstheoretische Denkschule wird jedoch verzichtet, da der Gesetzgeber eine anpassungsfähige und dynamische Wettbewerbspolitik vorsehen will.⁷

11. Zentralen Marktbedingungen sind, dass die Märkte für neue Marktteilnehmer offen sind sowie für aktuelle Wettbewerber ein Austritt möglich ist.⁸ Zudem müssen im Sinne eines «level playing fields» die Marktbedingungen für alle Wettbewerbsteilnehmer im gleichen Umfang gelten, sodass die Konkurrenzbeziehungen im Sinne der Wettbewerbsfunktionen wirksam sind.

³ Bspw. KG, UWG, PÜG, BöB.

⁴ BSK-BV, UHLMANN, Art. 94 N 6 m. w. H.; vgl. auch: DIKE UWG-DÖRR/GOLDSCHMIDT, §1 Rz 2.

⁵ BGE 127 II 32, E. 3.c.

⁶ Botschaft Kartellgesetz, 1995, SR 94.100, S. 472.

⁷ Botschaft KG 1995, S. 511.

⁸ BALDI, in ZÄCH: Kartellgesetz, S. 5.

II. Wettbewerbsverfälschung

12. Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gestört wird. Einschränkungen der Funktionsfähigkeit ergeben sich immer dann, wenn wirksame Konkurrenzbeziehungen unterbunden oder gestört werden. Solche Störungen werden etwa durch ungleiche Voraussetzungen der Wettbewerbsteilnehmer für den Konkurrenzkampf hervorgerufen, d. h. dann, wenn spezifische Wettbewerbsvorteile gewissen Unternehmen zugutekommen und diese Vorteile gerade nicht Ergebnis des Wettbewerbs sind (wie etwa Prozess- oder Produktinnovationen), sondern etwa durch eine staatliche Intervention entstanden sind.⁹

13. Daraus folgt, dass die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen sein muss wie eine entsprechende private Tätigkeit:¹⁰ Unternehmen, somit auch Staatsbetriebe, im gleichen Markt müssen mit gleich langen Spiessen kämpfen.

III. Unternehmen

14. Akteure im Wettbewerb sind Unternehmen, d. h. selbstständige Betriebe – unabhängig von der Rechtsform –, welche eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.¹¹ Soweit im Folgenden von KMU die Rede ist, so werden darunter Unternehmen gefasst, welche weniger als 250 Beschäftigte zählen.¹²

15. Wenn die öffentliche Hand unternehmerisch tätig wird, sprechen die Autoren von einer «privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit».¹³ Darunter werden alle Akteure gefasst, die dem Staat zugerechnet werden können und ausserhalb der Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätig werden, indem sie marktfähige Produkte und Dienstleistungen anbieten.¹⁴

16. Unter diesen Akteuren können öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen differenziert werden.¹⁵ Massgebend für die Unterscheidung ist, ob das fragliche Unternehmen durch ein oder mehrere Gemeinwesen beherrscht wird, oder ob Staat und Private die Unternehmensleitung gemeinsam wahrnehmen. Ist Letzteres der Fall, wird der Begriff «gemischtwirtschaftliches Unternehmen» verwendet, während für Ersteres «öffentlichtes Unternehmen» gebraucht wird.¹⁶

17. Ob der Staat unternehmensintern eine kontrollierende Stellung einnimmt, ist im Einzelfall zu ermitteln. Eine staatliche Beherrschung wird aber regelmässig dann zu bejahen sein, wenn die öffentliche Hand eine Mehrheit des Kapitals und der Stimmen einer Gesellschaft auf sich

⁹ Als mögliche Beispiele können Bewilligungserleichterungen oder Steuervorteile genannt werden.

¹⁰ BGer 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 4.3.

¹¹ Vgl. Art. 2 lit. a HRegV und Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

¹² Definition gemäss dem Bundesamt für Statistik, vgl. <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/wirtschaftsstruktur-unternehmen/kmu.html>>, zuletzt abgerufen am 12. Mai 2022, wonach gemäss dieser Definition über 99 % aller Schweizer Unternehmen KMU sind.

¹³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 N 2, m. w. H., wonach insbesondere der Begriff des öffentlichen Unternehmens nicht gefestigt ist.

¹⁴ Begriff nach BAUMANN, N 34 ff., m. w. H.; ähnlich schon VOGEL, S. 22 f.

¹⁵ Zu weiteren besonderen Formen, wie insb. der wirtschaftlichen Nebentätigkeit der Verwaltung, vgl. ausführlich VOGEL, S 229 ff.

¹⁶ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1806 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 N 3 ff.

vereint und/oder die Mehrheit des Leitungsorgans stellt.¹⁷ Die Zurechnung zur öffentlichen Hand entfällt dabei nicht, wenn der beherrschende Einfluss auf ein konkretes Unternehmen über eine Konzernstruktur ausgeübt wird.¹⁸

18. Nicht unter den Begriff der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit fällt das Handeln der Behörden in Ausübung öffentlicher Aufgaben. Hier wird der Staat in seiner angestammten Domäne tätig.¹⁹ Die Abgrenzung zur privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit kann im Einzelfall schwierig sein, weil die öffentliche Hand sich auch zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben der Formen und Mittel der Privatwirtschaft bedienen kann.²⁰

19. Anzumerken ist, dass der Staat auch und gerade im Bereich der Wirtschaft öffentliche Aufgaben wahrnimmt.²¹ So nimmt er als Gesetzgeber, durch die Gewährung von Subventionen, durch staatliche Aufsicht, als Nachfrager und als Arbeitgeber Einfluss auf den Wettbewerb.²² Von diesen Funktionen sind für die vorliegende Untersuchung insbesondere Subventionen relevant. Der Staat kann durch letztere zwar nicht in derselben Art und Weise ein Unternehmen lenken, wie das bei einer unmittelbaren Beherrschung der Fall ist, allerdings sind auch Subventionen Mittel zur Verhaltenslenkung beim privaten Empfänger.²³ Wo die staatlichen Beiträge einen wesentlichen oder gar den grössten Teil des Umsatzes eines Unternehmens ausmachen,²⁴ wird auch der faktische staatliche Einfluss auf dieses erheblich sein.²⁵ Auf Bundesebene sind Subventionen überdies insofern von grosser Bedeutung, als sie einen Grossteil der Ausgaben bilden.²⁶ Die Einflussnahme des Staates auf den Wettbewerb mittels Subventionen wird deshalb vorliegend ebenfalls betrachtet.²⁷

IV. Fairer Wettbewerb

18. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ist es grundsätzlich zulässig, dass öffentliche Unternehmen privatwirtschaftlich tätig werden. Allerdings muss diese privatwirtschaftliche Staatstätigkeit «fair» bzw. «wettbewerbsneutral» ausgestaltet sein.²⁸ Dabei wird verlangt, dass die privatwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Unternehmen zu den für die privaten Konkurrenten geltenden Wettbewerbsbedingungen erfolgt.²⁹ Rechtliche oder faktische Privilegierungen der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit sind folglich zu unterbinden.

¹⁷ Vgl. Art. 3 lit. b BöB; Art. 3 lit. b IVöB und aus der Literatur BAUMANN, N 66 ff.; JAAG, S. 629 f.

¹⁸ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 172 f., m. w. H.

¹⁹ Zum Begriff der staatlichen respektive öffentlichen Aufgaben: BAUMANN, N 57 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 18 ff.

²⁰ TSCHANNEN, N 308 ff.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 436 ff.

²¹ Vgl. etwa für den Kanton Bern MÜLLER/HERRENSCHWAND, *passim*.

²² UHLMANN/BEZZOLA, S. 222 ff., m. w. H. Zur Doppelstellung des Staates als Teilnehmer und Regulator des Wettbewerbs vgl. unten 2. Kapitel B.

²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2514; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 46 N 1, «wer zahlt befiehlt».

²⁴ So sind insbesondere Kulturbetriebe regelmäßig zwar privatrechtlich organisiert, weisen aber einen Eigenfinanzierungsgrad von unter 50 % aus, vgl. <https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2014/02/internet_140112_avenir-suise_pl_de.pdf>, zuletzt abgerufen am 12. Mai 2022.

²⁵ Vgl. BAUMANN, N 68 und 75, m. w. H.; BVGer, Urteil A-5315/2018 vom 8. Oktober 2019.

²⁶ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, S. 240 ff., m. w. H.

²⁷ Vgl. unten 3. Kapitel A.IV.

²⁸ BGE 138 I 378 E. 6.3.2: «[Die wirtschaftliche Staatstätigkeit] muss deshalb den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen sein wie ein entsprechendes privates Unternehmen.».

²⁹ BGE 138 I 378 E. 9.1.

2. Kapitel: Fairer Wettbewerb ohne Verzerrungen durch den Staat

20. Die 1. Forschungsfrage lautet: Wie definiert sich ein «fairer Wettbewerb» ohne Verzerrungen durch den Staat?

A. Rechtliche Rahmenbedingungen

21. Die starke internationale Verflechtung der Schweizer Volkswirtschaft spiegelt sich in der Bedeutung des Völkerrechts für das schweizerische Wirtschaftsrecht.³⁰ Deswegen werden zunächst die internationalen Rahmenbedingungen, dann die nationalen Rahmenbedingungen besprochen.

I. Internationale Vorgaben

22. *WTO-Regeln*. Aus völkerrechtlicher Sicht sind die Vorgaben der Welthandelsorganisation (WTO) relevant, deren Mitglied die Schweiz ist. Insbesondere für Beihilfen (d.h. finanzielle Zuwendungen des Staates [Subventionen] sowie alle Arten wirtschaftlicher Förderung) ist das WTO-Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen bedeutsam (SCM-Agreement). Dieses enthält diverse Bestimmungen zu verbotenen, anfechtbaren bzw. zulässigen Subventionen und enthält ein sog. Ampel-System für Subventionen.

- a) Verbote Subventionen sind per se unzulässig und bedürfen keiner Anfechtung durch einen anderen Mitgliedstaat.
- b) Anfechtbare Subventionen müssen zuerst angefochten werden und werden dann nach einem Konsultationsverfahren mit anderen Mitgliedern des Abkommens vom Streitbeilegungsorgan durch einen formellen Entscheid verboten oder als zulässig erklärt. Anfechtbar sind seit dem Jahr 2000 alle Subventionen. Zusätzlich wird es den Mitgliedsstaaten des SCM-Agreements durch das vorliegende Abkommen erlaubt, Ausgleichszölle auf ausländische Produkte zu erheben, welche von anfechtbaren bzw. verbotenen Subventionen profitieren. Die Mitgliedsstaaten können somit unmittelbar auf nicht gesetzeskonforme Subventionen reagieren.

Ausserdem ist das «General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)» von Bedeutung. Dieses sieht eine Notifikationspflicht für Subventionen vor, welche sich auf den internationalen Handel auswirken.

23. *EU-Regeln*. In der EU sind staatliche Beihilfen nach Art. 107 und Art. 108 AEUV grundsätzlich³¹ verboten.

- a) Nach EU-Recht liegt dann eine Beihilfe vor, wenn Unternehmen mit staatlichen Mitteln unterstützt werden und diese Mittel selektiv gewährt werden, den Wettbewerb verfälschen und geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

³⁰ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 8 N 1 ff.

³¹ Ausnahmen finden sich dazu in Art. 107 Abs. .2 und Abs. 3 AEUV.

- b) Bei Beihilfen ist die EU-Kommission in Kenntnis zu setzen, und bis zum Entscheid der EU-Kommission gilt ein Durchführungsverbot.³²

In der EU sind jedoch nicht alle Beihilfen verboten. Beihilfen sind z. B. zulässig, wenn innerhalb von drei Jahren der Gesamtbetrag von 200'000 Euro nicht überschritten wird, oder wenn es sich um soziale Beihilfen für einzelne Verbraucher handelt (Art. 107 Abs. 2 AEUV).

24. *Regeln der Bilateralen Abkommen.* Solche Abkommen zwischen der Schweiz und der EU haben ebenfalls Einfluss auf die zulässigen Möglichkeiten der staatlichen Beihilfe in der Schweiz. Es sind dies insbesondere das Luftverkehrsabkommen und das Freihandelsabkommen, welches staatliche Beihilfen verbietet, die den Warenverkehr zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen.

25. *Regeln der OECD.* Die OECD dient der Koordination und Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung ihrer Mitgliedstaaten.³³ Zu diesem Zweck werden laufend Beratungen vorgenommen und Studien erarbeitet, die regelmässig in rechtlich unverbindlichen Empfehlungen münden («soft law»).³⁴

- a) Die OECD hat sich verschiedentlich mit Fragen der Wettbewerbsneutralität befasst. Danach darf kein Unternehmen, das auf einem wirtschaftlichen Markt tätig ist, über ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile oder -nachteile verfügen.³⁵
- b) Die OECD sieht acht Bausteine für die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit vor: geeignete Organisationsformen, korrekte Kostenermittlung und geeignete Kostenallokation, markt-konforme Renditeerwartungen, angemessene Abgeltung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, steuerliche Neutralität, regulatorische Neutralität, Schuldeneutralität sowie ein wettbewerbsorientiertes, nicht-diskriminierendes und transparentes Beschaffungswesen.³⁶ Die OECD macht allerdings keine Vorgaben dazu, wie diese Bausteine national implementiert werden sollen.³⁷

II. Nationale Vorgaben

26. Art. 94 Abs. 1 BV verpflichtet Bund und Kantone – unter der Marginalie «Grundsätze der Wirtschaftsordnung» – auf die Einhaltung des *Grundsatzes* der Wirtschaftsfreiheit. Diese Bestimmung stellt damit das ordnungspolitische Gegenstück zum *Grundrecht* der Wirtschaftsfreiheit i. S. v. Art. 27 BV dar, welches primär individualrechtliche Ansprüche vermittelt.³⁸ Gleichzeitig hängen diese Normen eng zusammen und sind gegenseitig aufeinander bezogen.³⁹ Gemeinhin wird der programmatische, nicht justiziable Gehalt eines Grundrechts als objektiv-rechtliche Dimension bezeichnet, während der individuelle, justiziable Gehalt die subjektiv-rechtliche Dimension darstellt.⁴⁰ Bei der Wirtschaftsfreiheit i. S. v. Art. 27 i. V. m. Art. 94 BV

³² RUTZ/GRABHER, S. 27 ff.

³³ Vgl. Art. 1 Übereinkommen über die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung vom 14. Dezember 1960 (SR 0.970.4).

³⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 8 N 29 ff.

³⁵ OECD, Competitive Neutrality, S. 15.

³⁶ OECD, Competitive Neutrality, S. 9 ff., mit einem Executive Summary; BAUMANN, N 775 ff.

³⁷ OECD, Competitive Neutrality, S. 82; BAUMANN, N 802 f.

³⁸ BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 1; BIAGGINI, OFK BV, Art. 94 N 1.

³⁹ BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 385; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 31 N 6 und 9 ff.

⁴⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 4 N 7 ff.; TSCHEINTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 116 ff.

verwenden verschiedene Autoren für Ersteres – analog zur Eigentumsgarantie i. S. v. Art. 26 BV – den Begriff der Institutsgarantie.⁴¹ Hier wird dem Begriff der objektiv-rechtlichen Dimension der Vorzug gegeben und diese Dimension zuerst dargestellt.

a. Objektiv-rechtliche Dimension

i. Gehalt

27. Die Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit für die schweizerische Rechtsordnung wird systematisch dadurch unterstrichen, dass dieser am Anfang des Abschnitts «Wirtschaft» der Bundesverfassung steht.⁴² Die übrigen Verfassungsbestimmungen, welche die Wirtschaft adressieren, haben sich an diesem Prinzip messen zu lassen.⁴³ Aus der Gesamtheit dieser Normen wird gemeinhin abgeleitet, dass die Schweiz sich für eine freiheitliche, sozialverpflichtete und wettbewerbsorientierte Wirtschaftsverfassung entschieden hat.⁴⁴

28. Aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit lassen sich wiederum verschiedene Bedeutungsschichten oder Teil-Grundsätze ableiten:⁴⁵ der Grundsatz des freien Wettbewerbs,⁴⁶ der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Verhaltens,⁴⁷ der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten⁴⁸ und der Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft.⁴⁹⁵⁰ Schliesslich steht der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im engen Zusammenhang mit dem einheitlichen Schweizer Binnenmarkt, auch wenn dieser primär durch Art. 95 Abs. 2 BV adressiert wird.⁵¹ Zu diesen Prinzipien sind einige Präzisierungen erforderlich.

29. Der zuletzt erwähnte Zusammenhang ergibt sich daraus, dass in einem Binnenmarkt protektionistische Massnahmen zu Gunsten der «einheimischen» Wirtschaft verboten sind.⁵² Positiv formuliert: Im gesamten schweizerischen Binnenmarkt besteht freier Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr.⁵³ Dies steht in einem Spannungsverhältnis mit dem föderalistischen Staatsaufbau der Schweiz.⁵⁴ Mit dem Erlass des BGBM und dessen Revision im Jahr 2005 wollte der Bundesgesetzgeber in diesem Spannungsverhältnis ausdrücklich dem Grundsatz der Einheit des Wirtschaftsraums ein besonderes Gewicht verleihen.⁵⁵ Gleichzeitig

⁴¹ SGK BV-VALLENDER Art. 27 N 92; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 9 ff.: «wirtschaftspolitisch-institutionelle Funktion».

⁴² BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 2.

⁴³ BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 2; BIAGGINI, OFK BV, Vorbemerkungen zu Art. 94–107 N 2, zu den einschlägigen Normen.

⁴⁴ BIAGGINI, OFK BV, Vorbemerkungen zu Art. 94–107 N 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 N 1 und 46 ff.; SGK BV-VALLENDER, Art. 94 N 5, je m. w. H.

⁴⁵ Begriffe nach BIAGGINI, OFK BV, Art. 94 N 2; BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 3 f.

⁴⁶ BGE 138 I 378 E. 6.3 S. 387: «Art. 94 BV schützt insbesondere das Bestehen einer Wettbewerbswirtschaft»; vgl. auch BGE 130 I 26 E. 4.5 S. 43.

⁴⁷ BGE 123 I 12 E. 2a S. 15; 120 Ib 142 E. 3b S. 144.

⁴⁸ BGE 138 I 289 E. 2.3 S. 292; 130 I 26 E. 4.4 S. 42 (noch mit dem älteren Begriff der «Gewerbege nossen»).

⁴⁹ BGE 138 I 378 E. 6.3.1 S. 387: «grundsätzlich staatsfreie Wirtschaftsordnung»; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 8 N 69; VOGEL, S. 108 f.

⁵⁰ Diese Unterteilung folgt BIAGGINI, OFK BV, Art. 94 N 2.

⁵¹ BIAGGINI, OFK BV, Art. 94 N 1; BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 10.

⁵² BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 10; WINISTÖRFER, S. 292 f.

⁵³ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 7 N 42; WINISTÖRFER, S. 293 f.

⁵⁴ MÜLLER/HERRENSCHWAND, N 8 ff.; WINISTÖRFER, S. 294 ff., m. w. H.

⁵⁵ Botschaft BGBM 1994, 1219 f.; Botschaft BGBM 2004, 481 f. und 498; vgl. auch WINISTÖRFER, S. 298 f., m. w. H.

besteht aber nach wie vor Raum für unterschiedliche kantonale Regulierungen in wettbewerbsrelevanten Bereichen.⁵⁶

30. Der Schutz des Wettbewerbs durch die beiden zuerst angeführten Teil-Grundsätze wird auch so umschrieben, dass dem Staat sowohl wirtschaftspolitische Massnahmen, welche den Wettbewerb behindern (Handlungsmotiv richtet sich gegen den Wettbewerb), als auch wettbewerbsverzerrende Massnahmen (Auswirkungen des Handelns richten sich gegen den Wettbewerb) prinzipiell verboten sind.⁵⁷ So darf der Staat grundsätzlich nicht einzelne Marktteilnehmer unterstützen, sie vor (neuer) Konkurrenz schützen, einzelne Marktteilnehmer vom Wettbewerb ausschliessen, die Marktanteile unter den Marktteilnehmern neu verteilen oder die Preisbildung direkt beeinflussen.⁵⁸

ii. Das Prinzip der Staatsfreiheit der Wirtschaft

31. Umstritten ist die Tragweite des Prinzips der Staatsfreiheit der Wirtschaft, welches besagt, dass die wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich Sache der Privatwirtschaft ist.⁵⁹

- a) Das angesprochene Prinzip steht weder der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben noch rechtmässig errichteten staatlichen Monopolen und Regalen entgegen.⁶⁰
- b) Die Schaffung neuer rechtlicher Monopole durch den Bund bedarf aber aufgrund von Art. 94 Abs. 4 BV einer Grundlage in der Bundesverfassung, wobei zu berücksichtigen ist, dass auch eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes die Möglichkeit umschliesst, ein Monopol zu schaffen.⁶¹ Auf kantonaler Ebene bedürfen neue Monopole einer formell-gesetzlichen Grundlage.⁶² Sie dürfen allerdings keine fiskalischen Zwecke verfolgen, sondern müssen durch «hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls, namentlich polizeiliche oder sozialpolitische Gründe, gerechtfertigt» sein.⁶³

32. In Bezug auf die Schaffung eines Monopols zeigt sich das oberste Schweizer Gericht eher grosszügig: Nach bundesgerichtlicher Praxis ist es grundsätzlich zulässig, dass der Staat auch ausserhalb eines allfälligen Monopolbereichs eine eigene unternehmerische Tätigkeit entfaltet.⁶⁴

- a) Seine Praxis begründet «Lausanne» wie folgt: Dies entspreche der «gelebten Verfassungspraxis».⁶⁵ «Hätte der Verfassungsgeber solche Tätigkeiten verbieten wollen, so

⁵⁶ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 7 N 43 f.; WINISTÖRFER, S. 300 f.

⁵⁷ BIAGGINI, OFK BV, Art. 94 N 5 f.; BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 7; detailliert WINISTÖRFER, S. 282 ff.

⁵⁸ WINISTÖRFER, S. 284, m. w. H.

⁵⁹ Aktuelle Übersicht über die verschiedenen Ansichten etwa bei WINISTÖRFER, S. 277 ff.; vgl. auch SGK BV-VALLENDER, Art. 94 N 17 f. (Charakterisierung als Entscheidung für die Subsidiarität staatlicher Wirtschaftstätigkeit), und UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, S. 220 ff. (keine verbindliche Lenkungswirkung des Grundsatzes der Staatsfreiheit), alle m. w. H.

⁶⁰ BIAGGINI, OFK BV, Art. 27 N 12 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 44 ff. Die historischen Regalrechte im Kanton Bern ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 KV/BE.

⁶¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 12; BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 22.

⁶² BGE 143 I 388 E. 2.2.1 S. 393.

⁶³ BGE 124 I 11 E. 3b S. 15; zustimmend RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 49.

⁶⁴ BGE 138 I 378; 143 II 425. Selbst wenn aus ökonomischer Sicht nicht viel für eine solche Staatstätigkeit spricht, vgl. BAUMANN, N 166 ff., m. w. H.

⁶⁵ BGE 138 I 378 E. 6.3.3 S. 389.

hätte er dies angesichts der entgegenstehenden Rechtstradition ausdrücklich sagen müssen».⁶⁶

- b) Das Bundesgericht unterstreicht immerhin den Grundsatz, wonach die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates nicht wettbewerbsverzerrend sein dürfe.⁶⁷ Entsprechend untersagt seien Quersubventionierungen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich eines öffentlichen Unternehmens.⁶⁸ Die beiden Bereiche sind zu diesem Zweck mindestens buchhalterisch, wenn auch nicht zwingend eigentumsrechtlich, zu entflechten.⁶⁹
 - c) Im Übrigen gelten aber nur die rechtsstaatlichen Minimalanforderungen, wonach die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse stehen und verhältnismässig sein müsse.⁷⁰ Der Massstab ist dabei Art. 5 BV und nicht Art. 36 BV, weil nach Ansicht des Bundesgerichts die Aufnahme einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit für sich keine Einschränkung des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit darstellt.⁷¹ Deshalb wird zwar ein Gesetz im formellen Sinn gefordert, dieses müsse aber nicht detailliert sein.⁷² Es reiche aus, wenn der Sachbereich umschrieben werde, in welchem die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit erfolgen solle (Spezialitätsprinzip).⁷³ Dabei müsse nur die Haupttätigkeit festgelegt werden, weitere Angebote könne auch der Verwaltungsrat einer Gesellschaft «im Rahmen einer zulässigen unternehmerischen Flexibilität» festsetzen.⁷⁴ Zudem könne jedes öffentliche Interesse als Grundlage genügen – auch betriebswirtschaftliche Gründe.⁷⁵ Schliesslich entfalle die Verhältnismässigkeit erst dann, wenn der Staat «ohne zwingendes öffentliches Interesse einen wesentlichen Teil der Wirtschaft mit staatlichen Unternehmen kontrollieren würde».⁷⁶
33. Diese Rechtsprechung ist auf breite und teilweise harsche Kritik der Doktrin gestossen.⁷⁷
- a) So hat etwa BIAGGINI festgehalten: «Wie soll der schleichen Ausdehnung gewinnstrebiger staatlicher Unternehmensaktivität Einhalt geboten werden, wenn die Anforderungen [...] so tief angesetzt werden, dass sie kaum mehr begrenzende Wirkung entfalten?»⁷⁸ Und HETTICH konstatiert einen «Unwillen der Justiz, unternehmerisches Staatshandeln als solches zu unterbinden».⁷⁹
 - b) Die Autoren dieses Gutachtens erachten die Kritik als berechtigt. Die Empirie zeigt, dass die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit schon seit Jahrzehnten zunimmt. Gleichzeitig ist

⁶⁶ BGE 138 I 378 E. 6.3.3 S. 390.

⁶⁷ BGE 138 I 378 E. 6.3.2 S. 389; 143 II 425 E. 4.3 S. 431.

⁶⁸ BGE 138 I 378 E. 9.1 S. 398 f.; 143 II 425 E. 4.5 S. 436 f.

⁶⁹ BGE 138 I 378 E. 9.1 und 9.2 S. 398 f.

⁷⁰ BGE 138 I 378 E. 7 und 8 S. 390 ff.; 143 II 425 E. 4.3 S. 431.

⁷¹ BGE 138 I 378 E. 6.2.2 und 6.2.3 S 385 ff.; vgl. auch unten 2. Kapitel A.II.b.

⁷² BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 391 f.

⁷³ BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 392.

⁷⁴ BGE 138 I 378 E. 7.3 S. 392.

⁷⁵ BGE 138 I 378 E. 8.2 S. 393.

⁷⁶ BGE 138 I 378 E. 8.7 S. 398.

⁷⁷ Vgl. etwa ABEGG/FREI, S. 145 ff.; HANGARTNER, Entscheidbesprechung Glarnersach, S. 1819 ff.; KRAEMER/STÖCKLI, S. 35 ff.; vermittelnd hingegen SGK BV-VALLENDER, Art. 94 N 19, m. w. H.

⁷⁸ BIAGGINI, OFK BV, Art. 94 N 6a.

⁷⁹ HETTICH, Öffentliche Unternehmen, S. 159.

das Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz der privaten Konkurrenten ausgewiesen.⁸⁰ Das auf ein rechtsstaatliches Minimum reduzierte Prüfprogramm des Bundesgerichts wird dem nicht gerecht.⁸¹ Trotz der vielstimmig geäusserten Skepsis hat das Bundesgericht seine inzwischen zehn Jahre alte Rechtsprechung zwar nicht widerrufen, immerhin aber mit dem Entscheid «Publicom» angedeutet, dass es neuralgische Themen wie die Quersubventionierung einer strengerer Prüfung unterstellen will.⁸²

iii. Adressaten

34. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist für alle staatlichen Gewalten bei ihrer gesamten Tätigkeit bindend (Art. 5 Abs. 1 BV).⁸³ Der Gesetzgeber steht aufgrund des programmatischen Charakters der objektiv-rechtlichen Dimension besonders in der Pflicht.

- a) Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung eine möglichst freiheitliche und rechtsgleiche Regelung zu schaffen.⁸⁴ Wenn er das Verhältnis unter Privaten reguliert, so hat er strukturelle Machtgefälle und ein entsprechendes Schutzbedürfnis der Schwächeren zu berücksichtigen.⁸⁵
 - b) Sollten Wettbewerbsvorteile zu Gunsten der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeiten gegenüber «echten» Privaten festgestellt werden können, ist der Gesetzgeber verpflichtet, dafür einen Ausgleich zu schaffen.
- b. Subjektiv-rechtliche Dimension
- i. Gehalt

35. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i. V. m. Art. 94 BV) sichert den Anspruch des Einzelnen auf wirtschaftliche – insbesondere auf berufliche – Entfaltung ab.⁸⁶ Daraus leitet sich ein besonderer Gleichbehandlungsanspruch von Personen ab, welche auf dem Markt als direkte Konkurrenten auftreten.⁸⁷

- a) Das Gemeinwesen darf grundsätzlich nicht einzelne Marktteilnehmer begünstigen oder benachteiligen. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist somit individual-rechtlich justizierbar.⁸⁸
- b) Der Begriff der direkten Konkurrenten ist allerdings eng: Als solche gelten nur «Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.»⁸⁹

⁸⁰ Worauf gerade BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, S. 240 ff., schon vor über 20 Jahren hingewiesen hat. Aktuell ist etwa ein vermehrter Eintritt öffentlich-rechtlicher Spitäler in den Markt der spitalungebundenen ambulanten Leistungen zu konstatieren, vgl. TRÜMLER/HERZOG-ZWITTER, *passim*.

⁸¹ GI. M. BAUMANN, N 378 ff.; BOUCHER-KIND, N 222 ff.

⁸² BGE 143 II 425 E. 4 S. 430 ff.

⁸³ CR BV-DUBEY, Art. 5 N 29 ff.; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 16 ff., je m. w. H.

⁸⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 39 und § 31 N 8; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 119 f. und 170; SGK BV-VALLENDER, Art. 94 N 4.

⁸⁵ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 65 und 71; TSCHANNEN, N 304, will die indirekte Horizontalwirkung der Grundrechte sogar auf Konstellationen mit Machtgefällen beschränken.

⁸⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 27 N 8 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 7 und 31 ff.

⁸⁷ BIAGGINI, OFK BV, Art. 27 N 23 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 7 und 98 ff.

⁸⁸ BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 435 f.; BAUMANN, N 30; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 31, m. w. H.

⁸⁹ BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 436; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 100 ff., m. w. H.

- c) Ungleichbehandlungen sind ausserdem nicht in jedem Fall unzulässig, sondern können durch ernsthafte sachliche Gründe gerechtfertigt werden.⁹⁰ So können polizeilich oder umweltpolitisch begründete Massnahmen zulässig sein, auch wenn sie beispielsweise dazu führen, dass die Marktteilnehmer nach Massgabe ihrer unterschiedlichen Umweltbelastung unterschiedlich belastet werden.⁹¹
- d) Der Staat bleibt aber verpflichtet, möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse zu erhalten.⁹² Dieser Gleichbehandlungsanspruch kann insbesondere dann tangiert sein, wenn die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit in Kooperation mit einzelnen ausgewählten Unternehmen ausgeübt wird.⁹³ Werden dadurch deren direkte Konkurrenten potenziell benachteiligt, ist näher zu prüfen, ob der verfassungsmässige Gleichbehandlungsanspruch verletzt ist.⁹⁴

ii. Abwehranspruch gegen staatliche Konkurrenz

36. Soweit die Aufnahme einer privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit in Frage steht, ist die Rechtsprechung unmissverständlich: Gemäss Bundesgericht besteht grundsätzlich kein Grundrechtsanspruch auf Unterlassen der staatlichen Konkurrenzierung. Eine Grundrechtseinschränkung ist danach erst dann zu bejahen, wenn der Markt durch staatliche Massnahmen faktisch beseitigt würde.⁹⁵

37. Soweit es um die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit geht, bestehen demgegenüber klare Parameter:

- a) Gemäss Rechtsprechung darf die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates nicht wettbewerbsverzerrend sein: Deshalb ist insbesondere eine Querfinanzierung vom Monopol in den Wettbewerbsbereich unzulässig.⁹⁶
- b) Das Kartellrecht sieht Schranken für Querfinanzierungen vor. Im Entscheid *Glarnerach* hat dann auch das Bundesgericht explizit auf Art. 7 des Kartellgesetzes verwiesen.⁹⁷

⁹⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 103.; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 33.

⁹¹ BGE 125 I 182 E. 5e S. 200 betreffend eines Emissionszuschlags für Luftfahrtgesellschaften; vgl. auch BGE 136 I 1 E. 5.5.2 S. 16.

⁹² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 103 f.; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 34; BGE 138 I 378, E. 6.3.2: In den Worten des Bundesgerichts bedeutet «fair», dass das Staatsunternehmen «den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen sein [muss] wie ein entsprechendes privates Unternehmen.».

⁹³ So weist Die Schweizerische Post AG neben der eigentlichen Konzernstruktur explizit auch «Assoziierte Gesellschaften und Joint Ventures» nach, vgl. <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/portraet/joint-ventures>>, zuletzt abgerufen am 12. Mai 2022.

⁹⁴ So hat der Post-Konzern 2021 die erst 2016 gegründete Livesystems AG übernommen, welche auf Werbung über digitale Kanäle spezialisiert ist, vgl. <<https://www.post.ch/de/ueber-uns/aktuell/2021/die-post-staerkt-ihr-angebot-durch-investitionen-und-akquisitionen>>, zuletzt abgerufen am 12. Mai 2022. Offenbar tritt die Livesystems AG seither deutlich aggressiver am Markt auf als zuvor, vgl. NZZ vom 15. Februar 2022, S. 17 («Stopp den Kaufexzessen von Staatsbetrieben!»). Siehe zudem den Fall des Gateway Basel Nord, bei welchem SBB Cargo mit einzelnen privaten Wettbewerbern zusammen eine neue Güterumschlagsanlage bauen will, welche gemäss WEKO den Wettbewerb teilweise beseitigen wird: RPW 2020, S. 658 ff.

⁹⁵ BGE 138 I 378 E. 6.2.2 und 6.2.3 S. 385 ff.; zustimmend offenbar KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 34 f.

⁹⁶ BGE 143 II 425 E. 4 S. 430 ff.

⁹⁷ BGE 138 I 378, E. 9.3.3.

Das Bundesgericht hielt fest, dass es Sache der Aufsichts- und Wettbewerbsbehörden sei, mit den ihnen zustehenden gesetzlichen Mitteln eine korrekte Kostenverteilung zu überprüfen und allenfalls zu erzwingen. Somit erachtet es das Bundesgericht als möglich, dass eine Querfinanzierung durch das Kartellrecht unterbunden werden kann und sogar sanktionsbedroht ist, sofern sich das Unternehmen in einer marktbeherrschenden Stellung befindet und einen entsprechenden Missbrauchstatbestand erfüllt (Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 2 KG).

38. Einer Erweiterung der Rechtsprechung dahingehend, dass zumindest im Einzelfall geprüft wird, ob eine neue staatliche Konkurrenzierung eine faktische Einschränkung des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit darstellt, stehen keine wesentlichen Hindernisse entgegen.⁹⁸

- a) Die Aufnahme einer privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit soll nicht nur anhand von Art. 5 BV geprüft werden,⁹⁹ sondern auch am grundrechtlichen Massstab von Art. 36 BV.¹⁰⁰ Bei einer faktischen Einschränkung führt staatliches Handeln nämlich zu einem Eingriff in die Grundrechte, ohne dass der Staat direkt den betroffenen Grundrechtsträger adressiert.¹⁰¹
- b) Eine solche reflexhafte Einschränkung hat der Staat regelmässig gar nicht vorgesehen oder bloss in Kauf genommen.¹⁰² Daraus ist aber gerade nicht zu schliessen, dass keine Grundrechtseinschränkung vorliegt – vielmehr ist eine solche immer zu befürchten, wenn ein Grundrecht tatsächlich beeinträchtigt wurde.¹⁰³ Dazu muss die faktische Einschränkung mindestens ähnlich intensiv sein, wie wenn der Staat direkt gegenüber dem Grundrechtsträger eine rechtsförmige Massnahme angeordnet hätte.¹⁰⁴
- c) Es gibt hinreichende ökonomische Befunde, die zeigen, dass der Eintritt des Staats in einen Markt zu derart erheblichen Veränderungen desselben führen kann, dass eine faktische Grundrechtseinschränkung zu befürchten ist.¹⁰⁵ Einzelne Marktteilnehmer können etwa von Kooperationen im Rahmen der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit profitieren oder im Gegenteil aus dem Markt gedrängt werden, wodurch sich die Marktanteile neu verteilen oder die Preise beeinflusst werden.¹⁰⁶

Zur Illustration: Die BKW AG, an welcher der Kanton Bern mindestens 51 % des Kapitals und der Stimmen halten muss und die deshalb als öffentliches Unternehmen zu charakterisieren ist,¹⁰⁷ hat nicht weniger als 130 Unternehmen im Bereich der Gebäudetechnik

⁹⁸ So schon einer der hier tätigen Gutachter in ABEGG/FREI, S. 146 ff., m. w. H.

⁹⁹ Vgl. dazu oben 2. Kapitel A.II.a.

¹⁰⁰ Ebenfalls für eine Überprüfung am Massstab von Art. 36 BV BOUCHER-KIND, N 231 ff. und N 340 ff.; HANGARTNER, Entscheidbesprechung Glarnersach, S. 1822; umgekehrt für eine Grundrechtsberechtigung bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit ist BAUMANN, N 119 ff.

¹⁰¹ Vgl. BGE 118 Ia 46 E. 4e/bb S. 60, wo das Bundesgericht auch die Umschreibung «indirekte staatliche Intervention» verwendet; BIAGGINI, OFK BV, Art. 36 N 5, hält zu Recht fest, dass die Terminologie nicht entscheidend sei.

¹⁰² KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9 N 27; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 190.

¹⁰³ BIAGGINI, OFK BV, Art. 36 N 5; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 18 f.

¹⁰⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9 N 27; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 190; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 18, sieht darin deshalb auch eine «Frage der Kausalität».

¹⁰⁵ Vgl. ABEGG/FREI, S. 147.

¹⁰⁶ Vgl. BAUMANN, N 257.

¹⁰⁷ Art. 70 BKWG/BE.

und des Ingenieurwesens gekauft. Dadurch hat sie sich in einigen Regionen eine Vormachtstellung in diesen Märkten gesichert.¹⁰⁸ Durch dem Staat zurechenbare Unternehmensentscheidungen wurden die Marktanteile neu verteilt. Wird eine faktische Grundrechtseinschränkung im konkreten Fall bejaht, schliesst sich daran die Prüfung nach Art. 36 BV an, welche selbstverständlich zu Gunsten des staatlichen Handelns ausgehen kann.

39. Eine gerichtliche Prüfungspflicht ist verfassungsrechtlich geboten, nicht ein aus den Grundrechten abgeleitetes Verbot der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit.
- a) Bei der Prüfung ist die Abschreckungswirkung, welche eine privatwirtschaftliche Staatstätigkeit entfalten kann, gebührend zu berücksichtigen. Damit wird umschrieben, dass staatliches Handeln als zusätzliche Wirkung, welche nicht angestrebt sein muss, Private von der zukünftigen Ausübung ihrer grundrechtlichen Ansprüche abschreckt.¹⁰⁹
 - b) Die Abschreckungswirkung zeigt sich demnach erst in der Zukunft und ex negativo, d.i. durch ein Unterlassen; sie beruht deshalb auf Annahmen über psychologische und gesellschaftliche Zusammenhänge.¹¹⁰ Die Praxis überprüft das Vorliegen einer solchen Wirkung denn auch danach, ob eine staatliche Massnahme «geeignet» ist, einen abschreckenden Effekt zu haben.¹¹¹
 - c) Die Frage, ob es auch zu einer Grundrechtseinschränkung kommt, muss geprüft werden, wenn die Gefahr der Abschreckung eine gewisse Intensität aufweist, das heisst objektiv nachvollziehbar ist.¹¹² Der Eintritt des Staats in einen Markt kann mit einer derart dominanten Stellung des staatlichen Anbieters verbunden sein, dass mögliche private Konkurrenten den eigenen Markteintritt von vornherein unterlassen.¹¹³

Zur Illustration: Das Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie bietet neben der Erfüllung seiner Aufgaben auch erweiterte Dienstleistungen auf privatrechtlicher Basis an.¹¹⁴ Für Klima-Analysen und -Expertisen wird ein Stundenansatz von CHF 190.00 berechnet.¹¹⁵ Angesichts dieses Ansatzes und des Vertrauens, welches ein Bundesamt in seinem Bereich regelmässig geniesst, kann dies unseres Erachtens auf mögliche private Konkurrenten abschreckend wirken.

- iii. Rechtfertigung von Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit

¹⁰⁸ Vgl. SRF Regionaljournal Bern Freiburg Wallis vom 27. April 2017 («Trotz Kritik: BKW übernimmt weiteres Ingenieur-Unternehmen»); Berner Zeitung vom 20. Oktober 2021 («BKW kauft Tunnel-Spezialist»); NZZ vom 15. Februar 2022, S. 17 («Stopp den Kaufexzessen von Staatsbetrieben!»).

¹⁰⁹ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 N 31 f.; EGMR, Urteil Nr. 8080/08 vom 1. Dezember 2011, Schwabe und M.G. gegen Deutschland, Ziff. 116 ff. («*chilling effect*»).

¹¹⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 N 31; SCHEFER, S. 450 f.

¹¹¹ BGE 143 I 147 E. 11 S. 160; 140 I 2 E. 10.4 S. 32.

¹¹² CR BV-DUBEY, Art. 36 N 39 f.; SCHEFER, S. 473 ff., m. w. H.

¹¹³ GI. M. BAUMANN, N 258.

¹¹⁴ Art. 4 MetG.

¹¹⁵ Vgl. <<https://www.meteoschweiz.admin.ch/home/service-und-publikationen/beratung-und-service/klimaanalysen-experten.html>>, zuletzt abgerufen am 16. Mai 2022.

40. Infolge einer privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit kann das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit in zulässiger Weise eingeschränkt werden.¹¹⁶ Eine staatliche Massnahme, welche sich gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit richtet, muss in der Bundesverfassung vorgesehen oder in einem kantonalen Regalrecht begründet sein.¹¹⁷ Zur Beantwortung der Frage, ob eine Einschränkung in diesem Sinne grundsatzkonform (auch: «systemkonform») ist, wird auf die Motivation hinter dem staatlichen Handeln abgestellt.¹¹⁸

- a) Wenn die primäre Zielsetzung hinter dem behördlichen Tätigwerden darin besteht, den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder zu behindern, wird Grundsatzwidrigkeit angenommen. Systemwidrige Nebenfolgen bleiben unbeachtet.¹¹⁹
- b) Die Differenzierung von grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Massnahmen ist auch beim Erfordernis des hinreichenden öffentlichen Interesses zu beachten (Art. 36 Abs. 2 BV).¹²⁰ Primär wirtschaftspolitisch motivierte Massnahmen oder fiskalische Zwecke sind grundsatzwidrig.¹²¹
- c) Schliesslich muss die staatliche Massnahme verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV) und den Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV) der Wirtschaftsfreiheit wahren.¹²² Letzteres ist in der bundesgerichtlichen Praxis kaum von Bedeutung.¹²³

41. Die Prüfung am Massstab von Art. 36 BV, der bei einem Eingriff in Grundrechte zur Anwendung kommt, ist gegenüber der Prüfung nach Art. 5 BV in mehrfacher Hinsicht strenger:¹²⁴

- a) Bei einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff muss das diesem zu Grunde liegende Gesetz nicht nur von hinreichender Normstufe, sondern auch von genügender Normdichte sein.¹²⁵ Dies bedeutet, dass die fragliche Bestimmung in den entscheidenden Punkten klar und unzweideutig formuliert sein muss, sodass davon ausgegangen werden kann, die Grundrechtseinschränkung sei bewusst demokratisch legitimiert worden.¹²⁶ Die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung ist zu grosszügig.

Zur Illustration: Die SBB werden pauschal ermächtigt, alle Rechtsgeschäfte zu tätigen, «die mit dem Zweck des Unternehmens direkt oder indirekt im Zusammenhang stehen oder die geeignet sind, diesen zu fördern. Sie können namentlich Gesellschaften gründen, sich an solchen beteiligen oder auf andere Weise mit Dritten zusammenarbeiten».¹²⁷ Das führt dazu, dass die SBB-Töchter SBB Cargo AG und SBB Cargo

¹¹⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 3 und 49; BIAGGINI, OFK BV, Art. 27 N 28.

¹¹⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 55; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 38.

¹¹⁸ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 92 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 56 ff. und 85 f.; BGE 130 II 87 E. 3 S. 92; 138 I 378 E. 8.3 S. 394.

¹¹⁹ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 56 ff.; differenzierend hinsichtlich der Nebenfolgen sind hingegen BIAGGINI, OFK BV, Art. 27 N 33; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 48 f.

¹²⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 78 ff.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 37, behandelt die Frage der Grundsatzkonformität ausschliesslich als «Besonderheit zulässiger öffentlicher Interessen».

¹²¹ Vgl. Nachweise in Fn. 118.

¹²² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 N 87 ff. und 47 ff.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 52 ff.

¹²³ BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 54; Frage offen gelassen in BGE 136 I 17 E. 4.5. S. 28.

¹²⁴ Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung oben 2. Kapitel A.II.a.

¹²⁵ CR BV-DUBEY, Art. 36 N 78 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 N 56.

¹²⁶ CR BV-DUBEY, Art. 36 N 78; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 N 58.

¹²⁷ Art. 3 Abs. 2 SBBG.

International AG Güterverkehrsdiensleistungen auf der ganzen Nord-Süd-Achse zwischen Nordseehäfen und Norditalien anbieten und massgeblich an weiteren Unternehmen beteiligt sind, wie etwa der Gateway Basel Nord AG, die einen neuen Rheinhafen realisieren will.¹²⁸ Diesbezüglich weisen auch TRÜMLER/HERZOG-ZWITTER darauf hin, dass eine allfällige «unternehmerische Flexibilität des Staates» gesetzlich genügend abgebildet sein müsste.¹²⁹

- b) Als öffentliches Interesse ist nicht jedes beliebige Interesse hinreichend, um eine Grundrechtseinschränkung zu rechtfertigen.¹³⁰ Die im Fall *Glarnerach* angeführten Gründe für den Markteintritt des Staatsunternehmens waren rein betriebswirtschaftlicher Natur.¹³¹ Als hinreichendes öffentliches Interesse für einen staatlichen Eingriff in die Wirtschaft kommen folgende Situationen in Betracht:
- Eine *Limitierung des Angebotes durch den Staat* im Vergleich zur Situation mit freiem Marktzugang ist bei *Gemeingütern* (Allmende-Güter) – wie etwa bei frei zugänglichen öffentlichen Strassen oder Fischgründen – sinnvoll, denn diese sind durch die ökonomischen Eigenschaften der Nicht-Ausschliessbarkeit und Rivalität im Konsum charakterisiert. Diese Güter tendieren im Markt dazu, übernutzt zu werden, weil der einzelne Nutzer ohne rechtliche Einschränkungen nicht vom Verbrauch oder der Nutzung des Gutes ausgeschlossen werden kann, aber die individuelle Nutzung wegen der Rivalität im Konsum den Restwert des Gutes für alle anderen Nutzer reduziert (sog. *negative Externalität*). Eng verwandt mit dem Übernutzungsproblem sind sogenannte *demeritorische Güter*, wie Alkohol, Tabak oder auch Glücksspiel. Die Sorge ist, dass solche Güter möglicherweise durch Individuen in einem als für sie ungesund erachteten Übermass konsumiert werden können. Eine Limitierung des Angebotes durch eine Konzessionspflicht kann zu einer Reduktion des Angebotes und somit zu einer Verkleinerung der negativen Effekte im Vergleich zum freien Markt führen. Außerdem können Missbräuche verhindert oder zumindest erschwert werden. Im Rahmen des staatlich limitierten Angebots können konzessionierte Unternehmen grundsätzlich rentabel sein.¹³² Angesichts dessen, dass in derartigen Marktsituationen genügend Unternehmen Leistungen erbringen wollen, besteht zwar – wegen der Gefahr der Übernutzung – ein staatliches Interesse an einer Marktregulierung, regelmässig aber kein öffentliches Interesse am Eintritt des Staates in den (begrenzten) Markt.
 - Ein staatliches Handeln kann zudem erforderlich sein, um ein Angebot zu schaffen, das im freien Markt nicht oder nur ungenügend bereitgestellt würde. Ein Hauptbeispiel dafür sind sog. *öffentliche Güter*, welche durch Nicht-Rivalität im

¹²⁸ Vgl. <<https://www.sbccargo.com/de/angebot/transportleistungen/kombinierter-verkehr.html>> und <<https://gateway-baselnord.com/ueber-uns/>>, zuletzt abgerufen am 18. Mai 2022.

¹²⁹ TRÜMLER/HERZOG-ZWITTER, S. 474.

¹³⁰ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N 107; ebenso interessanterweise BGE 131 I 223 E. 4.2 S. 231: «Im Bereich der Wirtschaftsfreiheit genügt nicht jedes öffentliche Interesse für eine Einschränkung».

¹³¹ BGE 138 I 378 E. 8, S. 392 ff.

¹³² Zum Ganzen ABEGG/HEFTI/SEFEROVIC, S. 53, m. w. H.

Konsum und Nicht-Ausschliessbarkeit gekennzeichnet sind. Diese beiden Eigenschaften verunmöglichen weitgehend ein privatwirtschaftliches Angebot des Gutes. Ein Beispiel für derartige Güter sind Sendekonzessionen mit Programmauftrag (regionales Radio- oder TV-Programm) oder Streckenkonzessionen beim Regionalverkehr mit Erschliessungsfunktion. Ebenso kann eine Konzession oder ein Leistungsauftrag erteilt werden, falls bei der Produktion des Gutes hohe Netz- oder Infrastrukturkosten bestehen, z. B. bei der Eisenbahninfrastruktur. Solche Technologien sind gekennzeichnet durch zunehmende Skalenerträge bei der Produktion. Dies sind typische Fälle, in welchen der Eintritt einer staatlichen Unternehmung in den Wettbewerb gerechtfertigt erscheint. Falls die Gesamtkosten eines Angebots niedriger sind, wenn nur eine einzelne Unternehmung das Gut anbietet, anstatt dass sich mehrere konkurrierende Anbieter das Angebot teilen, dann ist es gegebenenfalls ökonomisch effizient, den Markt als Monopol auszustalten (sog. *natürliches Monopol*). Als Beispiele für natürliche Monopole werden netzwerkintensive Industrien wie Stromleitungen, Schienen, Straßen oder Flughäfen genannt. Dabei ist zwischen dem Angebot der Netzwerkinfrastruktur und der (anschliessenden) Nutzung des Netzwerks zu unterscheiden; das natürliche Monopol bezieht sich insbesondere auf Ersteres.¹³³

Ausserdem ist zu prüfen, ob nicht Widersprüche zu anderen staatlichen Handlungen und anderen verfolgten öffentlichen Interessen entstehen.¹³⁴

- c) Schliesslich wird auch die Verhältnismässigkeit nach Art. 36 Abs. 3 BV strenger gehandhabt als nach Art. 5 Abs. 2 BV.¹³⁵ Eine staatliche Tätigkeit, welche nicht erforderlich ist, ist unverhältnismässig.¹³⁶ Eine privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, welche nicht aufgrund einer vorhergehenden Bedarfserhebung und einem so ermittelten ungenügenden privaten Angebot aufgenommen wird, ist grundsätzlich unzulässig.¹³⁷

iv. Grundrechtsträger und Adressaten

42. Auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i. V. m. Art. 94 BV) können sich insbesondere schweizerische natürliche und juristische Personen des Privatrechts berufen.¹³⁸

- a) Ausländische Staatsangehörige können sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, soweit sie in der Schweiz uneingeschränkt auf dem Arbeitsmarkt zugelassen sind.¹³⁹
- b) Juristische Personen mit Sitz im Ausland werden von Art. 27 BV umfasst, wenn sie einen Anspruch auf wirtschaftliche Tätigkeit in der Schweiz haben.¹⁴⁰

¹³³ ABEGG/HEFTI/SEFEROVIC, S. 54, m. w. H.

¹³⁴ TRÜMLER/HERZOG-ZWITTER, S. 476, weisen zu Recht darauf hin, dass privatwirtschaftliche Tätigkeiten für öffentliche Spitäler zwar betriebswirtschaftlich sinnvoll sein, aber auch in Widerspruch zu einem gleichzeitig in Kraft stehenden Zulassungsstopp geraten können.

¹³⁵ CR BV-DUBEY, Art. 36 N 5; BGE 138 I 378 E. 8.7 S. 397 f.

¹³⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9 N 130 ff.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 209 f.

¹³⁷ Vgl. TRÜMLER/HERZOG-ZWITTER, S. 476 f.; a. A. BGE 138 I 378 E. 8.4 S. 395, wonach ein solches Subsidiaritätsprinzip «eher ein wirtschaftspolitisches Leitbild als eine justiziable Rechtsregel» sei.

¹³⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 31 N 18; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 46.

¹³⁹ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 31 N 19; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 47 ff.

¹⁴⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 31 N 19; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 51 ff.

- c) Für KMU mit Sitz in der Schweiz ist unabhängig von ihrer Rechtsform in aller Regel der Grundrechtsschutz gegeben.¹⁴¹
43. Durch die Grundrechte verpflichtet ist der Staat (Art. 35 Abs. 2 BV); dieser umfasst natürliche und juristische Personen, die dem Staat zuzurechnen sind.¹⁴²

B. Der Staat als Regulator und Teilnehmer am Wettbewerb

44. Der Verpflichtung des Staates, einen fairen Wettbewerb sicherzustellen, kann mit weiteren Interessen kollidieren. Gemäss Art. 50 der Berner Kantonverfassung haben Kanton und Gemeinden «für eine strukturell und regional ausgewogene» Wirtschaft zu sorgen.¹⁴³ Das Finden eines Gleichgewichts¹⁴⁴ zwischen den relevanten Interessen erweist sich insbesondere dort als schwierig, wo gleichzeitig gegenläufige Interessen verfolgt werden (müssen).

- a) Ein Interessenkonflikt liegt dann vor, wenn der Staat in einer Doppelrolle sowohl als Regulator eines Marktes als auch als Teilnehmer am entsprechenden Wettbewerb auftritt.¹⁴⁵

Zur Illustration: Der Bund hat aufgrund von Art. 92 BV eine umfassende Gesetzgebungs-kompetenz im Postwesen und die Aufgabe, für eine ausreichende und preiswerte Grund-versorgung mit Postdiensten in allen Landesgegenden zu sorgen.¹⁴⁶ Gleichzeitig ermöglicht Art. 3 POG Tätigkeiten durch die Schweizerische Post AG, welche über die Grund-versorgung hinausgehen.¹⁴⁷ Art. 46 VPG sieht schliesslich vor, dass die Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung durch die Erlöse aus der gesamten Konzernstruktur der Post erfolgt.¹⁴⁸ Der Bund ist also Regulator des Postmarkts, der eine preiswerte Grundversorgung gewährleisten muss, und zugleich Wettbewerber auf dem Postmarkt, der ein Interesse an Gewinnen hat, um genau diese Grundversorgung zu finanzieren.¹⁴⁹

- b) Eine anerkannte Praxis, wie ein solcher seit langem bekannter Interessenkonflikt zu lösen wäre,¹⁵⁰ besteht nicht.¹⁵¹ Immerhin gibt es einige Prinzipien:
 - Es darf keine regulatorische Bevorzugung der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit geben.¹⁵²

¹⁴¹ KMU machen 99 % der Berner Unternehmen aus und beschäftigen mehr als die Hälfte der Berner Arbeitnehmenden, vgl. MÜLLER/HERRENSCHWAND, N 19.

¹⁴² KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 31 N 20; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 54.

¹⁴³ Vgl. MÜLLER/HERRENSCHWAND, N 22, m. w. H.

¹⁴⁴ TSCHANNE, N 176 ff., m. w. H.

¹⁴⁵ BAUMANN, N 129; UHLMANN/BEZZOLA, S. 221 ff.

¹⁴⁶ BIAGGINI, OFK BV, Art. 92 N 3 ff.; BSK BV-KERN, Art. 92 N 4 ff.

¹⁴⁷ BOUCHER-KIND, N 631 ff., m. w. H.

¹⁴⁸ BOUCHER-KIND, N 619 ff.; BSK BV-KERN, Art. 92 N 28.

¹⁴⁹ Vgl. auch BAUMANN, N 129 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 28 N 79.

¹⁵⁰ Corporate-Governance-Bericht, S. 8288 ff.; Bericht Staat und Wettbewerb, S. 8.

¹⁵¹ Vgl. etwa die Beispiele unterschiedlicher Regulierungen im Fernmeldebereich, im Postwesen und im Eisenbahnverkehr bei UHLMANN/BEZZOLA, S. 237 f., m. w. H.

¹⁵² OECD, Competitive Neutrality, S. 65 ff.; zustimmend UHLMANN/BEZZOLA, S. 236., m. w. H.

- Eine Eigentümerstrategie des Staatsunternehmens sollte festgelegt werden. Darin werden periodisch Ziele festgelegt und gewichtet sowie zumindest ungefähre Vorgaben aufgenommen, wie mit Zielkonflikten umzugehen ist.¹⁵³
- *Zur Illustration:* Der Bundesrat veröffentlicht seine Eignerstrategien für die verselbstständigten Einheiten wie Die Schweizerische Post AG oder die Swisscom AG.¹⁵⁴ Diese werden alle acht Jahre systematisch überprüft, und insbesondere wird geklärt, ob weiterhin ein öffentliches Interesse an der Aufgabenerfüllung durch die verselbstständigten Einheiten besteht.¹⁵⁵ Allerdings ist der Bundesrat skeptisch, was die Priorisierung von Zielen angeht, da er dadurch eine «operative Übersteuerung der Unternehmen» und eine «unerwünschte Selbstbindung des Eigners» befürchtet.¹⁵⁶
- Erwähnenswert ist schliesslich die Motion Caroni 20.3531, Fairer Wettbewerb gegenüber Staatsunternehmen. Diese wurde gegen den Willen des Bundesrats durch die eidgenössischen Räte angenommen. Als möglicher Anknüpfungspunkt für die Eindämmung von «Wettbewerbsverzerrungen durch Staatsunternehmen» wird das BGBM genannt. Konkret schlägt der Motionär vor, das BGBM mit dem Grundsatz zu ergänzen, dass Staatsunternehmen den Wettbewerb nicht verzerrn dürfen und insbesondere zu definierende Kategorien von Verzerrungen unterlassen oder kompensieren müssen. Die WEKO soll sodann entsprechende Instrumente zur Aufsicht erhalten. Gleichzeitig wird allerdings verlangt, dass die durch den Bundesrat vorzuschlagende Lösung «die föderalistischen Zuständigkeiten» beachten soll.

45. Das Spannungsfeld widerstreitender Interessen, welches bei einer Doppelrolle «Staat als Regulator» und «Staat als Teilnehmer am Wettbewerb» besteht, ist immanent. Den Eintritt in den Markt und in der Folge den Auftritt im Wettbewerbsumfeld kann der Staat den Privaten überlassen, während die Funktion als Regulator gerade staatlich angesiedelt sein sollte: «*Staat bleibt Staat, auch wenn er sich privatrechtliche Kleider überzieht*». ¹⁵⁷

- a) Die Grundrechtsbindung (Art. 35 Abs. 2 BV) besteht für alle Entitäten, welche staatliche Aufgaben wahrnehmen, unabhängig von der Rechtsform.¹⁵⁸
- b) Fraglich ist, ob und inwieweit die Grundrechtsbindung bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit und damit ausserhalb der Wahrnehmung von staatlichen Aufgaben entfällt.¹⁵⁹ Für den Postkonzern hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwar eine Grundrechtsbindung verneint, soweit die Angebote über die Grundversorgung hinausgehen, die

¹⁵³ Corporate-Governance-Bericht, S. 8289; Bericht Staat und Wettbewerb, S. 8.

¹⁵⁴ BBI 2020 10077; BBI 2021 2848; BBI 2020 135.

¹⁵⁵ Eignerstrategie des Bundesrates, S. 30 f., m. w. H.

¹⁵⁶ Eignerstrategie des Bundesrates, S. 37.

¹⁵⁷ SALADIN, S. 72 (Hervorhebung im Original).

¹⁵⁸ BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 9 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 52 ff.

¹⁵⁹ BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 9; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 171.

privatautonomen Handlungen der Post allerdings durch eine Kontrahierungspflicht begrenzt.¹⁶⁰

- c) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung differenziert zu wenig. Der Zweck der Grundrechte ist die Abwehr staatlicher Übergriffe auf zivilgesellschaftliche Prozesse.¹⁶¹ Dies muss gegenüber allem staatlichen Handeln möglich sein, denn sonst würde der Umgehung der verfassungsrechtlich gewollten Grundrechtsbindung Tür und Tor geöffnet und die Funktion des Wettbewerbs gefährdet.¹⁶²
- Die Bindung an die Grundrechte entfällt nur dann, wenn die privatwirtschaftliche Tätigkeit durch eine eigenständige Organisationseinheit ausgeübt wird, welche in keiner Art und Weise von staatlichen Vorteilen profitiert.¹⁶³ Andernfalls ist von einer Grundrechtsberechtigung dieser Entität auszugehen, gerade auch um die Funktion des fairen Wettbewerbs zu schützen.¹⁶⁴
 - Demgegenüber bleibt der Staat bei seiner privatwirtschaftlichen Tätigkeit so lange an die Grundrechte gebunden, als diese von staatlichen Vorteilen profitiert.¹⁶⁵ Dieser Ansatz ist bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu relativieren. Bei diesen ist nur, aber immerhin, zu verlangen, dass die Vertreter des Gemeinwesens die grundrechtlichen Ansprüche berücksichtigen, auch wenn sie ihnen möglicherweise nicht zum Durchbruch verhelfen können.¹⁶⁶

C. Fazit

46. 1. Befund: Unter dem Begriff Wettbewerb wird verstanden, dass verschiedene Anbieter gleichzeitig versuchen, mit der Marktgegenseite zu Geschäftsabschlüssen zu kommen und sich dabei einander gegenüber rivalisierend verhalten. Eine Wettbewerbsverfälschung liegt dann vor, wenn die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs etwa durch ungleiche Wettbewerbsvoraussetzungen für private und staatliche Marktteilnehmer gestört wird. Demgegenüber besteht dann ein fairer Wettbewerb, wenn für die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten, wie sie ein entsprechendes privates Unternehmen zu beachten hat.

47. 2. Befund: Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit ist zulässig, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist und diese nach dem Spezialitätsprinzip das Gebiet staatlicher

¹⁶⁰ BGE 129 III 35 E. 5 S. 39 ff.

¹⁶¹ Statt vieler BGE 98 Ia 362 E. 5a S. 367: «Sinn der Freiheitsrechte ist die Begrenzung der staatlichen Macht gegenüber dem einzelnen Bürger»; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 9 ff.

¹⁶² BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 9, unter Hinweis auf BGE 127 I 84 E. 4c S. 90; HETTICH, Infrastrukturverfassung, N 25; TSCHENTTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 172.

¹⁶³ Noch strenger HETTICH, Infrastrukturverfassung, N 25, m. w. H., der einen rein personalen Ansatz verfolgt; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 18 N 102 ff.

¹⁶⁴ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1866, die allerdings offenlassen, ob sich Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung zwingend ausschliessen.

¹⁶⁵ Ähnlich BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 11; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 62.

¹⁶⁶ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 18 N 102; ähnlich BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 12, der die Grundrechtsbindung prinzipiell bejaht und nach der Intensität der staatlichen Einflussnahme differenziert.

Tätigkeit umreisst, ein öffentliches Interesse gegeben sowie die Verhältnismässigkeit gewahrt ist. Zudem muss die Wettbewerbsneutralität gegeben sein.

48. 3. Befund: Es fehlen umfassende Regeln, aber auch eine bewährte Praxis, wie der Interessenkonflikt zu lösen ist, wenn der Staat gleichzeitig Regulator und Teilnehmer am Wettbewerb ist. Solange keine Regeln bestehen, wie dieses Spannungsfeld wettbewerbsneutral ausgestaltet wird, sollten Markteintritte staatlicher Betriebe grundsätzlich nicht erfolgen und die Schwellen für eine private Staatstätigkeit (vgl. 2. Befund) hoch angesetzt werden.

49. 4. Befund: Alle drei Staatsgewalten sollten den fairen Wettbewerb sicherstellen:

- a) *Rechtsprechung #1:* Gemäss Bundesgericht gilt für die Beurteilung der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Wahrung der Verhältnismässigkeit der (tiefen) Massstab von Art. 5 BV und nicht derjenige von Art. 36 BV, weil es in der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit grundsätzlich keine Grundrechtseinschränkung erkennt. Diese Rechtsprechung sollte unseres Erachtens durch das *Bundesgericht* geändert werden. Sie führt dazu, dass wettbewerbsverzerrende Massnahmen zwar grundsätzlich verboten sind, wettbewerbsverzerrende Massnahmen aber bei wirtschaftlichen Staatstätigkeiten zur Regel werden, weil der Rechtsschutz unzureichend ist. Eine Änderung der Rechtsprechung und eine strengere Prüfung wäre unseres Erachtens auch unter Berufung auf Art. 5 BV möglich und insbesondere hinsichtlich des Spezialitätsprinzips geboten.
- b) *Rechtsprechung #2:* Im Einzelfall ist zu prüfen, ob das staatliche Handeln eine faktische Einschränkung der Grundrechte – insbesondere der Wirtschaftsfreiheit – darstellt. Mit einzubeziehen ist die Abschreckungswirkung, welche staatliches Handeln haben kann. Die Bejahung einer Einschränkung der Grundrechte heisst noch nicht, dass diese auch verletzt sind. Immerhin würde aber das staatliche Handeln, und dabei insbesondere die wirtschaftliche Staatstätigkeit gegenüber Privaten, rechtfertigungsbedürftig.
- c) *Gesetzgebung:* Der nicht justiziable Gehalt der Art. 27 und 94 BV sollte in der Gesetzgebung konkretisiert werden. Der Gesetzgeber sollte dabei eine möglichst wettbewerbsfreundliche Wirtschaftsordnung schaffen. Die Berücksichtigung dieser objektiv-rechtlichen Dimension gilt im besonderen Masse dort, wo ein Machtgefälle besteht.
- d) *Exekutive:* Wer für die Aufsicht und die Steuerung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zuständig ist, ist ebenfalls dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet. Hier sollte der Fokus darauf liegen, allfällige Interessenkonflikte zu erkennen, zu benennen und in transparenter Art und Weise aufzulösen.

3. Kapitel: Wettbewerbsverfälschungen durch Staatsbetriebe

50. Die 2. Forschungsfrage lautet: Wo und inwiefern bestehen Wettbewerbsverfälschungen durch Staatsbetriebe? Es wird im Folgenden untersucht, wo und wie es zu staatlich verursachten Verfälschungen des Wettbewerbs und damit allenfalls zu (faktischen) Einschränkungen des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit kommt.

A. Wettbewerbsverfälschungen

51. Nachfolgend werden typische Wettbewerbsverfälschungen, welche direkt oder indirekt durch den Staat verursacht werden, dargestellt. Weniger Wettbewerb zieht in der Praxis Wohlfahrtsverluste durch zu hohe Preise für kleinere Mengen, geringere Innovationsanreize sowie eine verminderte Produktionseffizienz nach sich.¹⁶⁷

I. Gesetzliche Wettbewerbsverfälschungen

52. Der Staat kann den Wettbewerb in gewissen Märkten einschränken (nachstehend a), komplett ausschliessen (nachstehend b) oder gewissen Unternehmen Vorteile verschaffen (nachstehend c).

- a) Durch den Erlass von Gesetzen ist es dem Staat möglich, einen spezifischen Markt zu regulieren sowie allgemeine Spielregeln für den Wettbewerb aufzustellen.
- b) Der Wettbewerb kann völlig beseitigt werden, indem der Staat eine staatliche Markt- oder Preisordnung erlässt oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstattet (vgl. Art. 3 KG).¹⁶⁸

Zur Illustration: Im Energiemarkt unterliegen viele Anbieter einem Zwang zur Belieferung bestimmter Kundengruppen (private Haushalte).¹⁶⁹ Weitere aktuelle Beispiele finden sich im Landwirtschafts- und Agrarsektor. Ebenfalls führt die obligatorische Motorfahrzeughaftpflichtversicherung zu einem vollständigen Wettbewerbsausschluss.

- c) Regulierungsvorteile für staatliche Unternehmen liegen dann vor, wenn für die Staatsunternehmen nicht die gleichen bzw. bessere Vorschriften auf dem Markt vorgesehen sind als für die privaten Marktteilnehmer. Mögliche Vorteile oder Erleichterungen sind vereinfachte Bewilligungsverfahren, Marktzutrittsschranken, Gesetzesausnahmen, Steuervorteile, Konkurs Erlasse oder Sonderrechte.¹⁷⁰

Zur Illustration: (i) Öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen fallen nicht unter die eidgenössische Versicherungsaufsicht und sind demzufolge nicht dem Versicherungsaufsichtsgesetz unterstellt. Damit entfällt auch die Aufsichtspflicht der FINMA für die öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen.¹⁷¹ (ii) In Art. 27 Abs. 1^{ter} ArG wird eine Ausnahme für das Arbeitsverbot an Sonntagen statuiert. Demnach gilt das Arbeitsverbot

¹⁶⁷ Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlicher beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, S. 12.

¹⁶⁸ Vgl. BEYELER, S. 109 f.

¹⁶⁹ Z.B. Anschlusspflicht gemäss Art. 5 Abs.2 StromVG.

¹⁷⁰ OECD, Global Competitors, S. 30.

¹⁷¹ BGE 138 I 378, E. 9.5.

an Sonntagen nicht für Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetriebe innerhalb von Bahnhöfen. Da die SBB die Eigentümerin zahlreicher Bahnhöfe ist und sie damit auch die Lokalitäten für Läden, Restaurants etc. vermietet, kommt ihr hier ein Wettbewerbsvorteil zu, welche private Vermieter nicht nutzen können. (iii) Die Post hat einen Regulierungsvorteil, weil für sie gemäss Art. 2 Abs. 2 SVG das Nachtfahrverbot für Lastwagen nicht gilt.

II. Monopole

53. Monopole können grundsätzlich mit einem Gesetz oder mit einer Konzession begründet werden. Sie können zu einem kompletten Wettbewerbsausschluss führen (nachstehend a) oder entfalten auf dem Markt de facto eine wettbewerbsverzerrende Sogwirkung (nachstehend b).

- a) Erhält ein Unternehmen ein Monopol, so hat dieses das alleinige Recht auf Herstellung oder Verkauf eines bestimmten Produkts. Anderen Unternehmen ist es somit verunmöglich bzw. nicht erlaubt, mit dem Unternehmen in Konkurrenz zu treten und damit eine Wettbewerbssituation zu schaffen, da auf dem spezifischen Markt nur das durch den Staat ausgewählte Unternehmen tätig werden darf.

Zur Illustration: Besonders verbreitet sind Monopole in der Versorgung im Bereich der Wasser-, Gas- oder Elektrizitätswirtschaft. Weitere Beispiele sind die SBB sowie die Post.

- b) Wenn Kunden darauf angewiesen sind, für ein spezifisches Produkt oder eine spezifische Dienstleistung ein monopolistisches Unternehmen in Anspruch zu nehmen, so werden sie dazu tendieren, weitere gleichgelagerte Geschäfte – welche nicht in den Monopolbereich fallen – ebenfalls mit diesem Unternehmen abzuschliessen. Die Wettbewerbsverfälschung besteht darin, dass die Monopolstellung des Unternehmens eine gewisse «Sogwirkung» auf den Markt für die gleichgelagerten Geschäfte aufweist, welche nicht Resultat des Wettbewerbs, sondern durch den staatlichen Eingriff in den Wettbewerb (Monopol) verursacht ist.¹⁷² Ein rechtliches Verbot von Quersubventionierungen ändert an der faktischen Sogwirkung nichts.

Zur Illustration: Die Schweizerische Post verfügt infolge Art. 18 Abs. 1 PG im Bereich der Beförderung von Briefen bis zu 50 Gramm über eine Monopolstellung. Möchte ein Kunde nun diverse Briefe verschicken, wovon einige in den Monopolbereich fallen, so muss der Kunde diese über die Post verschicken. Aus Effizienzgründen wird sich der Kunde in der Regel auch dafür entscheiden, die restlichen Briefe ebenfalls durch die Post befördern zu lassen oder allenfalls andere Dienstleistungen der Post in Anspruch zu nehmen. Die Anfangskontakte werden durch die Monopolstellung ermöglicht.¹⁷³

III. Ex-Monopole

54. Ex-Monopolisten sind Unternehmen, welche früher über eine Monopolstellung verfügten, welche aber abgeschafft wurde und deren Markt für weitere Unternehmen geöffnet wurde. Die

¹⁷² Vgl. allgemein: ABEGG/FREI, S. 151 f.

¹⁷³ Vgl. zum Ganzen: BOUCHER-KIND, Rz 408.

weggefallene Monopolstellung des Ex-Monopolisten kann indes weiterhin wettbewerbsverzerrende Auswirkungen haben, namentlich wenn letzterer seine historischen Vorteile nutzen kann
(a). Eine Unterbindung dieser faktischen Wettbewerbsverzerrung ist schwierig (b).

- a) Aufgrund seiner bisherigen Monopoltätigkeit hat das Unternehmen 100% der möglichen Kunden. Auf diesen Kundenstamm haben die Konkurrenten bisher keinen Zugriff gehabt. Der Ex-Monopolist hat sodann einen Informationsvorsprung. Er kennt die gesamte Marktgegenseite sowie deren Marktverhalten und Ansprüche. Schliesslich verfügt der Ex-Monopolist über die erforderliche Infrastruktur und muss diese nicht zuerst aufbauen.
- b) Das Kartellgesetz verbietet zwar den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 KG), über die etwa ein Ex-Monopolist – jedenfalls unmittelbar – im Nachgang zu einer Markoliberalisierung verfügt.¹⁷⁴ (i) Das Kartellgesetz kann auf wirksame Weise bewusste Verhaltensweisen des Ex-Monopolisten wie etwa die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Bedingungen, das Erzwingen von unangemessenen Preisen oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen oder Koppelungsgeschäfte verhindern. (ii) Kaum steuern lässt sich mit dem Kartellgesetz (Wirkung ex-post) jedoch eine Korrektur der historischen Wettbewerbsvorteile. Hier kann allenfalls eine ex-ante-Regulierung ein *level playing field* schaffen.

Zur Illustration: Die Swisscom verfügte im Rahmen des PTT-Monopols über eine Monopolstellung, welche nach und nach abgebaut wurde. Im Gegensatz zu anderen Ex-Monopolisten im EU-Telekommarkt konnte die Swisscom ihre starke Marktstellung auf dem Schweizer Telekommarkt gut verteidigen. Dies könnte daran liegen, dass die Markoliberalisierung in der Schweiz nicht im gleichen Tempo und Ausmass erfolgt ist, wie dies in der EU geschehen ist. In der EU verfügen die Ex-Monopolisten jedoch ebenfalls weiterhin über mehr Marktanteile als ihre Mitbewerber.¹⁷⁵ Die beiden ADSL-Entscheide der WEKO («Wettbewerbsverzerrungen auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste»¹⁷⁶) zeigen, dass unzulässiges Verhalten der Swisscom wirksam geahndet werden kann. Das Kartellrecht vermag aber den Vorsprung an Wissen, Technologie und dergleichen nicht auszugleichen.

IV. Subventionen

55. Subventionen sind laut Art. 3 Abs. 1 SuG geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten. Es handelt sich mit anderen Worten um selektive Fördermassnahmen, welche dem privaten Wettbewerber nicht offenstehen (a).¹⁷⁷ Darin ist auch die Wettbewerbsverzerrung zu sehen, nämlich in der Tatsache, dass private Wettbewerber nicht in den Genuss von solchen Wettbewerbsvorteilen kommen können und damit keine fairen Wettbewerbsbedingungen herrschen (b).

¹⁷⁴ Vgl. BOUCHER-KIND, Rz 367 ff.

¹⁷⁵ Swisscom trotz Liberalisierung besser als andere Ex-Monopolisten - SWI swissinfo.ch (besucht im Juli 2022).

¹⁷⁶ Medienmitteilung WEKO vom 18.12.2003; Swisscom ADSL 1.

¹⁷⁷ Vgl. OECD, Global Competitors, S. 28.

- a) Nach Art. 103 BV kann der Bund wirtschaftlich bedrohte Landesgegenden unterstützen sowie Wirtschaftszweige und Berufe fördern, wenn zumutbare Selbsthilfemaßnahmen nicht ausreichen. Der Bund verfügt damit über eine allgemeine Förderungskompetenz zugunsten einzelner Wirtschaftszweige und kann strukturerhaltende Eingriffe vornehmen. Von einer direkten Subvention wird gesprochen, wenn der Staat eine positive Leistung erbringt. Eine indirekte Subvention liegt vor, wenn die Vergünstigung im Verzicht des Staates auf eine ihm zustehende Einnahme besteht.¹⁷⁸ Hierzu zählen auch Bürgschaften und Garantien.
- b) Die allgemeine Förderungskompetenz ist dabei an keine besonderen Voraussetzungen gebunden. Die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen liegt auch deshalb auf der Hand.
 - Der Bund soll den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit respektieren und die Förderungsmassnahmen wettbewerbsneutral ausgestalten. Die erwähnte mögliche Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bezieht sich nur auf die strukturerhaltenden Eingriffe.¹⁷⁹ Folglich hat der Bund (und u. a. auch die Kantone) bei Förderungsmassnahmen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu respektieren; diese müssen entsprechend wettbewerbsneutral sein.
 - Gemäss Lehre und Rechtsprechung verstossen staatliche Förderungsmassnahmen gegen die Wirtschaftsfreiheit, wenn sie den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren.¹⁸⁰

Zur Illustration: Für die SBB hat sich der Bund für ein Darlehen in der Höhe von CHF 915 Mio. verbürgt. Dadurch erhielt die SBB einen Zinsvorteil im Umfang von CHF 11,2 Mio.¹⁸¹ Die CHF 11,2 Mio. an Einsparungen stellen eine indirekte Subvention dar.

V. Quersubventionen

56. Eine Quersubventionierung liegt vor, wenn Kosten- oder Erlösverlagerungen eines Produktes oder Marktsegments vorgenommen werden. Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, und in der Praxis wird auch regelmässig davon Gebrauch gemacht (a). Wettbewerbsverzerrungen entstehen aber dann, wenn die Quersubventionen aus oder zu Lasten von Mitteln des öffentlichen Aufgabenbereichs finanziert werden (b).

- a) Wird ein neues Produkt eingeführt, so kann das Produkt selten unmittelbar kostendeckend produziert werden, weswegen Kosten- und Erlösverlagerungen vorgenommen werden. Eine Quersubventionierung kommt ferner in Betracht, wenn wegen prestigeträchtigen oder sentimental Gründen eine Produktelinie quersubventioniert wird. Es können aber schliesslich bei einer Quersubventionierung durch den Staat auch sozial-politische Gründe vorliegen. Dann werden in einem förderungswürdigen Bereich allzu tiefe, nicht kostendeckende, und als Ausgleich in einem anderen Bereich höhere Preise festgelegt, damit mit den dort erwirtschafteten Gewinnen die Verluste im geförderten

¹⁷⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2526.

¹⁷⁹ Botschaft BV, BBI 1997 I 1 ff., S. 307.

¹⁸⁰ Vgl. BGE 120 Ib 142 E. 3b; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 758.

¹⁸¹ EFV (2021d): Band 2B.

Bereich aufgefangen werden können.¹⁸² In diesen Fällen ist die Quersubvention nicht zu beanstanden und führt auch zu keiner Wettbewerbsverzerrung, solange die Mittel durch Eigenleistung (einschliesslich Fremdfinanzierung) des jeweiligen Unternehmens produziert werden.

- b) Eine (unzulässige) Wettbewerbsverzerrung liegt demgegenüber (fast) ausschliesslich bei Unternehmen vor, welche zum einen eine öffentliche Aufgabe gegen Entgelt erfüllen und zum anderen in privatwirtschaftlichen Märkten tätig sind. Durch die Quersubventionierung kann das Unternehmen seine Marktmacht im öffentlichen Aufgabenbereich auf die privaten Märkte einfließen lassen.¹⁸³ Dies geschieht etwa dadurch, dass eine Fehallokation der Kosten oder Erträge vorgenommen wird. Demzufolge werden Kosten, welche eigentlich im privatwirtschaftlichen Sektor anfallen, beim Sektor der öffentlichen Aufgabe geltend gemacht. Dafür geeignet sind z. B. Gemeinkosten, welche sich nur schwierig einem Produkt zuordnen lassen und dadurch auch bei einer allfälligen Kontrolle der entsprechenden Regulierungsbehörde nicht sofort ins Auge stechen.

VI. Staatsgarantie

54. Staatsgarantie im Bankensektor bedeutet, dass der Kanton für die jeweiligen Forderungen gegenüber den Kantonalbanken haftet. Der Kanton stellt damit sicher, dass die Gläubiger (Bankkunden) bei Schwierigkeiten der Kantonalbank nicht oder wenig zu Verlusten kommen.
- a) Der Kanton legt selbst fest, für welche Verbindlichkeiten er haften möchte. Ebenfalls definiert der Kanton die Höhe der Abgeltung, welche die Kantonalbank für die Gewährung der Staatsgarantie entrichten muss.
- b) Bei wenigen Kantonalbanken wurde die Staatsgarantie abgeschafft, wie beispielsweise bei der Berner Kantonalbank. Die Berner Kantonalbank ist heute als reguläre Aktiengesellschaft organisiert und nicht mehr in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt. Die grosse Mehrheit der Kantonalbanken verfügt aber weiterhin über eine Staatsgarantie.
55. Die Wettbewerbsverfälschung zeigt sich in mehrerer Hinsicht:
- a) Eine Staatsgarantie verschafft Kantonalbanken, deren Kunden und Geschäftspartner sich auf eine Absicherung durch einen Staat verlassen können, einen Wettbewerbsvorteil bei der Gewinnung und Bindung von Kunden und Geschäftspartnern. Für andere Banken, welche über keine Staatsgarantie verfügen, ist dies auf dem Markt ein Nachteil, da hinter jenen Banken kein Staat steht, welcher im Notfall einspringen und die Forderungen decken würde. Dieser Vorteil spiegelt sich etwa in den relevanten Bankenratings von Agenturen wie Standard & Poor's wider, bei welcher die Zürcher Kantonalbank mit einem AAA-Rating ausgezeichnet wurde. Das «*stand alone*»-Rating – das Rating ohne Berücksichtigung der Staatsgarantie – kommt von der gleichen Agentur nur auf ein aa-Rating, welches drei Stufen tiefer liegt (S&P Global Ratings (2021): Zürcher Kantonalbank. Frankfurt: November 2021).

¹⁸² Vgl. zum Ganzen: BAUMANN, N 217 ff. m. w. H.

¹⁸³ GHAZARIAN, S. 40.

- b) Staatsgarantien können zu einer Eingehung von übermässigen Risiken (sog. *moral hazard*¹⁸⁴) führen. Das entsprechende Unternehmen wird auf dem Markt risikoreicher agieren, da es weiss, dass im Notfall der Staat einspringen würde und es die finanziellen Risiken nicht allein tragen muss.¹⁸⁵ Die Option risikoreicheren Verhaltens ist das Resultat eines Staatseingriffs und verschafft dem Unternehmen mit Staatsgarantie einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den übrigen Unternehmen.

VII. Finanzierungsvorteile

56. Im Vergleich mit privatwirtschaftlichen Unternehmen können staatliche Unternehmen Finanzierungsvorteile haben. Diese Wettbewerbsverfälschung zeigt sich auf zweifache Art:

- a) Staatliche Unternehmen profitieren von tieferen Fremdkapitalkosten. Die Staatsnähe erlaubt es den Unternehmen, zinsgünstige Darlehen zu erhalten. Für sie gelten damit nicht die marktüblichen Bedingungen. Die oben erwähnte Staatsgarantie spielt auch bei den Finanzierungsvorteilen eine entscheidende Rolle für die Bewertung der Kreditwürdigkeit.¹⁸⁶
- b) Finanzierungsvorteile können des Weiteren bei den Eigenkapitalkosten auftreten. Private Anbieter verzinsen das Eigenkapital und müssen somit einen Gewinn erwirtschaften. Die privaten Unternehmen müssen folglich auch einen entsprechenden Gewinnaufschlag in den Preis ihrer Produkte einberechnen. Verzichtet der Staat auf eine Verzinsung des Eigenkapitals, ist es dem staatlichen Unternehmen mangels erforderlicher Gewinnmarge dementsprechend möglich, tiefere Preise anzubieten.¹⁸⁷

Zur Illustration: Die Energie Wasser Bern (ewb) darf gemäss Art. 13 ewb-Reglement kostendeckende Preise verlangen. Eine Gewinnkomponente wird nicht vorgesehen. Folglich ist es möglich, dass auf die Gewinnmarge verzichtet wird und tiefe bzw. eben kostendeckende Preise vorgesehen werden.

VIII. Steuervorteile

57. Ein Steuervorteil liegt vereinfacht ausgedrückt vor, wenn ein Wettbewerber für die gleiche Tätigkeit weniger Steuern zahlen als ein anderer (a). Der Wettbewerb kann dadurch verfälscht werden, dass die finanziellen Ressourcen beim begünstigten Unternehmen gespart werden, da dieser keine oder nur in einem eingeschränkten Umfang Steuern zahlen muss (b).

- a) Im Gesetz über die direkte Bundessteuer werden der Bund, die Kantone, die Gemeinden sowie deren Anstalten gemäss Art. 56 lit. a bis c DBG von der Steuerpflicht befreit. Für kantonale Steuern wird in Art. 23 Abs. 1 lit. a bis c StHG ebenfalls eine Ausnahme zur Steuerpflicht festgehalten. Die Kantone können somit frei regeln, welche Anstalten der Gebietskörperschaften steuerbefreite Institutionen bzgl. Kantons- oder Gemeindesteuern darstellen.

¹⁸⁴ NOBEL, § 7 N 243.

¹⁸⁵ Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlicher beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, S. 12.

¹⁸⁶ GEDDES, S. 30 f.

¹⁸⁷ ABEGG/BAUMANN, Rz 20 ff.

- b) Der Kanton Bern hat die umfassende Steuerbefreiung für die Gemeinden etwas eingeschränkt. Grundsätzlich werden die Gemeinden von der Steuerpflicht für jenen Teil vom Gewinn und Reinvermögen befreit, der öffentlichen Zwecken dient. Jedoch wird in Art. 83 Abs. 1 lit. c StG BE statuiert, dass der Reingewinn, welchen die Gemeinden aus ihren Unternehmungen ausserhalb des Gemeinde-, des Verbands- oder des Körperschaftsgebiets oder in Konkurrenz mit privaten Unternehmen erzielen, nicht steuerbefreit ist. Im Kanton Bern wurde das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen somit eingeschränkt. Nichtsdestotrotz unterliegen damit nur gewisse Sektoren von öffentlichen Unternehmen der Steuerpflicht, während andere eine Schonung der finanziellen Ressourcen erfahren, welche in diesem Ausmass bei privatwirtschaftlichen Unternehmen nicht vorliegt.

Zur Illustration: Die ewb musste ihre Gewinne aus dem Stromhandel versteuern.¹⁸⁸

VI. Verbundvorteile

58. Unter Verbundvorteilen («economies of scope») werden Ersparnisse bei den durchschnittlichen Gesamtkosten verstanden, welche durch eine Zusammenlegung der Herstellung verschiedener Produkte in einem einzigen Unternehmen resultieren. Die Wettbewerbsverzerrungen sind insofern staatlich bedingt, da der Monopolbereich vom Staat gesetzt wurde und die Nachwirkungen eines Monopols ursprünglich vom Staat initiiert wurden.
59. Verbundvorteile spielen eine Rolle, wenn ein staatliches Unternehmen ähnlich gelagerte Dienstleistungen, Produkte usw. anbietet wie diejenigen im Monopol oder auch Ex-Monopolbereich. Das staatliche Unternehmen profitiert dann insofern von den Verbundvorteilen, als es die Produktion nicht aufbauen muss, sondern direkt die bestehende Infrastruktur nutzen und allenfalls ausbauen kann.

Zur Illustration: Die Post kann bei der Beförderung von Briefen oder Sendungen, welche nicht in den Monopolbereich fallen, die bereits vorhandene Infrastruktur für die Förderung von Sendungen benützen. Dies führt zu Kosteneinsparungen, da sie diese Infrastruktur nicht spezifisch und individuell erstellen und aufbauen musste.

B. Staatsbetriebe

60. Nach den föderalen Ebenen werden Staatsbetriebe auf Stufe Bund, Kantone und Gemeinden unterschieden.
- a) Legislative Vorgaben: Art. 49 Abs. 1 BV verankert den Vorrang des Bundesrechts vor dem kantonalen Recht.¹⁸⁹ Die derogatorische Kraft des Bundesrechts ist Ausdruck des hierarchischen Aufbaus der bundesstaatlichen Ordnung der Schweiz.¹⁹⁰ Dieser Vorrang hat insbesondere zur Folge, dass das Bundesrecht – das Grundrecht und der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ebenso wie das Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht des Bundes – sämtlichen kantonalen und kommunalen Erlassen vorgeht.¹⁹¹

¹⁸⁸ BGer 2C_226/2016 vom 9. November 2019, E. 3.3.

¹⁸⁹ Ausführlich zum Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht sowie zum Vorrang des Bundesrechts TSCHANNEN, §§ 9 und 22, *passim*.

¹⁹⁰ BIAGGINI, OFK BV, Art. 49 N 2; TSCHANNEN, N 820.

¹⁹¹ BIAGGINI, OFK BV, Art. 49 N 3 f.; TSCHANNEN, N 831 ff.

- b) Judikative Vorgaben: Das Bundesgericht kann eine behauptete Verletzung des Bundesrechts durch kantonales Recht prüfen (Art. 189 Abs. 1 lit. a BV).¹⁹² Diese Kompetenz kommt den Gerichten indessen gegenüber den Bundesgesetzen nicht zu.¹⁹³ Soweit sich eine privatwirtschaftliche Staatstätigkeit also auf ein Bundesgesetz stützen kann, ist diese gesetzliche Grundlage gegenüber entgegenstehenden Bestimmungen der BV «immunisiert».¹⁹⁴ Die Relativierung der Massgeblichkeit der Bundesgesetze durch das gleichrangige Völkerrecht kommt hier in der Regel nicht zum Tragen, da die Wirtschaftsfreiheit keine Entsprechung in der EMRK hat.¹⁹⁵

I. Staatsbetriebe des Bundes

61. Im Folgenden werden exemplarische Wettbewerbsverzerrungen auf Stufe Bund dargestellt.

a. PubliBike

62. PubliBike ist ein Unternehmen, welches ein Veloverleihsystem betreibt, das in zahlreichen Schweizer Städten im Einsatz ist.

- a) PubliBike wurde im Jahr 2011 durch die PostAuto AG gegründet, in Zusammenarbeit mit der SBB und Rent a Bike. PubliBike wurde per 1. Januar 2014 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und war dann eine eigenständige Tochtergesellschaft der PostAuto AG. Am 1. Januar 2021 wurde Publike in den Konzernbereich «Mobilitäts-Services» der Post überführt und neu zu einem Tochterunternehmen der Schweizerischen Post.
- b) PubliBike hatte Schwierigkeiten, sich im Wettbewerb mit anderen Mobilitätslösungen durchzusetzen. Im Jahr 2019 wurde von der Eidgenössischen Finanzkontrolle ein aufgelaufener Verlust von CHF 11 Mio. publik gemacht. Dies, obwohl PubliBike von diversen Gemeinden und Städten durch Beiträge und Sachleistungen unterstützt wurde. Des Weiteren erhielt PubliBike auch seitens ZKB hohe Sponsoringbeiträge.
- c) Es kam zu Wettbewerbsverzerrungen, weil sich PubliBike beim Markteintritt bei den Ausschreibungen der Gemeinden und Städten gegenüber den privaten Unternehmen durchsetzen bzw. besser positionieren konnte, da die Offerten jeweils als «gratis» eingegeben wurden.

63. Wie sich herausstellte, waren diese sog. Gratis-Offerten u. a. nur durch Quersubventionierungen der PostAuto AG möglich.¹⁹⁶ Dies stellte eine Wettbewerbsverzerrung dar.

64. Seit dem 1. Januar 2022 hat PubliBike neue Besitzer und wird nun von privater Hand geführt. Wettbewerbsverzerrungen durch den Staat können somit nicht mehr bestehen.

b. PostAuto AG

¹⁹² BIAGGINI, OFK BV, Art. 49 N 8; TSCHANNEN, N 847 f.

¹⁹³ Statt vieler BGE 129 II 249 E. 5.4 S. 263: «Anwendungsgebot»; TSCHANNEN, N 379.

¹⁹⁴ Vgl. BIAGGINI, OFK BV, Art. 190 N 2 und N 10 ff.; TSCHANNEN, N 380 ff.

¹⁹⁵ BIAGGINI, OFK BV, Art. 190 N 16; TSCHANNEN, N 432 ff., je m. w. H. auf die reiche Rechtsprechung des Bundesgerichts.

¹⁹⁶ Vgl. dazu oben 3. Kapitel A.IV und V.

65. Die PostAuto AG ist eine Tochter der spezialgesetzlichen Die Schweizerische Post AG und kann damit dem Staat zugerechnet werden.

66. In einem Prüfungsbericht des Bundesamtes für Verkehr wurde festgehalten, dass Gewinne aus dem abgeltungsberechtigten Busverkehr in andere Geschäftsfelder umgebucht wurden. Dies führte dazu, dass die PostAuto AG während zehn Jahren zu hohe Abgeltungen im Umfang von beinahe CHF 80 Mio. von Bund und Kantonen erhalten hatte. Zudem wurden von anderen Konzerngesellschaften an die PostAuto AG erbrachte Leistungen mit konzerninternen Zuschlägen oder zu Marktpreisen (anstatt kostenbasierten Preisen) verrechnet. Dadurch reduzierte sich der Gewinn der PostAuto AG entsprechend zu Gunsten der betreffenden Konzerngesellschaften. Das Bundesamt für Verkehr hielt fest, dass hier ein grosses Risiko der Quersubventionierung vorliege.¹⁹⁷

67. In der Praxis ist die buchhalterische Trennung zwischen den staatlichen und wettbewerblichen Leistungsbereichen eines Unternehmens nicht immer einfach vorzunehmen. Das staatliche Unternehmen verfügt über ein Netzwerk sowie Infrastruktur (wie z. B. Büros, Verkaufsstellen, Computer, Material etc.), welche für den Monopolbereich sowie für Tätigkeiten ausserhalb des Monopolbereichs benutzt werden könnten. Demzufolge stellt es eine Herausforderung dar, die in den verschiedenen Tätigkeiten enthaltenen Fixkosten auseinanderhalten zu können. Eine saubere buchhalterische und idealerweise organisatorische Aufteilung ist jedoch trotzdem notwendig, um Quersubventionen – aus den dargelegten Gründen – zu verhindern, auch wenn es sich für das jeweilige Unternehmen als herausfordernd darstellen sollte.¹⁹⁸

II. Staatsbetriebe des Kantons Bern

68. Im Folgenden werden exemplarische Wettbewerbsverzerrungen auf Stufe Kanton dargestellt.

a. Gebäudeversicherung Bern

69. Die Gebäudeversicherung Bern ist ein 1807 gegründetes öffentlich-rechtliches, aber finanziell unabhängiges Versicherungsunternehmen des Kantons Bern. Nach Art. 4 GVG/BE ist die Feuer- und Elementarschadensversicherung sämtlicher im Kanton Bern gelegenen Gebäude der Gebäudeversicherung Bern vorbehalten.

- a) Die Gebäudeversicherung Bern verfügt somit über ein Gebäudeversicherungsmonopol in den zwei beschriebenen Versicherungsbereichen. Zudem besteht gemäss Art. 8 GVG/BE eine Versicherungspflicht aller im Kanton Bern gelegenen Gebäude für Feuer- und Elementarschaden.
- b) Gemäss Art. 7 GVG/BE ist es der Gebäudeversicherung erlaubt, auch Nebentätigkeiten auszuüben, was die Gebäudeversicherung Bern beispielsweise mit einer freiwilligen Zusatzversicherung umgesetzt hat. Bei der Gebäudeversicherung Bern Privatversicherungen AG handelt es sich um eine privatrechtliche Tochtergesellschaft der Gebäudeversicherung Bern.

¹⁹⁷ Prüfungsbericht Bundesamt für Verkehr – PostAuto, S: 3 ff.

¹⁹⁸ Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlicher beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, S. 11.

70. Die Gebäudeversicherung Bern ist somit ein staatliches Unternehmen, welches zum einen im staatlichen Monopol tätig ist und zum anderen in einem privatwirtschaftlichen Sektor tätig ist und dort mit privaten Anbietern in Konkurrenz steht. Die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen liegt auf der Hand, nämlich bei der hybriden Tätigkeit der Gebäudeversicherung.

71. Die Wettbewerbsverzerrungen konnten durch das Eingreifen der WEKO unterbunden werden. Die Gebäudeversicherung Bern musste sich verpflichten,

- a) die Daten aus dem Monopolbereich auch Dritten zur Verfügung stellen,
- b) alle Kunden, welche Versicherungen über gebäudeähnliche Objekte abgeschlossen hatten, zu informieren, dass gebäudeähnliche Objekte der Versicherungspflicht nicht unterliegen,
- c) keine Kombiangebote zwischen dem Monopol- und dem privatwirtschaftlichen Bereich anzubieten.

b. BKW

72. Die BKW Energie AG ist ein international tätiges Energie- und Infrastrukturunternehmen. Die BKW ist eine börsenkotierte Aktiengesellschaft und mit 52.24% liegt die Mehrheit der Aktien im Eigentum des Kantons Bern.¹⁹⁹

- a) Die BKW ist als integriertes Energieversorgungsunternehmen sowohl Netzbetreiberin als auch Energieversorgerin. Der Betrieb des Stromnetzes fällt in den Monopolbereich.
- b) Die Versorgung mit Strom hingegen fällt demgegenüber nicht mehr komplett in den Monopolbereich, sondern ist dem Wettbewerb ausgesetzt. Die Stromversorgung ist derzeit teilliberalisiert. Die bedeutet, dass Grosskunden mit einem jährlichen Stromverbrauch von über 100 Megawattstunden den Stromlieferanten frei wählen können. Die restlichen Verbraucher müssen sich an ihren lokalen Netzbetreiber wenden.

73. Die BKW ist ein staatliches Unternehmen, da sie der Kanton zum Zwecke der Erfüllung einer spezifischen Verwaltungsaufgabe beherrscht. Daran ändert nichts, dass die BKW in einem beträchtlichen Umfang mit Autonomie ausgestattet ist. Die BKW wird trotzdem vom Staat beaufsichtigt und geführt; dies ist dem Kanton mit den in Art. 87 Abs. 1 KV/BE aufgezählten Instrumenten möglich.²⁰⁰ Da die BKW mit einem staatlichen Monopol ausgestattet und gleichzeitig in der Privatwirtschaft tätig ist, liegt die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen auf der Hand.

74. Wettbewerbsverzerrungen können auf verschiedene Weise eingeschränkt werden.

- a) In Art. 10 StromVG wird festgehalten, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Unabhängigkeit des Netzbetriebs sicherzustellen haben. Deswegen sind Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen untersagt. Folglich hat die BKW die beiden Geschäftsbereiche informatorisch sowie buchhalterisch klar abzugrenzen.

¹⁹⁹ Orientierung an Markt und Wettbewerb - BKW (besucht im Juli 2022).

²⁰⁰ MÜLLER/FELLER, N 130 ff.

- b) Die BKW hat in weniger als 10 Jahren über 100 Unternehmensakquisitionen getätigt.²⁰¹ Es muss die Frage aufgeworfen werden, warum in casu ein staatliches Unternehmen und damit auch der Staat ein Interesse daran hat, durch exogenes Wachstum (Unternehmenskäufe) in eine Vielzahl von Märkten vorzudringen, die zuvor von einer Konkurrenz zwischen Unternehmen der Privatwirtschaft geprägt war.

C. Fazit

75. 1. Befund: Der Staat kann den Wettbewerb in gewissen Märkten komplett - z. B. aus Gründen des öffentlichen Interesses - ausschliessen (wie bei Monopolen). In solchen Fällen stellt sich weniger die Frage nach Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Marktteilnehmer, sondern die Frage nach den Auswirkungen für die Gesamtwohlfahrt.

76. 2. Befund: Es gibt unterschiedliche Erscheinungsformen von Wettbewerbsverfälschungen zugunsten von Staatsbetrieben und zu Lasten von Unternehmen der Privatwirtschaft. Besonders heikel sind direkte Eingriffe in den Wettbewerb (Wettbewerbsverzerrungen «de lege») wie Staatsgarantien, Finanzhilfen, Finanzierungs- und Steuervorteile.

77. 3. Befund: Wettbewerbsverfälschungen zugunsten von Staatsbetrieben bestehen aber auch dort, wo keine direkten Eingriffe stattfinden, private Markakteure aber faktisch das Nachsehen haben. Derartige Wettbewerbsverzerrungen «de facto» – wie etwa die Sogwirkung von Staatsbetrieben oder die nachwirkende Marktmacht von Ex-Monopolisten – behindern private Marktteilnehmer.

78. 4. Befund: Empirische Beispiele lassen daran zweifeln, dass Staatsbetriebe – sei es auf Bundesebene, sei auf kantonaler Stufe – von sich aus auf unfaire Wettbewerbsvorteile (z. B. durch Quer-Subventionen) zu Lasten privater Marktteilnehmer verzichten. Vielmehr zeigt sich, dass Marktverzerrungen dann beseitigt werden, wenn sich der Staat entweder zurückzieht oder Behörden, Gerichte oder Politik (ex post) einschreiten, um die Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen.

201 Wie riskant ist die Einkaufstour der BKW? | Der Bund (besucht im Juli 2022).

4. Kapitel:

Voraussetzungen und Grenzen für Eintritt und Teilnahme des Staates am Markt

79. Die 3. Forschungsfrage lautet: «Inwiefern und in welchen Märkten dürfen Staatsbetriebe am Wettbewerb teilnehmen?»

A. Voraussetzungen

I. Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

80. Art. 5 BV als allgemeiner Massstab des rechtsstaatlichen Handelns wie auch der grundrechtliche Art. 36 BV verlangen, dass für staatliches Handeln eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse vorhanden sein und die Verhältnismässigkeit gewahrt werden müssen.²⁰² Nach hier vertretener Ansicht sollten diese Voraussetzungen aufgrund der verfassungsrechtlich gleich zweifach verankerten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 BV) unabhängig vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs streng gehandhabt werden, wenn der Staat eine privatwirtschaftliche Tätigkeit aufnehmen und ausüben will.

II. Wettbewerbsneutralität

81. Die Wirtschaftsfreiheit schützt die privaten Wettbewerbsteilnehmer nicht davor, dass der Staat selbst unternehmerisch tätig wird und zu ihnen in Konkurrenz tritt. Die Wirtschaftsfreiheit «garantiert» aber, dass der Staat den gleichen Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer unterworfen ist und bei seiner wettbewerblichen Tätigkeit keine Sonderrechte beansprucht. Staatliches Handeln hat somit gemäss Art. 27 und Art. 94 BV wettbewerbsneutral zu erfolgen.²⁰³ Die Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Wettbewerbsneutralität hat insofern eine gewisse Durchschlagskraft.²⁰⁴ Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, muss eruiert werden, unter welchen Voraussetzungen der Staat unter dem Blickwinkel der Wettbewerbsneutralität in den Markt eintreten oder daran teilnehmen kann.

- a) Verfassungsrechtliche Vorgaben: Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit hat zu den für die privaten Konkurrenten geltenden Wettbewerbsbedingungen zu erfolgen. Problematische Vorkehrungen liegen somit dann vor, wenn der Staat rechtliche oder faktische Privilegien gewährt. Als rechtliche Privilegien gelten insbesondere Staatsgarantien oder Steuerbefreiungen. Als faktische Privilegien können beispielsweise die Quersubventionen angeführt werden.²⁰⁵
- b) Bundesgerichtliche Vorgaben: Öffentliche Unternehmen, welche teils in einem Monopolbereich, teils in einem Wettbewerbsbereich tätig sind, müssen beide Bereiche kalkulatorisch trennen. Systematische Quersubventionierungen des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich sind unzulässig.²⁰⁶ Fraglich bleibt, warum unsystematische Quersubventionierungen nicht auch verboten sein sollten, zumal sie ebenfalls zu

²⁰² Vgl. oben 2. Kapitel A.II.

²⁰³ BGE 143 II 425, E. 4.3.

²⁰⁴ HETTICH PETER, Öffentliche Unternehmen, S. 157.

²⁰⁵ BAUMANN, Rz 338.

²⁰⁶ BGE 138 I 378, E. 9.1.

Wettbewerbsverfälschung führen können.²⁰⁷ Ebenso zu hinterfragen ist, warum andere Wettbewerbsvorteile eines Staatsbetriebs, wie etwa dessen Informationsvorsprung über die Kunden durch dessen Tätigkeit im Monopolbereich oder vorbestehende Kundenkontakte aus dem Monopolbereich, nicht als relevante Wettbewerbsverzerrung gelten.

Zur Illustration: Das Bundesgericht bezeichnete im Fall *Glarnerach* lediglich die «systematischen» Quersubventionierungen als unzulässig und erachtete es als ausreichend, dass ein hybrides Unternehmen eine finanzielle Trennung vorsieht. Eine Ausgliederung des Unternehmensteils sei nicht notwendig.

- c) Kartellrechtliche Vorgaben: Gemäss Art. 7 KG darf ein marktbeherrschender Staatsbetrieb keine Koppelungsgeschäfte eingehen oder Informationen aus dem Markt, in dem er marktbeherrschend ist, für Wettbewerbsvorteile in anderen Märkten gebrauchen. Quersubventionierungen können missbräuchlich sein, wenn das öffentliche Unternehmen im privatwirtschaftlich tätigen Bereich die Leistungen zu nicht marktkonformen Konditionen gewährt, dessen strukturelle Defizite deckt oder die Leistungen zu überhöhten Preisen bezieht.²⁰⁸ Verfügt indes ein staatliches Unternehmen nicht über Marktmacht, so kann das Kartellgesetz keine Wettbewerbsverzerrungen aufgreifen und allenfalls verbieten.
82. Die Voraussetzungen für Staatsbetriebe, unter denen sie am Markt teilnehmen dürfen, sind wenig befriedigend. Ein wirksamer Schutz vor staatlich verursachten Wettbewerbsverzerrungen ist nicht systematisch gewährleistet. Die OECD mahnt zu Recht an, dass möglichst keine Unterschiede zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen hinsichtlich Anwendungsbereich, Transparenz und Vollzug von regulatorischen und steuerlichen Vorschriften bestehen sollen.²⁰⁹

B. Grenzen

83. Nachfolgend werden Handlungsmöglichkeiten dargelegt, welche die Einhaltung der Wettbewerbsneutralität von staatlichen Eingriffen in den Wettbewerb sicherstellen können.
84. Transparenz. Wettbewerbsverzerrungen werden – mangels Informationen und Daten – oft nicht (rechtzeitig) erkannt, bestenfalls von Marktteilnehmern vermutet. Remedur schaffen Vorschriften zur Transparenz, um Kunden und Mitbewerber wie auch mögliche Aufsichtsorgane über die staatlichen Eingriffe zu informieren. Solche Transparenzvorschriften würden sich ausserdem positiv auswirken, da sie eine disziplinierende Wirkung auf Staatsbetriebe ausüben, und so unternehmensintern schneller erkannt würde, falls etwas im Staatsbetrieb schiefläuft.²¹⁰
85. Gleichstellung. Gesetzliche Wettbewerbsverzerrungen können beseitigt werden, indem die jeweiligen Vorteile für den Staatsbetrieb gestrichen werden oder die gleichen Vorteile allen

²⁰⁷ HETTICH, Öffentliche Unternehmen, S. 159; BEYELER, S. 138; WALTER A. STOFFEL/SIMON MURITH, S. 45.

²⁰⁸ RPW 2014/1, 79 ff. 85 ff., 127 ff., *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*.

²⁰⁹ Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlicher beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, S. 19 f. m. w. H.

²¹⁰ GI. M.: Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlicher beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, S. 21.

Marktteilnehmern zugutekommen. Gemäss OECD sollten alle Marktplayer, d.h. private wie Staatsbetriebe, der gleichen Steuerpflicht sowie den gleichen Bewilligungsvoraussetzungen unterliegen.²¹¹

86. Klare Regelung bei Marktöffnungen. Nach Auflösung von Monopolen im Zuge von Marktöffnungen sind einheitliche Regelungen aufzustellen. Bisherigen Kunden von Monopolisten ist z. B. zu kommunizieren, dass sie nicht mehr dazu verpflichtet sind, bei dem jeweiligen staatlichen Unternehmen die Leistungen zu beziehen. Zu überlegen ist ferner, ob in diesem Zusammenhang nicht auch auf die neuen Marktteilnehmer hingewiesen werden könnte. Ein erfolgreicher Markteintritt neuer Unternehmen ist nämlich just das Ziel einer Marktöffnung.

87. Offenlegung von Informationsvorteilen. Der Informationsvorsprung von marktmächtigen Staatsbetrieben, vor allem ehemaligen Monopolisten, stellt einen Wettbewerbsvorteil gegenüber privaten Unternehmen dar. Zu überlegen wäre, ob staatliche Unternehmen nicht zu verpflichten wären, Informationen zu teilen. Ein solcher *level playing field* wäre zweckmäßig, um eine langjährige «Verteidigung» der Monopolstellung zu verhindern und damit den Marktzugang den neueintretenden privaten Unternehmen zu erleichtern.

88. Bessere Kontrolle & Evaluation. Sektorregulatoren nehmen eine wichtige Funktion wahr und beaufsichtigen das (regulierte) Marktverhalten von Staatsbetrieben. Zu überlegen ist, ob nicht eine Aufsichtsbehörde mit umfassenden Kompetenzen implementiert werden sollte, um die staatlichen Tätigkeiten im privaten Wettbewerb periodisch zu evaluieren und zu kontrollieren.

89. Trennung von Unternehmensteilen. Nach derzeitiger Praxis ist bei hybriden Unternehmen die Aufteilung des Unternehmens in einen Monopol- und einen Wettbewerbsbereich nicht notwendig, um die Wettbewerbsneutralität zu gewährleisten. Zu überlegen wäre, ob eine strikte Trennung von Unternehmensteilen (sog. *Chinese walls*) bei einer hybriden Tätigkeit eines staatlichen Unternehmens nicht besser geeignet ist, das Konfliktpotenzial und damit einen möglichen Herd für Wettbewerbsverzerrung zu verringern; die OECD scheint solchen Massnahmen den Vorzug zu geben.²¹² In diesem Zusammenhang sind Teilprivatisierungen zielführend, um mögliche Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.²¹³

90. Subventionen. Um die Wettbewerbsneutralität von staatlichen Eingriffen in den Markt zu gewährleisten, ist eine strikte und einheitliche Regelung der Subventionen notwendig. Dies würde dazu beitragen, faire Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. Die Vorschriften im Subventionsgesetz gelten lediglich für alle im Bundesrecht vorgesehenen Finanzhilfen und Abgeltungen. Zu überlegen wäre, ob nicht ein Subventionsverbot - wie in der EU - eingeführt werden sollte. Ausnahmen vom Subventionsverbot sollen genau umschrieben werden: So würde es der Legislative möglich sein, per Gesetz Subventionen für zulässig zu erklären, etwa aus sozial-politischen Gründen. Eine Meldepflicht der Subventionen wäre ebenfalls sinnvoll, da so genau überprüft werden kann, ob die Voraussetzungen für eine zulässige Subvention

²¹¹ Steuerliche Neutralität, regulatorische Neutralität, Schuldenneutralität, vgl. oben 2. Kapitel A.I.

²¹² Vgl. oben 2. Kapitel A.I.

²¹³ Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlicher beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, S. 22.

bestehen und damit auch eine klare Übersicht erstellt werden kann. Dadurch wäre es möglich, die allfälligen Wettbewerbsverzerrungen besser zu beobachten und zu beurteilen, weil dann die monetären Zuflüsse klar ersichtlich wären. Momentan erstellt nur der Bund eine solche Übersicht. In den Kantonen wird dies unterschiedlich geregelt und die staatlichen Beihilfen werden oft nur in einem aggregiertem Zustand dargestellt. Folglich fehlen zurzeit vor allem auf der Ebene der Kantone und Gemeinden Transparenz und eine effiziente Kontrollmöglichkeit.²¹⁴

91. Compliance und Audit. Die Wahrung der Wettbewerbsneutralität bei praktizierter unternehmerischer Staatstätigkeit setzt vielfach (siehe Subventionen, Verbundvorteile, Quersubventionen, Staatsgarantien etc.) eine Abgrenzung der gesetzlich privilegierten Tätigkeiten (Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, Regalien, Monopole) von der Teilnahme am Wettbewerb in den übrigen Märkten voraus. Durch eine solche Abgrenzung können die Kosten den verschiedenen Tätigkeiten korrekt zugeordnet oder Vorteile aufgrund Staatsgarantien oder Subventionen usw. erfasst werden.²¹⁵ Die Wettbewerbsneutralität liesse sich auf Basis dieser Abgrenzungen annähernd wiederherstellen. Da die Staatsunternehmen selbst jedoch faktisch keinen Anreiz haben, eine solche Abgrenzung vorzunehmen, sollte diese staatlich vorgegeben werden. Insbesondere sollte eine Verpflichtung zur Einhaltung wettbewerbserhaltender Compliance eingeführt werden, welche in regelmässigen Audits durch neutrale Wirtschaftsprüfer kontrolliert wird.

C. Fazit

92. 1. Befund: Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für den Eintritt des Staates in den Markt und dessen fortgesetzte Marktteilnahme wird nicht mit der erforderlichen Konsequenz durchgesetzt. Die verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit verlangt eine strenge Prüfung der Voraussetzungen; eine blosse Pauschalmächtigung genügt nicht.

93. 2. Befund: Nicht jedes beliebige Interesse darf für privatwirtschaftliche Staatstätigkeit angeführt werden. Massgebend ist, ob es - neben einem allfälligen Bedarf an einer staatlichen Regulierung - auch einen Bedarf an einer staatlichen Marktteilnahme gibt und welche anderen öffentlichen Interessen womöglich dagegensprechen. Aufgrund der schwierigen Doppelrolle, in welche sich der Staat als Regulator und Teilnehmer am Wettbewerb mit einem solchen Markteintritt begibt, ist die Ermittlung der tangierten öffentlichen Interessen sorgfältig vorzunehmen.

94. 3. Befund: Einer privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit, welche in einem Markt mit ausreichendem Angebot aufgenommen wird, fehlt es am öffentlichen Interesse. Zudem ist sie nicht erforderlich und damit unverhältnismässig. Ein Markteintritt ist privaten Konkurrenten umso weniger zuzumuten, je weiter sich der Staat von seiner eigentlichen Domäne, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, entfernt.

95. 4. Befund: Es bestehen zahlreiche, in der Praxis zu wenig beachtete Massnahmen, mit welchen die Einhaltung der Wettbewerbsneutralität bei staatlichen Eingriffen in den

²¹⁴ Avenir Suisse, S. 51 f.

²¹⁵ Die Voraussetzung dafür liefert etwa eine geeignete Betriebsbuchhaltung mit Kosten- und Leistungsrechnung.

Wettbewerb sichergestellt werden könnte. Wettbewerbsverzerrungen durch die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit könnten durch Vorschriften zu Transparenz und zur Gleichstellung mit privaten Marktplayern vermieden werden. Ferner könnten Staatsbetriebe im Zuge von Marktöffnungen verpflichtet werden, Konsumenten und Kunden auf neue Marktteilnehmer hinzuweisen. Schliesslich könnten mittels strikter Trennung von Unternehmensteilen bei einer hybriden Tätigkeit eines staatlichen Unternehmens, allenfalls zusammen mit Teilprivatisierungen, mögliche Wettbewerbsverzerrungen (wie Quersubventionierung) verhindert werden.

96. 5. Befund: Um die organisatorischen Voraussetzungen für Massnahmen zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität zu schaffen, ist eine obligatorische unternehmensinterne Compliance mit regelmässigen, neutralen Audits auf Basis einer geeigneten Betriebsbuchhaltung in Erwägung zu ziehen.