

Leitplanken für öffentliche Unternehmen

Öffentliche Unternehmen befinden sich in einem Spannungsfeld zwischen Staat und Markt. Verfassungsrecht, Gesetze und Governance-Richtlinien liefern die nötigen Spielregeln. *Andreas Lienhard*

Abstract Öffentliche Unternehmen stellen in einer grundsätzlich privatwirtschaftlichen Verfassungsordnung eine besondere Herausforderung dar. Während die Politik von öffentlichen Unternehmen erfolgreiches Agieren auf dem Markt erwartet, sieht sich die Privatwirtschaft dadurch oft unfair konkurrenziert. Vor diesem Hintergrund bedarf es rechtlicher und konzeptioneller Korrekture. Solche ergeben sich insbesondere aus dem Wirtschaftsverfassungsrecht, dem Wettbewerbsrecht und dem Organisationsrecht sowie aus den Grundlagen der Public Corporate Governance. In der Diskussion um die öffentlichen Unternehmen sind dabei nicht nur Wettbewerbsvorteile, sondern auch Wettbewerbsnachteile zu berücksichtigen.

Die Politik erwartet von den öffentlichen Unternehmen, dass sie erfolgreich am Markt operieren: Sie sollen neue Märkte erschliessen, das investierte Kapital verzinsen und Steuererträge generieren. Gleichzeitig sollen sie sich nachhaltig entwickeln und auch bei gekürzten oder wegfallenden Abgeltungen einen qualitativ hochstehenden Service public bieten.¹

In Debatten um die staatliche Wirtschaftstätigkeit wird oft das sogenannte New Public Management (NPM), das in der Schweiz für die Ämter der Zentralverwaltung umgesetzt wird und dort vor allem klare Leistungsvorgaben und einen haushälterischen Umgang mit öffentlichen Mitteln bezweckt, als Treiber ausgemacht. Dem ist nicht so: Vielmehr ist die verstärkte staatliche Wirtschaftstätigkeit insbesondere im Zusammenhang mit (Teil-)Liberalisierungen und Deregulierungen zu sehen, welche öffentliche Unternehmen zwingen, sich dem Wettbewerb zu stellen und sich darin zu behaupten.²

Verfassungsrechtliche Grundlagen

Weil die staatliche Wirtschaftstätigkeit die Privatwirtschaft konkurrenziert und dabei den Wettbewerb verfälschen kann³, braucht es in

einer grundsätzlich privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung gewisse rechtsstaatliche Korrektive.⁴ Erforderlich ist zunächst eine kompetenzkonforme Rechtsgrundlage, welche die staatliche Wirtschaftstätigkeit erlaubt und demokratisch legitimiert. Bei den öffentlichen Unternehmen (beispielsweise SBB, Post und Swisscom) sind dazu entsprechende Spezialgesetze erlassen worden. Ein wichtiger Bestandteil davon sind die gesetzlichen Leistungsaufträge. Diese umschreiben die öffentliche Aufgabe – also den Grundversorgungsauftrag sowie darüber hinausgehende im Monopol oder im Wettbewerb zu erfüllende Aufträge. Zudem wird in diesen gesetzlichen Leistungsvorgaben festgelegt, ob privatwirtschaftliche Tätigkeiten in weiteren Geschäftsfeldern erlaubt sind. Grundsätzlich gilt: Wirtschaftliche Tätigkeiten sind verfassungsrechtlich nur erlaubt, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind. Unzulässig sind insbesondere rein fiskalische Interessen.

Ob eine staatliche Wirtschaftstätigkeit – etwa bei Marktversagen – tatsächlich notwendig ist, bedarf demzufolge nicht nur aus ordnungspolitischen Gründen der Überprüfung. Vielmehr hat der Staat auch aus staatsrechtlichen Überlegungen zu erwägen, sich in diesem Bereich auf eine Regulatoren- und Aufsichtsrolle zu beschränken. Die Leistungsverantwortung (staatliche Eigenerstellung) wird diesfalls in eine Gewährleistungsverantwortung (Leistungserbringung durch die Privatwirtschaft) transferiert. Die Vergabe von Leistungsaufträgen oder Konzessionen an Dritte in wettbewerblichen Verfahren ist dabei eine mögliche Lösung. Dass diese rechtliche Beurteilung mit der realpolitischen Machbarkeit kollidieren kann, liegt indessen auf der Hand.

¹ Siehe auch Lienhard (2017).

² Lienhard (2007).

³ Hettich et al. (2017).

⁴ Art. 5 BV; Biaggini et al. (2016), S. 37 ff.



In Anbetracht von Monopolrenten und anderen potenziellen staatlichen Wettbewerbsvorteilen wie rechtlichen bzw. faktischen Staatsgarantien, Steuer- oder Finanzierungsvorteilen sowie Informationsvorsprüngen sind weitere verfassungsrechtliche Leitplanken zu beachten. Zwar schützt die Wirtschaftsfreiheit gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Privatwirtschaft grundsätzlich nicht vor staatlicher Konkurrenz.⁵

Gleich lange Spiesse für Privatwirtschaft

Doch verlangt die im Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit stehende Wettbewerbsneutralität⁶ ein faires Verhalten öffentlicher Unternehmen auf dem Markt und verbietet regulatorische Wettbewerbsverzerrungen. So darf ein Staatsbetrieb beispielsweise aus dem Aufgabenbereich generierte Daten nicht für privatwirtschaftliche Tätigkeiten verwenden, ohne diese nicht auch Konkurrenzunternehmen zu gleichen Konditionen anzubieten.

Ein weiteres Korrektiv ergibt sich aus dem Wettbewerbsrecht:⁷ Unternehmen unterstehen ungeachtet ihrer öffentlich- oder privatrechtlichen Organisationsform grundsätzlich dem Kartellgesetz. Als unzulässig gelten dabei insbesondere bestimmte Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, wie etwa die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen. Kartellrechtlich abgesichert ist insofern auch das Verbot von sogenannten Quersubventionierungen – im Sinne von systematisch vergünstigten Preisen für privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch Erträge aus dem Aufgabenbereich –, falls sich das Quersubventionierungsverbot nicht bereits aus einem Spezialgesetz ergibt.⁸ Getrennte Kostenrechnungen oder besondere Organisationseinheiten können diesbezügliche Lösungen sein. Überdies gelten das Preisüberwachungsgesetz und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auch für öffentliche Unternehmen. Diese Erlasse gelangen beispielsweise bei missbräuchlichen Preisen bzw. bei besonders aggressiven Verkaufsmethoden zur Anwendung.

Zusätzlich zu diesen wirtschaftsrechtlichen Vorgaben bestehen verschiedene dynamische Steuerungsinstrumente und organisationsrechtliche Aufsichtsmechanismen, die für einen Ausgleich zwischen politischen und wirtschaftlichen Interessen betreffend öffentliche Unternehmen sorgen sollen: Im Vordergrund stehen eigenerstrategische Ziele, Subventionsverträge oder die Möglichkeiten der Einflussnahme über (allenfalls mandatierte) Verwaltungsratsmitglieder oder (insbesondere bei Mehrheitsbeteiligungen) an Generalversammlungen. Bei privatrechtlichen Gesellschaften sind dabei die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts zu beachten.⁹

Regierung und Parlament gefordert

Gefordert sind mithin sowohl die Exekutiven in ihrer Rolle als Eigner und Besteller wie auch die Parlamente im Rahmen der Oberaufsicht. Aufsicht und Oberaufsicht können und sollen dabei nicht nur durch departementale Einheiten (wie Finanzverwaltungen, Fachämter und Generalsekretariate), besondere Regulierungsbehörden (wie die Postcom) bzw. Aufsichtskommissionen und Parlamentsdienste, sondern auch durch die Finanzkontrollorgane wirksam unterstützt werden.¹⁰

Die konzeptionellen Grundlagen für die Organisation und die Steuerung von öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Staat und Markt sowie für den Umgang mit dem potenziellen Rollenkonflikt des Staates als Gesetzgeber, Regulierer, Gewährleister, Eigner, Besteller und Kunde sind vorhanden: Die OECD hat bereits 2005 Leitlinien zur Public Corporate Governance (PCG) publiziert und diese 2015 in einer aktualisierten Fassung veröffentlicht.¹¹ Auf Bundesebene hat der Bundesrat 2006 mit dem Corporate-Governance-Bericht ebenfalls wichtige Grundlagen in diesem Bereich geschaffen, und in einem Ende 2017 verabschiedeten Bericht zeigt der Bundesrat Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die sogenannten Wettbewerbsmärkte auf.¹² Auch in Kantonen wie beispielsweise Aargau, Basel-Stadt und Zürich sowie in Städten wie Biel, Liestal und Baden bestehen Kodizes zu Ausgestaltung und Handhabung von öffent-

5 Art. 27 BV; BGE 138 I 378, Glarnersach.

6 Art. 94 BV.

7 Heinemann (2015).

8 Siehe beispielsweise Art. 19 des Postgesetzes.

9 Gutzwiller (2017).

10 Lienhard (2009).

11 OECD (2005/2015).

12 Bundesrat (2006) und Bundesrat (2017).

lichen Unternehmen. Solche Leitlinien gilt es konsequent umzusetzen und gezielt weiterzuentwickeln.¹³

Wettbewerbsnachteile nicht vergessen

Gesamthaft gesehen zeigt sich ferner, dass öffentliche Unternehmen nicht nur über gewisse Wettbewerbsvorteile verfügen, sondern auch mit erheblichen Wettbewerbsnachteilen konfrontiert sind. So verlangen beispielsweise Leistungsvorgaben, regionalpolitische Aspekte besonders zu berücksichtigen, oder sehen Eignerstrategien Beschränkungen hinsichtlich Auslandengagements vor. Ferner sind nach weitverbreiteter Auffassung öffentliche Unternehmen, soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen, an die Grundrechte (beispielsweise die Rechtsgleichheit) gebunden – und zwar selbst dann, wenn diese Aufgaben im Wettbewerb erbracht werden. Selber dürfen sie sich jedoch nicht auf die Grundrechte (beispielsweise die Wirtschaftsfreiheit) berufen. Im Weiteren können Vorschriften über Gehalts-

strukturen oder die Zusammensetzung von Verwaltungsräten den unternehmerischen Handlungsspielraum einengen. Überdies bestehen besondere, aufwendige Rechenschaftspflichten gegenüber Exekutive und Parlament. Und nicht selten sollen aus privatwirtschaftlichen Tätigkeiten erwirtschaftete Erträge einen – finanzpolitisch an sich erwünschten – Kostendeckungsbeitrag für die Aufgabenerfüllung liefern. Solche Wettbewerbsnachteile gilt es ebenso zu berücksichtigen, wenn im Spannungsfeld zwischen Staat und Markt nach Fairness gerufen wird.

¹³ Lienhard/Wichtermann (2015).



Andreas Lienhard

Professor für Staats- und Verwaltungsrecht am Kompetenzzentrum für Public Management und am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern

Literatur

- Biaggini, Giovanni, Andreas Lienhard, Markus Schott und Felix Uhlmann (2016). Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 6. Aufl., Basel.
- Bundesrat (2006). Bericht zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), 13. September 2006, BBl 2006 8233 ff.
- Bundesrat (2017). Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, 8. Dezember 2017.
- Gutzwiller, Roman S. (2017). Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Zürich/St. Gallen.
- Heinemann, Andreas (2015). Das Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien aus Schweizer Perspektive, in: Bien, Florian und Markus Ludwigs (Hrsg.), Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien: eine inter- und intradisziplinäre Disziplin, Baden-Baden, S. 205–239.
- Hettich, Peter, Martin Kolmar, Magnus Hoffmann, Jannick Koller und Lukas Mathis (2017). Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt, Zürich/St. Gallen.
- Lienhard, Andreas (2007). Deregulierung von Marktregulierungen im schweizerischen Bundesverwaltungsrecht, in: Koller, Heinrich et al. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a. M., S. 335–397.
- Lienhard, Andreas (2009). Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, Bern, S. 43 ff.
- Lienhard, Andreas (2017). Zwischen Staat und Markt, NZZ vom 26. September 2017.
- Lienhard, Andreas und Jürg Wichtermann (2016). Public Corporate Governance, in: Bergmann, Andreas et al. (Hrsg.), Praxishandbuch Public Management, Zürich, S. 823 ff.
- OECD (2005). Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, Paris (2015 Edition).