
PETER HETTICH (Hrsg.)

**Öffentliche Unternehmen
zwischen Politik und Markt**

Schriftenreihe des
Instituts für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis
IRP-HSG

Herausgegeben von Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller,
Prof. Dr. Vito Roberto, Prof. Dr. René Schaffhauser

Band 62

PETER HETTICH

Prof. Dr. iur., LL.M., Tenure Track Professor für Öffentliches
Wirtschaftsrecht mit Berücksichtigung des Bau-, Planungs- und
Umweltrechts an der Universität St. Gallen
(Herausgeber)

Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt

mit Beiträgen von

Prof. Dr. PATRIK DUCREY
PD Dr. rer. pol. DOMINIK EGLI
ROBERT E. GUBLER
Dr. iur. MARCEL GUIGNARD
Dr. rer. pol. ULRICH GYGI
Prof. Dr. PETER HETTICH
Dr. iur. STEFAN RECHSTEINER
Dr. rer. soc. HANS WERDER

Referate der Tagung vom 17. Februar 2009 in Zürich

St. Gallen 2009

Satz: IRP-HSG

Umschlaggestaltung + Druck: Prisma Druck GmbH, Buttikon

ISBN-13: 978-3-908185-83-3

Alle Rechte vorbehalten

Vorwort

Die 1. St. Galler Tagung zu "Öffentlichen Unternehmen zwischen Politik und Markt" thematisierte eine ganze Reihe von aktuellen Fragen im Zusammenhang mit Auslagerungen öffentlicher Aufgaben. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die öffentliche Hand sich zunehmend auf die strategische Führung ihrer Unternehmen beschränken und die operative Leitung ganz dem Management überlassen will. Die Realität ist vielfach eine andere: Oft wird das Primat der Politik auch in operativen Fragen beansprucht. Zudem stellt die Festlegung der Strategie gerade bei öffentlichen Unternehmen eine Herausforderung dar.

Die heute gebräuchlichen Führungsinstrumente der öffentlichen Hand (Leistungsvereinbarungen, Grundsätze der "Good Governance") lassen sich selten direkt und konfliktfrei auf operativer Ebene umsetzen. Das Management sieht sich in gewissen Bereichen mit strikten Fesseln konfrontiert, in anderen Bereichen operiert es in einem strategischen Vakuum. Das öffentliche Unternehmen wird, über die gesetzlichen Vorgaben hinaus, mit Verhaltenserwartungen einer Vielzahl von Anspruchsgruppen konfrontiert, die kaum in gleichem Masse an private Akteure gestellt würden.

Die sich durch diese Themenkomplexe stellenden Fragen und die Ergebnisse der St. Galler Tagung sind in diesem Tagungsband festgehalten. Die hier erarbeiteten, praktischen Handlungsanweisungen für Politik, Management und Wirtschaft zur Bewältigung des latenten Konflikts zwischen "Politik und Markt" haben an Aktualität nur noch gewonnen.

Die Beiträge der Tagung wurden im Hinblick auf die Drucklegung bereinigt und teilweise erweitert. Den Referierenden sei an dieser Stelle für den zusätzlichen Aufwand bestens gedankt. Ein herzlicher Dank geht auch an Frau Daniela De Marco, welche die Tagung organisiert und den Druck dieses Bandes vorbereitet hat. Gedankt sei in diesem Zusammenhang auch Herrn

Patrik Müller, Chefredaktor des "Sonntag", für die Moderation der Tagung sowie meinen Assistenten Yannick Wettstein und Simone Walther für ihre Hilfe anlässlich der Tagung selbst.

St. Gallen, im Juni 2009

PETER HETTICH

Inhaltsübersicht

Öffentliche Unternehmen: Einführung in die sich stellenden Rechtsfragen	9
---	---

Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M., Tenure Track Professor für Öffentliches Wirtschaftsrecht mit Berücksichtigung des Bau-, Planungs- und Umweltrechts an der Universität St. Gallen

1. Themenblock

Organisatorische und rechtliche Bewältigung von Auslagerungen

Ausgliederung der Industriellen Werke Basel	25
---	----

PD Dr. rer. pol. DOMINIK EGLI, Departementssekretär, Baudepartement Basel-Stadt

Organisatorische und rechtliche Bewältigung von Auslagerungen –	29
---	----

Ein praktischer Fall: Die Auslagerung eines städtischen Werkes

Dr. iur. MARCEL GUIGNARD, Stadtmann Aarau, Präsident Schweizerischer Städtetverband, Aarau

2. Themenblock

Strategische und operative Leitung dezentraler Aufgabenträger

Grundsätze der "Good Governance" für öffentliche Unternehmen	41
--	----

Dr. rer. soc. HANS WERDER, Generalsekretär, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Bern

Gratwanderung zwischen effizienter Unternehmensführung und (Regional-)Politik	49
---	----

Dr. rer. pol. ULRICH GYGI, Betriebswirtschaftler, Verwaltungsratspräsident der Schweizerischen Bundesbahnen SBB; ehem. Konzernleiter der Schweizerischen Post, Bern

3. Themenblock

Umgang mit privaten Konkurrenten, Lieferanten und Abnehmern

Ungleiche Spiesse im Wettbewerb: Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen aus Sicht der KMU 61

ROBERT E. GUBLER, Präsident kantonaler Gewerbeverband Zürich; Partner, Communicators Zürich AG, Zürich

Fallstricke für öffentliche Unternehmen im Wettbewerb 71

Prof. Dr. PATRIK DUCREY, Rechtsanwalt, Stellvertretender Direktor, Sekretariat der Wettbewerbskommission, Bern; Titularprofessor für Wettbewerbsrecht an der Universität Bern

Regulatory Management für öffentliche Unternehmen 99

Dr. iur. STEFAN RECHSTEINER, Rechtsanwalt, VISCHER AG, Zürich

Öffentliche Unternehmen: Einführung in die sich stellenden Rechtsfragen

Peter Hettich

Inhaltsübersicht

I.	Öffentliche Unternehmen als Instrument der Politik.....	10
II.	Organisatorische und rechtliche Bewältigung von Auslagerungen	12
	1. Sorgfältige Gestaltung des Prozesses der Auslagerung.....	12
	2. Aktiengesellschaft als heute dominierende Rechtsform.....	13
III.	Strategische und operative Leitung dezentraler Aufgabenträger	14
	1. Leistungsvereinbarungen als strategisches Instrument.....	15
	2. Grundsätze der "Good Governance"	15
	3. Gratwanderung zwischen Effizienz und (Regional-)Politik	16
IV.	Umgang mit privaten Konkurrenten, Lieferanten und Abnehmern	17
	1. Gleiche oder ungleiche Spiesse im Wettbewerb?.....	17
	2. Kartellrechtliche Fallstricke für öffentliche Unternehmen	18
	3. Öffentliches Beschaffungswesen als Hemmschuh für Effizienz?	19
	4. "Regulatory Management" als Führungsaufgabe	19
VI.	Schlussbemerkungen	20

I. Öffentliche Unternehmen als Instrument der Politik

Gemäss der ökonomischen Theorie der Public Choice sind öffentliche Unternehmen ineffiziente Gebilde, welche nahezu unendliche Mengen an öffentlichen Mitteln verschlingen können und gleichzeitig nur in geringem Mass in der Lage sind, gesamtwirtschaftlich wünschbare Effekte zu produzieren. Die radikaleren Vertreter dieser Theorie sehen die einzige Leistung öffentlicher Unternehmen darin, Politikern (und deren Wählerschaft) Renten zuzuschancen und deren Wiederwahl zu sichern. Damit wird das zwangsläufige Scheitern der öffentlichen Unternehmen im Wettbewerb postuliert.

Auch der Bundesrat hat nicht immer an die Leistungsfähigkeit seiner öffentlichen Unternehmen glauben wollen. Als vor mehr als zehn Jahren die Telecom PTT in Post und Swisscom aufgespalten wurde, hat er noch in seine Botschaft folgendes geschrieben: "Die Post braucht ... für die langfristige Überlebensfähigkeit Sicherheiten wie ein Dotationskapital und eine Staatsgarantie. Die finanziell ungünstigen Rahmenbedingungen der Post sprechen gegen die Form [...] der ... Aktiengesellschaft".¹ Mit anderen Worten wollte der Bundesrat die Post vor allem deshalb als öffentlich-rechtliche Anstalt ausgestalten, weil in seiner Sicht nur die Nähe zum Staat das Überleben der Post sichern konnte – bei Wegfall der Quersubventionierung durch die Erträge des Fernmeldemonopols erschien eine selbständige Post nicht überlebensfähig.

Die Leistungsfähigkeit der Post hat nicht nur den Bundesrat überrascht. Die Post weist heute konstant ansehnliche Gewinne aus; im Jahr 2008 wurde ein Konzerngewinn von CHF 825 Millionen erzielt. Die vor der Postreform von 1997 noch grössere Staatsnähe war der Effizienz der Post also eher ab- als zuträglich. Der Staat selbst ist vermutlich nicht der beste "Pöstler". Die Umwandlung in eine selbständige Anstalt hat die Post von Fesseln befreit, wel-

¹ Botschaft vom 10. Juni 1996 zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmungsgesetz, BBl 1996 III 1306 ff., 1316.

che in einem unternehmerischen Sinne positiv genutzt werden konnten. Jedoch hat wohl auch die Aussicht auf eine zukünftige Marktöffnung einen gewissen Leidensdruck erzeugt, welcher die Anhandnahme der notwendigen Reformen erleichtert hat. Neuere empirische Studien implizieren, dass die Effizienz eines Unternehmens sich massgeblich danach bestimmt, ob dieses Unternehmen einem wirksamen Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist; weniger entscheidend ist danach, ob das Unternehmen nun private Investoren oder die öffentliche Hand zum Eigentümer hat.² Vielleicht waren es aber auch einfach nur die richtigen Manager, welche dem Unternehmen eine Perspektive für die Zukunft nicht nur aufzeigen, sondern das Unternehmen auch in diese Zukunft führen konnten.

Das vermeintlich "hässliche Entlein" Post hat sich also zum schönen Schwan gemausert. Der Bundesrat hat sich nun am 20. Mai 2009 denn auch konsequenterweise zu weiteren Liberalisierungsschritten im Bereich der Post entschlossen. Sollten die nun vorgebrachten Vorschläge realisiert werden, dann wird auch die Post bald eine Aktiengesellschaft sein.³ Ängste und Begehrlichkeiten können in diesem Zusammenhang auch schon vernommen werden, wie der Beschluss der Gewerkschaft Kommunikation zur Lancierung einer Volksinitiative gegen das "Poststellensterben" zeigt.

Die vor über zehn Jahren getroffenen Voraussagen des Bundesrates betreffend die Überlebensfähigkeit der Swisscom haben sich jedoch bewahrheitet. Das öffentliche Unternehmen Swisscom dominiert die private Konkurrenz immer noch derart, dass selbst der Regulator fürchtet, der Wettbewerb könne bald wieder zum Erliegen kommen.⁴ Dies wirft zumindest die Frage auf,

² Hinweise bei HETTICH PETER, Governance by Mutual Benchmarking in Postal Markets: How State-Owned Enterprises May Induce Private Competitors To Observe Policy Goals, 32 Univ. Dayton L.R. 199 ff., 230 f. (2007).

³ Zum nun umzusetzenden Vernehmlassungsentwurf HETTICH PETER, Sicherung der Grundversorgung bei vollständiger Deregulierung – Ein Beitrag zur bevorstehenden Aufhebung des Postmonopols in der Schweiz und in der EU, ZBl 109 (2008), 629 ff.

⁴ Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom, Tätigkeitsbericht 2007, 2 f.

ob die regulatorischen Rahmenbedingungen dieses Marktes richtig gesetzt sind. Plötzlich sind wir mit dem Problem konfrontiert, dass ein öffentliches Unternehmen auch zu erfolgreich sein kann.

II. Organisatorische und rechtliche Bewältigung von Auslagerungen

Bei der Aufspaltung der Telecom PTT war die Rechtsform der zukünftigen Schweizerischen Post und der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Swisscom) noch ein wichtiger Punkt der Diskussion. Die einfache Formel, dass für gewinnträchtige Staatsaufgaben die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, für unrentable Staatsaufgaben die öffentlich-rechtliche Anstalt die richtige Rechtsform sei, verkürzt die Problemstellung aber in unangemessener Weise. Obwohl sowohl der Anstalt als auch der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft jeweils Vor- und Nachteile zugeschrieben werden, hat sich in den letzten Jahren die Aktiengesellschaft als dominierender Typus eines öffentlichen Unternehmens herausgebildet.

Neben der Rechtsform sind die nähere Ausgestaltung des öffentlichen Unternehmens und der weiteren Marktbedingungen – soweit der Regulierung zugänglich – von einer Vielzahl von Faktoren abhängig und dementsprechend bedeutsam. Die strategische Führung des Unternehmens durch den Staat, die Haftung des Unternehmens gegenüber Kunden, die Haftung seines Verwaltungsrates, die Kapitalmarktfähigkeit oder die Gewinnausschüttung sind nur Beispiele für viele Elemente, die einer Regelung zugeführt werden müssen.

1. Sorgfältige Gestaltung des Prozesses der Auslagerung

Der erste Teil des vorliegenden Tagungsbandes behandelt Fragen, welche sich bei der Auslagerung von staatlichen Aufgaben an öffentliche Unternehmen stellen. DOMINIK EGLI, Generalsekretär des Baudepartements Basel-Stadt, erläutert in seinem Beitrag die sich stellenden Prozessfragen anhand

der von ihm gemachten Erfahrungen bei der Auslagerung des Kantonswerks "Industrielle Werke Basel-Stadt" (IWB). Als Erfolgsfaktoren für den Prozess der Auslagerung nennt er einen notwendigen Druck, stufengerechte Entscheide, eine Fokussierung der Inhalte und einen gemeinsamen Auftritt der beteiligten Verwaltungseinheiten und der Politik nach aussen.

2. Aktiengesellschaft als heute dominierende Rechtsform

Der Beitrag von MARCEL GUIGNARD, Stadtmann von Aarau und Präsident des schweizerischen Städteverbandes, vermittelt anhand der Auslagerung des städtischen Werks "IBAarau" weitere Einblicke hinsichtlich des materiellen Rechts. Dabei zeigt sich auch an diesem Beispiel, dass die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft heute im Bereich der öffentlichen Unternehmen die vorherrschende Rechtsform darstellt. Politische Zwänge scheinen es oft notwendig zu machen, dass die Beherrschung dieser Aktiengesellschaften zu mindestens 51% durch die öffentliche Hand im Organisationserlass zwingend festgelegt wird. In besonders heiklen Bereichen wie der Wasserversorgung bedingt sich der öffentliche Eigentümer zuweilen auch operative Einflussmöglichkeiten aus, etwa auf die Preisgestaltung. Auch führt der Übergang zur Aktiengesellschaft keineswegs immer zu Flexibilisierungen bei den Arbeitsverhältnissen. Deutlich zeigen sich auch die von den Ökonomen geschilderten Effizienzgefährdungen bei den Ansprüchen des Gemeinwesens betreffend die Verzinsung des eingesetzten Kapitals oder die Besetzung des Verwaltungsrates (auch) nach politischen Gesichtspunkten.

Es offenbart sich, wie sehr der Handlungsspielraum eines öffentlichen Unternehmens letztlich auf dessen gesetzlicher Grundlage beruht. Diese gesetzliche Grundlage ist zwangsläufig Ergebnis eines politischen Prozesses; sie kann und soll im Nachhinein nicht leichthin geändert werden.

III. Strategische und operative Leitung dezentraler Aufgabenträger

Wie Eignerinteressen⁵ zu definieren und umzusetzen sind, ist Thema des zweiten Teils dieses Tagungsbandes. Die strategischen und vor allem operativen Fragen der Führung eines öffentlichen Unternehmens kann und soll das Gesetz nicht abschliessend klären. Dementsprechend ergeben sich Unsicherheiten, wie der verbleibende strategische und operative Handlungsspielraum genutzt werden soll.

Gutes Beispiel für Unklarheiten im Handlungsspielraum ist der im November 2005 lancierte Versuch der Swisscom, den irischen Grundversorger Eircom zu übernehmen. Die für die Öffentlichkeit relativ überraschende Intervention des Bundesrates hat dies scheitern lassen – verschiedene Beiträge werden darauf Bezug nehmen.⁶ Der daraus resultierende "politische Befreiungsschlag" des Bundesrates – die Vorlage zur Abgabe der Mehrheit an der Swisscom – wurde vom Parlament aber gar nicht materiell diskutiert.⁷

Mit der Abgabe der Mehrheit an der Swisscom hätte der Bundesrat die Verantwortung für strategische Entscheide an die Privatwirtschaft abgeben können; verschiedene Interessenkonflikte wären entschärft worden. Es gibt kaum ein besseres Beispiel, um die Schwierigkeiten des Staates bei der Wahrnehmung seiner strategischen Interessen als Eigentümer öffentlicher Unternehmen deutlich zu machen.

⁵ Wie dieser Rechtsbegriff aus der Schiffssprache Eingang in die schweizerische Rechtskultur gefunden hat, ist dem Autor auch heute noch unbegreiflich.

⁶ Dazu ausführlich der Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 28. März 2006, Untersuchung zu den Entscheiden des Bundesrats vom 23. November 2005 betreffend das Unternehmen Swisscom AG, BBl 2006 5173 ff.

⁷ Dazu die Botschaft vom 5. April 2006 zur Bundesbeteiligung am Unternehmen Swisscom AG, BBl 2006 3763 ff.

1. Leistungsvereinbarungen als strategisches Instrument

Herr KURT SIGNER, Generalsekretär der SBB AG, legte in seinem Referat das Führungsinstrument der Leistungsvereinbarung näher dar.⁸ Die Leistungsvereinbarung hat sich in den letzten Jahren als mittelfristiges Führungsinstrument des Staates mehr und mehr durchsetzen können. Dabei zeigt sich, dass die öffentliche Hand das Instrument der Leistungsvereinbarung – nach anfänglicher Zurückhaltung – mehr und mehr auch für detaillierte Planungsanliegen einsetzt. Damit einher geht ein zunehmender Einfluss der Politik auch in operativen Fragen.

In der verwaltungsrechtlichen Lehre wurde das Instrument der Leistungsvereinbarung noch kaum erörtert. Das Instrument erscheint zuweilen als konsensuale Form einer Dienstanweisung, zuweilen als eigentlicher verwaltungsrechtlicher Vertrag. Ob die Anwendung der Grundsätze etwa des verwaltungsrechtlichen Vertrages – z.B. die Realdurchsetzung von Pflichten – immer angestrebt wird, scheint stark von Umständen des Einzelfalles abzuhängen.

2. Grundsätze der "Good Governance"

Auf das "Spannungsfeld zwischen Markt und Politik" in der Führung eines öffentlichen Unternehmens geht auch HANS WERDER, Generalsekretär des UVEK, in seinem Beitrag ein. Er stellt die Grundsätze der Public Governance auf Bundesebene dar. Dabei erscheint die Gewährleistung von öffentlicher Auftragserfüllung und effizienter Unternehmensführung als Zielkonflikt. Diese Grundsätze stehen also in einem antinomischen Verhältnis und können bei gleichzeitiger Verfolgung jeweils nicht maximiert werden.

⁸ Das Handout des Referats von KURT SIGNER ist auf <<http://www.irp.unisg.ch>> (Weiterbildung/Unterlagen bisheriger Veranstaltungen) abrufbar.

Den notwendigen Ausgleich zwischen divergierenden Zielen zu finden ist Aufgabe der vom Bund vorgegebenen bzw. mit dem Unternehmen ausgehandelten strategischen Ziele. Trotz der grundsätzlichen Trennung zwischen politischer und unternehmerischer Verantwortung erscheinen diese Ziele durchaus detailliert – der Bund selbst wird damit zur (Mit-)Planungsinstanz. Entscheidend für die vom Bund angestrebte Trennung von Politik und Unternehmen sowie für eine effiziente Unternehmensführung erscheinen daher in erster Linie die Grundsätze des Bundes zur Besetzung der jeweiligen, möglichst fachkundigen und unabhängigen, Verwaltungsräte.

3. Gratwanderung zwischen Effizienz und (Regional-)Politik

Der latente Zielkonflikt zwischen effizienter Unternehmensführung und politischen Ansprüchen, welche an öffentliche Unternehmen herangetragen werden, steht im Zentrum des Beitrags von ULRICH GYGI (zum Zeitpunkt des Referates noch Konzernleiter der Schweizerischen Post). Dieser Zielkonflikt, welcher im Zentrum des Beitrags steht, scheint sich besonders ausgeprägt an der Schweizerischen Post bzw. deren Poststellennetz zu zeigen.

Damit aufgeworfen ist die Frage, ob ein Unternehmen wie die Schweizerische Post überhaupt effizient geführt werden kann, ob schützende Rahmenbedingungen wie ein Monopolschutz zur Sicherstellung der Grundversorgung vonnöten sind und ob eine Öffnung gegenüber privaten Investoren anzustreben ist. Dass das Versprechen einer effizienten Führung gleichzeitig mit dem verfassungsrechtlich heiklen Ruf nach vermehrter "unternehmerischer Freiheit" für das öffentliche Unternehmen verbunden wird, erstaunt hier kaum. Die Finanzierung der Grundversorgung sei nicht anders sicherzustellen, jedenfalls nicht über von Konkurrenten finanzierte Fondslösungen

– diese Fondslösungen werden übrigens auch von der Lehre einhellig abgelehnt.⁹

IV. Umgang mit privaten Konkurrenten, Lieferanten und Abnehmern

Der dritte Teil dieses Tagungsbandes lässt den Blick des öffentlichen Unternehmens (und der kontrollierenden öffentlichen Hand) nach aussen schwenken. Angesprochen ist der Missbrauch von Vorteilen im Wettbewerb mit privaten Unternehmen, welche teilweise über das Kartellrecht erfasst werden können. Angesprochen ist aber auch die Pflicht öffentlicher Unternehmen zur öffentlichen Ausschreibung der von ihnen eingekauften Güter und Dienstleistungen. Gefragt ist in diesem Bereich ein eigentliches "Regulatory Management", welches den berechtigten wettbewerbsrechtlichen Anliegen der Konkurrenten, Abnehmer und Lieferanten entgegenkommt.

1. Gleiche oder ungleiche Spiesse im Wettbewerb?

Häufig wird das Argument vorgebracht, dass öffentliche Unternehmen teilweise deshalb erfolgreich sind, weil sie sich im Wettbewerb mit Privaten missbräuchlich oder unfair verhalten. Dies betrifft namentlich die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen ausserhalb der eigentlichen Kernbereiche. ROBERT GUBLER, Präsident des Zürcher Gewerbeverbands, richtet den Blick in seinem Beitrag insbesondere auf die Bereiche Energie und Entsorgung.

Den auch von ökonomischer Seite geäusserten Bedenken hinsichtlich eines "Empire Building" ist Rechnung zu tragen. Im Idealfall ist das öffentliche Unternehmen in seiner Tätigkeit auf den eigentlichen öffentlichen Auftrag zu beschränken. Dies geschieht durch eine entsprechende Ausgestaltung der

⁹ Vgl. z.B. REIST TANJA, Staatliche Aufgaben und deren Wahrnehmung unter besonderer Berücksichtigung des Postwesens und dessen Wahrnehmung durch die bundeseigene Postunternehmung, Basel 2004, 137 f.

gesetzlichen Grundlage oder eine entsprechende Formulierung des Zweckartikels der Körperschaft. Ist eine Einschränkung politisch nicht durchsetzbar, so sind die dem Unternehmen erlaubten Tätigkeiten schon im gesetzgeberischen Prozess explizit zu machen. Quersubventionierungsverbote haben dann, wenn auch praktisch schwer durchsetzbar, die Aufgabe eines Begrenzungsmechanismus zu übernehmen.

2. Kartellrechtliche Fallstricke für öffentliche Unternehmen

Das "Kartellrecht öffentlicher Unternehmen" ist spätestens seit dem Entscheid Schweizerische Meteorologische Anstalt des Bundesgerichts¹⁰ ständiger Gegenstand der Diskussion in Lehre und Praxis und hat auch in der letzten Revision des Kartellgesetzes zu Anpassungen geführt.¹¹ Der Beitrag von PATRIK DUCREY beleuchtet die kartellrechtlichen Fallstricke für öffentliche Unternehmen aus der Perspektive der Wettbewerbskommission.

Dabei lässt sich feststellen, dass namentlich die Liberalisierung von Monopolbereichen für die öffentlichen Unternehmen nicht ohne Konflikte mit den Wettbewerbshütern vonstatten geht. Fragen betreffend die funktionale Definition unternehmerischer Tätigkeit (Art. 2 KG) und betreffend die Abgrenzung des Wettbewerbsbereichs von regulierten Bereichen (Art. 3 KG) sind auch heute noch nicht restlos geklärt. Auch sind die Anforderungen an das kartellrechtliche (Problem-)Bewusstsein bei einem im Markt agierenden öffentlichen Unternehmen gegenüber einer ausschliesslich für die Zentralverwaltung tätigen Verwaltungseinheit höchst unterschiedlich. Der entsprechend notwendige Kulturwandel im Falle einer Erweiterung des Handlungsfeldes bedarf der Zeit, und sollte allenfalls durch Einführung von Programmen zur Herstellung von Antitrust Compliance erleichtert werden.

¹⁰ BGE 127 II 32.

¹¹ Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004 1385.

3. Öffentliches Beschaffungswesen als Hemmschuh für Effizienz?

Quasi eine Ergänzung finden die kartellrechtlichen Vorschriften im öffentlichen Beschaffungsrecht, insoweit dieses die Chancengleichheit der Anbieter beim Einkauf von Gütern und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand sicherstellen soll. Damit wird auch das verfassungsrechtliche Gebot der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen und Gleichbehandlung der Konkurrenten konkretisiert.

Dem Beschaffungsrecht wird zuweilen vorgeworfen, durch seine strikten Verfahrensanforderungen sowohl den öffentlichen Auftraggeber als auch die sich bewerbenden privaten Unternehmen zu überfordern. Dem kann durchaus entgegen gehalten werden, dass das Beschaffungsrecht auch als Instrument der Qualitätssicherung seine Berechtigung findet.¹² Die nun anstehende Revision des Beschaffungsrechts wird zeigen, ob sich der Gleichbehandlungsanspruch privater Unternehmen im Beschaffungsprozess mit erhöhter Beschaffungseffizienz paaren lässt.

4. "Regulatory Management" als Führungsaufgabe

Das Management der sich aus Verfassung und Gesetzesrecht ergebenden rechtlichen Anforderungen geht über die blosse Umsetzung des Gesetzesrechts hinaus. Der Regulator ist neben dem Staat als Eigentümer und der Öffentlichkeit als eigentlicher Stakeholder in die Managementprozesse eines öffentlichen Unternehmens mit einzubeziehen. Dementsprechend bilden auch die regulatorischen Risiken Teil eines zeitgemässen Risikomanagements.

¹² Das Handout des Referats von Bundesverwaltungsrichter MARC STEINER zu diesem Themenkomplex ist auf <<http://www.ird.unisg.ch>> (Weiterbildung/Unterlagen bisheriger Veranstaltungen) abrufbar.

Doch auch der Staat als Eigentümer eines öffentlichen Unternehmens hat sich die mit der unternehmerischen Tätigkeit einhergehenden Risiken bewusst zu machen. Diesen Risiken kann er sich auch durch Auslagerung einer unternehmerischen Tätigkeit in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nicht entledigen, sei es, weil der Staat als faktisches Organ selbst oder für seine entsandten Organe haftet, sei es, weil der Staat den Untergang eines öffentlichen Unternehmens politisch nicht verantworten kann und will.

Wie der Beitrag von STEFAN RECHSTEINER zeigt, stellt sich das "Regulatory Management" damit sowohl auf Seiten des öffentlichen Unternehmens als auch auf Seiten des Staates als eigentliche Führungsaufgabe dar.

VI. Schlussbemerkungen

Öffentliche Unternehmen können nicht "out of the box", quasi nach einem Baukastenprinzip, in den Markt gestellt werden. Die Forderungen der verschiedenen Anspruchsgruppen – Konsumenten, Arbeitnehmer, Eigentümer und Management – sind schon in der Phase der Gesetzgebung einzubeziehen und in einem Verhandlungsprozess individuell gegeneinander abzuwägen. Im Sinne einer praktischen Konkordanz ist zu verhindern, dass z.B. die Ansprüche der Arbeitnehmer die Ansprüche des Eigentümers oder der Konsumenten völlig verdrängen. Gerechtfertigte Forderungen sind möglichst umfassend zur Entfaltung zu bringen, wobei durchaus Prioritäten gesetzt werden dürfen und sollen. Nur ein ausgewogener Gründungserlass ermöglicht einem öffentlichen Unternehmen einen reibungslosen Markteintritt.

Zielkonflikte im strategischen und operativen Geschäft sind dennoch unvermeidlich. Allenfalls können diese Zielkonflikte durch Beachtung von leitenden Grundsätzen der Good Governance entschärft werden. Die periodische Rechtfertigung des Handels des Managements gegenüber der Öffent-

lichkeit dürfte im Bereich der öffentlichen Unternehmen trotz erweiterter Handlungsspielräume immer noch eine weit grössere Bedeutung haben als im Bereich der Privatunternehmen.

Fragezeichen sind hinsichtlich der Gewährleistung eines fairen Wettbewerbsprozesses zu setzen. Die Wirtschaftsfreiheit schützt zwar die Privaten nicht vor Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen. Das kann jedoch nicht zu einer flächendeckenden Konkurrenz privater Unternehmen führen. Öffentliche Unternehmen dienen öffentlichen Zwecken; sie erfüllen besondere öffentliche Aufgaben, welche der Privatwirtschaft nicht vollständig überlassen werden sollen oder welche die Privatwirtschaft nicht in genügendem Masse bereitstellt. Diese besonderen öffentlichen Aufgaben sind durch den Gesetzgeber zu definieren.¹³ Dabei ist vor allem auch in Zeiten einer Wirtschaftskrise daran zu erinnern, dass von Verfassungen wegen einer Staatsverantwortung für die Erstellung von Gütern und Dienstleistungen nur höchst begrenzt beansprucht werden kann.

Als Abnehmer und Lieferanten von Gütern und Dienstleistungen sind öffentliche Akteure zudem Teilnehmer am Wettbewerbsprozess und müssen in ihrem Wettbewerbsgebaren gewissen Standards genügen. Dies kann aufgrund der teilweise grösseren Marktmacht öffentlicher Unternehmen auch bedeuten, dass Standards zu erfüllen sind, welche diejenigen der privaten Unternehmen übersteigen. Dennoch darf das "Korsett" öffentlich-rechtlicher Vorschriften nicht zu eng gezogen werden, wenn die durch eine Auslagerung erzielbaren Effizienzgewinne nicht zu einem grossen Teil wieder geopfert werden sollen. Der Sinn der Auslagerung des öffentlichen Unternehmens würde dann in Frage gestellt.

¹³ Zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage z.B. BGer 2P.67/2004.

1. Themenblock

Organisatorische und rechtliche Bewältigung von Auslagerungen

Ausgliederung der Industriellen Werke Basel

Dominik Egli

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	25
II.	Erfolgsfaktoren.....	26
	1. Exogener Auslöser generiert Druck.....	26
	2. Stufengerechte Entscheide.....	26
	3. Fokussierung der Inhalte.....	26
	4. Gemeinsamer Auftritt Eigentümer / Firma	27
	5. Zeit	27

I. Einleitung

Januar 2009 beschloss der Grosse Rat des Kantons Basel-Stadt das neue IWB-Gesetz, welches die Corporate Governance der Industriellen Werke (IWB) auf eine völlig neue Basis stellte. An Stelle einer für Verwaltungseinheiten üblichen Steuerung tritt neu eine Corporate Governance, welche in den Grundzügen derjenigen für Aktiengesellschaften angeglichen ist. Da die IWB auch in einem liberalisierten Strommarkt in wesentlichen Teilen Monopolistin bleiben wird, wurde als Rechtsform diejenige einer öffentlich-rechtlichen Anstalt gewählt. Zur Steuerung der Monopolbereiche vereinbart der Kanton mit den IWB einen Leistungsauftrag. Ansonsten ist der Verwaltungsrat neu das oberste Steuerungsgremium.

Im folgenden werden die Faktoren, die aus meiner Sicht zum Erfolg des Projektes führten, kurz dargestellt.

II. Erfolgsfaktoren

1. Exogener Auslöser generiert Druck

Auslöser war das StromVG, welches dazu führt, dass die Minimalaufgaben des Kantons sich auf das Bestimmen eines Netzbetreibers beschränken; für eigene Stromproduktion und -verkauf durch den Kanton besteht keine Notwendigkeit mehr. Die Folge einer Beschränkung auf die Minimalaufgaben wäre eine starke Einschränkung bezüglich der Verfolgung wichtiger energiepolitischer Ziele, namentlich der Verhinderung des Baus weiterer Atomkraftwerke. Zentral war, aufzeigen zu können, dass die IWB mit der bisherigen Corporate Governance die energiepolitischen Ziele des Kantons nicht mehr unterstützen könnte, und dass keine anderen Instrumente zur Zielerreichung zur Verfügung stehen.

2. Stufengerechte Entscheide

Dem Projekt zur Entwicklung eines Ratschlages ging ein längerer Entscheidungsprozess voraus. Zuerst wurde verwaltungsintern — unter Einbezug sämtlicher beteiligter Stellen — diskutiert. Dann wurde der Regierungsrat in mehreren Stufen einbezogen (erste Auslegeordnung, Vernehmlassungstext, Verhandlungsmandat, Verhandlungsergebnisse, Ratschlag), und zu guter Letzt ging die Vorlage an den Grossen Rat.

3. Fokussierung der Inhalte

Die Diskussion wurde auf die Eigentümerstrategie und die Kompetenzregelung zwischen Grosse Rat und Regierungsrat fokussiert. Finanzierungsfragen wurden mit Spezialisten vorbereitet und lediglich in engem Rahmen diskutiert. Hier war die Unterstützung durch das Finanzdepartement und die Finanzkontrolle für die mit den anstehenden Fragen tendenziell eher überforderten Politiker wertvoll. Der Gesetzesentwurf wurde nicht in Ver-

nehmlassung geschickt und kam erst in den vorbereitenden GR-Kommissionen zur Diskussion.

4. Gemeinsamer Auftritt Eigentümer / Firma

Es zeigte sich als förderlich, dass das Geschäft nicht als ein Geschäft der IWB, sondern als ein solches des RR wahrgenommen wurde. Dies wurde erreicht, indem die IWB nach Aussen nie alleine auftrat, und auch, indem zum Ausdruck kam, dass Eigentümer und Firma sich gefunden hatten, auch wenn man nicht in allen Punkten einer Meinung war. Damit konnte glaubhaft vermittelt werden, dass der Eigentümer eine Änderung anstrebt, weil sie aus seiner Sicht nötig ist, und nicht die Firma ihr eigenes Süppchen zu kochen versucht.

5. Zeit

Es brauchte viel Zeit, und sie stand zur Verfügung; konkret:

- Verwaltungsinterne Diskussion: 14 Monate
- Regierungsrat bis Vernehmlassung: 10 Monate
- Vernehmlassung / Verhandlung: 7 Monate
- Diskussion Grosser Rat: 5 Monate

Organisatorische und rechtliche Bewältigung von Auslagerungen

Ein praktischer Fall:
Die Auslagerung eines städtischen Werkes

Marcel Guignard

Inhaltsübersicht

Einleitung.....	30
I. Kurzporträt der IBAarau (1998)	30
II. Ausgangslage	31
III. Rechtsform und Struktur.....	31
IV. Verhältnis zur Stadt.....	33
V. Personal	34
VI. Finanzen	35
VII. Erfahrungen nach bald 10 Jahren	36
VIII. Weshalb gelang die Auslagerung?	37

Einleitung

Am 12. März 2000 beschlossen die Stimmberechtigten der Stadt Aarau an der Urne was folgt:

Der vom Einwohnerrat am 29. November 1999 gefasste Beschluss betreffend Überführung der Industriellen Betriebe Aarau (IBA) in privatrechtliche Aktiengesellschaften wird gutgeheissen.

Warum und wie es zu diesem Beschluss gekommen ist, sowie über die konkrete Ausgestaltung der Auslagerung der heute IBAAarau AG genannten städtischen Werke wird im Folgenden berichtet.

I. Kurzporträt der IBAAarau (1998)

Bis zum Jahr 2000 waren die IBAAarau eine unselbständige öffentlich-rechtliche Gemeindeanstalt der Stadt Aarau. Damals wie heute versorgen die IBAAarau AG als regionales Versorgungsunternehmen die Stadt und 22 umliegende Gemeinden mit Elektrizität. Ein Viertel der verteilten Strommenge stammt aus dem eigenen Wasserkraftwerk an der Aare, drei Viertel von externen Lieferanten, den NOK, der Atel, der Kehrrichtverbrennungsanlage Buchs und einigen Kleinproduzenten. Sodann beliefern die IBAAarau AG 16 Gemeinden mit Erdgas und 5 weitere Gemeinden mit Trinkwasser. Schliesslich führen die IBAAarau AG einen Elektroinstallationsbetrieb und eine Werkstätte, die den Service und Verkauf von Elektromotoren und Transformatoren tätigen. Insgesamt beschäftigten die IBAAarau 1998 252 MitarbeiterInnen, davon 53 Lehrlinge. Mit 122 Angestellten bildeten die Elektroinstallationen und Werkstätten personell die grösste Abteilung. Der Umsatz betrug rund CHF 108 Mio., wobei das Stromgeschäft rund drei Viertel ausmachte. Traditionell wurden der IBAAarau von Seiten der Stadt stets weitgehende unternehmerische Freiheiten eingeräumt. Die IBAAarau verfügten auch bereits über ein gut ausgebautes eigenes Rechnungswesen. Budget und Rechnung wurden indessen letztlich von der Politik bestimmt, das

heisst schlussendlich war es das Volk, welches das IBAarau Budget jährlich genehmigen musste, und das städtische Parlament, der Einwohnerrat, konnte dadurch politisch auf die Geschäftspolitik der IBAarau einwirken.

II. Ausgangslage

Ende der 90er Jahre musste mit der Inkraftsetzung des neuen Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG) gerechnet werden. Als Folge der dadurch bevorstehenden schrittweisen Marktöffnung wurden die Energieversorgungsunternehmen (EVU) dazu gezwungen, sich darauf einzustellen, auf nicht diskriminierende Weise vertraglich Elektrizität durch ihre Netze durchzuleiten. Damit verbunden war die freie Auswahl des Lieferanten für Kunden inklusive EVUs. Die EVUs wurden verpflichtet, ein sicheres, zuverlässiges Netz zu gewährleisten und buchhalterisch die Erzeugung, Übertragung und Verteilung von Strom zu trennen. Schliesslich wurde auch eine Bezugspflicht von erneuerbaren Energien vorgesehen.

Gestützt auf diese Ausgangslage musste man sich auf einen Wegfall des Monopols im Stromverkauf einstellen. Dies bedeutete mehr Wettbewerb, einen Druck auf die Verkaufspreise sowie Druck auf die Abgaben an die öffentliche Hand. Infolgedessen erwies es sich als notwendig, den Verkauf und das Marketing auf- und auszubauen. Der rauere Wind des Wettbewerbs zwang auch zur kritischen Hinterfragung der Unternehmensgrösse. Mit anderen Worten, es stellte sich die Frage, ob und wie Partnerschaften mit anderen EVUs eingegangen werden sollten, sei es mit weiteren Vertragsgemeinden, mit Lieferanten oder mit anderen Stadt- oder Gemeindewerken.

III. Rechtsform und Struktur

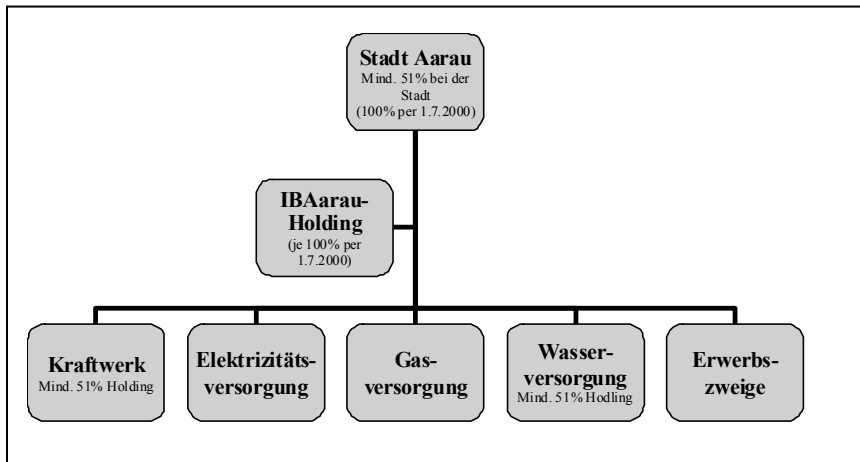
Aus den in der Ausgangslage erwähnten Gründen galt es, für die IBAarau eine geeignete Rechtsform und Struktur zu finden, um die notwendige Fle-

xibilität am Markt sicher zu stellen. Die Versorgung sollte konkurrenzfähig sein, und gleichzeitig sollte die Versorgungssicherheit weiterhin gewährleistet bleiben. Es musste auch eine Rechts- und Organisationsform gefunden werden, welche das langfristige Bestehen der IBAarau ebenso sicherte wie eine nachhaltige Unternehmensentwicklung. Finanzielle Unabhängigkeit und eine marktübliche Eigenkapitalrendite waren weitere Zielsetzungen.

Eine nähere Prüfung der vom öffentlichen und vom privaten Recht zur Verfügung stehenden Rechtsformen führte bald zur Aktiengesellschaft als Favoritin. (Selbständige öffentlich-rechtliche Gemeindeanstalten sind im Kanton Aargau nicht möglich.) Die beschränkte Haftung der Kapitalgeber, die einfache Übertragbarkeit der Aktien sowie die klare Kompetenzabgrenzung der Organe erwiesen sich als zielführend. Die AG bot auch die gewünschten flexiblen Beteiligungs- und Verkaufsmöglichkeiten. Die Offenheit des Gesellschaftszweckes garantierte die erforderliche Freiheit in der Unternehmensentwicklung, und die eigene Rechtspersönlichkeit gewährleistete die nötige Handlungsfreiheit in einem liberalisierten Markt.

Basierend auf der Aktiengesellschaft als geeignetste Rechtsform zur Erfüllung der Zielkriterien stellte sich die Frage, wie die einzelnen Tätigkeitsbereiche der IBAarau zu strukturieren waren, um die Anforderungen des zukünftigen Umfeldes möglichst gut erfüllen zu können. Dabei stand im Vordergrund die Erkenntnis, dass aufgrund der sehr unterschiedlichen Tätigkeitsgebiete der IBAarau sich Kooperationen eher im Bezug auf einzelne Geschäftsbereiche ergeben. Somit galt es, die Eigenständigkeit der Geschäftsbereiche auch strukturell abzubilden, bis hin zum Erfordernis einer unabhängigen Finanzierung. Eigenständige Gesellschaften erleichterten auch die spezifische Kontrolle einzelner öffentlicher Aufgaben, zum Beispiel im Bereich der Versorgungssicherheit oder beim Trinkwasser. Aus all diesen Gründen erwies sich die Schaffung einer Holding als zweckmässig.

Struktur IBAarau Holding:



Stadtrat übt Aktionärsrechte aus für Holding

VR IBAarau-Holding übt Aktionärsrechte aus für Tochtergesellschaften

IV. Verhältnis zur Stadt

Es wurde vorgesehen, dass die Zusammenarbeit mit der Stadt Aarau aufgrund der getroffenen Rechtsform und Struktur einerseits auf der aktienrechtlichen Ebene erfolgt. Der Stadtrat wählt den Verwaltungsrat der IBAarau Holding AG, und dieser wiederum wählt die Verwaltungsräte der verschiedenen Betriebsgesellschaften. Andererseits wird die Zusammenarbeit auf der operativen Ebene durch Konzessionsverträge geregelt.

Aus politischen Gründen galt es, die Mehrheitsbeteiligungen der Stadt an der Holding, dem Kraftwerk und der Wasserversorgung sicher zu stellen. Danach verbleiben bei der IBAarau Holding AG mindestens 51% der Aktien im Eigentum der Stadt Aarau. Zur Sicherstellung der Mehrheitsbeteiligung der IBAarau Kraftwerk AG und an der IBAarau Wasserversorgung AG ist in

den Statuten der Holding das Halten einer Mehrheitsbeteiligung von 51% an diesen beiden Gesellschaften vorgesehen.

Die Mehrheit der Aktien der IBAarau Holding AG, der IBAarau Kraftwerk AG und der IBAarau Wasserversorgung AG sind somit im Eigentum der Stadt Aarau. Eine Veränderung der Mehrheitsbeteiligungen bei diesen drei Gesellschaften ist nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Einwohnerrates möglich. Zusätzlich unterstehen diese Beschlüsse dem fakultativen Referendum.

In den Konzessionsverträgen für die Sparten Elektrizität, Gas und Wasser musste sichergestellt werden, dass der Service Public nach wie vor gewährleistet bleibt. So werden die IBAarau in diesen Verträgen mit der Stadt verpflichtet, die Versorgung in den genannten Bereichen zu vorteilhaften Bedingungen anzubieten. Ebenso obliegt ihnen die Erschliessungspflicht, verbunden mit Grundsätzen über Bau, Unterhalt und Betrieb sowie Qualität der Netze. Auch die öffentliche Beleuchtung bleibt Sache der IBAarau. Weiterhin sollen neben den Dividenden nach Massgabe des Geschäftsergebnisses auch Konzessionsabgaben an die Stadt geleistet werden. Im Bereich des Wassers behält sich der Stadtrat die Preisgenehmigung vor. Dem gegenüber verpflichtet sich die Stadt, ausschliesslich der IBAarau den öffentlichen Grund zur Versorgung mit den von ihr angebotenen Produkten zur Verfügung zu stellen. Die Stadt gewährt im Weiteren Beiträge an die Kosten der öffentlichen Beleuchtung und überträgt der IBAarau die in ihrem Besitz stehenden Grundwassernutzungskonzessionen. Schliesslich sind finanzielle Forderungen der Stadt bei Vertragsauflösungen in den Konzessionsverträgen enthalten, welche sich auch gerichtlich durchsetzen lassen.

V. Personal

Im Personalbereich wurde soweit möglich Besitzstand eingeräumt. Die Grundlagen für die zukünftigen Arbeitsverhältnisse blieben im Wesentli-

chen dieselben. Der bestehende individuelle Arbeitsvertrag und das erst kürzlich geänderte städtische Personalreglement wurden für anwendbar erklärt. Mittels eines Personalüberleitungsvertrages konnten sog. "Änderungskündigungen" verhindert werden. Allen MitarbeiterInnen wurde eine einjährige (betriebliche) Anstellungsgarantie gewährt. Schliesslich wurde festgehalten, dass die bisherigen und zukünftigen ArbeitnehmerInnen weiterhin in der Pensionskasse der Stadt Aarau versichert bleiben.

VI. Finanzen

Die zentralen Fragestellungen im Finanzbereich lauteten wie folgt: Wieviele Mittel sollen der ausgelagerten, verselbständigten IBAArau AG "mitgegeben" werden? Wieviele Mittel sollen bei der Stadt verbleiben?

Bei der Beantwortung dieser Fragen liess sich der Stadtrat von zwei Grundsätzen leiten. Zum einen sollten der ausgelagerten Gesellschaft so viele Aktiven wie betriebsnotwendig übertragen werden, nämlich in Form von Grundstücken und Liegenschaften. Ebenso sollten der neuen Gesellschaft die für das Stromgeschäft erforderlichen Aktien der Atel überlassen werden. Zum andern galt es, die IBAArau AG mit "Reserven" auszustatten, die ihr eine nachhaltige Entwicklung ermöglichen sollten.

Um diese Grundsätze zu realisieren, wurde das nachfolgend beschriebene Vorgehen gewählt. Zunächst wurde durch eine externe Expertise eine Bewertung der zu gründenden Gesellschaften anhand der Ertragsbewertung der jeweiligen Geschäftsaktivitäten nach der "Discounted Free Cash Flow" Methode durchgeführt. Gestützt darauf wurden für die einzelnen Gesellschaften und konsolidiert für die Holding nachhaltige Eröffnungsbilanzen erstellt. Dabei wurde darauf geachtet, dass die geplanten Erträge bzw. Free Cash Flows die Aufwendungen für Abschreibungen und Zinsen decken. Ebenso sollte sichergestellt werden, dass die Investitionen (Anlagenerneuerung, Netzkäufe) finanzierbar sind. Im Übrigen sollte die finanzielle Aus-

stattung dergestalt sein, dass eine angemessene Eigenkapitalrendite möglich bleibt.

Die Auswirkungen dieses Vorgehens führten bei der IBAarau AG unter anderem zu einer Eigenkapitalquote von rund 40%. Die Stadt erhielt einen Vermögenszugang von rund CHF 130 Mio. Sie verzichtete zwar auf diverse frühere jährliche Abgaben im Umfang von CHF 3,3 Mio., stellte jedoch so weit als möglich sicher, nach der Verselbständigung der IBAarau in den Genuss von Einnahmen (Dividenden, Konzessionsabgaben, Anteil Steuern) in Höhe von CHF 5,5 Mio. pro Jahr zu kommen.

VII. Erfahrungen nach bald 10 Jahren

Die Erfahrungen zeigen, dass die Entscheidungsabläufe bei den IBAarau AG professioneller und schneller erfolgen als unter dem alten Rechtszustand. Die sich stellenden Probleme konnten professionell auf der zweckmässigen Stufe, VR Holding, Geschäfts- oder Segmentsleitung, bewältigt werden (Corporate Governance). Die Versorgungssicherheit und die Rentabilität konnten gesteigert und die Qualität der Dienstleistungen zumindest gehalten werden. Andererseits ist festzustellen, dass die Anpassung der Anstellungsbedingungen an die Privatwirtschaft mehr Zeit braucht als vorgesehen. Als verselbständigtes Unternehmen müssen die IBAarau AG insbesondere im Verhältnis zur Stadt hinnehmen, dass sie bei der Vergabe von öffentlichen Arbeiten namentlich im Installationsbereich wie andere private Anbieter und nicht als "hausinternes" Unternehmen behandelt werden. Obwohl im Verselbständigungsprozess immer wieder betont worden war, dass die Mehrheit im siebenköpfigen Verwaltungsrat Fachpersonen sein sollten, drängt die Politik nach wie vor in das oberste Leitungsgremium.

VIII. Weshalb gelang die Auslagerung?

Die Stadt Aarau initiierte die Verselbständigung ihres Werkes zu einem Zeitpunkt, als das politische Umfeld für solche Vorhaben noch günstig war. Negative Beispiele waren noch kaum bekannt. Von Vorteil war auch, dass die "alten" IBAarau finanziell, organisatorisch und personell schon lange ein sehr gut positioniertes Unternehmen mit Markterfahrung waren. Zudem trug eine motivierte Geschäftsleitung mit der Bereitschaft zur breiten und transparenten Aufarbeitung der Entscheidungsgrundlagen Wesentliches zum Gelingen bei. Dies liess eine breite Evaluation von Lösungsmöglichkeiten mit externen und unabhängigen Expertisen zu. Die Stadt hielt auf der anderen Seite beim Zurückhalten von Mitteln Mass. Wichtig war auch die Rücksichtnahme auf politisch sensible Themen, insbesondere die Entscheidungsvorbehalte betreffend Mehrheitsbeteiligung, Tarifierung Wasser, Garantien für Service public, Netzunterhalt etc. Das Vertrauen zwischen dem Stadtmann und dem Geschäftsführer war ebenfalls förderlich. Zu guter Letzt war die stets offene und einlässliche Information der Öffentlichkeit ein Hauptgrund, dass die Auslagerungsvorlage problemlos die Hürde der Volksabstimmung nahm.

2. Themenblock

Strategische und operative Leitung dezentraler Aufgabenträger

Grundsätze der "Good Governance" für öffentliche Unternehmen

Hans Werder

Inhaltsübersicht

I.	Öffentliche Unternehmen zwischen Markt und Staat.....	41
II.	Die Steuerung öffentlicher Unternehmen.....	42
1.	Strategische Ziele	43
2.	Wahl des Verwaltungsrates	44
3.	Genehmigung von Geschäftsbericht und Rechnung/ Controlling-Prozess	45
III.	Erfahrungen und Fazit.....	46

I. Öffentliche Unternehmen zwischen Markt und Staat

Die öffentlichen Unternehmen befinden sich in einem anspruchsvollen Spannungsfeld zwischen Markt und Politik:

- Sie sind zunehmend dem Wettbewerb ausgesetzt und müssen privatwirtschaftlichen Effizienzkriterien genügen.
- Gleichzeitig müssen sie einen öffentlichen Leistungsauftrag erfüllen und vielfältigen politischen Erwartungen genügen.

Die Frage, wie der Staat seine Unternehmen in diesem Spannungsfeld steuern soll, gewinnt zunehmend an Bedeutung und ist alles andere als trivial. Man könnte sich die Sache einfach machen – wie dies einzelne juristische und ökonomische Theoretiker tun – und apodiktisch feststellen, dass es

keinen Zwischenraum zwischen Markt und Staat geben darf: Entweder wird eine Aufgabe vollständig dem Markt und der Privatwirtschaft überlassen – oder der Staat erfüllt die Aufgabe hoheitlich. Diese Haltung ist realitätsfremd und trägt den komplexen Lebensverhältnissen im 21. Jahrhundert nicht Rechnung.

Somit brauchen wir Spielregeln für die Steuerung von öffentlichen Unternehmen. Ich möchte in meinem Beitrag darstellen, wie diese "Public Corporate Governance" im UVEK organisiert ist und welche Erfahrungen wir gemacht haben. Konkret werde ich mich auf die "Steuerung" von SBB, Post und Swisscom konzentrieren, wie sie seit der Bahnreform und der PTT-Reform gilt.

II. Die Steuerung öffentlicher Unternehmen

Die Steuerung öffentlicher Unternehmen muss zwei wichtigen Anforderungen genügen:

- Sie muss sicherstellen, dass der öffentliche Auftrag erfüllt wird und dass es Sache der Politik bleibt, ihn zu definieren. Nicht die Eigeninteressen des Managements, sondern der öffentliche Auftrag müssen das Unternehmen steuern.
- Gleichzeitig muss sie gewährleisten, dass die Unternehmen so effizient wie möglich arbeiten und wettbewerbsfähig sind. Das heisst vor allem, dass die Unternehmen politisch nicht übersteuert werden dürfen. Denn dies ist in geöffneten Märkten gefährlich, wie verschiedene Beispiele aus dem Ausland zeigen.

Um diese Ansprüche zu erfüllen, gehen wir vom Grundsatz der *klaren Trennung von politischer und unternehmerischer Verantwortung* aus. Der Bund als Eigner setzt den Unternehmen strategische Ziele, während die konkrete Umsetzung dieser Ziele Sache der unternehmerischen Organe ist. Die Un-

ternehmungen erhalten damit den notwendigen Handlungsspielraum, um ihren Auftrag in einem durch den Wettbewerb geprägten Umfeld zu erfüllen.

Die Rolle des Eigentümers eines öffentlichen Unternehmens ist anspruchsvoll. Es geht im Kern darum, den *politischen Auftrag* an die Unternehmen auf der strategischen Ebene zu formulieren, den *Verwaltungsrat* personell richtig zusammenzusetzen und einen *Controlling-Prozess* über die Erreichung der Ziele einzurichten – ohne sich in die unternehmerische Tätigkeit einzumischen.

Im Folgenden möchte ich auf diese 3 Punkte kurz eingehen.

1. Strategische Ziele

Der Bundesrat legt für alle drei Unternehmen strategische Ziele fest. Diese Ziele stellen den *Auftrag* dar, welcher der Bund dem Unternehmen gibt. Gleichzeitig beinhalten die Ziele auch eine Selbstbindung des Eigentümers und schaffen damit Transparenz und Verlässlichkeit. Die Ziele werden für jeweils vier Jahre festgelegt, wobei eine jährliche Überprüfung stattfindet. Die strategischen Ziele enthalten folgende Teile:

- Strategische Stossrichtung (Märkte/Geschäftsbereiche)
- Finanzielle Ziele
- Personalpolitische Leitplanken
- Leitplanken für Kooperationen und Beteiligungen

Die strategischen Ziele haben einen Umfang zwischen drei und fünf Seiten. Wir haben versucht, sie so präzise wie möglich abzufassen und gleichzeitig auf der Ebene des strategischen Auftrages des Eigentümers zu bleiben.

Die einzelnen strategischen Ziele sind, soweit dies irgendwie möglich ist, mit *Kennziffern* versehen. Diese Kennziffern dienen als Indikatoren dafür,

wie weit die einzelnen Ziele erreicht werden. Die Erarbeitung der Kennziffern war sehr anspruchsvoll,

- da die einzelnen Indikatoren relevant sein müssen für die Zielerreichung,
- da die Daten im Unternehmen vorhanden sein müssen,
- und da die Daten auf die unternehmensinternen Kennziffersysteme abgestimmt sein müssen.

Am einfachsten war die Festlegung der finanziellen Kennziffern, da hier auf die allgemein gebräuchlichen Indikatoren wie Gewinn, Cash-flow, Eigenkapitalrendite usw. zurückgegriffen werden kann. Schwieriger war es, die Qualität der Dienstleistungen der einzelnen Unternehmen abzubilden. Wir haben hier mit verschiedenen Grössen gearbeitet: Marktanteile; Pünktlichkeit von Zügen, Briefen und Paketen; Umfragen über die Kundenzufriedenheit usw. Im Falle der Swisscom wird ein Benchmark mit den besten europäischen Telecom-Gesellschaften anhand bestimmter Indikatoren durchgeführt.

2. Wahl des Verwaltungsrates

Der Bundesrat wählt (direkt oder über die Generalversammlung) die Verwaltungsräte der drei Unternehmen und kann sie auch abberufen. Die Verwaltungsräte sind im Einklang mit dem Aktienrecht als oberste Führungsorgane des Unternehmens konzipiert. Sie haben die Aufgabe, die vom Bundesrat gesetzten strategischen Ziele in eine Unternehmensstrategie umzusetzen, und sie sind für die Erreichung dieser Ziele verantwortlich.

Angesichts der grossen Verantwortung der neuen Verwaltungsräte wurden diese Gremien grundlegend umgestaltet. Bis 1998 waren die Verwaltungsräte von öffentlichen Unternehmungen relativ grosse Gremien, welche pri-

mär nach partei- und regionalpolitischen Proporzkriterien zusammengesetzt wurden. Neu gelten folgende Grundsätze:

- Die Verwaltungsräte umfassen höchstens neun Mitglieder.
- Sie verfügen über ein starkes Präsidium (Aufwand 30-50%).
- Es gibt keine personelle Verflechtung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (kein Delegierter).
- Die Auswahl der Verwaltungsräte erfolgt ausschliesslich aufgrund von professionellen Kriterien. Massgebend sind dabei die vom Bundesrat verabschiedeten Anforderungsprofile.

3. Genehmigung von Geschäftsbericht und Rechnung/Controlling-Prozess

Die Genehmigung von Geschäftsbericht und Rechnung ist nicht nur ein formeller Akt, sondern bedeutet wie bei einer privaten Aktiengesellschaft zugleich auch die Entlastung des Verwaltungsrates. Dieser Genehmigungsakt ist deshalb auch der Anknüpfungspunkt für die jährliche Überprüfung, ob die strategischen Ziele des Bundesrates erreicht worden sind oder nicht. Der Controlling-Prozess ist konkret wie folgt organisiert:

- a) Die Verwaltungsräte der drei Unternehmen erstatten dem Bundesrat jeweils im März Bericht über die Erreichung der strategischen Ziele (zusammen mit dem jährlichen Geschäftsbericht). Sie legen dabei dar, inwieweit die einzelnen Ziele erreicht werden konnten, welche Ziele aus welchen Gründen nicht erreicht wurden und welche zusätzlichen Massnahmen sich aufdrängen.

Diese Berichterstattung erfolgt nach einem systematischen Raster und umfasst selbstverständlich auch die Kennziffern.

- b) Die federführenden Departemente UVEK und EFD analysieren diesen Bericht, identifizieren offene Fragen und Schwachstellen und führen ein vertieftes Gespräch mit den Spitzen der Unternehmen.
- c) Gestützt auf diese Arbeiten nimmt der Bundesrat von der Erfüllung der strategischen Ziele Kenntnis. Gleichzeitig entscheidet er über die Genehmigung des Geschäftsberichtes, die Entlastung des Verwaltungsrates und allenfalls nötige Massnahmen (Anpassung der strategischen Ziele, personelle Änderungen im Verwaltungsrat usw.).
- d) Anschliessend orientiert der Bundesrat die parlamentarischen Aufsichtskommissionen, damit diese ihre Oberaufsicht wahrnehmen können.

Auf diese Weise entsteht ein jährlicher Controlling-Prozess, in welchem Ziele gesetzt werden, ihre Erreichung systematisch überprüft wird und die nötigen Korrekturmassnahmen erfolgen können.

III. Erfahrungen und Fazit

Nachdem wir seit Ende der neunziger Jahre Erfahrungen mit der Public Corporate Governance gemacht haben, kann eine erste Bilanz gezogen werden:

- 1. Die *Steuerung der öffentlichen Unternehmen* funktioniert und hat wesentlich dazu beigetragen, dass SBB, Post und Swisscom sich in geöffneten Märkten behauptet haben. Die Zielerreichung ist bei allen drei Unternehmen gut bis sehr gut – wobei es natürlich immer auch Negativpunkte gibt. Gesamthaft haben die drei Unternehmen ihre Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit stark gesteigert und die Qualität ihrer Leistungen gehalten oder verbessert. Der Grundsatz der klaren Trennung zwischen politischer und unternehmerischer Verantwortung hat sich

eindeutig bewährt – auch wenn zuzugestehen ist, dass er in der Öffentlichkeit und im Parlament nicht immer auf Verständnis stösst.

2. Das *Instrument der strategischen Ziele* hat sich als wirksam und effizient erwiesen. Es schafft Klarheit darüber, was der Eigner von den Unternehmen erwartet und woran die Verwaltungsräte gemessen werden. Gleichzeitig stellen die strategischen Ziele auch eine Selbstbindung des Bundesrates dar. Sie schützen die Unternehmen vor tagesaktuellen und punktuellen Eingriffen. Das Indikatorensystem kann selbstverständlich noch verbessert werden – doch haben wir hier eine gute Qualität erreicht.
3. Die massive Verkleinerung der *Verwaltungsräte* und das systematische Vorgehen bei der Auswahl aufgrund eines Anforderungsprofils haben sich bewährt. Die Verwaltungsräte nehmen die ihnen zugedachte Rolle eines obersten unternehmerischen Führungsorgans wahr. Vor Ablauf der Amtsdauer überprüfen wir das Anforderungsprofil und die Leistungen des bisherigen Verwaltungsrates. Aufgrund dieser Überprüfung behalten wir uns personelle Änderungen vor. Für alle Verwaltungsräte gibt es einen längerfristig ausgerichteten Ablösplan, welcher die kontinuierliche Erneuerung sicherstellt.
4. Das Verhältnis zwischen *Verwaltungsrat und Departementen* funktioniert aus unserer Sicht sehr gut. Divergenzen und Meinungsunterschiede werden professionell ausgetragen. Ein Problem besteht hier darin, dass die strategischen Ziele bewusst ein gewisses Abstraktionsniveau einhalten, so dass im Einzelfall durchaus Meinungsunterschiede entstehen können, ob eine bestimmte Frage durch den Eigentümer oder durch den Verwaltungsrat zu entscheiden ist. Zudem können plötzlich Fragen auftauchen, welche für den Bundesrat von grosser Tragweite sind, obwohl sie aus unternehmerischer Sicht keine strategische Bedeutung haben und in den strategischen Zielen auch nicht enthalten sind. Ich darf befriedigt feststellen, dass wir bei all diesen

Konflikten gemeinsame Lösungen gefunden haben, welche sowohl der unternehmerischen Verantwortung des Verwaltungsrates wie den politischen Interessen des Bundesrates entsprochen haben.

5. Ein gewisses Spannungsfeld besteht zwischen *Bundesrat* als Eigner der Unternehmen und *Parlament* sowie *Öffentlichkeit*. Zwar beschränkt das Gesetz die direkten Einwirkungsmöglichkeiten des Parlamentes auf die Unternehmen bewusst. Rein rechtlich ist die Aufgabenteilung völlig klar. Es liegt jedoch auf der Hand, dass das Parlament politische Themen, welche die Öffentlichkeit bewegen, aufgreift und den Bundesrat zum Handeln auffordert. Darüber hinaus werden selbstverständlich in jeder Session zahlreiche Vorstösse eingereicht zu allen Themen, welche in der Öffentlichkeit diskutiert werden. Auch hier zeigt sich: Was für ein Unternehmen in der Kompetenz einer untergeordneten Linienstelle liegt, kann für die Politik von strategischer Bedeutung sein.

Eigentliche Bewährungsproben entstehen dann, wenn die Unternehmen Rationalisierungsmassnahmen ergreifen müssen und auch dafür zuständig sind – wenn aber die Auswirkungen dieser Massnahmen zu einem öffentlich breit diskutierten Thema werden (Beispiele: Poststellen, Briefsortierzentren, Industriewerk Bellinzona). In solchen Fällen ist sowohl der Verwaltungsrat wie der Bundesrat gefordert, Lösungen zu finden, die unternehmerisch sinnvoll und politisch akzeptabel sind. Dies ist in den vergangenen Jahren weitgehend gelungen; ohne Zweifel besteht hier jedoch die grösste Herausforderung für die Zukunft.

Gratwanderung zwischen effizienter Unternehmensführung und (Regional-)Politik

Ulrich Gygi

Es gilt das gesprochene Wort.

Inhaltsübersicht

Einleitung.....	49
I. Kann ein staatliches Unternehmen effizient geführt werden?	51
II. Wie finanziert man im geöffneten Markt die Grundversorgung?	55
III. Was bringt die Öffnung des Kapitals öffentlicher Unternehmen an Drittinvestoren?	56
IV. Welche Beteiligungsverhältnisse sind anzustreben?	57
Schlussbemerkung.....	58

Einleitung

Nach der *liberalen Doktrin* – die auch schon mehr in Mode war als heute – soll der *Staat* nicht Unternehmer spielen, sondern geeignete *Rahmenbedingungen* zur Verfügung stellen. Dazu gehören neben Rechtssicherheit, Eigentumsgarantie, Gewerbefreiheit auch Grundversorgungsleistungen wie Telecom, Bahn, Post, Wasser, Strom, Abfall usw. Zur Erbringung solcher Leistungen muss – immer nach dieser Doktrin – der *Staat nicht selber produzieren*, er muss bloss den Markt für diese Leistungen organisieren und durch Auf-

lagen und Anreize an die Marktteilnehmer dafür sorgen, dass sie in der erwünschten Menge und Qualität erbracht werden.

Angesichts der Tatsache, dass der überwiegende Anteil dieser Grundversorgung noch in den 70-er Jahren des vorangehenden Jahrhunderts von staats-eigenen Betrieben erbracht wurde, hat diese Doktrin in den vergangenen 40 Jahren erstaunliche Erfolge verzeichnet. Die Monopole wurden überall aufgebrochen, staatliche Dienstleister der Konkurrenz ausgesetzt, Grundversorgungsdienste ausgelagert und Regiebetriebe teilweise oder ganz privatisiert. Allerdings schlägt das Pendel zwischen Markt- und Staatsgläubigkeit zuweilen stark aus. Nach dem annus horribilis 2008 ist der Glaube an die Selbstregulierung des Marktes arg strapaziert, der Staat hat nolens volens seine schützende Hand über weite Bereiche der privaten Wirtschaft legen müssen. Die Rufe nach strikter Privatisierung staatlicher Dienstleistungen sind leiser geworden, der Staat ist zu neuem Ansehen gelangt. Wo also liegt der richtige Weg für öffentliche Unternehmen, um erfolgreich zu sein, um also den Bürgerinnen und Bürgern die erwünschte qualitativ gute Grundversorgung zu angemessenen Preisen anzubieten, und dies möglichst ohne Inanspruchnahme von Subventionen?

Ich möchte auf folgende Fragen eingehen:

- *Kann ein staatliches Unternehmen effizient geführt werden?*
- *Braucht es Monopolschutz, um die erwünschte Grundversorgung zu finanzieren?*
- *Was bringt eine (teilweise) Öffnung des Kapitals zugunsten privater Investoren?*
- *Welche Beteiligungsverhältnisse sind anzustreben?*

Kommen Sie also mit auf die *Gratwanderung zwischen Politik und Markt* am Beispiel der Post.

I. Kann ein staatliches Unternehmen effizient geführt werden?

Als langjähriger Konzernleiter der Post und intimer Kenner der Politik- und Verwaltungsmechanik – ich war 11 Jahre Direktor der Eidg. Finanzverwaltung – möchte ich klar zum Ausdruck bringen, dass die *Gratwanderung zwischen Politik und Betriebswirtschaft grundsätzlich machbar ist*. Ich denke, dass die derzeitige Position und die Ergebnisse der Post im teilweise bis ganz geöffneten Brief-, Paket-, Kurier- und Expressmarkt sowie auch im Finanzmarkt (Postfinance) und im öffentlichen Verkehr (Postauto AG) Zeugnis dafür ablegen. Dasselbe gilt für Swisscom und SBB. Die Führung öffentlicher Unternehmen ist heute klar am marktwirtschaftlichen Modell orientiert. Die Führungsinstrumente sind die gleichen. Die Kader haben gleiche oder ähnliche Ausbildungen und Werdegänge wie diejenigen privater Unternehmen. Viele haben von der Privatwirtschaft zu öffentlichen Unternehmen gewechselt (und auch umgekehrt).

Die *rechtliche Grundlage* für die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen ist in der Regel ein *Spezialgesetz*. Im Falle der Post ist dies das Postorganisationsgesetz. Es regelt Zweck, Firma, Rechtsform und Sitz der Post, sowie deren Organe, die Kapitalisierung, die Führung durch den Eigentümer (strategische Ziele), das Personalstatut sowie die Rechnungslegung und Gewinnverwendung. Subsidiär gilt das Obligationenrecht, z.B. bezüglich Organhaftung. Die Belange des postalischen Universaldienstes und des Zahlungsverkehrs werden im entsprechenden Marktgesetz (Postgesetz) geregelt. Namentlich wird dort der Auftrag an die Post formuliert.

Die Analyse dieser Dokumente (POG, PUG, Strategische Ziele) hinsichtlich unserer Thematik fördert folgendes zu Tage:

Der Staat wünscht Wettbewerb in den Märkten für öffentliche Güter. Monopole sind Konstrukte der Vergangenheit, wenn auch recht zählebige.

Der Staat ist gewillt, seinen eigenen Unternehmen in der Aufgabenerfüllung unternehmerische Freiheiten einzuräumen. Er bestimmt über das Was, überlässt das Wie aber grundsätzlich den Organen der Post.

Die *Schnittstelle zwischen Politik und Unternehmen* wird seit 10 Jahren laufend ausgestaltet: Strategische Ziele werden vom Bundesrat vorgegeben und ihre Erfüllung wird anhand von festgelegten Messgrössen mindestens jährlich überprüft. Die Ergebnisse dieser Überwachung werden dem Parlament übermittelt und veröffentlicht. Verwaltungsratspräsident und Mitglieder der Konzernleitung treffen sich rund sechs Mal jährlich zu Gesprächen mit vorvereinbarter Tagesordnung und Protokoll mit den Vertretern der Eigentümer (im Falle der Post mit GS UVEK und EFV). Im kleineren Kreis wird im Anschluss daran eine Aussprache mit dem Vorsteher des UVEK gepflegt.

Diese Art der Governance ist eigentlich intensiver als bei einer privaten AG, die ihren Aktionären einmal im Jahr an der GV Rechenschaft ablegen muss. (Andererseits unterliegen kotierte Unternehmen einer laufenden Überwachung durch Investoren, Analysten und die Finanzmedien.) Erschwert wird die Führung dadurch, dass der Staat dabei verschiedene Rollen wahrnimmt: Eigentümer, Marktregulator, Bewahrer des Universaldiensts, Preisüberwacher, Wettbewerbshüter. Dieser *gegenseitige Dialog* zwischen Staat und Unternehmen ist deshalb aus meiner Sicht für beide Seiten *eminent nützlich*. Er erfordert allerdings eine gewisse Disziplin von Seiten der Eigentümervertreter, wenn die Trennung zwischen politischer und unternehmerischer Verantwortung bewahrt werden soll. Die Gefahr ist gross, dass in solchen Gesprächen direkt Einfluss auf unternehmerische Entscheide genommen wird und sich damit die Verantwortungen verwischen. Die Krux liegt darin, dass der Eigentümer bei nicht zielkonformen Ergebnissen eigentlich nur über ein Radikalmittel in der Abwahl des Verwaltungsrates verfügt. Indessen hindert den Eigentümer niemand daran, seine Bedenken ausserhalb der rechtlich vorgegebenen Instrumente, z.B. in Form einer schriftlichen Abmahnung (gelbe Karte!) vorzubringen. Unter vernünftigen Leuten wirkt das sofort.

Für die Unternehmensleitung schwieriger zu handhaben sind die *strategischen Ziele des Eigentümers*. Bei allem Bemühen um Klarheit und Messbarkeit der Ziele und um Widerspruchsfreiheit bleiben Ambivalenzen und Antinomien. Diese gehen zum Teil auf die zugrunde liegenden Gesetze zurück. So verlangen z.B. die strategischen Ziele des Bundesrates 2006-2009 (BRB 21.12.2005), dass die Post "Effizienzsteigerungspotentiale ausschöpft". Ein paar Zeilen weiter hinten erwartet der Bundesrat, dass die Post "im Rahmen ihrer betriebswirtschaftlichen Möglichkeiten (...) die Anliegen der Regionen nach einer angemessenen Verteilung der Arbeitsplätze berücksichtigt". Pate gestanden hat dieser Bestimmung das Postgesetz, Art. 4a: "Bei ihrer Organisation trägt die Post den Anliegen der verschiedenen Regionen des Landes Rechnung." Ich will nicht behaupten, dass solche Widersprüche nicht verknäpft sind, aber sie erleichtern der Unternehmensführung das Leben nicht gerade und sie bremsen das Tempo der Weiterentwicklung. Das können wir heute in Kauf nehmen, aber wie steht es morgen, wenn die Märkte vollständig geöffnet sind? Immerhin bin ich insofern zuversichtlich, als dass in einer Krisensituation solche "nice to have" – Bestimmungen wohl keine grosse normative Kraft zu entwickeln vermögen. (Juristen wollen das bitte überhört haben.) Nur wäre es mir lieber, wir müssten nicht auf Krisen warten, um das für das Unternehmen Überlebensnotwendige zu tun.

Einer strikt betriebswirtschaftlichen Führung der Post hinderlich ist auch die *Erwartungshaltung der Bevölkerung*, die durch eine langjährige erfolgreiche Geschichte geprägt ist. Bis in die neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts erbrachte die Post ihre Dienstleistungen im Rahmen der PTT und abgesichert durch ein Monopol. Das Telefonmonopol produzierte derartige Gewinne, dass immer genug da war, um die massiven Postdefizite innerhalb der PTT-Rechnung zu kompensieren und dem Bund noch einen Obolus abzuliefern. Man musste in der PTT den Franken nicht zweimal umdrehen, die Post konnte ohne Budgetrestriktionen aufwendige Dienstleistungen und Unternehmensstrukturen aufrechterhalten; mit welchen Produkten man wieviel Ertrag erwirtschaftete und wieviel ihre Produktion kostete, war

allerdings unbekannt. Das Poststellennetz zählte auf seinem Höhepunkt über 4000 Poststellen. Ich will mich gar nicht darauf einlassen, das damalige Leistungsniveau mit dem heutigen zu vergleichen. Schon angesichts der ungeheuer gestiegenen Ansprüche der heutigen Gesellschaft käme das schief heraus, zumal wir die Folgen der historischen Verklärung kennen ("früher war halt alles besser"). Sicher arbeitete die Post zuverlässig und mit guter Qualität, aber eben aus finanzwirtschaftlicher Sicht gesehen mit katastrophalen Ergebnissen. Weil nun aber die Bevölkerung die finanziellen Folgen dieser Arbeitsweise nicht oder nur sehr indirekt tragen musste und weil sie gar nicht wirklich mitbekommen hat, dass auf 1.1.1998 die PTT zu Grabe getragen worden ist und heute die Post ohne die Quersubventionierung aus dem Telefonmonopol ihr Geld mit eigenen Dienstleistungen verdienen muss, begreift sie uns immer noch eher als Arm des Staates statt als ein Unternehmen. *"Die Post muss funktionieren, nicht rentieren!"* Ich fürchte, dass dieser inhaltlich völlig *falsche* Satz noch heute von einer satten Mehrheit der Bevölkerung unterschrieben würde! Diese enorme Diskrepanz zwischen der aktuellen Lage der Post und ihrer Wahrnehmung durch grosse Teile der Bevölkerung (und viele Politiker!) füllt natürlich die Regionalspalten der Zeitungen und zwingt uns zu einer fortwährenden Aufklärungsarbeit, die ihr Ziel noch lange nicht erreicht hat.

Umstrukturierungen zwecks Effizienzsteigerung sind in staatlichen Unternehmen schwerer durchzuziehen als in privaten. An Arbeitsplatzabbau hat richtigerweise niemand Freude, wenn aber die staatliche Unternehmung zu diesem Mittel greift, dann wird das besonders übel vermerkt. Ein *Lehrstück* bildete unser Entscheid des Jahres 2002/2003, die Briefsortierung auf neue technische Grundlagen zu stellen. Dieses sehr erfolgreiche Projekt, das Ende März dieses Jahres seinen Abschluss findet, startete unter sehr ungemütlichen Umständen. Unser betriebswirtschaftlich sauber getroffene Grundsatzentscheid, aus 18 noch bestehenden Briefzentren in den grösseren Orten der Schweiz drei grosse, mit moderner Technologie ausgestattete zu schaffen, die logistisch an den richtigen Punkten des Landes aufgestellt sind, verursachte

einen regional- und gewerkschaftspolitischen Aufstand, der nicht zu überwinden war. Die Kombination kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren vereint mit den Postgewerkschaften hat uns gezwungen, unsere Planung zu überarbeiten und regionalpolitische Konzessionen einzugehen. Diese kosten uns rund 40 Millionen CHF Betriebskosten pro Jahr, haben aber die Gemüter beruhigt, manche Härten für das Personal vermieden und den Umbau ermöglicht.

II. Wie finanziert man im geöffneten Markt die Grundversorgung?

Es ist unbestritten, dass die Erbringung der Grundversorgung *zusätzliche Kosten* verursacht, die ein Unternehmen ohne solche Auflagen nicht tragen müsste. Die Höhe dieser Kosten ist nicht leicht feststellbar, weil die Kostenstruktur des aktuellen (effizient produzierenden) Grundversorgers verglichen werden muss mit einem hypothetischen Unternehmen ohne Grundversorgungsverpflichtung. Wir schätzen sie auf mehrere hundert Millionen CHF pro Jahr. Es stellt sich die Frage, wie ein solcher Kostennachteil im Wettbewerb weggesteckt werden kann, wenn der Grundversorgungserbringer all seine ihm seinerzeit in der Monopolära eingeräumten Vorteile (z. B. Steuerfreiheit) verloren hat. Ob die Grundversorgung im geöffneten Markt durch die Post finanzierbar bleibt, hängt von verschiedenen Umständen ab. Wenn der *Besteller* der Grundversorgung (der Gesetzgeber) *Augenmass behält*, keinen übertriebenen Luxus fordert und die Umsetzungsprobleme der Post überlässt und ihr nicht auch noch das Wie (z. B. die genaue Art, Zahl und Verteilung der Poststellen, die gewünschten Zustellzeiten u.a.m.) vorschreibt, verbessern sich die Chancen der Finanzierung aus eigener Kraft.

Auch die *Intensität der Konkurrenz* spielt natürlich eine Rolle. Interessant ist nun anzumerken, dass sich WEKO, Preisüberwacher und Regulator – alle Instanzen desselben Eigentümers wie der Post – quasi von Amtes wegen um Wettbewerb bemühen, also alles Interesse daran haben, dass die Post nicht ein marktmächtiges Unternehmen bleibt, sondern in funktionierendem

Wettbewerb um ihr finanzielles Überleben ringen muss. Das bedeutet natürlich weniger Verdienstmöglichkeiten und tendenziell eher gefährdete Grundversorgung. Nicht umsonst fürchtet auch die liberalisierungsfreudige EU um deren Finanzierung, sieht sie doch in ihrer Gesetzgebung als "lender of last resort" Subventionen aus den Staatskassen vor. Gleichzeitig werden auch *Fondslösungen* diskutiert: wer zugelassener Marktteilnehmer ist, zahlt in einen Fonds ein, aus dem der Erbringer der Grundversorgung seine Zusatzkosten deckt. Diese einfach scheinende Idee ist aber mit vielen Hinterhalten versehen: ist die Abgabe (z.B. x% vom Umsatz) zu hoch, verringern sich Marge und damit Konkurrenzfähigkeit des Wettbewerbers, was ihn abhält, in den Markt einzutreten. Ist auch der Grundversorgungserbringer abgabepflichtig, trägt er die Hauptlast selber und man könnte auf einen mühsam zu administrierenden Fonds von Anfang an verzichten. Auch das Prinzip des "pay or play" ist schwer umsetzbar. Gemeint ist, dass derjenige abgabefrei bleibt, der selber Grundversorgung anbietet. Aber wieviel muss er im Vergleich zum gesetzlich bestimmten Grundversorger erbringen, um von der Abgabe befreit zu werden?

Die Schweizerische Post ist überzeugt, bis auf Weiteres die Grundversorgung aus eigener Kraft finanzieren zu können, sofern ihr geeignete Rahmenbedingungen eingeräumt werden: gleich lange Spiesse im Wettbewerb (z. B. Branchen GAV für alle Marktteilnehmer, Banklizenz für PostFinance, freie Wahl der Geschäftsfelder) und Augenmass bei den Anforderungen an die Grundversorgung. Allerdings hat auch das Grenzen. Je kompetitiver der Markt, umso weniger ist es möglich, Grundversorgungslasten durch Querfinanzierung aus anderen Geschäftsfeldern zu finanzieren.

III. Was bringt die Öffnung des Kapitals öffentlicher Unternehmen an Drittinvestoren?

Festzuhalten ist, dass der Eigentümer und nicht die Post darüber zu entscheiden hat. Natürlich entlastet sich der Staat im Umfang der Öffnung von Eigenka-

pitalrisiken. Führt die Kapitalöffnung zu einer *Börsenkotierung*, so unterliegt das Unternehmen den Kontrollmechanismen der Kapitalmärkte mit täglicher Preisbildung, Analystenberichten usw. Das Mehr an öffentlicher Kontrolle und Vergleichbarkeit mit Peers setzt die Unternehmensführung unter Druck und zwingt sie, sich stets vor Investoren und Analysten zu rechtfertigen. Das ist durchaus heilsam, leider mit dem Nachteil der allzu kurzfristigen Sichtweise behaftet. Will allerdings der Staat vermeiden, dass ihn risikante Investitionen in potentiell rufschädigende Engagements verwickeln, dann muss er sich ganz aus der Firma zurückziehen (Fall Swisscom/Eircom). Statt going public kann das Unternehmen auch einen *Investor an Bord nehmen*, um von seinem Know how zu profitieren (vgl. den Fall der dänischen und der belgischen Post). Auch *Partnerschaften* mit gegenseitigem Aktienpaketaustausch sind möglich.

Die Schweizerische Post ist heute in der Lage, ihre Wachstumsstrategie aus selbst erarbeiteten Mitteln zu finanzieren. Die Logistiksparte ist schuldenfrei und verfügt über ausreichende Liquidität, um Akquisitionen mittlerer Grösse zu tätigen. Ein Zwang, aus dieser Sicht an den Kapitalmarkt zu gelangen, besteht also nicht. Möchte man in Zukunft grössere Brötchen backen, wären Fremdverschuldung oder Eigenkapitalbeschaffung allerdings unumgänglich. Partnerschaften mit anderen nationalen Postunternehmen sehen wir zur Zeit als wenig attraktiv an. Die Hebung der möglichen Synergien zwischen zwei verschiedenen Kulturen ist erfahrungsgemäss enorm anspruchsvoll.

IV. Welche Beteiligungsverhältnisse sind anzustreben?

Darauf gibt es verschiedene Antworten je nach *politischer Befindlichkeit*. Kein Staat gibt leichthin zentrale Infrastrukturen aus der Hand: Bahnnetze, Telekommunikationsnetze, Stromnetze, Strassennetze, Eisenbahntunnel usw. Andererseits bedeutet Eigentum auch hohe Neu- und Ersatzinvestitionskosten sowie entsprechenden Unterhalt. Nachteilig ist auch, wenn Konkurrenz-

druck, wenn Marktanreize fehlen. Wer entwickelt die Telecomnetze oder die Stromnetze, wenn sie einer staatlichen Netzgesellschaft gehören? Allein durch Regulation, staatliche Aufsicht u.a.m. ist das schwer zu schaffen. Die Lösung kann darin liegen, überall *Marktersatzmechanismen* zum Einsatz zu bringen, wo das möglich ist, in erster Linie durch die über die Netze laufenden Dienstleistungen, aber auch durch Ausschreibungswettbewerb, Auslagerungen, usw.

Sind dem Staat Infrastrukturen von eminenter Bedeutung, so soll er sie eignen oder wenigstens eine Mehrheit behalten (z.B. Lötschberg-Basistunnel). Im anderen Fall kann er in die Minderheit gehen, im Extremfall mit einem "golden share" einen Fuss in der Türe halten. Unnötig zu erwähnen, dass solche Lösungen von den Verfechtern freier Märkte ungern gesehen werden.

Schlussbemerkung

Die Gratwanderung zwischen Politik und Markt ist machbar, aber sie bedeutet ein ständiges Ringen, das in privat geführten Unternehmen nicht oder nicht in gleicher Weise gegenwärtig ist (z.B. Werkstätten Bellinzona). Dadurch werden die Entscheidungsabläufe langsamer und schwerfälliger, die Lösungen aus rein betriebswirtschaftlicher Sicht weniger optimal, dafür sind die *"Folgeschäden"* (Verlust von Arbeitsplätzen mit allen Folgeerscheinungen, Verlust von Infrastrukturen in Randregionen usw.) geringer und besser abgefedert, *der soziale Friede und Zusammenhalt besser bewahrt*. Natürlich kann die regionale und soziale Rücksichtnahme auch volkswirtschaftliche Wachstumsverlangsamung bedeuten. Ich bin der Auffassung, dass diese im Interesse einer sozialen Schweiz zu verkraften ist.

3. Themenblock

Umgang mit privaten Konkurrenten, Lieferanten und Abnehmern

Ungleiche Spiesse im Wettbewerb: Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen aus Sicht der KMU

Robert E. Gubler

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	61
II.	Fallbeispiele	62
1.	Eltop und Certum – Marktvorteil durch EKZ-Monopol?.....	62
2.	Entsorgungsmonopol der Stadt Zürich.....	65
3.	Hardundgut – Sozialamt übernimmt Lohnkosten	67

I. Einleitung

Nicht umsonst wird das Gewerbe immer wieder als das "Rückgrat unserer Wirtschaft" bezeichnet. 99,7 Prozent aller Firmen in der Schweiz sind KMU, gemeinsam beschäftigen sie gut zwei Drittel aller Arbeitnehmer¹.

Nun schlägt den KMU derzeit ein härterer Wind entgegen als auch schon: Zu hohe Steuern, zu viele Abgaben und eine kaum überschaubare Flut an Vorschriften und Erlassen, eine zunehmend überbordende Behörden-Bürokratie sondergleichen. Dazu kommt eine längst zur globalen Wirtschaftskrise ausgewachsene Finanzkrise, die auch den KMU als Zulieferer der grossen Konzerne zusetzt. Was die Gewerbetreibenden in dieser Situation am wenigsten gebrauchen können ist ein Staat, der sie, neben den genannten Einschränkungen und finanziellen wie administrativen Auflagen, auch noch

¹ Unternehmen mit bis zu 250 Beschäftigten und/oder einem Jahresumsatz von weniger als 50 Mio. Euro. Quelle: Betriebszählung 2001, Schweiz insgesamt.

direkt als Player am Markt konkurriert – ein Misstand, der in der Schweiz leider immer öfter vorkommt. Die staatliche Marktintervention kann dabei in den unterschiedlichsten Formen auftreten, seien es staatlich geführte Monopolbetriebe, die mit zusätzlichen Dienstleistungen lokalen Kleinanbietern die Kunden streitig machen, Verwaltungen, die Dienstleistungen selber erbringen anstatt sie an Dritte auszulagern oder soziale Programme, die eine gute Absicht verfolgen, dabei aber Gewerbetreibende in Ihrer Wettbewerbsfähigkeit spürbar unterlaufen.

Anhand von drei konkreten Beispielen soll aufgezeigt werden, wie die öffentliche Hand direkt in Konkurrenz zu KMU tritt und dabei gezielt die eigenen, systembedingt längeren Spiesse wettbewerbsverzerrend ausspielt.

II. Fallbeispiele

1. Eltop und Certum – Marktvorteil durch EKZ-Monopol?

Die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich EKZ gehören zu den grössten Schweizer Energieversorgern. Als selbständiges, öffentlich-rechtliches Unternehmen mit rund 1400 Mitarbeitenden beliefern sie Kunden in rund 130 Gemeinden und über 40 Stadt- und Gemeindewerke mit Strom. Wie im Energieversorgungsbereich üblich, hat die EKZ dabei ein staatliches Monopol inne.

Daneben betreibt die EKZ auch die beiden Tochterfirmen Eltop und Certum. Die Firma Eltop verkauft in mehreren Dutzend Filialen im Kanton Zürich Elektrogeräte, Lampen, Schaltungen etc. und erbringt ausserdem Installationsdienstleistungen. Certum bietet Dienstleistungen im Bereich der Sicherheit elektrischer Installationen und Anlagen an. Der staatliche Monopolist EKZ bewegt sich also in diesen Gebieten mithilfe seiner Tochterfirmen faktisch in Konkurrenz zu privaten Unternehmungen. Es ist der EKZ mithin vorzuwerfen, sie nutze ihre Monopolstellung, um in nahegelegenen Geschäftsbereichen nach Kunden und Umsatz zu fischen.

Diese Umstände wurden vor einigen Jahren vom Andelfinger Elektrofachgeschäftsinhaber Thomas Meier an die Öffentlichkeit getragen. Hauptvorwurf (oder besser: Der Tropfen der das Fass zum überlaufen brachte) war eine Aktion, bei der die EKZ ihren Kunden "200.– Umweltprämie beim Kauf von A+ und A++ Kühl- und Gefriergeräten"² garantierte. Diese Stromsparprämie wurde ausschliesslich auf Geräte gewährt, die bei Eltop gekauft wurden, EKZ-Kunden, die dieselben Geräte bei anderen Fachhändlern gekauft hatten, konnten nicht von dem Angebot profitieren. Dieses Verhalten führte zu rückgängigen Verkaufszahlen bei anderen Anbietern und im Extremfall zu Rückforderungen enttäuschter Kunden.

Der Verdacht liegt nahe, dass dieses Spezialangebot von Seiten der EKZ quersubventioniert gewesen sein könnte und somit unlauterer Wettbewerb stattgefunden hätte. Dies wurde von Seiten der EKZ klar zurückgewiesen: Eltop wirtschaftete selbsttragend und werde nicht von der EKZ quersubventioniert. Die erwähnte Prämie trage Eltop selber und erziele damit eine geringere, jedoch immer noch gewinnbringende Marge. Zum selben Ergebnis kamen die Wettbewerbskommission WEKO sowie die für die EKZ zuständige Kommission des Kantonsrats. Trotz allem scheint es offensichtlich, dass die EKZ auf indirekte Art und Weise ihre Monopolstellung ausnutzt und mit ihren Tochterfirmen damit bevorteilt auf dem Markt auftreten kann:

- EKZ und Eltop treten gemeinsam auf im Internet, in Werbungen, Inseraten, Telefonbüchern, bei Sponsorings, auf Gewerbeschauen etc. – damit ist die Bereitschaft der Kunden gross, bei Bedürfnissen im Strombereich die Tochterfirma des Stromanbieters zu berücksichtigen, dessen Rechnung ihnen jeden Monat ins Haus flattert.
- Die EKZ bieten zusammen mit Ihren Tochterfirmen Eltop und Certum die gesamte Palette an Dienstleistungen und Produkten im Elektrobereich an. Es ist daher naheliegend, dass ein Kunde bspw. bei einem

² Gemäss Eigenwerbung auf www.ekz.ch.

Hausbau gleich alle Dienstleistungen von A-Z beim Strommonopolisten bezieht.

- Die EKZ bevorzugt ihre Tochterfirmen bei der Behebung von Störungen. Wenn am Telefon einem Kunden angeboten wird, "es käme jemand vorbei", wird dieser kaum verneinen und stattdessen den lokalen Elektriker bestellen. Tatsächlich erscheint dann meist ein Eltop-Mitarbeiter.
- Die periodische Kontrolle von elektrischen Einrichtungen war früher Sache des Stromanbieters. Seit der Abspaltung der Tochterfirma Certum wird der Kunde von den EKZ von Zeit zu Zeit aufgefordert, seine Anlagen überprüfen zu lassen – dabei wird jeweils auf die Dienstleistungen verschiedener Anbieter verwiesen, u.a. auch von Certum. Auch hier liegt es für den unbedarften Kunden nahe, die Angebote der EKZ-Tochter zu nutzen, denn die offen deklarierte Nähe zum Monopolisten suggeriert unterschwellig Sicherheit und Seriosität. Andere Anbieter können von diesem Bonus nicht profitieren.

Dies sind nur einige konkrete Beispiele dafür, wie die EKZ im freien Markt für wettbewerbsverzerrende Zustände sorgt. Generell kann also gesagt werden, dass allein die physische und programmatische Nähe zum Strommonopolisten, der einen Grossteil des Kantons mit Elektrizität versorgt, einen nicht unerheblichen Marktvorteil für die Firmen Eltop und Certum bedeutet und ihnen ein Marktverhalten ermöglicht, das privaten Kleinunternehmen vorenthalten bleibt.

Fazit: Unlauteren Wettbewerb oder konkrete kartellrechtliche Verstösse kann man den EKZ nicht vorwerfen, dies haben – wie oben bereits erwähnt – WEKO und Kantonsratskommission bestätigt. Die WEKO hat hingegen festgehalten, dass es "ordnungspolitisch fragwürdig" sei, wenn "eine öffentlich rechtliche Anstalt eigene Elektrofachgeschäfte betreibt". Sie hat darüberhinaus dem Volkswirtschaftsdepartement vorgeschlagen, gegebe-

nenfalls eine Abspaltung und Privatisierung der Eltop vorzunehmen, um möglichen Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen³. Die kantonsrätliche Kommission zur Prüfung der Rechnung und des Geschäftsberichts der EKZ schreibt in diesem Zusammenhang: "Die Frage, ob der Staat oder Firmen im Staatsbesitz Leistungen erbringen sollen und dürfen, welche auch von Privaten erbracht werden können, ist eine grundsätzliche Frage, welche die zuständigen politischen Gremien zu beurteilen haben."⁴

2. Entsorgungsmonopol der Stadt Zürich

Im Dezember 2005 übernahm die Stadt Zürich die zahlungsunfähig gewordene Rolf Bossard AG, welche im Bereich Entsorgung und Recycling, insbesondere von Industrieabfällen und Alteisen tätig ist. Die Rolf Bossard AG hatte bei der Stadt Zürich in den Jahren davor rund 400'000 Franken Schulden angehäuft, indem Sie ihre Abfälle immer wieder in die städtischen Kehrichtverbrennungsanlagen zur Entsorgung brachte, die anfallenden Kosten jedoch nicht bezahlte. Die Stadt hätte diesen Missbrauch ohne weiteres unterbinden können, sie unternahm jedoch keine konkreten Schritte um diese massive Verschuldung zu verhindern. Dies legt den Verdacht nahe, dass die Stadt Zürich die Verschuldung absichtlich hinnahm – durch den Kauf der angeschlagenen Firma vermied man nämlich massive Abschreiber und übernahm darüberhinaus einen überdurchschnittlich modernen und in gutem Zustand befindlichen Wagenpark sowie die Belegschaft der Firma. Die Geschäfte der Rolf Bossard AG wurden weitergeführt, sie hatte nach wie vor den Status einer privaten Aktiengesellschaft inne, nur halt im Besitz der Stadt.

³ Stellungnahme 31-0246 der Wettbewerbskommission vom 6. März 2006: *Tätigkeitsbereich der Elektrizitätswerke der Stadt Zürich*.

⁴ Antwortschreiben vom 24. April 2006 auf die Aufsichtsbeschwerde von Thomas Meier, Andelfingen, vom 4. März 2006 in Sachen EKZ (Fall Nr. 624).

Die Angestellten der Rolf Bossard AG wurden zu den bestehenden Bedingungen weiterbeschäftigt; diese liegen jedoch weit unter denjenigen für andere städtische Angestellte, die dieselbe Arbeit verrichten. So verdient bspw. ein städtischer Kehrtraktor maximal 5'830 Franken im Monat, während ein Angestellter der Rolf Bossard AG höchstens 4'100 Franken monatlich verdient. Die Tatsache, dass die Stadt Zürich ihre Angestellten für dieselbe Arbeit dermassen unterschiedlich hoch entlohnt, ist stossend und trifft vielerorts auf Kritik. Es ist jedoch zu vermuten, dass die Stadt die Löhne der Rolf Bossard-Angestellten gar nicht auf das städtisch übliche Lohnniveau anheben kann, da die Firma sonst umgehend wieder rote Zahlen schreiben würde.

Die beschriebene Angelegenheit führt aus Sicht des Gewerbes zu den folgenden beiden Erkenntnissen:

- Erstens: Die Stadt hat in Sachen Gewerbekehrtraktorsorgung auf dem Stadtgebiet ein künstliches Monopol inne und versucht es offenbar unter allen Umständen zu halten. Diese Monopolstellung fusst auf der Struktur der Kehrtraktorgebühr: Seit am 1. Januar 2005 die neue Abfallverordnung in Kraft getreten ist, erhebt die Stadt eine massiv höhere Infrastrukturgebühr (46.– Franken pro Firma und Mitarbeiter) als vorher. Diese rechtfertigt sie mit dem aufwendigen Betrieb von zwei Kehrtraktverbrennungsanlagen. Pro Containerleerung erhebt sie sodann folgerichtig eine deutlich günstigere Gebühr als vorher, womit sie es privaten Firmen quasi verunmöglicht, an diesem Geschäft teilzunehmen, da diese nicht von der Infrastrukturgebühr profitieren können und weiterhin zu Marktpreisen arbeiten müssen. Sollte eine Firma trotzdem im Wettbewerb um die Firmenkehrtraktorsorgung mittun, läuft sie Gefahr, von der Stadt kurzerhand aufgekauft zu werden – unter z.T. fragwürdigen Umständen, wie der geschilderte Fall zeigt. Mit diesem Vorgehen greift die Stadt also massiv in den freien Markt ein,

zumal sie die Angestellten der aufgekauften Firma zu marktüblichen und nicht zu den städtisch üblichen, höheren Löhnen beschäftigt.

- Zweitens: Die Stadt (ergo: der Staat) ist eine schlechte Arbeitgeberin, die offenbar nicht in der Lage ist, auf dem freien Markt effizient und gewinnbringend zu wirtschaften. Dies untermauert einmal mehr, weshalb sich der Staat so weit wie irgend möglich aus dem freien Markt heraushalten und für Dienstleistungen wann immer es geht externe Gewerbetreibende berücksichtigen sollte.

Die Stadt greift im selben Zusammenhang darüberhinaus noch in einer weiteren Angelegenheit massiv in den Markt ein: Die seit einigen Jahren benutzten neuen Abfallcontainer aus grauem Kunststoff gehören der Stadt, die alten Container waren dagegen Eigentum der Hausbesitzer, welche selber für deren Reinigung aufkommen mussten. Um diese Reinigung buhlten bis zu 30 verschiedene Anbieter. Heute ist die Containerreinigung in den Entsorgungsdienstleistungen inbegriffen. Die Stadt vergibt die Aufträge dafür an zwei ausgesuchte Firmen, was alle anderen Anbieter vom Markt in der Stadt Zürich ausschliesst.

3. Hardundgut – Sozialamt übernimmt Lohnkosten

Die geschützte Werkstatt des Psychiatriezentrums Hard, Hardundgut, hat mit der Keramikfirma Landert in Embrach einen Rahmenvertrag für die Beschäftigung Ihrer IV-Mitarbeiter abgeschlossen. Ziel ist es, den zumeist psychisch behinderten Arbeitnehmern ein so "normales" Arbeitsumfeld wie möglich bieten zu können, womit die "Stigmatisierung der behinderten Menschen in den Behindertenwerkstätten entfällt oder zumindest auf das absolute Minimum reduziert werden kann", wie Hardundgut selber schreibt⁵. Die Beschäftigten arbeiten dabei in der Keramikfabrik Landert,

⁵ Vgl. Personalzeitschrift *HardWork*, Ausgabe Nr. 4, Dez. 2005.

sind aber formell Angestellte von Hardundgut. Den Angestellten stehen stets Betreuer von Hardundgut zur Seite, die sie bei der Arbeit begleiten, die Produktion überwachen etc. Hardundgut ist vom Bundesamt für Sozialversicherungen abhängig; Bund und Kanton sind die Kostenträger.

Die psychisch behinderten Mitarbeiter von Hardundgut erhalten einen kleinen Lohn mit dem sie sich 400-500 Franken monatlich dazuverdienen können, nebenbei erhalten sie eine Invalidenrente und allenfalls noch Ergänzungsleistungen.

Neben Psychisch erkrankten Menschen betreut Hardundgut auch Langzeitarbeitslose, dies im Projekt "Forte". Damit soll Langzeitarbeitslosen die Rückkehr in den Arbeitsmarkt ermöglicht werden. Die Arbeitslosen Personen werden grundsätzlich von den Sozialämtern an Hardundgut vermittelt – Sozialämter treten also gegenüber Hardundgut als Kunden auf. Die Gesamtkosten pro Person belaufen sich auf CHF 5'300.– (3'000.– Lohn, 1'800.– Programmkosten, 500.– Lohnnebenkosten). Diese werden von den Sozialämtern übernommen.

Die Firma Landert Keramik hat den Hauptteil ihrer Produktion in die Slowakei ausgelagert, in den grossen Werkhallen am Standort Embrach wurden bis vor ein paar Jahren nur noch kleine Stückzahlen für Probezwecke hergestellt. Seit die Zusammenarbeit mit Hardundgut zustande gekommen ist, kann der Betrieb wieder besser ausgelastet werden. Wichtigstes Produkt sind Fonduecaquelons und Römertöpfe. Die Produktion von Tonurnen bildet einen kleinen Teil des Gesamtvolumens von Landert Keramik und wurde aufgenommen als "Ausweichmöglichkeit" um die Arbeiter zu beschäftigen, sollte die Auftragslage bei den Hauptprodukten einmal stocken. Die Tonurnen werden auf dem Markt unter dem Namen von Hardundgut verkauft.

Die Zusammenarbeit zwischen Hardundgut und Landert Keramik kam u.a. aufgrund der Nähe des Betriebs zum Therapiezentrum sowie der grossen,

nicht genutzten Produktionskapazität zustande. Die Zusammenarbeit bringt folgende Vorteile für Landert Keramik:

- Niedrige Lohnkosten – Der Hauptvorteil: Die Beschäftigung von Behinderten und Langzeitarbeitslosen, die vom Staat unterstützt werden, ermöglichen der Firma Einsparungen bei den Lohnkosten. Konkret habe man nur die Wahl zwischen der vollständigen Auslagerung der Produktion in die Slowakei und der Beschäftigung staatlich alimentierter Mitarbeiter. Die Anstellung von "normalen" Arbeitern in der Schweiz sei unrentabel und daher keine realistische Option. Natürlich sei die Produktion mit z.T. handicapierten Personen nicht ganz so effizient, unter dem Strich gehe die Rechnung jedoch auf und die Stückzahlen rechnen sich, wie von Seiten der Firma Landert auf Anfrage mitgeteilt wurde. In der Schweiz stelle heutzutage ohnehin niemand mehr im grossen Stil Keramik her;
- die grösstenteils ungenutzten Werkhallen in Embrach konnten wieder in Betrieb genommen werden;
- dadurch dass Landert Keramik Ihre Produkte wieder in der Schweiz herstellt, profitiert die Firma vermehrt von einer Art "Swiss Made-Bonus", d.h. sie wird wieder als tatsächlicher Hersteller und nicht mehr nur als Zwischenhändler wahrgenommen.

Diese Umstände, v.a. die sehr niedrigen Lohnkosten, wirken wettbewerbsverzerrend und bieten Hardundgut einen klaren Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz beim Verkauf von Tonurnen. Ihre Urnen kann Hardundgut im Schnitt 5 Franken billiger anbieten als die Konkurrenz. Dies ist insbesondere bei Grossaufträgen für Standardurnen problematisch: Gemeinden bieten Pauschalbegräbnisse an, bei denen eine Standardurne inklusive ist. Somit ergeben sich Grossaufträge für ca. 30'000 solcher Standardurnen jährlich. Am Wettbewerb um diese Grossaufträge nimmt Hardundgut seit einiger Zeit aktiv teil.

Die Firma Rheinfelder Keramik in Rheinfelden bewirbt sich ebenfalls regelmässig um Grossaufträge. Zwanzig Jahre lang belieferte sie die Stadt Basel mit Tonurnen. Nachdem Sie vor einigen Jahren einen geringfügigen Preisaufschlag von 30 Rappen pro Urne bekannt gab wurde ihr der Auftrag umgehend entzogen und an Landert Keramik weitergegeben. Rheinfelder Keramik musste daraufhin eine halbe Arbeitsstelle streichen und teilweise Kurzarbeit einführen. Momentan läuft die Ausschreibung für die Belieferung des Zürcher Krematoriums Nordheim. Sollte der Auftrag auch hier wieder an Hardungut/Landert gehen, dürfte dies Rheinfelder Keramik noch einmal eine halbe Stelle kosten. Dies ist besonders stossend in Anbetracht der Tatsache, dass keine andere Firma im Keramikbereich so viele Lehrlinge ausbildet: Es sind momentan deren 5.

Ähnlich erging es der Firma Meerson in Weiningen/ZH. Jahrzehntlang belieferte diese Stadt und Kanton St. Gallen mit Tonurnen, bevor der Auftrag im Jahr 2007 von heute auf morgen storniert und stattdessen an Hardungut vergeben wurde. Meerson stellte daraufhin ein Gesuch nach Kurzarbeit, welches jedoch abgelehnt wurde. Daraufhin musste eine Stelle gestrichen werden. Die Anzahl der Lehrlinge wurde ebenfalls reduziert, von ehemals 4 auf heute einen.

Fallstricke für öffentliche Unternehmen im Wettbewerb

Patrik Ducrey*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	72
II.	Öffentliche Unternehmen unterstehen dem Kartellgesetz.....	74
	1. Begriff des öffentlichen Unternehmens.....	74
	2. Persönlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes	74
	3. Anwendungsvorbehalt in Art. 3 Abs. 1 KG.....	76
	4. Fazit.....	78
III.	Generelle wettbewerbsrechtliche Probleme	79
	1. Vorbemerkungen	79
	2. Übergang vom Monopol zum Markt.....	80
	3. Politische Einflussnahme.....	82
	4. Antritrust Compliance für öffentliche Unternehmen.....	83
IV.	Spezifische wettbewerbsrechtliche Gefahren für öffentliche Unternehmen	85
	1. Vorbemerkung	85
	2. Öffentliches Unternehmen kontrolliert wesentliche Einrichtung	85
	3. Öffentliches Unternehmen ist in Monopol- und Wettbewerbs- bereich tätig	90
	4. Öffentliches Unternehmen mit hoheitlichem Auftrag und kommerziellen Leistungen	92
	5. Öffentliches Unternehmen im freien Markt	95
V.	Schlussfolgerung.....	97

* Der Autor gibt seine persönliche Meinung wieder; die Wettbewerbsbehörde ist dadurch nicht gebunden. Er dankt Herrn Dr. oec. Martin Werner, Referent im Sekretariat der Wettbewerbskommission, für seine wertvollen Hinweise.

I. Einleitung

In der EU hat Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts gestützt auf Art. 86 EGV (damals Art. 90 EGV) eine kontinuierliche Liberalisierung der Infrastrukturmärkte bzw. der Netzwerkindustrien begonnen. Nach und nach sind die Telekommunikationsmärkte, der Elektrizitätsmarkt, die Postmärkte, die Schienengütertransportmärkte und weitere Bereiche für den Wettbewerb geöffnet worden. Die Marktöffnung ist in Etappen vollzogen worden und heute sind diese Märkte entweder vollständig (z.B. Telekommunikation und Elektrizität) oder teilweise für den Wettbewerb geöffnet (z.B. Postmärkte).

Mit der Öffnung der Märkte hat zwar eine Liberalisierung stattgefunden, diese ging aber nicht zwingend mit einer Privatisierung der betreffenden öffentlichen Unternehmen einher. Die vormalig im Monopol geschützten und im staatlichen Besitz stehenden Unternehmen haben teilweise die Rechtsform geändert (von der staatlichen Stelle zum privaten oder öffentlichen Unternehmen), sind teilweise nach dem Börsengang an private Investoren veräussert worden mit einer Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung des Staates (going public mit Verkauf eines Teils der Aktien) oder sind teilweise in ihrer angestammten Organisationsform und Eigentümerstellung belassen worden. Allen diesen Unternehmen ist jedoch gemeinsam, dass sie vormalig in einer weitgehend monopolistischen, staatlich geschützten Umgebung tätig waren und sich nun in einem wettbewerblichen Umfeld mit Konkurrenten und neuen Kunden bewegen und behaupten müssen. Dies stellte sowohl für die betreffenden Unternehmen, aber auch für die Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden eine grosse Herausforderung dar, weil sich viele neue und komplexe Fragen ergaben (und weiter ergeben), deren Lösung nicht immer einfach ist. Die daraus fliessenden Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden haben vieles zur Klärung beigetragen, zum Teil war aber zur Lösung eine Anpassung des Regulierungsrahmens notwendig.

In der Schweiz hat unter dem Einfluss der diesbezüglichen Entwicklungen in der EU etwas später (gegen Ende der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts) ebenfalls eine Liberalisierung der Infrastrukturmärkte (aber auch anderer Bereiche) eingesetzt¹. Die schweizerischen Infrastrukturmärkte sind zwar etwas weniger rasch (z.B. Elektrizitätsmarkt) und weniger konsequent (Telekommunikationsmarkt mit Öffnung der letzten Meile erst per 1.4.2007) geöffnet worden. Bezüglich der Organisationsform und der Eigentümerstellung über die vormaligen Monopolbetriebe ergaben sich vergleichbare Ansätze wie in den Mitgliedstaaten der EU. Auch in der Schweiz sind ehemalige Monopolunternehmen bzw. Regiebetriebe des Bundes ganz oder teilweise in den Wettbewerb überführt worden und mussten sich entsprechend neu organisieren und umorientieren, wobei einige dieser Unternehmen teilweise regelmässig in Konflikt mit dem Wettbewerbsrecht und damit den Wettbewerbsbehörden (Wettbewerbskommission [WEKO] und deren Sekretariat) geraten sind.

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den "Fallstricken" auseinander, denen öffentliche Unternehmen im Wettbewerb ausgesetzt sind. Solche Fallstricke ergeben sich einerseits beim Übergang vom Monopol zum Wettbewerb bei der Liberalisierung eines Marktes, aber auch bei der Teilnahme am Wettbewerb durch öffentliche Unternehmen. In einem ersten Teil wird dargelegt, dass öffentliche Unternehmen dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes² unterstehen. Damit sind dessen materiellen Regeln, abgesehen von einigen Ausnahmen, auf sie anwendbar (II.). Anschliessend werden einige generelle wettbewerbsrechtliche Probleme angesprochen, denen öffentliche Unter-

¹ Siehe dazu DUCREY PATRIK, Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, in: PETER FORSTMOSER/HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/DIETER ZOBL (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 281 ff.

² Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251.

nehmen ausgesetzt sein können und wie sie darauf reagieren können (III.). Im Hauptteil werden verschiedene Fallkonstellationen aufgezeigt, in denen öffentliche Unternehmen spezifische wettbewerbsrechtliche Probleme antreffen und wie diesen begegnet werden könnte, sei dies durch eine gezielte Verhaltenskontrolle oder durch eine geeignete Regulierung (IV.).

II. Öffentliche Unternehmen unterstehen dem Kartellgesetz

1. Begriff des öffentlichen Unternehmens

Als "öffentlich" gelten einerseits Unternehmen, die in eine öffentlich-rechtliche Rechtsform gekleidet sind, wie etwa selbständige oder unselbständige Anstalten des öffentlichen Rechts (z.B. die Schweizerische Post, die SBB oder die Kantonsspitäler) und Bundesämter oder kantonale Ämter, die neben ihrer hoheitlichen Aufgabe kommerzielle Leistungen anbieten. Andererseits Unternehmen, die privatrechtlich organisiert sind, sich aber ganz oder teilweise im Besitz der öffentlichen Hand befinden (Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Kantonalkassen, Swisscom etc.). Bei diesen spielt es keine Rolle, ob sie nur im Markt tätig sind oder allenfalls noch einen Grundversorgungsauftrag zu erfüllen haben. Zentral ist, dass sie durch die öffentliche Hand kontrolliert werden und diese die wesentlichen strategischen Vorgaben für die Geschäftstätigkeit bestimmt.

2. Persönlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes

Der persönliche Geltungsbereich des KG umfasst grundsätzlich alle Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des KG gilt jede selbständige Tätigkeit eines Anbieters oder Nachfragers von Produkten oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess. Nicht relevant ist es, ob sich das Eigentum an einem Unternehmen in öffentlichen oder privaten Händen befindet. Einschränkungen der An-

wendung des KG aus Gründen des öffentlichen Rechts kommen nur im Zusammenhang mit dem Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG; siehe sogleich) in Frage³. Die Rechts- oder Organisationsform eines Unternehmens ist dabei ohne Belang (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

Das KG geht von einem funktionalen, ökonomischen Unternehmensbegriff aus. Dies ergibt sich zwar nicht explizit aus Art. 2 KG, lässt sich jedoch aus dem Zweck des KG ohne weiteres ableiten. Es ist also für die Unterstellung einer Tätigkeit unter das KG wie erwähnt irrelevant, ob sie durch ein öffentlich- oder privatrechtlich organisiertes Unternehmen ausgeübt wird: Das KG erfasst Anbieter bzw. Nachfrager einer Leistung im Wirtschaftsprozess, unabhängig von den Besitzverhältnissen, als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG. Wettbewerbsrechtlich interessiert in erster Linie der Einfluss, den ein privater oder staatlicher Konkurrent auf dem Markt ausübt.

Gemäss dieser funktionalen Definition der unternehmerischen Tätigkeit können auch Einheiten der Zentralverwaltung Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie im freien Spiel von Angebot und Nachfrage wie private Unternehmen Leistungen anbieten und dem Staat die jeweilige unternehmerische Tätigkeit bzw. eine daraus resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung zugerechnet werden kann.

Verwaltungseinheiten des Bundes oder der Kantone treten in diversen Bereichen ihrer Leistungserbringung in Konkurrenz zu privaten Marktteilnehmern auf, sofern sie sich hierzu auf eine formellgesetzliche Grundlage stützen können. Unternehmerisch tätige Gemeinwesen bleiben indessen nicht nur den Verfassungsgrundsätzen der Gleichbehandlung, des Willkürverbots und der Verhältnismässigkeit verpflichtet, sondern werden grundsätzlich denselben wettbewerbsrechtlichen Schranken wie private Wirt-

³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 533 f.

schaftsteilnehmer unterworfen. Sie haben gegebenenfalls kartellgesetzliche Sanktionen zu gewärtigen.

Der Gesetzgeber hat in der Revision des KG von 2003 im neuen Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine Präzisierung vorgenommen, nachdem das Bundesgericht⁴ in Bezug auf die Anwendung des KG auf die staatliche Unternehmenstätigkeit Einschränkungen gemacht hatte. Nach dieser neuen Bestimmung ist das KG auf alle Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen anwendbar, "unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform". Damit ist klar, dass das KG – unter Vorbehalt anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften – auf die öffentliche Hand als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen anwendbar ist. Alle öffentlichen Unternehmen, darunter auch Verwaltungseinheiten des Bundes, sind bezüglich ihrer unternehmerischen Tätigkeit materiell dem KG unterstellt⁵.

3. Anwendungsvorbehalt in Art. 3 Abs. 1 KG

Das Kartellgesetz macht in Art. 3 Abs. 1 einen Anwendungsvorbehalt für (andere) öffentlich-rechtliche Vorschriften, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen⁶. Es handelt sich dabei insbesondere um folgende zwei Fallkonstellationen:

⁴ BGE 127 II 32 ff. E.3.: Das Bundesgericht befand, dass der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt (SMA, heute MeteoSchweiz) als Bundesamt die erforderliche wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit und damit die massgebliche Unternehmensqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG fehle. Mangels organisatorischer Selbständigkeit und Rechtspersönlichkeit sei sie kein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG.

⁵ Das Sekretariat der WEKO hat in einer Vorabklärung armasuisse, welche als rechtlich unselbständige Organisation Rüstungsmaterial für das VBS beschafft, als Unternehmen qualifiziert. armasuisse beschaffte in casu leichte Schulungs- und Transporthelikopter für das VBS und trat damit als selbständige Nachfragerin am Markt auf. Ihr Verhalten gegenüber potentiellen Lieferanten solcher Güter ist der Kontrolle durch die materiellen Bestimmungen des KG unterstellt (RPW 2007, 519 f.).

⁶ Botschaft (Fn. 3), 537 ff.

- (i) Wo ein gesamtes Markt- oder Preissystem staatlich reguliert ist (z.B. die Grundversorgung in der Krankenversicherung oder gewisse Posttarife), besteht kein Wettbewerb mehr, sodass auch kein Raum für die Anwendung des KG bleibt (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG). Das öffentliche Recht legt die massgeblichen Wettbewerbsparameter autoritativ fest. Davon können Leistungen öffentlich- und privatrechtlicher Unternehmen betroffen sein.
- (ii) Das KG ist nicht anwendbar in Fällen, in welchen bestimmte Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts (z.B. im Bereich der Energie- oder Wasserversorgung) mit öffentlichen Aufgaben (z.B. der Versorgungspflicht) betraut sind und in diesem Zusammenhang mit besonderen Rechten (z.B. Monopolrechten für die Versorgung eines bestimmten Gebiets) ausgestattet werden (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG).

Der Grund für solche Regelungen liegt darin, dass der Wettbewerb in gewissen Wirtschaftsbereichen seine Funktionen nicht befriedigend entfalten kann. Man spricht in solchen Fällen von Marktversagen. Wenn höherrangige Interessen (z.B. Grundversorgungs- oder Solidaritätsanliegen) es verlangen, kann der Gesetzgeber wettbewerbspolitische Ausnahmereiche schaffen, um den unerwünschten Folgen des Marktversagens zuvorzukommen. In den entsprechenden Bereichen wird das Zusammenwirken der Wettbewerbsteilnehmer nicht durch das Wettbewerbsprinzip, sondern auf Grund staatlicher Intervention durch zentralplanwirtschaftliche Regelungsmuster koordiniert. Damit wird im öffentlichen Interesse sichergestellt, dass gewisse Leistungen allen Interessierten zuteil werden oder dass eine bestimmte Tätigkeit nur von ausgewählten Anbietern ausgeübt werden kann.

Die WEKO hat in solchen Ausnahmereichen lediglich festzustellen, ob der Gesetzgeber tatsächlich ein Marktversagen angenommen und daher eine Spezialregulierung gemäss Art. 3 Abs. 1 KG erlassen hat. Sie hat aber nicht zu prüfen, ob tatsächlich ein Marktversagen vorliegt bzw. ob eine Ausnahmeregelung gerechtfertigt ist. Soweit die spezialrechtliche Ordnung jedoch

einen Spielraum für Wettbewerb offen lässt, ist das KG anwendbar. Der konkrete Umfang der Interventionsregelung muss zuweilen auf dem Auslegungsweg ermittelt werden⁷. Die WEKO legt Vorbehalte nach Art. 3 Abs. 1 KG in ihrer Praxis restriktiv aus⁸.

Wenn streitig ist, ob vorbehaltene Vorschriften die Anwendung des KG einschränken, können die betroffenen Unternehmen von der WEKO den Erlass einer Teilverfügung verlangen, die sich ausschliesslich mit der Rechtsfrage der vorbehaltenen Vorschriften befasst. Ein solcher Anspruch besteht gemäss dem Bundesgericht jedoch nur, wenn die Unternehmen das Vorhandensein vorbehaltener Vorschriften "rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet" behaupten. Liegen vorbehaltene Vorschriften tatsächlich vor, sind – bei bereits eröffnetem Verfahren weitere – Untersuchungsmassnahmen nach KG 26 ff. nicht zulässig⁹. In Bereichen, die aufgrund vorbehaltener Vorschriften dem Wettbewerb entzogen sind, kann die WEKO keine Verfügungen erlassen oder einvernehmliche Regelungen treffen. Sie kann bloss Empfehlungen an politische Behörden richten (Art. 45 Abs. 2 KG).

4. Fazit

Anhand dieser Ausführungen ist klar, dass das Kartellgesetz grundsätzlich auf öffentliche Unternehmen anwendbar ist, wenn sie sich selbständig als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess beteiligen. Ausnahmen bestehen nur insoweit, als andere öffentlich-rechtliche Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG den Wettbewerb ausschlies-

⁷ Ausführlich dazu RENTSCH RUDOLF, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht – Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten*, Diss., Basel/Genf/München 2000.

⁸ So etwa in RPW 2006, 514, Rz. 20 "Zusatzversicherungen Kanton Luzern".

⁹ Bundesgericht in "Elektra Baselland", RPW 2003, 702 ff.

sen. Die Wettbewerbsbehörden legen solche Anwendungsvorbehalte in ihrer Praxis restriktiv aus.

III. Generelle wettbewerbsrechtliche Probleme

1. Vorbemerkungen

Die nachfolgend aufgeführten generellen wettbewerbsrechtlichen Probleme treten nicht allgemein bei öffentlichen Unternehmen auf. Es kommt auf den Einzelfall und auf spezifische Fallkonstellationen (siehe später unter IV.) an, in denen wettbewerbsrechtliche Probleme auftreten können. Dabei hängt auch deren Intensität vom einzelnen Fall, vom betroffenen Unternehmen und vom Wirtschaftsbereich ab und es lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, dass unter der Konstellation x das wettbewerbsrechtliche Problem y in der Intensität z auftritt.

Allgemein lässt sich feststellen, dass in zwei Phasen die Gefahr von wettbewerbsrechtlichen Problemen vorhanden ist. Es ist dies erstens bei der Marktöffnung bzw. beim Übergang vom Monopol zum Markt, wenn ein vormalig monopolistisch geschütztes Unternehmen auf dem Markt nun Konkurrenten begegnet. In dieser Phase muss das vormalig staatlich geschützte Unternehmen die *Wettbewerbsfähigkeit* im Markt erlangen. Zweitens wenn ein öffentliches Unternehmen neue Aktivitäten in Wettbewerbsbereichen aufnimmt und daneben weiter im hoheitlichen oder staatlich geschützten Bereich tätig ist. In dieser Situation kann der Wettbewerb im Markt durch Einflüsse aus dem geschützten Bereich beeinflusst werden.

Die nachstehenden Ausführungen (auch zu den Fallkonstellationen unter IV.) sind Feststellungen und Anregungen, die auf die Tätigkeit des Autors bei der Wettbewerbsbehörde zurück zu führen sind. Es handelt sich keinesfalls um Vorwürfe, positive oder negative Wertungen oder gar Unterstellungen an einzelne Unternehmen oder an spezifische Wirtschaftsbereiche. Einzelne Entscheide der Wettbewerbsbehörden werden zur Illustration und

als Beispiele erwähnt, ohne das oder die betroffenen Unternehmen an den Pranger stellen zu wollen. Es sei im übrigen erwähnt, dass aus anderen Ländern vergleichbare wettbewerbsrechtliche Probleme von öffentlichen Unternehmen vorliegen.

2. Übergang vom Monopol zum Markt

Es stellt für ein öffentliches Monopolunternehmen allgemein eine grosse Herausforderung dar, den Übergang vom Monopol zum Markt zu bewältigen. Die Rahmenbedingungen für die Führung des Unternehmens, das Verhältnis zu den Kunden und Lieferanten, die Existenz von Konkurrenten usw. sind mit einschneidenden Änderungen verbunden. Diese können (müssen aber nicht) zu wettbewerbsrechtlichen Problemen führen, die es zu bewältigen gilt. Nachstehend wird auf einige mögliche Ursachen für solche Probleme eingegangen.

Im Unternehmen selbst gibt es beim Übergang vom Monopol zum Markt zwei Aspekte, die besonderer Aufmerksamkeit bedürfen:

Erstens die Führung des Unternehmens: Im Monopol wird die Leistung der Unternehmensführung gemessen an einer guten, gleichbleibenden Qualität, an hohen Erträgen mit einer Gewinnablieferung an die öffentliche Hand, an Stabilität und anderen Faktoren. Nicht selten liegt jedoch keine eigentliche Kontrolle der Unternehmensführung vor, weil keine klaren Leistungsziele vorgegeben sind und sich die "Chefbeamten" des Unternehmens die Ziele faktisch selber vorgeben. Und weil ein Grossteil des Gewinns an die öffentliche Hand abgeführt werden muss, bestehen kaum Anreize, mit den Ressourcen schonend umzugehen und ein effizientes Kostenmanagement zu unterhalten. Wird das öffentliche Unternehmen in den Markt entlassen, muss die Unternehmensführung neue Schwerpunkte setzen. Weil sich das Unternehmen nun im Wettbewerb mit anderen Unternehmen befindet, müssen Ziele wie Wettbewerbsfähigkeit, Kostenführerschaft, Innovation,

Verteidigung von Marktanteilen etc. definiert und umgesetzt werden. Die vormaligen Chefbeamten werden zu Managern, die vom Verwaltungsrat oder einer anderen Instanz klare und messbare Ziele erhalten (sollten). Insbesondere die Erreichung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber Konkurrenten, welche sich im Kräfteressen am Markt bereits bewährt haben, ist eine grosse Herausforderung. In dieser Situation kann die Versuchung der Unternehmensleitung bestehen, Verhältnisse aus der bisherigen Monopolsituation gezielt gegen Konkurrenten einzusetzen, um ihren Markteintritt zu behindern oder die eigene Position zu verbessern.

Zweitens muss sich nicht nur die Führungsetage des Unternehmens, sondern die gesamte Belegschaft an die neue Situation im Markt anpassen. Die Neuausrichtung der Mentalität vormaliger "Beamter" oder Staatsangestellter zur Erlangung der Wettbewerbsfähigkeit ist sehr wichtig, kann aber kaum kurzfristig erreicht werden. Nur durch Schulung, eine konsequente Führung und eine adäquate Anstellungspolitik gelingt es, dass die Angestellten des öffentlichen Unternehmens die Herausforderung "wettbewerbsfähiges Unternehmen" meistern können. Dazu gehört auch, dass die vormaligen "Zwangsabnehmer" nun zu "Kunden" geworden sind, um die mit einem guten Preis-/Leistungsverhältnis und einem guten Service geworben werden muss. Die Kunden können nun auf andere Anbieter ausweichen, wenn sie sich schlecht behandelt fühlen oder wenn sie ein preisgünstigeres Angebot erhalten. Ähnlich ist es beim Verhältnis zu Lieferanten. Diese waren vorher "Hoflieferanten", die ihre Leistungen – auch wenn eine öffentliche Ausschreibung stattgefunden hat – zu für sie günstigen Konditionen verkaufen konnten. Zur Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens gehört auch, dass es zu einem möglichst guten Preis-/Leistungsverhältnis einkauft, was mit harten Verhandlungen und einem guten Verhandlungsgeschick erreicht werden kann. Verfügt das öffentliche Unternehmen nicht über geeignete Personen für diese Aufgabe, ist das Personal entsprechend zu schulen oder zu ergänzen.

Ganz allgemein muss das öffentliche Unternehmen beim Übergang vom Monopol zum Markt den Umgang mit dem Wettbewerb und mit den Wettbewerbern lernen. Diese Phase ist insofern heikel, als das öffentliche Unternehmen im Umgang mit dieser neuen Situation Mittel aus der vormaligen Monopolzeit einsetzen kann, um die eigene Position im Wettbewerb mit Konkurrenten zu deren Nachteil zu verbessern.

3. Politische Einflussnahme

Bei öffentlichen Unternehmen, die sich ganz oder teilweise im Besitz der öffentlichen Hand befinden, ist die Einflussnahme der Politik nicht zu unterschätzen. Öffentliche Unternehmen sind häufig einer Regulierung unterworfen, haben einen Leistungsauftrag und strategische Vorgaben der Regierung zu erfüllen, unterliegen besonderen Berichterstattungspflichten an die politischen Instanzen, usw. Dies kann auf Stufe des Bundes, der Kantone oder bei grossen Gemeinden vorliegen. Solche politischen Einflussnahmen treffen die Wettbewerber des öffentlichen Unternehmens in der Regel nicht, so dass diese bei wichtigen Entscheiden, strategischen Ausrichtungen etc. freier sind als das öffentliche Unternehmen. Als Beispiele seien hierzu folgende Situationen erwähnt:

- Die SBB wollte ihre wirtschaftlich angeschlagene Tochter SBB Cargo neu positionieren und beschloss die Schliessung des Industriewerks in Bellinzona. Auf Bundesebene waren unzählige parlamentarische Vorstösse und "Einmischungen" des Bundesrates zu verzeichnen, und auch im Kanton Tessin gab es spürbaren politischen Druck gegen die Massnahme. Dabei steht die SBB mit ihrer Cargo-Tochter im Wettbewerb mit anderen Schienengütertransportunternehmen (u.a. Deutsche Bahn) und im intermodalen Wettbewerb mit den Strassentransportunternehmen. Eine Anpassung der Strukturen und der Prozesse war nicht im Hinblick auf eine optimale Verbesserung der Wettbewerbsfä-

higkeit möglich, sondern nur unter Rücksichtnahme auf die politischen Einflussnahmen.

- Die Post bemüht sich seit Jahren, ihr Poststellennetz so auszurichten, dass ein tragbares Verhältnis zwischen den Erträgen und den Kosten besteht. Kündigt die Post die Schliessung einer Poststelle oder die Zusammenlegung mehrerer Poststellen an, sind ihr negative Reaktionen, meist auch von den politischen Instanzen der betroffenen Region sicher. Bei breiter angelegten Umwälzungen gibt es regelmässig auch Vorstösse im eidgenössischen Parlament, weil eine Verminderung des Service Public bzw. der postalischen Grundversorgung befürchtet wird. Die Post ist also nicht frei, sich in Bezug auf die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Wettbewerb mit privaten Anbietern frei zu organisieren; sie muss zwingend und fast ausschliesslich auf ihren Grundversorgungsauftrag Rücksicht nehmen.

4. Antitrust Compliance für öffentliche Unternehmen

Angesichts der bereits geschilderten generellen Herausforderungen für ein öffentliches Unternehmen zur Erlangung der Wettbewerbsfähigkeit sowie der nachfolgenden spezifischen wettbewerbsrechtlichen Probleme stellt sich die Frage, wie ein öffentliches Unternehmen die diesbezüglichen Risiken möglichst gering halten kann.

Multinationale Unternehmen haben schon früh begonnen, ihre wettbewerbsrechtlichen Risiken zu analysieren und sie in einem sog. Antitrust Compliance Programm zu adressieren. Solche Programme beinhalten neben der Schulung des Personals Anleitungen zum Verhalten gegenüber Konkurrenten, Kunden, Lieferanten etc. Es werden auch die Personen bezeichnet, welche für die nachhaltige Beachtung des Programms verantwortlich sind. In der Schweiz haben nach der Revision des KG von 2003 mit der Einführung direkter Sanktionen viele Unternehmen, darunter auch KMU, auf ihre

Situation angepasste kartellrechtliche Compliance Programme¹⁰ eingeführt. Nach allgemeinem Verständnis gehört die Einhaltung der Gesetze, darunter auch das Kartellgesetz, zur Corporate Governance eines Unternehmens.

Für öffentliche Unternehmen gilt das grundsätzlich auch. Selbst wenn sie nicht in der Rechtsform einer AG organisiert sind, gilt für die Organe der öffentlichen Unternehmen in gleichem Masse die Pflicht, die Befolgung der Gesetze sicherzustellen (analog zu Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) und die Interessen des Unternehmens in guten Treuen zu wahren (analog zu Art. 717 Abs. 1 OR). Auch öffentliche Unternehmen sind den Grundsätzen der Corporate Governance verpflichtet, allenfalls in einer spezifischen Ausgestaltung als Public Corporate Governance. Daraus folgt, dass auch öffentliche Unternehmen ihre wettbewerbsrechtlichen Risiken abschätzen und auf sie in einem Antitrust Compliance Programm eingehen sollten.

Ein solches Programm muss für jedes einzelne öffentliche Unternehmen massgeschneidert werden. Die Risiken sind umfassend abzuklären und das Programm soll proaktiv auf alle möglichen Gefahren eingehen und das Personal entsprechend geschult werden. Die Verantwortung für die Einführung, Überwachung und Einhaltung des Compliance Programms ist auf der obersten Führungsebene einer Person zu übertragen. Diese soll der Geschäftsleitung bzw. dem obersten Führungsorgan regelmässig Bericht erstatten über Erkenntnisse und Erfahrungen mit dem Compliance Programm. Nicht nur die verantwortliche Person, sondern das gesamte oberste Kader muss ein klares Bekenntnis gegenüber dem Personal abgeben, dass es die Einhaltung des kartellrechtlichen Compliance Programms als sehr wichtig ansieht und dass Verstösse auch intern geahndet werden. Es genügt heute nicht mehr, wenn bloss ein Notfallszenario eingerichtet wird, um bei Auftreten von wettbewerbsrechtlichen Problemen reagieren zu können. Dies-

¹⁰ Vgl. zum möglichen Inhalt eines Antitrust Compliance Programms DUCREY PATRIK, Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht, SZW 2004, 404 ff.

bezüglich sind die im KG angedrohten Sanktionen zu hoch und auch ein möglicher Imageverlust in der Öffentlichkeit verbietet ein solches Vorgehen.

IV. Spezifische wettbewerbsrechtliche Gefahren für öffentliche Unternehmen

1. Vorbemerkung

Im nachfolgenden Teil geht es darum, Fallkonstellationen aufzuzeigen, in denen öffentliche Unternehmen wettbewerbsrechtliche Risiken und Probleme antreffen. Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie soll exemplarisch aufzeigen, welche Probleme in welcher Konstellation bestehen, welche Unternehmen allenfalls davon betroffen sind und wie die Probleme gelöst werden können. Dabei werden auch entsprechende Fälle aus der Praxis der Wettbewerbsbehörde aufgezeigt. Die Problemlösung liegt teilweise im eigenen Einflussbereich des öffentlichen Unternehmens, teilweise in den rechtlichen Rahmenbedingungen bzw. der Regulierung.

2. Öffentliches Unternehmen kontrolliert wesentliche Einrichtung

In der ersten Konstellation ist der betreffende Markt zwar liberalisiert, das öffentliche Unternehmen kontrolliert jedoch eine *wesentliche Infrastruktureinrichtung* (ein sog. "bottleneck"). Die Wettbewerber des öffentlichen Unternehmens sind auf den Zugang zu dieser wesentlichen Einrichtung angewiesen, damit sie überhaupt mit Letzterem in Wettbewerb treten können.

Diese Konstellation ist bei folgenden Märkten und öffentlichen Unternehmen anzutreffen:

- Im geöffneten Elektrizitätsmarkt¹¹ ist der Zugang zu den Endkunden nur über die Verteilnetze der *Stromversorgungsunternehmen* möglich. Jeder Stromversorger mit einem eigenen Verteilnetz verfügt über eine wesentliche Einrichtung, auf welche die Konkurrenten (andere Stromlieferanten) angewiesen sind. Praktisch alle Stromversorgungsunternehmen sind im Besitz der öffentlichen Hand und sind deshalb als öffentliche Unternehmen anzusehen.
- Der Telekommunikationsmärkte sind am 1. Januar 1998 geöffnet worden. Die Hausanschlüsse oder die sog. letzte Meile sind im Eigentum der Swisscom. Andere Fernmeldedienstanbieter sind auf die Benützung dieser letzten Meile angewiesen, wenn sie den Kunden Dienste erbringen wollen. Die letzte Meile ist als wesentliche Einrichtung anzusehen. Seit dem 1. April 2007 ist sie für andere FDA insofern geöffnet, als dass sie ihre eigenen Einrichtungen zur Erbringung von Fernmeldedienstleistungen installieren können¹².
- Der Schienengütertransportmarkt ist auf den 1. Januar 1998 für den Wettbewerb geöffnet worden¹³. Neben den SBB können auch andere Bahnunternehmen Güter in der Schweiz auf der Schiene transportieren. Sie sind dafür auf den Zugang zur Schieneninfrastruktur (den sog. "Trassen"), welche weiterhin der SBB gehört und von dieser kontrolliert wird, angewiesen. Diese ist als wesentliche Einrichtung anzusehen.

¹¹ Art. 13 Abs. 1 StromVG (Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007; SR 734.7) verpflichtet die Netzbetreiber, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren. Endverbraucher mit einem Bezug von mehr als 100 MWh können ihren Stromlieferanten frei wählen (Art. 6 Abs. 6 StromVG).

¹² Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG (Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, revidiert am 24. März 2006; SR 748.10).

¹³ Art. 9a EBG (Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957; SR 742.101) und die Bestimmungen der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (NZV) vom 25. November 1998; SR 742.122.

In der Konstellation der Markttöffnung und des für den Wettbewerbseintritt notwendigen Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung stehen, ohne abschliessend zu sein, drei wettbewerbsrechtliche Probleme im Vordergrund:

- *Verweigerung oder Beschränkung des Zugangs zur wesentlichen Einrichtung.* Das öffentliche Unternehmen, das eine wesentliche Einrichtung kontrolliert, kann den Marktzutritt für Wettbewerber verunmöglichen, wenn es ihnen den Zugang verweigert; oder sie erheblich behindern, wenn es den Zugang zwar gewährt, aber beispielsweise nicht vollständig oder nur zu unangemessenen Konditionen. Die Wettbewerber müssen dann den Zugang klageweise erzwingen, was aber mit einem erheblichen Zeitverlust verbunden sein kann¹⁴. Oder sie müssen die unangemessenen Konditionen anfechten und vor der WEKO oder dem sektorspezifischen Regulator die Festlegung von angemessenen Konditionen verlangen¹⁵.
- *First mover advantage.* Ein öffentliches Unternehmen startet bei der Öffnung eines bestimmten Marktes für andere Unternehmen in der Regel mit 100 Prozent Marktanteil. Dies bedeutet, dass es seine Kunden kennt, dass es über alle notwendigen Einrichtungen zum Betrieb des Unternehmens verfügt und damit gegenüber den neu eintretenden Wettbewerbern einen grossen Vorsprung hat. Dies alleine ist wettbewerbsrechtlich nicht bedenklich, sondern erst die Situation,

¹⁴ So die Auseinandersetzung zwischen den FEW und der Migros bzw. Watt AG um den Zugang zum Stromnetz der FEW (siehe den Bundesgerichtsentscheid, welcher die FEW drei Jahre nach Einreichung der Klage bei der WEKO rechtskräftig verpflichtete, der Watt AG den Netzzugang zu gewähren, RPW 2003, 925 ff.).

¹⁵ Konkurrenten der Swisscom mussten gestützt auf Art. 11a FMG vor der Kommunikationskommission (ComCom) auf dem Klageweg die Festlegung der Zugangspreise zur letzten Meile (Interkonnektionspreise) erstreiten (siehe Verfügung der ComCom vom 30. August 2006 i.S. TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG, welche einen rund sechsjährigen Streit um die Interkonnektionspreise rechtskräftig beilegte; Entscheidung unter <www.comcom.admin.ch/themen/00500>).

wenn das öffentliche Unternehmen seine Vorteile gezielt einsetzt, um den Marktein- und -auftritt von Konkurrenten zu behindern¹⁶.

- *Ungenügende Marge beim Zugang zur wesentlichen Einrichtung (price oder margin squeeze)*. Wenn ein Unternehmen seinen Konkurrenten den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung gegen Entgelt zur Verfügung stellt, besteht die Gefahr, dass es sehr hohe Zugangspreise verlangt und damit den Konkurrenten auf dem kompetitiven Endkundenmarkt nur eine kleine bzw. ungenügende Marge verbleibt, um mit dem betreffenden Unternehmen konkurrieren zu können¹⁷. Beim Unternehmen, das die wesentliche Einrichtung kontrolliert, spielt es keine Rolle, ob es sich selbst auch zu hohe Zugangspreise in Rechnung stellt. Selbst wenn es auf dem Endkundenmarkt auf diese Weise Verluste erzielt, werden diese mit dem hohen Zugangspreis, den auch die Konkurrenten bezahlen müssen, mehr als wett gemacht¹⁸.

¹⁶ Die damalige Telecom PTT stellte ihrem eigenen Internet Service Provider (ISP) Blue Window eine neue Nummernfamilie zur Verfügung, welche eine Gebührenteilung zwischen dem Endkunden und Blue Window ermöglichte. Damit mussten die Kunden immer nur den Ortstarif zahlen, die Differenz zu den effektiv entstandenen Kosten wurden von Blue Window übernommen. Telecom PTT weigerte sich, diese neue Nummernfamilie auch den Konkurrenz-ISP von Blue Window zur Verfügung zu stellen, was von der WEKO als Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung geahndet worden ist (RPW 1997, 161 ff.).

In einem weiter Fall aus dieser Kategorie wollte Swisscom für ihr Wholesale-Produkt zum Anbieten von ADSL an Endkunden ein neues Rabattmodell einführen, das für die eigene Tochter Bluewin grosse Kostenvorteile gebracht hätte. Mit vorsorglichen Massnahmen zwang die WEKO Swisscom, allen ISP die gleichen Rabatte wie Bluewin zu gewähren (RPW 2002, 440 ff.).

¹⁷ Vgl. REINERT MANI, Preisgestaltung, in: THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Band IX, Basel 2005, Rz. 4.135 ff.

¹⁸ Das Sekretariat der WEKO hat Swisscom Mitte November 2008 den Antrag in der Untersuchung zur ADSL-Preispolitik zugestellt. Nach Einschätzung des Sekretariats liegt eine sog. Kosten-Preis-Schere ("price oder margin squeeze") vor. Die zu knappe Marge zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen hat gemäss Sekretariat dazu geführt,

Die geschilderten Probleme im Zusammenhang mit dem Zugang zu wesentlichen Einrichtungen können praktisch nur mit einer geeigneten Regulierung vermieden werden. Diesbezüglich stehen zwei Möglichkeiten im Vordergrund:

Erstens die *Ausgliederung* der wesentlichen Einrichtung in ein unabhängiges Unternehmen, das weder auf dem vor- noch dem nachgelagerten Markt tätig ist. Der Zugang ist für alle Wettbewerber gleich und das Unternehmen, das die wesentliche Einrichtung kontrolliert, hat keinen Anreiz zu Diskriminierungen, Zugangsbeschränkungen oder gar -verweigerungen. In Bezug auf die Zugangspreise bedarf es entweder einer Regulierung, welche die Preise festlegt, oder einer wirksamen Preisaufsicht.

Zweitens eine *griffige Regulierung*, welche den Wettbewerbsbehörden und den sektorspezifischen Regulierungsinstanzen griffige Instrumente in die Hand gibt um Missbräuche zu vermeiden oder rasch beseitigen zu können.

Dies kann beispielsweise in einer ex-ante- oder ex-officio-Regulierung verwirklicht werden, indem gewisse Zugangsformen verpflichtend festgelegt und die Aufsichtsbehörde bei Missbräuchen von Amtes wegen einschreiten kann¹⁹.

dass die betroffenen Fernmeldedienstanbieter mit ihrem ADSL-Geschäft im Wettbewerb mit Swisscom (Bluewin) behindert waren. Die hohen Vorleistungspreise haben zudem auch zum hohen Preisniveau in der Schweiz beigetragen. Siehe die Medienmitteilung unter www.weko.admin.ch/dokumentation/00158 (13.11.2008 Antrag des Sekretariats in Untersuchung zugestellt). Die WEKO hat in der Untersuchung noch nicht entschieden.

¹⁹ So haben der Preisüberwacher, die ComCom und die WEKO in einer gemeinsamen Eingabe beim Bundesrat verlangt, dass bezüglich der Netzzugangspreise im Telekommarkt eine ex officio-Kontrolle durch die ComCom eingeführt werden soll, um die bestehende Kontrolle nur auf Klage hin zu korrigieren (RPW 2008, 720 ff.).

3. Öffentliches Unternehmen ist in Monopol- und Wettbewerbsbereich tätig

In der zweiten Konstellation ist der betreffende Markt teilweise liberalisiert, das öffentliche Unternehmen ist sowohl im monopolisierten Markt wie auch im Wettbewerbsbereich aktiv.

Diese Konstellation ist bei folgenden Märkten und öffentlichen Unternehmen anzutreffen:

- Der Postmarkt ist seit dem 1. Januar 1998 schrittweise geöffnet worden. Heute ist der Transport von Paketen und von Briefen von über 100 Gramm für den Wettbewerb offen²⁰. Die Post verfügt jedoch über das Monopol für die Beförderung von Briefen bis zu einem Gewicht von 100 Gramm (sog. reservierter Dienst). Damit ist sie als Universaldienstanbieterin sowohl im monopolisierten als auch im Wettbewerbsbereich tätig.
- Der Schienengütertransportmarkt ist auf den 1. Januar 1998 für den Wettbewerb geöffnet worden²¹. Im Bereich des Personentransports ist die SBB weiterhin als Monopolistin tätig.
- Im teilweise liberalisierten Elektrizitätsmarkt sind die Verteilnetzbetreiber, welche das Monopol für den Betrieb des Verteilnetzes besitzen, vielfach gleichzeitig in der Stromproduktion und in der Stromversorgung tätig.

In der geschilderten Konstellation mit einem öffentlichen Unternehmen, das gleichzeitig im Monopol- und im Wettbewerbsbereich tätig ist, sind hauptsächlich zwei wettbewerbsrechtliche Probleme anzutreffen:

²⁰ Art. 2 Abs. 1 Postverordnung (VPG) vom 26. November 2003, SR 783.01. Die Gewichtslimite für die reservierten Dienste der Post bei der Beförderung von Briefen wird auf den 1. Juli 2009 auf 50 Gramm Gewicht gesenkt.

²¹ Siehe Fn. 13.

- *Leveraging zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich.* Die Stellung im Monopolbereich wird eingesetzt, um die Situation im Wettbewerbsbereich zu Ungunsten der Konkurrenten zu beeinflussen. Eine Form dieses Leveraging stellt die Quersubventionierung dar, indem Monopolgewinne im Kampf um Marktanteile auf dem Wettbewerbsmarkt eingesetzt werden. Wettbewerbsschädigende Quersubventionierungen sind teilweise in den Spezialgesetzen verboten²². Fehlt eine solche Regelung, kommt Art. 7 KG zur Anwendung, welcher die Quersubventionierung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ahndet²³. Eine weitere Form des Leveraging kann darin bestehen, dass das öffentliche Unternehmen zu hohe Risiken bei der Aufnahme neuer Tätigkeiten in Wettbewerbsmärkten eingeht. Im Wissen darum, dass mögliche strukturelle Defizite mit den Erträgen aus dem Monopolbereich ausgeglichen werden können, kann die Risikobereitschaft für die Lancierung neuer Produkte oder Dienstleistungen zum Nachteil von Wettbewerbern missbräuchlich hoch sein.
- *Übermässige Entgelte für die Monopoldienste.* Weil das öffentliche Unternehmen von Gesetzes wegen als einziges Unternehmen im Monopolbereich tätig sein darf, besteht die Gefahr, dass es für die Monopoldienste zu hohe Entgelte verlangt. Dies stellt einen Preismissbrauch nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar.

Die geschilderten Probleme lassen sich am einfachsten durch ein konsequentes organisatorisches und buchhalterisches Unbundling zwischen den Mo-

²² Etwa in Art. 9 Abs. 4 Postgesetz (PG) vom 30. April 1997, SR 783.0 und Art. 10 Abs. 1 StromVG (Fn. 11).

²³ Vgl. den Entscheid der WEKO i.S. Blue Window, RPW 1997, 168 ff. Die WEKO stellte eine unzulässige Quersubventionierung zwischen dem Telefoniebereich der Telecom PTT (damals noch Monopoldienst) und dem nachgelagerten Internet-Provider-Markt fest.

nopol- und Wettbewerbsdiensten vermeiden bzw. kontrollieren²⁴. Dies bedeutet, dass die Monopol- und Wettbewerbsdienste von separaten Unternehmen (des öffentlichen Unternehmens) mit einer je eigenen Buchhaltung angeboten werden sollen. So ist es möglich, dass die Kosten klar den Monopol- und Wettbewerbsdiensten zugeordnet werden und sich allfällige Quersubventionierungen und überhöhte Preise rasch feststellen lassen. Als Radiokallösung kann man dem öffentlichen Unternehmen mit Monopoldiensten die Tätigkeit in Wettbewerbsmärkten gesetzlich untersagen²⁵. Je nach Situation kann eine sektorspezifische Regulierung zur Kontrolle und allenfalls Herabsetzung der Entgelte für die Monopoldienste Missbräuche verhindern²⁶.

4. Öffentliches Unternehmen mit hoheitlichem Auftrag und kommerziellen Leistungen

In der dritten Konstellation erfüllt eine staatliche Stelle (z.B. ein Bundesamt oder ein kantonales Amt) einen hoheitlichen Auftrag und bietet daneben als öffentliches Unternehmen kommerzielle Leistungen für private Unternehmen an. Die Kunden des öffentlichen Unternehmens können die kommerziellen Leistungen als Endkunden beziehen oder sind gleichzeitig Konkurrenten und auf die Leistungen angewiesen, um eigene Produkte am Markt anbieten zu können. Die staatliche Stelle bzw. das öffentliche Unternehmen ist mit einem Leistungsauftrag verpflichtet, kommerzielle Dienste

²⁴ Art. 10 Abs. 3 StromVG verlangt mindestens die buchhalterische Entflechtung der Verteilnetzbereiche von den übrigen Tätigkeitsbereichen.

²⁵ Vgl. Art. 18 Abs. 6 StromVG, welcher der nationalen Netzgesellschaft Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung, -verteilung und -handel verbietet und auch Beteiligungen an Unternehmen untersagt, die in diesen Bereichen tätig sind.

²⁶ Vgl. Art. 14 ff. und 22 Abs. 2 Bst. a StromVG: Die Elektrizitätskommission (Elcom) kann die Netznutzungsentgelte auf Klage hin oder von Amtes wegen auf ihre Angemessenheit hin überprüfen und allenfalls korrigieren.

anzubieten und dabei einen bestimmten finanziellen Deckungsgrad zu erzielen.

Diese Konstellation ist bei folgenden Märkten und öffentlichen Unternehmen anzutreffen:

- MeteoSchweiz ist ein Bundesamt im eidgenössischen Departement des Innern (EDI). Das Meteorologiegesezt verpflichtet MeteoSchweiz zu bestimmten hoheitlichen Aufgaben, gibt ihr aber die Möglichkeit, meteorologische und klimatologische Daten nach speziellen Kundenwünschen aufzubereiten und kommerziell zu vermarkten²⁷.
- Eine vergleichbare Situation besteht bezüglich Swisstopo, welche im hoheitlichen Bereich für die Erhebung und Nachführung der Geodaten der Schweiz zuständig ist, und zur Erfüllung besonderer Kundenwünsche Geodaten und weitere Leistungen gewerblich anbieten kann²⁸.

In der geschilderten Konstellation mit einem öffentlichen Unternehmen, das gleichzeitig hoheitliche Aufgaben erfüllt und kommerzielle Dienste anbietet, sind hauptsächlich drei wettbewerbsrechtliche Probleme anzutreffen:

- *Leveraging zwischen Hoheits- und Wettbewerbsbereich.* Die hoheitliche Stellung und die Finanzierung dieser Aufgabe mit Steuergeldern wird dazu eingesetzt, um die Situation im Wettbewerbsbereich zu Ungunsten der Konkurrenten zu beeinflussen. Eine Form dieses Leveraging stellt die Quersubventionierung dar, indem hoheitliche Mittel im Kampf um Marktanteile auf Wettbewerbsmärkten eingesetzt werden. Solche wettbewerbschädigenden Quersubventionierungen sind in

²⁷ Art. 1 und Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Meteorologie und Klimatologie (MetG) vom 18. Juni 1999, SR 429.1.

²⁸ Art. 8 und 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeoIG) vom 5. Oktober 2007, SR 510.62.

den neueren Spezialgesetzen verboten²⁹. Fehlt eine solche Regelung, kommt Art. 7 KG zur Anwendung, welcher die Quersubventionierung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ahndet.

- *Diskriminierung von Kunden*, die auf einem nachgelagerten Markt als Wettbewerber des öffentlichen Unternehmens auftreten. Wenn sich das öffentliche Unternehmen die gleichen Leistungen günstiger zur Verfügung stellt als den Konkurrenten, die darauf angewiesen sind, missbraucht es seine Stellung zum Nachteil der Wettbewerber³⁰. Auch dies stellt eine Form des Leveraging bzw. der Machtübertragung von Monopol- auf Wettbewerbsmärkten dar.
- *Preisunterbietungen gegenüber privaten Wettbewerbern*. Das öffentliche Unternehmen kann versucht sein, die Preise für seine kommerziellen Leistungen, die im Wettbewerb zu denjenigen privater Unternehmen stehen, sehr tief anzusetzen und beispielsweise einen Teil der Kosten den hoheitlichen Diensten anfallen zu lassen. Selbst wenn die Spezialgesetze das Anbieten unter Kosten verbieten, haben die öffentlichen Unternehmen ihren privaten Konkurrenten gegenüber immer noch

²⁹ Art. 4 Abs. 2 MetG (Fn. 27) und Art. 19 Abs. 3 GeoIG (Fn. 28) setzen mit praktisch identischem Wortlaut die folgende Regel (Abweichungen hervorgehoben):

"Die ermächtigte Stelle [*Das Bundesamt*] bietet die gewerblichen Leistungen auf privatrechtlicher Basis an. Sie setzt den Preis [*das Entgelt*] nach den Bedingungen des Marktes fest und gibt die Ansätze bekannt. Die gewerblichen Leistungen [*erweiterten Dienstleistungen*] müssen insgesamt mindestens kostendeckend erbracht [*dürfen nicht unter den Gesteungskosten erbracht*] und dürfen nicht mit Erträgen aus dem Grundangebot [*verbiligt*] der Stelle vergünstigt werden.

³⁰ Die WEKO stellte eine Diskriminierung der damaligen Schweizerischen Meteorologischen Anstalt (SMA) fest, weil diese vergleichbare Datenpakete einer privaten Konkurrentin erheblich teurer als der SRG (die einen Informationsauftrag des Bundes hat) angeboten hatte, RPW 1999, 415 ff. Die Verfügung der WEKO ist später vom Bundesgericht wegen formellen Mängeln aufgehoben worden, weil die Verfügung gegen eine staatliche Stelle ohne Rechtspersönlichkeit ausgesprochen worden ist, RPW 2001, 210 ff.

den Vorteil, dass sie keinen Gewinn erzielen müssen und für ihre Tätigkeit eine Defizitgarantie aus dem hoheitlichen Bereich besitzen ³¹.

Die geschilderten Probleme lassen sich am einfachsten durch ein konsequentes organisatorisches und buchhalterisches Unbundling zwischen den hoheitlichen und kommerziellen Diensten vermeiden bzw. kontrollieren. Der Bereich, der die kommerziellen Dienste anbietet, sollte in ein juristisch eigenständiges Unternehmen (das der öffentlichen Hand gehört) mit separater Rechnung ausgegliedert werden. Sollte dieses Unternehmen nicht genügend Erträge für ein Verbleiben am Markt erwirtschaften können, ist es zu liquidieren und die kommerzielle Tätigkeit einzustellen.

5. Öffentliches Unternehmen im freien Markt

In der vierten und letzten Konstellation ist ein Unternehmen, das sich vollständig oder im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand befindet, im freien Markt tätig.

Diese Konstellation ist bei folgenden Märkten und öffentlichen Unternehmen anzutreffen:

- Die Eidgenossenschaft besitzt einen Mehrheitsanteil an der Swisscom und die Post ist vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand. Beide Unternehmen sind in Märkten aktiv, die für den Wettbewerb vollständig geöffnet sind. Sie treffen dort auf private Unternehmen.
- Verschiedene Kantonalkassen gehören den Kantonen und verfügen über eine sog. Staatsgarantie oder ein staatliches Dotationskapital. Die Staatsgarantie verschafft ihnen einen Vorteil gegenüber Wettbewerbern, die selber für genügend Eigenkapital und entsprechende Reserven sorgen müssen.

³¹ Das MetG und GeoIG sprechen von "nicht unter den Gestehungskosten" und "mindestens kostendeckend" (siehe Fn. 29).

- Die RUAG ist aktiv in der Herstellung von Rüstungsgütern für die schweizerische und für ausländische Armeen und ist auch in zivilen Bereichen tätig. Sie ist vollständig im Besitz der Eidgenossenschaft.

In der geschilderten Konstellation mit einem öffentlichen Unternehmen, das gleichzeitig im Monopol- und im Wettbewerbsbereich tätig ist, sind hauptsächlich drei wettbewerbsrechtliche Probleme anzutreffen:

- Das schwerwiegendste Problem stellt sicher die Situation dar, dass der Staat in vielen dieser Märkte (so zum Beispiel im Telecom- und Postmarkt) in einer Doppelrolle auftritt: Einerseits als *Eigentümer* des öffentlichen Unternehmens und andererseits als *Regulator* des Marktes, auf dem das öffentliche Unternehmen tätig ist. Ist die Regulierung für das öffentliche Unternehmen nachteilig oder ist es zu sehr dem Wettbewerb ausgesetzt, besteht die Gefahr, dass es die Service-Public-Funktion nicht wie gewünscht wahrnehmen und der öffentlichen Hand auch keine Gewinne mehr abliefern kann.
- Bei *Beschaffungen durch die öffentliche Hand*, an denen auch das öffentliche Unternehmen teilnimmt, kann es zur Bevorzugung des "eigenen Unternehmens" zum Nachteil von privaten Anbietern kommen. Im Bereich der Rüstungsindustrie geniesst beispielsweise die RUAG bei Beschaffungen des VBS einen gewissen Vorteil, da solche Beschaffungen nicht den Regeln des Bundesgesetzes über öffentliche Beschaffungen³² unterstehen, sondern freihändig vergeben werden.
- Mit einer Staatsgarantie im Rücken können öffentliche Unternehmen allenfalls Risiken im Markt eingehen, die für ein privates Unterneh-

³² Siehe dazu die Empfehlung der WEKO an den Bundesrat, RPW 2008, 356 f. Die WEKO analysiert die Beschaffungen durch armasuisse nach geltenden Recht (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994; BoeB; SR 172.056.1) und stellt eine Lücke in Bezug auf den Rechtsschutz bei Beschaffungen durch armasuisse fest. Sie empfiehlt dem Bundesrat, bei Beschaffungen von Rüstungsgütern den normalen Rechtsschutz gemäss BoeB einzuräumen.

men zu gross wären. Diese (zu) hohe Risikobereitschaft kann dazu führen, dass private Unternehmen benachteiligt sind und, falls die hohen Risiken eintreten, dass der Staat für die dadurch verursachten Verluste aufkommen muss³³.

Die geschilderten Probleme lassen sich durch verschiedene Massnahmen verringern:

- Die Doppelrolle als Eigentümer und Regulator durch eine Privatisierung des eigenen Unternehmens, sei dies durch einen vollständigen Verkauf der Aktien oder mindestens durch eine Reduzierung auf einen Minderheitsanteil.
- Bei Beschaffungen durch einen Rechtsschutz, der den Interessen der privaten Konkurrenten Rechnung trägt, wie von der WEKO bei der Beschaffung von Rüstungsgütern empfohlen³⁴.
- Bei einer Staatsgarantie durch eine Beschränkung auf einen angemessenen Höchstbetrag, der zudem marktgerecht abgegolten werden muss.

V. Schlussfolgerung

Für öffentliche Unternehmen bestehen im Wettbewerb einige Fallstricke. Vor allem der Übergang vom Monopol zum Markt und die Erlangung einer mit den Konkurrenten vergleichbaren Wettbewerbsfähigkeit ist eine grosse Herausforderung. Auch die vielfältigen Möglichkeiten der politischen Einflussnahme auf öffentliche Unternehmen sind nicht zu unterschätzen. Sol-

³³ Als Beispiel hierzu sei an die Expansionsstrategie der Berner Kantonalbank in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts hingewiesen, die letztlich dazu führte, dass der Kanton Bern die Kantonalbank entschulden und für mehrere Milliarden selber gerade stehen musste.

³⁴ Siehe Fn. 32.

chen sind im Vergleich zu den öffentlichen Unternehmen die privaten Wettbewerber nicht ausgesetzt. Die verschiedenen Fallkonstellationen zeigen zudem die wesentlichen wettbewerbsrechtlichen Probleme von öffentlichen Unternehmen auf, je nach dem in welcher Lage sie sich befinden.

Die wettbewerbsrechtlichen Herausforderungen sind durchaus bewältigbar. Eine frühzeitige und gründliche Risikoanalyse erlaubt es einem öffentlichen Unternehmen, sich auf mögliche Probleme vorzubereiten und die Abläufe innerhalb des Unternehmens und den Umgang mit Konkurrenten in einem massgeschneiderten Antitrust Compliance Programm zu regeln, zu kontrollieren und wenn nötig zu korrigieren. Gleich wie bei einem privaten Unternehmen gehört dies auch zur "Erlangung der Wettbewerbsfähigkeit".

Regulatory Management für öffentliche Unternehmen

Stefan Rechsteiner*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	100
II.	Öffentliche Unternehmen im regulatorischen Umfeld	100
	1. Staat als Eigentümer öffentlicher Unternehmen.....	101
	2. Politische und öffentliche Wahrnehmung	103
	3. Staat als Regulator eines Marktes.....	103
	a) Föderalistische Fragestellung.....	103
	b) Selbständige Regulatoren	105
	c) Besonderheiten von Verwaltungsverfahren vor Regulatoren	106
	4. Staat als Leistungsbesteller.....	107
	5. Zwischenfazit	107
III.	Handlungsempfehlung für das Management öffentlicher Unternehmen in einem regulatorischen Umfeld	108
	1. Regulatory Management	108
	2. Aufgaben des Regulatory Managements	108
IV.	Fazit.....	109

* Der vorliegende Text entspricht in leicht abgeänderter Form dem Vortrag, den der Autor am 17. Februar 2009 im Rahmen der Tagung "Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt" gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

I. Einleitung

Das Thema "Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt" ist in zwei Teile zu gliedern. In einem ersten Teil sollen die öffentlichen Unternehmen im regulatorischen Umfeld dargestellt werden. Hier ist einerseits zu fragen, welche Spezifika für öffentliche Unternehmen bedeutsam sind und welche Entwicklungen in den letzten Jahren beobachtet werden konnten.

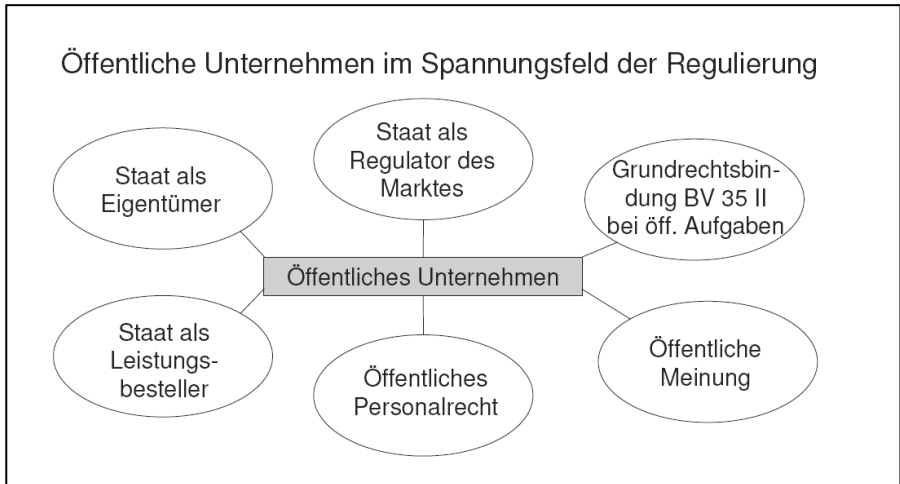
Aus den durch Analyse des Umfelds gewonnenen Erkenntnissen sollen Handlungsempfehlungen für öffentliche Unternehmen in einem regulatorischen Umfeld hergeleitet werden. Nach Ansicht des Autors stellen sich für öffentliche Unternehmen in einem regulatorischen Umfeld ganz spezielle Managementaufgaben, die zu den allgemeinen Managementaufgaben hinzutreten. Das Management öffentlicher Unternehmen ist – wie der vorliegende Beitrag zeigen soll – besonders vielschichtig und anspruchsvoll.

II. Öffentliche Unternehmen im regulatorischen Umfeld

Wenn wir uns nun den Spezifika öffentlicher Unternehmen in einem regulatorischen Umfeld zuwenden wollen, so ist Regulierung hier in einem sehr weiten Sinn zu verstehen. Das öffentliche Unternehmen zeichnet sich zunächst dadurch aus, dass der Staat das Unternehmen als Eigentümer beherrscht oder jedenfalls mitbeherrscht. Der Staat tritt aber auch als eigentlicher Marktregulator auf. Bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist die Grundrechtsbindung nach Art. 35 Abs. 2 BV zu beachten¹. Oftmals tritt der Staat bei öffentlichen Unternehmen nicht nur als Eigentümer und Regulator des Marktes auf, sondern gleichzeitig auch als Leistungsbesteller. Von spezieller Bedeutung sind sodann auch das öffentliche Personalrecht und nicht zuletzt die öffentliche Meinung und politische Auseinandersetzung,

¹ Hierzu beispielsweise HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, N 276 f.

die bei öffentlichen Unternehmen von spezieller Relevanz sind. Das ergibt folgendes Bild:



Dies bedeutet im Einzelnen:

1. Staat als Eigentümer öffentlicher Unternehmen

Der Staat als Eigentümer öffentlicher Unternehmen nimmt zunächst über die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlagen Einfluss auf das Unternehmen. Für öffentlichrechtliche Anstalten und spezialgesetzliche Aktiengesellschaften ergibt sich insbesondere aus der gesetzlichen Grundlage die verbindliche Zwecksetzung des Unternehmens. Aufgrund des Legalitätsprinzips² darf ein Unternehmen nur in jenen Bereichen tätig sein, die gesetzlich vorgesehen sind.

² Vgl. anstelle vieler VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000, 132 ff., insb. 135 ff.; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006, N 368 ff.; VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung,

Ein Beispiel dafür liefert die SUVA. Die von der SUVA angestrebte Ausweitung der Geschäftstätigkeit von der Grundversicherung in den überobligatorischen Bereich bedarf einer Revision des UVG³. Bei der Aktiengesellschaft manifestiert sich die Einflussnahme des staatlichen Eigentümers über die Vertretung im Verwaltungsrat. Im zweitletzten Abschnitt des Aktienrechts ist unter dem Titel "Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts" in Art. 762 OR die Entsendung von Verwaltungsräten durch die öffentliche Hand (Bund, Kanton und Gemeinden) in eine Aktiengesellschaft geregelt. Voraussetzung für die Entsendung ist, dass das Recht zur Entsendung eines Vertreters in den Verwaltungsrat in den Statuten verankert ist. Nicht Voraussetzung ist, dass die öffentliche Hand Aktionärin ist. Es genügt ein öffentliches Interesse der öffentlichen Hand an der Aktiengesellschaft. Die entsandten Verwaltungsräte werden, anders als die von der GV gewählten, durch das Gemeinwesen direkt bestimmt. Sie sind gegenüber dem Gemeinwesen weisungsgebunden und haben ansonsten die gleichen Rechte wie die von der GV gewählten Verwaltungsräte. Das heisst in der Praxis vor allem: Sie haben als entsandte Verwaltungsräte aufgrund ihrer Einsetzung im öffentlichen Interesse nicht mehr Rechte als die von der GV gewählten Verwaltungsräte. Die entsandten Verwaltungsräte haften nicht persönlich; an ihrer Stelle haftet das delegierende Gemeinwesen⁴. Das folgt letztlich aus der

4. Aufl., Bern 2006, § 5 N 179 ff.; BGE 128 I 113 E. 3c, S. 121; 123 I 1 E. 2b, S. 3 f.; Urteil des Bundesgerichts 2P.67/2004 vom 23. September 2004, E. 1.6.

³ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20); vgl. die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 30. Mai 2008, BBl 2008 5395 ff., S. 5452: "Bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt wie der SUVA muss nach den massgebenden verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Aufgaben- und Tätigkeitsbereich im Gesetz selbst umschrieben werden. Für die Ausübung von Tätigkeiten, welche nicht im direkten Zusammenhang mit der Erfüllung der Hauptaufgaben der SUVA stehen, braucht sie – vor allem wenn sie gewerblicher Natur sind – demnach eine zusätzliche ausdrückliche gesetzliche Grundlage".

⁴ Werden Vertreter des Gemeinwesens jedoch von der GV in den Verwaltungsrat gewählt, so besteht grundsätzlich eine primäre Haftung der gewählten Staatsvertreter ge-

Weisungsgebundenheit der delegierten Verwaltungsräte gegenüber dem Gemeinwesen. In der Praxis wichtig ist der Hinweis, dass sowohl die gewählten als auch die entsandten Verwaltungsräte primär den Interessen der Aktiengesellschaft verpflichtet sind. Der entsandte Verwaltungsrat darf nicht die Interessen des delegierenden Gemeinwesens über jene der Aktiengesellschaft stellen. In der Praxis ist aber oft zu beobachten, dass politische Behörden versuchen, über die entsandten Verwaltungsräte direkt auf die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens Einfluss zu nehmen.

2. Politische und öffentliche Wahrnehmung

Eng an die Eigentümerstellung der öffentlichen Hand anknüpfend ist die politische und öffentliche Wahrnehmung eines öffentlichen Unternehmens für das Management besonders bedeutsam. Die rechtliche Verselbständigung öffentlicher Unternehmen dient beispielsweise oftmals auch der Begrenzung des Haftungsrisikos des Staates. Weil aber die öffentliche Hand gerade aufgrund eines speziellen öffentlichen Interesses am Unternehmen beteiligt ist, ergibt sich eine politische Verantwortung für das Unternehmen. Ein öffentliches Unternehmen dürfte nicht einfach ohne Weiteres in Konkurs fallen gelassen werden. Die Risiko-Exposure eines öffentlichen Unternehmens ist daher immer auch eine politische Frage und eine Frage, die den Steuerzahler interessiert. Dessen muss sich das Management bewusst sein.

3. Staat als Regulator eines Marktes

a) Föderalistische Fragestellung

Öffentliche Unternehmen sind sehr oft in speziell regulierten Märkten tätig. Zu denken ist an Swisscom, SBB, Spitäler, Elektrizitätswerke usw.

mäss der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [Fn. 2], N 1507).

Zunächst sind zwei Fälle auseinander zu halten:

1. Der staatliche Regulator kann auf der gleichen föderalistischen Ebene angesiedelt sein wie das regulierte Unternehmen. Beispielsweise sind die Post, als Unternehmen des Bundes, und der Postregulator, die PostReg, auf derselben Ebene im Bundesstaat. Aus dieser unmittelbaren Doppelrolle können sich Interessenkonflikte und Fragen im Bereich der Wettbewerbsneutralität ergeben. Ein Beispiel hierzu ist die Öffnung der letzten Meile der Swisscom.

Die Doppelrolle des Staates als Eigentümer eines Unternehmens einerseits und als Regulator über dieses Unternehmen andererseits schafft Zielkonflikte. Besonders heikel können hier die Tätigkeiten von öffentlichen Unternehmen sein, die über einen gewissen Monopolbereich verfügen. Solche Unternehmen haben aus betriebswirtschaftlicher Optik ein Interesse, in angrenzenden Wettbewerbsbereichen Tätigkeiten entfalten zu können. Die Wettbewerbsneutralität gebietet dem Staat, dass die Unternehmen im Markt "mit gleich langen Spiesen" auftreten können⁵. Das verbietet insbesondere Quersubventionierungen vom Monopolbereich in den angrenzenden Wettbewerbsbereich. Zu Fragen führt hier etwa das Installationsgeschäft von Elektrizitätswerken.

2. Staatlicher Regulator und öffentliches Unternehmen können auch auf verschiedener föderalistischer Stufe angesiedelt sein. Ein Beispiel hierzu ist die Elektrizitätskommission (ElCom) als Bundesregulator über die mehrheitlich von Kantonen und Gemeinden beherrschten Elektrizitätswerke. In dieser Konstellation sind Interessenkonflikte weniger wahrscheinlich. Stattdessen kann sich ein föderalistisches Spannungsverhältnis ergeben. Bundesregulatoren greifen bisweilen stark in die Geschäftstätigkeit und in die Ausgaben kantonaler Probleme ein. Ein

⁵ VOGEL (Fn. 2), 125.

Beispiel hierzu bietet die seit längerer Zeit in verschiedenen Verfahren ausgetragene Abgrenzungsdifferenz zwischen dem Tätigkeitsbereich kantonaler Lotteriegesellschaften einerseits und der Glücksspiel- und insbesondere Spielbankenaufsicht des Bundes andererseits. In diesem Zusammenhang muss man sich vor Augen führen, dass die Einnahmen der Lotteriegesellschaften durch die Kantone für gemeinnützige Zwecke verteilt werden können⁶. Demgegenüber kommen die Spielbankenabgaben dem Bund zugute⁷.

b) Selbständige Regulatoren

Das Schweizerische Wirtschaftsverwaltungsrecht ist zunehmend geprägt durch die Schaffung selbständiger Regulatoren, die sektorspezifische Regulierungsfunktionen wahrnehmen. Beispiele dazu sind die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom), die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom), die Postregulationsbehörde (PostReg), die FINMA, die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) usw. Diese selbständigen Regulatoren treten zunehmend an die Stelle klassischer Verwaltung. Der Gesetzgeber gibt im modernen Wirtschaftsverwaltungsrecht in Rahmengesetzen primär Verfahrensregeln und Grundsätze vor und überlässt die eigentliche Wirtschaftslenkung speziellen Regulatoren. Es kommt hinzu, dass das Bundesgericht die Entscheide von Fachgerichten nur sehr zurückhaltend prüft. Ein Beispiel hierzu ist der Bundesgerichtsentscheid zur Interkonnektionsgebühr⁸. Diese Konstellation von einerseits relativ offenen mate-

⁶ Vgl. Art. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Werten vom 8. Juni 1923 (SR 935.51).

⁷ Vgl. Art. 40 ff. des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielkassen vom 18. Dezember 1998 (Spielbankengesetz; SR 935.52).

⁸ Urteil des Bundesgerichts 2A.450/2005 und 2A.452/2005 vom 21. April 2006; in jenem Urteil hat das Bundesgericht festgehalten, dass ungeachtet der Tatsache, dass die ComCom keine richterliche Behörde ist und daher die Kognitionsbeschränkung von Art. 105 Abs. 2 aOG nicht greift, ihr "bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfra-

riellen Vorgaben in Rahmengesetzen mit einem Regulator mit weitreichenden Kompetenzen und Spielräumen und andererseits grosser Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Überprüfung von Entscheiden von Regulatoren führt zu einer spürbaren Einschränkung der Rechtsstaatlichkeit im modernen Wirtschaftsverwaltungsrecht. Die Einschränkung ist auf zwei Ebenen zu lokalisieren: Erstens ist die demokratische Legitimation wichtiger Entscheide der Wirtschaftslenkung verhältnismässig schwach abgestützt. Der Gesetzgeber delegiert zunehmend wichtige materielle Entscheide auf Regulatoren. Zweitens ist es aber auch eine Einschränkung des Rechtsschutzes. Wenn der Spielraum in Bundesgesetzen für Regulatoren weit gefasst wird, ist auch die richterliche Überprüfung eingeschränkt.

Es kommt hinzu, dass die Regulatoren oftmals gerade in Sektoren zuständig sind, die einem gesteigerten politischen Druck ausgesetzt sind. Als Beispiele können hier die FINMA oder auch die ElCom im Strommarkt genannt werden.

c) Besonderheiten von Verwaltungsverfahren vor Regulatoren

Aus der Stellung der sektorspezifischen Regulatoren leiten sich gewisse Besonderheiten für die Verfahren vor diesen Regulatoren ab. Dieser Besonderheiten muss sich das Management öffentlicher Unternehmen, die der Regulierung unterliegen, bewusst sein. Zunächst sind die Mitglieder von sektorspezifischen Regulierungsbehörden oftmals aus einem gewissen politischen Proporz und paritätisch zusammengesetzt. Mitglieder solcher Regulierungsbehörden haben oftmals eine eigene Meinung dazu, wie ein Sektor

gen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden" muss und das Bundesgericht sich daher bei Fachfragen in Zurückhaltung übt, vorausgesetzt, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte wurden von der Regulierungsbehörde geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt (E. 3.2). Dabei ist von der einschlägigen Fachkunde der regulierenden Instanz auszugehen (E. 4.4.3); diese darf auch plausible Annahmen treffen und Vergleiche heranziehen (E. 8).

zu lenken ist. Das unterscheidet sie von einem gewöhnlichen Zivil- oder Verwaltungsrichter, der in der Regel zu einer Sache, mit der er befasst ist, keinen speziellen Bezug hat. In der Praxis nicht unbedeutend ist sodann, dass sich die Mitglieder von Regulierungsbehörden für die Entwicklung eines Sektors durchaus auch mitverantwortlich fühlen. Die Übertragung grosser Gestaltungsspielräume auf Regulatoren macht den Regulator in diesem Sinne zu einem "Player" auf dem regulierten Markt selbst. Entsprechend beruht die Erwartung in der Öffentlichkeit, dass die Regulatoren gewünschte Ergebnisse erzielen. Aus der Aufgabe der Regulatoren als dynamisch agierende Aufsichtsbehörde ergibt sich auch, dass, anders als in einer gewöhnlichen Zivilstreitigkeit, eine Auseinandersetzung nicht mit einem Gerichtsentscheid beendet ist. Das Verhältnis Unternehmen – Regulator ist vielmehr von langfristigen marktpolitischen Zielen des Regulators geprägt.

4. Staat als Leistungsbesteller

Interessenkonflikte ergeben sich aber auch auf einer dritten Ebene. Oftmals ist der Staat bei öffentlichen Unternehmen nicht nur Unternehmer und Eigentümer, sondern auch Leistungsbesteller. Diese Doppelrolle mit speziellen beschaffungsrechtlichen Fragen ist im Management öffentlicher Unternehmen zu beachten.

5. Zwischenfazit

Wir kommen damit im ersten Teil der Bestandesaufnahme zu folgendem Zwischenfazit: Öffentliche Unternehmen unterstehen oftmals einer vielschichtigen heterogenen, bisweilen widersprüchlichen Regulierung durch eine Vielzahl von Regulatoren – Regulatoren hier in einem weiten Sinn verstanden. Die Vorgaben und Ansprüche des Staates als Eigentümer von Unternehmen, als sektorspezifischer Regulator und als Leistungsbesteller können stark differenzieren und sind bisweilen schwierig auszugleichen. Die

regulatorischen Vorgaben können aber auch weitreichenden Einfluss auf die Geschäftsentwicklung und den Geschäftserfolg eines öffentlichen Unternehmens haben. Die Führung öffentlicher Unternehmen ist aufgrund der vielschichtigen regulatorischen Vorgaben besonders anspruchsvoll.

III. Handlungsempfehlung für das Management öffentlicher Unternehmen in einem regulatorischen Umfeld

1. Regulatory Management

Im zweiten Teil wollen wir uns nun den spezifischen Aufgaben des Managements öffentlicher Unternehmen zuwenden. Zu diesem Zweck ist zunächst der Begriff des Regulatory Managements zu definieren: Unter Regulatory Management wird vorliegend der strategische und operative Umgang eines Unternehmens mit regulatorischen Anforderungen, Veränderungen und Risiken verstanden. Es geht also gerade nicht nur darum, aktuell geltende rechtliche Bestimmungen umzusetzen. Vielmehr ist ein strategischer und operativer Prozess gemeint.

2. Aufgaben des Regulatory Managements

Die Aufgaben des Regulatory Managements umfassen zunächst die kontinuierliche Analyse des regulatorischen Umfelds. Es geht darum, nicht nur das geltende Recht, sondern die langfristigen Entwicklungstendenzen zu erfassen. Die Unternehmensstrategie ist auf dieses regulatorische Umfeld abzustimmen. Dabei geht es auch darum, regulatorische Tendenzen zu erkennen, bevor sie sich in verbindlichen Anordnungen manifestieren. In diesem Zusammenhang kann darauf hingewiesen werden, dass sich die Schweizer Regulatoren ihre Ideen oftmals in der europäischen Regulierung holen.

Da die Regulierung ein zunehmend fortdauernder Prozess der Wirtschaftslenkung ist, ist es eine wichtige Aufgabe des Managements, eine kohärente Kommunikation mit dem Regulator und oftmals mit den verschiedenen Regulatoren herzustellen. Die Kommunikation muss auf alle Regulatoren im weiten Sinne (sektorspezifischer Regulator, Eigentümer usw.) abgestimmt sein. Widersprüche und Inkongruenzen sind tunlichst zu vermeiden.

Für die in vielen Sektoren an Bedeutung gewinnende Kostenregulierung bedeutet dies speziell, dass die Datenerhebung strukturiert zu erfolgen hat. Die Dokumentation ist für interne und externe Zwecke zu organisieren. Dazu sind die Prozesse und Termine zu definieren. Die Daten sind stets auch mit der Kommunikation gegenüber dem Regulator abzugleichen.

IV. Fazit

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass öffentliche Unternehmen in einem komplexen regulatorischen Umfeld stehen. Es sind nicht nur Eigentümerinteressen des Staates, sondern auch die Erwartungshaltung der Öffentlichkeit zu beachten. Der Staat tritt dem öffentlichen Unternehmen in verschiedenen Rollen entgegen: Als Eigentümer, als Leistungsbesteller, als sektorspezifischer Regulator.

Gerade im Bereich der sektorspezifischen Regulierung ist eine Tendenz in Richtung Rahmengesetze mit grosser Gestaltungsfreiheit für die sektorspezifischen Regulatoren festzustellen. Zusammen mit der Tatsache, dass das Bundesgericht Entscheide von Fachgerichten nur sehr zurückhaltend überprüft, ergibt sich in diesen Bereichen ein eingeschränkter Rechtsschutz.

Daraus ergeben sich die Aufgaben des Regulatory Managements: Dieses muss die geltende Regulierung, aber auch die möglichen Regulierungstrends erfassen und die Unternehmensstrategie darauf abstimmen. Wichtig sind eine kontinuierliche Beobachtung des Regulierungsumfeldes und eine darauf abgestimmte, langfristig angelegte, widerspruchsfreie Kommunika-

tion mit den verschiedenen Regulatoren. Die bloße Umsetzung bestehenden Rechts genügt nicht.

Schriftenreihe

des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Band 62

Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt

Referate der Tagung vom 17. Februar 2009 in Zürich. Herausgegeben von Peter Hettich. 110 Seiten. St. Gallen 2009. Fr. 35.-.

Band 59

Unfall und Unfallversicherung

Entwicklungen – Würdigungen – Aussichten

Referate der Tagung vom 27. November 2008 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Ueli Kieser. 233 Seiten. St. Gallen 2009. Fr. 72.-.

Band 58

Bundesgesetz für die Familienzulagen (FamZG)

Referate der Tagung vom 25. November 2008 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Ueli Kieser. 213 Seiten. St. Gallen 2009. Fr. 72.-.

Band 57

Sozialversicherungsrechtstagung 2008

Referate der Tagungen vom 10. Juni und 26. August 2008 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Franz Schlauri. 174 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 72.-.

Band 56

RENÉ SCHAFFHAUSER: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2008

294 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 88.-.

Band 55

PHILIPPE WEISSENBERGER/WOLFGANG WOHLERS/FABIAN HUMBEL: Tatort Strasse:

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strassenverkehrsstrafrecht 2002 bis 2006

XXI + 363 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 128.-.

Band 54

Sicherheitsaspekte der Sterbehilfe

Referate der Tagung vom 1. März 2007 in Zürich. Herausgegeben von Ivo Schwander und Frank Th. Petermann. 421 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 115.-.

Band 53

Neuigkeiten im Kunstrecht

Referate der Tagung vom 19. Oktober 2007 in Zürich. Herausgegeben von Ivo Schwander und Peter Studer. 180 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 72.-.

Band 52

Das prekäre Leistungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht

Konkretes zu einem unfassbaren Thema

Referate der Tagung vom 22. November 2007 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Ueli Kieser. 193 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 72.-.

Band 51

Datenschutz im Gesundheits- und Versicherungswesen

Referate der Tagung vom 27. September 2007 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Matthias Horschik, 146 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 59.-.

Band 50

BVG-Tagung 2007

Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge

Referate der Tagung vom 25. September 2007 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Hans-Ulrich Stauffer. 169 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 68.-.

Band 49

Das neue Medizinalberufegesetz (MedBG)

Referate der Tagung vom 23. August 2007 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser, Ueli Kieser und Tomas Poledna. 151 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 68.-.

Band 48

Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben

Erste Erfahrungen, grundsätzliche Fragen und Entscheide

Le Tribunal administratif fédéral: Statut et missions

Premières expériences, questions de principe et décisions

Referate der Tagung vom 24. Oktober 2007 in Luzern und vom 15. Mai 2008 in Lausanne / Exposés des séminaires du 24 octobre 2007 à Lucerne et du 15 mai 2008 à Lausanne. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller und Rainer J. Schweizer. 434 Seiten. St. Gallen 2008. Fr. 118.-.

Band 47

RENÉ SCHAFFHAUSER: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2007

478 Seiten. St. Gallen 2007. Fr. 128.-.

Band 46

Sozialversicherungsrechtstagung 2007

Referate der Tagungen vom 12. Juni und 30. August 2007 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Franz Schlauri. 198 Seiten. St. Gallen 2007. Fr. 72.-.

Band 45

Invalidität von Selbstständigerwerbenden

Referate der Tagung vom 23. November 2006 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Ueli Kieser. 157 Seiten. St. Gallen 2007. Fr. 68.-.

Band 44

THOMAS HANSJAKOB: BÜPF / VÜPF

Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (zweite, vollständig überarbeitete Auflage)

XI + 509 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 148.-.

Band 43

Sozialversicherungsrechtstagung 2006

Referate der Tagung vom 7. Juni 2006 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Franz Schlauri. 168 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 68.-.

Band 42

BVG-Tagung 2006

Aktuelle Fragen, Lösungen und Perspektiven

Referate der Tagung vom 17. Mai 2006 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Hans-Ulrich Stauffer. 191 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 72.-.

Band 41

RENÉ SCHAFFHAUSER: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2006

316 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 88.-.

Band 40

Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen für die Praxis

Referate der Tagungen vom 7. April und 12. Juni in Olten und vom 26. Juni in Glattbrugg. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller und Rainer J. Schweizer. 498 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 98.-.

Band 39

Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes

Referate der Tagung vom 16. November 2005 in Solothurn. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller. 183 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 68.-.

Band 38

Sterbehilfe – Grundsätzliche und praktische Fragen

Referate der Tagung vom 13. Oktober 2005 in Zürich. Herausgegeben von Ivo Schwander und Frank Th. Petermann. 405 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 115.-.

Band 37

Das Gesundheitswesen – Motor von Wohlbefinden und Wohlstand

Radikale Denkanstösse für das schweizerische Gesundheitswesen

Referate der Tagung vom 23. November 2005 in Zürich. Herausgegeben von René Schaffhauser, Heinz Locher und Tomas Poledna. 140 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 59.-.

Band 36

Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination

Grundlagen, aktuelle Entwicklungen, Perspektiven

Referate der Tagung vom 17. November 2005 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Ueli Kieser. 286 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 88.-.

Band 35

Medizin und Sozialversicherung im Gespräch

Referate der Tagung vom 8./9. Juni 2005 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Franz Schlauri. 306 Seiten. St. Gallen 2006. Fr. 94.-.

Band 34

RENÉ SCHAFFHAUSER: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005

484 Seiten. St. Gallen 2005. Fr. 128.-.

Band 33

Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe

Referate der Tagung vom 24. November 2004 in Olten. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller. 207 Seiten. St. Gallen 2005. Fr. 72.-.

Band 32

Die 1. BVG-Revision

Neue Herausforderungen – Praxisgerechte Umsetzung

Referate der Tagung vom 19. November 2004 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Hans-Ulrich Stauffer. 161 Seiten. St. Gallen 2005. Fr. 68.-.

Band 31

Invalidität im Wandel

Gesetzesrevisionen – Rentenrevisionen:

Aktuelle Entwicklungen und Probleme

Referate der Tagung vom 10. September 2004 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Ueli Kieser. 163 Seiten. St. Gallen 2005. Fr. 68.-.

Band 30

Sozialversicherungsrechtstagung 2004

Referate der Tagung vom 22. Juni 2004 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Franz Schlauri. 264 Seiten. St. Gallen 2004. Fr. 88.-.

Band 29

RENÉ SCHAFFHAUSER: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2004

287 Seiten. St. Gallen 2004. Fr. 88.-.

Band 28

Wettbewerb im Gesundheitsrecht

Krankenversicherung, Arzt und Arzneimittel zwischen staatlicher Lenkung und Markt

Referate der Tagung vom 15. Januar 2004 in Zürich. Herausgegeben von René Schaffhauser und Tomas Poledna. 178 Seiten. St. Gallen 2004. Fr. 68.-.

Band 27

Praktische Anwendungsfragen des ATSG

Referate der Tagung vom 25. November 2003 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Ueli Kieser. 183 Seiten. St. Gallen 2004. Fr. 68.-.

Band 26

Aktuelle Rechtsfragen der Denkmalpflege

Referate der Tagung vom 11. November 2003 in Olten. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller.
155 Seiten. St. Gallen 2004. Fr. 65.-.

Band 25

Rechtsentwicklungen im schweizerischen Ausländerrecht

Referate der Tagung vom 29. August 2003 in Olten. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller.
112 Seiten. St. Gallen 2004. Fr. 49.-.

Band 24

Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen

Referate der Tagung vom 19. Juni 2003 in Olten. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller und
Rainer J. Schweizer. 156 Seiten. St. Gallen 2004. Fr. 65.-.

Band 23

Schmerz und Arbeitsunfähigkeit

Referate der Tagung vom 25./26. Juni 2003 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und
Franz Schlauri. 419 Seiten. St. Gallen 2003. Fr. 115.-.

Band 22

RENÉ SCHAFFHAUSER: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003

382 Seiten. St. Gallen 2003. Fr. 128.-.

Band 21

Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates

Referate der Tagung vom 17. Januar 2003 in Zürich. Herausgegeben von René Schaffhauser, Urs
Bertschinger und Tomas Poledna. 157 Seiten. St. Gallen 2003. Fr. 65.-.

Band 20

**URS PETER CAVELTI/THOMAS VÖGELI: Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen –
dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht**

XLVIII + 671 Seiten. St. Gallen 2003. Fr. 148.-.

Band 19

CHRISTOPH ALBRECHT: Gegenvorschläge zu Volksinitiativen – Zulässigkeit, Inhalt, Verfahren

XXX + 280 Seiten. St. Gallen 2003. Fr. 76.-.

Band 17

Das schweizerische Ausländerrecht

Rechtsentwicklung und politische Herausforderungen

Referate der Tagung vom 6. Mai 2002 in Zürich. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller.
175 Seiten. St. Gallen 2003. Fr. 62.-.

Band 16

Das schwierige Geschäft mit der Kunst

Referate der Tagung vom 22. April 2002 in Zürich. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller.
120 Seiten. St. Gallen 2003. Fr. 49.-.

Band 14

Sozialversicherungsrechtstagung 2002

Referate der Tagung vom 11. Juni 2002 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Franz Schlauri. 175 Seiten. St. Gallen 2002. Fr. 68.-.

Band 13

Berufliche Vorsorge 2002 – Probleme, Lösungen, Perspektiven

Referate der Tagung vom 22. Mai 2002 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Hans-Ulrich Stauffer. 216 Seiten. St. Gallen 2002. Fr. 68.-.

Band 12

THOMAS ROHNER: Das Widerspruchsverfahren gemäss SchKG

XVIII + 144 Seiten. St. Gallen 2002. Fr. 62.-.

Band 11

KARIN A. HOCHL: Gleichheit – Verschiedenheit

Die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe

XXXIII + 141 Seiten. St. Gallen 2002. Fr. 62.-.

Band 9

Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten:

Rechtsformen und ihre Folgen

Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Tomas Poledna. 175 Seiten. St. Gallen 2002. Fr. 62.-.

Band 8

Rechtsschutz der Versicherten und der Versicherer gemäss Abkommen EU/CH über die Personenfreizügigkeit (APF) im Bereich der Sozialen Sicherheit

Referate der Tagung vom 15. November 2001 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Christian Schürer. 208 Seiten. St. Gallen 2002. Fr. 65.-.

Band 7

THOMAS HANSJAKOB: BÜPF / VÜPF

Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

X + 389 Seiten. St. Gallen 2002. Fr. 88.-.

Band 6

Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis

Referate der Tagung vom 26. Juni 2001 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Franz Schlauri. 221 Seiten. St. Gallen 2001. Fr. 65.-.

Band 5

THOMAS SCHERRER: Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV

XLV + 336 Seiten. St. Gallen 2001. Fr. 69.-.

Band 4

Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts

Referate des Intensivseminars vom 10./11. Mai 2001 in Zürich. Herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller. 223 Seiten. St. Gallen 2001. Fr. 65.-.

Band 3

BEAT ZUMSTEIN: Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts XXVIII + 166 Seiten. St. Gallen 2001. Fr. 62.-.

Band 2

Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung

Referate der Tagung vom 9. November 2000 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Ueli Kieser. 218 Seiten. St. Gallen 2001. Fr. 65.-.

Band 1

Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz

Referate der Tagung vom 29. November 2000 in Luzern. Herausgegeben von René Schaffhauser und Christian Schürer. 215 Seiten. St. Gallen 2001. Fr. 65.-.

Bestellungen und Zuschriften sind erbeten an:

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis
Bodanstrasse 4
9000 St. Gallen

Telefon 071 224 24 24 / Telefax 071 224 28 83
e-mail: irp@unisg.ch / www.irp.unisg.ch

