

Besprechung

Baumann Phil: Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit. Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 138. LVI + 404 Seiten. CHF 89.–. Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2019. ISBN 978-3-7255-8093-4.

Die Zulässigkeit des wirtschaftlichen Staatshandelns wird in der Rechtswissenschaft seit dem umstrittenen Bundesgerichtsentscheid in Sachen «Glarnersach» (BGE 138 I 378) mit neuer Verve diskutiert. Die Politik hat sich dagegen in jüngerer Zeit vor allem mit Aspekten öffentlicher Unternehmen befasst, die unter der Metapher der «gleich langen Spiesse» zusammengefasst werden können. Die politischen Vorstösse zu dieser Thematik sind so zahlreich wie fruchtlos. In diesem Kontext befasst sich die Dissertation von *Phil Baumann* damit, ob verschiedene mögliche Vorteile öffentlicher (und weiterer) Unternehmen – etwa in der Finanzierung, Besteuerung oder Regulierung – geeignet sind, den Wettbewerb in unzulässiger Weise zu «verzerren». Zu dieser Frage gibt es derzeit nur eine weitere aktuelle, vom Rezensenten mitverfasste Studie (*Hettich/Kolmar/Hoffmann/Koller/Mathis*, Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen: Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt, Zürich/St. Gallen 2017).

Das von Baumann gewählte Thema kann nicht ohne Auseinandersetzung mit gewissen Grundlagen, namentlich den verfassungsrechtlichen Vorgaben[■] und der ökonomischen Theorie, diskutiert werden. Baumann liefert hier nicht nur eine konzise Darstellung der rechtlichen Diskussion, sondern gelangt auch zur m.E. richtigen

Feststellung, dass «aus ökonomischer Sicht nur wenig Raum für die Rechtfertigung der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit» verbleibt. Dies gilt vor allem ausserhalb des Bereichs der eigentlichen öffentlichen Aufgaben; gebunden an diese nicht überraschend gewonnene Erkenntnis ist der Gesetzgeber allerdings nicht, sodass für die rechtliche Diskussion (bedauerlicherweise) noch wenig gewonnen ist. Dennoch setzt sich Baumann zu Recht mit dem Begriff, den Funktionen und den Zielen des «Wettbewerbs» auseinander, weil ohne deren[■] Diskussion – jedenfalls nach der vom Rezensenten[■] vertretenen Auffassung – auch der Begriff der «Wettbewerbsverzerrung» nicht klarer umrissen werden kann. Dieses Vorgehen ist nicht zwingend, doch unabdingbar, wenn nicht jeder Wettbewerbsvorteil – wie auch Baumann ausführt – zugleich als «Verzerrung» angesehen werden soll (Rz. 176). Baumann legt die verschiedenen möglichen Wettbewerbsvorteile in ansprechender Form dar und unterlegt diese mit zahlreichen Beispielen. Es zeigt sich, dass «die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit systemimmanent über staatlich bedingte Wettbewerbsvorteile [verfügt], die zu potentiell erheblichen Wettbewerbsverzerrungen auf den relevanten Märkten führen können» (Rz. 282). Auf dieser Basis sind die rechtlichen Vorkehrungen zu diskutieren, die solche Wettbewerbsverzerrungen vermeiden helfen, wobei sich einige dieser Vorteile nur aufgrund faktischer Gegebenheiten manifestieren (z.B. implizite Staatsgarantie, Gröszen- und Verbundvorteile); als solche sind diese faktischen Vorteile auch nur schwer in den Griff zu bekommen (selbst wenn denn der Wille dazu bestünde). Namentlich das bestehende verfassungsrechtliche Inst-

umentarium wird hier von Baumann als dürftig (wenn auch entwicklungsfähig angesehen); auch beim einfachgesetzlichen Instrumentarium, etwa dem Kartellgesetz, verortet der Autor Lücken. Wie diese gefüllt werden könnten, eruiert Baumann in einem rechtsvergleichenden Abschnitt, der sich vor allem mit dem einschlägigen australischen Regelwerk sowie dem Beihilferecht der EU befasst; auf Basis dieser Erkenntnisse entwickelt der Autor schliesslich ein eigenes Regelungsmodell. Hier macht Baumann sehr differenzierte und keineswegs kategorische Vorschläge, etwa hinsichtlich der Vermeidung von Verbundvorteilen: Die Vermeidung von verzerrenden Verbundvorteilen würde ja selbstverständlich auch Synergien eliminieren; die Wettbewerbssituation der jeweiligen staatlichen Gebilde ist entsprechend im Einzelfall zu analysieren. Das Regelungsmodell von Baumann könnte Teil einer zukünftigen Regelung bilden; das Schicksal z.B. der parlamentarischen Initiativen 17.517/17.518 – an denen dieser Autor mit ersten Entwürfen mitgewirkt hat – kann hier freilich nicht hoffnungsvoll stimmen.

Insgesamt handelt es sich bei der Dissertation von Phil Baumann um eine inspirierte und überdies sehr sorgfältig verfasste Arbeit, die sich sowohl durch eine gehaltvolle Diskussion wie auch durch eine vertiefte Auseinandersetzung mit den vorgefundenen Meinungen auszeichnet. Positiv hervorzuheben ist namentlich der gelungene Brückenschlag zu den Wirtschaftswissenschaften, welcher die rechtlichen Argumente sinnvoll untermauert; dazu hätte sich der Rezensent allerdings einige weiterführende methodische Hinweise gewünscht. Schliesslich ist hier zu bemerken, dass angesichts des fehlenden politischen Willens zu einer sachgerechten Rückbindung öffentlicher Unternehmen eine weitere Möglichkeit zur Entschärfung bestehender ordnungspolitischer Konflikte bestehen würde: die konsequente Privatisierung derjenigen öffentlichen Unternehmen, die nicht eigentliche staatliche Kernaufgaben erfüllen und zum Erhalt ihrer Zukunftsfähigkeit auch Güter und Dienstleistungen an privaten Märkten anbieten können müssen.

Prof. Dr. *Peter Hettich*, St. Gallen