

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, Stadttammann 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 blosser 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.irp.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 Verfassungs wegen eine 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.

