



## Wettbewerbsneutralität öffentlicher Unternehmen als Aktiengesellschaften

### Pflichten und Instrumente zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen

PHIL BAUMANN\*

ROMAN S. GUTZWILLER\*\*



Ein wesentlicher Teil der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit erfolgt durch öffentliche Unternehmen in Form von Aktiengesellschaften. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit der Verwaltungsrat und das Trägergemeinwesen dazu verpflichtet sind, die Wettbewerbsneutralität des öffentlichen Unternehmens sicherzustellen, und welches Instrumentarium ihnen hierfür zur Verfügung steht. Der Aufsatz zeigt auf, dass der Verwaltungsrat für ein wettbewerbsneutrales Verhalten innerhalb der privatwirtschaftlichen Tätigkeit nur insoweit zu sorgen hat, als die einschlägigen rechtlichen Vorgaben auf das eigene Unternehmen Anwendung finden. Auf Seiten des Trägergemeinwesens besteht demgegenüber eine umfassende Pflicht zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Das Trägergemeinwesen verfügt zudem über weitgehende Steuerungsmöglichkeiten, die zu diesem Zweck eingesetzt werden können. Allerdings besteht die Gefahr, dass von diesem Instrumentarium in unzureichender und uneinheitlicher Weise Gebrauch gemacht wird.

Une part importante de l'activité étatique dans l'économie privée s'exerce par le truchement d'entreprises publiques prenant la forme de sociétés anonymes. Dans ce cadre, l'on doit se demander dans quelle mesure le conseil d'administration et la collectivité responsable sont tenus d'assurer la neutralité concurrentielle de l'entreprise publique et quels sont les instruments à disposition pour y parvenir. L'article démontre que, lors de l'exercice de l'activité dans le secteur privé, le conseil d'administration ne doit assurer un comportement neutre en termes de concurrence que lorsque les prescriptions légales pertinentes s'appliquent à l'entreprise en tant que telle. La collectivité responsable, en revanche, a une obligation générale de prévenir les distorsions de concurrence. Elle dispose par ailleurs de nombreuses possibilités de contrôle qu'elle peut mobiliser à cette fin. Il existe toutefois le risque qu'elle ne fasse pas suffisamment usage de ces instruments ou les emploie de manière incohérente.

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Überblick über potenzielle Wettbewerbsverzerrungen
- III. Pflichten des Verwaltungsrates zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität
  - A. Allgemeines
  - B. Umfang
    1. Verfassungsrechtliche Vorgaben
    2. Gesetzliche Vorgaben
    3. Vorgaben aus Reputationsgründen
  - C. Instrumentarium
  - D. Verantwortlichkeit
- IV. Steuerungsmöglichkeiten des Trägergemeinwesens zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität
  - A. Steuerungsinstrument Ermächtigungs- und Organisationserlass
  - B. Steuerungsinstrument Leistungsauftrag
  - C. Aktionärsrechtliche Steuerungsinstrumente
    1. Festlegung des Tätigkeitsbereichs
    2. Besetzung des Verwaltungsrates und Einflussnahme auf die Zusammensetzung der Geschäftsleitung
    3. Drohung mit bzw. Wahrnehmung von Sanktionsmöglichkeiten
  - D. Steuerungsinstrument Eignerstrategie
- V. Fazit

#### I. Einleitung

Der Staat handelt unternehmerisch, wenn er unter Anwendung von ökonomischen Arbeitsmethoden marktfähige Produkte und Dienstleistungen am Markt anbietet, die von Dritten erworben werden können.<sup>1</sup> Die unternehmerische Betätigung staatlicher Akteure kann einerseits im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, andererseits aber auch ausserhalb öffentlicher Aufgabenbereiche erfolgen. Im letzteren Fall liegt eine privatwirtschaftliche Staatstätigkeit vor.<sup>2</sup> Die staatliche Wirtschaftstätigkeit wird zu einem überwiegenden Teil durch öffentliche Un-

\* PHIL BAUMANN, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Oberassistent an der Universität Luzern, Zürich.

\*\* ROMAN S. GUTZWILLER, Dr. iur. HSG, MBA (HEC Paris), Rechtsanwalt, Habilitand und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Winterthur.

<sup>1</sup> RENÉ A. RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. A., Basel 2011, § 18 N 10; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Habil. Freiburg 1994, 9; FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln: Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 1997, 19.

<sup>2</sup> Vgl. ausführlich zur Herleitung des Begriffs der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit PHIL BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019, N 35 ff. Nach wohl h.L. wird der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit allerdings die unternehmerische Staatstätigkeit im Monopolbereich gegenübergestellt (BEAT KRÄHENMANN, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1987, 122; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN [FN 1], § 18 N 38; vgl. auch PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 1715).

ternehmen vorgenommen.<sup>3</sup> Dabei werden öffentliche Unternehmen häufig hybrid aktiv, indem sie sich neben der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch privatwirtschaftlich betätigen.<sup>4</sup> Aus verschiedenen Gründen weisen die öffentlichen Unternehmen oftmals die Rechtsform der Aktiengesellschaft auf (so sind gemäss einer neueren Umfrage beispielsweise rund drei Viertel der kantonalen und kommunalen Energieunternehmen als Aktiengesellschaften konstituiert<sup>5</sup>).<sup>6</sup> Für die Zwecke des vorliegenden Beitrags wird das Untersuchungsobjekt sowie der hier verwendete Begriff des öffentlichen Unternehmens deshalb auf Aktiengesellschaften eingegrenzt, die öffentlich beherrscht werden und/oder öffentliche Aufgaben erfüllen.<sup>7</sup> Dabei kann es sich sowohl um ordentliche als auch um gemischtwirtschaftliche oder spezialgesetzliche Aktiengesellschaften handeln.

Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ist es grundsätzlich zulässig, dass öffentliche Unternehmen privatwirtschaftlich tätig werden. Allerdings muss diese privatwirtschaftliche Staatstätigkeit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen sowie verhältnismässig und wettbewerbsneutral ausgestaltet sein.<sup>8</sup> Die zuletzt genannte Voraussetzung der Wett-

bewerbsneutralität verlangt dabei, dass die privatwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Unternehmen zu den für die privaten Konkurrenten geltenden Wettbewerbsbedingungen erfolgt.<sup>9</sup> Rechtliche oder faktische Privilegierungen der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit sind folglich zu unterbinden.<sup>10</sup> Allerdings ist die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit systemimmanent mit mehreren potenziellen Wettbewerbsverzerrungen verbunden.<sup>11</sup> Die staatliche Beherrschung von öffentlichen Unternehmen sowie deren hybride Tätigkeit führen regelmässig zu spezifischen Wettbewerbsvorteilen gegenüber der privaten Konkurrenz, insbesondere in Form von Finanzierungs-, Verbund-, Informations- und Steuervorteilen sowie Quersubventionierungen.<sup>12</sup>

Für den Verwaltungsrat von öffentlichen Unternehmen (im hier verwendeten Sinne von Aktiengesellschaften, die öffentlich beherrscht sind oder öffentliche Aufgaben erfüllen) stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, wie er als Leitungs- und Aufsichtsorgan der Aktiengesellschaft mit dieser Problematik umgeht. Jedoch ist nicht nur der Verwaltungsrat eines öffentlichen Unternehmens in dieser Hinsicht gefordert. Dessen Trägergemeinwesen steht in der Pflicht, Wettbewerbsverzerrungen im privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich des öffentlichen Unternehmens zu unterbinden.

Der vorliegende Beitrag bietet zunächst einen kurzen Überblick über die Wettbewerbsverzerrungen, die bei privatwirtschaftlichen Tätigkeiten von öffentlichen Unternehmen auftreten können (II.). Als Nächstes wird analysiert, inwiefern den Verwaltungsrat eine Pflicht trifft, für eine wettbewerbsneutrale privatwirtschaftliche Tätigkeit des als Aktiengesellschaft konstituierten öffentlichen Un-

<sup>3</sup> HÄNNI/STÖCKLI (FN 2), N 1698; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 1), § 18 N 13.

<sup>4</sup> Ein illustratives Beispiel hierzu bietet die Schweizerische Post, die neben unternehmerischen Dienstleistungen der Grundversorgung mit Postdiensten (öffentlicher Aufgabenbereich) diverse Papeterie- und Kioskartikel in ihren Filialen anbietet (privatwirtschaftliche Tätigkeit).

<sup>5</sup> STEPHAN VATERLAUS/PATRICK ZENHÄUSERN/CORNEL KAUFMANN/HEIKE WORM, Staat und Wettbewerb: Institutionelle und wettbewerbliche Aspekte bei kantonalen und kommunalen Unternehmen, Bern 2017, 29.

<sup>6</sup> Vgl. PETER HETTICH, Öffentliche Unternehmen: Einführung in die sich stellenden Rechtsfragen, in: Peter Hettich (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt, St. Gallen 2009, 9 ff., 13; ferner ROMAN S. GUTZWILLER, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2017, N 4; vgl. zu den Gründen ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Habil. Bern 2005, 393.

<sup>7</sup> Vgl. demgegenüber die nun erstmalige gesetzliche Definition öffentlicher Unternehmen im revidierten Art. 3 lit. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1), der per 1. Januar 2021 in Kraft treten wird.

<sup>8</sup> BGE 138 I 378 E. 6.3.2; HÄNNI/STÖCKLI (FN 2), N 1717 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 1), § 18 N 53 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 10 N 24f; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000, 116 ff.

<sup>9</sup> BGE 138 I 378 E. 9.1; vgl. dazu BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 67, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser), wonach Staats- und Privatwirtschaft jedoch nicht identischen Bedingungen unterliegen müssen.

<sup>10</sup> HÄNNI/STÖCKLI (FN 2), N 1720; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 1), § 18 N 106; vgl. auch YVO HANGARTNER, Der Staat als Unternehmer, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz: Festschrift 25 Jahre juristische Abschluss an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich 2007, 237 ff., 245 f.

<sup>11</sup> Vgl. ausführlich dazu BAUMANN (FN 2), N 182 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu Bericht des Bundesrates vom 8. Dezember 2017 in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13. Dezember 2012 und 15.3880 Schilliger vom 22. September 2015, Staat und Wettbewerb: Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte (zit. Bericht Staat und Wettbewerb), 9 f., wonach es in der Praxis «kaum vorstellbar» ist, dass keine Wettbewerbsverzerrungen bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit vorliegen.

ternehmens zu sorgen, und welches Instrumentarium ihm dafür zur Verfügung steht (III.). Anschliessend wird aufgezeigt, welche Steuerungsmöglichkeiten auf Seiten des Trägergemeinwesens bestehen, um Wettbewerbsverzerrungen seiner öffentlichen Unternehmen zu unterbinden (IV.). Schliesslich erfolgt eine zusammenfassende Würdigung der Erkenntnisse (V.).

## II. Überblick über potenzielle Wettbewerbsverzerrungen

Wie einleitend bemerkt, ist die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit nur zulässig, sofern sie wettbewerbsneutral ausgestaltet ist. Im Folgenden gilt es kurz die potenziellen Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit darzustellen.

Zunächst einmal kann die privatwirtschaftliche Tätigkeit öffentlicher Unternehmen von *Finanzierungsvorteilen* profitieren. Verfügen öffentliche Unternehmen über (implizite oder explizite) Staatsgarantien, stellen sie für ihre Gläubiger ein tieferes Ausfallrisiko dar. Das öffentliche Unternehmen kann deshalb Fremdkapital zu tieferen Zinsen aufnehmen als private Unternehmen.<sup>13</sup> Beispielsweise erteilen gewisse Ratingagenturen der Swisscom AG ein besseres Kreditrating, weil von einer staatlichen Unterstützung im Krisenfall ausgegangen wird.<sup>14</sup> Die Swisscom AG verfügt daher über tiefere Fremdkapitalkosten als private Konkurrenten.<sup>15</sup> Offen treten Finanzierungsvorteile zudem zutage, wenn dem öffentlichen Unternehmen vom Gemeinwesen selbst Kredite zu vergünstigten Konditionen gewährt werden.<sup>16</sup> Schliesslich sind auch Finanzierungsvorteile auf der Eigenkapitalseite zu beachten, die dadurch entstehen, dass das Trägergemeinwesen keine adäquate Verzinsung des Eigenkapitals vom öffentlichen Unternehmen verlangt.<sup>17</sup>

Weiter können öffentliche Unternehmen durch eine *tiefere oder fehlende Besteuerung ihrer privatwirtschaft-*

*lichen Tätigkeiten* ungerechtfertigt bevorteilt werden.<sup>18</sup> Beispielsweise sind gewisse Kantonalbanken, die als spezialgesetzliche Aktiengesellschaften organisiert sind, auf kantonaler Ebene teilweise von der Steuerpflicht ausgenommen.<sup>19</sup> Ebenfalls profitieren gewisse als Aktiengesellschaften konstituierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen in manchen Kantonen von vollständigen Steuerbefreiungen, obwohl sie neben der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch privatwirtschaftliche Tätigkeiten ausüben.<sup>20</sup>

*Informationsvorsprünge* können öffentlichen Unternehmen einen weiteren ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffen. Öffentliche Unternehmen verfügen aufgrund ihrer Staatsnähe, ihrer öffentlichen Aufgabenbereiche oder infolge personeller Verflechtungen ihrer Leitungsorgane über Zugang zu wettbewerbsrelevanten Informationen, die für Konkurrenten nicht zugänglich sind.<sup>21</sup>

Bei hybrid tätigen öffentlichen Unternehmen besteht zudem die Gefahr, dass deren privatwirtschaftliche Leistungen *quersubventioniert* werden. Dabei werden innerhalb des öffentlichen Unternehmens Kosten- oder Erlösverlagerungen zu Lasten des öffentlichen Aufgabenbereichs vorgenommen, um den privatwirtschaftlichen Unternehmensbereich zu begünstigen.<sup>22</sup> Quersubventionierungen des privatwirtschaftlichen Bereichs können dabei vom öffentlichen Unternehmen in erster Linie durch

<sup>13</sup> RICHARD P. NIELSEN, Competitive Advantages of State Owned and Controlled Businesses, Management International Review 3/1981, 56 ff., 58; vgl. auch Bericht Staat und Wettbewerb (FN 12), 10; HANGARTNER (FN 10), 245; KAROLIN HERRMANN, Öffentliche Unternehmen – Eine ökonomische Analyse kommunaler Wirtschaftstätigkeit, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 2014, 403 ff., 412 f.

<sup>14</sup> Bericht Staat und Wettbewerb (FN 12), 11.

<sup>15</sup> BVGer, A-7162/2008, 1.2.2010, E. 12.3 und 12.6; vgl. dazu auch OECD, OECD Economic Surveys: Switzerland, Paris 2015, 16.

<sup>16</sup> ANTONIO CAPOBIANCO/HANS CHRISTIANSEN, Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options, OECD Corporate Governance Working Papers 1/2011, 6.

<sup>17</sup> NIELSEN (FN 13), 57.

<sup>18</sup> CAPOBIANCO/CHRISTIANSEN (FN 16), 5; HANGARTNER (FN 10), 245; NIELSEN (FN 13), 59. Neben Steuervorteilen können zudem weitere Regulierungsvorteile für öffentliche Unternehmen bestehen (vgl. dazu die Beispiele bei BAUMANN [FN 2], N 246).

<sup>19</sup> Vgl. umfassend zu den Steuervorteilen der Kantonalbanken KPMG, Potenzielle Steuerschuld der Kantonalbanken: Die finanziellen Auswirkungen einer Unterstellung der steuerbefreiten Kantonalbanken unter die Gewinn- und Kapitalsteuerpflicht im Jahr 2016, Zürich 2018, 10. Darüber hinaus bestehen erhebliche Steuervorteile bei öffentlichen Unternehmen, die als öffentlich-rechtliche Anstalten konstituiert sind (vgl. dazu BAUMANN [FN 2], N 205 ff., sowie Bericht Staat und Wettbewerb [FN 12], 10).

<sup>20</sup> MARKUS FLATT/THOMAS ZINDEL, Steuerpflicht von Schweizer Energieversorgern: Kantonal geprägte, unterschiedliche Steuerpraxen im Kontext dynamischer Entwicklungen im Schweizer Energiemarkt, Aarau 2017, 5.

<sup>21</sup> CAPOBIANCO/CHRISTIANSEN (FN 16), 6; WALTER A. STOFFEL/NICOLAS GRABER, L'assurance incendie et le droit de la concurrence, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürliemann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 839 ff., 853.

<sup>22</sup> Ausführlich zum Begriff der Quersubventionierung bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit PHIL BAUMANN, Quersubventionierungen bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit, Jusletter vom 9.3.2020, N 5 ff.

eine Fehlallokation von Kosten arrangiert werden.<sup>23</sup> Dem öffentlichen Aufgabenbereich werden Kosten angelastet, die eigentlich im privatwirtschaftlichen Leistungsbereich angefallen sind. Besonders schwierig festzustellen sind Quersubventionierungen, die mittels einer Fehlallokation von Gemeinkosten vorgenommen werden.<sup>24</sup> Bei Gemeinkosten handelt es sich um Kosten, die nicht direkt einem Produkt zugeordnet werden können.<sup>25</sup> Ein Beispiel dafür sind die Lizenzkosten für ein Computerprogramm, das sowohl vom öffentlichen Aufgabenbereich als auch für privatwirtschaftliche Leistungen eines öffentlichen Unternehmens verwendet wird.

Von Quersubventionierungen zu unterscheiden sind *Verbundvorteile* von öffentlichen Unternehmen. Verbundvorteile oder «economies of scope» liegen vor, wenn es günstiger ist, zwei oder mehrere Produkte in einem einzigen Unternehmen anstatt getrennt voneinander in verschiedenen Unternehmen herzustellen.<sup>26</sup> Durch die Herstellung im Verbund werden die Ressourcen des öffentlichen Unternehmens effizienter genutzt und damit die durchschnittlichen Gesamtkosten der hergestellten Produkte reduziert.<sup>27</sup> Beispiele hierfür sind Kostenersparnisse, die dadurch entstehen, dass ein Bürogebäude, ein Fuhrpark, eine Website, ein Softwareprogramm oder auch eine Marke sowohl vom öffentlichen Aufgabenbereich als auch vom privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich eines öffentlichen Unternehmens genutzt werden. Private Anbieter können diese Verbundvorteile nicht realisieren, da sie regelmässig vom öffentlichen Aufgabenbereich ausgeschlossen sind.<sup>28</sup>

### III. Pflichten des Verwaltungsrates zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität

#### A. Allgemeines

Im System der schweizerischen Aktiengesellschaft sind dem Verwaltungsrat unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen zugewiesen; die Kompetenz, welche die Funktion und die Aufgabe des Verwaltungsrates als strategisch-normatives Leitungs- und Aufsichtsorgan der Aktiengesellschaft am deutlichsten hervorhebt, ist jene der Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR).<sup>29</sup> Die Oberleitung umfasst nach dem gesetzgeberischen Willen<sup>30</sup> und einhelliger Lehre<sup>31</sup> die strategische

<sup>29</sup> MICHAEL WEGMÜLLER, Die Ausgestaltung der Führungs- und Aufsichtsaufgaben des schweizerischen Verwaltungsrates, Diss. Bern 2008, 96, qualifiziert die Oberleitung zu Recht als die «ohne Zweifel [...] wichtigste unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates».

<sup>30</sup> Vgl. Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745 ff., 921 f., wonach der Verwaltungsrat im Rahmen der Oberleitung mit der Entwicklung der strategischen Ziele der Gesellschaft, der Festlegung der für die Zielerreichung notwendigen Mittel und der Kontrolle über die Geschäftsführungsorgane im Hinblick auf die Verfolgung der vom Verwaltungsrat festgelegten strategischen Ziele betraut ist.

<sup>31</sup> URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 138; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 305 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 142; DOMINIK ERNY, Oberleitung und Oberaufsicht, Diss. Zürich 2000, 124; PETER FORSTMOSER, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, ST 2002, 485 ff. (zit. FORSTMOSER, Aufgaben), 488; PETER FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 1994, 169 ff. (zit. FORSTMOSER, Eingriffe), 176; PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement), § 8 N 19; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 31 und 68; GUTZWILLER (FN 6), N 19; PETER R. ISLER, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Strategie-Entscheide, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zürich 2004, 39 ff., 42; PETER R. ISLER/BERTRAND G. SCHOTT, Die haftungsbefreiende Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 33 ff., 44; ADRIAN W. KAMMERER, Die unentziehbaren und unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997, 139 und 141 ff.; WALTER A. STOFFEL, Le conseil d'administration et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, in: Philippe Ciocca (Hrsg.), Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, 157 ff., 175; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 4, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); WEGMÜLLER (FN 29), 96; FELIX ROLF

<sup>23</sup> TIMOTHY J. BRENNAN, Cross-subsidization and cost misallocation by regulated monopolists, *Journal of Regulatory Economics* 2/1990, 37 ff., 40.

<sup>24</sup> Vgl. BRENNAN (FN 23), 40; MICHAEL FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik: Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. A., München 2018, 216.

<sup>25</sup> Vgl. zu den Gemeinkosten FRITSCH (FN 24), 216.

<sup>26</sup> Vgl. dazu FRITSCH (FN 24), 171 f.

<sup>27</sup> LUCYNE GHAZARIAN, Quersubventionierungen und Verbundvorteile im EU-Beihilferecht unter besonderer Berücksichtigung der beihilferechtlichen Zugangsregulierung und Infrastrukturförderung, Diss. Bonn, Berlin 2018, 22.

<sup>28</sup> GHAZARIAN (FN 27), 53.

Führung der Gesellschaft. Zur strategischen Führung gehören unter anderem die Auswahl und die Abgrenzung der Geschäftsfelder<sup>32</sup> – inklusive des bewussten Entscheides darüber, welche Geschäftsaktivitäten das Unternehmen nicht verfolgen soll<sup>33</sup> – sowie die Festlegung des konkreten Wettbewerbsverhaltens in denjenigen Geschäftsfeldern, in denen das Unternehmen aktiv ist. Da es sich bei der Oberleitung um eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates handelt (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR), muss dieser eigenständig über die zu verfolgende Strategie entscheiden: Er kann zwar Vorbereitungs- und Umsetzungsaufgaben der Geschäftsleitung überlassen<sup>34</sup> und auch Meinungen der Aktionäre einholen (und berücksichtigen), er trägt aber immer die letzte Verantwortung für die strategische Führung und amtet in diesem Sinne als «letzte Entscheidungsinstanz».<sup>35</sup>

Ferner muss der Verwaltungsrat zwingend eine Oberaufsicht ausüben, insbesondere mit Blick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR).<sup>36</sup> Gefordert ist keine ständige Legalitätskontrolle, doch wird erwartet, «dass der Verwaltungsrat hinsichtlich allfälliger Rechts-, Statuten- oder Weisungsverletzungen sensibilisiert ist und, wenn sich ein konkreter Anlass zum Verdacht einer Verletzung ergibt, sofort einschreitet».<sup>37</sup> Die Oberaufsichtsaufgabe des Verwaltungsrates ist eine kontinuierliche Aufgabe<sup>38</sup> und setzt voraus, dass der Verwaltungsrat den zu einer er-

folgreichen Überwachung nötigen strukturellen Rahmen setzt.<sup>39</sup>

Das Aktienrecht verpflichtet damit den Gesamtverwaltungsrat, im Rahmen des statutarisch definierten Tätigkeitsfeldes der Aktiengesellschaft die wesentlichen Elemente der Strategie festzulegen und sicherzustellen, dass die strategische Ausrichtung der Gesellschaft und ihre wesentlichen operativen Abläufe mit der geltenden Rechtsordnung vereinbar sind. Diese Kompetenzordnung gilt auch für öffentliche Unternehmen im hier verstandenen Sinne (also Aktiengesellschaften, die öffentlich beherrscht sind und/oder öffentliche Aufgaben wahrnehmen), jedenfalls soweit nicht ein Ermächtigungs- oder Organisationserlass Abweichendes vorsieht (vgl. dazu unten IV.A.).

Bei öffentlichen Unternehmen obliegt es folglich dem Verwaltungsrat, das Wettbewerbsverhalten des Unternehmens näher zu bestimmen und dabei diejenigen Massnahmen zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität zu treffen, zu welchen das Unternehmen rechtlich verpflichtet ist.

## B. Umfang

Einerseits ist für den Verwaltungsrat von Interesse, welche rechtlichen Regelungen zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität bestehen. Andererseits obliegt es dann dem Verwaltungsrat, jeweils zu prüfen, inwieweit diese Bestimmungen auf die eigene Aktiengesellschaft Anwendung finden.

### 1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Vorerst stellt sich die Frage, inwieweit eine Aktiengesellschaft, die staatlich beherrscht wird und/oder mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut wurde, an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gebunden ist. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob eine Grundrechtsbindung der Aktiengesellschaft bejaht wird. Besteht eine Grundrechtsbindung, hat die Aktiengesellschaft die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und damit auch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu beachten.<sup>40</sup> Wird entsprechend der bundes-

WUNDERER, Der Verwaltungsrats-Präsident, Diss. St. Gallen, Zürich 1995, 93.

<sup>32</sup> OLIVIER BASTIAN, *Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration*, Diss. Lausanne 2010, 83; BÖCKLI (FN 31), § 13 N 307.

<sup>33</sup> BÖCKLI (FN 31), § 13 N 307; PETER BÖCKLI, *Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates*, Zürich 1994, 22. Vgl. auch MICHAEL E. PORTER, *What is Strategy?*, Harvard Business Review 6/1996, 61 ff., 70: «The essence of strategy is choosing what *not* to do» (Hervorhebung im Original).

<sup>34</sup> BÖCKLI (FN 31), § 13 N 303a; FORSTMOSER, *Aufgaben* (FN 31), 488; GUTZWILLER (FN 6), N 20; VON DER CRONE (FN 31), § 4 N 142.

<sup>35</sup> WUNDERER (FN 31), 101.

<sup>36</sup> Diese in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR explizit betonte normative Überwachung – d.h. die Überwachung hinsichtlich der Befolgung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und Weisungen – stellt nur einen Teil der gesamten Oberaufsicht dar, zu der auch eine betriebswirtschaftliche Überwachung gehört (BÖCKLI [FN 31], § 13 N 374; ERNY [FN 31], 247 f.; FORSTMOSER, *Organisation und Organisationsreglement* [FN 31], § 8 N 65 f. und 67; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA [FN 31], Art. 716a N 24).

<sup>37</sup> ERNY (FN 31), 249.

<sup>38</sup> BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 31), Art. 716a N 26.

<sup>39</sup> Der Verwaltungsrat hat mit anderen Worten für die «Errichtung und die Festlegung der wesentlichen Grundzüge der Compliance-Organisation» zu sorgen (ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, *Compliance und Verantwortlichkeit*, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe [Hrsg.], *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII*, Zürich/Basel/Genf 2016, 87 ff., 105).

<sup>40</sup> Vgl. PATRICK SCHÖNBÄCHLER, *Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen*, Diss. Zürich 1998, N 171; vgl. auch TOBIAS JAAG,

gerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich einem funktionalen Verständnis gefolgt, sind Aktiengesellschaften insoweit grundrechtsverpflichtet, als es sich bei der betreffenden Tätigkeit um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt.<sup>41</sup> Demnach besteht zum einen für staatlich beherrschte Aktiengesellschaften, die keine öffentlichen Aufgaben erfüllen, keine Grundrechtsbindung.<sup>42</sup> Zum anderen beschränkt sich bei mit öffentlichen Aufgaben betrauten Aktiengesellschaften die Grundrechtsverpflichtung auf den öffentlichen Aufgabenbereich.<sup>43</sup> In beiden Fällen ist die Aktiengesellschaft in ihrem privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich nicht grundrechtsgebunden und folglich auch nicht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verpflichtet.<sup>44</sup>

Dieses scheinbar klare Ergebnis unterliegt indessen zwei Einschränkungen: Erstens ist das funktionale Verständnis der Grundrechtsbindung in der Lehre keinesfalls unumstritten; von einem Teil der Lehre wird postuliert, dass bei staatlich beherrschten Aktiengesellschaften auch im Falle privatwirtschaftlicher Tätigkeiten eine Grundrechtsbindung besteht.<sup>45</sup> Zweitens strahlt bei hybrid tätigen Aktiengesellschaften die im öffentlichen Aufgabenbereich geltende Verpflichtung zur Wettbewerbs-

neutralität auf ihre privatwirtschaftlichen Tätigkeiten aus. Dies bedeutet konkret, dass der öffentliche Aufgabenbereich so auszugestalten und zu organisieren ist, dass er zu keinen Wettbewerbsverzerrungen bei privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der Aktiengesellschaft führt.<sup>46</sup>

Für den Verwaltungsrat stellt sich das Problem, dass im Konkreten oftmals unklar bleibt, wo die Grenze zwischen wettbewerbsneutralen und wettbewerbsverzerrenden Praktiken liegt. So erachtete das Bundesgericht vorerst (allerdings im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle) nur «systematische» Quersubventionierungen als unzulässig, wohingegen es in einem jüngeren Entscheid jegliche Quersubventionierung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit mit Mitteln aus dem öffentlichen Aufgabenbereich als Verletzung der Wettbewerbsneutralität qualifizierte.<sup>47</sup> Gewisse aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben fließende Wettbewerbsvorteile, wie der Zugriff auf Kundendaten aus dem Monopolbereich oder das Angebot von Kombiprodukten, stufte das Bundesgericht im Entscheid «Glarnersach» als nicht ins Gewicht fallend ein.<sup>48</sup>

Zudem lässt sich für den Verwaltungsrat aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität kaum verbindlich ableiten, welche konkreten Massnahmen zur Vermeidung der jeweiligen Wettbewerbsverzerrungen getroffen werden müssen. Beispielsweise genügt es zur Durchsetzung des Quersubventionsverbotes gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn der öffentliche Aufgabenbereich vom privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich finanziell getrennt ist.<sup>49</sup> Demgegenüber wird in der Lehre die buchhalterische und finanzielle Trennung zuweilen als unzureichend erachtet und eine strikte organisatorische Aufteilung der beiden Bereiche gefordert, um Quersubventionierungen wirkungsvoll zu unterbinden.<sup>50</sup>

Der Staat als Aktionär, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, Zürich 2003, 379 ff., 387.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 129 III 35 E. 5.2, zumindest implizit bestätigt durch BGE 138 I 274 E. 2.2.1 und BGE 138 I 289 E. 2.8.1; vgl. aber auch BGE 139 I 306 E. 3.2.2, wo eine Grundrechtsbindung der SRG im Werbereich bejaht wurde, da dieser der Finanzierung des vom Leistungsauftrag erfassten Programmes dient; vgl. ausführlich zur betreffenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung HANSJÖRG SEILER, *Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und Unternehmen in Privatrechtsform*, in: Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (Hrsg.), *Le droit publique en mouvement: Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Zürich 2020, 745 ff., 752 ff.

<sup>42</sup> A.M. indessen ein gewichtiger Teil der Lehre, der einem institutionellen oder subjektbezogenen Verständnis der Grundrechtsbindung folgt (vgl. dazu BSK BV-WALDMANN [FN 9], Art. 35 N 26).

<sup>43</sup> SEILER (FN 41), 763; vgl. auch GUTZWILLER (FN 6), N 557 ff.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 138 I 289 E. 2.8.1. Die mit der öffentlichen Aufgabe als Registerbetreiberin für die Top-Level-Domain «.ch» betraute Stiftung Switch platzierte auf ihrer Website an prominenter Stelle einen Werbebalken für ihre privatwirtschaftlich tätige Tochtergesellschaft switchplus AG, die in Konkurrenz zu anderen Domainnamenwiederverkäufern stand. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass die Konkurrenten gegenüber Switch im privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich keinen grundrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung haben.

<sup>45</sup> Vgl. etwa ISABELLE HÄNER, *Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private*, AJP 2002, 1144 ff., 1150 f.; JAAG (FN 40), 387 f.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 138 I 289 E. 2.8.1, wonach ein hybrid tätiges Unternehmen für eine Trennung der Geschäftsbereiche zu sorgen hat, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, die sich aus der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ergeben.

<sup>47</sup> BGE 143 II 425 E. 6.1 und 6.2; BGE 138 I 378 E. 9.1.

<sup>48</sup> BGE 138 I 378 E. 9.4 und 9.5; kritisch dazu YVO HANGARTNER, *Entscheidbesprechung zu BGer 2C\_485/2010 vom 3. Juli 2012*, AJP 2012, 1817 ff., 1821; RAPHAEL KRAEMER/ANDREAS STÖCKLI, *Grenzenlose Staatswirtschaft?, recht 2013*, 28 ff., 29; JOHANNES REICH, *Gebäudeversicherung und «negative nachgeführte» Bundesverfassung*, AJP 2013, 1399 ff., 1411 f. In einem anderen Entscheid ging das Bundesgericht demgegenüber davon aus, dass die Synergieeffekte, welche aus der parallelen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und dem Angebot von privatwirtschaftlichen Leistungen resultieren, eine Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der rein privatwirtschaftlich tätigen Konkurrenten darstellen (BGer, 2C\_1007/2015, 10.5.2016, E. 5.2).

<sup>49</sup> BGE 138 I 378 E. 9.2.

<sup>50</sup> BAUMANN (FN 2), N 50; KRAEMER/STÖCKLI (FN 48), 38 f.; WALTER A. STOFFEL/SIMON MURITH, *Entreprises publiques et droit de*

Schliesslich sind einzelne Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der vom Gemeinwesen gesetzten Rahmenbedingungen vorgegeben und können vom Verwaltungsrat daher ohne Zutun des Gemeinwesens nicht neutralisiert werden. Beispielsweise kann der Verwaltungsrat nicht eigenhändig eine vom Gemeinwesen gewährte Staatsgarantie aufheben.

## 2. Gesetzliche Vorgaben

Während der verfassungsrechtliche Grundsatz der Wettbewerbsneutralität schwierig operationalisierbar ist, bestehen auf Gesetzesstufe konkretere und griffigere Vorgaben zum Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen. Besondere Aufmerksamkeit kommt dabei dem *Kartellrecht* zu, da gemäss dem Bundesgericht Wettbewerbsverzerrungen in erster Linie mit den kartellrechtlichen Mitteln zu unterbinden sind.<sup>51</sup> Öffentliche Unternehmen verfügen aufgrund ihrer öffentlichen Aufgabenbereiche und gegebenenfalls damit verbundener Monopolrechte regelmässig über eine marktbeherrschende Stellung. Dabei können sich gewisse Wettbewerbsverzerrungen als Teil von unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen i.S.v. Art. 7 KG manifestieren.<sup>52</sup> Beispielsweise kommen bei Quersubventionierungen namentlich die Tatbestände einer unzulässigen Ungleichbehandlung von Handelspartnern (i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) sowie eine Preisunterbietung (i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. d KG) in Betracht. Dabei bestehen gemäss der bisherigen Praxis des Sekretariats der WEKO bereits Anzeichen für eine allenfalls missbräuchliche Quersubventionierung, wenn das öffentliche Unternehmen seinem privatwirtschaftlichen Bereich Leistungen zu nicht marktconformen Konditionen gewährt, es dessen strukturelle Defizite deckt oder es von diesen Leistungen zu überhöhten Preisen bezieht.<sup>53</sup> Ein missbräuchliches Koppelungsgeschäft i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. f KG wiederum kann vorliegen,

wenn ein öffentliches Unternehmen Verbundvorteile dahingehend ausnutzt, dass ein Kombiprodukt mit Leistungen aus dem öffentlichen Aufgabenbereich und dem privatwirtschaftlichen Tätigkeitsfeld angeboten wird.<sup>54</sup> Bei den aufgeführten missbräuchlichen Verhaltensweisen ist allerdings immer zu prüfen, ob deren (weitere) Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Damit kann es für den Verwaltungsrat auch unklar bleiben, inwiefern das Ausnutzen einer Wettbewerbsverzerrung eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellt. Dies gilt umso mehr, als sich gewisse Wettbewerbsverzerrungen – wie insbesondere Finanzierungs- und Steuervorteile – kaum unter die missbräuchlichen Verhaltensweisen von Art. 7 KG einordnen lassen. Das Kartellrecht bietet dem Verwaltungsrat damit nur teilweise Leitplanken zum Umgang mit bestimmten wettbewerbsverzerrenden Verhaltensweisen. Der Verwaltungsrat wird im Einzelfall sorgfältig abwägen müssen, inwiefern Schritte zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität umgesetzt werden sollen, um das Risiko kartellrechtlicher Untersuchungen auszuschliessen.<sup>55</sup>

Neben den kartellrechtlichen Schranken sind vom Verwaltungsrat Vorgaben aus weiteren Querschnittsregelungen wie beispielsweise dem *Lauterkeitsrecht* oder auch dem *Beschaffungsrecht* zu beachten.<sup>56</sup> So können sich Verletzungen der Wettbewerbsneutralität in Vergabeverfahren für öffentliche Unternehmen gravierend auswirken. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Anbieter mit «staatlichem Hintergrund», die gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verstossen, nach Art. 11 BöB vom Vergabeverfahren auszuschliessen.<sup>57</sup>

Spezifische Verpflichtungen zur Vermeidung einzelner Wettbewerbsverzerrungen finden sich zuweilen in

la concurrence, in: Inge Hochreutner/Walter A. Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), 10. Tagung zum Wettbewerbsrecht: Verfahrensrecht, staatliche Wirtschaftstätigkeit und algorithmisierte Kartelle, Bern 2019, 35 ff., 46; HANS R. TRÜEB, GUSTAVO und andere Wege zum Wettbewerb, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 355 ff., 365.

<sup>51</sup> BGE 138 I 378 E. 9.4; BGE 138 I 289 E. 2.8.1; vgl. zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit BAUMANN (FN 2), N 390 m.w.H.

<sup>52</sup> Vgl. ausführlich zur Einordnung der einzelnen Wettbewerbsverzerrungen unter die kartellrechtlichen Tatbestände BAUMANN (FN 2), N 387 ff.

<sup>53</sup> RPW 2014/1, 79 ff., N 85 ff. und 127 ff., *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*.

<sup>54</sup> Vor diesem Hintergrund hat sich beispielsweise die Gebäudeversicherung Bern dazu verpflichtet, keine Koppelungsgeschäfte anzubieten und keine gemeinsamen Werbeaktionen für die obligatorische Gebäudeversicherung und die angebotenen privatwirtschaftlichen Versicherungen durchzuführen (vgl. dazu RPW 2011/4, 483 ff., N 166 f., *Gebäudeversicherung Bern [GVB]*).

<sup>55</sup> So hat sich die Gebäudeversicherung Bern gegenüber dem Sekretariat der WEKO zu sehr weitgehenden Massnahmen verpflichtet (RPW 2011/4, 483 ff., N 167, *Gebäudeversicherung Bern [GVB]*): unterschiedliche Besetzung der Leitungsorgane, Einhaltung eines Datenschutzkonzepts, Zurverfügungstellung von Monopoldatensätzen an Konkurrenten, keine Koppelungsgeschäfte, keine gemeinsamen Werbeaktionen, ausschliesslich marktgerechte Darlehen an privatwirtschaftlich tätige Tochtergesellschaften.

<sup>56</sup> Vgl. dazu BAUMANN (FN 2), N 441 ff.

<sup>57</sup> BGE 143 II 425 E. 4.5. In casu hatte die Universität Zürich in ihrer Offerte ans BAKOM zur Analyse des Online-Angebots der SRG den erheblichen Stundenaufwand der Projektverantwortlichen nicht berücksichtigt, wodurch diese Aufwendungen vom öffentlichen Aufgabenbereich getragen und damit quersubventioniert worden wären.

den *sektoriellen Regelungen*. Das Postgesetz (PG)<sup>58</sup> enthält in Art. 19 Abs. 1 ein ausdrückliches Quersubventionierungsverbot, wobei der Begriff und der Nachweis der Quersubventionierung auf Verordnungsstufe umfassend konkretisiert werden.<sup>59</sup> Für die zahlreichen in der Elektrizitätsversorgung tätigen öffentlichen Unternehmen verbietet das Stromversorgungsgesetz (StromVG)<sup>60</sup> in Art. 10 Abs. 1 Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen. Zu diesem Zweck ist gemäss Art. 10 Abs. 3 StromVG der Verteilnetzbereich zumindest buchhalterisch von den anderen Tätigkeitsbereichen zu entflechten. Dabei haben die Netzbetreiber die Gemeinkosten über sachgerechte, nachvollziehbare und dem Grundsatz der Stetigkeit entsprechende Kostenschlüssel verursachergerecht zuzuordnen. Daneben sieht das StromVG auch Regelungen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Informationsvorteilen vor.<sup>61</sup> Gemäss Art. 10 Abs. 2 StromVG dürfen aus dem Netzbetrieb gewonnene sensible Informationen nicht für andere Tätigkeitsbereiche (und damit insbesondere nicht für privatwirtschaftliche Aktivitäten) genutzt werden. Daher ist es beispielsweise unzulässig, Kundenadressen aus dem Netzbetrieb für privatwirtschaftliche Werbeaktionen zu verwenden.<sup>62</sup> Schliesslich können auch auf kantonaler oder kommunaler Ebene verbindliche gesetzliche Vorgaben bezüglich Wettbewerbsverzerrungen bestehen. So legt beispielsweise Art. 7 Abs. 1 des Gebäudeversicherungsgesetzes des Kantons Bern<sup>63</sup> fest, dass die Gebäudeversicherung Bern ihre privatwirtschaftlichen Tätigkeiten nicht mit Erträgen aus dem Monopolbereich vergünstigen darf.

<sup>58</sup> Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783.0).

<sup>59</sup> Vgl. für die Definition der Quersubventionierung Art. 48 Abs. 1 der Postverordnung vom 29. August 2012 (VPG; SR 783.01) und für den Nachweis der Einhaltung des Quersubventionierungsverbotes Art. 55 Abs. 3 und 4 VPG; vgl. dazu auch die Weisung 1/2013 der PostCom zuhanden der Schweizerischen Post betreffend den Nachweis der Einhaltung des Quersubventionierungsverbots im Einzelfall vom 15. März 2013.

<sup>60</sup> Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

<sup>61</sup> Vgl. Botschaft vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2004 1611 ff., 1649.

<sup>62</sup> Vgl. ElCom, Informationsveranstaltungen für Netzbetreiber 2019, Internet: <https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/veranstaltungen/informationsveranstaltungen-fuer-netzbetreiber.html> (Abruf 26.5.2020), 23 f.

<sup>63</sup> Gebäudeversicherungsgesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 2010 (GVG/BE; BSG 873.11).

### 3. Vorgaben aus Reputationsgründen

Abgesehen von diesen rechtlichen Vorgaben zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen kann sich für den Verwaltungsrat eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit auch aus taktischen Gründen aufdrängen. Steht bei einem öffentlichen Unternehmen der Vorwurf im Raum, dass es im Wettbewerb über längere Spiesse verfügt, droht ein Eingriff seitens der Politik. Wie insbesondere die Erfahrungen aus dem Kanton Bern zeigen, kann es in dieser Konstellation zu politischen Kampagnen und Vorstössen kommen, die den zukünftigen Entfaltungsspielraum des öffentlichen Unternehmens einzuschränken drohen.<sup>64</sup> Der Verwaltungsrat kann vor diesem Hintergrund entscheiden, unternehmensintern einen strengeren Massstab bezüglich der Wettbewerbsneutralität anzulegen, als es rechtlich erforderlich ist. Damit sorgt er diesbezüglich für eine einwandfreie Reputation des öffentlichen Unternehmens und reduziert dadurch das Risiko, dass dem privatwirtschaftlichen Geschäftsbereich von Seiten der Politik Einschränkungen auferlegt werden.

### C. Instrumentarium

Der Verwaltungsrat hat im Rahmen seiner unübertragbaren Aufgaben dafür zu sorgen, dass die rechtlichen Vorgaben bezüglich der Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität eingehalten werden. Welche Instrumente vom Verwaltungsrat zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen eingesetzt werden können oder müssen, hängt von der jeweiligen Wettbewerbsverzerrung und den darauf anwendbaren rechtlichen Bestimmungen ab. Grundsätzlich steht dem Verwaltungsrat ein breites Instrumentarium zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität zur Verfügung:

- Allgemein kann der Verwaltungsrat im Rahmen der Festlegung der Organisation der Aktiengesellschaft eine organisatorische Ausgliederung des privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereichs in eine eigene Tochtergesellschaft vornehmen.<sup>65</sup> Tatsächlich dürfte mit

<sup>64</sup> Vgl. dazu die Kampagne «Fair ist anders!» des Gewerbeverbands Berner KMU, die insbesondere auf die privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der BKW abzielt (Internet: <http://www.fair-ist-anders.ch> [Abruf 26.5.2020]). Dabei wurde beispielsweise eine Motion im Grossen Rat des Kantons Bern eingereicht, die «mehr Transparenz und gleichlange Spiesse für BKW-Tochterfirmen» fordert (Motion 223-2019). Mittlerweile hat auch der Kantonal-Solothurnische Gewerbeverband eine «Fair ist anders»-Kampagne lanciert (Internet: <https://www.fairistanders-so.ch> [Abruf 26.5.2020]).

<sup>65</sup> Eine verfassungsrechtliche Pflicht dazu besteht indessen nicht (BGE 138 I 378 E. 9.2).

rechtlich getrennten Einheiten die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen, die aus problematischen Verflechtungen zwischen den beiden Tätigkeitsbereichen resultieren, reduziert werden.<sup>66</sup>

- Weiter kann der Verwaltungsrat in Weisungen vorgeben, was das öffentliche Unternehmen in seinen privatwirtschaftlichen Tätigkeiten zu tun und zu unterlassen hat.<sup>67</sup> Beispielsweise kann mittels Weisungen dem Management untersagt werden, Kombi-Produkte aus dem öffentlichen Aufgabenbereich und der privatwirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten oder gemeinsame Werbung für die beiden Geschäftsbereiche zu betreiben. Ebenfalls können dem privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich marktconforme Renditeziele gesetzt werden.
- Massnahmen im Bereich des Rechnungswesens stehen bei Quersubventionierungen im Vordergrund. So hat das Rechnungswesen von hybrid tätigen Aktiengesellschaften den privatwirtschaftlichen Bereich buchhalterisch getrennt vom öffentlichen Aufgabenbereich zu führen.<sup>68</sup> Ebenfalls ist für den privatwirtschaftlichen Geschäftsbereich eine separate Finanzplanung vorzunehmen.<sup>69</sup> Vom Verwaltungsrat können auch Methoden vorgegeben werden, anhand derer zu prüfen ist, ob die privatwirtschaftlichen Preise tatsächlich quersubventionierungsfrei sind.<sup>70</sup>
- Organisatorische Massnahmen können auch im Zusammenhang mit Informationsvorteilen getroffen werden. Namentlich können Informationsbarrieren (sog. *Chinese walls*) zwischen den beiden Geschäftsbereichen implementiert werden. Darunter sind in diesem Zusammenhang Massnahmen zu verstehen, die den Austausch von Informationen verhindern, soweit daraus ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile resul-

tieren könnten.<sup>71</sup> Dies beinhaltet beispielsweise, dass die Mitarbeiter eindeutig entweder dem öffentlichen Aufgabenbereich oder dem privatwirtschaftlichen Geschäftsbereich zugewiesen und anschliessend räumlich voneinander getrennt werden. Ebenfalls darunter fallen Zutrittsbeschränkungen sowie Einschränkungen der Zugriffsberechtigungen auf EDV-Systeme, in denen wettbewerbsrelevante Informationen des öffentlichen Aufgabenbereichs verwaltet werden.

Während somit für gewisse Wettbewerbsverzerrungen durchaus ein geeignetes Instrumentarium für den Verwaltungsrat besteht, gestaltet sich der Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen, die nur beschränkt im Einflussbereich des Verwaltungsrates liegen, schwieriger. Beispielsweise kann der Verwaltungsrat kaum dagegen vorgehen, dass namentlich Lieferanten und Kreditoren dem öffentlichen Unternehmen aufgrund impliziter oder expliziter Staatsgarantien eine höhere Kreditwürdigkeit zugestehen, was sich in entsprechend vorteilhaften Zahlungs- und Kreditbedingungen widerspiegelt.

## D. Verantwortlichkeit

Jeder vom Verwaltungsrat zu treffende Entscheid fällt in eine von zwei Kategorien: Er ist entweder in dem Sinne gebunden, dass dem Verwaltungsrat kein Auswahlermessen zusteht, sondern ihm durch das Gesetz oder die Statuten eine eindeutige Handlungs- oder Unterlassungspflicht auferlegt wird,<sup>72</sup> oder aber er ist, bei Abwesenheit einer gesetzlichen oder statutarischen Verhaltensbestimmung, ungebunden. Im letzteren Fall spricht man von einem Geschäftsentscheid (*business decision*), für welchen den Mitgliedern des Verwaltungsrates ein sog. Geschäftsermessen zukommt.<sup>73</sup>

<sup>66</sup> VINCENT MARTENET, L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité, in: Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (Hrsg.), *Le droit public en mouvement: Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Zürich 2020, 675 ff., 685; ebenso STOFFEL/MURITH (FN 50), 46.

<sup>67</sup> Vgl. zur Oberleitung der Gesellschaft und zur Erteilung der nötigen Weisungen CHRISTOPH B. BÜHLER, in: Lukas Handschin (Hrsg.), *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation*, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-BÜHLER), Art. 716a OR N 39 f.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 138 I 378 E. 9.2.

<sup>69</sup> Vgl. BGE 138 I 378 E. 9.2; vgl. allgemein zur Finanzplanung ZK-BÜHLER (FN 67), Art. 716a OR N 76 ff.

<sup>70</sup> Vgl. zu den Methoden BAUMANN (FN 22), N 12 ff.

<sup>71</sup> Angelehnt an die Umschreibung von Informationsbarrieren in Art. 25 lit. b der Verordnung vom 6. November 2019 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsverordnung, FIDLEV; SR 950.11).

<sup>72</sup> ROLF SETHE, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich/Basel/Genf 2014, 173; SETHE/ANDREOTTI (FN 39), 151 f.

<sup>73</sup> BÖCKLI (FN 31), § 13 N 581; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, Business Judgment oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014, 287 ff., 293; GUTZWILLER (FN 6), N 604; ALEXANDER NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich 2007, 163 ff.; HANS-ÜELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht aner-

Wo das Gesetz das öffentliche Unternehmen in die Pflicht nimmt, aus Gründen der Wettbewerbsneutralität eine bestimmte Massnahme zu treffen oder ein bestimmtes wettbewerbliches Verhalten zu unterlassen, verfügt der Verwaltungsrat über kein Geschäftsermessen. Der von ihm zu treffende Entscheid ist gebunden: Der Verwaltungsrat hat sicherzustellen, dass sich das von ihm geleitete öffentliche Unternehmen an die rechtlich verbindlichen Regeln des Wettbewerbsverhaltens hält; eine Alternative dazu gibt es nicht, wollen sich die Organmitglieder nicht dem Risiko einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und allfälligen persönlichen Sanktionsrisiken<sup>74</sup> aussetzen. Der Verwaltungsrat kann sich also nicht über das Quersubventionierungsverbot hinwegsetzen mit dem Argument, es sei – beispielsweise mit Blick auf den angestrebten Ausbau des Marktanteils – im längerfristigen Interesse des Gesamtunternehmens, wenn eine strategische Geschäftseinheit des Unternehmens massgeblich durch eine andere strategische Geschäftseinheit, die öffentliche Aufgaben wahrnimmt, finanziert wird.

Inwieweit das öffentliche Unternehmen trotz fehlender Rechtspflicht spezifische Handlungs- oder Unterlassungsmöglichkeiten, die zu Wettbewerbsvorteilen führen könnten, ausschlägt mit dem Ziel, sich wettbewerbsneutral zu verhalten, ist ein Geschäftsentscheid. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie allfällige faktische Organe haften selbstverständlich auch für Geschäftsentscheide, soweit sie in kausaler Weise einen Schaden bewirken. Vorausgesetzt ist freilich immer, dass der zur Beurteilung stehende Entscheid in Verletzung einer Pflicht getroffen oder umgesetzt wurde (Art. 754 Abs. 1 OR).

Nach der in der Schweiz inzwischen von Rechtsprechung<sup>75</sup> und Lehre<sup>76</sup> anerkannten Business Judgment Rule legen sich die Gerichte bei der nachträglichen gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auf, wenn diese «in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind».<sup>77</sup> Solange ein Geschäftsentscheid mit der gebotenen Sorgfalt und unter Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft getroffen wurde, wird er – im

<sup>75</sup> BGE 139 III 24 E. 3.2; BGer, 4A\_268/2018, 18.11.2019, E. 6.5.1; BGer, 4A\_623/2018, 31.7.2019, E. 3.1; BGer, 4A\_259/2016 und 4A\_267/2016, 13.12.2016, E. 5.1; BGer, 4A\_603/2014, 11.11.2015, E. 7.1.1; BGer, 4A\_219/2015, 8.9.2015, E. 4.2.1; BGer, 4A\_626/2013 und 4A\_4/2014, 8.4.2014, E. 5.1; BGer, 4A\_97/2013, 28.8.2013, E. 5.2; BGer, 4A\_15/2013, 11.7.2013, E. 6.1; BGer, 4A\_373/2012, 20.11.2012, E. 3.2; BGer, 4A\_74/2012, 18.6.2012, E. 5.1.

<sup>76</sup> URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 188; BÖCKLI (FN 31), § 18 N 581 ff.; ALEX CHRISTEN, «Quo vadis, BJR?», AJP 2015, 123 ff.; JOACHIM FRICK, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 509 ff.; ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Diss. Lausanne, Genf 2006, 118 ff.; GERICKE/WALLER (FN 73), 287 ff.; BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 31), Art. 754 N 31 ff.; LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR 2000 II, 135 ff., 164 ff.; LUKAS GLANZMANN/MATTHIAS WOLF, Sanierung von Tochtergesellschaften, SJZ 2014, 1 ff., 6 f.; ANDREA R. GRASS, Business judgment rule, Diss. Zürich 1998 (zit. GRASS, Business judgment rule), passim; ANDREA R. GRASS, Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 2000, 1 ff. (zit. GRASS, Management-Entscheidungen), 1 ff.; GUTZWILLER (FN 6), N 604 ff.; STEFAN HASENBÖHLER, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Diss. Basel, Zürich/Basel/Genf 2003, 69 ff.; PETER R. ISLER, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, 1 ff., 4; ISLER (FN 31), 39 ff.; DANIEL JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2012, N 787 ff.; NIKITINE (FN 73), 95 ff.; SETHE (FN 72), 165 ff.; VOGT/BÄNZIGER (FN 73), GesKR 2012, 607 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff., 5 ff.; BSK OR II-WÄTTER/ROTH PELLANDA (FN 31), Art. 717 N 6. Ein Teil der Lehre äussert sich dagegen kritisch zur richterlichen Zurückhaltung bei der Überprüfung von Geschäftsentscheidungen (vgl. beispielsweise HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 404 ff.; MISCHA KISSLING, Der Mehrfachverwaltungsrat, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006, N 479 ff.; PETER V. KUNZ, Business Judgment Rule [BJR] – Fluch oder Segen?, SZW 2014, 274 ff.; PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 6 N 115 ff.).

<sup>77</sup> BGer, 4A\_74/2012, 18.6.2012, E. 5.1.

kennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff., 611.

<sup>74</sup> Zur Illustration eines solchen persönlichen Sanktionsrisikos sei auf Art. 29 StromVG hingewiesen, wonach der Verstoß gegen buchhalterische oder informatorische Entflechtung mit einer Busse von bis zu CHF 100'000 (bei vorsätzlicher Begehung) bzw. von bis zu CHF 20'000 (bei fahrlässiger Begehung) bestraft wird. Auch bei Verstößen gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen im Kartellrecht und bei gewissen Wettbewerbsverhaltensweisen, die als unlauter qualifiziert werden, drohen Strafen (Art. 54 KG und Art. 23 UWG).

Anwendungsbereich der Business Judgment Rule – nicht als Pflichtwidrigkeit taxiert, wenn er sich «nachträglich als falsch erweist, weil sich die Dinge anders als vermutet entwickelt haben».<sup>78</sup> Erforderlich ist jedoch, dass dem entscheidungsbefugten Organ überhaupt ein Geschäftsermessen eingeräumt wird.<sup>79</sup> Ausschlaggebend für die Anwendung der Business Judgment Rule im Zusammenhang mit Entscheidungen über das wettbewerbliche Verhalten des als Aktiengesellschaft konstituierten öffentlichen Unternehmens ist folglich, ob und inwieweit das Unternehmen im zur Diskussion stehenden Bereich rechtlich zu einem spezifischen wettbewerbsneutralen Verhalten verpflichtet ist.

Bestehen keine gesetzlichen Pflichten zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität und ist von Seiten der Lehre und Rechtsprechung unklar, (1) ob der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität überhaupt gilt, (2) welcher Massstab beim Grundsatz der Wettbewerbsneutralität anzulegen ist und (3) welche konkreten Massnahmen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen vorzusehen sind, muss sich der Verwaltungsrat für dasjenige Wettbewerbsverhalten entscheiden, welches er unter Würdigung der Gesamtumstände für zielführend hält. Massgebende Richtschnur ist dabei nicht die Herstellung grösstmöglicher Wettbewerbsneutralität, sondern einzig und allein das Gesellschaftsinteresse (Art. 717 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat ist daher z.B. befugt, von der impliziten oder expliziten Staatsgarantie zu profitieren und auf dem Kapitalmarkt eine Anleihe zu einem besonders günstigen Zinssatz aufzunehmen oder eine andere nichtwettbewerbsneutrale Massnahme, die gesetzlich nicht verboten ist, zu treffen, wenn und soweit er in einem korrekten Willensbildungs- und Entscheidungsverfahren zum Schluss gelangt, dass damit den Interessen des öffentlichen Unternehmens gedient ist. Um sicherzustellen, dass die Qualität des verfolgten Entscheidungsverfahrens den Anforderungen der Business Judgment Rule genügt, muss der Verwaltungsrat sich allerdings auch Gedanken darüber machen, ob ein Wettbewerbsverhalten, das sich nicht mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vereinbaren lässt, für das Unternehmen aber rechtlich nicht verboten ist, potenziell mit erheblichen Reputationsrisiken einhergeht (vgl. dazu oben III.B.3.).

<sup>78</sup> GRASS, Management-Entscheidungen (FN 76), 2.

<sup>79</sup> CHRISTEN (FN 76), AJP 2015, 126; SETHE (FN 72), 173 f. und 175; SETHE/ANDREOTTI (FN 39), 151 f.

#### IV. Steuerungsmöglichkeiten des Trägergemeinwesens zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität

Inwieweit öffentliche Unternehmen in ihren privatwirtschaftlichen Tätigkeiten dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verpflichtet sind, ist umstritten (vgl. dazu oben III.B.). Unbestritten ist allerdings, dass das Trägergemeinwesen bei sämtlichen wirtschaftsrelevanten Tätigkeiten an den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gebunden ist.<sup>80</sup> Grundet der Staat eine Aktiengesellschaft, beteiligt er sich an einer solchen oder überträgt er ihr eine öffentliche Aufgabe, so hat er dafür zu sorgen, dass diese in ihren privatwirtschaftlichen Tätigkeiten die Regeln der Wettbewerbsneutralität beachtet.<sup>81</sup> Unzulässig ist es insbesondere, dem öffentlichen Unternehmen ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile einzuräumen, um dessen Gewinnablieferungen an das betreffende Gemeinwesen zu sichern.<sup>82</sup>

Damit steht in erster Linie das Gemeinwesen in der Pflicht, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen zu unterbinden. Dies gilt umso mehr, als – wie die obigen Ausführungen gezeigt haben – die diesbezüglichen Pflichten des Verwaltungsrates oft nicht klar umrissen werden können. Zu diesem Zweck könnte vom Gesetzgeber grundsätzlich ein Querschnittsgesetz erlassen werden, welches sich der Problematik der Wettbewerbsverzerrungen annimmt.<sup>83</sup> Solange kein entsprechendes Gesetz existiert, stellt sich die Frage, welche Steuerungsmöglichkeiten für die Trägergemeinwesen bestehen, um die Wettbewerbsneutralität der von ihnen beherrschten oder der von ihnen mit öffentlichen Aufgaben betrauten öffentlichen Unternehmen sicherzustellen.

Wie im Folgenden dargelegt wird, kommen einem Trägergemeinwesen mehrere (strategie- oder aufgabenbezogene) Steuerungsinstrumente zu, die es nutzen kann, um das jeweilige Wettbewerbsverhalten des öffentlichen Unternehmens festzulegen oder zu beeinflussen. Mittels

<sup>80</sup> TOBIAS JAAG, Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Hans Ulrich Walder/Tobias Jaag/Dieter Zobl (Hrsg.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, 477 ff., 478; SCHÖNBÄCHLER (FN 40), N 123 ff.

<sup>81</sup> Vgl. SEILER (FN 41), 754 und 763; vgl. auch MARKUS SCHOTT, Der «Wettbewerb der Systeme», in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 387 ff., 392.

<sup>82</sup> Vgl. SCHÖNBÄCHLER (FN 40), N 245 und 250.

<sup>83</sup> Eine Querschnittsregelung im Binnenmarktgesetz fordert insbesondere die parlamentarische Initiative 17.518 Schilliger vom 14. Dezember 2017, Wettbewerb mit gleich langen Spissen.

dieses Instrumentariums kann das Trägergemeinwesen auch darauf hinwirken, bestehende oder potenzielle Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern oder einzudämmen.

### A. Steuerungsinstrument Ermächtigungs- und Organisationserlass

Die unmittelbarste Möglichkeit für das Trägergemeinwesen, Wettbewerbsverzerrungen eines spezifischen öffentlichen Unternehmens zu vermeiden, besteht darin, diese in einem das öffentliche Unternehmen betreffenden Spezialgesetz (wie insbesondere in einem Ermächtigungs- oder Organisationserlass<sup>84</sup>) rechtlich anzugehen. So kann das Gesetz beispielsweise vorgeben, dass Staatsgarantien abzugelten sind,<sup>85</sup> eine Steuerpflicht für das Unternehmen besteht, keine ungerechtfertigten Vorteile aus der Beteiligung des Trägergemeinwesens gezogen werden dürfen<sup>86</sup> und privatwirtschaftliche Tätigkeiten nur mittels selbstständiger Tochtergesellschaften und quersubventionierungsfrei erfolgen dürfen.<sup>87</sup>

Gleichzeitig können dem Trägergemeinwesen auf spezialgesetzlicher Grundlage – alternativ oder zusätzlich zur allfälligen Normierung des gewünschten Wettbewerbsverhaltens des öffentlichen Unternehmens – spezi-

fische Einwirkungs- und Kontrollinstrumente eingeräumt werden, die es dem Trägergemeinwesen ermöglichen, korrigierend in die Steuerungsprozesse des Unternehmens einzugreifen, sollte sich das vom Unternehmen verfolgte Wettbewerbsverhalten in eine Richtung bewegen, die dem Trägergemeinwesen nicht zusagt. Beispielsweise kann spezialgesetzlich normiert werden, dass die Exekutive des Trägergemeinwesens in regelmässigen Abständen dem öffentlichen Unternehmen verbindliche Strategieziele vorgibt, die auch Vorgaben zur Wettbewerbsneutralität beinhalten können, und anschliessend kontrolliert, inwieweit die Ziele erfüllt wurden (vgl. dazu unten IV.D.).

Indes stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine spezialgesetzliche Sonderregelung mit Bezug auf eine Aktiengesellschaft überhaupt rechtlich möglich ist. Die rechtliche Situation unterscheidet sich dabei je nach Staatsebene:

- Nach dem Grundsatz «lex specialis derogat legi generali» steht es dem *Bundesgesetzgeber* frei, dem Bund mittels öffentlich-rechtlicher Normen spezifische Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten gegenüber einer von ihm gehaltenen Aktiengesellschaft einzuräumen.<sup>88</sup>
- Die *Kantone* können nur unter sehr engen Voraussetzungen mit öffentlich-rechtlichen Normen ins Bundeszivilrecht eingreifen (Art. 6 Abs. 1 ZGB). Da das Aktienrecht eine abschliessende bundeszivilrechtliche Regelung darstellt,<sup>89</sup> sind Abweichungen davon für die kantonalen Gesetzgeber nur möglich, soweit sie im Bundesrecht selbst ausdrücklich vorgesehen sind. Das Bundesrecht gestattet den Kantonen unter

<sup>84</sup> In einem *Ermächtigungserlass* wird vom Gesetzgeber «die Ermächtigungsgrundlage zur Gründung einer privatrechtlichen Organisation nach den hierfür im Privatrecht vorgesehenen Prozeduren» geschaffen (ANDREAS STÖCKLI, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Diss. Freiburg, Bern 2012, 85); die Gründung, Organisation und Steuerung der Organisation richten sich dann nach den privatrechtlichen Bestimmungen (z.B. Art. 620 ff. OR). Bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen – so unter anderem bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft – braucht es hingegen eine spezialgesetzliche Regelung der Organisation und der Steuerungsmechanismen (oder einen entsprechenden Verweis auf bereits bestehende Regelungen); diese findet sich im jeweiligen *Organisationserlass* des öffentlichen Unternehmens.

<sup>85</sup> Vgl. beispielsweise § 6 des Gesetzes des Kantons Luzern vom 8. Mai 2000 über die Umwandlung der Luzerner Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft (Umwandlungsgesetz; SRL 690).

<sup>86</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Bern vom 21. März 2018 über die Beteiligung des Kantons an der BKW AG (BKW-Gesetz, BKWG; BSG 741.3).

<sup>87</sup> Vgl. beispielsweise Art. 7 Abs. 1 und 2 GVG/BE, wo angeordnet wird, dass die Gebäudeversicherung Bern (GVB), eine öffentlich-rechtliche Anstalt des bernischen Rechts, zusätzlich zu ihren Haupttätigkeiten im Zusammenhang mit diesen stehende Nebentätigkeiten ausüben kann, dass diese Nebentätigkeiten aber nicht mit Erträgen aus der obligatorischen Versicherung vergünstigt werden dürfen. Ebenfalls sind die Nebentätigkeiten durch selbstständige, privatrechtliche Gesellschaften zu betreiben (Art. 7 Abs. 3 GVG/BE), wodurch eine organisatorische Trennung zwischen privatwirtschaftlicher Tätigkeit und öffentlichem Aufgabenbereich sichergestellt wird.

<sup>88</sup> PATRICK FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, Diss. Bern 2016, 127 ff.; GUTZWILLER (FN 6), N 185 f.; HÄNNI/STÖCKLI (FN 2), N 1826; STÖCKLI (FN 84), 287 f. und 328; ANDREAS STÖCKLI, Informationsrechte des Staats als Aktionär, in: Markus Gredig/Raphaël Mahaim/Thomas Meier/Riccarda Melchior/Andreas Stöckli (Hrsg.), Peters Dreiblatt: Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung: Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, 217 ff. (zit. STÖCKLI, Informationsrechte), 254; ANDREAS STÖCKLI, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, recht 2015, 111 ff. (zit. STÖCKLI, Interessenkonflikte), 133; vgl. jedoch die Kritik von GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbstständigte Träger von Bundesaufgaben, ZBI 2010, 649 ff., 661, betreffend die Systemwidrigkeit der – grundsätzlich zulässigen – öffentlich-rechtlichen Sonderbestimmungen.

<sup>89</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 31), § 6 N 15; FREUDIGER (FN 88), 132 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 1702; HÄNNI/STÖCKLI (FN 2), N 1826; STÖCKLI (FN 84), 289; STÖCKLI, Informationsrechte (FN 88), 256; VOGEL (FN 8), 51; STEFAN VOGEL, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ZBI 2003, 418 ff., 420.

den in Art. 763 OR genannten Voraussetzungen die Gründung spezialgesetzlicher Aktiengesellschaften, für die der kantonale Gesetzgeber spezifische Einwirkungs- und Kontrollrechte (wie z.B. einen Steuerungskreislauf bestehend aus der Vorgabe, Kontrolle und Anpassung strategiebezogener Ziele) normieren darf: Erforderlich ist, dass der Kanton eine subsidiäre Haftung übernimmt, soweit die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nicht vor Inkrafttreten des alten Obligationenrechts, d.h. vor dem 1. Januar 1883, gegründet wurde, und dass eine oder mehrere kantonale Behörden an der Verwaltung der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft mitwirken.<sup>90</sup>

- Für die *Gemeinden* gilt grundsätzlich das Gleiche wie für die Kantone: Auch sie können von der bundesrechtlich vorgegebenen aktienrechtlichen Organisation nur im Rahmen spezialgesetzlicher Aktiengesellschaften, d.h. unter Beachtung von Art. 763 OR, abweichen.<sup>91</sup>

## B. Steuerungsinstrument Leistungsauftrag

Ein wirkungsvolles Instrument zur Steuerung des Wettbewerbsverhaltens von öffentlichen Unternehmen stellt der Leistungsauftrag dar.<sup>92</sup> Mit einem Leistungsauftrag erhalten Dritte, wie insbesondere öffentliche Unternehmen, die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe vom Gemeinwesen übertragen.<sup>93</sup> Im Rahmen dieses öffentlich-rechtlichen

Rechtsverhältnisses wird der Leistungserbringer dazu verpflichtet, gegen eine allfällige Abgeltung eine vom Gemeinwesen übertragene öffentliche Aufgabe zu erfüllen.<sup>94</sup> Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist dabei vom Gemeinwesen auch bei Erteilung von Leistungsaufträgen zu beachten.<sup>95</sup>

So dürfen dem öffentlichen Unternehmen bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben keine ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteile eingeräumt werden.<sup>96</sup> Sofern für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gewisse Wettbewerbsvorteile gewährt werden müssen, haben sie sich auf das Notwendige zu beschränken.<sup>97</sup> Das Gemeinwesen hat somit bei der Ausgestaltung des Leistungsauftrags respektive der Leistungsvereinbarung dafür zu sorgen, dass Wettbewerbsverzerrungen wirkungsvoll unterbunden werden.<sup>98</sup> Für den Staat bestehen im Rahmen von Leistungsaufträgen zwei spezifische Anknüpfungspunkte, um dieselben wettbewerbsneutral auszugestalten:

Erstens bedarf es für die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf öffentliche Unternehmen einer gesetzlichen Grundlage.<sup>99</sup> Somit können bereits in diesem Ermächtigungserlass beispielsweise die folgenden Massnahmen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen vorgesehen werden:

- konkret ausformulierte Quersubventionierungsverbote, die durch bestimmte anwendbare Nachweismethoden sekundiert werden;<sup>100</sup>
- umfassende Offenlegungs- und Auskunftspflichten des Leistungserbringers gegenüber den Aufsichtsbehörden bezüglich seiner Kostenstruktur, damit die Einhaltung der Quersubventionierungsverbote auch überprüft werden kann;<sup>101</sup>

<sup>90</sup> Vorausgesetzt ist eine Mitwirkung im eigentlichen Sinn, die über die Übernahme einer blossen Aufsichtstätigkeit durch den Kanton hinausgeht (vgl. FREUDIGER [FN 88], 112; HÄNNI/STÖCKLI [FN 2], N 1768; ISABELLE SALOMÉ, Corporate governance et secteur public, ZSR 2003 I, 569 ff., 575; BSK OR II-WERNLI/RIZZI [FN 31], Art. 763 N 4).

<sup>91</sup> Eine andere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen es einer Gemeinde gestattet ist, eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft zu gründen. Die Lehre verlangt die Beachtung der für Kantone geltenden Einschränkungen (d.h. konkret die Mitwirkung einer Behörde und, soweit die Aktiengesellschaft nicht vor dem 1. Januar 1883 gegründet wurde, die Übernahme der subsidiären Haftung des Staates) sowie eine Norm des kantonalen Rechts, die den Gemeinden die Möglichkeit der Gründung spezialgesetzlicher Aktiengesellschaften ausdrücklich einräumt (FREUDIGER [FN 88], 35; TOBIAS JAAG, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen, Rahmenbedingungen, in: Tobias Jaag [Hrsg.], Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, 24 ff., 32; STÖCKLI [FN 84], 106, Fn 590, und 107 f.).

<sup>92</sup> Vgl. TOBIAS JAAG, Mehr oder weniger Staat?, ZBI 2015, 627 ff., 630; ANDREAS LIENHARD, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002, 1163 ff., 1172.

<sup>93</sup> JAAG (FN 91), 42; BERNHARD RÜTSCHKE, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 2016, 71 ff., 73 f. Nicht um Leistungsaufträge im hier verstandenen Sinne handelt es sich bei Leistungsaufträgen, die innerhalb der Zentralverwaltung zwischen

übergeordneten Verwaltungsstellen und unselbstständigen Verwaltungseinheiten abgeschlossen werden (vgl. zu solchen Leistungsaufträgen LIENHARD [FN 6], 380).

<sup>94</sup> RÜTSCHKE (FN 93), 79.

<sup>95</sup> RÜTSCHKE (FN 93), 87 ff.; PETER UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, ZBI 2001, 393 ff., 407 f.

<sup>96</sup> NICOLAS F. DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I, 219 ff., 238; JAAG (FN 91), 42 f.; UEBERSAX (FN 95), 407 f.

<sup>97</sup> UEBERSAX (FN 95), 407 f., wonach Steuervorteile nur insoweit gewährt werden dürfen, als sie als Abgeltung für die Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgabe dienen.

<sup>98</sup> Die Übertragung der öffentlichen Aufgabe wird grundsätzlich in Form einer Verfügung vorgenommen. Ist gesetzlich die Vertragsform vorgesehen, wird der Leistungsauftrag häufig als Leistungsvereinbarung bezeichnet (RÜTSCHKE [FN 93], 80).

<sup>99</sup> LIENHARD (FN 6), 395.

<sup>100</sup> Vgl. BAUMANN (FN 22), N 47.

<sup>101</sup> Vgl. BAUMANN (FN 22), N 48; OECD, Competitive Neutrality: A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices, Paris 2012, 6 f. und 37.

- Nutzungsverbote sensibler Informationen aus dem öffentlichen Aufgabenbereich für privatwirtschaftliche Tätigkeitsbereiche, damit aus der öffentlichen Aufgabe fließende Informationsvorteile eingedämmt werden.<sup>102</sup>

Zweitens können im Leistungsauftrag respektive in der Leistungsvereinbarung Bestimmungen zur Wettbewerbsneutralität aufgenommen werden, welche die Vorgaben des Ermächtigungserlasses konkretisieren und ergänzen. Diesen Anforderungen in der Leistungsvereinbarung kommt besondere Bedeutung zu, falls gesetzliche Vorgaben zum Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen fehlen. Zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität können beispielsweise die folgenden Punkte in der Leistungsvereinbarung geregelt werden:

- In der Leistungsvereinbarung können *Anforderungen an das betriebliche Rechnungswesen* gestellt werden.<sup>103</sup> Als Mindestanforderung ist eine finanzielle und buchhalterische Trennung des öffentlichen Aufgabenbereichs vom privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich in die Leistungsvereinbarung aufzunehmen. Darüber hinaus kann es zielführend sein, Vorgaben betreffend die Schlüsselung von Gemeinkosten zu machen, um Quersubventionierungen zu verhindern.<sup>104</sup>
- Weiter können in der Leistungsvereinbarung *Grundsätze der internen Leistungsverrechnung* festgelegt werden.<sup>105</sup> Mit Blick auf die Gefahr potenzieller Quersubventionierungen bietet es sich an, den Grundsatz aufzunehmen, dass Leistungen zwischen den privatwirtschaftlichen und den öffentlichen Aufgabenbereichen nur zu marktüblichen Bedingungen erfolgen dürfen.<sup>106</sup>
- In der Leistungsvereinbarung können zudem *Vorgaben bezüglich des Umgangs mit Informationen* aus dem öffentlichen Aufgabenbereich gemacht werden. Als genereller Grundsatz wäre vorzusehen, dass diese Informationen vom öffentlichen Unternehmen nicht dazu verwendet werden dürfen, um sich im privatwirtschaftlichen Markt einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten zu schaffen.<sup>107</sup> Darüber hinaus

können jedoch auch sehr konkrete Anforderungen an die Daten-Governance des öffentlichen Unternehmens gestellt werden.<sup>108</sup>

- Ebenfalls können in der Leistungsvereinbarung dem Leistungserbringer *gewisse Geschäftspraktiken untersagt* werden. Zu denken ist etwa an ein Verbot, Kombiproducte aus dem öffentlichen Aufgabenbereich und der privatwirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten oder gemeinsame Werbung für die beiden Bereiche zu betreiben.<sup>109</sup>

Im Einzelfall können sich selbst durch umfassende Regelungen im Ermächtigungserlass und in der Leistungsvereinbarung gewisse ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile nicht vermeiden lassen. In diesem Fall hat das Gemeinwesen die Wettbewerbsvorteile, welche sich für den Leistungserbringer aus der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe ergeben, bei der Bemessung der Abgeltungshöhe zu berücksichtigen.<sup>110</sup> Führt beispielsweise die Übertragung einer besonders bedeutenden öffentlichen Aufgabe auf ein öffentliches Unternehmen dazu, dass dieses (infolge der Annahme einer impliziten Staatsgarantie) auch für seine privatwirtschaftlichen Bereiche Kredite zu vergünstigten Konditionen aufnehmen kann, wären diese Finanzierungsvorteile bei der Abgeltung in Abzug zu bringen. Schliesslich genügt es nicht, im Ermächtigungserlass und in der Leistungsvereinbarung Pflichten zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität vorzusehen. Vielmehr hat das Gemeinwesen auch eine entsprechende Beaufsichtigung der privatrechtlichen Aufgabenträger vorzunehmen und damit zu überprüfen, ob die Vorgaben vom öffentlichen Unternehmen umgesetzt werden.<sup>111</sup>

### C. Aktionärsrechtliche Steuerungsinstrumente

In seiner Rolle als Aktionär des als Aktiengesellschaft konstituierten öffentlichen Unternehmens stehen dem Trägergemeinwesen verschiedene Aktionärsrechte zu.

<sup>102</sup> Vgl. für ein entsprechendes Nutzungsverbot etwa Art. 10 Abs. 2 StromVG.

<sup>103</sup> LIENHARD (FN 6), 359 und 398.

<sup>104</sup> Vgl. dazu OECD (FN 101), 23 und 38 f.

<sup>105</sup> LIENHARD (FN 6), 360 und 398.

<sup>106</sup> Damit wird überdies für das öffentliche Unternehmen das Risiko reduziert, mit den kartellrechtlich missbräuchlichen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Quersubventionierungen in Konflikt zu kommen (vgl. oben III.B.2.).

<sup>107</sup> Vgl. dazu die Vorgaben des StromVG (oben III.B.2.).

<sup>108</sup> Beispielsweise könnte vorgeschrieben werden, dass innerhalb des öffentlichen Unternehmens Zugriffsbeschränkungen auf die wettbewerbsrelevanten Daten vorzusehen sind.

<sup>109</sup> Vgl. dazu auch RPW 2011/4, 483 ff., N 166 f., *Gebäudeversicherung Bern (GVB)*, wonach sich die Gebäudeversicherung Bern gegenüber dem Sekretariat der WEKO verpflichtet hat, keine Koppelungsgeschäfte anzubieten und für den öffentlichen Aufgabenbereich und den privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich keine gemeinsamen Werbeaktionen vorzunehmen.

<sup>110</sup> So Art. 10 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1); vgl. zu dieser Bestimmung BAUMANN (FN 2), N 478.

<sup>111</sup> Vgl. JAAG (FN 92), 636.

Gewisse dieser Aktionärsrechte ermöglichen es ihm, in das Wettbewerbsverhalten des öffentlichen Unternehmens steuernd einzugreifen. Vorausgesetzt ist freilich, dass dem Trägergemeinwesen eine genügend grosse Stimmkraft zukommt.

Für eine zielgerichtete und wirksame Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens des öffentlichen Unternehmens bieten sich vor allem drei aktionärsrechtliche Instrumente an:

### 1. Festlegung des Tätigkeitsbereichs

Als Teil der Gründer- bzw. Generalversammlung kann das Trägergemeinwesen in der statutarischen Zweckklausel den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft festlegen.<sup>112</sup> Mit einer bewusst engen Umschreibung des thematischen Gesellschaftszwecks kann das Trägergemeinwesen dabei die Gesellschaftsorgane «an die Kandare nehmen» und ihren strategischen Handlungsspielraum merklich einschränken.<sup>113</sup> Es ist möglich (aber angesichts der damit einhergehenden Inflexibilität nicht immer sinnvoll), ein spezifisches Wettbewerbsverhalten in der Zweckklausel zu umschreiben. So kann das Trägergemeinwesen in der Generalversammlung (bzw. bereits in der Gründerversammlung) durch eine entsprechende Festlegung des Gesellschaftszwecks eine Antwort auf die Frage geben, ob und, bejahendenfalls, in welchem Umfang das öffentliche Unternehmen privatwirtschaftlichen Tätigkeiten nachgehen darf.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> BÖCKLI (FN 31), § 1 N 474.

<sup>113</sup> BÖCKLI (FN 31), § 1 N 476 und § 13 N 302a; in diesem Sinne auch FORSTMOSER, Eingriffe (FN 31), 176; FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement (FN 31), § 9 N 62; GUTZWILLER (FN 6), N 234; NIKITINE (FN 73), 25; STÖCKLI (FN 84), 313.

<sup>114</sup> Zum Beispiel kann statutarisch festgelegt werden, dass die Aktiengesellschaft ausschliesslich Dienstleistungen in einem konzessionierten Bereich erbringt; entfällt die Konzession, ist der Zweck der Aktiengesellschaft unmöglich geworden. Umgekehrt kann der zulässige Tätigkeitsbereich aber auch weniger eng abgesteckt werden. So wird beispielsweise der Zweck der Flughafen Zürich AG, einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft i.S.v. Art. 762 OR, die kapital- und stimmenmässig zu etwas mehr als 33,33% vom Kanton Zürich und zu 5% von der Stadt Zürich gehalten wird (vgl. Flughafen Zürich AG, Geschäftsbericht 2019, Klotten 2020, 41), in den Statuten der Flughafen Zürich AG vom 28. April 2016 umschrieben als «Planung, Projektierung, Bau und Betrieb von Verkehrsinfrastrukturen sowie deren kommerzielle Nutzung und die Erbringung von damit verwandten Dienstleistungen wie alle Arten von Immobiliendienstleistungen» (Art. 2 Abs. 1), was insbesondere den «Betrieb des interkontinentalen Flughafens Zürich nach Massgabe der vom Bund erteilten Bau- und Betriebskonzession unter Wahrung der gesetzlichen Nachtflugordnung und unter Berücksichtigung der Anliegen der Bevölkerung um den Flughafen» umfasst (Art. 2 Abs. 2), wobei die Gesellschaft auch «Zweig-

In der Praxis gestaltet es sich als äusserst herausfordernd, den Gesellschaftszweck so zu formulieren, dass das gewünschte Wettbewerbsverhalten genügend präzise vorgegeben ist und dem öffentlichen Unternehmen trotzdem genügend unternehmerischer Spielraum verbleibt; je spezifischer das Tätigkeitsfeld des Unternehmens in der Zweckklausel abgesteckt ist, desto kleiner ist die Flexibilität der Gesellschaftsorgane. Das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen mag so minimiert werden. Allein: Eine zu starke Einschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheiten öffentlicher Unternehmen verträgt sich schlecht mit dem Ziel der Entpolitisierung, die mit der Auslagerung öffentlicher Aufgaben angestrebt wird.<sup>115</sup>

### 2. Besetzung des Verwaltungsrates und Einflussnahme auf die Zusammensetzung der Geschäftsleitung

Zur Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens des öffentlichen Unternehmens kann sich das Trägergemeinwesen den Umstand zunutze machen, dass die Generalversammlung das Wahl- und Abberufungsorgan des Verwaltungsrates ist (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 705 Abs. 1 OR): In seiner Rolle als Aktionär kann das Trägergemeinwesen über die Generalversammlung direkt auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates einwirken und damit einen gewissen strategiebezogenen Einfluss ausüben.<sup>116</sup> Ein unmittelbares Einwirken der Generalversammlung oder der Aktionäre auf strategiebezogene Entscheide des Verwaltungsrates, die beispielsweise die Ausnutzung von Wettbewerbsvorteilen betreffen, ist bei Aktiengesellschaften aufgrund des geltenden Paritätsprinzips nicht möglich.<sup>117</sup> Die Generalversammlung kann immerhin in den Statuten gewisse organisatorische Vorgaben für den Verwaltungs-

niederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an Unternehmen im In- und Ausland beteiligen» kann (Art. 2 Abs. 3) und «alle Geschäfte tätigen [kann], welche mit dem Zweck der Gesellschaft direkt oder indirekt zusammenhängen, insbesondere auch Liegenschaften erwerben, verwalten und veräussern» (Art. 2 Abs. 4).

<sup>115</sup> Ein zentrales Wesensmerkmal und gleichzeitig das Hauptmotiv der Auslagerung öffentlicher Aufgaben ist in der erhöhten Autonomie der Aufgabenerfüllung zu sehen (FREUDIGER [FN 88], 403). Mit anderen Worten soll dem verselbstständigten Aufgabenträger – so eben auch dem als Aktiengesellschaft konstituierten öffentlichen Unternehmen – ein «grössere[r] Handlungs- und Entscheidungsspielraum» zukommen (GUTZWILLER [FN 6], N 2).

<sup>116</sup> Vgl. dazu GUTZWILLER (FN 6), N 246 ff.

<sup>117</sup> Vorbehalten bleiben allfällige spezialgesetzlich normierte besondere Steuerungsinstrumente wie beispielsweise Genehmigungsvorbehalte, die der Generalversammlung, bestimmten Aktionären oder Dritten eingeräumt werden (vgl. oben IV.A.).

rat normieren, die unter Umständen dessen Arbeit beeinflussen.

Um inhaltlich auf die Arbeit des Verwaltungsrates Einfluss nehmen zu können, wird gelegentlich von staatlicher Seite sichergestellt, dass Vertreter des Trägergemeinwesens im Verwaltungsrat Einsitz nehmen. Hierzu lässt das Trägergemeinwesen einen oder mehrere Staatsvertreter von der Generalversammlung in den Verwaltungsrat wählen; bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften i.S.v. Art. 762 OR kommt dem Trägergemeinwesen gar ein direktes Abordnungsrecht zu, mit welchem er die Staatsvertreter in den Verwaltungsrat entsenden kann, ohne dass diese von der Generalversammlung gewählt werden müssen.<sup>118</sup> Die vom Trägergemeinwesen entsandten Verwaltungsratsmitglieder können sodann im Rahmen ihrer Verwaltungsratsarbeit unmittelbar darauf hinarbeiten, dass das öffentliche Unternehmen in einem bestimmten strategischen Geschäftsfeld (nicht) tätig ist, dass bestimmte strategische Geschäftseinheiten in führungstechnischer und finanzieller Hinsicht nicht miteinander verflochten sind, dass privatwirtschaftliche Tätigkeiten nur aufgenommen werden, sofern eine marktgerechte Rendite erwirtschaftet werden kann, dass Geschäfte zwischen dem öffentlichen und dem privatwirtschaftlichen Aufgabebereich nur zu Marktbedingungen vorgenommen werden usw. Die Entsendung von staatlichen Vertretern in den Verwaltungsrat ist jedoch mit einer Vielzahl von Problemen verbunden, die insbesondere mit der Erteilung von Instruktionen an die Staatsvertreter, der Weiterleitung vertraulicher Informationen an das Trägergemeinwesen, dem Umgang mit allfälligen kollidierenden Staats- und Gesellschaftsinteressen und der potenziellen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des Trägergemeinwesens und der Staatsvertreter zusammenhängen.<sup>119</sup>

Im Bereich der strategischen Führung nimmt auch die Geschäftsleitung eine wichtige Rolle ein, da sie neben der Führung des operativen Alltagsgeschäfts regelmässig die strategiebezogenen Geschäfte des Verwaltungsrates vor- und nachbereitet<sup>120</sup> und – primär durch die Vorgabe eines strukturellen Kontextes sowie durch die Anpassung oder Änderung des strategischen Kontextes<sup>121</sup> – regelmässig bei der Entstehung strategischer Initiativen massgebend beteiligt ist. Zudem müssen Massnahmen zur Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität im operativen Alltagsgeschäft getroffen werden, dessen Führung der Geschäftsleitung obliegt. Da die Kompetenz zur Besetzung und zur Überwachung der Geschäftsleitung unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zugewiesen ist (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 und 5 OR),<sup>122</sup> kann das Trägergemeinwesen jedoch nicht direkt über die Generalversammlung auf die Besetzung, Struktur und Arbeit der Geschäftsleitung einwirken, sondern muss dies indirekt über den Verwaltungsrat tun, in welchem es gegebenenfalls mit entsandten Staatsvertretern vertreten ist.

Verschiedene Autoren postulieren, dass innerhalb der Leitungsgremien von öffentlichen Unternehmen neben den erforderlichen Fachkompetenzen auch «politisches Gespür» vorhanden sein müsse.<sup>123</sup> Dieses politische Gespür, das bei als Aktiengesellschaften konstituierten öffentlichen Unternehmen beispielsweise über entsandte Staatsvertreter in den Verwaltungsrat eingebracht werden kann, hilft zweifellos, eine Sensibilität für mögliche Wettbewerbsverzerrungen zu entwickeln und zu wahren; bei den Diskussionen um die Festlegung des Wettbewerbsverhaltens des öffentlichen Unternehmens dürfte der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität weniger rasch aus den Augen geraten, wenn sich politisch erfahrene Personen an ihnen beteiligen. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass Politikaspekte im Verwaltungsrat Überhand nehmen

<sup>118</sup> FRANZISKA BUOB, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2008, N 43; FRANZISKA BUOB, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, AJP 2009, 142 ff., 143.

<sup>119</sup> Dazu ausführlich GUTZWILLER (FN 6), N 319 ff., 346 ff., 458 ff., 528 ff. und 571 ff. Die Entsendung (weisungsgebundener) staatlicher Vertreter in den Verwaltungsrat soll deshalb im Bund die Ausnahme bleiben und nur erfolgen, wenn und soweit dies zwingend notwendig ist, konkret, wenn sich die Interessen des Bundes ohne eine solche Vertretung nicht in dem erforderlichen Mass wahren lassen oder wo das Anforderungsprofil des Verwaltungsrates dies nahelegt (Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben [Corporate-Governance-Bericht], BBl 2006 8233 ff. [zit. Corporate-Governance-Bericht], 8271 f.; Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 13. September 2006 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates [zit. Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht], 29 ff.); die Kantone beurteilen die Notwendigkeit und die Wünschbarkeit einer Kantonsvertretung im

Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften mit kantonaler Beteiligung unterschiedlich (vgl. die Nachweise bei GUTZWILLER [FN 6], N 359 ff.).

<sup>120</sup> BÖCKLI (FN 31), § 13 N 303a; GUTZWILLER (FN 6), N 20; VON DER CRONE (FN 31), § 4 N 142.

<sup>121</sup> TOMO NODA/JOSEPH L. BOWER, Strategy Making as Iterated Processes of Resource Allocation, Strategic Management Journal 1996, 159 ff., 160.

<sup>122</sup> Vgl. dazu BÖCKLI (FN 31), § 13 N 355 ff. und 373 ff.; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 31), Art. 716a N 19 ff. und 23 ff.

<sup>123</sup> ANDREAS LIENHARD/KUNO SCHEDLER, Medizin gegen Interessenkonflikte bei staatlichen Unternehmungen, NZZ vom 11.1.2006, 15; KUNO SCHEDLER/ALEXANDER GULDE/SIMONE SUTER, Corporate Governance öffentlicher Unternehmen, St. Gallen 2007, 58; STÖCKLI (FN 84), 683 f.; in diesem Sinne auch KUNO SCHEDLER/ROLAND MÜLLER/ROGER W. SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, 3. A., Bern 2016, 122 ff.

und ungebundene Entscheide des Verwaltungsrates nicht primär nach wirtschaftlichen und betrieblichen, sondern hauptsächlich nach politischen Gesichtspunkten getroffen werden.<sup>124</sup> Dies verträgt sich schlecht mit der systemgegebenen Funktion des Verwaltungsrates.<sup>125</sup>

### 3. Drohung mit bzw. Wahrnehmung von Sanktionsmöglichkeiten

In seiner Rolle als Aktionär verfügt das Trägergemeinwesen über ein Bündel von Rechten und Mitteln, die man als Sanktionsmöglichkeiten bezeichnen kann.<sup>126</sup> Es geht dabei um aktionärsrechtlich abgestützte Möglichkeiten, den Verwaltungsrat – und in engeren Grenzen auch die Geschäftsleitung – zu einem Verhalten zu motivieren, das den Wünschen und Bedürfnissen des Trägergemeinwesens weitgehend entspricht.<sup>127</sup>

Die Drohung mit bzw. die Wahrnehmung von Sanktionsmöglichkeiten kann dem Trägergemeinwesen helfen, potenzielle Wettbewerbsverzerrungen des öffentlichen

Unternehmens einzudämmen. Beispielsweise kann das Trägergemeinwesen, wenn es mit dem wettbewerblichen Verhalten des öffentlichen Unternehmens unzufrieden ist, den Verwaltungsrat zunächst ermahnen und ihn auffordern, konkrete Massnahmen zur Vermeidung oder Minderung von Wettbewerbsverzerrungen zu treffen. Werden diese nicht zur Zufriedenheit des Trägergemeinwesens umgesetzt, kann es eine entsprechende Korrektur fordern und für den Unterlassungsfall die Ergreifung angemessener Sanktionsmöglichkeiten, z.B. die Ablehnung des Lageberichts und/oder der Jahresrechnung und die Verweigerung der Décharge, androhen. Möchte das Trägergemeinwesen einen Schritt weitergehen, kann es auch beginnen, den Verwaltungsrat mit folgsameren Mitgliedern neu zu besetzen. Das Trägergemeinwesen kann dem Verwaltungsrat auch die Ergreifung einer Verantwortlichkeitsklage androhen, wie es der Bundesrat in der Sache Swisscom AG<sup>128</sup> gemacht hat. Allerdings kann ein solcher Schritt zu einem nachhaltigen Zerwürfnis zwischen den Verantwortlichen des Trägergemeinwesens und den Verwaltungsratsmitgliedern führen; da die Verantwortlichkeitsklage die pflichtwidrige Verursachung eines Schadens voraussetzt, dürfte sie, wenn sie denn tatsächlich erhoben wird, auch nur in Ausnahmefällen erfolgreich sein.<sup>129</sup>

### D. Steuerungsinstrument Eignerstrategie

Beeinflusst werden kann das Wettbewerbsverhalten des öffentlichen Unternehmens schliesslich durch die Verabschiedung entsprechender Ausführungen in der sog. Eignerstrategie, die das Trägergemeinwesen für das öffentliche Unternehmen festlegt.

Die Eignerstrategie (oder Eigentümerstrategie) ist ein strategiebezogenes Instrument zur Mitsteuerung des Unternehmens, in welchem die Aktionäre die mit ihrer Investition zusammenhängenden Ziele, Absichten und Rahmenbedingungen nennen.<sup>130</sup> Sie gibt die aus Sicht

<sup>124</sup> SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER (FN 123), 124.

<sup>125</sup> Vgl. GUTZWILLER (FN 6), N 364: «Von seiner Funktion her gesehen ist der Verwaltungsrat [...] ein Sachverständigenrat und keine politische Kontrollinstanz, und zwar auch dann, wenn der Staat an einer Aktiengesellschaft beteiligt ist.»

<sup>126</sup> Dazu gehören in erster Linie die Verweigerung der Genehmigung des Lageberichts und/oder der Jahresrechnung, die Nichterteilung der Décharge, die Abberufung bzw. Nichtwiederwahl der Verwaltungsratsmitglieder und – bei entsprechender Kompetenz – die Verweigerung der Genehmigung der Vergütung (Art. 2 Ziff. 4 und Art. 18 VegüV), ferner auch die Klagerechte gegen die Organmitglieder – namentlich die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) und die Rückerstattungsklage (Art. 678 OR) –, die Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR), die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses (Art. 706 f. OR) bzw. die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses der Generalversammlung (Art. 706b OR) oder des Verwaltungsrates sowie – als ultima ratio – der Beschluss zur bzw. die Klage auf Auflösung der Gesellschaft (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 und Art. 736 Ziff. 4 OR).

<sup>127</sup> Das berühmteste Beispiel hierzu ist der Entscheid des Bundesrates vom 23. November 2005, die Swisscom AG anzuweisen, auf Investitionen bei ausländischen Telekommunikationsunternehmen mit Grundversorgungsauftrag zu verzichten und die freien Eigenmittel für einen Aktienrückkauf oder eine Dividendenausschüttung einzusetzen, um eine Eigenkapitalquote von 60% zu erreichen, wobei die erste Anweisung mit der Androhung einer Verantwortlichkeitsklage für den Fall der Nichtbefolgung verbunden wurde (vgl. dazu den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 28. März 2006 zur Untersuchung zu den Entscheiden des Bundesrates vom 23. November 2005 betreffend das Unternehmen Swisscom AG, BBl 2006 5173 ff.). Der Verwaltungsrat der Swisscom AG leistete der Anordnung des Bundesrates Folge, weswegen der Bundesrat seine Drohung nicht weiterverfolgte. Das sehr forsche Vorgehen des Bundesrates ist aber nicht ohne Kritik geblieben (vgl. etwa PETER FORSTMOSER, Wirtschaftsrecht im Wandel: Erfahrungen aus vier Jahrzehnten, SJZ 2008, 133 ff., 137).

<sup>128</sup> Vgl. dazu FN 127.

<sup>129</sup> Zu denken ist in erster Linie an Fälle, in denen dem Unternehmen wegen der Verletzung kartellrechtlicher oder lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen Bussen auferlegt werden, die das Unternehmen finanziell schädigen, oder in denen es aufgrund seines Wettbewerbsverhaltens (z.B. Quersubventionierungen) aus einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wird.

<sup>130</sup> GUTZWILLER (FN 6), N 38; vgl. auch CUNO PÜMPIN, Unternehmenseigner und Unternehmensentwicklung, in: Peter Gomez/Dietger Hahn/Günter Müller-Stewens/Rolf Wunderer (Hrsg.), Unternehmerischer Wandel, Wiesbaden 1994, 273 ff.; CUNO PÜMPIN, Die Eignerstrategie, in: Brun-Hagen Hennerkes/Rainer Kirchdörfer (Hrsg.), Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 1998, 799 ff.; CUNO PÜMPIN/RUDOLF

der Kapitalgeber gewünschte Entwicklungsrichtung und die von ihnen angestrebten Strategieziele wieder.<sup>131</sup> Abzugrenzen ist die Eignerstrategie insbesondere von der Unternehmensstrategie, d.h. der Strategie, die ein Unternehmen in seiner Gesamtheit verfolgt,<sup>132</sup> und den Geschäftsstrategien, die sich zum Wettbewerbsverhalten der einzelnen strategischen Geschäftseinheiten äussern.<sup>133</sup> Im Bereich der Public Corporate Governance bilden Eignerstrategien oftmals Teil eines umfassenden Steuerungskreislaufes, bei welchem das jeweilige Trägergemeinwesen strategische und andere unternehmensbezogene Ziele vorgibt, in regelmässigen Abständen Eigergespräche mit Vertretern des jeweiligen öffentlichen Unternehmens führt und eine Zielerreichungskontrolle (mit der allfälligen Einleitung von Korrekturmaassnahmen) vornimmt.<sup>134</sup>

Inhaltlich enthalten Eignerstrategien regelmässig Ausführungen zu den strategischen Zielen des Unternehmens, zu Finanzierungsthemen, zum Eigentum, zur Nachfolge sowie zur Unternehmensführung.<sup>135</sup> Es ist den Aktionären auch unbenommen, das aus ihrer Sicht erstrebenswerte Wettbewerbsverhalten des Unternehmens in einer Eignerstrategie festzuhalten. Entsprechend kann das jeweilige Trägergemeinwesen in der Eignerstrategie zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen beispielsweise festlegen, dass Geschäftsbereiche zu Marktbedingungen zu führen sind,<sup>136</sup> auf unrentable Geschäftsbereiche gänzlich

verzichtet wird,<sup>137</sup> regulierte und unregulierte Geschäftsbereiche zum Zwecke der Sicherstellung von Wettbewerbsneutralität getrennt geführt werden<sup>138</sup> usw.

In seiner Funktion als Aktionär kann das Trägergemeinwesen jederzeit auf das Steuerungsinstrument der Eignerstrategie zurückgreifen; spezifische Voraussetzungen hierzu gibt es nicht. Rechtliche Verbindlichkeit erlangt die vom Trägergemeinwesen verabschiedete Eignerstrategie bei öffentlichen Unternehmen, die sich in Form von Aktiengesellschaften konstituiert haben, indes nicht voraussetzungslos. Aufgrund von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR, wonach der Verwaltungsrat selbstbestimmt über die Strategie der Aktiengesellschaft zu entscheiden hat (vgl. oben III.A.), ist eine verbindliche strategische Mitsteuerung der Aktiengesellschaft durch das Trägergemeinwesen mittels Vorgabe von Strategiezielen nur möglich, wenn eine spezifische gesetzliche Grundlage besteht, die es erlaubt, vom aktienrechtlichen Organisationsrecht zugunsten dieses Steuerungsinstrumentes abzuweichen.<sup>139</sup> Kantone und Gemeinde können nur in den Grenzen von Art. 763 OR eine solche spezifische Grundlage schaffen (vgl. oben IV.A.). Demgegenüber steht es dem Bund offen, spezialgesetzlich die Verbindlichkeit von Eignerstrategien vorzusehen. Keine rechtsgenügende Grundlage bildet Art. 8 Abs. 5 lit. a RVOG, nach welchem der Bundesrat, soweit zweckmässig, die strategischen Ziele für alle Personen des öffentlichen und des privaten Rechts festlegt, die nicht der zentralen Bundesverwaltung angehören, durch die Bundesgesetzgebung geschaffen worden sind oder vom Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht werden und mit Verwaltungsaufgaben betraut

PRITZL, Unternehmenseigner brauchen eine ganz besondere Strategie, *Harvard Business Manager* 3/1991, 44 ff.

<sup>131</sup> UTE BUSCHMANN/SALOME KRUMMENACHER, *Eignerstrategien für Spitäler als Teil der Hospital Governance*, Zürich 2012, 44.

<sup>132</sup> KENNETH R. ANDREWS, *The Concept of Corporate Strategy*, 3. A., Homewood 1987, 13. Das Ziel einer Unternehmensstrategie ist es, aufzuzeigen, wie sich im Gesamtunternehmen ein Mehrwert generieren lässt, der über die Summe der Beiträge der einzelnen Geschäftseinheiten hinausgeht (MICHAEL E. PORTER, *From Competitive Advantage to Corporate Strategy*, *Harvard Business Review* 3/1987, 43 ff.; vgl. auch GÜNTER MÜLLER-STEWENS/CHRISTOPH LECHNER, *Strategisches Management*, 5. A., Stuttgart 2016, 16, 33, 148 f. und 269 ff.).

<sup>133</sup> Grundlegend hierzu MICHAEL E. PORTER, *Competitive Strategy*, New York 1980. Vgl. ferner z.B. JÖRG FREILING/MARTIN RECKENFELDERBAUMER, *Markt und Unternehmung*, 3. A., Wiesbaden 2010, 358; MÜLLER-STEWENS/LECHNER (FN 132), 33 und 245 ff.

<sup>134</sup> Vgl. dazu ausführlich GUTZWILLER (FN 6), N 366 ff.

<sup>135</sup> NINA SPIELMANN, *Internationale Corporate Governance: Best Practice Empfehlungen für Klein- und Mittelunternehmen*, Diss. St. Gallen, Bern 2012, 253.

<sup>136</sup> Vgl. z.B. die Eigentümerstrategie zur Aargau Verkehr AG (AVA) vom 13. Juni 2018, Internet: [https://www.ag.ch/de/dfr/finanzen/beteiligungen/eigentuererstrategien/eigentuererstrategien\\_1.jsp](https://www.ag.ch/de/dfr/finanzen/beteiligungen/eigentuererstrategien/eigentuererstrategien_1.jsp) (Abruf 26.5.2020), Ziff. 3, wo festgehalten wird, dass nichtkonzessionierte Geschäftsbereiche der AVA (inkl. Fahraufträgen im Busgeschäft) zu Marktbedingungen durchgeführt und nicht quersubventioniert werden sollen.

<sup>137</sup> Vgl. z.B. die Eignerstrategie für die EW Sirmach AG vom 25. Oktober 2016, Internet: <https://www.sirmach.ch/public/upload/assets/7827/Eignerstrategie%20EWSirmach%20AG.pdf> (Abruf 26.5.2020), Ziff. 2, wonach das Unternehmen sicherzustellen hat, «dass alle Geschäftsbereiche für sich rentabel geführt werden und dass keine Quersubventionierung stattfindet».

<sup>138</sup> Vgl. z.B. die Eigentümerstrategie der Kantone St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden für den SAK-Konzern vom Dezember 2019, Internet: <https://www.sg.ch/content/dam/sgch/steuern-finanzen/finanzen/beteiligungsmanagement/eigent%20C3%BCmerstrategien/Eigent%20C3%BCmerstrategie%20SAK-Konzern%20vom%20Dezember%202019.pdf> (Abruf 26.5.2020), Ziff. 2.2, wonach die SAK Holding AG (SAK) ihre Aktivitäten in regulierten Bereichen von ihren Marktaktivitäten trennen und damit Wettbewerbsneutralität gewährleisten soll, wobei die einzelnen Geschäftsbereiche «mittel- bis langfristig selbsttragend» sein sollen.

<sup>139</sup> *Corporate-Governance-Bericht* (FN 119), 8278 und 8287; *Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht* (FN 119), 33, 48 f., 52, Fn 176, und 57; GUTZWILLER (FN 6), N 382 f.; HÄNNI/STÖCKLI (FN 2), N 1830; LUZIUS MADER, *Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht*, ZSR 2004 II, 3 ff., 81; STÖCKLI (FN 84), 327 ff.

sind: Nach einhelliger Ansicht verpflichtet diese Norm nur den Bundesrat, nicht aber die jeweiligen Verwaltungsträger.<sup>140</sup> Die massgebenden Grundlagen finden sich daher in den jeweiligen Ermächtigungs- bzw. Organisationserlassen.<sup>141</sup>

Selbst wenn die rechtliche Verbindlichkeit von Eignerstrategien oftmals fehlt, ist indes nicht zu verkennen, dass ein Trägergemeinwesen insbesondere dann, wenn es als Mehrheits- oder gar Alleinaktionär fungiert, angesichts der ihm zukommenden Sanktionsmöglichkeiten (vgl. oben IV.C.3.) de facto in der Lage ist, dem Verwaltungsrat die Rücksichtnahme auf die ihm bekanntgegebenen Wünsche und Vorgaben aufzuzwingen. Insoweit rechtfertigt es sich in solchen Fällen, der Eignerstrategie eine faktische Verbindlichkeit zuzusprechen.<sup>142</sup>

## V. Fazit

Gemäss dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität hat das Gemeinwesen bei seinen privatwirtschaftlichen Tätigkeiten Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Dies gilt auch, wenn sich der Staat für solche Aktivitäten der Rechtsform einer Aktiengesellschaft bedient. Allerdings sind die öffentlichen Unternehmen selbst nur beschränkt zu einem wettbewerbsneutralen Verhalten im privatwirtschaftlichen Markt verpflichtet.

Selbst wenn eine Verpflichtung dazu besteht, ist oft unklar, welche konkreten Massnahmen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen getroffen werden müssen. Griffigere Vorgaben an öffentliche Unternehmen finden sich demgegenüber in Querschnittsgesetzen, wie namentlich dem Kartellgesetz, und in sektoriellen Regelungen.

Der Verwaltungsrat eines als Aktiengesellschaft konstituierten öffentlichen Unternehmens ist innerhalb der privatwirtschaftlichen Tätigkeit nur in dem Ausmass dazu verpflichtet, für ein wettbewerbsneutrales Verhalten zu sorgen, als die dazu einschlägigen rechtlichen Vorgaben auf das eigene Unternehmen Anwendung finden. Generell muss er das öffentliche Unternehmen so führen, dass das Gesellschaftsinteresse gewahrt wird. Dabei kann es gegebenenfalls gerade im Gesellschaftsinteresse liegen, bei der privatwirtschaftlichen Tätigkeit gewisse staatlich bedingte Wettbewerbsvorteile auszunutzen, soweit dies rechtlich zulässig ist.

Auf Seiten des Trägergemeinwesens bestehen weitgehende Steuerungsmöglichkeiten, die dazu eingesetzt werden können, staatlich bedingte Wettbewerbsvorteile von öffentlichen Unternehmen zu beseitigen und ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten zu unterbinden. Zu diesem Zweck kann das Trägergemeinwesen namentlich das Wettbewerbsverhalten des öffentlichen Unternehmens in einem Ermächtigungs- oder Organisationserlass oder im jeweiligen Leistungsauftrag regeln. Bei entsprechender Regelungskompetenz kann es überdies auf spezialgesetzlicher Basis spezifische Einwirkungs- und Kontrollinstrumente normieren, um im Bedarfsfall das öffentliche Unternehmen dazu anzuhalten, Wettbewerbsverzerrungen zu unterlassen. Als Aktionär des öffentlichen Unternehmens kann das Trägergemeinwesen zudem mithilfe verschiedener aktionärsrechtlicher Instrumente sowie mittels des Steuerungsinstrumentes der Eignerstrategie das Wettbewerbsverhalten des öffentlichen Unternehmens beeinflussen. Jedoch sind diese Steuerungsmöglichkeiten jeweils mit Schwierigkeiten verbunden, wobei zuweilen insbesondere die Grundsätze des Aktienrechts mit den Einflussinteressen des Trägergemeinwesens zu kollidieren drohen.

Zusammenfassend besteht bei einem als Aktiengesellschaft konstituierten öffentlichen Unternehmen für den Verwaltungsrat zumeist keine umfassende Pflicht, die Wettbewerbsneutralität der privatwirtschaftlichen Tätigkeiten sicherzustellen. Das Trägergemeinwesen verfügt über einen Strauss an effektiven Steuerungsmöglichkeiten, um dieses Defizit zu beheben und Wettbewerbsverzerrungen bei öffentlichen Unternehmen zu vermeiden. Jedoch ist erstens nicht von der Hand zu weisen, dass (fiskalische) Interessen an der Gewinnbeteiligung des öffent-

<sup>140</sup> Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010 betreffend Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der selbstständigen Einheiten, BBl 2010 3377 ff., 3393, 3395 und 3401; zustimmend FREUDIGER (FN 88), 131; GUTZWILLER (FN 6), N 383; STÖCKLI (FN 84), 256.

<sup>141</sup> Bestimmungen, dass der Bundesrat für den Bund als Aktionär an der strategischen Steuerung des jeweiligen vom Bund gehaltenen öffentlichen Unternehmens in Form der Aktiengesellschaft mitwirkt, finden sich beispielsweise in Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB; SR 934.21) für die BGRB Holding AG, in Art. 40c Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0) für Skyguide, in Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB; SR 742.31) für die SBB, in Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1) für die Schweizerische Post, in Art. 6 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11) für die Swisscom AG und in Art. 30c Abs. 1 der Verordnung vom 12. Dezember 1977 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe (SR 974.01) für die SIFEM AG.

<sup>142</sup> Corporate-Governance-Bericht (FN 119), 8278 und 8287; Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht (FN 119), 57; vgl. auch GUTZWILLER (FN 6), N 405; STÖCKLI (FN 84), 329.

lichen Unternehmens das jeweilige Trägergemeinwesen kaum zum tauglichsten Hüter der Wettbewerbsneutralität machen dürften. Zweitens besteht die Gefahr, dass die Steuerungsmöglichkeiten von den Gemeinwesen in unterschiedlicher Breite und Tiefe eingesetzt werden. Das aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität fließende Ziel, zwischen den konkurrierenden (öffentlichen und privaten) Unternehmen möglichst einheitliche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, wird dadurch gefährdet. Vor diesem Hintergrund drängt sich eine nationale Querschnittsregelung mit Mindestvorgaben zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit auf.<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> Vgl. für ein entsprechendes Regelungsmodell BAUMANN (FN 2), N 864 ff.