

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 138

Phil Baumann

**Wettbewerbsverzerrungen
durch privatwirtschaftliche
Staatstätigkeit**

Schulthess § 2019

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis.....	LI

Teil I: Einführung und Grundlagen 1

Kapitel 1: Problemaufriss und Fragestellung 1

Kapitel 2: Überblick Wirtschaftsordnung der Schweiz 7

I. Erforderlichkeit eines Koordinationsmechanismus.....	7
II. Auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhende Wirtschaftsordnung	9
III. Elemente der marktwirtschaftlichen Ordnung.....	11

Kapitel 3: Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit..... 19

I. Begriffselemente und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands.....	19
1. Privatwirtschaftliche Tätigkeit	20
1.1 Lehre	20
1.2 Rechtsprechung	22
1.3 Funktionaler Ansatz	25
2. Zuordnung zum Staat	32
3. Abgrenzungen	37
4. Zwischenfazit	40
II. Rechts- und Organisationsformen	41
III. Motive und Ausmass.....	43
1. Motive	43
2. Ausmass	48
3. Zwischenfazit	52
IV. Konstellationen	53

V.	Problemfelder.....	57
1.	Verletzung der Wettbewerbsneutralität	57
2.	Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung.....	58
2.1	Grundrechtsbindung	58
2.2	Grundrechtsberechtigung	61
3.	Interessenkonflikte, Kontrollmöglichkeiten und Haftung	63
Kapitel 4: Fazit und Überleitung.....		67

Teil II: Ökonomische Betrachtung der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit..... 69

Kapitel 5: Ökonomische Motive der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit.....		69
I.	Ausgangslage	69
II.	Fälle von Marktversagen	71
1.	Öffentliche Güter, Allmendgüter und externe Effekte	71
2.	Natürliche Monopole.....	72
3.	Informationsmängel	74
4.	Meritorische Güter und Service Public?.....	75
III.	Marktversagen als Legitimation staatlicher Markteingriffe?.....	78
IV.	Zwischenfazit	82

Kapitel 6: Wettbewerbsvorteile der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit.....		85
I.	Allgemeines	85
1.	Konzeptionelle Einordnung.....	85
2.	Vorgehensweise	88
3.	Begriff des staatlich bedingten Wettbewerbsvorteils	89
II.	Übersicht staatlich bedingter Wettbewerbsvorteile	91
1.	Tiefere Finanzierungskosten	91
1.1	Fremdkapitalkosten	92
a	Explizite Staatsgarantien	93
b	Implizite Staatsgarantien	95
1.2	Eigenkapitalkosten	97
1.3	Investitionskapital	99

2. Steuervorteile	100
3. Subventionierung	103
4. Quersubventionierung	105
4.1 Begriff	105
4.2 Motive	106
4.3 Problematik	108
4.4 Nachweis	110
5. Verbundvorteile.....	113
5.1 Begriff	113
5.2 Quellen	113
5.3 Problematik	116
6. Kontrolle wesentlicher Infrastrukturen.....	120
7. Regulierungsvorteile	122
8. Informationsvorteile	124
III. Folgen staatlich bedingter Wettbewerbsvorteile	126
1. Allgemeines.....	126
2. Produktive Effizienz.....	128
3. Allokative Effizienz	130
4. Dynamische Effizienz	131
5. Interdependenz	132
6. Ausmass	133
Kapitel 7: Fazit und Überleitung.....	135
Teil III: Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen de lege lata.....	137
Kapitel 8: Verfassungsrechtliche Vorgaben.....	137
I. Vorgaben aufgrund der Wirtschaftsfreiheit.....	137
1. Vorgaben aufgrund des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit	138
2. Vorgaben aufgrund des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit	141
II. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit	144
1. Gesetzliche Grundlage	144
1.1 Lehre und Rechtsprechung	144
1.2 Würdigung.....	147

2.	Öffentliches Interesse	148
2.1	Lehre und Rechtsprechung	148
2.2	Würdigung.....	151
3.	Verhältnismässigkeit	154
3.1	Lehre und Rechtsprechung	154
3.2	Würdigung.....	157
4.	Wettbewerbsneutralität.....	160
4.1	Lehre und Rechtsprechung	160
4.2	Würdigung.....	167
III.	Rechtsschutz.....	172
1.	Abstrakte Normenkontrolle	172
2.	Verfügung über Realakte.....	174
3.	Aufsichtsbeschwerde.....	176
4.	Zivilrechtliches Vorgehen	178
5.	Würdigung.....	178
IV.	Zusammenfassung und Fazit	179
	Kapitel 9: Gesetzliche Vorgaben	183
I.	Querschnittsgesetze	183
1.	Kartellrecht.....	183
1.1	Vorbemerkungen.....	183
1.2	Anwendungsbereich	184
1.3	Marktbeherrschende Stellung	187
1.4	Missbrauch marktbeherrschender Stellung.....	188
a	Quersubventionierung	189
b	Informationsvorteile	193
c	Verbundvorteile.....	194
d	Kontrolle wesentlicher Einrichtungen	195
1.5	Verfahren.....	196
1.6	Würdigung.....	198
a	Allgemeines.....	198
b	Quersubventionierung	200
c	Informationsvorteile	203
d	Verbundvorteile.....	203
e	Kontrolle wesentlicher Einrichtungen	204
f	Missbrauchskontrolle	205
1.7	Zwischenfazit	207
2.	Lauterkeitsrecht.....	209

2.1 Allgemeines.....	209
2.2 Relevante Tatbestände.....	211
2.3 Würdigung.....	213
3. Vergaberecht	213
3.1 Ausschreibungspflicht	213
3.2 Öffentliche Ausschreibung der Übertragung öffentlicher Aufgaben?	215
3.3 Ausschluss vom Vergabeverfahren	218
3.4 Würdigung.....	219
4. Subventionsgesetz	220
5. Finanzhaushaltsgesetz	224
II. Sektorielle Regelungen	227
1. Stromversorgungsgesetz.....	228
2. Postgesetzgebung	231
2.1 Überblick.....	231
2.2 Quersubventionierungsverbot.....	232
2.3 Würdigung.....	234
3. Rundfunkrecht.....	236
3.1 Überblick.....	236
3.2 Würdigung.....	239
4. Eisenbahn- und Personenbeförderungsgesetz.....	241
5. Meteorologie- und Geoinformationsgesetz	242
6. Berufsbildungs- und Weiterbildungsgesetz.....	242
6.1 Allgemeines.....	242
6.2 Berufsbildungsgesetz.....	243
6.3 Weiterbildungsgesetz	245
III. Rechtsschutz.....	246
IV. Zusammenfassung und Fazit	248
Kapitel 10: Staatsvertragliche Vorgaben	253
I. Freihandelsabkommen Schweiz-EU	253
II. Luftverkehrsabkommen Schweiz-EU	256
III. WTO-Recht.....	257
IV. Rechtsschutz.....	261
V. Zusammenfassung und Fazit	261
Kapitel 11: Fazit und Überleitung.....	263

Teil IV: Rechtsvergleich	267
Kapitel 12: Australisches Regelungsmodell	269
I. Hintergrund und Rechtsgrundlagen.....	269
1. Hintergrund	269
2. Rechtsgrundlagen	270
II. Anwendungsbereich	274
1. Unternehmerische Tätigkeit	274
2. Bedeutsamkeit	276
3. Kosten-Nutzen-Analyse	276
III. Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen	277
1. Organisatorische Massnahmen	278
2. Steuerliche Neutralität.....	279
3. Schuldenneutralität.....	280
4. Regulatorische Neutralität	281
5. Rendite	282
5.1 Zielrendite	283
5.2 Erwirtschaftete Rendite	284
5.3 Start-up-Phase	286
6. Kostenallokation.....	286
7. Weitere Massnahmen	289
8. Community Service Obligations und öffentliche Ausschreibungen	290
IV. Rechtsschutz.....	293
V. Zusammenfassung und Fazit	295
1. Zusammenfassung.....	295
2. Kritische Würdigung	296
2.1 Evaluation durch OECD und australische Kreise	296
2.2 Eigene Würdigung.....	297
3. Fazit	301
Kapitel 13: EU-Beihilfeverbot	303
I. Art. 106 AEUV als Grundnorm für öffentliche Unternehmen	303
II. Beihilfenregelung nach Art. 107 AEUV	307
1. Vorteil	308
1.1 Allgemeines.....	308
1.2 Marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter	310

1.3	Marktkonformität staatlicher Beteiligungen	312
1.4	Marktkonformität staatlicher Kredite und Kreditsicherheiten	314
1.5	Kompensationszahlungen zur Erfüllung von DAWI	316
1.6	Quersubventionierung und Verbundvorteile	318
2.	Selektivität.....	321
3.	Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen	323
3.1	Zurechenbarkeit der Massnahme zum Staat	323
3.2	Aus staatlichen Mitteln.....	325
4.	Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung.....	327
4.1	Wettbewerbsverfälschung	327
4.2	Handelsbeeinträchtigung	328
5.	Ausnahmen und Freistellungen	329
III.	Europäisches Beihilfeverfahren und Rechtsschutz.....	331
IV.	Transparenz-RL.....	333
1.	Transparenzvorschriften	334
2.	Pflicht zur getrennten Buchführung	335
V.	Zusammenfassung und Fazit	337
1.	Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit unter dem EU-Beihilferegime	337
2.	Tauglichkeit zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen	339
3.	Fazit	342
Kapitel 14:	Exkurs: Bausteine der OECD.....	343
I.	Hintergrund	343
II.	Die acht Bausteine.....	344
1.	Geeignete Organisationsform.....	344
2.	Korrekte Kostenermittlung und geeignete Kostenallokation.....	344
3.	Marktkonforme Rendite	345
4.	Angemessene Abgeltung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben	346
5.	Steuerliche Neutralität.....	347
6.	Regulatorische Neutralität.....	348
7.	Schuldenneutralität.....	349
8.	Öffentliches Beschaffungswesen.....	349
III.	Implementierung der Bausteine.....	350
IV.	Zusammenfassung und Fazit	351
Kapitel 15:	Fazit und Überleitung.....	353

Teil V: Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen de lege ferenda 357

Kapitel 16: Vorbemerkungen 357

I.	Reformbedarf	357
II.	Rückgriff auf ausländische Regelungsmodelle	359
	1. Australisches Regelungsmodell.....	360
	2. EU-Beihilfeverbot	362
	3. Ansätze der OECD	363
	4. Zwischenfazit	364
III.	Parlamentarische Initiative Schilliger/Fournier	364
	1. Inhalt	364
	2. Würdigung.....	365
IV.	Leitlinien	368

Kapitel 17: Modellvorschlag..... 371

I.	Gegenstand.....	371
II.	Grundprinzipen	373
III.	Organisationsvorgaben.....	376
IV.	Wettbewerbsvorteile.....	377
	1. Auflistung.....	377
	2. Marktübliche Eigenkapital-, Kredit- und Sicherheitengewährung	378
	3. Steuerliche Neutralität	379
	4. Regulatorische Neutralität	380
	5. Keine Informationsvorteile.....	381
	6. Quersubventionierungsverbot.....	382
	7. Vermeidung von Verbundvorteilen	382
V.	Verfahren	383
	1. Allgemeines.....	383
	2. Zivilrechtliches Verfahren.....	384
	3. Verwaltungsrechtliches Verfahren	385
	3.1 Überwachungsbehörde	385
	3.2 Untersuchungen von Wettbewerbsverzerrungen	386
	3.3 Meldeverfahren	391
VI.	Sanktionen.....	393

VII. Evaluation395

Kapitel 18: Résumé..... 397

Sachregister..... 399