

Besprechung / Compte rendu

Deregulierung durch Wettbewerbsrecht

RUDOLF RENTSCH

Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B, Bd. 60,

Helbing und Lichtenhahn, Basel 2000, 236 Seiten, CHF 64.–, ISBN 3-7190-1931-4

Die Schnittstellenproblematik zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht akzentuiert sich im Kartellrecht, insbesondere bei der Frage des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes auf öffentliche Unternehmen im Sinne von Art. 2 und Art. 3 KG. Dieser anspruchsvollen juristischen Problematik geht der Autor in seiner Monographie nach: Unter dem programmatischen Titel Deregulierung durch Wettbewerbsrecht zeichnet er den Unternehmensbegriff des deutschen und europäischen Kartellrechts nach und leitet daraus den Unternehmensbegriff des schweizerischen Kartellrechts ab. Bereits der Titel der Dissertation macht die Position des Autors deutlich, ist eine Deregulierung durch Wettbewerbsrecht doch von vornherein nur denkbar, wenn von der Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Normen auf öffentliche Unternehmen ausgegangen wird. Genau darin liegt aber die juristische Knacknuss der Problemstellung.

Nach einer ausführlichen Einleitung (Teil 1) und einer eingehenden Darstellung der ökonomischen Grundlagen der Deregulierung und Privatisierung (Teil 2) befasst sich RENTSCH in den Teilen 3, 4 und 5 seiner Dissertation mit dem kartellrechtlichen Begriff des öffentlichen Unternehmens und dessen verfahrensrechtlichen Auswirkungen. Eine gründliche Zusammenfassung der Schlussfolgerungen (Teil 6) schliesst die Arbeit ab.

In Teil 3 zeigt RENTSCH auf, welche unterschiedlichen kartellrechtlichen Konzeptionen sich bereits auf den sog. Kartellartikel der Bundesverfassung abgestützt haben (Art. 96 Abs. 1 BV; Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV). Mit dem Kartellgesetz von 1995 wurde neu das Konzept des wirksamen Wettbewerbs ins Zentrum gerückt. RENTSCH will daraus u.a. ableiten, dass die Wettbewerbsbehörden gehalten seien, «gegen Wettbewerbsbeschränkungen aller Art und ungeachtet des Urhebers mit Nachdruck vorzugehen» (114). Dieses verfassungsrechtliche Argument ist m.E. nicht sehr stichhaltig, bleibt doch fraglich (auch RENTSCH liefert dafür keinerlei Anhaltspunkte), ob sich die Frage einer Ausweitung oder Einengung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes anhand von verfassungsrechtlichen Überlegungen überhaupt beantworten lässt. Jedenfalls lässt sich m.E. nicht sagen, eine allfällige Deregulierungsfunktion des Kartellrechts, insbesondere im Bereich öffentlicher Unternehmen, ergebe sich gewissermassen bereits qua eines verfassungsrechtlichen Imperativs.

In Teil 4 kommt RENTSCH auf die eigentliche juristische Crux, den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes zu sprechen. Der Autor unterscheidet zwischen dem Geltungsbereich (materieller Regelungsbereich) und dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes (tatsächliche Reichweite der materiellrechtlichen Bestimmungen). In Bezug auf öffentliche Unternehmen bestimmt sich der Geltungsbereich des Kartellgesetzes nach Art. 2 KG, während sich der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes aus Art. 3 KG ergibt. RENTSCH vertritt einen funktionalen Unternehmensbegriff, der darauf hinausläuft, dass die Unternehmenseigenschaft im Ergebnis nur bei rein hoheitlichen Tätigkeiten ohne jeglichen wirtschaftlichen Charakter verneint wird (125 ff.). Die Rechtsform des Unternehmens ist nach der von RENTSCH vertretenen Auffassung dabei ebenso unerheblich wie die allenfalls fehlende Gewinnstrebigkeit des Unternehmens. Die Kriterien der unternehmerischen Tätigkeit sowie der Selbstständigkeit dieser Tätigkeit führen RENTSCH zum Kriterium der selbstständigen Nachfrage bzw. des selbstständigen Angebots von marktfähigen Gütern zur Fremdbedarfsdeckung. Darunter fallen nach Auffassung des Autors die Verwaltung von Finanzvermögen des Staates, die Randnutzung von Verwaltungsvermögen, nach RENTSCH sogar die Erteilung von Konzessionen für eine bestimmte Nutzung des öffentlichen Grundes, das öffentliche Beschaffungswesen – weshalb bei Einkäufen für den

Eigenbedarf des Staates keine unternehmerische Tätigkeit vorliegen soll, bleibt m.E. fragwürdig – sowie u.U. staatliche Monopolbereiche. Dagegen lehnt RENTSCH das Abgrenzungskriterium der Hoheitlichkeit staatlichen Handelns als zu unscharf ab. Die Ausführungen zur Praxis der Wettbewerbskommission sind angesichts des SMA-II-Entscheids des Bundesgerichts (vgl. sic! 3/2001, 222 ff.) mittlerweile überholt; das Bundesgericht misst dem Kriterium der Hoheitlichkeit staatlichen Handelns und insbesondere verfahrensrechtlichen Bedenken mehr Bedeutung bei, als dies von RENTSCH vorgeschlagen wird. In Bezug auf die kartellrechtliche Kollisionsnorm von Art. 3 Abs. 1 KG wird eine restriktive Auslegung der Vorbehaltssnorm vorgeschlagen. Ob als gesetzliche Grundlage lediglich ein referendumspflichtiger Erlass genügen kann, bleibt m.E. allerdings fraglich (gl.M. in der Besprechung des Werks von A. LIENHARD/PH. ZURKINDEN, AJP 5/2001, 620).

In Teil 5 geht RENTSCH auf die verfahrensrechtlichen Implikationen eines funktionalen Unternehmensbegriffs ein. Die diesbezüglichen Ausführungen nehmen sich im Vergleich zum Rest der Arbeit leider etwas dünn aus. Dies ist aus heutiger Rechtsanwendungssicht umso bedauerlicher, als jedenfalls nach der erwähnten Auffassung des Bundesgerichts (SMA-II-Entscheid) die verfahrensrechtliche Behandlung öffentlicher Unternehmen ein Hauptproblem darzustellen scheint. Das Koordinationsproblem zwischen öffentlichem Verfahrensrecht verschiedener Rechtsanwendungsbehörden (Wettbewerbskommission, ordentliche verwaltungsrechtliche Beschwerdeinstanzen) einerseits und zwischen öffentlichem Verfahrensrecht und Zivilprozess andererseits bleibt in der Arbeit unangesprochen, wäre aber wohl auch nicht zu lösen gewesen. Dieser Koordinationsbedarf kann sinnvollerweise nur über die Gesetzgebung angegangen werden, wozu die in die Vernehmlassung geschickte Kartellgesetzrevision genutzt werden könnte und sollte.

Zusammenfassend und würdigend ist m.E. festzuhalten, dass sich RENTSCH an ein überaus komplexes und kontroverses Thema des Kartellrechts herangewagt und es dabei verstanden hat, die bisherige Rechtspraxis und Doktrin nicht nur präzise und knapp zu rezipieren, sondern auch anhand konkreter Beispiele zu veranschaulichen. In seiner Argumentation lässt sich RENTSCH weitgehend von ökonomischen Überlegungen leiten, womit die verfahrensrechtlichen Aspekte de lege lata etwas zu kurz kommen.

Dr. Johannes A. Bürgi, Fürsprecher, Zürich