

Gutachten

zur Frage der Verfassungskonformität einer Postbank

vom 3. Mai 2019

Auftraggeber

**Die Inlandbanken – Koordination Inlandbanken (KIB), c/o Raiffeisen Forum, Schauplatzgasse 11,
3011 Bern**

durch

Prof. Dr. Klaus A. Vallender,

Professor em. für öffentliches Recht an der Universität St.Gallen

und

Joel Drittenbass, M.A. HSG in Law

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität St.Gallen

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|---|-----------|
| A. | Ausgangslage und Auftrag | 3 |
| B. | Erster Teil: Treffen die Aussagen des BJ aus der Perspektive des Jahres 2006 zu? | 4 |
| 1.1 | Skizzierung der vom BJ vorgenommenen Auslegung möglicher Kompetenznormen der BV | 5 |
| 1.1.1 | Die Kompetenz des Bundes im Bereich «Post- und Fernmeldewesen» (Art. 92 BV) | 5 |
| 1.1.2 | Die Kompetenz des Bundes im Bereich «Banken und Versicherungen» (Art. 98 BV) | 8 |
| 1.1.3 | Die Kompetenz des Bundes im Bereich «Geld- und Währungspolitik» (Art. 99 BV) | 9 |
| 1.2 | Zur Frage der Zulässigkeit einer Staatsbank des Bundes im Lichte von Art. 27 und 94 BV aus der Perspektive des BJ von 2006 | 9 |
| 1.3 | Würdigung der Kernaussagen des BJ | 10 |
| 1.3.1 | Methode | 10 |
| 1.3.2 | Postbank im Lichte von Art. 92 BV | 12 |
| 1.3.3 | Postbank im Lichte von Art. 98 BV | 16 |
| 1.3.4 | Postbank im Lichte von Art. 99 BV | 16 |
| 1.3.5 | Postbank im Lichte von Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV | 16 |
| C. | Zweiter Teil: Ändert die Entwicklung seit 2006 etwas an der Zulässigkeitsfrage? | 17 |
| 1.1 | Die PostFinance AG als systemrelevante Bank mit rechtlich eingeschränktem Geschäftskreis | 17 |
| 1.1.1 | Von der selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts zur PostFinance AG | 17 |
| 1.1.2 | PostFinance AG erhält Bankenbewilligung | 19 |
| 1.1.3 | PostFinance AG als systemrelevante Bank | 20 |
| 1.1.4 | Fazit | 21 |
| 1.2 | Neuere Lehre bezüglich Art. 92 Abs. 1 BV | 21 |
| 1.3 | Die PostFinance AG als Staatsbank des Bundes und der Grundsatz der «Staatsfreiheit der Wirtschaft» (Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV) unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung und Lehre | 23 |
| 1.3.1 | Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – Glarnersach | 23 |
| 1.3.2 | Fragliche Wettbewerbsneutralität einer Postbank | 28 |
| 1.4 | Andere Gründe | 30 |
| D. | Ergebnis | 31 |
| | Literaturverzeichnis | 33 |
| | Materialienverzeichnis | 37 |

A. Ausgangslage und Auftrag

An seiner Sitzung vom 5. September 2018 hat der Bundesrat das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) eine Vernehmlassungsvorlage zu einer *Teilrevision* des Postorganisationsgesetzes (POG)¹ auszuarbeiten. Danach soll es der PostFinance AG *erlaubt* werden, auch *Hypotheken und andere Kredite* anzubieten.

Die Errichtung einer Postbank durch den Bund erfordert entsprechend der bundesstaatlichen Kompetenzordnung eine Kompetenzgrundlage in der Bundesverfassung². Dies ergibt sich aus Art. 3 BV i.V.m. Art. 42 BV.

Angenommen, der Bundesgesetzgeber hätte eine solche Kompetenz, müsste die Frage beantwortet werden, ob die Errichtung einer Postbank mit Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) und Art. 94 Abs. 1 BV (Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit) im Einklang stünde.

Ein *Gutachten des Bundesamtes für Justiz* (BJ) aus dem Jahr 2006 hatte die Verfassungsmässigkeit einer Postbank verneint.

Der *Auftrag*, den das BJ vom UVEK erhalten hatte, lautete:³

1. «Benötigt die Weiterentwicklung der selbständigen Geschäftstätigkeit von PostFinance auf die Bereiche Aktivgeschäft, Anlage und Vorsorge («Postbank») eine Verfassungsänderung?»
2. «Benötigt die Weiterentwicklung der selbständigen Geschäftstätigkeit von PostFinance auf das Hypothekengeschäft eine Verfassungsänderung?»

Vor diesem Hintergrund wurden die Unterzeichneten am 18. Dezember 2018 beauftragt, basierend auf der geschilderten Ausgangslage folgende Fragen zu beantworten:

1. Sind die Kernaussagen des damaligen Gutachtens von 2006 zutreffend?
2. Falls ja, hat sich die rechtliche Ausgangslage seit 2006 im Hinblick auf die Ausweitung des Geschäftsbereichs der PostFinance AG (selbständiges Anbieten von Krediten und Hypotheken) wegen der neueren Rechtsprechung des BGer, der Ausgliederung, der Erteilung der Bankenbewilligung und der Einstufung als systemrelevant oder aus anderen Gründen verändert?

¹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG), SR 783.1.

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

³ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 132.

Unser Gutachten soll somit in *zwei Hauptteile* gegliedert werden. Im ersten Teil des Gutachtens wird auf die Beantwortung der Fragen durch das BJ eingegangen – es wird also geprüft, ob die Kernaussagen des BJ-Gutachtens aus unserem Blickwinkel zutreffen.

Im zweiten Teil wird der Frage nachgegangen, ob, falls die Rechtsauffassung des BJ aus der Perspektive von 2006 zutrifft, sich die rechtliche Ausgangslage seit 2006 im Hinblick auf die Ausweitung des Geschäftsbereichs der PostFinance AG (selbständiges Anbieten von Krediten und Hypotheken) wegen der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer), der Ausgliederung, der Erteilung der Bankenbewilligung und der Einstufung als systemrelevante Bank oder aus anderen Gründen verändert hat?

B. Erster Teil: Treffen die Aussagen des BJ aus der Perspektive des Jahres 2006 zu?

Das BJ gliedert sein Gutachten in 5 Abschnitte, wobei sich 2 Abschnitte mit Vorfragen (d.h. 1. mit der Fragestellung und 2. mit der Ausgangslage, mit der rechtlichen Stellung der Schweizerischen Post [Zurechnung des Handelns der Post zum Staat]) und die Abschnitte 3 (Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Sinn der Art. 3 und 42 Abs. 1 BV) und 4 (*Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* im Sinn von Art. 94 BV) mit den spezifischen Rechtsfragen betreffend den Geschäftsbereich einer Postbank im Lichte des Bundesverfassungsrechts auseinandersetzen. Ein kurzer 5. Abschnitt (Ergebnis) schliesst das BJ-Gutachten ab.

Was zunächst die *Vorfragen* betrifft, ist Folgendes festzuhalten:

Bezüglich Fragestellung (Abschnitt 1) stellt das BJ aus der *Perspektive des Jahres 2006* klar, es werde von der Annahme ausgegangen, «dass die PostFinance entweder ein Teil der Post bleiben wird oder allenfalls in eine nach Kapital und Stimmen *mehrheitlich vom Bund kontrollierte Tochter-Aktiengesellschaft* ausgelagert würde» (Hervorhebung nur hier).⁴ Diese Annahme ist als Voraussetzung für die Stichhaltigkeit der Argumentation des BJ zentral.

Hinsichtlich der *Zurechnung des Handelns der Post zum Staat* (Abschnitt 2) führt das BJ aus, das Handeln der PostFinance sei «Handeln des Bundes».⁵ Dies gelte auch – was inzwischen der Fall ist (Art. 14 POG) –, «wenn die PostFinance als Aktiengesellschaft aus der

⁴ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 132.

⁵ a.a.O., 132.

Schweizerischen Post ausgegliedert, aber nach Kapital und Stimmen von der Post mehrheitlich beherrscht würde».⁶

Die *Schwerpunkte des Gutachtens* des BJ bilden einerseits die Auseinandersetzung mit der *Frage nach der Bundeskompetenz*, andererseits die *Zulässigkeit einer Postbank im Lichte des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit*. Im Folgenden wird auf die beiden Prüfaspunkte des BJ eingegangen.

1.1 Skizzierung der vom BJ vorgenommenen Auslegung möglicher Kompetenznormen der BV

Betreffend Bundeskompetenz ist es von der Sache her naheliegend, an Verfassungsnormen anzuknüpfen, welche die Post, das Bankwesen und die Geldpolitik betreffen. Entsprechend untersuchte das BJ die aufgeworfenen Fragen im Lichte der Art. 92, 98 und 99 BV.

1.1.1 Die Kompetenz des Bundes im Bereich «Post- und Fernmeldewesen» (Art. 92 BV)

Was zunächst die *Auslegung von Art. 92 BV* im Hinblick auf die *Kompetenzfrage* betrifft, folgt das BJ der klassischen juristischen Methodenlehre und legt Art. 92 Abs. 1 BV – «Das Post- und Fernmeldewesen ist Sache des Bundes» – nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, teleologisch und systematisch aus.

Im Hinblick auf den *Wortlaut* kommt das BJ zum Schluss, nach allgemeinem Sprachverständnis gehören «zum Begriff «Post» die Brief-, Paket- und Personenbeförderung sowie eventuell der Zahlungsverkehr, nicht aber die Bereiche Aktivgeschäft, Anlage und Vorsorge sowie Hypothekengeschäft».⁷ Diese Geschäfte würden als «typische *Bankgeschäfte* wahrgenommen», was sich in der Gutachtenfrage spiegle, welche «die zu untersuchende Weiterentwicklung der Geschäftsfelder der PostFinance mit dem Stichwort *Postbank*» verbinde.⁸ Der *Wortlaut* spreche dagegen, «die genannten Geschäftsfelder unter die Postkompetenz fallen zu lassen» (Hervorhebung nur hier).⁹

Eingehend legt das BJ in der Folge Art. 92 Abs. 1 BV aufgrund seiner *Entstehungsgeschichte* aus.

⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 132.

⁷ a.a.O., 133.

⁸ a.a.O., 133.

⁹ a.a.O., 133.

In der Botschaft über eine neue Bundesverfassung sei der Bundesrat davon ausgegangen, dass der Post- und Fernmeldeartikel (Art. 75 VE 1996)¹⁰ das Bankgeschäft nicht erfasse, was dem Nachführungskonzept entsprochen habe.¹¹ Der Verfassungsgeber habe 1999 am Rechtszustand nichts ändern wollen.¹²

Davon ausgehend, dass der Gehalt von Art. 92 BV Art. 36 Abs. 1 und 3 der BV von 1874 entspricht, stellt das BJ fest, der Aufgabenbereich sei mehrmals nicht durch Verfassungsrevision, sondern durch Bundesgesetz angepasst worden; dies namentlich durch das Postgesetz vom 5. April 1910¹³, welches der Post nicht nur Einzugsmandate, Postanweisungen sowie Postscheck und Giroverkehr zugewiesen, sondern auch die Bundesversammlung ermächtigt habe, «der Post weitere Dienstzweige, die sich für ihren Betrieb eignen, zur Besorgung [zu] übertragen».¹⁴ Diese Erweiterungsmöglichkeit sei dem Bundesrat eröffnet worden, «um für die «weitere Entwicklung des Verkehrswesens» eine genügende Flexibilität zu haben».¹⁵

Aus dieser Formulierung liessen sich – so das BJ – «keine Folgerungen darüber ableiten, was der historische Verfassungsgeber von 1874 mit dem Begriff «Postwesen» ursprünglich erfassen wollte».¹⁶

U.a. unter Berufung auf WALTHER BURCKHARDT kam das BJ zur Auffassung, dass in der Literatur grundsätzlich Einigkeit darüber bestehe, dass der Verfassungsgeber ursprünglich mit Post einerseits «den Transport von Personen, andererseits die Vermittlung von Mitteilungen, Waren und Geld zwischen räumlich getrennten Personen» meinte (Hervorhebung nur hier).¹⁷

Beobachte man die Rechtsentwicklung, könne man feststellen, «dass die Gesetzgebung den Kreis der Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs, der seit jeher zum Postwesen gezählt wird, stetig erweitert» habe.¹⁸ Es werde deshalb auch gesagt, «in Abwesenheit einer

¹⁰ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, 605.

¹¹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 133 m.Verw. auf BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, 270 f.

¹² a.a.O., 133. Diese Rechtsauffassung wird durch einen Blick auf den Vernehmlassungsentwurf bestätigt. Dessen Art. 67 hatte schon den gleichen Wortlaut wie Art. 75 VE 1996. In den Erläuterungen dazu heisst es: «Der Artikel führt das Recht von Art. 36 BV nach». Vgl. BUNDESRAT, Vernehmlassungsentwurf 1995, 68.

¹³ AS 26 1015; BBl 1910 II 677 ff.

¹⁴ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 134; BBl 1910 II 678.

¹⁵ a.a.O., 134 m.Verw. auf BUNDESRAT, Botschaft 1907, 716 f.

¹⁶ a.a.O., 134.

¹⁷ a.a.O., 134 (FN 11) m.Verw. auf WALTHER BURCKHARDT, Kommentar BV 1874 (2. Aufl.), 326.

¹⁸ a.a.O., 134.

Definition von Verfassungswegen» werde «der verfassungsrechtliche Begriff des Postwesens» [...] vom Gesetzgeber und von der Geschichte festgelegt.¹⁹ «Streng weitergedacht würde dies bedeuten, dass der Verfassungsbegriff keinerlei definitoriale Kraft hätte» [...].²⁰ Eine solche Folgerung werde nach Auffassung des BJ indessen von keinem der Autoren gezogen, «der sich zur Frage der Interpretation von Artikel 92 BV bzw. Artikel 36 aBV geäußert» habe.²¹

Das BJ kommt zum Schluss, dass «bei der Verfassungsgebung stets die Meinung bestand, das eigentliche Bankgeschäft falle grundsätzlich nicht unter den Postartikel».²²

Im Rahmen der *teleologischen Auslegung* geht das BJ auf die Argumentation der Post ein, «im Inland nicht genügend geeignete Anlagemöglichkeiten» für ihre Kundengelder zu haben.²³ Es wäre für sie wünschbar, «wenn sie Kundengelder in inländischen Hypotheken anlegen könnte, um die Risiken im Ausland zu vermindern».²⁴ Nach Auffassung des BJ ginge es zu weit, «allein aufgrund des betriebswirtschaftlich verständlichen Bedürfnisses nach sicheren Anlagen das bankentypische Hypothekengeschäft unter den verfassungsrechtlichen Begriff des Postwesens zu subsumieren».²⁵

Auch die *systematische Auslegung* spricht nach Meinung des BJ gegen die Auffassung, Art. 92 Abs. 1 BV umfasse auch das eigentliche Bankgeschäft. Mit dem Bankgeschäft befasse sich spezifisch Art. 98 BV.²⁶ «Wenn der Verfassungsgeber die Postkompetenz auch auf die bankentypischen Geschäfte hätte beziehen wollen, so wäre es zumindest sehr nahe gelegen, zwischen diesen beiden Vorschriften eine Verbindung herzustellen».²⁷ Offensichtlich gehe die Verfassung davon aus, dass das «*Post- und das Bankwesen zwei verschiedene, von einander getrennte Sachbereiche*» seien und regle beide unterschiedlich (Hervorhebung nur hier).²⁸

¹⁹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 134 f. m. Verw. auf ALEXANDER RUCH, Öffentliche Werke, § 59 N 37 sowie JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Petit commentaire zu Art. 92 BV, N 2.

²⁰ a.a.O., 135.

²¹ a.a.O., 135.

²² a.a.O., 135.

²³ a.a.O., 135 m. Verw.

²⁴ a.a.O., 135.

²⁵ a.a.O., 135.

²⁶ a.a.O., 135.

²⁷ a.a.O., 135.

²⁸ a.a.O., 135 f.

1.1.2 Die Kompetenz des Bundes im Bereich «Banken und Versicherungen» (Art. 98 BV)

Das BJ untersucht Art. 98 BV im Hinblick auf den Typus der sich daraus ergebenden Bundeskompetenz.

Aus dem Wortlaut «erlässt [...] Vorschriften über» (Art. 98 Abs. 1 BV) ergebe sich verglichen mit «ist Sache des Bundes», dass die Kompetenz von Art. 98 BV weniger weit gehe und den Bund auf die «Rolle des Regulators» festlege.²⁹

Die historisch-systematische Auslegung zeige Folgendes: Art. 34^{ter} aBV in der Fassung von 1908 – «Der Bund ist befugt, auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen.»³⁰ – habe die Grundlage gebildet für das Bankengesetz vom 8. November 1934.³¹ Da das Gesetz sowohl wirtschaftspolizeiliche als auch wirtschaftspolitische Bestimmungen enthalten habe, sei 1947 mit Art. 31^{quater} ein besonderer Bankartikel geschaffen worden, «welcher den gesamten Inhalt des Bankengesetzes abdecken sollte».³² Hinweise darauf, dass sich Art. 31^{quater} von 1974 «auf etwas anderes als den Gegenstand der damaligen Gesetzgebung bezogen» hätte, gebe es keine.³³ Art. 31^{quater} sei 1999 bezüglich Banken «mit rein redaktionellen Änderungen als Artikel 98 in die neue Bundesverfassung übernommen» worden.³⁴

Die «Vorgängervorschrift» des Art. 98 BV sei mit Blick auf das damals bestehende Bankengesetz eingeführt worden, «dem Gesetz gewissermassen auf den Leib geschneidert».³⁵

Die Banken- und Börsengesetzgebung, die sich auf Art. 98 BV stützen könne, enthalte «zur Hauptsache zwei Arten von Vorschriften, beide mit wirtschaftspolizeilicher Zielsetzung: Solche, die die Anleger vor unseriösem Verhalten der Banken schützen wollen, und solche, die das Funktionieren der Effektenmärkte sicherstellen sollen».³⁶

«Falls Artikel 98 den Bund berechtigen würde, selber eine kommerzielle Bank zu betreiben, so hätte er diese Kompetenz mit der genannten Gesetzgebung jedenfalls nicht im Geringsten ausgeübt».³⁷ Das spreche dafür, dass der Verfassungsgeber von 1947 mit dem

²⁹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 136.

³⁰ AS 24 1908 883, 885; BBl 1908 IV 577 ff., 579.

³¹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 137.

³² a.a.O., 137 m.Verw. auf LEO SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 337.

³³ a.a.O., 137 m.w.Verw.

³⁴ a.a.O., 137.

³⁵ a.a.O., 137.

³⁶ a.a.O., 137 m.w.Verw.

³⁷ a.a.O., 137.

Bankenartikel dem Bund eine Kompetenz als Regulator einräumen wollte.³⁸ Diese Rechtsstellung sei 1999 nachgeführt worden.³⁹

Die teleologische Auslegung zeige, dass das Hauptziel von Art. 98 BV im Gläubiger- und Funktionsschutz bestehe, was nicht automatisch andere Ziele ausschliesse.⁴⁰ «Für den Betrieb einer Bundesbank» biete «jedoch auch die teleologische Betrachtung keine Grundlage».⁴¹

1.1.3 Die Kompetenz des Bundes im Bereich «Geld- und Währungspolitik» (Art. 99 BV)

Gemäss Art. 99 Abs. 2 BV führt die Schweizerische Nationalbank (SNB) als unabhängige Zentralbank eine Geld- und Währungspolitik, die dem Gesamtinteresse des Landes dient. Das BJ kommt zum Schluss, dieser Auftrag werde in den Artikeln 9 ff. NBG⁴² so interpretiert, «dass die Nationalbank als Mittel zum genannten Zweck einen bestimmten Katalog von Bankgeschäften vornehmen darf, mit welchen sie teilweise in ein gewisses Konkurrenzverhältnis zu den privaten Banken tritt».⁴³ Dieser Umstand verleihe jedoch «dem Bund nicht die Kompetenz, zu völlig anderen Zwecken [...] noch eine zweite Bank zu betreiben».⁴⁴

1.2 Zur Frage der Zulässigkeit einer Staatsbank des Bundes im Lichte von Art. 27 und 94 BV aus der Perspektive des BJ von 2006

In der Folge untersuchte das BJ, ob eine Postbank mit dem «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» (Art. 94 Abs. 1 BV) im Einklang stünde.

Das BJ argumentiert, es sei dem Staat unter dem Aspekt des institutionellen Gehalts von Art. 94 Abs. 1 BV, wonach sich der Bund an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten habe, nach der Botschaft zum Verfassungsentwurf 1996 grundsätzlich «untersagt, Regelungen und Massnahmen zu treffen, die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder den Wettbewerb sogar ganz verunmöglichen».⁴⁵ Jeden-

³⁸ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 138.

³⁹ a.a.O., 138 m.Verw. auf BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, 305.

⁴⁰ a.a.O., 138 m.Verw. auf JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Petit commentaire zu Art. 98 BV, N 1.

⁴¹ a.a.O., 138.

⁴² Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG), SR 951.11.

⁴³ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 138.

⁴⁴ a.a.O., 138.

⁴⁵ a.a.O., 139 m.Verw. auf BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, 294.

falls sei weitgehend anerkannt, führt das BJ aus, «dass auch der Staat als Wettbewerbs-
teilnehmer den gleichen Regeln unterworfen sein muss wie die anderen Wettbewerbs-
teilnehmer».⁴⁶

Der Staat habe sich mit Zurückhaltung am Wettbewerb zu beteiligen;⁴⁷ mit Art. 94 Abs. 1
enthalte die BV eine «Grundentscheidung für eine staatsfreie Wirtschaft».⁴⁸ Sehe der
«Bund aus anderen als wirtschaftspolitischen Gründen» ein Abweichen vom Grundsatz
der Staatsfreiheit vor, brauche er dafür eine Kompetenzgrundlage und müsse er sich auf
ein öffentliches Interesse stützen können.⁴⁹ Für Letzteres müsse dargetan werden, «dass
das private Bankengewerbe heute den Bedarf nach Finanzdienstleistungen ungenügend
deckt, so dass der Bund gewissermassen zur Korrektur eines Marktversagens in die Lü-
cke springen müsste».⁵⁰ Es bestünden «kaum Gründe für die Annahme, dass ein solches
Marktversagen vorliegen könnte».⁵¹ Deshalb sei «der Betrieb einer Postbank unter dem
Gesichtswinkel des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit mit dem geltenden Verfassungs-
recht nicht vereinbar».⁵²

1.3 Würdigung der Kernaussagen des BJ

Im Folgenden werden die Ausführungen des BJ, seine Erwägungen und Schlussfolge-
rungen aus heutiger Sicht beurteilt. Stellung genommen wird zur Vorgehensweise (Me-
thode) sowie zu den einzelnen Auslegungsergebnissen.

1.3.1 Methode

Die Auslegung der vom BJ zur Beantwortung der ihm gestellten Gutachterfragen heran-
gezogenen Verfassungsbestimmungen – Art. 92 Abs. 1, 98 und 99 BV – überzeugt.

⁴⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 139.

⁴⁷ a.a.O., 139 m.Verw.

⁴⁸ a.a.O., 139.

⁴⁹ a.a.O., 139 m.w.Verw.

⁵⁰ a.a.O., 140.

⁵¹ a.a.O., 140.

⁵² a.a.O., 140.

Sie entspricht der vom Bundesgericht nicht nur für Gesetzes- sondern prinzipiell auch für die Verfassungsauslegung⁵³ unter der Bezeichnung «Methodenpluralismus» praktizierten und von der Lehre, abgesehen von der Benennung,⁵⁴ grundsätzlich anerkannten pragmatischen Vorgehensweise zur Erschliessung des Sinns der Norm.

«Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinne ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Insoweit wird vom historischen, teleologischen und systematischen Auslegungselement gesprochen. Bei der Auslegung einer Norm sind daher neben dem Wortlaut diese herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen [...]. [...] Insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden».⁵⁵

Was die Auslegung der Bundesverfassung betrifft, legt der historische Bezug vieler Verfassungsnormen «ein eher am Entstehungszeitpunkt anknüpfendes Verständnis nahe».⁵⁶ Diese Sichtweise wird dadurch untermauert, dass die geltende *BV* «im Zeichen der «Verfassungsnachführung» entstanden ist» (Hervorhebung nur hier).⁵⁷

⁵³ Vgl. hierzu auch MARTIN E. LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 383 ff. m.w.Verw. auf Schrifttum und Bundesgerichtspraxis. «Die schweizerische Lehre und Praxis geht eher pragmatisch vor und wendet grundsätzlich auf die Auslegung von Verfassungsnormen die gleichen methodologischen Regeln an wie bei Normen des einfachen Gesetzesrechts». (a.a.O., 383 m.w.Verw.).

⁵⁴ Vgl. hierzu GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar, Einleitung, N 19: «Das höchstrichterliche Vorgehen ist besser als sein Ruf. Missverständlich, ja irreführend ist allerdings die Kennzeichnung als «Methodenpluralismus». Dieser *Begriff* sollte daher möglichst rasch aus dem Methodenvokabular verbannt werden. Gegen einen problembewussten, regelgeleiteten *Methodenpragmatismus* bestehen hingegen keine prinzipiellen Bedenken, solange die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung respektiert werden».

⁵⁵ BGE 136 I 297 E. 4.1 m.Verw. Eine sehr gute Charakterisierung der Methodensicht des Bundesgerichts findet sich auch in BGE 134 I 184 E. 5.1: «Per interpretare una norma di legge ci si riferisce in primo luogo al suo tenore letterale. Secondo la giurisprudenza ci si discosta dal senso letterale di un testo chiaro, facendo capo all'interpretazione, solamente qualora delle ragioni obiettive inducano a ritenere ch'esso non restituisce il vero significato della disposizione in esame. Simili ragioni possono emergere dai lavori preparatori, dallo scopo e dal senso della disposizione legale così come dalla sistematica della legge. Se il testo di una norma non appare completamente chiaro o si presta a diverse possibili interpretazioni, la sua portata viene dunque determinata tenendo conto dei lavori preparatori (interpretazione storica), del suo senso e scopo (interpretazione teleologica) nonché della sua relazione con altri disposti (interpretazione sistematica). Il Tribunale federale non privilegia, di principio, un metodo di interpretazione in particolare; per accedere al vero senso di una norma preferisce piuttosto ispirarsi a un pluralismo interpretativo (DTF 132 III 226 consid. 3.3.5 pag. 237, DTF 132 III 532 consid. 3.2 pag. 535)». Vgl. weiter BGE 131 II 710 E. 4.1: «Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen (BGE 128 I 288 E. 2.4 S. 292; BGE 124 II 372 E. 6a S. 377)».

⁵⁶ GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar, Einleitung, N 20.

⁵⁷ a.a.O., N 20: «Bei bewusst im Zeichen der «Nachführung» stehenden Verfassungsartikeln liegt es nahe, auf das Verständnis abzustellen, welches Praxis und Lehre der Vorgängerbestimmung aus der *BV* 1874 im Zeitpunkt der *Totalrevision* beimassen (nach wie vor wichtig und wertvoll daher der zwischen 1987 und 1996

1.3.2 Postbank im Lichte von Art. 92 BV

Das BJ kommt überzeugend zum Ergebnis, dass Art. 92 BV eine Nachführung von Art. 36 aBV beinhaltet und dem Bund keine Kompetenz zur Einführung einer Postbank mit den Geschäftsfeldern Kreditgewährung und speziell Hypothekarkredite einräumt. Wo Vertiefungen oder Ergänzungen der Argumentation des BJ möglich sind, führen diese nicht zu anderen Ergebnissen. So beispielsweise dort, wo im Zusammenhang mit dem Postgesetz von 1910 argumentiert wird, aus der Tatsache, dass dieses Gesetz in Art. 3 die Regelung enthielt, die Bundesversammlung könne «der Post weitere Dienstzweige, die sich für ihren Betrieb eignen, zur Besorgung übertragen», liessen sich keine Folgen darüber ableiten, was der historische Verfassungsgeber von 1874 mit dem Begriff «Postwesen» ursprünglich gemeint habe.⁵⁸ Diese Argumentation des BJ wird klar dadurch bestätigt, dass der Bundesrat in seiner Botschaft zum Postgesetz im Jahr 1907 deutlich machte, dass es hinsichtlich allfälliger Erweiterung nicht um bedeutende Geschäfte gehen sollte. «Es kann für die weitere Entwicklung im Verkehrswesen nur förderlich sein, wenn *nicht für jede kleinere Einrichtung*, deren Übernahme durch die Verwaltung als zweckmässig und nützlich befunden wird, gleich der ganze mühsame und zeitraubende Apparat, welcher dem *Erllass eines Bundesgesetzes* notwendig vorangehen muss, in Bewegung zu setzen ist» (Hervorhebung nur hier).⁵⁹ Die Errichtung einer *Postbank* ist wohl kaum als «kleinere Einrichtung» verstanden worden. An eine *Postbank* wurde dabei sicher nicht gedacht. Das legt auch die Berücksichtigung der Diskussion betreffend die anfangs des letzten Jahrhunderts angestrebte Postsparkasse nahe. Auch diese sollte nach Meinung des Bundesrates keine Gelder aus Hypotheken ausleihen.⁶⁰

Das BJ hat im Rahmen der historischen Auslegung auf WALTHER BURCKHARDT Bezug genommen und sich dabei an der 2. Auflage (Bern 1914) orientiert. Die Heranziehung der 3. Auflage (Bern 1931) führt zu keinem anderen Ergebnis. Das ist beachtenswert, wurde

erschienene Komm. aBV)». (a.a.O., N 21) So ist auch das BJ vorgegangen, indem es namentlich Art. 36 aBV unter Beachtung der Kommentierung durch MARTIN LENDI mitberücksichtigte.

⁵⁸ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 134.

⁵⁹ BUNDESRAT, Botschaft 1907, 717.

⁶⁰ Art. 6 Abs. 1 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz betreffend die Postsparkasse (BUNDESRAT, Botschaft Postsparkasse 1914, 340 ff.) sah folgende Anlage vor: «Die verfügbaren Gelder der Postsparkasse werden auf Rechnung der Postverwaltung durch die Schweizerische Nationalbank zinstragend angelegt und verwaltet. Diese wird sich dabei mit der Postverwaltung und dem eidgenössischen Finanzdepartement ins Benehmen setzen. Bei Meinungsverschiedenheit entscheidet der Bundesrat». Die Gründe, die der Bundesrat für die Verneinung des Hypothekengeschäfts anführte, waren nicht juristische, sondern praktische. «Das Hypothekengeschäft ist [...] ein *Bankzweig*, der ausgedehnte Personal- und Lokalkennntnis erfordert. Es eignet sich deshalb für die Organe der Postsparkasse nicht. Für die Einbeziehung [...] liegt auch kein Bedürfnis vor, da voraussichtlich ein grosser Teil der den Kantonalbanken, sowie andern Finanz- und Sparinstituten durch die Postsparkasse zugehenden Gelder ohnehin zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses der Grundeigentümer verwendet werden wird». (a.a.O., 333.) Mit der rechtlichen Frage der Verfassungsmässigkeit des Hypothekengeschäfts musste sich der Bundesrat nicht weiter beschäftigen, da er ein solches Geschäft nicht anstrebte.

doch inzwischen die erwähnte, anfangs des letzten Jahrhunderts begonnene Diskussion betreffend die Errichtung einer Postsparkasse weitergeführt,⁶¹ was BURCKHARDT nicht von seiner schon 1914 (S. 327) geäußerten Meinung abbringen konnte, wonach dieses Vorhaben nicht auf Art. 36 aBV abstützbar sei.⁶²

Auch die Bezugnahme auf die 2006 «aktuelle Literatur», wonach «der verfassungsrechtliche Begriff des Postwesens, in Abwesenheit einer Definition von Verfassungswegen, vom Gesetzgeber und von der Geschichte festgelegt werde»⁶³, führt bei näherer Untersuchung nicht zu einer anderen Auffassung. Der vom BJ zitierte Autor, ALEXANDER RUCH, behandelt die Post unter der Überschrift «Weitere *Transportsysteme* A. Post [...] B. Seilbahnen [...]».⁶⁴

Die Systematik weist darauf hin, dass auch ALEXANDER RUCH am klassischen Postregal ansetzte, das neben der regelmässigen und gewerbsmässigen Beförderung von Personen «die *Vermittlung von* Mitteilungen von Waren und *Geld zwischen räumlich getrennten Personen*» umfasst (Hervorhebung nur hier).⁶⁵

Es gibt jedenfalls in der angeführten Veröffentlichung von ALEXANDER RUCH keine Ausführungen, wonach der PostFinance im Rahmen der «Konkretisierung durch den Gesetzgeber» auch Leistungskompetenzen ausserhalb der Kernbereiche – wie z.B. Hypotheken oder andere Kredite – eingeräumt werden dürften.⁶⁶ Sich mit dieser Frage zu befassen, bestand auch offenbar kein Anlass.⁶⁷

Anders als RUCH betont STEFAN VOGEL, dass es sich beim Zahlungsverkehr um ein traditionelles Betätigungsfeld der Post handelt und Überschneidungen mit dem Bankensektor bestehen, dass aber «reine Bankgeschäfte» wie z.B. die Kreditvergabe der Post verwehrt bleiben.⁶⁸

Das BJ weist im Gutachten speziell auf die Behandlung des Postartikels in den Räten hin. Durch diese wird die Tatsache unterstrichen, dass im Rahmen der Verfassungsrevision mit Art. 92 Abs. 1 BV Art. 75 Abs. 1 des Entwurfs des Bundesrates («Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung»)⁶⁹ übernommen wurde, der bezüglich Post

⁶¹ BUNDESRAT, Botschaft Postsparkasse 1914, insb. 322 ff. und 331 ff.

⁶² WALTHER BURCKHARDT, Kommentar BV 1874 (3. Aufl.), 310; WALTHER BURCKHARDT, Kommentar BV 1874 (2. Aufl.), 327.

⁶³ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 134 f.

⁶⁴ ALEXANDER RUCH, Öffentliche Werke, § 59 N 36 ff.

⁶⁵ BGE 105 Ib 389 E. 2a m. Verw. auf WALTHER BURCKHARDT, Kommentar BV 1874 (3. Aufl.), 309, 311.

⁶⁶ Vgl. zu dieser Problematik Kapitel C.

⁶⁷ Vgl. hierzu auch die Bemerkungen zur Kommentierung von Art. 92 BV durch JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Petit commentaire* zu Art. 92 BV, N 2, 6 ff.

⁶⁸ VOGEL STEFAN, *Marktteilnehmer*, 218 f.

⁶⁹ BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, 589 ff.

seinerseits inhaltlich Art. 36 Abs. 1 aBV und Art. 67 des Vernehmlassungsentwurfs 1995⁷⁰ entsprach. Damit wurde, was der Nachführung entspricht, der bisherige Inhalt von Art. 36 Abs. 1 aBV übernommen.⁷¹ Dieser Hinweis auf das Leitmotiv «Nachführung» ist von besonderem Interesse. Im Rahmen der Diskussion, ob Art. 67 des Vernehmlassungsentwurfs 1995 dem Art. 75 Abs. 1 des Entwurfs des Bundesrates entsprach, wurde vorgebracht, Art. 67 sei keine Nachführung, sondern ordne «die Materie Post- und Fernmeldewesen neu».⁷² Bei näherer Prüfung zeigt sich, dass sich der Einwand lediglich auf Absatz 2 von Art. 67 bezog und nicht auf Absatz 1, welcher inhaltlich Art. 36 Abs. 1 aBV nachführte, was im Rahmen der genannten Kritik nicht bestritten wurde.

Die «Nachführung» erfolgte in völligem Gegensatz zu den Vorentwürfen im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung, die einem grundsätzlich anderen Konzept entsprachen. Deshalb ist hier noch kurz auf diese einzugehen.

Im VE 77 (Art. 34 Abs. 1) war noch ausdrücklich vorgesehen, dem Gesetzgeber (*Staat*) die Möglichkeit einzuräumen, «*selber wirtschaftlich tätig [zu] werden, wo es im öffentlichen Interesse liegt*» (Hervorhebung nur hier).⁷³ Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers wäre im Wirtschaftsbereich weitgehend unbegrenzt geöffnet worden. «Es soll *in Zukunft* Sache des Gesetzgebers sein, in Bund und Kantonen zu bestimmen, wo eine wirtschaftliche Tätigkeit des Staates im öffentlichen Interesse liegt» (Hervorhebung nur hier).⁷⁴ Dies entsprach einem Trend in den 70er Jahren, der sich anfangs der 80er Jahre zunächst fortsetzte.⁷⁵ Erwähnt werden muss in diesem Kontext auch die «Modellstudie vom 30. Oktober 1985 des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements»⁷⁶, welche ebenfalls bezüglich Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftspolitik den Gesetzgeber des Bundes weitestgehend von Bindungen durch die Bundesverfassung «befreien» wollte.⁷⁷ Der *Vorentwurf*

⁷⁰ BUNDESRAT, Vernehmlassungsentwurf 1995, 25.

⁷¹ «Im Parlament wurde im Zusammenhang mit dem Post- und Fernmeldeartikel (Art. 75 des Entwurfs 1996) relativ intensiv über die Formulierung debattiert; dies beschränkte sich jedoch auf die Frage, ob «das Post- und Fernmeldewesen» oder die «Gesetzgebung über das Post- und Fernmeldewesen» Gegenstand der Bundeskompetenz sein sollte. Die Frage, ob sich diese Kompetenz auf das Bankgeschäft beziehe, sowie die Abgrenzung zwischen Post- und Bankgeschäft wurden nicht thematisiert. Somit gilt: Der Verfassungsgeber von 1999 wollte am diesbezüglichen Rechtszustand nichts ändern. (BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 133) Vgl. zur Bedeutung der Diskussion in den Räten auch JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Petit commentaire* zu Art. 92 BV, N 2, 6 ff.

⁷² BLAISE KNAPP/ALEXANDER RUCH/RAINER J. SCHWEIZER, *Kommentierung*, 41.

⁷³ EXPERTENKOMMISSION, *Bericht*, 81.

⁷⁴ a.a.O., 81; auch publiziert in BUNDESRAT, *Bericht* 1985, Anhang 5 (161 ff.).

⁷⁵ «Während der Beratungen des Entwurfs für eine neue Bundesverfassung in den siebziger Jahren [...] tauchte *beinahe plötzlich* der postulierende *Begriff einer «offenen Verfassung»* auf. Der geltenden Bundesverfassung mangle es an Offenheit, eine zeitgemässe Verfassung müsse «offen» sein» (Hervorhebung nur hier). (KURT EICHENBERGER, *Verfassungsrechtliche Einleitung*, N 50)

⁷⁶ BUNDESRAT, *Bericht* 1985, Anhang 6 (189 ff.).

⁷⁷ Die *Modellstudie* übernahm in Art. 19 Abs. 2 den Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 *Vorentwurf* 1977: «Der Staat kann wirtschaftlich tätig werden, wo es im öffentlichen Interesse liegt». Vgl. hierzu die Kritik bei HEINZ HAUSER/KLAUS A. VALLENDER, *Bindung*, 19 ff.; anderer Auffassung BEAT KRÄHENMANN, *Tätigkeit*, 212 ff., der

77 und die *Modellstudie* gehörten zwar zu den «Arbeitsgrundlagen, die auch bei der Vorbereitung der Verfassungsvorlage» 1996 beigezogen worden sind. Aus dem äusserst umstrittenen *Vorentwurf 77* und auf die *Modellstudie* wurde aber gerade mit Bezug auf die genannte Öffnung nicht abgestellt. Im Kontext der Nachführung erfolgte eine *klare Distanzierung* des Bundesrates von nicht mit dem geltenden Recht der aBV übereinstimmenden Bestimmungen. Was die unterschiedlichen Vorentwürfe betraf, hielt nämlich der *Bundesrat* ausdrücklich fest: «*selbstverständlich sind nur dort Anleihen gemacht worden, wo sich die Entwürfe mit dem heute geltenden Recht decken*».78

Was die *Unzulässigkeit der Kreditgewährung* durch die Post gestützt auf die verfassungsrechtliche Kompetenz betreffend das Postwesen angeht, war das BJ auch schon früher zum gleichen Ergebnis gelangt. So hielt es z.B. in einem Gutachten zur Frage der Verzinsung von Postscheckkonten vom 13. Juli 1988 zum Begriff des Bankgeschäfts fest: «Dieses besteht in der gewerbmässigen Aufnahme von Fremdgeldern und Gewährung von Krediten [...]. Art. 36 BV erlaubt es dem Bund nicht, die PTT-Betriebe für das typische Bankgeschäft einzusetzen».79

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der Bundesrat in seiner Begründung der Verfassungsmässigkeit des Zweckartikels des POG, welcher auch das Kreditvergabeverbot enthält, davon ausgeht, dass es sich hier um eine *Konkretisierung* von Art. 92 BV handelt: «Auch wenn der Begriff des Postwesens in Artikel 92 BV interpretationsbedürftig ist, ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage klar: Artikel 92 BV ermächtigt nur zu solchen wirtschaftlichen Tätigkeiten, die man unter den Begriff Postwesen subsumieren kann.

Mit der Zweckumschreibung in Artikel 3 des neuen POG wird *der verfassungsrechtliche Begriff des Postwesens konkretisiert* und der Rahmen für die zukünftige Tätigkeit der Post abgesteckt» (Hervorhebung nur hier).80 Die Wortwahl des Bundesrates legt nahe, dass auch nach seiner Meinung das in Art. 3 Abs. 3 POG ausgesprochene Kreditvergabeverbot Element der Konkretisierung von Art. 92 BV ist.

davon ausgeht, dass sich die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand «aus der Wirtschaftsverfassung ableiten lässt» und unterstellt, das sei «in Doktrin und Praxis grundsätzlich anerkannt». In seinem eigenen Vorschlag für einen Verfassungsartikel betreffend die Wirtschaftstätigkeit des Staates verschärft er aber dann gleichwohl die Anforderungen im Vergleich zum VE 77 und zur *Modellstudie*. Zugleich hält er fest, die wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens sei zwar kein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit als solche, sie berühre aber grundsätzlich den und widerspreche teilweise dem institutionellen oder objektiv-rechtlichen Gehalt des Grundrechts.

78 BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, 37.

79 BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 1988, Ziff. 1.1.

80 BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5303 f.

1.3.3 Postbank im Lichte von Art. 98 BV

Auch die *Auslegung von Art. 98 BV* durch das BJ ist methodisch in Ordnung und ihr Ergebnis überzeugt. Dass gestützt auf Art. 98 BV, der bezüglich Banken Art. 31^{quater} aBV nachführte⁸¹, keine Staatsbank des Bundes gegründet werden darf, entspricht wohl allgemeiner Auffassung und wurde auch vom Bundesrat so gesehen: «Die *Verfassung* sieht zwar vor, dass der Bund Bestimmungen über das Bankwesen aufstellen kann, *enthält aber keine explizite Grundlage, die es ihm erlauben würde, in diesem Bereich selber tätig zu werden*. Unter diesen Voraussetzungen ist nach bisher geltender Auffassung die Schaffung einer Postbank nicht möglich» (Hervorhebung nur hier).⁸²

1.3.4 Postbank im Lichte von Art. 99 BV

Mit Bezug auf die Auslegung von Art. 99 BV überrascht das Ergebnis ebenfalls nicht. Der Betrieb einer *Postbank*, im Sinne der jetzt zur Diskussion stehenden, d.h. einer solchen, die Kredite und Hypotheken gewähren kann, lässt sich offensichtlich nicht unter die Zwecke der «Geld- und Währungspolitik» subsumieren.

1.3.5 Postbank im Lichte von Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV

Die *Rechtsmeinung* schliesslich, welche das BJ mit Bezug auf Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV vertritt, ist aus der Sicht des Jahres 2006 durchaus überzeugend und im Einklang mit der damals herrschenden Lehre. Das BJ geht – wie vorne skizziert – davon aus, dass Art. 94 Abs. 1 BV eine «Grundentscheidung für eine staatsfreie Wirtschaft» enthält und für Abweichungen davon ein *öffentliches Interesse* erforderlich ist, was für das Tätigwerden des Staates ein *Marktversagen* voraussetze. Ein solches liege für das Bankgeschäft nicht vor, weshalb eine Postbank mit dem geltenden Verfassungsrecht nicht vereinbar wäre.

Mit der Zulässigkeit einer unternehmerischen Tätigkeit des Staates hat sich das Bundesgericht in einem Leitentscheid 2012 in grundsätzlicher Weise auseinandergesetzt. Wir werden im zweiten Teil des Gutachtens ausführlich auf diese Fragestellung zurückkommen.

⁸¹ Zur Bundeskompetenz im Bankwesen gemäss aBV RENÉ RHINOW, Kommentar BV 1874 zu Art. 31^{quater} BV, N 14 ff.

⁸² BUNDESRAT, Botschaft PG 1996, 1285.

C. Zweiter Teil: Ändert die Entwicklung seit 2006 etwas an der Zulässigkeitsfrage?

Der Bundesrat hat im Rahmen der Stellungnahme zur *Interpellation* (18.3817) PETER HEGGLIN vom 25. September 2018⁸³ betreffend PostFinance u.a. folgendes geantwortet: «Das Gutachten des Bundesamtes für Justiz (BJ) stammt aus dem Jahr 2006. Seither hat sich die Ausgangslage verändert (bundesgerichtliche Rechtsprechung, Ausgliederung der Postfinance in eine Aktiengesellschaft, Erteilung einer Bankenbewilligung und Einstufung von Postfinance als systemrelevant). Die Frage der Verfassungsmässigkeit der Hypotheken- und Kreditvergabe durch die Postfinance wird bei der Ausarbeitung der Vernehmlassungsvorlage weiter vertieft werden».⁸⁴

Im Folgenden wird die Frage beantwortet, ob die angeführten Aspekte die Kernaussagen des BJ-Gutachtens von 2006 als obsolet erscheinen lassen.

Im *Abschnitt 1.1* wird auf die Entwicklung der *Rechtsform*, die Erteilung einer *Bankenbewilligung* und auf die *Einstufung als systemrelevante Bank* eingegangen. Im *Abschnitt 1.2* wird sodann die jüngere Lehre in Bezug auf die Auslegung des Begriffs des «Postwesens» dargestellt. Den *Abschnitt 1.3* widmen wir der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts im Kontext «*Staatwirtschaft und Wirtschaftsfreiheit*» (Art. 27 und Art. 94 BV).

1.1 Die PostFinance AG als systemrelevante Bank mit rechtlich eingeschränktem Geschäftskreis

1.1.1 Von der selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts zur PostFinance AG

Der *Bundesrat* skizziert die *Schweizerische Post AG* in seinem Bericht «Staat und Wettbewerb» rechtlich zutreffend wie folgt: «Die Schweizerische Post AG (die Post) ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts, deren alleiniger Aktionär der Bund ist. Sie wird als Holdinggesellschaft mit den operativen Konzerngesellschaften Post CH AG, PostFinance AG und PostAuto Schweiz AG geführt. Die Aktivitäten und die Organisation der Post werden durch das Postgesetz (PG), die Postverordnung (VPG), das Postorganisationsgesetz (POG) sowie die Postorganisationsverordnung (VPOG) gere-

⁸³ Interpellation 18.3817 «Postfinance-Entscheid. Sind die Risiken beherrschbar?», Einreichungsdatum 25.9.2018, eingereicht im Ständerat, verfügbar auf www.parlament.ch.

⁸⁴ Stellungnahme des BUNDESRAATES vom 14. November 2018 zur Interpellation 18.3817 «Postfinance-Entscheid. Sind die Risiken beherrschbar?», verfügbar auf www.parlament.ch.

gelt. Der Bund muss laut Gesetz über die kapital- und stimmenmässige Mehrheit verfügen (Art. 6 POG). Der Bundesrat legt jeweils für vier Jahre fest, welche strategischen Ziele der Bund als Eigner erreichen will (Art. 7 POG)».⁸⁵

Im Zusammenhang mit der Beantwortung der Interpellation HEGGLIN spricht der Bundesrat von einer *Ausgliederung der PostFinance*. Worum ging es?

Mit der Reform des Postorganisationsgesetzes von 2010 wurde die *Post* in eine *spezialgesetzliche Aktiengesellschaft* umgewandelt. Im Zweckartikel wurde festgehalten, welche Dienstleistungen sie anbieten darf (Art. 3 POG); weiter wurde festgelegt, dass der Bund auf Dauer über die Aktienmehrheit verfügen muss (Art. 6 POG), das Steuerprivileg (Art. 10 POG) und die auf Gesetzesebene bisher bestandene Staatsgarantie abgeschafft (Haftung nach Art. 13 POG)⁸⁶ und die *PostFinance als Tochtergesellschaft* der Post in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft überführt wird.⁸⁷

Vor der Bildung der Post AG war die Unternehmung «Die Schweizerische Post» (Post) eine «*selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern*».⁸⁸ Sie war in das Handelsregister einzutragen.⁸⁹

Wie der Bundesrat in seiner Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG) festhielt, war die Organisation und die Verantwortlichkeit der Post bereits seit der Neuregelung im Jahr 1998 mit derjenigen einer Aktiengesellschaft vergleichbar.⁹⁰ Bei verschiedenen Bestimmungen wurden schon 1996 «Anleihen im Aktienrecht gemacht».⁹¹ Der politische Einfluss sei «aufs Wesentliche beschränkt und die operative Unternehmensführung an die Post übertragen» worden.⁹² Im POG 1997 seien «denn auch nur die Organe und deren Zusammenspiel geregelt, der organisatorische Aufbau der Post überlassen» worden.⁹³

⁸⁵ BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb, 30 m.Verw. auf die genannten Rechtserlasse..

⁸⁶ «Nachdem die branchenübliche Eigenmittel-Alimentierung sowie die Unterstellung unter die ordentliche Finanzmarktaufsicht vorgesehen ist, kann diese Garantie mittelfristig unter Berücksichtigung der Interessen der Kundinnen und Kunden aufgehoben werden. Damit werden gleiche Bedingungen geschaffen zwischen der Post beziehungsweise ihrer Tochter und denjenigen Finanzinstituten, die über keine Staatsgarantie verfügen». (BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5288).

⁸⁷ Siehe zur Reform im Überblick, BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5266 f.

⁸⁸ Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, POG), BBl 1997 II 1506.

⁸⁹ Art. 2 Abs. 2 POG 1997.

⁹⁰ BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5270.

⁹¹ BUNDESRAT, Botschaft POG 1996, 1320.

⁹² BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5270.

⁹³ a.a.O., 5270; hierzu auch BUNDESRAT, Botschaft POG 1996, 1320 f.

Ein wesentlicher *Zweck der Revision* war die Änderung der Aufsicht. Hierzu äusserte sich der Bundesrat 2009 u.a. wie folgt: Mit der Änderung des POG sollte namentlich die «Aufsicht über die Finanzdienstleistungen der Post respektive PostFinance neu geregelt» werden; dies, weil die frühere Aufsichtsordnung dem Einleger- und Systemschutz nicht mehr gerecht werde.⁹⁴ Deshalb sollte die PostFinance der «ordentlichen Finanzmarktaufsicht unterstellt werden».⁹⁵ Voraussetzung dafür war die Ausgliederung der PostFinance aus dem Stammhaus, da die FINMA gemäss Art. 2a BankV⁹⁶ nur Gesellschaften beaufsichtige, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind. Folglich sei die bisherige Tätigkeit der PostFinance in die Tochtergesellschaft «PostFinance AG» zu überführen.⁹⁷ Den Umfang von deren Tätigkeit regle Art. 3 POG.

Der Bundesrat ging dabei sinngemäss vom Fehlen eines Marktversagens aus. Er hielt ausdrücklich fest, «dass auf dem Schweizer Markt bereits ein ausreichendes Angebot für Hypotheken und Kredite vorhanden ist».⁹⁸

Es ist in keiner Weise zu erkennen, dass die genannten Reformpunkte, insbesondere die Änderung der Rechtsform, d.h. die Überführung der öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine *spezialgesetzliche* Aktiengesellschaft, es notwendig machten oder mit der Absicht erfolgt sein sollen, den in Art. 3 POG umschriebenen und damit rechtlich begrenzten Kreis der Finanzdienstleistungen auszudehnen. Der Bundesrat hielt vielmehr ausdrücklich fest: «Nach dem Willen des Bundesrates bleibt der PostFinance die Wiederanlage der Gelder im inländischen Kredit- und Hypothekarmarkt explizit untersagt».⁹⁹

1.1.2 PostFinance AG erhält Bankenbewilligung

Weiter argumentiert der Bundesrat in der Stellungnahme zur Interpellation HEGGLIN, dass der PostFinance AG am 6. Dezember 2012 die *Bewilligung als Bank* und Effektenhändlerin erteilt wurde. Dabei ist zu beachten, dass der geltende «Bankbegriff» einzig auf das *Passivgeschäft* abstellt, d.h. auf die Entgegennahme von Einlagen.¹⁰⁰ Deshalb steht der Bankenbewilligung an die PostFinance nicht entgegen, dass sie betreffend Aktivgeschäft

⁹⁴ BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5284.

⁹⁵ a.a.O., 5284.

⁹⁶ Jetzt Art. 3 der Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV), SR 952.02.

⁹⁷ BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5285.

⁹⁸ a.a.O., 5284.

⁹⁹ a.a.O., 5284.

¹⁰⁰ NINA REISER, Bankbegriff, 812.

rechtlichen Restriktionen unterliegt. Eine rechtliche Konsequenz aus der Bankenbewilligung betreffend Ausdehnung des Aktivgeschäfts kann aus der Bewilligung nicht abgeleitet werden.

1.1.3 PostFinance AG als systemrelevante Bank

Neben der Änderung der Rechtsform wurde die PostFinance gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BankG¹⁰¹ nach Anhörung der FINMA zu einer *systemrelevanten Bank* erklärt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind systemrelevant «unter anderem Banken, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde (vgl. Art. 7 Abs. 1 BankG)».¹⁰²

Das Bundesgericht äussert sich auch zur Frage, *wann* der potentielle Ausfall das *Systemrisiko* in sich birgt. «Dies ist dann der Fall, wenn sich der Ausfall einer Bank direkt auf die allgemeine Volkswirtschaft auswirkt, weil ihr Marktanteil in einzelnen Bereichen derart gross ist, dass es als Folge des Ausfalls zu einer direkten negativen Beeinträchtigung der Finanzierung von Unternehmen der Realwirtschaft oder zu einem Unterbruch der Infrastruktur für den Zahlungsverkehr kommt [...]. Potentiell systemrelevant sind unter anderem das inländische Einlagengeschäft und der Zahlungsverkehr, weil deren Ausfall innerhalb der schweizerischen Volkswirtschaft eine kritische Masse von Konsumenten betrifft, die durch den Verlust ihrer Einlagen nicht mehr in der Lage wären, ihren Zahlungspflichten nachzukommen [...]».¹⁰³ Als Folge – so das Bundesgericht – müssten «systemrelevante Banken auch besondere Anforderungen an die Eigenmittel erfüllen (vgl. Art. 9 Abs. 2 BankG)».¹⁰⁴ Was die PostFinance betrifft, so nimmt diese «eine bedeutsame Stellung im schweizerischen Zahlungssystem ein; gleichzeitig stellt sie aufgrund ihres Geschäftsmodells und der gesetzlich vorgegebenen Restriktionen einen *Sonderfall* unter den systemrelevanten Banken dar [...]. Folglich ist auch der *Vergleich mit anderen Finanzinstituten nur bedingt möglich*» (Hervorhebung nur hier).¹⁰⁵

Diese Besonderheiten brachte der *Bundesrat* u.a. wie folgt zum Ausdruck: «Für die Anlage der Kundengelder stehen der Post im Unterschied zu den Banken nicht alle Anlageformen offen. Es stehen ihr vor allem die Finanzbeteiligung (Kauf von Obligationen, Anleihen, etc.) an einzelnen Unternehmungen [...] und die Ausleihung an einzelne Kundinnen und Kunden im Rahmen marktüblicher Kontoüberzüge im Zusammenhang mit dem

¹⁰¹ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

¹⁰² BGer 2C_387/2018 vom 18. Dezember 2018, E 3.6.1.

¹⁰³ a.a.O., E 3.6.1. m. Verw.

¹⁰⁴ a.a.O., E 3.6.1.

¹⁰⁵ a.a.O., E 3.6.1. Vgl. zum Bankbegriff NINA REISER, Bankbegriff, 811 ff.

Zahlungsverkehr [...] zur Verfügung. Der Unterschied zum klassischen Zinsdifferenzgeschäft, der Anlage von Kundengeldern in Hypotheken und Krediten, ist, dass das oben dargelegte Geschäft in Form einer Finanzanlage nicht an Privatpersonen oder an KMU geht und dass die Anlage ein Rating ausweist, welches das Ausfall- und Bonitätsrisiko standardisiert bewertet. Zudem ist der Wiederverkauf einer Finanzanlage schneller möglich als bei Hypotheken und Krediten».¹⁰⁶

1.1.4 Fazit

Betreffend Konsequenzen aus der Rechtsformänderung hat der Bundesrat mit Verweis auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c-d sowie Art. 3 Abs. 2 Bst. b BankG ausgeführt, dass die innere Organisation von PostFinance den finanzmarktrechtlichen Vorschriften zu entsprechen habe und die Gesellschaft über die gesetzlich vorgeschriebene Eigenkapitalbasis verfügen müsse.¹⁰⁷

Eine Ausdehnung der Geschäftstätigkeit auf Kredite war in keiner Weise beabsichtigt. Ganz im Gegenteil führte der *Bundesrat* explizit aus: «Nach dem Willen des Bundesrates bleibt der PostFinance die Wiederanlage der Gelder im inländischen *Kredit- und Hypothekarmarkt explizit untersagt*» (Hervorhebung nur hier).¹⁰⁸

Daraus darf man schliessen, dass mit der Änderung der Rechtsform keinerlei Gedanken verbunden waren, den Geschäftskreis der Bank auf das Kreditgeschäft auszudehnen.

Weder der Übergang von der selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit zu einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft noch die Erteilung der Bankenbewilligung sowie die Erklärung zur systemrelevanten Bank können als *rechtlicher* Grund angeführt werden, dieser Gesellschaft das Recht einzuräumen, selbständig das Hypotheken- und ganz allgemein das Kreditgeschäft zu betreiben.

1.2 Neuere Lehre bezüglich Art. 92 Abs. 1 BV

Zum Begriff Postwesen fällt zunächst auf, dass neuere Publikationen, namentlich die Kommentierungen der BV – St.Galler Kommentar (2014), Basler Kommentar (2015), Kommentar von GIOVANNI BIAGGINI (2017) – nach wie vor explizit davon ausgehen, dass das Bankgeschäft von Art. 92 BV nicht erfasst wird. Wie sollte es auch ohne Verfassungs-

¹⁰⁶ BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5283 m.Verw. auf Art. 11 Abs. 3 der Postverordnung vom 26. November 2003 (VPG), SR 783.01.

¹⁰⁷ a.a.O., 5285.

¹⁰⁸ a.a.O., 5284.

änderung plötzlich erfasst werden? Eine explizite Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit des Kreditgeschäfts fehlt in der Kommentierung durch JEAN-FRANÇOIS AUBERT (2003). Auf die genannten Kommentierungen ist im Folgenden einzugehen.

In seinem Kommentar zur BV stellt GIOVANNI BIAGGINI fest: «Nicht erfasst wird das (durch BV 27 geschützte) Bankgeschäft».¹⁰⁹ Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass sich BIAGGINI auf MARTIN LENDI¹¹⁰ abstützt und betreffend die Ausweitung des Leistungskatalogs Folgendes festhält: «Die wiederholt diskutierte Errichtung einer Postbank, die über die hergebrachten Finanzdienstleistungen (insb. Zahlungsverkehr) hinaus z.B. auch Hypotheken und Kredite vergibt, kann nicht auf BV 92 abgestützt werden (so zu treffend BJ, Gutachten vom 20.11.2006, VPB 2009.9)».¹¹¹

Auch MARKUS KERN kommt betreffend «Postwesen» zur gleichen Auffassung: «Nicht Teil der Kompetenz ist hingegen das Bankgeschäft, dessen trennscharfe Abgrenzung vom Postwesen jedoch Schwierigkeiten bereiten kann. So war bereits früher die Ansicht vertreten worden, der Check- und Giroverkehr lasse sich nicht auf die Verfassungsgrundlage zum Postwesen abstützen.¹¹² Heute dürfte davon auszugehen sein, dass jedenfalls systematische Aktivitäten im Bereich des Kreditgeschäfts, von Anlage und Vorsorge sowie das Hypothekengeschäft nicht von Art. 92 Abs. 1 abgedeckt sind» (Hervorhebung nur hier).¹¹³

Zur gleichen Auffassung kamen schon 2014 PETER HETTICH und THOMAS STEINER: «Art. 92 erlaubt dem Bund nicht den Betrieb einer Postbank».¹¹⁴ PETER HETTICH stellt sodann ausdrücklich fest, dass der Bund auch gestützt auf Art. 98 BV «keine Kompetenz zur Gründung einer eigenen kommerziellen Bank» hat.¹¹⁵

Nicht auf die Frage nach dem Einbezug des Bankgeschäftes wird (vor der Veröffentlichung des BJ) in der Kommentierung von 2003 durch JEAN-FRANÇOIS AUBERT eingegangen. Er hält aber ebenfalls fest, dass Art. 92 BV den Absätzen 1 und 3 von Art. 36 aBV

¹⁰⁹ GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zu Art. 92 BV, N 4.

¹¹⁰ MARTIN LENDI, Kommentar BV 1874 zu Art. 36 BV, N 1, 7 ff.

¹¹¹ GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zu Art. 92 BV, N 4.

¹¹² MARKUS KERN, Basler Kommentar zu Art. 92 BV, N 5 m.Verw. auf WALTHER BURCKHARDT, Kommentar BV 1874 (3. Aufl.), 309.

¹¹³ a.a.O., N 5 m.Verw. auf BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 133 ff.

¹¹⁴ PETER HETTICH/THOMAS STEINER, St.Galler Kommentar zu Art. 92 BV, N 4 m.Verw. auf MARTIN LENDI, Kommentar BV 1874 zu Art. 36 BV, N 8, 10; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 129 ff. Zum gleichen Ergebnis war 2002 schon HERBERT BURKERT, St. Galler Kommentar zu Art. 92 BV (1. Aufl.), N 2, gelangt: Art. 92 Abs. 1 BV «legt die umfassende Bundeskompetenz im Bereich des Post- und Fernmeldewesens fest. Zum Postwesen gehören die allgemeinen Postleistungen einschliesslich des Postzahlungsverkehrs (nicht das Bankgeschäft – Botsch. BR zum VE 1996, S. 271 [...]). Materiell gleich, DERSELBE, St.Galler Kommentar zu Art. 92 BV (2. Aufl.), N 2.

¹¹⁵ PETER HETTICH, St.Galler Kommentar zu Art. 98 BV, N 12 m.Verw. auf BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 136.

entspricht; dies «avec quelques modifications» und dass dem Gesetzgeber durch die Verfassung keine Definition vorgegeben ist.¹¹⁶ «Les «services postaux» [...] se définissent par l'histoire et par la loi [...].¹¹⁷ Was den Zahlungsverkehr betrifft, so umfasst dieser schon lange «des versements et encaissements au guichet et des virements de compte à compte [...]».¹¹⁸

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die nach 2006 erfolgten Kommentierungen der BV in Übereinstimmung mit der Rechtsmeinung des BJ davon ausgehen, dass das Aktivgeschäft «Kreditvergabe» für die PostFinance von Verfassungswegen verboten ist.

Die Frage ist daher bezüglich Bund demokratisch auf der höheren Stufe der Rechtsordnung, d.h. mit Zustimmung von Volk und Ständen, entschieden worden. Die Argumentation QUINTOS, der Gesetzgeber könne darüber politisch entscheiden, überzeugt daher jedenfalls bezüglich Postbank nicht.¹¹⁹

1.3 Die PostFinance AG als Staatsbank des Bundes und der Grundsatz der «Staatsfreiheit der Wirtschaft» (Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV) unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung und Lehre

1.3.1 Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – Glarnersach

Im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Ausdehnung der Geschäftsfelder der PostFinance mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) auf Hypotheken zulässig wäre, gibt es kein höchstrichterliches Urteil.¹²⁰ Ein Entscheid, auf welchen sich der Bundesrat daher diesbezüglich in seiner Stellungnahme zur Interpellation HEGGLIN mit seinem Hinweis auf die «Rechtsprechung» beziehen wird, weil es um gewinnstrebige Staatswirtschaft geht, ist das Urteil «Glarnersach».¹²¹ Diese Vermutung wird durch einen Blick in den Bericht «Staat und Wettbewerb»

¹¹⁶ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Petit commentaire zu Art. 92 BV, N 1 f.

¹¹⁷ a.a.O., Art. 92 BV, N 2.

¹¹⁸ a.a.O., Art. 92 BV, N 2.

¹¹⁹ CORNEL QUINTO, Demokratie, 198: «Der Gesetzgeber soll darüber entscheiden, ob eine Kantonalbank betrieben wird, ob die Post im Wettbewerb tätig sein soll, ob Betrieb und Infrastruktur bei der SBB integriert bleiben».

¹²⁰ In diesem Zusammenhang ist auf Art. 190 BV hinzuweisen, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das BUNDESGERICHT und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Vgl. zu den durch Art. 190 BV erfassten und damit «immunisierten» Normen GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zu Art. 190 BV, N 10. Betroffen sind namentlich «Bundesgesetze (BV 163), unter Einschluss der dringlichen Bundesgesetze (BV 165), unabhängig davon, ob es zu einer Referendumsabstimmung (BV 141) gekommen ist oder nicht (dies jedoch wohl vorbehältlich schwerwiegender Verfahrensverstösse beim Erlass des Gesetzes; vgl. HANGARTNER/LOOSER, SG-Komm., Art. 190, N 30, m.w.H.)».

¹²¹ BGE 138 I 378.

bestätigt, in dem der Bundesrat unter dem Titel «Exkurs: Glarnersach» auf dieses Urteil ausführlich eingeht».¹²²

Das Bundesgericht hat nämlich mit seinem Urteil «Glarnersach» u.a. in grundsätzlicher Weise Stellung genommen zur Frage der «Zulässigkeit einer unternehmerischen Tätigkeit des Staates im Allgemeinen».¹²³

Das Urteil «Glarnersach» hat im juristischen Schrifttum einen beachtlichen Widerhall ausgelöst. Dazu gibt es zustimmende Stellungnahmen¹²⁴ und kritische Beurteilungen.¹²⁵

Betreffend die Heranziehung für das vorliegende Gutachten ist zu bemerken, dass «Lehren» aus diesem Urteil des Bundesgerichts nur mit Bezug auf die Übereinstimmung von Staatswirtschaft (Aktivgeschäft der PostFinance) mit Art. 27 i.V.m. Art 94 Abs. 1 BV und *nicht hinsichtlich der Kompetenzfrage des Bundes zur Errichtung einer Staatsbank* gezogen werden können.

¹²² BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb, 13 ff. Bei diesem Bericht handelt es sich um die Erledigung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 «Für eine freie Wirtschaftsordnung. Gegen Wettbewerbsverzerrung durch Staatsunternehmen» und des Postulats 15.3880 Schilliger vom 22.9.2015 «Konkurrenziert der Staat die Wirtschaft? Übersicht tut not».

¹²³ BGE 138 I 378 (Regeste).

¹²⁴ So CORNEL QUINTO/FELIX UHLMANN, Staatswirtschaft, 30; FELIX UHLMANN, Basler Kommentar zu Art. 94 BV, N 13. Im Ergebnis zustimmend, aber in wichtigen Punkten kritisch YVO HANGARTNER, Urteilsbesprechung, 1817 ff., der u.a. anmerkt, «rechtspolitisch wäre der Fall anders zu beurteilen. Öffentliche Unternehmen sollten nicht Aufgaben erfüllen, welche die Privatwirtschaft ebenso gut erfüllen kann [...]». Vgl. ferner CORNEL QUINTO, Demokratie, 197 ff., der die Interessen des Kantons Glarus sowie der «Glarnersach» im Verfahren vor Bundesgericht vertreten hat.

¹²⁵ RENÉ RHINOW, Wirtschaftsordnung, 30, der hohe Anforderungen für die staatliche Wirtschaftstätigkeit in Bezug auf die gesetzliche Grundlage sowie das öffentliche Interesse («besondere, überwiegende öffentliche Interessen») fordert. Ähnlich MARKUS SCHOTT, Schutz, N 16 ff.; RAPHAEL KRAEMER/ANDREAS STÖCKLI, Staatswirtschaft, 34 ff., die die Ausdehnung der Geschäftstätigkeit der «Glarnersach» für unverhältnismässig halten. PETER HETTICH, Urteilsbesprechung, 1469 ff., stellt das Erbringen des Nachweises eines *Marktversagens* zur Herleitung und Plausibilisierung von öffentlichen Interessen zur Diskussion. GIOVANNI BIAGGINI, Urteilsbesprechung, 671 ff., erblickt in einer allfälligen Mitfinanzierung des Monopolbereichs durch den Wettbewerbsbereich eine «Subventionierung der Dienstleistungen im Monopolbereich [...] zulasten der Kunden und der privaten Konkurrenz im Wettbewerbsbereich». Als Ausprägungen von Subventionen können in diesem Kontext etwa der Verzicht auf Gewinn oder die Schadloshaltung bei Verlusten durch den Staat gesehen werden. Vgl. hierzu URS MEISTER, Staat, 31. Kritisch zum «Verbot systematischer Quersubventionierungen» JOHANNES REICH, Gebäudeversicherung, 1411 f. Vgl. dazu auch STEPHAN FUHRER, Anmerkungen, 434 f. Vgl. zur Berücksichtigung des Urteils in Kommentierungen GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zu Art. 94 BV, N 6a; KLAUS A. VALLENDER, St.Galler Kommentar zu Art. 94 BV, N 22 ff.

Die hier interessierenden Grundaussagen des Urteils sind einer Analyse von Bundesrichter HANS GEORG SEILER entnommen, der selbst als Richter bei der Entscheidung mitwirkte:

- «Es liegt *kein Eingriff in das Individualgrundrecht* der Wirtschaftsfreiheit vor, da diese keinen Schutz vor neuen Konkurrenten gewährt (E. 6.2).
- Art. 94 BV enthält zwar einen Grundsatzentscheid für eine privatwirtschaftliche Wirtschaftsordnung; *unternehmerisches Handeln des Staates ist aber zulässig*, sofern eine gesetzliche Grundlage vorliegt, die Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig sowie wettbewerbsneutral ist. [...]
- *Weil kein Eingriff in das Individualgrundrecht vorliegt*, erfolgt die *Prüfung* des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit nicht nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV, sondern *nach Art. 5 Abs. 2 BV*.
- Für das öffentliche Interesse verweist das Bundesgericht auf die *Definitionshoheit des Gesetzgebers*: Was im demokratischen Prozess als staatliche Aufgabe festgelegt wurde, gilt als öffentliches Interesse und ist grundsätzlich zulässig; *mit Art. 94 BV unvereinbar* wären wirtschafts- oder standespolitische *Massnahmen, welche den freien Wettbewerb behindern*, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen oder die privatwirtschaftliche Tätigkeit oder die Wettbewerbsordnung auszuschalten (E. 8.3). [...]
- Das Bundesgericht setzt insbesondere nicht voraus, dass ein Marktversagen vorliegt; es wäre widersprüchlich, einerseits zu postulieren, dass unternehmerisches Staatshandeln *unter gleichen Bedingungen* erfolgen soll *wie entsprechende Tätigkeiten Privater*, andererseits aber staatliche Tätigkeit nur dann zuzulassen, wenn kein genügendes privates Angebot besteht» [...] (Hervorhebung nur hier).¹²⁶

Diese konzise Zusammenfassung gibt die zentralen Wertungen des Bundesgerichts zur Wirtschaftstätigkeit öffentlicher Unternehmen treffend wieder. Sie bildet den gegenwärtigen Massstab zur Frage, was der Staat in Konkurrenz zur Privatwirtschaft grundsätzlich darf. Ob diese rechtliche Einschätzung des Bundesgerichts von der Lehre geteilt wird oder nicht, ändert an der gegenwärtigen Massstabsfunktion der höchstrichterlichen Rechtsprechung nichts.¹²⁷

¹²⁶ HANSJÖRG SEILER, *Wirtschaftliche Tätigkeit*, 406.

¹²⁷ Verbal hält zwar das Bundesgericht an den Anforderungen des öffentlichen Interesses und dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit fest. Materiell *ebnet* es aber *den Stufenaufbau der Rechtsordnung ein*, indem es dem Gesetzgeber allein überlässt, zu *sagen, was im öffentlichen Interesse liegt* und auch die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nur auf Willkür prüft. Vgl. BGE 138 I 378 E. 8.2: «Zudem wird die Einhaltung der Grundsätze von Art. 5 Abs. 2 BV ausserhalb von Grundrechtseingriffen im Zusammenhang mit kantonalem Recht vom Bundesgericht nur auf Willkür hin überprüft». Wie RENÉ RHINOW, *Wirtschaftsordnung*, 30, festhält, «liefert das Gericht den Grundsatz der privaten Wirtschaftsordnung vollumfänglich dem

Das Bundesgericht hat die *Kernaussagen* des Entscheids «Glarnersach» mit einem neueren Urteil (Urteil vom 22. Mai 2017, in Sachen UVEK gegen A. AG und Universität Zürich, BGE 143 II 425) bestätigt.¹²⁸ Es hat insbesondere auch wieder die Bedeutung des institutionellen Aspekts von Art. 94 BV hervorgehoben: «Der Grundsatz der *Wettbewerbsneutralität* staatlichen Handelns ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 27 BV und Art. 94 BV. Während Art. 27 BV den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit garantiert, schützt Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit».¹²⁹ Bezogen auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates folgt aus «dem Grundsatzentscheid für eine privatwirtschaftliche Wirtschaftsordnung» für das Bundesgericht, «dass unternehmerisches Handeln des Staates

Gesetzgeber [...] aus». Namentlich die Argumente bezüglich die Anforderungen an das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit stimmen im Ergebnis weitgehend mit der von FELIX UHLMANN in seiner Dissertation begründeten Auffassung überein: «*In Abweichung von der herrschenden Doktrin* (Hervorhebung nur hier) geht die vorliegende Arbeit davon aus, dass das Problem staatlicher Wirtschaftstätigkeit nicht die *Gewinnorientierung* als solche darstellt. [...] Entscheidend ist vielmehr, welchen Einfluss staatliche Wirtschaftstätigkeit auf den *Wettbewerb* hat. [...] Eine solche wettbewerbszentrierte Konzeption [...] untersucht somit nicht die Motive staatlichen Handelns, sondern konzentriert sich auf die Beseitigung derjenigen Verhaltensweisen, welche die private Konkurrenz tatsächlich beeinträchtigen. Konsequenterweise sind deshalb dem *Grundsatz der Staatsfreiheit* und einem wirtschaftsrechtlich gedeuteten Subsidiaritätsprinzip eine *rechtlich verbindliche Steuerungsfunktion abzusprechen* (Hervorhebung nur hier). [...] Das von der herrschenden Lehre postulierte öffentliche Interesse für *jede staatliche Wirtschaftstätigkeit* entbehrt ausserhalb des Monopolbereichs jeder Steuerungsfunktion und ist aus diesem Grund zu verwerfen». (FELIX UHLMANN, *Gewinnorientiertes Staatshandeln*, 274 f.)

Was die *Kritik* am Urteil des Bundesgerichts betrifft, wird vor allem an den niedrigen Anforderungen hinsichtlich der Überprüfung der vom Bundesgericht selbst genannten Rechtmässigkeitsvoraussetzungen angeknüpft. Das Bundesgericht geht zwar verbal davon aus, dass Voraussetzungen das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit sind, materiell sind diese Voraussetzungen aber leerlaufend, da sich die Kontrolle auf eine Willkürprüfung beschränkt. «Wie soll der schleichenden Ausdehnung gewinnstrebigster staatlicher Unternehmenstätigkeit Einhaltung geboten werden, wenn die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage (insb. Bestimmtheitserfordernis) und an das öffentliche Interesse so tief angesetzt werden, dass sie kaum mehr begrenzende Wirkung entfalten»? (GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zu Art. 94 BV, N 6a) Im Grunde genommen geht es nicht mehr um Auslegung, sondern um Negierung der Normativität von Art. 94 Abs. 1 BV. Der Grundsatz der Staatsfreiheit verliert seine Steuerungsfunktion. Die BV wird ordnungspolitisch neutralisiert. Die Unterschiede zu offenen Verfassungen werden völlig relativiert, d.h. die Spezifika der schweizerischen Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV) verlieren ihre praxisbestimmende Funktion. Vgl. zu dieser Problematik KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit*, 32 ff., 269 ff. Als Beispiel für eine relativ offene Wirtschaftsverfassung gilt das deutsche Grundgesetz. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat sich «der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden». (a.a.O., 33 m.Verw. auf BVerfGE 4, 7, 17 f. (Investitionshilfe-Urteil); bestätigt, in: BVerfGE 7, 377, 400 (Apotheken-Urteil); BVerfGE 50, 290, 336 ff. (Mitbestimmungs-Urteil). Vgl. zu den unterschiedlichen ordnungspolitischen Konzepten KLAUS A. VALLENDER, *Gewerbefreiheit*, N 50 ff.; siehe zur Besonderheit der BV auch schon JÖRG PAUL MÜLLER/MARTIN LOOSER, *Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit*, 13: «Es ist keine andere Verfassung bekannt, die mit gleicher Prägnanz die Wirtschaftsfreiheit als eigenständiges Grundrecht garantiert wie es die alte und die neue Bundesverfassung tun».

¹²⁸ Vgl. ANDREAS ABEGG/MARCO FREI, *Eintritt*, 142 ff.

¹²⁹ BGE 143 II 425 E. 4.2.

auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV)».¹³⁰

Bezug genommen wird aber betreffend Anforderungen wiederum auf Art. 5 BV und nicht – wie von YVO HANGARTNER überzeugend gefordert¹³¹ – auf Art. 36 BV.¹³² Besonders hervorgehoben wird indessen das Erfordernis der *Wettbewerbsneutralität*. Demnach soll die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates «zudem wettbewerbsneutral bzw. nicht wettbewerbsverzerrend sein, d.h. den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen sein wie ein entsprechendes privates Unternehmen» [...].¹³³ Besonders betont wird sodann das Verbot der Quersubventionierung.¹³⁴ Die Wettbewerbsneutralität wird nach dem hier vertretenen Standpunkt in den wenigsten Fällen in der Realität gegeben sein.¹³⁵

¹³⁰ BGE 143 II 425 E. 4.3.

¹³¹ YVO HANGARTNER, Urteilsbesprechung, 1822.

¹³² a.a.O., 1820: Mit HANGARTNER ist davon auszugehen, dass Art. 94 BV auch die Funktion hat, «vor der Auflistung der zahlreichen Möglichkeiten zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit das unter Vorbehalt dieser Einschränkungen geltende primäre Prinzip der Wirtschaftsfreiheit in Erinnerung zu rufen. Die normative Konsequenz dieser durch Art. 94 Abs. 1 BV ausgedrückten Überlegungen ist, dass auch dort, wo die Bundesverfassung gesetzliche Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit ermöglicht (also nicht geradezu vorschreibt), der Gesetzgeber die Verpflichtung hat, die einzelnen von ihm vorgesehenen Einschränkungen im Sinn von Art. 36 BV zu rechtfertigen». Daran wäre u.E. auch die Gerichtskontrolle auszurichten. Grundsätzlich gl. M. MARKUS SCHOTT, Schutz, N 19: «Zutreffend ist m.E., dass die Wirtschaftsfreiheit staatliche Wirtschaftstätigkeit nicht per se verbietet. Hingegen wäre es m.E. sachgerecht, die staatliche Wirtschaftstätigkeit in Konkurrenz zu privaten Anbietern als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zu qualifizieren, welcher nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV, bei Beachtung des Erfordernisses der Wettbewerbsneutralität und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 Abs. 1 und BV 4 zulässig ist».

¹³³ BGE 143 II 425 E. 4.3.

¹³⁴ In BGE 143 II 425 E. 4.3 spricht das Bundesgericht erneut vom «Grundsatzentscheid für eine privatwirtschaftliche Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV)». Es folgert daraus aber wieder nur das Erfordernis, dass «unternehmerisches Handeln des Staates auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss», und zwar nach dem Massstab von «(Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV)».

¹³⁵ Die Frage der Wettbewerbsneutralität im Zusammenhang mit Dienstleistungen der Post im Rahmen des «Zahlungsverkehrs» ist keineswegs neu. Sie wurde immer wieder in unterschiedlichen Kontexten angesprochen. Dabei kommt insbesondere das besondere Vertrauen in den Staatsbetrieb zum Ausdruck. «Die Postverwaltung bietet als staatliche Institution für die ihr anvertrauten Gelder eine geradezu *ideale Sicherheit* [...]. Der Umstand, dass *Einzahlungen* auf Scheckrechnung *bei allen rechnungspflichtigen Poststellen* werden gemacht werden können, kommt namentlich den Leuten aller Stände auf dem Lande zu gut» [...] (Hervorhebung nur hier). (BUNDESRAT, Botschaft Postscheck- und Giroverkehr 1904, 618) Im Zusammenhang mit der Absicht der Errichtung einer Postsparkasse wurde u.a. ausgeführt: «Fasst man zu der ausserordentlichen *Erleichterung der Sparbetätigung* durch die Postsparkasse, wie sie *in dieser Vollkommenheit von keiner anderen Sparanstalt erreicht* wird, noch die Sicherstellung der Einlagen durch den Bund ins Auge, so darf, wir wiederholen es, auf einen Erfolg gerechnet werden» (Hervorhebung nur hier). (BUNDESRAT, Botschaft Postsparkasse 1914, 321) Auch bei der Wiedereinführung der Postscheckverzinsung gab es ähnliche Überlegungen. So führte der Berichterstatter anlässlich der Beratung des PTT-Voranschlags 1989 aus, «dass diese Postscheckverzinsung nicht eingeführt werden sollte; denn wir schaffen dadurch eine starke Konkurrenzierung namentlich der kantonalen und regionalen Banken. [...] Nun kommt noch etwas Weiteres dazu. Es wird nicht möglich sein, dass die PTT dieses Geschäft der Postscheckverzinsung wirklich so gestalten und führen können, wie wenn sie ein vollkommen freies Unternehmen wären. Sie können hier Ausgleichs schaffen bezüglich Fixkosten, bezüglich anderweitiger, *unentgeltlicher Beanspruchung von Infrastrukturen, die sie dank ihrer Monopolstellung natürlich sehr günstig ausbauen* und beanspruchen können, so dass sie nicht gleich zu

1.3.2 Fragliche Wettbewerbsneutralität einer Postbank

Unter dem Titel «*Quintessenz*» macht HANS GEORG SEILER einen sehr wichtigen Hinweis, den man als Überlegung im Sinne einer differenzierend weiterführenden Anregung zur Weiterentwicklung der Rechtsprechung auffassen kann. Im Zusammenhang mit der Forderung, wonach das staatliche Unternehmen den gleichen Regeln unterstehen muss wie die private Konkurrenz, führt er im Anschluss an seine Analyse des bundesgerichtlichen Urteils, an welchem er selbst mitwirkte, aus: «Nicht thematisiert wird freilich der Aspekt, dass sich das staatliche Unternehmen im Unterschied zu Privaten nicht auf dem privaten Kapitalmarkt finanzieren muss und eine gewisse *faktische Staatsgarantie* hat» (Hervorhebung nur hier).¹³⁶ Eine solche *faktische* Staatsgarantie wäre u.E. hinsichtlich Finanzierung auch bei einer *Postbank*, wie sie dem Bundesrat vorschwebt, gegeben.

Hinzu kommt u.E. bei dieser Einrichtung ein weiteres Faktum, welches den «Glarner-sach-Anforderungen» widerspricht. Es geht um eine *Quersubventionierung besonderer Art*, nicht um die Nichtbeachtung der von der PostCom gemäss Art. 22 Postgesetz (PG)¹³⁷ zu überwachenden Einhaltung des im Postgesetz (Art. 19) differenziert geregelten Quersubventionierungsverbots. Vordergründig handelte es sich bei der Postbank «um eine «normale» Konkurrenz, ist doch nicht einzusehen, weshalb eine Bank die Konkurrenz durch die Post mehr zu fürchten hätte als jene durch eine andere Bank».¹³⁸ Einen ernst zu nehmenden Einwand gibt es allerdings: «Der staatliche Versorgungsauftrag macht es notwendig, dass die PTT ein flächendeckendes Poststellennetz unterhält. [...] Dasselbe Netz lässt sich indes auch für Zwecke des Zahlungsverkehrs und zum Vertrieb bankähnlicher Leistungen nützen».¹³⁹ Von einem solchen beachtlichen Wettbewerbsvorteil würde daher auch die *Postbank* profitieren. Dieser Vorteil wiegt u.E. dauerhaft bzw. – bei Verwendung der Terminologie des Bundesgerichts im Urteil «Glarnersach» – «systematisch».¹⁴⁰ Er ist

rechnen haben, wie es die privaten Institute tun müssen [...]. Am Schluss wird es immer so sein, dass die PTT gegenüber den privaten Instituten unverdiente Kostenvorteile haben» (Hervorhebung nur hier). (PTT. Voranschlag 1989, 879).

¹³⁶ HANSJÖRG SEILER, *Wirtschaftliche Tätigkeit*, 407.

¹³⁷ Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, SR 783.0.

¹³⁸ STEFAN HOFFMANN, *Privatisierung*, 26.

¹³⁹ a.a.O., 26; gemäss Art. 14 Abs. 5 PG stellt die Post landesweit ein flächendeckendes Netz von Zugangspunkten sicher. «Dieses umfasst a) ein landesweit flächendeckendes Poststellen- und Postagenturennetz, das sicherstellt, dass die Grundversorgung für alle Bevölkerungsgruppen in allen Regionen in angemessener Distanz zugänglich ist; b) öffentliche Briefeinwürfe in ausreichender Zahl, mindestens aber einen pro Ortschaft».

¹⁴⁰ BGE 138 I 378 E. 9.1.

keineswegs auf «Erstkontakte» beschränkt und daher nicht «bescheiden».¹⁴¹ Wohl kaum zu bestreiten ist, dass wenigstens ein faktischer Wettbewerbsvorteil gegeben wäre.¹⁴²

Diese Bevorzugung wäre auch nicht durch buchhalterische Trennung zu beseitigen.¹⁴³ Zutreffend stellt YVO HANGARTNER fest: «Staatliche Monopolbetriebe, die auch so genannte freie Tätigkeiten in Konkurrenz mit Privaten ausüben, sind problematisch auch dann, wenn die besonders verpönte Quersubventionierung unterbleibt. Allein die Tatsache, dass der Monopolbereich faktisch in Anspruch genommen werden muss und damit den Kontakt zum Staatsunternehmen erzwingt, verletzt den Wettbewerb zu Lasten der privaten Mitbewerber. Unter diesem Gesichtswinkel ist es zum Beispiel kaum haltbar, dass das Staatsunternehmen «Die Post» in den Publikumsräumen, die der Abwicklung auch von Monopoleschäften dienen, private Papeterien und Buchhandlungen konkurrenziert».¹⁴⁴ In diesem Zusammenhang ist an die Forderung HANGARTNERS zu erinnern, dass vor der Frage, ob eine Verzerrung des Marktes dadurch entsteht, dass das Staatsunternehmen in einem benachbarten Bereich ein Monopol besitzt, die Frage zu beantworten wäre, ob das Unternehmen überhaupt ein zulässiger Konkurrent ist.¹⁴⁵

Mit der Problematik der Wettbewerbsverzerrungen beschäftigt sich der Bundesrat differenziert und tiefgehend im Bericht «Staat und Wettbewerb».

Dies namentlich mit Bezug auf die *implizite Staatsgarantie*. Wie zutreffend hervorgehoben wird, muss eine solche «nicht immer explizit im Gesetz fixiert sein, um ihre Wirkung zu entfalten».¹⁴⁶ Ein Wettbewerbsvorteil könne z.B. darin bestehen, dass den staatsnahen Unternehmen geringere *Kapitalkosten* entstehen, «was in gewissem Ausmass auch für alle

¹⁴¹ BGE 138 I 378 E. 9.4, vgl. zu dieser Problematik PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR ET AL., Wettbewerbsverzerrungen, 25 m.w.H.

¹⁴² Ein Teil der Lehre fordert schon lange, dass bei der Beurteilung der Grundsatzkonformität, die Art. 94 Abs. 1 BV verlangt, nicht nur auf das Motiv, sondern zugleich auf die Wirkung der Massnahme abgestellt werden sollte. Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zu Art. 94 BV, N 5; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Wirtschaftsrecht, 102; STEFAN VOGEL, Marktteilnehmer, 100 m.w.Verw.: «Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit erklärt die freiheitliche Wirtschaftsordnung als *System* zum schützenswerten Gut. Neben der Zielsetzung, die hinter einer staatlichen Vorkehr steckt, kommt es deshalb auch auf die *Wirkung* auf die Wirtschaft an». Vgl. dazu weiter die Analyse von PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR ET AL., Wettbewerbsverzerrungen, 108 f.

¹⁴³ Siehe hierzu Art. 19 PG mit der Marginalie «*Finanzierung, Quersubventionierung und Rechnungslegung*». Nach Art. 19 Abs. 2 PG muss die Post «ihr Rechnungswesen so ausgestalten, dass Kosten und Erlöse der einzelnen Dienstleistungen ausgewiesen werden können».

¹⁴⁴ YVO HANGARTNER, Staat als Unternehmer, 246; vgl. dazu auch STEFAN VOGEL, Marktteilnehmer, 217, der die Problematik mit der Frage «Die Post: ein Gemischtwarenladen?» charakterisiert.

¹⁴⁵ YVO HANGARTNER, Urteilsbesprechung, 1820: «Vor der Frage, ob die Glarnersach durch die Tatsache, dass sie in einem benachbarten Bereich ein Monopol besitzt, den Markt verzerrt und dadurch die (gemäss Praxis des Bundesgerichts in Art. 27 BV verankerte) Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verletzt, stellt sich indessen die *Grundsatzfrage*, ob die Glarnersach als staatliches Unternehmen überhaupt eine grundsätzlich zulässige Konkurrentin ist. Beide Fragen stellen sich primär unter dem Aspekt der objektivrechtlichen Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 BV» (Hervorhebung nur hier).

¹⁴⁶ BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb, 11.

Unternehmen mit systemrelevanten bzw. versorgungsnotwendigen Infrastrukturen gelten dürfte» (Hervorhebung nur hier).¹⁴⁷ Überzeugend ist die Auffassung des Bundesrates, wonach Ratingagenturen in ihrer Bewertung «eine solche Garantie» bestätigen. Dies trifft insbesondere für die PostFinance zu.¹⁴⁸

Eine Besonderheit hinsichtlich der Kapitalausstattung der Post AG und damit verbunden der PostFinance AG ist sodann in der Art der Kapitalbeschaffung zu erblicken. Im Zusammenhang mit der Umwandlung der Anstalt Post in die Post-AG führte der Bundesrat aus, «dass es sich um eine reine «rechtsformändernde Umwandlung» handelte.¹⁴⁹ Bezüglich Ausgliederung der PostFinance hielt der Bundesrat fest: «Für die Ausgliederung [...] wird gleichzeitig mit der Eröffnungsbilanz der Post AG auch eine Zwischenbilanz für die PostFinance AG erstellt. In dieser Zwischenbilanz werden u.a. die Vermögenswerte ausgewiesen, welche von der Anstalt Post auf die Postfinance AG übertragen werden» [...].¹⁵⁰ Zum Eigenkapital führte der Bundesrat im Zusammenhang mit der Umwandlung aus, die Schweizerische Post habe in den letzten Jahren die Aufstockung des Eigenkapitals vorangetrieben. «Teil dieses Eigenkapitals ist auch das Dotationskapital. Sinnvollerweise soll dieses Dotationskapital mit der Umwandlung der Anstalt in eine Aktiengesellschaft in Eigenkapital umgewandelt werden».¹⁵¹ Entsprechend heisst es in Art. 13 Abs. 4 POG: «Er [der Bundesrat] kann mit dem Beschluss über die Eröffnungsbilanz das Dotationskapital der Anstalt in Eigenkapital der Aktiengesellschaft umwandeln, um eine angemessene Eigenkapitalquote zu erreichen. Die Staatsrechnung des Bundes und die Bilanz der Post werden entsprechend angepasst».

Wir gehen nach dem Gesagten davon aus, dass bei Berücksichtigung der genannten Gesichtspunkte – indirekte Staatsgarantie, Infrastrukturnutzung, Finanzierungsvorteile – nicht mehr von «Wettbewerbsneutralität» gesprochen werden kann.

1.4 Andere Gründe

Die Gutachter gehen davon aus, dass andere Gründe rechtlicher Art, welche die im Gutachten des BJ und im vorliegenden Gutachten dargelegte Rechtsauffassung ändern könn-

¹⁴⁷ BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb, 23.

¹⁴⁸ a.a.O., 23 u.a. m. Verw. auf die Bewertung der PostFinance durch Standard & Poor's 2016b. «Die PostFinance AG ist eine systemrelevante Bank und wird von der Ratingagentur Standard & Poor's mit einem AA+ bewertet». (verfügbar auf www.postfinance.ch/de/ueber-uns/unternehmen/systemrelevanz-rating.html)

¹⁴⁹ BUNDESRAT, Botschaft POG 2009, 5296.

¹⁵⁰ a.a.O., 5296.

¹⁵¹ a.a.O., 5297.

ten, nicht vorliegen. Sie sind der Überzeugung, dass besondere fiskalische oder betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte¹⁵² nichts an der dargelegten Verfassungslage ändern können.

D. Ergebnis

Im *ersten Teil des Gutachtens* wurde der Frage nachgegangen, ob die Kernaussagen des Gutachtens des BJ von 2006, welches dieses im Auftrag des UVEK ausarbeitete, gemäss der Rechtslage von 2006 zutreffen. Das BJ war nach sorgfältiger Analyse der Art. 92, 98 und 99 BV u.a. zum Schluss gekommen, die Ausdehnung der Tätigkeit der PostFinance auf die Bereiche Aktivgeschäft, Anlage und Vorsorge sowie das Hypothekengeschäft benötige eine Verfassungsänderung. Die Verfassungsmässigkeit einer solchen Postbank wurde verneint.

Wir teilen die Auffassung, dass die Verneinung der Verfassungsmässigkeit aus zwei Gründen der Rechtslage entsprach. Einerseits fehlte die von Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV verlangte Bundeskompetenz. Andererseits bestand nach begründeter Auffassung des BJ kein Marktversagen, weshalb die Errichtung einer Postbank des Bundes, welche die genannten Aktivgeschäfte betreiben wollte, mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft (Art. 27 BV i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV) in Konflikt steht. Das BJ verneinte die Verfassungsmässigkeit 2006 auch unter diesem Aspekt wohlbegründet.

Der *zweite Teil des Gutachtens* ging der Frage nach, ob die Rechtsentwicklung seit 2006 etwas an der Zulässigkeitsfrage ändert (Umwandlung, Ausgliederung, Bankenbewilligung, Systemrelevanz).

Hier ist u.E. eindeutig, dass die genannte Rechtsentwicklung an der fehlenden Bundeskompetenz nichts ändert. Das ergibt sich aus der Tatsache, dass auf der Stufe der Bundesverfassung diesbezüglich keine Änderung stattfand.

Ob die Errichtung einer Postbank mit den geplanten Aktivgeschäften unabhängig von der fehlenden Bundeskompetenz mit dem Grundsatz der «staatsfreien Wirtschaft» in Einklang zu bringen ist, kann – legt man die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Tätigkeit des Staates im Wettbewerb zugrunde – nicht so eindeutig beantwortet werden wie die Kompetenzfrage.

¹⁵²

Gl. M. schon das BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten 2006, 135.

Wir kommen aber begründet zum Schluss, dass die «Wettbewerbsneutralität» dauerhaft nicht gegeben wäre; dies namentlich wegen der impliziten Staatsgarantie, der Art und Weise der Kapitalausstattung der PostFinance AG und der festgestellten Querfinanzierung besonderer Art. Aus diesem Grund verstiesse die Errichtung einer Postbank u.E. auch gegen Art. 94 Abs. 1 BV.

Literaturverzeichnis

- ABEGG ANDREAS/FREI MARCO, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, Urteilsbesprechung zu BGE 143 II 425, in: recht 3 (2018), 142-154 (zit.: *Eintritt*).
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Art. 92 + 98 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich 2003 (zit.: *Petit commentaire*).
- BIAGGINI GIOVANNI, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit.: *Kommentar*).
- BIAGGINI GIOVANNI, Urteilsbesprechung zu BGE 138 I 376, in: ZBl 113 (2012), 665-674 (zit.: *Urteilsbesprechung*).
- BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Aufl., Bern 1914 (zit.: *Kommentar BV 1874 (2. Aufl.)*).
- BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931 (zit.: *Kommentar BV 1874 (3. Aufl.)*).
- BURKERT HERBERT, Art. 92 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar*, 1. Aufl., Zürich 2002 (zit.: *St.Galler Kommentar zu Art. 92 BV (1. Aufl.)*).
- BURKERT HERBERT, Art. 92 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2008 (zit.: *St.Galler Kommentar zu Art. 92 BV (2. Aufl.)*).
- EICHENBERGER KURT, Verfassungsrechtliche Einleitung, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Band I, Basel/Zürich/Bern 1987 (zit.: *Verfassungsrechtliche Einleitung*).
- FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts (30), in: HAVE 4 (2012), 429-437 (zit.: *Anmerkungen*).
- HANGARTNER YVO, Der Staat als Unternehmer, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St.Gallen (HSG) (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz*, Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich/St. Gallen 2007, 237-250 (zit.: *Staat als Unternehmer*).
- HANGARTNER YVO, Urteilsbesprechung zu BGE 138 I 378, in: AJP 12 (2012), 1817-1823 (zit.: *Urteilsbesprechung*).
- HAUSER HEINZ/VALLENDER KLAUS A., *Zur Bindung des Wirtschaftsgesetzgebers durch Grundrechte*, Bern 1989 (zit.: *Bindung*).

- HETTICH PETER, Art. 98 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit.: *St.Galler Kommentar zu Art. 98 BV*).
- HETTICH PETER, Urteilsbesprechung zu BGE 138 I 378, in: AJP 10 (2012), 1467-1471 (zit.: *Urteilsbesprechung*).
- HETTICH PETER/KOLMAR MARTIN/HOFFMANN MAGNUS/KOLLER JANNICK/MATHIS LUKAS, Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2017 (zit.: *PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR ET AL., Wettbewerbsverzerrungen*).
- HETTICH PETER/STEINER THOMAS, Art. 92 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit.: *St.Galler Kommentar zu Art. 92 BV*).
- HOFFMANN STEFAN, Privatisierung: eine Entlastung des Staatshaushalts, in: Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur, Band 74 (1994), Heft 11, 20-27 (zit.: *Privatisierung*).
- KERN MARKUS, Art. 92 BV, in: Waldmann Bernhard et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: *Basler Kommentar zu Art. 92 BV*).
- KNAPP BLAISE/RUCH ALEXANDER/SCHWEIZER RAINER J., Kommentierung des nachgeführten Verfassungsentwurfs, in: Konferenz der Kantonsregierungen, Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997, 17-52 (zit.: *Kommentierung*).
- KRAEMER RAPHAEL/STÖCKLI ANDREAS, Grenzenlose Staatswirtschaft?, Urteilsbesprechung zu BGE 138 I 378, in: recht 1 (2013), 28-45 (zit.: *Staatswirtschaft*).
- KRÄHENMANN BEAT, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Diss. Basel 1986, Basel 1987 (zit.: *Tätigkeit*).
- LENDI MARTIN, Art. 36 BV, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1987 (zit.: *Kommentar BV 1874 zu Art. 36 BV*).
- LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2011 (zit.: *Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle*).
- MEISTER URS, Warum der Staat nicht in den Markt expandieren soll – Zum jüngsten Bundesgerichtsentscheid zu kantonalen Gebäudeversicherungen, in: NZZ Nr. 181 vom 7. August 2012, 31 (zit.: *Staat*).
- MÜLLER JÖRG PAUL/LOOSER MARTIN, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsrecht des Bundes und in der EMRK, in: Medialex 2000, 13-23 (zit.: *Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit*).

- QUINTO CORNEL, Direkte Demokratie und Staatswirtschaft, Urteilsbesprechung zu BGE 138 I 378, in: recht 4 (2013), 195-207 (zit.: *Demokratie*).
- QUINTO CORNEL/UHLMANN FELIX, Staatswirtschaft ja, aber fair – Ein kluger Bundesgerichtsentcheid zur Glarnersach, in: NZZ Nr. 205 vom 4. September 2012, 30 (zit.: *Staatswirtschaft*).
- REICH JOHANNES, Gebäudeversicherung und "negativ nachgeführte" Bundesverfassung, in: AJP 9 (2013), 1399-1412 (zit.: *Gebäudeversicherung*).
- REISER NINA, Ist der Bankbegriff im Lichte aktueller technologischer Entwicklungen noch zeitgemäss?, in: AJP 7 (2018), 811-824 (zit.: *Bankbegriff*).
- RHINOW RENÉ, Art. 31^{quater} BV, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1987 (zit.: *Kommentar BV 1874 zu Art. 31^{quater} BV*).
- RHINOW RENÉ, Die freie Wirtschaftsordnung ernst nehmen, in: NZZ Online vom 4. September 2012, verfügbar auf www.nzz.ch (zit.: *Wirtschaftsordnung*).
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011 (zit.: *Wirtschaftsrecht*).
- RUCH ALEXANDER, Öffentliche Werke und Verkehr, in: Thürer Daniel et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 929-942 (zit.: *Öffentliche Werke*).
- SCHOTT MARKUS, Schwacher Schutz vor staatlicher Unternehmenstätigkeit im Wettbewerbsbereich durch die Wirtschaftsfreiheit, Urteilsbesprechung zu BGE 138 I 378, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, publiziert am 29. August 2012 (zit.: *Schutz*).
- SCHÜRMAN LEO, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994 (zit.: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*).
- SEILER HANSJÖRG, Wirtschaftliche Tätigkeit des Staates in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 397-408 (zit.: *Wirtschaftliche Tätigkeit*).
- UHLMANN FELIX, Art. 94 BV, in: Waldmann Bernhard et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: *Basler Kommentar zu Art. 94 BV*).
- UHLMANN FELIX, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 1996, Basel 1997 (zit.: *Gewinnorientiertes Staatshandeln*).
- VALLENDER KLAUS A., Art. 94 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit.: *St.Galler Kommentar zu Art. 94 BV*).

VALLENDER KLAUS A., Handels- und Gewerbefreiheit, in: Kley Andreas/Vallender Klaus A. (Hrsg.), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Schaan 2012, 723-752 (zit.: *Gewerbefreiheit*).

VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., Bern 2006 (zit.: *Wirtschaftsfreiheit*).

VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000 (zit.: *Marktteilnehmer*).

Materialienverzeichnis

- BUNDESRAT, Botschaft vom 5. April 1904 zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Annahme und Anweisung von Geldbeträgen im Postscheck- und Giroverkehr, in: BBl 1904 II 614-628 (zit.: *Botschaft Postscheck- und Giroverkehr 1904*).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 25. Februar 1907 zum Entwurf eines einheitlichen Bundesgesetzes betreffend das schweizerische Postwesen, in: BBl 1907 I 697-798 (zit.: *Botschaft 1907*).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 22. Mai 1914 betreffend die Errichtung einer Postsparkasse, in: BBl 1914 III 307-343 (zit.: *Botschaft Postsparkasse 1914*).
- BUNDESRAT, Bericht vom 6. November 1985 über die Totalrevision der Bundesverfassung (Motionen Obrecht und Dürrenmatt) in: BBl 1985 III 1-222 (zit.: *Bericht 1985*).
- BUNDESRAT, Reform der Bundesverfassung, Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995 (zit.: *Vernehmlassungsentwurf 1995*).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 10. Juni 1996 zum Postgesetz (PG), in: BBl 1996 III 1249-1305 (zit.: *Botschaft PG 1996*).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 10. Juni 1996 zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmungsgesetz, in: BBl 1996 III 1306-1383 (zit.: *Botschaft POG 1996*).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, in: BBl 1997 I 1-642 (zit.: *Botschaft BV 1996*).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG), in: BBl 2009 5265-5308 (zit.: *Botschaft POG 2009*).
- BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb: Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf Wettbewerbsmärkte, Bericht vom 8. Dezember 2017 des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.9.2015, verfügbar auf www.seco.admin.ch (zit.: *Staat und Wettbewerb*).
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ), Gutachten vom 13. Juli 1988, in: VPB 53.29, korrigierte Fassung VPB 53.43bis (zit.: *Gutachten 1988*).
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ), Verfassungsmässigkeit einer Postbank, Gutachten vom 22. November 2006, in: VPB 2009.9, 129-140 (zit.: *Gutachten 2006*).
- EXPERTENKOMMISSION, Bericht für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, verfügbar auf www.bj.admin.ch (zit.: *Bericht*).

PTT. Voranschlag 1989, in: Amtl. Bull. SR, 1988, Band IV, 878-884 (zit.: *PTT. Voranschlag 1989*).