

CH_VB 150000203 vom 2. September 2009

Bundesverwaltung, 2009-09-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000203

FR: CH_VB 150000203 du 2 septembre 2009

IT: CH_VB 150000203 del 2 settembre 2009

Erwägungen

E. 1

Fragestellung 132

E. 2

Ausgangslage, rechtliche Stellung der Schweizerischen Post (Zurechnung des Handelns der Post zum Staat) 132

E. 3

Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Sinn der Artikel 3 und 42 Absatz 1 BV
..... 133

E. 3.1

Braucht der Bund aufgrund der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung eine Verfassungsgrundlage, um eine Postbank zu betreiben? Gemäss Artikel 3 und Artikel 42 Absatz 1 BV bedarf der Bund einer Verfassungsgrundlage für jede Art des Tätigwerdens. Besteht in einem Sachgebiet keine Verfassungsnorm, die dem Bund eine Kompetenz verleiht, so sind die Kantone zuständig⁵.

Aus der Sicht der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung bedürfen die Kantone somit keiner Verfassungsgrundlage, um die Kantonalbanken zu betreiben. Der Bund hingegen muss sich, will er sich als Inhaber einer Bank betätigen, auf eine Verfassungsnorm stützen können, welche ihm dies erlaubt. Im Ergebnis braucht der Bund aus dem Blickwinkel der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung eine Verfassungsgrundlage für den Betrieb einer Postbank.

E. 3.2

Mögliche Grundlagen im geltenden Verfassungsrecht

E. 3.2.1

Artikel 92 BV (Post- und Fernmeldewesen) Artikel 92 Absatz 1 BV lautet: «Das Post- und Fernmeldewesen ist Sache des Bundes.». Dass der Bund eine Kompetenz für das Postwesen hat, und dass diese Kompetenz umfassend ist, steht ausser Frage. Entscheidend ist jedoch, ob die Betätigung der Post (-Finance) als Bank in den abgedeckten Kompetenzbereich fällt.

E. 3.2.1.1

Wortlaut Der Wortlaut von Artikel 92 BV gibt keine Hinweise, welche Sachbereiche von der Formulierung «Post- und Fernmeldewesen» erfasst sein sollen. Nach dem allgemeinen Sprachverständnis gehören zum Begriff «Post» die Brief-, Paket- und Personenbeförderung sowie eventuell der Zahlungsverkehr, nicht aber die Bereiche Aktivgeschäft, Anlage und Vorsorge sowie Hypothekengeschäft. Diese Geschäfte werden eben als typische

Bankgeschäfte wahrgenommen. Dies spiegelt sich schon in der Gutachtenfrage, indem diese die zu untersuchende Weiterentwicklung der Geschäftsfelder der PostFinance mit dem Stichwort Postbank verbindet. Der Begriff «Post» hat zwar keine scharfen Konturen, ist aber sicher kein Synonym für «Bank». Der Wortlaut spricht somit dagegen, die genannten Geschäftsfelder unter die Postkompetenz fallen zu lassen.

E. 3.2.1.2

Historische Auslegung Der Wille des historischen Verfassungsgebers ist zunächst im Zusammenhang mit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 zu untersuchen. Der Bundesrat führte in der Botschaft aus, das Bankgeschäft sei nicht erfasst, ohne jedoch zur Abgrenzung weitere Ausführungen zu machen. Gemäss dem allgemeinen Nachführungskonzept bestand auch bei Artikel 92 grundsätzlich nicht die Absicht, inhaltliche Änderungen vorzunehmen⁶. 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 sollte⁷. 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.

E. 3.2.1.3

Teleologische Auslegung Sinn und Zweck von Artikel 92 Absatz 1 BV ist, dem Bund eine Kompetenz zuzuweisen. Diese Aussage hilft jedoch nicht weiter, wenn es darum geht, den Umfang der Kompetenz zu definieren.

Artikel 92 Absatz 2 BV gibt dem Bund den Auftrag, «für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden» zu sorgen. Es hat sich bereits erwiesen, dass der Zahlungsverkehr zu den Postdienstleistungen gehört. Das Hauptargument der Post, weswegen ihr das Hypothekengeschäft erlaubt sein sollte, ist der Umstand, dass ihr für die sehr umfangreichen und heute steigenden Kundengelder (rund 38 Milliarden in der Bilanz 2005) im Inland nicht genügend geeignete Anlagemöglichkeiten¹⁶ zur Verfügung stünden. Dies mache umfangreiche Auslandsanlagen nötig, welche mittlerweile rund die Hälfte der gesamten Anlagen ausmachten. Die Post vertritt den Standpunkt, dass es wünschbar wäre, wenn sie Kundengelder in inländischen Hypotheken anlegen könnte, um die Risiken im Ausland zu vermindern. Sie ist sich aber bewusst, dass dazu (mindestens) Anpassungen der Gesetzgebung notwendig wären¹⁷. Kann aus dem geschilderten Bedürfnis nach sicheren Inlandsanlagen abgeleitet werden, dass die sichere Anlage von Kundengeldern in inländischen Hypotheken unter den verfassungsrechtlichen Begriff «Postwesen» fällt? Wie oben dargelegt, ist heute anerkannt, dass der Zahlungsverkehr zum Postwesen gehört. Zu einem zeitgemässen Zahlungsverkehr wiederum gehört ein sinnvolles Angebot an Zahlungsverkehrskonten. Es sind jedoch kaum Gründe für die Annahme ersichtlich, dass der (schweizerische) Bankenmarkt nicht in der Lage sei, die Kundengelder der PostFinance aufzunehmen und sicher anzulegen¹⁸. Der Zusammenhang zwischen dem Zahlungsverkehr und den Anlagen in Hypotheken ist somit weder zwingend noch besonders eng. Es ginge jedenfalls zu weit, allein aufgrund des betriebswirtschaftlich verständlichen Bedürfnisses nach sicheren Anlagen das bankentypische Hypothekengeschäft unter den verfassungsrechtlichen Begriff des

Postwesens zu subsumieren.

E. 3.2.1.4

Systematische Auslegung Auch eine systematische Auslegung spricht gegen die Anwendung von Artikel 92 Absatz 1 BV auf das eigentliche Bankgeschäft. Denn die Verfassung enthält in Artikel 98 Vorschriften, die sich spezifisch mit den Banken befassen, ohne dass von dort aus ein Bezug auf die Post genommen würde. 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. Die Verfassung geht jedoch offensichtlich davon aus, dass das Post- und das

E. 3.2.1.5

Zwischenergebnis Insgesamt spricht alles dafür, dass Artikel 92 BV dem Bund nicht die Kompetenz gibt, sich in den genannten Bereichen unternehmerisch zu betätigen. Dies gilt gleichermaßen für beide Teilfragen (Aktivgeschäft, Anlage und Vorsorge einerseits, Hypothekengeschäft andererseits)¹⁹.

E. 3.2.2

Artikel 98 Absätze 1 und 2 BV (Banken und Finanzdienstleistungen in anderen Bereichen) Nach Artikel 98 Absatz 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen; er trägt dabei der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung. Nach Absatz 2 kann er Vorschriften erlassen über Finanzdienstleistungen in anderen Bereichen.

E. 3.2.2.1

Wortlaut Hinsichtlich des Wortlautes ist es aufschlussreich, den hier interessierenden Artikel 98 Absätze 1 und 2 BV zwei anderen Typen von Kompetenznormen gegenüberzustellen.

Zunächst kann er mit dem oben behandelten Artikel 92 Absatz 1 BV verglichen werden. Gemäss Artikel 98 Absätze 1 und 2 BV «erlässt [der Bund] Vorschriften über» einen Sachbereich («légifère sur», «emana prescrizioni sulle...»), im Fall von Artikel 92 Absatz 1 BV ist ein Bereich «Sache des Bundes» («relève de la compétence de la Confédération», «compete alla Confederazione»). Sprachlich gesehen ist es einleuchtend, dass die zweite Formulierung weiter geht als die erste: Ist ein Bereich als solcher Sache des Bundes, so deutet dies darauf hin, dass der Bund nicht nur als externer Regulator eines sonst in sich geschlossenen Systems tätig wird, sondern dass er sich selber als aktiver Akteur innerhalb des Systems betätigt, was er im Fall von Artikel 92 Absatz 1 BV als Betreiber der Post auch tut. Entsprechendes gilt für Artikel 54 Absatz 1 zu den auswärtigen Angelegenheiten, Artikel 60 Absatz 1 zur Armee und Artikel 99 Absatz 1 zum Geld- und Währungswesen. Ordnet die Verfassung hingegen nur an, dass der Bund Vorschriften erlasse, so spricht dies sprachlich gesehen primär die Rolle des Regulators an.

Die Formulierung «erlässt Vorschriften über» (Art. 98 Abs. 1 und 2 BV) ist auch weniger weit als «die Gesetzgebung auf dem Gebiet (...) ist Sache des Bundes» («La législation sur (...) relève de la compétence de la Confédération», «La legislazione nel campo (...) compete alla Confederazione»), wie es beispielsweise in Artikel 90 zur Kernenergie heisst. Wird die Gesetzgebung insgesamt als Sache des Bundes bezeichnet, so deutet dies darauf hin, dass der Bund eine umfassende Kompetenz hat, die er in irgend einer Weise ausüben

kann, sei es durch polizeirechtliche Erlasse, durch ein Monopol mit konzessionierten privaten Anbietern oder gar durch ein Monopol mit staatlichen Regiebetrieben. So ist es allgemein anerkannt, dass der Bund gestützt auf Artikel 90 BV im Bereich der Kernenergie alle genannten Möglichkeiten hat²⁰. Auch aus diesem Vergleich ist der Schluss zu ziehen, dass die Formulierung von Artikel 98 Absätze 1 und 2 BV («erlässt Vorschriften über») sich nur auf die Rolle des Regulators bezieht.

E. 3.2.2.2

Historisch-systematische Auslegung Das entscheidende Argument ergibt sich aus einer historischen und systematischen Betrachtung von Artikel 98 BV und des Bankengesetzes. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und seiner Verfassungsgrundlage ist aus heutiger Perspektive schwer nachzuvollziehen, darum hier ein kurzer Überblick:

Das Bankengesetz vom 8. November 1934 wurde in erster Linie gestützt auf den damaligen Artikel 34ter aBV erlassen. Dieser war 1908 eingefügt worden und hatte folgenden Wortlaut:

«Der Bund ist befugt, auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen.²¹ 1934 war es selbstverständlich, dass die Banken zum «Gebiete des Gewerbewesens» gezählt werden konnten²². Bei der Revision der Gewerbeartikel 1947 wurde dieser Artikel 34ter aufgehoben und sein Inhalt in Artikel 31bis wieder aufgenommen²³. Gleichzeitig wurde an der freigewordenen Stelle des alten Artikel 34ter eine Vorschrift aufgenommen, welche sich mit dem Arbeitsrecht befasste und mit gewissen Änderungen bis 1999 in Kraft blieb. An sich hätte sich das Bankengesetz als hauptsächlich gewerbepolizeilicher Erlass weiterhin auf die allgemeine Gewerbekompetenz (d.h. auf den damals neuen Artikel 31bis) stützen können. Da das Gesetz jedoch nicht nur wirtschaftspolizeiliche, sondern auch wirtschaftspolitische Bestimmungen enthielt, entschloss man sich, mit Artikel 31quater einen besonderen Bankenartikel zu schaffen, welcher den gesamten Inhalt des Bankengesetzes abdecken sollte²⁴.

Die Botschaften des Bundesrates zu den Gewerbeartikeln enthielten keine Ausführungen dazu, und in den parlamentarischen Beratungen wurde zwar intensiv über die Notwendigkeit eines Bankenartikels und über das Verhältnis zur damaligen Handels- und Gewerbefreiheit (heute Wirtschaftsfreiheit) diskutiert, es gibt jedoch keine Hinweise, dass sich der Bankenartikel von 1947 auf etwas anderes als den Gegenstand der damaligen Bankengesetzgebung bezogen hätte²⁵. Diese neue Grundlage des Gesetzes in Artikel 31quater wurde 1999 in Bezug auf die Banken mit rein redaktionellen Änderungen als Artikel 98 in die neue Bundesverfassung übernommen.

Die Vorgängervorschrift des heutigen Artikels 98 BV wurde also mit dem festen Blick auf das seit damals bis heute bestehende Bankengesetz neu eingeführt, dem Gesetz gewissermassen auf den Leib geschneidert. Daher ist es hier angebracht, den Inhalt dieses Gesetzes (sowie auch des Börsengesetzes) kurz darzustellen.

Die Banken- und Börsengesetzgebung (Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, SR 952.0, Bankengesetz, BankG; Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1, Börsengesetz, BEHG), welche sich auf den heutigen Artikel 98 BV stützen kann, enthält 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 sollen²⁶. So verlangt das Bankengesetz eine Betriebsbewilligung (Art. 3 ff.), macht Vorschriften zu den

eigenen Mitteln, zur Liquidität, zu Jahresrechnung etc. (Art. 4 ff.), zu Überwachung und Revision (Art. 18 ff.), installiert ein Aufsichtssystem (Art. 23 ff.), verlangt besondere Massnahmen bei Insolvenzgefahr und beim Bankenkonzurs (Art. 25 ff.), etc. 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.

E. 3.2.2.3

Teleologische Auslegung Die teleologische Betrachtung trägt nicht viel bei zur Beantwortung der Frage. Denn einerseits ist klar, dass das Hauptziel von Artikel 98 BV der Gläubiger- und Funktionsschutz ist, doch andererseits heisst dies nicht automatisch, dass andere Ziele mit derselben Norm nicht verfolgt werden können²⁸. Für den Betrieb einer Bundesbank bietet jedoch auch die teleologische Betrachtung keine Grundlage.

E. 3.2.2.4

Zwischenergebnis Aufgrund des Wortlautes und der historisch-systematischen Betrachtung ist zu schliessen, dass Artikel 98 BV dem Bund zwar die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften zum Schutz der Bankkunden und des Funktionierens des Effektenhandels gibt, nicht aber zum Betrieb einer kommerziellen Bank, sei es als Postbank oder anderswie. Die bisherige Selbstbeschränkung des Gesetzgebers entspricht somit dem geltenden Verfassungsrecht.

E. 3.2.3

Artikel 99 BV (Geld- und Währungspolitik) Artikel 99 BV enthält unter anderem die Verfassungsgrundlage, aufgrund derer der Bund die Nationalbank betreiben kann. In Absatz 2 gibt die Verfassung der Nationalbank ihren Auftrag: Sie soll eine Geld- und Währungspolitik führen, die dem Gesamtinteresse des Landes dient. Dieser Auftrag und die damit verbundene Kompetenz werden in den Artikeln 9 ff. des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank (SR 951.11, Nationalbankgesetz, NBG) 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. Dieser Umstand verleiht jedoch dem Bund nicht die Kompetenz, zu völlig anderen Zwecken (konkret: Finanzierung der Grundversorgung im Post- und Fernmeldewesen, Anlage von Kundengeldern der Postfinance) noch eine zweite Bank zu betreiben.

Der Bund kann sich somit nicht auf Artikel 99 BV stützen, um eine Postbank zu betreiben.

E. 3.3

Zwischenergebnis Der Bund benötigt im System der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung für den Betrieb einer Postbank eine Verfassungsgrundlage, verfügt heute aber über keine solche. Es wäre daher (für beide Gutachtenfragen gleichermaßen) eine Verfassungsänderung erforderlich.

4. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Sinn von Artikel 94 BV Selbst wenn man den bisherigen Ausführungen nicht folgen würde, würde sich die Frage stellen, ob der Betrieb einer Postbank gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verstösst.

Die Wirtschaftsfreiheit ist im schweizerischen Verfassungsrecht in verschiedener Hinsicht relevant. Oft werden drei verschiedene Aspekte (oft als Dimensionen oder Funktionen bezeichnet) unterschieden. Zunächst ist die Wirtschaftsfreiheit ein Grundrecht, und zwar

ein klassisches Freiheitsrecht, welches die Einzelnen vor Eingriffen des Staates in ihre freie wirtschaftliche Entfaltung schützt (Art. 27 BV). Sodann wird von einer institutionellen (auch: ordnungspolitischen) Dimension gesprochen. Diese wird in Artikel 94 BV erfasst, indem sich die Verfassung dort zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bekennt

E. 4

Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Sinn von Artikel 94 BV 138

E. 5

Zum Ganzen beispielsweise Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage Zürich 2005, N. 1049 ff.; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 42 N. 1 ff.

E. 6

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. Nov. 1996, BBl 1997 I 1, 270 f.

E. 7

Am einfachsten nachzuverfolgen mit Hilfe der Tabelle bei Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, am Ende zu Art. 92; siehe auch die Botschaft zum Entwurf „Telekommunikationsunternehmungsgesetz (Eigenständigkeit für die Swisscom)“, BBl 2006 3763, Ziffer. 5.1

Gutachten EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. September 2009 134

Es ist daher zu untersuchen, ob sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorgängervorschriften von Artikel 92 BV weitere Erkenntnisse gewinnen lassen. Der Gehalt des heutigen Artikels 92 BV entspricht im Wesentlichen den Absätzen 1 und 3 von Artikel 36 der Bundesverfassung von 1874. Dieser Artikel wiederum war schon in der Urfassung von 1874 in derselben Form enthalten. In diesem Zusammenhang ist es interessant, die Entwicklung seit 1874 zu verfolgen. Der Aufgabenbereich der Post wurde nicht durch Verfassungsrevision, sondern durch Bundesgesetz mehrmals angepasst und erweitert⁸. Bemerkenswert ist insbesondere das Bundesgesetz betreffend das schweizerische Postwesen vom 5. April 1910⁹, welches der Post nicht nur die Einzugsmandate, die Postanweisungen sowie den Postcheck- und Giroverkehr zuwies (Art. 2 Bst. f–h), sondern auch die Bundesversammlung ermächtigte, «der Post weitere Dienstzweige, die sich für ihren Betrieb eignen, zu Besorgung [zu] übertragen». Diese Erweiterungsmöglichkeit wurde dem Bundesrat eröffnet, um für die «weitere Entwicklung des Verkehrswesens» eine genügende Flexibilität zu haben¹⁰. Daraus lassen sich jedoch keine Folgerungen darüber ableiten, was der historische Verfassungsgeber von 1874 mit dem Begriff «Postwesen» ursprünglich erfassen wollte.

In der Literatur besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass der Verfassungsgeber der Post ursprünglich zwei Tätigkeitsbereiche zuweisen wollte: Einerseits den Transport von Personen, andererseits die Vermittlung von Mitteilungen, Waren und Geld zwischen räumlich getrennten Personen. Seit jeher wurde betont, dass das Bankgeschäft nicht dazu gehöre¹¹. Nach Auffassung von Burckhardt hätte sich der Bund schon 1910 für die Erweiterung des Postbereiches auf den Check- und Giroverkehr eigentlich nicht mehr auf

Artikel 36 der Bundesverfassung von 1874 stützen können, weil es in diesen beiden Bereichen nicht mehr bloss um die Vermittlung von Geld auf Distanz gehe und weil sie typisches Bank- und nicht Postgeschäft seien¹². Lendi widerspricht dem zwar und zieht die Grenzlinie etwas weiter, nämlich so, dass der «Geldverkehr bis und mit dem Zahlungsverkehr» vom Postartikel erfasst sei¹³. Dass der Post- vom Bankenbereich abzugrenzen sei, war jedoch nie umstritten.

Heute verpflichtet das Postgesetz die Post dazu, «einen ausreichenden Universaldienst, bestehend aus Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs» zu erbringen. Dieser ist flächendeckend anzubieten. (Art. 2 Abs. 1 und 2 PG). Während das Gesetz in Artikel 2 Absatz 1 für den Postverkehr präzisierend festhält, dass der Universaldienst im Postverkehr «die Annahme, die Abholung, den Transport und die Zustellung von Sendungen in der Regel an allen Werktagen, mindestens aber an fünf Tagen pro Woche» umfasst, definiert es den Universaldienst im Zahlungsverkehr nicht weiter. Die Postverordnung (VPG, SR 783.01) hält in Artikel 3 Buchstabe e knapp fest, dass die Universaldienste im Zahlungsverkehr «die Einzahlung, die Auszahlung und die Überweisung» erfassen.

Über den Universaldienst hinaus kann die Post gemäss dem Postgesetz «in Konkurrenz mit privaten Anbieterinnen und Anbietern im In- und Ausland (...) weitere Dienstleistungen und Produkte im Bereich des Post- und Zahlungsverkehrs sowie damit unmittelbar zusammenhängende Dienstleistungen und Produkte», sowie «Dienstleistungen und Produkte im Auftrage Dritter anbieten, soweit dies der üblichen Nutzung der Infrastruktur entspricht» (so genannte Wettbewerbsdienste, Art. 9 Abs. 1 PG). Gemäss Artikel 9 Absatz 2 PG bezeichnet der Bundesrat die Wettbewerbsdienste der Post. Die darauf gestützten Artikel 11–13 VPG nennen weitere Dienstleistungen im Zahlungsverkehr, insbesondere die Kartengeldprodukte und den Checkverkehr, Geldmarktanlagen, Kontoführung mit oder ohne Verzinsung, Vermittlung von Dienstleistungen und Produkten Dritter, sowie elektronische Dienstleistungen und Produkte als Nebenleistungen zu Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen.

Man kann also feststellen, dass die Gesetzgebung den Kreis der Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs, der seit jeher zum Postwesen gezählt wird, stetig erweitert hat. In der aktuellen Literatur wird deshalb auch gesagt, dass der verfassungsrechtliche Begriff des Postwesens, in Abwesenheit einer

E. 8

Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Auflage Bern 1914, S. 326.

E. 9

AS 26 1015.

E. 10

Botschaft zum Entwurf eines einheitlichen Bundesgesetzes betreffend das schweizerische Postwesen vom 25. Februar 1907, BBl 1907 I 697, 716 f.

E. 11

Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Auflage Bern 1914, S. 326; Martin Lendi, Kommentar BV, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 36 N. 8; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. Nov. 1996, BBl.

1997 I 1, 271.

E. 12

Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Auflage Bern 1914, 327.

E. 13

Lendi, Kommentar BV, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 36 N. 10.

Gutachten EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. September 2009 135

Definition von Verfassungswegen, vom Gesetzgeber und von der Geschichte festgelegt werde¹⁴. Streng weitergedacht würde dies bedeuten, dass der Verfassungsbegriff keinerlei definitorische Kraft hätte, so dass es dem Gesetzgeber gewissermassen frei stünde, den Begriff des Postwesens beliebig zu definieren und somit jegliche Dienstleistungen darunter zu subsumieren, z.B. auch solche der Gastronomie oder des Unterhaltungsgewerbes. Ein solcher Schluss wird indessen von keinem der Autoren gezogen, der sich zur Frage der Interpretation von Artikel 92 BV bzw. Artikel 36 aBV geäussert hat. Aus der historischen Betrachtung lässt sich vielmehr ableiten, dass sowohl 1999 als auch vorher bei der Verfassungsgebung stets die Meinung bestand, das eigentliche Bankgeschäft falle grundsätzlich nicht unter den Postartikel. Fest steht auch, dass die Verfassung der Post nur solche Tätigkeitsfelder zuweist, bei denen ein Bezug zum eigentlichen Postgeschäft besteht; im Finanzbereich ist dies konkret der Zahlungsverkehr. Wie das Postgeschäft allerdings vom Bankgeschäft in den Einzelheiten abzugrenzen sei, bleibt aus historischer Sicht weitgehend offen.

Neben der Vermittlung von Bankdienstleistungen Dritter (namentlich Hypotheken und Anlageprodukte) bietet die PostFinance mit den Gelben Fonds schon heute eigene Anlageprodukte an¹⁵. Es kann vorliegend offen bleiben, ob sich dieses heutige Angebot der PostFinance innerhalb der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Schranken hält. Klar ist aus historischer Sicht, dass ein umfassendes Sortiment von Bankdienstleistungen gemäss der Fragestellung von Artikel 92 BV nicht gedeckt ist.

E. 14

Alexander Ruch, Öffentliche Werke und Verkehr, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 59 N. 37; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 92 N. 2.

E. 15

Vgl. Preise und Konditionen für Privatkunden, Allgemeine Geschäftsbedingungen PostFinance, S. 36, verfügbar auf www.postfinance.ch über den Link „Preise/Konditionen/AGB“ (ganz unten auf der Seite).

E. 16

Gemäss Art. 11c Abs.1 POG ist die Post verpflichtet, die für den Zahlungsbedarf nicht benötigten Gelder so anzulegen, dass ihre Sicherheit und ein marktkonformer Ertrag gewährleistet sind.

E. 17

Geschäftsbericht 2005 der Schweizerischen Post, S. 28, verfügbar auf www.post.ch unter der Verknüpfung „Über uns“.

E. 18

Anzumerken ist dabei, dass damit auch das bankspezifische Risiko den Banken überlassen wird.

Gutachten EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. September 2009 136

Bankwesen zwei verschiedene, von einander getrennte Sachbereiche sind, und regelt beide unterschiedlich. Während Artikel 92 das Post- und Fernmeldewesen direkt als Sache des Bundes bezeichnet und damit Bezug nimmt auf die Möglichkeit von staatlichen (Monopol-) Betrieben, erlässt der Bund gemäss Artikel 98 bloss Vorschriften über das Bank- und Börsenwesen. Es wäre nun ziemlich widersprüchlich, wenn der Postartikel, trotz der Existenz zweier verschiedener Regelungen für Post und Banken, der Post über den Zahlungsverkehr hinaus eine Betätigung im eigentlichen Geschäftsbereich der Banken erlauben würde. Zwar ist die Post mit ihren diversen Angeboten im Finanzbereich zum Teil schon relativ weit in den Bankenbereich vorgestossen. Daraus, dass die Grenzen von Artikel 92 Absatz 1 BV damit schon stark gedehnt wurden, kann nun aber keineswegs abgeleitet werden, diese Kompetenznorm decke auch andere zentrale Bankgeschäfte wie das Aktivgeschäft, die Bereiche von Anlage und Vorsorge sowie das Hypothekengeschäft.

E. 19

Zum gleichen Ergebnis gelangt Stefan Vogel, *Der Staat als Marktteilnehmer*, Zürich 2000, S. 217 ff.

E. 20

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. Nov. 1996, BBl 1997 I 1, 269; René Schaffhauser, *St. Galler BV-Kommentar*, Zürich etc. 2002, Art. 90 Abs. 5; vgl. Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 90 N. 6 und Art. 92 N. 4 ff.; vgl. auch die oben am Rand erwähnte Diskussion betreffend Art. 92 (Ziffer 3.2.1.2 und Fussnote 7).

Gutachten EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. September 2009 137

E. 21

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

E. 22

In der Botschaft betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. Februar 1934, BBl 1934 I 171, finden sich denn auch keine Ausführungen zur Verfassungsgrundlage des Gesetzes.

E. 23

Dennoch nennt der Ingress des Bankengesetzes noch heute den Art. 34ter von 1908 als Grundlage.

E. 24

Leo Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Auflage Bern 1994, § 40 Ziff. 1 (S. 337).

E. 25

René Rhinow, Kommentar BV, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 31quater S. 2.; BBl 1937 II 833 und BBl 1945 I 905; die parlamentarischen Beratungen lassen sich anhand der Zitate bei Rhinow nachverfolgen, siehe aber auch das stenografische Bulletin des Ständerates 1939, S. 47 f.

E. 26

Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Auflage Zürich 2004, S. 59 f.; Carlo Lombardi, Droit bancaire suisse, Zürich 2002, S. 3; Reto Jacobs, St. Galler BV-Kommentar, Zürich etc. 2002, Art. 98 N. 2; BGE 126 II 111, 115.

Gutachten EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. September 2009 138

Das Gesagte lässt es als sehr plausibel erscheinen, dass der Verfassungsgeber von 1947 mit dem Bankenartikel dem Bund keinerlei Kompetenz geben wollte, um sich anders als Regulator eines recht gut funktionierenden Marktes zu betätigen.

Bei der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 war in Bezug auf die hier interessierende Frage nie die Rede von einer Ausnahme zum allgemeinen Nachführungskonzept, so dass die obigen Ausführungen für Artikel 98 BV gleichermaßen zutreffen²⁷.

E. 27

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. Nov. 1996, BBl 1997 I 1, 305; in den parlamentarischen Beratungen finden sich keine Ausführungen zur Frage (nachzuverfolgen anhand der Tabelle bei Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 98 am Ende).

E. 28

So auch Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, Fussnote 1 zu Art. 98.

Gutachten EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. September 2009 139

und für Abweichungen von diesem Grundsatz besondere Voraussetzungen aufstellt. In der bundesstaatlichen Dimension schliesslich garantiert die Wirtschaftsfreiheit die Freiheit des interkantonalen Wirtschaftsverkehrs (vgl. Art. 95 Abs. 2 BV)²⁹.

Vorliegend ist die institutionelle Dimension relevant. Artikel 94 Absatz 1 BV hält fest, dass sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten haben. Artikel 94 Absatz 4 BV legt in Bezug auf den Bund fest, dass dieser nur dann vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen darf, wenn ihn die Verfassung dazu ermächtigt. Als Hauptfall einer solchen Abweichung nennt die Verfassung «insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten». Gemäss der Botschaft zum Verfassungsentwurf 1996 ist es dem Staat grundsätzlich «untersagt, Regelungen und

Massnahmen zu treffen, die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder den Wettbewerb sogar ganz verunmöglichen.»³⁰

Die herrschende Lehre vertritt vor diesem Hintergrund zu Recht die Ansicht, die Wirtschaftsfreiheit schütze die Privaten nicht generell vor staatlicher Konkurrenz³¹. Es ist jedoch weitgehend anerkannt, dass auch der Staat als Wettbewerbsteilnehmer den gleichen Regeln unterworfen sein muss wie die anderen Wettbewerbsteilnehmer. Aus Gründen der Wettbewerbsneutralität sind keine Querfinanzierungen aus Steuergeldern oder Monopolbereichen erlaubt³². Dieses Verbot der Querfinanzierung hat der Gesetzgeber beispielsweise in Artikel 9 Absatz 4 des Postgesetzes für die Wettbewerbsdienste der Post und in Artikel 4 Absatz 3 des Bundesgesetzes über die Meteorologie und die Klimatologie (SR 429.1, MetG) für die erweiterten Dienstleistungen der MeteoSchweiz ausdrücklich festgehalten³³. Im Fall der Postbank wäre zwar mit einer Querfinanzierung zu rechnen. Diese Querfinanzierung würde jedoch nicht vom Monopolbereich zu den Bankdienstleistungen fliessen, sondern gerade umgekehrt. Dies ist aus der Sicht des Querfinanzierungsverbotes unproblematisch, da eine allfällige Pflicht zum Verschieben von Erträgen aus dem Bankgeschäft an den postalischen Monopolbereich die Postbank gegenüber ihren privaten Konkurrenten benachteiligen, nicht bevorteilen würde. Aus dem Blickwinkel des Verbots der Querfinanzierung wäre der Betrieb einer Postbank somit nicht unzulässig.

Der Staat hat sich allerdings mit Zurückhaltung am Wettbewerb zu beteiligen³⁴. Es lässt sich der Verfassung eine Grundentscheidung für eine staatsfreie Wirtschaft entnehmen (auch: «Grundsatz der Privatwirtschaft»). Dieser Grundsatz darf nicht mit dem «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» gemäss Artikel 94 BV verwechselt werden. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, die wirtschaftspolitisch motiviert sind, brauchen eine entsprechende besondere Verfassungsgrundlage (vgl. Art. 100 Abs. 3 BV zur Konjunkturpolitik, Art. 101 Abs. 2 Satz 2 BV zur Aussenwirtschaftspolitik, Art. 102 Abs. 2 BV zur Landesversorgung, Art. 103 Satz 2 BV zur Strukturpolitik und Art. 104 Abs. 2 BV zur Landwirtschaft). Wenn der Bund aus anderen als wirtschaftspolitischen Gründen ein staatliches Tätigwerden (Abweichung vom Grundsatz der Staatsfreiheit) vorsieht, braucht er dafür eine Kompetenzgrundlage (vgl. Art. 89 BV zur Energiepolitik, Art. 92 BV zum Fernmeldewesen, Art. 90 BV zur Kernenergie) und muss sich auf ein öffentliches Interesse stützen können, aber er bedarf keines «Abweichungsvorbehaltes»³⁵.

Dass die Verfassung keine Kompetenzgrundlage für den Betrieb einer Postbank enthält, wurde oben (Ziffer 3) bereits ausgeführt.

E. 29

Zum Ganzen z.B. René Rhinow, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 35 N. 16 ff.

E. 30

BBl 1997 I 1, 294.

E. 31

René Rhinow, Kommentar BV, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 31 N. 109; Felix Uhlmann, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basel 1997, S. 176; Stefan Vogel, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, S. 102 f., mit weiteren Hinweisen.

E. 32

Ivo Vallender, St. Galler BV-Kommentar, Zürich etc. 2002, Art. 94 N. 6; Felix Uhlmann, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basel 1997, S. 222; Ivo Hangartner, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, in: Jürg Furrer/Bruno Gehrig (Hrsg.), Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik, Festschrift für Franz Jaeger, Chur 2001, S. 335 ff., 341.

E. 33

Vgl. auch die Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Meteorologie und Klimatologie (MetG), BBl 1998 4161, 4168 f.

E. 34

Ivo Vallender St. Galler BV-Kommentar, Zürich etc. 2002, Art. 94 N. 6.

E. 35

Zur Staatsfreiheit: Stefan Vogel, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, 117; Beat Krähenmann, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Basel 1987, S. 161; Felix Uhlmann, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basel 1997, S. 179; vgl. zum öffentlichen Interesse ohnehin Art. 5 Abs. 2 BV.

Gutachten EJPD/Bundesamt für Justiz

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. September 2009 140

Als öffentliches Interesse könnte namentlich das Versorgungsziel betrachtet werden, das die Bundesverfassung für die Post- und Fernmeldedienste in Artikel 92 Absatz 2 definiert. Diese Argumentation ist jedoch nicht haltbar, da man die in Frage stehenden Bankdienstleistungen nicht zu den Postdienstleistungen zählen kann (s.o. Ziffer 3.2.1). Es müsste daher dargetan werden, dass das private Bankgewerbe heute den Bedarf nach Finanzdienstleistungen ungenügend deckt, so dass der Bund gewissermassen zur Korrektur eines Marktversagens in die Lücke springen müsste, um dem öffentlichen Interesse an hinreichenden Bankdienstleistungen zum Durchbruch zu verhelfen. Es bestehen kaum Gründe für die Annahme, dass ein solches Marktversagen vorliegen könnte. Deshalb ist der Betrieb einer Postbank unter dem Gesichtswinkel des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit mit dem geltenden Verfassungsrecht nicht vereinbar.

5. Ergebnis Da für eine Postbank gemäss Fragestellung (beide Fragen) eine Verfassungsgrundlage nötig ist, sich eine solche im geltenden Verfassungsrecht aber nirgends findet, wäre für die Schaffung und den Betrieb einer solchen Bank durch den Bund eine Verfassungsrevision nötig.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2009.9 - Gutachten zur Verfassungsmässigkeit einer Postbank, Gutachten vom 22.11.2006 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2009 Année Anno Band - Volume Volume Seite 129-140 Page Pagina Ref. No 150 000 203 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.