

VINCENT MARTENET

ORDENTLICHER PROFESSOR AN DER FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES  
ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE DER UNIVERSITÄT LAUSANNE  
VIZEDIREKTOR DER ÉCOLE DE DROIT  
EHMALIGER PRÄSIDENT DER WETTBEWERBSKOMMISSION  
DR. IUR, PATENTIERTER RECHTSANWALT, LL.M.

# VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DER VERGABE VON KREDITEN UND HYPOTHEKEN DURCH DIE POSTFINANCE AG

I. EINLEITUNG.....	2
II. DIE ZUWEISUNG VON AUFGABEN AN DEN BUND.....	5
A. <i>Das System der Kompetenzverteilung</i> .....	5
B. <i>Der Begriff «Aufgabe»</i> .....	6
C. <i>Wirtschaftliche Tätigkeiten, die keine Aufgaben sind</i> .....	8
D. <i>Die besondere Situation der PostFinance AG und ihre Entwicklung</i> .....	13
III. DIE KOMPETENZ IN BEZUG AUF DAS POSTWESEN.....	14
A. <i>Der Umfang der Bundeskompetenz</i> .....	14
1. Die verschiedenen Auslegungskriterien.....	14
2. Die Auffassung des Bundesamtes für Justiz und der Lehre.....	15
3. Die Unterscheidung zwischen Aufgabe und wirtschaftlichen Tätigkeiten.....	17
B. <i>Die Finanzierung der Aufgaben und die Anlage von Geldern</i> .....	18
C. <i>Die Restriktionen der wirtschaftlichen Tätigkeiten</i> .....	20
1. Der Zusammenhang zwischen Aufgabe und wirtschaftlichen Tätigkeiten.....	21
2. Keine Beeinträchtigung der Aufgabe.....	24
3. Eine allfällige quantitative Restriktion.....	24
IV. DIE KOMPETENZ IN BEZUG AUF BANKEN.....	25
V. DIE TÄTIGKEIT IN KONKURRENZ ZUR PRIVATWIRTSCHAFT.....	26
A. <i>Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität</i> .....	26
B. <i>Verbot der Quersubventionierung</i> .....	27
C. <i>Das Verbot sonstiger Wettbewerbsverzerrungen</i> .....	28
VI. SCHLUSSFOLGERUNG.....	29
OFFIZIELLE DOKUMENTE.....	31
RECHTSGUTACHTEN.....	31
BIBLIOGRAPHIE.....	32

# I. EINLEITUNG

Mit Vertrag vom 12. und 19. Dezember 2018 beauftragte die Schweizerische Eidgenossenschaft – vertreten durch die Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV) – den Unterzeichneten, ein Rechtsgutachten zur **Verfassungsmässigkeit der Vergabe von Krediten und Hypotheken durch die PostFinance AG** zu erstellen. Im Gutachterauftrag (Anhang 1b des Vertrags) wird der Hintergrund wie folgt beschrieben:

«...

## a) Die Entwicklung von PostFinance als Unternehmen

Mit dem Inkrafttreten des Postgesetzes (PG, SR 783.0) und des Postorganisationsgesetzes (POG, SR 783.1) per 1. Januar 1998 wurde die Trennung der bisherigen PTT-Betriebe in die eigenständigen Unternehmen Post und Swisscom AG vollzogen. Zu diesem Zeitpunkt war die Post eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. PostFinance war zu diesem Zeitpunkt ein Geschäftsbereich der Post.

Im Jahr 2011 erhielt die Post (und damit auch der Geschäftsbereich PostFinance) den Status einer direkt unterstellten Finanzintermediärin (DUFI). PostFinance wurde somit bezüglich Einhaltung des Geldwäschereigesetzes bereits vor der Überführung in eine Aktiengesellschaft und der kompletten Unterstellung unter die Finanzmarktaufsicht (FINMA) branchenüblich beaufsichtigt.

Im Jahr 2013 wurde die Post in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts überführt, deren alleiniger Aktionär seither der Bund ist (Art. 13 Abs. 1 POG). Gleichzeitig wurden gezielt Schritte unternommen, damit PostFinance fortan als Bank qualifiziert und eine Bankbewilligung erhalten kann. Hierzu wurde PostFinance als privatrechtliche Aktiengesellschaft aus der Post ausgegliedert und wird seither von der Post zu 100% gehalten und als operative Konzerngesellschaft geführt (Art. 14 Abs. 1 und 2 POG). Diese Ausgliederung war notwendig, da nach Art. 2 Bankenverordnung (BankV, SR 952.02) Bankbewilligungen nur an Gesellschaften erteilt werden können, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind. Die Bankbewilligung wurde alsdann im Jahr 2013 erteilt und PostFinance wurde damit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) unterstellt. Seit diesem Zeitpunkt qualifiziert PostFinance als Bank und ist insbesondere der Bankenregulierung unterstellt. PostFinance ist aber nicht nur aufgrund der Bankbewilligung sozusagen eine rein „formelle“ Bank. PostFinance wurde bereits ab der Jahrtausendwende auch in materieller Hinsicht Schritt für Schritt zur Retailbank aufgebaut, etwa mit Vorsorge- und Freizügigkeitsprodukten sowie als Anbieterin von Fonds. PostFinance hat bereits vor 2013 und somit auch im Zeitpunkt der Erteilung der Bankbewilligung unter anderem folgende Tätigkeiten ausgeübt: Ausleihungen an Kunden im Rahmen marktüblicher Kontoüberzüge in Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr, Finanzanlagen an öffentlich-rechtliche Körperschaften in Form von Schuldscheindarlehen sowie Vermittlung von Hypotheken und Krediten im Auftrag Dritter (Kommissionsgeschäft).<sup>1</sup> Dass das für Retailbanken typische Kredit- und Hypothekengeschäft in Art. 3 Abs. 3 POG von der Angebotspalette ausgenommen

---

<sup>1</sup> Vgl. auch Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG), BBl 2009 5265, S. 5283 ff, 5290 f.

wurde, war Resultat einer ordnungspolitischen Interessenabwägung auf Basis einer zwischenzeitlich geänderten Marktlage (s. unten lit. b).

Im Jahr 2015 hat die Schweizerische Nationalbank verfügt, dass PostFinance fortan als inlandorientierte systemrelevante Finanzgruppe im Sinne von Art. 7 und 8 Bankengesetz (BankG, SR 952.0) qualifiziert. Damit ist PostFinance insbesondere verpflichtet – im Vergleich zu nicht-systemrelevanten Banken – erhöhte Kapital- und Liquiditätsanforderungen zu erfüllen.

Im Jahr 2017 schliesslich ist die Staatsgarantie für die PostFinance weggefallen (Art. 15 Abs. 3 POG).

[...]

## **b) Der Grundversorgungsauftrag im Zahlungsverkehr und die Entwicklung der Geschäftstätigkeit von PostFinance**

Der Bund hat eine Kompetenz für das Postwesen (Art. 92 BV, SR 101). Diese Kompetenzbestimmung umfasst den Zahlungsverkehr.<sup>2</sup> Art. 92 Abs. 2 BV statuiert den Grundversorgungsauftrag des Bundes mit Postdiensten und damit auch den Grundversorgungsauftrag mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs. Der Bund hat als Gewährleister des Verfassungsauftrages und als Eigner der Post dafür zu sorgen, dass diese über die Konzerngesellschaft PostFinance (Art. 2 Abs. 1 Postverordnung, VPG, SR 783.01) die Grundversorgung erfüllt. Dieser Grundversorgungsauftrag wird in Art. 32 PG und Art. 43 ff. VPG konkretisiert. Die PostFinance ist damit zur Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 43 Abs. 1 VPG) in unbeschränkter Höhe verpflichtet. Die Verpflichtungen aus Kundeneinlagen bei PostFinance beliefen sich per 31.12.2017 auf CHF 113,3 Mrd. und per 30.6.2018 auf CHF 115,0 Mrd.

PostFinance ist nicht nur verpflichtet, Publikumseinlagen entgegenzunehmen. Sie ist auch verpflichtet, diese Publikumsgelder *sicher* und *wirtschaftlich* aufzubewahren bzw. anzulegen.

Das Erfordernis der *Wirtschaftlichkeit* der Aufbewahrung ergibt sich mitunter aus der Pflicht, wonach die Grundversorgung durch PostFinance eigenwirtschaftlich erfolgen und aus Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs sichergestellt werden muss (Art. 32 Abs. 1 VPG). Vor diesem Hintergrund ist Art. 3 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 POG zu verstehen, wonach der PostFinance die Möglichkeit gegeben wird, die Publikumseinlagen „in eigenem Namen“ anzulegen. Im Zeitpunkt der Inkraftsetzung dieser Bestimmung (d. h. im Jahr 2012) waren die Marktverhältnisse noch dergestalt, dass die Anlage der Publikumseinlagen „in eigenem Namen“ (Art. 3 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 POG) wirtschaftlich erfolgen konnte. Die Passivmarge (Marktkonditionen für die Refinanzierung der Bank abzgl. Kundenzinsen auf den Einlagegeldern) war ausreichend und die Eigenwirtschaftlichkeit der Grundversorgung war sichergestellt. Auch vor diesem Hintergrund ist das Kredit- und Hypothekervergabeverbot in Art. 3 Abs. 3 POG zu verstehen: Die Vergabe von Krediten und Hypotheken an Dritte durch PostFinance war zu diesem Zeitpunkt in wirtschaftlicher Hinsicht nicht erforderlich und wurde daher als Resultat einer Interessenabwägung (primär aus ordnungspolitischen Überlegungen) für PostFinance ausgenommen. Die Marktlage hat sich nun aber zwischenzeitlich geändert, insbesondere durch die seitens der Banken- und Finanzkrise ausgelösten Massnahmen der Zentralbanken (Einführung

---

<sup>2</sup> Statt vieler: Gutachten zur Verfassungsmässigkeit einer Postbank vom 22.11.2006 (EJPD, BJ), VPB 2/2009 vom 1.9.2009, Ziff. 3.2.1.3, S. 135.

von Negativzinsen und des Absenkens des Zinsniveaus). Während die am Kreditmarkt aktiven Geschäftsbanken das Wegbrechen der Passivmarge durch die Ausweitung der Aktivmarge (Kreditkonditionen für Kunden abzüglich Marktkonditionen für die Refinanzierung der Bank) abfedern können, kann dies PostFinance nicht: Im Gegensatz zu den kreditgebenden Banken ist PostFinance bei der Anlage ihrer Passivgelder auf die Anlagemöglichkeiten im Obligationenmarkt angewiesen. Letztere weisen indessen mehrheitlich eine negative Rendite auf Verfall hin, d. h. der Investor erhält bei Verfall der Obligation weniger zurück, als er beim Erwerb derselben investiert. Die Sicherstellung der eigenwirtschaftlichen Grundversorgung wird damit erheblich gefährdet und es entfällt damit die bei Inkraftsetzung des POG noch vorhandene Grundlage für den Ausschluss der PostFinance vom Kredit- und Hypothekemarkt. Die oben geschilderte Interessenabwägung führt heute zu einem anderen Ergebnis; demzufolge soll Art. 3 Abs. 3 POG aufgehoben werden.

Das Erfordernis der *Wirtschaftlichkeit* der Aufbewahrung der Publikumseinlagen ergibt sich aber auch aus der Rechtsform der Post als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft. Aktiengesellschaften sind in der Regel gewinnstrebig. In den strategischen Zielsetzung des Bundesrates für die Post hat der Bundesrat denn auch die Erwartung formuliert, dass die Post „in allen Geschäftsfeldern eine branchenübliche Rendite“ erzielt.<sup>3</sup> Die Restriktionen aus Art. 3 Abs. 3 POG laufen einer wirtschaftlichen Aufbewahrung der Publikumseinlagen entgegen und stehen somit im Widerspruch zu den Erwartungen des Bundesrates als Eigentümer der Post.

Die PostFinance hat die Publikumseinlagen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch *sicher* aufzubewahren. Bis ins Jahr 2002 erfolgt die Anlage der Publikumseinlagen über die Bundestresorerie und damit im Sinne von Art. 62 Abs. 1 Finanzhaushaltgesetz (FHG, SR 611.0) unter Gewährleistung von „Sicherheit“ und „marktkonformem Ertrag“. Seither ist die Tresorerietätigkeit der Post verselbständigt. Ziel dieser Loslösung der Tresorerietätigkeit war, dass die Post in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf dem Kapitalmarkt auftreten kann und dadurch – ganz im Sinne des oben skizzierten Wirtschaftlichkeitsaspektes - höhere Erträge mit der Anlage der Publikumseinlagen erwirtschaften kann.<sup>4</sup> Die Post wurde aber gleichzeitig an die von der EFV erlassenen Anlagerichtlinien und Schuldnerlimiten gebunden.<sup>5</sup> Die Gewährleistung der „Sicherheit der Anlagen“ war für die Loslösung von der Bundestresorerie demnach von Anbeginn weg Bedingung.<sup>6</sup> Durch die oben geschilderten Änderungen der Marktverhältnisse drängt sich die Vergabe von Krediten und Hypotheken nicht nur aus Überlegungen der Wirtschaftlichkeit, sondern auch aus Sicherheitsaspekten auf: Die Möglichkeit zur Vergabe von Krediten und Hypotheken führt zu einer besseren Diversifikation der Anlagen von PostFinance, was insgesamt deren Anlagerisiken reduziert. Es bieten sich für die PostFinance keine anderen wirtschaftlichen und gleichzeitig annähernd gleich sicheren Optionen für die Aufbewahrung der Publikumseinlagen an. Aus diesem Grund soll Art. 3 Abs. 3 POG aufgehoben werden.

---

<sup>3</sup> Strategische Ziele für die Post (2017-2020), Ziff. 3.1, abrufbar unter: <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/post/strategische-ziele.html>.  
<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/post/strategische-ziele.html>.

<sup>4</sup> Gesamtschau zur weiteren Entwicklung des Postwesens in der Schweiz – Bericht des Bundesrates über die Änderung des Postorganisationsgesetzes vom 22.5.2002, Ziff. 1.2.1, S. 5076 (abrufbar: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/5011.pdf>).

<sup>5</sup> Gesamtschau zur weiteren Entwicklung des Postwesens in der Schweiz – Bericht des Bundesrates über die Änderung des Postorganisationsgesetzes vom 22.5.2002, Ziff. 1.2.1, S. 5076.

<sup>6</sup> Gesamtschau zur weiteren Entwicklung des Postwesens in der Schweiz – Bericht des Bundesrates über die Änderung des Postorganisationsgesetzes vom 22.5.2002, Ziff. 1.2.2, S. 5077.

[...]

...»

Der Gutachterauftrag endet mit folgender Frage: «**Umfasst die verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für den Zahlungsverkehr in Art. 92 BV die Entgegennahme von Publikumseinlagen und die Vergabe von Krediten und Hypotheken durch PostFinance?**»

Am 20. Dezember 2018 fand in den Räumlichkeiten der EFV eine Sitzung statt. Im Januar und Februar 2019 liess die EFV dem Unterzeichneten auf dessen Ersuchen mehrere Zusatzinformationen zukommen.

## II. DIE ZUWEISUNG VON AUFGABEN AN DEN BUND

### A. Das System der Kompetenzverteilung

Die Frage nach der Kompetenzverteilung zwischen Bundesstaat und Gliedstaaten ist die Kernfrage des Föderalismus<sup>7</sup>. Diese Kompetenzverteilung wird in einem Bundesstaat in der Bundesverfassung geregelt. Diese legt das System der Kompetenzverteilung fest. Dieser Punkt ist zentral, denn er bedeutet, dass ein Eingreifen des Bundesverfassungsgebers erforderlich ist, um dieses System bzw. diese Verteilung zu ändern. Der ordentliche Bundesgesetzgeber kann sie nicht selbst ändern – zumindest in der Theorie nicht. In der Praxis legt der Bundesgesetzgeber die ihm zugewiesenen Kompetenzen oft sehr weit aus, ohne dass sich dem ein anderes Staatsorgan widersetzen würde.

In der Schweiz ist das System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen seit 1848 dasselbe. Es bestand sogar schon, als die Schweiz noch kein Bundesstaat war. Der Bund verfügt nur über die *ihm zugewiesenen Einzelermächtigungen*, die in der Bundesverfassung aufgezählt werden. Anders gesagt: Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist (Art. 42 Abs. 1 BV).

Unter dem Regime der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 wurde in der Lehre ausführlich darüber diskutiert, ob der Bund – neben den in der Bundesverfassung aufgezählten Kompetenzen – auch über *implizite*, dem Bundesstaat *inhärente* oder *gewohnheitsrechtliche* Kompetenzen verfügt. Diese Frage war von gewisser Bedeutung, da in der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 mit der Zeit verschiedene Lücken zutage getreten waren. Man war damals der Auffassung, dass es solche Kompetenzen sehr wohl gab.

Was die neue Bundesverfassung vom 18. April 1999 betrifft, die am 1. Januar 2000 in Kraft trat, ist es noch etwas zu früh, um sie durch *gewohnheitsrechtliche* Kompetenzen, die dem Bund zuerkannt werden, erheblich zu erweitern. Im Übrigen sind einige Kompetenzen, wie beispielsweise diejenige zur Sicherheit (Art. 57 BV: parallele Zuständigkeit von Bund und Kantonen), weit genug gefasst, um darin auch Kompetenzen einzuschliessen, die zuvor als implizit, inhärent oder gewohnheitsrechtlich erachtet wurden. Es ist jedoch unbestritten, dass der Bund weiterhin über sogenannte *stillschweigende* Kompetenzen verfügt. Diese umfassen die *inhärenten* Kompetenzen, d. h. diejenigen, die dem Bundesstaat – seinem Wesen nach – natürlich zukommen, und die *impliziten* Kompetenzen, d. h. diejenigen, die in engem

<sup>7</sup> AUBERT, Droit constitutionnel I, S. 229, Rz. 602: «la grande affaire du fédéralisme».

Zusammenhang mit der Ausübung einer anderen Kompetenz stehen. Kurzum, der Bund verfügt über alle Kompetenzen, die er aus einer nicht buchstabengetreuen, aber *vernünftigen* Auslegung der Bundesverfassung ableiten kann.<sup>8</sup> Daher wurden die Vorschriften zum öffentlichen Beschaffungswesen auf Bundesebene als inhärente Kompetenz des Bundes bezeichnet.<sup>9</sup>

In dringlichen Fällen kann der Bund Gesetze erlassen, ohne für den betreffenden Bereich über eine ihm zugewiesene Kompetenz zu verfügen. Der Dringlichkeitserklärung muss jedoch die Mehrheit der Mitglieder jedes der beiden Räte zustimmen (Art. 159 Abs. 3 Bst. A BV). Ausserdem tritt ein dringlich erklärtes Bundesgesetz, das keine Verfassungsgrundlage hat, ein Jahr nach Annahme durch die Bundesversammlung ausser Kraft, wenn es nicht innerhalb dieser Frist von Volk und Ständen angenommen wird (Art. 165 Abs. 3 und 140 Abs. 1 Bst. C BV). Es ist auf jeden Fall zu befristen (Art. 165 Abs. 3 zweiter Satz BV). Ein dringlich erklärtes Bundesgesetz, das in der Abstimmung nicht angenommen wird, kann nicht erneuert werden (Art. 165 Abs. 4 BV).

Die Kantone wiederum verfügen über eine *subsidiäre Generalkompetenz*<sup>10</sup>. Dies bedeutet, dass alle Kompetenzen, die nicht dem Bund zugewiesen sind, den Kantonen zukommen. Anders gesagt: Die Kantone üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind (Art. 3 *in fine* BV). Zwei zentrale Bemerkungen sind zu dieser ersten Feststellung anzubringen. Erstens sieht die Bundesverfassung bisweilen vor, dass die Kantone in einem bestimmten Bereich zuständig sind. Ein solcher Hinweis ist aus rechtlicher Sicht jedoch nicht erforderlich. Schweigt sich die Verfassung zur Zuständigkeit aus, so reicht dies im Prinzip aus, um daraus zu schliessen, dass die Kantone zuständig sind. Zweitens umfasst der Kompetenzbereich der Kantone nicht nur die Kompetenzen, die nicht dem Bund übertragen sind. In der Praxis gilt es, für jede Bundeskompetenz zu bestimmen, wie sich diese auf die Kantone auswirkt, welchen Umfang sie hat und wie sie der Bund angewendet hat. Hat der Bund eine seiner Kompetenzen noch nicht angewendet, so bedeutet dies grundsätzlich, dass die in diesem betreffenden Bereich erlassene kantonale Gesetzgebung in Kraft bleibt.

## B. Der Begriff «Aufgabe»

Das System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen scheint auf den ersten Blick klar. Eine eingehendere Analyse lässt jedoch Grauzonen erkennen. Gemäss Art. 3 *in fine* BV «[üben die Kantone] alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind». Art. 42 Abs. 1 BV wiederum hält fest: «Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist.» Der Begriff *Aufgabe* ist in diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung. Er wird in der Bundesverfassung mehrere Male verwendet (vgl. insbesondere Art. 5a, 6, 35 Abs. 2, 42, 43, 43a, 44 Abs. 1, 47 Abs. 2, 48 Abs. 1, 58 Abs. 2, 164 Abs. 1 Bst. e, 169 Abs. 1, 173, 178 und 187 BV). Allerdings kann nicht behauptet werden, dass der Sinn in den jeweiligen Bestimmungen immer derselbe ist.

Die Vorbereitungsarbeiten lassen nicht klar erkennen, wie der in Art. 42 Abs. 1 BV verwendete Begriff «Aufgabe» genau auszulegen ist,<sup>11</sup> da die praktische Bedeutung dieser Bestimmung bisher ohnehin beschränkt geblieben ist.<sup>12</sup> Der Zweck dieser Bestimmung und von Art. 3 BV besteht letzten Endes darin, zu vermeiden, dass der Bund Aufgaben übernimmt, zu denen ihn

---

<sup>8</sup> BGE 130 I 156 E. 2.5.

<sup>9</sup> BGE 130 I 156 E. 2.6.

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere BGE 140 I 176 E. 7.1; BGE 130 I 156 E. 2.5.

<sup>11</sup> Vgl. AB (Sonderausgabe zur Reform der Bundesverfassung) 1998 SR 62, 166, 211 und 225 f.; AB (Sonderausgabe zur Reform der Bundesverfassung) 1998 NR 249–255, 439, 471 und 489–492.

<sup>12</sup> BS Komm. BV-BIAGGINI, Art. 42 Rz. 2. Vgl. auch SG Komm. BV-SCHWEIZER, Art. 42 Rz. 9.

die Bundesverfassung nicht ermächtigt hat. Es geht also darum, die Kompetenzen der Kantone zu schützen.<sup>13</sup> Durch Anwendung zweier Kriterien ist es jedoch möglich, den Begriff «Aufgabe» zu präzisieren.

Erstens entsprechen die Aufgaben in Art. 42 Abs. 1 BV Tätigkeiten, die im *öffentlichen Interesse* liegen oder zur Erreichung eines solchen Interesses beitragen.<sup>14</sup> Es handelt sich dabei im Übrigen um einen allgemeinen Grundsatz des staatlichen Handelns im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV. Nicht jede Tätigkeit, die im öffentlichen Interesse liegt, ist aber eine Aufgabe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 BV.<sup>15</sup> Die Tätigkeiten der Schweizerischen Rettungsflugwacht (REGA) beispielsweise gelten nicht als solche, da sie das positive Recht nicht dem Staat zuweist, obwohl sie zweifelsohne im öffentlichen Interesse liegen.<sup>16</sup> Dasselbe gilt für private Krippen, die staatliche Fördermittel erhalten. Sie bieten zweifelsohne Leistungen an, die nicht in rein privatem Interesse liegen, ihre Verankerung im geltenden Recht ist jedoch oft schwach oder gar inexistent.

Zweitens liegt eine solche Aufgabe nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern stützt sich auch auf einen *Verfassungs- oder Gesetzesauftrag*<sup>17</sup> – allenfalls unter Ausklammerung der Aufgaben, die von Anfang an nur der Bundesstaat übernehmen kann.<sup>18</sup> Was Letztere betrifft, so besteht in der Regel sehr wohl ein Auftrag, allerdings leitet sich dieser aus sehr allgemeinen Verfassungsbestimmungen ab. In diesem Zusammenhang ist insbesondere Art. 2 BV zu nennen.<sup>19</sup> Diese Bestimmung weist dem Bund zwar keine Kompetenz zu,<sup>20</sup> kann sich dennoch auf die Auslegung anderer Verfassungsbestimmungen auswirken<sup>21</sup> und so zur Bildung der Grundlage für einen Bundesauftrag beitragen. Die Schaffung eines Verfassungs- oder Gesetzesauftrags setzt ein öffentliches Interesse voraus.<sup>22</sup> Verankert der Verfassungsgeber oder der Bundes- oder der kantonale Gesetzgeber eine Aufgabe in der Verfassung bzw. in einem Gesetz, muss er sich vom öffentlichen Interesse leiten lassen. Aus diesem Grund besteht zwischen diesen beiden Elementen eine Wechselwirkung. Der Begriff «Auftrag», wie er in diesem Zusammenhang verwendet wird, setzt in der Regel eine Handlungspflicht des Staates voraus<sup>23</sup> und bedeutet, dass es sich um den *Verantwortungsbereich* oder den Bereich der *Überantwortung* des Staates handelt.<sup>24</sup> Nicht alle Pflichten jedoch sind Aufgaben.<sup>25</sup> Liegt eine

---

<sup>13</sup> Vgl. unter zahlreichen Autoren Comm. Cst.-AUBERT, Art. 42 Rz. 1; BENOIT, Compétences, S. 15, Rz. 21.

<sup>14</sup> In allgemeinem Zusammenhang vgl. insbesondere DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, S. 9, Rz. 15; KARLEN, *Verwaltungsrecht*, S. 306. Bezüglich Art. 35 Abs. 2 BV vgl. sinngemäss MARTENET, Tâche, S. 125 f. und die Verweise.

<sup>15</sup> Vgl. insbesondere BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Grundrechte I, S. 96.

<sup>16</sup> HÄSLER, Unternehmen, S. 80; SG Komm. BV-SCHWEIZER, Art. 35 Rz. 34.

<sup>17</sup> BGE 138 II 134 E. 4.3.1. Vgl. insbesondere RÜTSCH, Aufgaben, S. 158 f. und 162; MARTENET, Tâche, S. 126–130 und die Verweise; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, S. 138–140 und die Verweise.

<sup>18</sup> Zu diesem Punkt vgl. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif III, S. 140.

<sup>19</sup> Zu diesem Punkt vgl. BS Komm. BV-BELSER, Art. 2 Rz. 7: «Anders als bei den inhaltlich teilweise ähnlichen Aspirationen, welche die Präambel zum Ausdruck bringt [...], handelt es sich bei Art. 2 um verbindliche Staatsziele, welche die staatlichen Akteure – auch wenn sie ihnen grosse Gestaltungsspielräume belassen – zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen verpflichten.» (fette Buchstaben weggelassen).

<sup>20</sup> Vgl. SG Komm. BV-EHRENZELLER, Art. 2 Rz. 11.

<sup>21</sup> SG Komm. BV-EHRENZELLER, Art. 2 Rz. 11; BS Komm. BV-BELSER, Art. 2 Rz. 8.

<sup>22</sup> Vgl. RÜTSCH, Aufgaben, S. 158.

<sup>23</sup> Vgl. KARLEN, *Verwaltungsrecht*, S. 306; vgl. auch BS Komm. BV-BIAGGINI, Art. 42 Rz. 21: ««Aufgabe» meint [...] vor allem die (prinzipielle) Pflicht, eine bestimmte Massnahme zu ergreifen bzw. Regelung zu erlassen.» (fette Buchstaben weggelassen).

<sup>24</sup> Vgl. VOGEL, Marktteilnehmer, S. 24; REIST, Aufgaben, S. 18–20; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, S. 5, Rz. 14; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, S. 9, Rz. 15; TANQUEREL, Droit administratif, S. 17, Rz. 51b.

<sup>25</sup> Vgl. MARTENET, Tâche, S. 127, Anmerkung 17.

Bundesaufgabe vor, so bedeutet dies im Übrigen nicht immer, dass der Bund auch selber handelt. Er kann die Aufgabe einerseits delegieren (vgl. Art. 178 Abs. 3 BV) und andererseits aufgrund des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5a und 43a BV) auf deren Übernahme vorübergehend oder dauerhaft verzichten. An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, dass gewisse Aspekte einer Aufgabe fakultativ sein können.

Nicht jede Tätigkeit, die in einer Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung genannt wird, stellt zwingend eine Aufgabe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 BV dar. Bei einer Tätigkeit, die aufgrund einer Delegation von einem Privatunternehmen ausgeübt werden kann, ist unbedingt eine differenziertere Analyse erforderlich. Es gilt dann, die anwendbaren Bestimmungen sorgfältig auszulegen,<sup>26</sup> um festzustellen, ob sie – insbesondere weil sie den Schwerpunkt auf die Notwendigkeit legen, die Bevölkerung zu versorgen oder ihr eine Leistung zu erbringen<sup>27</sup> – einer Aufgabe entsprechen oder ob sie eher die Möglichkeit betreffen, dass Unternehmen oder Personen Zugang zu einer Tätigkeit erhalten<sup>28</sup>. Überwiegt der erste Aspekt, handelt es sich in der Regel um eine staatliche Aufgabe. Ist hingegen der zweite Aspekt zentral, dann ist das Vorliegen einer Aufgabe fraglich oder muss gegebenenfalls gar verneint werden.

Art. 92 Abs. 1 BV sieht vor, dass «[d]as Post- und Fernmeldewesen Sache des Bundes [ist]». Art. 92 Abs. 2 BV wiederum beauftragt den Bund «für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden [zu sorgen]» (erster Satz). In Art. 92 BV werden *Aufgaben des Bundes* aufgezählt. Die Erbringung von Post- und Fernmeldediensten liegt in öffentlichem Interesse und dient der Versorgung der Bevölkerung. Ausserdem ist in Art. 92 BV – insbesondere im ersten Satz des zweiten Absatzes – ein echter Auftrag an den Bund zu sehen.<sup>29</sup>

### C. Wirtschaftliche Tätigkeiten, die keine Aufgaben sind

Aus obigen Erläuterungen geht hervor, dass es Raum für Tätigkeiten – vor allem wirtschaftlicher Natur – gibt, die keine Aufgaben sind. Die Unterscheidung zwischen Aufgaben und wirtschaftlichen Tätigkeiten des Staates wird in der Lehre anerkannt,<sup>30</sup> auch wenn die Abgrenzung zwischen den einen und den anderen manchmal unscharf ist. Im Vergleich zu den staatlichen Aufgaben sind die wirtschaftlichen Tätigkeiten bisweilen «peripher».<sup>31</sup>

Im Übrigen bedeutet die Zuweisung einer Aufgabe oft, dass die Mittel zu deren Erfüllung in unterschiedlichem Masse dem Ermessen der für diese Aufgabe zuständigen Einheit überlassen

---

<sup>26</sup> Vgl. insbesondere TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 115 f.; BS Komm. BV-WALDMANN, Art. 35 Rz. 20.

<sup>27</sup> Vgl. SG Komm. BV-SCHWEIZER, Art. 35 Rz. 46: «Eine Grundrechtsbindung Privater rechtfertigt sich aber dann, wenn z.B. durch eine Konzession dem Privaten die Sicherstellung einer Grundversorgung übertragen worden ist [...]»; BS Komm. BV-WALDMANN, Art. 35 Rz. 20. Vgl. auch DÉFAGO GAUDIN, Autonomie, S. 268, welcher jedoch der Auffassung ist, dass keine staatliche Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV vorliegt, wenn im Rahmen der Tätigkeit Leistungen in Konkurrenz zu anderen Marktakteuren, insbesondere in den liberalisierten Branchen, erbracht werden. Das Konkurrenzkriterium leitet sich jedoch nicht aus dieser Verfassungsbestimmung ab.

<sup>28</sup> Vgl. RÜTSCHKE, Aufgaben, S. 159–160 und 162.

<sup>29</sup> Bezüglich des ersten Satzes von Art. 92 Abs. 2 vgl. SCHOTT, Wettbewerb, Rz. 678; BS Komm. BV-KERN, Art. 92 Rz. 16–22.

<sup>30</sup> Vgl. insbesondere VOGEL, Marktteilnehmer, S. 12–34; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, S. 23–28, Rz. 1–15; POLTIER, Délégation, S. 194–197 und die Verweise. Vgl. auch UHLMANN, Staatshandeln, S. 19, zur wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates: «Der Staat *produziert marktfähige Leistungen* für den *Fremdbedarf*, welche von Dritten *freiwillig* erworben werden können.»

<sup>31</sup> POLTIER, Délégation, S. 197–199 und die Illustrationen. Vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, S. 27, Rz. 14.



werden<sup>32</sup> – dies unter Einhaltung der Verfassungsgrundsätze, die sich insbesondere aus Art. 5 und 94 BV ergeben. Als Mittel gilt auch die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten.

In der Praxis sind die öffentlichen Grossunternehmen, deren Eigner oder Mehrheitsaktionär der Bund ist und die einen Verfassungs- oder Gesetzesauftrag erfüllen (z. B. Grundversorgung), an zahlreichen in unterschiedlichen Branchen tätigen Unternehmen beteiligt, wie aus dem vom Bundesrat am 8. Dezember 2017 veröffentlichten Bericht<sup>33</sup> hervorgeht:

« ...

*Tabelle 1 Tätigkeitsbereiche von Swisscom in der Schweiz, 2016*

Tätigkeitsfeld	Konzerngesellschaft	Kapital- und Stimmrechtsanteil
Bank- und Finanzsoftware	finnova AG Bankware	9 %
	Swisscom IT Services Finance Custom Solutions AG	100 %
Call-Center-Dienstleistung	Swisscom Services AG	100 %
Cloud	Akenes SA	27,3 %
Crowdsourcing	Mila AG	51 %
Beratung und Projektgeschäft bezüglich digitale Transformation	Swisscom Digital Technology SA	50 %
Digitale Unterhaltung	CT Cinetrade AG	75 %
	PlazaVista Entertainment	75 %
	AG Kitag Kino-Theater AG	75 %
	Teleclub AG	75 %
	Teleclub Programm AG	25 %
Energie	MyStrom AG	100 %
	Swisscom Energy Solutions AG	54 %
Eventmanagement	Swisscom Event & Media Solutions AG	100 %
Fest- und Mobilfunknetz	Swisscom (Schweiz) AG	100 %
ICT-Dienste	Swisscom (Schweiz) AG	100 %
Gesundheit	Swisscom Health AG	100 %
	Swisscom eHealth Invest	100 %
	GmbH Medgate AG	40 %
	Medgate Technologies AG	40 %
IKT und Infrastruktur	Cablex AG	100 %
Immobilien	Swisscom Immobilien AG	100 %
Internetkriminalität	Global IP Action AG	75 %
Verzeichnisdienste	Swisscom Directories AG	69 %
Investitionen	Mona Lisa Capital AG	99,5 %
	Swisscom Ventures AG	100 %
Mobilität	BFM Business Fleet Management AG	100 %
Onlinehandel	siroop AG	50 %
Personal	Worklink AG	100 %

<sup>32</sup> Vgl. sinngemäss zu Art. 30 des deutschen Grundgesetzes Stefan KORIOth in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 30 Rz. 7 (46. Auflage, März 2006).

<sup>33</sup> Bundesrat, *Wettbewerb*, S. 26 ff.

Radio- und Fernsehgebühren	Billag AG	100 %
Rundfunk, Sicherheitsfunk, IPTV und Web-TV-Lösungen	Swisscom Broadcast AG	100 %
Sicherheit	SEC Consult (Schweiz) AG	46,5 %
Infrastruktur und Zeitmessung für Sportevents	Datasport AG	100 %
Werbevermarktung	Swisscom Advertising	33,3 %
	AG Admeira AG	33,3 %
	Admeira Broadcast	33,3 %
	AG MyKompass AG	13,8 %
	VirtualAds AG	83 %

Daneben ist Swisscom im Rahmen der Geschäftstätigkeiten an verschiedenen Digitalisierungsvorhaben aktiv beteiligt, wie zum Beispiel crowdfunding (mit wemakeit), Sicherheitssysteme (Smartlife) oder elektronische Patientenakten (Evita, ein Produkt der Swisscom Health AG).

Der Swisscom Konzern besitzt ausserdem Gesellschaften in verschiedenen anderen Ländern wie z. B. Fastweb S.p.A. in Italien (Telekommunikation), Swisscom Re AG in Liechtenstein (Rückversicherung), Improve Digital B.V. in den Niederlanden (Publishing), Belgacom International Carrier Services SA in Belgien (internationales Wholesale-Geschäft), Swisscom Cloud Lab Ltd in den USA (Cloud-Plattform) sowie Swisscom IT Services Finance Pte Ltd in Singapur (Systemintegration und BPO-Services).

*Tabelle 2 Tätigkeitsbereiche des Konzerns Post in der Schweiz, 2016*

Tätigkeit	Konzerngesellschaft	Beteiligung
Bank und Finanz	PostFinanc	100 %
	e AG	33 %
	TWINT AG	25 %
	SIX Interbank Clearing AG	
Crowdlending	Lendico Schweiz AG	24 %
Energie	Energie Logistik Schweiz (ELS) AG	20 %
FinTech	Finform AG	50 %
Gesundheit	health care research institute AG	100 %
IKT	Swiss Post	100 %
	Solutions AG	100 %
	SwissSign AG	
Immobilien	Post Immobilien Management und	100 %
	Services AG	100 %
	Post Immobilien AG	
Logistik und Gütertransport	PostLogisti	100 %
	cs AG	100 %
	SecurePost	100 %
	AG	100 %
	Swiss Post International Logistics AG	
	Swiss Post SAT Holding AG	

Mobilität	Mobility Solutions	100 %
	AG PubliBike AG	100 %
Personentransport	PostAuto Schweiz AG	100 %
	PostAuto Management AG	100 %
	CarPostal Mobilitätslösungen AG	100 %
	PostAuto Produktions AG	100 %
	PostAuto Fahrzeuge AG	34 %
	Sensetalbahn AG	
Zoll	Tele-Trans AG	100 %
	Botec	100 %
	Boncourt S.A.	
Zustellung	Swiss Post International Holding AG Presto Presse-Vertriebs AG	100 %
	Epsilon SA	100 %
	Direct Mail Company AG	100 %
	Direct Mail Logistik AG	25 %
	AZ Vertriebs AG	50 %
	SCHAZO AG	35 %
	Somedia Distribution AG	50 %
	DMB Direct Mail Biel-Bienne AG	50 %
	Asendia Holding SA	50 %
	TNT Swiss Post AG	

Schliesslich ist die Post auch auf ausländischen Märkten tätig, wie in Frankreich (z. B. Asendia, ein 50 %-Joint Venture mit der französischen La Poste) oder Liechtenstein (z. B. 25 % des Kapitals der Liechtensteinischen Post AG).

*Tabelle 3 Tätigkeitsbereiche des Konzerns SBB, 2016*

Tätigkeit	Konzern- und assoziierte Gesellschaften (mit Sitz in der Schweiz)	Beteiligung
Bildung	Login Berufsbildung AG	69,42 %
Gastronomie	Elvetino AG	100 %
Güterverkehr	SBB Cargo AG	100 %
	ChemOil Logistics AG	100 %
	SBB Cargo International AG	75 %
	RAlpin AG	33,11 %
	Hupac SA	23,85 %
Immobilien	Parking de la Gare de Neuchâtel SA	50 %
	Grosse Schanze AG	33,9 %
	Parking de la Place de Cornavin SA	20 %
Infrastruktur	AlpTransit Gotthard AG	100 %
	Gateway Basel Nord AG	51 %
	Terminal Combiné Chavornay SA (TERCO)	27,04 %
Kraftwerke	Etzelwerk AG	100 %
	Kraftwerk Amsteg AG	90 %
	Kraftwerk Wassen AG	90 %
	Kraftwerk Rapperswil-Auenstein AG	55 %
	Kraftwerk Göschenen AG	40 %
	Nant de Drance SA	36 %
	Ritom SA	75 %

Netz-Management	Trasse Schweiz AG	25 %
Personenverkehr	Thurbo AG	90 %
	Sensetalbahn AG	65,47 %
	RegionAlps SA	70 %
	zb Zentralbahn AG	66 %
	TILO SA	50 %
	Cisalpino SA	50 %
	BOS Management AG	30,6 %
Sicherheit	Securitrans Public Transport Security AG	51 %
Tourismus und Marketing	RailAway AG	86 %
	Swiss Travel System AG	60 %
	STC Switzerland Travel Centre AG	24,01 %
	öV Preis- und Vertriebssystemgesellschaft AG	74,42 %
Versicherung	SBB Insurance AG	100 %

Die SBB halten auch Beteiligungen in Unternehmen im Ausland wie in Deutschland (z. B. SBB GmbH, Rheinalp GmbH, SBB Cargo Deutschland GmbH, ChemOil Logistics GmbH), in Frankreich (z. B. Lyria SAS, Transferis SAS, Rail Europe 4A SNCF) oder in Italien (SBB Cargo Italia S.r.l.).

*Tabelle 4 Tätigkeitsbereiche der RUAG in der Schweiz, 2016*

Tätigkeit	Konzerngesellschaft	Beteiligung
Abfallsammelstellen	brings! AG	55 %
Engineering	CFS Engineering SA	40 %
Flughafen	Flughafen Bern AG	1,4 %
Industriepark	Nidwalden Airpark AG	40 %
Innovationspark	InnoCampus AG	7,6 %
Magazine	Visier Medien Holding AG	49,5 %
Navigation	AIONAV Systems AG	12 %
Recycling	RUAG Environment AG	100 %
Schiessanlage	Brünig Indoor AG	0,3 %

RUAG tritt zudem auch mit eigenen Produktionsstandorten in 14 Ländern und über der Hälfte der Mitarbeitenden stark im Ausland auf, wie z. B. in Deutschland (RUAG Deutschland GmbH, RUAG Aerospace Services GmbH, RUAG Defence Deutschland GmbH, Nitrochemie Aschau GmbH), in Frankreich (RUAG Holding France SAS, Arianespace Participation), in den Niederlanden (VDL-RUAG Shelters B.V.), in Schweden (RUAG Sweden AB, Gyttorp AB), in Belgien (RUAG Ammotec Benelux BVBA), im Vereinigten Königreich (RUAG Ammotec UK Ltd.), in Brasilien (RUAG Industria e Comercio de Municoes Ltda), in den Vereinigten Arabischen Emiraten (RUAG Simulation Company LLC), in den Vereinigten Staaten (RUAG Space USA Inc.) etc.

... »

Diese Praxis zeigt, dass die öffentlichen Unternehmen ihre Tätigkeiten erweitert haben, obwohl nicht all diese Tätigkeiten «Aufgaben» des Bundes sind. Gegenstand verschiedener Diskussionen waren allenfalls die Notwendigkeit einer solchen Erweiterung und die damit verbundenen Risiken. Es scheint hingegen, als sei diese Problematik – mit Ausnahme der Tätigkeiten von PostFinance – nicht im Lichte der Kompetenzverteilung zwischen Bund und

Kantone geprüft worden. Im berühmten *GlernerSach*-Entscheid, welcher zwar zu einem öffentlichen Unternehmen eines Kantons ergangen ist, räumt das Bundesgericht diesem Unternehmen grossen Handlungsspielraum bei der Ausübung seiner Tätigkeiten in Konkurrenz zur Privatwirtschaft ein und bezeichnet diese nicht als «Aufgaben», sondern spricht ganz klar von «Tätigkeiten».<sup>34</sup>

Die hier vertretene Auslegung der Bundesverfassung ist nicht nur mit Art. 42 Abs. 1 BV, sondern auch mit Art. 3 BV vereinbar. Bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten der «bundesstaatlichen» Unternehmen sind nämlich keine Aufgaben des Bundes. Ausserdem wird die «Souveränität» der Kantone in diesem Fall nicht eingeschränkt, da keines ihrer «Rechte» «dem Bund übertragen» wird.<sup>35</sup> Allerdings ist die Lehre in diesem Punkt nur sehr schwach entwickelt.

In den vorhergehenden Beispielen nehmen die öffentlichen Unternehmen eine Aufgabe des Bundes wahr und üben gleichzeitig andere Tätigkeiten aus. Wäre es denkbar, dass der Bund eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die in keinem Zusammenhang mit einer bestimmten Aufgabe steht? Uns scheint dies jedenfalls nicht von vornherein und kategorisch ausgeschlossen. Dies lässt sich anhand eines Beispiels veranschaulichen.

Nehmen wir an, der Bund verkauft Produkte mit dem Aufdruck «Bundeshaus». Die erzielten Gewinne fliessen in die allgemeine Bundeskasse. Vielleicht würde ein solches Projekt wegen Verletzung der Art. 5 Abs. 1 oder 2 und Art. 94 BV angefochten. Wir können hingegen nicht erkennen, inwiefern diese Tätigkeit die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen berühren soll. Und dies aus gutem Grund: Es handelt sich nicht um eine Aufgabe des Bundes, sondern um eine wirtschaftliche Tätigkeit von *a priori* beschränktem Umfang.

## D. Die besondere Situation der PostFinance AG und ihre Entwicklung

PostFinance nimmt zumindest eine Aufgabe des Bundes wahr, indem sie «eine landesweite Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs» sicherstellt (Art. 32 Abs. 1 PG; vgl. auch Art. 43 VPG).<sup>36</sup> Bei der Erfüllung dieser Aufgabe nimmt PostFinance Publikumseinlagen entgegen. Es stellt sich also unweigerlich die Frage, wie die betreffenden Mittel aufbewahrt und angelegt werden.

Anders gesagt: Die im vorliegenden Rechtsgutachten untersuchte wirtschaftliche Tätigkeit, also die Vergabe von Krediten und Hypotheken, steht in Zusammenhang mit der Erfüllung einer Bundesaufgabe. Daher gilt es, die Fragestellung im Lichte von Art. 92 BV zu prüfen.<sup>37</sup> Hätte der Bund das Recht, per Gesetz eine «Geschäftsbank» zu schaffen, die keine Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs zur Grundversorgung erbringt? Diese Frage wird hier offengelassen. Allein schon aufgrund von Art. 5 Abs. 2 und allenfalls von Art. 94 BV ist man jedoch zunächst

---

<sup>34</sup> BGE 138 I 378, insbesondere E. 6.3.3 und die Verweise: «Sodann sehen auch zahlreiche neuere Bundesgesetze vor, dass staatliche Unternehmen neben einem allfälligen Monopol- oder Service-Public-Bereich in Konkurrenz zur Privatwirtschaft weitere Tätigkeiten ausüben können [...]. Die meisten dieser Gesetze wurden wenige Jahre vor oder nach der Beratung der Bundesverfassung verabschiedet; es ist nicht anzunehmen, dass die Bundesversammlung solche Gesetze erlassen hätte, wenn sie mit der etwa zeitgleich erlassenen Bundesverfassung unternehmerische Tätigkeiten des Staates hätte verbieten wollen.»

<sup>35</sup> Zum Begriff «Rechte» vgl. insbesondere BS Komm. BV-BIAGGINI, Art. 3 Rz. 20: «Der Begriff «Rechte» ist dabei in erster Linie auf kantonale Hoheitsbefugnisse wie die (aus der Gebietshoheit fließende) kantonale Polizeihochheit gemünzt, welche durch die hergebrachten Begriffe der bundesstaatlichen Kompetenzlehre möglicherweise nicht zureichend erfasst werden.»

<sup>36</sup> Vgl. auch *infra* III

<sup>37</sup> Vgl. *infra* III.

geneigt, dies zu verneinen.<sup>38</sup> Diese Tätigkeit müsste sich auf jeden Fall auf eine gesetzliche Grundlage stützen.<sup>39</sup> Somit würde sich die Frage stellen, ob der Bund in diesem Bereich zuständig ist.<sup>40</sup> Die Prüfung würde sich daher unweigerlich auf die Art. 92 und 98 BV ausdehnen.

Zu guter Letzt gilt es festzuhalten, dass eine implizite, dem Bundesstaat inhärente oder eine gewohnheitsrechtliche Kompetenz des Bundes in diesem Bereich zweifelsohne auszuschliessen ist. Ausserdem ist es sicherlich nicht gerechtfertigt, ein dringliches Bundesgesetz zu verabschieden, um PostFinance die Vergabe von Krediten und Hypotheken zu gestatten.

### III. DIE KOMPETENZ IN BEZUG AUF DAS POSTWESEN

#### A. Der Umfang der Bundeskompetenz

##### 1. Die verschiedenen Auslegungskriterien

Gemäss Art. 92 Abs. 1 BV «[ist] das Post- und Fernmeldewesen Sache des Bundes». Vom Wortlaut her weist Art. 92 Abs. 1 BV dem Bund ausdrücklich keine Aufgabe im Bank- und Finanzbereich zu. Von der Systematik her ist diese Bestimmung Teil des 3. Titels der Bundesverfassung, der mit Art. 42 Abs. 1 beginnt, wonach «[d]er Bund die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist, [erfüllt].» Den «Banken und Versicherungen» ist ein eigener Artikel gewidmet (Art. 98 BV), doch stellt er keine Verbindung zu Art. 92 BV her. Historisch gesehen gibt die Botschaft des Bundesrates über die neue Bundesverfassung einen ersten Anhaltspunkt dazu, was unter «Postwesen» zu verstehen ist:

«Zum *Postwesen* gehören die üblichen Postdienstleistungen wie insbesondere Brief- und Paketpost sowie Postzahlungsverkehr. Eingeschlossen ist dabei auch die Personenbeförderung, soweit sie regelmässig und gewerbsmässig betrieben wird und nicht unter die Verfassungsbestimmungen über Schifffahrt, Eisenbahnverkehr oder Luftfahrt fällt. Der allgemeine Güterverkehr (namentlich der Transport von grösserem Stückgut und Schüttgut) und das Bankgeschäft sind hingegen von dieser Bestimmung nicht erfasst. Der Gesetzgeber legt die Grenzen des Regals im einzelnen fest.»<sup>41</sup>

Der Umfang des «Postwesens» war nicht Gegenstand parlamentarischer Beratungen. In deren Mittelpunkt stand vielmehr die Frage, ob es möglich sein soll, die Post zu «privatisieren» oder das Postwesen an Privatunternehmen zu delegieren.<sup>42</sup> In diesem Zusammenhang ist es aufschlussreich, die Voten der Nationalräte Erwin JUTZET und Andrea HÄMMERLE zu zitieren, die sich mit Erfolg gegen den vom Ständerat verabschiedeten Wortlaut gewehrt haben, wonach die «Gesetzgebung über das Post- und Fernmeldewesen» Sache des Bundes sei.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Zur Auslegung dieser Bestimmung durch das Bundesgericht vgl. hingegen *infra* V.

<sup>39</sup> Vgl. BJ, Nebentätigkeiten, Ziff. 3a und 3b.

<sup>40</sup> In Deutschland ist die Lehrmeinung, dass Art. 30 des Grundgesetzes (die Entsprechung von Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV) auch auf die «erwerbswirtschaftliche Teilnahme am Marktgeschehen» anwendbar ist (Fabian WITTECK *in* Dreier, Grundgesetz, Art. 30 Rz. 18 und die Verweise).

<sup>41</sup> Botschaft BV, S. 271.

<sup>42</sup> AB (Sonderausgabe zur Reform der Bundesverfassung) 1998 NR 291 und SR 216.

<sup>43</sup> AB (Sonderausgabe zur Reform der Bundesverfassung) 1998 SR 82 (Pierre Aeby, Berichterstatter).

«Heute ist es klar: Post- und Fernmeldewesen sind Bundessache. Das heisst im Klartext: Der Bund kann in diesem Bereich für sich grundsätzlich ein Monopol beanspruchen. Post- und Fernmeldewesen sind seine Sache, die Handels- und Gewerbefreiheit sind in diesem Bereich eingeschränkt. Das ist geltendes Verfassungsrecht.»<sup>44</sup>

«Herr Jutzet hat es richtig gesagt: Heute ist das Post- und Fernmeldewesen Bundessache, und zwar inhaltlich-materiell und nicht nur betreffend die Gesetzgebungskompetenz.»<sup>45</sup>

Daher heisst es in den Vorbereitungsarbeiten, dass die Erbringung von Postdiensten – im Gegensatz zu «Bankgeschäften» – eine echte Aufgabe des Bundes ist. Teleologisch betrachtet ist der gesamte Art. 92 BV Ausdruck des Willens des Verfassungsgebers, dass die Post- und Fernmeldedienste auf Bundesebene erbracht werden.<sup>46</sup>

Daraus ergibt sich, dass Art 92 BV nicht dahingehend ausgelegt werden darf, dass er dem Bund eine *Aufgabe* zuweist, die in der Vergabe von Krediten und Hypotheken besteht. Die Erbringung von Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs hingegen gilt als Aufgabe des Bundes<sup>47</sup>, die von der Post, genauer gesagt von PostFinance, wahrgenommen wird. In diesem Zusammenhang hält Art. 32 Abs. 1 PG fest: «Die Post stellt eine landesweite Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs sicher.»<sup>48</sup>

Art. 3 Abs. 3 POG untersagt PostFinance in der Tat, Dritten Kredite und Hypotheken zu vergeben. Als der Bundesrat diese Restriktion vorschlug, stützte er sich im Wesentlichen auf Erwägungen zu Risiken, die mit dem Hypotheken- und Kreditgeschäft verbunden sind, sowie zum in diesem Bereich bestehenden Angebot, das er als «ausreichend» bezeichnete.<sup>49</sup> Dies waren auch die Argumente, welche die Ratsmitglieder dazu bewogen, sich in diesem Punkt an die Vorlage des Bundesrates zu halten.<sup>50</sup>

## ***2. Die Auffassung des Bundesamtes für Justiz und der Lehre***

Das Bundesamt für Justiz und die Lehre übernehmen in der Regel die Restriktion aus der zuvor genannten Botschaft des Bundesrates.<sup>51</sup>

In einem Gutachten des BUNDESAMTES FÜR JUSTIZ von 2006 heisst es: «Insgesamt spricht alles dafür, dass Art. 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).»<sup>52</sup>

---

<sup>44</sup> AB (Sonderausgabe zur Reform der Bundesverfassung) 1998 NR 291 (Erwin Jutzet).

<sup>45</sup> AB (Sonderausgabe zur Reform der Bundesverfassung) 1998 NR 291 (Andrea Hämmerle).

<sup>46</sup> Vgl. REIST, Aufgaben, S. 90.

<sup>47</sup> Vgl. insbesondere BR, Botschaft PG, S. 5186: «Die Verfassung versteht unter Postdiensten sowohl die Brief- und Paketdienste wie auch die Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs und der Personenbeförderung.»; BJ, Postbank, S. 135: «Es hat sich bereits erwiesen, dass der Zahlungsverkehr zu den Postdienstleistungen gehört. [...] Zu einem zeitgemässen Zahlungsverkehr wiederum gehört ein sinnvolles Angebot an Zahlungsverkehrskonten.»

<sup>48</sup> Vgl. BR, Botschaft PG, S. 5234; AB 2009 SR 1157; AB 2010 NR 1559.

<sup>49</sup> Botschaft POG, S. 5284.

<sup>50</sup> Vgl. AB 2009 SR 1218–1223; AB 2010 NR 1560–1565.

<sup>51</sup> Botschaft BV, S. 271.

<sup>52</sup> BJ, Gutachten zur Verfassungsmässigkeit einer Postbank, VPB 3/2009.9, Ziff. 3.2.1.5.

Giovanni BIAGGINI: «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 zutreffend BJ, Gutachten vom 20.11.2006, VPB 2009.9).»<sup>53</sup>

Walther BURCKHARDT zu Art. 36 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV): «Weiter geht dagegen die Besorgung des Check- und Giroverkehrs durch die Post; hier besteht die wirtschaftliche Leistung der Postverw. nicht sowohl darin, dass sie dem Zahler und Empfänger des Geldes das Hindernis der sie trennenden Entfernung aus dem Wege räumt, sondern darin, dass sie Geldzahlungen durch Verrechnung (zw. wenigstens drei Personen) überhaupt überflüssig macht. Die Post wird dadurch zur Bank, und wenn der Bund die Kompetenz dazu hat, so hat er sie aus Art. 39 und nicht aus Art. 36. Noch weniger kann der Bund aus Art. 36 die Kompetenz ableiten, das Sparkassengeschäft zu betreiben [...].»<sup>54</sup>

Peter HETTICH/Thomas STEINER: «Art. 92 erlaubt dem Bund nicht den Betrieb einer Postbank [...].»<sup>55</sup>

Markus KERN: «Nicht Teil der Kompetenz ist hingegen das Bankgeschäft, dessen trennscharfe Abgrenzung vom Postwesen Schwierigkeiten bereiten kann. So war bereits früher die Ansicht vertreten worden, der Check- und Giroverkehr lasse sich nicht auf die Verfassungsgrundlage zum Postwesen abstützen. 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.»<sup>56</sup>

Martin LENDI zu Art. 36 aBV: «Charakteristisch für das Bankgeschäft ist nicht der Geldverkehr als solcher, sondern das Kreditwesen und der Handel mit Geld und Wertpapieren usw. *Die Post kann sich nicht mit dem Bankgeschäft befassen*, wohl aber mit dem Geldverkehr bis und mit dem Zahlungsverkehr.»<sup>57</sup>

Tanja REIST: «Die Verfassung erlaubt es dem Bund zwar, Bestimmungen über das Bankwesen zu erlassen, enthält aber keine explizite Grundlage, die es ihm ermöglichen würde, eine Postbank zu schaffen. Neben dem Zahlungsverkehr hat die Post zwar begonnen, ihr Angebot laufend auszuweiten (z. B. Anlagefonds, Wertschriften, Versicherungen). Um jedoch auch im Bereich der Finanzdienstleistungen ein umfassendes Angebot anbieten zu können (Kundenbindung bzw. Verhinderung von Abwanderung), fehlte einzig der Bereich der Kreditgewährung. Der Post ist es erlaubt, all diejenigen Zahlungsverkehrs- und Finanzdienstleistungen anzubieten, für die es keiner Bewilligung nach der Bankengesetzgebung bedarf. Aus dieser Ordnung ergibt sich, dass die Post ihrer Kundschaft Passivgeschäfte (z. B. Entgegennahme von Geldern) anbieten darf, es ihr jedoch untersagt ist, Aktivgeschäfte (wie die Kreditvergabe) zu betreiben.»<sup>58</sup>

Stefan VOGEL: «Rechnet man das Kerngeschäft des Zahlungsverkehrs noch zum Postwesen [...], so können unter dem Gesichtspunkt des Spezialitätsprinzips auch damit zusammenhängende bzw. vor- oder nachgelagerte Dienstleistungen erbracht

---

<sup>53</sup> BIAGGINI, Komm. BV, Art. 92 Rz. 4.

<sup>54</sup> BURCKHARDT, Komm. BV 1874, S. 310.

<sup>55</sup> SG Komm. BV-HETTICH/STEINER, Art. 92 Rz. 4.

<sup>56</sup> BS Komm. BV-KERN, Art. 92 Rz. 5.

<sup>57</sup> Komm. BV 1874-LENDI, Art. 36 Rz. 10.

<sup>58</sup> REIST, Aufgaben, S. 139.



werden. Reine Bankgeschäfte, welche mit dem Zahlungsverkehr in keinem ausreichenden Konnex stehen (Kreditvergabe, Vermögensverwaltung, Wertschriftenhandel, Fondsgeschäft, usw.), bleiben der Post demgegenüber verwehrt. Eine marktgerechte Verzinsung von Postchequekonten und *beschränkte* Überzugsmöglichkeiten fallen meines Erachtens aber noch in den Bereich des Zulässigen, denn die Post soll ihre Leistungen nicht zu unattraktiven Bedingungen anbieten müssen. Auch neuen Kundenbedürfnissen (z. B. elektronischer Zahlungsverkehr) darf durchaus entsprochen werden.»<sup>59</sup>

Andere Autoren beziehen sich einfach auf die Bundesgesetzgebung, ohne verfassungsrechtliche Erwägungen in den Vordergrund zu stellen:

Jean-François AUBERT: «Les «services postaux» («Postwesen»), l'ancienne Constitution disait simplement les «postes») se définissent par l'histoire et par la loi, c'est-à-dire qu'il n'y a pas là de notion constitutionnelle qui s'impose au législateur.»<sup>60</sup>

Peter HÄNNI/Andreas STÖCKLI: «Nach wie vor ist es ihr [PostFinance] aber untersagt, Kredite und Hypotheken an Dritte zu vergeben (vgl. Art. 3 Abs. 3 POG).»<sup>61</sup>

### **3. Die Unterscheidung zwischen Aufgabe und wirtschaftlichen Tätigkeiten**

Eine differenzierte Betrachtungsweise, die auf der Unterscheidung zwischen Aufgabe und wirtschaftlichen Tätigkeiten beruht, erscheint gerechtfertigt. Abgesehen von der Erbringung von Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs überträgt Art. 92 BV dem Bund im Bank- oder einem vergleichbaren Geschäft keine *Aufgabe* – geschweige denn einen Auftrag. Daher darf der Bund nicht Gesetze erlassen *mit dem Zweck, der Bevölkerung Dienstleistungen wie die Vergabe von Krediten und Hypotheken sowie Vermögensverwaltung anzubieten*. Die Versorgung der Bevölkerung in diesen Bereichen ist keine Aufgabe, die dem Bund durch Art. 92 BV zugewiesen wird.

Art. 92 BV legt jedoch nicht fest, wie PostFinance die Mittel, welche das Institut aufgrund der Erfüllung der Aufgabe des Bundes – der Erbringung von Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs – hält, anlegen kann. Eine solche Anlage stellt eine *wirtschaftliche Tätigkeit* dar, die sich zwar aus einer Aufgabe ergibt, jedoch keine Aufgabe ist. Durch die Anlage entsteht keine neue Aufgabe. Dementsprechend stellt auch jede neue Art der Anlage keine zusätzliche Aufgabe des Bundes dar.

Die Unterscheidung zwischen Aufgabe und wirtschaftlicher Tätigkeit ist nicht künstlich – zumindest aus drei Gründen nicht:

Erstens entspricht diese Unterscheidung der Praxis der öffentlichen Unternehmen des Bundes.<sup>62</sup> Diese handeln direkt auf der Grundlage der Bundesverfassung, wenn sie eine Aufgabe des Bundes erfüllen, und vor allem auf einer – bisweilen sehr breiten – gesetzlichen Grundlage, wenn sie wirtschaftliche Tätigkeiten in Konkurrenz zur Privatwirtschaft ausüben.

Zweitens können sich die Finanzierung einer Aufgabe und die Finanzierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit unterscheiden. Unseres Erachtens wäre es *de Constitutione lata* nicht zulässig, dass sich PostFinance beispielsweise über die Ausgabe einer Anleihe Mittel am Kapitalmarkt beschafft, um eine allfällige Tätigkeit im Bereich der Vergabe von Krediten und

<sup>59</sup> VOGEL, Marktteilnehmer, S. 218 f.

<sup>60</sup> Comm. Cst.-AUBERT, Art. 92 Rz. 2.

<sup>61</sup> HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rz. 1056.

<sup>62</sup> Vgl. *supra* II.C.

Hypotheken zu finanzieren. In einem solchen Fall würde die Begründung für diese Kapitalbeschaffung unmittelbar auf dem Willen beruhen, solche Dienstleistungen der Bevölkerung anzubieten, was nicht mit Art. 92 BV vereinbar wäre.

Drittens versteht es sich von selbst, dass für die Ausübung einer einfachen wirtschaftlichen Tätigkeit in Konkurrenz zur Privatwirtschaft keine hoheitlichen Vorrechte genutzt werden dürfen; zudem sind die in diesem Rahmen gewachsenen Rechtsbeziehungen privatrechtlicher Natur.<sup>63</sup>

Die Kantone könnten zwar der Meinung sein, dass der Eintritt von PostFinance in den Kredit- und Hypothekarmarkt die Konkurrenz, mit der die Kantonalbanken konfrontiert sind, noch verschärfen könnte. Doch wären die Kantonalbanken in diesem Fall keineswegs in ihren Möglichkeiten eingeschränkt, Kredite und Hypotheken zu vergeben. Vom grösseren Wettbewerb würden die Konsumenten profitieren. Zudem ist es nicht Sinn und Zweck der Bundesverfassung, die Wirtschaftsakteure vor Wettbewerb zu schützen.<sup>64</sup> Zwar könnten die Rentabilität der Kantonalbanken und die Entschädigung für die Staatsgarantie – sofern eine solche besteht – negativ beeinflusst werden, was jedoch noch zu beweisen ist. Allerdings schränkt eine solche Staatsgarantie den Wettbewerb ein oder verstösst – je nach Fall – sogar gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit;<sup>65</sup> zudem darf ihr Zweck nicht darin bestehen, dem betreffenden Kanton Finanzeinnahmen zu sichern. Ein solcher fiskalischer Zweck reicht nicht aus, um eine so weitreichende Wettbewerbsverzerrung zu rechtfertigen.<sup>66</sup>

Es muss zunächst klargestellt werden, inwieweit eine wirtschaftliche Tätigkeit im Bereich der Vergabe von Krediten und Hypotheken für PostFinance in Frage kommt.<sup>67</sup> Diese Problematik kann vorab anhand einer Parallele zur Telekommunikationsbranche veranschaulicht werden. Der Konzern Swisscom ist Eigner von Unternehmen im Ausland, insbesondere von der Fastweb SpA in Italien (im Folgenden «Fastweb»);<sup>68</sup> Selbstverständlich weist Art. 92 BV dem Bund im «Fernmeldewesen» keine Aufgabe zu, die darin besteht, Fernmeldedienste in einem anderen Land zu erbringen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Konzern Swisscom mit seiner Eignerschaft an Fastweb gegen die Verfassung verstösst. Diese Tätigkeit in Italien ist laut Swisscom aus verschiedenen wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt. Dem kann entgegengehalten werden, dass Fastweb zwar in der Telekommunikation, dem Kerngeschäft von Swisscom, tätig ist, eine Erweiterung der Geschäftstätigkeit des Konzerns aber tatsächlich stattgefunden hat, weil Fastweb Dienstleistungen im Ausland erbringt. Nichts spricht dafür, dass eine geografische Erweiterung ausserhalb der Schweiz – im Gegensatz zu einer materiellen Erweiterung in der Schweiz – unter Art. 92 BV fällt.

## **B. Die Finanzierung der Aufgaben und die Anlage von Geldern**

Gemäss den uns vorliegenden Informationen hält PostFinance mehr als 100 Milliarden Franken und soll diese gemäss der geltenden Gesetzgebung sicher und wirtschaftlich anlegen (vgl.

---

<sup>63</sup> Vgl. POLTIER, *Délégation*, S. 199 f.

<sup>64</sup> Vgl. in Zusammenhang mit Art. 27 BV BGE 43 II 425 E. 4.2; BGE 138 I 378 E. 6.2.2 und die Verweise auf die Lehre, JdT 2014 I 3. In der Lehre vgl. insbesondere KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, *Grundrechte*, 371, Rz. 14.

<sup>65</sup> Vgl. SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 94 Rz. 6; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 27 Rz. 67; HETTICH/KOLMAR, *Wettbewerbsverzerrung*, S. 289 f.

<sup>66</sup> Vgl. zumindest sinngemäss BGE 132 I 282 E. 3.3. Bezüglich der Schaffung eines Monopols vgl. insbesondere MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, S. 1085, und HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Rz. 94–96, die diesbezüglich etwas differenzieren.

<sup>67</sup> Vgl. *infra* III.B/C.

<sup>68</sup> Vgl. *supra* II.C.

insbesondere Art. 46 VPG).<sup>69</sup> Eingeschränkt wird das Institut vor allem durch Art. 3 Abs. 3 POG, wonach es keine Kredite und Hypotheken an Dritte vergeben darf.

Die Anlage von Geldern, die ein öffentliches Unternehmen des Bundes aufgrund der Ausübung einer Aufgabe hält, ist als *wirtschaftliche Tätigkeit* zu erachten. Die Anlage von Geldern entspricht *als solche* weder einer «Aufgabe» im Sinne von Art. 42 Abs. 1 BV noch einem «Recht» im Sinne von Art. 3 BV. Anders gesagt: Sie verstösst nicht gegen die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen. In diesem Zusammenhang gesteht die Bundesverfassung den öffentlichen Unternehmen Handlungsspielraum für die Anlage der von ihnen gehaltenen Gelder zu. Das Bundesgericht räumt selbst ein, dass die Nebentätigkeiten zur Finanzierung der Erfüllung einer Aufgabe<sup>70</sup> oder zur Verteilung der Risiken und Kosten dienen, denen ein öffentliches Unternehmen oder eine andere öffentliche Einrichtung gegenübersteht.<sup>71</sup> Das Bundesamt für Justiz wiederum toleriert, dass PostFinance Gelder im Ausland anlegt, ist aber dagegen, dass das Institut Kredite und Hypotheken in der Schweiz vergibt.<sup>72</sup> Hat diese paradoxe Situation ihre Grundlage tatsächlich in der Bundesverfassung?

Der Zweck der Anlage besteht nicht darin, der Bevölkerung eine Dienstleistung zu erbringen, sondern darin, den *Wert dieser Gelder zu erhalten* und gegebenenfalls *zu erhöhen*. Der Bundesgesetzgeber und – obwohl es sich um eine andere Frage handelt – das betroffene öffentliche Unternehmen müssen über beträchtlichen Handlungsspielraum verfügen; dies umso mehr, als diese Problematik in einem dynamischen Kontext zu sehen ist. Dabei ist fraglich, ob der Verfassungsgeber selbst präzise Kriterien dafür festlegen möchte und ob er überhaupt in der Lage ist, dies zu tun.

Die Vergabe von Krediten ist im Übrigen nicht nur Banken vorbehalten. Dasselbe gilt auch für Hypotheken. Die Banken sind zwar die traditionellen Akteure in diesem Bereich, doch auch Versicherungen und mehrere Pensionskassen sind nun in diesem Markt aktiv.<sup>73</sup> Zudem können dank der Verbriefung von Hypotheken andere juristische und natürliche Personen Gläubigerinnen werden.<sup>74</sup> Ferner stellen mehrere Unternehmen die Verbindung zwischen Privatpersonen oder institutionellen Kunden zwecks einer grundpfandgesicherten oder einer nicht grundpfandgesicherten Finanzierung (*Crowdlending, Crowdfunding, Marketplace Lending, Peer-to-Peer-Darlehen* usw.) her. Die Entwicklung des Marktes in diesem Bereich lässt sich anhand einiger Beispiele veranschaulichen:

Hyposcout: «Als Fintech-Unternehmung hat es die Hyposcout geschafft, sich in der digitalen Vermarktung von Hypotheken in der Schweiz einen Namen zu machen. Als Online-Vermittlungsplattform führt die Hyposcout AG Kapitalgeber (Investoren) und Immobilienbesitzer (Kapitalnehmer) zusammen. Als Kapitalgeber kommen sowohl Privatpersonen als auch institutionelle Kunden aus der ganzen Welt in Frage, die ihr Investment mittels einer Schweizer Immobilie absichern und von attraktiven Zinsen

---

<sup>69</sup> Vgl. auch BR, Botschaft PG, S. 5202: «Die Grundversorgung mit Zahlungsverkehrsdiensten muss die Post selbsttragend erfüllen. Auf eine Erweiterung der Geschäftstätigkeit der Post im Bereich der Finanzdienstleistungen (Kredite und Hypotheken) wird im Rahmen der Revision des POG verzichtet.»

<sup>70</sup> Bezüglich Werbung vgl. zur SSR BGE 139 I 306 E. 3.2.2–3.2.3.

<sup>71</sup> Bezüglich Versicherungen vgl. zu GlarnerSach BGE 138 I 378 E. 8.5 und 8.6.2: «Vorliegend hat der demokratisch legitimierte Gesetzgeber des Kantons Glarus mit dem angefochtenen Gesetz zum Ausdruck gebracht, dass er die schon bisher neben dem Monopolbereich ausgeübten Tätigkeiten der staatlichen Gebäudeversicherung (vgl. E. 3) ausdehnen will, um die Geschäftstätigkeit zu vergrössern und Risiken und Kosten besser zu verteilen (Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus 2010, S. 31), was betriebswirtschaftlich sinnvoll sein kann und ohne Weiteres ein sachlich haltbares Ziel ist.» (E. 8.5)

<sup>72</sup> BJ, Postbank, S. 135

<sup>73</sup> Vgl. insbesondere Guy BARBONI, Prêt hypothécaire: banque ou assurance?, Tout l'immobilier vom 27. März 2017, S. 18 f.

<sup>74</sup> Zu diesem Punkt vgl. insbesondere Jordan, Finanzierung.

profitieren wollen. Kapitalnehmer auf der anderen Seite haben die Möglichkeit, Kapital zu einem marktgerechten Zinssatz aufzunehmen, und stellen ihre Schweizer Immobilie als Sicherheit zur Verfügung.»<sup>75</sup>

Credit Exchange, deren Partner neben Banken und Versicherungen u. a. auch Swisscom ist: «Wir schaffen eine Verbindung zwischen Hypothekarkunden und institutionellen Kreditgebern und erreichen dadurch den besten Zins in Echtzeit. Dabei stehen wir für Integrität, Neutralität, Transparenz und die Sicherheit des Hypothekarmarktes. Unsere Partner zählen zu den Besten auf ihrem Gebiet, teilen unsere Werte und stehen für unternehmerisches Wachstum.»<sup>76</sup>

Lend.ch: «Bei uns treffen Kreditnehmer direkt auf Anleger. Dadurch werden Kosten gespart und beide Seiten profitieren von besseren Konditionen.»<sup>77</sup>

Hierzu ist zudem zu bemerken, dass die gesetzliche Definition des Begriffs «Bank» sehr weit gefasst ist<sup>78</sup> und nicht mit der Vergabe von Krediten oder Hypotheken in Verbindung steht, auch wenn diese Tätigkeit eine Bank<sup>79</sup> kennzeichnet, die im *Commercial Banking* tätig ist (dieses umfasst das Kredit- und Einlagengeschäft sowie den Zahlungsverkehr und ist von *Private Banking* und *Investment Banking* zu unterscheiden).<sup>80</sup>

So gilt gemäss Bankengesetz als Bank «wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und: a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt; b. gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen anlegt oder verzinst; oder c. sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren» (Art. 1a BankG). Von der Vergabe von Krediten und Hypotheken ist keineswegs die Rede.

## C. Die Restriktionen der wirtschaftlichen Tätigkeiten

PostFinance kann sicherlich nicht beliebig viele wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben. Es obliegt dem Bund, das gesamte Bundesrecht einzuhalten, insbesondere die Grundsätze von Art. 94 BV.<sup>81</sup> Zunächst einmal sind drei weitere Restriktionen zu berücksichtigen.

---

<sup>75</sup> Vgl. folgende Website: <https://www.hypo-scout.ch/ueber-uns/> (Stand 25. Januar 2019).

<sup>76</sup> Vgl. folgende Website: <https://www.creditexchange.ch/> (Stand 25. Januar 2019).

<sup>77</sup> Vgl. folgende Website: <https://lend.ch/de/> (Stand 25. Januar 2019).

<sup>78</sup> Vgl. kurz vor dem Inkrafttreten von Art. 1a BankG insbesondere FAVROD-COUNE, Crowdfunding, S. 522–535 und die zahlreichen Verweise.

<sup>79</sup> Vgl. insbesondere SNB, Banken, S. 14: «Die Hypothekarforderungen gegenüber dem Inland stiegen erneut (+2,7% bzw. +25,3 Mrd. Franken) und erreichten Ende 2017 einen Bestand von 974,7 Mrd. Franken. Sie bildeten weiterhin die grösste Aktivposition; ihr Anteil an der gesamten Bilanzsumme betrug knapp 30%. [...] Die übrigen Kredite – sie werden in der Bilanz als *Forderungen gegenüber Kunden* ausgewiesen – nahmen um 52,6 Mrd. auf 625,9 Mrd. Franken zu (+9,2%).»

<sup>80</sup> Vgl. insbesondere BS Komm. BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rz. 2.

<sup>81</sup> Vgl. *infra* V.

## 1. Der Zusammenhang zwischen Aufgabe und wirtschaftlichen Tätigkeiten

Das Bundesrecht (Art. 41a Abs. 2 Bst. a FHG), das Bundesamt für Justiz<sup>82</sup> und die Lehre<sup>83</sup> verlangen, dass ein enger Zusammenhang zwischen der Aufgabe und den jeweiligen wirtschaftlichen Tätigkeiten besteht. Hat diese Anforderung Verfassungs- oder nur Gesetzescharakter? Die Frage ist berechtigt. Der Bundesrat hält fest, jedoch ohne diesen Punkt weiter zu vertiefen, dass die Voraussetzungen von Art. 41a Abs. 2 und 3 FHG den «verfassungsrechtlich geforderten Minimalanforderungen»<sup>84</sup> entsprechen. Unseres Erachtens sollte zwischen der Aufgabe und den betreffenden wirtschaftlichen Tätigkeiten ein gewisser *Konnex* bestehen. Wir verwenden an dieser Stelle den Konjunktiv, da die Praxis eher permissiv ist, und wir verzichten darauf, von einem «inneren Zusammenhang» zu sprechen, da uns dieser Terminus übertrieben scheint. Auf jeden Fall muss ein öffentliches Unternehmen über «unternehmerischen Spielraum»<sup>85</sup> verfügen. Das Bundesgericht wiederum stellt mühelos einen Zusammenhang zwischen einer Staatsaufgabe und anderen Tätigkeiten her.<sup>86</sup>

Die wirtschaftlichen Tätigkeiten von Swisscom, Post, SBB und RUAG sind sehr vielfältig.<sup>87</sup> PostFinance sieht sich aufgrund der Erfüllung einer Bundesaufgabe gezwungen, bedeutende Mittel anzulegen, was verständlicherweise dazu führt, eine Tätigkeit im Bereich der Vergabe von Krediten und Hypotheken in Betracht zu ziehen.<sup>88</sup> Jeder staatliche oder private Wirtschaftsakteur, der Dutzende Milliarden Franken hält, muss diese Gelder unweigerlich anlegen und die Risiken verteilen. Die diversifizierte, wirtschaftliche und sichere Anlage von Geldern ist untrennbar mit dem Halten solcher Summen verknüpft. Dies gilt auch für PostFinance.<sup>89</sup> Im Übrigen ist schwer nachvollziehbar, weshalb ein ausreichender Zusammenhang zwischen der Aufgabe und der geplanten Tätigkeit verneint wird.

Von einer Art Verbindung und gar einem ausreichend engen Zusammenhang zwischen der Erfüllung einer Aufgabe, die dazu führt, Dutzende Milliarden Franken zu halten, und der Anlage dieser Gelder – namentlich durch die Vergabe von Krediten und Hypotheken – kann somit ausgegangen werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Spektrum der zulässigen wirtschaftlichen Tätigkeiten nicht definitiv festgelegt ist. Die Lehre zu Art. 92 BV anerkennt, dass eine Entwicklung möglich ist und diese Frage dynamisch geprüft wird.<sup>90</sup> Die Entwicklung

---

<sup>82</sup> BJ, SUVA, S. 9.

<sup>83</sup> Vgl. UHLMANN, Staatshandeln, S. 245–249; VOGEL, Marktteilnehmer, S. 162–167.

<sup>84</sup> Botschaft FHG, S. 7220.

<sup>85</sup> Vgl. Botschaft FHG S. 7220.

<sup>86</sup> Vgl. zur Verpflichtung der SSR, die Grundrechte im Werbebereich einzuhalten, insbesondere BGE 139 I 306 E. 3.2.2–3.2.3.

<sup>87</sup> Vgl. *supra* II.C.

<sup>88</sup> Das BJ ist anderer Auffassung, vgl. hierzu BJ, Postbank, S. 135: «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».

<sup>89</sup> Vgl. BOVET, Affaires, Rz. 2: «Rappelons brièvement que, d'une part, PostFinance est une banque d'importance systémique selon les art. 7 ss LB et, d'autre part, l'art. 3 al. 3 LOP lui interdit d'octroyer des crédits ou des hypothèques à des tiers. Ce second point pourrait être modifié dans un avenir relativement proche, un projet étant en cours d'élaboration et de brefs et rapides échanges étant déjà intervenus au Conseil des États; outre l'apport en concurrence avancé par le Conseil fédéral, cette diversification pourrait être bienvenue sous l'angle des risques, les opérations d'intérêts résultant de la marge entre les intérêts sur les placements et les dépôts de la clientèle constituant aujourd'hui la principale source de revenus de PostFinance.»

<sup>90</sup> Vgl. insbesondere VOGEL, Marktteilnehmer, S. 218 f.; REIST, Aufgaben, S. 139; BS Komm. BV-KERN, Art. 92 Rz. 5. Diese drei Autoren sind indes der Auffassung, dass die Vergabe von Krediten und Hypotheken nicht unter Art. 92 BV fällt. Vgl. auch BJ, Postbank, S. 135: «Zu einem *zeitgemässen* Zahlungsverkehr wiederum gehört ein sinnvolles Angebot an Zahlungsverkehrskonten.» (Hervorhebung durch Autor).

der Lage, mit der PostFinance konfrontiert ist, sowie das Aufkommen zahlreicher aus dem Nichtbankensektor stammender Akteure – namentlich auf dem Hypothekarmarkt – sprechen für eine dynamische Auslegung des Zusammenhangs zwischen den in Art. 92 BV vorgesehenen Aufgaben und den damit verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten.

Dies lässt sich anhand eines analogen Beispiels veranschaulichen. Als Swisscom beschliesst, in grossem Umfang in den Inhalt von auf Swisscom TV ausgestrahlten Programmen, z. B. im Fussball<sup>91</sup>, zu investieren, erfüllt das Unternehmen damit keine Bundesaufgabe. Dennoch weist diese wirtschaftliche Tätigkeit einen gewissen Zusammenhang mit der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen und mit deren Attraktivität auf. In diesem Punkt ist es interessant, darauf hinzuweisen, dass der Bundesrat in seiner Botschaft über eine neue Bundesverfassung der Meinung war, dass «[d]as Fernmeldewesen die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen [umfasst], die nicht an die Allgemeinheit gerichtet sind»<sup>92</sup>. Damals war weder von Akquisition noch von Schaffung von Programmen die Rede. Innerhalb von rund zwanzig Jahren hat sich die Situation beträchtlich verändert,<sup>93</sup> ohne dass Art. 92 und Art. 93 BV angepasst worden wären.

Das Bundesamt für Justiz kommt in seinem am 8. März 2008 veröffentlichten Rechtsgutachten zum Schluss, dass die Swisscom AG nicht berechtigt war, eine Mehrheitsbeteiligung an einer Programmveranstalterin zu erwerben.<sup>94</sup> Es ist der Auffassung, dass die anwendbare Gesetzgebung vorgängig hätte geändert werden müssen, hat aber nicht wirklich geprüft, ob der Bund aufgrund von Art. 92 BV zuständig war.<sup>95</sup> Die Sichtweise des Bundesamtes für Justiz scheint uns in diesem Fall richtig.

Es gilt noch zu präzisieren, dass die geplante Anlage, die in der Vergabe von Krediten und Hypotheken besteht, im Wesentlichen mit den Geldern in Zusammenhang stehen sollte, die PostFinance in Verbindung mit den Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs hält. Die in der nachstehenden Tabelle aufgeführten Verpflichtungen aus Kundeneinlagen auf Sicht (per 31. Dezember 2017 rund 71,5 Milliarden Franken) entsprechen den Angaben von PostFinance zufolge weitgehend den Zahlungsverkehrskonten. Dies bedeutet, dass sich dieser Betrag in erster Linie auf eine Aufgabe von Art. 92 BV bezieht.

Die kündbaren Verpflichtungen aus Kundeneinlagen (per 31. Dezember 2017 ungefähr 42 Milliarden Franken) hingegen beziehen sich den Angaben von PostFinance zufolge im Wesentlichen auf die Spar- und Vorsorgekonten sowie auf Anlageprodukte. Die damit verbundene wirtschaftliche Tätigkeit entspricht im Übrigen weder einer staatlichen Aufgabe noch der Grundversorgung (Art. 32 Abs. 1 PG *a contrario*; Art. 43 Abs. 1 VPG *a contrario*).

---

<sup>91</sup> Vgl. insbesondere die Medienmitteilung der Swisscom AG vom 5. April 2018 («Swisscom TV zeigt Fussball wie noch nie – und so viel wie noch nie» <https://www.swisscom.ch/de/about/medien/press-releases/2018/04/20180405-mm-swisscom-tv-fussball.html>) (Stand 25. Januar 2019).

<sup>92</sup> Botschaft BV, S. 271.

<sup>93</sup> Vgl. insbesondere Swisscom AG, Geschäftsbericht 2017, Bern, S. 22: «Der Schweizer TV-Markt ist geprägt von vielfältigen Angeboten der nationalen Marktteilnehmer. Zudem drängen weitere internationale Unternehmen auf den Markt. Diese bieten TV- wie auch Streaming-Dienste an, die unabhängig vom Internetanbieter über einen bestehenden Breitbandanschluss genutzt werden. Die Wettbewerbsdynamik hat vor allem im Bereich der Fernsehinhalte zugenommen. Verschiedene nationale und internationale Unternehmen sicherten sich die Schweizer Übertragungsrechte für unterschiedliche Sportarten, die bisher im Wesentlichen bei Swisscom gelegen hatten. Dies versetzte sie in die Lage, sich mit eigenen neuen Angeboten auf dem Markt zu positionieren.»

<sup>94</sup> BJ, Swisscom, S. 229.

<sup>95</sup> Vgl. BJ, Swisscom, S. 222–229 *a contrario*.

## Fälligkeitsstruktur der Finanzinstrumente<sup>96</sup>

Darstellung der Fälligkeitsstruktur  
der Finanzinstrumente  
(Aktivum/Finanzinstrumente)

per 31.12.2017 Mio. CHF	fällig							Total
	Auf Sicht	Kündbar	Inert 3 Monaten	Nach 3 Monaten bis zu 12 Monaten	Nach 12 Monaten bis zu 5 Jahren	Nach 5 Jahren	Immobilisiert	
Rüssige Mittel	38 476	–	–	–	–	–	–	38 476
Forderungen gegenüber Banken	716	–	55	50	1 686	2 317	–	4 823
Forderungen aus Wertpapierfinanzierungsgeschäften	–	–	24	–	–	–	–	24
Forderungen gegenüber Kunden	342	4	880	1 284	3 499	6 163	–	12 172
Hypothekarforderungen	–	–	0	–	–	–	–	0
Positive Wiederbeschaffungswerte derivativer Finanzinstrumente	43	–	–	–	–	–	–	43
Finanzanlagen	1 136	–	2 552	6 416	29 762	22 953	–	62 819
<b>Total</b>	<b>31.12.2017</b>	<b>40 713</b>	<b>4</b>	<b>3 511</b>	<b>7 750</b>	<b>34 947</b>	<b>–</b>	<b>118 358</b>
	31.12.2016	39 709	3	4 324	7 688	35 087	–	116 910

Darstellung der Fälligkeitsstruktur  
der Finanzinstrumente  
(Fremdkapital/Finanzinstrumente)

per 31.12.2017 Mio. CHF	fällig							Total
	Auf Sicht	Kündbar	Inert 3 Monaten	Nach 3 Monaten bis zu 12 Monaten	Nach 12 Monaten bis zu 5 Jahren	Nach 5 Jahren	Immobilisiert	
Verpflichtungen gegenüber Banken	543	–	–	–	–	–	–	543
Verpflichtungen aus Wertpapierfinanzierungsgeschäften	–	–	–	–	–	–	–	–
Verpflichtungen aus Kundeneinlagen	71 436	41 852	3	2	–	–	–	113 292
Negative Wiederbeschaffungswerte derivativer Finanzinstrumente	728	–	–	–	–	–	–	728
Kassenobligationen	–	–	4	9	73	7	–	93
<b>Total</b>	<b>31.12.2017</b>	<b>72 707</b>	<b>41 852</b>	<b>6</b>	<b>11</b>	<b>73</b>	<b>7</b>	<b>114 656</b>
	31.12.2016	69 517	42 865	734	11	85	8	113 220

Daraus folgt, dass die Vergabe von Krediten und Hypotheken im Wesentlichen zur Anlage von Geldern, welche PostFinance als Verpflichtungen aus den Kundeneinlagen auf Sicht hält, dienen soll. Diese Restriktion schliesst nicht aus, dass unter besonderen Umständen vorübergehend auch andere Gelder angelegt werden. Denn es ist wichtig, dass PostFinance generell gut funktioniert und finanziell stabil ist, damit das Institut die staatliche Aufgabe erfüllen kann. Ausserdem hindert diese Restriktion PostFinance nicht daran, eine globale Finanzstrategie zu erarbeiten, insbesondere was die getätigten Investitionen und das Risikomanagement anbetrifft.

Zusammengefasst wird PostFinance sicherstellen müssen, dass die Kredite und Hypotheken, welche das Institut vergibt, unter der Gesamtsumme liegen, die es im Rahmen der Erfüllung seiner Aufgabe in Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr hält, d. h. unter der Gesamtsumme der Verpflichtungen aus den Kundeneinlagen auf Sicht. Selbstverständlich obliegt es PostFinance, sicherzustellen, dass dies auch tatsächlich so bleibt. Zudem ist PostFinance wie jedes Bankinstitut gehalten, die Risiken angemessen zu verteilen.<sup>97</sup> PostFinance wird also mit Sicherheit nicht die Gesamtsumme der Verpflichtungen aus den Kundeneinlagen auf Sicht, die das Institut hält, für die Vergabe von Krediten und Hypotheken verwenden können. Angesichts der aktuellen Daten würde dies wahrscheinlich zu einer zu hohen Risikokonzentration führen. Dieses Problem ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens.

<sup>96</sup> PostFinance AG, Geschäftsbericht 2017, Bern, S. 87.

<sup>97</sup> Vgl. insbesondere FINMA, Risiken.

## 2. Keine Beeinträchtigung der Aufgabe

Das Bundesrecht (Art. 41a Abs. 2 Bst. b FHG), das Bundesamt für Justiz<sup>98</sup> und die Lehre<sup>99</sup> verlangen, dass die wirtschaftlichen Tätigkeiten die Erfüllung der Aufgabe nicht beeinträchtigen. Hat diese Anforderung Verfassungs- oder nur Gesetzescharakter? Auch hier darf man sich die Frage stellen.

Mit der Vergabe von Krediten und Hypotheken durch PostFinance soll gerade die Wirtschaftlichkeit und Sicherheit der Einlagen, die dieses Institut aufgrund der Aufgabenerfüllung in Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr sicherzustellen hat, gewährleistet werden. So gesehen lässt die zweite Anforderung auf den ersten Blick keine besondere Schwierigkeit erkennen. In der Praxis gilt es selbstverständlich, die Risiken zu begrenzen und zu verteilen, um die gesunde Finanzlage von PostFinance nicht zu gefährden.

## 3. Eine allfällige quantitative Restriktion

Gemäss Bundesrecht (Art. 41a Abs. 2 Bst. c FHG) dürfen die wirtschaftlichen Tätigkeiten «keine bedeutenden zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel erfordern». Es ist äusserst fragwürdig, ob diese Tätigkeit Verfassungsrang hat. Sie entspricht jedenfalls nicht der Praxis. Man denke nur an den Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeiten von Swisscom und RUAG im Ausland.

Auf jeden Fall darf eine Bundesaufgabe nicht zu einer leeren Hülle werden, welche die wirtschaftlichen Tätigkeiten verdeckt, welche die eigentliche Existenzberechtigung des betreffenden öffentlichen Unternehmens sind. Dadurch würde diesen Tätigkeiten sozusagen Vorrang vor der Aufgabe eingeräumt, was zumindest dem Sinn und Geist der Verfassungsbestimmung, auf der diese Aufgabe beruht, zuwiderliefe.<sup>100</sup> Konkret darf die Tätigkeit im Bereich der Vergabe von Krediten und Hypotheken nicht zur wichtigsten Daseinsberechtigung von PostFinance werden, und das Institut sollte den Schwerpunkt seiner Tätigkeiten nicht auf die Vergabe von Krediten und Hypotheken legen. Allerdings ist die Aufgabe in Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr sehr real. PostFinance stellt einen sehr dichten Zahlungsverkehr sicher und hielt deshalb – in Zusammenhang mit dieser Aufgabe – im Dezember 2017 mehr als 71 Milliarden Franken. Daher wird diese Aufgabe keineswegs ihrer Substanz beraubt. Ganz im Gegenteil, sie trägt sogar dazu bei, dass PostFinance eine systemrelevante Bank im Sinne von Art. 7 ff. BankG ist.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> BJ, SUVA, S. 9.

<sup>99</sup> Vgl. VOGEL, Marktteilnehmer, S. 165.

<sup>100</sup> Vgl. UHLMANN, Staatshandeln, S. 249: «Umgekehrt kann das Spezialitätsprinzip auch durch konnexe Tätigkeiten verletzt werden, wenn diese gegenüber dem Kernbereich des Unternehmens unverhältnismässig erscheinen.»

<sup>101</sup> Vgl. schliesslich auch BGer, 2C\_387/2018, 18.12.2018 E. 3.6.1 und die Verweise auf die Lehre: «Bei der Beschwerdeführerin [PostFinance AG] handelt es sich um eine systemrelevante Bank. Systemrelevant sind unter anderem Banken, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde (vgl. Art. 7 Abs. 1 BankG). 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 [...]. Entsprechend müssen systemrelevante Banken auch besondere Anforderungen an die Eigenmittel erfüllen (vgl. Art. 9 Abs. 2 BankG). [...] Die Beschwerdeführerin nimmt eine bedeutsame Stellung im schweizerischen Zahlungssystem ein; gleichzeitig stellt sie aufgrund ihres



Gemäss einem Bericht an den Bundesrat<sup>102</sup> plant PostFinance bei einem Eintritt in den Kredit- und Hypothekarmarkt bis 2030 höchstens 300 Stellen zu schaffen. Per 31. Dezember 2017 belief sich der Personalbestand von PostFinance auf 3475 Vollzeitstellen.<sup>103</sup> Dieser Anteil scheint aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig. Zudem scheinen die zur Ausübung dieser Tätigkeiten erforderlichen Investitionen beschränkt und das bestehende Vertriebsnetz könnte zweifelsohne genutzt werden.

Unseres Erachtens hängt der zulässige Umfang der Tätigkeit im Bereich der Vergabe von Krediten und Hypotheken – aus bundesverfassungsrechtlicher Sicht – im Wesentlichen von den Geldern ab, die PostFinance in Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr hält und wirtschaftlich und sicher anlegen soll. Wie oben erläutert und im Rahmen der genannten Restriktionen<sup>104</sup> scheint die von PostFinance geplante Tätigkeit verfassungsrechtlich zulässig zu sein.

Zusätzliche Restriktionen ergeben sich schliesslich allenfalls aus dem ordentlichen Recht. Eine gründliche Analyse der Tragweite von Art. 41a Abs. 2 FHG – insbesondere von Buchstabe c dieser Bestimmung – wäre vor Aufnahme der geplanten Tätigkeit absolut notwendig. Eine Änderung dieser Bestimmung könnte in Betracht gezogen werden. Das vorliegende Rechtsgutachten befasst sich nicht mit dieser gesetzgeberischen Problematik, was jedoch keinesfalls bedeutet, dass PostFinance diese ausser Acht lassen darf. Es befasst sich auch nicht mit den Restriktionen bei der Vergabe von Krediten und der Risikoverteilung, die das Institut nach geltendem Recht einhalten muss.

#### **IV. DIE KOMPETENZ IN BEZUG AUF BANKEN**

Gemäss Art. 98 BV «erlässt [der Bund] Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen; er trägt dabei der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung», «kann [er] Vorschriften erlassen über Finanzdienstleistungen in anderen Bereichen» und «erlässt [er] Vorschriften über das Privatversicherungswesen». Diese Aufgaben sind gesetzgeberischer Natur. Der Bund ist gemäss diesem Artikel hingegen nicht dafür zuständig, Bankdienstleistungen sicherzustellen.<sup>105</sup>

Ausserdem setzt die Erfüllung der in Art. 98 BV vorgesehenen Aufgaben nicht voraus, dass die umfangreichen Gelder, die angelegt werden sollen, dauerhaft gehalten werden. Aus dieser Warte lässt sich die Vergabe von Krediten und Hypotheken also nicht rechtfertigen. Es besteht kein ausreichender Zusammenhang zwischen dieser Tätigkeit und den im Artikel genannten gesetzgeberischen Aufgaben. Dieser Punkt wird im vorliegenden Rechtsgutachten nicht erörtert. Das Gutachten konzentriert sich im Wesentlichen auf die Art. 3, 42 Abs. 1, 92 und 94 BV.

---

Geschäftsmodells und der gesetzlich vorgegebenen Restriktionen einen Sonderfall unter den systemrelevanten Banken dar [...]. Folglich ist auch ein Vergleich der Beschwerdeführerin mit anderen Finanzinstituten nur bedingt möglich. Vor diesem Hintergrund können Verfügungen über Eigenmittel speziell im Fall der Beschwerdeführerin schwerwiegende finanzielle Auswirkungen haben und sie in ihrer Existenz gefährden.»

<sup>102</sup> Die Schweizerische Post AG, Weiterentwicklung PostFinance, vertraulicher Bericht vom 31. Dezember 2018.

<sup>103</sup> Die Schweizerische Post AG, Geschäftsbericht 2017, Bern S. 43.

<sup>104</sup> Vgl. *supra* III.C.1.

<sup>105</sup> BJ, Postbank, S. 136–138 und die Verweise. In der Lehre vgl. insbesondere SG Komm. BV- HETTICH, Art. 98 Rz. 12.

## V. DIE TÄTIGKEIT IN KONKURRENZ ZUR PRIVATWIRTSCHAFT

### A. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

Die Wettbewerbsneutralität des Staates ist zu einem grundlegenden Prinzip der Wirtschaftsordnung geworden, auch wenn sie in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich erwähnt wird. Sie liegt sozusagen zwischen dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und demjenigen der Gleichbehandlung.<sup>106</sup> Sie hindert den Staat daran, einen oder einzelne Konkurrenten ohne triftigen objektiven Grund gegenüber anderen zu bevorzugen und – generell – den Wettbewerb zu verzerren. Sie gilt daher nicht absolut.<sup>107</sup>

In einem noch breiteren Kontext muss der Staat davon absehen, den Wettbewerb zu verzerren.<sup>108</sup> Dies gilt für alle staatlichen Behörden und wahrscheinlich auch für privatrechtliche natürliche oder juristische Personen, denen der Staat eine staatliche Aufgabe übertragen hat (sinngemäss Art. 35 Abs. 2 BV). Konkret benachteiligt es Konkurrenten nicht unbedingt, wenn Unternehmen der Eintritt in einen Markt verunmöglicht oder übermässig erschwert wird. Anders gesagt: Die Wettbewerbsneutralität des Staates zielt nicht nur auf die aktuelle, sondern auch auf die potenzielle Konkurrenz ab.

Die Neutralität des Staates hindert diesen gemäss einem Grundsatzentscheid des Bundesgerichts nicht daran, Tätigkeiten in Konkurrenz zur Privatwirtschaft auszuüben.<sup>109</sup> Da eine eindeutige entsprechende Verfassungsbestimmung fehlt, ist diese Rechtsprechung im Grundsatz auf jeden Fall anwendbar.

Das Bundesgericht scheint die Verpflichtung des Staates, das private Angebot nicht zu verdrängen, in den Vordergrund zu stellen.<sup>110</sup> Gemäss Art. 27 BV in Verbindung mit Art. 94 BV<sup>111</sup> ist der Staat verpflichtet, bei der Erfüllung einer Tätigkeit in Konkurrenz zur Privatwirtschaft alle Massnahmen zur Vermeidung einer Wettbewerbsverzerrung zu ergreifen.<sup>112</sup>

Schliesslich lässt sich auch vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit eine gewisse Subsidiarität des Staates in Bezug auf die wirtschaftlichen Tätigkeiten ableiten, dies jedoch nur als Leitprinzip<sup>113, 114</sup>. Es obliegt vor allem der «privaten Wirtschaft» (Art. 94 Abs. 2 und 3 BV),

---

<sup>106</sup> Vgl. in einem allgemeinen Zusammenhang MARTENET, *Égalité*, S. 553–599, insbesondere S. 595–597.

<sup>107</sup> Botschaft BV, S. 294 f.

<sup>108</sup> Botschaft BV, S. 294; AB (Sonderausgabe zur Reform der Bundesverfassung) 1998 SR 89 (Arnold Koller, Bundesrat): «Staatliche Massnahmen dürfen den Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen nicht verzerren oder verunmöglichen.» In der Lehre vgl. insbesondere Cst.-AUBERT, Art. 94 Rz. 15; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 94 Rz. 6; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 94 Rz. 5.

<sup>109</sup> BGE 138 I 378 E. 6–9, JdT 2014 I 3.

<sup>110</sup> BGE 138 I 378 E. 6.2, JdT 2014 I 3.

<sup>111</sup> BGE 138 I 378 E. 6.1, JdT 2014 I 3.

<sup>112</sup> Vgl. REICH, Gebäudeversicherung, S. 1411 f.; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 94 Rz. 13; vgl. auch SCHOTT, Wettbewerb, Rz. 732.

<sup>113</sup> BGE 138 I 378 E. 8.4 und die Verweise, JdT 2014 I 3: «Insgesamt ist das Subsidiaritätsprinzip im genannten Sinne eher ein wirtschaftspolitisches Leitbild als eine justiziable Rechtsregel [...].»

<sup>114</sup> Vgl. insbesondere VALLENDER/HETTICH/LEHNE, *Wirtschaft*, S. 191–193, Rz. 179–184. In einem ähnlichen Sinne vgl. GRISEL, *Liberté*, Rz. 219–221, der Art. 27 BV hervorhebt; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel II*, Rz. 910: «Exprimée en des termes positifs, cette fonction institutionnelle signifie que l'économie repose principalement sur l'initiative privée et l'autonomie des particuliers»; SG Komm. BV-VALLENDER, Art. 27 Rz. 98: «Demnach ist Wirtschaften grundsätzlich Sache der Privaten»; BS Komm. BV-UHLMANN, Art. 94 Rz. 4; vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 94 Rz. 2 und die Verweise, welcher das Prinzip «*Staatsfreiheit der Wirtschaft*» hervorhebt.

solche Tätigkeiten auszuüben, es sei denn, der Staat beseitigt damit die Ineffizienzen des Wirtschaftssystems, d. h. wirkt dem Marktversagen entgegen,<sup>115</sup> oder verfolgt damit Ziele, die ihm gesellschaftlich oder wirtschaftlich zielführender erscheinen als diejenigen, die aus dem Markt resultieren würden.<sup>116</sup> Die Subsidiarität, die sich aus Art. 94 BV ergibt, unterscheidet sich von der Subsidiarität, die Gegenstand von Art. 5a und 43a Abs. 1 BV ist. Diese letzten beiden Bestimmungen basieren im Wesentlichen auf föderalistischen Erwägungen.<sup>117</sup> Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass der Staat – wenn er selbst oder ein staatliches Unternehmen an seiner Stelle, ohne Sonderrechte zu beanspruchen, eine Tätigkeit in Konkurrenz zur Privatwirtschaft ausübt – bloss ein weiterer Konkurrent ist, was im Prinzip keine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit darstellt.<sup>118</sup>

So wie der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Staates vom Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung ausgelegt wird, stellt er aus rechtlicher Sicht *a priori* kein Hindernis für den Eintritt von PostFinance in den Kredit- und Hypothekarmarkt dar. Allerdings muss sich der Bund dabei an die folgenden Grundsätze halten.

## B. Verbot der Quersubventionierung

Das Bundesgericht verbietet insbesondere die Quersubventionierung zwischen einer Monopol- und einer Wettbewerbstätigkeit– dies in weitreichendem, aber unzulänglichem Masse.<sup>119</sup> Mit der zwischen der einen und der anderen Tätigkeit getrennt geführten Buchhaltung soll zwar sichergestellt werden, dass dieses Verbot eingehalten wird, doch reicht dies nicht aus.

In der Regel besteht bei der Aufteilung bestimmter Kosten zwischen diesen beiden Tätigkeiten Handlungsspielraum und somit auch ein Risiko. Die Löhne von bestimmten Mitarbeitenden, die nicht eigens und ausschliesslich einer dieser beiden Tätigkeiten zugeteilt sind, könnten an dieser Stelle als Beispiel angeführt werden. Unseres Erachtens müsste jedes Jahr von einem unabhängigen und renommierten Revisionsunternehmen eine Prüfung der Einhaltung dieses Verbots durchgeführt werden. Denkbar wäre, dass die Revisionsstelle des betroffenen Unternehmens diese Aufgabe übernimmt, sofern sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt.

Die Problematik des Verbots der Quersubventionierung steht wahrscheinlich nicht im Zentrum der geplanten Erweiterung der Tätigkeiten von PostFinance. Die Tätigkeit im Bereich der Vergabe von Krediten und Hypotheken würde vielmehr dazu dienen, die Einlagen aus der Erbringung von Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs, also aus der Erfüllung einer Bundesaufgabe, wirtschaftlich und sicher anzulegen.

Noch eine Bemerkung drängt sich in Zusammenhang mit dieser Problematik auf. Wird PostFinance ermöglicht, aus den Verpflichtungen aus Kundeneinlagen auf Sicht Kredite und Hypotheken zu vergeben, kann dies dazu führen, dass diese Gelder paradoxerweise höhere Zinsen abwerfen als die Mittel aus der Anlage der kündbaren Verpflichtungen aus Kundeneinlagen. Besteht die Gefahr, dass bei einer von PostFinance rechtmässig verfolgten globalen Finanzstrategie erstere Gelder letztere quersubventionieren? In diesem Fall wird nicht eine wirtschaftliche Tätigkeit in Konkurrenz zur Privatwirtschaft von einer Aufgabe

---

<sup>115</sup> Zu den verschiedenen Kategorien des Marktversagens vgl. für eine Zusammenfassung, TIROLE, *Économie*, S. 210–214.

<sup>116</sup> Vgl. BR, Wettbewerb, S. 3. In der Lehre vgl. HANGARTNER, *GlarnerSach*, Rz. 9 *in fine*.

<sup>117</sup> BGE 138 I 378 E. 8.4, JdT 2014 I 3, zu Art. 5a BV.

<sup>118</sup> BGE 138 I 378 E. 6.2, JdT 2014 I 3.

<sup>119</sup> Vgl. BGE 143 II 425 E. 4.3 und die Verweise; BGE 138 I 378 E. 9, JdT 2014 I 3. Zu diesem Punkt vgl. insbesondere BR, Wettbewerb, S. 20 f.

subventioniert. Es handelt sich in der Tat um zwei wirtschaftliche Tätigkeiten in Konkurrenz zur Privatwirtschaft, nämlich um die Vergabe von Krediten und Hypotheken einerseits und um andere Anlagetätigkeiten begrenzten Umfangs, die verfassungsrechtlich weniger sensibel sind, andererseits. Eine solche Situation wird unseres Erachtens von der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verbot der Quersubventionierung nicht berührt. Dennoch dürfte diesbezüglich grosse Transparenz seitens PostFinance gerechtfertigt sein.

### C. Das Verbot sonstiger Wettbewerbsverzerrungen

Abgesehen von der Problematik der Quersubventionierung besteht ein allgemeineres Risiko der Wettbewerbsverzerrung, wenn der betreffende Staat oder das betreffende Unternehmen *de iure* oder *de facto* in Zusammenhang mit seinen hoheitlichen oder monopolistischen Tätigkeiten über eine Sonderbeziehung zu seinen Kunden verfügt. Es muss alles unternommen werden, um zu vermeiden, dass daraus ein Wettbewerbsvorteil entsteht. Zudem ist der Staat oder das betreffende Unternehmen zur Transparenz verpflichtet.<sup>120</sup>

Das Bundesgericht erachtet es als Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, wenn das private Angebot durch die staatliche Massnahme verdrängt wird.<sup>121</sup> Diese Sichtweise ist jedoch zu restriktiv.<sup>122</sup> In einem solchen Fall entsteht zwischen dem Staat und den Privatunternehmen ein Konkurrenzverhältnis. Die in Art. 27 BV gewährleistete Gleichbehandlung von wirtschaftlichen Konkurrenten verbietet eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung<sup>123</sup> und nicht nur die Verdrängung von Konkurrenten. Es obliegt dem Staat, bei der Erfüllung einer Tätigkeit in Konkurrenz zur Privatwirtschaft sämtliche Massnahmen zu ergreifen, mit denen eine Wettbewerbsverzerrung vermieden werden kann.<sup>124</sup> Ein Verzerrungsrisiko besteht beispielsweise, wenn der Staat in Zusammenhang mit seinen hoheitlichen oder monopolistischen Tätigkeiten über eine Sonderbeziehung zu seinen Kunden verfügt<sup>125</sup> oder – in einem weiteren Sinne – von einer Informationsasymmetrie profitiert.<sup>126</sup> Zur Veranschaulichung: Wenn ein staatliches Unternehmen den Rechtsunterworfenen Beschlüsse übermittelt, darf es diese in der Regel nicht dazu nutzen, um den Rechtsunterworfenen Dienstleistungen, die in Konkurrenz zur Privatwirtschaft stehen, anzubieten, es sei denn, es legt gleichzeitig und in gerechter Masse die Angebote der privatwirtschaftlichen Konkurrenten vor. Eine Verzerrung kann sich zudem daraus ergeben, dass ein öffentliches Unternehmen einem Kunden allgemeine Rabatte gewährt, die sich sowohl auf die Monopol- als auch auf die Wettbewerbsdienstleistungen beziehen. Im Übrigen kann auch eine faktische Massnahme gegen den in Art. 27 BV verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten verstossen.<sup>127</sup>

Das Bundesgericht verlangt nicht, dass zwei verschiedene juristische Personen geschaffen werden, von denen die eine die monopolistische oder hoheitliche Tätigkeit ausübt und die andere die Tätigkeiten in Konkurrenz zur Privatwirtschaft. Diese Sichtweise ist angesichts der

<sup>120</sup> Zu diesem Punkt vgl. in einem allgemeinen Zusammenhang, OECD, *Gouvernance*, S. 28: «Les entreprises publiques doivent observer des normes rigoureuses en matière de transparence et être soumises aux mêmes normes exigeantes de comptabilité, d'information, de conformité et de vérification des comptes que les sociétés cotées.»

<sup>121</sup> BGE 138 I 378 E. 6.2, JdT 2014 I 3.

<sup>122</sup> Vgl. auch BIAGGINI, *Komm. BV*, Art. 27 Rz. 17a und Art. 94 Rz. 6a.

<sup>123</sup> Zu diesem Punkt vgl. HANGARTNER, *GlarnerSach*, Rz. 7 *in fine*.

<sup>124</sup> Vgl. *supra* V.A.

<sup>125</sup> Vgl. HANGARTNER, *GlarnerSach*, Rz. 6; vgl. auch KRAEMER/STÖCKLI, *Staatwirtschaft*, S. 39 f.; SCHOTT, *Gebäudeversicherer*, S. 55.

<sup>126</sup> Zu diesem Punkt vgl. OECD, *Neutrality*, S. 75–77.

<sup>127</sup> BGE 138 I 378 E. 6.2.2 und die Verweise, JdT 2014 I 3.

Transparenzanforderung fragwürdig. Durch separate juristische Personen wird das Risiko einer Vermischung oder problematischer Interaktionen zwischen den beiden Tätigkeiten verringert, das zu einer Wettbewerbsverzerrung führen könnte.<sup>128</sup>

Zudem ist eine wirtschaftliche Tätigkeit des Staates mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 94 BV und sogar mit der Wirtschaftsfreiheit selbst vereinbar, wenn sich diese Tätigkeit auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage stützt, in öffentlichem Interesse liegt und die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Wettbewerbsneutralität einhält.<sup>129</sup> Diese Voraussetzungen sind unbedingt einzuhalten, insbesondere damit die Teilnahme des Staates am Wettbewerb ausreichend limitiert und demokratisch legitimiert ist.<sup>130</sup>

Letztlich würde es dem Bund obliegen, jegliche Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sollte der Bundesgesetzgeber PostFinance zur Vergabe von Krediten und Hypotheken ermächtigen. Bei Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen sollten Massnahmen bereits *ex ante* ergriffen werden, um obige Grundsätze einzuhalten.

## VI. SCHLUSSFOLGERUNG

Die Bundesaufgabe in Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr, die auf Art. 92 BV beruht, hat die Entgegennahme von Kundeneinlagen zur Folge. Weder dieser noch die übrigen Artikel der Bundesverfassung schliessen aus, dass die Anlage dieser Einlagen durch die Vergabe von Krediten und Hypotheken durch PostFinance erfolgt.

Diese Schlussfolgerung setzt voraus, dass die Bundesverfassung differenziert ausgelegt wird, indem unterschieden wird zwischen den Aufgaben des Bundes einerseits und den wirtschaftlichen Tätigkeiten, welche die öffentlichen Unternehmen in Konkurrenz zur Privatwirtschaft ausüben dürfen, andererseits. Art. 42 Abs. 1 hält im Übrigen ausdrücklich fest, dass «[d]er Bund die Aufgaben [erfüllt], die ihm die Bundesverfassung zuweist» (*Tâches* im Französischen und *Compiti* im Italienischen). Die Vergabe von Krediten und Hypotheken darf keine *Aufgabe* des Bundes werden, deren Zweck darin besteht, solche Dienstleistungen der Bevölkerung zu erbringen. Anders verhält es sich mit der Frage nach der sicheren und wirtschaftlichen Anlage der Gelder, welche PostFinance aufgrund der Erfüllung der dem Bund in der Bundesverfassung zugewiesenen Aufgabe, also der Erbringung von Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs, hält. Mehrere Argumente sprechen dafür, dass eine solche *wirtschaftliche Tätigkeit* mit der Bundesverfassung, namentlich mit deren Art. 92, vereinbar ist. Diese Sichtweise entspricht im Übrigen sowohl der aktuellen Praxis der öffentlichen Unternehmen des Bundes als auch der Entwicklung des Hypothekemarktes, der sich angebotsseitig zahlreichen Akteuren aus dem Nichtbankensektor, u. a. auch Privatpersonen, öffnet.

Wir machen den Bundesrat jedoch darauf aufmerksam, dass in der Lehre mehrheitlich die Auffassung vertreten wird, dass die Vergabe von Krediten und Hypotheken durch PostFinance keine ausreichende Verfassungsgrundlage hat. Bei dieser Sichtweise wird jedoch nicht hinreichend zwischen der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe und der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit unterschieden. Allerdings werden sich die derzeitigen Akteure am

---

<sup>128</sup> Vgl. auch REICH, Gebäudeversicherung, S. 1412.

<sup>129</sup> BGE 138 I 378 E. 6.3–11, JdT 2014 I 3.

<sup>130</sup> Zum BGE 138 I 378 vgl. BIAGGINI, GlarnerSach, HETTICH, GlarnerSach, und LIENHARD, GlarnerSach; vgl. auch KRAEMER/STÖCKLI, Staatswirtschaft, S. 37 f. und 45; SCHOTT, Gebäudeversicherer, S. 53–55.

Hypothekarmarkt und die Kantone nötigenfalls auf diese Lehrmeinungen stützen können, um eine allfällige Erweiterung der wirtschaftlichen Tätigkeiten von PostFinance in Frage zu stellen.

Sollte der Bund in Erwägung ziehen, PostFinance durch eine Änderung von Art. 3 Abs. 3 POG die Vergabe von Krediten und Hypotheken zu gestatten, würde er dabei nicht über unbegrenzten Handlungsspielraum verfügen. Der Bundesgesetzgeber müsste sich sorgfältig vergewissern, dass eine solche Erweiterung der wirtschaftlichen Tätigkeiten von PostFinance im ausreichenden öffentlichen Interesse liegt und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht. Aus genannten Gründen und da in diesem Bereich kein Marktversagen vorliegt, reicht der Wille, der Bevölkerung Kredite oder Hypotheken zu vergeben, nicht aus, um eine Gesetzesänderung zu rechtfertigen. Als Legitimation kommt hingegen die sichere und wirtschaftliche Anlage von Geldern in Frage, die PostFinance aufgrund der Erfüllung einer Bundesaufgabe, nämlich der Erbringung von Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs, hält. Da sich PostFinance aufgrund der Erfüllung einer solchen Aufgabe gezwungen sieht, zweistellige Milliardenbeträge anzulegen, ist es nur verständlich, dass das Institut eine Tätigkeit im Bereich der Vergabe von Krediten und pfandgesicherte Darlehen in Betracht zieht. Jeder staatliche oder private Wirtschaftsakteur, der solche Summen hält, muss diese Gelder unweigerlich anlegen und die Risiken verteilen.

Zu guter Letzt müsste der Bund namentlich den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Staates einhalten und Wettbewerbsverzerrungen vermeiden. Insbesondere müsste er unbedingt vermeiden, dass PostFinance gegenüber anderen Wirtschaftsakteuren ein unrechtmässiger Vorteil verschafft wird.

\* \* \*

Lausanne, 15. Februar 2019

Prof. Vincent Martenet

## OFFIZIELLE DOKUMENTE

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Rundschreiben 2019/1, Risikoverteilung – Banken, Rundschreiben vom 7. Dezember 2017, Inkrafttreten am 1. Januar 2019 (*Risiken*)

Schweizerische Nationalbank (SNB), Die Banken in der Schweiz 2017, Zürich 2018 (*Banken*)

Bundesrat (BR), Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I, S. 1–642 (*Botschaft BV*)

Bundesrat (BR), Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Postgesetz (PG), BBl 2009, S. 5181–5248 (*Botschaft PG*)

Bundesrat (BR), Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (POG), BBl 2009, S. 5265–5308 (*Botschaft POG*)

Bundesrat (BR), Botschaft vom 30. September 2009 zur Änderung des Finanzhaushaltgesetzes und weiterer Erlasse, BBl 2009, S. 7207–7240 (*Botschaft FHG*)

Bundesrat (BR), Staat und Wettbewerb – Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht vom 8. Dezember 2007 (*Wettbewerb*)

Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), *State-Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality*, Background Note des Sekretariats, DAF/COMP(2009)37, Paris, 20. September 2010 (*Neutrality*)

Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), *Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques*, Paris, Aug. 2015 (*Gouvernance*)

## RECHTSGUTACHTEN

Bundesamt für Justiz (BJ), Kommerzielle Nebentätigkeiten von Verwaltungseinheiten und öffentlich-rechtlichen Unternehmungen, Rechtsgutachten vom 1. Juni 1995 (*Nebentätigkeiten*)

Bundesamt für Justiz (BJ), Teilmonopol, Zusatzversicherungen und Nebentätigkeiten der SUVA, Rechtsgutachten vom 29. September 2008, VPD/JAAC/GAAC 2009.1, S. 1–11 (*SUVA*)

Bundesamt für Justiz (BJ), Verfassungsmässigkeit einer Postbank, Rechtsgutachten vom 22. November 2006, VPD/JAAC/GAAC 2009.9, S. 129–140 (*Postbank*)

Bundesamt für Justiz (BJ), Mehrheitsbeteiligung der Swisscom AG an einer Programmveranstalterin, Rechtsgutachten vom 3. März 2008, VPD/JAAC/GAAC 2009.12, S. 219–229 (*Swisscom*)

## BIBLIOGRAPHIE

AUBERT Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, vol. I, Paris/Neuchâtel 1967, supplément Neuchâtel 1982 (*Droit constitutionnel I*)

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (*Comm. Cst.-AUTEUR*)

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013 (*Droit constitutionnel II*)

BELSER Eva Maria/WALDMANN Bernhard/MOLINARI Eva, Grundrechte I – Allgemeine Grundrechtslehren, Zürich/Basel/Genf 2012 (*Grundrechte I*)

BENOIT Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des États fédérés en droit suisse et en droit américain, Genève/Zurich/Bâle 2009 (*Compétences*)

BIAGGINI Giovanni, Note sur l'ATF 138 I 378, ZBl 2012, pp. 671-674 (*GlarnerSach*)

BIAGGINI Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar, 2. Ausg., Zürich 2017 (*Komm. BV*)

BOVET Christian, Compétences au sein de la FINMA : le TF définit les « affaires de grande portée », note du 10 janvier 2019, Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève (*Affaires*)

BURCKHARDT Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Ausg., Bern 1931 (*Komm. BV 1874*)

DÉFAGO GAUDIN Valérie, Quelle autonomie pour l'État ?, RDS 2018 II, pp. 239-302 (*Autonomie*)

DREIER Horst (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. II, 3. Ausg., Tübingen 2015 (*Grundgesetz*)

DUBEY Jacques/ZUFFEREY Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014 (*Droit administratif*)

EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/SCHWEIZER Rainer J./VALLENDER Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Ausg., St. Gallen/Zürich 2014 (*SG Komm. BV-AUTOR*)

FAVRE Anne-Christine/MARTENET Vincent/POLTIER Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016 (*Délégation*)

FAVROD-COUNE Pascal, Crowdfunding – Analyse de droit suisse du financement participatif, Lausanne 2018 (*Crowdfunding*)

GRISEL Etienne, Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse, Berne 2006 (*Liberté*)



- HANGARTNER Yvo, Note sur l'ATF 138 I 378, PJA 2012, pp. 1819-1823 (*GlarnerSach*)
- HÄNNI Peter/STÖCKLI Andreas, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013 (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*)
- HÄSLER Philipp, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005 (*Unternehmen*)
- HETTICH Peter, Note sur l'ATF 138 I 378, PJA 2012, pp. 1469-1471 (*GlarnerSach*)
- HETTICH Peter/KOLMAR Martin, «Wettbewerbsverzerrung» und «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» aus interdisziplinärer Sicht, ZBl 2018, SS. 275-297 (*Wettbewerbsverzerrung*)
- JORDAN Thomas J., Finanzierung von Hypotheken und die Risiken einer Kreditverknappung in der Schweiz und im Ausland, Zürich, 10. September 2008 (*Finanzierung*)
- KARLEN Peter, Schweizerisches Verwaltungsrecht – Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018 (*Verwaltungsrecht*)
- KIENER Regina/KÄLIN Walter/WYTTEBACH Judith, Grundrechte, 3. Ausg., Bern 2018 (*Grundrechte*)
- KRAEMER Raphael/STÖCKLI Andreas, Grenzenlose Staatswirtschaft?, Recht 2013, SS. 28-45 (*Staatswirtschaft*)
- LIENHARD Andreas, Note sur l'ATF 138 I 378, RJB 2013, pp. 816-818 (*GlarnerSach*)
- MARTENET Vincent, Géométrie de l'égalité, Zurich/Bâle/Genève, Paris et Bruxelles 2003 (*Égalité*)
- MARTENET Vincent, Le déléataire d'une tâche étatique face aux droits fondamentaux, in Favre/Martenet/Poltier, Délégation, pp. 123-143 (*Tâche*)
- MAUNZ Theodor/DÜRIG Günter (begr.), Grundgesetz – Kommentar, München, ab 1958 (*Grundgesetz*)
- MOOR Pierre/BELLANGER François/TANQUEREL Thierry, Droit administratif, vol. III, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018 (*Droit administratif III*)
- MÜLLER Jörg Paul/SCHEFER Markus, Grundrechte, 4. Ausg., Bern 2008 (*Grundrechte*)
- POLTIER Etienne, Délégation d'activités économiques de l'État, in Favre/Martenet/Poltier, Délégation, pp. 193-240 (*Délégation*)
- REICH Johannes, Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung, PJA 2013, SS. 1399-1412 (*Gebäudeversicherung*)

REIST Tanja, Staatliche Aufgaben und deren Wahrnehmung, unter besonderer Berücksichtigung des Postwesens und dessen Wahrnehmung durch die bundeseigene Postunternehmung, Basel 2004 (*Aufgaben*)

RÜTSCHÉ Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, Recht 2013, SS. 153-162 (*Aufgaben*)

SCHOTT Markus, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zürich/St. Gallen 2010 (*Wettbewerb*)

SCHOTT Markus, Kantonale Gebäudeversicherer – neue Player auf dem Privatversicherungsmarkt: Verfassungs- und aufsichtsrechtliche Fragen, in: Annales SDRCA 2014, SS. 41-62 (*Gebäudeversicherer*)

TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zürich/Bâle 2018 (*Droit administratif*)

TIROLE Jean, Économie du bien commun, Paris 2016 (*Économie*)

TSCHANNEN Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Ausg., Bern 2016 (*Staatsrecht*)

TSCHANNEN Pierre/ZIMMERLI Ulrich/MÜLLER Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Ausg., Bern 2014 (*Verwaltungsrecht*)

VALLENDER Klaus A./HETTICH Peter/LEHNE Jens, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Ausg., Bern 2007 (*Wirtschaft*)

VOGEL Stefan, Der Staat als Marktteilnehmer – Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Zürich 2000 (*Marktteilnehmer*)

WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Basel 2015 (*BS Komm. BV-AUTOR*)

WATTER Rolf/VOGT Nedim Peter/BAUER Thomas/WINZELER Christoph (Hrsg.), Bankengesetz – Basler Kommentar, 2. Ausg., Basel 2013 (*BS Komm. BankG-AUTOR*)