

## Pro und Contra der Vorstösse kantonaler Gebäudeversicherer in den freien Markt

Das Bundesgericht sieht in der Ausweitung wirtschaftlicher Aktivitäten der Glarner Gebäudeversicherung keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit. Die NZZ hatte Bedenken gegen diesen Vorstoss vorgebracht. Ob die freie Wirtschaftsordnung der Schweiz in Gefahr ist, wenn sich Monopolanstalten breitmachen, ist Gegenstand dieser Debatte.

# Staatswirtschaft ja, aber fair

*Ein kluger Bundesgerichtsentscheid zur Glarnersach. Von Cornel Quinto und Felix Uhlmann*

Die Glarnersach ist eine öffentlichrechtliche Anstalt, die seit Jahrzehnten im Wettbewerb steht. Quersubventionen vom Monopol- in den Wettbewerbsbereich sind untersagt.

Der Staat darf wirtschaften, wenn er sich an die Spielregeln hält. Auf diese einfache Formel könnte man das Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2012 in Sachen Kanton Glarus bzw. Glarnersach\* bringen. Das Bundesgericht verteidigt einen demokratischen Entscheid höher als Einwände der Privatwirtschaft gegen staatliche Konkurrenz. Die Wirtschaftsfreiheit nimmt dadurch keinen Schaden. Das demokratische Element als einer der Grundpfiler der Bundesverfassung wird gestärkt.

### Zu den Fakten

Die Glarnersach, eine kantonale öffentlichrechtliche Anstalt, ist nicht neu in den Privatversicherungsmarkt eingetreten, sondern sie steht seit Jahrzehnten mit diversen Produkten im Wettbewerb zu den Privatversicherern. Selbst ausserhalb des Kantons war sie schon bisher tätig, wenn auch nur vereinzelt. Regierungsrat, Landrat und Stimmvolk haben sich für die Weiterführung dieses kurz als Wettbewerbsbereich bezeichneten Tätigkeitsfeldes ausgesprochen, und zwar als integraler Teil der öffentlichrechtlichen Anstalt, die zudem unter einem gesetzlichen Monopol Gebäude (ausser Hotel- und Industriebauten) gegen Feuer- und Elementarschäden versichert.

Ein anlässlich der Landsgemeinde 2010 gestellter Rückweisungsantrag, der die Abschaffung des Wettbewerbsbereiches verlangte, wurde von den Stimmberchtigten verworfen und das Gesetz angenommen. Letzteres schreibt

wie bisher eine separate Rechnungslegung für Monopol- und Wettbewerbsbereich vor. Quersubventionen vom Monopol- in den Wettbewerbsbereich sind damit erklärtermassen untersagt.

Im Wettbewerbsbereich zahlt die Glarnersach Steuern wie jedes Privatunternehmen auch. Über eine Staatsgarantie verfügt sie nicht. Ausserdem untersteht sie einer kantonalen Versicherungsaufsicht und muss vergleichbaren Anforderungen genügen wie eine Privatversicherung. Die Privatversicherer haben das Sachversicherungsgesetz vor Bundesgericht unter anderem wegen angeblicher Verletzung der Wirtschaftsfreiheit angefochten.

### Kein staatlicher Eingriff

Vorliegend hat der Staat die wirtschaftliche Tätigkeit nicht in klassischer Weise hoheitlich – durch Verbote oder Monopolisierung – eingeschränkt, sondern er konkurrenziert die Privatwirtschaft mit einem eigenen Angebot.

Die Kernfrage für das Bundesgericht war, ob staatliche Konkurrenz als Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit zu beurteilen ist. Die Antwort: Die Privatwirtschaft ist durch blosse staatliche Konkurrenz anders betroffen als durch einen obrigkeitlichen Befehl – Konkurrenz ist in einer freien Privatwirtschaft etwas Natürliches. Die Privatunternehmen werden in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht behindert. Ein Eingriff in die individuelle Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) liegt nicht vor.

Ist jedoch der Wirtschaftsfreiheit laut Bundesverfassung (BV) ein Systementscheid gegen staatliche Wirtschaftstätigkeit zu entnehmen (Art. 94 BV)? Unter dem Stichwort der «gelebten Verfassungspraxis» legt das Bundesgericht dar, dass staatliche, konkurrenzende Wirtschaftstätigkeit vom Bundesgesetzgeber in zahlreichen Fällen akzeptiert und vorausgesetzt wird. Hät-

te der Verfassungsgeber solche Tätigkeiten verbieten wollen, so hätte er dies angesichts der entgegenstehenden Rechtstradition ausdrücklich sagen müssen.

### Primat der Politik

Staatliches Handeln muss gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen. Eine Grundrechtseinschränkung liegt nicht vor, was das Bundesgericht dazu veranlasst, die Definition des öffentlichen Interesses weitgehend dem Gesetzgeber zu überlassen. Ein öffentliches Interesse, das inhaltlich eine Grundrechtseinschränkung rechtfertigen könnte (beispielsweise polizeiliche Interessen), wird folgerichtig nicht verlangt. Darin liegt auch der Punkt, der über die Bedeutung des Einzelfalles weit hinausreicht.

Dazu das Bundesgericht: «Die Auffassungen darüber, was im öffentlichen Interesse liegt, sind wandelbar und unterliegen einer politischen Wertung. Die Konkretisierung der massgeblichen öffentlichen Interessen obliegt daher in erster Linie dem politischen Prozess bzw. dem zuständigen Gesetzgeber. [...] Hat das Gesetz eine staatliche Aufgabe festgelegt, so ist diese im demokratischen Prozess als öffentliches Interesse bestimmt worden. Es ist alsdann nicht Sache des Bundesgerichts, diese Entscheidung als unzulässig zu erklären (Art. 3, 43 und 47 BV), solange das Gesetz nicht Interessen verfolgt, die verfassungsrechtlich nicht zulässig oder geradezu willkürlich sind.»

Das Bundesgericht hat eine Abwägung vorgenommen und dem demokratischen Element (sowie der kantonalen Aufgaben- und Organisationsautonomie) zu Recht mehr Gewicht beigegeben. Wohlgemerkt, auch die Volkssovereinheit ist nicht schrankenlos, aber ein Grundrechtseingriff liegt nicht vor. Wenn die politische Wertung zugunsten

einer staatlichen Wirtschaftstätigkeit – unter Wettbewerbsbedingungen – ausfällt, so wird damit ein genügendes öffentliches Interesse ausgedrückt. Weiter hat das Gericht ein einklagbares Subsidiaritätsprinzip abgelehnt, wonach der Staat nur bei Marktversagen (kein genügendes privates Angebot) wirtschaftlich tätig sein darf.

Abgesehen davon, dass der Verfassungsgeber mit Subsidiarität nachweislich etwas anderes meint, nämlich das Verhältnis von Bund und Kanton, wonach der Bund erst subsidiär zu den Kantonen tätig werden soll (Art. 5a und 43 Abs. 1 BV), bestehen unseres Erachtens auch inhaltlich Bedenken: Marktversagen bedeutet, dass ein Angebot aus Sicht der Privatwirtschaft unrentabel ist. Nur hier dem Staat das Feld zu überlassen, würde diesen auf ein Verlustgeschäft beschränken. Von staatlicher Konkurrenz kann dann nicht mehr gesprochen werden, weil es kein privates Angebot gibt. Im Ergebnis würde ein solches Subsidiaritätsprinzip ein Verbot staatlicher Wirtschaftstätigkeit bedeuten.

Man kann jedoch vom Staat nicht «gleich lange Spiesse» einfordern und im selben Atemzug verlangen, dass er nur wirtschaften darf, wenn die Privatwirtschaft nicht tätig ist. Das wäre widersprüchlich. Anders formuliert: Die Bundesverfassung umfasst keinen Anspruch auf materielle Privatisierung. Der Entscheid des Bundesgerichts, dem propagierten Subsidiaritätsprinzip nur den Stellenwert eines wirtschaftspolitischen Leitbildes beizumessen, verdient Zustimmung.

Die nach diesem Entscheid geäuserte Besorgnis einer nun drohenden ausufernden Staatswirtschaft erscheint angesichts der Erfordernisse der formell-gesetzlichen Grundlage und Wettbewerbsneutralität unbegründet. Bemerkenswert ist der Hinweis des Bundesgerichts auf den «Wettbewerb der

Systeme». Der Wettbewerbsdruck durch die staatliche Konkurrenz kann durchaus heilsame Auswirkungen auf die Privatwirtschaft hinsichtlich Preisgestaltung, Lohnpolitik oder Kundenservice haben.

### Es geht auch ohne Tochter

Die unbestrittene Voraussetzung, dass der Staat in Konkurrenz zur Privatwirtschaft keine unlauteren Vorteile geniesst (Wettbewerbsneutralität), ist nach Auffassung des Gerichts vorliegend erfüllt. Das Nebeneinander von Monopol und Wettbewerb lasse auch sonst keine ins Gewicht fallende Wettbewerbsverzerrung erwarten. Diesbezüglich hat das Bundesgericht einen Zwang zur Auslagerung des Wettbewerbsbereichs in eine privatrechtliche Tochtergesellschaft verneint. Das Verbot der Quersubventionierung kann auch ohne Auslagerung erreicht werden. Die Bundesverfassung enthält keine Pflicht zur formellen Privatisierung. Der Umstand, dass der Berner Gesetzgeber sich für eine Auslagerung entschieden hat, ändert nichts an der Zulässigkeit der Glarner Lösung.\*\* Welcher Weg einzuschlagen ist, ist ein politischer Entscheid und unterliegt kantinaler Organisationsautonomie.

Der Entscheid des Bundesgerichts, wonach die Wirtschaftsfreiheit nicht verletzt ist, ist unseres Erachtens sachlich zutreffend. Mit überzeugenden Argumenten hat sich das Gericht für die Koexistenz von Privatwirtschaft und fairen Staatswirtschaft entschieden.

\* Urteil 2C\_485/2010; \*\* Urteil 2C\_94/2012.

**Cornel Quinto**, Rechtsanwalt in Zürich, hat im Verfahren vor Bundesgericht die Interessen des Kantons Glarus und der Glarnersach vertreten. **Felix Uhlmann**, Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich, hat in dieser Sache ein Rechtsgutachten erstellt.

# Die freie Wirtschaftsordnung ernst nehmen

*Der vom Bundesgericht beobachtete «Wettbewerb zwischen Staats- und Privatwirtschaft» ist der Schweiz fremd. Von René Rhinow*

An öffentliche Interessen sind hohe Anforderungen zu stellen, wenn die liberale Wirtschaftsordnung ernst genommen wird. Der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit ruft nach einer klaren gesetzlichen Grundlage.

Im Zentrum der Argumentation des Bundesgerichts im Urteil «Glarnerach» steht folgende These: Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 der Bundesverfassung (BV) sei bei einer öffentlichen Wirtschaftstätigkeit in Konkurrenz zu Privaten nicht tangiert, denn dieses Grundrecht vermittele in seiner individualrechtlichen Komponente grundsätzlich keinen Schutz vor zulässiger Konkurrenz. Hingegen verlangt der Grundsatz der staatsfreien Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV), dass «die private Wirtschaft nicht ohne Rechtfertigung durch den Staat beschränkt wird».

### Enger Rahmen für Monopole

Es ist hier nicht der Ort, wissenschaftliche Fragezeichen zu dieser (meines Erachtens zu engen) Sichtweise zu setzen. Die entscheidende Frage ist eine andere, nämlich welche Anforderungen an die zitierte «Rechtfertigung» zu stellen sind. Unbestritten ist, dass für die Wirtschaftstätigkeit des Staates eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse vorliegen müssen. Und hier überzeugen die Erwägungen des Gerichts nicht durchgängig. – Bei der Prü-

fung der gesetzlichen Grundlage kommt es zum allgemeinen Schluss, im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates könne diese «nicht zu detailliert sein, um die unternehmerische Tätigkeit nicht zu behindern». Da sind Fragezeichen zu setzen.

Was in der allgemeinen Leistungsverwaltung gelten mag, kann nicht analog auf die unternehmerische Tätigkeit des Staates übertragen werden. Im Gegenteil ist vom Gesichtswinkel der privaten Marktakteure her zu fordern, dass dieser faktische Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit als Abkehr vom Grundsatz der Privatwirtschaft eine klare und bestimmte Grundlage im Gesetz erhält. Dass mit anderen Worten die (unbestrittenen) grundsätzliche Zulässigkeit der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit begrenzt wird durch einen im Gesetz definierten, abgegrenzten Tätigkeitsbereich. Und dass die wichtigen Fragen im Gesetz selbst geregelt und nicht an eine andere Instanz delegiert werden.

Im vorliegenden Fall ermächtigt das Gesetz die Glarnersach, (neben dem Monopolbereich) im Wettbewerb mit Privaten «Fahrhabe und Gebäude gegen Feuer- und Elementarschäden sowie weitere Gefahren» zu versichern. Letztere, sofern diese mit den im Gesetz genannten versicherbaren Sachen im Zusammenhang stehen. Zudem kann die Glarnersach «in den angrenzenden Wirtschaftsräumen und in besonderen Fällen auch in der übrigen Schweiz ihre Dienstleistungen anbieten». Gestützt darauf bietet die Glarnersach eine ganze Palette von Versicherungsleistungen an, die von Spezialversicherungen (wie

etwa den Transportversicherungen) über Haftpflichtversicherungen, Motorfahrzeugversicherungen hin bis zu Vermögensversicherungen reichen.

### Schützen statt delegieren

Das Bundesgericht nimmt keine einlässliche Prüfung vor, ob die Anforderungen an eine hinreichend bestimmt gesetzliche Grundlage erfüllt sind, insbesondere ob diese Produkte mit den anderen versicherten Sachen in Zusammenhang stehen, auch nicht, ob diese Versicherungen alle vom Gesetz deckt sind. Es begnügt sich mit dem Hinweis, es bestehe eine Freiheit der Glarnersach in der Bestimmung der Produktpalette und diese liege «im Rahmen einer zulässigen unternehmerischen Flexibilität». Nach meiner Auffassung wird hier das «Ob» und das «Wie» von staatlicher Wirtschaftstätigkeit verwechselt. Beim «Wie» muss gewiss Flexibilität gegeben sein, nicht aber bei der Bestimmung der Bereiche der staatlichen Wirtschaftstätigkeit. Hier soll das Gesetz im Lichte des erwähnten Grundsatzes der privaten Wirtschaftsordnung möglichst bestimmt ausgestaltet sein.

Noch problematischer an der höchstrechterlichen Begründung erscheint die Prüfung des erforderlichen öffentlichen Interesses. Das Gericht geht davon aus, dass nach Art. 5 BV jedes öffentliche Interesse genüge, sofern es nicht ausschliesslich ein privates oder ein fiskalisches sei (also der staatlichen Gewinnerzielung diene). Und es zieht sich auf eine Willkürprüfung zurück. Hier rächt

es sich, dass Art. 27 BV bei diesen Fragen ausgeklammert wird. Denn wie das Gericht an anderer Stelle richtigerweise ausführt, sind der individualrechtliche Gehalt und die systembezogene Dimension der Wirtschaftsfreiheit «eng aufeinander bezogen ... und (können) nicht isoliert betrachtet werden». An diese öffentlichen Interessen sind hohe Anforderungen zu stellen, wenn der Grundsatz der freien Wirtschaft ernst genommen wird.

Die Lehre verlangt denn auch, dass die unternehmerische Tätigkeit des Staates einen Gemeinwohlbezug aufweisen und eine Abwägung mit den privaten Interessen vorgenommen werden muss. Diese Interessenabwägung hat das Gericht weitgehend unterlassen. Es verweist einerseits darauf, dass das massgebliche öffentliche Interesse vom Gesetzgeber bestimmt werde, mit der Folge, dass es nicht mehr Sache des Bundesgerichts sei, diese politische Entscheidung als unzulässig zu erklären. Damit aber liefert das Gericht den Grundsatz der privaten Wirtschaftsordnung volumnäßig dem Gesetzgeber (und damit der Politik) aus.

### Wettbewerbsverzerrungen

Zum anderen verweist es auf eine «gelebte Verfassungswirklichkeit», weil es in Bund und Kantonen viele öffentliche Unternehmungen gebe – und schliesst mit diesem gefährlichen Begriff von der faktischen Existenz auf deren Verfassungskonformität. Und es versteigt sich sogar zu einem Novum im Wirtschaftsverfassungsrecht, indem es von einem

«gewissen Wettbewerb der Systeme» zwischen Staats- und Privatwirtschaft spricht, der sogar eine «wettbewerblich erwünschte disziplinierende Wirkung» entfalten könne. Einen solchen Wettbewerb sieht aber die Bundesverfassung nirgends vor. Im Gegensatz dazu ist auch hier zu postulieren, dass Art. 94 BV in Verbindung mit Art. 27 BV verlangt, es müssten besondere, überwiegende öffentliche Interessen gegeben sein, um eine staatliche Wirtschaftstätigkeit zu rechtfertigen.

Plädiert wird hier nicht für einen geschlossenen Kreis solcher Interessen, sondern für eine Interessenabwägung, die vom Gericht überprüft werden kann. Andernfalls stünden dem Gesetzgeber Tür und Tor offen, in beliebigen Märkten Konkurrenzbetriebe einzurichten. Mit diesen kritischen Hinweisen ist der Katalog der diskussionswürdigen Aspekte des Entscheides jedoch nicht erschöpft. Hier kann nur noch auf die problematische «Hoffnung» des Gerichts hingewiesen werden, auch ohne die Bildung einer ausgelagerten selbständigen Tochtergesellschaft der Glarnersach erscheine eine unzulässige Querfinanzierung zugunsten des Wettbewerbsbereiches als wenig plausibel und es sei «keine ins Gewicht fallende Wettbewerbsverzerrung» aufgrund der Monopolstellung der Glarnersach zu erwarten. Und wenn dies nicht eintrifft? Für weiteren Diskussionsstoff ist jedenfalls gesorgt.

**René Rhinow** ist emeritierter Professor für öffentliches Recht an der Universität Basel; von 1987 bis 1999 war er freisinniger Ständerat.