
Peters Dreiblatt

Föderalismus | Grundrechte | Verwaltung

**Festschrift für Peter Hänni
zum 60. Geburtstag**

Herausgegeben von:

Markus Gredig

Raphaël Mahaim

Thomas Meier

Riccarda Melchior

Andreas Stöckli



Stämpfli Verlag AG Bern · 2010

Wie weiter mit der PostFinance?

Kritische Anmerkungen zur aktuellen und zur vorgeschlagenen neuen Organisationsform der PostFinance

THIEMO STURNY

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Einleitung..... | 273 |
| II. | Rechtsform und Tätigkeitsgebiet der PostFinance..... | 274 |
| | 1. Vorbemerkung: Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben..... | 274 |
| | 2. Aktuelle Rechtsform und Tätigkeitsgebiete der PostFinance..... | 275 |
| | a) PostFinance als Teil von «Die Schweizerische Post»..... | 275 |
| | b) Aufgabenbereich der PostFinance..... | 276 |
| | c) Aufsicht über die PostFinance..... | 277 |
| | d) Bedeutung der PostFinance..... | 277 |
| | 3. Vorgeschlagene neue Rechtsform der PostFinance..... | 278 |
| III. | Kritische Anmerkungen..... | 279 |
| | 1. Fehlende Verfassungsgrundlage für die Tätigkeit der PostFinance..... | 279 |
| | 2. Zahlungsverkehr als Grundversorgungsauftrag?..... | 281 |
| | 3. Bundesbeteiligung an der PostFinance..... | 283 |
| | 4. Aufsicht über die PostFinance..... | 286 |
| IV. | Zusammenfassende Schlussfolgerungen..... | 287 |

I. Einleitung

Der schweizerische Bundesrat hat am 13. September 2006 seinen Bericht zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben, den so genannten «Corporate-Governance-Bericht», verabschiedet¹. Die darin festgehaltenen Grundideen und Leitsätze werden in den laufenden parlamentarischen Beratungen zur Liberalisierung und Privatisierung des Postwesens einem ersten grösseren «ordentlichen»² Praxistest unterzogen. In den parlamentarischen (wie auch in

¹ BBl 2006 8233. Ergänzt durch einen Zusatzbericht des Bundesrates zum Corporate-Governance-Bericht vom 25. März 2009, in welchem die Beratungsergebnisse des Berichts von 2006 des Nationalrats umgesetzt wurden, vgl. BBl 2009 2659.

² Die Botschaft zur Bundesbeteiligung am Unternehmen Swisscom AG (BBl 2006 3763) wurde noch vor der Publikation des Corporate-Governance-Berichts veröffentlicht. Die (indirekte) Beteiligung des Bundes an der UBS AG (vgl. Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems vom 5. November 2008

den medialen) Diskussionen steht dabei der Aspekt der Postmarkt-*Liberalisierung* im Vordergrund (Aufhebung des Briefmonopols für die Schweizerische Post). Aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht ebenso diskussionswürdig ist aber auch der Aspekt der Post-*Privatisierung*, welcher namentlich im Zusammenhang mit der geplanten Überführung der PostFinance in ein eigenständiges Rechtskleid zusätzlich an Bedeutung gewinnt.

Der nachfolgende Beitrag fokussiert auf diesen letztgenannten Aspekt und untersucht die bestehende und die vorgeschlagene zukünftige Organisationsform der PostFinance kritisch. Dabei beschränkt er sich auf ausgewählte Elemente eines sehr vielschichtigen und komplexen Themas; zahlreiche weitere diskussionswürdige Aspekte – wie z.B. Haftungsfragen, Personalfragen, wettbewerbsrechtliche Aspekte usw. – müssen im Rahmen des vorliegenden Beitrags ausgeklammert bleiben.

II. Rechtsform und Tätigkeitsgebiete der PostFinance

1. Vorbemerkung: Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben

Der Staat kann sich für seine Aufgabenerfüllung einer Vielzahl unterschiedlicher öffentlich- und auch privatrechtlicher Formen bedienen, in aller Regel ohne dabei von der Verfassung in seinen Auswahlmöglichkeiten eingeschränkt zu werden. Währenddem früher die Erfüllung staatlicher Aufgaben traditionellerweise in erster Linie bei der Zentralverwaltung angesiedelt war, hat sich dieses Bild in den letzten Jahren und Jahrzehnten gewandelt. Auf der Suche nach der «richtigen» bzw. «besten» Organisationsform wurde die Erfüllung zahlreicher öffentlicher Aufgaben auf Organisationen ausserhalb der Zentralverwaltung übertragen, häufig im Zusammenhang mit der Liberalisierung des entsprechenden Aufgabenbereichs³. In der Schweiz scheint in den 1990er-Jahren ein vorläufiger Höhepunkt dieser Entwicklung erreicht worden zu sein⁴.

(BBl 2008 8943) wird ohne Zweifel als «ausserordentliche» (indirekte) Bundesbeteiligung an einem Privatunternehmen in die Geschichte eingehen.

³ Ein typisches Beispiel dafür ist die Liberalisierung des Telekom-Marktes durch das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10) und die gleichzeitig beschlossene Abspaltung des Telekom-Bereichs von der damaligen PTT in die spezialgesetzliche Swisscom AG auf der Grundlage des Telekommunikationsunternehmungsgesetzes vom 30. April 1997 (SR 784.11).

⁴ Davon zeugen nicht zuletzt die zahlreichen Tagungen und Fachpublikationen, die um die Jahrtausendwende zu diesem Thema abgehalten wurden bzw. erschienen sind. Vgl. statt vieler die Beiträge in TOBIAS JAAG (Hrsg.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000 und RENÉ SCHAFFHAUSER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen*, St. Gallen 2002.

Im Schrifttum wird in der Regel unter dem Oberbegriff «Auslagerung öffentlicher Aufgaben» unterschieden zwischen «Dezentralisierung» und «Privatisierung»⁵. Eine «Dezentralisierung» liegt demnach dann vor, wenn eine öffentliche Aufgabe von einem verselbständigten, aber öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen wahrgenommen wird (z.B. die Schweizerische Post als öffentlich-rechtliche Anstalt oder die SBB AG als spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche AG). Der Begriff «Privatisierung» wird dann gebraucht, wenn eine staatliche Aufgabe von einer privatrechtlich organisierten Organisationseinheit wahrgenommen wird. Eine bloss «formelle» Privatisierung liegt vor, wenn sich ein öffentliches Unternehmen in privatrechtlicher Form organisiert, ohne dass sich Private daran beteiligen (z.B. die unter dem Dach der RUAG Holding AG zusammengefassten Rüstungsunternehmen des Bundes). Von Teilprivatisierung wird gesprochen, wenn sich sowohl der Staat als auch Private am privatrechtlich organisierten Unternehmen beteiligen (z.B. Swisscom AG). Vollprivatisierung schliesslich bezeichnet Unternehmen, die ausschliesslich von Privaten gehalten werden, denen aber (durch Beleihung oder Monopolkonzession) die Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragen wurde. Ein Beispiel dazu wäre die Swisscom AG, falls sich der Bund vollständig aus dem Aktionariat zurückziehen würde⁶.

2. Aktuelle Rechtsform und Tätigkeitsgebiete der PostFinance

a) PostFinance als Teil von «Die Schweizerische Post»

Die PostFinance ist einer von sieben Konzernbereichen der öffentlich-rechtlichen Anstalt «Die Schweizerische Post» (nachfolgend: «Post»); sie verfügt selber nicht über eine eigenständige Rechtspersönlichkeit. Die heutige Rechtsform der Post wurde im Jahre 1997 festgelegt, als der Telekommunikationsbereich von der ursprünglichen PTT in die Swisscom AG abgespalten wurde und der verbleibende «Post»-Teil in eine öffentlich-rechtliche Anstalt überführt wurde.

Die Errichtung und Organisation der Post und mit ihr der PostFinance wird durch das Postorganisationsgesetz vom 30. April 1997 (POG)⁷ geregelt. Das Postgesetz vom 30. April 1997 (PG)⁸ regelt die Dienstleistungen, die von der Post bzw. der PostFinance im Post- und Zahlungsverkehr erbracht werden. Ausführende Bestimmungen zum Dienstleistungsangebot der Post und

⁵ Die Terminologie wird zum Teil unterschiedlich verwendet. Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an JAAG, 24 ff.

⁶ Vgl. dazu die Botschaft zur Bundesbeteiligung am Unternehmen Swisscom AG (BB1 2006 3763).

⁷ Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, POG) (SR 783.1).

⁸ SR 783.0.

der PostFinance wurden vom Bundesrat u.a. in der Postverordnung vom 26. November 2003 (VPG)⁹ erlassen.

b) Aufgabenbereich der PostFinance

Das Dienstleistungsangebot im Postwesen wird nach dem Kriterium der Dienstleistungserbringung durch die Post und/oder Private in sogenannte Universaldienste (welche von der Post im Rahmen des Grundversorgungsauftrags angeboten werden müssen) und Wettbewerbsdienste unterteilt; die Universaldienste werden weiter unterteilt in reservierte und nicht reservierte Dienste:

- Reservierte Dienste sind jene Dienstleistungen, die von der Post angeboten werden müssen und ausschliesslich von ihr angeboten werden dürfen. Darunter fällt das «Briefmonopol» der Post, d.h. das Recht, adressierte Briefpostsendungen bis 50 Gramm zu transportieren¹⁰.
- Nicht reservierte Dienste müssen von der Post ebenfalls angeboten werden, private Anbieter dürfen aber in Konkurrenz zur Post dieselben Dienstleistungen anbieten. Ein Beispiel ist der Transport von Briefen über 50 Gramm oder gewisse Dienstleistungen im Zahlungsverkehr (Einzahlungen, Überweisungen, Auszahlungen)¹¹.
- Wettbewerbsdienste schliesslich bezeichnen diejenigen Dienstleistungen, welche die Post in Konkurrenz zu privaten Anbietern erbringen darf. Darunter fällt zum Beispiel das gesamte Dienstleistungsangebot der PostFinance mit Ausnahme der unter die Kategorie «nicht reservierte Dienste» fallenden Dienstleistungen im Zahlungsverkehr¹².

Der Gesetzgeber gewährte der Post keinen unbeschränkten Spielraum im Bereich der Wettbewerbsdienste, sondern schränkte dieses Angebot ein auf Produkte im Post- und Zahlungsverkehr «sowie damit unmittelbar zusammenhängende Dienstleistungen und Produkte» (Art. 9 Abs. 1 lit. a PG). Der Bundesrat hat diese offene Formulierung in den Art. 11–13 VPG in Bezug auf Finanzdienstleistungen wie folgt konkretisiert: Der Post wird u.a. das Recht eingeräumt, ihren Kunden Konten anzubieten, diese zu marktgerechten Bedingungen zu verzinsen und marktübliche Kontoüberzüge zu gestatten, Anlagfonds-Anteile zu vertreiben, Bankdienstleistungen oder Sach- und Lebensversicherungen zu vermitteln oder elektronische Dienstleistungen im Zusammenhang mit Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen zu erbringen.

Gestützt auf diese Bestimmungen offeriert die PostFinance – zum Teil in Kooperation mit Partnerinstituten – ihren Kunden heute ein breites Angebot

⁹ SR 783.01.

¹⁰ Art. 2 VPG.

¹¹ Art. 3 VPG.

¹² Vgl. Art. 11 VPG.

an Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehr, Anlage, Vorsorge, Hypotheken usw.¹³ Faktisch bietet die PostFinance ihren Privat- und Geschäftskunden ein umfassendes *Bankendienstleistungspaket* an, das den Vergleich mit anderen Geschäftsbanken nicht zu scheuen braucht. Konsequenterweise ist das Ziel der PostFinance denn auch, «den besten Service zu bieten und die *Hauptbankverbindung*» ihrer Kunden zu sein¹⁴.

c) Aufsicht über die PostFinance

Es ist unbestritten, dass die PostFinance mit der Entgegennahme von Kundengeldern eine Tätigkeit wahrnimmt, welche grundsätzlich von Art. 2a der Bankenverordnung (BankV) vom 17. Mai 1972¹⁵ erfasst ist und unter die Aufsicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) gestellt werden müsste. Gestützt auf die Ausnahmebestimmung in Art. 3a Abs. 1 BankV, wonach öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Bankenbewilligung Publikums-einlagen entgegennehmen dürfen, untersteht die PostFinance aktuell aber nicht der ordentlichen Finanzmarktaufsicht.

Stattdessen wird die Aufsicht über die PostFinance in wenig transparenter Form von unterschiedlichsten Stellen wahrgenommen¹⁶: Der Bundesrat übernimmt gewisse Aufsichtsfunktionen gemäss POG und definiert den Umfang der Universaldienste; das Eidgenössische Finanzdepartement beaufsichtigt die Tresorerie der Post; das Bundesamt für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) überwacht die Wettbewerbsdienste und die dem UVEK administrativ angegliederte aber fachlich unabhängige Postregulierungsbehörde die Universaldienste. In Bezug auf die Geldwäschereiaufsicht schliesslich untersteht die Post einer eigenen Selbstregulierungsorganisation (SRO Post).

d) Bedeutung der PostFinance

Die PostFinance nahm auf Grund ihrer Bedeutung im Zahlungsverkehr bereits vor der Revision der Postgesetzgebung im Jahre 1997 im Finanzmarkt eine gewichtige Stellung ein¹⁷. Seitdem hat sie ihre Marktposition kontinuierlich ausgebaut und sich zu einem der grössten Institute im Schweizerischen Finanzmarkt entwickelt. Gemessen an der Bilanzsumme ist die PostFinance per Ende 2009 hinter der UBS, Credit Suisse, Raiffeisen-Gruppe und der Zür-

¹³ Vgl. die Angebote auf <<http://www.postfinance.ch>>.

¹⁴ Vision der PostFinance, einsehbar unter <<http://www.postfinance.ch/pf/content/de/seg/about/pf/vision.html>> (besucht am 25. August 2010) (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹⁵ Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (SR 952.02).

¹⁶ Vgl. BBl 2009 5284.

¹⁷ NOBEL, Finanzmarktrecht, 1. Aufl., § 4 N 92.

cher Kantonalbank (ZKB) das fünfgrösste Finanzinstitut in der Schweiz¹⁸. Die der PostFinance anvertrauten Kundengelder überstiegen per Ende 2009 erstmals den Wert der Kundengelder der ZKB¹⁹.

Die PostFinance dürfte nicht zuletzt dank ihrer impliziten Staatsgarantie überproportional von der im Jahre 2007 ausgelösten weltweiten Finanzkrise profitiert haben. Die PostFinance schätzt, dass sie durch die Finanzkrise etwa einen Drittel mehr Kunden gewinnen konnte²⁰. Im Februar 2009 zählte sie 2,2 Millionen Privatpersonen sowie über 300'000 Unternehmen zu ihren Kunden²¹.

Die Bedeutung und das Potential der PostFinance wird zusätzlich unterstrichen durch die Tatsache, dass sich nicht nur das eigene schweizweite Servicenetz der PostFinance den Kundenanliegen annimmt, sondern auch die Poststellen in der ganzen Schweiz für Fragen rund um die PostFinance zur Verfügung stehen²².

3. Vorgeschlagene neue Rechtsform der PostFinance

Der Bundesrat hat am 20. Mai 2009 eine Botschaft zur Revision des Postorganisationsgesetzes²³ und eine separate Botschaft zur Revision des Postgesetzes²⁴ verabschiedet. Vor dem Hintergrund der geplanten vollständigen Liberalisierung des Postmarktes ist das Ziel der Revision der Postgesetzgebung, diese «grundsätzlich marktkonform» auszugestalten und sicherzustellen, «dass die Post mit den übrigen Marktteilnehmern gleichgestellt wird, dass sie also weder von Vorteilen profitiert noch benachteiligt wird»²⁵.

Der Entwurf des Postorganisationsgesetzes (E-POG)²⁶ sieht vor, dass die öffentlich-rechtliche Anstalt «Die Schweizerische Post» in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft («Post AG») überführt werden soll (Art. 2 E-POG). Gleichzeitig soll der Tätigkeitsbereich der PostFinance von der Post abgespalten und in die eigenständige, privatrechtliche PostFinance AG überführt wer-

¹⁸ Eigene Berechnungen gestützt auf den Geschäftsbericht 2009 der Post und DIE SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK (Hrsg.), Die Banken in der Schweiz 2009, Zürich 2010.

¹⁹ PostFinance: CHF 73'273 Mio.; ZKB: CHF 73'083 Mio. (Quelle: Geschäftsbericht 2009 des jeweiligen Instituts).

²⁰ Interview von JÜRIG BUCHER, CEO PostFinance, vom 15. Dezember 2009, einsehbar unter <http://www.nzz.ch/finanzen/nebenwerte/die_leute_ziehen_mit_1.4011939.html> (besucht am 25. August 2010); vgl. auch BBI 2009 5272.

²¹ <<http://www.post.ch/uk-positionspaier-postfinance-chancen.pdf>> (besucht am 25. August 2010).

²² Was im Ergebnis auf eine Quersubventionierung der Wettbewerbsdienste der PostFinance durch den Monopolbereich der Post hinausläuft und nach Art. 9 Abs. 4 PG (Art. 18 E-PG) zu unterlassen ist bzw. abgerechnet werden muss.

²³ BBI 2009 5265.

²⁴ BBI 2009 5181.

²⁵ BBI 2009 5275.

²⁶ BBI 2009 5309.

den (Art. 14 E-POG)²⁷. Diese Rechtsformänderung hätte für die PostFinance die (beabsichtigte) Konsequenz, dass sie neu der ordentlichen Finanzmarktaufsicht durch die FINMA unterworfen wäre.

Die kapital- und stimmenmässige Mehrheit an der neuen Post AG wird gemäss Art. 6 E-POG vom Bund gehalten. Die Post AG ihrerseits hält die kapital- und stimmenmässige Mehrheit an der PostFinance AG (Art. 14 Abs. 2 E-POG).

Der Umfang der Finanzdienstleistungen der PostFinance soll neu in Art. 3 Abs. 1 lit. b E-POG detailliert(er) umschrieben werden. Demnach bezweckt die PostFinance Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs zu erbringen, Kundengelder entgegen zu nehmen, Konto- und damit zusammenhängende Dienstleistungen anzubieten sowie Anlagen im eigenen Namen zu tätigen. Der PostFinance soll es weiterhin untersagt bleiben, Kredite und Hypotheken an Dritte zu vergeben (neu explizit in Art. 3 Abs. 3 E-POG geregelt). Sie darf aber wie bis anhin Dienstleistungen im Auftrag Dritter erbringen, d.h. beispielsweise ihren Kunden Kredite und Hypotheken von Partnerinstituten anbieten (Art. 3 Abs. 4 E-POG). Insgesamt soll der Umfang der Finanzdienstleistungen der PostFinance nicht verändert werden.

In Bezug auf die Staatsgarantie des Bundes ist vorgesehen, diese nach einer Übergangsfrist von grundsätzlich fünf Jahren aufzuheben (Art. 15 Abs. 3 E-POG).

III. Kritische Anmerkungen

1. Fehlende Verfassungsgrundlage für die Tätigkeit der PostFinance

Gemäss Art. 42 der Bundesverfassung (BV)²⁸ erfüllt der Bund (nur) die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist. Die Bundeskompetenz im Postwesen ist in Art. 92 BV festgehalten: demnach ist das Post- und Fernmeldewesen Sache des Bundes (Abs. 1) und dieser sorgt für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung in allen Landesgegenden (Abs. 2). Die Postgesetzgebung – und damit auch die Tätigkeiten der

²⁷ Die Botschaft spricht in Bezug auf die Post AG ausdrücklich von einer *öffentlich-rechtlichen* Organisationsform, mit spezialgesetzlichen Regelungen «im Wesentlichen bei der Zweckumschreibung, der Mehrheitsbeteiligung des Bundes und der Eignerstrategie» (BB1 2009 5278). Diese Regelungen treffen aber genau so auch für die PostFinance AG zu, die – nach dem Willen des Bundesrates – jedoch als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert sein soll. Es bleibt abzuwarten, ob die Praxis diese Unterscheidung übernehmen wird. Vgl. zu den praktischen Auswirkungen der Unterscheidung z.B. BGE 132 III 470 (betreffend SBB AG).

²⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

PostFinance – stützt sich ausschliesslich auf diese Verfassungsbestimmung²⁹. Genügt Art. 92 BV als verfassungsrechtliche Grundlage für die Tätigkeit der PostFinance?

Art. 92 BV weist dem Bund unbestrittenermassen eine umfassende Kompetenz im Postwesen zu. Er kann die Leistungen im Postwesen selber erbringen, ein Monopolunternehmen einsetzen oder Private damit beauftragen³⁰. Offen lässt Art. 92 BV jedoch, was unter «Postwesen» zu verstehen ist. Der Begriff ist «unbestimmt gehalten und auslegungs- resp. konkretisierungsbedürftig»³¹. In Bezug auf die hier interessierenden Finanzdienstleistungen der Post wurde Art. 92 BV seit jeher so ausgelegt, dass der *Geldtransport* vom Postwesen erfasst wird, *Bankdienstleistungen* jedoch nicht. LENDI schreibt dazu: «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.*»³² Das Bundesamt für Justiz hat in einem Gutachten vom 22. November 2006 zur Verfassungsmässigkeit einer Postbank die Schlussfolgerungen von LENDI im Wesentlichen bestätigt und festgehalten, dass Art. 92 BV dem Bund bzw. der PostFinance nicht die Kompetenz gibt, sich im Bereich Aktivgeschäft, Anlage und Vorsorge sowie Hypotheken selber unternehmerisch zu betätigen³³.

Auf Grund dieser – nach der hier vertretenen Ansicht korrekten – Aussagen muss die Frage nach der Verfassungsmässigkeit der derzeitigen Tätigkeit der PostFinance verneint werden, soweit sie über Dienstleistungen im Zahlungsverkehr hinausgeht³⁴. Die PostFinance offeriert am Markt wie oben erwähnt ein umfassendes Angebot von Bankdienstleistungen mit dem Ziel, die *Hauptbankbeziehung* ihrer Kunden zu sein. Das Dienstleistungsangebot der PostFinance geht weit über das Zahlungsverkehrsgeschäft und damit unmittelbar zusammenhängende Produkte und Dienstleistungen hinaus. Dies trifft nicht nur auf das Angebot von eigenen Produkten der PostFinance zu (z.B. Spar- oder Depositokonten, die darauf ausgerichtet sind, das Geld gerade nicht für laufende Zahlungsverpflichtungen zu verwenden), sondern auch auf

²⁹ Bzw. auf Art. 36 der alten Bundesverfassung von 1874 (aBV). Nach einhelliger Meinung kann der Bund den Betrieb einer Postbank nicht auf Art. 98 BV («Bankenartikel») stützen, welcher dem Bund lediglich die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften zum Schutz der Bankkunden und des Funktionierens des Effektenhandels zuweist, nicht aber zum Betrieb einer kommerziellen Bank. Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, 138.

³⁰ Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BB1 1997 I 271).

³¹ LENDI, Art. 36 N 8, in Bezug auf den gleichlautenden Begriff in Art. 36 aBV.

³² LENDI, Art. 36 N 10 (Hervorhebung im Original).

³³ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, 136 mit Verweis auf VOGEL, 217 ff., der zu demselben Ergebnis gelangt.

³⁴ Vgl. zur Frage, ob neben Art. 92 BV eine andere Verfassungsbestimmung als Grundlage für die Tätigkeit einer Postbank in Frage kommen kann (und zur Verneinung dieser Frage): BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, passim.

die Vermittlung von Produkten von Partnern³⁵. So ist z.B. nicht ersichtlich, in welchem «unmittelbaren Zusammenhang» die Vermittlung von Hypotheken und das Zahlungsverkehrsgeschäft stehen³⁶. Vor diesem Hintergrund ist es zwar grundsätzlich zu begrüßen, dass der Geschäftsbereich der PostFinance neu auf Gesetzesstufe (vgl. Art. 3 E-POG) statt auf Verordnungsstufe (Art. 11–13 VPG) detailliert festgelegt werden soll³⁷. Verordnungs- wie auch Gesetzgeber haben sich aber bei der Definition des Aufgabengebiets der PostFinance an den von der Verfassung vorgegebenen Rahmen zu halten und das Tätigkeitsfeld der PostFinance auf den Bereich *Geld- bzw. Zahlungsverkehr* zu beschränken. Da die PostFinance in diesem Bereich privater Konkurrenz ausgesetzt ist, muss es ihr erlaubt sein, marktgerechte Bedingungen anzubieten. Dazu gehören auch eine marktübliche Verzinsung der Zahlungskonten und wohl auch das Angebot von im Zahlungsverkehr üblichen Überzugsmöglichkeiten³⁸. Darüber hinausgehende Angebote, wie namentlich die umfassenden Angebote der PostFinance im Bereich Anlage, Vorsorge und Finanzierungen, gehen über das Zulässige hinaus und bedürften einer eigenständigen verfassungsrechtlichen Legitimation³⁹.

2. Zahlungsverkehr als Grundversorgungsauftrag?

Ungeachtet der Ausführungen im vorangehenden Abschnitt, welcher sich mit der Frage befasst, ob die PostFinance Zahlungsverkehrsdienstleistungen anbieten *darf*, stellt sich die Frage, ob die PostFinance diese Dienstleistungen auch anbieten *muss*.

Die Postgesetzgebung verpflichtet die Post seit 1906, Dienstleistungen im Zahlungsverkehr – konkret Einzahlungen, Überweisungen und Auszahlungen (vgl. Art. 3 lit. e VPG) – in allen Landesteilen nach gleichen Grundsätzen, in guter Qualität und zu angemessenen Preisen anzubieten. Daran soll grundsätzlich auch durch die aktuelle Revisionsvorlage nichts geändert werden (vgl. Art. 3 E-POG und Art. 35 E-PG). Die Schweiz bleibt damit das einzige

³⁵ Vgl. VOGEL, 218, der auf die besondere Problematik des Vertriebs von Drittprodukten hinweist (fehlender Konnex zur Haupttätigkeit; Nutzung der Vorteile des Monopols für den Vertrieb beliebiger Produkte).

³⁶ Wobei sich die PostFinance beim Hypothekengeschäft nicht auf die Vermittlung beschränkt, sondern den Vertrag mit den Kunden selber abschliesst und die Ansprüche gegenüber den Kunden danach an das Partnerinstitut abtritt. Bei diesem Vorgang kann die PostFinance zwar normalerweise das Kreditrisiko auf das Partnerinstitut übertragen, es verbleiben aber u.U. erhebliche Risiken bei der PostFinance, z.B. rechtliche Risiken im Zusammenhang mit der Abtretung der Forderungen.

³⁷ Der Gesetzgeber verschafft damit dem Legalitätsprinzip Nachachtung, nachdem er sich bei der Revision 1997 auf eine allgemeine, dem formellen Legalitätsprinzip nicht genügende Umschreibung der Tätigkeitsbereiche der PostFinance beschränkt hatte. Vgl. auch VOGEL, 139.

³⁸ So auch VOGEL, 219.

³⁹ Vgl. zum Ganzen VOGEL, 162 ff., 218 f.

westeuropäische Land, in dem der Zahlungsverkehr zum Grundversorgungsauftrag der Post gehört⁴⁰.

Immerhin führt die Botschaft zu Art. 35 E-PG aus, dass die PostFinance den Zugang zu den Zahlungsverkehrsdienstleistungen in Zukunft «mittels bedienten Poststellen, Geldausgabeautomaten, Briefverkehr sowie über ein System für den elektronischen Zahlungsverkehr» sicherstellen kann⁴¹. Der PostFinance wird somit das Recht eingeräumt, ihre Dienstleistungen dem technologischen Fortschritt anzupassen und nicht zwingend in bedienten Poststellen anzubieten. Dies ist eine bedeutende Änderung, da der PostFinance damit namentlich die Möglichkeit gegeben wird, die kostenintensive Dienstleistung «Bareinzahlung»⁴² durch modernere Formen zu ersetzen, ohne dass dadurch notwendigerweise eine (ins Gewicht fallende) Qualitätseinbusse der Serviceleistung verbunden sein muss. So wird in einer Studie des Bankeninstituts der Universität Zürich anschaulich dargestellt, wie Einzahlungen in Zukunft – unter Verwendung der aktuell gebräuchlichen Einzahlungsscheine oder «Postbüchlein» – in Postagenturen vorgenommen werden können, mit dem einzigen Unterschied, dass die Kundin oder der Kunde statt einer Barzahlung eine Belastung des Postkontos mittels PostCard vornimmt⁴³. Diese Lösung wäre weit kostengünstiger als Bareinzahlungen in voll ausgestatteten Poststellen und würde es der PostFinance erlauben, ihre Dienstleistungen weiterhin flächendeckend gewinnbringend anzubieten. Die Studie zieht daraus den Schluss, dass die Zahlungsverkehrsdienstleistungen nicht mehr als Grundversorgungsauftrag definiert werden müssten, da die PostFinance dieses profitable Geschäft aus eigenem Antrieb auch ohne gesetzlichen Auftrag betreiben würde⁴⁴.

Diese Schlussfolgerung ist einleuchtend. Alleine die Tatsache, dass die PostFinance mehr als die Hälfte ihres Gewinns aus den Zahlungsverkehrsdienstleistungen generiert, zeigt eindrücklich, wie profitabel diese Dienstleistungen – flächendeckend notabene – angeboten werden können. Es ist nicht ersichtlich, warum die PostFinance aus diesem Geschäft aussteigen sollte, wenn der gesetzliche Auftrag dazu wegfallen würde. Und falls dies wider

⁴⁰ GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, 2.

⁴¹ BBl 2008 5234.

⁴² Die beiden anderen zwingend anzubietenden Zahlungsverkehrsdienstleistungen – Überweisung und Auszahlung – scheinen demgegenüber unproblematischer, da diese profitabel sind (Überweisungen) oder zahlenmässig nicht ins Gewicht fallen bzw. in der Form von Geldausgabeautomaten angeboten werden können (Auszahlungen), vgl. GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, 2 f. und passim.

⁴³ Statt – wie heute durchaus noch üblich – das Geld bei der Bankfiliale abzuheben, über die Strasse zur Poststelle zu bringen und dort die Einzahlungen zu tätigen, würde der Kunde also die beiden Vorgänge «Geld beziehen» und «Einzahlungen tätigen» bargeldlos an einer Stelle (dies kann sowohl die Poststelle als auch die Bank sein) vornehmen.

⁴⁴ GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, 2. Zu überprüfen wäre, ob – um den Zugang zum bargeldlosen Zahlungsverkehr zu gewährleisten – ein Recht auf ein (Post-)Konto und eine (Post-)Card eingeführt werden müsste, vgl. GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, 41.

Erwarten doch eintreten sollte, ist davon auszugehen, dass Andere in die entstehende Lücke springen.

3. Bundesbeteiligung an der PostFinance

Die PostFinance bietet zweifellos Dienstleistungen an, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt. Es stellt sich aber die Frage, ob dieses öffentliche Interesse eine Durchbrechung des in Art. 94 BV festgehaltenen ordnungspolitischen Grundsatzes für eine privatwirtschaftlich orientierte Marktwirtschaft rechtfertigt und eine Beteiligung des Bundes an der PostFinance gerechtfertigt oder gar notwendig ist.

Der Bundesrat hat sich mit dieser Frage im Zusammenhang mit der Swisscom AG auseinandergesetzt und dem Parlament am 5. April 2006 eine Botschaft zur Bundesbeteiligung am Unternehmen Swisscom AG vorgelegt⁴⁵. Damit will der Bundesrat die gesetzlichen Voraussetzungen für die Abgabe der Bundesbeteiligung an der Swisscom AG schaffen. Die Gründe⁴⁶, die den Bundesrat zu diesem Schritt bewogen haben, sind illustrativ auch für die Bundesbeteiligung an der PostFinance:

- *Suboptimale Vermögensverteilung für den Bund:* JÜRIG BUCHER, CEO der PostFinance, schätzte den Wert der PostFinance im Dezember 2009 «konservativ» auf etwa fünf Milliarden Schweizer Franken⁴⁷. Seitdem dürfte der Wert der PostFinance weiter gestiegen sein⁴⁸. Für den Bund stellt die Beteiligung an der PostFinance wie auch die Beteiligung an der Swisscom AG «einen grossen, nicht diversifizierten Vermögenswert»⁴⁹ dar. Eine Abgabe der Beteiligung an der PostFinance im Sinne einer Diversifizierung der finanziellen Risiken des Bundes erscheint folglich wünschenswert.
- *Politische und finanzielle Risiken für den Bund bei Auslandengagements:* Schliesst die PostFinance mit ausländischen Partnern Kooperationsverträge ab oder geht sie gar Allianzen ein, übernimmt der Bund neben erhöhten finanziellen Risiken auch politische Risiken, die im Einzelfall im Voraus unter Umständen nicht abschätzbar oder vorhersehbar sind. Verschiedene «Betriebsunfälle» bei der Swisscom AG – zum Beispiel der gescheiterte Kauf der Telekom Austria oder die Geldwäschereivorwürfe gegen die italienische Swisscom-Tochter Fastweb S.p.A. – zeigen eindrücklich, wie schnell und unvorhergesehen sich diese Risiken verwirklichen und den

⁴⁵ BBl 2006 3763.

⁴⁶ Vgl. BBl 2006 3781 ff.

⁴⁷ S. Fussnote 20.

⁴⁸ Die PostFinance wächst weiterhin überdurchschnittlich – vgl. die Medienmitteilung der PostFinance zum Ergebnis des 1. Halbjahres 2010 unter <<http://www.postfinance.ch>> – Medien.

⁴⁹ BBl 2006 3782 (in Bezug auf die Swisscom AG).

Ruf des Bundes als Mehrheitsaktionär der Swisscom AG beeinträchtigen können.

- *Erhöhung der unternehmerischen Flexibilität:* Die PostFinance ist heute in ihrem unternehmerischen Spielraum eingeschränkt. Dies zeigt sich am Deutlichsten im Umstand, dass es ihr auf Grund eines politischen Entscheids des Bundes verwehrt ist, Einlagen im schweizerischen Hypothekenmarkt anzulegen. Als Folge davon ist sie in der Diversifizierung ihrer Risiken eingeschränkt und muss einen grossen Teil der Einlagen in Form von Auslandsanleihen anlegen.

Ohne Bundesbeteiligung würde sich für die PostFinance ohne Zweifel auch ihr Handlungsspielraum in Bezug auf Kooperationen mit Partnern, namentlich im Ausland, erhöhen. Währenddem der Bund bei derartigen Kooperationen auch politische Umstände und Risiken bei der Entscheidungsfindung miteinschätzen muss und schlussendlich den Steuerzahlerinnen und Steuerzahlern für das Resultat verantwortlich bleibt, können private Investoren ihre Entscheidung alleine auf betriebswirtschaftliche Überlegungen abstützen, was eine flexiblere und schnellere Entscheidungsfindung ermöglicht.

- *Beseitigung der Interessens- und Zielkonflikte:* Wie im Telekommunikationsmarkt nimmt der Bund auch im Bereich der Finanzdienstleistungen als Eigentümer der PostFinance verschiedene Rollen wahr: Er ist erstens Gesetzgeber und hält im Postorganisationsgesetz fest, welche Einflussmöglichkeiten dem Bund in Bezug auf die Organisation und Entscheidungsfindung innerhalb der PostFinance zukommen. Zudem schreibt er im Postgesetz vor, welche Aufgaben die PostFinance zu erfüllen hat. Der Bund ist zweitens Regulator und überwacht über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA den Finanzplatz. Drittens schliesslich ist der Bund Eigentümer der PostFinance, legt ihre strategischen Ziele fest, kontrolliert die Generalversammlung und über die Generalversammlung auch den Verwaltungsrat. Als Eigentümer ist er an guten betriebswirtschaftlichen Ergebnissen und am Erhalt des Unternehmenswertes der PostFinance interessiert.

Die verschiedenen «Hüte» des Bundes führen zwangsläufig zu Interessenkollisionen und Zielkonflikten. Im Zusammenhang mit der (indirekten) Beteiligung des Bundes an der UBS AG als Folge der globalen Finanzmarktkrise im Herbst 2008 hat der Bundesrat festgehalten, dass eine Miteigentümerschaft an der UBS (im Vergleich zur Mittelzuführung über eine Pflichtwandelanleihe) nicht nur grössere Risiken für den Bund zur Folge hätte, sondern «angesichts der Interessenkonflikte zwischen der Miteigentümerschaft an einer Grossbank und der Aufgabe, dem gesamten Finanzplatz zu guten Rahmenbedingungen zu verhelfen und eine wirksame Finanzmarktaufsicht zu garantieren, auch ordnungs- und wettbewerbspoli-

tisch problematisch»⁵⁰ wäre. Genau solche ordnungs- und wettbewerbspolitischen Probleme manifestieren sich bereits heute bei der PostFinance⁵¹. Es wäre deshalb auch unter diesem Aspekt begrüssenswert, wenn sich der Bund aus der (Mit-)Eigentümerschaft an der PostFinance zurückziehen und sich auf die Rolle als Regulator des Finanzmarktes beschränken würde.

- *Sichergestellte Grundversorgung*: Wie unter Ziffer III.2. oben ausgeführt, stellt der Grundversorgungsauftrag «Zahlungsverkehr» im Wesentlichen ein historisches Relikt dar, dessen Berechtigung heute zumindest fraglich ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass die PostFinance auch ohne Grundversorgungsauftrag das gewinnbringende Geschäft Zahlungsverkehr weiter betreiben würde, in Bezug auf Einzahlungen allenfalls zum Teil in abgeänderter bargeldloser Form (was nicht zwangsläufig mit einer Einbusse an Servicequalität verbunden sein muss). Sollte sich wider Erwarten herausstellen, dass Zahlungsverkehrsdienstleistungen nach einer Aufhebung des Grundversorgungsauftrags nicht mehr in genügendem Ausmass angeboten werden, hätte der Bund immer noch genügend Möglichkeiten, korrigierend einzuschreiten⁵².

Im Falle der PostFinance sind abgesehen von den angeführten Gründen, die gegen eine Bundesbeteiligung sowohl an der Swisscom AG als auch an der PostFinance sprechen, speziell auch die Haftungsrisiken für den Bund zu beachten. Neben den «üblichen» Haftungsrisiken des Staates als Aktionär von Unternehmungen⁵³ stellt sich bei der PostFinance nämlich insbesondere auch die Frage nach der Sicherstellung der Kundeneinlagen. Der Entwurf des Postorganisationsgesetzes sieht wie erwähnt vor, die Staatsgarantie des Bundes für diese Einlagen nach einer Übergangsfrist von fünf Jahren grundsätzlich aufzuheben. Es ist allerdings fraglich, ob der Bund als indirekter Eigentümer der PostFinance bei finanziellen Schwierigkeiten der PostFinance tatsächlich abseits stehen könnte⁵⁴.

⁵⁰ BBl 2008 8946.

⁵¹ Illustrativ dazu die Aussagen von PIERIN VINCENZ, CEO Raiffeisen Gruppe, im Interview mit Die Volkswirtschaft, 9/2009, 63 ff.

⁵² Im Vordergrund würde (wohl) eine Regelung über die Bankengesetzgebung stehen. Vgl. eine Übersicht über Regelungen zum Zahlungsverkehr in verschiedenen europäischen Staaten bei GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, 42 f., mit weiteren Hinweisen.

⁵³ Vgl. dazu BUOB, passim.

⁵⁴ Die FINMA vertritt den Standpunkt, «dass auch bei formeller Abschaffung der Staatsgarantie weiterhin von einer impliziten Haftung des Bundes auszugehen wäre. Der Bund würde weiterhin für die Verpflichtungen der PostFinance eintreten, solange er beherrschender Eigentümer der Post bleibt.» (FINMA-Jahresbericht 2009, 46). Vgl. auch die praktisch identischen Äusserungen bereits im Jahresbericht 2001 der Eidgenössischen Bankkommission (EBK), 127.

4. Aufsicht über die PostFinance

Währenddem die PostFinance seit der Erweiterung ihres Dienstleistungsangebots im Jahre 1998 enorm gewachsen und heute das fünftgrösste Finanzinstitut der Schweiz ist, hat sich das aufsichtsrechtliche Umfeld für die PostFinance in dieser Zeit nicht wesentlich geändert. Nach wie vor ist die Aufsicht über die PostFinance fragmentarisch geregelt und wenig transparent. Und insbesondere: Es fehlt eine branchenübliche finanzmarktrechtliche Aufsicht über die PostFinance⁵⁵.

Es ist unklar, ob die PostFinance von diesem Umstand profitiert oder nicht. Grundsätzlich ist wohl davon auszugehen, dass die Unterstellung unter die bankengesetzlichen Aufsichtsregeln für die PostFinance einen gewissen Mehraufwand insbesondere im organisatorischen Bereich mit sich bringen und die Kosten für die Erfüllung der Eigenmittelvorschriften steigen würden. Auf der anderen Seite könnte die PostFinance aber davon profitieren, am Markt als «FINMA-beaufsichtigt» aufzutreten, was in gewissen Geschäftsbereichen ohne Zweifel als «Qualitäts-Label» wahrgenommen und Vorteile bringen würde.

Wie oben erwähnt⁵⁶ schlägt der Bundesrat vor, den Bereich PostFinance von der Post abzuspalten und in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft zu überführen. Damit könnte sich die PostFinance nicht mehr auf die Ausnahmebestimmung in Art. 3a der Bankenverordnung berufen und wäre zukünftig der ordentlichen Finanzmarktaufsicht durch die FINMA unterstellt. Interessanterweise sprechen sich alle involvierten Parteien für eine Unterstellung der PostFinance unter die Aufsicht der FINMA aus⁵⁷. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber diesem Wunsch möglichst bald nachkommt und gleich lange aufsichtsrechtliche Spiesse für die Akteure auf dem schweizerischen Finanzmarkt schafft.

⁵⁵ Vgl. oben Ziffer II.2.c.

⁵⁶ Ziffer II.3.

⁵⁷ So neben dem Bund als Eigentümer der PostFinance insbesondere die PostFinance selber (vgl. <<http://www.post.ch/uk-positions-papier-postfinance-governance.pdf>> [besucht am 25. August 2010]), die Bankiervereinigung (Stellungnahme zur Totalrevision Postgesetz und Postorganisationsgesetz vom 13. Juni 2008 – <http://www.swissbanking.org/en/20080613-3300-VER-Post_V7_mit_Unterschrift-TMU.pdf> [besucht am 25. August 2010]), oder Konkurrenten (so etwa PIERIN VINCENZ, CEO Raiffeisen Gruppe [s. Fussnote 51]). Die FINMA verhält sich gegenüber einer Unterstellung der PostFinance unter ihre Aufsicht zwar neutral. Im Falle einer Unterstellung unter ihre Aufsicht beharrt sie aber auf einer aufsichtsrechtlichen Gleichbehandlung der PostFinance ohne jeden aufsichtsrechtlichen Sonderstatus oder politisch motivierte Aufsichtsstandards (FINMA-Jahresbericht 2009, 46).

IV. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Ausführungen führen zu folgenden zusammenfassenden Erkenntnissen:

- Die PostFinance offeriert heute ihren Privat- und Geschäftskunden ein Dienstleistungsangebot, das weitestgehend demjenigen von anderen Geschäftsbanken entspricht.
- Der Bund verfügt über keine verfassungsrechtliche Grundlage, ein Bankunternehmen wie die PostFinance selber zu führen oder sich – von ausserordentlichen Situationen abgesehen – daran zu beteiligen.
- Der Zahlungsverkehr ist aus historischen Gründen unter den Universaldiensten aufgeführt. Aus heutiger Sicht rechtfertigt sich diese Regelung nicht mehr.
- Es besteht kein öffentliches Interesse an einer Bundesbeteiligung an der PostFinance. Insbesondere aus ordnungs- und wettbewerbspolitischen Gründen ist es vielmehr so, dass sich der Bund von seiner Beteiligung an der PostFinance trennen sollte.
- Die Staatsgarantie des Bundes für die PostFinance verzerrt den Wettbewerb im Finanzdienstleistungsbereich. Auch wenn die Garantie im Gesetz gestrichen wird, ist davon auszugehen, dass der Bund – solange er (indirekter) Eigentümer der PostFinance ist – dieser im Bedarfsfall beistehen würde.
- Die PostFinance ist als Bank nach dem Grundsatz «same business, same rules» der ordentlichen Finanzmarktaufsicht zu unterstellen.

Auf Grund dieser Erkenntnisse ist nach der hier vertretenen Auffassung die Weiterführung des bisherigen Geschäftsmodells der PostFinance unter der Eigentümerschaft des Bundes, sei es als öffentlich-rechtliche Anstalt oder als privatrechtlich organisierte, aber im Eigentum des Bundes stehende Aktiengesellschaft, keine Option. Dagegen spricht nicht nur die fehlende verfassungsrechtliche Grundlage, sondern auch grundlegende ordnungs- und wettbewerbspolitische Bedenken, die mit einer Verfassungsgrundlage für eine «Postbank» nicht aus der Welt geräumt werden können. Aus diesem Grund ist auch die von der Sozialdemokratischen Partei (SP) der Schweiz vorgeschlagene Ergänzung von Art. 92 BV⁵⁸ zu verwerfen. Damit würde zwar die

⁵⁸ Die SP hat am 11. Mai 2010 die Eidgenössische Volksinitiative «Für eine starke Post» eingereicht, mit der Art. 92 BV wie folgt ergänzt werden soll:

Art. 92 Abs. 3–5 (neu)

³ Der Bund garantiert allen Einwohnerinnen und Einwohnern ein flächendeckendes Poststellennetz und einen leichten und raschen Zugang zu allen Leistungen eines zukunftsorientierten Universaldienstes.

⁴ Er beauftragt die Schweizerische Post, das Poststellennetz mit Personal zu betreiben, das in einem Anstellungsverhältnis zur Schweizerischen Post steht.

⁵ Die Kosten für das Poststellennetz und den Universaldienst werden insbesondere gedeckt durch:

a. die Einnahmen aus dem Briefmonopol;

Verfassungsgrundlage für eine Postbank geschaffen, gleichzeitig aber auch ein Eingriff in die privatrechtlich organisierte Wirtschaftsordnung der Schweiz und den funktionierenden Bankenmarkt verfassungsrechtlich verankert, der sich mit den von der SP angeführten finanz- bzw. fiskalpolitischen Gründen nicht rechtfertigen lässt⁵⁹.

Keine Option stellt aber auch eine Rückkehr zur «alten» PostFinance dar. Die PostFinance hat sich seit 1998 sehr erfolgreich am Markt positioniert und ihr Dienstleistungsangebot laufend weiterentwickelt. Eine Redimensionierung dieses Angebots auf Basisdienstleistungen im Zahlungsverkehr (allenfalls mit Verzinsung und Überzugsmöglichkeiten der entsprechenden Konten) würde nicht nur die offensichtlich bestehende Nachfrage nach den Dienstleistungen der PostFinance ignorieren, sondern auch einen Grossteil des Unternehmenswerts, den die PostFinance in den letzten Jahren geschaffen hat, zerstören.

Die Lösung für die hier diskutierte Problematik liegt vielmehr in der Flucht nach vorne: Der Bund sollte die PostFinance möglichst schnell in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft abspalten, sie zu einer «vollwertigen» Bank ohne Grundversorgungsauftrag ausbauen und sich von seiner Beteiligung an der PostFinance trennen. Der erste dieser drei Schritte ist im Entwurf des (neuen) Postorganisationsgesetzes vorgezeichnet. Für den zweiten Schritt fehlt vorläufig noch der politische Mut. So soll die PostFinance nach wie vor verpflichtet sein, Zahlungsverkehrsdienstleistungen anzubieten und es soll ihr nach dem Willen des Bundesrates weiterhin nicht erlaubt sein, Kredite und Hypotheken selbständig zu vergeben. Dies ist nicht nur deshalb bedauerlich, weil die PostFinance mit ihren enormen Kundeneinlagen damit gezwungen ist, einen grossen Teil dieser Gelder weiterhin im Ausland anzulegen⁶⁰, sondern auch weil im Hinblick auf einen allfälligen Verkauf der Bundesbeteiligung der Wert der PostFinance als «Bank ohne Aktivgeschäft» aber mit der Verpflichtung, gewisse (Zahlungsverkehrs-)Dienstleistungen anzubieten, ohne Zweifel niedriger ausfallen wird, als wenn der Bund eine Bank mit üblichem Geschäftsfeld verkaufen könnte. Die Stichhaltigkeit dieses letzten Arguments ist zugegebenermassen reduziert, da vorläufig nicht beabsichtigt ist, die PostFinance zu verkaufen⁶¹. Es ist zu wünschen, dass diese Position noch einmal überdacht wird und der Gesetzgeber möglichst bald die Voraussetzun-

⁵⁹ b. die Gewinne einer Postbank, die zu 100 Prozent der Schweizerischen Post gehört.
Vgl. zum fehlenden öffentlichen Interesse an einem Eingriff in den funktionierenden Bankenmarkt auch BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, 138 ff.

⁶⁰ Der Bundesrat stuft die Risiken bei Auslandsanlagen offenbar geringer ein als bei Anlagen im schweizerischen Kredit- und Hypothekenmarkt, vgl. BBl 2009 5284.

⁶¹ Gemäss Art. 14 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 E-POG kontrolliert der Bund indirekt mindestens die Hälfte des Kapitals der PostFinance. Obwohl der E-POG somit eine Teilprivatisierung zulassen würde, ist dies zurzeit keine Option: «Es besteht keinerlei Absicht, irgendwelche Aktien an Dritte zu verkaufen oder sie irgendwo zu platzieren.», Votum Bundesrat LEUENBERGER, Amtl. Bull. S 2009 1223.

gen für den dritten Schritt – den Verkauf der PostFinance an private Investoren – schafft.

Literaturverzeichnis

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten vom 22. November 2006 zur Verfassungsmässigkeit einer Postbank, VPB 3/2009, S. 129 ff. (zit. Gutachten Postbank); BUOB FRANZISKA, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2008; BURKERT HERBERT, Kommentar zu Art. 92 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008; GEIGER HANS/SCHALLER ALEXANDRA/LUGINBÜHL ANDREAS, Umfang und Bedeutung des durch die Post abgewickelten Zahlungsverkehrs in der Schweiz, Studie im Auftrag des Generalsekretariats des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Zürich 2008 (abrufbar unter http://www.isb.uzh.ch/pdf/stellenwert_zv_post_all_languages.pdf); HETTICH PETER, Sicherung der Grundversorgung bei vollständiger Deregulierung – Ein Beitrag zur bevorstehenden Aufhebung des Postmonopols in der Schweiz und in der EU, ZBl 2008, S. 629 ff.; JAAG TOBIAS, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 23 ff.; KNAPP BLAISE, Quelles limites constitutionnelles aux privatisations?, in: Hans Caspar von der Crone/Gérard Hertig, Privatisierung und Marktöffnung, Sondernummer Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (SZW), Zürich 1999, S. 1 ff.; LENDI MARTIN, Kommentar zu Art. 36 BV, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff.; NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004 (zit. Finanzmarktrecht); NOBEL PETER, Privatisierung – Organisatorische Belange und Kapitalmarktaspekte, in: Hans Caspar von der Crone/Gérard Hertig, Privatisierung und Marktöffnung, Sondernummer Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (SZW), Zürich 1999, S. 10 ff.; POLEDNA TOMAS, Öffentliche Aufgaben und Kriterien für die Wahl der Organisationsform, in René Schaffhauser/Tomas Poledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, S. 9 ff.; VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000.