

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 72 (1953)

Artikel: Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation

Autor: Schürmann, Leo

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896113>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 24.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation

Referat

von

Dr. Leo Schürmann,
Fürsprech in Olten/Solothurn

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung

1. Kapitel

Begriff der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen und System ihrer Rechtsordnung

Seite

§ 1. Unternehmen und Unternehmensrecht	72a
1. Rechtsordnung des Unternehmens	72a
2. Rechtspolitische Überlegungen	75a
3. Das Unternehmen im geltenden Recht	76a
4. Begriff des Unternehmens	78a
5. Arten der Unternehmungen	80a
6. Begriff des Wirtschaftsrechtes	85a
7. System des Unternehmensrechtes	86a
§ 2. Die Verwendung privater Rechtsformen für die öffent- lichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen als Rechtsproblem	89a
1. Wesen der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen	89a
2. Begriff der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen	92a
3. Die Autonomie der Unternehmung	93a
4. Rechtfertigung der öffentlichen Unternehmungen .	96a

2. Kapitel**Das Verfassungsrecht der öffentlichen
und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen**

	Seite
§ 3. Verfassungsrechtliche Probleme des öffentlichen Unternehmensrechtes	98a
1. Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel	98a
2. Verfassungsrechtliche Grundsätze für das Unternehmensrecht	101a
3. Entwicklungstendenzen	106a
4. Zulässigkeit von monopolistischen und wohlfahrtsstaatlichen Unternehmungen	109a
§ 4. Kasuistik	113a
A. Monopolistische Unternehmen	113a
I. Monopole und Regale des Bundes	113a
1. Pulverregal, Münzregal, Telegraphen- und Telephonregal	113a
2. Alkoholmonopol	114a
3. Sozialversicherungsmonopol	114a
4. Eisenbahnregal	114a
5. Luftverkehrsregal	116a
6. Schifffahrtsregal	122a
7. Radioregal	122a
8. Banknotenmonopol	123a
II. Kantonale Monopole und Regale	126a
1. Salzregal	127a
2. Wasserregal	129a
3. Kantonale faktische Monopole	132a
III. Gemeindemonopole	132a
IV. Zusammenfassung	133a
B. Wohlfahrtsstaatliche Unternehmen	134a
I. Eidgenössische Unternehmen	134a
1. Eidgenössische Darlehenskasse	135a
2. Schweizerische Reederei AG.	136a
3. Andere Unternehmen	136a
II. Kantonale Unternehmen	137a
1. Kantonalbanken	139a
2. Elektrizitätswirtschaft	142a
3. Weitere kantonale Unternehmen	143a
III. Kommunale Unternehmen	144a
C. Interventionistische Unternehmen	145a
I. Bundesrecht	145a

	Seite
1. Art. 31 bis Abs. 3 lit. a BV	145a
a) Uhrenstatut	145a
b) Hotelgewerbe	148a
c) Stickereiindustrie	150a
2. Landwirtschaftsartikel der BV	151a
a) Schweizerische Käseunion AG.	152a
b) Schweizerische Zentralstelle für Butter- versorgung	156a
c) Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel	158a
d) Ordnung der schweizerischen Zuckerwirt- schaft	159a
e) Weinstatut	161a
f) Schlachtviehordnung	163a
3. Art. 31 bis Abs. 3 lit. d BV	164a
4. BB vom 14. Oktober 1933/22. Juni 1939 über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland	165a
II. Kantonales Recht	167a
III. Zusammenfassung	167a

3. Kapitel

Das Verwaltungsrecht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen

§ 5. Allgemeine Grundsätze	167a
1. Der Anwendungsbereich des Verwaltungsrechtes	167a
2. Die verwaltungsrechtliche Sicherung des Unter- nehmenszweckes	168a
§ 6. Einzelfragen	174a
1. Zuständigkeitsfragen	174a
2. Beteiligungsvertrag	174a
3. Verhältnis der Organe zum Gemeinwesen	177a
4. Haftung des öffentlichen Vermögens	177a
5. Parlamentarische Aufsicht	178a
6. Nutzungsverhältnis	179a
7. Arbeitsrecht	180a
8. Steuerprivilegien	180a

4. Kapitel

Das Gesellschaftsrecht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

I. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Unterneh- mungen	181a
---	------

	Seite
II. System der Zivilgesetzgebung	181a
1. Bundesgesetzgebung	181a
2. Kantonale Gesetzgebung	183a
3. Das Sonderrecht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmung	183a
III. Gründung und Organisation der gemischtwirtschaft- lichen und öffentlichen Unternehmung	187a
IV. Die allgemeinen Haftungsgrundsätze	187a

5. Kapitel

Rechts- und wirtschaftspolitische Bemerkungen

1. Statistisches	190a
2. Allgemeines	195a

Thesen	197a
---------------	------

Einleitung

Das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft macht eines der großen Themen des Staatsrechtes aus. Die Bemühungen um die Definition dieses Verhältnisses gehen nach zwei Richtungen: wie weit soll die wirtschaftliche Betätigung unabhängig vom Staate vor sich gehen, und wie weit soll der Staat sie beeinflussen, sei es sie fördern oder beschränken oder sie selbst ausüben. Andererseits: welche rechtlichen Prinzipien sollen für die Wirtschaftstätigkeit überhaupt gelten, und, soweit der Staat diese Tätigkeit fördert, beschränkt oder selbst ausübt, in welcher Form soll dies geschehen.

Die schweizerische Wirtschaftsordnung hat seit 1848 in behutsamer Entwicklung die privatwirtschaftliche Version der möglichen Wirtschaftssysteme abgewandelt. Zunächst den Kantonen die Ausbildung der Wirtschaftsfreiheit überlassend, statuierte der Bund in der Verfassung von 1874 diese Freiheit als wirtschaftspolitische Maxime. Sie wurde im Revisionswerk von 1947 im Grundsatz bestätigt, jedoch

nicht ohne gewichtige Einschränkungen. Zwar hatte von Anfang an das Salz des Interventionismus nicht gänzlich gefehlt. Zu keiner Zeit ist die Wirtschaftsordnung des Landes völlig frei gewesen: polizeiliche Gesichtspunkte, öffentliche Monopole und wohlfahrtsstaatliche Tendenzen haben ihr Gepräge schon 1874 mitbestimmt. Die Zeit seit 1914 hat neue Elemente und Erfahrungen hinzugefügt, und die Wirtschafts- und Sozialartikel von 1947 haben nicht nur versucht, das Fazit zu ziehen und die Grenzen abzustecken, sondern auch neue Ziele staatlicher Wirtschaftspolitik aufzuzeigen¹.

Die eigene wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand bildete zwar kein Leitmotiv, wohl aber eine bedeutsame Komponente dieser Entwicklung. Der Anteil der öffentlichen Wirtschaft an der Gesamtwirtschaft hat sich zum Teil unter spezifisch politischen Gesichtspunkten — «Staatswirtschaft oder Privatwirtschaft» wie im Eisenbahn- und im Bankwesen — verändert, teils hat sich der Ausbau in ruhiger, von der wirtschaftspolitischen Diskussion fast unbeachteter Entwicklung vollzogen; der Handhabung der Monopole kam hierbei eine wichtige Rolle zu. Einen besonderen Aspekt erhielt diese Seite des Interventionismus in der Krisen- und Nachkriegszeit durch die Bildung von

¹ Vgl. zur früheren Entwicklung His, Geschichte des neuern Schweiz. Staatsrechts, Bd. 3, 1938, S. 589 ff. (zit. Staatsrecht); Hug, Hundert Jahre schweiz. Wirtschaftsrecht, in «Recht und Wirtschaft 1848—1948», 1949, S. 7 ff.; zu den neuen Wirtschaftsartikeln im besondern: Giacometti, Die Handels- und Gewerbe-freiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, in «Die Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht», 1948, S. 175 ff.; Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbe-freiheit, ebenda, S. 191 ff.; Schürmann, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, 1948 (zit. Wirtschaftsartikel); id., Eine neue Wirtschaftsverfassung, in Schweizer Rundschau 1947, S. 198 ff.; Giacometti/Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1949, S. 274 ff. (zit. Bundesstaatsrecht); Marti, Die Handels- und Gewerbe-freiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, 1950 (zit. HGF); Huber, Das Staatsrecht des Interventionismus, ZSR n. F. Bd. 70 (1951), S. 173 ff.

Unternehmungen, denen wirtschaftliche Lenkungsmaßnahmen übertragen wurden.

Die juristische Problematik des öffentlichen Unternehmensrechtes datiert nicht von heute. Die Verwaltungsrechtslehre hat, besonders in Deutschland und Frankreich, schon in den zwanziger Jahren auf die Erscheinung an sich, besonders aber auf die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen hingewiesen². In der Schweiz berührte die Revision des Obligationenrechtes von 1936 mit der Aufnahme der Art. 762 und 926 und der Neufassung des alten Art. 613 (jetzt Art. 763) das Thema³. Die Auseinandersetzungen über die neue Redaktion der Wirtschafts- und Sozialverfassung gingen an sich mehr um die Formulierung des Vorbehaltes zur Handels- und Gewerbefreiheit und um die neue Zielsetzung — Vollbeschäftigungs- und Konjunkturpolitik (Art. 31quinquies), Ausbau des Arbeitsrechtes (Art. 34ter) —, bezogen sich damit indirekt aber auch auf die Abgrenzung von Privat- und Staatswirtschaft. Spezifisch unternehmensrechtliche Fragen hat sodann die Ausführungsgesetzgebung aufgeworfen.

² Vgl. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928/1939, S. 120 ff. (zit. Institutionen); Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1950, S. 293 ff. und 373 ff. (zit. Verwaltungsrecht); Monségur, Les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte, Thèse Bordeaux 1942.

³ Ruck, Schweiz. Staatsrecht, 2. Aufl. 1939, S. 57 ff. (zit. Staatsrecht); id., Schweiz. Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1951, S. 72 ff.; Gerber, Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form, Diss. Zürich 1928 (zit. Öffentliche Unternehmung); Arbenz, Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im schweiz. Recht, Diss. Zürich 1929 (zit. GWU); Hug, Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen in Kanton und Gemeinden, in «Festgabe Fleiner 1937», S. 131 ff. (zit. Öffentliche Unternehmen); Jüngling, Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der schweiz. Elektrizitätswirtschaft, Diss. St. Gallen 1948 (zit. GWU El. Wirtschaft); Heußner, Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem, Diss. Zürich 1949 (zit. Flucht des Gemeinwesens).

Der Gegenstand berührt somit Fragen sowohl des Verfassungsrechtes als auch des Verwaltungs- und Gesellschaftsrechtes. «Die Gestaltung der Unternehmensformen unter dem Gesichtspunkte der Wirtschafts- und Sozialverfassung» war eines der Themen des 39. Deutschen Juristentages 1951⁴. «Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation», wie der Schweizerische Juristenverein ein Verhandlungsgebiet seiner diesjährigen Tagung umschreibt, ist davon nicht stark verschieden. Höchstens, daß das Problem mehr deskriptiv und nicht lediglich im Hinblick auf die Wirtschaftsverfassung verstanden wird; in der Schweiz interessieren die besonderen Veränderungen, die das Gesellschaftsrecht in Deutschland unter dem Einfluß des Mitbestimmungsrechtes erfahren könnte, im Augenblick weniger. Andererseits gewinnt der Gegenstand seine besondere Aktualität wegen der Ausführungsgesetzgebung zu den neuen Wirtschaftsartikeln. Diese Gesetzgebung verfügt noch über wenig Grundsätze. Die Ordnung der Beziehungen des Staates zur Wirtschaft, die rechtlichen Formen der Intervention und die Gestaltung der Mitarbeit der Privatwirtschaft an der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit stellen die Rechtslehre vor neuartige Fragen.

Erfahrungen, Zweckmäßigkeiten und Bedürfnisse des Augenblicks haben die Grundlinien dessen bestimmt, was man mit einem etwas prätentösen Ausdruck als «Wirtschaftsrecht» bezeichnen könnte: jene Rechtsnormen, die die Wirtschaftsordnung gestalten.

Das öffentliche Unternehmungsrecht, präsentiere es sich in öffentlich-rechtlichem oder privatrechtlichem Gewande, macht einen Teil davon aus.

Die Verwaltung bedient sich als Produzent und Verteiler von Bedarfsgütern des Unternehmens und ebenso für ihre wirtschaftspolitischen Interventionen: Unternehmungen

⁴ Vgl. Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages, Wirtschafts- und sozialrechtliche Abteilung, 1952, mit den Referaten von Reinhardt, Nikisch und Raiser (zit. Verhandlungen).

werden zu Trägern staatlicher Lenkungsmaßnahmen. Gemeinden, Kantone und Bund beteiligen sich kapitalmäßig an Unternehmungen, nehmen Einsitz in die Verwaltungsräte und Verbandsvorstände und beeinflussen faktisch und rechtlich den Status dieser privatrechtlichen Organisationen. Unternehmungen werden zu Syndikaten, Genossenschaften, Vereinen und Kapitalgesellschaften zusammengefaßt, mit staatlichen Wirtschaftsaufgaben betraut und der öffentlichen Aufsicht unterstellt.

Diese Erscheinung ist in erster Linie wirtschaftspolitisch beachtenswert. Sie ist bei der Betrachtung des Ausmaßes der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit mitzuzählen. Juristisch sind die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Besonderheiten auffällig, während die wenigen Abweichungen vom Aktien- und sonstigen Gesellschaftsrecht geringeres Interesse bieten.

Bei einer Darstellung der Rechtsordnung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen gebührt unter den heutigen Umständen wirtschaftsrechtlichen, besonders aber wirtschaftsverfassungsrechtlichen Erwägungen der Vorrang.

1. Kapitel

Begriff der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen und System ihrer Rechtsordnung

§ 1. Unternehmen und Unternehmensrecht

1. Es ist nicht abwegig, von einer Rechtsordnung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation zu reden. Die Rechtssätze und die Rechtsbeziehungen, die diese Gebilde zum Gegenstand haben, bilden einen Komplex von Normen, der, ähnlich dem öffentlichen Sachenrecht, ein System entwickeln läßt. Es sind darin sowohl verfassungs- und verwaltungsrechtliche als auch gesellschafts- und

sozialrechtliche Elemente enthalten. Das Unternehmen umfaßt eine Reihe von Tatbeständen, die einer rechtlichen Betrachtung zugänglich sind. Der Begriff des Unternehmens läßt sich als Rechtsbegriff verstehen. Jedenfalls ist er abzugrenzen sowohl gegenüber dem der Gesellschaft und des Gewerbes im Sinne des OR als auch gegenüber dem Begriff des Betriebes, wie er im Arbeits- und Gewerberecht gebräuchlich ist.

Das öffentliche Unternehmensrecht, wie die Rechtsordnung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen vereinfacht genannt werden kann, wäre, sofern man von einer solchen Betrachtungsweise ausgeht, Teil eines allgemeinen Unternehmensrechtes. Auch die private Gesellschaft betreibt ein Unternehmen und steht nicht als Gesellschaft, sondern als Unternehmen in Rechtsbeziehungen, die über das OR hinausgreifen, genau so, wie sie auch als Betrieb Mittelpunkt rechtlicher und tatsächlicher Beziehungen ist, die mit dem OR offenbar allein nicht verstanden werden können.

Zweifelsohne ist eine solche Differenzierung problematisch. Die Einheit der Rechtsordnung wird in Frage gestellt. Doch sind die zur Diskussion stehenden Organisationen an sich schon — ihrer verfassungsrechtlichen Begründung, ihrer Entstehung und Tätigkeit nach — heterogen und entbehren des eindeutigen juristischen Charakters, wie er der privaten Gesellschaft oder der öffentlichen Anstalt eignet. Vielfältig ist daher auch ihre Rechtsordnung. Doch hängt das hinwiederum damit zusammen, daß das geltende Recht selbst das gleiche Rechtssubjekt in seinen verschiedenen Eigenschaften als Gesellschaft, Betrieb und Unternehmen anspricht und jedesmal besondere Funktionen dieses Rechtssubjektes meint: seine privatrechtlich-privatwirtschaftliche, seine sozial- und arbeitsrechtliche und seine volkswirtschaftliche. Das kann sehr wohl zu gesonderten Rechtsgebieten — Gesellschaftsrecht, Betriebsrecht, Unternehmensrecht — führen.

Zumindest aber ist eine Differenzierung im angedeuteten

Sinne als wissenschaftliches Hilfsmittel zur Gliederung der Erscheinungen dienlich. Die Wissenschaft versucht, die Vielfalt der Dinge zu systematisieren. Sonst bleibt es bei einer bloßen Feststellung heterogener Rechtsinstitute. Vorauszusetzen ist nur, daß die Erscheinung wirklich typischen Charakter besitzt. Atypische Fälle vermögen kein System zu begründen. Indes ist die Zahl der Rechtssätze, die das Unternehmen allgemein im Auge haben, und die Zahl der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, die praktisch tätig sind, erfahrungsgemäß so groß, daß in der Tat ein Problem vorliegt.

Man kann daher mit einiger Berechtigung das Unternehmen zum Ausgangspunkt der Betrachtung wählen. Geschieht das, so ist von Anfang an zuzugeben, daß die Bedeutung der Rechtsform des Unternehmens relativiert wird. Die Funktion wird wichtiger als die äußeren gesellschaftsrechtlichen Merkmale der Unternehmung. Immerhin ist damit noch nicht gesagt, ob diese Relativierung im Verhältnis zum privaten Unternehmen oder im Verhältnis zur öffentlichen Körperschaft oder Anstalt stattfindet. Ob das Recht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmung letztlich mehr im Verwaltungs- oder im Privatrecht beheimatet ist, bleibt abzuklären.

Ein anderes methodisches Verfahren müßte das Schwergewicht der Untersuchung auf die formalen Merkmale legen: die Entstehung, die interne Organisation, das Dienstverhältnis, die Haftung und den Rechtsverkehr und jeweils die Abweichungen gegenüber dem allgemeinen Gesellschaftsrecht nachweisen. Abgesehen davon, daß das schon sehr einläßlich geschehen ist⁵ und daß damit die öffentlichen Unternehmungen ohne weiteres im Grundsatz dem Privatrecht zugeordnet und alle Besonderheiten als bloße Abweichungen vom Typus der privaten Gesellschaft verstanden werden, wäre ein solches Verfahren der gesell-

⁵ Vgl. das in der Einleitung genannte Schrifttum, besonders Arbenz, GWU, der die gesellschaftsrechtlichen Fragen in großer Vollständigkeit behandelt.

schafts- und unternehmensrechtlichen Problematik und Aktualität des Stoffes wenig angemessen. Ebenso sehr wäre die Verwendung öffentlich-rechtlicher Kriterien mit dem Ziel der Angleichung jener Unternehmensformen an das Anstaltsrecht eine *petitio principii*.

2. Darin liegt zugleich eine rechtspolitische Rechtfertigung. Jene Differenzierung ist rechtspolitisch nützlich; der Weg, den die Entwicklung nimmt, wird eher erkennbar. So weist die spezifische Verwendung des Begriffes Unternehmen, wie sie in der neueren Literatur und Rechtssprache feststellbar ist, unter anderem auf den anstaltlichen Charakter hin, den das private Unternehmen faktisch und rechtlich angenommen hat, ein Zug, der beim öffentlichen Unternehmen von Anfang an vorhanden war; es stand stets in nächster Nachbarschaft der Anstalt des Verwaltungsrechtes, und es scheint zuweilen, daß die Entwicklung den mit der Wahl privater Rechtsformen für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand angestrebten Zweck — die Emanzipation der öffentlichen Wirtschaftsbetriebe von den Bindungen des Verwaltungsrechtes — durch diese Annäherung wieder rückgängig macht; beide Unternehmenstypen werden nach gewisser Richtung zu Anstalten. Darauf weist auch die Diskussion über die Verwendbarkeit der Stiftung als privatrechtlicher Anstalt für wirtschaftliche Unternehmen hin, wie sie in Deutschland im Gange ist⁶. Andererseits läßt dieser Prozeß nach dem Schicksal der ihrem Wesen nach pointiert erwerbswirtschaftlich orientierten privaten Unternehmung fragen. Wie beeinflußt das Unternehmensrecht das Gesellschaftsrecht und welche Verschiedenheiten bestehen im Wesen der öffentlichen und privaten Unternehmung, ungeachtet ihrer gleichen Rechtsform? Es dürfte schwierig sein, solche Fragen unter Umgehung des Begriffes Unternehmen, rein nur aus dem Gesichtswinkel des Gesellschaftsrechtes, zu erörtern.

⁶ Reinhardt, Verhandlungen, S. 9; Raiser, ebenda, S. 61, und dortige Hinweise.

Ähnlich liegen ja die Verhältnisse beim Begriff des Betriebes. Er ist zum beherrschenden Begriff für ein Betriebsrecht geworden, das sich vorzüglich um die sozialrechtliche Ausgestaltung der Beziehungen innerhalb des Betriebes und um die rechtliche Erfassung des Betriebes als Einheit bemüht und hierfür hilfreich ist⁷.

Es ist selbstverständlich, daß diese Terminologie keinen politisch-ideologischen Akzent trägt. Es liegt ihr allenfalls eine Tendenz im höheren rechtspolitischen Sinne zugrunde.

3. Das OR kennt Gesellschaften und Gewerbe. Die Unternehmung als Einzelfirma, Genossenschaft, Personen- oder Kapitalgesellschaft ist Subjekt des Wirtschaftslebens. Die Firma oder Gesellschaft betreibt ein Unternehmen. Der Begriff des Unternehmens oder der Unternehmung ist privatrechtlich identisch mit dem des Gewerbes: die Unternehmung ist ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, das zur Führung einer Firma berechtigt und hiezu verpflichtet ist (Art. 934 OR). Eigentümerin der Unternehmung ist die Gesellschaft. Für die Unternehmen, die als Personenverbindungen auftreten, gelten nach ausdrücklicher Vorschrift

⁷ Nawiaski, Die rechtliche Organisation des Betriebs, 1943, entwickelt anhand des Begriffes ein System der rechtlichen Beziehungen innerhalb des Betriebs. Über den Betrieb als Grundbegriff des Arbeitsrechts und die Abgrenzung gegenüber dem Unternehmen vgl. auch Nikisch, Arbeitsrecht, 1951, S. 68 ff., besonders S. 74/5, und Krause, Diskussionsvotum, Verhandlungen S. 122 ff. Daß in der Wirtschaftsgesetzgebung für gewerbliche und landwirtschaftliche Unternehmen der Ausdruck Betrieb verwendet wird, auch wenn nicht die sozialen, sondern die wirtschaftlichen Funktionen gemeint sind (z.B. LWG Art. 29, Getreidegesetz Art. 15, Uhrenstatut Art. 3), ist juristisch ohne Bedeutung. Die Terminologie richtet sich z.T. noch nach der Betriebs- bzw. Unternehmensgröße. — Die Nützlichkeit der genauen Verwendung der verschiedenen Begriffe in der wissenschaftlichen Diskussion mag aus der Sentenz von Nikisch (Verhandlungen S. 45) erhellen: «Ich trete für ein möglichst weitgehendes Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrecht der Belegschaft im Betrieb und für ein beschränktes Mitbestimmungsrecht im Unternehmen ein».

des Personenrechtes die Bestimmungen über die Gesellschaften und Genossenschaften (Art. 59 Abs. 2 ZGB). Wenn diese Vorschrift von Personenverbindungen spricht, «die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen», so meint sie damit Unternehmungen, die juristische Personen sind. ZGB und OR verwenden den Ausdruck «Unternehmung» nur ausnahmsweise und auch dann kaum als terminus technicus. Immerhin mag es auffallen, daß, wo es geschieht, Personenverbindungen des Handelsrechtes damit bezeichnet werden, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist oder die auf kantonale Spezialgesetze zurückgehen. So ist in Art. 762 OR die Rede von «Unternehmungen, bei denen Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde, ein öffentliches Interesse besitzen». Abs. 2 des gleichen Artikels bezeichnet solche Unternehmungen wiederum als «Gesellschaften», zusammen mit den «gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes als Aktionär beteiligt ist». Art. 763 OR exemplifiziert den Begriff «Gesellschaften und Anstalten, die durch besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind», unter anderem mit der Wendung «Versicherungs- und Elektrizitätsunternehmen». Das Genossenschaftsrecht dagegen vermeidet in Art. 926 OR, der analogen Vorschrift zu Art. 762, das Wort «Unternehmen», was auf die Verschiedenheit der Sache zurückgehen dürfte.

Das öffentliche Recht ist in seiner Terminologie uneinheitlich. Anstalt, Unternehmung, Betrieb, Gewerbe, Gesellschaft werden synonym verwendet. Das Steuerrecht lehnt sich, seiner allgemeinen Methodik entsprechend, an das Privatrecht an und bevorzugt die Ausdrücke natürliche und juristische Personen, Gewerbe und Gesellschaften im Sinne des ZGB und OR.

Das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Bildung von Arbeitsbeschaffungsreserven der privaten Wirtschaft⁸, das einen öffentlich-rechtlichen Charakter trägt und sich

⁸ AS 1952, S. 13.

auf Art. 31quinquies BV stützt, verwendet durchgehend den Ausdruck «Unternehmungen der privaten Wirtschaft» und versteht darunter «Unternehmungen, die im Handelsregister eingetragen sind» (Art. 2). Solche Unternehmungen sind selbstverständlich auch die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Gewerbe. Die Verwendung des Ausdruckes Unternehmung für die besonderen Zwecke des Gesetzes — sie sind primär konjunkturpolitischer, im weiteren auch steuerrechtlicher Art — bringt wiederum ebensosehr den Anstaltscharakter der Unternehmung wie das wirtschaftspolitische Moment zur Geltung. Art. 7 des Gesetzes erstreckt den Begriff der Unternehmung ausdrücklich auch auf Einzelfirmen, Personengesellschaften und andere Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit, was für den Rechtsbegriff der Unternehmung ganz allgemein Gültigkeit hat.

Auch andere Wirtschaftsgesetze des Bundes verwenden den Ausdruck «Unternehmen». So der BB vom 27. Juni 1951 über Maßnahmen zur Erhaltung der schweizerischen Uhrenindustrie (Art. 3 und 4).

Eine analoge Erscheinung ist in der Landwirtschaftsgesetzgebung festzustellen, wo sich die rechtliche Ordnung am Begriff des «Heimwesens» orientiert (zum Beispiel BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen, Art. 1).

4. Der Begriff Unternehmen zielt somit auf einen Sachverhalt, der über das Gesellschaftsrecht hinausgeht. Er hat nicht die ausschließlich privatrechtliche Funktion des Fabrikations- oder Handelsbetriebes im Auge. Er ist ursprünglich wohl in der nationalökonomischen Literatur beheimatet gewesen⁹. Das Unternehmen ist, ohne Rücksicht

⁹ Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 375. Fleiner, Institutionen, S. 124, bezeichnet (1928) den Ausdruck gemischtwirtschaftliche Unternehmung als einen nicht juristischen Begriff. Wenn ältere Lehrbücher des Handelsrechts von einem «kaufmännischen Unternehmen» reden (z. B. Wieland, Handelsrecht Bd. 1, 1921, in der Benennung des Inhaltes dieses Bandes [«Das kauf-

auf seine Rechtsform, charakterisiert durch seine wirtschaftliche Funktion und deren volkswirtschaftliche Auswirkungen. Deshalb richtet sich das BG über die Arbeitsbeschaffungsreserven an die Unternehmung, weil die Bildung von solchen Reserven volkswirtschaftlich, im besonderen konjunkturpolitisch, bedeutsam ist. Ein Verwaltungsbetrieb, in welchem keine wirtschaftlichen Entscheidungen getroffen werden — was nicht gleichbedeutend ist mit risikobehafteten Entscheiden —, ist kein Unternehmen. Ein verstaatlichter Betrieb, dem jede ökonomische Selbständigkeit abgeht, entbehrt wohl ebenfalls dieser auszeichnenden Eigenschaft; was von ihm schließlich übrigbleibt, ist der Betrieb als technisch-organisatorische Einheit¹⁰.

Es ist eine Frage, die in die Zukunft weist, wenn im Schrifttum erörtert wird, ob die Unternehmung als Rechtssubjekt anerkannt werden solle. Eine rechtliche Notwendigkeit ist das nicht. Der Begriff ist juristisch brauchbar, auch ohne daß der damit erfaßte Sachverhalt als Rechtspersönlichkeit verselbständigt wird. Es liegt auch hier eine Analogie zur Anstalt vor, die ebenfalls unselbständig sein kann.

Die Eigentumsverhältnisse sind für das Unternehmen ebensowenig kennzeichnend wie die Rechtsform. Es gibt private und staatliche Unternehmungen, öffentliche Anstalten und Körperschaften, so gut wie Handelsgesellschaften als Unternehmen. Abzustellen ist auf die Funktion des Unternehmens innerhalb der Wirtschaftsverfassung¹¹. Das Unternehmen ist handelndes Wirtschaftssubjekt. Auch als Monopolbetrieb setzt es die Handels- und Gewerbefreiheit voraus, weil es in einer vollkommen verstaatlichten Wirtschaft überhaupt keine selbständig handelnden Wirtschaftssubjekte und keine einzelnen Wirtschaftspläne und

männische Unternehmen und die Handelsgesellschaft»)], dann nicht im rechtstechnischen Sinne; das Handelsrecht baut sich auf den Begriffen Handelsgeschäft und Kaufmann auf (Wieland, S. 50).

¹⁰ Raiser, Verhandlungen, S. 59.

¹¹ Raiser, a. a. O.

daher auch keine Unternehmen gibt. Als Unternehmen kann daher bezeichnet werden ein mit Kapital, Arbeitskräften und organisatorischen Einrichtungen ausgestatteter Betrieb zur dauernden selbständigen Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke; seine Rechtsform kann theoretisch die private oder öffentliche Körperschaft sein. Grundlage einer solchen Definition ist die bekannte Begriffsumschreibung Otto Meyers für die öffentliche Anstalt, auf die auch die betriebsrechtliche Begriffsbildung zurückgeht¹².

5. Soll, hievon ausgehend, eine weitere Differenzierung, die rechtlich Wesentliches besagt, versucht werden, dann muß sie wiederum nicht nach der Rechtsform, sondern nach dem Zweck geschehen. Die gemeinhin als private Unternehmen bezeichneten Firmen bezwecken wohl die Produktion von und den Handel mit Gütern des allgemeinen Bedarfes, aber nicht als Selbstzweck. Das Privatrecht, im besonderen das Handelsrecht, setzt voraus, daß die Unternehmungen nach kaufmännischer Art geführt werden und damit implizite auch, daß sie einen Gewinn erzielen wollen und sollen. Darauf sind auch die Haftungsvorschriften zugeschnitten. Gemeinnützige Unternehmungen sind keine Handelsgesellschaften im gewöhnlichen Sinne, sondern allenfalls Aktiengesellschaften zu nichtwirtschaftlichen Zwecken nach Art. 620 Abs. 3 OR, im besondern aber öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmungen¹³. Entscheidend für die unternehmensrechtliche Be-

¹² Vgl. sein «Deutsches Verwaltungsrecht», Bd. 2, 3. Aufl., 1924, S. 268; Nawiaski, a. a. O., S. 1. Auf die im positiven Recht gelegenen möglichen Beschränkungen der zulässigen Unternehmensformen — Art. 59 Abs. 2 ZGB; Egger, Kommentar Personenrecht, 2. Aufl., 1930, Art. 59 N. 26/27 — ist hier keine Rücksicht zu nehmen. Wirtschaftsrechtlich kann auch ein Verein oder eine einfache Gesellschaft ein Unternehmen sein.

¹³ So nennt sich die Flughafen-Immobilien-Gesellschaft Zürich, die ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ist, eine «gemeinnützige Aktiengesellschaft», die keinen Gewinn beabsichtigt (§§ 1 und 5 der Statuten vom 27. Oktober 1948); zulässig ist lediglich eine beschränkte Verzinsung des investierten Kapitals.

trachtung ist die wirtschaftliche Funktion des Unternehmens in ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung. Das Gewinnstreben ist hiefür sekundär.

Hier liegt die entscheidende Frage des ganzen Rechtsgebietes; sie kann vorläufig nur angetönt werden. Ist die öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmung mit privatrechtlicher Organisation, das heißt die Unternehmung, an der öffentliche Körperschaften kapitalmäßig oder verwaltungsmäßig, ausschließlich oder doch nach gewisser Richtung, beteiligt sind, von der privaten Unternehmung durch die Art ihrer Geschäftspolitik, insbesondere aber durch den verschieden intensiven Grad der Erwerbswirtschaftlichkeit zu unterscheiden? Die Rechtsform allein sagt hierüber nichts aus, eben weil sie für beide Unternehmenstypen gleich ist. Bei der öffentlich-rechtlichen Anstalt scheint die Frage einfacher zu liegen. Sie ist, auch als selbständiges Unternehmen, in jedem Falle einbezogen in die hoheitliche Verwaltung und hat allein schon kraft dessen höhere Gesichtspunkte des allgemeinen Wohls zu wahren. Auch wenn sie ihre Leistungen in privatrechtlicher Form vermittelt, übt sie Verwaltungstätigkeit aus. Verwaltung aber erfolgt stets zu öffentlichen Zwecken. Selbst wo fiskalische Gesichtspunkte vorherrschen, wird der Grundsatz nicht verdeckt. Auch die Forste und sonstigen Bodenregale — typische Fiskalmonopole — werden niemals rein erwerbswirtschaftlich genutzt. Bei den öffentlichen Unternehmen des Privatrechts dagegen könnte, wegen der privaten Rechtsform, der Sachverhalt grundsätzlich verändert, «kommerzialisert», der verwaltungsrechtliche Gehalt als nebensächlich erscheinen, ungeachtet der Mitbeteiligung öffentlicher Gemeinwesen. In der Tat spricht die Literatur vielfach von einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Verwaltung schlechthin oder betrachtet sie doch, und zwar nicht nur im Rahmen der Fiskalregale, als wesentlich und statthaft. Die Unterscheidung, die auch die ältere Literatur kennt, zwischen der Gewinnung einer Einkommensquelle für das Gemeinwesen und solchen öffentlichen Gewerbetätig-

keiten, die primär auf die Zuwendung von Nutzungen an die Staats- und Gemeindeangehörigen gerichtet sind und nur als Nebenzweck die Erzielung eines Gewinnes anstreben¹⁴, fixiert den Sachverhalt ebenso ungenügend wie die Feststellung, für die Entscheidung der Frage, ob eine öffentliche Anstalt, die der Allgemeinheit wirtschaftliche Leistungen vermittelt, eine öffentlich-rechtliche sei, dürfe nicht mehr einseitig auf die Gewinnabsicht abgestellt werden, weil auch öffentlich-rechtliche Anstalten erwerbswirtschaftlich tätig sein könnten und deshalb unter anderem nicht im Genusse der Steuerbefreiung stünden¹⁵. Das Problem dreht sich unternehmensrechtlich nicht darum, ob privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Verband, sondern um den Verwaltungscharakter auch der öffentlichen Unternehmungen des Privatrechtes: ob diese primär und wesensmäßig nicht Erwerbsunternehmen seien¹⁶.

Im neueren Schrifttum ist der Tatbestand jedenfalls durchaus problematisch geworden¹⁷.

¹⁴ So z. B. Wieland, a. a. O., S. 88/89; ähnlich die meisten in der Einleitung zitierten Autoren.

¹⁵ So Fleiner, Institutionen, S. 327. Auch nach der Doktrin zu Art. 59 ZGB macht nicht der öffentliche Zweck allein den Verband zum öffentlich-rechtlichen, vgl. Egger, a. a. O.

¹⁶ Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 1, 1950, S. 198 ff., betitelt in diesem Sinne einen Abschnitt mit «Privatwirtschaft der öffentlichen Hand und öffentliche Wirtschaftsverwaltung». Er stellt für die deutsche Entwicklung fest, neben den «Steuerstaat» sei ein «Unternehmerstaat», neben den «Staatssozialismus» ein «Staatskapitalismus», neben die offene «echte» eine versteckte «kalte» Sozialisierung getreten. Solche staatskapitalistische Tendenzen werden auch im Jahresbericht 1952/53 des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (S. 13) festgestellt. Für die Schweiz trifft diese Charakterisierung, wie hier schon festgestellt sei, jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zu.

¹⁷ Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 377, lehnt die Kennzeichnung der öffentlichen Unternehmung durch das erwerbswirtschaftliche Element ab. Ähnlich Hagmann, Die Rechtsstellung der öffentlich-rechtlichen Unternehmen von Kanton und Gemeinde im Kanton Solothurn, Diss. Bern 1947 (zit. Unternehmen), S. 21 und 32 N. 21; Binder, Die rechtliche Stellung des Aarg.

Wird in diesem Gegensatz nicht das entscheidende Kriterium erblickt, dann ist auf Äußerlichkeiten der Rechtsform — eben die privatwirtschaftliche Organisation — und auf die innere Struktur — die in bestimmter Form erfolgende Beteiligung der öffentlichen Hand und die damit gegebenen verwaltungsrechtlichen Elemente — solcher Unternehmungen abzustellen. Das Phänomen bleibt dann mehr ein soziologisches und wirtschaftspolitisches, weniger ein juristisches, mögen auch der Besonderheiten genug sein. Der Sachverhalt wird als ein wesentlich gesellschafts- und weniger als ein unternehmensrechtlicher gewürdigt.

Immerhin sei festgestellt, daß in den wissenschaftlichen Lehrsystemen die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen ihre eigentliche Darstellung im Verwaltungsrecht, nicht im Privatrecht finden. Das ist aber nicht unbedingt schlüssig, weil sich das Privatrecht mit dem Hinweis auf die verwaltungsrechtlichen Besonderheiten dieser Unternehmungsformen begnügen kann; das Verwaltungsrecht seinerseits übernimmt nach Möglichkeit zivilistische Begriffe, und die Synthese bleibt vorläufig offen.

Hier erhebt sich das Problem der adäquaten Betrachtungsweise. Die Ausübung von Verwaltungstätigkeit, allenfalls auch rein erwerbswirtschaftlicher Art, in privatrechtlicher Form ist offensichtlich fragwürdig. Nicht weniger ist es die Einordnung solcher Tätigkeit ins Gesellschaftsrecht. Ohne Überdehnung des natürlichen Anwendungsbereiches der in Frage stehenden Institute und ohne Verfälschung des eigentlichen Wesens sowohl der Verwaltungs- als der Privatrechtsordnung geht der Prozeß nicht vonstatten. Daß Fleiner im Hinblick auf die öffentliche Verwaltungstätigkeit «mit den Mitteln und in der Form des Privatrechts» davon spricht, daß «das Privatrecht der öffentlichen

Elektrizitätswerkes, Diss. Bern 1951 (zit. El.-Werk), S. 30, 35 und 37; Heusser, Flucht des Gemeinwesens, S. 49; Keller, Theo., Gewinn und Gemeinwohl als Ziele der wirtschaftlichen Tätigkeit öffentlicher Gemeinwesen, in: «Individuum und Gemeinschaft», 1949, S. 263 ff.

Verwaltung zu einer fast unübersehbaren Erweiterung ihres Machtbereiches verholten» habe¹⁸, Boehmer, prononcierter, von einer Gefahr des Abgleitens der die Staatsgewalt repräsentierenden Hoheitsträger in die Geschäftspraktiken der Privatwirtschaft¹⁹ und daß Oftinger den gleichen Vorgang als «Aushöhlung des Privatrechts» kritisiert²⁰, bestätigt das. Am meisten wird durch dieses Eindringen öffentlich-rechtlicher Vorstellungen und Begriffe und die Verwendung privater Rechtsformen für die Verwaltungstätigkeit — essayistisch ausgedrückt eine wahre Usurpation — das Privatrecht gefährdet. Nicht nur wird der private Lebensraum eingeschränkt, das Wesen des Gesellschaftsrechts und der privaten Unternehmertätigkeit selbst wird tangiert und in zunehmendem Maße von öffentlich-rechtlichen Bestandteilen beeinflusst. Es gibt Rechtsgebiete, wo das noch ausgeprägter festzustellen ist als im öffentlichen Unternehmensrecht²¹. Das Phänomen ist hier aber auffällig genug. Da die schweizerische Rechtsordnung auf freiheitlichen Grundsätzen beruht, auf der Anerkennung der Vertragsfreiheit, der Handels- und Gewerbefreiheit, der Assoziationsfreiheit, der Rechtsgleichheit und der Gewaltentrennung, ist es eine im positiven Recht begründete rechtsstaatliche Forderung, die Zuständigkeiten des hoheitlichen und des privaten Rechtsbereiches tunlichst zu sondern. Die Unterscheidung in öffentliches und privates Recht ist das vorzüglichste juristische Hilfsmittel hiezu. Die Ausklammerung der öffentlichen Unternehmung aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht und ihre Behandlung nach spezifisch unternehmensrechtlichen Kriterien ist da-

¹⁸ Institutionen, S. 124/126.

¹⁹ a. a. O., S. 203.

²⁰ Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR n. F. Bd. 57 (1938), S. 684.

²¹ Z. B. im neuen bäuerlichen Bodenrecht (BG vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes), im Uhrenstatut (BB vom 22. Juni 1951 zum Schutze der schweiz. Uhrenindustrie); für das Krisenrecht der 30er Jahre vgl. Oftinger, a. a. O.

her auch rechtsstaatlich zu vertreten. Sie wahrt den fruchtbaren und notwendigen Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht besser als ein eklektisches Verfahren²². Selbstverständlich bleibt der Gegenstand rechtlich komplex. Man kann ihn weder hier noch dort gänzlich einordnen, soll dem positiven Recht nicht Zwang angetan werden. Das liegt in der Natur der Sache. Es ist lediglich angemessener, den Gegenstand vom Unternehmensbegriffe aus zu gliedern und soweit nötig zu würdigen.

Diese theoretischen Erwägungen sind auf die materielle Behandlung des Rechts der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ohne Einfluß. Sie sind durch den Begriff des Unternehmens veranlaßt. Das Unternehmen als Anknüpfungspunkt für die Behandlung eines Rechtsgebietes zu wählen, das, wie das Recht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, in den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht gestellt ist, präjudiziert allein die Systematik. Es sind die verfassungs-, verwaltungs- und gesellschaftsrechtliche Seite des Gegenstandes zu unterscheiden und in den Vordergrund zu stellen und nicht die allgemeinen Bestimmungen, die Rechte und Pflichten der Gesellschafter und die Organisation der Unternehmung. Das Rechtsgebiet bleibt in jedem Falle in doppelter Hinsicht in die Auseinandersetzung zwischen öffentlichem und privatem Recht einbezogen: wirtschaftspolitisch, weil die Abgrenzung der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit gegenüber der privaten, rechtspolitisch: weil die Verwendung öffentlicher oder privatrechtlicher Organisationsformen in Frage steht.

6. Eine solche Betrachtungsweise führt allerdings zur

²² Ein Gesichtspunkt, der die Arbeit von Heußner, Flucht des Gemeinwesens, beherrscht. Sie tendiert mit Überlegungen, die die traditionelle und positive Ordnung oft allzu sehr negieren, auf eine völlige Unterstellung der öffentlichen Unternehmungen jeder Art unter das öffentliche Recht. Das kann einfacher durch die Verwendung wirtschaftsrechtlicher Begriffe geschehen, die Heußner indes ablehnt.

Anerkennung einer Disziplin, die man als Wirtschaftsrecht zu bezeichnen pflegt. Man kann dem Begriff zumindest didaktischen Wert nicht absprechen. Er verhilft zu einer übersichtlichen Ordnung all jener Rechtssätze, die die mannigfachen Beziehungen des Staates zur Wirtschaft und der Wirtschaft zum Staat zum Gegenstand haben. Das Polizeirecht bleibt davon als Teil des klassischen Verwaltungsrechtes ausgenommen.

Wie letztlich in diesem Betracht die Unterscheidung der verschiedenen Unternehmensarten vorzunehmen sei, ob im besonderen die öffentlichen und die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen nicht erwerbswirtschaftlich orientiert sind und sich dadurch wesentlich von den privaten Unternehmungen unterscheiden, muß auf Grund der Prüfung der konkreten Verhältnisse, vor allem auch der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Lage, beantwortet werden. Feststeht von Anfang nur, daß diese Unternehmungen verschieden von den privaten Gesellschaften durch die Beteiligung der öffentlichen Hand sind. Sie unterstehen damit nach gewisser Richtung auch dem Verwaltungsrecht.

7. Gibt es, weil ein Rechtsbegriff des Unternehmens erkennbar ist, auch ein Unternehmensrecht, und wo gehört es systematisch hin? Von einem Unternehmensrecht spricht man, wie vom Unternehmen selbst, im Hinblick auf die volkswirtschaftlichen und insofern öffentlichen Aufgaben des Unternehmens: rechtlich sind das die Beziehungen zum Staat und zu anderen Unternehmen (unter anderem Kartellrecht). Wird durch zwingende Vorschriften die Trägerschaft, die interne Organisation, die Geschäftspolitik und Entschlußfreiheit des Unternehmens beeinflußt — zum Beispiel durch Aufsichtsbefugnisse staatlicher Behörden, wie im Bankengesetz, Mitbestimmungsrechte der Belegschaft oder Bestimmungen über die Gewinnbeteiligung oder sonstige Gewinnverwendung —, dann sind das nicht gesellschafts- oder verwaltungsrechtliche, sondern wiederum unternehmensrechtliche Normen. Es handelt sich um Tatbestände, die deutlich verschieden sind von

den gesellschafts- und verwaltungsrechtlichen. Daher wird das Unternehmen dem Wirtschaftsrecht zugeordnet. Die Unternehmung ist «so wenig im Arbeitsrecht wie im Bürgerlichen, Handels- oder Steuerrecht beheimatet»²³. Sie ist Subjekt des Wirtschaftslebens. Sie ist berechtigt und verpflichtet auf Grund wirtschaftsrechtlicher Vorschriften und Maßnahmen, zum Beispiel aus dem BG über die Arbeitsbeschaffungsreserven, aus dem Uhrenstatut und allen anderen wirtschaftspolitischen Erlassen.

Der Gegensatz von wirtschafts- und gewerbepolizeilichen Maßnahmen einerseits, wirtschafts- und gewerbepolitischen andererseits ist ja geläufig. Er beherrscht das System der neuen Wirtschafts- und Sozialartikel. Alle staatlichen Vorkehren, die die Wettbewerbsverhältnisse verändern, sei es, daß die Handels- und Gewerbefreiheit aufgehoben oder eingeschränkt wird oder daß die Konkurrenzbedingungen der freien Wirtschaft, ohne Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, verändert werden, sind wirtschafts- und gewerbepolitische Maßnahmen, während das Wirtschafts- und Gewerbepolizeirecht die Ausübung der Gewerbetätigkeit betrifft und in Wahrung der Polizeigüter bis zum Verbot eines bestimmten Gewerbes gehen kann. Das Wirtschaftsrecht ordnet die öffentliche Wirtschaftstätigkeit im weitesten Sinne: es nimmt unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten, das heißt unter dem Gesichtspunkt der Wahrung öffentlicher Interessen Einfluß auf das Wirtschaftsleben. Man kann daher geradezu das Wirtschaftsrecht dem Gewerbepolizeirecht gegenüberstellen und darunter die Gesamtheit aller wirtschaftspolitischen Normen verstehen²⁴.

²³ Ballerstedt, Deutsche Juristenzeitung, 1951, S. 486; ferner Gieseke, Der Rechtsbegriff des Unternehmers und seine Folgen, in «Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht», 1950, S. 606 ff. Ähnlich Hug, Wirtschaftsrecht, S. 23.

²⁴ In diesem Sinne zutreffend Marti, HGF, S. 154. Die Definition von Hug, Wirtschaftsrecht, S. 22, Wirtschaftsrecht sei die Gesamtheit der Rechtssätze, «welche die erwerbswirtschaftlichen

Gesetzestechnisch geschieht diese Normierung weithin durch die Begründung von Rechten und Pflichten der Unternehmungen, denn Wirtschaft im Rechtssinne ist die Gesamtheit der Unternehmen und ihrer Tätigkeit²⁵.

In diesem Sinne ist das Unternehmensrecht ein Teil des Wirtschaftsrechtes mit den skizzierten Aufgaben. Zweckmäßigerweise wird auch das Recht der Organisationsformen und die durch wirtschaftspolitische Maßnahmen bedingten Veränderungen des privaten Gesellschaftsrechtes, und hier im besondern der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, darunter subsumiert²⁶.

Diese Einordnung gibt dem Begriff des Unternehmens seinen besonderen Sinn und seine Rechtfertigung. Wendet sich das Arbeitsrecht außer an die Vertragspartner auch an den Betrieb, so das Wirtschaftsrecht, außer an berufliche Organisationen, die mit der Durchführung öffentlicher und wirtschaftlicher Aufgaben betraut sind²⁷, hauptsächlich auch an das Unternehmen²⁸. Die wirtschaftlichen Förderungsmaßnahmen des Bundes und der Kantone, die Interventionen und die Ausübung von wirtschaftlichen Monopolen richten sich an oder geschehen durch Unter-

Unternehmen und ihre Tätigkeiten regeln», ist zu allgemein. Begriffswesentlich ist die Bezugnahme auf die wirtschaftspolitischen Maßnahmen im Rechtssinne.

²⁵ In Anlehnung an Hug, Wirtschaftsrecht, S. 21, der indes von einer «Gesamtheit der erwerbswirtschaftlichen Unternehmen» spricht, was zu eng ist; die öffentlichen Wirtschaftsbetriebe, die nicht ohne weiteres erwerbswirtschaftlich orientiert sind, gehören auch dazu.

²⁶ Hug, Wirtschaftsrecht, S. 23, unterscheidet ein besonderes Organisationsrecht der Wirtschaft.

²⁷ In der Arbeit von Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Diss. Bern 1951, werden die gemischtwirtschaftlichen Organisationen und die privaten Verbände mit rein wirtschaftlichen Zwecken nicht berücksichtigt, vgl. S. 13/14.

²⁸ An den Einzelnen wohl nur in seltenen Fällen, etwa im Recht des gebundenen Zahlungsverkehrs.

nehmen. So entsteht ein Unternehmensrecht und eine unternehmensrechtliche Problematik.

Diese Betrachtungsweise findet in der geltenden Rechtsordnung reale Grundlagen. Daß es Aktiengesellschaften des kantonalen Rechtes gibt, daß das OR die öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmung kennt und daß die wirtschaftspolitischen Interventionen des Bundes und der Kantone notwendigerweise auch in unternehmensrechtlicher Form geschehen müssen, beweist das.

Daß diese Methode die Bedeutung der Rechtsform der Unternehmung relativiert, wurde bereits festgestellt. Sobald mehr auf die wirtschaftliche Funktion und die wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit der öffentlichen Unternehmung abgestellt wird, ist die private oder öffentliche Rechtsform weniger wichtig. Entscheidend sind die wirtschaftsrechtlichen Zusammenhänge.

§ 2. Die Verwendung privater Rechtsformen für die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen als Rechtsproblem

1. Die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen sind innerhalb eines solchen Systems des Unternehmensrechtes in charakteristischer Weise herausgehoben. Sie sind von allem Anfang an, schon begrifflich, Gegenstand wirtschaftspolitischer Maßnahmen. Sie sind geradezu Schöpfungen solcher Maßnahmen. Beginn, Tätigkeit und Ende des öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmens sind weithin durch Gesetzgebungs- und Verwaltungsakte bestimmt.

Bei den Unternehmungen des öffentlichen Rechts ist das kein Problem. Sie sind in die öffentliche Verwaltungsordnung einbezogen. Ihre Rechtsordnung ist einheitlich, das wirtschaftsrechtliche Moment am schwächsten ausgebildet. Sie sind nach Entstehung, Organisation, Tätigkeit, Nutzungsverhältnis und Eigentumsordnung im Prin-

zip dem öffentlichen Recht unterworfen²⁹. Hier hat die alte Unterscheidung von Staat und Fiskus, Verwaltungs- und Finanzvermögen noch ihre Bedeutung.

Die Unternehmungen des Privatrechts sind komplexer. Sie sind ausgesprochen wirtschaftsrechtliche Erscheinungen. Sie sind der Rechtsform nach Vereine, Genossenschaften und Handelsgesellschaften und weisen in ihrer Gestaltung spezifische Abweichungen gegenüber dem gemeinen Privat- und Handelsrecht auf. Ihre Zulässigkeit ist nach Staatsrecht, ihre Funktion nach Verwaltungsrecht zu beurteilen. Das Recht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen enthält somit gesellschaftsrechtliche und staats- und verwaltungsrechtliche Bestandteile.

Versucht man, diese besonderen Unternehmungen zu gliedern, so sollte eigentlich die Art der wirtschaftspolitischen Intervention als Kriterium gewählt werden. Man müßte monopolistische, teilmonopolistische, wohlfahrtsstaatliche und privatkapitalistische Unternehmungen der öffentlichen Hand mit privatrechtlicher Organisation unterscheiden. Daraus wären die Verschiedenheiten abzuleiten, und auch die verfassungsrechtliche Betrachtung hätte sich daran zu orientieren. Das dornenvolle Problem der Zulässigkeit privatrechtlicher Rechtsformen für die öffentliche Wirtschaftstätigkeit und die ganze Problematik der Verwendung solcher Gebilde würden vereinfacht. Das geltende Recht und die Praxis stellen indes auf das Maß der kapital- und verwaltungsmäßigen Beteiligung der öffentlichen Hand ab. Die öffentliche Unternehmung des Privatrechts ist eine juristische Person, an der kapital- und verwaltungsmäßig ausschließlich Körperschaften des öffentlichen Rechts beteiligt sind; die gemischtwirtschaftliche Unternehmung kennt eine teilweise solche Beteiligung. So treten die möglicherweise entscheidenderen Gesichtspunkte des verschieden intensiven Grades der Fiskalität und der wohl-

²⁹ Über das Postulat der allseitigen Unterstellung dieser Unternehmen unter das öffentliche Recht vgl. Egger, a. a. O. N. 13.

fahrtsstaatlichen Bedeutung, die beide innerhalb dieser Unternehmensformen Gewicht besitzen, in den Hintergrund.

Wird die erstgenannte Art der Differenzierung gewählt, so ist entsprechend der üblichen Einteilung der wirtschaftspolitischen Maßnahmen³⁰ eine dritte Art von Unternehmen zu unterscheiden, nämlich jene Unternehmen, die Träger wirtschaftspolitischer Maßnahmen sind und ordnende wirtschaftliche Funktionen aus staatlichem Auftrag erfüllen und als privatrechtliche Unternehmen öffentliche Verwaltungstätigkeit wirtschaftlicher Art ausüben.

Diese Unternehmungen bieten in der neuen Wirtschafts-gesetzgebung besonderes Interesse. Zum Teil in Weiterentwicklung krisenrechtlicher und kriegswirtschaftlicher Organisationsformen, zum Teil veranlaßt durch Art. 32 BV, der die Heranziehung der Wirtschaftsverbände beim Vollzug der wirtschaftspolitischen Maßnahmen ermöglicht, werden Unternehmen des Privatrechts mit wirtschaftlichen Aufgaben betraut auf dem Gebiete der Import- und Zollpolitik, der Vorratshaltung, der Warenverteilung, der Fabrikations- und Absatzkontingentierung, der Preispolitik, des Subventionswesens und der allgemeinen wohlfahrtsstaatlichen Wirtschaftstätigkeit. Soweit damit eine kapital- oder verwaltungsmäßige Beteiligung des Staates verbunden ist, fallen diese Unternehmungen ohne weiteres unter das öffentliche Unternehmensrecht. Soweit das nicht der Fall ist, sind sie, weil Wirtschaftspolitik in Unternehmensform vor sich geht, dazuzurechnen. Die unternehmensrechtliche Problematik, vor allem die verfassungsrechtliche, ist die gleiche wie bei den übrigen Unternehmen. Es stellt sich auch hier die Frage, ob und wie weit die Verwendung privatrechtlicher Rechtsformen zulässig sei und unter welche juristische Kategorie die Tätigkeit solcher Unternehmen falle. Andererseits lassen Verschiedenheiten, die gegenüber den andern öffentlichen Unternehmen festzustellen sind, Schlüsse allgemeiner Art zu.

³⁰ Vgl. Marti, HGF, S. 154.

Da der bloße Empfang und die bestimmungsgemäße Verwendung von Subventionen und anderen wohlfahrtsstaatlichen Zuwendungen des Staates im vorliegenden Zusammenhang kein Problem ist, sind zu dieser Gruppe nur die mit interventionistischen Maßnahmen betrauten Unternehmungen zu rechnen. Sie können interventionistische Unternehmen genannt werden. Diese auszeichnende Besonderheit kann sich in Ausnahmefällen bis zur strukturellen Veränderung der ursprünglich privatrechtlichen Organisation auswirken.

Man gelangt damit zu drei verschiedenen Arten von öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation: monopolistischen, wohlfahrtsstaatlichen und interventionistischen.

2. Der Einbezug der letztgenannten Organisationen verlangt nicht notwendigerweise einen neuen Begriff der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmung. Zwar tragen diese Unternehmen eindeutig nicht erwerbswirtschaftlichen Charakter; da aber die Erwerbswirtschaftlichkeit ohnehin nicht als entscheidendes Kriterium gelten kann, ist ihre Berücksichtigung im vorliegenden Zusammenhang jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Eine Auseinandersetzung mit den in der Literatur vertretenen Definitionen der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmung kann hier unterbleiben³¹. Es ist darauf, soweit sie für das schweizerische Recht von Bedeutung ist, im verwaltungs- und privatrechtlichen Teil zurückzukommen. Alle neueren Begriffsumschreibungen betonen die öffentlichen Zwecke solcher Unternehmen. Eine ausschließlich auf Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit wird, als mit Art. 31 BV unvereinbar³², abgelehnt.

³¹ Die in der neueren Literatur vertretenen Auffassungen zum Begriff der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung sind sehr ausführlich dargestellt bei Jüngling, Unternehmungen El. Wirtschaft, S. 37 ff.; Jüngling unterscheidet 10 Typen gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen.

³² Heußler, Flucht des Gemeinwesens, S. 48; weitere Hinweise bei Jüngling, a. a. O.

Eine öffentliche Unternehmung des Privatrechts ist getragen von Körperschaften des öffentlichen Rechts und verfolgt in privater Organisationsform und Wirtschaftsweise öffentliche wirtschaftliche Zwecke. Bei der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung sind am verantwortlichen Kapital und an der Verwaltung Personen des öffentlichen und privaten Rechts beteiligt; «kennzeichnend ist ihre dem Privatrecht entnommene Organisationsform und Wirtschaftsweise, in der neben der vorzugsweisen Wahrung von allgemeinen und öffentlichen Interessen insoweit auch privatwirtschaftliche Elemente Berücksichtigung finden, als dies für eine angemessene Verzinsung des Grundkapitals notwendig ist»³³. Ob im besonderen für die gemischtwirtschaftliche Unternehmung die Beteiligung der Verwaltung als konstitutives Merkmal zu gelten habe, ist ebenfalls positiv-rechtlich zu beantworten. Da die privatrechtliche Gesellschaft, deren Kapital sich gänzlich in privaten Händen befindet, die aber nach Art. 762 Abs. 1 OR dem öffentlichen Gemeinwesen statutarisch das Recht einräumt, Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden, als gemischtwirtschaftliches Unternehmen *sui generis* zu gelten hat³⁴, Art. 762 Abs. 2 und die Mehrzahl der Autoren andererseits auf die kapital- und verwaltungsmäßige Beteiligung abstellen³⁵, ist die Frage in der Theorie zu bejahen.

Eine Abgrenzung der öffentlichen von der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung wird zumeist nach der Richtung gesucht, daß bei letzteren das Moment der Wahrung der öffentlichen Interessen abgeschwächt erscheint.

3. Ein Wort ist auf die Frage der Autonomie der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmung

³³ Letzteres die vorzügliche Formulierung von Erb, Rechtsstellung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Bankunternehmungen in der Schweiz, Diss. Zürich 1938, S. 13/15 (zit. GWU Banken).

³⁴ Jüngling, Unternehmungen El. Wirtschaft, S. 51; Heuber, Flucht des Gemeinwesens, S. 21, N. 2.

³⁵ Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 384; weitere Nachweise bei Jüngling, Unternehmungen El. Wirtschaft, S. 37 und 49.

zu verwenden. Wenn auch der Unternehmung als solcher keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, so muß sie doch, gleichgültig, wie sie rechtlich ausgestaltet sei, über eine gewisse Selbständigkeit verfügen. Wäre sie nur ausführendes Organ einer übergeordneten Verwaltungsstelle, dann wäre sie keine Unternehmung. Wirtschaftsrechtlich kann sie in mannigfachen Formen einer staatlichen Aufsicht unterstehen. Die in den Art. 762 und 926 OR der Beschränkung der Autonomie gesteckten Grenzen gelten nur für die privatrechtlichen öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, nicht für die spezialgesetzlichen und nicht für die öffentlich-rechtlichen. In diesem Sinne hat die bundesgerichtliche Praxis erkannt, daß ein in den Statuten verankertes staatliches Aufsichtsrecht über eine private Unternehmung nicht zulässig sei oder auch nur die statutarische Vorschrift, wonach Statutenänderungen lediglich mit Zustimmung eines beteiligten Gemeinwesens oder einer Behörde gültig seien; eine die Autonomie der gemischtwirtschaftlichen Genossenschaft (und Aktiengesellschaft) über Art. 926 OR (und 762 OR) hinaus beschränkende rechtsgeschäftliche Ordnung ist privatrechtlich nicht möglich, die Spezialgesetzgebung vorbehalten³⁶. Sonst kommt einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft die privatrechtliche Eigenschaft nicht mehr zu.

Diese Praxis schränkt den Anwendungsbereich privater Organisationsformen im Wirtschaftsrecht empfindlich ein. Neben der Frage des zulässigen Grades erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit bildet, mit ihr zusammenhangend, die Sicherung des mehr oder weniger ausgeprägten gemeinnützigen Zweckes und die Wahrung der Verbandsautonomie das weitere große Thema des Rechtes der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen. Genügt der Rahmen der genannten Vorschriften nicht und liegt keine Ermächtigung zu einem spezialgesetzlichen Erlaß vor (Bundeskompetenz oder Art. 763 OR), dann bleibt nur der

³⁶ BGE 67 (1941) I 262, besonders 266, und dortige Hinweise.

Weg ins öffentliche Recht offen. Bereits hat diese Rechtslage zur Umwandlung bedeutungsvoller interventionistischer Unternehmungen, die als private Genossenschaften organisiert waren, in öffentliche Genossenschaften geführt³⁷. Sie ist bei der öffentlichen Aktiengesellschaft die gleiche, wenn die Einflußmöglichkeiten hier auch wegen der Abhängigkeit der Stimmkraft vom Aktienbesitz (Art. 692 OR) ungleich größer sind, wozu der Umstand kommt, daß Art. 762 Abs. 1 nicht verwehrt, daß dem Gemeinwesen, das keine Kapitalbeteiligung besitzt, statutarisch sogar die Mehrheit im Verwaltungsrat und in der Kontrollstelle eingeräumt wird. Bei der Genossenschaft ist das ausgeschlossen, da die Mehrheit der Verwaltung aus Genossenschaftlern bestehen muß (Art. 894).

Das Erfordernis der Autonomie und die gesetzlich limitierten Beschränkungsmöglichkeiten könnten leicht zu einer «Flucht» des Gemeinwesens aus privatrechtlichen Organisationsformen ins öffentliche Recht führen³⁸. Wirtschaftsrechtlich macht das keinen großen Unterschied aus. Die wirtschaftliche Funktion des Unternehmens und sein öffentlicher Zweck bleiben erhalten. So bestätigen die zivilrechtliche Ordnung und Praxis die bloß relative Bedeutung der Organisationsformen; diese sind durchaus vertauschbar geworden. Auch die heilsamen Schranken, die OR und Praxis gegen eine unzweckmäßige, dem Privatrecht wesensfremde Verwendung der Aktiengesellschaft und Genossenschaft für öffentliche Unternehmenszwecke aufgerichtet haben, schließen es nicht aus, daß Wirtschafts-

³⁷ Z.B. Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF), vgl. Botschaft des Bundesrates vom 5. August 1952 (BBl 1952 II 621, besonders 627), Schweizer Mustermesse in Basel, vgl. Ratsschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 17. April 1947 betr. Organisation der Genossenschaft Schweizer Mustermesse in Basel, S. 4/5.

³⁸ So sieht ein Entwurf der Eidg. Justizabteilung vom 20. März 1953 zu einem BG über die Unterstützung der Bauernhilfsorganisationen ein Aufsichtsrecht vor, das allen diesen Organisationen nach gewisser Richtung öffentlichen Charakter verleihen würde.

verwaltung in den Formen des Privatrechts erfolgt. Das Ausmaß der Autonomie ist lediglich ein Gradmesser am Pegelstand des Wirtschaftsrechts: je mehr Autonomie, um so mehr Privatrecht, je weniger, um so mehr öffentliches Recht. Das wird es bei der Betrachtung der konkreten Verhältnisse, soll sie eine gewisse Geschlossenheit erhalten, unvermeidlich machen, auch öffentlich-rechtliche Gebilde einzubeziehen. Das öffentliche Unternehmensrecht greift nach beiden Seiten aus.

4. In der Doktrin nimmt die Erörterung der Gründe, aus denen die öffentliche Hand ihre wirtschaftliche Tätigkeit in privatrechtlicher Form ausübt, einen großen Raum ein. Sie lassen sich zum Teil aus den Gesetzesmaterialien und positiven Bestimmungen feststellen. Die Untersuchung der einzelnen Fälle³⁹ zeigt die vielfältigsten Beweggründe. Übereinstimmend werden Zweckmäßigkeitserwägungen geltend gemacht: bestimmte öffentliche Zwecke lassen sich in dieser Form besser, das heißt ökonomischer verwirklichen, als wenn die Verwaltung hoheitlich auftreten würde. Das gilt auch für die interventionistischen Unternehmen. Wenn dabei immer wieder die «Entpolitisierung» genannt wird, so trifft das wohl mehr für die deutschen als für die schweizerischen Verhältnisse zu. Im Verkehrswesen nahm die Entwicklung ja einen gegenteiligen Verlauf: von der Privatbahn zur Staatsbahn. Im Verhältnis «Staat und Wirtschaft» ging die Auseinandersetzung überall um die Frage der Verstaatlichung. War sie entschieden, dann kam der organisatorischen Form untergeordnete Bedeutung zu. Auch im Elektrizitätswesen entstanden die öffentlichen Unternehmungen zumeist aus der Übernahme bestehender privater Betriebe, wobei die ursprüngliche Rechtsform beibehalten wurde, während sich im Bahnwesen die privatrechtlichen Vorstellungen wenigstens bei der Nutzungsver-

³⁹ Für einzelne größere Unternehmungen der Elektrizitätserzeugung ist das einläßlich geschehen bei Jüngling, a. a. O., S. 94—298; vgl. ferner Beispiele bei Arbenz, GWU, und Gerber, Öffentliche Unternehmung.

mittlung erhielten. Soweit sich die Organisationen über mehrere Kantone erstreckten, stand praktisch überhaupt keine andere Rechtsform zur Verfügung. Die Aktiengesellschaft ist die gegebene Rechtsform für ein gemeinsames wirtschaftliches Unternehmen mehrerer Gemeinwesen, vor allem bei ungleichen und interkantonalen Beteiligungen. In solchen Fällen führten dann auch reine Wirtschaftlichkeitsgesetze zu öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen. Besonders im Elektrizitätswesen, wo Laufkraftwerke mit Hochdruckspeicherwerken gekoppelt werden, rief sowohl der Kapitalbedarf als auch die Ausdehnung über das Gebiet mehrerer Kantone der gemischtwirtschaftlichen Unternehmungsform⁴⁰. Die Gemeindebetriebe dagegen sind auch heute nur selten verselbständigt und privatrechtlich organisiert. Selbst bei den Banken sind mehr betriebswirtschaftliche, kreditpolitische und haftungsrechtliche Überlegungen für die private Organisation kausal gewesen. Die «Entpolitisierung» war in der Schweiz nicht von erster Bedeutung. Die Abordnung in die Verwaltungsräte unterliegt ja auch bei der öffentlichen Aktiengesellschaft in jeder Hinsicht politischen Einflüssen. Die Geschäftstätigkeit allein kann kein Grund zur Wahl einer privatwirtschaftlichen Rechtsform sein, da auch die öffentliche Anstalt ihre Leistungen privatrechtlich vermitteln kann. Im ganzen ist die Wahl solcher Organisationsformen historisch und zweckmäßig begründet, nicht politisch. Es läßt sich auch keine Vorliebe dafür feststellen.

Welche Gesellschaftsform innerhalb der privatrechtlichen Möglichkeiten bevorzugt wird, ist wiederum eine Zweckmäßigkeitsfrage. Gesellschaftsformen, die eine unbeschränkte Haftung aller oder einzelner Gesellschafter vorsehen, fallen außer Betracht. Von den verbleibenden Möglichkeiten ist für die wohlfahrtsstaatliche öffentliche

⁴⁰ Vgl. Binder, Aarg. El.-Werk, S. 37; Jüngling, GWU El. Wirtschaft, S. 54 ff.; eine volkswirtschaftliche Würdigung der hauptsächlichsten Gründe bei Gerber, Öffentliche Unternehmung, S. 28 ff.

Unternehmung die Aktiengesellschaft — als Aktiengesellschaft ohne Erwerbsstreben — am beliebtesten. Für die interventionistischen Unternehmen erweisen sich Vereine und Genossenschaften als zweckmäßig. Einzelheiten hat die Kasuistik aufzuzeigen.

2. Kapitel

Das Verfassungsrecht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen

§ 3. Verfassungsrechtliche Probleme des öffentlichen Unternehmensrechtes

1. Die neuen Wirtschaftsartikel haben die traditionelle Grenzziehung zwischen Staat und Wirtschaft nicht verändert. «Noch immer ist grundlegend für den heutigen Stand der Dinge, daß die Freiheit des Wirtschaftens der Grundsatz ist und die staatliche Intervention die Ausnahme, juristisch gesehen.»⁴¹ Mag dieser Sachverhalt durch die in ihrer Tragweite oft schwer abzugrenzenden Formulierungen der Art. 31 und 31bis Abs. 3 BV verdunkelt werden, die verfassungsmäßige Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit im schweizerischen Recht ist in den europäischen Staatsordnungen in ihrer Absolutheit nach wie vor singulär.

Es war die Aufgabe der Revision von 1947, die wirtschaftspolitischen Befugnisse des Bundes neu zu umschreiben. Das ist durch eine Erweiterung der Gesetzgebungskompetenzen geschehen. Ein Ausbau der eigenen Wirtschaftsbefugnisse des Bundes war damit nicht verbunden. Sein Bestand an Monopolen blieb unverändert. Auch die Kantone behielten ihren Besitzstand bei; die kantonalen Regalrechte sind vorbehalten. Wenn diese Umschreibung

⁴¹ Nef, HGF, S. 195.

auch Unklarheiten schafft⁴², so ist die überragende Bedeutung des Art. 31 doch nicht in Frage gestellt.

Die Erscheinung, daß öffentliche Wirtschaftsverwaltung auch mit den Mitteln und in den Formen des Privatrechts geführt wird, hat im Wortlaut der Wirtschaftsartikel keine Erwähnung gefunden. Weder ist eine weitere Entfaltung ausdrücklich erleichtert noch erschwert worden. Ob ein Fortschreiten des staatlichen Einflusses in der Wirtschaft stattfinden werde oder nicht, entscheidet sich im größeren Zusammenhang der allgemeinen Anwendung der Wirtschaftsartikel.

Dazu gehören nicht nur die das Wettbewerbsprinzip allenfalls beschränkenden Ausführungsgesetze — hauptsächlich zum Art. 31bis Abs. 3 —, sondern auch die Vorschriften, die eine aktive Wirtschafts- und Sozialpolitik des Staates ermöglichen: die Art. 31bis Abs. 1, 31quinquies und 31ter. Das Revisionswerk von 1947 enthält prinzipielle, interventionistische und wohlfahrtsstaatliche Bestandteile. Ihre Durchführung im gesamten wird erst den Grenzverlauf zwischen Privatwirtschaft und Staatswirtschaft erkennen lassen. Dabei sind die gewichtigen Beiträge des kantonalen Rechtes nicht zu übersehen.

Das ist indes nur die eine Seite des Problems. Es ist eine weitere, ebenfalls verfassungsrechtliche Frage, welcher Formen sich diese Wirtschaftsgesetzgebung und die aktive Wirtschaftspolitik des Staates zu bedienen habe. Die Wirtschaftsartikel und die auf die Förderung der kantonalen Volkswirtschaft bezüglichen Vorschriften enthalten Zielsetzungen: Mehrung der Wohlfahrt des Volkes, wirtschaftliche Sicherung der Bürger, Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe, Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe, Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft, Schutz wirtschaft-

⁴² Giacometti/Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 302; Marti, HGF, S. 227; Schürmann, Wirtschaftsartikel, S. 7.

lich bedrohter Landesteile, vorsorgliche Maßnahmen für Kriegszeiten, Verhütung von Wirtschaftskrisen, Förderung der Bestrebungen zur Einführung neuer Verdienstquellen⁴³, Förderung des volkswirtschaftlichen Fortschritts des Landes⁴⁴, Hebung des Kreditwesens⁴⁵ usw. Sie enthalten aber kein Programm, in dem Sinne, daß in der Verfassung zum Ausdruck gebracht würde, wie das Ziel zu erreichen sei. Nur ausnahmsweise werden die Einführung der obligatorischen Versicherung oder der Bedürfnisklausel (Art. 35 BV) oder die Errichtung einer Kantonalbank als Mittel der staatlichen Wirtschaftspolitik direkt genannt. Die Gesetzesmaterialien geben zum Teil weitere Aufschlüsse. So ist bei den Wirtschaftsartikeln die Einführung des Fähigkeitsausweises als vorzügliche gewerbepolitische Maßnahme zur Verwirklichung des Art. 31bis Abs. 3 lit. a mehrfach genannt worden, und die Redaktion der Vorschrift nahm darauf Rücksicht. Im übrigen verfügte man über die Erfahrungen des Krisenrechts und kannte das dort verwendete Instrumentarium⁴⁶. Der Inhalt der Wirtschaftsartikel selbst läßt aber im Rahmen der prinzipiellen Ordnung alle Möglichkeiten offen⁴⁷. Selbst bei den Monopolen ist die Art der Nutzung — durch Staatsunternehmen oder durch Konzession — in der Regel nicht in der Verfassung entschieden.

Inzwischen hat die Praxis, besonders das Uhrenstatut und das Landwirtschaftsgesetz, auch die Vorlage über die

⁴³ Verfassung Kt. Uri, Art. 44 lit. f., ähnlich Nidwalden, Art. 33.

⁴⁴ Verfassung Kt. Obwalden, Art. 10, und zahlreiche andere Kantonsverfassungen.

⁴⁵ Verfassung Kt. Solothurn, Art. 74.

⁴⁶ Vgl. Schürmann, Wirtschaftsartikel, S. 12 und 22/23; selbstverständlich sind je nach dem Gegenstand gewisse Mittel zum vornherein ausgeschlossen oder fallen allein in Betracht; vgl. Marti, HGF, S. 160 N. 11, betr. Art. 32 quater BV, wo nur die Einführung der Bedürfnisklausel offensteht.

⁴⁷ Schürmann, a. a. O., S. 27 N. 20. Eine sehr berechtigte Kritik an dieser Art der Legiferierung übt Huber, Das Staatsrecht des Interventionismus, ZSR n. F. Bd. 70 (1951), bes. S. 186.

Zuckerwirtschaft und weitere Entwürfe zu Ausführungsgesetzen⁴⁸ gezeigt, welche Formen in Betracht fallen. Außer Subventionen, Produktionsbeschränkungen, Einfuhrregulierungen, Preisvorschriften, Fähigkeitsausweis und Bedürfnisklausel sind auch unternehmerische Maßnahmen ins Auge gefaßt oder stehen bereits in Gebrauch. Teils wurden gemischtwirtschaftliche, teils interventionistische Unternehmen beibehalten oder neu geschaffen, zumeist in Anlehnung an Institutionen des Krisenrechts. Und zwar vorwiegend auch Unternehmen mit privatrechtlicher Organisation (ASUAG, Swissair AG., Käseunion AG., GGF, beabsichtigte zweite Zuckerfabrik usw.). Dazu kommen die in früheren Jahren gegründeten Bundes- und die kantonalen Unternehmen.

2. Ist es möglich, verfassungsrechtliche Grundsätze über die zulässigen wohlfahrtsfördernden und interventionistischen Maßnahmen aufzustellen, im besonderen auch über die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen? Die durch Art. 31 BV bedingte prinzipielle Subsidiarität aller staatlichen Wirtschaftstätigkeit und Wirtschaftsförderung⁴⁹, der Art. 4 BV, die in Art. 32 enthaltenen Grundsätze über die Durchführung und gewisse Analogien zum Gewerbepolizeirecht lassen solche Schlüsse zu⁵⁰. Es gibt eine Stufenordnung nach der Schwere des Eingriffes, beginnend mit der Subvention und endigend mit dem staatlichen Monopol. Die Maßnahme muß dem verfassungsmäßigen Zweck konform sein.

Schließt dieses Prinzip der Subsidiarität und Konformität einen Vorrang privatrechtlicher Organisationsformen in sich? Ist die unternehmerische Tätigkeit an sich

⁴⁸ Siehe S. 145a ff. hienach.

⁴⁹ Sie gilt m. E. nach dem ganzen System der Wirtschaftsartikel auch für die aktive staatliche Wirtschaftspolitik, weil diese unter keinen Umständen die Wettbewerbsfreiheit ersetzt, auch wenn das staatliche Tätigwerden zwingend vorgeschrieben ist.

⁵⁰ Grundsätze über die wirtschaftspolitischen Eingriffe sind entwickelt bei Marti, HGF, S. 158 ff.

im Hinblick auf das konkrete wirtschaftspolitische Ziel angemessen, dann ist es eine reine Zweckmäßigkeitsfrage, ob die privat- oder die öffentlich-rechtliche Organisationsform adäquater sei. Der Entscheid hängt wesentlich vom nötigen Maß der mitgliedschaftlichen Tätigkeit des Gemeinwesens und der staatlichen Aufsicht ab. Aber auch wenn diese Frage ohne Bedeutung ist, das heißt der Rahmen der obligationenrechtlichen Spezialbestimmungen ausreicht, läßt sich aus Art. 31 BV ein Zwang weder zur Wahl einer privatrechtlichen Unternehmensform als des graduell möglicherweise weniger gewichtigen Eingriffes ableiten, noch mit der Begründung, daß öffentliche Aufgaben gelöst werden sollen, ein Zwang zur Wahl der Anstaltsform. Im einen Fall kann die private, im andern die öffentliche Unternehmung dem interventionistischen oder wohlfahrtsstaatlichen Zweck besser dienen. Die Kasuistik zeigt das. Entscheidend ist, daß es stets der seinem Zwecke dienende Staat ist, der in einer dieser Formen verwaltend auftritt⁵¹. Das erklärt die Unvermeidlichkeit der Spezialgesetzgebung auf diesem Gebiete. An einen allgemeinen Teil des öffentlichen Unternehmensrechtes ist vorläufig nicht zu denken.

Man kann danach nicht mehr aussagen, als daß die Verwendung privater Unternehmensformen für die öffentliche Wirtschaftstätigkeit nicht unzulässig sei. Ist nur die Tätigkeit als solche nach Voraussetzung und Durchführung verfassungsrechtlich gestattet und das Mittel konform, dann ist es auch die allenfalls gewählte private Rechtsform. Das gilt gleicherweise für den Gesetzgeber, der eine Verfassungsvorschrift ausführt, wie für die Verwaltung, die im Rahmen ihrer Aufgaben Unternehmungen gründet oder das Gemeinwesen an bestehenden Unternehmungen beteiligt.

Dieses Ergebnis ist nicht unanfechtbar und bedarf der Präzisierung.

a) Man kann mit guten Gründen das öffentliche Unternehmen, das in Privatrechtsform auftritt, als einen Wider-

⁵¹ Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 374.

spruch in sich kritisieren⁵². Es ist nicht wünschbar, daß eine solche Vermengung der Rechtsformen stattfindet, weil jedem Teil der Rechtsordnung die ihm gemäße Funktion zukommt und das Wesen sowohl des öffentlichen als des privaten Rechts durch die Vertauschbarkeit, von der die Rede war, verfälscht wird. Dieser Einwand ist richtig und von allergrößter Bedeutung, aber weder im positiven Verfassungsrecht noch im OR begründet. Er ist auch nicht so gemeint.

b) Wohl dagegen muß die willkürliche Verwendung privater Rechtsformen als unzulässig gelten. Es müssen sachliche Gründe vorliegen, die die Wahl rechtfertigen. Sie können rechtlicher oder politischer Art sein. Es ist möglich, daß sich gewisse Aufgaben, wie die interkantonale Ausnutzung der Wasserkräfte, zweckmäßig nur in der Form der Aktiengesellschaft verwirklichen lassen. Sofern keine zwingenden Verfassungsvorschriften entgegenstehen, kann nichts eingewendet werden. Ja, es kann die Bevorzugung der privaten Organisation durch berechtigte staatspolitische Zwecke bedingt sein, wie zum Beispiel im internationalen Flugverkehr oder bei der Handhabung nicht zollrechtlicher Abgaben oder bei der Ausübung des Notenmonopols⁵³. Die Praxis kennt auch Fälle, wo die Verstaatlichung, die verfassungsrechtlich an sich zulässig gewesen wäre, mit Hilfe gemischtwirtschaftlicher Organisationen vermieden werden konnte. Das ist angesichts des Art. 31 BV weder von einem planwirtschaftlichen noch von einem privatwirtschaftlichen Standpunkt aus willkürlich.

c) Die kategorische Forderung, der Staat habe seine Unternehmen anstattlich zu betreiben⁵⁴, läßt sich aus Art.

⁵² Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe, ZSR n.F. Bd. 57, S. 687.

⁵³ Vgl. S. 116a, 123a und 158a hienach.

⁵⁴ So Hagmann, Unternehmungen, S. 32 N. 21; ähnlich Heußer, Flucht des Gemeinwesens, S. 50. Sicherlich kommt dem Art. 31 BV auch für die nichtmonopolisierte wirtschaftliche Betätigung des Staates Bedeutung zu, jedoch nur im Rahmen der

31 BV nicht ableiten. Eine so radikale Beschränkung der zulässigen Mittel der Intervention auf dem Interpretationswege stünde mit dem Wortlaut, den Materialien und der historisch entwickelten Rechtsordnung in unlösbarem Widerspruch. Auch wäre dann die privatrechtlich erfolgende Nutzungsvermittlung einer öffentlichen Anstalt anfechtbar, und es müßten zumindest die monopolistisch-fiskalischen Unternehmen von einem solchen Verbot ausgenommen werden, da die Steigerung der Fiskalerträge mit Hilfe privatrechtlicher Prinzipien durchaus in der Zweckbestimmung des Unternehmens liegen kann.

d) Die privatrechtliche Rechtsform zieht rechtliche Konsequenzen nach sich. Das Personalrecht solcher Unternehmungen ist notwendigerweise nach Dienstvertrag und allgemeinem Arbeitsrecht auszugestalten; das Beamtenrecht entfällt. Ferner finden die kameralistischen Grundsätze der öffentlichen Rechnungsführung keine Anwendung, und die ganze Finanzgebarung ist nach kaufmännischen Prinzipien durchzuführen. Da in der Regel das Vermögen der Unternehmung nicht als zweckgebunden im Sinne des öffentlichen Sachenrechts anzusprechen ist, kann es zur Kreditschöpfung eingesetzt werden⁵⁵. Das ist bei der Bestimmung der Rechtsform vom Gesetzgeber und der Verwaltung mit zu berücksichtigen.

e) Kann eine Schranke aus den Eigentümlichkeiten des Privatrechts abgeleitet werden, in dem Sinne, daß die ihm eigenen Tendenzen der Verwirklichung öffentlicher Zwecke notwendigerweise entgegenstehen? Das ist eine Frage der tatsächlichen Betriebsführung und ist als solche unter dem Gesichtspunkt des Art. 31 relevant. Ausgenommen die Fiskalmonopole, ist es verfassungsrechtlich ausgeschlossen, daß die öffentliche Wirtschaftstätigkeit schlechthin erwerbswirtschaftlich ausgeübt werde und in Konkurrenz zur Privatwirtschaft trete. Auch dort, wo der Staat als Mono-

hier skizzierten Grundsätze. Sonst wären die Art. 762 und 926 OR verfassungswidrig.

⁵⁵ Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 381.

polist «Unternehmer» wird, ist er doch stets ein Unternehmer in Anführungszeichen. Der Staat — ob Bund, Kantone oder Gemeinden — ist unter keinem Rechtstitel zur reinen privatwirtschaftlichen Tätigkeit legitimiert. Er übt auch als «Unternehmer» stets und primär hoheitliche Verwaltung aus. Einen dem öffentlichen Unternehmen des Privatrechtes eigentümlichen Dualismus der Unternehmungszwecke — einen gemeinnützigen und einen ertragswirtschaftlichen — gibt es nicht⁵⁶.

Der öffentliche Charakter aller staatlichen Wirtschaftstätigkeit ist unantastbar. Jedes öffentliche Unternehmen leitet seinen Rechtsgrund aus höheren Zwecken her. Selbst die Fiskalregale sind zu allererst nach wohlfahrtsstaatlichen Gesichtspunkten zu verwalten. Das ist ebenso sehr durch die Rechtsnatur der öffentlichen Verwaltung als die Handels- und Gewerbefreiheit bedingt. Eine den Privaten schlechthin konkurrierende wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand ist rechtlich unmöglich. Daß die fehlen-

⁵⁶ Die zahlreichen gegenteiligen Äußerungen in der Literatur (vgl. z.B. Gerber, Öffentlichen Unternehmung, S. 14 ff.; Hug, Unternehmungen, S. 133) registrieren mehr die äußeren Tatsachen, als daß sie den angeblichen Dualismus als begriffswesentlich erachten; sie stellen in der Regel auch nicht verfassungsrechtliche Fragen in den Vordergrund. Die Auffassung von Jüngling, GWU El. Wirtschaft, S. 15 (in Anlehnung an Wagners [1893] sog. Gesetz der wachsenden Ausdehnung der öffentlichen und der Staats-tätigkeit überhaupt bei fortschreitenden Kulturvölkern), wonach der Staat alle jene Tätigkeiten übernehmen soll, die der private Unternehmer nicht, weniger gut oder kostspieliger oder schließlich nur mit bedenklichen sozialen und politischen Folgen ausüben kann, oder daß die öffentliche Wirtschaftstätigkeit überall dort nicht zulässig sei, «wo die Privatwirtschaft ihre Güter und Dienstleistungen ohne Verletzung des öffentlichen Interesses hervorbringt und anbietet», ist ein rein nationalökonomisches Rasonnement, das im schweizerischen öffentlichen Recht keinen Halt findet. Es darf bei der Bezugnahme auf die deutsche Literatur nicht übersehen werden, daß Art. 156 der Weimarer Verfassung ausdrücklich die Vergesellschaftung der privaten wirtschaftlichen Unternehmen vorsah.

den Steuerprivilegien der privatrechtlichen öffentlichen Unternehmung keinen gegenteiligen Schluß zulassen, ist im Verwaltungsrecht zu zeigen. Der effektive Beitrag dieser Unternehmungen zum öffentlichen Finanzbedarf ist übrigens bescheidener, als man gemeinhin annimmt⁵⁷.

In diesem Sinne gibt es verfassungsmäßige und dogmatische Schranken der öffentlichen Unternehmertätigkeit. Sie lassen sich aber nicht aus einer angeblichen Unvereinbarkeit dieser Rechtsformen mit Art. 31 BV folgern, sondern aus dem Wesen und den Grenzen aller staatlichen Wirtschaftstätigkeit und jeder Art des wirtschaftlichen Interventionismus in einer auf der Handels- und Gewerbe-freiheit beruhenden Wirtschaftsordnung. Es gibt lediglich eine besondere Problematik der in privatrechtlichem Gewande ausgeübten Wirtschaftsverwaltung. Sie ist positiv darin begründet, daß die Entwicklung zum Wohlfahrtsstaat nicht zur Aufgabe des Freiheitsrechtes geführt hat.

3. Es ist eine Frage des Verfassungs-, noch mehr aber des Verwaltungsrechtes, institutionelle Garantien zur Sicherung des öffentlichen Zweckes der sogenannten Betriebsverwaltung aufzustellen. Im kantonalen Bereich steht die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte zur Verfügung. Der bundesgerichtlichen Praxis, besonders auch zur Frage der Zulässigkeit kommunaler Monopolbetriebe, kommt eine auch wirtschaftspolitisch bedeutungsvolle Rolle zu. Sodann hat die öffentliche Aufsicht, im besonderen auch die parlamentarische Kontrolle, zum Rechten zu sehen. Die hier bestehenden Möglichkeiten sind im Verwaltungsrecht zu prüfen. Darüber hinaus ist es aber Sache des Gesetzgebers und der

⁵⁷ Siehe S. 194a hienach. Ein kleiner Hinweis auf den nicht erwerbswirtschaftlichen Charakter dieser Unternehmungen mag auch darin liegen, daß die sonst nicht gestattete Tätigkeit von Mitgliedern der kantonalen Exekutiven in Verwaltungsräten von Unternehmungen zulässig ist, sofern das Unternehmen staatlichen Interessen dient (vgl. ein Gutachten Huber an den Staatsrat des Kt. Wallis, zit. in SHZ vom 4. Juni 1953).

Verwaltung, das im konkreten Falle notwendige Maß der Aufsicht und Kontrolle von Anfang an zu bedenken⁵⁸. Die Wahl der privatwirtschaftlichen Rechtsform zum offenbaren Zwecke, eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit der Verwaltung der parlamentarischen Kontrolle zu entziehen, die Investition öffentlicher Gelder in eine private Unternehmung ohne genügende Mitsprachemöglichkeiten oder die von den Aufsichtsorganen unbeanstandete fiskalische Geschäftspolitik einer Betriebsverwaltung kann eine Verfassungsverletzung involvieren.

Überhaupt stellt sich gesetzgeberisch die Frage, ob nicht generelle Grundsätze über die Wahrung des Mitspracherechtes in solchen Unternehmungen aufzustellen seien. Sie sind zum Teil in der eidgenössischen Wasserrechtsgesetzgebung und in kantonalen Gesetzen enthalten⁵⁹. Der Gesetzgeber hat es in der Hand, die lange Zeit recht zufällige Entwicklung in bestimmte Bahnen zu lenken.

Während Fleiner 1928 feststellt, daß die neuere Gesetzgebung des deutschen Zentralstaates und der Länder die Entwicklung der öffentlichen Anstalt in Privatrechtsform begünstigt habe⁶⁰, sieht Forsthoff⁶¹ eine gewisse rückläufige Bewegung: die neuere Gesetzgebung sei der öffentlichen Unternehmung nicht mehr so günstig wie die nach dem ersten Weltkrieg und zeige sich geneigt, ihr Schranken zu setzen und einen prinzipiellen Vorrang der privaten Wirtschaft anzuerkennen. Die deutsche Entwicklung läßt die Tendenz erkennen, die Verselbständigung der wirtschaftlichen Unternehmen des Gemeinwesens einzuschränken. So macht § 75 der deutschen Gemeindeord-

⁵⁸ Vgl. in diesem Sinne z. B. Botschaft des Regierungsrates des Kt. St. Gallen vom 17. April 1928 betr. die Sicherung des der Verfassung entsprechenden Einflusses des Großen Rats auf die Geschäftsordnung der vom Kanton oder mit kantonaler Beteiligung betriebenen Unternehmungen.

⁵⁹ Z. B. über die Beteiligung an Nebenbahnen, an Baugenossenschaften, siehe S. 116a und 137a ff. hienach.

⁶⁰ Verwaltungsrecht, S. 126 mit detaillierten Nachweisen (N. 12).

⁶¹ Verwaltungsrecht, S. 381/82.

nung⁶² die Umwandlung eines Eigenbetriebes in ein rechtlich selbständiges Unternehmen von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig. Nach §§ 67 und 69 muß sowohl die Gründung einer öffentlichen Unternehmung, wie die Beteiligung einer Gemeinde an einer wirtschaftlichen Unternehmung, durch einen wirtschaftlichen Zweck gerechtfertigt sein; die Unternehmung muß nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen, und der Zweck darf nicht besser und wirtschaftlicher durch einen andern erfüllt werden. In Deutschland sind denn auch die steuerlichen Privilegien der öffentlichen Unternehmen beseitigt worden⁶³.

In der Schweiz ist in einem gewissen Sinne Ausdruck einer ähnlichen Tendenz die Revision des OR. Sie hat in Verbindung mit der bundesgerichtlichen Praxis über die notwendige Autonomie der Unternehmung der Verwendung der in den Art. 762 und 926 genannten Unternehmensarten Schranken gesetzt. Damit harmonisiert die Beibehaltung des alten Art. 613 OR (jetzt 763) und der neue Art. 829 betr. Genossenschaften des öffentlichen Rechts, indem sie zahlreiche Unternehmungen vom Geltungsbereich des

⁶² Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. XVIII, zitiert sie in der Fassung vom 30. Januar 1935, rev. gemäß VO Nr. 21 der brit. Mil. Reg. seit 1. April 1946 in britisch besetzter Zone in Kraft.

⁶³ Einzelheiten bei Forsthoff, a.a.O., der der Überzeugung Ausdruck gibt, daß die mit den öffentlichen Unternehmen verfolgten Verwaltungszwecke in der Regel ebenso wohl durch Aufsicht und Lenkung erreicht werden könnten. Auch Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 1, S. 186, stellt fest, daß die moderne deutsche Gesetzgebung Erwerbsunternehmungen des Staates oder sonstiger öffentlicher Verbände, selbst wenn sie in die Form selbständiger, aus dem Staatsorganismus ausgegliederter «Gesellschaften» oder ähnlicher Organisationen mit eigener Rechtsfähigkeit gekleidet seien, auch in ihrer geschäftlichen Tätigkeit dem Privatrecht und der Zivilrechtspflege in gewissem, freilich recht verschiedenem Umfange entzogen und einem eigenen öffentlichen Verwaltungsrecht mit origineller Apparatur und selbständigem Rechtsmittelverfahren unterstellt habe.

Privatrechtes ausnehmen und das Aufsichtsrecht entsprechend gestalten lassen. Das wird dazu führen, den öffentlichen Charakter dieser Unternehmungen stärker als bisher zu betonen. Der Doktrin kommt für die weitere Förderung dieser Auffassung erhebliche Bedeutung zu. Daß anderseits dem Gedanken der wirtschaftlichen Selbstverwaltung und der Kooperation anstelle der Zentralisation im Verhältnis von Staat und Wirtschaft in der gesetzlichen Ordnung durch die Ermöglichung gemischtwirtschaftlicher und öffentlicher Institute Rechnung getragen wird, muß als wertvoll gelten.

In neueren Arbeiten tritt überall in erfreulichem Masse die Tendenz zutage, die öffentliche Unternehmung als Verwaltung zu verstehen und sie dem öffentlichen Rechte anzunähern. Das ist in der deutschen Literatur ebenso sehr der Fall wie in der schweizerischen⁶⁴.

4. In allgemeiner Weise ist in diesem Zusammenhang zur Frage der Zulässigkeit von Monopolen und wohlfahrtsstaatlichen Unternehmungen Stellung zu nehmen, da sie die wichtigste Prämisse für die wirtschaftliche Staatstätigkeit bildet.

Für die rechtlichen Monopole ist nach neuerer Auffassung wohl unbestritten ein echter Vorbehalt in der Verfassung zu verlangen⁶⁵. Ein solcher Vorbehalt kann im kantonalen Recht auch durch bloße Gesetzgebung erfolgen, sofern der mit dem Monopol zu erreichende Zweck in der Verfassung als Staatsaufgabe niedergelegt ist und das Monopol nicht fiskalischen Zwecken dient. Immerhin liegt hier ein Grenzfall vor, der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung noch näher abzuklären ist⁶⁶. Die Unsicher-

⁶⁴ Siehe die zit. Schriften von Forsthoff einerseits, Hagmann, Heußner und Binder anderseits; im letzteren Sinn auch Zwahlen, *Des Sociétés commerciales avec participation de l'Etat*, Thèse Lausanne 1935, S. 188 ff. und Keller, Gewinn und Gemeinwohl, a. a. O., bes. S. 278.

⁶⁵ Ruck, Staatsrecht, S. 55; Marti, HGF, S. 217.

⁶⁶ BGE 75 I 53; vgl. ferner Ruck, Das faktische Monopol im schweiz. Elektrizitätsrecht, in Festgabe Goetzinger, 1935, S. 225.

heit rührt von der Unbestimmtheit des Vorbehalts in Art. 31 letzter Satz BV her. Für die mittelbar rechtlichen Monopole muß das gleiche gelten: die Möglichkeit der teilweisen Monopolisierung (Einführung des Anstaltszwanges) bedarf der Verfassungsgrundlage, und das Monopol muß allgemeinen Fürsorgezwecken dienen.

Für die faktischen Monopole ist die bundesgerichtliche Praxis eher large. Sie schützt jede monopolistische gewerbliche Betätigung, sofern sie aus Gründen des öffentlichen Wohls, das heißt nicht bloß zu fiskalischen Zwecken erfolgt⁶⁷. Dabei zieht sie den Bereich des «öffentlichen Wohls» sehr weit⁶⁸ und läßt insbesondere das Installationsmonopol der Gemeinden für elektrische Anlagen in gewissem Umfange zu, eine Praxis, die der Überprüfung bedarf⁶⁹. Ob darüber hinaus auch für die faktischen Monopole eine verfassungsmäßige Ermächtigung nötig sei⁷⁰, scheint zweifelhaft. Das Postulat kann nur aus Art. 31 BV hergeleitet werden. Eine sichere Einschränkung ergibt sich lediglich insofern, als die kantonale Sondergesetzgebung den Gemeinden eine öffentliche Gewerbetätigkeit bestimmter Art untersagen kann⁷¹. Andererseits könnte sich die Berechtigung aus dem Wesen des Staates und dem Herkommen ergeben. Jedenfalls stößt sich das Postulat derzeit an den übermächtigen Realitäten. Für die Monopole, die sich auf die kantonale Straßen- und Gewässerhoheit stützen, hat es beim Verbot der Fiskalität und bei den bundesrechtlichen Ein-

⁶⁷ BGE 47 I 253 f.; Urteil vom 21. Februar 1951 i. S. Minder; vgl. Abderhalden, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Wirtschaftsartikeln der BV, «Wirtschaft und Recht» 1952, S. 147.

⁶⁸ Vgl. aus der steuerrechtlichen Praxis BGE 68 I 272; 70 I 37.

⁶⁹ Vgl. die Kritik Abderhaldens, a.a.O.; ferner Marti, HGF, S. 215; Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 382 (alte Ausgabe).

⁷⁰ So Marti, HGF, S. 217; für die mittelbar rechtlichen Monopole, die sich auf keine Gegebenheiten stützen, sondern ausschließlich auf Rechtssätze, ist das m.E. unbestreitbar. BGE 58 I 240, Ruck, Festgabe Goetzinger, S. 229.

⁷¹ BGE 72 I 22.

schränkungen, wie sie zum Beispiel in der eidgenössischen Wasserrechtsgesetzgebung enthalten sind, wohl sein Bewenden. Jedenfalls ist der ausschließliche Sondergebrauch der öffentlichen Sachen durch den Kanton nach bisheriger Übung auch ohne Verfassungsgrundlage gestattet⁷².

Daß fiskalische Monopole rechtlicher oder faktischer Art unzulässig sind und daß die Handels- und Gewerbefreiheit in vollem Umfange gilt, wenn ein Kanton in fiskalischem Interesse ein Unternehmen betreibt⁷³, ist für das öffentliche Unternehmensrecht bedeutungsvoll. Diese Rechtslage beschränkt die Möglichkeit «erwerbswirtschaftlicher» öffentlicher Unternehmen auch des Privatrechts auf die Nutzung der von alters her bereits fiskalischen Regale wie der Bodenregale.

Diese Grenzen werden offensichtlich beim Installationsmonopol, aber auch bei der Zulassung von Verkaufsgeschäften monopolistischer Gemeindebetriebe überschritten. Solche Geschäfte liegen außerhalb des Monopols und des darin verkörperten öffentlichen Zweckes⁷⁴. Die ursprünglich vorhandenen Gründe sind durch die Entwicklung überholt. Eine polizeiliche Ordnung, wie sie in den eidgenössischen VVO über die Erstellung elektrischer Anlagen enthalten ist⁷⁵, genügt heute vollauf. Unter gar keinen Umständen aber kann es Aufgabe einer Gemeinde sein, Verkaufsgeschäfte zu betreiben und sich an der Versorgung der Öffentlichkeit mit Gebrauchsgegenständen zu beteiligen, selbst wenn das Installationsmonopol zulässig wäre.

Schwieriger ist die Rechtslage bei den wohlfahrtsstaat-

⁷² Vgl. die bundesgerichtliche Praxis, die die Anerkennung eines Anspruches des Privaten aus Art. 31 BV auf gesteigerten Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen ablehnt, zuletzt BGE 77 (1951) I 279 ff., besonders 286 und dortige Hinweise.

⁷³ Ruck, Festgabe Goetzinger, S. 228.

⁷⁴ Eine nachdrückliche Kritik am Installationsmonopol übt Binder, Aarg. El.-Werk, S. 45; ferner Fleiner, a. a. O.

⁷⁵ Vgl. besonders Art. 120ter BRB vom 24. Oktober 1945 betr. die Revision der VO über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen, AS 1949, S. 1513.

lichen Unternehmungen nicht monopolistischer Art. Es gehören dazu vorzüglich die Bankinstitute der Gemeinden und der Kantone und gemischtwirtschaftliche Unternehmungen. Da die Tätigkeit dieser Institute die Privaten faktisch konkurrenziert, ist sie von der Handels- und Gewerbefreiheit nicht ausgenommen. Besonders wo die Unternehmung in privatrechtlicher Form betrieben wird, kann ihr Gewicht sehr spürbar werden. Werden solche Institute rein erwerbswirtschaftlich geführt, so kann eine Umgehung des Monopolverbots vorliegen, weil die gewissen Vorteile, die solche Institute dank ihres staatlichen Charakters zu bieten vermögen, zu einer beherrschenden Stellung in dem betreffenden Wirtschaftszweig führen können⁷⁶. Sie können daher nur zulässig sein, wenn eine Verfassungsbestimmung dem Gemeinwesen eine wirtschaftliche Tätigkeit solcher Art gestattet und das Unternehmen öffentliche Zwecke verfolgt und sich in seiner Tätigkeit auch daran hält. Da die Wohlfahrtsartikel der Kantonsverfassungen sehr allgemein gehalten sind, ist ein strenger Maßstab anzulegen und die Tragweite solcher Vorschriften sehr genau zu interpretieren. Die scharfe Scheidung der Betriebe der öffentlichen Fürsorge von den Betrieben des privatwirtschaftlichen Erwerbs, die Ruck⁷⁷ für die Zulässigkeit neuer kantonaler Monopole verlangt, muß auch im vorliegenden Zusammenhang Richtschnur sein. Ein dem Erwerb dienender privatwirtschaftlicher Gewerbebetrieb wohlfahrtsstaatlicher Art ist ein Widerspruch in sich. Für Gemeindebetriebe wohlfahrtsstaatlicher Art gilt, wie auch für Monopolbetriebe, die bundesgerichtliche Auffassung, daß eine Gemeinde nicht ohne weiteres und auf Grund von Art. 31 BV zum Betrieb gewerblicher Unternehmungen befugt ist, sondern nur nach Maßgabe der kantonalen Sondergesetzgebung⁷⁸.

⁷⁶ Marti, HGF, S. 215 N. 27.

⁷⁷ Staatsrecht, S. 58.

⁷⁸ BGE 72 I 22 und dortige Literaturhinweise.

§ 4. Kasuistik

Die grundsätzliche Rechtslage ist anhand der Gesetzgebung zu überprüfen. Die Gliederung der in Betracht fallenden Unternehmen folgt zweckmäßigerweise der skizzierten Einteilung der wirtschaftspolitischen Maßnahmen.

A. Relativ einfach ist die Sachlage bei den staatlichen Monopolen und Regalen. Da es sich hierbei um wirtschaftliche Werte und eigene Rechte des Staates handelt, erfolgt die Nutzung zumeist unternehmensmäßig⁷⁹. Die verwendeten Unternehmensformen variieren stark und hängen mit der rechtlichen Natur des Monopols zusammen. Die Regeln sind verschieden bei den rechtlichen, mittelbar rechtlichen und faktischen Monopolen.

I. Die Monopole des Bundes werden grundsätzlich durch öffentlich-rechtliche (selbständige oder unselbständige) Anstalten des Bundes genutzt.

1. Das gilt für das Pulverregal (Art. 41 BV), dessen Befugnisse durch die Eidgenössische Munitionsfabrik — unselbständige Anstalt des Bundes — wahrgenommen werden, für das Münzregal (Art. 38), das durch die Eidgenössische Münzwerkstätte ausgeübt, und für das Postregal (Art. 36), das, wie das Telegraphen- und Telephonregal (Art. 36), durch die Eidgenössische Post-, Telegraphen- und Telephonverwaltung als unselbständige Bundesanstalt genutzt wird. Wie die Regale insgesamt tragen auch die drei genannten in geringerem oder größerem Ausmaß fiskalischen Charakter. Das hängt indes mit dem Wesen des Regals und nicht mit dem öffentlichen Unternehmensrecht zusammen. Es ist nicht der Erwerbsgedanke, das erwerbswirtschaftliche Motiv, sondern die rein hoheitlich erfolgende, öffentliche Interessen wahrende Nutzung, die auch fiskalische Auswirkungen hat. Der fiskalische Charakter des Pulverregals — auch des Münzregals — ist übrigens im

⁷⁹ Die Konzession schafft keinen speziellen öffentlichen Unternehmenstyp und ist daher nicht gesondert zu behandeln.

Verlaufe der Entwicklung in den Hintergrund getreten⁸⁰. Beim Post-, Telephon- und Telegraphenregal, das zum Teil in das Gebiet der faktischen Monopole übergreift, ist die Diskussion nicht abgeschlossen⁸¹.

2. Die Verwaltung des Alkoholmonopols ist Sache der Eidgenössischen Alkoholverwaltung, einer selbständigen Anstalt des Bundesrechts. Die Ertragsgestaltung wird ausschließlich durch den höheren Gesichtspunkt der Bekämpfung des Alkoholismus bestimmt⁸².

3. Die Sozialversicherungsmonopole des Bundes (Kranken- und Unfallversicherung [Art. 34 bis], Alters- und Hinterlassenenversicherung [Art. 34 quater], Invalidenversicherung [Art. 34 quater] und die Zentrale Familiengleichkasse [Art. 34 quinquies]) sind durchwegs mittelbare rechtliche Monopole und wurden, soweit sie bereits ausgeführt sind, in die Form selbständiger oder unselbständiger öffentlicher Anstalten des Bundesrechts gekleidet (Suval⁸³, Zentrale Ausgleichsstelle AHV⁸⁴).

4. Soweit das Eisenbahnregal durch den Bund ausgeübt wird, geschieht das in der organisatorischen Form einer unselbständigen öffentlichen Anstalt des Bundesrechts⁸⁵, auch soweit Hilfsbetriebe wie Elektrizitätswerke und Reparaturwerkstätten in Frage stehen. Eine darüber hinausgehende Unternehmertätigkeit durch Angliederung verwandter Betriebe ist dem Bund untersagt⁸⁶.

Die Gründe, die zu dieser Art der Organisation geführt

⁸⁰ Marti, HGF, S. 218/19 und dortige Hinweise.

⁸¹ Vgl. die Kontroverse über die Verfassungsmässigkeit der Revisionsvorlage vom 20. Juni 1952 in Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung Bd. 54 (1953), S. 97 ff. und 129 ff.

⁸² Marti, HGF, S. 225 und dortige Hinweise.

⁸³ Art. 41 BG vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung, Bereinigte Sammlung Bd. 8, S. 292.

⁸⁴ Art. 71 BG vom 20. Dezember 1946 über die AHV, Bereinigte Sammlung Bd. 8, S. 447.

⁸⁵ Art. 1 BG vom 23. Juni 1944 über die Schweiz. Bundesbahnen, Bereinigte Sammlung Bd. 7, S. 195.

⁸⁶ Marti, HGF, S. 224.

haben, gehen auf die Auseinandersetzungen um das Privatbahn- oder das Staatsbahnsystem zurück. Sie bilden ein bewegtes Stück der politischen und staatsrechtlichen Geschichte des ausgehenden 19. Jahrhunderts⁸⁷. Nachdem sich für die Hauptlinien das Staatsbahnprinzip durchgesetzt hatte — ausschließlich aus nationalen⁸⁸ und volkswirtschaftlichen Erwägungen —, war auch das öffentliche Organisationsprinzip gegeben. Aber auch in diesem Falle wurde bezeichnenderweise die Streitfrage Staatsbahn oder Privatbahn nicht in der Verfassung selbst entschieden.

Schon vor dem Eisenbahnrückkauf hatte das sogenannte Stimmrechtsgesetz⁸⁹ zu gemischtwirtschaftlichen Unternehmensformen geführt. Der Bund und die von den Bahnlinien berührten Kantone erhielten von Gesetzes wegen je 1—4 Sitze im Verwaltungsrat, doch dürfen die kantonalen Vertreter höchstens $\frac{1}{3}$, diejenigen des Bundes und der Kantone zusammen höchstens $\frac{2}{5}$ der Gesamtzahl der Verwaltungsratsmitglieder ausmachen (unter Vorbehalt weitergehender Konzessions- oder Vertragsbestimmungen, Art. 6 Abs. 4), eine Vorschrift, die dem Art. 762 OR, auch wenn dessen Anwendung in Frage stünde, vorginge⁹⁰. In der Folge schuf auch die sonstige Eisenbahngesetzgebung Garantien für eine rein volkswirtschaftlich orientierte Nutzung der Eisenbahnkonzessionshoheit des Bundes. Kantonale Gesetze taten ein gleiches auf kantonaler

⁸⁷ Vgl. His, Schweiz. Staatsrecht Bd. 3, S. 1092 ff.

⁸⁸ Darunter auch das Bestreben, die Bahnen von ausländischen Finanzkreisen unabhängig zu machen.

⁸⁹ BG vom 28. Juni 1895 betr. das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften und die Beteiligung des Staates bei deren Verwaltung, *Bereinigte Sammlung* Bd. 7, S. 217 ff.; eine analoge Vorschrift enthält Art. 22 des BG vom 27. März 1896 über das Rechnungswesen der Eisenbahnen, *Bereinigte Sammlung* Bd. 7, S. 227.

⁹⁰ Vgl. Art. 18 der Schluß- und Übergangsbestimmungen des BG vom 18. Dezember 1936 über die Revision des OR und Bemerkung in *Bereinigte Sammlung*, Bd. 7, S. 220 N. 1; über die durch die bundesgerichtliche Praxis erfolgte extensive Auslegung des Art. 6 Abs. 4 vgl. Erb, *GWU Banken*, S. 31.

Ebene⁹¹. Art. 1 Abs. 2 des BG vom 23. Dezember 1872 über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen sichert den Kantonen, denen vor 1872 das Recht zur Konzessionierung gehört hatte, die Mitwirkung bei der Konzessionserteilung zu. Art. 3 stellt analog der Gesetzgebung über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte das Prinzip der Förderung des Ausbaus der Eisenbahnverbindungen durch den Bund auf. Art. 7 unterstellt die Statuten der Eisenbahngesellschaften der Genehmigung durch den Bundesrat. Damit gehören alle privaten oder gemischtwirtschaftlichen Eisenbahnaktiengesellschaften der Spezialgesetzgebung an und fallen nicht unter Art. 762 und 763 OR. Für sie schafft die Eisenbahngesetzgebung und der Konzessionsvertrag Recht. Der regelmäßig in den Statuten enthaltene Hinweis auf das Aktienrecht des OR hat die Bedeutung einer subsidiären Geltung dieser Vorschriften kraft bundesrechtlichen Vorbehaltes.

Macht der Bund von der Rückkaufsmöglichkeit keinen Gebrauch, so steht sie den Kantonen zu (Art. 27). Dem Bund obliegt die Kontrolle über das Tarifwesen (Art. 35). Das Gesetz findet analoge Anwendung auf die von den Kantonen betriebenen Bahnen (Art. 46). Entsprechende Bestimmungen sind im BG vom 21. Dezember 1899 über Bau und Betrieb der schweizerischen Nebenbahnen enthalten⁹².

5. Gleich liegen die Verhältnisse beim Luftverkehrsregal und beim Schifffahrtsregal. Art. 31ter gibt dem Bund die Befugnis, im Prinzip alle öffentlichen Verkehrsmittel zu monopolisieren⁹³.

Beim Luftverkehr hat der Bund private Gesellschaften konzessioniert und sich unter verschiedenen Formen be-

⁹¹ Z.B. Basellandschaftliches Gesetz vom 27. Juli 1908 betr. finanzielle Beteiligung von Kanton und Gemeinden beim Bau von Eisenbahnen; das Vorbild solcher Eisenbahnsubventionsgesetze bildete das Zürcher Gesetz vom 14. April 1872 betr. Staatsbeteiligung bei Eisenbahnen, vgl. Arbenz, GWU, S. 5 ff.

⁹² Bereinigte Sammlung Bd. 7, S. 117 ff.

⁹³ Marti, HGF, S. 225.

teilt. Die Entstehungsgeschichte der dafür in Betracht fallenden Luftverkehrsgesellschaften, hauptsächlich der «Swissair», Schweizerische Luftverkehrs-Aktiengesellschaft⁹⁴, zeigt, wie die Organisationsform und die staatliche Beteiligung durch nationale, wirtschaftliche und finanzielle Notwendigkeiten bedingt sein können.

Es war zunächst eine Frage der schweizerischen Luftverkehrspolitik im allgemeinen zu entscheiden, ob der Luftverkehr in staatlicher Regie zu betreiben sei oder nicht. Die Zuständigkeit des Bundes hätte auf Grund des Art. 31ter BV bestanden; sie wird in Art. 31 des Luftfahrtgesetzes vom 21. Dezember 1948⁹⁵ bestätigt. Nach Art. 27 dieses Gesetzes ist die gewerbsmäßige Beförderung von Personen und Sachen auf regelmäßig beflogenen Luftverkehrslinien konzessionspflichtig. Der Konzessionspflicht unterstellt Art. 37 auch die Anlagen und den Betrieb von Flugplätzen, die dem öffentlichen Verkehr dienen.

Die Entwicklung der Frage und die Gründe, die zur Ablehnung eines Staatsbetriebes führten, werden dargelegt im Bericht des Bundesrates vom 10. April 1953 über die Organisation des schweizerischen Luftverkehrs und die schweizerische Luftverkehrspolitik⁹⁶. Die Zusammenfassung hat allgemeine Bedeutung für das öffentliche Unternehmensrecht:

«Der Luftverkehr der Schweiz ist ausschließlich ein Instrument der Volkswirtschaft, und da er in der Hauptsache der Herstellung internationaler Verbindungen dient, ist für seine Besorgung grundsätzlich die vorwiegend privatwirtschaftlich orientierte Unternehmung dem reinen Staatsbetrieb vorzuziehen. Die Unternehmung, die dem Privatrecht untersteht, kann die Verhandlungen mit den ausländischen Konkurrenten besser führen als eine durch das staatliche Prestige belastete Unternehmung. Sie darf sich eine jeweilige elastische Anpassung an die besonderen Verhältnisse erlauben; sie ist beweglicher.» (S. 819.)

⁹⁴ Vgl. Statuten vom 12. Februar 1947, 23. September 1949, 10. November 1950.

⁹⁵ AS 1950 S. 471, in Kraft seit 15. Juni 1950.

⁹⁶ BBl 1953 I 757.

Der Verzicht auf den Staatsbetrieb⁹⁷ ließ die Frage offen, ob der staatliche Einfluß in den Konzessionsbedingungen geltend zu machen sei, wie das schon unter der Luftfahrtverordnung von 1920⁹⁸ möglich war, oder ob intensivere Formen der Einflußnahme zu wählen seien. Das wäre auch in den Subventionsbedingungen möglich gewesen. Die Subvention gibt, wie die Konzession, dem Staatswesen die Möglichkeit, die Entwicklung der konzessionierten und subventionierten Unternehmungen im Sinne der öffentlichen Zwecke des Monopols zu lenken. Die seit Ende der zwanziger Jahre ausgerichteten Subventionen sind in diesem Sinne mehr und mehr mit Bedingungen verknüpft worden. Die nächste Stufe bildet die verwaltungsmäßige Beteiligung im Sinne von Art. 762 Abs. 1 OR. Das Luftfahrtgesetz ging noch einen Schritt weiter und bestimmte in Art. 103:

«Die internen, kontinentalen und interkontinentalen Linienverbindungen, deren Führung vom Eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartement als im allgemeinen Interesse liegend erklärt wird, werden von einer gemischtwirtschaftlichen schweizerischen Luftverkehrsgesellschaft betrieben, an welcher der Bund sich finanziell beteiligt. Den Kantonen und Gemeinden steht die finanzielle Beteiligung an dieser Unternehmung offen. Die Statuten der Gesellschaft unterliegen der Genehmigung des Bundesrates.»

Die Vorschrift ist Ausdruck der Monopolstellung des Bundes im Luftverkehr. Nach dem Grundsatz in maiore minus konnte er statt eines eigenen Betriebes auch die aktive Beteiligung an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vorsehen. Die Vorschrift gibt den zuständigen Verwaltungsbehörden die einwandfreie Rechtsgrundlage, eine solche gemischtwirtschaftliche Unternehmung

⁹⁷ Der übrigens auch im sozialistischen Schrifttum nicht kritisiert wird, vgl. Steinemann, Die Volkswirtschaft in der Neuen Schweiz, 1947, S. 100 ff.

⁹⁸ BRB vom 27. Januar 1920 betr. die Ordnung des Luftverkehrs in der Schweiz, AS 1920, S. 171.

ins Leben zu rufen oder die Bundesbeteiligung an einer bestehenden Gesellschaft in die Wege zu leiten.

Die Wahl der Rechtsform in diesem Falle hing ausschließlich davon ab, wie das als unerlässlich betrachtete Mitspracherecht des Bundes, der Kantone und der Gemeinden «im richtigen Maße gesichert werden könne»⁹⁹. Bei der Wahl der Organisationsform für die nationale Luftverkehrsgesellschaft

«war die kaum je ernsthaft bestrittene Forderung begleitend, daß dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden bei der Organisation und dem Betrieb des schweizerischen Luftverkehrs ein verstärktes Mitspracherecht einzuräumen sei... Bund, Kantone und Gemeinden werden nur dann von Anfang in das Geschehen eingreifen können, wenn sie in der Unternehmung Sitz und Stimme erhalten».¹⁰⁰

In den Verträgen, die auf der Grundlage der Bundesbeschlüsse über die Hilfeleistung zwischen dem Bund und der Swissair abgeschlossen wurden, ist ein eigentliches Vetorecht des Bundes vorgesehen. Art. 8 des Chartervertrages und Art. 12 des Fondsvertrages räumen dem Post- und Eisenbahndepartement das Recht ein, gegen Beschlüsse des Verwaltungsrates der Swissair, die geeignet sind, die Finanzlage der Gesellschaft wesentlich zu beeinflussen, Verwahrung einzulegen. Hebt die Swissair den beanstandeten Beschluß nicht innert 30 Tagen nach der Verwahrung auf, so kann der Bund den Vertrag mit sofortiger Wirkung auflösen¹⁰¹.

Wäre nicht das Luftverkehrsmonopol Grundlage der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, so könnte die Beteiligung des Bundes und anderer Gemeinwesen angesichts der Beeinflussungsmöglichkeiten im Konzessionsvertrag und in der Subvention als unnötig erscheinen. Doch sollte auch den Kantonen ein eigenes Mitspracherecht gesichert werden, was wirkungsvoll nur durch die kapital-

⁹⁹ Zit. Botschaft, S. 815.

¹⁰⁰ Zit. Botschaft, S. 816/17 und 818.

¹⁰¹ Zit. Botschaft, S. 821.

mäßige Beteiligung möglich war, zumal aus sachlichen Gründen nur eine nationale Unternehmung als gemischtwirtschaftlicher Betrieb mit Bundesbeteiligung vorgesehen war¹⁰².

Als weiteres Motiv trat dazu, einerseits die Kapitalbasis des Unternehmens zu verbreitern¹⁰³, andererseits die Engagements der öffentlichen Hand zu limitieren. Es war ja nicht selbstverständlich, daß sich die Schweiz mit einer eigenen Unternehmung am internationalen Luftverkehr beteiligte, und die Risiken eines staatlichen Unternehmens wären schwer abzusehen gewesen.

Die mehrfach zitierte Botschaft legt zur Geschäftspolitik der Unternehmung dar, daß es das Ziel der speziellen Hilfsaktion des Bundes¹⁰⁴ sei, die Unternehmung in die Lage zu versetzen, ihre finanzielle Unabhängigkeit so rasch als möglich zurückzugewinnen¹⁰⁵. Eine fiskalische Ausnützung der Unternehmen ist jedoch nach der ganzen Struktur des Unternehmens ausgeschlossen. So wird ausdrücklich festgestellt:

«Der Luftverkehr arbeitet im Dienste unserer Volkswirtschaft, er ist seinen Aufgaben nach ein öffentlicher Dienst. Wir sagten bereits bei früherer Gelegenheit, seine Existenzberechtigung dürfe nicht nach seiner unmittelbaren Rendite beurteilt werden; zwar sei alles zu unternehmen, was ihn eigenwirtschaftlich machen könne, ausschlaggebend bleibe aber doch der Nutzen, den er der Volkswirtschaft bringe. Das gilt nicht nur für die Luftverkehrsunternehmen, sondern auch für die Bodenorganisation.»¹⁰⁶

¹⁰² Andere gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, wie die Balair AG., tragen regionalen Charakter.

¹⁰³ Die öffentliche Hand beteiligte sich an der Kapitalerböhung von 1946 mit 6 Millionen Fr., wovon die Zentralverwaltung des Bundes, die PTT-Verwaltung und die SBB je 710 000 Fr. übernahmen.

¹⁰⁴ Vgl. besonders BB vom 10. April 1951 über die Hilfeleistung des Bundes bei der Abschreibung und Erneuerung des Flugzeugparkes der Swissair AG., BBl 1951 I 899.

¹⁰⁵ S. 758.

¹⁰⁶ Botschaft, S. 806.

Die Rechtsnatur der Swissair A.G. ist nicht einfach zu bestimmen. Sie könnte an sich eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Art. 762 OR sein. Ihre Statuten sind auch in diesem Sinne redigiert. Als nationale Luftverkehrsgesellschaft indes, die die Erfordernisse des Art. 103 Luftverkehrsgesetz erfüllt, ist sie zu einer Aktiengesellschaft des Bundesspezialrechts geworden. Sie könnte diesen Charakter ohne Einwilligung des Bundes als Konzessionsbehörde nicht mehr verlieren. Ein solcher Verzicht selbst seitens des Bundes hätte zur notwendigen Folge, daß eine andere gemischtwirtschaftliche Unternehmung gegründet werden müßte, der die im allgemeinen Interesse gelegenen Linienverbindungen exklusiv zu übertragen wären. Dieser Charakter geht auch aus dem Statutengenehmigungsrecht des Bundesrates und den übrigen vertraglichen Mitspracherechten des Bundes hervor¹⁰⁷. Solche weitgehende vertragliche Bindungen beschränken die Autonomie der Gesellschaft in einem Maße, das deren privatwirtschaftlichen Charakter ausschließt. Den Verträgen, die als öffentlich-rechtliche zu gelten haben, kommt die Bedeutung von Statutenbestimmungen zu; auch beeinflussen sie die Grundsätze über die Organhaftung. Als nationales Luftverkehrsunternehmen ist die Swissair eine Schöpfung des speziellen Bundeszivilrechts, wie die Nationalbank¹⁰⁸.

Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, die die Flugplätze betreiben, sind nach Art. 762 OR organisiert. Der Bund subventioniert sie¹⁰⁹. Die Kantone beteiligen sich unternehmensmäßig. Die Subventionserlasse sehen die Möglichkeit des Erwerbes subventionierter Flugplätze durch den Bund vor.

¹⁰⁷ Vgl. zit. Botschaft, S. 821, und S. 119a hievor.

¹⁰⁸ Die luftpolizeiliche und konzessionsmäßige Aufsicht allein würde diese besondere Rechtsnatur nicht zur Folge haben, da sie für alle konzessionierten Unternehmen gleichmäßig gilt und die Autonomie nicht beschränkt.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 101 Luftfahrtgesetz und BB vom 22. Juni 1945 über den Ausbau der Zivilflugplätze, *Bereinigte Sammlung* Bd. 7, S. 738.

Der Fall der Swissair zeigt, daß die Wahl der Unternehmensform dort, wo die Rechtsgrundlagen in einem Monopol begründet sind, dem Monopolinhaber freigestellt sein muß. Auch Art. 762 OR kann hierfür keine Schranke bilden. Ebensowenig wäre ein Verlangen begründet, solche Unternehmen als öffentliche Anstalten zu gründen. Eine im Prinzip privatrechtliche Rechtsform mit den nötigen öffentlich-rechtlichen Sicherungen war im vorliegenden Falle offensichtlich die zweckmäßigste Lösung.

6. Das Schifffahrtsregal des Bundes hat zu keinem analogen Unternehmen wie im Luftverkehr geführt. Die Beteiligung des Bundes an der Schleppschiffahrtsgenossenschaft Basel (jetzt Schweizerische Reederei AG. Basel) hing nicht mit dem Regalrecht zusammen, sondern bildete eine wohlfahrtsfördernde Maßnahme und ist dort zu behandeln. Es fehlen auch Bestimmungen über das Mitspracherecht des Gemeinwesens in den Schifffahrtsunternehmungen¹¹⁰.

7. Das Radioregal, das nach Doktrin und Gesetzgebung als Bestandteil des Post- und Telegraphenregals gilt¹¹¹, übertrug der Bund bzw. das Eidgenössische Post- und Eisenbahndepartement auf dem Konzessionswege in beschränktem Umfange einem privaten Verein, der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft (SRG). Die Rundspruchsendeeinrichtungen werden von der PTT-Verwaltung erstellt und betrieben; für die Benützung der Einrichtungen besitzt die SRG eine Konzession. Ob der Bund auch den Programmbetrieb monopolisieren dürfe, ist streitig¹¹². Da die Gebührenerhebung durch den Regalinhaber, die

¹¹⁰ Vgl. VO vom 19. Dezember 1910 betr. die Schifffahrt konzessionierter Unternehmungen auf schweiz. Gewässern, *Bereinigte Sammlung* Bd. 7, S. 347.

¹¹¹ Vgl. Art. 1 BG vom 14. Oktober 1922 über den Telegraphen- und Telephonverkehr; Botschaft des Bundesrates vom 13. Januar 1953 über die Ordnung des schweiz. Rundspruchdienstes, *BBl* 1953 II 17 ff., besonders S. 29/30.

¹¹² Vgl. Nachweise in der zit. Botschaft, S. 31.

öffentliche Verwaltung, erfolgt¹¹³, entstand kein wirtschaftliches Unternehmen; daß der Bund in den Organen der Radiogesellschaft vertreten ist, ändert daran nichts¹¹⁴. Die Konzession, die während des Krieges aufgehoben und im Sommer 1945 provisorisch wieder in Kraft gesetzt wurde, wird zurzeit revidiert¹¹⁵.

8. Es verbleibt das Banknotenmonopol (Art. 39), dessen Ausübung der Bund der Schweizerischen Nationalbank übertragen hat. Die Nationalbank, die das ausschließliche Recht zur Ausgabe von Banknoten besitzt, ist eine Aktiengesellschaft, auf die die Vorschriften des OR Anwendung finden, soweit das Nationalbankgesetz nicht «über ihre Organisation und Verwaltung sowie über den Gerichtsstand besondere Vorschriften aufstellt»¹¹⁶. Die Nationalbank bildet neben der Swissair AG. den einzigen Fall, wo ein eidgenössisches Monopol durch ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen ausgeübt wird. Der Fall verliert an Gewicht angesichts der Spezialgesetzgebung und läßt keinerlei rechtliche Generalisierungen zu. Er ist, wie der Fall der Swissair, atypisch. Die Nationalbank ist eine Schöpfung des Bundesrechts; das Gesetz stattet die Bank in Art. 1 direkt mit dem Recht der juristischen Persönlichkeit aus und umschreibt ihre Aufgaben und ihre Organisation. Die eigentlich gesellschaftsrechtlichen Vorschriften weichen überall von denjenigen des OR ab. Wenn auch in früheren Jahren Revisionen vorgenommen wurden, um dem Noteninstitut «eine bessere Rentabilität zu sichern», und zu diesem Zweck der Geschäftskreis ausgedehnt wurde¹¹⁷,

¹¹³ Vgl. VO I vom 1. Juni 1942 zum Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz, *Bereinigte Sammlung* Bd. 7, S. 880.

¹¹⁴ Vgl. Konzession für die Benützung der Rundspruchsender der Eidg. Telegraphen- und Telephonverwaltung vom 26. Februar 1931/30. November 1936.

¹¹⁵ Vgl. zit. Botschaft, S. 327, mit Textentwurf, S. 339 ff.

¹¹⁶ Vgl. BG vom 7. April 1921 über die Schweiz. Nationalbank, Art. 13, AS 1921 S. 581.

¹¹⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 21. April 1953 betr. die Revision des Nationalbankgesetzes, BBl 1953 I 902.

so doch nur, um der Bank die verfassungsmäßige Verpflichtung zur Ausrichtung fester Entschädigungen an die Kantone eher zu ermöglichen. Ihre Hauptaufgabe, den Geldumlauf des Landes zu regeln und den Zahlungsverkehr zu erleichtern¹¹⁸ und eine den Gesamtinteressen des Landes dienende Kredit- und Währungspolitik zu führen¹¹⁹, schließt nach wie vor eine Erwerbstätigkeit in privatwirtschaftlichem Sinne oder eine fiskalische Gestaltung des Geschäftsgebarens aus. Daran wird auch die Revision nichts ändern. Die Grundsätze über den Reservefonds, die Gewinnverteilung, die Funktion des Grundkapitals, den Aktienerwerb, die Aktienübertragung, die Beschränkung des Stimmrechts, die Ausübung der Aktionärsrechte, die Haftungsbestimmungen, die sich nach Beamtenrecht richten¹²⁰, die Organisation und die Auflösung der Bank sind ausschließlich durch die öffentlichen Interessen und die Wahrung der Hauptaufgaben der Bank bestimmt. Der subsidiären Anwendung des Aktienrechts des OR kommt daher «keine weittragende Bedeutung» zu¹²¹. Das wird sich auch nicht ändern, wenn, wie im Revisionsentwurf vorgesehen, die im jetzigen Art. 13 enthaltenen Beschränkungen der subsidiären Anwendbarkeit fallen gelassen werden.

Die Nationalbank ist keine gemischtwirtschaftliche Unternehmung im Sinne des Art. 762 OR, sondern eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des Bundesrechts. Sie ist nach Aufsichtsrecht und Verantwortlichkeit der Suval zu vergleichen und eher als selbständige Anstalt des Bundes denn als Aktiengesellschaft aufzufassen¹²².

Die Gründe, die zur Wahl einer solchen Rechtsform ge-

¹¹⁸ Art. 2 Nationalbankgesetz.

¹¹⁹ Rev. Art. 39 BV.

¹²⁰ Giacometti/Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 684 N. 34.

¹²¹ Zit. Botschaft, S. 929.

¹²² In diesem Sinne wohl auch Giacometti/Fleiner, a. a. O., S. 916 N. 58; die Rechtsnatur der Bank ist im übrigen sehr umstritten, und es besteht hierüber eine umfangreiche Literatur; vgl. zu den zahlreichen Kontroversen Erb, GWU Banken, S. 55 und 72 ff.

führt haben, sind teils historische, teils liegen sie in Zweckmäßigkeitserwägungen. Wie bei der Eisenbahngesetzgebung hatte auch der Verfassungsartikel die Frage: Staatsbank oder private Aktienbank nicht gelöst. Eine Vorlage über eine Schweizerische Bundesbank wurde 1897 verworfen. Die gemischte Unternehmensform war schließlich ebenso sehr ein Kompromiß als eine staatspolitische Lösung¹²³. Einen Grundgedanken bildet die Trennung der Notenmonopolpolitik vom Staatskredit. Wenn sodann Art. 43 des Gesetzes vorschreibt, daß bei der Bestellung des Bankrates neben dem fachmännischen Element «der Handel, die Industrie, das Gewerbe und die Landwirtschaft berücksichtigt werden sollen», so gelangt darin das Motiv zum Ausdruck, die Privatwirtschaft, darüber hinaus aber auch ein weiteres Publikum an der Geschäftspolitik des zentralen Noteninstitutes mitzubeteiligen. Dieser Gedanke der Kooperation von Staat und Privatwirtschaft in wirtschaftlichen Fragen tritt auch bei andern gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in Erscheinung und bildet eines der Charakteristika der schweizerischen Wirtschaftsordnung. Daß sich der größte Teil der Aktien der Nationalbank im Besitze der Kantone und der Kantonalbanken befindet, denen zudem nach ständiger Praxis ein unbeschränktes Stimmrecht zuerkannt wird¹²⁴, im Gegensatz zu den Privataktionären, für die Art. 37 des Gesetzes Beschränkungen schafft, ändert an diesem grundsätzlichen Sachverhalt nichts. «Die gesetzlichen Vorschriften über die Rechtsstruktur der Nationalbank, über deren Organisation und über die Verwendung des Reingewinnes sind zur Hauptsache das Ergebnis des Kompromisses zwischen den Interessen des Bundes und der Kantone, zwischen den öffentlichen Interessen und denjenigen der Privatwirtschaft, namentlich der Banken.»¹²⁵

¹²³ Vgl. die Einzelheiten der Entwicklung bei His, Staatsrecht, Bd. 3, S. 706 ff.

¹²⁴ Botschaft, S. 902.

¹²⁵ Botschaft, S. 923.

Es wäre auch im Falle der Nationalbank doktrinär, aus rechtspolitischen Gründen eine rein öffentliche Organisationsform zu postulieren. Die geltende Regelung hat sich bewährt, und der Entwurf zur Anpassung des Nationalbankgesetzes an den revidierten Art. 39 BV sieht mit Recht keine strukturellen Änderungen des Noteninstitutes vor.

II. Gelten, was die Rechtsform anbetrifft, für die kantonalen Monopole und Regale, die Art. 31 Abs. 2 BV vorbehält, de lege lata gleiche Grundsätze wie für das Bundesrecht? Ein Unterschied ist zunächst insoweit festzustellen, als die Kantonsverfassungen gelegentlich die Rechtsform vorschreiben, was in der Bundesverfassung nicht der Fall ist. Das trifft etwa zu für die Kantonalbanken und für Elektrizitätswerke, doch sind die Vorschriften nirgends präzise.

Die kantonalen Regale und Monopole werden, soweit erkennbar, in der Regel durch öffentliche — selbständige oder unselbständige — Anstalten der Kantone genutzt. Es bestätigt sich hier die Regel, daß rechtliche und mittelbar rechtliche Monopole zumeist die hoheitliche Unternehmensform bedingen. Das gilt jedenfalls für die kantonalen Brandversicherungsanstalten, die durchwegs dem öffentlichen Recht angehören. Sie sind nicht fiskalischer Natur. Ihre Zulässigkeit ist im öffentlichen Interesse begründet. Von den Grund- und Bodenregalen eignen sich das Jagd- und das Fischereiregal der Natur der Sache nach nicht zur unternehmensrechtlichen Nutzung. Das Bergbauregal besaß in der Kriegswirtschaft eine gewisse Bedeutung und könnte neue Aktualität gewinnen¹²⁶.

Die Staatsschulen sind nichtwirtschaftliche öffentliche Anstalten und fallen hier außer Betracht.

So verbleiben das Salzregal und das Wasserkraftregal. Beide haben zu öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen des Privatrechts geführt, das Salzregal

¹²⁶ Vgl. Liver, Das Recht der Ausnutzung von Naturkräften und Bodenschätzen, Sonderdruck aus Jahrgang 1953 der Zeitschrift «Der schweiz. Energiekonsument», S. 9/10.

in Form der Vereinigten Rheinsalinen AG., das Wasserkraftregal in kantonalen Elektrizitätsunternehmungen mannigfacher Art.

1. Das Salzregal war schon in der Bundesverfassung von 1874 als ausgesprochenes Fiskalregal der Kantone anerkannt. Daß es trotzdem in volkswirtschaftlichem und volkshygienischem Interesse auszuüben ist und daß das fiskalische Motiv nicht schlechthin dominieren darf, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Monopolrechtes.

Das Salzregal geht über das Bergregal hinaus, da es Produktion und Handel mit Salz umfaßt. Es ist denn auch in allen Kantonen, außer in der Waadt, bekannt.

Die Rheinsalinen AG., deren Aktien sich im Besitze von 24 Kantonen und Halbkantonen befinden, sind aus einem Privatunternehmen entstanden und über ein gemischtwirtschaftliches zu einem rein öffentlichen Unternehmen in privatrechtlicher Form geworden¹²⁷. Der Zweck der Gesellschaft ist die Produktion von Salz, namentlich für den Bedarf der Schweiz, unter Beteiligung der Schweizer Kantone¹²⁸; sie beutet auf Grund von Konzessionen die Salzlager in den Kantonen Baselland und Aargau aus. Die Konzessionen sind zum Teil noch die gleichen wie die ursprünglich den Privatpersonen erteilten.

Bei diesem und analogen interkantonalen Unternehmen könnte die Frage aufgeworfen werden, ob es sich hierbei nicht um Konkordate handelt, die unter Art. 7 Abs. 2 BV fallen, nicht die Statuten an sich, wohl aber der Gründungsvertrag, dem öffentlich-rechtlicher Charakter zukommen könnte. Zwar bezieht die Doktrin die Vorschrift nur auf hoheitliche Materien, nicht auf privatrechtliche und gestattet den Kantonen, auch unter sich privatrechtliche Verträge abzuschließen¹²⁹. Wird darüber hinaus als Gegenstand des Konkordates der Erlaß objektiven Rechtes

¹²⁷ Vgl. die Literaturangaben bei Hug, Öffentliche Unternehmen, S. 148; Gerber, Öffentliche Unternehmung, S. 220 ff.

¹²⁸ Art. 2 der Statuten vom 14. Juli 1909/3. Mai 1947.

¹²⁹ Vgl. Giacometti/Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 160.

betrachtet¹³⁰, dann ist die Frage schlechthin zu verneinen, da Gegenstand des Gründungsvertrages, auch wenn er als öffentlicher Vertrag gelten könnte, die Gründung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist. Nun gingen allerdings die Kantone im Vertrag und in den Statuten Bindungen ein über ein Regalrecht. Da dieses Regalrecht die Salzversorgung des Landes monopolisiert, wird über eine Verwaltungssache von allgemeiner Bedeutung in Vertragsform legiferiert. Es kommt dazu, daß sich die Kantone in Art. 6 der Statuten verpflichten, ihren gesamten Bedarf an Speise-, Industrie-, Vieh- und Gewerbesalz sowie Sole ausschließlich bei der Gesellschaft und zu dem vom Verwaltungsrat für alle in gleicher Weise festgesetzten Preise zu beziehen¹³¹. Diese Materie hätte sonst in kantonalen Erlassen über das Salzregal geregelt werden müssen. Solche Erlasse betreffen nunmehr bloß die Abgabe an Dritte und das kantonale Bewilligungsverfahren, nicht aber die Preisgestaltung. Jedenfalls sind die Bezugsmöglichkeiten und die fiskalische Verwertung des Regals durch den Vertrag der kantonalen Gesetzgebung entzogen. Da die Bundesgenehmigung kein Gültigkeitserfordernis für das Konkordat bildet, ist die Frage höchstens im Hinblick auf die Wahrung kantonaler Rechte der Stimmbürger von praktischer Bedeutung in jenen Kantonen, wo das Konkordat der Volksabstimmung unterliegt. Es bleibt darüber hinaus eine staats- und wirtschaftsrechtliche Frage, ob interkantonale Vereinigungen unter Umständen Konkordate sind¹³².

Im übrigen kann die privatrechtliche Organisationsform der Rheinsalinen AG. nicht beanstandet werden. Sie drängt sich bei allen solchen interkantonalen wirtschaftlichen

¹³⁰ Id., S. 162.

¹³¹ Gesellschaftsrechtlich begründet diese Bestimmung eine einfache Gesellschaft, vgl. Hug, a. a. O.

¹³² So nimmt Binder, Aarg. El.-Werk, S. 136, an, der Gründungsvertrag vom 22. April 1914 der Nordostschweizerischen Kraftwerke AG. sei, weil er die Verstaatlichung der Energiewirtschaft im Gebiet der beteiligten Kantone bezweckt habe, eine interkantonale Vereinbarung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 BV.

Zweckvereinigungen auf, zumal wenn, wie hier auch, die kapitalmäßige Beteiligung verschieden groß ist. Würde öffentliches Recht gewählt, so müßte zumindest die Geschäftsstelle dem öffentlichen Recht des Kantons der Geschäftsniederlassung unterstellt werden, was unzweckmäßig wäre. Sonst könnte zweifellos das Ziel der öffentlichen Aktiengesellschaft auch in reiner Konkordatsform erreicht werden. Es ist aber augenfällig, daß die Aktiengesellschaft, zumal wenn ein Produktionsbetrieb damit verbunden ist, in jeder Hinsicht den angestrebten öffentlichen Zweck juristisch und wirtschaftlich besser und reibungsloser erreichen läßt als eine öffentlich-rechtliche Lösung.

2. Das sogenannte Wasserregal ist nicht einheitlicher Natur. Das kantonale Wasserrecht ist seiner juristischen Durchbildung nach verschieden; teils beruht es auf dem Eigentum an den öffentlichen Gewässern, teils nur auf der allgemeinen Gewässer- und Gebietshoheit des Staates¹³³. Da alle Kantone die Wasserkräfte fiskalisch ausnutzen¹³⁴, liegt zumindest die Möglichkeit einer monopolistischen Ausgestaltung vor, was die Behandlung im vorliegenden Zusammenhang rechtfertigt.

Nach Art. 2 des BG vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte bestimmt das kantonale Recht, welchem Gemeinwesen die Verfügung über die Wasserkraft der öffentlichen Gewässer zusteht. Die Zuständigkeit des Kantons selbst bildet die Regel¹³⁵, wobei aber die Ausnützung der Wasserkraft durch eigene kantonale

¹³³ Vgl. Liver, a.a.O., S. 8; ferner Fehr, Die rechtliche Ordnung der Elektrizitätsversorgung, ZSR n.F. 46 (1927) (Referat Juristentag 1927); Weber, Das faktische Monopol der Gemeinden auf dem Gebiete der Elektrizitätsversorgung, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung Bd. 43 (1942), S. 121 ff.

¹³⁴ Vgl. Liver, a.a.O., S. 8; er bezeichnet die Wasserkraft als ein Fiskalgut erster Ordnung, wobei aber die öffentlichen Interessen viel stärker betont seien als beispielsweise im Bergrecht.

¹³⁵ Außer in Graubünden und Wallis (ohne Rhone und Genfersee), wo das Wasserregal den Gemeinden zusteht; Schwyz erklärt die Bezirke als berechtigt.

Wasserwerke die Ausnahme geblieben ist. Eine Verstaatlichung fand nur in den Kantonen Freiburg und Nidwalden statt¹³⁶. Andere kantonale Werke beschränken sich zur Hauptsache auf die Elektrizitätsverteilung und den Zwischenhandel ohne Monopolstellung, wobei Rechtsgrundlage die allgemeinen Wohlfahrtsbestimmungen der kantonalen Verfassungen oder spezielle Kompetenznormen bilden¹³⁷. Die Elektrizitätserzeugung erfolgt in großem Stil durch interkantonale Unternehmen auf dem Konzessionswege.

Die konzessionierten Unternehmungen sind in der Mehrzahl öffentliche und gemischtwirtschaftliche¹³⁸. Die meisten kantonalen Wasserrechtsgesetze pflegen bei der Konzessionsvergebung die Gemeinwesen vor Privatunternehmungen zu bevorzugen¹³⁹. Die gemischtwirtschaftliche Form überwiegt. Der Grund liegt im großen Kapitalbedarf, in der Risikoverteilung und in technischen Umständen begründet. Fiskalischen Überlegungen sind durch die eidgenössische Gesetzgebung Schranken gesetzt. Sie enthält bindende Vorschriften, um die Wahrung öffentlicher Interessen zu sichern, besonders in Art. 41, wonach bei mehreren Bewerbern demjenigen der Vorzug gebührt,

¹³⁶ Loi sur les Entreprises électriques fribourgeoises vom 9. Mai 1950 und Gesetz vom 29. April 1934 betr. Eigenversorgung von Nidwalden mit elektrischer Energie.

¹³⁷ So die Elektrizitätswerke der Kt. Zürich, Basel-Stadt, Schaffhausen, Aargau und Thurgau.

¹³⁸ Eine Darstellung der größeren gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen findet sich bei Jüngling, GWU El. Wirtschaft, S. 83 ff., darunter die S.A. L'Energie de l'Ouest Suisse (EOS); sie stützt sich auf die Angaben der Statistik der Elektrizitätswerke der Schweiz 1944; vgl. jetzt Führer durch die schweiz. Wasser- und Elektrizitätswirtschaft, 1949. Für die öffentlichen Elektrizitätsunternehmungen des Privatrechts vgl. die Statistik 1949; die bedeutendsten sind die Bernischen Kraftwerke AG., die St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG. und die Nordostschweizerische Kraftwerke AG. Außer der AG. ist als Rechtsform auch die Genossenschaft vertreten (z.B. Elektra Birseck).

¹³⁹ Vgl. Hinweise bei Jüngling, a. a. O., S. 81.

dessen Unternehmung dem öffentlichen Wohl in größerem Maße dient, und Art. 48 Abs. 2, wonach die Leistungen des Konzessionärs die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren dürfen. Wie schon das Eisenbahnstimmrechtsgesetz hat auch das Wassernutzungsgesetz von 1906 durch seine zwar nur fakultativen Vorschriften über die Beteiligung der verleihenden Gemeinwesen an der Verwaltung (Art. 55 lit. c) dem Aufkommen gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen entscheidende Impulse vermittelt, ohne daß damit fiskalische Motive verbunden gewesen wären. Im Gegenteil stellt die Stimmrechtsvorschrift auch hier eine Garantie zur Wahrung gesamtwirtschaftlicher Interessen bei der Nutzbarmachung der Wasserkräfte dar. Die mögliche Beteiligung des Gemeinwesens am Gewinn (Art. 55 lit. c in fine) wird durch die Generalklausel des Art. 39 begrenzt: bei der Verleihung ist das öffentliche Wohl und die wirtschaftliche Ausnützung des Gewässers *suprema lex*. Eine Begrenzung liegt auch in der gesetzlichen Fixierung der höchstzulässigen Wasserzinse¹⁴⁰. Daß die Konzessionsdauer von Bundes wegen auf 80 Jahre befristet ist, will nicht heißen, daß die Werke nachher verstaatlicht werden und daß die gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmen insofern nur eine Vorbereitung der Verstaatlichung seien. Das spätere Schicksal der konzessionierten Unternehmen hat mit der Rechtsform nichts zu tun.

Anders als bei der Eisenbahngesetzgebung sind im Gebiete des Wasserregals die konzessionierten Unternehmen öffentliche oder gemischtwirtschaftliche Gesellschaften im Sinne von Art. 762 oder 926 OR. Ein spezielles gesellschaftsrechtliches Aufsichtsrecht der verleihenden Gemeinwesen besteht nicht. Die Kantone sind bundesrechtlich nicht befugt, sich die Genehmigung der Gesellschafts-

¹⁴⁰ Vgl. jetzt BG vom 20. Juni 1952 betr. die Abänderung des BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (BBl 1952 II 381); der Wasserzins darf jährlich Fr. 10.— für die Bruttoferdekraft nicht übersteigen.

statuten vorzubehalten. Die Aufsicht ist eine rein konzessionsrechtliche. Sonst müßte das Unternehmen die Voraussetzungen des Art. 763 oder 829 erfüllen, das heißt eine kantonalrechtliche Aktiengesellschaft oder öffentlich-rechtliche Genossenschaft sein.

3. Ein anderes Gebiet beschlägt die Monopolisierung der Elektrizitätsverteilung kraft der kantonalen Straßenhoheit. Es dürfte heute wohl unbestritten sein, daß Art. 46 Abs. 3 des BG vom 24. Juni 1902 betr. die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen¹⁴¹ ein Kantonsmonopol für die Fortleitung, Verteilung und Abgabe von elektrischer Energie nicht ausschließt¹⁴².

III. Die Gemeindemonopole, die durchwegs faktischer Natur sind¹⁴³, werden in Form öffentlicher Anstalten, sogenannter Gemeindebetriebe, geführt. Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke sowie Verkehrsbetriebe sind monopolisiert auf Grund der Verfügungsbefugnisse über das öffentliche Gemeindееigentum. Dazu gehören auch mit den Monopolen nur indirekt verbundene Gewerbebetriebe, wie Installations- und Verkaufsgeschäfte. Als Polizeimonopol kann die ausschließliche Benutzung kommunaler Schlachthöfe ausgestaltet sein. Die Zulässigkeit gewisser Monopol-

¹⁴¹ Die Vorschrift schützt die Gemeinden vor der Mitbenützung ihres öffentlichen Eigentums für Einrichtungen zur Abgabe elektrischer Energie innerhalb der Gemeinde, *Bereinigte Sammlung* Bd. 4, S. 776.

¹⁴² Vgl. die überzeugenden Darlegungen von Ruck, *Das faktische Monopol im schweiz. Elektrizitätsrecht*, in *Festgabe Goetzinger* 1935, S. 233 ff. Die Vorschrift schafft kein rechtliches Verteilungsmonopol für die Gemeinden innerhalb ihres Gebietes, sondern begründet nur einen Vorrang der Gemeinden «zum Schutze ihrer berechtigten Interessen» auf die exklusive Benutzung ihres öffentlichen Eigentums für Einrichtungen zur Abgabe elektrischer Energie. Das kantonale Recht kann kraft der Gebietshoheit der Kantone diesen Vorrang beseitigen. — Die Bestimmung dürfte die unökonomische Trennung von Elektrizitätsproduktion und Elektrizitätsverteilung begünstigt haben (Jüngling, a. a. O., S. 79).

¹⁴³ Mit Ausnahme der Wasserregale in einigen Kantonen.

praktiken der Gemeinden im Hinblick auf die kantonale und eidgenössische Garantie der Handels- und Gewerbe-freiheit ist anfechtbar¹⁴⁴. Beschränkungen ergeben sich auf Grund der kantonalen Gesetzgebung, die jedoch in der Regel keine Vorschriften über die kommunale Wirtschaftstätigkeit enthält, so daß die allgemeinen Grundsätze über die Gemeindeautonomie gelten.

Soweit überblickbar, dürfte die privatrechtliche Form gemeindlicher Monopolbetriebe eine seltene Ausnahme bilden, wohl überhaupt nicht vorkommen.

IV. Das Monopol ist die klassische Grundlage der öffentlichen Wirtschaft. Ob es in eigener Regie genutzt oder an Dritte durch Konzession übertragen werde, es bildet stets das Kernstück des öffentlichen Unternehmensrechtes. Die heutige Auffassung vom Wesen der Verwaltung kann den Monopolen und Regalen nicht mehr fiskalisches Wesen zubilligen. Die eidgenössische Gesetzgebung hat der Monopolpraxis schon längst einen modernen Charakter aufgeprägt. Erfolgt in diesem Rahmen die Nutzung auch noch fiskalisch, so ist das vollauf berechtigt. Die Unternehmensform ist dafür fast unwichtig. Wo die privatrechtliche Organisation gewählt wurde, lagen berechtigte Gründe vor. Eine unzulässige Mehrung öffentlicher Wirtschaftsmacht war damit nicht verbunden. Die Würfel sind überall mit dem Entscheid über die prinzipielle Intervention gefallen. Wo effektive Übermarchungen vorkommen, wie beim Installationsmonopol und bei kommunalen Verkaufsbetrieben, sind öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen beteiligt.

¹⁴⁴ Vgl. S. 111a hievor. Dazu ist auch der oft stark fiskalische Einschlag der kommunalen Elektrizitätsunternehmen zu rechnen. Die meisten Unternehmen betreiben ausschließlich den Energie-zwischenhandel (Jüngling, a.a.O., S. 79 zählt Ende 1945 506 Gemeinde-Elektrizitätswerke ohne eigene Produktionsanlagen). Wo kantonale Elektrizitätswerke bestehen, die ebenfalls nur Energie vermitteln, sind kommunale Betriebe ebenfalls fragwürdig, vgl. Binder, Aarg. El.-Werk., S. 131.

Bedenklich mag die Konzentration großer wirtschaftlicher Interessen in der Hand öffentlicher Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation erscheinen, wie sie in den interkantonalen Elektrizitätswerken vorliegen. Hier wird in beträchtlicher Unabhängigkeit Verwaltungswirtschaft ausgeübt. Die Diskrepanz zur Eisenbahngesetzgebung ist auffällig. Doch ist dieser Zustand durch die traditionelle kantonale Hoheit auf diesem Regalgebiet bedingt, und es ist Sache der kantonalen Gesetzgebung, die parlamentarische und verwaltungsmäßige Aufsicht zu ordnen.

B. Welcher Unternehmensformen haben sich, soweit sich nach der Natur der Sachen eine solche Frage überhaupt stellen kann, die wirtschaftspolitischen Maßnahmen zu bedienen, welche die freie Erwerbstätigkeit fördern, das heißt die wohlfahrtsstaatlichen Maßnahmen?

I. Der Bund hat in Art. 31bis Abs. 2 der neuen Wirtschaftsartikel umfangreiche Kompetenzen erhalten, Maßnahmen zu treffen «zur Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe». Sie beziehen sich auf Gewerbe, Handel, Industrie, Landwirtschaft und Fremdenverkehr¹⁴⁵. Auch andere Verfassungsvorschriften enthalten wirtschaftspolitische Kompetenzen dieser Art¹⁴⁶.

Die Wohlfahrtsgesetzgebung bedient sich zur Hauptsache der Subventionen, der handelsvertraglichen Vereinbarungen, der Förderung der Berufsbildung, der Exportrisikogarantie, der polizeilichen Beaufsichtigung von Privatunternehmungen, deren Tätigkeit allgemeine Interessen berührt, wie der Banken und Versicherungsgesellschaften, steuer- und zollrechtlicher Maßnahmen und ähnlicher Formen. Es liegt auf der Hand, daß eine eigentliche Unternehmertätigkeit der Verwaltung hiefür nicht in Betracht fallen kann, da dies ohne Beeinträchtigung der Handels- und Gewerbefreiheit kaum geschehen könnte. Wo organi-

¹⁴⁵ Schürmann, Wirtschaftsartikel, S. 10.

¹⁴⁶ Vgl. id., a. a. O., S. 3/4.

satorische Einrichtungen, auch selbständige Körperschaften, geschaffen werden, beziehen sie sich auf das kulturelle Gebiet, nicht auf das Wirtschaftsleben, fallen also außerhalb des Unternehmensrechtes.

Die auf Förderung der Volkswirtschaft zielenden Kompetenzbestimmungen der BV zugunsten des Bundes wären in ihrer Tragweite schwer abzuschätzen ohne die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit als Gegengewicht. Diese Garantie schließt jede wirtschaftliche Tätigkeit des Bundes in unternehmender Form aus, sofern nicht eine der speziellen, qualifizierten Voraussetzungen zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit erfüllt ist. Auch die geplanten Vorschriften zu einem BG über Arbeitsbeschaffung und Krisenvorsorge werden sich nur an die privaten Unternehmen wenden können, nicht aber staatseigene Unternehmungen oder kapitalmäßige Beteiligungen der öffentlichen Hand an privaten Unternehmungen als Mittel der Konjunkturpolitik vorsehen dürfen.

Zurzeit sind einzig zu nennen:

1. Die Eidgenössische Darlehenskasse ist ein Institut des Krisenrechtes, wird möglicherweise aber im ordentlichen Recht verankert¹⁴⁷, wobei die Verfassungsgrundlage allerdings zweifelhaft sein wird. Der Bund besitzt keine Kompetenz, außer im Falle der Nationalbank, eigene Bankinstitute zu betreiben. Auch das Bedürfnis nach einem solchen Institut, das schon seit längerem keinen namhaften Geschäftsverkehr mehr pflegt, ist zu verneinen. Die Kasse ist durch einen dringlichen BB vom 8. Juli 1932 errichtet und mit eigener juristischer Persönlichkeit ausgestattet worden¹⁴⁸, ist aber ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen der Bundesspezialgesetzgebung mit ausschließlich öffentlichem Charakter. Am sogenannten Garantiefonds sind die Banken und andere private Unter-

¹⁴⁷ Vgl. Bemerkungen im Bericht der Bundeskanzlei vom 4. November 1949 über die dringlichen Bundesbeschlüsse.

¹⁴⁸ Bereinigte Sammlung Bd. 10, S. 436.

nehmen beteiligt (Art. 3). Der Verwaltungsrat wird durch den Bundesrat ernannt (Art. 10).

2. Die Schweizerische Schleppschiffahrtsgenossenschaft Basel, an der sich der Bund im Juni 1932 beteiligt hat, nicht auf Grund der Schifffahrtshoheit, sondern aus allgemeinen volkswirtschaftlichen Gründen, ist, bedingt durch die Revision des OR, von einer privaten Genossenschaft zu einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft (Schweizerische Reederei AG.) geworden.

Die Bundesbeteiligung beläuft sich auf 1,5 Millionen Franken und war von der Einräumung einer Vertretung im Verwaltungsrat abhängig gemacht worden¹⁴⁹. Die wirtschaftspolitischen Gründe waren ähnliche, wie sie sich später bei der Swissair ergaben¹⁵⁰.

3. Durch die Bundesgesetzgebung der dreißiger Jahre sind die Kreditkassen mit Wartezeit¹⁵¹ einer besonderen Bundesaufsicht unterstellt worden; die Statuten und Geschäftspläne bedürfen der Genehmigung des Bundes. Die Ordnung ist eine mehr gewerbepolizeiliche. Eine Vertretung des Bundes in den Organen fiel außer Betracht. Es handelt sich daher nicht um gemischtwirtschaftliche Unternehmungen.

Nach dem BG vom 25. Juni 1930 über die Ausgabe von Pfandbriefen¹⁵² ist der Bundesrat befugt, einen Vertreter der Grundpfandschuldner in den Verwaltungsrat der beiden zur Ausgabe von Pfandbriefen ermächtigten Institute ab-

¹⁴⁹ Vgl. BB vom 17. März 1932 über die Beteiligung des Bundes an der Schweiz. Schleppschiffahrtsgenossenschaft Basel, *Bereinigte Sammlung* Bd. 7, S. 478.

¹⁵⁰ Vgl. Botschaften vom 29. Mai 1931 und 15. Februar 1932 (BBl 1931 I 661; 1932 I 277) und zit. Botschaft vom 10. April 1953 über die Organisation des schweiz. Luftverkehrs, BBl 1953 I 760 und dortige Hinweise.

¹⁵¹ Vgl. BB vom 29. September 1934 und VO vom 5. Februar 1935 über die Kreditkassen mit Wartezeit, *Bereinigte Sammlung* Bd. 10, S. 411 ff.

¹⁵² Vgl. *Bereinigte Sammlung* Bd. 2, S. 752; ferner Erb, GWU Banken S. 161 ff.

zuordnen. Die Statuten schließen jede Erwerbsabsicht aus. Die Aufsicht ist eine gewerbepolizeiliche.

In den dreißiger Jahren kam es im Zusammenhang mit Sanierungsmaßnahmen, wiederum aus öffentlichen Gründen, zur vorübergehenden Beteiligung des Bundes an zwei Privatbanken, der Schweizerischen Diskontbank (Aktiengesellschaft) und der Schweizerischen Volksbank (Genossenschaft)¹⁵³. Trotz der Beteiligung des Bundes in den Verwaltungsorganen der Gesellschaften führten die Maßnahmen nicht zu eigentlich gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen. Es handelte sich um eine in unternehmensrechtlicher Form erfolgende Sanierung von völlig temporärem Charakter. Zu einer dauernden Beteiligung hätte dem Bund die verfassungsmäßige Kompetenz gefehlt. Die Beteiligungen sind in beiden Fällen bereits liquidiert¹⁵⁴.

II. Den Kantonen ist in den neuen Wirtschaftsartikeln ein weiter Bereich wirtschaftspolitischer Tätigkeit eingeräumt. Sowohl in Art. 31 Abs. 2 als auch in Art. 31ter Abs. 2 ist ihnen die Förderung der kantonalen Volkswirtschaft gesetzgeberisch überlassen. Soweit nicht Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit in Frage stehen, sind sie im Sinne des Art. 31ter Abs. 2 «kraft eigenen Rechtes» befugt, gesetzgeberisch tätig zu sein. Die Förderung der kantonalen Volkswirtschaft ist in den meisten Kantonsverfassungen von alters vorgesehen. Schranken bilden die eigenen Vorschriften des kantonalen Staatsrechts über die Wirtschaftsfreiheit und das Wirtschaftsverfassungsrecht des Bundes. So werden als kantonale Aufgaben wirtschaftlicher Art bezeichnet¹⁵⁵ die Förderung von

¹⁵³ Vgl. BB vom 13. April 1933 (AS 1933, S. 255) und 8. Dezember 1933 (AS 1933, S. 975); die Einzelheiten siehe bei Erb, GWU Banken S. 20 ff.

¹⁵⁴ Die Diskontbank mußte 1934 liquidiert werden, während die Beteiligung des Bundes an der Volksbank von ursprünglich 100 Millionen Fr. sukzessive (bis 1949) zurückbezahlt oder in Privathände umgelagert wurde, vgl. Schweiz. Finanzjahrbuch 1952, S. 119.

¹⁵⁵ Nachweise bei Giacometti, Staatsrecht der Kantone, 1941, S. 54.

Landwirtschaft, Gewerbe und Handwerk, von Handel und Industrie, die Förderung des Kreditwesens und des Versicherungswesens und die Versorgung mit elektrischer Energie. Hier liegt die große Einfallspforte für die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand in der Schweiz, unter anderem auch in der Form öffentlich-rechtlicher oder privater Unternehmen. Soweit Monopole in Frage stehen, ist hier nicht mehr davon zu reden. Das große Ausmaß der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit in der Schweiz stützt sich auf die Befugnisse wohlfahrtsstaatlicher Art im allgemeinen. Als bedeutsamste und auffälligste Erscheinungen sind das öffentliche Bankwesen und die öffentliche Elektrizitätswirtschaft zu nennen.

Die Tragweite der kantonalen Verfassungsbestimmungen für wirtschaftspolitische Interventionen der Kantone nicht konkurrenzbeschränkender Art kann im einzelnen nicht allgemein umschrieben werden. Dogmatisch kann nur eine sehr differenzierte Auslegung der Handhabung der kantonalen und eidgenössischen Grundsätze über die Handels- und Gewerbefreiheit einer Aushöhlung der Privatwirtschaft und der freiheitlichen Wirtschaftsordnung wehren. Auch die Bedeutung der kantonalen Vorschriften über wirtschaftsfördernde Maßnahmen bedarf einer subtileren Abgrenzung, als sie gemeinhin geschieht. Der allgemeine Staatszweck, wie ihn die kantonalen Vorschriften umschreiben, berechtigt ebensowenig zur staatlichen Unternehmer-tätigkeit wie die entsprechenden Vorschriften der BV (Art. 2 und 31 bis Abs. 1 BV). Man wird sodann die Grundsätze über wirtschaftspolitische Eingriffe auch auf das kantonale Wirtschaftsrecht übertragen müssen, so den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Konformität. Beispielsweise wird die Gründung neuer öffentlicher Bankinstitute, auch in privatrechtlicher Form, heute in der Regel nicht mehr als angemessene Vorkehr gelten können. Die meisten entsprechenden Bestimmungen der Kantone gehen auf Zeiten zurück, da das Kreditwesen noch wenig entwickelt war. Der allgemein subsidiäre Charakter staat-

licher Wirtschaftstätigkeit ist zu respektieren, und zwar nicht als bloß politisches, sondern als wirtschaftsverfassungsrechtliches, in der Handels- und Gewerbefreiheit begründetes Prinzip. Wenn das große Ausmaß der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit, besonders auch in der Form der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen des Privatrechts, als Positivum gewürdigt wird, wie das einläßlich in der Botschaft des Bundesrates vom 14. Oktober 1946 zur Initiative «Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit» geschehen ist¹⁵⁶, so findet eine solche Entwicklung doch ihre Schranken in der allgemeinen Wirtschaftsordnung.

Das kantonale Unternehmensrecht nicht monopolistischer Art muß in diesem Betracht als weithin abgeschlossen gelten. Es ist im wesentlichen historisch erklärbar. Neue öffentliche Unternehmungen und Beteiligungen könnten nur ausnahmsweise als zulässig gelten, die Umwandlung bestehender öffentlicher Werke in andere Rechtsformen vorbehalten¹⁵⁷. Unternehmen zur Entwicklung neuer, risikoreicher und kapitalintensiver Industriezweige von nationaler Bedeutung, zum Beispiel militärwirtschaftlicher Art oder zur industriellen Ausnützung neuer Formen der Naturkraft (Atomenergie usw.), sind wohl nur auf Bundesebene denkbar.

1. Wirtschaftlich und rechtlich am bedeutungsvollsten sind, neben den Elektrizitätswerken und -beteiligungen der Kantone, die Kantonalbanken und ähnliche Kreditinstitute. Sie sind in den meisten Kantonen als öffentliche Anstalten des kantonalen Rechts (Art. 59 ZGB) organisiert. Nur drei Institute weisen privatrechtliche Form auf, nämlich die Zuger Kantonalbank, die Banque Cantonale Vaudoise und der Crédit Foncier Vaudois.

Der wohlfahrtsstaatliche Charakter dieser Unternehmen gelangt zum Teil in den Verfassungsbestimmungen selbst

¹⁵⁶ BBl 1946 III 825.

¹⁵⁷ Es wäre z.B. möglich, neue Überlandstraßen in die Form öffentlicher Anstalten, auch des privaten Rechts, zu kleiden.

zum Ausdruck. Auch in den Materialien und den Statuten ist von einer «uneigennützigen Tätigkeit» der öffentlichen Banken die Rede¹⁵⁸. Doch waren auch fiskalische Gründe beim Aufbau des staatlichen Bankwesens beteiligt.

Die Entwicklung der Rechtsformen bestätigt die auch in andern Wirtschaftszweigen feststellbare Tatsache, daß die Verwendung privatrechtlicher Organisationen keineswegs Ausdruck einer modernen Auffassung ist noch daß die Verwaltung zur Mehrung ihrer Einflußmöglichkeiten in neuerer Zeit zu solchen Rechtsformen gegriffen hat. Sie ging vielmehr auch im Bankwesen ihre besonderen Wege, und es hat jedes Institut seine eigene, durch die kantonalen Verhältnisse bedingte Geschichte. Im allgemeinen ist im Bankwesen eine Abkehr von der privaten, hauptsächlich gemischtwirtschaftlichen Rechtsform zugunsten der öffentlich-rechtlichen Anstalt festzustellen¹⁵⁹. Diese Entwicklung hängt damit zusammen, daß sich die anfänglich gemischtwirtschaftlichen Banken zu stark von Erwerbsinteressen leiten ließen und das Aufsichtsrecht zu wenig ausgebaut oder zu wenig wirkungsvoll war. Auch bei den aktienrechtlichen Kantonalbanken ist der staatliche Einfluß in den maßgebenden Organen sichergestellt. Irgendein Unterschied in der Zwecksetzung dieser beiden Institute gegenüber den Staatsbanken ist nicht vorhanden. Sie gelten denn auch als Kantonalbanken im Sinne des Bankengesetzes.

Die Kantonalbanken haben nach ihren Statuten volkswirtschaftliche und soziale Aufgaben zu erfüllen. Der Reingewinn ist zum Teil für öffentliche gemeinnützige Zwecke gebunden. Auch die Aufgaben im Interesse der Staatsverwaltung können nicht als fiskalische gelten (Mitwirkung

¹⁵⁸ Vgl. Obrecht, Über die Rechtsnatur der schweiz. Kantonalbanken, Diss. Zürich 1936, S. 19; Erb, GWU Banken, S. 100.

¹⁵⁹ Vgl. die Einzelheiten bei Obrecht, a. a. O., S. 28 ff.; ferner Erb, a. a. O., S. 2 ff; Lang, Die Rechtsstellung der schweiz. Kantonalbanken im Verkehr mit Rücksicht auf ihre rechtliche Organisation, Diss. Zürich 1935, S. 5 ff.

bei der Finanzverwaltung, Besorgung des Geldverkehrs der Staatskasse usw.). Daß die Kantonalbanken einen regelmäßigen Gewinn erzielen und diesen Gewinn nicht fortlaufend durch Zinssenkung dem Publikum zugute kommen lassen, hängt mit der besonderen Natur des Bankgeschäftes zusammen. Die Banken haben sich notwendigerweise an die allgemeinen Bedingungen des Kapitalmarktes zu halten. Volkswirtschaftliche Gründe verlangen das. Eine Bankpolitik, die die Zinsgestaltung vom Geschäftsgang einzelner Institute abhängig machen würde, wäre volkswirtschaftlich unhaltbar und für das betreffende Institut, auch wenn es in seiner Tätigkeit territorial begrenzt ist, ruinös. Die Kantonalbanken können nur in ihrer Gesamtheit — sie sind ja in einen Verband zusammengeschlossen — auf die schweizerische Kreditpolitik im Sinne wohlfahrtsstaatlicher Intentionen Einfluß nehmen¹⁶⁰. Die Problematik der Kantonalbanken liegt nicht in der Gewinnerzielung, sondern in ihrer Existenz. Aber auch diese Problematik ist eine historische, keine verfassungsrechtliche. Sollte der Kanton Genf, der keine eigentliche Kantonalbank kennt, heute noch ein solches Institut gründen wollen, so könnte ihm das nicht verwehrt werden.

Da alle Staatsbanken das Dotationskapital zu verzinsen haben, liegt ihre Privilegierung gegenüber den gemischtwirtschaftlichen Instituten lediglich in der Steuerbefreiung. Diese Steuerbefreiung muß sich, soll sie im Hinblick auf Art. 4 BV begründet sein, als zusätzliche Garantie für ihre öffentlichen Zwecke auswirken.

¹⁶⁰ Die Praxis geht zuweilen offenbar über diesen Rahmen hinaus, so wenn neuere Geschäftsreglemente die Tendenz erkennen lassen, die Institute dem Typus der Handelsbank anzunähern, z.B. durch die Förderung der Blankokredite an Industrieunternehmen. Das öffentliche Bankwesen dem privaten Sektor deshalb zuzuweisen, weil, wie Steinemann, Die Volkswirtschaft in der Neuen Schweiz, 1947, S. 100, glaubt, «die meisten kantonalen Banken von absolut privatwirtschaftlich eingestellten Direktoren und größtenteils ebensolchen Bankräten geleitet werden», geht rechtlich trotzdem nicht an.

Die gemischtwirtschaftlichen Kantonalbanken sind Aktiengesellschaften im Sinne des Art. 763 OR; sie erfüllen die dort genannten Voraussetzungen. Für die Waadtländische Bank, bei der eine subsidiäre Haftung des Kantons fehlt, schafft Art. 763 Abs. 2 Recht. Die Gewinnverteilung ist im Falle der Zuger Kantonalbank durch die Kantonsverfassung geregelt. Dieser Umstand unterstreicht den öffentlichen Charakter auch der als Aktiengesellschaften tätigen Kantonalbanken. Es handelt sich um kantonalrechtliche Aktiengesellschaften, genauer um Aktiengesellschaften des kantonalen Wirtschaftsrechtes, für die das Bundeszivilrecht auch nicht subsidiär gilt oder dann nur kraft kantonalen Verweisung. Ihre Organisation ist gesetzlich oder durch öffentlichen Vertrag festgelegt¹⁶¹.

2. Beruht die Beteiligung eines Gemeinwesens an Produktions- und Verteilungsanlagen der Elektrizitätswirtschaft nicht auf dem Wasserregal, sondern erfolgt sie in Wahrung eines gemeinnützigen Zweckes, dann liegt ein wohlfahrtsstaatliches Unternehmen vor. Das trifft zu für die meisten kantonalen Elektrizitätswerke. Sie erzeugen nicht Elektrizität, sondern sind Zwischenhändler; die Elektrizität wird von Dritten gekauft. Allerdings sind sie zumeist an interkantonalen Produktionsunternehmen, die ihrerseits gemischtwirtschaftliche oder öffentliche Unternehmungen des Privatrechts sind, beteiligt. Ihr Zweck liegt in der Versorgung der Kantonseinwohner mit elektrischer Energie. Kann der Kanton die Straßenhoheit an

¹⁶¹ Für die Einzelheiten muß auf die Literatur verwiesen werden. Zur Zuger Kantonalbank insbesondere auch Denkschrift zum 10jährigen Bestehen, 1941. Die Auffassungen über die Rechtsnatur der Kantonalbanken, soweit sie gemischtwirtschaftlich organisiert sind — ob sie öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Unternehmen seien — ist umstritten; vgl. Erb, a. a. O., S. 58 ff. und die Nachweise bei Heußner, Flucht des Gemeinwesens, S. 103. Die Frage ist ohne praktische Bedeutung, weil sich die einzelnen Rechtsverhältnisse auf Grund der Spezialgesetzgebung beantworten lassen. Der Charakter aller kantonalrechtlichen Unternehmungen ist komplex.

sich ziehen, dann kann sich das kantonale Elektrizitätswerk eine faktische Monopolstellung für die Verteilung und Abgabe der Energie verschaffen. Faktische Monopole besitzen auch interkantonale Produktionsgesellschaften, die indes Konzessionen brauchen und daher in den dortigen Zusammenhang gehören. Es ist je nach dem kantonalen Gemeinderecht auch möglich, daß die Gemeinden verhalten werden können, die Elektrizität beim kantonalen Werk zu beziehen.

Die Rechtsgrundlage solcher Werke bilden kantonale Verfassungsvorschriften. Auch diese Gebilde sind letztlich nur historisch zu erklären. Bei solchen staatlichen Tätigkeiten waren ursprünglich echte volkswirtschaftliche Motive — Versorgung der gesamten Bevölkerung, auch in abgelegenen Gebieten, mit Elektrizität — maßgebend. Die Versorgung des Landes mit einem wirtschaftlichen Gut ist dadurch möglicherweise beschleunigt worden. Viele Kantone überließen das der Gemeindeinitiative. Die kantonalen Gründungsgesetze bemühen sich, fiskalische Gesichtspunkte hintanzuhalten und den gemeinnützigen Charakter solcher Werke zu sichern. Daß tatsächliche Gewinne erzielt werden, braucht, wie bei den Kantonalbanken, diesen Zweck nicht ohne weiteres in Frage zu stellen. Eine weitere Garantie liegt in der Rechtsnatur dieser Unternehmungen. Sie sind meist öffentliche Anstalten unter staatlicher Aufsicht. Doch findet sich auch die private Genossenschaftsform und die öffentliche Aktiengesellschaft¹⁶². Der Gesellschaftszweck ist gewöhnlich sehr allgemein umschrieben und erstreckt sich außer auf die Verteilung und Abgabe von Elektrizität auch auf deren Erzeugung und auf Beteiligungen.

3. Als weitere öffentliche wirtschaftliche Unternehmen der Kantone fallen in Betracht die Beteiligung an gewerblichen und landwirtschaftlichen Organisationen, wie Bürgschaftsgenossenschaften, Bauernhilfskas-

¹⁶² Vgl. die Behandlung der einzelnen öffentlichen Unternehmen des Privatrechts bei Gerber, Öffentliche Unternehmung, S.195 ff.

sen, Markthallen¹⁶³ und dergleichen, ferner an regionalen Flugplatzunternehmen, hauptsächlich aber an kulturellen Organisationen¹⁶⁴. Das wirtschaftliche Moment ist hier überall, auch wenn die Betriebe in kaufmännischer Form geführt werden, von geringer Bedeutung. Regelmäßig bildet eine Subventionierung mit dem Recht der Vertretung in den Gesellschaftsorganen die Grundlage. Zum Teil haben die Kantone Rahmengesetze über die Förderung der kantonalen Volkswirtschaft, besonders die Einführung neuer Industrien, erlassen¹⁶⁵.

III. Kommunale Wirtschaftsunternehmen nicht-monopolistischer Art sind zulässig nach Maßgabe des kantonalen Gemeinderechtes.

Die Gesetzgebung sagt hierüber wenig aus. Da die meisten kommunalen Betriebe Monopolunternehmen sind und zahlreiche andere kulturpolitischen Zwecken dienen, ist der Kreis der eigentlichen wohlfahrtsstaatlichen Unternehmungen eher beschränkt. Zu nennen sind lokale Bankinstitute. Sie sind als öffentliche selbständige Anstalten des Gemeinderechtes und als privatrechtliche Unternehmen des Aktien- und des Genossenschaftsrechtes organisiert¹⁶⁶. Die Problematik ist die gleiche wie bei den analogen kantonalen Unternehmen. Die Beteiligung an Wohnbaugenossenschaften verfolgt gemeinnützige Zwecke. Sie dient zur Hauptsache der Sicherung der Subventionen¹⁶⁷. In geringem Umfange bestehen auch Beteiligungen an indu-

¹⁶³ Vgl. z. B. Statuten der Markthallen AG. Basel vom 4. November 1938. Eine aufschlußreiche Zusammenstellung vermittelte die Staatskanzlei des Kt. Waadt (dat. 18. März 1953).

¹⁶⁴ Wofür auch die Rechtsform der Stiftung Anwendung findet, z. B. Stiftung Kinderspital in Basel, Statuten vom 31. Januar 1936.

¹⁶⁵ Vgl. z. B. Gesetzesvorlage des Kt. Wallis über die Förderung der Industrie, NZZ vom 28. Mai 1953,

¹⁶⁶ Vgl. die Aufzählung der einzelnen Institute bei Erb, GWU Banken, S. 166 ff.

¹⁶⁷ Es existieren in einzelnen Städten hierüber grundsätzliche Beschlüsse; Hinweise bei Arbenz, GWU, S. 59, und Erb, a. a. O., S. 35.

striellen Unternehmen aus Gründen der Förderung von Arbeitsgelegenheiten¹⁶⁸.

C. Man betritt das für die gegenwärtige Entwicklung des schweizerischen Wirtschaftsrechts bedeutungsvollste, aber auch schwierigste Gebiet bei den Unternehmungen, die die private Erwerbsfreiheit einschränken: das Gebiet der eigentlichen wirtschaftspolitischen Eingriffe. Das Thema hat den Schweizerischen Juristenverein schon vor dem zweiten Weltkrieg unter mehr zivilistischen Gesichtspunkten beschäftigt¹⁶⁹. Man empfand damals die Einbrüche des Krisenrechtes in die noch festgefügte Privatrechtsordnung als Rechtskrise. Zur gleichen Zeit wies Hug¹⁷⁰ auf das Phänomen eines sich entwickelnden neuen Rechtsgebietes, des Wirtschaftsrechtes, hin. Inzwischen haben die Wirtschaftsartikel und die beginnende Ausführungsgesetzgebung vieles davon in dauerndem Rechte verankert.

I. Diese Entwicklung hat sich vorwiegend, ja fast ausschließlich auf eidgenössischem Boden abgespielt. Der Art. 31bis Abs. 3 BV gibt dem Bund eine Reihe wirtschaftlicher Eingriffsmöglichkeiten, die zum Teil auch in unternehmensrechtlicher Form verwirklicht werden.

1. Die lit. a bildete die Grundlage für Maßnahmen, die hier nach folgender Richtung interessieren:

a) Durch einen BRB vom 26. September 1931 über die Unterstützung der Uhrenindustrie ermächtigte die Bundesversammlung den Bundesrat, sich im Namen des Bundes an der Allgemeinen Schweizerischen Uhrenindustrie-Aktiengesellschaft (ASUAG), einer Gesellschaft, die vier Holdinggesellschaften der Uhrenindustrie kontrolliert, mit einem Betrag von 6 Millionen Franken zu beteiligen und

¹⁶⁸ Vgl. die zit. Zusammenstellung der Staatskanzlei des Kt. Waadt.

¹⁶⁹ Vgl. die Verhandlungen des Jahres 1938 über «Gesetzliche Eingriffe in das Zivilrecht» mit den Referaten von Oftinger und Comment, ZSR n. F. Bd. 57.

¹⁷⁰ Problematik des Wirtschaftsrechts, 1939.

dieser Gesellschaft 7,5 Millionen Franken als zinsloses Darlehen zur Verfügung zu stellen. Dieses Darlehen ist dem Bunde vollständig zurückbezahlt worden. Die Beteiligung von 6 Millionen Franken war zur Abschreibung der ertragslosen Aktiven der ASUAG bestimmt; der Bund hat dafür 6000 Aktien zum Nennwert von einem Franken erhalten. Der Verwaltungsrat der ASUAG zählt dreißig Mitglieder, wo von fünf durch den Bundesrat ernannt werden. Von diesen fünf sind zwei Vertreter der Arbeiterschaft¹⁷¹.

Art. 4 des BB enthält Vorschriften über die Dividendenpolitik.

Es entstand so aus einer Subventionsaktion heraus ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen. Die Botschaft des Bundesrates vom 6. Oktober 1950 über Maßnahmen zur Erhaltung der schweizerischen Uhrenindustrie vermittelt über die Entwicklung der ASUAG seit der Sanierung folgende Angaben:

«In den ersten 12 Jahren seit Bestehen der ASUAG wurden keine Dividenden ausbezahlt. Eine Dividendenausschüttung erfolgte erstmals im Jahre 1943/44. Die Dividende belief sich auf 4% für die Aktien der Serien A (beteiligte Banken) und B (Uhrenindustrie). Im Geschäftsjahr 1946/47 wurde erstmals für die Aktien der Serie C (Eidgenossenschaft) eine Dividende ausgeschüttet (2,5%). Im Jahre 1947/48 betrugen die Dividenden für die Serien A und B 5,5% und für die Serie C 3%. Für das Jahr 1948/49 wurde die Dividende für die Aktien der Serie C auf 3,5% festgesetzt.»¹⁷²

Inklusive einer Stempelsteuer von Fr. 180 000.— auf den Aktien des Bundes belief sich der Ertrag des Bundes aus der Beteiligung bis 1949 auf Fr. 725 000.—.

Die Statuten der ASUAG vom 14. August 1931 mit den seitherigen Änderungen bezeichnen in Art. 1 Abs. 2 als obersten Grundsatz für die Tätigkeit und Leistung der Gesellschaft «Maßnahmen zu treffen und zu unterstützen, die der Erhaltung, Gesundung und Entwicklung der

¹⁷¹ Botschaft des Bundesrates vom 6. Oktober 1950 über Maßnahmen zur Erhaltung der schweiz. Uhrenindustrie, BBl 1950 III 67.

¹⁷² Zit. Botschaft, S. 68/69.

schweizerischen Uhrenindustrie dienlich und förderlich sind». Die Botschaft versichert, die ASUAG sei «keine gewöhnliche Aktiengesellschaft, welche eine Gewinnerzielung bezweckt¹⁷³». Die Gründung der ASUAG bildete einen Teil der seinerzeitigen staatlichen Maßnahmen zur Sanierung und Reorganisation der Uhrenindustrie. Die ASUAG sollte die Geschäftsgebarung der Trustfirmen hinsichtlich der gleichzeitig zwischen den Verbänden der Uhrenindustrie abgeschlossenen Konventionen überwachen und gewährleisten und eine weitere Verschleppung der Uhrenindustrie ins Ausland verhindern. Mit BRB vom 12. März 1934¹⁷⁴, der sich auf den BB vom 14. Oktober 1933 über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland stützte, wurde die Eröffnung neuer Betriebe der Uhrenindustrie, die Erhöhung der Arbeiterzahl, die Erweiterung, Umgestaltung und Verlegung bestehender Unternehmen der Bewilligungspflicht unterstellt. Bewilligungen durften nur erteilt werden, wenn dadurch die allgemeinen Interessen der schweizerischen Uhrenindustrie nicht in Mitleidenschaft gezogen wurden. Im weiteren unterstellte der Beschluß die Ausfuhr von Schablonen, Rohwerken und Uhrenbestandteilen der Bewilligungspflicht. 1936 wurde eine Rechtsgrundlage zur AVE der von den konventionellen Organisationen angenommenen Minimaltarife geschaffen, und die Ausfuhr auch von Uhren bewilligungspflichtig erklärt. Parallel gingen Erlasse über die Ordnung der Arbeit in der nichtfabrikmäßigen Uhrenindustrie. Die ASUAG beteiligte sich an diesem Prozeß insbesondere durch die Mitwirkung beim Aufkauf dissidenter Fabriken von Rohwerken und regulierenden Bestandteilen¹⁷⁵. Die Botschaft resümiert die erzielten Ergebnisse, soweit die ASUAG davon berührt wird:

«Die Zusammenfassung der Produktion von Rohwerken und der regulierenden Bestandteile der Uhr erlaubte es den leitenden

¹⁷³ A. a. O.

¹⁷⁴ AS 1934, S. 213.

¹⁷⁵ Vgl. zit. Botschaft, S. 75/76.

Persönlichkeiten der Uhrenindustrie, ihre Anstrengungen im Kampfe gegen eine Verpflanzung ihrer Industrie ins Ausland zu koordinieren. Dank der Allgemeinen Schweizerischen Uhrenindustrie-Aktiengesellschaft besteht auf diesem Gebiet eine einheitliche Politik, welche von niemandem mehr durchkreuzt werden kann.» (S. 77.)

Die skizzierte Ordnung wurde durch den referendumspflichtigen Bundesbeschluß vom 22. Juni 1951 über Maßnahmen zum Schutze der schweizerischen Uhrenindustrie, mit gewissen Änderungen, für vorläufig 10 Jahre, gestützt auf die neuen Wirtschaftsartikel, besonders Art. 31bis Abs. 3, verankert¹⁷⁶. Wenn darin auch die ASUAG nicht erwähnt ist, so schützt der Beschluß doch die seinerzeitige Sanierung, indem es ohne Bewilligung nicht möglich ist, außerhalb der ASUAG neue Fabriken von Rohwerken, Hemmungen, Unruhen und Spiralfedern zu gründen. Ihre Existenz bildet, wie auch das Bestehen der Konventionen, de facto eine wichtige Voraussetzung für die rechtliche Ordnung dieses Industriezweiges. Ohne die durch die ASUAG verkörperte Konzentration der Bestandteilmfabriken wären das seinerzeitige Sanierungswerk und die Konventionen kaum möglich gewesen. Die ASUAG stellt daher im Zusammenhang der vorliegenden Betrachtungen kein wohlfahrtsstaatliches Unternehmen dar, trotzdem rechtlich bloß eine in einer Gesellschaftsbeteiligung erfolgende Subventionierung vorliegt, sondern ein Unternehmen des staatlichen Wirtschaftsinterventionismus. Die Beteiligung an sich würde unter den neuen Wirtschaftsartikeln auf dem Abs. 2 des Art. 31bis beruhen. Obligationenrechtlich fällt die Gesellschaft unter Art. 762 OR¹⁷⁷.

b) Die Hilfsmaßnahmen des Bundes für das Hotelgewerbe gehen bis 1915 zurück. Sie sind zurzeit nieder-

¹⁷⁶ AS 1951, S. 1231.

¹⁷⁷ Die Uhrenkammer dagegen ist lediglich mit gewissen öffentlichen Aufgaben betraut (z.B. der Erteilung von Exportbewilligungen, Art. 1 Abs. 2 VVO vom 21. Dezember 1951), im übrigen aber ein privater Verein und ist hier, weil öffentliche Aufgaben in nicht unternehmensrechtlicher Form durchgeführt werden, nicht zu behandeln.

gelegt im Bundesgesetz vom 28. September 1944/23. Juni 1950 über rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie und im BB vom 26. Oktober 1950 über die Bereitstellung weiterer Mittel zur Fortsetzung der Hilfsmaßnahmen für das Hotelgewerbe¹⁷⁸. Diese Beschlüsse beruhen zwar wiederum nicht auf Art. 31bis Abs. 3 lit. a, sondern auf Art. 31bis Abs. 2, enthalten also Förderungsmaßnahmen und nicht Eingriffe in die Handels- und Gewerbefreiheit. Im Rahmen der gesamten Entwicklung des Hotelschutzwesens gehören sie aber auch heute noch, nach Wegfall des Hotelbauverbotes, eher in die Gruppe der interventionistischen Maßnahmen.

Die Hotelschutzgesetzgebung bedient sich zu ihrer Durchführung einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, der Schweizerischen Hotel-Treuhand-Gesellschaft¹⁷⁹. Der Bund ist am Aktienkapital von jetzt noch 300 000 Franken (ursprünglich 3 Millionen Franken) mit rund 90% beteiligt. Der Bundesrat bezeichnet den Präsidenten des Verwaltungsrates, allerdings aus der Mitte sämtlicher, von der Generalversammlung gewählten Mitglieder des Verwaltungsrates (§ 19). Die Auflösung der Gesellschaft kann durch einen der Genehmigung des Bundesrates unterliegenden Beschluß der Generalversammlung oder durch Verfügung des Bundesrates erfolgen (§ 29). Die Mittel zur Finanzierung ihrer

¹⁷⁸ Bereinigte Sammlung Bd. 10, S. 454, und AS 1950, S. 963; 1951, S. 147. Der letztgenannte BB ist inzwischen ersetzt worden durch einen BB über die Fortsetzung der Hilfsmaßnahmen für das Hotelgewerbe vom 19. Juni 1953 (BBl 1953 II 648), vgl. Botschaft vom 1. Mai 1953, BBl 1953 II 24, womit eine teilweise Abänderung der genannten BG verbunden ist. Mit Botschaft vom 20. Februar 1953 über die Erstreckung der Rechtswirksamkeit der rechtlichen Schutzmaßnahmen für die Hotelindustrie (BBl 1953 I 507) sollen die im Hotelschutzgesetz vorgesehenen Maßnahmen bis 1955 verlängert werden.

¹⁷⁹ Vgl. BB vom 16. April 1921 betr. die Beteiligung des Bundes an der zu gründenden Schweiz. Hotel-Treuhand-Gesellschaft, Bereinigte Sammlung Bd. 10, S. 487. An die Beteiligung war die Bedingung einer entsprechenden Vertretung im Verwaltungsrat geknüpft. Vgl. Gesellschaftsstatuten vom 30. April 1945.

Aufgaben erhält die Gesellschaft durch Vorschüsse und Subventionen des Bundes (§ 5). Zurzeit ist der Bundesrat ermächtigt, der Gesellschaft bis zum Höchstbetrag von 20 Millionen Franken Kredite für die Gewährung von Entschuldungs- und Erneuerungsdarlehen einzuräumen. Die Gesellschaft bezweckt unter anderem die Erfüllung der Aufgaben, die ihr der Bund zur Durchführung seiner rechtlichen und finanziellen Hilfsmaßnahmen für die Hotelindustrie überträgt (§ 2 Ziff. 1). Die Statuten bedürfen der Genehmigung des Bundesrates.

Die Hotel-Treuhand-Gesellschaft ist demnach ausschließlich tätig auf Grund gesetzlicher Vorschriften. Sie wird in den bundesrätlichen Botschaften als «Hotelhilfsinstitut» bezeichnet. Die Art der Entstehung, die Aufsichtsrechte des Bundes und die Vorschriften über die Auflösung geben der Gesellschaft einen unorthodoxen Charakter. Sie ist keine Aktiengesellschaft im Sinne des OR, auch nicht des Art. 762, sondern eine auf Grund spezialgesetzlicher Vorschriften des Bundesrechtes tätige Unternehmung. Die Wahl dieser Rechtsform war in besonderen Umständen begründet¹⁸⁰. Im Verlauf ihrer Entwicklung hat die Gesellschaft wieder mehr privatrechtlichen Charakter erhalten¹⁸¹.

c) Ähnlich liegen die Verhältnisse bei den Schutzmaßnahmen für die Stickereiindustrie. Die Stickerei-Treuhand-Genossenschaft ist durch BB vom 26. März 1947 zu einer Genossenschaft des öffentlichen Rechts des Bundes geworden, war vorher aber eine private gemischtwirtschaftliche Genossenschaft mit Beteiligung des Bundes und der Kantone¹⁸². Wie auch bei andern ähnlichen Ge-

¹⁸⁰ Vgl. Botschaft vom 22. Oktober 1948, BBl 1948 III 461 ff.

¹⁸¹ Der Bund besaß zeitweise ein statutarisches Vorschlagsrecht für 7 von 14 Verwaltungsräten, vgl. Erb, GWU Banken, S. 38. Auch die Dividendenbeschränkung (5 %) besteht heute nicht mehr. Von einem fiskalischen Charakter der Unternehmung kann jedoch nicht die Rede sein.

¹⁸² Bereinigte Sammlung Bd. 10, S. 501. Für die frühere Entwicklung vgl. BB vom 13. Oktober 1922 betr. staatliche Hilfe-

nossenschaften machte die Revision des Genossenschaftsrechts des OR, das die ungleiche Stimmkraft der Genossenschaftler nicht mehr gestattete, die Umwandlung in eine öffentliche Körperschaft nötig¹⁸³. Zweck und Stimmrechtsverhältnisse blieben unverändert. Die Genossenschaftsbestimmungen des OR gelten als subsidiäres öffentliches Recht. Zweck der Genossenschaft ist die Durchführung der ihr vom Bunde übertragenen Aufgaben unter Ausschluß jeder Erwerbsabsicht. Das EVD besitzt ein Vorschlagsrecht für die absolute Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder und des Vorstandes; die Auflösung kann durch Beschluß des Bundesrates erfolgen¹⁸⁴.

Beide Unternehmen, die völlig analoge Zwecke verfolgen¹⁸⁵, sind deshalb rechtlich verschieden organisiert, weil bei der Stickerei-Treuhand-Genossenschaft der Beitritt einer beliebigen Zahl neuer Genossenschaftler ermöglicht werden soll¹⁸⁶, was bei der Hotel-Treuhand-Gesellschaft offenbar nicht im gleichen Maße der Fall ist.

2. Der Landwirtschaftsartikel der BV (lit.b) führte, in Anlehnung an die Entwicklung der 30er-Jahre, zu überaus vielgestaltigen Unternehmen in der Milchwirtschaft.

Die Sicherstellung der Konsummilchversorgung und die Organisation der Milchproduzenten erfolgte mit Hilfe des Organisationszwanges, der Ablieferungs- und der Übernahmepflicht und weiterer Maßnahmen, wofür eine private Genossenschaft, der Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten, mit öffentlichen Funktionen ausgestattet

leistung für die schweiz. Stickereiindustrie (AS 1922, S. 538); BB vom 22. Juni 1934 über die Herabsetzung des Genossenschaftskapitals der Stickerei-Treuhand-Genossenschaft, Bereinigte Sammlung Bd. 10, S. 499; ferner Oftinger, ZSR Bd. 57, S. 625 ff.

¹⁸³ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 9. Dezember 1946, BBl 1946 III 1269.

¹⁸⁴ Vgl. Statuten vom 25. Juni 1947.

¹⁸⁵ Was auch darin zum Ausdruck gelangt, daß die Bestimmungen des zit. BG über rechtliche Schutzmaßnahmen auch für die Stickereiindustrie gelten (Art. 87).

¹⁸⁶ Zit. Botschaft von 1948, S. 127.

wurde¹⁸⁷. Da der Verband von Bundes wegen wohl wirtschaftspolitische, aber keine unternehmerischen Aufgaben erfüllt, fällt er nicht unter den Begriff der öffentlichen Unternehmung. Seine Statuten enthalten auch keinerlei öffentlich-rechtlichen Elemente¹⁸⁸. Jedoch untersteht der Zentralverband gemäß einem BB vom 25. April 1936 betr. die Linderung der Notlage der Landwirtschaft¹⁸⁹ dem Aufsichtsrecht des Bundes in bezug auf seine Geschäfts- und Rechnungsführung. Die Käse- und Buttermarktordnung dagegen hat zur Bildung öffentlicher Unternehmungen geführt, die wirtschaftliche Spezialorganisationen des Zentralverbandes sind.

a) Die Schweizerische Käseunion A G. (SK), im Jahre 1921 als private Genossenschaft ohne Beteiligung des Bundes gegründet, war im zweiten Weltkrieg als kriegswirtschaftliches Syndikat konstituiert und ist 1948 als Aktiengesellschaft reorganisiert worden. Diese Umwandlung hing mit der Revision des Genossenschaftsrechtes zusammen. Gleichzeitig bildete sich als einfache Gesellschaft die «Schweizerische Käsekonvention» zur Erfüllung jener Funktionen der Käseunion, für die sich die aktienrechtliche Organisationsform nicht eignete. Die Gesellschaft ist damit juristisch eine Doppelgesellschaft¹⁹⁰.

«Zweck und Ziel der gemeinsamen Organisation bestehen darin, durch einen geordneten An- und Verkauf der in der Schweiz fabrizierten hauptsächlichsten vorangeführten Käsesorten den Milchproduzenten einen den Produktionskosten entsprechenden Milchpreis, den Käsefabrikanten einen gerechten Lohn und dem Käsehandel ein dem zu übernehmenden Risiko und der zu leistenden fachtüchtigen Arbeit entsprechendes Auskommen zu sichern.»¹⁹¹

¹⁸⁷ Vgl. Michel, Schweiz. Milchwirtschaft, in «Wirtschaft und Recht» Bd. 1 (1949), S. 127 ff.

¹⁸⁸ Vgl. Statuten vom 24. April 1946.

¹⁸⁹ AS 1936, S. 213.

¹⁹⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 13. Februar 1953 zu einem Beschluß über die Milch, Milchprodukte und Speisefette, BBl 1953 I 444.

¹⁹¹ Zit. Botschaft, S. 446.

Die Statuten der SK wie auch der Käsekonvention sehen keinerlei Beteiligungs- und Mitwirkungsrecht des Bundes vor. Die SK untersteht an sich lediglich dem gleichen Aufsichtsrecht wie der Zentralverband. Jedoch nehmen tatsächlich Vertreter des Bundes an den Verhandlungen des Verwaltungsrates teil¹⁹².

In Art. 12 Abs. 1 und 2 des Entwurfes zum neuen Milchstatut wird der Käseunion als gemeinsamer Organisation des Zentralverbandes des Schweizerischen Milchkäuferverbandes und des Käsegroßhandels, wie diesen Organisationen selbst, zur Pflicht gemacht, Maßnahmen zur Förderung der Käsequalität, zu einer zweckmäßigen Käsemarktordnung und zur Erhaltung und Steigerung der Käseabnahme im In- und Ausland zu treffen. Die Botschaft gibt der Meinung Ausdruck, es würden damit der SK und den andern genannten Organisationen keine öffentlichen Befugnisse übertragen, weil sie kein staatliches Monopol zu erfüllen und auch keine öffentlichen Abgaben zu erheben hätten. Deshalb wird auch die angeregte Umwandlung der SK in eine Genossenschaft des öffentlichen Rechts abgelehnt. In Abs. 3 des Art. 12 des Entwurfes wird indes vorgesehen, daß der Bundesrat und das EVD der SK und den übrigen Organisationen in Einzelweisungen Aufträge im Sinne des Abs. 1 und auch die zu deren Durchführung nötigen Befugnisse erteilen können^{192a}. Nach der gesamten wirtschaftlichen Struktur und Ordnung nicht nur des Käsemarktes, sondern auch des Buttermarktes und des Mechanismus für die Garantierung des Milchpreises — die Grundzüge sind im Art. 26 des BG vom 3. Oktober 1951 über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (LWG) bereits gesetzlich fixiert¹⁹³ —

¹⁹² Ein solches Recht zur Teilnahme ist zwar in Art. 18 der Statuten (vom 29. Juli 1948) nicht vorgesehen.

^{192a} Die Beratungen im Nationalrat in der Sommersession 1953 haben an dieser Fassung nichts geändert.

¹⁹³ BBl 1951 III 129; das Gesetz ist noch nicht in Kraft getreten.

kann es nicht zweifelhaft sein, daß der SK im Rahmen dieser Ordnung eine unerläßliche Funktion zukommt¹⁹⁴. Die SK ist verpflichtet zur Abnahme der gesamten Käseproduktion und hat sie zu bestimmten Preisen zu verwerten. Damit hängt ein Recht und eine Pflicht zur Übernahme fester Quoten der Mitgliederfirmen zusammen. Ihre Stellung im Käseexport ist eine monopolähnliche.

Die SK ist ihrer wirtschaftlichen Funktion nach ein öffentliches Unternehmen. Für ihre Umwandlung in eine Aktiengesellschaft waren rechtliche Gründe maßgebend, die aber wieder auf die Besonderheit ihrer wirtschaftlichen Aufgaben zurückgingen¹⁹⁵. Die in der Botschaft des Bundesrates angeführten Gründe, die gegen die Umwandlung der SK in eine öffentliche Organisation sprechen, sind offenbar dahin zu erweitern, daß der SK als Exportorganisation des Zentralverbandes¹⁹⁶ besser kein halbamtlicher Charakter zukommt. Möglicherweise ist aus solchen Gründen auch die tatsächliche Vertretung des Bundes mit beratender Stimme im Verwaltungsrat nicht erwähnt. Darin könnte ein zusätzliches Motiv für die Wahl einer privaten Rechtsform

¹⁹⁴ Marbach umschreibt in einem Gutachten: Die Schweiz. Käseunion (Kritische Darstellung der Käsemarktordnung), 1952, ihr wirtschaftliches Wesen als «Marktordnung», die für die Aufrechterhaltung eines vom Bunde festgesetzten Milchpreises von überragender Bedeutung sei; die privatwirtschaftliche Organisation der «SK» stelle einen Teil jenes kunstvollen Gebäudes dar, das wohl privat zur Sicherstellung eines produktionskostendeckenden Milchpreises errichtet worden sei, «das aber ohne die indirekte, zwangskartellistische Aufbauhilfe des Bundes und ohne den Rückhalt durch den Bund in krisenhafter Zeit gar nicht bestehen könnte». Eine kritische Haltung nimmt Bachmann, Der Kampf um die Neuordnung der schweiz. Milchwirtschaft, St. Gallen, 1952, ein.

¹⁹⁵ Vgl. Marbach, S. 62, der die Gründe der Umwandlung einläßlich darlegt und sie rechtfertigt.

¹⁹⁶ Wie die Botschaft, S. 441, selbst sagt; nach Art. 26 der Statuten der SK fällt denn auch bei einer Liquidation der Gesellschaft die besondere Verlustreserve der SK an den Preisstützungsfonds des Zentralverbandes.

liegen. Ähnliche Überlegungen haben, neben grundsätzlichen, bei der Swissair zur Bildung einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung geführt.

Jedenfalls sind rechtspolitisch, unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Unternehmensrechtes und angesichts der ständig geübten Kritik an der SK, gefestigtere Einflußmöglichkeiten des Bundes wünschbar. Bei analogen Unternehmungen, wie der ASUAG und der Hotel-Treuhand-Gesellschaft, ging man viel weiter. Eine gemischtwirtschaftliche Unternehmensform — ohne Kapitalbeteiligung des Bundes, jedoch mit Vertretungsbefugnissen im Verwaltungsrat nach Art. 762 Abs. 1 OR — dürfte sich wohl leicht bewerkstelligen lassen. Strukturelle Änderungen, zum Beispiel hinsichtlich des Quotensystems, wären nicht notwendigerweise vorzunehmen. Rechtspolitisch steht nicht die wirtschaftliche Ordnung, sondern einzig die Wahrung der öffentlichen Interessen durch eine adäquate Mitwirkung des Bundes in Frage. Mit der Wahrung dieses öffentlichen Interesses — «im Hinblick auf die volkswirtschaftliche Käsehandelsorganisation sowie mit Rücksicht auf die ihr von der Behörde übertragenen Aufgaben und die in der Milchwirtschaft geltende Spezialgesetzgebung» — wird ja auch das bestehende Aufsichtsrecht begründet¹⁹⁷. Nur ist es rechtlich sehr unbestimmt. Die Befugnisse und direkten Interventionsmöglichkeiten des Bundesrates und der Bundesversammlung auf milchwirtschaftlichem Gebiet nach LWG, so umfassend sie sind, vermögen die verantwortliche Mitarbeit im Unternehmen selbst nicht zu ersetzen. Ein Weisungsrecht gemäß Art. 12 Abs. 3 des Entwurfes könnte allerdings den Rechtscharakter der Unternehmung entscheidend verändern. Doch ist das Mittel ein rein verwaltungsrechtliches. Der Entwicklung analoger Unternehmen von öffentlichem Interesse entspräche besser eine Organisationsform nach Art. 762 OR, oder aber die Umwandlung in eine öffentliche Genossenschaft. Bei der SK wird die Aktiengesellschaft-Form, die ein zum voraus festgesetztes

¹⁹⁷ Botschaft, S. 445.

Grundkapital kennt, stets angefochten werden, da wegen der Verkoppelung der Mitgliedschaft mit dem Quotensystem der Eindruck einer gewissen Exklusivität erweckt wird. Die Diskrepanz zu andern öffentlichen Unternehmen, wie zum Beispiel der Stickerei-Treuhand-Gesellschaft, bleibt auffällig und bei aller Würdigung der jeweils spezifisch verschiedenen wirtschaftlichen Funktionen aller dieser interventionistischen Unternehmungen nicht in allen Teilen erklärlich.

b) Die Schweizerische Zentralstelle für Butterversorgung (BUTYRA) ist durch BRB vom 26. Februar 1932 über die Beschränkung der Einfuhr von Butter und die Butterversorgung als einfache Gesellschaft gegründet worden¹⁹⁸.

«Sie bezweckt im Rahmen des genannten Bundesratsbeschlusses und nach den besonderen Anordnungen des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes die rationelle Versorgung der Schweiz mit einheimischer und fremder Butter. Zu diesem Behufe wird sie die Butterpreise möglichst stabil gestalten und so regeln, daß sie zu den in der Schweiz geltenden Milchpreisen in dem von den zuständigen Stellen vorgeschriebenen Verhältnisse stehen, für den Verbraucher tragbar sind und sowohl übersetzte, als auch ungenügende Handelsmargen ausschließen»¹⁹⁹.

Die BUTYRA ist die zentrale Importstelle für Butter mit folgenden Kompetenzen:

- «Butter nach Maßgabe des Bedarfes einzuführen;
- den Import so zu regeln, daß der Absatz der einheimischen Produktion nicht durch fremde Butter behindert wird;
- die Butterpreise möglichst stabil zu gestalten und so zu regeln, daß sie zu unseren Milchpreisen in dem von den Behörden vorgeschriebenen Verhältnis stehen;
- den Ausgleich zwischen den Preisen der Import- und Inlandbutter zu bewerkstelligen.»²⁰⁰

Die Gesellschaft beansprucht für sich keinen Gewinn. Allfällige Gewinne gehören dem Bund, der auch die Verluste

¹⁹⁸ AS 1932, S. 117.

¹⁹⁹ Art. 1 der Statuten vom 17. Dezember 1948.

²⁰⁰ Vgl. zit. Botschaft, S. 454.

trägt (Art. 10). Das EVD ist in der Aufsichtskommission, die die Geschäfte führt, mit 3—4 Mitgliedern vertreten, im Geschäftsausschuß steht ihm, wie den Kontrahenten, ein Vertreter zu. Einen Gesellschaftsanteil (der für die Kontrahenten je 300 000 Franken beträgt) besitzt der Bund nicht. Der Gesellschaftsvertrag erlischt ohne weiteres mit dem Datum der Aufhebung des BRB vom 26. Februar 1932 oder des zwischen dem Bund und der Gesellschaft abzuschließenden Vertrages.

Der Entwurf zum neuen Milchstatut sieht die Umwandlung der BUTYRA in eine öffentliche Genossenschaft nach Art. 829 OR vor. Es sollen ihr alle Firmen und Organisationen angehören, die sich dauernd im Buttergroßhandel betätigen²⁰¹. Der Grund für diese Umwandlung liegt im Mißverhältnis zwischen Organisationsform und Umfang und Art der Gesellschaftstätigkeit²⁰². Die Bildung einer Staatsanstalt wird abgelehnt. Die Aufgaben sind in Anpassung an das LWG ähnlich umschrieben wie in den jetzigen Rechtsgrundlagen (Art. 15—20 Entwurf).

Auch bei der BUTYRA interessiert nicht die wirtschaftspolitische Ordnung, sondern die adäquate Rechtsform und die Art der Sicherung des staatlichen Einflusses. Da die BUTYRA «neben der soliden Käsemarktordnung den wichtigsten und unentbehrlichsten Eckpfeiler der Milchpreisgarantie» bildet²⁰³, ist diese Frage hier noch dringlicher als im Fall der SK. Die BUTYRA besitzt und handhabt unter staatlicher Mitwirkung und Aufsicht das Recht zur zentralen Buttereinfuhr und zur Erhebung von Abgaben, im besonderen einen Preisausgleich an der Grenze (Art. 28 Entwurf). Die jetzige Rechtsform, die auf einem Spezialgesetz des Bundes beruht, hat zu einer gemischtwirtschaft-

²⁰¹ Kontrahenten der jetzigen Organisation sind der Zentralverband schweiz. Milchproduzenten, die Schweiz. Butterunion, der Verband Schweiz. Konsumvereine und der Verband freier Butterimporteure.

²⁰² Botschaft, S. 452.

²⁰³ Botschaft, S. 454.

lichen Unternehmung besonderer Art geführt, bei der der öffentliche Charakter überwiegt. Da hier, wie bei der SK, die privatrechtliche Organisation eher zu einer Verwischung der tatsächlichen Bedeutung der wirtschaftspolitischen Funktion geführt hat, drängt sich die Umwandlung in eine öffentliche Genossenschaft, die als Rechtsform allein in Betracht fällt, auf.

c) Die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF) war bis vor kurzem die als privatrechtliche, jedoch spezialgesetzliche Genossenschaft organisierte Zentralstelle für die Einfuhr von Futtermitteln. Sie ging auf die landwirtschaftliche Krisengesetzgebung der 30er-Jahre zurück²⁰⁴. Sie unterstand der Aufsicht des Bundesrates und hatte ihre Reinerträge der Bundeskasse abzuliefern. Die Revision des Genossenschaftsrechts und die bundesgerichtliche Praxis machten die Umwandlung in eine öffentliche Genossenschaft nötig. In «vorläufig definitiver» Weise ist das durch den BB vom 17. Dezember 1952 über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide- und Futtermittel geschehen²⁰⁵.

Die GGF nimmt außer der zentralisierten Einfuhr von Futtermitteln, Stroh und Streue auch handelspolitische Aufgaben wahr, erhebt Preiszuschläge auf Speiseöle und Speisefette und besitzt Funktionen auf Grund des BG vom 1. April 1938/29. September 1949 über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern²⁰⁶. Daß diese Obliegenheiten nicht von der Bundesverwaltung direkt übernommen werden, hängt damit zusammen, daß gegenüber dem Ausland bei der Erklärung der Preiszuschläge die Verschiedenheit von den Zöllen verdeutlicht werden soll; auch aus weiteren handelspolitischen Gründen

²⁰⁴ BB vom 13. April 1933 über die Fortsetzung der Bundeshilfe für die schweiz. Milchproduzenten und für die Linderung der landwirtschaftlichen Notlage, AS 1933, S. 243.

²⁰⁵ BBl 1952 III 872. Die Inkraftsetzung erfolgt auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des LWG; der Beschluß ist auf 5 Jahre befristet, vgl. Botschaft vom 5. August 1952, BBl 1952 II 621.

²⁰⁶ Zit. Botschaft, S. 624/26.

(Kompensationsverkehr) erscheint eine aus den privaten Importeuren gebildete Zentralstelle vorteilhafter als eine Verwaltungsabteilung.

d) In der verworfenen Vorlage vom 28. Juni 1946 über die Ordnung der schweizerischen Zuckerwirtschaft²⁰⁷ hätte der Bundesrat die Befugnis erhalten sollen, «über die Bedürfnisse der Erstellung und über den Umfang neuer Verwertungsbetriebe» zu entscheiden, wie auch die «organisatorische und administrative Zusammenfassung der Zuckerfabriken zu fördern» (Art. 4). Für die Deckung von Betriebsverlusten der Zuckerfabriken war die Bildung eines Zuckerfonds vorgesehen, der aus Erträgen eines Teils des Einfuhrzolls auf Rohzucker und einer besonderen Ausgleichsabgabe hätte gespeist werden sollen (Art. 6). Die Vorlage hätte zu einer Unternehmenspolitik des Bundes großen Ausmaßes geführt. Wenn auch eine direkte finanzielle Beteiligung des Bundes nicht vorgesehen war, so hätte es sich doch um eine Wirtschaftsgesetzgebung gehandelt, die in allererster Linie mit öffentlichen Unternehmungen operiert hätte. Da das Kapital von den ostschweizerischen Kantonen und den interessierten landwirtschaftlichen Organisationen hätte aufgebracht werden sollen, wozu indirekte Leistungen des Bundes gekommen wären, wäre wohl eine spezialgesetzliche gemischtwirtschaftliche Unternehmung in Betracht gefallen²⁰⁸.

Seit längerem nimmt die Zuckerfabrik und Raffinerie Aarberg AG. ähnliche wirtschaftliche Funktionen wahr, wie sie in jenem Entwurf den Zuckerfabriken allgemein zugedacht waren. Die Botschaft des Bundesrates vom 10. Dezember 1945 über die künftige Ordnung der schweizerischen Zuckerwirtschaft²⁰⁹ enthielt darüber Ausführungen. In der Folge hat ein Vertrag vom 5. März 1948 zwischen

²⁰⁷ BBl 1946 II 804.

²⁰⁸ Art. 4 des Entwurfes enthielt denn auch die an sich merkwürdige Vorschrift, der Bund werde «die erforderlichen Bestimmungen gemäß Art. 762 OR erlassen».

²⁰⁹ Vgl. BBl 1945 II 521.

dem Bundesrat und der Zuckerfabrik Aarberg die Grundlage des staatlichen Interventionismus auf dem Gebiete des Zuckerrübenanbaues und der Preisbildung für Zucker abgegeben²¹⁰. Der Vertrag macht das Unternehmen, das wegen der Beteiligung der im Einzugsgebiet liegenden Einwohner- und Bürgergemeinden ohnehin ein gemischtwirtschaftliches ist²¹¹, zu einem interventionistischen Unternehmen des Bundesrechts. Die Fabrik wird zur jährlichen Verarbeitung von 200 000 Tonnen Zuckerrüben verpflichtet und erhält dafür ein Rohzucker-Importkontingent von 36 000 Tonnen; der zu bezahlende Rohzuckerzoll beträgt Fr. 18.— per 100 kg, kann jedoch zur Stützung des Zuckerrübenpreises vom Bundesrat angemessen, aber höchstens um Fr. 10.— zugunsten des Unternehmens herabgesetzt werden. Mit anderen Worten, der Verlust des Unternehmens wird in bestimmter Weise vom Bunde gedeckt, wobei auch Rückstellungen aus früheren sogenannten Stützungsverträgen mit Zustimmung des Finanz- und Zolldepartementes herangezogen werden können (Vertrag Art. 6 und 7). Umgekehrt fällt ein Überschuß der Jahresrechnung nach Vornahme angemessener Abschreibungen usw. und einer Dividende von 5 % an den Bund. Über den laufenden Unterhalt hinausgehende Neuanlagen und deren Amortisation zu Lasten der Betriebsrechnung unterliegen der Genehmigung des Finanz- und Zolldepartements (Art. 3).

Es liegt hier eine Unternehmensform vor, die wiederum völlig atypisch ist. Der Vertrag ist öffentlich-rechtlicher Natur, da über Zolleingänge verfügt wird und auch sonst volkswirtschaftliche Interessen wahrgenommen werden. Da der Bundesrat den Zolltarif abändern darf²¹², ist der Vertrag wenigstens formell in Ordnung.

²¹⁰ Der Vertrag galt bis zum 30. Juni 1951, behielt aber für die Ernten 1951 und 1952 Gültigkeit (Mitteilung der Zuckerfabrik Aarberg vom 12. Juni 1953). Vgl. zur Revision des Vertrages NZZ vom 17. Juli 1953.

²¹¹ Vgl. Statuten vom 13. Dezember 1952.

²¹² Vgl. BB vom 18. Februar 1921 betr. die vorläufige Abänderung des Zolltarifs, Bereinigte Sammlung Bd. 6, S. 709.

e) Die Grundlage für die auf dem Gebiete des Weinmarktes vom Bunde ergriffenen Maßnahmen bildet der BRB vom 1. September 1936 zum Schutze des Weinbaues und zur Förderung des Absatzes einheimischer Weinprodukte²¹³. Danach wird auf jeden Hektoliter eingeführten Weines eine Gebühr von 3 Franken erhoben zur Äufnung eines Fonds, aus dem der einheimischen Produktion bei schlechter Marktlage Hilfe geleistet und sonstige Maßnahmen zum Schutze des Weinbaues getroffen werden sollen. Unter anderem zur Mithilfe bei der Durchführung dieses Beschlusses wurde am 11. August 1939 zwischen dem EVD und schweizerischen Weinimportfirmen eine Konvention betr. die Übernahme von Inlandweinen (Weinstatut) abgeschlossen. Die beteiligten Weinimportfirmen und Einkaufsgenossenschaften verpflichteten sich, ein Konsortium zu gründen, das von der einheimischen Weinernte jeweils im Herbst bis zu 200 000 hl mittlere und kleine Qualitäten vorab westschweizerischer Herkunft zu kaufen hat (Art. 1). Die Festsetzung der jährlichen Übernahmemengen und die Umschreibung der Bedingungen zuhanden der Produzenten und der Übernehmer ist nach Anhörung einer konsultativen Kommission Sache des EVD. Zur Erreichung der Preisparität zwischen den Preisen des zu übernehmenden Inlandweines und den Preisen der fremden Kurantweine kann vom EVD der Weinbaufonds herangezogen werden (Art. 7). Als Gegenleistung an die der Konvention angehörenden und die Bedingungen der Konvention erfüllenden Firmen sollen diese bei der Kontingentserteilung für fremde Kurantweine vorab berücksichtigt werden.

Das Konsortium ist als privatrechtliche Genossenschaft unter dem Namen Einkaufsgenossenschaft für einheimische Weine (CAVI) am 17. Oktober 1939 gegründet worden. Die Genossenschaft bezweckt nach Maßgabe der Konvention, die Übernahme der Überschüsse der einheimischen Weinernte durch ihre Mitglieder in die Wege

²¹³ Bereinigte Sammlung Bd. 9, S. 402.

zu leiten. Mitglieder der Genossenschaft können schweizerische Weinimport- und Weinhandelsfirmen sowie Einkaufsorganisationen werden, denen das EVD im Jahre 1933 ein individuelles Einfuhrkontingent für Weine von mindestens 500 hl zugeteilt hat. Ein Anspruch auf Gewinnanteil steht den Mitgliedern nicht zu (Art. 6). Mitwirkungsrechte des EVD oder anderer Bundesstellen in der Generalversammlung und im Vorstand der CAVI sehen die Statuten nicht vor. Die Genossenschaft ist unter anderem aufzulösen, wenn die Konvention vom 11. August 1939 außer Kraft tritt. Die Statuten sind vom EVD genehmigt, die Konvention selbst vom Bundesrat ratifiziert worden. Die CAVI wurde auch bei der Entlastungsaktion in den Jahren 1947 und 1948 beigezogen.

Die erwähnte konsultative Kommission setzt sich zu gleichen Teilen aus Vertretern der Genossenschaft und der Produzentenkreise zusammen; sie wird vom EVD ernannt und von der Abteilung für Landwirtschaft präsidiert.

Am 19. Februar 1953 beschloß die CAVI ihre Liquidation im Zusammenhang mit strafrechtlichen Vorkommnissen, in die einzelne ihrer Mitglieder verwickelt waren²¹⁴.

Beim neuen Weinstatut²¹⁵ wird sich die Frage stellen, ob für die von der CAVI wahrgenommenen Funktionen eine neue Organisation öffentlicher Art, wie zum Beispiel die GGF, oder eine Bundesstelle zu schaffen sei, oder ob Übernahmeverpflichtungen der Importeure ausreichen. Der Entwurf behält alle diese Möglichkeiten vor. Die Konvention hat dem EVD nur sehr geringe Einflußmöglichkeiten und Aufsichtsrechte eingeräumt. Es lag hier ein

²¹⁴ Vgl. NZZ vom 19. und 20. Februar 1953.

²¹⁵ Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 19. Januar 1951 über die Erhaltung und Förderung des Rebbaues, BBl 1951 I 61. Die Materie wird zufolge des Erlasses des LWG jetzt in einer bundesrätlichen VO geregelt; vgl. Entwurf des EVD vom 1. Juli 1953 zu einem neuen Weinstatut. Vgl. zum ganzen Thema auch v. Gugelberg, Der Staatsinterventionismus in der schweiz. Weinwirtschaft, Diss. Zürich 1950, bes. S. 45 ff.

Fall vor, wo öffentliche Wirtschaftstätigkeit in einer offensichtlich nicht adäquaten Unternehmensform ausgeübt wurde.

f) Der BRB vom 2. November 1948 über die Produktion, Einfuhr und Verwertung von Tieren, Fleisch und Fleischwaren²¹⁶ stützt sich auf den BB vom 14. Oktober 1933 über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland, wird aber inkünftig auf der Landwirtschaftsgesetzgebung basieren müssen. Die gegenwärtige Organisation ist analog derjenigen anderer landwirtschaftlicher Produktionszweige aufgebaut.

Nach Art. 13 des BRB ist die Abteilung für Landwirtschaft ermächtigt, einer gemeinsamen Organisation der Schlachtviehproduzenten, des Schlachtviehhandels, der Schlachtvieh-, Fleisch- und Fleischwarenimporteure und der Metzgerschaft die Durchführung gewisser Maßnahmen der Schlachtviehordnung zu übertragen, unter anderem die Organisation der Übernahme und Verwertung von Überschüssen inländischen Schlachtviehs, die provisorische Festsetzung von Richtpreisen, die in gewissem Umfange verbindlichen Charakter hat, und die Begutachtung von Anträgen für die Festsetzung von Einfuhrkontingenten. Der Beschluß bestimmt, daß an den Verhandlungen der gemeinsamen Organisation Vertreter der Abteilung für Landwirtschaft, der Handelsabteilung und der Eidgenössischen Preiskontrollstelle mit beratender Stimme teilnehmen und daß die grundlegenden Vereinbarungen der gemeinsamen Organisation dem EVD zur Genehmigung vorzulegen sind.

Die Organisation ist als privatwirtschaftliche «Schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung» am 7. Januar 1949 gegründet worden. Die Mittel wurden unter anderem beschafft durch Zuwendungen öffentlicher Gelder und anderer «Beiträge» (Art. 15 lit. e der Statuten) und «Gebühren» (lit. f). Damit sind in erster

²¹⁶ AS 1948, S. 1082.

Linie die gemäß Abs. 4 des BRB vorgesehenen Abgaben bei der Einfuhr gemeint. Diese Beträge, die nach einer besonderen Ordnung (Vereinbarung vom 19. Oktober 1950 über die Schlachtviehordnung) sicherzustellen sind, können zur Überschußverwertung verwendet werden. Der BRB ist bis Ende 1953 befristet²¹⁷.

Die Schlachtviehordnung regelt die staatlichen Einflußmöglichkeiten besser als das im Fall der CAVI geschehen war.

3. Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV hat zu interventionistischen Unternehmungen im Zusammenhang mit dem BG vom 1. April 1938/29. September 1949 über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern²¹⁸ und den dort vorgesehenen Pflichtlagern geführt. Um sich gegen finanzielle Verluste auf den Pflichtvorräten zu schützen, haben sich die Firmen, die Verträge mit dem EVD über die Vorratshaltung abgeschlossen haben, zu Genossenschaften zusammengeschlossen. So gibt es eine Genossenschaft der Feldsamen-Importeure²¹⁹, eine Vereinigung der Pflichtlagerhalter von Phosphorsäure und Kalidünger²²⁰, eine Treuhandstelle der Schweizerischen Lebensmittelimporteure²²¹ usw. Es handelt sich durchwegs um privatrechtliche Genossenschaften. Sie bezwecken keinen Gewinn. Die Statuten sehen die Bildung eines Garantiefonds vor, dessen Äufnung durch besondere Reglemente geordnet wird.

Die Einflußmöglichkeiten wahrt sich der Bund in den Pflichtlagerverträgen.

²¹⁷ BRB vom 9. November 1951 (AS 1951, S. 1134) und BB vom 26. September 1952 (AS 1952, S. 1048).

²¹⁸ Bereinigte Sammlung Bd. 10, S. 799, und AS 1949, S. 1799. Das BG vom 1. April 1938 wird z. Zt. revidiert. Es wird sich dann auf die genannte Verfassungsbestimmung stützen; vgl. zur Diskussion über die Verfassungsgrundlagen die Beiträge Giacometti in SJZ Bd. 49 (1953) S. 149 ff. und Huber in «Wirtschaft und Recht» Bd. 5 (1953) S. 81 ff.

²¹⁹ Statuten vom 5. Oktober 1951.

²²⁰ Statuten vom 11. Dezember 1951.

²²¹ Statuten vom 29. September 1949.

Eine besondere Stellung nimmt der Verband schweizerischer Schmieröl-Importeure ein²²². Er regelt im Rahmen seiner Verbandsstatuten und gemäß den Verfügungen und Weisungen des EVD die gesamte schweizerische Einfuhr von Maschinenschmierölen (Art. 1 Reglement). Es handelt sich nicht um eine privatrechtliche Genossenschaft, da das Stimmrecht von der Größe des Imports abhängt und die Genossenschaft der Aufsicht des EVD untersteht (Art. 19). Für die Erteilung der Einfuhrbescheinigungen kann der Verband Gebühren erheben. Die Erteilung von Einfuhrbescheinigungen können auf Grund von Weisungen an besondere Bedingungen hinsichtlich Lagerhaltung, Provenienz, Preise und Zahlung geknüpft werden. Die Verfügungen und Beschlüsse des Vorstandes sind an das EVD weiterziehbar. Die Rechtsgrundlage bildet die Zollgesetzgebung.

Teils in Verbindung mit dem Sicherstellungsgesetz, teils auf kriegswirtschaftlichen Maßnahmen fußend, bestehen Unternehmungen, denen Bund und Kantone über den Rahmen der Subventionierung hinaus Vorteile eingeräumt haben. Die Materialien hierüber sind nicht ohne weiteres zugänglich. Es sei an den Fall der Emser Werke erinnert. Da das Schicksal dieser Engagements noch nicht abgeklärt ist²²³, sind sie hier nicht zu behandeln.

Die kriegswirtschaftlichen Syndikate, die an sich auch privatrechtlichen Charakter trugen, sind nicht mehr von aktuellem Interesse²²⁴.

4. Der BB vom 14. Oktober 1933 / 22. Juni 1939 über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem

²²² Vgl. Statuten vom 23. Juli 1932/11. November 1936/14. April 1942/19. Juli 1946.

²²³ Eine gewisse Rechtsgrundlage würde der Entwurf des Delegierten für Arbeitsbeschaffung vom 31. Juli 1952 bilden.

²²⁴ Sie haben eine einläßliche Behandlung erfahren bei Lautner, System des Schweiz. Kriegswirtschaftsrechts Bd. I, 1942, S. 93 ff.; für die analogen Gebilde des ersten Weltkrieges: Obrecht, Die kriegswirtschaftlichen Überwachungsgesellschaften, Diss. Bern 1920.

Ausland²²⁵ hat vor dem Kriege zu zahlreichen unternehmensrechtlichen Maßnahmen geführt. Er bildet heute unter anderem die Grundlage für die Ordnung des gebundenen Zahlungsverkehrs. Zu dessen Abwicklung wurde im Jahre 1934 die Schweizerische Verrechnungsstelle gegründet als «öffentlich-rechtliche Körperschaft»²²⁶. Mitglieder sind der Bund, die Schweizerische Nationalbank, der Vorort des Schweizerischen Handels- und Industrievereins, die Schweizerische Bankiervereinigung und die Schweizerische Zentrale für Handelsförderung²²⁷. Die Organisation ist in jeder Hinsicht öffentlich-rechtlich ausgestaltet (Genehmigung der Statuten durch den Bundesrat, Wahl der Direktion durch den Bundesrat, Geschäftsführung auf Rechnung des Bundes usw.). Das Genossenschaftsrecht findet subsidiäre Anwendung (Art. 4 BRB).

Für das Affidavitwesen ist neben dem Eidgenössischen Politischen Departement die Schweizerische Bankiervereinigung zuständig. Sie entscheidet über die Zulassung von Affidavitbanken, schließt die sogenannten Konventionsaffidavits ab, erläßt die nötigen Weisungen über die Durchführung der Konventionen und überwacht die Affidavitbanken²²⁸. Die Bankiervereinigung ist ein privater Verein und übt im Rahmen der Affidavitgesetzgebung öffentliche Funktionen aus. Eine Änderung ihrer Rechtsform ist damit nicht verbunden.

²²⁵ AS 1939, S. 1282, befristet bis Ende 1954; BB vom 15. Juni 1951; AS 1951, S. 913. Über die Frage seiner Verfassungsmäßigkeit vgl. die Beiträge von Haussener, Huber und Geyer, in «Wirtschaft und Recht», 1949, S. 22 ff.; S. 191 ff.; und 1950, S. 25 ff.

²²⁶ Vgl. BRB vom 2. Oktober 1934 über die Durchführung des schweiz. Verrechnungsverkehrs mit dem Ausland, Bereinigte Sammlung Bd. 10, S. 635.

²²⁷ Art. 4 der Statuten vom 2. Oktober 1934/27. Juli 1951.

²²⁸ Vgl. VO des Bundesrates vom 30. Mai 1952 über Affidavits im gebundenen Finanzauszahlungsverkehr mit dem Ausland, AS 1952, S. 501. Zum Affidavitwesen im allgemeinen: Oetterli, Sinn und Wesen des Affidavits, in «Wirtschaft und Recht», 1950, S. 312 ff.

II. Das kantonale Recht ist von dieser oft stürmischen, rechtspolitisch sehr folgenreichen Entwicklung unberührt geblieben.

III. Überblickt man dieses Gebiet des Interventionsrechtes, so ist auffällig die Vielfalt der Rechtsformen, besonders in der Landwirtschaftsgesetzgebung, und das Bestreben, die Interventionen nach Möglichkeit durch die Privaten durchführen zu lassen. Ähnliche Tendenzen kannte das Kriegswirtschaftsrecht. Es sollte bei allem Interventionismus ein Maximum an Freiheit vor staatlicher Reglementierung gewahrt werden²²⁹. Zum Teil wird im Zusammenhang damit auch der Gedanke der Selbstverwaltung erwähnt. Solche Bemühungen müssen ihre Grenzen finden an der Sicherung des im allgemeinen Interesse liegenden Unternehmenszweckes. Diese Sicherung kann, wie die Entwicklung der interventionistischen Genossenschaften beweist, durch indirekte öffentlich-rechtliche Aufsicht oftmals in genügender Weise nicht geschehen.

3. Kapitel

Das Verwaltungsrecht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen

§ 5. Allgemeine Grundsätze

1. Die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen zum beteiligten Gemeinwesen gehören dem Verwaltungsrecht an. Im Vergleich zur öffentlichen Anstalt und Körperschaft sind diese verwaltungsrechtlichen Beziehungen scheinbar geringfügig. Doch sind sie für das rechtliche Wesen der öffentlichen Unternehmung auch des Privatrechts bedeutungsvoll. Es sind diese verwaltungsrechtlichen Elemente, die das Unternehmen von den übrigen Betrieben des Privat-

²²⁹ Vgl. Lautner, a. a. O., S. 94 N. 269.

rechts unterscheiden; die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten sind ihrerseits ein Ausfluß davon. Mag auch die Anwendung der traditionellen Begriffe des Verwaltungs- und Gesellschaftsrechtes auf Erscheinungen des Wirtschaftsrechtes problematisch und wenig originell erscheinen, so ist sie doch unvermeidlich. Einerseits ist sie durch das positive Recht bedingt, andererseits vereinfacht sie die Problemstellung.

Unterstehen bei der öffentlichen Anstalt alle internen Beziehungen dem öffentlichen Recht, besonders auch das Organisationswesen, das Dienstverhältnis der Beamten und das Aufsichts- und Rechtsschutzwesen, nach neuerer Auffassung auch das Benutzungsverhältnis, indem die frühere Übertragung zivilistischer Begriffe auf die Nutzungsvermittlung richtigerweise mehr und mehr zugunsten einer öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise verlassen wird, so trifft das bei der öffentlichen Unternehmung des Privatrechtes im Prinzip nur zu für die Beschlußfassung über die Gründung oder Beteiligung und das interne Verhältnis der in der öffentlichen Unternehmung tätigen Organe zum delegierenden Gemeinwesen.

2. Als allgemeines Problem ist dem Verwaltungsrecht die Sicherung der öffentlichen Zwecke aufgetragen, denen die öffentliche privatrechtliche Unternehmung dient. Sie nimmt ja hoheitliche Aufgaben wahr, verwirklicht ein Stück Verwaltungstätigkeit. Die große Mannigfaltigkeit der Organisationsformen, die im geltenden Recht festzustellen ist, hängt überall auch mit dem verwaltungsrechtlichen Moment der Zwecksicherung zusammen. Die Wahl der Rechtsform hängt zunächst verfassungsrechtlich davon ab, welches die adäquate Organisation für eine monopolistische, wohlfahrtsstaatliche oder interventionistische öffentliche Unternehmertätigkeit sei. Sie ist sodann verwaltungsrechtlich zu bedenken: wie wird die öffentliche Aufgabe, die in der angemessenen privatrechtlichen Unternehmensform durchgeführt werden soll, verwaltungsmäßig sichergestellt.

Diese letztere Frage ist keineswegs mit der privatrecht-

lichen Unternehmensform allein schon gelöst. Die Kasuistik hat gezeigt, daß die gesellschaftsrechtlichen Garantien eigentlich in den meisten Fällen nicht genügen. Der Rahmen, den die Art. 762 und 926 OR der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung zur Verfügung stellen, ist, so fundamental an sich der Eingriff in gesellschaftsrechtliche Grundsätze ist, im Vergleich zu den bei der öffentlichen Anstalt vorhandenen Sicherungsmöglichkeiten eher eng. Die mitgliedschaftlichen Einflußmöglichkeiten können nur in jenen Fällen ausgedehnt werden, wo eine Kompetenz zur Spezialgesetzgebung besteht. Der Bundesgesetzgeber ist dazu generell befugt, da er das Bundeszivilrecht jederzeit abändern kann. Die Kantone sind zu zivilrechtlichen Modifikationen und damit zu einer vom OR abweichenden Umgrenzung der Autonomie der Gesellschaft nur im Rahmen und unter den Bedingungen des Art. 763 OR berechtigt. Genügt ihnen diese Kompetenz nicht, dann müssen sie das Unternehmen völlig in den Bereich des öffentlichen Rechtes einbeziehen. Damit sind aber gewisse gemischtwirtschaftliche Unternehmensformen ausgeschlossen. Es stehen dann zur Erreichung des Zweckes nur die öffentlich-rechtliche Anstalt (sei es als selbständige oder unselbständige Verwaltungsabteilung oder als öffentliche Stiftung) und die öffentlich-rechtliche Genossenschaft zur Verfügung. Die Einbeziehung privaten Kapitals oder die Haftung Privater in aktienrechtlicher oder in der Form der GmbH wäre ein unzulässiger Eingriff in das Bundeszivilrecht. Immerhin sind auch die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, wie die Praxis zeigt, überaus reichhaltig und mannigfachen Zwecken anzupassen.

Diese Mannigfaltigkeit steht auch der zivilrechtlichen Spezialgesetzgebung offen. Sie kann die Assoziationsformen des Privatrechts beliebig modifizieren, wobei das Erfordernis der inneren Kongruenz zwischen Form und Zweck lediglich wünschbar, aber nicht erzwingbar ist. Die Kasuistik zeigt, daß der eidgenössische und kantonale Gesetzgeber das Instrument der Spezialgesetzgebung im Gebiete der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen

gen virtuos handhabt. Das Ergebnis sind Unternehmungen mit rechtlich komplexem Charakter. Bei jedem einzelnen Institut kann gestritten werden, ob es ein öffentlich-rechtliches oder ein privatrechtliches Unternehmen sei. Man muß sich fragen, ob diese Kontroversen sinnvoll sind, da die Rechtsnatur dieser Gebilde notwendigerweise heterogen ist. Entscheidend ist, daß ihnen jenes minimale Maß an Autonomie zukommt, das es gestattet, ihnen die Eigenschaft von Unternehmen im Sinne des Wirtschaftsrechtes zuzusprechen²³⁰.

Bei diesen spezialgesetzlichen Gebilden bietet das Problem der Zwecksicherung keine Schwierigkeiten. Der Gesetzgeber hat es in der Hand, alle als tunlich erachteten Kautelen vorzusehen. Sie können mitgliedschaftlicher oder aufsichtsrechtlicher Art sein. Die Kasuistik zeigt Fälle, wo der Gesetzgeber oder die Verwaltung alle Möglichkeiten ausschöpften: von der starken Kapitalbeteiligung und einem Übergewicht in der Verwaltung bis zur Statutengenehmigung und dem Recht zur Auflösung des Unternehmens. Sie kennt anderseits Fälle äußerster Zurückhaltung. Das liegt im Wesen der Spezialgesetzgebung.

Wie präsentiert sich aber die Zwecksicherung und das Problem der Autonomie bei jenen Unternehmen, die sich im Rahmen des OR halten? Das öffentliche Unternehmensrecht kennt staatliche Aufsichtsbefugnisse genereller Art, wie im Bankengesetz und in der Gesetzgebung über das Privatversicherungswesen. Sie verändern den Rechtscharakter der Unternehmungen nicht, sofern sie ihre Autonomie nicht beschränken und zum Beispiel die Statutengenehmigung durch eine staatliche Aufsichtsbehörde vorsehen.

²³⁰ Die Frage ist von einer gewissen Bedeutung für die Beurteilung der Tragweite des Vorbehaltes in Art. 763 OR; soweit der Vorbehalt nicht Platz greift, gilt auch für die kantonale AG. das Bundeszivilrecht, so für die Eintragungspflicht und das Firmenrecht, vgl. Erb, GWU Banken, S. 72; doch unterstehen die öffentlich-rechtlichen Anstalten nach dieser Richtung im wesentlichen den gleichen Regeln.

Entscheidend ist, daß die Gesellschaft die Freiheit behält, die Statuten zu beschließen und das Unternehmen zu betreiben oder auch aufzulösen. Zudem kann — im Bereiche des Zivilrechts — nur der Bund solche generelle Vorschriften erlassen, die Kantone nur im Rahmen des Art. 763 OR, das heißt für nicht dem OR unterliegende Gesellschaften.

Die kraft Konzessionsvertrages oder auf Grund von Subventionsbeschlüssen erfolgende Aufsicht ist entweder spezialgesetzlich begründet oder als verwaltungsrechtliche Bedingung zulässig und nicht geeignet, die privatrechtliche Autonomie zu berühren. Die Aufsicht kann auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag vorgesehen werden. Für einzelne Sachgebiete ist diese aufsichtsrechtliche Zwecksicherung generell gesetzlich geregelt. Das Eisenbahnstimmrechtsgesetz und das BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte enthalten Vorschriften, die die verwaltungsmäßige Einflußnahme des Gemeinwesens erzwingen lassen. Das kantonale Recht kennt ebenfalls solche Erlasse²³¹. Auch wo keine solche gesetzlichen Grundlagen bestehen, kann sich das Gemeinwesen in den Konzessions- und Subventionsbestimmungen die nötige Aufsicht vorbehalten. Die kapitalmäßige Beteiligung ist ja in der Regel nur eine Form der Subventionierung. Es ist ein allgemeiner Grundsatz des Konzessions- und Subventionsrechts, daß, auch wenn keine speziellen Vorschriften bestehen, die konzessionierende oder subventionierende Behörde die Konzession

²³¹ So sieht ein zürcherisches Gesetz vom 14. April 1872 betr. die Staatsbeteiligung bei Eisenbahnen als Bedingung der Beteiligung die Einräumung einer Vertretung im Verwaltungsrat vor (§ 4); der Kantonsrat ist darüber hinaus ermächtigt, an die Beteiligung diejenigen Bedingungen zu knüpfen, welche er zur Sicherung des Unternehmens sowie zur Wahrung der staatlichen Interessen für erforderlich hält (§ 5). Das bernische Eisenbahnsubventionsgesetz von 1920 verlangt, daß alle wichtigen Rechtsakte der subventionierten Gesellschaften vom Staat zu genehmigen sind. Erwähnt sei ferner ein stadtzürcherischer Beschluß vom 9. Juli 1924/15. Dezember 1926 über Grundsätze betr. die Unterstützung des gemeinnützigen Wohnungsbaues.

oder die Subvention, unter Vorbehalt des Bundesrechtes^{231a}, so ausgestalten darf, wie es den öffentlichen Interessen am besten entspricht.

Die gleichen Möglichkeiten stehen dem öffentlichen Recht auch im allgemeinen zu. Gewisse Aufsichtsrechte ergeben sich notwendigerweise aus den verwaltungsrechtlichen Aufgaben der Unternehmen²³². Die Kantone können sich ferner des Vorbehaltes gemäß Art. 6 ZGB auch für aufsichtsrechtliche Zwecke bedienen²³³. Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung ist eben stets ein verwaltungskontrolliertes, die öffentliche Unternehmung ein verwaltungsbeherrschtes Unternehmen des Privatrechts²³⁴.

Es ist selbstverständlich, daß die öffentlichen Aufsichtsrechte die Struktur des Unternehmens wahren müssen. Die kapitalmäßige und sonstige Beteiligung Privater an einem Unternehmen zur Durchführung irgendwelcher öffentlicher Zwecke zu ermöglichen und gleichzeitig die Mitgliedschaftsrechte aufsichtsrechtlich gegenstandslos zu machen, wäre widersinnig. Privatrechtliche Unternehmen im Wirtschaftsrecht haben nur eine Berechtigung, wenn die Privaten ihrerseits rechtliche und faktische Einflußmöglichkeiten besitzen²³⁵. Es gibt nicht nur ein Problem der Sicherung der

^{231a} Vgl. BGE 75 I 53.

²³² BGE 50 I 397 ff.

²³³ Vgl. die Praxis hierüber bei Arbenz, GWU, S. 369 ff.

²³⁴ Nach der Terminologie von Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 378. Vgl. zum ganzen Problem des selbständigen Einfluß- und Kontrollrechts des Gemeinwesens die ausführliche Darstellung bei Arbenz, GWU, S. 353 ff. Der grundlegende BGE 67 I 262 ff. bezieht sich nur auf die statutarischen Beschränkungen der Autonomie, läßt die vertraglichen ausdrücklich außer Betracht und verweist im übrigen auf die Spezialgesetzgebung.

²³⁵ Die Gesetzgebung trägt dem tatsächlich Rechnung, vgl. ein Beispiel bei Erb, GWU Banken, S. 79. Andererseits wird aber auch versucht, über die privatrechtlichen Schranken hinaus einen überragenden öffentlichen Einfluß gesetzlich zu verankern; vgl. z. B. waadtländisches Décret du 26 novembre 1951 sur le renouvellement et l'extension des concessions de la Compagnie vaudoise des forces motrices des lacs de Joux et de l'Orbe.

öffentlichen Zwecke, sondern auch der Sicherung der Unternehmensform. Deshalb sind auch der Spezialgesetzgebung Grenzen gesetzt in der Abänderung der typischen Assoziationsformen. Würde sie beispielsweise die Selbstauflösung der Gesellschaft ausschließen oder übermäßig erschweren, dann könnte von einem privatrechtlichen Unternehmen nicht mehr die Rede sein. Dann wäre die Gesellschaft dem Staate zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes kraft objektiven Rechtes verpflichtet und damit ein öffentlicher Verband. Das ist eine Konsequenz der Logik der Rechtsordnung.

Die Praxis zeigt, daß die Sicherung des öffentlichen Zweckes der Betriebe der Wirtschaftsverwaltung zweckmäßig und in adäquater Form nicht bloß mittels Aufsichtsrechten, sondern allein durch die Übernahme von mitgliederschaftlichen Funktionen geschehen kann²³⁶. Sonst wären eine ganze Reihe ursprünglich privatrechtlicher Genossenschaften des interventionistischen Typs nicht in öffentliche umgewandelt worden; außer der Unmöglichkeit differenzierter Stimmrechte war jene Überlegung maßgebend.

Die Zwecksicherung sollte schließlich auch in der Weise erfolgen, daß Grundsätze über die betriebswirtschaftliche Führung öffentlicher Unternehmen aufgestellt werden, soll das Rentabilitätsprinzip wirklich durch den Wohlfahrtsgedanken ersetzt werden. Die private Rechtsform kann und soll nur dazu dienen, den öffentlichen Betrieb leistungsmäßig rationeller zu gestalten und seine Efficiency durch eine nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen sich richtende Betriebsorganisation, Ausschaltung unangebrachter politischer Einflüsse und allgemein größere Beweglichkeit in der Geschäftsführung zu heben. Was über die Abschreibung der Einrichtungen nach üblichen Grundsätzen²³⁷, die ange-

²³⁶ Über die verschiedenen Auffassungen der Rechtsnatur der Aufsichtsrechte vgl. Erb, GWU Banken, S. 76/77; Arbenz, GWU, S. 369 ff.

²³⁷ Die Kapitalintensität der öffentlichen Betriebe ist dabei gebührend zu berücksichtigen, aber kaum auch die Sicherung einer langfristigen steten Einnahme für das Gemeinwesen, wie

messene Verzinsung des investierten Kapitals und die Äufnung der gesetzlichen Reserven hinaus an Gewinn erzielt wird, ist, sofern der Gewinn nicht zufällig ist, den Leistungsempfängern in Form vermehrter oder preiswerter Leistung zuzuwenden.

§ 6. Einzelfragen

1. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Zuständigkeit, der bundesstaatlichen Aufgabenverteilung und der kommunalen Autonomie ist das Gemeinwesen befugt, öffentliche Unternehmungen zu gründen und sich an privaten Unternehmungen zu beteiligen. Welches Organ zur Beschlußfassung befugt sei, ist dem Staats- und Verwaltungsrecht des Bundes und der Kantone zu entnehmen. Die Zuständigkeit hängt von der Ordnung des Finanzreferendums ab. Es sei hiefür auf die allgemeine und spezielle Literatur verwiesen. Beim Bund ist, sofern die Beteiligung nicht in ein Gesetz oder einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluß gekleidet wird, die Bundesversammlung oder der Bundesrat zuständig. Der einfache, früher auch der dringliche Bundesbeschluß ist die Regel. In den Kantonen sind jedenfalls die kantonalen Vertretungen, zumeist aber das Volk selbst, zuständige Instanz, bei den Gemeinden ebenfalls die Gesamtheit der Stimmberechtigten.

Die Gründungs- oder Beteiligungsbeschlüsse unterliegen, auch wenn sie formell privatrechtlich bindend sind, als Verwaltungsakte der Beschwerde und dem staatsrechtlichen Rekurs nach den allgemeinen Regeln des öffentlichen Rechtes.

2. Die Rechtsnatur des Beteiligungsvertrages ist nicht einfach abzuklären. Führt er nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln zur Bildung einer Vorgesellschaft (einfache Gesellschaft) nach Art. 530ff. OR, oder handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag? Und wie verhält es sich, wenn der Beteiligungsvertrag Normen enthält, die nicht in die Gesellschaftsstatuten überdas in der Botschaft des Bundesrates vom 21. April 1950, BBl 1950 I 941, als selbstverständlich angenommen wird.

gehen? Die Praxis ist uneinheitlich und macht Differenzierungen von problematischem Werte. Man kann nicht danach unterscheiden, ob ein Unternehmen eine Verwaltungsaufgabe erfülle oder nicht²³⁸. Es liegt in jedem Falle eine solche Aufgabe vor.

Sowohl der Beschluß des Gemeinwesens, eine öffentliche Unternehmung zu gründen, wie auch, sich an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu beteiligen, ist ein reiner Gesetzgebungs- oder Verwaltungsakt. Solche Beschlüsse sind auch in jenem Falle nötig, wo allgemeine gesetzliche Grundsätze über Beteiligungen und Suventionierungen vorliegen. Diese Beschlüsse sollten so gefaßt werden, daß die privatrechtlichen Ausführungsakte davon unabhängig sind. Sowohl bei der Gründung einer Aktiengesellschaft als auch einer Genossenschaft ist in den Gründungsakten auf die Beschlüsse des Gemeinwesens zu verweisen. Den Vorverhandlungen kann, soweit Beauftragte des Gemeinwesens beteiligt sind, bloß konsultativer Charakter zukommen. Sind nur öffentliche Gemeinwesen beteiligt, so kommt es bei der Aktiengesellschaft stets zu einer Simultangründung. Sobald die konsultativ bereinigten Fragen geklärt sind, können die Beschlüsse gefaßt werden. Werden die Abmachungen vertraglich festgelegt, so sollten sie als öffentlich-rechtliche Verträge ausgestaltet werden. Das ist nach der Theorie ohne weiteres möglich, auch wenn Gemeinwesen und Private den Vertrag abschließen²³⁹. Ist eine Sukzessivgründung erforderlich, so sollte sich das Gemeinwesen in einem öffentlichen Vertrag die Beteiligung unter den nötigen Bedingungen sichern, jedoch nicht als Gründer auftreten. Es kann sich trotzdem die Gründervor-

²³⁸ Vgl. die Hinweise auf die bundesgerichtliche Praxis bei Hagmann, Unternehmungen, S. 34. Hug, Öffentliche Unternehmungen, S. 147 N.64a, scheint anzunehmen, daß stets ein Vorgründungsvertrag privatrechtlicher Art abgeschlossen werde.

²³⁹ Vgl. Ruck, Verwaltungsrecht, S. 121 ff., besonders S. 123; Kellerhals, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, Diss. Basel 1948, S. 39 ff.

teile ausbedingen. Meines Erachtens steht es im Belieben des Gemeinwesens, sich durch öffentliche Ausgestaltung aller Beteiligungs- und Vorverträge den Vorschriften des OR zu entziehen. Da eine verwaltungsmäßige Aufgabe zu erfüllen ist, kann ihm das nicht verwehrt werden. Auch die Zusicherung von Vertretungen im Verwaltungsrat oder dem Vorstand einer privaten Gesellschaft kann öffentlich-rechtlich geschehen. Die Art. 762 und 926 verlangen ja, daß ein öffentliches Interesse an der Unternehmung bestehe. Über öffentliche Interessen sollten keine privatrechtlichen Verträge abgeschlossen werden.

Dieses Postulat ist auch in der besonderen Stellung der handelnden Organe des Gemeinwesens begründet. In der Regel besitzen sie Beamteneigenschaft und handeln als Beamte nach den Vorschriften des maßgebenden öffentlichen Rechts. Werden Nichtbeamte, zum Beispiel Anwälte, vom Gemeinwesen beauftragt, so untersteht das Verhältnis als Ganzes dem Privatrecht, da die Disziplinalgewalt und das öffentliche Rückgriffsrecht in allen Teilen ausgeschlossen ist. In beiden Fällen besteht die Möglichkeit, daß das Gemeinwesen als Gründer aus Handlungen seiner Organe oder Vertreter haftbar wird, was vermieden werden sollte²⁴⁰. Es kommt dazu, daß bei Annahme privater Vorverträge sehr oft Doppelgesellschaften entstehen würden, und zwar gerade über Gegenstände, die ausgesprochene Verwaltungsangelegenheiten²⁴¹ betreffen.

Daß sich der Fiskus, gar ohne Zustimmung des Parlamentes, in privatrechtlicher Form soll binden können, entspricht nicht mehr der modernen Auffassung.

Gelangt nicht der volle Inhalt der Beteiligungsverträge in die Statuten der Gesellschaft, dann bleibt er im restlichen Umfange als öffentlich-rechtlicher Vertrag bestehen.

²⁴⁰ Vgl. über die privatrechtlichen Auswirkungen der Haftungsregeln bei Gesellschaftsgründungen im Falle öffentlicher Unternehmen Arbenz, GWU, S. 102 ff.

²⁴¹ Z.B. das Salzbezugsrecht der Aktionäre der Vereinigten Rheinsalinen AG.

Bei einer privatrechtlichen Konstruktion entsteht eine Doppelgesellschaft²⁴².

3. Die Rechtsstellung der in den Organen der öffentlichen Unternehmen tätigen Personen unterliegt im Verhältnis zum gründenden oder beteiligten Gemeinwesen dem Verwaltungsrecht, insbesondere dem Beamten- und Disziplinarrecht. Eine persönliche Haftung besteht nur im Rahmen des Art. 55 Abs. 3 ZGB. Der Vertreter der Gemeinde ist unter keinen Umständen Unternehmer. Jede seiner Handlungen — als Organ — hat übereinzustimmen mit seinen Amtspflichten. Er untersteht in jeder Hinsicht dem Weisungsrecht der vorgesetzten Behörde. Sind Privatpersonen abgeordnet, so erhalten sie in ihrer Eigenschaft als Vertreter des Gemeinwesens Funktionärcharakter.

4. Die Haftung des engagierten öffentlichen Vermögens beurteilt sich im Prinzip nach OR, und die Vollstreckung richtet sich nach SchKG. Es sind aber Ausnahmen möglich. Das Unternehmen kann für einzelne Versorgungsgebiete derart unterläßlich sein, daß ein Unterbruch in der Leistungsvermittlung zu einer Desorganisation des öffentlichen Lebens führen müßte. Es gibt gemischtwirtschaftliche Unternehmungen in der Elektrizitätswirtschaft und im Eisenbahnwesen, die von nationaler Bedeutung sind. Das gilt auch von einigen interventionistischen Unternehmungen der Milchwirtschaft, denen ja auch eine ausdrückliche Versorgungspflicht obliegt. In solchen Fällen müssen die Vermögensgegenstände, die unerläßlich sind für die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben des privatrechtlichen Unternehmens, den Grundsätzen des öffentlichen Sachenrechts, im besondern des Verwaltungsvermögens, unterstehen. Anwendbar wären die Grundsätze über die *res extra commercium*²⁴³.

²⁴² Vgl. Hug, Öffentliche Unternehmen, S. 147 N. 49.

²⁴³ In diesem Sinne betrachtet Binder, Aarg. El.-Werk, S. 76, die Beteiligung des Aarg. El. Werkes an den NOK als Ver-

5. Die staatliche Aufsicht über das öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen hat sich zunächst der vertraglichen, statutarischen und spezialgesetzlichen Rechte zu bedienen sowie des Weisungsrechtes an die das Gemeinwesen vertretenden Organe. Den Exekutivbehörden werden diese Möglichkeiten in der Regel genügen. Das Problem der parlamentarischen Kontrolle und Aufsicht ist damit nicht gelöst. In allen Ländern, wo in den Nachkriegsjahren Industrien verstaatlicht wurden, haben sich Schwierigkeiten politischer und verwaltungsmäßiger Art beim Versuch ergeben, die parlamentarische Aufsicht über verstaatlichte Betriebe durchzuführen²⁴⁴. Sie müssen bei den Unternehmungen privatrechtlicher Art naturgemäß noch größer sein, auch wenn für das schweizerische Recht nicht behauptet werden kann, diese rechtliche Organisationsform sei gewählt worden, um das Unternehmen der parlamentarischen Kontrolle zu entziehen, wie das beispielsweise für Deutschland zutreffen soll.

Sofern nicht Spezialgesetze Garantien schaffen, wie das bei den Kantonalbanken durchwegs der Fall ist, wo die Wahl der Organe meistens in der Verfassung selbst geregelt ist, auch bei den gemischtwirtschaftlich organisierten, muß es bei den indirekten Beeinflussungsmöglichkeiten sein Bewenden haben. Sie dürften regelmäßig ausreichen. Jedenfalls hat sich bis jetzt kein Bedürfnis nach einer Intensivierung der parlamentarischen Aufsicht gezeigt. Dagegen sollte verlangt werden, daß über die staatlichen Beteiligungen in den Rechenschaftsberichten der Exekutive gesondert berichtet wird, so daß auch ohne parlamentarische Intervention regelmäßig zur Geschäftspolitik der Unternehmen Stellung bezogen und nötigenfalls Kritik geübt werden kann. Die übertriebene Diskretion, die auch die öffentlichen Unternehmungen üben, ist überholt.

waltungsvermögen, weil sie direkt im öffentlichen Interesse gelegen sei.

²⁴⁴ Vgl. hiezu auch Raiser, Verhandlungen, S. 72, und Jüngling, GWU El. Wirtschaft, S. 63.

Das dürfte auch deshalb tunlich sein, damit die Beteiligung in zweifelloser Art als Verwaltungsvermögen und die Tätigkeit des Unternehmens selbst als Verwaltungstätigkeit deklariert ist.

Dagegen dürfte es für das schweizerische Recht ausgeschlossen sein, die öffentlichen Unternehmen der gleichen Staatsaufsicht zu unterstellen wie die übrigen Zweige der Verwaltung und ein Eingriffsrecht in die Geschäftsgebarung anzuerkennen²⁴⁵. Selbstverständlich aber gehen bei diesen Gesellschaften, im Unterschied zu den gemischtwirtschaftlichen, die Weisungsmöglichkeiten an die Organe so weit, daß eine tatsächliche Unterordnung unter die Verwaltung eintritt. Die Parlamente verstehen es aber im allgemeinen schlecht, diese Möglichkeiten zu verwirklichen.

6. Die bekannte Erscheinung, daß die Leistungen der Verwaltung auch in privatrechtlicher Form vermittelt werden können, hat bei den öffentlich-rechtlichen Unternehmungen zur Alternative geführt: Privatvertrag auf Leistung gegen Entgelt oder öffentlicher Vertrag auf Anstaltsnutzung gegen Gebühr? Rechtsweg oder Verwaltungsweg²⁴⁶? Die Beantwortung ist in concreto vielfach schwierig. Die neuere Gesetzgebung und Doktrin läßt die Tendenz erkennen, alle Beziehungen dem öffentlichen Recht zu unterstellen. So werden die Leistungen der Post heute durchwegs als öffentliche Anstaltsnutzung aufgefaßt, und auch bei der Bahn werden die privatrechtlichen Konstruktionen aufgegeben.

Diese Frage kann sich bei den öffentlichen Unternehmungen des Privatrechts nicht stellen. Zu einer öffentlichen Nutzungsvermittlung kann es bei einer privatrechtlichen Unternehmung nur ausnahmsweise auf Grund spezialgesetzlicher, besonders konzessionsrechtlicher Bestimmungen kommen. Sonst besteht kein Anlaß, eine solche Möglichkeit zuzulassen. Das gleiche gilt vom Kontrahierungszwang.

²⁴⁵ Wie das Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 383, annimmt.

²⁴⁶ Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung Bd. 1, 1950, S. 198.

7. Das Arbeitsrecht der öffentlichen Unternehmung bietet keine Besonderheiten. Das Sozialrecht ist ja überall von der Rechtsform des Betriebes unabhängig²⁴⁷. Sowohl das Dienstvertragsrecht wie auch das kollektive Arbeitsrecht beurteilen sich nach allgemeinen Grundsätzen. Es ist ausgeschlossen, das Beamtenrecht für die Angestellten anzuwenden. Wo spezialgesetzliche Kompetenzen bestehen, beziehen sie sich allerdings auch auf die Gestaltung des Dienstverhältnisses.

8. Die vieldiskutierten Steuerprivilegien der öffentlichen Unternehmung gelten nicht für die Unternehmung des Privatrechts. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, diese Unternehmungen seien notwendigerweise erwerbswirtschaftliche. Daß sie nicht im Genusse der Steuerprivilegien der öffentlichen Betriebe stehen, ist innerlich nicht begründet²⁴⁸. Die Steuerbefreiung würde ihren öffentlichen Charakter unterstreichen. Denn es kann ebensowenig ihre Funktion sein, durch Verwaltungsleistungen wirtschaftlicher Art dem Staate Steuern einzutragen, wie es ihre Aufgabe ist, durch Gewinnerzielung Steuern zu ersetzen. Das ist Sache des Steuerrechts²⁴⁹.

4. Kapitel

Das Gesellschaftsrecht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

Das Privatrecht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmung ist weitgehend identisch mit demjenigen des gemeinen Handelsrechts. Die Art. 762 und 926 OR

²⁴⁷ Nikisch, Verhandlungen, S. 49.

²⁴⁸ Sie ist denn auch verschiedentlich in parlamentarischen Beratungen verlangt worden, vgl. die Hinweise in Botschaft des Bundesrates vom 21. April 1950, BBl 1950 I 297 ff.

²⁴⁹ Die bundesgerichtliche Praxis trägt dem in gewissem Maße Rechnung; vgl. BGE 68 I 272; 70 I 37.

enthalten indes eine Reihe bedeutsamer Besonderheiten. Ihre volle Würdigung setzt eine einläßliche Kommentierung voraus, die noch aussteht²⁵⁰.

I. Ob eine Unternehmung unter den Vorbehalt des Art. 59 ZGB falle und dem öffentlichen Rechte zu unterstellen sei, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein²⁵¹. Eine öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmung dagegen, die nach den Vorschriften des OR gegründet und organisiert wird und nicht spezialgesetzlicher Normierung unterliegt, gehört dem allgemeinen Privatrecht an. Daß sie eine Verwaltungstätigkeit ausübt und öffentliche Zwecke verfolgt, macht sie nicht zum öffentlich-rechtlichen Unternehmen. Der Zweck allein ist nicht maßgebend²⁵².

Die in den Art. 762 und 926 OR enthaltene Ordnung bedeutet einen Einbruch in eine rein privatrechtliche Auffassung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen. Die dort aufgestellten Regeln weichen von wichtigen Grundsätzen des Aktien- und Genossenschaftsrechtes ab und bilden einen Anfang zur öffentlichen Ordnung dieser Unternehmungen. Rechtspolitisch kann man das nur begrüßen. Im Interesse der klaren Scheidung der Rechtsgebiete und der eindeutigen Zuordnung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zur Verwaltungstätigkeit wird das *de lege ferenda* die in der Natur der Sache begründete Tendenz sein müssen.

II. Systematisch ergibt sich folgende Gliederung:

1. Die Bundesgesetzgebung ist in der Ausgestaltung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmung des Bundesrechts frei. Auch wenn der Bundesgesetzgeber sie als privatrechtliche Gebilde auffasst, ist er nicht an das Bundeszivilrecht gebunden. Es sind die mannigfachsten Abweichungen vom Typus der privatrechtlichen Aktiengesellschaft und Genossenschaft denkbar. Diese Ge-

²⁵⁰ Vgl. die Hinweise bei Fink, Kommentar OR, Bd. II, 1951, zu den Art. 762 und 926.

²⁵¹ Vgl. zu Art. 59 ZGB im allgemeinen BGE 72 II 147 ff.

²⁵² BGE 67 I 266.

setzung hat im Rahmen der verfassungsmäßigen Behördenorganisation und in den vorgeschriebenen Beschlussformen zu geschehen. Eine bloß statutarische oder sonstige rechtsgeschäftliche Abweichung vom OR genügt nicht. Auf die verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten, eine staatliche Aufsicht herbeizuführen, wurde bereits hingewiesen.

Ob solche Unternehmungen als privat- oder öffentlich-rechtliche anzusprechen sind, kann generell nicht gesagt werden²⁵³. Es sind die einzelnen Rechtsbeziehungen zu prüfen: das Nutzungsverhältnis, die Rechte der Gesellschafter usw. Fehlt die Autonomie, was mehr ist als die juristische Selbständigkeit, dann liegt keine private Unternehmung vor. Das trifft überall dort zu, wo ein direktes staatliches Aufsichtsrecht vorhanden ist oder die Genehmigung der Statuten und ein Vetorecht vorbehalten wird²⁵⁴, es sei denn, solche Bestimmungen erfolgen in rechtsgeschäftlicher Form nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes²⁵⁵. So tragen die interventionistischen Unternehmen in der Regel

²⁵³ Das Bundesgericht spricht gelegentlich von «nicht rein privatrechtlichen Unternehmen», BGE 59 II 283; zur Rechtsprechung hierüber vgl. die Darstellung bei Zwahlen, *Des sociétés commerciales avec participation de l'Etat*, Thèse Lausanne, 1935, S. 144 ff.

²⁵⁴ Wie in der Eisenbahngesetzgebung; der einzige Fall eines Vetorechtes dürfte in Art. 8 Abs. 1 des BG betr. das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften vorliegen.

²⁵⁵ Zum Problem der Grenzen rechtsgeschäftlicher Einschränkungen der Verbandsautonomie vgl. Arbenz, GWU, S. 366 ff. Im Gebiete des öffentlichen Unternehmensrechtes sind solche Verträge öffentlich-rechtlicher Art; vgl. BGE 58 II 444 und die Verträge der Zuckerfabrik Aarberg und der Swissair mit dem Bunde; Schranken der Vertragsfreiheit können in diesem Bereiche nicht gelten, vorausgesetzt nur, daß sich die Verträge auf Verwaltungsgegenstände beziehen und eine gesetzliche Kompetenz zum Abschluß solcher Verträge besteht. Die in BGE 67 I 264 offen gelassene Frage, ob und wieweit eine juristische Person sich angesichts ihres Selbstbestimmungsrechtes durch obligatorischen Vertrag verpflichten kann, die ihrem obersten Organ zustehenden unübertragbaren Befugnisse nach einer bestimmten Richtung auszuüben, dürfte sich nur auf privatrechtliche Verträge beziehen.

öffentlichen Charakter, da ein Aufsichtsrecht hier unerlässlich ist. Bei konzessionierten und subventionierten Unternehmungen dagegen, wo entweder der Konzessionsvertrag oder die Subventionsbedingungen die nötigen Garantien schaffen, ist eine rein private Ausgestaltung möglich und bildet die Regel. Es sei auf die Kasuistik verwiesen.

2. Der kantonale Gesetzgeber ist im Rahmen des Vorbehaltes des Art. 763 OR in der Gestaltung des Unternehmensrechtes öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften autonom. Sofern die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind — Gründung des Unternehmens durch besondere kantonale Gesetze, Mitwirkung öffentlicher Behörden bei der Verwaltung, subsidiäre Haftung des Kantons für die Verbindlichkeiten des Unternehmens —, entfällt die Anwendung des Aktienrechtes des OR. Bei Gesellschaften, die auf die Zeit vor 1883 zurückgehen, ist die subsidiäre Haftung des Kantons entbehrlich²⁵⁶. Solche kantonalrechtliche Aktiengesellschaften unterliegen als Ganzes dem kantonalen Privatrecht²⁵⁷. Das OR kann subsidiär anwendbar erklärt werden. Für die Gründung, Organisation, Haftung und Auflösung schafft die Spezialgesetzgebung Recht. Allgemeine Grundsätze sind hiefür ebenso wenig festzuhalten wie für die spezialgesetzlichen Unternehmungen des Bundesrechts²⁵⁸.

3. Die Art. 762 und 926 OR enthalten in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen nach drei Richtungen Spezialvorschriften für die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen des Bundes und der Kantone, die als Aktien-

²⁵⁶ Vgl. zu den intertemporalrechtlichen Fragen Erb, GWU Banken, S. 70/71. Art. 763 Abs. 2 OR entspricht Art. 899 des OR 1881, Art. 763 Abs. 1 OR dem Art. 613 OR 1911.

²⁵⁷ Die vielfach geäußerte Auffassung (z.B. von Steiger, Das Recht der AG. in der Schweiz, 2. Aufl., S. 130), Art. 763 behalte öffentliches Recht vor, ist unrichtig; es handelt sich nach Entstehung und Inhalt der Vorschrift um einen Vorbehalt nach Art. 5 ZGB.

²⁵⁸ Für die vertraglichen Möglichkeiten, Aufsichtsrechte zu begründen, gelten die gleichen Regeln wie für das Bundesrecht.

gesellschaften oder Genossenschaften auftreten²⁵⁹. Diese Ordnung ist eine in sich geschlossene, stark öffentlich-rechtlich konzipierte, die im Prinzip keine Lücken offen läßt. Ob sie auch eine Durchbrechung des Prinzipes bedeute, wonach juristische Personen nicht Mitglied des Verwaltungsrates sein können (Art. 707 Abs. 3 OR), ist von mehr theoretischer Bedeutung. Aus dem Umstand, daß die Vertreter außer im Umfange des Art. 55 Abs. 3 ZGB nicht persönlich haften, nur vom Gemeinwesen abberufen werden können und keinen Aktienbesitz zu hinterlegen haben, muß wohl geschlossen werden, daß das Gemeinwesen selbst Mitglied der Verwaltung ist²⁶⁰.

a) Die Statuten können Körperschaften des öffentlichen Rechts die Befugnis einräumen, Vertreter in die Verwaltung und in die Kontrollstelle abzuordnen, bei der Aktiengesellschaft ohne daß das Gemeinwesen Aktionär zu sein braucht, bei der Genossenschaft indessen nur mit den gleichen Rechten und Pflichten wie die sonstigen Mitglieder²⁶¹. Die Abordnung erfolgt direkt durch das Gemeinwesen und bedarf keiner Bestätigung durch die Generalversammlung nach Art. 708 OR; die Amtsdauer richtet sich nach öffentlichem Recht^{261a}.

Bei der Aktiengesellschaft sind die Vertreter von der Pflicht der Aktienhinterlegung befreit, genießen aber die gleichen Rechte und Pflichten wie die übrigen Mitglieder

²⁵⁹ Für die übrigen Gesellschaftsformen (z. B. GmbH) bedurfte es keiner Spezialvorschriften, weil hier die rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten genügen.

²⁶⁰ Gleicher Ansicht von Steiger, a.a.O., S. 230; vgl. die Hinweise auf die verschiedenen Lehrmeinungen bei Erb, GWU Banken, S. 185 ff. und 190 N. 30.

²⁶¹ Das muß doch wohl aus der ausdrücklichen Nichterwähnung einer Ausnahme, wie sie in Art. 762 Abs. 1 in fine geschehen ist, gefolgert werden. Das Gemeinwesen ist Genossenschafter und haftet je nach den Statuten unter Umständen auch unbeschränkt.

^{261a} Diese Grundsätze dürften sich zwingend aus der gesetzlichen Ordnung ergeben; vgl. zur allgemeinen Praxis BGE 66 II 50; 72 II 91.

(Art. 762 Abs. 3)²⁶². Die Verteilung der Mandate in der Verwaltung steht den Statuten frei. In Art. 762 ist die Anzahl der Vertreter des öffentlichen Gemeinwesens im Verwaltungsrat nicht begrenzt; es könnte also auch die Mehrheit sein, ohne daß eine Beteiligung am Aktienkapital vorliegt. Dagegen ist ein Pluralstimmrecht ausgeschlossen²⁶³. Bei der Genossenschaft muß nach Art. 894 Abs. 1 OR, im Gegensatz zur früheren Ordnung, die Verwaltung mehrheitlich aus Genossenschaftern bestehen. Auch wenn man annehmen wollte, dem Gemeinwesen komme die Eigenschaft eines Mitgliedes zu, könnte ihm nur ein Vertreter als Genossenschafter zugerechnet werden. Für die Einräumung weiterer Vertreter gilt die durch Art. 894 vorgesehene Beschränkung²⁶⁴.

Das Gemeinwesen leitet in der Praxis seine Mitwirkungsmöglichkeiten regelmäßig nicht von der Kapitalbeteiligung her, sondern von der Vertretung in der Verwaltung. Das Schwergewicht liegt nicht in der Einflußnahme in der Generalversammlung, sondern im Verwaltungsrat. Das gilt sowohl von den spezialgesetzlichen wie auch von den Unternehmungen des Art. 762 und 926 OR. Die beschränkten Möglichkeiten des Genossenschaftsrechtes, die mitgliedshaftlichen Rechte des Gemeinwesens auszugestalten, haben mit dazu geführt, daß die Genossenschaft des Privatrechts als Unternehmensform weniger verwendbar ist als früher.

Die Einräumung einer solchen Vertretung ist nur bei Unternehmungen zulässig, an denen ein öffentliches Interesse besteht. Der Beschluß unterliegt den Vorschriften über die Statutenänderungen (Art. 647 ff.) und ist nach den allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts anfechtbar (Art.

²⁶² Sie stehen aber wohl, nach der ganzen Konstruktion des Verhältnisses, nicht in einem privatrechtlichen Auftrag zur AG.; vgl. von Steiger, a. a. O., S. 230.

²⁶³ BGE 71 I 188.

²⁶⁴ Die Frage ist noch wenig behandelt. Vgl. Jüngling, GWU El. Wirtschaft, S. 32.

706 OR)^{264a}. Die Aufnahme von Vertretern öffentlicher Gemeinwesen kann, zum Beispiel wenn diese die Mehrzahl im Verwaltungsrat erhalten, wohlerworbene Rechte der Aktionäre verletzen. Andererseits begründet die Vertretungsbefugnis des Gemeinwesens nach bundesgerichtlicher Praxis ebenfalls ein wohlerworbenes Recht, das der Körperschaft nicht gegen ihren Willen entzogen werden darf²⁶⁵.

b) Die Abberufung solcher Vertreter steht nur dem Gemeinwesen selbst zu (Art. 762 Abs. 2, 926 Abs. 3)²⁶⁶.

c) Für den von seinen Vertretern in ihrer Organstellung verursachten Schaden haftet das Gemeinwesen nach den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts. Es steht ihm jedoch der Rückgriff zu nach Maßgabe des Bundes- und des kantonalen Rechts (Art. 762 Abs. 4; 926 Abs. 3). Ein Unterschied zwischen delegierten öffentlichen Funktionären und Privatpersonen besteht in bezug auf die Haftung gegenüber der Gesellschaft nicht. Im internen Verhältnis findet das Beamtenrecht meines Erachtens in jedem Falle Anwendung, da die Vertretung eines Gemeinwesens in einer gemischtwirtschaftlichen oder auch öffentlichen Unternehmung die Funktionäreigenschaft notwendigerweise nach sich zieht; die Abordnung erfolgt durch Verwaltungsakt, nicht auf Grund eines privatrechtlichen Auftrages.

Die getroffene Ordnung macht eine Bestimmung, wie im deutschen Recht²⁶⁷, überflüssig, wonach dem Beamten ein Anspruch auf Ersatz des ihm zufolge der gesellschaftlichen Haftung allfällig erwachsenden Schadens zusteht.

d) Für die öffentliche Unternehmung des Privatrechts finden keinerlei Spezialvorschriften Anwendung. Sie sind auch nicht nötig. Die Haftung des Gemeinwesens ergibt sich aus seiner gesellschaftlichen Stellung. Ein Rück-

^{264a} Er bedeutet aber keinen Gründervorteil im Sinne der Art. 628 Abs. 3 und 636 OR.

²⁶⁵ BGE 51 II 330; 59 II 288 ff.; von Steiger, a. a. O. S. 211.

²⁶⁶ Vgl. zur Genesis dieser Vorschriften Erb, GWU Banken, S. 185 ff.

²⁶⁷ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 385.

griff auf die Vertreter beurteilt sich nach Beamtenrecht.

e) Da Art. 762 Abs. 2 OR den Begriff «gemischtwirtschaftliche Unternehmung» verwendet und dafür als wesentlich den Aktienbesitz betrachtet, fragt es sich, ob jedes Unternehmen, bei dem ein Gemeinwesen beteiligt ist, eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung sei. Das ist zu bejahen, auch wenn keine Vertretung in der Verwaltung oder der Kontrollstelle damit verbunden ist. Einen zufälligen Aktienbesitz von Gemeinwesen gibt es nicht, die Fälle ausgenommen, wo zufolge Schenkung, Zwangsvollstreckung für öffentliche Forderungen und ähnlicher Gründe vorübergehend im Finanzvermögen des Gemeinwesens Aktien figurieren.

III. Die Gründung und Organisation der in Frage stehenden Unternehmungen richten sich im übrigen nach dem gemeinen Gesellschaftsrecht. Es sind keinerlei weitere Abweichungen zulässig. Im besondern gelten die Formvorschriften in vollem Umfange. Die Eintragung im Handelsregister ist Konstitutiverfordernis²⁶⁸.

Auch bei den spezialgesetzlichen Unternehmungen ist ein rechtsgeschäftlicher Gründungsakt nötig. Andernfalls könnte von einer privatrechtlichen Organisation nicht die Rede sein. Nur öffentliche Verbände bestehen unmittelbar kraft Gesetzes²⁶⁹. Den Gesellschaftern entstehen dadurch Ansprüche, die bei späterer Änderung der gesetzlichen Grundlagen unter dem Gesichtspunkte der Eigentums-garantie respektiert werden müssen²⁷⁰.

IV. Die Grundsätze über die Eigentums- und Werkhaftung, die Haftung des Geschäftsherrn und die sonstigen Fälle der Kausalhaftung finden auf die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen unverändert Anwendung. Art. 61 OR trifft für die Angestellten

²⁶⁸ Vgl. Siegwart, Kommentar OR, 1945, Art. 643 N. 1.

²⁶⁹ Vgl. zur Frage der Prozeßfähigkeit und der Eintragung öffentlicher Unternehmen ins Handelsregister BGE 57 I 320/21.

²⁷⁰ Vgl. hiezu Erb, a. a. O., S. 76/77. •

öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen nicht zu, da ihnen nicht Beamteneigenschaft zukommt, im Unterschied zu den das Gemeinwesen in den Gesellschaftsorganen vertretenden Personen. Zudem nimmt die Doktrin an, daß auch Unternehmungen, die nicht aus Gewinnabsicht, sondern aus wohlfahrtsstaatlichen Gründen betrieben werden, Gewerbebetriebe im Sinne dieser Vorschrift sind und daß Beamte auch Mitglieder von Behörden sind, die in keinem Dienstverhältnisse stehen, jedoch in öffentlichen Unternehmungen tätig sind²⁷¹. Als Gewerbe im Sinne von Art. 61 OR haben die Gas-, Wasser- und Elektrizitätsunternehmen, die Verkehrsanstalten, Banken und andere ähnliche öffentliche Unternehmen zu gelten, ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform. Zu verweisen ist auch auf die Verantwortlichkeitsbestimmungen in Spezialgesetzen²⁷².

5. Kapitel

Rechts- und wirtschaftspolitische Bemerkungen

Wie schon eingangs gesagt, ist die öffentliche Wirtschaftstätigkeit volkswirtschaftlich, finanzpolitisch und soziologisch von fast größerem Interesse als juristisch. Welcher Organisationsformen sich die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand bedient, ist im Vergleich zur Tatsache der öffentlichen Wirtschaft an sich von relativ geringer Bedeutung²⁷³.

Die beiden aufschlußreichsten amtlichen Dokumente der letzten Jahre zu dieser Frage, die Berichte des Bundesrates vom 14. Oktober 1946 über das Volksbegehren betreffs

²⁷¹ Oser-Schönenberger, Kommentar OR, 1936, Art. 61 N. 13; vgl. auch Art. 362 OR.

²⁷² Z.B. Art. 39 und 45 des eidg. Bankengesetzes.

²⁷³ Immerhin knüpft die Polemik gern an die Tatsache einer sog. getarnten staatlichen Wirtschaftstätigkeit an; doch wird der Sachverhalt oftmals dramatisiert.

«Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit» (Bericht I) und vom 21. April 1950 über das Volksbegehren für die Heranziehung der öffentlichen Unternehmungen zu einem Beitrag an die Kosten der Landesverteidigung (Bericht II)²⁷⁴, beziehen sich in ihren allgemeinen Ausführungen auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand schlechthin. Sie subsumieren unter den Begriff «öffentliche Wirtschaft» auch die Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation. So bezieht sich die Darstellung der öffentlichen Unternehmertätigkeit im Bericht I unter der allgemeinen Überschrift «Zur Sozialisierung» auch auf die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation. Die zusammenfassende Feststellung lautet:

«Dank der bedeutenden Tätigkeit der öffentlichen Hand auf dem Gebiete des Bankwesens, mit der Eisenbahnverstaatlichung und dem Aufbau der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft ist der Staat in den Besitz wichtiger Schlüsselstellungen des gesamten Wirtschaftslebens gelangt, wobei sich in den letzten Jahrzehnten neben den kommunalen und kantonalen eine verstärkte Tendenz zu eidgenössischen, interkantonalen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen geltend gemacht hat.» (S. 862.)

Die Art. 762 und 763 OR werden als Ausdruck dieser Entwicklung hingestellt: «So trägt auch das Privatrecht der öffentlichen Wirtschaft Rechnung und gestattet ihr die Möglichkeit einer weiteren organischen Entwicklung» (S. 866).

Auch in andern amtlichen Dokumenten, zum Beispiel dem Regulativ über die Anlage des AHV-Fonds²⁷⁵, werden die Ausdrücke nicht im technischen Sinne verstanden.

²⁷⁴ BBl 1946 III 825; BBl 1950 I 914.

²⁷⁵ vom 19. Januar 1953 (BBl 1953 I 85), Art. 1 Abs. 2 lit. g, wo die Wendung «gemischt-wirtschaftliche Unternehmungen» gebraucht wird; in der Praxis wird die Zulassung individuell bestimmt; entscheidend ist die kapitalmäßige Beteiligung der öffentlichen Hand, in zweiter Linie auch die Realsicherheiten. In der Regel werden Anlagen nur bei solchen Unternehmen vorgenommen, deren Geschäftsbereich sich über mehrere Kantone erstreckt (Schreiben der Zentralen Ausgleichsstelle vom 1. Mai 1953).

1. Eine genaue Statistik der «öffentlichen Wirtschaft» existiert nicht. Quellen sind vorhanden in den Mitteilungen der Schweizerischen Nationalbank über das schweizerische Bankwesen²⁷⁶, den Darstellungen privater Verbände über die Elektrizitätswirtschaft²⁷⁷, den von der Eidgenössischen Steuerverwaltung bearbeiteten finanzstatistischen Publikationen «Finanzen und Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden», den Jahrbüchern des Schweizerischen Städteverbandes, den Rechenschaftsberichten des Bundesrates, der kantonalen Regierungen und der Gemeinden sowie den Jahresberichten der Unternehmungen selbst. Daneben finden sich in der Literatur Überblicke für die jeweilige Zeit des Erscheinens²⁷⁸.

²⁷⁶ Zuletzt für das Jahr 1951.

²⁷⁷ Führer durch die schweiz. Wasser- und Elektrizitätswirtschaft, 2 Bde., 1949, herausgegeben vom Schweiz. Wasserwirtschaftsverband und vom Verband schweiz. Elektrizitätswerke, besonders Bd. 2, S. 60 ff.

²⁷⁸ Für die Zeit bis 1929: Hulftegger, Die Tätigkeit der öffentlichen Gemeinwesen der Schweiz auf wirtschaftlichem Gebiet, 1929; für die ostschweizerischen Kantone bis 1937: Hug, Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen von Kanton und Gemeinde, in Festschrift Fleiner 1937, S. 131 ff.; bis 1949: Jaberg, Der Staat als Unternehmer in der Schweiz, Präsidialansprache 1949. Für Deutschland bis 1932: Landmann, Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung (Schriften der Vereinigung für Sozialpolitik Bd. 176), 1932; bis 1942: Weber, Werner, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., 1943; bis 1953: Haussmann, Die öffentliche Hand in der Wirtschaft, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Wirtschaft (erscheint Herbst 1952). Für Frankreich für die Zeit von 1919—1939: Monségur, Les entreprises d'intérêt public, S. 9 ff. Vgl. im allgemeinen auch Saitzew, Die öffentliche Unternehmung der Gegenwart, 1932, und die zit. Schrift von Haussmann, die mir nach der Drucklegung dieser Arbeit im Manuskript vorlag; sie enthält, neben einer einläßlichen wirtschaftspolitischen Darlegung der deutschen Verhältnisse, wertvolle und neuartige Vergleiche zwischen dem kontinentalen Unternehmensrecht und der angelsächsischen Public Utility-Gesetzgebung.

Die Angaben in den beiden genannten Berichten, die zum Teil auf besonderen Enquêtes beruhen, besitzen bei diesem Fehlen einer allgemeinen Statistik fast historischen, jedenfalls statistisch einmaligen Wert. Sie sind denn auch in der wissenschaftlichen Diskussion als Grundlage herangezogen worden. Büchi stützt sich in seinem Beitrag zu einer wissenschaftlichen Diskussion über die Sozialisierung in der Schweiz²⁷⁹ für die statistischen Angaben in weitem Umfange auf den Bericht I mit der Bemerkung, es komme ihm das Verdienst zu, zum ersten Male in zusammenfassender Weise über den Stand der Sozialisierung in der Schweiz Aufschluß erteilt zu haben. Das gilt vom Bericht II in noch höherem Maße. Da sich die Zahlen der beiden Botschaften und der angeführten sonstigen Quellen entweder auf die «öffentliche Wirtschaft» im allgemeinen beziehen oder, wie die Steuerstatistiken, die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Betriebe mit privatrechtlicher Organisation nicht gesondert erfassen, bedürfte es einer eigenen statistischen Untersuchung, um den Anteil dieser Unternehmungen an der «öffentlichen Wirtschaft» im allgemeinen und am Fiskaleinkommen von Bund, Kantonen und Gemeinden im besondern festzustellen.

In Ermangelung dessen sei anhand der genannten Quellen zur wirtschafts- und finanzpolitischen Bedeutung der öffentlichen Wirtschaft im allgemeinen auf folgendes hingewiesen:

a) Die Aktien der Nationalbank befinden sich zu 54 % im Besitze der Kantone und Kantonalbanken. Bund, Kantone und Gemeinden sind bei 21 nichtstaatlichen Bankunternehmen mit Kapital beteiligt. Neben 27 Kantonalbanken gibt es 45 Gemeindeinstitute. Das Dotationskapital aller Kantonalbanken beläuft sich auf über 520 Millionen Franken, die Reserven auf über 280 Millionen Franken. Im Jahre 1945 erzielten die Kantonalbanken einen Reingewinn von rund 42 Millionen Franken, wovon als Verzin-

²⁷⁹ «Sozialisierung in der Schweiz», 1949.

sung des Dotationskapitals rund 18 Millionen Franken und als Ablieferung an die Staatskasse rund 12 Millionen Franken verwendet wurden. Zusammen mit den Kantonalbanken macht der Anteil der staatlichen und kommunalen Bankunternehmungen nach der Bankstatistik 1951 42,6 % der Bilanzsumme aller Banken aus²⁸⁰.

b) Die kantonalen industriellen Betriebe lieferten an die Staatskassen in den letzten Jahren gesamthaft im Durchschnitt 9 Millionen Franken ab; auf die Verzinsung des Dotationskapitals entfielen rund 3 Millionen Franken. Das investierte Kapital betrug im Jahre 1948 86 Millionen Franken, die offenen Reserven beliefen sich auf 55 Millionen Franken²⁸¹.

Die kantonalen Verkehrsbetriebe weisen zusammen 25 Millionen Franken Dotationskapital aus; außer Einlagen in Reservefonds und der Verzinsung dieses Kapitals werden in den letzten Jahren keine Ablieferungen an die Staatskassen verzeichnet.

c) Bei den kommunalen öffentlichen Unternehmungen sind die industriellen Betriebe (Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke) am bedeutungsvollsten. Die Dotationskapitalien der 40 in der Finanzstatistik erfaßten Gemeinden betrugen Ende 1950 rund 500 Millionen Franken, die offenen Reserven 75 Millionen Franken. Aus den Gewinnen wurden durchschnittlich 45—50 Millionen Franken an die Gemeindekassen abgeliefert, wovon durch die Elektrizitätswerke allein mehr als 40 Millionen Franken. Das Statistische Jahrbuch 1951 des Schweizerischen Städteverbandes bestätigt²⁸² die auch in der Botschaft I gemachte Feststellung, daß die Elektrizitätsversorgung den größten Ertrag abwirft²⁸³, daß

²⁸⁰ Die Botschaft I beziffert den staatlichen und kommunalen Einfluß im Bankwesen auf 51,9 % der fremden Gelder, Jaberger, a. a. O., auf 50 % sämtlicher Bankdepositen.

²⁸¹ Einzelheiten siehe Botschaft II, S. 918 und 921.

²⁸² S. 46 und 56.

²⁸³ Rund 600 Gemeindeunternehmen versorgen lt. Botschaft I, S. 864, etwas mehr als die Hälfte der schweiz. Bevölkerung. Über

die Gaswerke für einzelne Städte mit Verlusten, für andere mit geringem Gewinn abschließen und daß die Verkehrsbetriebe (Tram, Trolleybus, Autobus) trotz großen Investitionen (1948: 70 Millionen Franken Dotationskapital und 12 Millionen Franken offene Reserven) in der Regel nicht rentieren; das letztere gilt auch für die städtischen Schlachthöfe.

In Prozenten der direkten Steuern macht die Ablieferung der industriellen Betriebe an die Stadtkassen 1951 in den beiden extremen Fällen aus: 63,3 % (Arosa) und 0,5 % (Rheinfelden) (in Zürich 16,0 %, Basel 11,6 %, Bern 19,9 %, Genf 20,5 %, Lausanne 26,1 %) ²⁸⁴.

d) Für die Beteiligung der öffentlichen Hand am Wohnungsbau betrugen die öffentlichen Subventionen 1946 etwa 100 Millionen Franken. Die Botschaft I schätzt den Anteil der subventionierten Neuwohnungen 1945 auf 64 %.

e) Im Verkehrswesen gehören praktisch sämtliche Bahnen der öffentlichen Hand oder stehen unter ihrem maßgebenden Einfluß ²⁸⁵. Die Botschaft I bemerkt dazu:

«Auch die neben den schweizerischen Bundesbahnen bestehenden gemischtwirtschaftlichen oder privaten Bahnunternehmen (unter denen als die bedeutendsten die Lötschbergbahn, die Rhätische Bahn und die Bodensee-Toggenburgbahn zu nennen sind) haben zum großen Teil infolge der ausschlaggebenden Kapitalbeteiligung von Kanton und Gemeinden tatsächlich den Charakter staatlicher Bahnen erhalten. Nachdem fast alle Straßenbahnen in ihren Anfangsstadien von privaten Gesellschaften finanziert und betrieben worden waren, sind heute die städtischen

60 % des in den Elektrizitätswerken investierten Kapitals entfällt auf die öffentlichen Betriebe. Nach der zit. Elektrizitätsstatistik beträgt der Anteil der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen der Kantone und Gemeinden 56 % der möglichen mittleren Energieerzeugung (S. 60). Jaberg beziffert den Anteil der öffentlichen Anlagen der öffentlichen El.-Wirtschaft auf 2—2 ½ Milliarden Fr., ohne SBB.

²⁸⁴ Vgl. Statist. Jahrbuch Städteverband, a. a. O.

²⁸⁵ Jaberg schätzt das Anlagekapital aller Bahnen auf 2,6 Milliarden Fr., wovon approximativ 4 % auf reinen Privatbesitz entfallen.

Straßenbahnen, Omnibus- und Trolleybusbetriebe zum größten Teil Gemeindeunternehmen oder gemischtwirtschaftliche Betriebe, auf welche die Gemeinden auf Grund ihrer finanziellen Beteiligung einen maßgebenden Einfluß ausüben. Die von den Gemeinden selbst betriebenen öffentlichen Trambahnen (Basel, Bern, Biel, Lugano, Luzern, St. Gallen, Schaffhausen, Winterthur, Zürich) bewältigen rund drei Viertel des Verkehrs aller schweizerischen Trambahnen.» (S. 863.)

An der Schweizerischen Reederei AG. sind Bund, Kantone und Gemeinden mit 55 %, an der Swissair mit 30 % beteiligt.

f) Für die übrigen Wirtschaftszweige (Salzversorgung, Forstwirtschaft, Alkoholgesetzgebung, Versicherungswesen usw.) sei auf die Botschaft I verwiesen.

g) Gesamtschätzungen über das in den staatlichen und kommunalen Wirtschaftsbetrieben der Schweiz investierte Kapital wären nur auf Grund spezieller statistischer Erhebungen möglich²⁸⁶, ebenso über den Anteil der Wirtschaftsbetriebe am Finanzbedarf der öffentlichen Hand²⁸⁷.

²⁸⁶ Hug, Unternehmungen, schätzt 1938 das Gesamtkapital auf Grund von Angaben aus dem Ende der 20er Jahre auf 12 Milliarden Fr. oder $\frac{1}{5}$ — $\frac{1}{4}$ des schweiz. Volksvermögens. In Westdeutschland sollen sich zur Zeit rund ein Drittel des Kapitals sämtlicher Aktiengesellschaften in öffentlichem Besitz befinden; die Wirtschaftsbeteiligungen der öffentlichen Hand in diesen und andern Formen werden auf 40 Milliarden DM geschätzt, der Wiederbeschaffungswert sämtlicher Anlagen der kommunalen Unternehmungen allein auf 10 Milliarden DM. Vgl. Rheinischer Merkur 1952 Nr. 5, 1953 Nr. 21 und Nr. 25.

²⁸⁷ Nach Forsthoff, S. 377 N. 4 lag er für die Zeit von 1925 bis 1935 für Länder und Gemeinden in Deutschland bei etwa 10 %; solche Einnahmen würden in der Regel überschätzt. Hagmann, Unternehmungen, S. 29, ist der Ansicht, daß es namentlich Monopolanstalten sind, die sich als Einnahmequellen für den Staat erwiesen haben und nicht die sog. Fiskalunternehmen. Bei der Beurteilung des Anteils ist mitzuberücksichtigen, daß die Verzinsung des Dotationskapitals häufig zu einem Zinsfuß erfolgt, der wesentlich über demjenigen liegt, den das Gemeinwesen für seine eigenen Schulden zu bezahlen hat (Botschaft II, S. 939). Dazu kommen die Naturalleistungen (nähere Angaben Botschaft II S. 941).

2. Diese Entwicklung ist nicht nur wirtschafts- und finanzpolitisch, sondern auch rechtspolitisch bemerkenswert. Sie ist relevant sowohl unter dem Gesichtspunkt des Art. 31 BV und des Wirtschaftsverfassungsrechtes überhaupt, wie auch für die Praxis des Wirtschaftsverwaltungsrechts und die dogmatische Behandlung des öffentlichen Unternehmensrechtes. Wenn die Botschaft der Meinung Ausdruck gibt, die Art. 762 und 763 gestatteten auch vom Privatrecht aus eine «weitere organische Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft», während die Revision des Wirtschaftsrechtes von 1947 zwar ebenfalls eine Erweiterung des wirtschaftlichen Interventionismus ermöglichen, letztlich aber doch diesem Interventionismus Zaum und Zügel anlegen wollte und das Prinzip der Wirtschaftsfreiheit neu bestätigte, dann liegt ein gewisser Widerspruch in der Tendenz der Zivil- und der Verfassungsgesetzgebung vor, wenn auch die Revision des Genossenschaftsrechtes eher zur vermehrten Verwendung öffentlicher Organisationsformen geführt hat. Es wäre zumindest wünschbar, wenn die Fakten genauer greifbar wären und eine kontinuierliche Beobachtung anhand spezieller Statistiken ermöglicht würde. Dabei sollte auch nach Rechtsformen unterschieden und die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen des Privatrechts gesondert behandelt werden, einschließlich der großen interkantonalen Unternehmungen, besonders der Elektrizitätswirtschaft, die in den verfügbaren statistischen Unterlagen als solche nicht figurieren. Eine solche Statistik müßte sich an die rechtlichen Begriffe des OR und der Spezialgesetzgebung halten, soll sie rechtspolitisch aufschlußreich sein.

Die Botschaft I bemerkt durchaus zutreffend, daß eine Überführung weiterer Wirtschaftszweige in die Hand der Allgemeinheit in der Schweiz nur in Frage kommen könne, wenn sie im Interesse des Gesamtwohles unerläßlich sei. Dabei müsse in jedem einzelnen Falle der Nachweis geleistet werden, daß die Verstaatlichung einer solchen Notwendigkeit entspreche, weil die Privatwirtschaft nicht oder

nur in geringem Maße in der Lage sei, den Bedürfnissen der Allgemeinheit zu dienen²⁸⁸. Damit ist ein staats- und wirtschaftspolitisches Prinzip von genereller Bedeutung ausgesprochen. Es ist positivrechtlich im Art. 31 BV selbst niedergelegt.

3. Die historische Entwicklung des schweizerischen öffentlichen Unternehmenswesens ist außer in der großangelegten Darstellung des neuen schweizerischen Staatsrechtes von His in zahlreichen Monographien über das Recht einzelner Kantone oder Wirtschaftszweige behandelt. Soweit ein Urteil möglich ist, kann von einer Flucht des Gemeinwesens in die Privatwirtschaft für die Schweiz nicht im gleichen Sinne die Rede sein, wie das für Deutschland zutrifft. Das bekannte Wort Fleiners war ja auch vom Standpunkt des deutschen Verwaltungsrechts aus geschrieben. Es hat zum Teil auch Geltung für Frankreich und England. Der Umstand, daß sich die öffentliche Wirtschaft in der Schweiz, wie die Botschaft I zutreffend feststellt, «im Vergleich zu andern Ländern sehr stark und frühzeitig entwickelt hat», beweist das. Das Eisenbahn- und Bankwesen kennt jedenfalls eine gegenteilige Entwicklung. Die kantonalen und kommunalen industriellen Werke sind durchwegs öffentliche Anstalten. Für die interkantonalen Unternehmungen stand praktisch keine andere Rechtsform zur Verfügung als die gemischtwirtschaftliche. Für die interventionistischen Maßnahmen bahnt sich eine Entwicklung an, die organisationsrechtlich zum öffentlichen Recht zurückführt. Eine Tendenz im Sinne der Ausweitung der staatswirtschaftlichen Macht mit Hilfe privatrechtlicher Organisationsformen ist jedenfalls nicht festzustellen. Für die politische Beurteilung des Phänomens ist die Rechtsform ja in der Tat nicht ausschlaggebend. Es geht dem Stimmbürger um die Frage: Privatwirtschaft oder Staatswirtschaft. Die Revision des Genossenschaftsrechtes, der Erlaß des Uhrenstatuts, der Entwurf eines Milchbeschlusses

²⁸⁸ S. 866.

und die sonstige Ausführungsgesetzgebung zu den Wirtschaftsartikeln haben die Grenzen der Verwendbarkeit privatwirtschaftlicher Unternehmen aufgezeigt. Die Art. 726 und 962 OR genügen zumeist nicht, um die staatliche Aufsicht zu gewährleisten. Es ist de lege ferenda durchaus wünschbar, daß solche Unternehmungen prinzipiell dem öffentlichen Recht unterstellt werden. Die privatwirtschaftliche Unternehmensform als eine der Möglichkeiten der Kooperation von Staat und Privatwirtschaft kann zweckmäßig sein; sie liegt auch in der historischen Linie der Wirtschaftsartikel. Sie ist aber nur beschränkt verwendbar. Die Wahl privatrechtlicher Assoziationsformen muß in höheren staatspolitischen Zwecken begründet sein.

Es ist Sache der Juristen, auch gegenüber so modernen Erscheinungen wie dem öffentlichen Unternehmensrecht die traditionelle Rechtsauffassung zur Geltung zu bringen.

Thesen

1. Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen des Privatrechts ist komplexer Natur. Eine wirtschaftsrechtliche Betrachtungsweise wird der Problematik des Rechtsstoffes eher gerecht als eine rein zivil- oder öffentlich-rechtliche.
2. Das öffentliche Unternehmensrecht hat sich in besonderem Maße an der volkswirtschaftlichen und wohlfahrtsstaatlichen Funktion des Unternehmens zu orientieren. Die Organisationsform ist in diesem Betracht von untergeordneter Bedeutung.
3. Die Verwendung privatrechtlicher Rechtsformen im öffentlichen Unternehmensrecht kann generell nicht abgelehnt werden. Solche Rechtsformen sind in manchen

Fällen angemessen. Aus den neuen Wirtschaftsartikeln lassen sich in beschränktem Maße Grundsätze über die Zulässigkeit der Verwendung bestimmter Rechtsformen ableiten. Eine größere Einheitlichkeit der Organisationsformen für offensichtlich gleiche Tatbestände ist wünschbar. Die Praxis erweckt den Eindruck, daß die Rechtsformen oftmals ohne besondere Begründung gewählt wurden.

4. Das Recht der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen wird wesentlich durch die Spezialgesetzgebung bestimmt. Sie verleiht der Unternehmung anstattlichen Charakter und schränkt zufolge der Notwendigkeit, außer mitgliedschaftlichen auch aufsichtsrechtliche Einflußmöglichkeiten vorzusehen, die Autonomie des Unternehmens stark ein. Diese Möglichkeit muß im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung auch durch Vertrag zugelassen werden.
5. Das öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen ist seinem Wesen nach grundsätzlich von der privaten Gesellschaft verschieden; im besonderen kann es von Rechts wegen nicht erwerbswirtschaftlichen Zwecken dienen. Die private Rechtsform vermag diesen Wesenszug nicht zu verändern.
6. Die jetzige Rechtsordnung ist zweckmäßig, und es besteht kein Anlaß, für die öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen weitere Spezialbestimmungen im OR vorzusehen.
7. Für die künftige Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft in der Schweiz ist entscheidend die Handhabung der Verfassungsgrundlagen. Die Praxis der faktischen Monopolbetriebe kann im Hinblick auf Art. 31 BV nicht gebilligt werden.
8. Eine genaue Statistik über das Ausmaß der Wirtschaftstätigkeit der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen

Unternehmen des Privatrechts ist auch aus rechtspolitischen Gründen wünschbar. Das gilt insbesondere für eine bessere Beurteilung der tatsächlichen Geschäftsföhrung dieser Unternehmungen und ihrer Bedeutung für den öffentlichen Finanzhaushalt.
