

Aspekte einer gewinnstrebigen Staatstätigkeit¹

LISBETH SIDLER

1. Fragestellung

In verschiedenen Bereichen der öffentlichen Verwaltung werden immer wieder Rufe nach Flexibilisierungen und Effizienzsteigerungen laut. Die Verwaltung soll sich nach diesem Postulat von ihren schwerfälligen Strukturen lösen und vermehrt Probleme mittels Strategien lösen, wie sie in der Privatwirtschaft angewendet oder zumindest propagiert werden.

Regierung und Verwaltung haben darauf reagiert und messen die Verwaltungstätigkeit heute vermehrt an privatwirtschaftlichen Kriterien und suchen nach Wegen, die staatlichen Tätigkeiten effizienter zu gestalten.

Ein Ausfluss dieser Bestrebungen ist die Suche nach Möglichkeiten, innerhalb der Verwaltungstätigkeit nicht allein Aufwand zu verursachen, sondern Gewinn einzubringen. Eine dieser Möglichkeiten besteht darin, Gegenstände und Sachen, die im Eigentum des Staates stehen, gewinnbringend zu verwerten oder zu verkaufen. Dabei steht der Abschluss von Gewinnbeteiligungsverträgen mit Privaten im Vordergrund. Konkret wurden etwa folgende Beispiele diskutiert:

- Gewinnbeteiligungsvertrag über die Reproduktion von Kunstwerken eines staatlichen Museums;
- Gewinnbeteiligung an der Reproduktion von Schriften des Bundesarchivs;

¹ Es handelt sich hier um eine überarbeitete Fassung eines Papiers, das als Grundlage für die Diskussion dieser Probleme in der Hauptabteilung Staats- und Verwaltungsrecht des Bundesamtes für Justiz diente. Viele Überlegungen und Ideen meiner Kolleginnen und Kollegen sind daher in den folgenden Ausführungen eingeschlossen.

- Gewinnbeteiligung am Verkauf statistischer Daten;
- Vertrieb von Gesetzestexten auf elektronischen Datenträgern.

Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Bedingungen der Staat als Eigentümer von geistigem oder anderem Eigentum (wie Kunstwerken, Archivmaterialien, usw.) solche Gewinnbeteiligungsverträge oder andere gewinnorientierte Verträge mit Privaten abschliessen darf. In den nachfolgenden Ausführungen werden diese Fragen diskutiert. Dabei wird zunächst der verfassungsmässige Rahmen ausgeleuchtet und in diesem Kontext werden auch Hinweise auf das Legalitätsprinzip gemacht (Ziffer 2). Darauf folgen in zwei Abschnitten einige Ausführungen über Bereiche, in denen verminderte Anforderungen an das Legalitätsprinzip gestellt werden (Verwaltung von Vermögenswerten, Ziffer 3; Sondernutzungsverhältnisse, Ziffer 4). Anschliessend werden in Ziffer 5 als Ergebnis die Anforderungen aus dem Legalitätsprinzip sowie übrige Voraussetzungen in all jenen Fällen erörtert, die nicht unter Ziffer 3 und 4 fallen.

Zur Abgrenzung des Themas soll nochmals festgehalten werden, dass es hier lediglich um einen kleinen Teilbereich aus der grossen Palette staatlicher Tätigkeiten geht, die entweder gewinnbringend oder privatwirtschaftlich ausgeführt werden. So werden hier nicht die Fragen um die Erfüllung von staatlichen Aufgaben durch Private besprochen. Ebenso geht es nicht um die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates selber. Gleichfalls ausgeklammert werden *Dienstleistungen* des Staates, deren Zurverfügungstellung zu marktüblichen, über der Höhe einer Gebühr liegenden Preisen gelegentlich ebenfalls diskutiert wird. Die Ausführungen werden beschränkt auf Gegenstände, deren Eigentümer der Staat ist und die dieser gewinnorientiert verwerten möchte. Mit dieser Beschränkung des Thema ist allerdings nicht gesagt, dass die vorliegenden Ausführungen nicht auch für andere, verwandte Bereiche herangezogen werden könnten. Dasselbe gilt auch bezüglich der Ebenen: zwar sind die Ausführungen auf die Situation des Bundes ausgerichtet; dies schliesst jedoch nicht aus, dass die Aussagen auch für die Kantone Geltung haben.

2. Verfassungsmässiger Rahmen

In einem ersten Schritt wird geprüft, ob die Bundesverfassung Schranken enthält für die wirtschaftliche Nutzung von staatlichem (körperlichem oder geistigem) Eigentum.

2.1 Artikel 42 der Bundesverfassung

2.1.1 Allgemeines

Artikel 42 der Bundesverfassung enthält eine Aufzählung der Mittel, welche der Eidgenossenschaft zur Bestreitung ihrer Ausgaben zur Verfügung stehen. Die Aufzählung ist abschliessend zu verstehen². Das bedeutet, dass sich der Bund keine weiteren Finanzquellen erschliessen darf als die in Artikel 42 der Bundesverfassung beziehungsweise in anderen Verfassungsbestimmungen genannten³. Allerdings wird in der Lehre daraus nicht ein allgemeines Gewinnerzielungsverbot abgeleitet⁴.

Buchstabe a der Verfassungsbestimmung hält fest, dass dem Bund zunächst der Ertrag des Bundesvermögens zur Bestreitung der Bundesausgaben zur Verfügung steht. Gemäss Höhn⁵ handelt es sich bei dieser Bestimmung um eine Selbstverständlichkeit, die eigentlich keiner Erwähnung in einer Verfassungsnorm bedürfte. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Diskussion stellen sich dennoch zwei Fragen. Als erstes ist zu abzuklären, was unter Bundesvermögen zu verstehen ist. Anschliessend ist genauer zu untersuchen, was mit dem Begriff Ertrag gemeint ist.

² ERNST HÖHN, in Kommentar BV zu Art. 42, Rz. 3.

³ In Bst. b von Art. 42 BV wird keine neue Kompetenz zur Beschaffung von Einnahmen begründet. Es handelt sich vielmehr um einen Sammelbegriff, der auf jene Einnahmen Bezug nimmt, die dem Bund kraft anderer Verfassungsbestimmungen zustehen.

⁴ Vgl. dazu die Ausführungen bei BEAT KRÄHENMANN, *Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens*, Basel 1987, S. 185ff. sowie unten Ziffer 5.1.

⁵ ERNST HÖHN, in Kommentar BV zu Art. 42, Rz. 5.

2.1.2 Bundesvermögen

Das Vermögen des Staates wird auf der Ebene des Bundes in Verwaltungsvermögen und Finanzvermögen aufgeteilt⁶. Zum Verwaltungsvermögen gehört alles, was dem Staat unmittelbar zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben dient⁷. Dem gegenüber fällt ins Finanzvermögen all jenes, was nicht unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient⁸.

Beide Arten von Vermögen können jedoch Ertrag abwerfen. Dass dieser Ertrag wiederum dem Staat zufällt, ist, wie Höhn⁹ erwähnt, eine Selbstverständlichkeit, da niemand anderes als Nutzniesser in Betracht kommt. Der Begriff Bundesvermögen ist daher hier umfassend zu verstehen.

2.1.3 Ertrag

Man kann sich weiter fragen, ob der Begriff Ertrag etwas darüber aussagt, wie der Bund über sein Vermögen verfügen darf. Ökonomisch betrachtet bedeutet Ertrag die Gesamtheit der Einnahmen; ein allfälliger Gewinn steht noch nicht fest, da der Aufwand noch nicht gegenübergestellt wurde. Ertrag kann also einen Gewinn beinhalten, muss aber nicht. Gewinn bedeutet auf verwaltungsrechtliche Kategorien bezogen, dass mit einer bestimmten Tätigkeit mehr Geld an das Gemeinwesen fliesst, als für die Deckung der entsprechenden Kosten des Gemeinwesens erforderlich wären. Der Begriff Ertrag sagt daher nichts darüber aus, ob Einnahmen das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip übersteigen oder nicht.

⁶ Siehe unten Ziffer 3.

⁷ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. III, L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, Bern 1992, S. 321; HÄFELIN / MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Zürich 1990, S. 397; BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, Basel 1991, Rz. 2881.

⁸ MOOR, vol. III, a.a.O., S. 325; HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., S. 396; KNAPP, a.a.O., Rz. 2881.

⁹ Vgl. dazu oben.

2.1.4 Zwischenergebnis

Aus Artikel 42 der Bundesverfassung lässt sich nichts ableiten, das die Verwendung von Eigentum des Bundes für gewinnorientierte Tätigkeiten ausschliessen oder ausdrücklich zulassen würde.

2.2 Wirtschaftsverfassung

Mit der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ist die Gesamtheit aller Verfassungsnormen gemeint, welche das ökonomische Umfeld bestimmen. Es gehören dazu nicht nur die Handels- und Gewerbefreiheit, sondern auch andere Verfassungsnormen wie diejenigen über Konjunkturpolitik, Finanzpolitik oder Sozialpolitik usw., welche das wirtschaftliche Leben ebenfalls entscheidend beeinflussen¹⁰. Der Handels- und Gewerbefreiheit kommt zwar eine zentrale Rolle zu, sie liegt aber eingebettet in die Gesamtheit der wirtschaftsorientierten Verfassungsnormen und kann keinen Vorrang vor diesen beanspruchen¹¹.

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung ist geprägt durch den Entscheid für eine *Privatwirtschaftsordnung*, welche ergänzt wird durch den öffentlichen Sektor, der die für das System notwendige Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik umfasst¹². Diese Grundentscheidung hat den grundsätzlichen Vorrang marktwirtschaftlicher Lösungen vor staatlichen Lenkungsmaßnahmen zum Inhalt¹³. Der Staatssektor hat die für die Privatwirtschaftsordnung unentbehrliche Aufgabe, den notwendigen rechtlichen Rahmen zu schaffen sowie diejenigen Güter und Dienstleistungen zur Verfügung zu

¹⁰ FRITZ GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Bern 1981, S. 26f; RENÉ A. RHINOW, in Kommentar BV zu Art. 31, Rz. 15.

¹¹ FRITZ GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, a.a.O., S. 16f, 42.

¹² FRITZ GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, a.a.O., S. 22f; RENÉ A. RHINOW, in Kommentar BV zu Art. 31 Rz. 20.

¹³ PHILIPPE MASTRONARDI, Strukturprinzipien der Bundesverfassung? Fragen zum Verhältnis von Recht und Macht anhand des Wirtschaftsprinzips, *Beihefte zur Zeitschrift für schweizerisches Recht*, H. 7, Basel/Frankfurt am Main 1988, S. 72f.

stellen, welche marktwirtschaftlich nicht so erbracht werden, wie das Gesamtinteresse dies verlangt¹⁴.

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung schliesst demnach das Eingreifen und Tätigwerden des Staates in der privatwirtschaftlichen Domäne nicht aus, weist ihm jedoch subsidiären Charakter zu.

2.3 Handels- und Gewerbefreiheit im besonderen

Die Handels- und Gewerbefreiheit schützt die private wirtschaftliche Tätigkeit. Soweit öffentliche Aufgaben nicht ausschliesslich von staatlichen Organen wahrgenommen werden, können Private, welche diese Tätigkeit ebenfalls ausüben, sich auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen¹⁵. Hingegen können Private sich nur beschränkt gegen wirtschaftliche Konkurrenz des Staates mit Berufung auf die Handels- und Gewerbefreiheit zur Wehr setzen, nämlich nur dort, wo durch den Staat eine Tätigkeit faktisch monopolisiert wird¹⁶. Darüber hinaus wird laut Rhinow in der Lehre die Frage, ob der Staat privatwirtschaftlich tätig werden darf, mit Blick auf die Handels- und Gewerbefreiheit grundsätzlich bejaht¹⁷. Voraussetzung ist das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse sowie die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit¹⁸. Diese Feststellungen erfolgen im wesentlichen im Hinblick auf wirtschaftliche Betätigung in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.

¹⁴ FRITZ GYGL, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, a.a.O., S. 29.

¹⁵ RENÉ A. RHINOW, in Kommentar BV zu Art. 31, Rz. 74, wo als Beispiele private Schulen und Spitäler erwähnt werden.

¹⁶ RENÉ A. RHINOW, in Kommentar BV zu Art. 31, Rz. 76.

¹⁷ RENÉ A. RHINOW, in Kommentar BV zu Art. 31, Rz. 109; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, Bern 1991, S. 279.

¹⁸ RENÉ A. RHINOW, in Kommentar BV zu Art. 31, Rz. 109. Rhinow nimmt darin Bezug auf Krähenmann, a.a.O., S. 172ff. Von den Ausführungen Krähenmanns ausgeschlossen sind jedoch die sog. administrative Hilfstätigkeit, die Bedarfsverwaltung, und auch die hier interessierende Verwaltung des Finanzvermögens (Krähenmann, a.a.O. S. 2).

2.4 Andere Grundrechte

Das Gemeinwesen hat im Rahmen seiner Tätigkeit die Grundrechte zu respektieren. Dies gilt selbst dann, wenn der Staat privatwirtschaftlich tätig ist und wie Private auftritt¹⁹. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Rechtsgleichheitsgebot sowie dem Willkürverbot zu²⁰. Dies gilt vor allem dann, wenn der Staat in Domänen tätig wird, in denen er in Konkurrenz mit Privaten tritt oder treten könnte.

2.5 Weitere Verfassungsbestimmungen

In Artikel 37 Absatz 2 der Bundesverfassung wird für die bestimmungsgemässe Benutzung der Strassen ausdrücklich festgelegt, dass der Staat keine Gebühren erheben darf. Das bedeutet somit auch, dass der Staat *keine* Gewinnbeteiligungsverträge über den Gebrauch dieser Verkehrswege abschliessen darf. Auch im Bereich der Schulbildung legt die Bundesverfassung in Artikel 27 Absatz 2 fest, dass der obligatorische Primarschulunterricht an öffentlichen Schulen unentgeltlich zu erfolgen hat. So liessen sich, ohne die Frage eingehend geprüft zu haben, wahrscheinlich noch weitere Beispiele in der Verfassung finden, in denen die Gewinnerzielung für einen bestimmten Bereich ausgeschlossen wird. Umgekehrt ergibt sich beispielsweise aus Artikel 42 Buchstabe b der Bundesverfassung im Zusammenhang mit Artikel 36 der Bundesverfassung, dass die Postbetriebe einen Reingewinn erwirtschaften dürfen.

2.6 Zwischenergebnis

Die bisher aufgeführten Verfassungsbestimmungen und -grundsätze geben keine klare oder endgültige Antwort darauf, ob der Staat über in seinem Eigentum stehende Gegenstände Gewinnbeteiligungsverträge abschliessen

¹⁹ HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 236ff und 1842; MOOR, vol. II, a.a.O., S. 285f.

²⁰ HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 237. Anderer Meinung bezüglich des Willkürverbots IMBODEN / RHINOW, *Verwaltungsrechtsprechung*, 5. Auflage, Nr. 115 B II, neu jedoch Geltung des Willkürverbots bejaht in: RHINOW / KRÄHENMANN, *Verwaltungsrechtsprechung*, Ergänzungsband, Nr. 115 B II.

darf. Die Verfassung schliesst es jedenfalls nicht grundsätzlich aus, so dass man wohl davon ausgehen darf, dass die Verfassung dies zwar nicht explizit²¹, doch aber implizit zulässt. Die Verfassung gibt aber auch Leitlinien für die Ausgestaltung und Ausübung solcher Tätigkeiten. Aus grundrechtlicher Sicht steht dabei das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot im Vordergrund. Eine zentrale Rolle spielt aber auch das aus der Verfassung abgeleitete Legalitätsprinzip.

2.7 Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip gilt als Grundsatz mit Verfassungsrang²². In einfacher Weise kann es dahingehend umschrieben werden, dass jegliche staatliche Tätigkeit einer gesetzlichen Grundlage bedarf²³. Das Legalitätsprinzip wird in zwei Grundsätze aufgeteilt, nämlich den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes und den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes²⁴. Nach dem ersten Grundsatz ist die Verwaltung bei ihrer Tätigkeit an Verfassung und Gesetz gebunden. Der zweite, und heute meist im Vordergrund stehende Grundsatz wird als Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage umschrieben.

Sowohl was die Art der Anwendung als auch den Anwendungsbereich betrifft gibt es jedoch Vorbehalte und Nuancierungen dieser Grundsätze. Die Frage nach der Geltung und der Bedeutung des Legalitätsprinzips muss für jeden Bereich einzeln gestellt werden.

2.7.1 Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

Der Grundsatz besagt, dass für jegliche staatliche Tätigkeit eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Der Staat darf nur dann und nur soweit

²¹ Siehe aber den Hinweis auf Art. 42 Bst. b BV in Ziffer 2.5.

²² THOMAS COTTIER, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, 2. ergänzte Auflage, Chur/Zürich 1991, S. 17.

²³ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I: Les fondements généraux, Bern 1988, S. 284; HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., S. 65, Rz. 296.

²⁴ COTTIER, a.a.O., S. 1 ff; HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., S. 67, Rz. 307.

handeln, als dafür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Dieser klaren Aussage stehen unklare Konturen gegenüber, was eindeutige und gefestigte Aussagen über den Geltungsbereich sowie die qualitativen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage betreffen.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage lange auf die Eingriffsverwaltung beschränkt²⁵. Mit dem Entscheid *Wäffler*²⁶ wurde der Weg für die Anwendung des Legalitätsprinzips auf die Leistungsverwaltung geöffnet. Trotz dieser Ausdehnung verbleiben Bereiche staatlicher Tätigkeit, die keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erfordern. Als Beispiel kann die polizeiliche Generalklausel angeführt werden²⁷, auf die Verwaltung des Finanzvermögens sowie auf Sondernutzungsverhältnisse wird weiter unten eingegangen.

2.7.2 Bindung an Gesetz und Verfassung

In gewisser Weise klarer ist die Sachlage beim anderen Grundsatz des Legalitätsprinzips, wonach sich die Verwaltung bei ihrer Tätigkeit an die gesetzliche Ordnung zu halten hat. Schon oben wurde ausgeführt, dass der Staat auch dann an die Verfassung gebunden ist, wenn er nicht hoheitlich, sondern wie Private und in den Formen des Privatrechts handelt. Diese Bindung ist jedoch nicht auf die Verfassung beschränkt, sondern gilt ganz generell für die Rechtsordnung. In der Lehre wird die Geltung des Vorrangs des Gesetzes für jegliches Handeln des Staates, beispielsweise auch für die Verwaltung des Finanzvermögens, bestätigt²⁸.

²⁵ COTTIER, a.a.O., S. 23.

²⁶ BGE 103 Ia, S. 369ff.

²⁷ COTTIER, a.a.O., S. 28f; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I: Les fondements généraux, Bern 1988, S. 289.

²⁸ FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht*, Eine Einführung, Bern 1986, S. 76f; MOOR, Vol. I, a.a.O., S. 265ff; RHINOW / KÄHENMANN, a.a.O., Nr., 115 B II; KNAPP, a.a.O., Rz. 2899.

3. Verwaltung von Vermögenswerten

3.1 Allgemeines

Wie bereits unter Ziffer 2.1.2 ausgeführt, wird auf der Ebene des Bundes das staatliche Vermögen in Finanz- und Verwaltungsvermögen aufgeteilt. Da es auf Bundesebene kein Finanzreferendum gibt, hat diese Unterscheidung der Vermögensmassen allerdings nicht die gleiche Bedeutung wie auf kantonaler Ebene, wo sie Anknüpfung ist für die Unterstellung unter das Finanzreferendum. Aus der Zuordnung zu einer Vermögensmasse werden aber dennoch auch im Bund gewisse Folgerungen gezogen. So ist es in der Lehre als auch in der Rechtsprechung unbestritten, dass der Staat bei der Verwaltung des Finanzvermögens Privatrecht anzuwenden hat, soweit es sich um das Verhältnis zwischen Staat und Privaten handelt²⁹. Wie noch aufzuzeigen ist, werden daraus auch Konsequenzen für die Anwendung des Legalitätsprinzips gezogen. An einigen wenigen Stellen nimmt auch die Gesetzgebung darauf Bezug³⁰.

3.2 Zulässigkeit und Verpflichtung zur wirtschaftlichen und gewinnorientierten Verwaltung

Nach Imboden/Rhinow kann das Gemeinwesen frei über die Vermögenswerte seines Finanzvermögens verfügen³¹. Rhinow/Krähenmann gehen in diesem Punkt weiter, indem sie vom Gemeinwesen eine optimale Gewinnerzielung *verlangen*, sofern nicht triftige soziale, bevölkerungspolitische oder andere Gründe eine Abweichung gebieten³². Demnach *muss* der Staat

²⁹ VPB 47, 1983, Nr. 13; HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 1830; MOOR, vol. III, a.a.O., S.327; BGE 112 II 37.

³⁰ Beispielsweise im Finanzhaushaltsgesetz in Art. 5 (SR 611. 611.0), Art. 10 Garantiegesetz (SR 170. 21). KNAPP, a.a.O., Rz. 2882.

³¹ IMBODEN / RHINOW, a.a.O., Nr. 115 B II. Imboden / Rhinow führen weiter aus, dies gelte nur, sofern keine Bindung an einen öffentlichen Zweck stattfindet, d.h. keine Ausgabe getätigt werde (a.a.O.). Sofern jedoch ein Vermögenswert an einen öffentlichen Zweck gebunden ist und deren Erwerb eine Ausgabe darstellt, handelt es sich um Gegenstände des Verwaltungsvermögens.

³² RHINOW / KRÄHENMANN, a.a.O., Nr. 115 B II.

bei der Verwaltung des Finanzvermögens nach kaufmännischen Grundsätzen handeln, sofern nicht besondere Gründe dagegen sprechen. Imboden/Krähenmann stützen ihre Meinung auf ein Urteil des Zürcher Regierungsrates, in dem die Gemeinden verpflichtet wurden, bei der Vermietung von Liegenschaften des Finanzvermögens zwar nicht einen maximalen, aber doch einen optimalen Ertrag zu erzielen³³.

Nach Moor wirft das Finanzvermögen üblicherweise einen Ertrag ab, weil damit wirtschaftliche Beziehungen eingegangen werden wie unter Privaten³⁴. Allerdings kann der Staat nach Moor auch auf einen Ertrag verzichten, wenn er dies wegen eines öffentlichen Interesses möchte³⁵. Ebenso spielt es für Knapp keine Rolle, ob mit dem Finanzvermögen ein Ertrag oder Gewinn erzielt wird oder nicht³⁶.

Nach dieser kurzen Durchsicht kann man festhalten, dass es nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ganz allgemein als zulässig gilt, mit dem Finanzvermögen einen Gewinn zu erzielen. Vereinzelt gehen Rechtsprechung und Lehre sogar weiter und verlangen, dass das Gemeinwesen sein Finanzvermögen nach kaufmännischen Grundsätzen zu verwalten hat. Die Mehrheit der Lehre geht jedoch davon aus, dass das Gemeinwesen auch auf die Erzielung eines Gewinnes verzichten kann, wenn dies einem öffentlichen Interesse entspricht. Zwar verpflichtet auch Artikel 2 Absatz 1 des Finanzhaushaltsgesetzes³⁷ die Bundesversammlung, den Bundesrat und die Verwaltung, den Finanzhaushalt auch nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit zu führen. Die genannte Bestimmung bezieht sich jedoch auf den gesamten Finanzhaushalt des Bundes. Deshalb kann aus ihr nicht abgeleitet werden, der Bund sei *verpflichtet*, bei der Verwaltung des Finanzvermögens einen Gewinn zu erzielen, falls dies möglich ist. Die Bestimmung kann aber als Hinweis dazu dienen, dass der Staat beim Umgang mit Vermögenswerten die Wirtschaftlichkeit so weit zu achten hat, als dies mit den andern öffentlichen Interessen vereinbar ist.

³³ ZBI 89/1988, S. 546ff.

³⁴ MOOR, vol. III, a.a.O., S. 327.

³⁵ MOOR, vol. III, a.a.O., S. 327.

³⁶ KNAPP, a.a.O., Rz. 2895.

³⁷ SR 611.0.

Als Argument für die Zulässigkeit zum Abschluss von Gewinnbeteiligungsverträgen kann die Definition des Finanzvermögens herangezogen werden. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung dient das Finanzvermögen nicht unmittelbar, sondern mittelbar durch seinen Vermögenswert und seinen Ertrag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Das setzt aber voraus, dass mit dem Finanzvermögen Erträge erzielt werden können, was unter anderem mit Gewinnbeteiligungsverträgen zu erreichen ist.

Der Zulässigkeit, Gewinnbeteiligungsverträge abzuschließen, entspricht die Rechtsform bei der Verwaltung des Finanzvermögens: Die Verwaltung des Finanzvermögens geschieht in den Formen des Privatrechts, d.h. in der Form des Vertrags. Das bedeutet, dass ein Spielraum zur Festlegung einzelner Punkte der Verträge besteht. Im Bereich des öffentlichen Rechts hat die Verwaltung beim Erlass von Verfügungen hingegen tendenziell weniger Spielraum.

3.3 Rolle des Legalitätsprinzips bei der Verwaltung des Finanzvermögens

Wie erwähnt, gibt es bei der Anwendung des Legalitätsprinzips Vorbehalte und Nuancierungen. Im folgenden soll daher näher untersucht werden, welche Bedeutung dem Legalitätsprinzip bei der Verwaltung des Finanzvermögens zukommt.

3.3.1 Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

Zu den Ausnahmen vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage wird nach herrschender Lehre auch die Verwaltung des Finanzvermögens gezählt³⁸. Allerdings ist diese Feststellung in Frage zu stellen, wenn durch diese Tätigkeit die Handels- und Gewerbefreiheit tangiert wird. Werden Private durch staatliche Tätigkeiten massgeblich konkurrenziert, so ist dafür eine gesetzliche Grundlage zu fordern.

³⁸ COTTIER, a.a.O., S. 33f; MOOR, vol. I, a.a.O., S. 301.

3.3.2 Bindung an Gesetz und Verfassung

Klar ist die Sachlage beim anderen Grundsatz des Legalitätsprinzips, wonach sich die Verwaltung bei ihrer Tätigkeit an die gesetzliche Ordnung zu halten hat. Schon in Ziffer 2 oben wurde ausgeführt, dass der Staat auch dann an die Verfassung gebunden ist, wenn er nicht hoheitlich, sondern wie Private und in den Formen des Privatrechts handelt. Diese Bindung ist jedoch nicht auf die Verfassung beschränkt, sondern gilt ganz generell für die gesamte Rechtsordnung.

Diese Feststellung bedeutet, dass für den Abschluss von Verträgen im Bereiche der Verwaltung des Finanzvermögens beispielsweise auch die Bestimmungen über die interne Organisation der Zuständigkeiten der Verwaltung und Finanzkompetenzen analog anwendbar sind³⁹.

3.3.3 Zusammenfassung

Bei der Verwaltung des Finanzvermögens hat der Staat das Legalitätsprinzip insoweit zu beachten, als damit die Bindung des Staates an die Rechtsordnung gemeint ist. Hingegen gilt das Legalitätsprinzip bei der Verwaltung des Finanzvermögens nicht, soweit es um das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für staatliches Handeln geht und die Handels- und Gewerbefreiheit nicht beschränkt wird.

3.4 Spezifische Beschränkungen bei der Verwaltung und Nutzung von Finanzvermögen

3.4.1 Abmachungen

Aus einer möglicherweise speziellen Stellung von Gegenständen im Finanzvermögen oder der Art des Erwerbs können sich spezifische Beschränkungen für die Verwaltung, für den Umgang sowie für die Möglichkeiten des Abschlusses von Gewinnbeteiligungsverträgen ergeben. Dabei

³⁹ IMBODEN / RHINOW, a.a.O., Nr. 115 B II, 2. Hälfte S. 810; KNAPP, a.a.O., Rz. 2899.

ist zum Beispiel an Auflagen oder Bedingungen zu denken, die bei der Übereignung der Gegenstände gemacht wurden. Wird bei einer Schenkung von Kunstgegenständen oder Immobilien die Auflage gemacht, dass diese nicht gewinnbringend verwendet dürfen, so hat sich der Staat an diese Abmachung zu halten, auch wenn ihn die Rechtsordnung grundsätzlich zu einem gewinnbringenden Verhalten ermächtigt. Der Staat ist daher nicht nur an die rechtlichen Normen gebunden, sondern auch an private Verabredungen oder Abmachungen

In der Regel werden solche klare Abmachungen jedoch fehlen. Je nach Art des Erwerbs des Gegenstands im Finanzvermögen (Schenkungen, Kauf, Erbschaft) und auch nach dem Erwerbzzweck wird der Staat unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse darauf verzichten, einen Gegenstand des Finanzvermögens gewinnbringend zu verwerten.

3.4.2 Öffentliches Interesse

Wie oben ausgeführt (Ziffer 3.2), wird in der Lehre zum Teil die Ansicht vertreten, der Staat könne auf die Erzielung eines Ertrags aus dem Finanzvermögen verzichten, wenn ein öffentliches Interesse entgegenstehe. Diese Beschränkung ergibt sich auch aus dem Legalitätsprinzip im Sinne der Bindung an die Rechtsordnung. Wenn die Verwaltung bei ihrer Tätigkeit an die Gesamtheit der Rechtsnormen gebunden ist, so ist sie beispielsweise auch an Zielnormen und Förderungskompetenzen gebunden. Daher wäre die gewinnbringende Verwertung eines Gegenstands des Finanzvermögens ausgeschlossen, wenn dies klarerweise verfassungs- oder gesetzmässig normierten Zielen widersprechen würde.

3.5 Zugehörigkeit zum Finanzvermögen

3.5.1 Allgemeines

Da wie oben festgestellt für die Verwaltung des Finanzvermögens verminderte Anforderungen an das Legalitätsprinzip gestellt werden, ist die Zuordnung zu der einen Vermögensmasse wichtig für die Frage, ob und

welche gesetzliche Grundlage erforderlich ist, wenn der Staat seine Gegenstände gewinnbringend verwerten will.

Nach der Lehre dient das Finanzvermögen nicht unmittelbar als Sache selbst, sondern nur mittelbar mit seinem Vermögenswert oder seinen Erträgen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben⁴⁰. Ein weiteres Merkmal des Finanzvermögens ist die jederzeitige Realisierbarkeit. Dies bedeutet, dass Gegenstände des Finanzvermögens jederzeit verwertet werden können, ohne dass die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben verunmöglicht oder erschwert würde oder rechtliche Bestimmungen verletzt würden⁴¹.

Demgegenüber dienen die Gegenstände im Verwaltungsvermögen unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Das Verhältnis zwischen Benutzenden und Staat ist öffentlichrechtlich geregelt und das Entgelt für die Benutzung gilt als Abgabe⁴².

Die Zuordnung zum Finanz- oder Verwaltungsvermögen wird im Bereich des kantonalen und kommunalen Rechts häufig und ausgedehnt im Zusammenhang mit dem Finanzreferendum erörtert. Da eine referendumsrechtlich relevante Ausgabe nur dann vorliegt, wenn das Verwaltungsvermögen betroffen wird, ist die Frage der richtigen Zuordnung für die Unterstellung unter das Finanzreferendum entscheidend.

Auf Bundesebene gibt es jedoch das Instrument des Finanzreferendums nicht. Im folgenden werden daher die Ausführungen über die Zuteilung zum Finanzvermögen auf die in Ziffer 1 aufgeführten Gegenstände beschränkt, die für den Abschluss von Gewinnbeteiligungsverträgen allenfalls in Frage kommen könnten.

⁴⁰ HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 1829; KNAPP, a.a.O., Rz. 2881; MOOR, vol. III, a.a.O., S. 325.

⁴¹ DANIEL SCHMITZ, *Die Ausgabenbindung beim Finanzreferendum*, Bern/Stuttgart 1991, S. 47f.

⁴² HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 1835.

3.5.2 Kunstwerke eines Museums

Die Gelegenheit zum Abschluss eines Gewinnbeteiligungsvertrags könnte sich für ein im Eigentum eines staatlichen Museums stehendes Kunstwerk ergeben, falls ein solches Privaten z.B. für Reproduktionszwecke überlassen wird.

Die Förderung der Kultur ist eine staatliche Aufgabe. Auf Bundesebene wird die Kompetenz zur Kulturförderung als ungeschriebene Kompetenz angenommen. Eine ausdrückliche Verankerung dieser Aufgabe in der Verfassung ist kürzlich abgelehnt worden⁴³.

Der Staat nimmt die Aufgabe der Kulturförderung in verschiedenster Weise wahr. Eine der Möglichkeiten ist es, Bilder oder andere Kunstgegenstände, die im Eigentum des Staates stehen, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, indem sie in einem Museum ausgestellt werden. Es sind also die Kunstgegenstände als solche, die der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Kulturförderung) dienen. Dieses Kriterium deutet darauf hin, dass Kunstgegenstände eines öffentlichen Museums zum Verwaltungsvermögen zu zählen sind. Zwar wird nicht gerade die staatliche Kulturförderung als Gesamtes in Frage gestellt, wenn ein einzelnes Kunstwerk veräußert wird, sie wird aber faktisch um dieses Kunstwerk geschmälert. Auch die Anwendung des Kriteriums der jederzeitigen Realisierbarkeit führt also zum Ergebnis, dass Kunstwerke eines öffentlichen Museums im Grundsatz als Bestandteile des Verwaltungsvermögens anzusehen sind.

3.5.3 Statistische Daten

Statistische Daten sind als geistiges Eigentum zu qualifizieren, welches rechtlich wie körperliches Eigentum zu behandeln ist. Statistische Daten können in verschiedener Hinsicht auch für Private von wirtschaftlichem Interesse sein. Daher wurde die Idee geprüft, statistische Daten Privaten für eine Veröffentlichung zu überlassen, wobei der Staat an den Erträgen der Veröffentlichung beteiligt wäre.

⁴³ BBl 1994 III 1251.

Es fragt sich nun, ob statistische Daten des Bundes zum Finanzvermögen gezählt werden können und in dieser Eigenschaft per se und ohne besondere gesetzliche Grundlage gewinnbringend verwertet werden dürfen.

Die Sammlung und Verwendung von statistischen Daten richtet sich grundsätzlich nach dem Bundesstatistikgesetz vom 9. Oktober 1992⁴⁴. Nach diesem Gesetz haben die statistischen Daten zum Zweck, Grundlagen für die Erfüllung der Aufgaben des Bundes zu liefern. Im weiteren sollen die statistischen Ergebnisse auch der Privatwirtschaft, den Sozialpartnern und der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (Art. 1 Bst. b des Bundesstatistikgesetzes). Grundsätzlich aber dienen die statistischen Daten der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, weswegen sie als Bestandteil des Verwaltungsvermögens zu qualifizieren sind.

3.5.4 Schriften des Bundesarchivs

Das Bundesarchiv besitzt eine grosse Anzahl von alten Schriften. Aus diesen Schriften könnte unter Umständen Gewinn gezogen werden, wenn davon Reproduktionen hergestellt würden.

Im Bundesarchiv werden für die schweizerische Geschichte bedeutsame Dokumente aus früherer Zeit sowie heute entstehende amtliche Dokumente aufbewahrt. Die Dokumente sind grundsätzlich nach einer Sperrfrist von 35 Jahren der Öffentlichkeit zugänglich⁴⁵ und stehen dann z.B. für wissenschaftliche Forschungen zur Verfügung. Das Erstellen und Verfassen von wissenschaftlichen Arbeiten ist nicht eine öffentliche Aufgabe. Hingegen ist das zur Verfügung Stellen amtlicher Dokumente insofern eine öffentliche Aufgabe, als nach Artikel 27^{sexies} der Bundesverfassung die Förderung der wissenschaftlichen Forschung Aufgabe des Bundes ist. Die im Bundesarchiv gelagerten Dokumente selbst und nicht ihr Vermögenswert dienen der öffentlichen Aufgabe der Wissenschaftsförderung sowie der Rechtssicherheit. Eine Veräusserung von Dokumenten des Bundesarchivs gefährdet die wissenschaftliche Forschung ganz konkret, weil diese für die Ausarbeitung möglicherweise nicht mehr verfügbar sind. Aus diesen

⁴⁴ SR 431.01, AS 1993 2080.

⁴⁵ Art. 7 Reglement für das Bundesarchiv, SR 432.11.

Gründen müssen die Schriften des Bundesarchivs zum Verwaltungsvermögen gezählt werden.

3.5.5 Vertrieb von Gesetzestexten auf elektronischen Datenträgern

Nach dem Publikationsgesetz⁴⁶ müssen grundsätzlich alle rechtsetzenden Erlasse in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht werden; zusätzlich wird eine Systematische Sammlung herausgegeben⁴⁷. Die Gesetzestexte sind, beziehungsweise *müssen* öffentlich zugänglich sein. Dies bezieht sich jedoch auf die Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung. Hingegen ist es gesetzlich nicht vorgeschrieben, dass die Gesetzestexte auch auf elektronischen Datenträgern zugänglich gemacht werden. Der Vertrieb der Gesetzestexte auf elektronischen Datenträgern könnte jedoch gewinnbringend sein; daher ist geprüft worden, ob die Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale Privaten die Gesetzestexte auf elektronischen Datenträgern zum Vertrieb überlassen und sich am Gewinn beteiligen könnte.

Für die Veröffentlichung der Gesetzestexte arbeitet die Bundesverwaltung heute mit elektronischen Datenträgern. Diese werden dazu verwendet, die Veröffentlichungen in der Amtlichen Sammlung vorzunehmen. Sie dienen damit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und können nicht dem Finanzvermögen zugerechnet werden.

3.5.6 Ergebnis

Eine kurze Analyse der vier Bereiche hat ergeben, dass keiner der vier hier untersuchten Bereiche ohne weiteres dem Finanzvermögen zugerechnet werden kann. Die Zulässigkeit zum Abschluss von Gewinnbeteiligungsverträgen ohne besondere Grundlage kann daher hier nicht damit begründet werden, der Gegenstand sei Bestandteil des Finanzvermögens. Die Ausführungen sind aber auch ein Hinweis darauf, wie wenig auf Bundesebene die Unterscheidung zwischen Finanzvermögen und Verwaltungsvermögen zur Klärung von Problemen taugt.

⁴⁶ SR 170.512.

⁴⁷ Art. 11 Publikationsgesetz.

3.6 Rechte des Verwaltungsvermögens als Bestandteil des Finanzvermögens?⁴⁸

Unter Ziffer 3.5 oben wurde festgestellt, dass die vier in der Einleitung als Beispiele genannten und für die gewinnorientierte Verwertung interessanten Gegenstände des Bundes zum Verwaltungsvermögen und nicht zum Finanzvermögen zu zählen sind. Nun könnte man sich aber fragen, ob nicht die Gegenstände selber und die Rechte daran aufgetrennt und allenfalls anderen Vermögensmassen zugeordnet werden könnten. Konkret könnte man sich fragen, ob das Recht zur Reproduktion von Kunstwerken nicht dem Finanzvermögen zuzurechnen ist, obwohl das Gemälde selbst zum Verwaltungsvermögen gehört. Genauso könnte man zur Diskussion stellen, ob das Recht zur Publikation statistischer Daten oder Gesetzestexte nicht zum Finanzvermögen gezählt werden könnte, obwohl die Gesetzestexte und statistischen Daten des Bundes nicht zum Finanzvermögen gehören. Soweit ersichtlich wurde diese Differenzierung bisher weder in Lehre noch in der Praxis gemacht. Jedenfalls ist es nicht ausgeschlossen, dass zum Finanzvermögen auch geistiges und nicht nur körperliches Eigentum zählt.

Die Frage braucht hier jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden. Soweit der Abschluss von Verträgen über die Verwertung von Rechten an Gegenständen, die zum Verwaltungsvermögen gehören, Private in ihren wirtschaftlichen Tätigkeiten massgeblich konkurrenziert und damit die Handels- und Gewerbefreiheit tangiert wird, ist bereits aus diesem Grund eine gesetzliche Grundlage erforderlich⁴⁹.

⁴⁸ Die folgenden Überlegungen basieren auf einem Hinweis meines Kollegen PASCAL MAHON.

⁴⁹ Vgl. dazu auch die Ausführungen von BLAISE KNAPP, *Les limites à l'intervention de l'Etat dans l'économie*, ZBl 91/1990, S. 241ff, wonach der Staat nicht nur durch rechtliche Regelungen in das wirtschaftliche Leben eingreift, sondern auch durch tatsächliche Handlungen, indem er beispielsweise als Arbeitgeber oder Käufer auftritt.

4. Sondernutzung

Das Verhältnis zwischen Gemeinwesen und Privaten bei Gewinnbeteiligungsverträgen könnte eventuell auch als Sondernutzung angesehen werden oder in dieser Form ausgestaltet werden.

4.1 Sondernutzung im allgemeinen

Von Sondernutzung ist in der Regel im Zusammenhang mit einer besonderen Nutzungsart von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch die Rede. Darunter werden die Sachen im Gemeingebrauch verstanden, welche bestimmungsgemäss und gemeinverträglich grundsätzlich von allen Benutzerinnen und Benutzern gleichzeitig gebraucht werden können. Der Gemeingebrauch dieser Sachen ist in der Regel ohne Bewilligung erlaubt und grundsätzlich unentgeltlich⁵⁰. Sondernutzung ist eine Nutzungsart öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch, die nicht gemeinverträglich und nicht bestimmungsgemäss ist⁵¹. Die Sondernutzung bewirkt, dass Dritte dauernd und möglicherweise sogar vollständig von einer Nutzung der betroffenen Sache ausgeschlossen werden⁵². Die Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung ist oft nicht einfach zu ziehen; je intensiver und länger dauernd die Nutzung ist, umso eher ist eine Sondernutzung anzunehmen⁵³. Als Indiz für die Sondernutzung gilt auch die Erstellung fester Anlagen⁵⁴. Das Recht auf Sondernutzung einer Sache wird mit einer Konzession erteilt. Da die Gebühren für die Sondernutzungskonzessionen nicht dem Kostendeckungsprinzip unterstehen⁵⁵, besteht die Möglichkeit, dass der Staat durch die Gebühren am Gewinn, welcher bei der Benutzung der öffentlichen Sache entsteht, beteiligt wird.

⁵⁰ HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 1852.

⁵¹ HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 1888; TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBI 93/1992, S.155.

⁵² JAAG, a.a.O., S. 155; vgl. dazu auch MOOR, vol III, a.a.O., S. 286f.

⁵³ JAAG, a.a.O., S. 156.

⁵⁴ HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 1892.

⁵⁵ BGE 114 Ia 131; HÄFELIN / MÜLLER, a.a.O., Rz. 2065.

4.2 Sondernutzung des Verwaltungsvermögens

Tobias Jaag vertritt in einem kürzlich publizierten Aufsatz die Ansicht, die gleichen Grundsätze könnten im Prinzip auch beim Verwaltungsvermögen angewandt werden⁵⁶. Zwar sind die Gegenstände des Verwaltungsvermögens nicht für den Gemeingebrauch bestimmt, dennoch können sie Privaten unter gewissen Umständen zur Verfügung gestellt werden. Schlichter Gemeingebrauch bedeutet bei Sachen im Verwaltungsvermögen Nutzung durch die Verwaltung⁵⁷. Gesteigerter Gebrauch oder ausserordentliche Nutzung liegt vor, wenn die Sachen im Verwaltungsvermögen zeitlich beschränkt für andere, private Zwecke benutzt werden. Diese Nutzung ist daher nicht widmungsgemäss⁵⁸. Bei der Sondernutzung wird Privaten ein Gegenstand aus dem Verwaltungsvermögen zu ausschliesslicher Nutzung überlassen. Als Beispiele dafür können die Vermietung von Wohnungen, welche vom Gemeinwesen zur Bekämpfung der Wohnungsnot erstellt wurden, sowie die Verpachtung von Lokalitäten auf Bahnhöfen für den Betrieb eines Kiosks genannt werden⁵⁹. Dabei handelt es sich aber - im Gegensatz zur Sondernutzung, wie sie üblicherweise verstanden wird - um eine widmungs- und bestimmungsgemässe Nutzung, da die Wohnungen ja gerade erstellt wurden, um sie an Private zu vermieten.

4.3 Anwendung des Konzepts an vier Beispielen

Die in Ziffer 1 angeführten Beispiele müssen allesamt als nicht widmungsgemässe Nutzungen bezeichnet werden⁶⁰; sie entsprechen in diesem Punkt nicht den von Jaag erwähnten Beispielen. Ein Ausschluss der Nutzung

⁵⁶ JAAG, a.a.O., S. 162ff.

⁵⁷ JAAG, a.a.O., S. 162f.

⁵⁸ JAAG, a.a.O., S. 163f.

⁵⁹ JAAG, a.a.O., S. 164f.

⁶⁰ Für Gemälde würde Widmung in diesen Fällen folgendes bedeuten: Ausstellung im Museum oder in einem öffentlichen Gebäude; für statistische Daten: Grundlage für die Erfüllung (und Planung) öffentlicher Aufgaben; für Schriften des Bundesarchivs: Nutzung zu Zwecken der Verwaltung und Wissenschaft; für Gesetzestexte: amtliche Veröffentlichung.

durch andere findet bei diesen Beispielen entweder überhaupt nicht oder nur sehr beschränkt statt. Eine widmungsgemässe Nutzung wäre weiterhin möglich. Grundsätzlich wäre auch eine gleiche Nutzung durch andere Private denkbar, allerdings ist eine kommerzielle Verwertung nur möglich, wenn nur ein oder wenige Private das exklusive Recht für die Reproduktion, beziehungsweise den Verkauf erhalten.

Im Gegensatz zur Sondernutzung von Sachen im Gemeingebrauch sind die hier zu Diskussion stehenden Gegenstände resp. ihre Kopien prinzipiell beliebig vermehrbar. Das Exklusivrecht ergibt sich nicht aus der Sache selbst, sondern aus der Tatsache, dass diese Tätigkeiten nur dann gewinnbringend sein können, wenn Exklusivrechte erteilt werden. Dasselbe Merkmal unterscheidet diese Tätigkeiten auch von denjenigen, die von Jaag⁶¹ als Beispiele für die Sondernutzung von Verwaltungsvermögen genannt werden.

4.4 Ergebnis

Auch die Rechtsfigur der Sondernutzung kann nicht herangezogen werden, um eine wirtschaftliche, gewinnorientierte Tätigkeit im Sinne der in Ziffer 1 umschriebenen Beispiele zu rechtfertigen. Allerdings ist die Rechtsfigur der Sondernutzung jeweils im Einzelfall zu prüfen, wenn die Möglichkeiten einer gewinnorientierten Nutzung von staatlichem Eigentum abzuklären sind.

5. Ergebnisse und Schlussbemerkungen

Nach diesem breiten Tour d'horizon will ich nochmals auf die Grundsätze zurückkommen, die Ergebnisse zusammenfassen sowie einige Hinweise darauf geben, welche Konsequenzen daraus für die Regelung solcher Gewinnbeteiligungsverhältnisse zu ziehen sind.

⁶¹ JAAG, a.a.O., S. 164f.

5.1 Grundsätzliche Zulässigkeit gewinnorientierten Handelns des Staates

Die eingangs erfolgte verfassungsrechtliche Analyse hat gezeigt, dass aufgrund des schweizerischen Verfassungsrechts gewinnorientiertes Verhalten des Staates zumindest nicht explizit ausgeschlossen ist. In der Literatur ist es allerdings umstritten, ob Gewinnstrebigkeit als einziges Motiv privatwirtschaftlichen Handelns des Staates zulässig ist⁶². Üblicherweise wird Gewinnstrebigkeit dem öffentlichen Interesse gegenübergestellt, auch wenn anerkannt werden muss, dass die erzielten Gewinne dem Staatshaushalt zufließen und so indirekt wieder öffentlichen Interessen dienen können. Im Ergebnis hält Krähenmann⁶³ fest, dass Gewinnstreben als alleiniger Zweck für privatwirtschaftliches Handeln des Staates ausgeschlossen ist⁶⁴; Gewinnstrebigkeit ist als Nebenzweck zu einem öffentlichen Zweck jedoch zulässig. Ein Gewinnbeteiligungsvertrag muss daher zumindest noch einem weiteren öffentlichen Interesse dienen als bloss der Gewinnerzielung. In den meisten Fällen wird jedoch ein solches öffentliches Interesse vorhanden sein. Als Beispiel sei hier nur auf einen Gewinnbeteiligungsvertrag zu Reproduktion von Gemälden eines öffentlichen Museum hingewiesen. Die reproduzierten Gemälde erlauben es, Kunstwerke einem breiteren Kreis zugänglich zu machen, als wenn sie nur in einem Museum ausgestellt sind. In einem weiteren Sinn ist daher auch die Reproduktion eines Kunstwerken als Kulturförderung anzusehen. Auch an einer möglichst weitgehenden Verbreitung von Gesetzessammlungen hat der Staat sehr wohl ein Interesse.

5.2 Gesetzliche Grundlage

Eine zentrale Rolle bei der Ausgestaltung von Gewinnbeteiligungsverhältnissen spielt die Frage der erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Wir haben gesehen, dass diese Anforderungen in gewissen Bereichen generell

⁶² Vgl. dazu die Hinweise bei KRÄHENMANN, a.a.O., S. 185ff.

⁶³ KRÄHENMANN, a.a.O., S. 188.

⁶⁴ So auch VPB 54, 1990, Nr. 36, S.232; ETIENNE POLTIER, *Les entreprises d'économie mixte, Etude de droit suisse et de droit comparé*, Zürich 1983, S. 192.

herabgesetzt sind. So wird für die Verwaltung von Finanzvermögen nach herrschender Lehre überhaupt keine gesetzliche Grundlage gefordert. Diese Aussage ist aber wohl dann zu relativieren, wenn durch solche Tätigkeiten die Rechte Privater tangiert werden. Man darf nicht ausser acht lassen, dass der Staat oft eine monopolistische Stellung innehat. Im übrigen ist festzustellen, dass die Gegenstände, die für eine Gewinnerzielung in Frage kommen, sehr oft nicht zum Finanzvermögen gehören.

Daher ist die Behauptung, dass für die gewinnstrebige Verwertung von staatlichem Eigentum meist eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, wohl nicht übertrieben.

5.3 Stufe der gesetzlichen Grundlage

Damit ist aber noch nichts über die Stufe der gesetzlichen Grundlage ausgesagt. Es ist in der Lehre anerkannt, dass für die Festsetzung von Gebühren eine Grundlage in einem materiellen Gesetz genügt⁶⁵. Die Höhe dieser Gebühren müssen aber in diesem Fall das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip einhalten. Bei den hier zur Diskussion stehenden Verhältnissen soll aber das Entgelt gerade nicht am Kostendeckungsprinzip gemessen werden. Vielmehr soll dem Staat dabei ein Gewinn zufließen, das Entgelt daher das Kostendeckungsprinzip in klarer Weise überschreiten. Daher ist dafür *grundsätzlich eine Grundlage in einem formellen Sinn* erforderlich.

An die Ausgestaltung dieser formellen Gesetzesgrundlage sollte aber nicht in jedem Fall besonders hohe Anforderungen gestellt werden. Wird das Kostendeckungsprinzip nur wenig überschritten, handelt es sich um kleinere Beträge und nur um wenige Sachverhalte, so muss eine relativ allgemeine, nicht sehr detaillierte Grundlage in einem formellen Gesetz genügen. *Je grösser jedoch die Beträge sind, je stärker dadurch der private Wettbewerb tangiert wird, je mehr der Staat eine monopolistische Stellung innehat und je massgeblicher Private dadurch konkurrenziert werden, umso präziser und umfassender muss die gesetzliche Grundlage ausgestaltet sein.*

⁶⁵ GYGI, *Verwaltungsrecht*, a.a.O., S. 270.

5.4 Inhalt der gesetzlichen Grundlage

Abschliessend möchte ich noch einige Hinweise darauf geben, *was Inhalt* der gesetzlichen Grundlage sein muss. Vorab muss in der gesetzlichen Grundlage festgelegt werden, dass das Festlegen oder Aushandeln eines für den Staat gewinnbringenden Entgelts zulässig ist. In vielen Fällen wird es aber auch besonders wichtig sein, Bestimmungen zum Schutz der Rechtsgleichheit zu erlassen. Oft gehen solche Gewinnbeteiligungsverträge nämlich mit der Einräumung von Exklusivrechten einher. Die Reproduktion von Kunstwerken oder der Vertrieb von Gesetzessammlungen kann von Privaten meist nur dann gewinnbringend verwirklicht werden, wenn ihnen zugleich ein Exklusivrecht eingeräumt wird. In der gesetzlichen Grundlage ist in diesen Fällen festzulegen, dass solche Rechte nur für einen beschränkte Zeitraum eingeräumt werden können. Es muss sichergestellt werden, dass nach einer gewissen Zeit auch andere Private sich um die Ausübung dieser Tätigkeit bewerben können.

