

Rechtsgutachten

für Frau Nationalrätin Leutenegger OberholzerDürbergstr. 8 4132 Mut-
tenz BL

Zur Frage:

Muss der Entscheid des Grossaktionärs Bund der Swiss betreffend den Verkauf der Swiss an die Luft- hansa nicht vom Bundesrat sondern vom Parlament genehmigt werden?

Prof. Dr. jur. Thomas Fleiner
Beaumont 9
1700 Fribourg

Fribourg, 20. 3. 2005

Inhalt:

1. Ausgangslage:.....	2
2. Rechtliche Beurteilung.....	3
2.1. Rechtsgrundlage des Verpflichtungskredits:.....	3
2.2. Beherrschende Stellung der öffentlichen Hand	3
2.3. Eine von den Räten festgelegte öffentliche Aufgabe des Bundes.....	4
2.4. Zuständigkeit zur Anpassung der öffentlichen Aufgabe des Bundes.....	4
2.5. Die Abänderung der öffentlichen Aufgabe ist nicht blosser Gesetzesvollzug.....	5

Sehr geehrte Frau Nationalrätin Leutenegger Oberholzer,
mit Telefon vom 18. März und email vom 19. März haben Sie mich beauftragt, Ihnen zuhanden der Finanzdelegation im Rahmen eines Rechtsgutachten abzuklären, ob der Bundesrat oder das Parlament zum Entscheid über die Anlage des Bundes bei der Swiss zuständig sein soll. Ich folgendes habe ich diese Frage untersucht und bin zum Ergebnis gekommen, dass nur das Parlament über eine wesentliche Veränderung der im Bundesbeschluss festgelegten Aufgabe des Bundes entscheiden kann. Auf Grund der bisherigen Pressemeldungen gehe ich dabei davon aus, dass sich Aufgaben und Möglichkeiten des Bundes und der ganzen öffentlichen Hand im Falle einer Übernahme durch die Lufthansa wesentlich verändern wird, weshalb der Entscheid in die Zuständigkeit des Parlamentes fallen muss. Ich habe mich dabei von folgenden Überlegungen leiten lassen:

1. Ausgangslage:

Am 17. November 2001 haben die Eidgenössischen Rät den Bundesbeschluss über die Finanzierung des Redimensionierungskonzeptes der nationalen Zivilluftfahrt durch die Gewährung folgender Verpflichtungskredite gefasst und in diesem Beschluss 1000 Millionen Sfr. zur Aufrechterhaltung des Betriebs der bisherigen Swissair-Linien und 600 Millionen Sfr. zur Beteiligung an der Kapitalerhöhung der Crossair bewilligt.

In diesem Beschluss wurde festgehalten:

„Art. 1

Zum Aufbau einer neuen nationalen Fluggesellschaft, welche die Interessen aller Landesflughäfen angemessen berücksichtigt und mit einem massgeblichen Angebot an interkontinentalen Verbindungen werden folgende Verpflichtungskredite bewilligt:“

Auf Grund von Informationen aus den Medien ist nun anzunehmen, dass die Lufthansa voraussichtlich die Swiss kaufen will. Die genauen Bedingungen dazu sind im Moment nicht bekannt. Der Bundesrat wird sich im Laufe dieser Woche als Grossaktionär mit 20% Beteiligung zu diesem Kauf äussern.

Gemäss einem Schreiben des Finanzdepartements geht dieses Departement davon aus, dass der Bundesrat allein kompetent ist, über die weitere Verwendung der vom Parlament bewilligten 20%igen Bundesbeteiligung zu entscheiden. Das Büro des Nationalrates hat nun die Finanzdelegation beauftragt, abzuklären, ob der Bundesrat in dieser Angelegenheit alleinige Zuständigkeit hat.

Frau Nationalrätin Leutenegger hat mich beauftragt ihr zuhanden der Finanzdelegation diese Frage als unabhängiger Gutachter abzuklären. Es liegt dabei auf der Hand, dass im Folgenden allein der Verpflichtungskredit betreffend die Beteiligung des Bundes an der Kapitalerhöhung der Crossair nicht aber der Verpflichtungskredit zur damaligen heute nicht mehr aktuellen Aufrechterhaltung des Betriebs der Swissair-Linien untersucht wird.

Im Rahmen der sehr beschränkten Zeit bin ich zu folgendem Ergebnis gelangt:

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Rechtsgrundlage des Verpflichtungskredits:

Der Verpflichtungskredit stützt sich auf Art. 102 des Luftfahrtgesetzes. Dieses bestimmt:

„Art. 102

Der Bund kann sich an Flugplatz- oder Luftverkehrsunternehmungen beteiligen, wenn dies im allgemeinen Interesse liegt.“

Eine Beteiligung des Bundes gestützt auf Art. 102 LFG muss somit im öffentlichen Interesse liegen. Es handelte sich damals somit nicht um eine normale Anlage des Finanzvermögens sondern um die Verwirklichung einer öffentlichen Aufgabe, die nach den ordentlichen Regeln des Finanzhaushaltsrechts als Ausgabe des Bundes finanziert werden musste.

2.2. Beherrschende Stellung der öffentlichen Hand

Die Beteiligung des Bundes beträgt 20%. Gemäss der Botschaft vom 7. November 2001 (BBI 2001 6457) waren neben der Beteiligung des Bundes insgesamt zusätzliche 15% der öffentlichen Hand (Kanton und Stadt Zürich sowie weitere Kantone) vorgesehen. Die öffentliche Hand hat somit mit insgesamt 35% eine beherrschende Stellung. Sie verfügt über 1/3 der Aktien der Gesellschaft und somit über eine Sperrminorität nach OR (704). Inwieweit diese Zahlen noch der heutigen Realität entsprechen, weiss ich nicht. Ich gehe im Folgenden aber davon aus, dass die öffentliche Hand nach wie vor eine beherrschende Stellung innerhalb der Gesellschaft hat und dass der Bund zusammen mit den anderen Trägern der öffentlichen Hand über eine Sperrminorität verfügt.

2.3. Eine von den Räten festgelegte öffentliche Aufgabe des Bundes

Die Beteiligung des Bundes ist keine einfache Anlagefinanzierung. Sie entspricht vielmehr einer öffentlichen Aufgabe. Das Parlament hat somit dem Bundesrat beauftragt, „zum Aufbau einer neuen nationalen Fluggesellschaft, welche die Interessen aller Landesflughäfen angemessen berücksichtigt und mit einem massgeblichen Angebot an interkontinentalen Verbindungen“ beizutragen.

Richtiger Weise findet sich denn die Anlage des Bundes nicht im Finanzschatz sondern im Verwaltungsvermögen. Sie dient zur Finanzierung einer öffentlichen Aufgabe. Die Räte haben nicht nur einen Verpflichtungskredit zum Vollzug von Art. 102 LFG beschlossen sondern das öffentliche Interesse konkretisiert und den Bundesrat klar beauftragt, den Kredit für den im Bundesbeschluss festgelegten Zweck zu verwenden. Zusammen mit den anderen Trägern der öffentlichen Hand kann der Bund somit entscheidenden Einfluss auf die Gesellschaft im Sinne des ihm übertragenen Auftrags des Parlamentes ausüben.

2.4. Zuständigkeit zur Anpassung der öffentlichen Aufgabe des Bundes

Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass, soweit sich diese Aufgabe verändert bzw. soweit der Bund zusammen mit den anderen Trägern der öffentlichen Hand nicht mehr im gleichen Sinne Einfluss darauf nehmen kann, dass nämlich die Interessen der Landesflughäfen angemessen berücksichtigt werden und dass ein massgebliches Angebot an interkontinentalen Verbindungen aufrecht erhalten wird, der entsprechende Bundesbeschluss durch das Parlament abzuändern ist. Das rechtliche Prinzip der Kongruenz erfordert, dass Entscheide immer nur von dem Organ revidiert werden können, das sie erlassen hat. Soweit also eine Revision des Beschlusses vom 17. November notwendig ist, bedarf es einer Zustimmung der eidgenössischen Räte.

Auf Grund der bisherigen Pressemeldungen muss ich davon ausgehen, dass im Falle eines Verkaufs der Swiss an die Lufthansa diese Bedingung nicht mehr in gleichem Masse sichergestellt werden kann. Im Moment ist zwar unklar, welche Stellung die Fluggesellschaft Swiss in der Lufthansa haben wird. Sie wird aber nicht mehr allein über die Verwirklichung der dem Bund übertragenen öffentlichen Aufgabe nach Art. 102 LFG in Verbindung mit dem Bundesbeschluss entscheiden können. Soweit dies zutrifft, kommt aber den eidgenössischen Räten die Befugnis und die Pflicht zu, den Bundesbeschluss den neuen Verhältnissen anzupassen und die dem Bund mit dem Verpflichtungskredit auferlegte Auf-

gabe abzuändern oder ganz darauf zu verzichten und demzufolge den Betrag aus dem Verwaltungsvermögen auszugliedern und dem Finanzvermögen zuzuweisen. Sicher muss es auch dem Parlament zustehen, zu entscheiden, ob Art. 102 des Luftfahrtgesetzes eingehalten wird, wenn die Swiss in ein Luftfahrtunternehmen integriert wird, das nicht mehr primär den schweizerischen Landesinteressen dient.

2.5. Die Abänderung der öffentlichen Aufgabe ist nicht blosser Gesetzesvollzug

Im Gegensatz zum Rechtsgutachten vom EFV, das davon ausgeht, dass der Bundesrat allein zu entscheiden hat, was in der gegebenen Situation im öffentlichen Interesse im Sinne von Art. 102 Luftfahrtgesetz zu entscheiden ist, gehe ich davon aus, dass dieses öffentliche Interesse im Bundesbeschluss durch das Parlament konkretisiert wurde und dass es deshalb in der Kompetenz des Parlamentes stehen muss, in der neuen Situation festzustellen, worin das öffentliche Interesse nach Art. 102 Luftfahrtgesetz angesichts der neuen Situation besteht. Dies ist nicht mehr Gesetzesvollzug nach Art. 111 LFG, denn das Parlament hat mit dem Kreditbeschluss selber festgelegt, wie im Falle der Swiss Art. 102 LFG zu vollziehen ist. Es hat nicht einfach beschlossen, der Bundesrat könne im Rahmen von Art. 102 LFG über 600 Millionen Sfr. verfügen und Art. 102 LFG vollziehen. Es hat klar bestimmt, wofür der Verpflichtungskredit in Anwendung von Art. 102 LFG zu verwenden ist. Wäre jeder weitere Entscheid über die Ausübung dieser Aufgabe allein in den Händen des Bundesrates, könnte dieser sogar beschliessen, auf die die ihm vom Parlament übertragene Aufgabe voll zu verzichten und den Betrag völlig abzuschreiben.

Persönlich befürworte ich auf Grund der bisherigen Pressemeldungen den Verkauf der Swiss, dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass m. E. der Beschluss des Parlamentes vom 17. November 2001 den neuen Verhältnissen anzupassen ist.

Ich hoffe, dass ich Ihnen mit diesen Überlegungen dienen konnte. Sehr gerne stehe ich Ihnen für weitere Angaben zur Verfügung. Mit besten Grüßen und Wünschen bin ich Ihr

Thomas Fleiner