

1.13. Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht / Droit économique et droit économique administratif

(3) Wirtschaftsfreiheit. Privatrechtliche Tätigkeit (Sachversicherung) einer selbständigen Anstalt kantonalen Rechts.

Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 3. Juli 2012, *Schweizerischer Versicherungsverband, Schweizerischer Versicherungsverband und andere c. Kanton Glarus*, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, BGer 2C_485/2010, zur amtlichen Publikation vorgesehen.



PETER HETTICH

Prof. Dr., LL.M., RA, Universität St. Gallen, St. Gallen

Zusammenfassung des Sachverhalts

Gegen das Gesetz des Kantons Glarus über die Kantonale Sachversicherung Glarus vom 2. Mai 2010 (SachVG) erheben der Schweizerische Versicherungsverband, sechs private Versicherungsgesellschaften und ein in Glarus wohnhafter Mitarbeiter einer privaten Versicherung am 31. Mai 2010 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Die Beschwerdeführer beantragen, Art. 2 Abs. 1 lit. b sowie Art. 55–60 des totalrevidierten SachVG seien aufzuheben. Art. 2 Abs. 1 SachVG regelt die Aufgaben der Kantonalen Sachversicherung Glarus («Glarnersach»). Die Glarnersach ist als selbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts organisiert. Zu den Aufgaben der Glarnersach gehört die Versicherung von Gebäuden gegen Feuer- und Elementarschäden (Monopolbereich, Art. 2 Abs. 1 lit. a SachVG). Die Versicherung soll auch Fahrnis und nicht vom Versicherungsmonopol erfasste Gebäude sowie weitere, damit im Zusammenhang stehende Gefahren versichern dürfen (Art. 2 Abs. 1 lit. b, Art. 55 Abs. 2 SachVG). Dies schliesst Betriebsunterbruchversicherungen, Motorfahrzeugversicherungen, Haftpflichtversicherungen etc. auch ausserhalb des Kantonsgebiets mit ein. Die Details dieser Versicherung im Wettbewerb regeln Art. 55–60 SachVG, teilweise in Abweichung zum VVG.

Der Kanton Glarus stellt am 7. Juli 2010 ein Gesuch um Sistierung des Verfahrens bis zur massgeblichen Veröffentlichung des Gesetzes nach kantonalem Recht. Diesem Gesuch gibt das Bundesgericht am 13. Juli 2010 statt. Das Gesetz wird schliesslich am 16. Dezember 2010 im kantonalen Amtsblatt veröffentlicht, mit vorgesehenem Inkrafttreten am 1. Januar 2011. Am 30. Dezember 2010 wird auch das

Verfahren vor Bundesgericht wieder aufgenommen. Die in der Beschwerdeergänzung vom 28. Januar 2011 beantragte aufschiebende Wirkung wird am 1. März 2011 abgelehnt. Am 3. Juli 2012 weist das Bundesgericht die Beschwerde ab.

Zusammenfassung der Erwägungen

Im Rahmen des Eintretens ist namentlich die Legitimation der Beschwerdeführer zu klären (Art. 89 BGG). Die mit dem neuen SachVG angestrebte Ausdehnung der Tätigkeit der Glarnersach berührt die hier beschwerdeführenden, privaten Versicherungsgesellschaften nicht in ihrer Rechtsstellung. Die blossе Befürchtung, verstärkter Konkurrenz ausgesetzt zu sein, reicht nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zur Begründung der Beschwerdelegitimation. Ein schutzwürdiges Interesse könnte sich allenfalls aus wirtschaftspolitischen oder sonst speziellen Regelungen ergeben, welche hier nicht vorliegen. Die privaten Versicherungen können ihre Legitimation jedoch damit begründen, dass sie in der Ausdehnung der Geschäftstätigkeit der Glarnersach über das Teilmonopol hinaus eine Verletzung verfassungsrechtlicher Prinzipien erblicken; auch befürchten sie eine wettbewerbsverzerrende Privilegierung der Glarnersach. Die Legitimation des Schweizerischen Versicherungsverbands wird damit bejaht (egoistische Verbandsbeschwerde), während die Legitimation des Mitarbeiters offen gelassen wird (E. 1).

Die privaten Versicherungen rügen eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, des Legalitätsprinzips und der Gewaltenteilung, des Versicherungsabkommens Schweiz-EU sowie der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Der Kanton Glarus ist der Auffassung, der von der Bundesversammlung gewährleistete Art. 48 KV/GL erlaube die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs, wodurch das Ausführungsgesetz der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen sei. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die Umsetzung dieser Bestimmung der Prüfung jedoch nicht entzogen. Entsprechend verzichtet das Bundesgericht auf eine Auseinandersetzung mit diesbezüglich kritischen Stimmen in der Lehre (E. 5).

Hinsichtlich der Prüfung der individualrechtlichen Dimension der Wirtschaftsfreiheit hält das Bundesgericht fest, dass eine Einschränkung nur vorliegt, wenn die Stellung des Wirtschaftssubjekts durch Rechtsakte oder hoheitliches Realhandeln rechtlich eingeschränkt wird oder faktische Auswirkungen hat, welche einer solchen rechtlichen Einschränkung gleichkommen. Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens erfüllt diese Voraussetzungen nicht, da den Privaten bloss ein weiterer Konkurrent entsteht (E. 6.2).

Die staatliche Wirtschaftstätigkeit verletzt nach Ansicht des Bundesgerichts auch nicht Art. 94 BV. Dieser schütze

«insbesondere das Bestehen einer Wettbewerbswirtschaft». Unter Verweis auf die bundesrätliche Botschaft zur neuen Bundesverfassung führt das Bundesgericht aus, dass sich die Verfassung mit Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit für eine grundsätzlich staatsfreie Wirtschaftsordnung ausspreche, die auf dem Gedanken der Privatautonomie beruhe und sich an marktwirtschaftlichen Prinzipien orientiere. Damit sei in erster Linie gemeint, dass die private Wirtschaft nicht ohne Rechtfertigung beschränkt werden solle. Die unternehmerische Tätigkeit des Staates sei aber nicht grundsätzlich unzulässig, soweit sie auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhe, im öffentlichen Interesse liege und verhältnismässig sei. Sie entspreche einer gelebten Verfassungspraxis (E. 6.3.).

In der Folge verwirft das Bundesgericht die Rüge der Verletzung der Gewaltenteilung und des Legalitätsprinzips und bejaht damit das Vorliegen einer genügend präzise umschriebenen gesetzlichen Grundlage. Hinsichtlich des Spezialitätsprinzips führt das Bundesgericht aus, dass die gesetzliche Grundlage im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates nicht zu detailliert sein könne. Sonst würde die angestrebte Tätigkeit behindert, namentlich wenn damit eine unabhängige staatliche Anstalt betraut werde (E. 7).

Das Bundesgericht bejaht das Vorliegen eines hinreichenden öffentlichen Interesses nach Art. 5 Abs. 2 BV. Die Prüfung des öffentlichen Interesses ausserhalb eines Grundrechtseingriffes habe materielle rechtliche und prozessuale Konsequenzen. Das öffentliche Interesse müsse das Grundrechtsinteresse nicht überwiegen (Art. 36 Abs. 2 BV) und werde im Zusammenhang mit kantonalem Recht nur auf Willkür hin geprüft. Grundsätzlich sei es auch nicht Sache des Bundesgerichts, öffentliche Interessen, welche im demokratischen Prozess als solche bestimmt worden seien, als unzulässig zu erklären, soweit diese verfassungsrechtlich zulässig seien (vorliegend also nicht wirtschaftspolitisch motiviert seien). Ein Marktversagen oder ein sonstiger Nachweis, dass die Privatwirtschaft ein Bedürfnis nicht decke, müsse nicht vorliegen. Die Ausdehnung der Geschäftstätigkeit erfolge aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen, um die Geschäftstätigkeit zu vergrössern und Kosten und Risiken besser zu verteilen. Offen lässt das Bundesgericht, ob auch ein rein fiskalisches Interesse (Gewinnerzielung) als Rechtfertigung herangezogen werden könnte (E. 8.1.–8.6.).

Auch die Verhältnismässigkeit habe ausserhalb von Grundrechtseingriffen nicht die gleiche Tragweite wie Art. 36 Abs. 3 BV. Massgebend sei, dass die wirtschaftliche Tätigkeit den objektivrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit nicht beeinträchtige, etwa indem «der Kanton ohne zwingendes öffentliches Interesse einen wesentlichen Teil

der Wirtschaft mit staatlichen Unternehmen kontrollieren würde, weil damit die Grundsatzentscheidung für eine private Wirtschaft unterlaufen und diese ausgehöhlt würde»; dies sei vorliegend nicht der Fall (E. 8.7).

Das Bundesgericht verneint schliesslich eine Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität. Es hält diesbezüglich fest, dass Quersubventionierungen unzulässig seien. Das öffentliche Unternehmen müsse den gleichen Regeln wie private Wettbewerbsteilnehmer unterworfen werden und dürfe keine Sonderrechte beanspruchen. Dabei genüge aber eine kalkulatorische Trennung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der jeweiligen Aufgabenbereiche. Auch die allfällige Staatshaftung für die im Wettbewerb eingegangenen Risiken stelle noch keine «systematische Quersubventionierung» dar. Die vorliegend auf Schätzungen beruhende Kostenaufteilung der Glarnersach sei im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nicht weiter zu beanstanden und konkret von den Aufsichts- und Wettbewerbsbehörden zu prüfen. Schliesslich sei die Glarnersach im Wettbewerb steuerpflichtig und den Privaten gleichgestellt (E. 9.).

Das Bundesgericht verneint sodann eine Verletzung des Versicherungsabkommens Schweiz EU, da dieses nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung finde (E. 10).

Hinsichtlich der Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts hält das Bundesgericht fest, dass sich die Glarnersach den Formen des Bundesprivatrechts zu bedienen habe und ihre Verträge daher dem VVG unterstünden. Regelungen im kantonalen Recht seien «überflüssig», doch sei dieser Umstand nicht rechtsgenügend gerügt worden (E. 11.).

Bemerkungen

Soweit ersichtlich befasst sich das Bundesgericht zum zweiten Mal mit der Gebäudeversicherung des Kantons Glarus. In BGE 124 I 25 hat das Bundesgericht das nun weiterbestehende Gebäudeversicherungsmonopol des Kantons Glarus als mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar angesehen (vgl. weiter *Georg Müller c. Kanton Aargau*, BGE 124 I 11 zu einem Gebäudeversicherungsmonopol mit Gewinnablieferungspflicht). Zur Zulässigkeit staatlicher unternehmerischer Tätigkeit im Wettbewerb hat das Bundesgericht in jüngster Zeit nicht Stellung nehmen können. Nicht überraschend ist das vorliegende Urteil daher in verschiedener Hinsicht bemerkenswert. Das Urteil kommt hinsichtlich des Prüfungsumfanges lange geäusserten Forderungen der Lehre entgegen. Der vom Bundesgericht angewandte Prüfungsmassstab zeugt allerdings von starker Zurückhaltung.

Das Bundesgericht setzt sich in seinem Urteil ausführlich mit den zahlreichen Publikationen zu öffentli-

chen Unternehmen auseinander. Genannt seien hier nur die Monographien von ETIENNE POLTIER (*Les entreprises d'économie mixte*, Genf 1983), BEAT KRÄHENMANN (*Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens*, Basel 1987), FELIX UHLMANN (*Gewinnorientiertes Staatshandeln*, Basel 1997) und STEFAN VOGEL (*Der Staat als Marktteilnehmer*, Zürich 2000). Zur Gebäudeversicherung haben URS GLAUS und HEINRICH HONSELL einen systematischen Kommentar (Basel 2009) veröffentlicht, der eine verfassungsrechtliche Betrachtung von GEORG MÜLLER zum Gebäudeversicherungsobligatorium und -monopol beinhaltet. Auf eine systematische Darstellung dieses Meinungsstandes muss hier verzichtet werden.

Im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung verneint das Bundesgericht eine Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit in ihrer individualrechtlichen Dimension. Es nimmt jedoch Differenzierungen vor. Das Bundesgericht verweist auf seine Rechtsprechung zu faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen (BGE 130 I 26, 42, E. 4.4.) und deutet an, dass eine Beeinträchtigung des individualrechtlichen Gehalts allenfalls dann angenommen werden kann, wenn ein privates Angebot durch ein staatliches Unternehmen «geradezu verdrängt wird». Faktisch dürfte ein solch beeinträchtigendes Ausmass kaum je gegeben sein, wenn die unternehmerische Tätigkeit des Staates – wie vom Bundesgericht gefordert (E. 9) – den gleichen Wettbewerbsbedingungen wie die private Tätigkeit unterworfen wird.

Unter der alten Bundesrechtspflege hat die zurückhaltende Annahme eines Grundrechtseingriffs bei privatwirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens zu einem erheblichen Rechtsschutzdefizit geführt. Das Bundesgericht ist auf entsprechende Beschwerden mangels Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Interesses regelmässig nicht eingetreten (zuletzt BGer 2P.67/2004, E. 1.9). Damit war die Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die unternehmerische Tätigkeit allein dem Gesetzgeber überlassen (RENÉ A. RHINOW et al., *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel 2011, § 18 N 74). Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann nun jede Verletzung von Bundesrecht gerügt werden, was objektivrechtliche Normen wie die Grundsätze der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV) und die Grundsätze staatlichen Handelns (Art. 5 BV) mit einschliesst. Damit schafft das Bundesgericht nun die lange geforderte (Hinweise bei KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, Bern 2006, § 5 N 179 ff. und RHINOW et al., a.a.O., § 18 N 68 ff.) prozessuale Möglichkeit zur verfassungsrechtlichen Überprüfung staatlicher Wirtschaftstätigkeit im Wettbewerb (E. 6.2.2.–6.2.3.).

Hinsichtlich Art. 94 BV hält das Bundesgericht fest, dieser schütze «insbesondere das Bestehen einer Wett-

bewerbswirtschaft» (E. 6.3). Offenbar in Anlehnung an FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, 283, hat das Bundesgericht schon früher festgehalten, die Verfassung enthalte eine «wirtschaftspolitische Grundentscheidung für ein System des freien Wettbewerbs» (BGE 116 Ia 237, 240). Diese unbekümmerte Begriffsverwendung hat in der Lehre zu ausführlicher Diskussion Anlass gegeben (dazu KLAUS A. VALLENDER, Der ordnungspolitische Grundentscheid der schweizerischen Bundesverfassung, in: Staat – Kirche – Verwaltung, München 2001, 1032 ff., 1050; GIOVANNI BIAGGINI, Wettbewerb und Staatsverantwortung aus verfassungs- und wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: Bernhard Ehrenzeller/Robert Waldburger [Hrsg.], Wettbewerb und Staatsverantwortung, Zürich 2009, 7 ff.). Im Ergebnis meint das Bundesgericht wohl etwas anderes. Es verweist zunächst auf die Botschaft zur neuen Bundesverfassung, wonach «sich die Verfassung mit der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit für eine grundsätzlich staatsfreie Wirtschaftsordnung aus[spricht], die auf dem Gedanken der Privatautonomie beruht und sich an marktwirtschaftlichen Prinzipien orientiert» (BBl 1997 I 174 und 290). Darauf gestützt hält das Bundesgericht fest, damit sei «in erster Linie gemeint, dass die private Wirtschaft nicht ohne Rechtfertigung durch den Staat beschränkt wird» (E. 6.3.1.). Mit dem Hinweis auf den Rechtfertigungsbedarf staatlicher Massnahmen verkürzt das Bundesgericht den Gehalt von Art. 94 BV auf eine, im Hinblick auf den von ihm anerkannten Schutz der «Wettbewerbswirtschaft» für alle staatlichen Massnahmen geltende Selbstverständlichkeit. Nach Ansicht des Bundesgerichts lässt sich aus Art. 94 BV kaum mehr ableiten als die Feststellung, dass unternehmerische Tätigkeiten des Staates grundsätzlich zulässig seien (E. 6.3.3.). Dies verkehrt den Grundsatz einer staatsfreien Wirtschaft ins Gegenteil und entzieht diesen einer normativen Bewertung weitgehend. Ansatzpunkte dafür könnten allenfalls aus der in Art. 94 Abs. 4 enthaltenen Schrankenregelung entwickelt werden (skeptisch RHINOW et al., a.a.O., § 18 N 64). Aufgrund der Systematik des Entscheids wird Art. 94 BV nur als eine Programmnorm geprüft; den individualrechtlichen Gehalt der Norm – die rechtlich durchsetzbare negative Wettbewerbsgarantie – behandelt das Bundesgericht separat als quasi eigenständiges Kriterium (E. 9).

Unabhängig vom Vorliegen des verneinten Grundrechtseingriffes ergibt sich die Notwendigkeit einer formell-gesetzlichen Grundlage für unternehmerisches Handeln des Staates nach Ansicht des Bundesgerichts schon aus «staatsorganisationsrechtlichen Gründen» (E. 6.3.2.). Angesprochen sind die Grundsätze der Legalität und Spezialität. Die vom Bundesgericht hier gesetzten Hürden erscheinen nicht

als besonders hoch. Namentlich stört sich das Bundesgericht nicht daran, dass der Verwaltungsrat der Glarnersach über das Angebot weiterer Versicherungen entscheiden darf; diese müssen lediglich mit den im Gesetz genannten Versicherungen «in Zusammenhang stehen» (Art. 55 Abs. 2 SachVG). Auch der geographische Tätigkeitsbereich eines öffentlichen Unternehmens darf offenbar durchaus vage belassen werden (Kanton; angrenzende Wirtschaftsräume; übrige Schweiz, soweit keine ausserordentlichen Risiken erwachsen). Damit belässt das Bundesgericht den öffentlichen Unternehmen bewusst eine erhebliche unternehmerische Flexibilität. Freilich stellt sich bei einer derart konkretisierungsbedürftigen Bestimmung die Frage, ob sich der Kanton bei allfälliger Verwirklichung der «ausserordentlichen Risiken» tatsächlich darauf berufen könnte, dass allein das Vermögen der Anstalt für die Verbindlichkeiten der Glarnersach haftet (Art. 2 Abs. 3 SachVG). Der Kanton ist nämlich ex officio durch den Regierungsrat im Verwaltungsrat der Anstalt vertreten (Art. 3 Abs. 3 SachVG) und zur Genehmigung strategisch relevanter Geschäfte befugt (Art. 14 SachVG); er nimmt damit wichtige Organfunktionen wahr. Trotz der grosszügigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine sorgfältige Formulierung des geographischen und sachlichen Tätigkeitsbereichs nicht zuletzt auch im Interesse des Verwaltungsrates eines öffentlichen Unternehmens. Diese delikate Ausbalancierung von Kontrolle, Risiko und Haftung ist aber freilich keine Aufgabe des Höchstgerichts.

Das Bundesgericht gewichtet das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit im Kontext von Art. 5 Abs. 2 BV geringer als bei Art. 36 Abs. 2 und 3 BV. Auch Teile der Lehre erachten die Anforderungen an Grundrechtseinschränkungen als zumindest «tendenziell strenger» (GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Zürich 2007, Art. 5 BV, N 18; vgl. auch PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon [Hrsg.], Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zürich 2003, Art. 5, N 13). Ungeachtet der fehlenden Grundrechtsbeeinträchtigung erlaubt aber auch Art. 5 Abs. 2 BV die Abwägung des Interesses an der Staatstätigkeit mit den privaten und allenfalls weiteren öffentlichen Interessen (siehe etwa YVO HANGARTNER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5 BV, N 39). Das Bundesgericht argumentiert diesbezüglich, dass das öffentliche Interesse nach Art. 36 Abs. 2 BV «überwiegend» sein müsse, um Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen (siehe auch Botschaft BV, BBl 1997, 195; BIAGGINI, a.a.O., Kommentar BV, Art. 36, N 19). Der Schutz aus Art. 94 BV läuft aber weitgehend leer, wenn unter Art. 5 Abs. 2 BV nun «grundsätzlich jedes öffentliche Interesse» in dem Sinne

genügt, «dass die staatliche Tätigkeit nicht ausschliesslich privaten Interessen dient» (E. 8.2.). Als öffentliches Interesse führt der Kanton Glarus den Wunsch nach Vergrösserung der Geschäftstätigkeit und besserer Verteilung von Risiko und Kosten an. Dies mag, wie das Bundesgericht anführt, «betriebswirtschaftlich sinnvoll sein» (E. 8.5. und 8.6.2.). Ein öffentliches Interesse stellt es aber nur nach dem minimalen Prüfmasstab des Bundesgerichts dar. Die Frage, ob rein fiskalische Interessen als Rechtfertigung für staatliches Unternehmertum genügen, wird vom Bundesgericht bedauerlicherweise offen gelassen (E. 8.6.2.). Die herrschende Lehre verneint diese Frage (Hinweise in E. 8.6.1.).

Nach Ansicht des Bundesgerichts bedarf die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand nicht des Nachweises eines Marktversagens. Es ist – glaubt man den elektronischen Suchmaschinen – das erste Mal, dass das Bundesgericht diesen Begriff verwendet (E. 8.4.). Dass Marktversagen keine Voraussetzung für unternehmerisches Handeln des Staates bilden kann, leuchtet ein. Eine andere Auffassung würde Ordnungsmodelle der Wirtschaftswissenschaften an die Verfassung herantragen, welche dort zumindest nicht in ihrer idealtypischen Form angelegt sind. Dennoch scheint dem Autor die Diskussion von Marktversagen als hilfreich für die Herleitung und Plausibilisierung von öffentlichen Interessen. Auch die jüngere Lehre öffnet sich für diese Diskussion (etwa MARKUS SCHOTT, *Staat und Wettbewerb*, Zürich 2010, 26 ff.; SABINE KILGUS, *Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht*, Zürich 2007, 183 ff.).

Wie beim öffentlichen Interesse wendet das Bundesgericht auch bei der Verhältnismässigkeit einen Prüfmasstab an, welcher die Prüfung quasi leer laufen lässt (E. 8.7.).

Das Bundesgericht verneint schliesslich eine Verletzung der Wettbewerbsneutralität (E. 9). Betreffend die Einhaltung des Verbots der Quersubventionierung begnügt sich das Bundesgericht mit einer Plausibilitätsprüfung (E. 9.3.3.). Bemerkenswert ist hier der Verweis auf die Aufsichts- und Wettbewerbsbehörden, welche die korrekte Kostenverteilung und damit die Einhaltung des Verbots zu überprüfen und durchzusetzen haben. Im Hinblick auf andere mögliche Wettbewerbsverzerrungen erinnert das Bundesgericht daran, dass die Glarnersach im Wettbewerbsbereich uneingeschränkt dem Kartellgesetz untersteht (siehe jüngst die Vorabklärung zur Gebäudeversicherung Bern in RPW 2011, 483 ff.). Im Lichte der bisherigen Rechtsprechung gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Betrieben nur dort nicht, wo der Staat im öffentlichen Interesse eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt (BGer 2P.67/2004 vom 23. September 2004, E. 1.5). Besondere Rechte und Privilegien eines öffentlichen Unternehmens im Wettbewerb zur Erfüllung einer öffentlichen

Aufgabe sind – folgt man dem Bundesgericht – also nach wie vor möglich, aber vom formellen Gesetzgeber vorzusehen (Art. 3 Abs. 1 KG). Das vorliegende Urteil legt die Messlatte für öffentliche Unternehmen im Wettbewerb in diesem Sinne nicht besonders hoch, zwingt den Gesetzgeber aber zu einer sorgfältigeren Auseinandersetzung und Darlegung der mit der unternehmerischen Tätigkeit verfolgten Ziele und der dazu benötigten Mittel.