

# Infrastrukturverfassung

*Peter Hettich*

I. Infrastruktur und Infrastrukturpolitik .....	623
1. Begriff .....	623
2. Ausprägungen im positiven Verfassungsrecht von Bund und Kantonen .....	624
3. Europäisierung der Infrastrukturpolitik .....	626
II. Staatliche Verantwortung für Infrastrukturen und Gedanke des »Service Public« .....	629
1. Staatliche Verantwortung für Infrastrukturen .....	629
2. Staatliche und private Leistungserbringung .....	632
3. »Service Public« als leitender Grundsatz der Infrastrukturpolitik? .....	634
III. Bedeutung der Grundrechte im Recht der Infrastrukturen .....	637
1. Grundrechtsbindung der Leistungserbringer .....	637
2. Grundrechtsträgerschaft der Leistungserbringer .....	639
IV. Typische Elemente des Rechts der Infrastrukturen .....	641
1. Konsequenzen eines ökonomisch getriebenen Infrastrukturrechts .....	641
2. Wettbewerbliche Teilmärkte durch Entflechtung und Zugangsregeln .....	642
3. Entpolitisierung und Repolitisierung der Governance der Netzindustrien .....	645
V. Auf dem Weg zu einer Bereichsverfassung der Netzindustrien? .....	648

## I. Infrastruktur und Infrastrukturpolitik

### 1. Begriff

Infrastruktur bezeichnet die für die Nutzung, Versorgung und den Zugang zu einem bestimmten Gebiet erforderlichen Bauten und Anlagen, unter Einschluss der dadurch ermöglichten Dienstleistungen.<sup>1</sup> Die Bundesverfassung verwendet den Begriff zwar nur im Zusammenhang mit der Verkehrsinfrastruktur explizit (z.B. Strassen, Eisenbahnen, Luftfahrt); jedoch zählen nach wohl übereinstimmender Auffassung auch die Sektoren Energie (z.B. die zunehmend gekoppelten Bereiche Gas, Strom, Wärme/Kälte) und Kommunikation (z.B. Post, Telekommunikation, Internet bis hin zu den Medien) zur Infrastruktur.<sup>2</sup>

1 Nicht unähnlich ist der Infrastrukturbegriff des öffentlichen Planungs- und Baurechts, der zwischen Erschliessungsanlagen und der Ausstattung unterscheidet: *Alain Griffel*, Raumplanungs- und Baurecht, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2017, S. 107 f.

2 *René Rhinow et al.*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 28, N. 1 ff., zählen noch die Bildung zur Infrastruktur; *Klaus Vallender/Peter Hettich/Jens Lehne*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, Bern 2006, § 17 ff., überdies die Geldordnung.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

Als Infrastruktur gelten aus Bundessicht schliesslich die von Art. 81 BV erfassten öffentlichen Werke, wodurch der Infrastrukturbegriff auf Wasserverbauungen, Gewässerkorrekturen, Aufforstungen im Hochgebirge und dergleichen erweitert wird.<sup>3</sup>

- 2 Ohne den Begriff hier abschliessend definieren zu wollen, sind die genannten Infrastrukturbereiche ökonomisch entweder als öffentliche Güter zu qualifizieren oder sie sind durch starke Netzeffekte geprägt (und dann oft Klubgüter). Bei öffentlichen Gütern können Trittbrettfahrer weder von der Nutzung der Infrastruktur abgehalten noch zu ihrer Mitfinanzierung angehalten werden, weshalb eine rein private Bereitstellung nicht erwartet werden kann. Bei Netzinfrastrukturen geniesst der etablierte Netzbetreiber meist Schutz vor neuen Markteintritten, da er seine Dienste günstiger bereitstellen kann oder da sein Angebot allein schon aufgrund höherer Nutzerzahlen attraktiver ist. In solchen Fällen können staatliche Interventionen notwendig bzw. – aus ökonomischer Sicht – rechtfertigbar sein. Zwingend sind Interventionen jedoch nicht: Elinor Ostrom hat in ihrer Forschung die Selbstorganisationskräfte menschlicher Gemeinschaften eindrucksvoll aufgezeigt<sup>4</sup>: So war z.B. das schweizerische Übertragungsnetz vor seiner Verstaatlichung im Eigentum und Betrieb von sieben Überlandwerken; die Infrastruktur des Internet (*Backbone*) ist in den Händen vieler privater Netzbetreiber – in beiden Fällen zeigten sich auch ohne Regulierung kaum Friktionen beim Austausch von Elektrizität bzw. Daten. Überdies weicht die technologische Innovation zuweilen die Netzgebundenheit gewisser Dienste auf, wodurch Raum für »echten« Wettbewerb zwischen Infrastrukturen geschaffen wird (z.B. Mobilfunk; Dezentralisierung der Elektrizitätsproduktion; neue Mobilitätslösungen mit Drohnen).
- 3 Die staatlichen Politiken, mit denen auf die Bereitstellung der genannten Infrastrukturen (Träger, Menge, Preis, Zugang, etc.) eingewirkt wird, kann als Infrastrukturpolitik bezeichnet werden. Die Verfassungsbestimmungen, die sich mit der Infrastruktur befassen, bilden als Bereichsverfassung die »Infrastrukturverfassung«<sup>5</sup>.

### 2. Ausprägungen im positiven Verfassungsrecht von Bund und Kantonen

- 4 Die Bundesverfassung regelt die Infrastrukturen im fünften Abschnitt zu öffentlichen Werken und Verkehr (Art. 81–88 BV) sowie im sechsten Abschnitt zu Energie und Kommunikation (Art. 89–93 BV); beide Abschnitte sind lokalisiert im 2. Kapitel des 3. Titels der BV, wo die Zuständigkeiten des Bundes aufgeführt sind.

---

3 Eine (m.E. noch etwas gewagte) Neuinterpretierung des Begriffs der öffentlichen Werke diskutieren *Lendi/Vogel*, St. Galler BV-Komm., Art. 81, N. 7 ff.: Statt der festen Beziehung zum Boden und der künstlichen Beschaffenheit stellen sie die technologischen Potenziale und Netzwerkfunktionen in den Vordergrund, wodurch auch Satelliten, Rechnerkapazität, Internet-Plattformen, etc. unter den Werkbegriff fallen könnten.

4 Grundlegend *Elinor Ostrom*, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge 1990, u.a. basierend auf empirischen Untersuchungen von Schweizer Allmenden.

5 Zur Gefahr der Segmentierung des Verfassungsdenkens aufgrund der Bildung von »Teilverfassungen« *Biaggini*, Komm. BV, Einleitung, N. 10.

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

Die Kompetenzen zur Formulierung der Infrastrukturpolitiken liegen nicht ausschliesslich 5  
beim Bund, sondern kommen abhängig vom Teilbereich auch den Kantonen und – z.B. ba-  
sierend auf Kompetenzvermutungen wie Art. 83 Abs. 1 KV ZH – den Gemeinden zu. Dies  
betrifft vor allem die Bereiche Verkehr und Energie: So formuliert etwa die Verfassung des  
Kantons St. Gallen bestimmte Staatsziele im Bereich Verkehr sowie in der Ver- und Ent-  
sorgung (Art. 18 bzw. 21 KV SG), zu deren Erreichen der Staat – unter Beachtung des Sub-  
sidiaritätsgrundsatzes (Art. 25–27 und 30 KV SG) – bestimmte Befugnisse bis hin zur Begründung von Monopolen (Art. 28 KV SG) in Anspruch nehmen kann. Kompetenzen, z.  
B. im Bereich Verkehr und Energie, enthält auch die Zürcher Kantonsverfassung (Art. 104  
und 106 KV ZH), ebenfalls gepaart mit allgemeinen Grundsätzen der Subsidiarität (Art. 95 ff.  
KV ZH). Einen wesentlich umfangreicheren Katalog von Staatsaufgaben, gepaart mit detaillierten Zielnormen, enthält die Verfassung der Republik und des Kantons Genf (Art. 159  
KV GE betreffend Wasser; Art. 167 ff. KV GE betreffend Energie; Art. 191 KV GE betref-  
fend öffentlichen Verkehr; etc.).

Die Infrastrukturaufgaben sind auf allen Ebenen des Bundesstaates angesiedelt, was als Aus- 6  
druck des föderalistischen Staatsaufbaus und der Subsidiaritätsidee gesehen wird.<sup>6</sup> Nicht zu  
verkennen ist jedoch, dass eine ganze Reihe von Kompetenzen des Bundes im Infrastruk-  
turbereich entweder ausschliesslichen Charakter haben, Monopole des Bundes statuieren  
oder dem Bund zumindest weitreichende Regelungsbefugnisse einräumen: So ist z.B. das  
vielfach von den Gemeinden ausgeübte Entsorgungsmonopol für Siedlungsabfälle ein  
vom Bundesrecht statuiertes Monopol<sup>7</sup>; die Trinkwasserversorgung und die Abwasserrei-  
nigung sind im Detail durch die Lebensmittel- bzw. Gewässerschutzgesetzgebung gere-  
gelt<sup>8</sup>. Neben der eingehenden Regulierung nimmt der Bund auf die Art und Weise der  
Wahrnehmung von Infrastrukturaufgaben regelmässig auch mittels der Ausrichtung von  
Subventionen Einfluss (z.B. über das Programm Agglomerationsverkehr oder das jüngst  
von der Eidgenössischen Finanzkontrolle gescholtene Programm EnergieSchweiz<sup>9</sup>). Illus-  
trativ für diese Zentralisierungstendenz steht die Energiepolitik, wo die ursprünglich auf  
polizeiliche Aspekte fokussierten Gesetzgebungen des Bundes<sup>10</sup> durch umfassende Markt-  
ordnungen ergänzt werden bzw. ergänzt werden sollen<sup>11</sup>. Die »ausgesprochen kom-

6 *Rhinow et al.* (Anm. 2), § 28, N. 9.

7 Art. 31b des BG über den Umweltschutz vom 7.10.1983 (USG; SR 814.01).

8 Zentral dazu die VO des EDI über Trinkwasser sowie Wasser in öffentlich zugänglichen Bädern und Duschanlagen vom 16.12.2016 (TBDV; SR 817.022.11); Art. 11 ff. Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201).

9 *Eidgenössische Finanzkontrolle*, Subventionen EnergieSchweiz, Bundesamt für Energie, Prüfauftrag 17179, Bericht vom 20.4.2018, abrufbar auf <https://www.efk.admin.ch/>.

10 BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24.6.1902 (EleG; SR 734.0); BG über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 4.10.1963 (RLG; SR 746.1).

11 BG über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (StromVG; SR 734.7); BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (KG; SR 251); Botschaft über die Legislaturplanung 2015–2019, BBl 2016 1105 ff., 1222 (für die Ankündigung des GasVG).

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

plexe<sup>12</sup> Kompetenzabgrenzung im Bereich Energie zeigt sich etwa bei der Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen von Gebäuden<sup>13</sup>, wo »vor allem die Kantone zuständig« wären (Art. 89 Abs. 4 BV). Ausdruck der diffusen Kompetenzen im Bereich der Energiepolitik ist auch Art. 168 Abs. 1 KV GE, wonach die Stromversorgung und -verteilung, »dans la mesure permise par le droit fédéral«, ein Kantonsmonopol sein sollen.<sup>14</sup> Angesichts der vom Bund erlassenen Marktordnung und seiner jüngst wiederbelebten Liberalisierungsbestrebungen<sup>15</sup> erstaunen auch die Walliser Vorschriften über die kantonale Netzgesellschaft für das überregionale elektrische Verteilnetz, wird doch mittels dieser Walliser Regelungen eine Verstaatlichung des Netzes angestrebt.<sup>16</sup>

### 3. Europäisierung der Infrastrukturpolitik

- 7 Vor allem diejenigen Infrastrukturbereiche, die durch starke Netzeffekte geprägt sind und daher als Netzindustrien bezeichnet werden können, durchlaufen seit einiger Zeit einen Prozess der »Europäisierung«. Mit dem Fachbegriff der »Europeanization« versuchen seit der Jahrtausendwende vor allem die Politikwissenschaften, Auswirkungen auf Mitglied- und Drittstaaten einzufangen, die aufgrund von Kompetenzübertragungen an die EU und aufgrund von Politikentscheiden in der EU auftreten; der Begriff hat nicht unvermutet auch in den Rechtswissenschaften Einzug gehalten.<sup>17</sup> Dabei nimmt der Prozess der Europäisierung, wie Radaelli betont, nicht zwingend schon mögliche Prozessergebnisse wie eine engere, politische oder harmonisierte Union vorweg.<sup>18</sup> Knill und Lehmkuhl unterscheiden drei Mechanismen der Europäisierung, die sich auch im schweizerischen Infrastrukturrecht nach-

---

12 BGer 1C\_36/2011 vom 8.2.2012 E. 3.2. Zu den verschiedenen Forderungen nach einer Verfassungsrevision im Rahmen der Energiestrategie 2050 siehe *Peter Hettich*, Die Glühbirne – Lucifer neuer Zeiten, ZBl 2015, S. 567 ff., 584 f., m.w.H.

13 Siehe den Auftrag an die Kantone in Art. 9 des BG über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen vom 23.12.2011 (CO<sub>2</sub>-Gesetz; SR 641.71) bzw. die weitreichenden, am 19.6.2018 schon in der UREK-N gescheiterten Vorschläge des Bundes in Art. 8 f. E CO<sub>2</sub>-Gesetz vom 1.12.2017 (BBl 2018 385).

14 Bei der Prüfung einer diesbezüglich strikter formulierten Genfer Volksinitiative hat das Bundesgericht ein Monopol zugunsten der Services Industriels de Genève als »nicht offensichtlich im Widerspruch zum höherrangigen Recht« angesehen (BGE 132 I 282 E. 3 S. 285 ff., u.H.a. früher geäußerte Bedenken in BGE 129 II 497); Zur Aufhebung der kantonalen Versorgungsmonopole und Bezugspflichten durch das StromVG nun BGE 138 I 454 E. 3.6.5 S. 465.

15 Änderung von Art. 6 des BG über die Stromversorgung, VE vom 17.10.2018. Der an sich – aufgrund von Art. 34 Abs. 3 StromVG – schon früher notwendige Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung wurde erst am 8. Oktober 2014 – deutlich verspätet – in Vernehmlassung gegeben und aufgrund seines absehbaren Scheiterns nicht weiterverfolgt.

16 Art. 13 f. Kantonales Gesetz vom 17.12.2014 über die Stromversorgung des Kantons Wallis (kStromVG VS, SGS 734.1).

17 Dazu ausführlich *Matthias Oesch*, Verfassungswandel durch Europäisierung und Globalisierung, in diesem Werk, Bd. 1, § I.6, N. 7 ff.

18 *Claudio M. Radaelli*, The Europeanization of Public Policy, in: Kevin Featherstone/Claudio M. Radaelli (Hrsg.), The Politics of Europeanization, Oxford 2003, S. 28 ff.

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

weisen lassen: 1. Die unmittelbare Regelung eines Bereichs durch europäisches Recht; 2. Die mittelbare Regelung eines Bereichs durch Verbot bestimmter nationaler Politikentscheide (z.B. Pflicht zur Achtung der Grundfreiheiten, Verbot von Beihilfen); sowie 3. Die Ausformung bestimmter Erwartungen in den (Mitglied-)Staaten hinsichtlich zukünftiger europäischer Politik.<sup>19</sup>

Die Schweiz als Drittstaat<sup>20</sup> wendet in diesem Zusammenhang zwei Strategien an, die vor allem der Bewahrung des Marktzugangs der schweizerischen Anbieter dienen: Einerseits die direkte Europäisierung durch vereinbarte Übernahmen von europäischem Recht, z.B. aufgrund bilateraler Verträge: So bezeichnen z.B. die Anhänge des Landverkehrsabkommens<sup>21</sup> und des Luftverkehrsabkommens<sup>22</sup> das zu beachtende europäische Recht unmittelbar. Andererseits betreibt die Schweiz eine indirekte Europäisierung durch autonomen Nachvollzug (zumindest von Teilen des) europäischen Rechts.<sup>23</sup> Deshalb legt der Bundesrat in seinen Botschaften zu Erlassentwürfen nach Art. 141 Abs. 2 Bst. a ParlG die Kompatibilität mit dem europäischen Recht dar, was einen Rechtfertigungsdruck bei Abweichungen schafft.<sup>24</sup> Autonom nachvollzogenes EU-Recht ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts denn auch europarechtskonform auszulegen, unter Berücksichtigung der »europäischen Methodenlehre«.<sup>25</sup> Beispiele für autonom (teilweise) nachvollzogenes Infrastruktur-

---

19 Christoph Knill/Dirk Lehmkuhl, The National Impact of European Union Regulatory Policy: Three Europeanization Mechanisms, *European Journal of Political Research* 2002, S. 255 ff.

20 So die ernüchternde Qualifikation in EuGH vom 21.12.2016, C-272/15, N. 24 ff. Zu verschiedenen Charakterisierungen des Schweizer Status hierzulande Matthias Oesch, *Switzerland and the European Union*, Zürich/St.Gallen 2018, N. 35 ff.

21 Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (SR 0.740.72).

22 Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

23 Siehe zu dieser Strategie schon Bundesrat, Bericht vom 24.8.1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BBl 1988 III 249 ff., 345 f., 456 f. Dazu etwa Ernst A. Kramer, Entwicklungstendenzen des Wirtschaftsrechts im ausgehenden Jahrhundert, SZW 1990, S. 249 ff., 254, sowie Oesch (Anm. 20), S. 323 ff.; siehe aus politikwissenschaftlicher Sicht Roy Gava/Pascal Sciarini/Frédéric Varone, Twenty Years After the EEA Vote, The Europeanization of Swiss Policy-Making, *Swiss Political Science Review* 2014, S. 197 ff.

24 Ähnlich Daniel Thürer, Von der sog. »Europaverträglichkeit«: Rechtsgestaltungsprinzip aus Verlegenheit oder Vehikel zur »stillen Revolutionierung« der schweizerischen Rechtsordnung, ZSR 1993 I, S. 91 ff., 93.

25 BGE 143 II 297 E. 6.2.3 S. 326 f. zu Vertikalabreden im Kartellrecht, in gewissem Widerspruch zu BGE 137 II 199 E. 4.3 S. 208 ff. (zur Marktbeherrschung); ferner BGE 130 III 182 E. 5.5.1 S. 190 (zu Pauschalreisen); BGE 129 III 335 E. 6 S. 350 (zum Arbeitsrecht); BGer 2A.503/2000 vom 3.10.2001 E. 9b, bestätigt in BGE 131 II 13 E. 8.2 S. 39 und BGE 132 II 47 E. 2 S. 50 ff. (alle Fernmelderecht).

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

recht finden sich im Bereich der Energie<sup>26</sup> und der Telekommunikation.<sup>27</sup> In diesen Sektoren sind dann freilich auch die für die EU und die Schweiz gleichermaßen massgebenden Marktzugangsrechte des WTO/GATT- (Gas, Elektrizität<sup>28</sup>) und des GATS-Abkommens (Telekommunikation<sup>29</sup>) zu wahren. Schliesslich hat die Schweiz auch die Möglichkeit, europäische Regelungsstrukturen (bewusst) nicht zu übernehmen, um (hoffentlich) bessere Regelungen zu finden.

- 9 Mit Blick auf die beachtlichen internationalen und supranationalen Regelwerke, die das nationale Wirtschaftsrecht und insbesondere auch das Infrastrukturrecht vorspüren, überlagern oder überlappen, wird auch von der »Verfassungsfunktion des Völkerrechts« gesprochen.<sup>30</sup> Die Krisensymptome der aus diesem Konzept entpuppten Theorie der »Konstitutionalisierung« des Völkerrechts sollen hier weder diskutiert noch unterschlagen werden.<sup>31</sup> Überdies legen aber auch gewisse Schwächeerscheinungen des supranationalen Europas teilweise alte Schichten von politischen und zivilisatorischen Identitäten offen, die eingebettet sind in ein – von einigen wohl überkommen geglaubtes – Netzwerk von Staaten, Regionen, Städten und anderen Entitäten von nahezu vorwestfälischer Prägung.<sup>32</sup> Im Lichte des auch in Europa geltenden Subsidiaritätsprinzips sind diese Governance-Ebenen und

---

26 Zur Europakompatibilität des StromVG siehe Bundesrat, Botschaft vom 3.12.2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BB1 2005 1611 ff., 680 f. Bei Abschluss eines Stromabkommens wären neben Anpassungen an den aktuellen Stand des europäischen Rechts vor allem auch die damals unterbliebene Marktöffnung und die Entflechtung der Verteilnetze »nachzuholen« sowie ein Beihilferecht einzuführen. Dazu *Peter Hettich/Simone Walther/Sabine Schreiber Tschudin*, Schweiz ohne Stromabkommen, Zürich/St.Gallen 2015, 7 ff.

27 Zur Europakompatibilität des FMG i.d.F. vom 1.4.2007 Bundesrat, Botschaft vom 12.11.2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG), BBl 2003 7951 ff., 8002 f. sowie Botschaft vom 6.9.2017 zur Revision des Fernmeldegesetzes, BBl 2017 6559 ff., 6602 (»Ganzheitlich betrachtet [...] nicht vollständig mit dem EU-Recht kompatibel.«).

28 Zur heutigen Qualifikation der Elektrizität als Ware im Sinne des GATT – der Wandel der Strommärkte könnte diese zukünftig auch in die Nähe einer Dienstleistung rücken – siehe *Peter Hettich et al.*, Strommarkt 2023, Quotenmodelle im Zieldreieck von Umweltverträglichkeit, Wirtschaftlichkeit und Versorgungssicherheit, Zürich/St.Gallen 2017, 107 f. m.w.H.

29 Zum auf Art. XVIII GATS gestützten 4. Protokoll zum GATS und zu den vereinbarten regulatorischen Leitlinien im Reference Paper der Arbeitsgruppe vom 24.4.1996 siehe *Hettich/Steiner*, St. Galler BV-Komm., Art. 92, N. 21.

30 Grundlegend *Ernst-Ulrich Petersmann*, Why Do Governments Need the Uruguay Round Agreements, NAFTA and the EEA?, *Swiss Review of International Economic Relations (Aussenwirtschaft)* 1994, S. 31 ff.

31 Eindrücklich zur unterbliebenen Einbindung der USA und China in die Institutionen der *Global Governance* und damit zur scheiternden Konstitutionalisierung des Völkerrechts *Maximilian Terhalle*, *The Transition of Global Order, Legitimacy and Contestation*, New York 2015, 197 ff.; optimistischer wohl noch die Herausgeber *Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler*, *Verfassung*, in diesem Werk, § I.1, N. 28 f. sowie *Bardo Fassbender*, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, *Columbia Journal of Transnational Law* 1998, S. 529 ff. (immerhin unter Hinweis auf die beachtlichen Rechtsstaatlichkeits- und Individualrechtsdefizite der Charta: S. 618).

32 *Robert D. Kaplan*, *The Return of Marco Polo's World*, New York 2018, S. 37. *Henry Kissinger*, *World*

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

-Netzwerke durchaus gewollt und nicht schon für sich ein Zeichen der Erosion; sie sind vielmehr in ihrer ganzen Komplexität wahrzunehmen und zu nutzen, vor allem bei der Gestaltung der Infrastrukturpolitik eines europäischen Klein- bzw. Drittstaates wie der Schweiz.

### II. Staatliche Verantwortung für Infrastrukturen und Gedanke des »Service Public«

Obwohl die Infrastrukturverfassung der BV von 1848 nur Kompetenzen zu öffentlichen 10  
Werken und zur Post enthielt, erliess die Bundesversammlung kurz nach Gründung des Bundesstaates auch zu Eisenbahnen und zu Telegrafen Gesetze, also bevor entsprechende Kompetenzen – dann mit der BV von 1874 – explizit wurden.<sup>33</sup> Die genannten Infrastrukturen stehen entsprechend in einem engen Zusammenhang mit der Entstehung und Festigung der Schweiz als Bundesstaat. In den Netzindustrien begründet die Bundesverfassung heute nach wohl überwiegender Auffassung ausschliessliche und umfassende Bundeskompetenzen, in deren Sachbereich der Bund auch selbst, etwa durch ein Monopolunternehmen, tätig werden dürfte bzw. historisch auch tätig wurde. Schon aufgrund der Reichweite der ihm zukommenden Kompetenzen im Bereich der Infrastruktur hat der Bund die Pflicht, sich der betreffenden Bereiche tatsächlich anzunehmen und diese gesetzlich zu regeln. Auf welche Ziele die Infrastrukturpolitik des Bundes auszurichten ist, lässt die Bundesverfassung für die meisten Infrastrukturen offen (siehe aber die in Art. 81a Abs. 1, Art. 89 Abs. 1, Art. 92 Abs. 2 sowie Art. 93 Abs. 2 formulierten Zielvorgaben und Leistungsaufträge zum »Service Public«; dazu unten N. 18).

#### 1. Staatliche Verantwortung für Infrastrukturen

Die Infrastrukturverfassungen des Bundes und der Kantone weisen dem Gemeinwesen nur 11  
in den seltensten Fällen eine Erfüllungsverantwortung dahingehend zu, dass es die fraglichen Infrastrukturen selbst erstellen und betreiben müsste. Die Gesetzgeber in Bund und Kantonen sind daher regelmässig – selbst in der Grundversorgung (N. 20) – in der Bestimmung des Leistungsträgers frei. Nur aufgrund der einschränkenden Formulierung des Art. 2 Abs. 1 PG i.d.F. vom 30.4.1997 (»Die Post *erbringt* einen ausreichenden Universal-

---

Order, New York 2014, S. 92, vergleicht die EU gar mit dem Heiligen Römischen Reich (deutscher Nation).

33 Der Bundesrat schreibt in seiner Botschaft zum Gesetzentwurf über die Erstellung von Telegraphen vom 10.12.1851, BBl 1851 III 286, S. 290: »Vor Allem haben wir uns die Frage gestellt: ob die Ausführung des Telegraphennetzes bloß nach Art. 21 der Bundesverfassung, als Erstellung eines öffentlichen Werkes, oder als ein mit dem Postregale in enger Verbindung stehendes Institut unter eidgenössische Leitung genommen werden soll. Wir haben uns für das Letztere entschieden. Es lässt sich nämlich nicht bestreiten, daß die Mittheilungen mittelst der Telegraphen in der Wesenheit nichts Anderes sind, als die Briefkorrespondenzen, deren Beförderung nach dem Postregalgesez dem Bunde ausschliesslich vorbehalten ist.«.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

dienst«) war – nach Ansicht des Bundesamtes für Justiz – die Auslagerung der Paketpost in eine Konzerngesellschaft der Post gesetzeswidrig<sup>34</sup>; die Rechtslage wurde nun mit Art. 13 PG offener gehalten (»Die Post *gewährleistet* die Grundversorgung mit Postdiensten«).<sup>35</sup>

- 12 Der Bund ist also »bloss« zur Gewährleistung bestimmter Infrastrukturleistungen verpflichtet (Gewährleistungsverantwortung). Deshalb konnte er ab den 1990er-Jahren ohne Verfassungsrevision einige der bestehenden Monopole durch Marktordnungen ersetzen. In diesen »liberalisierten« Bereichen durften weitere (private) Anbieter Infrastrukturleistungen erbringen, waren dann jedoch vielfältigen regulatorischen Anforderungen unterworfen.<sup>36</sup> Bedeutende, aber langsam erodierende staatliche Monopole und andere »Ausparungen« des Wettbewerbs finden sich noch im Bereich der Postdienste (Briefe bis 50 Gramm)<sup>37</sup>, der Stromversorgung (Kleinverbraucher mit weniger als 100 MWh)<sup>38</sup> und der Personenbeförderung (im Inland)<sup>39</sup>. Die in weiten Teilen also brach liegenden und daher »leerlaufenden« Verfassungsvorbehalte im Infrastrukturbereich erscheinen ungeachtet der »Tugend der »Vorratshaltung«<sup>40</sup>, vor allem auch im Lichte der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, als anachronistisch. Dennoch wurde noch mit der Totalrevision der BV eine weitere Kompetenz zur Monopolisierung der Raumfahrt als Verkehrsträger eingeführt, obwohl deren »Tragweite angesichts aktuell begrenzter Möglichkeiten noch nicht erkennbar ist.«<sup>41</sup> Seit der Totalrevision unternommene Vorstösse zur Änderung der Infrastrukturver-

34 Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 20.4.2006 (VPB 70.87).

35 Am 1.10.2012 ausser Kraft getretenes Postgesetz vom 30.4.1997 (PG; AS 1997 2452) bzw. geltendes Postgesetz vom 17.12.2010 (PG; SR 783.0).

36 Zu den keineswegs deckungsgleichen Prozessen der Entstaatlichung und Deregulierung etwa *Rhinow et al.* (Anm. 2), § 28, N. 8. *Peter Hänni/Andreas Stöckli*, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N. 1194, sprechen mit Blick auf private Dienstleister im 19. Jahrhundert von »Pendelbewegungen in der Aufgabenwahrnehmung«.

37 Art. 18 Abs. 1 PG. Der Bundesrat hat in seinem Evaluationsbericht vom 18.9.2015 zu den Auswirkungen der Marktöffnung im Postbereich, 47 f., auf weitere Schritte zur Öffnung des Postmarktes verzichtet (siehe aber noch anders die Botschaft vom 20.5.2009 zum Postgesetz, BBl 2009 5181 ff.).

38 Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG; mit einer Änderung von Art. 6 VE StromVG möchte der Bundesrat die freie Wahl des Elektrizitätslieferanten allen Verbrauchern ermöglichen. Inwieweit hier (noch) ein rechtliches Monopol vorliegt, ist umstritten, da den Endverbrauchern der Eigenverbrauch von selbst produziertem Strom wie auch der Bau einer Stickleitung erlaubt wäre (so BGE 144 III 111 E. 5.2 S. 115; BGE 141 II 141 E. 4.4 S. 152 f.; BGer 2C\_339/2017 vom 24.5.2018, E. 1.2.2; *Stefan Rechsteiner/Michael Waldner*, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP 2007 1288 ff., 1291; a.M. *Martin Föhse*, Grundversorgung mit Strom – ein Überblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten, AJP 2018 1235 ff., 1237.

39 Art. 4 ff. PBG; immerhin wurde am 19.2.2018 einem Unternehmen eine Konzession für drei nationale Fernbus-Linien erteilt; zwei Bahn-Fernverkehrsstrecken sollen gemäss Ankündigung vom 12.6.2018 von der SBB zur BLS wechseln (nicht rechtskräftig). Im Parlament heftig umstritten war die nun verabschiedete, äusserst bescheidene Liberalisierung des Fernbusverkehrs (BG über die Organisation der Bahninfrastruktur vom 28.9.2018, BBl 2018 6051 ff., nachfolgend BOBI; Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen).

40 *Rhinow et al.* (Anm. 2), § 4, N. 96.

41 *Lendi/Uhlmann*, St. Galler BV-Komm., Art. 87, N. 40.



## VIII. Teil Bereichsverfassungen

fassung hatten denn auch nicht eine weitere Rücknahme der Gewährleistungsverantwortung des Staates, sondern vielmehr die Ausformulierung bzw. Ausdehnung des »Service Public« zum Gegenstand.<sup>42</sup>

Traditionell stehen Bund und Kantone gemeinsam in einer Erfüllungsverantwortung hinsichtlich der Risiken aus schwerwiegenden oder grossräumigen Ausfällen der von ihnen kontrollierten und regulierten Infrastrukturen (Art. 57 BV). Vor allem der Bund hat seine Anstrengungen zum Schutz kritischer Infrastrukturen<sup>43</sup>, namentlich zum Schutz vor Cyberrisiken<sup>44</sup>, sichtlich verstärkt. Ergänzend, vor allem zur Vermeidung längerfristiger nationaler Versorgungsengpässe (z.B. bei flüssigen Treib- und Brennstoffen, Erdgas sowie Elektrizität) wurde für die wirtschaftliche Landesversorgung (Art. 102 BV) mit dem totalrevidierten Landesversorgungsgesetz eine neue gesetzliche Grundlage geschaffen.<sup>45</sup> Die Verantwortung für diese Form der (technischen) Versorgungssicherheit ist nicht mit der Verantwortung für die Erbringung der Grundversorgung gleichzusetzen.

In vielen Bereichen der Infrastruktur fällt die technische Gewährleistung der Versorgungssicherheit mit der Fähigkeit der Infrastrukturunternehmen zusammen, ihre Dienstleistungen auch in »ausserordentlichen Lagen« zu erbringen (z.B. Art. 42 f. EBG<sup>46</sup>; Art. 41 PBG<sup>47</sup>; Art. 47 FMG<sup>48</sup>; Art. 12 PG). Dagegen erfordern die technischen Gegebenheiten im Elektrizitätssektor<sup>49</sup> besondere Schutzvorkehrungen: Aufgrund der »angespannten Versorgungssituation« in den Wintern 2015/16 und 2016/17 hat sich mittlerweile die Einsicht durchgesetzt, dass sich die Versorgungssicherheit seit der vorgeschriebenen Entflechtung der Branche (Art. 10 und 18 StromVG) nicht mehr mit einem einfachen Verweis auf die Verantwortung der Energiewirtschaft abhaken lässt (Art. 6 Abs. 2 EnG<sup>50</sup>; siehe auch Art. 5 Abs. 2 VE StromVG); überdies erscheinen die Auffangkompetenzen des Bundes (Art. 8 EnG; Art. 9 StromVG) nicht als genügend griffig. Gestützt auf verschiedene Studien zur »System Adequacy« drängen nun das Bundesamt für Energie und der Bundesrat auf eine bessere Einbindung in den europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt sowie die Schaffung

42 Art. 81a BV; Volksinitiative »Pro Service public« (BBl 2015 7129 f.) und die losgelöst davon lancierte Diskussion um eine allgemeine Verfassungsbestimmung zur Grundversorgung (Entwurf in drei Varianten: BBl 2013 3435 ff.; im Nationalrat gescheitert).

43 Siehe dazu Bundesrat, Nationale Strategie vom 8.12.2017 zum Schutz kritischer Infrastrukturen 2018–2022, BBl 2018 503 ff.

44 Bundesrat, Nationale Strategie vom 18.4.2018 zum Schutz der Schweiz vor Cyber-Risiken (NCS) 2018–2022. Der Bundesrat hat am 30.1.2019 ein Kompetenzzentrum Cyber-Sicherheit ins Leben gerufen; ein Entwurf für ein Informationssicherheitsgesetz (BBl 2017 3097 ff.) hat allerdings vor allem im Nationalrat einen schweren Stand.

45 BG über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 17.6.2016 (LVG, SR 531).

46 Eisenbahngesetz vom 20.12.1957 (EBG, SR 742.101).

47 BG über die Personenbeförderung vom 20.3.2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG, SR 745.1).

48 Fernmeldegesetz vom 30.4.1997 (FMG, SR 784.10).

49 Dazu *Simone Walther*, Kooperative Steuerungsinstrumente im schweizerischen Stromversorgungsrecht, Diss. St.Gallen, Zürich/St.Gallen, S. 18 ff.; *Hettich et al.* (Anm. 28), S. 12.

50 Energiegesetz vom 30.9.2016 (EnG, SR 730.0).

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

einer Speicherreserve<sup>51</sup>, während die ElCom die Importrisiken auch dadurch minimieren will, dass in Zukunft weiterhin ein substantieller Teil der Winterelektrizität in der Schweiz produziert wird<sup>52</sup>. Grundlage der bundesrätlichen Politik bildet eine Studie der ETH und der Universität Basel mit einem (zu) engen technisch-ökonomischen Fokus: Danach ist die Versorgungssicherheit der Schweiz »zumeist unkritisch«, da ausreichende fossile oder nukleare Kapazitäten in den Nachbarländern für den Import verfügbar seien.<sup>53</sup> Die Studie beruht dabei nicht nur auf der Annahme einer auch zukünftig in den europäischen Strommarkt integrierten Schweiz, sondern blendet auch strategisches Unternehmensverhalten sowie opportunistisches Verhalten einzelner Länder aus, sprich: Unsere Nachbarländer würden im Gesamtinteresse die Schweiz auch dann weiter mit Elektrizität versorgen, wenn sie selbst deswegen Ausfälle hinnehmen müssen. Dies wird in der Realität nicht zwingend der Fall sein. Ein Ausfall der Stromversorgung hat jedoch derart gravierende Auswirkungen<sup>54</sup>, dass aus staats- und sicherheitspolitischen Gründen Politikentscheide nicht unbesehen auf Modellrechnungen gestützt werden sollten, die unter unrealistischen Annahmen erstellt wurden.

### 2. Staatliche und private Leistungserbringung

- 15 Die Anerkennung einer staatlichen Regelungsverantwortung für Infrastrukturen (Gewährleistungsverantwortung) sowie die Formulierung von Service Public-Aufträgen stehen einer (gleichzeitigen) Auslagerung der Leistungserbringung an Private regelmässig nicht entgegen.<sup>55</sup> Die in Europa zu beobachtende Welle an Privatisierungen von öffentlichen Infrastrukturunternehmen hat jedoch sichtlich nicht auf die – diesbezüglich ohnehin divers organisierte – Schweiz übergeschwappt. Mittlerweile scheint auch die damals vorherrschende

---

51 Siehe nun tatsächlich Art. 8a VE StromVG; die Bestimmung ist technologieneutral und schliesst damit auch Gaskombikraftwerke mit ein. Dazu *Jens Perner/Matthias Janssen* (Frontier Economics), Bericht im Auftrag des BFE vom 10.11.2017: Eckpfeiler eines schweizerischen Strommarktdesigns nach 2020, S. 60 ff.

52 *ElCom*, Bericht vom 31.5.2018: Stromversorgungssicherheit der Schweiz 2018, 60.

53 *Turhan Demiray et al.*, Schlussbericht für das BFE vom 1.2.2018: Modellierung der System Adequacy in der Schweiz im Bereich Strom, 69 ff. Die Diskussion über die Rolle der (an sich unabhängigen) Wissenschaft in der Wirtschaftspolitik kann hier nicht geführt werden; es sei deshalb nur erinnert an folgendes Wort von Henry Kissinger (1959): »[I]n some respect the intellectual has never been more in demand; that he makes such a relatively small contribution is not because he is rejected but because his function is misunderstood. He is sought after enthusiastically but for the wrong reasons and in pursuit of the wrong purposes. ... [A]ll too often what the policymaker wants from intellectuals is not ideas but endorsement.«.

54 Siehe zu den Folgen etwa BABS, Nationale Gefährdungsanalyse Ausfall Stromversorgung vom 30.6.2015, abrufbar auf <https://www.babs.admin.ch/>.

55 Siehe betreffend Post und Swisscom *Kern*, Basler BV-Komm., Art. 92, N. 15; *Hettich/Steiner*, St. Galler BV-Komm., Art. 92, N. 7. A.M. noch unter Art. 36 aBV *Blaise Knapp*, La Constitution et les formes d'organisation des PTT, ZBl 1994, S. 489 ff., 503 ff.; ferner *Aubert/Mahon*, in: Petit commentaire, Art. 92, N. 8.

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

volkswirtschaftliche Literatur zu öffentlichen Unternehmen im Lichte heutiger Verhältnisse an Erklärungskraft eingebüsst zu haben: Diese Literatur ging davon aus, dass die operativen und strategischen Ziele der Unternehmung generell von sachfremden Gesichtspunkten beeinflusst würden und dass die öffentlichen Eigner kaum in der Lage seien, die unternehmensinternen Anreize (bspw. der Geschäftsleitung) wirksam zu steuern (also etwa einer Tendenz zur Budgetmaximierung entgegen zu treten).<sup>56</sup>

Die Gemeinwesen treten entsprechend mittels ihrer öffentlichen Unternehmen »in zahlreichen Bereichen und in mächtiger Weise als Erbringer von Infrastrukturdienstleistungen« auf.<sup>57</sup> Im Bund regelmässig aufgebracht wird die vollständige Privatisierung der Telekommunikationsunternehmung des Bundes, der Swisscom AG; genauso regelmässig werden die Privatisierungsbegehren dann abgelehnt, je nachdem unter Verweis auf staats- oder finanzpolitische Interessen.<sup>58</sup> Auch der Kanton Bern hat sich jüngst vor allem aus energiepolitischen Gründen entschieden, seine aufgrund von Art. 95 Abs. 2 Bst. c KV BE zu regelnde Mehrheitsbeteiligung an der BKW im Gesetz festzuschreiben.<sup>59</sup> Schliesslich sollte im Kanton Zürich die – heute uneingeschränkt mögliche<sup>60</sup> – Ausgliederung der Wasserversorgung auf juristische Personen des Privatrechts nur noch zulässig sein, wenn die betroffenen Gemeinden dieses Gebilde weiterhin beherrschen<sup>61</sup>; gegen das Gesetz wurde erfolgreich das Kantonsrats- und Volksreferendum ergriffen, da die Vorgabe zu wenig einschränkend war.<sup>62</sup>

Versuche der »Restauration« des politischen Einflusses auf die Infrastrukturunternehmen zeigen sich auch anhand (erfolgreicher) Vorstösse in den eidgenössischen Räten, welche ausländische Direktinvestitionen in Infrastruktur- und Hochtechnologieunternehmen zukünftig einer staatlichen Kontrolle unterwerfen wollen.<sup>63</sup> Illustrativ erwähnt seien sodann zwei im Kanton Zürich auf vorläufige Unterstützung gestossene parlamentarische Initiati-

---

56 Peter Hettich et al., Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen: Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt, Zürich/St.Gallen 2017, S. 76 f.

57 So Hänni/Stöckli (Anm. 36), N. 1195.

58 Zuletzt hat der Nationalrat am 3.5.2017 die Motion 16.3157 von Natalie Rickli »Der Bund soll nicht mehr Mehrheitseigner der Swisscom sein müssen« abgelehnt; die gleichlautende Motion 16.3228 von Ruedi Noser wurde schon am 26.9.2016 zurückgezogen. Auf den letzten Vorstoss des Bundesrates zur Abgabe der Bundesbeteiligung an der Swisscom (BBl 2006 3763 ff.) sind beide Räte nichteingetreten.

59 Art. 7 Berner Gesetz vom 21.3.2018 über die Beteiligung des Kantons an der BKW AG (BKWG BE; Referendumsfrist abgelaufen am 18.7.2018).

60 § 28 Wasserwirtschaftsgesetz des Kantons Zürich vom 2.6.1991 (WWG ZH; LS 724.11).

61 § 107 Abs. 2 Wassergesetz des Kantons Zürich vom 9.6.2018 (WsG ZH; gescheitert).

62 Illustrativ zur Organisation der Wasserversorgungen die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Urs Schwaller 13.3193 »Die EU will die Trinkwasserversorgung liberalisieren. Gibt es Handlungsbedarf in der Schweiz?«; Hinweise zur (in der Schweiz ohne praktische Bedeutung bleibenden) Diskussion um ein »Recht auf Wasser« bei Peter Hettich/Luc Jansen/Roland Norer, Einleitung, in: Dies. (Hrsg.), GSchG/WBG: Kommentar, Zürich 2016, N. 12 ff.

63 Jüngst z.B. Motion Beat Rieder 18.3021 »Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskontrollen«; Postulat Pirmin Bischof 18.3376 »Ausländische Firmenübernahmen in der Schweiz. Ist die heutige

### VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

ven, die die systemrelevanten Teile der Stromversorgung, insbesondere der Stromproduktion bzw. der Stromnetze, in Schweizer Hand halten wollen.<sup>64</sup> Die Implikationen solcher Vorstösse für die Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie (N. 27) sowie für die von der Schweiz eingegangenen Investitionsschutzabkommen einschliesslich der Energie Charta<sup>65</sup> sind noch nicht geklärt. Ein Bericht des Bundesrates lehnt Investitionskontrollen unter Verweis auf bestehende gesetzliche Schranken und wirtschaftspolitische Zweckmässigkeitsüberlegungen ab.<sup>66</sup>

#### 3. »Service Public« als leitender Grundsatz der Infrastrukturpolitik?

- 18 Der Bundesrat definiert Service Public als »politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und Infrastrukturdienstleistungen, welche für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen sollen.«<sup>67</sup> Verschiedene Aspekte dieses typologischen Begriffs kommen in Art. 43a Abs. 4 und 5, Art. 81a Abs. 1 und Art. 92 Abs. 2 BV zum Ausdruck.
- 19 Die Begriffe »Grundversorgung« und »Service Public« werden in der erwähnten bundesrätlichen Definition und häufig in der Lehre als Synonyme verwendet. Auch der französische Begriff begrenzt die staatliche Infrastrukturverantwortung, was etwa Art. 150 KV GE zum Ausdruck bringt (Hervorhebung durch Autor): »Le service public assume les tâches pour lesquelles une intervention des pouvoirs publics est *nécessaire*.« Die Grundversorgung ist also quantitativ und qualitativ auf das Ausmass begrenzt, welches zur Erreichung der mit der Grundversorgung angestrebten Ziele, die nicht zwingend Ausfluss einer ökonomischen Logik sein müssen<sup>68</sup>, notwendig ist (vgl. auch Art. 25 KV SG). Etwas enger ist, nach Ansicht des Bundesrates, die Erbringung von Infrastrukturleistungen (nur) in dem Masse zu regulieren, als dass bei einer »Gefahr von Marktversagen [...] durch eine effektive, auf das tatsächlich notwendige Mass beschränkte Regulierung sicherzustellen [ist], dass das

---

Schrankenlosigkeit noch haltbar?«; Parlamentarische Initiative *Jaqueline Badran* 16.498 »Unterstellung der strategischen Infrastrukturen der Energiewirtschaft unter die Lex Koller«.

64 Parlamentarische Initiativen der Kommission des Zürcher Kantonsrats für Energie, Verkehr und Umwelt KR182/2017 und KR184/2017 vom 3.7.2017; pendent.

65 Z.B. Art. 10 Vertrag über die Energiecharta 17.12.1994 (SR 0.730.0) betreffend die Zulassung, die Förderung, den Schutz und die Behandlung von Investitionen anderer Vertragsparteien.

66 Bundesrat, Bericht vom 13.2.2019 in Erfüllung der Postulate 18.3376 und 18.3233: Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen, 4 f. Nicht unvermutet zu einer negativen Bewertung gelangt *Marco Salvi*, Investitionskontrollen: der ungebundene Schutz (12.10.2018), abrufbar auf <https://www.avenir-suisse.ch/>. Weiterführend die Literaturübersicht bei *Anochiwa Lasbrey* et al., Foreign Direct Investment and Economic Growth: Literature from 1980 to 2018, *International Journal of Economics and Financial Issues*, 8 (2018), 309 ff.

67 Bundesrat, Bericht vom 23.6. 2004: Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public), BBl 2004 4569 ff., 4576.

68 Zur Rückbindung der Ziele *Jean Tirole*, *Économie du Bien Commun*, Paris 2016, S. 17.

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

volkswirtschaftlich optimale Ergebnis erzielt wird.«<sup>69</sup> Wird dabei die Notwendigkeit der demokratischen Legitimation der Gemeinwohlziele bejaht, so liegt Marktversagen immer dann vor, wenn das Marktergebnis, welches selbst Ausdruck einer bestimmten Regulierung ist, die aus normativer Sicht zu erreichenden Ziele verfehlt; dieser weite Marktversagensbegriff schliesst entsprechend die der Grundversorgung zugrundeliegenden Ziele der Verteilungsgerechtigkeit mit ein.<sup>70</sup> Entsprechend kommt der Grundversorgung kein Selbstzweck zu. Vielmehr ist die Grundversorgung Voraussetzung für die Erreichung bestimmter Gemeinwohlziele<sup>71</sup>, so etwa im Bereich der Telekommunikation das Ziel der »Teilnahme am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben«.<sup>72</sup> Freilich ist der Gesetzgeber bei der Definition der Grundversorgung nicht strikt an ein aus ökonomischer Sicht nachgewiesenes Marktversagen gebunden<sup>73</sup>, was sich auch an den (masslosen) Wünschen des Parlaments betreffend den Umfang der Grundversorgung immer wieder zeigt.<sup>74</sup>

Die ganz oder teilweise Übertragung der Erbringung der Grundversorgung an Dritte macht diese zu Trägern einer staatlichen Aufgabe (Art. 35 Abs. 2 BV).<sup>75</sup> Das für die Erbringung der Grundversorgung verantwortliche Unternehmen wird vom Gesetzgeber entweder direkt bezeichnet (z.B. Art. 13 PG) oder von einer Aufsichtsbehörde bestimmt, etwa mittels Ausschreibung oder anderer Kriterien (z.B. Art. 14 FMG).<sup>76</sup> Die Rechte und Pflichten des auf diese Weise beliehenen Unternehmen können z.B. mittels Vertrag oder »Grundversorgungskonzession« (Konzession des öffentlichen Dienstes) näher festgelegt werden. Anders verpflichtet Art. 6 Abs. 1 StromVG die Betreiber der Verteilnetze, in ihren Netzgebieten den festen Endverbrauchern und den Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen zu liefern. Die Zuteilung der Netzgebiete erfolgt hier durch die Kantone unter Berücksichtigung der bestehenden Eigentumsverhältnisse (N. 27) mittels Verfügung.<sup>77</sup> Dass die u.U. bloss als Netzbetreiber agierenden Unternehmen nicht zwingend in

69 Bundesrat, Bericht vom 17.9.2010: Die Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz, BBl 2010 8665 ff., 8746.

70 Dazu ausführlich *Hettich et al.* (Anm. 56), 32 f.; siehe auch *Tirole* (Anm. 68), S. 17.

71 Zu den Zielen der Wirtschaftspolitik *Hettich et al.* (Anm. 56), 11 ff.

72 Bundesrat, Bericht vom 19.11.2014 in Erfüllung des Postulats 13.3009: Fernmeldebericht 2014 zur Entwicklung im schweizerischen Fernmeldemarkt und zu den damit verbundenen gesetzgeberischen Herausforderungen, 15.

73 Ähnlich BGE 138 I 378 E. 8.4 S. 394 f, im Zusammenhang mit staatlicher unternehmerischer Tätigkeit.

74 Siehe z.B. die von beiden Räten angenommene Motion 16.3336 von Martin Candinas zur Erhöhung der Internet-Mindestgeschwindigkeit in der Grundversorgung auf 10 Mbit/s.

75 *Schweizer*, St. Galler BV-Komm., Art. 35, N. 46 m.H.a. BGE 139 I 306 E. 3.2.2 S. 311 f. sowie BGE 136 I 158 E. 3.2 S. 165 (SRG); BGE 138 I 289 E. 2.3 S. 292 (SWITCH); BGE 133 I 49 E. 2.3 ff. S. 52 ff. (Asylzentren); BVGer A-173/2015 vom 8. Juni 2015 (Grundversorgung Post).

76 Diesbezüglich das am 16.3.2017 vom Nationalrat angenommene Postulat *Andrea Caroni* 15.3398 »Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes«.

77 *Rolf H. Weber/Brigitta Kratz*, Stromversorgungsrecht, Bern 2009, § 3, N. 7.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

der Lage sind, auch die technische Versorgungssicherheit (und damit die Grundversorgung) zu gewährleisten, wurde oben erläutert (N. 14).<sup>78</sup>

- 21 Die Preise für Service Public-Dienstleistungen, die in einer gewissen Qualität und Dichte zu erbringen sind, sollen für alle erschwinglich sein (implizit Art. 43a Abs. 4 BV<sup>79</sup>).<sup>80</sup> Einige Infrastrukturleistungen werden daher nicht zu Marktpreisen angeboten, sondern unterliegen einschränkenden gesetzlichen Vorgaben: Zu nennen sind z.B. Preisobergrenzen und distanzunabhängige Tarife in der Telekommunikation (Art. 17 Abs. 2 FMG); distanzunabhängige und angemessene Tarife für Elektrizität und Netz (Art. 6 Abs. 1 bzw. Art. 14 Abs. 3 f. StromVG); sowie distanzunabhängige und nach einheitlichen Grundsätzen festgelegte Posttarife (Art. 16 Abs. 2 PG).
- 22 Sind die behördlich festgelegten Preise der Grundversorgung nicht kostendeckend (so m.E. angelegt in Art. 16 Abs. 3 PG für die Zustellung von abonnierten Zeitungen), dann muss der Gesetzgeber auch die Finanzierung der von ihm definierten Grundversorgung regeln. Häufig lässt der Gesetzgeber Quersubventionierungen in die Grundversorgung zu: Entweder bezahlen dann gewisse, im Monopol gefangene Kunden »zu viel« für ihre Grundversorgung (z.B. Art. 18 f. PG); oder aber das zur Grundversorgung verpflichtete, meist öffentliche Unternehmen wird zu einer ordnungspolitisch problematischen Expansion in neue Geschäftsfelder gedrängt, aus deren Erträgen die Grundversorgung dann finanziert werden soll. Phantasiereich zeigt sich der Gesetzgeber, wenn er die aufgrund der Marktliberalisierung neu zugelassenen Marktteilnehmer, die aufgrund »Rosinenpickerei« mutmasslich höhere Erträge erzielen, zur Finanzierung der Grundversorgung heranziehen will (Art. 38 FMG). Aufgrund der persistent starken Marktstellung der etablierten Unternehmen ist ein solcher Finanzierungsansatz jedoch kaum effektiv und wurde in der Schweiz auch nie praktiziert.<sup>81</sup> Schliesslich denkbar ist die Abgeltung der Grundversorgung aus dem Staatshaushalt (z.B. Art. 28 ff. PBG); qualifizieren solche Abgeltungen als staatliche Beihilfen, so sind sie auch ohne spezifisches Beihilferecht in der Schweiz möglichst wettbewerbsneutral auszurichten.<sup>82</sup>

---

78 Gleicher Meinung *Kathrin S. Föhse*, Die Leiden der jungen Strommarktordnung, Aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung, recht 2015, S. 125 ff., 135 f.

79 So *Schweizer/Müller*, St. Galler BV-Komm., Art. 43a N. 20. Dazu auch *Vincent Martenet*, La Notion de Service Public en droit suisse, in: *Tanquerel Thierry/Bellanger François* (Hrsg.), *Le service public*, Genf u.a. 2006, S. 9 ff., 31 f.

80 Bundesrat (Anm. 67), 4571, 4579.

81 Zu den Nachteilen dieser Finanzierungsform *Peter Hettich*, Sicherung der Grundversorgung bei vollständiger Deregulierung: Ein Beitrag zur bevorstehenden Aufhebung des Postmonopols in der Schweiz und in der EU, ZBl 2008, S. 629 ff., 655 f.

82 So explizit Reference Paper der Arbeitsgruppe zu Telekommunikationsdiensten unter GATS vom 24.4.1996; Art. 13 Luftverkehrsabkommen; siehe auch schon den an Art. 107 AEUV angelehnten Art. 23 Abs. 1 Ziffer iii FHA (bzw. nun die Art. 8A–8C des institutionellen Abkommens); zu den aus Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV abgeleiteten Vorgaben *Rhinow et al.* (Anm. 2), § 16, N. 62 f.

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

### III. Bedeutung der Grundrechte im Recht der Infrastrukturen

Die Präsenz (dezentraler) öffentlicher und privater Unternehmen in teilweise staatlichen Aufgabenbereichen verleiht der Erörterung der vorherrschenden Grundrechtsbeziehungen (Grundrechtsträgerschaft, Grundrechtsbindung und Bindungsintensität) auch im Bereich der Infrastrukturen hohe Relevanz: Bedeutung haben die Grundrechte beim Schutz der Bezüger von Infrastrukturleistungen (z.B. Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs) wie auch beim Schutz der privaten Leistungserbringer (z.B. Investitionsschutz). Die Qualifikation der sich herausbildenden Beziehungsgeflechte ist nicht einfach, da die klassische Trennung zwischen Staat (Grundrechtsadressat) und Privaten (Grundrechtsträger) an Grenzen stösst: Zwar etabliert die Dogmatik wichtige Eckpfeiler; zu klären ist jedoch vordringlich die konkret vorliegende Konstellation im Einzelfall. Abhängig davon kann ein Akteur dann gleichzeitig Träger wie auch Verpflichteter von Grundrechten sein.<sup>83</sup> Entsprechend ist vor der rechtlichen Diskussion zu klären, wer auf welche Weise auf welchen Akteur Einfluss nimmt. Nachfolgend finden sich solche kasuistischen Überlegungen für den Bereich der Infrastruktur, die ohne Anspruch auf eine vollständige systematische Darstellung bleiben.

#### 1. Grundrechtsbindung der Leistungserbringer

Art. 35 Abs. 2 BV bindet alle Träger staatlicher Aufgaben an die Grundrechte, unabhängig von ihrer Rechtsform und ihren Eigentümern; angesprochen sind also das Gemeinwesen wie auch private Aufgabenträger. Zwar macht die Verfassung damit explizit, dass sich das Gemeinwesen nicht der Grundrechtsbindung durch eine »Flucht ins Privatrecht« entziehen kann<sup>84</sup>; jedoch lässt die Bestimmung zwei zentrale Fragen offen: Erstens, welches denn überhaupt die Definitionsmerkmale staatlicher Aufgaben sind. Zweitens, ob der Staat selbst und die von ihm beherrschten Körperschaften wirklich bloss bei der Wahrnehmung solcher staatlichen Aufgaben die Grundrechte beachten müssen.

Bei öffentlich beherrschten Infrastrukturunternehmen kann eine organisationsbezogene oder eine funktionsbezogene Perspektive eingenommen werden: Fragt die eine Sichtweise danach, ob die betroffene Körperschaft organisatorisch dem Staat zugerechnet werden kann, so versucht die andere zu eruieren, ob die fragliche Tätigkeit eine staatliche Aufgabe darstellt. Im Leitentscheid »Schweizerische Post/VgT« hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts festgehalten, dass der Gesetzgeber die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste mit

83 BGer 2C\_887/2010 vom 28.4.2011 zu einer als Verein organisierten Selbstregulierungsorganisation, die Aufgaben im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei wahrnimmt (offen gelassen); BGer 2P.301/2005 vom 23.6.2006 zu einer Gerichtsschreiberin mit einem Arbeitspensum von 50 %, die im Nebenerwerb als Anwältin arbeiten wollte. Ähnlich in diesem Punkt auch *Jörg Paul Müller*, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, 56 f.

84 Grundlegend *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 326; ferner *Peter Saladin*, Grundrechtsprobleme, in: Bernd-Christian Funk (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Wien 1981, S. 72 f.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

den Privaten habe gleichstellen wollen; diese erbringe dort keine staatliche Aufgabe und sei deshalb nicht an die Grundrechte gebunden.<sup>85</sup> Zusammen mit entsprechenden Positionsbezügen in zwei jüngeren Dissertationen<sup>86</sup> hat die funktionsbezogene Sichtweise so einigen Aufwind erhalten. Im Ergebnis wird öffentlichen Unternehmen damit abhängig vom Geschäftsbereich eine Befugnis zu privatautonomer Willkür eingeräumt, die auch im Nachhall des »New Public Management« nur schwer erträglich ist; das Bundesgericht ist mit einer aus den »guten Sitten« konstruierten, privatrechtlichen Kontrahierungspflicht dann doch noch vor einem solch weitreichenden Auslegungsergebnis zurückgeschreckt.<sup>87</sup> Die nach der hier vertretenen Auffassung berechtigte Kritik am vorerwähnten Urteil macht deutlich, dass dieses weder hinsichtlich Dogmatik noch im Ergebnis überzeugen kann.<sup>88</sup> In einem späteren Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung in Sachen Industrielle Werke Basel hat das Bundesgericht denn auch die Grundrechtsbindung nicht nur mit dem Versorgungsmonopol, sondern ebenso mit der öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur der IWB begründet, wogegen es dann wiederum bei der SBB AG auf die Verwaltung einer öffentlichen Sache als Staatsaufgabe abgestellt hat.<sup>89</sup> Wer allenfalls einschneidende grundrechtliche Schutzlücken bei der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen vermeiden will, muss eine konsequente Grundrechtsbindung aller staatlicher und staatlich beherrschter Gebilde fordern<sup>90</sup>; dies sagt freilich noch nichts aus über die Intensität der Bindung, welche mit zunehmenden Ausweichmöglichkeiten (sprich: Wettbewerb) abnehmen und schliesslich mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Willkürverbot eine untere Grenze finden dürfte.<sup>91</sup>

- 26 Privatrechtlich organisierte und privat beherrschte Körperschaften sind nur an die Grundrechte gebunden, soweit sie staatliche Aufgaben wahrnehmen.<sup>92</sup> Staatliche Aufgaben können sich aus Verfassung und Gesetz ergeben<sup>93</sup>; typische Staatsaufgabe in der Infrastruktur ist die Pflicht zur Erbringung der Grundversorgung.<sup>94</sup> Ob sich rechtliche Verhaltenspflichten im Einzelfall zu einer staatlichen Aufgabe verdichten, ist jedoch vielfach erst

85 BGE 129 III 35 E. 5 S. 39 ff.

86 *Philipp Hässler*, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Diss. Bern 2005, S. 119 ff.; *Elia-Schlatter*, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss. Zürich 2009, S. 85 f.

87 BGE 129 III 35 E. 6 S. 42 ff.

88 Siehe z.B. die berechtigte Kritik von *Biaggini*, Komm. BV, Art. 35, N. 11.

89 BGE 137 I 120 E. 5.3 S. 124 f. (IWB) bzw. BGE 138 I 274 E. 2.2.1 S. 281 (SBB); siehe schon früher BGE 109 Ib 146 E. 4 S. 155 (SNB) und BGE 114 Ia 413 E. 4a S. 423 f. (öffentlichrechtliche Stiftung).

90 So auch *Biaggini*, Komm. BV, Art. 35, N. 9. Hier im Ergebnis gleich, aber betreffend Reichweite der Grundrechte noch wesentlich weitergehend *Jörg Paul Müller* (Anm. 83), 63 f.

91 Grundlegend BGE 127 I 84 E. 4c S. 90 f. (Luzern, städtische Verkehrsbetriebe).

92 *Schweizer*, St. Galler BV-Komm., Art. 35, N. 46; zur Rechtsprechung: BGE 121 I 218 E. 2b S. 220 f. (Association de l'Hôpital d'arrondissement de Sierre); BGE 112 Ia 356 E. 5 S. 363 ff. (Schweizerische Gewerbekrankenkasse). Ferner BGE 139 I 306 E. 3.2.3 S. 311 f. (SRG), wo die Grundrechtsbindung auch für »Nebenaktivitäten« postuliert wird, welche die staatliche Aufgabe finanzieren.

93 *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 1, N. 14. Ausführlich *Bernhard Rütse*, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, S. 153 ff., 157 ff.

94 *Schweizer*, St. Galler BV-Komm., Art. 35, N. 46.



## VIII. Teil Bereichsverfassungen

mittels Auslegung zu erkennen.<sup>95</sup> Indiz für die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe ist deren Abgeltung aus dem Staatshaushalt.<sup>96</sup> Dagegen ist die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes (z.B. für Leitungen) nicht für sich schon ausreichend, eine Staatsaufgabe anzunehmen.<sup>97</sup> Allein aus dem Umstand, dass eine Tätigkeit vom Staat beaufsichtigt wird, lässt sich weder direkt eine Staatsaufgabe ableiten noch eine Pflicht der Aufsichtsbehörde, die Grundrechte *qua* Aufsichtstätigkeit (z.B. durch Nebenbestimmungen einer Bewilligung) auf die beaufsichtigten Privaten zu überbinden.<sup>98</sup>

### 2. Grundrechtsträgerschaft der Leistungserbringer

Öffentliche Infrastrukturunternehmen sind gemäss der etablierten Dogmatik grundsätzlich keine Träger von Grundrechten.<sup>99</sup> Für den Bereich der Infrastruktur betrifft dies namentlich die Konstellation, dass ein Gemeinwesen die Organisation oder die Rahmenbedingungen eines von ihm vollständig beherrschten Unternehmens ändert; Beispiel ist etwa die allenfalls aus wettbewerblicher Sicht nachteilige Vorgabe an den eigenen Energieversorger, sich nicht an Kernkraft-, Erdgas- und Kohlekraftwerken zu beteiligen.<sup>100</sup> Es erscheint in solchen Fällen wenig sachdienlich, wenn sich ein vollständig staatlich beherrschtes Gebilde gestützt auf Freiheitsrechte gegen Anordnungen des Trägergemeinwesens zur Wehr setzen könnte.<sup>101</sup>

Als Ausnahme, die im Bereich der Infrastruktur aber eher die Regel darstellt, kann sich eine öffentlich-rechtliche Körperschaft auf die Grundrechte berufen, wenn sie von einem Eingriff wie ein Privater betroffen ist, etwa weil sie eine Massnahme in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin von Finanz- oder Verwaltungsvermögens trifft oder weil sie gleich wie Private am Wettbewerb teilnimmt. Eine solche Konstellation ist regelmässig gegeben, wenn eine Körperschaft in ihrer Eigenschaft als Marktregulator auf ein öffentliches Unternehmen

95 Siehe z.B. für die Grundversorgung mit Elektrizität die ausführliche Auslegeordnung von *Föhse* (Anm. 78), 139 ff.

96 Ähnlich *Peter Uebersax*, Privatisierung der Verwaltung, ZBl 2001, S. 393 ff., 411; *Rütsche* (Anm. 93), 161 (nur für eigentliche »Abgeltungen«).

97 BGer 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2 (Parkhäuser Basel, besprochen von *Giovanni Biaggini*, ZBl 2014, S. 151 ff.); BGE 126 I 250 E. 1d S. 254 ff. (Schweizer Mustermesse AG, die über ein Baurecht auf öffentlichem Grund verfügt); weitergehender allenfalls BGer 2P.96/2000 vom 8.6.2001 (Braderie et Fête de la Montre, besprochen von *Yvo Hangartner*, AJP 2002, S. 67 ff.).

98 In diese Richtung geht aber *Bernhard Waldmann*, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, Jusletter 22.1.2007, N. 50; ihm wohl zustimmend *Jörg Paul Müller* (Anm. 83), 63 f.

99 Zum äusserst ausdifferenzierten Meinungsstand der Lehre *Vallender*, St. Galler BV-Komm., Art. 27, N. 54; siehe auch den Überblick in BGE 142 II 369 E. 6.3.1 S. 386 f.

100 § 7 Abs. 4 Gesetz des Kantons Basel-Stadt vom 11.2.2009 über die Industriellen Werke Basel (IWB-Gesetz; SG 772.300).

101 So auch *Giovanni Biaggini*, Sind öffentliche Unternehmen grundrechtsberechtigt? Betrachtungen am Beispiel der Wirtschaftsfreiheit, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 623 ff.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

einer anderen Körperschaft einwirkt. So ist beispielsweise eine entschädigungspflichtige Enteignung in der Anordnung des Bundesgesetzgebers zu erblicken, dass die mehrheitlich kantonal beherrschten Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihr Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene auf die nationale Netzgesellschaft übertragen müssen.<sup>102</sup> Ebenso grundrechtsrelevant ist eine Preisregulierung des Bundesrates (Elektrizitätstarif), die aufgrund rechtlicher Vorgaben systematisch zu Verlusten führen muss; ein solcher Tarif ist eine unverhältnismässige Beeinträchtigung des Eigentums der so verpflichteten Kantons- und Gemeindewerke.<sup>103</sup> Offengelassen hat das Bundesgericht, durchaus im Einklang mit den vorgängigen Ausführungen, die Grundrechtsträgerschaft einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt eines Kantons, der diese seinem eigenen Submissionsrecht unterstellte.<sup>104</sup>

- 29 Für gemischtwirtschaftliche Körperschaften hat das Bundesgericht die Frage der Grundrechtsträgerschaft bislang offengelassen.<sup>105</sup> Als Reflexwirkung des u.U. beachtenswerten Anteils privater Anteilhaber kann solchen Gesellschaften die Berufung auf die Grundrechte kaum abgesprochen werden<sup>106</sup>; sonst könnte ein Gesetzgeber versucht sein, mittels gesetzlicher Vorschriften auf die betroffene Gesellschaft in einer Art und Weise Einfluss zu nehmen, die ihm als Aktionär und Miteigentümer der Gesellschaft verwehrt wäre. So konnte der Kanton Bern nicht auf dem Weg eines Beteiligungsgesetzes auf die Aufspaltung der von ihm bloss zu 52 % beherrschten BKW AG in einen Teil Netze und einen Teil Dienstleistungen hinwirken.<sup>107</sup> Schon mit dem Zivilrecht des Bundes unvereinbar erscheint ebenso eine Vorgabe, dass eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft bestimmte strategische Entscheide nicht ohne Zustimmung der Kantonsvertreter im Verwaltungsrat fällen darf.<sup>108</sup>

---

102 Art. 33 Abs. 4 StromVG; BVGer A-5581/2012 vom 11.11.2013, E 6.4 ff.

103 Art. 4 Abs. 1 StromVV i.d.F. vom 14.3.2008. Diese Tarifvorschrift wurde aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken von der ElCom nicht angewandt (Weisung 3/2012 vom 14.5.2012, Ziffer 7) und mit Art. 4 Abs. 1 StromVV i.d.F. vom 30.1.2013 angepasst. Siehe ferner BGE 126 I 219 E. 2h S. 225 f., wonach die Unterschutzstellung eines Jugendstilkinos unverhältnismässig erscheint, wenn dem Eigentümer die Möglichkeit zur Erzielung eines angemessenen Ertrags genommen wird.

104 BGE 142 II 369 E. 6 S. 385 ff., (Aargauische Pensionskasse APK), mit einem Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen; offengelassen wurde die Anerkennung der Trägerschaft für den Fall, dass die Anstalt ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen erbringt, d.h. den gleichen Regeln unterstellt ist wie private Konkurrenten – das *obiter dictum* erscheint zirkulär, da es ja gerade der Kanton ist, der in diesem Fall die unternehmerischen Rahmenbedingungen der Anstalt massgeblich setzt.

105 BGE 127 II 8 E. 4c S. 17; BGE 131 II 13 E. 6.4 S. 27 f. (beide Swisscom), wobei vor allem die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit aufgrund der weitreichenden (Abweichungs-)Kompetenzen des Bundes in Art. 92 BV ohnehin kaum zielführend sein konnte.

106 Hettich/Steiner, St. Galler BV-Komm., Art. 92, N. 10.

107 Peter Hettich/Lukas Mathis, Kurzgutachten vom 14.7.2017 im Auftrag der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) zum BKW-Beteiligungsgesetz: Ausgliederung der Netze und bedeutenden Kraftwerke der BKW, abrufbar auf [www.be.ch](http://www.be.ch).

108 So aber § 10 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 12.7.1999 über den Flughafen Zürich (Flughafengesetz; LS 748.1). Kritisch dazu wohl auch BGer 1C\_22/2010 vom 6.10.2010 E. 3.3.1–3.3.3.

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

Private Körperschaften können sich ausserhalb ihres öffentlichen Auftrags uneingeschränkt auf die Grundrechte berufen.<sup>109</sup> Auch sollen juristische Personen des Privatrechts Trägerinnen von Grundrechten sein, wenn sie im Rahmen der Abwicklung eines ihnen erteilten öffentlichen Auftrags unternehmerische Ziele verfolgen und ein eigenes finanzielles Risiko tragen.<sup>110</sup> Auch gegen die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe durch das Gemeinwesen kann sich eine private Körperschaft gestützt auf grundrechtliche Rügen zur Wehr setzen (z. B. eine Pflicht zur Erbringung der Grundversorgung<sup>111</sup>).<sup>112</sup> 30

### IV. Typische Elemente des Rechts der Infrastrukturen

#### 1. Konsequenzen eines ökonomisch getriebenen Infrastrukturrechts

Die Regulierung der verschiedenen Infrastrukturen folgt zwar typischen gemeinsamen Merkmalen, ist jedoch im Detail durchaus verschieden. Einige der konzeptionellen Unterschiede mögen historisch erklärbar sein, doch sind sektorspezifische Regelungen der jeweiligen Infrastrukturen aufgrund der unterschiedlichen Funktionsbedingungen der betreffenden Märkte durchaus auch sachgerecht. Jedenfalls wurden nach Kenntnisstand des Autors bislang keine sektorspezifischen Infrastrukturrechte aufgehoben und damit bloss noch dem allgemein geltenden Kartellrecht unterstellt.<sup>113</sup> 31

Im Bereich der netzgebundenen Infrastrukturen sind in der Ökonomie vor allem zwei Erklärungsansätze für die Struktur der Industrie vorherrschend, die heute – ungeachtet dessen, dass sich diese Ansätze nicht im Verfassungswortlaut nachweisen lassen<sup>114</sup> – konzeptionelle Grundlage für die Regulierung der Netzindustrien nach europäischem Muster bilden: Zum einen führen bestimmte technologische Produktions- und Nachfragebedingungen entlang der Wertschöpfungskette (z.B. Netzgebundenheit der Dienstleistung) zu spezifischen Kostenstrukturen und Funktionsweisen der jeweiligen Märkte. Zum anderen erklären Transaktionskosten, wieso sich in einer Industrie bestimmte Institutionen oder Vertragsstrukturen ausformen (z.B. vertikal integrierte Unternehmen, gebündelte Angebote).<sup>115</sup> In derzeitigen ökonomischen Debatten kaum eine Rolle spielen die schon von Friedrich von Hayek formulierten Bedenken gegenüber der langfristigen technokratischen Plan- 32

---

109 BGE 138 I 289 E. 2.8.1 S. 294 (Switch); BGE 123 II 402 E. 3a S. 409 (SRG).

110 BGer 2P.167/1993 vom 10.5.1994, E. 1a.bb, in: ZBl 1994 S. 531 ff.

111 Art. 14. Abs. 4 FMG.

112 BGE 112 Ia 356 E. 5a. S. 364; BGE 121 I 218 E. 2b S. 220.

113 So aber z.B. noch *Bundesrat*, Bericht vom 13.9.2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006 8233 ff., 8263.

114 Indem z.B. BGE 138 I 378 E. 8.4 394 f. feststellt, dass sich das Konzept des Marktversagens »weder aus dem Wortlaut noch den Materialien zu Art. 94 BV« ergäbe, können sich Ökonomik und Rechtswissenschaft mangels gegenseitiger Relevanz gleichermaßen der Auseinandersetzung entziehen.

115 Ausführlich *Hettich et al.* (Anm. 56), S. 34 ff.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

barkeit komplexer ökonomischer Prozesse.<sup>116</sup> Im Gegenteil neigen wirtschaftspolitische Berater oft zu einer gewissen Selbstüberschätzung im »Design« von Marktordnungsrahmen, was auch daran liegen mag, dass diese Ökonomen und Juristen selten die Konsequenzen ihrer Hybris tragen müssen. Die Bundesverfassung setzt diesen, einer ingenieurwissenschaftlich Denkweise entspringenden Planspielen an sich Grenzen, indem sie als Sollensordnung die Eckpunkte eines langfristig angelegten Ordnungsrahmens selbst legt und aufgrund des Gebots der Rechtssicherheit auch Langfristigkeit vom Gesetzgeber einfordert; zugleich eröffnet die Freiheitsorientierung der Bundesverfassung sowohl Möglichkeiten zur Verarbeitung unsicherer zukünftiger Entwicklungen als auch Spielräume für Experimente mit innovativen Produkten und Dienstleistungen. Diese Gesichtspunkte einer aus verfassungsrechtlicher Sicht »guten« Wirtschaftspolitik sind für zeitgenössische Ökonomen schlecht verarbeitbar, weshalb der Verfassungsrechtler – auch wenn er bei der gestaltenden Politik selten Gehör finden wird – diese selbstbewusst in wirtschaftspolitische Diskussionen einbringen muss. Schliesslich hat die Ökonomik in jüngerer Zeit die Annahme rationalen Handelns aufgeweicht; die Politikempfehlungen der sog. *Behavioral Economics* finden verfassungsrechtlich in Art. 97 BV (Konsumentenschutz) aber schon längst ihren Widerhall.

- 33 Ungleich anderer europäischer Staaten war die Schweiz nicht mit qualitativ unzureichenden Infrastrukturleistungen konfrontiert. Die Dienste funktionierten gut, rentierten aber schlecht; oder sie arbeiteten gar, wie die Post, »aus finanzwirtschaftlicher Sicht gesehen mit katastrophalen Ergebnissen«<sup>117</sup> – die Kosten dieses unter Ökonomen als »Gold-Plating« bekannten Phänomens waren dagegen kaum transparent. Die ab den 1990er-Jahren in ganz Europa angestossenen Reformen zielten denn auch auf eine Steigerung der Effektivität und Effizienz des Infrastruktursektors und hatten folgende grobe Stossrichtung: Auftrennung der Monopole durch Schaffung von wettbewerblichen Teilmärkten, Regulierung des Zugangs zum Restmonopol und Preisregulierung, Entpolitisierung der Governance der Infrastrukturmärkte durch unabhängige Regulatoren sowie Entpolitisierung der verbleibenden öffentlichen Unternehmen.

### 2. Wettbewerbliche Teilmärkte durch Entflechtung und Zugangsregeln

- 34 Eine zeitgemässe Regulierung von Netzindustrien befasst sich vordringlich mit dem »monopolistischen Bottleneck« (sprich: dem Netz) und beinhaltet entweder eine Entflechtung des Netzes von den Diensten, oder eine Ermöglichung des Zugangs der Wettbewerber zum bestehenden Netz des Monopolisten, oder aber eine Kombination solcher Entflechtungs- und Zugangsregelungen.<sup>118</sup> Ziel solcher Regelungen ist eine Disziplinierung des Netzbetreibers und eine Ermöglichung von wettbewerblichen Prozessen in den Märkten, die dem

116 Dazu Peter Hettich/Martin Kolmar, »Wettbewerbsverzerrung« und »Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit« aus interdisziplinärer Sicht, ZBl 2018, S. 275 ff., 282, m.w.H.

117 Ulrich Gygi, Gratwanderung zwischen effizienter Unternehmensführung und (Regional-)Politik, in: Peter Hettich (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt, St.Gallen 2009, S. 54.

118 Hettich et al. (Anm. 56), S. 57 f.

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

Netz vor- und nachgelagert sind; Interessenkonflikte und Anreize zu strategischem Verhalten bei der Gewährung des Netzzugangs – sprich: die Bevorzugung konzerneigener Anbieter – sollen gemildert werden. Von Interesse sind dabei vor allem wettbewerbliche Effekte in den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten für die Endverbraucher. Ergänzend zu diesen drei Ansätzen wird teilweise vertreten, dass neu in den Markt eintretende Unternehmen zunächst einen gewissen Schutz benötigen, um in einer Industrie Fuss fassen zu können; so sollen sie in der Folge auch selbst in die Infrastruktur investieren können (Investitionsleiteransatz).<sup>119</sup>

Ihren Konkurrenten zu kostenorientierten Preisen Zugang zur eigenen Infrastruktur gewährleisten müssen marktbeherrschende Fernmeldedienstleister (Art. 11 FMG). Eröffnet ist damit der Zugang zur teilweise schon zu Monopolzeiten erstellten Doppelader-Metalleitung der Swisscom (Teilnehmeranschlussleitung bzw. »letzte Meile«); die vom Bundesrat angestrebte Ausdehnung des Zugangs auf sämtliche Netze (inkl. der neuen Glasfasernetze; Art. 11c E FMG) ist in den Räten auf Ablehnung gestossen. In der Tat stellen sich bei der Ausgestaltung solcher Zugangsregeln schwierige Abwägungsfragen, da dem durch den Zugang ermöglichten Wettbewerb auf der Dienstleistungsebene allenfalls geschmälerte Anreize zur Investition in die Infrastruktur gegenüberstehen; negative Investitionsanreize sind vor allem zu befürchten, wenn der Gesetzgeber auf vergangene (implizite oder explizite) Versprechen der Nichtintervention zurückkommt<sup>120</sup>, was verfassungsrechtlich durch das Gebot des Vertrauensschutzes kaum aufgefangen wird. Für das Erreichen der mit dem Zugang anvisierten Wohlfahrtsziele gleichermassen entscheidend sind die regulierten Zugangspreise: Sind diese zu tief, so wird die Anbieterin des Fernmeldenetzes nicht mehr in das Netz investieren; sind diese zu hoch, bleibt der angestrebte Marktzugang von Wettbewerbern auf der Dienstleistungsebene aus. Das Recht versucht hier eine Balance zu finden, gewinnt mit diesem Versuch jedoch ausserordentlich an Komplexität und scheitert letztlich sowohl an der Abbildung der effektiven Kosten wie auch der »idealen« Zugangspreise.<sup>121</sup> Die Komplexität der Preisregulierung zeigt sich etwa darin, dass zu den am 14. März 2014 angepassten Vorgaben im Fernmeldebereich erst am 11. Februar 2019 erstinstanzliche Entscheide ergangen sind, obwohl jedes Jahr entsprechende Verfahren anhängig gemacht wurden.<sup>122</sup> Bei dieser Ausgangslage scheint es vielversprechender, wenn der Gesetzesrahmen mittels geeigneter Strukturierung der Verhandlungsmacht die Anreize der Infrastrukturanbieter, selbst angemessene Interkonnektionsprodukte zu entwickeln und anzubieten, unterstützen würde.<sup>123</sup>

119 Hettich et al. (Anm. 56), S. 63 f.

120 Weiterführend Peter Ehrensam/Daniel Emch, Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Regulierung der Fernmeldemärkte: Die Korrektur eines Systemfehlers ist angezeigt, *sic!* 2014, S. 605 ff., 607 f. m.w.H.

121 Hettich et al. (Anm. 56), S. 188 ff.

122 Dazu ausführlicher Hettich et al. (Anm. 56), S. 191 f.

123 Ansätze dazu bei Peter Hettich, *Kooperative Risikoversorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken*, Zürich 2014, N. 537, 582 f., 587.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

- 36 Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen müssen ihre Verteilnetze buchhalterisch und informatorisch von den übrigen Tätigkeitsbereichen trennen; diese Entflechtung bildet Voraussetzung für die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs und damit für die freie Wahl des Elektrizitätslieferanten.<sup>124</sup> Darüber hinaus ist das schweizerische Elektrizitätsübertragungsnetz nicht nur buchhalterisch und rechtlich (Tochtergesellschaft), sondern auch hinsichtlich des Eigentums (Schaffung der Swissgrid) entflochten; dadurch sollen sachgerechte Anreize zum Ausbau und zur Handhabung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten gesetzt werden; die Entflechtung des Höchstspannungsnetzes (Netzebene 1) soll noch weiter vorangetrieben werden.<sup>125</sup> Ein Stromabkommen würde grössere Versorger auch im Bereich der Verteilnetze zur weiteren Entflechtung zwingen. Die vom Bundesgericht vorgespurte<sup>126</sup> freie Wahl des Messdienstleisters schafft ebenfalls neue entflochtene Teilmärkte in der Elektrizitätswirtschaft.
- 37 Wie im Bereich der Fernmeldedienste unterliegen auch in der Energiewirtschaft die nicht dem Wettbewerb ausgesetzten Teile der Wertschöpfungskette einer (kostenbasierten) Preisregulierung.<sup>127</sup> Wichtige Stellgrösse für die Festlegung der Netzentgelte ist der »durchschnittliche Kapitalkostensatz« (*Weighted Average Cost of Capital, WACC*). Die Netzkostenregulierung ist hochkomplex, sodass das Bundesgericht auch fast zehn Jahre nach Inkrafttreten des StromVG noch Entscheide zur erstmaligen Festlegung der Tarife des Höchstspannungsnetzes für das Jahr 2009 zu fällen hatte. Die ElCom, welche die Tarife der übrigen fast 650 Verteilnetzbetreiber in der Schweiz unmöglich einzeln prüfen kann, behilft sich heute mit einem Instrument zur Schaffung von Transparenz über verschiedene Leistungsindikatoren, der sog. »Sunshine-Regulierung«.<sup>128</sup>
- 38 Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der künstlichen Teilmärkte in den Netzindustrien bringt also einen erheblichen Koordinations- und Überwachungsaufwand mit sich, der mit den – durch den verstärkten Wettbewerb erzielten – Kostensenkungen abgewogen werden muss. Gerade im Bereich der Elektrizität, wo Versorgungsengpässe meist sowohl durch Netzverstärkungen wie auch durch zusätzliche Produktionskapazitäten behoben werden können, gehen durch die Entflechtung von Netz und Produktion wohl beachtliche Synergien verloren. Die empirischen Studien zu den Wohlfahrtseffekten der Entflechtung sind mindestens ambivalent, wenn nicht gar negativ.<sup>129</sup> Mit Blick auf die Umsetzung der

124 Art. 10 StromVG bzw. Art. 13 StromVG.

125 Art. 18 ff. i.V.m. Art. 33 StromVG; Art. 18 VE StromVG.

126 BGE 143 I 395.

127 Art. 14 f. StromVG.

128 Diese Transparenzregelung soll ins formelle Recht überführt werden (Art. 22a VE StromVG).

129 Siehe etwa *Aurelio Fetz/Massimo Filippini*, Economies of vertical integration in the Swiss electricity sector, *Energy Economics* 2010, S. 1325 ff. (»presence of considerable economies of vertical integration and economies of scale for most of the companies«); *Gert Brunekreeft/Roland Meyer*, Entflechtung auf den europäischen Strommärkten, Stand der Debatte, in: Günter Knieps/Hans-Jörg Weiss (Hrsg.), *Fallstudien zur Netzökonomie*, Wiesbaden 2009 (bedeutende Transaktionskosten, Effizienzverluste); *Gert Brunekreeft/Nele Friedrichsen*, Vertical unbundling and the coordination of in-

## VIII. Teil Bereichsverfassungen

derzeitigen energiepolitischen Ziele könnte sich die Entflechtung auch hinderlich für den Aufbau von Energiespeichern und die Kopplung der verschiedenen Energiesektoren (Elektrizität, Gas, Wärme/Kälte und Verkehr; kurz: »Sektorkopplung«) erweisen.<sup>130</sup> Die Verfassung schweigt sich zu diesen Problemen der Infrastrukturregulierung weitgehend aus, fordert aber immerhin, dass die getroffenen Regelungen ein gewisses Mass an Effektivität und Effizienz aufweisen (Art. 170 BV); mindestens an dieser Vorgabe sind die Infrastrukturrechte also regelmässig zu messen (siehe zur Evaluation in Ansatzpunkten z.B. Art. 59 Abs. 2<sup>bis</sup> Bst. c FMG; Art. 55 EnG; Art. 74a KEG).

### 3. Entpolitisierung und Repolitisierung der Governance der Netzindustrien

Die institutionelle Regelungsstruktur – oder wenn man so will: die Governance – der Netzindustrien lässt sich auf verschiedene theoretische (und allesamt ausserrechtliche) Erklärungsansätze zurückführen: Zum einen macht ein schon älteres ökonomisches Schrifttum geltend, dass sich öffentliche Unternehmen eher an politisch formulierten Wünschen und an politisch festgesetzten Budgets orientieren als an den vorherrschenden Marktkräften. Diese Literatur sieht das Gemeinwesen, das zugleich als Eigentümer öffentlicher Unternehmen wie auch als Regulator der betreffenden Märkte auftritt, in einem Interessenkonflikt; allfällige Konflikte würden tendenziell zugunsten des eigenen Unternehmens und zuungunsten anderer Marktteilnehmer aufgelöst.<sup>131</sup> Wichtige Impulse für die Anreizsteuerung in öffentlichen Unternehmen setzt seit einiger Zeit allerdings vorwiegend die betriebswirtschaftliche Literatur.<sup>132</sup>

Als Konsequenz dieser Erklärungsansätze sind auf internationaler Ebene, namentlich vom IWF und der OECD, Empfehlungen zur Einrichtung unabhängiger Regulierungsbehörden formuliert worden.<sup>133</sup> Der Ökonom Paul Tucker sieht in der Schaffung unabhängiger Regulatoren ein Mittel zum Schutz von öffentlichen Interessen und Gemeinwohlzielen, da Regierungen nicht in der Lage seien, sich langfristig an wohlfahrtsfördernde Politiken zu binden.<sup>134</sup> Auch der Bund hat die Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht in verschiedensten

---

vestment in electric systems, on »cheap talk« and deep charging, in: *Competition and Regulation in Network Industries 2015*, S. 378 ff. (Koordinationsprobleme). Ferner auch *Kathrin S. Föhse*, Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz (StromVG), Diss. Bern, Zürich/St.Gallen 2014, N. 504, m.H.a. weitere ökonomische Studien.

130 Dazu *Simone Walther*, Gutachten zum regulierungsrechtlichen Umgang mit Energiespeichern in der Schweiz, Zürich/St.Gallen 2018.

131 Ausführlicher zu diesen Theorien *Hettich* (Anm. 123), S. 504 ff., m.w.H.

132 Siehe etwa *Kuno Schedler/Roland Müller/Roger W. Sonderegger*, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, Public Corporate Governance für die Praxis, Bern 2016.

133 OECD (Hrsg.), *Distributed Public Governance: Agencies, Authorities and other Government Bodies*, Paris 2002, abrufbar auf <https://www.oecd-ilibrary.org/>; *Michael W. Taylor/Marc G. Quintyn*, Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability, IMF Working Paper Nr. 02/46 vom 1. März 2002, abrufbar auf <https://www.imf.org/>.

134 *Paul Tucker*, *Unelected Power*, Princeton 2018, 13 f.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

Bereichen an Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung ausgelagert; er will so die Unabhängigkeit der »Regulatoren« von politischer Einflussnahme sicherstellen und damit die Glaubwürdigkeit und Effektivität der Aufsicht erhöhen.<sup>135</sup> Während nun in einigen Bereichen der Wirtschaftsaufsicht die öffentliche Anstalt als Rechtsform für Regulierungsbehörden eine Renaissance erleben durfte, arbeitet der Bund im Bereich der Infrastruktur vorwiegend mit ausserparlamentarischen Kommissionen in der Ausprägung der (mit Entscheidungsbefugnissen ausgestatteten) Behördenkommissionen.<sup>136</sup> Zu nennen sind die mit der allgemeinen Marktaufsicht betraute Wettbewerbskommission (WEKO) sowie die sektorspezifisch eingesetzte eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom), Kommunikationskommission (ComCom), Postkommission (PostCom) und die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE); letztere wird nun in die Kommission für den Eisenbahnverkehr (RailCom)<sup>137</sup> umbenannt. Alle Kommissionen sind administrativ dem UVEK zugeordnet, mit Ausnahme der dem WBF angegliederten WEKO; für die Sicherung des Sachverstands und der Unabhängigkeit der Kommissionen bestehen gesetzliche Vorgaben. Aufgrund der offenen Normen im Recht der verschiedenen Infrastrukturen kommen den Behördenkommissionen nicht nur Befugnisse im Vollzug, sondern auch implizite oder explizite Befugnisse zur Regelbildung zu, wodurch Spannungsfelder zum materiellen Gesetzesvorbehalt eröffnet werden (Art. 164 BV); von einer ununterbrochenen Legitimationskette kann dabei nicht mehr gesprochen werden.<sup>138</sup> Mit dem Aufkommen von Verwaltungssanktionen<sup>139</sup> erhielten die Kommissionen auch Strafbefugnisse: Diese fallen aufgrund der Abweichung von üblichen strafprozessualen Sicherungen auf (Art. 30 BV und Art. 6 EMRK stehen einer Einheit von Untersuchungs-, Anklage- und Sanktionsbehörde an sich entgegen<sup>140</sup>); die Strafbefugnisse sollen allerdings unter bestimmten Voraussetzungen verfassungskonform gehandhabt werden können.<sup>141</sup> Neue Ansätze zur Lösung der Problematik, wie die Einsetzung des Bundesverwaltungsgerichts als »Wettbewerbsgericht des Bundes«<sup>142</sup>, konnten bislang (auch) den Gesetzgeber nicht überzeugen.

- 41 Die im Bereich der Infrastruktur tätigen öffentlichen Unternehmen sind mit ihren, durch Monopole vor Konkurrenz geschützten Vorläuferbetrieben nicht mehr vergleichbar. Referenzstandard der Governance bilden heute die OECD-Richtlinien zur Steuerung staatseige-

135 Bundesrat (Anm. 113), 8263.

136 Art. 8a RVOV i.V.m. Art. 57a ff. RVOG.

137 Art. 40a revEBG i.d.F. des BOBI vom 28.9.2018.

138 Dazu *Andreas Kley*, Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung, VVDStRL 77 (2017), S. 148 ff., 158 f.; *Hettich* (Anm. 123), N. 220, N. 444 ff.

139 Art. 49a KG, Art. 60 FMG, Art. 25 PG, Art. 40a<sup>sexies</sup> revEBG i.d.F. des BOBI vom 28.9.2018.

140 Zur Problematik *Janina Aufrichtig*, Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, LeGes 2018/1, Nr. 3.

141 Dazu EGMR 43509/08 vom 27.9.2011, *A. Menarini Diagnostics S. R. L. v. Italy*; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 ff. (Publigroupe); BGE 140 II 384 E. 3.3.4 S. 392 ff. (*A. AG v. ESBK*).

142 Art. 24a E KG vom 22.2.2012, BBl 2012 3989 ff. (im Nationalrat gescheitert).



## VIII. Teil Bereichsverfassungen

ner Betriebe<sup>143</sup>, an denen sich der Bund<sup>144</sup> und vermehrt auch die Kantone orientieren. Die wichtigsten Infrastrukturunternehmen des Bundes sind in spezialgesetzliche Aktiengesellschaften ausgegliedert (Swisscom; Schweizerische Post; Schweizerische Bundesbahnen<sup>145</sup>). Die kapital- und stimmenmässige Mehrheit des Bundes an den Aktiengesellschaften ist gesetzlich festgeschrieben.<sup>146</sup> Die Steuerung der verselbständigten Einheiten erfolgt über die Wahrnehmung der Rechte in der Generalversammlung, über die Wahl und gegebenenfalls die Entsendung von – mittels eines Musteranforderungsprofils ausgewählten – Vertretern in den Verwaltungsrat, über die – unter Mitwirkung mit der Bundesversammlung zu erfolgende – Festlegung von strategischen Zielen<sup>147</sup>, sowie über regelmässige Eigergespräche. Das Parlament nimmt dabei die Oberaufsicht wahr (Art. 169 BV; siehe etwa Art. 148 ParlG). Diese Massnahmen sollen die Fachkompetenz der obersten Leitungsorgane erhöhen und die Unternehmen von Einflüssen des politischen Tagesgeschäfts abschirmen; die Zahl der politischen Interventionen im Parlament zur Tätigkeit der öffentlichen Unternehmen ist dennoch Legion.

Die verfassungsrechtliche Anbindung der hier skizzierten Governance erweist sich mit den 42  
allgemeinen Bestimmungen von Art. 178 und Art. 187 BV als ausserordentlich dünn. Die demokratische Rückbindung der ausgegliederten staatlichen Unternehmen und der unabhängigen Regulatoren ist kaum mehr möglich (Input-Legitimation); bessere Ergebnisse sind keineswegs garantiert (Output-Legitimation). Entsprechend wären in solch »entpolitisierten« Bereichen neue Wege der Legitimation staatlicher Tätigkeit zu suchen.<sup>148</sup> Eine verfassungsrechtliche Anerkennung der Verwaltung als eigenständiger politischer Akteur<sup>149</sup> wäre, zusammen mit angemesseneren Regeln der Verwaltungskontrolle, ein erster Schritt. Selbst ein solch revolutionärer Schritt griffe aber noch zu kurz, wenn er sich nicht auch mit der zunehmenden Regelbildung in internationalen Gremien und (Behörden-)Netzwerken befasste, die dem Einfluss des demokratisch legitimierten Gesetzgebers heute faktisch entzogen sind.

---

143 OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, abrufbar auf: <https://www.efv.admin.ch/> und <http://www.oecd.org/>.

144 Bundesrat (Anm. 113), 8233 ff.

145 BG über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30.4.1997 (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG, SR 784.11); BG über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17.12.2010 (Postorganisationsgesetz, POG, SR 783.1); BG über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20.3.1998 (SBBG; SR 742.31).

146 Art. 6 TUG; Art. 6 POG; Art. 7 SBBG.

147 Art. 28 ParlG; Art. 8 RVOG.

148 Interessant hier der wert- und anreizbasierte Ansatz von Tucker (Anm. 134), 147 ff.

149 Ähnlich Eberhard Schmidt-Assmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Reformbedarf und Reformansätze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, Baden-Baden 1993, 11 ff., 51 f.; siehe auch Hettich (Anm. 123), N. 447, m. w.H.

## VIII.9 Infrastrukturverfassung (Hettich)

### V. Auf dem Weg zu einer Bereichsverfassung der Netzindustrien?

- 43 Obwohl sich ein ansehnlicher Teil der BV mit Fragen der Infrastruktur befasst, ist die formelle Infrastrukturverfassung für die Gestaltung der Infrastrukturpolitik kaum mehr massgeblich. Die von der Verfassung eingeräumten Befugnisse zur Gründung von Monopolen und zur Ergreifung grundsatzwidriger Massnahmen läuft leer, beinhalten doch die Infrastrukturrechte über weite Strecken die üblichen Regelungen der Wirtschaftsaufsicht sowie (grundsatzkonforme) Normen zur Ermöglichung des Wettbewerbs bzw. des Zugangs zu Infrastrukturnetzen. Überdies tragen die unklaren Grundrechtsverhältnisse im Geltungsbe- reich der Infrastrukturverfassung kaum dazu bei, dem Gesetzgeber in seiner Gestaltungsaufgabe Grenzen zu setzen. Auch Art. 94, der das Verhältnis der verbliebenen öffentlichen Unternehmen zu den privaten Marktteilnehmern regelt, enthält kaum mehr als allgemeine Gestaltungsgrundsätze. Nichts anderes kann hinsichtlich der unabhängigen Regulierungsbehörden festgestellt werden. Die normative Ausrichtung der Verfassung und die (Gesetzes-)Wirklichkeit klaffen entsprechend weit auseinander.
- 44 Eine »Netzverfassung« würde heute wohl generell alle Infrastrukturen erfassen, die durch starke Netzeffekte geprägt sind: Zu regeln wären dann z.B. auch die Geschäftsplattformen im Internet.<sup>150</sup> Die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Zugangs – unter dem Vorbehalt eines die Eigentumsgarantie achtenden, angemessenen Preises und Investitionsschutzes – würden dann zusammen mit generellen Vorgaben zu Wettbewerb und Service Public den Kern einer solchen Netzverfassung bilden.

---

150 Wobei ein Regulierungskonzept noch zu finden ist. Siehe zu einigen Ansätzen z.B. *Christopher S. Yoo*, Is there a role for Common Carriage in an internet-based world?, *Houston Law Review*, 51 (2013), S. 545 ff.; *David S. Evans/Richard Schmalensee*, Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries, NBER Working Paper 8268 (May 2001), abrufbar auf <http://www.nber.org/papers/w8268>; *David S. Evans*, The Antitrust Economics of Free, Competition Policy International 7 (2011), 71 ff.