



3003 Bern,
3003 Berne,
3003 Berna.

9. August 2006

☎ 031 / 32 236 30

Fax 031 / 32 278 37

Ihr Zeichen
Votre signe
vostro segno
Voss sign

Kommission für Umwelt, Raumplanung und
Energie des Ständerates
Parlamentsgebäude
3003 Bern

Ihre Nachricht vom
Votre communication du
Vostra comunicazione del
Vossa comunicaziun dals

13. April 2006

In der Antwort anzugeben
A rappeler dans la réponse
Ripeterlo nella risposta
D'inditgar en la resposta

3.3.3.22 BFE/OFEN 2006/3

Rechtsgutachten

Verfassungsmässigkeit des Vorschlags der Subkommission UREK-S zur Schaffung einer nationalen Netzgesellschaft

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Zuge der Vorberatungen des Stromversorgungsgesetzes und der Revision des Elektrizitätsgesetzes in der UREK-S sind zum bundesrätlichen Vorschlag einer nationalen Übertragungsnetzbetreiberin grundsätzliche Fragen aufgetaucht. Der Vorschlag des Bundesrates, dem sich der Nationalrat angeschlossen hat, sieht vor, dass der Betrieb – nicht aber das Eigentum – der schweizerischen Übertragungsnetze bei einer Gesellschaft konzentriert sein muss. Die UREK-S zog in Zweifel, ob dieses Modell genügt, um in einem liberalisierten Strommarkt den diskriminierungsfreien Netzzugang sowie eine sowohl vom Ausland als auch von den inländischen Überlandwerken möglichst unabhängige und sichere Elektrizitätsversorgung sicherzustellen.

Daraufhin erarbeitete eine Subkommission der UREK-S in deren Auftrag einen Vorschlag, wie Betrieb und Eigentum der Übertragungsnetze in einer einzigen nationalen Netzgesellschaft zusammengeführt werden könnten. Dabei sollen Kantone und Gemeinden, welche bereits heute indirekt über die Überlandwerke rund 85% des Eigentums an den Netzen besitzen, direkt an der neuen Netzgesellschaft die Mehrheitsbeteiligung halten. Den Überlandwerken soll es nur noch in minoritärem Umfang möglich sein, sich an der Netzgesellschaft zu beteiligen.

Die UREK-S hat an ihrer Sitzung vom 3./4. April dieses Jahres vom Vorschlag der Subkommission Kenntnis genommen, dazu aber noch keine materiellen Beschlüsse gefasst. Sie hat vielmehr beschlossen, eine breite Konsultation bei den Kantonen und weiteren interessierten Parteien und Organisationen durchzuführen. Ferner wünscht die Kommission ein Rechtsgutachten vom Bundesamt für Justiz mit folgender Fragestellung:

„Ist der Vorschlag der Subkommission UREK-S zur schweizerischen Netzgesellschaft mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie vereinbar?“

Bevor wir uns mit dieser verfassungsrechtlichen Fragestellung befassen, werden wir die wesentlichen Aspekte des Vorschlags der Subkommission UREK-S skizzieren (Kap. I). Anschliessend werden wir prüfen, ob für den Vorschlag der Subkommission eine hinreichende Verfassungsgrundlage besteht (Kap. II). Danach stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie (Kap. III) und der Wirtschaftsfreiheit (Kap. IV).

I. Vorschlag der Subkommission UREK-S

a) Rechtliche Entflechtung gemäss Vorschlag Bundesrat

1. Das schweizerische Übertragungsnetz (Höchstspannungsnetz im Umfang von 220/380 kV) befindet sich heute im Eigentum der Überlandwerke (ATEL, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ, NOK), die je eigene Regelzonen betreiben. Darüber hinaus haben weitere Elektrizitätsversorgungsunternehmen (AET, Rätia Energie, EWB, IWB u.a.) Eigentum am Übertragungsnetz. Die Überlandwerke haben im Frühjahr 2004 auf freiwilliger Basis beschlossen, den Betrieb der Übertragungsnetze im Jahr 2005 in der Swissgrid AG zusammenzuführen¹.
2. In seinen Entwürfen einer Änderung des Elektrizitätsgesetzes sowie eines neuen Stromversorgungsgesetzes will der Bundesrat die heutigen Eigentümerinnen der Übertragungsnetze verpflichten, den Netzbetrieb in einer selbständigen privatrechtlich organisierten juristischen Person zusammenzulegen (Art. 18a Abs. 1 und 2 E-EleG²). Gemäss Vorschlag des Bundesrates soll die Übertragungsnetzbetreiberin Sitz in der Schweiz haben und kapitalmässig mehrheitlich von schweizerischen Un-

¹ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBI 2005 1633 f.

² Entwurf einer Änderung des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734.0), BBI 2005 1683 ff. Die entsprechenden inhaltsgleichen Bestimmungen im Entwurf des Stromversorgungsgesetzes werden im Folgenden nicht zitiert; vgl. Entwurf eines Stromversorgungsgesetzes (StromVG), BBI 2005 1689 ff.

ternehmen beherrscht sein (Art. 18a Abs. 2 E-EleG). Zudem räumt Art. 18a Abs. 5 E-EleG den Kantonen das Recht ein, in Übereinstimmung mit den Statuten der Gesellschaft zwei Vertretungen in den Verwaltungsrat abzuordnen.

3. Um einen effizienten Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes zu ermöglichen, verlangt der bundesrätliche Vorschlag, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Übertragungsnetzbereiche von den übrigen Tätigkeitsbereichen wie insbesondere Elektrizitätserzeugung, Handel und Verteilung *rechtlich entflechten* (Art. 18c Abs. 1 E-EleG). Das bedeutet, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihre Übertragungsnetzbereiche in eine juristisch selbständige Gesellschaft überführen müssen. Dagegen verzichtet der Vorschlag des Bundesrates aus Gründen des Eigentumsschutzes darauf, die heutigen Eigentümerinnen der Übertragungsnetze zu verpflichten, ihr Eigentum in die schweizerische Übertragungsnetzbetreiberin einzubringen³.
4. Die rechtliche Entflechtung der Übertragungsnetzbereiche ist sowohl in Form einer technischen Abspaltung in eine neue Gesellschaft als auch in Form einer Ausgliederung in eine Tochtergesellschaft (Holdingstruktur) möglich. Die für den Netzbetrieb erforderlichen Verfügungsrechte über die Netzanlagen werden von der Übertragungsnetzbetreiberin mit den rechtlich verselbständigten Eigentümerinnen der Übertragungsnetze vertraglich festgelegt (Art. 18c Abs. 3 E-EleG). Für den Fall, dass keine genügenden vertraglichen Regelungen zustandekommen oder die Eigentümerinnen ihren Pflichten nicht nachkommen, sieht Art. 18c Abs. 4 E-EleG vor, dass der Bundesrat der Übertragungsnetzbetreiberin das Enteignungsrecht einräumen kann.
5. Um die Unabhängigkeit der Übertragungsnetzbetreiberin und den diskriminierungsfreien Netzbetrieb zu gewährleisten, sieht der bundesrätliche Vorschlag eine Reihe von Garantien vor: Die Übertragungsnetzbetreiberin darf weder kommerzielle Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung, -verteilung oder -handel ausüben noch Beteiligungen an Unternehmen besitzen, die in diesen Bereichen kommerziell tätig sind; zulässig bleibt der Bezug und die Lieferung von Elektrizität aus betriebsnotwendigen Gründen, insbesondere zur Bereitstellung der Systemdienstleistungen (Art. 18a Abs. 3 E-EleG). Sodann dürfen die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung nicht gleichzeitig die Geschäftsleitung in Unternehmen in den Bereichen Elektrizitätserzeugung oder -handel ausüben (Art. 18a Abs. 4 E-EleG). Darüber hinaus müssen gemäss Art. 18a Abs. 6 E-EleG die Statuten und deren Änderungen vom Regulator genehmigt werden. Als Regulator soll eine vom Bundesrat zu bestellende unabhängige Elektrizitätskommission (EiCom) eingesetzt werden (Art. 18g E-EleG).

³ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1635.

6. Um die Stromversorgung in der Schweiz nachhaltig sicherzustellen, muss in Unterhalt, Erneuerung und Erweiterung des Übertragungsnetzes genügend investiert werden. Zu diesem Zweck verpflichtet Art. 18c Abs. 2 E-EleG die Eigentümerinnen der Übertragungsnetze, die Leistungsfähigkeit und Interoperabilität ihrer Netze sicherzustellen. Kommen die Eigentümerinnen ihren Aufgaben nicht nach, kann die Übertragungsnetzbetreiberin bei der ElCom beantragen, dass die notwendigen Massnahmen auf Kosten der Eigentümerinnen durchgeführt werden.

b) Eigentumsmässige Entflechtung gemäss Vorschlag der Subkommission UREK-S

7. Im Unterschied zum Vorschlag des Bundesrates sieht derjenige der Subkommission UREK-S eine eigentumsmässige (volle) Entflechtung der Übertragungsnetze vor⁴. Das bedeutet, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihr Eigentum am Übertragungsnetz auf die nationale Netzgesellschaft⁵ überführen müssen (Art. 18a und Art. 18c Abs. 1 E-EleG^{SubK}). Zudem muss gemäss Vorschlag der Subkommission die nationale Netzgesellschaft sicherstellen, dass ihr Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte mehrheitlich Kantonen und Gemeinden gehören (Art. 18a Abs. 2 E-EleG^{SubK}). Dies hat zur Folge, dass das im bundesrechtlichen Vorschlag enthaltene Entsendungsrecht der Kantone gestrichen werden kann.
8. Die Überführung der Übertragungsnetze in die nationale Netzgesellschaft soll in drei Schritten vor sich gehen. In einem ersten Schritt bringen die Überlandwerke und die anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihre Anteile am Übertragungsnetz durch eine Abspaltung im Sinne von Art. 29 Bst. b FusG (Fusionsgesetz; SR 221.301) oder durch einen wirtschaftlich ähnlichen Vorgang in eine neue Gesellschaft ein. Die bisherigen Aktionäre der Elektrizitätsversorgungsunternehmen (vorab Kantone und Gemeinden) werden im gleichen Verhältnis auch Aktionäre der abgespaltenen Gesellschaften. Dieser Schritt der rechtlichen Entflechtung entspricht dem Vorschlag des Bundesrates mit der Ausnahme, dass der Bundesrat nebst einer Abspaltung auch eine Ausgliederung in eine Tochtergesellschaft als möglich erachtet.
9. In einem zweiten Schritt fusionieren die abgespaltenen Netzgesellschaften zu einer einzigen nationalen Netzgesellschaft. Die Aktionäre der abgespaltenen Gesellschaften werden zu Aktionären der neuen (fusionierten) Netzgesellschaft, und zwar nach Massgabe ihrer bisherigen Aktienanteile an den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und der Anteile der

⁴ Der Vorschlag der Subkommission ist in einem Konsultationspapier der UREK-S vom 12. April 2006 festgehalten und begründet.

⁵ Der Vorschlag der Subkommission UREK-S spricht von „Netzgesellschaft“, weil diese nicht nur Betreiberin, sondern auch Eigentümerin des Übertragungsnetzes wird.

Elektrizitätsversorgungsunternehmen am nationalen Übertragungsnetz. Neben Aktien an der nationalen Netzgesellschaft sollen die Aktionäre auch langfristige Obligationen als Gegenleistung erhalten (Art. 18c Abs. 1 Satz 2 E-EleG^{SubK}). Die Anteile der nationalen Netzgesellschaft sollen nicht an der Börse kotiert sein (Art. 18a Abs. 3 E-EleG^{SubK}).

10. In einem dritten Schritt soll der Kreis zukünftiger Aktionäre bzw. die freie Veräusserung der Aktien statutarisch eingegrenzt werden. Damit wird sichergestellt, dass die Mehrheit der Aktien und die Mehrheit der Stimmen bei den Kantonen und Gemeinden liegen. Eine Minderheitsbeteiligung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen an der neuen Netzgesellschaft soll jedoch möglich sein.
11. Die Subkommission UREK-S ist der Ansicht, dass diese drei Schritte auch in einem Rechtsakt vollzogen werden können. Anwendbar sind grundsätzlich die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts über die Aktiengesellschaft und die Bestimmungen des Fusionsgesetzes. Allenfalls werden einige Spezialbestimmungen in das Elektrizitätsgesetz und das Stromversorgungsgesetz aufzunehmen sein. Im Übrigen soll die Überführung der Übertragungsnetze in eine nationale Netzgesellschaft absolut steuerfrei sein.
12. Zur Errichtung der nationalen Netzgesellschaft soll den Elektrizitätsversorgungsunternehmen eine bestimmte Frist angesetzt werden (Art. 66 Abs. 1 E-EleG^{SubK}). Für den Fall, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihren Pflichten nicht nachkommen, wird die Bundesversammlung zum Erlass der erforderlichen Bestimmungen ermächtigt (Art. 66 Abs. 2 E-EleG^{SubK}). Primär sollen also die betroffenen Unternehmen die nationale Netzgesellschaft selber errichten, als subsidiäres Zwangsmittel ist dafür eine Parlamentsverordnung vorgesehen.

c) Ziele der eigentumsrässigen Entflechtung

13. Sowohl der Gesetzesvorschlag des Bundesrates als auch derjenige der Subkommission UREK-S verfolgen das übergeordnete Ziel, die Stromversorgung in der Schweiz langfristig sicherzustellen⁶. Im Hinblick auf dieses Ziel kommt dem schweizerischen Übertragungsnetz eine zentrale Bedeutung zu. Entscheidend für die Stromversorgung ist erstens ein effizienter Betrieb des Übertragungsnetzes. Zweitens muss in das Übertragungsnetz hinreichend investiert werden, um dessen Betrieb nachhaltig zu sichern und das Netz an die sich verändernden Bedürfnisse des Strommarktes anzupassen. Drittens ist zu gewährleisten, dass Dritte ungehinderten und diskriminierungsfreien Zugang zum Übertragungsnetz haben. Effizienter Betrieb, Investitionssicherheit und diskriminierungs-

⁶ Betreffend den bundesrätlichen Vorschlag vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1633 f., 1635.

freier Zugang sind damit die drei unmittelbaren Ziele, an denen sich die Vorschläge des Bundesrates und der Subkommission UREK-S zu messen haben.

14. Die Subkommission UREK-S geht davon aus, dass ihr Vorschlag einer nationalen Netzgesellschaft besser geeignet ist, um die drei genannten Ziele und damit letztlich die Versorgungssicherheit zu erreichen. In Bezug auf das Ziel eines effizienten Betriebs des Übertragungsnetzes begründet sie dies wie folgt: Durch die Konzentration von Betrieb und Eigentum in einer Hand würden komplizierte Verträge über die Bereitstellung von Netzstrecken und die entsprechenden Entschädigungen zwischen Übertragungsnetzbetreiberin und Netzeigentümerinnen entfallen. Sodann würde auf Grund der Beherrschung der Netzgesellschaft durch Kantone und Gemeinden die Gefahr sinken, dass der Betrieb des Übertragungsnetzes als mögliche Folge internationaler Verflechtungen der Überlandwerke beeinflusst wird.
15. Besonderes Gewicht gibt die Subkommission dem Anliegen der Investitionssicherheit. Infolge diverser Hearings sowie bilateraler Gespräche gelangte die Subkommission zur Auffassung, dass die Schaffung einer Übertragungsnetzbetreiberin im Sinne des bundesrätlichen Vorschlags zu unklaren Schnittstellen führt. Dies erschwere Investitionen und könne damit die Versorgungssicherheit gefährden. Es sei nicht auszuschliessen, dass die heutigen Netzeigentümerinnen langfristig kein Interesse mehr an Investitionen in das schweizerische Übertragungsnetz haben. Durch die Vereinigung von Verwaltung und Eigentum des Übertragungsnetzes in einer nationalen Netzgesellschaft könne die Verantwortung für Unterhalt, Erneuerung und Ausbau des Netzes konzentriert werden. Investitionsentscheide erfolgten von einer zentralen und unabhängigen Stelle im Interesse eines gesamtschweizerisch optimal ausgelegten Übertragungsnetzes und brauchten nicht mehr zwischen Übertragungsnetzbetreiberin und Netzeigentümerinnen abgestimmt zu werden. Indem Kantone und Gemeinden die Netzgesellschaft beherrschen, könne zudem, namentlich im Hinblick auf Krisenzeiten, der Einfluss der Politik gewahrt werden.
16. Alsdann ist die Subkommission der Ansicht, dass sich das Ziel des diskriminierungsfreien Netzzugangs mittels einer eigentumsmässigen Entflechtung der Übertragungsnetze besser erreichen lässt. Indem eine von Stromproduktion, Handel und Verteilung weitestgehend unabhängige nationale Netzgesellschaft errichtet wird, würden tatsächliche (aber auch vermutete) Interessenkollisionen und damit die Gefahr möglicher Marktverzerrungen wegfallen.
17. Darüber hinaus erwähnt die Subkommission einen weiteren Vorteil einer eigentumsmässigen Entflechtung der Übertragungsnetze: Der Regulator (ElCom) habe nur noch einen Ansprechpartner, was die Erfüllung seiner Aufgaben, insbesondere die Entscheide über den Zugang zum Übertragungsnetz, die Netznutzungsbedingungen und die Netznutzungsentgelte, wesentlich erleichtern würde. In Konfliktsituationen könne der Regula-

tor zeit- und sachgerechter entscheiden und die Umsetzung problemloser überwachen.

II. Verfassungsrechtliche Grundlage

a) Art. 91 Abs. 1 BV

18. Als erstes ist zu prüfen, ob für den Vorschlag der Subkommission UREK-S eine hinreichende Verfassungsgrundlage besteht. Aus der allgemeinen Zuständigkeitsnorm in Art. 3 BV geht hervor, dass der Bund in einem Sachgebiet nur dann gesetzgeberisch tätig werden darf, wenn ihn die Bundesverfassung dazu ermächtigt. Der Vorschlag der Subkommission UREK-S betreffend die Errichtung einer nationalen Netzgesellschaft bedarf somit einer Grundlage in der Bundesverfassung. In Frage kommt zunächst Art. 91 Abs. 1 BV, wonach der Bund Vorschriften erlässt „über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie“.
19. Art. 91 Abs. 1 BV ist eine umfassende, nachträglich derogatorische Bundeskompetenz⁷. Das bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber den umschriebenen Sachbereich („Transport und Lieferung elektrischer Energie“) in allen Details normieren darf. Sobald und soweit der Bundesgesetzgeber Regeln erlassen hat, gehen die entsprechenden kantonalen Kompetenzen unter. Gestützt auf Art. 91 Abs. 1 BV kann der Bund insbesondere ein vollständiges oder teilweises Monopol der Stromübertragung einrichten, Tarifvorschriften erlassen, Regeln betreffend die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft aufstellen, Massnahmen zur Versorgungssicherheit vorsehen sowie ein Netzzugangsrecht verankern⁸.
20. Sowohl der Gesetzesvorschlag des Bundesrats als auch derjenige der Subkommission UREK-S sehen für den Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes ein rechtliches Monopol vor. Der Vorschlag der Subkommission UREK-S stellt darüber hinaus Regeln zum Eigentum an den Übertragungsnetzen auf. Sowohl die Monopolisierung des Übertragungsnetzbetriebs als auch die eigentumsmäßige Entflechtung der Übertragungsnetze betreffen den Transport elektrischer Energie im Sinne von Art. 91 Abs. 1 BV. Sie können sich damit auf eine klare verfassungsrechtliche Grundlage abstützen. Ob die eigentumsmäßige Entflechtung der Übertragungsnetze ein legitimes Ziel verfolgt und verhält-

⁷ Botschaft zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) vom 7. Juni 1999, BBl 1999 7462. Sodann Schaffhauser, St. Galler Kommentar zu Art. 91 BV, Rz. 3.

⁸ Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 23. Oktober 1996 zu den verfassungsmässigen Kompetenzen des Bundes im Bereich der Elektrizitätswirtschaft (nicht publiziert), S. 23; Botschaft zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) vom 7. Juni 1999, BBl 1999 7463; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1674.

nismässig ist, wird im Rahmen der Grundrechtsprüfung in den Kap. III und IV zu diskutieren sein.

b) Zwischenergebnis

21. Art. 91 Abs. 1 BV erteilt dem Bund die Kompetenz, Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie zu erlassen. Der Vorschlag der Subkommission UREK-S zur Schaffung einer nationalen Netzgesellschaft kann sich auf diese Zuständigkeitsnorm abstützen.

III. Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie

a) Eingriff in die Eigentumsgarantie

22. Als nächstes stellt sich die Frage, ob der Vorschlag der Subkommission UREK-S vor den grundrechtlichen Anforderungen der Bundesverfassung standhält. Zuerst wird die Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie geprüft. Die Eigentumsgarantie ist in Art. 26 BV verankert und schützt prinzipiell den Bestand aller Verfügungs- und Nutzungsansprüche, die mit dem Eigentum und anderen Rechten verbunden sind (sog. „Bestandesgarantie“). Für den Fall einer verfassungskonformen Enteignung oder Eigentumsbeschränkung, die einer Enteignung gleichkommt, verleiht Art. 26 Abs. 2 BV den Anspruch auf volle Entschädigung (sog. „Wertgarantie“)⁹.
23. Der Vorschlag der Subkommission UREK-S verpflichtet die Überlandwerke und die anderen Eigentümerinnen des Übertragungsnetzes, ihre Netzanteile in eine nationale Netzgesellschaft zu überführen (Art. 18c Abs. 1 Satz 1 E-EleG^{SubK}). Diese öffentlichrechtliche Pflicht schränkt die Netzeigentümerinnen in ihren Verfügungsrechten am Übertragungsnetz ein. Sie können nicht mehr frei über ihre Netzanteile verfügen, sondern sind gehalten, diese an eine andere Gesellschaft zu übertragen. Falls sie die dazu erforderlichen Rechtsakte nicht selber vornehmen, werden die Netzeigentümerinnen durch staatlichen Rechtsakt formell enteignet. Die dafür erforderliche gesetzliche Grundlage soll die Bundesversammlung in Form einer Verordnung gestützt auf Art. 66 Abs. 2 E-EleG^{SubK} schaffen können. Der Vorschlag der Subkommission greift damit in die Eigentumsgarantie (Bestandesgarantie) der Netzeigentümerinnen ein. Es handelt sich um einen schweren Eingriff, weil der Gesetzesentwurf eine

⁹ Zum Ganzen etwa Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 597 ff.

Einschränkung von Verfügungsrechten vorsieht und die Grundlage für den Erlass von Enteignungsbestimmungen schafft¹⁰.

24. Gegen das Vorliegen eines Eingriffs in die Eigentumsgarantie könnte eingewendet werden, dass die betroffenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen mehrheitlich bzw. vollumfänglich in öffentlicher Hand sind. Indessen können sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Personen des öffentlichen Rechts auf Grundrechte berufen, wenn sie *wie Private betroffen* sind¹¹. Dies muss auch gelten für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die zwar privatrechtlich organisiert sind, aber vom Staat beherrscht werden. Es ist demnach nicht die Organisationsform, sondern die Funktion der Handlung, die über die Grundrechtsberechtigung bestimmt¹². Werden öffentliche oder staatlich beherrschte Institutionen in ihren von der Eigentumsgarantie geschützten Verfügungsrechten eingeschränkt, sind sie wie Private betroffen. Somit greift der Vorschlag der Subkommission UREK in die Eigentumsgarantie der Netzeigentümerinnen ein, und zwar unabhängig davon, wie diese organisiert sind.

b) Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

aa) Eingriffsvoraussetzungen

25. Eingriffe in Grundrechte sind nach Art. 36 BV zulässig, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein anerkanntes öffentliches Interesse gerechtfertigt sind und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie den Kerngehalt des jeweiligen Grundrechts wahren. Der Kerngehalt der Eigentumsgarantie ist vorliegend offensichtlich nicht berührt. Damit bleibt zu prüfen, ob der Vorschlag der Subkommission UREK-S eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellt, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist.

bb) Gesetzliche Grundlage

26. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV legt explizit fest, dass schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte im formellen Gesetz selber vorzusehen sind (Erfordernis der hinreichenden Normstufe). Der Vorschlag der Subkommission UREK-S, der als schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie zu werten ist, soll in das Elektrizitätsgesetz sowie in das neue Stromversorgungsgesetz Eingang finden, also im formellen Gesetz selber verankert werden. Damit ist den Anforderungen an die Normstufe Genüge getan.

¹⁰ Zur Qualifikation formeller Enteignungen als schwere Eingriffe etwa BGE 109 Ia 188 E. 2 190.

¹¹ Zu dieser Rechtsprechung in Bezug auf Gemeinden etwa BGE 129 I 313 E. 4.1 S. 318 f.

27. Des Weiteren erfordert das Gesetzmässigkeitsprinzip, dass der Gesetzgeber die staatliche Massnahme genügend bestimmt umschreibt (Erfordernis der hinreichenden Normdichte). Die von der Subkommission vorgeschlagenen Änderungen von Art. 18a und Art. 18c Abs. 1 E-EleG^{SubK} werden dem Bestimmtheitserfordernis grundsätzlich gerecht. Es fragt sich einzig, ob in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht einzelne Punkte zu präzisieren sind, insbesondere der von der Subkommission in Art. 18a Abs. 1 und 18c Abs. 1 E-EleG^{SubK} verwendete Begriff der „Überführung“. Gemäss Fusionsgesetz kann eine Überführung von Vermögenswerten nicht nur durch eine Abspaltung, sondern auch durch eine Vermögensübertragung im Sinne von Art. 69 ff. FusG erfolgen. Auch für den Fall einer Vermögensübertragung gilt jedoch Art. 18c Abs. 2 E-EleG^{SubK}, wonach den Aktionären der Elektrizitätsversorgungsunternehmen für die Überführung Aktien und zusätzlich allenfalls andere Rechte an der neuen Netzgesellschaft zugewiesen werden. Der gesellschaftsrechtliche Endzustand wird damit vom Gesetz hinreichend klar umschrieben. Bei der Wahl der Mittel soll hingegen den betroffenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein gewisser Gestaltungsspielraum belassen werden. Die normative Unschärfe liegt damit im Interesse der Grundrechtsträger. Das Erfordernis der genügenden Normdichte ist insoweit als erfüllt zu erachten.
28. Indessen fragt sich, ob Art. 66 E-EleG^{SubK} dem Bestimmtheitsgebot genügt. Problematisch ist einzig Absatz 2, der die Bundesversammlung zum Erlass der erforderlichen Bestimmungen auf dem Verordnungsweg ermächtigt, falls die Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihrer Verpflichtung nicht nachkommen. Es handelt sich um eine Delegationsnorm. Um vor dem Gesetzmässigkeitsprinzip standzuhalten, müssen sich Delegationsnormen auf ein bestimmtes Sachgebiet beschränken und die fragliche Materie selber in den Grundzügen regeln, falls die Rechtstellung von Personen schwerwiegend berührt wird¹³. Wenn ein Parlament zum Erlass einer Verordnung ermächtigt wird, werden die genannten Delegationsregeln allerdings nicht mit gleicher Strenge gehandhabt wie bei der Delegation rechtsetzender Befugnisse an die Regierung oder Verwaltung¹⁴.
29. Art. 66 Abs. 2 E-EleG^{SubK} beschränkt sich auf ein bestimmtes Sachgebiet, nämlich auf die Überführung der Übertragungsnetzanteile der Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf eine nationale Netzgesellschaft. Die erstgenannte Voraussetzung einer Gesetzesdelegation ist damit erfüllt.

¹² Philipp Häsler, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, S. 170.

¹³ Zu den Delegationsvoraussetzungen in Bezug auf das kantonale Recht etwa BGE 118 Ia 305 E. 2b S. 310. In Bezug auf den Bund vgl. Art. 164 BV. Neben den genannten Voraussetzungen verlangt das Bundesgericht zudem, dass die Gesetzesdelegation von der Verfassung nicht ausgeschlossen ist und die Delegationsnorm im formellen Gesetz verankert wird. Beides ist vorliegend offensichtlich erfüllt.

¹⁴ Vgl. BGE 128 I 327 E. 4.1 S. 337 f.

Fraglich ist, ob auch die zweitgenannte Voraussetzung eingehalten ist. Art. 66 Abs. 2 E-EleG^{SubK} ermächtigt zu einem Eingriff, der die Rechtstellung von Personen schwerwiegend berührt. Der Vorschlag der Subkommission normiert diesen Eingriff insofern in den Grundzügen, als er in Art. 18a und Art. 18c Abs. 1 vorgibt, welche Unternehmen enteignet werden, was enteignet wird, wem das Eigentum zugewiesen wird und welche Gegenleistung die enteigneten Unternehmen erhalten. In keiner Weise geregelt ist indessen das Verfahren der Enteignung. Zumindest die Zuständigkeit zum Erlass von Enteignungsverfügungen sowie der Rechtsschutz gegen solche Verfügungen sollten u.E. in den Grundzügen im Gesetz selber verankert werden. In Betracht zu ziehen ist insbesondere die Variante, dass Art. 66 Abs. 2 E-EleG^{SubK} die EICom zum Erlass von Enteignungsverfügungen für kompetent erklärt und entsprechend den Weiterzug solcher Verfügungen an die Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO INUM) bzw. das Bundesverwaltungsgericht vorsieht (vgl. Art. 18j E-EleG). Das Verfahren vor der EICom richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

cc) *Öffentliches Interesse*

30. Die Subkommission UREK-S verfolgt mit ihrem Vorschlag das übergeordnete Ziel einer nachhaltig sicheren Stromversorgung in der Schweiz. Um dieses Ziel zu erreichen, sollen der effiziente Betrieb des Übertragungsnetzes sichergestellt, die Voraussetzungen für langfristig ausreichende Investitionen in das Netz geschaffen sowie der ungehinderte und diskriminierungsfreie Zugang zum Netz gewährleistet werden¹⁵. Das Anliegen einer sicheren Stromversorgung, einschliesslich des effizienten Netzbetriebs und der Sicherstellung hinreichender Investitionen in der Zukunft, ist ein zulässiges öffentliches Interesse, das in Art. 89 Abs. 1 BV ausdrücklich anerkannt ist. Der Vorschlag der Subkommission UREK-S liegt damit in einem verfassungsrechtlich legitimen öffentlichen Interesse.

dd) *Verhältnismässigkeit*

31. Als nächstes ist zu prüfen, ob der Vorschlag der Subkommission UREK-S vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhält, d.h. ob er im Hinblick auf die gesetzten Ziele geeignet und erforderlich sowie für die betroffenen Unternehmen zumutbar ist. Unter dem Gesichtspunkt der Eignung fragt sich, ob eine nationale Netzgesellschaft im Sinne der Subkommission einen effektiven Beitrag zur sicheren Stromversorgung in der Schweiz zu leisten kann (Frage der Eignung). Das Kriterium der Erforderlichkeit ist dann erfüllt, wenn das öffentliche Interesse einer siche-

¹⁵ Dazu eingehender oben Ziff. 13.

ren Stromversorgung nicht mit milderem Mitteln ebenso gut erreicht werden kann. Als milderer Mittel fällt insbesondere der bundesrätliche Vorschlag einer bloss rechtlichen Entflechtung der Übertragungsnetzanteile und der Einrichtung einer nationalen Übertragungsnetzbetreiberin in Betracht. Das Kriterium der Zumutbarkeit verlangt, dass die durch die staatliche Massnahme, d.h. durch die Schaffung einer nationalen Netzgesellschaft, verfolgten öffentlichen Interessen die betroffenen privaten Interessen überwiegen.

32. Die Beurteilung der Eignung und der Erforderlichkeit des Vorschlags der Subkommission verlangen Prognosen über die künftige Entwicklung des Strommarktes und das Verhalten der beteiligten Akteure. Solche Prognosen über schwer vorhersehbare tatsächliche Auswirkungen staatlichen Tuns bzw. Unterlassens sind primär Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist ihm ein entsprechender politischer Entscheidungsspielraum einzuräumen. Die verfassungsrechtliche Beurteilung muss sich demzufolge darauf beschränken, die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit der fraglichen staatlichen Massnahmen durch den Gesetzgeber auf ihre Nachvollziehbarkeit zu überprüfen. Zurückhaltung des Verfassungsverwenders ist auch bei der Prüfung der Zumutbarkeit angebracht, da diese rechtspolitische Wertungen bedingt, die primär dem Gesetzgeber obliegen¹⁶.
33. Die Subkommission UREK-S begründet die Eignung und Erforderlichkeit der vorgeschlagenen nationalen Netzgesellschaft wie folgt¹⁷: Durch die Konzentration von Betrieb und Eigentum in einer Hand würden komplizierte Vertragsbeziehungen zwischen der Übertragungsnetzbetreiberin und Netzeigentümerinnen entfallen, was die Effizienz des Netzbetriebs erhöhe. Die Investitionssicherheit könne verbessert werden, indem die Verantwortung für Unterhalt, Erneuerung und Ausbau des Übertragungsnetzes in eine Hand gelegt und dadurch unklare Schnittstellen zwischen Netzbetreiberin und Netzeigentümerinnen beseitigt würden. Das Ziel des diskriminierungsfreien Netzzugangs lasse sich im Vergleich zum bundesrätlichen Vorschlag besser erreichen, weil eine eigentums-mässige Entflechtung die grösstmögliche Unabhängigkeit des Übertragungsnetzbetriebs von Stromproduktion, Stromhandel und Stromverteilung gewährleistet. Ferner werde eine wirksamere staatliche Aufsicht ermöglicht, indem der Regulator nur noch einen Ansprechpartner habe. Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint uns die Argumentation der Subkommission nachvollziehbar. Ob man ihr folgen will, ist eine politische Frage. Unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Gestal-

¹⁶ Zur gebotenen Zurückhaltung bei der Verhältnismässigkeitsprüfung etwa Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, 2e éd., Berne 2006, Rz. 227.

¹⁷ Dazu eingehender oben Ziff. 14 ff.

tungsspielraums in der Frage der Eignung und Erforderlichkeit der vorgeschlagenen Massnahme lässt sich u.E. keine Verfassungswidrigkeit feststellen.

34. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sind weiter die involvierten Interessen gegeneinander abzuwägen. Auf der einen Seite ist die Sicherung der Stromversorgung im Hinblick auf eine funktionierende Wirtschaft und die Wohlfahrt der Bevölkerung ein hoch zu gewichtendes öffentliches Interesse. Die Versorgungssicherheit wiederum hängt wesentlich vom Funktionieren des Übertragungsnetzes ab. Wie in Ziff. 13 und 33 dargelegt, soll die Konzentration von Betrieb und Eigentum des Höchstspannungsnetzes einen effizienten Betrieb sowie eine langfristig hinreichende Investitionstätigkeit sicherstellen und dadurch die Versorgungssicherheit gewährleisten. Diese öffentlichen Interessen, die für die eigentumsmäßige Überführung der Übertragungsnetze in die nationale Netzgesellschaft sprechen, wiegen damit schwer. Auf der anderen Seite wird durch die eigentumsmäßige Entflechtung des Übertragungsnetzes schwer in die Eigentumsgarantie der Elektrizitätsversorgungsunternehmen eingegriffen. Angesichts der hoch zu gewichtenden öffentlichen Interessen ist jedoch der Vorschlag der Subkommission für die betroffenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen als zumutbar zu werten.

ee) Vereinbarkeit mit der Wertgarantie

35. Die vom Vorschlag der Subkommission UREK-S vorgesehene eigentumsmäßige Entflechtung der Übertragungsnetze ist nach dem Gesagten mit der von der Eigentumsgarantie erfassten Bestandesgarantie vereinbar, falls die gesetzliche Grundlage in den genannten Punkten noch präzisiert wird. Somit stellt sich die Frage, ob der Eingriff auch vor der vom Eigentumsrecht geschützten Wertgarantie standhält. Die in Art. 26 Abs. 2 BV verankerte Wertgarantie verlangt für Enteignungen volle Entschädigung. Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts kann die Entschädigung sowohl in Form von Geld („Geldersatz“) als auch in Form von Sachen oder anderen Gegenständen („Realersatz“) geleistet werden¹⁸.
36. Gestützt auf Art. 18c Abs. 1 Satz 2 E-EleG^{SubK} erhalten die Aktionäre der Elektrizitätsversorgungsunternehmen für die Überführung ihrer Übertragungsnetze Aktien an der zu gründenden Netzgesellschaft und zusätzlich allenfalls andere Rechte. Falls es zu Enteignungen kommt, ist damit Realersatz vorgesehen. Die verfassungsmässige Wertgarantie verlangt volle Entschädigung, weshalb der Realersatz in seinem Wert dem Wert des Enteignungsobjekts entsprechen muss. Gemäss Erläuterungen zum Vorschlag der Subkommission sollen die Aktionäre der Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach Massgabe ihrer bisherigen Aktienanteile

¹⁸ Etwa BGE 128 II 368 E. 2.3 S. 374.

und der Anteile ihrer Unternehmen am nationalen Übertragungsnetz zu Aktionären der nationalen Netzgesellschaft werden.¹⁹ Wird Art. 18c Abs. 1 E-EleG^{SubK} in diesem Sinn ausgelegt, ist der Anspruch der Netzeigentümerinnen auf volle Entschädigung und damit deren Wertgarantie gewahrt.

37. Zu bedenken ist allerdings, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen selbst durch die Übereignung der Netze an eine nationale Netzgesellschaft einen Bonitätsverlust erleiden könnten. Ein Bonitätsverlust wäre insofern denkbar, als der Netzteil eines Versorgungsunternehmens zu den risikoarmen Geschäften gehört und folglich durch die Abspaltung das Rating negativ beeinflusst werden könnte. Die dadurch erhöhten Finanzierungskosten würden einen tieferen Gewinn bewirken und könnten so zu einer Wertminderung des Unternehmens führen.
38. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Bemessung der Enteignungsentschädigung auch der Minderwert zu berücksichtigen, den das betroffene Objekt nach einer Teilenteignung aufweist²⁰. Allfällige, durch die Abspaltung der Übertragungsnetzanteile verursachte Wertminderungen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen müssten ihnen somit entschädigt werden. Der Vorschlag der Subkommission UREK-S regelt nicht, wer die Versorgungsunternehmen in welchem Verfahren entschädigt. In Betracht fällt eine Bestimmung, wonach die Netzgesellschaft und die Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Ausgleich nachweisbarer Wertminderungen vertraglich regeln. Für den Fall, dass eine Einigung über die Entschädigung nicht zustande käme, wäre ein Schätzungsverfahren vorzusehen. Der Gesetzesvorschlag müsste normieren, welche Instanz für die Schätzung zuständig wäre. Naheliegend wäre wiederum die Zuständigkeit der ECom, die in Anwendung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren entscheidet.

c) **Zwischenergebnis**

39. Die von der Subkommission UREK-S vorgeschlagene eigentumsmäßige Entflechtung der Übertragungsnetze greift schwerwiegend in die Eigentumsgarantie ein. Der Eingriff ist jedoch zulässig, da er grundsätzlich auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht, in einem verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Im Hinblick auf das Gesetzmässigkeitsprinzip ist einzig zu fordern, dass die Delegationsnorm in Art. 66 Abs. 2 E-EleG^{SubK} präzisiert wird, indem die Zuständigkeit zum Erlass von Entschädigungsverfügungen

¹⁹ Allerdings erfolgt durch die Zusammenführung der verschiedenen Netzteile zwangsläufig eine Verwässerung der relativen Beteiligungen.

²⁰ BGE 122 I 168 E. 4b/aa S. 177 in Bezug auf Grundstücke. Ebenso Art. 19 Bst. b Enteignungsgesetz (EntG; SR 711).

gen sowie der Rechtsschutz in den Grundzügen im Gesetz geregelt werden.

40. Der Vorschlag der Subkommission wahrt den aus der eigentumsmäßigen Wertgarantie fliessenden Anspruch der Aktionäre der Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf volle Entschädigung. Allerdings unterlässt es der Gesetzesvorschlag zu regeln, wie allfällige, durch eine Abspaltung der Übertragungsnetzanteile bewirkten Wertminderungen der Versorgungsunternehmen entschädigt werden. Der Vorschlag der Subkommission ist entsprechend zu ergänzen.

IV. Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit

a) *Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit*

41. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Vorschlag der Subkommission UREK-S mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar ist. Die Wirtschaftsfreiheit ist als Individualrecht in Art. 27 BV, als institutionelle Vorgabe für den Gesetzgeber und die anderen Staatsorgane in Art. 94 BV verankert. Unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbseinkommens dient²¹. Von der Wirtschaftsfreiheit nicht erfasst ist dagegen die Erfüllung von Staatsaufgaben²².
42. Die Übertragung von Elektrizität wird somit nur dann von der Wirtschaftsfreiheit geschützt, wenn sie eine privatwirtschaftliche Tätigkeit und keine Staatsaufgabe darstellt. Soweit ersichtlich ist die Übertragung von Elektrizität in der kantonalen Verfassungs- und Gesetzgebung nicht als Staatsaufgabe umschrieben. Über ihre Mehrheitsbeteiligungen an den Überlandwerken sorgen allerdings Kantone und Gemeinden im öffentlichen Interesse für einen sicheren und effizienten Betrieb der Übertragungsnetze. Angesichts der Tatsache, dass im Bereich der Übertragungsnetze ein natürliches Monopol besteht, ist deren Betrieb keineswegs in das Belieben der Kantone und Gemeinden gestellt. Kantone und Gemeinden haben vielmehr die Verantwortung für das Funktionieren der Übertragungsnetze übernommen. Auch wenn der Gesetzgeber die kantonalen und kommunalen Verwaltungen bzw. die Kraftwerke selber nicht formal zum Betrieb der Übertragungsnetze verpflichtet, ist doch davon auszugehen, dass faktisch eine solche Pflicht besteht²³. Entsprechend

²¹ Etwa BGE 125 I 276 E. 3a S. 277 mit weiteren Hinweisen.

²² Etwa BGE 124 I 297 E. 3a S. 298 mit weiteren Hinweisen.

²³ Gemäss Bericht des Bundesrates „Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)“ vom 23. Juni 2004, BBl 2004 4597, sind sichere und leistungsfähige Netze Teil der Grundversorgung im Elektrizitätsbereich.

lässt sich von einer faktisch wahrgenommenen kantonalen Staatsaufgabe sprechen²⁴.

43. Falls der Übertragung von Elektrizität auf den Hochspannungsnetzen Staatsaufgabencharakter zugesprochen wird, ist der sachliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit demnach nicht tangiert. Wird entgegen dieser Auffassung die Übertragung von Elektrizität als privatwirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert²⁵, ist im Weiteren zu prüfen, ob die vom Vorschlag der Subkommission UREK-S betroffenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fallen. Soweit die Unternehmen in privater Hand sind, ist dies ohne weiteres zu bejahen. Aber auch staatlich beherrschte Unternehmen können Trägerinnen von Grundrechten sein. Wie bereits ausgeführt können sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch öffentliche Institutionen auf Grundrechte berufen, wenn sie *wie Private betroffen* sind²⁶. Geht man davon aus, dass die Stromübertragung auf den Hochspannungsnetzen privatwirtschaftlicher Natur ist, sind die staatlich beherrschten Elektrizitätsversorgungsunternehmen wie Private betroffen und folglich auch als Träger der Wirtschaftsfreiheit anzusehen.
44. Unter der Prämisse, dass der Betrieb der Übertragungsnetze durch die Überlandwerke und die anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fällt, fragt sich sodann, ob der Vorschlag der Subkommission UREK-S konkret in die Wirtschaftsfreiheit eingreift. Der Schutz der Wirtschaftsfreiheit umfasst insbesondere die freie Wahl der Organisationsform, der Produktionsmittel und der Geschäftsbeziehungen²⁷. Die Verpflichtung zur eigentumsmäßigen Entflechtung der Übertragungsnetzanteile und zur Schaffung einer nationalen Netzgesellschaft schränkt die freie Wahl der Organisationsform, der Produktionsmittel und der Geschäftsbeziehungen erheblich ein. Es liegt damit ein als schwer zu qualifizierender Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor.

b) Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

45. Damit Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit gerechtfertigt werden können, müssen wie bei Eingriffen in die Eigentumsgarantie die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV erfüllt sein. Der Eingriff muss also auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein überwiegendes öf-

²⁴ Das Gutachten Rechsteiner, Rz. 39, geht dagegen von einer rein privatwirtschaftlichen Tätigkeit aus.

²⁵ Wir neigen eher dieser Auffassung zu. Die Frage kann jedoch insoweit offen bleiben, als sich im Folgenden herausstellt, dass der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gerechtfertigt werden kann.

²⁶ Dazu oben Ziff. 24.

²⁷ Vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 647 f.

fentliches Interesse gerechtfertigt sind und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit wahren.

46. Im Fall der Wirtschaftsfreiheit ist im Rahmen des öffentlichen Interesses speziell zu prüfen, ob die staatliche Massnahme nicht gegen den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit verstösst (vgl. Art. 94 Abs. 1 BV) bzw. ob für Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit eine Grundlage in der Bundesverfassung besteht. Grundsätzlich unzulässige Abweichungen sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen²⁸. Des Weiteren muss die in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit eingreifende staatliche Massnahme wettbewerbsneutral sein, d.h. den Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten beachten²⁹.
47. Ob der Vorschlag der Subkommission UREK-S die Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV einhält, wurde bereits im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie untersucht³⁰. Damit bleibt nur noch zu prüfen, ob der Vorschlag der Subkommission mit den spezifischen Anforderungen der Wirtschaftsfreiheit vereinbar ist. Dies ist u.E. zu bejahen. Der Vorschlag der Subkommission ist nicht wirtschafts- oder standespolitisch motiviert, sondern liegt in einem verfassungsrechtlich legitimen öffentlichen Interesse, nämlich dem Interesse an einer nachhaltig sicheren Stromversorgung. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wird somit respektiert. Dennoch kann man sich fragen, ob die eigentumsmäßige Entflechtung der Übertragungsnetze nicht eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit darstellt. Die Frage kann insofern offen gelassen werden, als das Bundesamt für Justiz im bereits erwähnten Gutachten³¹ über die Kompetenzen des Bundes im Bereich der Elektrizitätswirtschaft dargelegt hat, dass Art. 91 Abs. 1 BV den Bund implizit zu Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit ermächtigt³². Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern der Anspruch direkter Konkurrenten auf Gleichbehandlung verletzt sein könnte. Im Übrigen ist der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit offensichtlich nicht tangiert.

²⁸ Etwa BGE 125 I 276 E. 3a S. 277 mit weiteren Hinweisen.

²⁹ Etwa BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291 mit weiteren Hinweisen.

³⁰ Dazu oben Ziff. 26 ff.

³¹ Vgl. Fussnote 8

³² Vgl. Ziff VII.2 des Gutachtens. Die Schlussfolgerung lautet, dass der Bund gestützt auf Art. Art. 24quater Abs. 1 aBV [=Art. 91 Abs. 1 BV] im Bereich der Übertragung und Verteilung elektrischer Energie sogar ein Bundesmonopol errichten könnte (falls sich dies zur Wahrung öffentlicher Interessen als notwendig erwiese).

c) Zwischenergebnis

48. Der Vorschlag der Subkommission UREK-S greift nicht in die Wirtschaftsfreiheit ein, falls der Betrieb der Übertragungsnetze als staatliche Aufgabe qualifiziert wird. Falls der Betrieb der Übertragungsnetze als privatwirtschaftliche Tätigkeit betrachtet wird, liegt eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit vor. Diese erfüllt jedoch die verfassungsrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen. Der Vorschlag der Subkommission hält somit vor der Wirtschaftsfreiheit stand.

V. Ergebnisse

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen gelangen wir zu folgenden Ergebnissen:

- Der Vorschlag der Subkommission UREK-S zur eigentumsmäßigen Entflechtung der schweizerischen Übertragungsnetze und Schaffung einer nationalen Netzgesellschaft kann auf Art. 91 Abs. 1 BV abgestützt werden.
- Der Vorschlag der Subkommission UREK-S ist mit der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich vereinbar. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist der Entwurf jedoch in zweifacher Hinsicht zu ergänzen: Zum einen muss die Delegationsnorm in Art. 66 Abs. 2 E-EleG präzisiert werden, indem die Zuständigkeit zum Erlass von Enteignungsverfügungen sowie der Rechtsschutz in den Grundzügen geregelt werden. Zum andern sollte der Gesetzesvorschlag auch regeln, wie allfällige, durch eine Abspaltung der Übertragungsnetzanteile bewirkten Wertminderungen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen entschädigt werden.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen rechtlichen Ausführungen zu dienen. Falls Sie weitere Fragen haben, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

Hauptabteilung Staats- und Verwaltungsrecht

Der Vizedirektor

Prof. Dr. Luzius Mader

Sachbearbeiter: Bernhard Rütsche