

Stefan Rechsteiner
Tel +41 1 254 34 81
srechsteiner@vischer.com
www.vischer.com

Zürich

Schützengasse 1
Postfach 6139
CH-8023 Zürich
Tel +41 1 254 34 00
Fax +41 1 254 34 10

Basel

Aeschenvorstadt 4
Postfach 526
CH-4010 Basel
Tel +41 61 279 33 00
Fax +41 61 279 33 10

Gutachten (Résumé : version française)

zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Errichtung
einer schweizerischen Netzgesellschaft für die Übertra-
gung von Elektrizität

erstattet im Auftrag des

Bundesamtes für Energie (BFE)

von

Dr. iur. Stefan Rechsteiner, Rechtsanwalt

am 27. novembre 2003

INHALTSVERZEICHNIS

I. AUFTRAG	5
II. AUSGANGSLAGE	5
III. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE ZU ART. 8 EMG	6
A. Vorentwurf zum EMG	6
B. Entwurf zum EMG	8
C. Parlamentarische Beratungen zum EMG	9
D. Referendumsvorlage zum EMG	11
IV. DIE FRAGE DER NETZGESELLSCHAFT IM KONTEXT DER LIBERALISIERUNG	12
V. REGELUNGSKOMPETENZEN DES BUNDES BETREFFEND ÜBERTRAGUNGSNETZE	16
VI. GRUNDRECHTLICHE PRÜFUNG	18
A. Die Wirtschaftsfreiheit	18
1. Institutioneller und individualrechtlicher Aspekt der Wirtschaftsfreiheit	18
2. Sachlicher Schutzbereich	18
3. Persönlicher Schutzbereich	19
4. Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit	21
5. Unbundling	22
5.1. Gesetzliche Grundlage	24
5.2. Öffentliches Interesse	24
5.3. Verhältnismässigkeit	25
5.4. Fazit	30
6. Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft	31
6.1. Gesetzliche Grundlage	31
6.2. Öffentliches Interesse	31

6.3. Verhältnismässigkeit	31
6.4. Fazit	33
7. Bestimmungen zur Organisation der Schweizerischen Netzgesellschaft	33
7.1. Abordnung von Verwaltungsräten des Bundes und der Kantone	34
7.2. Vinkulierungsvorschriften	35
7.3. Schweizerische Beherrschung	36
7.4. Genehmigungsvorbehalt für Statuten und Statutenänderungen	37
7.5. Gewinnverbot	38
8. Verstaatlichung des Betriebs der Übertragungsnetze	38
8.1. Zuständigkeit des Bundes	39
8.2. Öffentliches Interesse	39
8.3. Verhältnismässigkeit	40
8.4. Subsidiaritätsprinzip	44
8.5. Fazit zur Verstaatlichung	44
B. Eigentumsgarantie	45
1. Sachlicher Schutzbereich	45
2. Persönlicher Schutzbereich	45
3. Einschränkungen der Eigentumsgarantie	46
4. Unbundling	47
4.1. Bestandesgarantie	47
4.2. Wertgarantie	47
4.3. Fazit	49
5. Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft	49
5.1. Bestandesgarantie	49
5.2. Wertgarantie	50
5.3. Fazit	50
6. Bestimmungen zur Organisation der schweizerischen Netzgesellschaft	51
6.1. Die Bestimmungen nach Art. 9 EMG	51
6.2. Das Gewinnverbot im Speziellen	52
7. Verstaatlichung der Übertragungsebene	52

VISCHER

VII. ZUSAMMENFASSUNG	54
A. Aufgabenstellung	54
B. Die Frage der Netzgesellschaft im Kontext der Liberalisierung	54
C. Untersuchungsgegenstand	55
D. Regelungskompetenzen des Bundes betreffend Übertragungsnetze	56
E. Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie	56
F. Unbundling	57
G. Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft	59
H. Bestimmungen zur Organisation der schweizerischen Netzgesellschaft	60
I. Verstaatlichung der Übertragungsebene	62
VIII. LITERATURVERZEICHNIS	65
IX. MATERIALIEN	69
X. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	70

I. AUFTRAG

- 1 Dem Gutachter wurde vom Bundesamt für Energie die folgende Fragestellung zur rechtlichen Abklärung unterbreitet:

„Den Übertragungsnetzen kommt bei der Neuordnung der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft eine wichtige Rolle zu. Die politischen Forderungen bezüglich der Organisation des schweizerischen Übertragungsnetzes respektive der Gründung einer schweizerischen Netzgesellschaft auf Übertragungsstufe gehen weit auseinander. Sie reichen von der reinen Vorgabe von Verhaltensnormen (Durchleitungspflicht und Diskriminierungsverbot) bis hin zu einer Verstaatlichung der Übertragungsnetze.

Diese Forderungen sollen in den regulatorischen Kontext eingeordnet und die verfassungsrechtlichen Schranken aufgezeigt werden, welche die Gesetzgebung bei der Organisation der Übertragungsnetze respektive bei der Schaffung einer schweizerischen Netzgesellschaft zu beachten hat.“

II. AUSGANGSLAGE

- 2 Nachdem das Schweizer Stimmvolk am 22. September 2002 in der Referendumsabstimmung das Elektrizitätsmarktgesetz (EMG)¹ abgelehnt hatte, nahm das Bundesamt für Energie (BFE), gestützt auf Gespräche mit Interessengruppen, eine Lagebeurteilung vor. Anschliessend legte der Bundesrat das weitere Vorgehen fest².
- 3 Unter der Leitung des UVEK und des BFE soll eine neue Gesetzesvorlage für eine Elektrizitätswirtschaftsordnung ausgearbeitet werden. Dabei soll über die wesentlichen Elemente der neuen Wirtschaftsordnung in einer Expertenkommission eine Einigung gefunden werden³.
- 4 Eine der politisch umstrittenen Fragen im Zusammenhang mit dem EMG war die Organisation der Übertragungsnetze für Elektrizität. Das EMG sah in Art. 8 vor, dass das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene von einer nationalen privatrechtlichen Gesellschaft (schweizerische Netzgesellschaft) hätte betrieben werden sollen. Der

¹ Referendumsvorlage für das Elektrizitätsmarktgesetz vom 15. Dezember 2000, BBl 2000 6189 ff.

² BFE, Medieninformation vom 7. März 2003, S. 1.

³ BFE, Medieninformation vom 7. März 2003, S. 4.

Formulierung in Art. 8 EMG gingen verschiedene Anträge im Parlament voraus.

- 5 Die Frage der Organisation des schweizerischen Übertragungsnetzes ist auch nach der Ablehnung des EMG offen. Das BFE fasst die zu diesem Thema im Nachgang zum abgelehnten EMG geführten Gespräche wie folgt zusammen: *„Um die Stellung gegenüber den Verhandlungspartnern in Europa zu festigen, prüfen die Übertragungsnetzbetreiber zur Zeit die Gründung einer nationalen Netzgesellschaft. In der Elektrizitätsbranche hat sich die Meinung durchgesetzt, dass eine nationale Netzgesellschaft technisch und wirtschaftlich sinnvoll ist. Die Elektrizitätsbranche sieht für diesen Schritt vorerst keine Notwendigkeit für eine gesetzliche Regelung. Während die Wirtschaftsverbände eine privatrechtliche Lösung für das schweizerische Übertragungsnetz bevorzugen, fordern die Umweltverbände und die Gewerkschaften eine möglichst umfassende Einflussnahme des Staates auf das Übertragungsnetz.“*⁴
- 6 Damit ist die Spannweite der Forderungen umrissen: Sie reicht von der freiwilligen Gründung einer Netzgesellschaft für den Betrieb des Übertragungsnetzes ohne gesetzliche Regelung bis zur Verstaatlichung der Übertragungsnetze auf Bundesebene. Dies entspricht dem Spektrum, das auch bereits in den parlamentarischen Beratungen zum EMG zum Ausdruck kam. Darauf ist nachfolgend näher einzugehen.

III. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE ZU ART. 8 EMG

- 7 Um die politischen Argumente sichtbar zu machen, die von den verschiedenen Seiten zur Organisation des schweizerischen Übertragungsnetzes vorgebracht worden sind, empfiehlt es sich, die Entstehungsgeschichte zu Art. 8 EMG in der gebotenen Kürze nachzuzeichnen.

A. Vorentwurf zum EMG

- 8 Art. 7 des Vernehmlassungsentwurfs zum EMG vom 18. Februar 1998 (VE-EMG) enthielt den folgenden Wortlaut:

Art. 7 Schweizerische Netzgesellschaft

¹Die Betreiberinnen von Übertragungsnetzen gründen bis spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes eine nationale privatrechtliche Netzgesellschaft für den Betrieb eines gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes (Schweizerische Netzgesell-

⁴ BFE, Auswertung, S. 2.

schaft). Wird die Gesellschaft nicht fristgerecht gegründet, sorgt der Bundesrat für ihre Errichtung.

²Der Bundesrat kann der Schweizerischen Netzgesellschaft nötigenfalls das Enteignungsrecht einräumen.

³Die Gesellschaft darf keine Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung und -verteilung ausüben. Ausgenommen sind der Bezug und die Lieferung von Elektrizität aus betriebsnotwendigen Gründen, insbesondere zur Netzregulierung.

- 9 Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Errichtung einer Schweizerischen Netzgesellschaft durch die Betreiberinnen von Übertragungsnetzen für die Verwirklichung eines echten Marktes, wie er mit dem EMG angestrebt wurde, notwendig sei. Diese Notwendigkeit ergebe sich einerseits aus der Gefahr der Marktverzerrung durch die heutigen Betreiberinnen der Übertragungsnetze, welche vertikal integriert sind, d.h. neben der Übertragung auch in der Produktion, Verteilung, im Handel oder Verkauf an Endkunden tätig sind. Es werde andererseits der mit der Durchleitung verbundene administrative Aufwand verringert und es würden die Verantwortlichkeiten geklärt. Die durchleitungsberechtigte Person sehe sich nicht mehr mit mehreren Betreiberinnen von Übertragungsnetzen konfrontiert, sondern habe nur noch eine Ansprechpartnerin⁵.
- 10 An sich enthielt der VE-EMG keine Bestimmungen, wonach das Eigentum an den Übertragungsnetzen zwingend in die Schweizerische Netzgesellschaft einzubringen gewesen wäre. Der gemeinsame Betrieb der Infrastruktur ist nach Art. 7 VE-EMG ausreichend. Immerhin sah Art. 7 Abs. 2 vor, dass der Bundesrat der Schweizerischen Netzgesellschaft nötigenfalls das Enteignungsrecht hätte einräumen können. Damit sollte die Möglichkeit offengehalten werden, dass die Schweizerische Netzgesellschaft die Infrastrukturanlagen auf dem Enteignungswege hätte erwerben können, sofern sich das als notwendig erwiesen hätte⁶.
- 11 In der Vernehmlassung wurden unter anderem die folgenden Forderungen laut⁷:
- Gesellschaft solle privatrechtlich sein;
 - Gesellschaft solle öffentlichrechtlich sein;
 - Eine Netzkoordinationsstelle sei genügend;
 - Die Bestimmung sei ersatzlos zu streichen (z.T. Ersatz durch Stärkung der Wettbewerbsaufsicht);
 - Der personellen und organisatorischen Unabhängigkeit solle mehr Nachdruck verliehen werden;

⁵ Erläuternder Bericht zum VE-EMG, S. 53.

⁶ Erläuternder Bericht zum VE-EMG, S. 54.

⁷ Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zum VE-EMG, S. 16 f.

- Die Gesellschaft dürfe nicht gewinnorientiert sein;
- Das Eigentum am Übertragungsnetz solle in die Gesellschaft eingebracht werden;
- Die Gesellschaft solle nur als Betreiberin des Übertragungsnetzes fungieren;
- Die Gesellschaft solle aus den bisherigen Übertragungsnetzbetreibern, den Gemeinden, Kantonen und dem Bund zusammengesetzt sein.

B. Entwurf zum EMG

12 Der Entwurf zum EMG sah die folgende Bestimmung vor:

Art. 8 Schweizerische Netzgesellschaft

¹Das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene wird von einer nationalen privatrechtlichen Gesellschaft (schweizerische Netzgesellschaft) betrieben.

²Der Bundesrat kann der schweizerischen Netzgesellschaft das Enteignungsrecht einräumen.

³Die Gesellschaft darf keine Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung und -verteilung ausüben sowie keine Beteiligungen an Unternehmen der Elektrizitätserzeugung und -verteilung besitzen. Der Bezug und die Lieferung von Elektrizität aus betriebsnotwendigen Gründen, insbesondere zur Netzregulierung, sind zulässig.

13 Die Botschaft zum EMG begründete die Schaffung einer privaten Netzgesellschaft für den Betrieb des Übertragungsnetzes mit den selben Argumenten, die schon im erläuternden Bericht zum VE-EMG enthalten waren. Ergänzt wurde die Argumentation mit dem Hinweis, dass im Falle eines Kapazitätsengpasses eine neutrale Stelle über einen allfälligen Ausbau entscheidet und nicht (wie beim Bestehen mehrerer Netzgesellschaften) die Gefahr aufkomme, dass durch einen Nichtausbau unliebsame Konkurrenten vom Hals gehalten würden⁸.

14 Die Botschaft nimmt zudem Stellung zur von der Elektrizitätswirtschaft geplanten Schaffung einer freiwilligen Netzkoordinationsstelle. Eine solche wird grundsätzlich begrüsst, weil sich der Kunde über das vorhandene Durchleitungsangebot orientieren und direkt Durchleitungsverträge abschliessen könne. Es wird indes präzisiert: *„Eine solche Netzkoordinationsstelle müsste aber in der Lage sein, die technischen Voraussetzungen und Kapazitäten zu prüfen, die Preise zu ermitteln und für die betroffenen Leitungseigentümerinnen die vertraglichen Verpflichtungen einzugehen.“*⁹

⁸ Botschaft zum EMG, S. 7435.

⁹ Botschaft zum EMG, S. 7435.

- 15 Der im Vergleich zum VE-EMG geänderte 3. Absatz bezweckt im Sinne des organisatorischen/rechtlichen Unbundling die Verhinderung von Diskriminierungen, Quersubventionierungen und anderen Wettbewerbsverzerrungen, wie sie sich aus dem natürlichen Monopol im Übertragungsnetzbereich ergeben können¹⁰.

C. Parlamentarische Beratungen zum EMG

- 16 In den parlamentarischen Beratungen zum EMG war die schweizerische Netzgesellschaft eine der umstrittensten Fragen. Dem Gutachter lagen die Protokolle der Kommissionsberatungen vor. Diese Beratungen werden in der BFE-internen Fassung dieses Gutachtens wiedergegeben. Sie sind indes geheim und fehlen daher in der vorliegenden veröffentlichten Fassung des Gutachtens. Im Folgenden werden nur die Beratungen im Plenum der beiden Kammern wiedergegeben.
- 17 Im Plenum des Nationalrates steht am 15. März 2000 der Variante des Bundesrates ein Antrag Minderheit I und ein Antrag Minderheit II gegenüber. Zusätzlich wird ein Einzelantrag Leutenegger Oberholzer eingebracht, welcher eine spezialgesetzliche AG fordert. Es setzt sich die Variante des Bundesrates durch¹¹.

Der Antrag Minderheit I¹² lautet:

Art. 8 Netzzugang

¹Der diskriminierungsfreie Zugang zu den Netzen der verschiedenen Spannungsebenen ist gewährleistet.

²Die Netzeigentümerinnen stellen dies durch eine geeignete Organisation des Netzbetriebes sicher.

Der Antrag Minderheit II¹³ lautet:

Art. 8 Nationales Übertragungsnetz

¹Die Elektrizitätsübertragung im Inland und mit dem Ausland erfolgt über ein einziges nationales Übertragungsnetz. Dessen Betrieb, Unterhalt und Ausbau erfolgt durch eine Gesellschaft, deren Rechtspersönlichkeit in diesem Gesetz geregelt ist.

²Die Führung der Gesellschaft wird einem Verwaltungsrat übertragen. Dieser setzt sich aus 15 Mitgliedern zusammen, nämlich aus:

¹⁰ Botschaft zum EMG, S. 7435.

¹¹ Vgl. AB 2000 N 275-282.

¹² Vgl. Antrag Minderheit I, AB 2000 N 275.

¹³ Vgl. Antrag Minderheit II, AB 2000 N 275.

- 3 Vertretern des Bundes, welche vom Bundesrat bezeichnet werden und diesem verpflichtet sind;
- 5 Vertretern der Kantone, welche vom Bundesrat auf Vorschlag der Kantone bezeichnet werden;
- 4 Vertretern der schweizerischen Elektrizitätserzeuger, welche auf deren Vorschlag hin vom Bundesrat bezeichnet werden;
- 3 Vertretern der schweizerischen Elektrizitätsverteiler, welche auf deren Vorschlag hin vom Bundesrat bezeichnet werden.

Der Bundesrat sorgt dafür, dass die für eine Dauer von vier Jahren gewählten und für jeweils zwei Jahre wiederwählbaren Mitglieder des Verwaltungsrates die verschiedenen Landesregionen vertreten und er nimmt bei Mandatserneuerungen die dafür notwendigen Wechsel in der personellen Zusammensetzung vor.

³Die jährlichen Voranschläge und Rechnungen, der Geschäftsbericht und die kostendeckenden Netzbenutzungsgebühren werden dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet und von diesem veröffentlicht. Der nach Abzug der Abschreibungskosten und der Rücklagen verbleibende Gewinn aus dem Netzbetrieb dient der Förderung von Stromenergie durch erneuerbare Energieträger.

⁴Die Strombeförderer sind verpflichtet, dem nationalen Netz die bestehenden Anlagen, die für dessen Betrieb unerlässlich sind, zur Verfügung zu stellen. Dem Besitzer der Anlagen wird eine Entschädigung ausgerichtet, die dem nicht abgeschriebenen Teil seiner Anlagen entspricht. Diese Entschädigung wird je nach Beschaffenheit der Anlage und normaler Abschreibungsfrist befristet.

⁵Der Bundesrat kann der netzbetreibenden Gesellschaft zur Deckung deren Bedürfnisse das Enteignungsrecht einräumen.

⁶Die netzbetreibende Gesellschaft kann keine Tätigkeiten (...) [Rest gleich wie Abs. 3 der Vorlage des Bundesrates].

Der Antrag Leutenegger Oberholzer¹⁴ lautet wie folgt:

Art. 8

¹Der Betrieb des Übertragungsnetzes auf gesamtschweizerischer Ebene obliegt einer öffentlichrechtlichen spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft (Schweizerische Netzgesellschaft, SNG), in der der Bund die kapital- und stimmenmässige Mehrheit hält.

²Die SNG ist eine nicht gewinnorientierte Gesellschaft. Allfällige Gewinne sind durch eine Anpassung der Übertragungstarife auszugleichen.

³Die Höhe des Aktienkapitals sowie Art, Nennwert und Anzahl der Beteiligungspapiere sind in den Statuten festzulegen.

⁴Kantone und Gemeinden können sich direkt oder durch Einbringung ihrer Beteiligungen am Übertragungsnetz an der Gesellschaft beteiligen.

⁵Die Organisation der SNG richtet sich nach diesem Gesetz, den aktienrechtlichen Vorschriften und den Statuten.

⁶Die SNG kann alle Rechtsgeschäfte tätigen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringt. Sie kann namentlich Grundstücke erwerben und veräussern, Mittel am Geld- und Kapitalmarkt aufnehmen und anlegen, sowie Gesellschaften gründen, sich an Gesellschaften

¹⁴ Vgl. Antrag Minderheit, AB 2000 N 1290.

beteiligen oder auf andere Weise mit Dritten zusammenarbeiten. Sie darf jedoch keine Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung und -verteilung ausüben sowie keine Beteiligungen an Unternehmen der Elektrizitätserzeugung und -verteilung besitzen. Der Bezug und die Lieferung von Elektrizität aus betriebsnotwendigen Gründen, insbesondere zur Netzregulierung sind zulässig.

⁷Der Bundesrat kann der SNG das Enteignungsrecht einräumen.

Im Plenum des Ständerates vom 4. Oktober 2000 setzt sich die Variante des Bundesrates ebenfalls gegen den Antrag der Minderheit durch¹⁵.

Der Antrag der Minderheit¹⁶ lautet wie folgt:

Art. 8 Netzzugang

¹Der diskriminierungsfreie Zugang zu den Netzen der verschiedenen Spannungsebenen ist gewährleistet.

²Die Netzeigentümerinnen stellen dies durch eine geeignete Organisation des Netzbetriebes sicher.

³ *Streichen*

⁴ *Streichen*

D. Referendumsvorlage zum EMG

18 Die Referendumsvorlage zum EMG, die am 22. September 2002 zur Abstimmung kam und verworfen wurde, enthielt in Bezug auf die Netzgesellschaft insgesamt die folgenden Bestimmungen:

Art. 8 Schweizerische Netzgesellschaft

¹Das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene wird von einer nationalen privatrechtlichen Gesellschaft (schweizerische Netzgesellschaft) betrieben.

²Der Bundesrat kann ihr das Enteignungsrecht einräumen.

³Die Gesellschaft darf weder Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung und -verteilung ausüben noch Beteiligungen an Unternehmen der Elektrizitätserzeugung und -verteilung besitzen. Sie beschränkt sich ausschliesslich auf ihre Aufgabe als Netzbetreiberin des Übertragungsnetzes. Der Bezug und die Lieferung von Elektrizität aus betriebsnotwendigen Gründen, insbesondere zur Netzregulierung, sind zulässig.

⁴Der Bundesrat kann einen Anteil von Elektrizität aus erneuerbaren Energien festlegen, den die Gesellschaft für den Betrieb des Übertragungsnetzes zur Erfüllung der Aufgaben nach Artikel 10 einsetzen muss.

¹⁵ Vgl. AB 2000 S 680-683.

¹⁶ Vgl. Antrag Minderheit, AB 2000 S 680.

Art. 9 Organisation der schweizerischen Netzgesellschaft

¹Die schweizerische Netzgesellschaft ist als Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz zu organisieren.

²Bund und Kantone ist in den Statuten das Recht einzuräumen, je einen Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen.

³Mehr als die Hälfte der Aktien sind als vinkulierte Namenaktien auszugeben.

⁴Die Gesellschaft muss schweizerisch beherrscht sein.

⁵Die Statuten und deren Änderung bedürfen der Genehmigung durch den Bundesrat.

Art. 30 Gründung der schweizerischen Netzgesellschaft

¹Die Betreiberinnen von Übertragungsnetzen gründen bis spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes die schweizerische Netzgesellschaft (Art. 8 und 9). Wird die Gesellschaft nicht fristgerecht gegründet, so sorgt der Bundesrat für ihre Errichtung.

²Bis zum Zeitpunkt der Gründung gilt Artikel 5 Absatz 3 auch für den Betrieb des Übertragungsnetzes.

IV. DIE FRAGE DER NETZGESELLSCHAFT IM KONTEXT DER LIBERALISIERUNG

- 19 Die Fragen nach Zulässigkeit und Schranken einer schweizerischen Netzgesellschaft lassen sich nicht isoliert betrachten. Sie kamen im Zusammenhang mit der Schaffung des EMG auf, welches die Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes in der Schweiz bezweckt hätte¹⁷.
- 20 In der klassischen Branchenorganisation, d.h. vor Einsetzen der Liberalisierungstendenzen, ist die Stromwirtschaft weitgehend vor Wettbewerb geschützt. Gebietsmonopole verhindern die Wahlfreiheit der Nachfrager. Häufig wird die Stromversorgung von integrierten Monopolunternehmen wahrgenommen¹⁸. Das bedeutet, dass Produktion, Übertragung, Verteilung, Handel und Verkauf an Endkunden vom gleichen Unternehmen oder mittels langfristiger Exklusivverträge verbundener Unternehmen angeboten werden. Konsumenten und Verteiler verfügen über wenig Marktfreiheit¹⁹.
- 21 Hintergrund dieser Branchenstruktur ist im Wesentlichen, dass Bau und Betrieb von Elektrizitätsnetzen wirtschaftlich den Charakter eines natürlichen Monopols haben. Ein natürliches Monopol liegt dann vor, wenn ein einziges Unternehmen in der Lage ist, den relevanten Markt

¹⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 EMG.

¹⁸ WEBER, Neustrukturierung, S. 911 f.; BODMER/BORNER, S. 27; RECHSTEINER, S. 65.

¹⁹ Vgl. KARTELLKOMMISSION, Elektrizitätsmarkt, S. 135; WILD, S. 23; RECHSTEINER, S. 65; BISCHOF, S. 12; WEBER, Neustrukturierung, S. 912 ff.

zu niedrigeren kostendeckenden Preisen zu versorgen, als dies für zwei oder mehrere Unternehmen möglich wäre²⁰. Der Bau mehrerer Netze in einem Versorgungsgebiet ist grundsätzlich ineffizient. Das natürliche Monopol ist eine der aus ökonomischer Sicht anerkannten Konstellationen, in der die Marktkräfte selbst den Wettbewerb ausschalten, was staatliche Lenkung erforderlich machen kann²¹.

- 22 Der technische Fortschritt ermöglicht heute, dass Netzinfrastrukturen durch mehrere Anbieter von Produkten (hier also elektrische Energie), die über die Netze vertrieben werden können, gleichzeitig genutzt werden²². Das ist die Basis für die Schaffung von Netznutzungsrechten für Drittanbieter (Durchleitungsrechte, Third Party Access). Durch diese wettbewerbsrechtliche Öffnung der Netznutzung lässt sich das natürliche Monopol auf den Netzbetrieb einengen. Das Grundkonzept der internationalen Liberalisierungsdiskussion besteht darin, dass die dem Wettbewerb zugänglichen Bereiche liberalisiert und die monopolistischen Strukturen auf den Bereich des natürlichen Monopols im Netzbetrieb beschränkt werden. Für den gesamten Strommarkt gesprochen, handelt es sich somit eigentlich nicht um eine Liberalisierung, sondern um eine Aufspaltung in Marktbereiche. Liberalisiert werden nur die Bereiche Stromproduktion und Handel inklusive Verkauf an Endkunden. Die Bereiche des Betriebs eines Übertragungs- oder Verteilnetzes bleiben monopolistisch organisiert.
- 23 Im Monopolbereich nehmen die Regulierungsdichte und die Anforderungen an die Regulierung in einem liberalisierten Markt deutlich zu²³. Ein Hauptgrund dafür liegt im Umstand, dass für Netzbetreiber wirtschaftliche Anreize bestehen, ihre auf dem natürlichen Monopol gegründete Marktmacht missbräuchlich auszunutzen, indem im Monopolbereich überhöhte Preise verlangt werden und/oder der Wettbewerb in den vor- (Erzeugung) und nachgelagerten (Handel und Vertrieb) Marktstufen verfälscht wird. Die Gefahr von Marktverzerrungen ist da besonders gross, wo Unternehmen sowohl im Monopol- wie auch im Marktbereich tätig, d.h. sog. vertikal integriert sind. Sie haben den Anreiz, Gewinne aus dem Monopolbereich in den Marktbereich zu verlagern (sog. Quersubventionierung). Dadurch werden sie im Marktbereich dank tieferer Preise kompetitiver. Im Monopolbereich können überhöhte Preise verrechnet werden, weil die Kunden keine Wahlfrei-

²⁰ Vgl. etwa POSNER, S. 377 ff.; WILD, S. 35; siehe weiter Hinweise bei RECHSTEINER, S. 6, Fn. 13.

²¹ Vgl. KASERMAN/MAYO, S. 9; WILD, S. 36 ff.; siehe weitere Hinweise RECHSTEINER, S. 7, Fn. 19.

²² Vgl. ZÄCH, S. 8.

²³ Vgl. RECHSTEINER, S. 7 m.w.H.; Botschaft zum EMG, S. 7390 f.

heit haben. Natürliche Monopole sind daher eine Ursache für Marktversagen, das in der Regel regulatorische Eingriffe erfordert²⁴.

- 24 Für die Regulierung der Elektrizitätswirtschaft, insbesondere des natürlichen Monopolbereichs, in einem liberalisierten Umfeld hat sich international ein Kanon von Regulierungsinstrumenten entwickelt. Dieser umfasst die folgenden Kernelemente: (1.) Diskriminierungsfreier Netzzugang (Third Party Access, Durchleitungsrecht); (2.) Unbundling und Verhinderung von Quersubventionierung; (3.) Unabhängige Regulierungsbehörde²⁵.
- 25 Diese drei Kernelemente waren auch im EMG vorgesehen. Art. 5 EMG enthielt die Pflicht zur diskriminierungsfreien Durchleitung²⁶. Art. 7 EMG sah die Pflicht zum buchhalterischen Unbundling für Verteilnetzbetreiber vor. Die getrennten Kostenrechnungen sollten als Basis für die Preiskontrolle Diskriminierungen, Quersubventionierungen und Wettbewerbsverzerrungen verhindern²⁷. Für den Betrieb des Übertragungsnetzes, um den es vorliegend geht, war die Zusammenfassung in einer schweizerischen Netzgesellschaft vorgesehen²⁸. Das dritte Instrument im EMG war die Schaffung einer unabhängigen Regulierungsbehörde, der Schiedskommission nach Art. 15 EMG. Ihre Hauptaufgabe wäre die Entscheidung von Durchleitungsstreitigkeiten und die Überwachung der Durchleitungsvergütungen gewesen²⁹.
- 26 Neben diesen primären regulatorischen Instrumenten waren noch weitere Instrumente vorgesehen, die unter dem Titel des Service Public ein volkswirtschaftlich gewünschtes Leistungsniveau sicherstellen sollten. Das umfasste allgemein die Pflicht der Netzbetreiber, den Netzzun-terhalt und -ausbau sicherzustellen³⁰. Weiter war auch eine allgemeine Netzanschlusspflicht und die Möglichkeit, im kantonalen Recht Netzanschlusspflichten ausserhalb des Netzgebietes zur Vermeidung verwaister Gebiete zu verankern, vorgesehen³¹. Eine wichtige Stellung

24 VON BÜREN/MARBACH, S. 278; BODMER/BORNER, S. 30 ff.; siehe zu den Gründen des Marktversagens im Bereich natürlicher Monopole: POSNER, S. 379.

25 Vgl. zu den Regulierungsinstrumenten: CAMERON, S. 24; EU-Commission, Energy market, S. 4 ff; WEBER, Neustrukturierung, S. 928 ff.

26 Botschaft zum EMG, S. 7430.

27 Botschaft zum EMG, S. 7433.

28 Art. 8 EMG; Botschaft zum EMG, S. 7434.

29 Botschaft zum EMG, S. 7440.

30 Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a EMG; Botschaft zum EMG, S. 7436.

31 Vgl. Art. 11 Abs. 2 und Abs. 4 EMG; Botschaft zum EMG, S. 7437.

nahmen im EMG auch die umweltpolitisch motivierten Bestimmungen ein, auf die hier aber nicht näher einzugehen ist.

27 Diese Übersicht zeigt, dass die hier interessierende Frage der Zulässigkeit und Schranken einer schweizerischen Netzgesellschaft für die Übertragungsnetze nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern im Kontext zu sehen ist. Dies in einem doppelten Sinne: Zunächst ist Anlass für die Frage der Organisation des schweizerischen Übertragungsnetzes die angestrebte Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes, welche in einem gewissen Umfang eine Regulierung des Netzbereichs erforderlich erscheinen lässt. Sodann besteht eine Wechselwirkung zwischen den einzelnen Regulierungsinstrumenten, die in einem liberalisierten Markt zum Zuge kommen sollen. Die Organisation des Übertragungsnetzes kann nicht unabhängig von der Ausgestaltung und insbesondere den Kompetenzen und Sanktionsmöglichkeiten des unabhängigen Regulators gesehen werden. Diese Regelungen müssen aufeinander abgestimmt sein.

28 Sowohl die Ausgestaltung des Elektrizitätsmarktes im Allgemeinen wie auch der einzelnen Regulierungsinstrumente im Besonderen stehen zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Gutachtens im politischen Meinungsbildungsprozess. Das vorliegende Gutachten kann daher nicht eine konkrete vom Gesetzgeber vorgeschlagene Lösung untersuchen. Es kann indes auch nicht Aufgabe eines juristischen Gutachtens sein, eine solche Lösung vorzuschlagen. Die Aufgabe muss sich darauf konzentrieren, die rechtlichen Rahmenbedingungen und Grenzen für die Organisation des schweizerischen Übertragungsnetzes aufzuzeigen.

29 Zu diesem Zweck sollen die vorne unter Ziff. III dargestellten politischen Forderungen zunächst systematisiert und geordnet werden. Die Forderungen, welche die Organisation der Übertragungsebene betreffen, beinhalten die folgenden Kernelemente:

1. Unbundling (buchhalterisches / organisatorisches / rechtliches / eigentumsmäßiges)
2. Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft
3. Bestimmungen zur Organisation der privaten Netzgesellschaft
4. Verstaatlichung der Übertragungsebene

Diese Massnahmen sollen im Folgenden einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen werden. Diese Prüfung beginnt mit der Frage, ob dem Bund für solche Massnahmen eine genügende Verfassungskompetenz zusteht.

V. REGELUNGSKOMPETENZEN DES BUNDES BETREFFEND ÜBERTRAGUNGSNETZE

- 30 Art. 3 BV begründet einen Verfassungsvorbehalt, wonach dem Bund eine Regelungskompetenz für einen bestimmten Bereich nur zusteht, wenn sie ihm durch eine Einzelermächtigung in der Verfassung erteilt worden ist³². Diese Kompetenzen müssen sich nicht unbedingt explizit, sondern können sich auch implizit aus der Verfassung ergeben, wobei bei der Annahme ungeschriebener Bundeskompetenzen Zurückhaltung geboten ist³³.
- 31 Es ist demnach zunächst zu prüfen, ob für die unter Ziff. 29 genannten Massnahmen eine Bundeskompetenz vorhanden ist. Nach Art. 91 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie. Die Botschaft zum EMG stützt sich im Wesentlichen auf den vorgenannten Verfassungsartikel und auf ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz über die verfassungsmässigen Kompetenzen des Bundes im Bereich der Elektrizitätswirtschaft³⁴. Nach der Ansicht des Bundesamtes für Justiz gewährt Art. 91 Abs. 1 BV, respektive Art. 24quater Abs. 1 aBV, dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum, welche Gegenstände er regeln will³⁵. Das Gutachten bejaht insbesondere mit Verweis auf die analoge Regelung in Art. 87 BV, resp. Art. 26bis aBV, welcher die Bundeskompetenzen im Bereich der Verkehrsträger begründet, die grundsätzliche Zulässigkeit der Monopolisierung der Übertragung von Elektrizität³⁶.
- 32 Immerhin ist anzufügen, dass die Formulierungen von Art. 87 BV (Verkehrsträger) und 91 Abs. 1 BV (Transport von elektrischer Energie) heute m.E. in einer nicht unbedeutenden Nuance abweichen. Art. 87 BV erklärt die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr und weitere Verkehrsträger zur „Bundessache“, wohingegen Art. 91 BV nur davon spricht, dass der Bund über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie „Vorschriften erlässt. Der Wortlaut lässt es daher m.E. als zweifelhaft erscheinen, ob für den Elektrizitätstransport eine Bundeskompetenz für eine Monopolisierung vorliegt. Zudem wird in der staat-

32 SCHWEIZER, Art. 3 BV, Rz. 10.

33 SCHWEIZER, Art. 3 BV, Rz. 11.

34 BJ, Bundeskompetenzen, insb. S. 21.

35 BJ, Bundeskompetenzen, S. 19; vgl. auch JAGMETTI, Art. 24quater aBV, Rz. 3.

36 BJ, Bundeskompetenzen, S. 23; zustimmend mit Verweis auf die Botschaft zum EMG: SCHAFFHAUSER, Art. 91 BV, Rz. 3.

srechtlichen Literatur der Transport elektrischer Energie regelmässig nicht unter dem Titel der zulässigen Bundesmonopole aufgeführt³⁷. Jagmetti weist in seiner Kommentierung zu Art. 24quater aBV allerdings darauf hin, dass die Bestimmung offen sei und dem Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum belasse³⁸. Der Botschaft zur neuen BV sind keine Hinweise zu entnehmen, dass man von diesem Verständnis abweichen wollte³⁹. Der Wortlaut des Verfassungsentwurfs stimmt mit dem der geltenden Verfassung überein, auch wenn Art. 74 des Verfassungsentwurfs in verschiedene Bestimmungen aufgeteilt worden ist⁴⁰.

- 33 M.E. ist die entscheidende Bundeskompetenz für die Neuordnung der Elektrizitätswirtschaft, die auf einer Re-Regulierung im Bereich der natürlichen Monopole basiert, in Art. 96 Abs. 1 BV zu sehen, welcher den Bund ermächtigt, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Unter die „anderen Wettbewerbsbeschränkungen“ fällt auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, etwa gestützt auf ein natürliches Monopol⁴¹. Daraus folgt, dass das Hauptgewicht der verfassungsrechtlichen Prüfung weniger auf der Frage des grundsätzlichen Vorhandenseins der Regelungskompetenz des Bundes, sondern vielmehr auf der Frage der (grundrechtlichen) Zulässigkeit der einzelnen Massnahmen liegen muss⁴². Der Gesetzgeber ist in der Wahl der Mittel zur Bekämpfung von volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Marktmacht relativ frei. Entscheidend ist, dass die Mittel zielkonform und verhältnismässig ausgestaltet und angewendet werden⁴³.
- 34 In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass Art. 89 Abs. 5 BV ausdrücklich das Subsidiaritätsprinzip im Bereich der Energiepolitik verankert. Dies erhöht die Anforderungen an eine Monopolisierung oder Verstaatlichung in diesem Bereich⁴⁴. Das Subsidiaritäts-

³⁷ Vgl. etwa HÄFELIN/HALLER, Rz. 717; RHINOW, Art. 31 aBV, Rz. 135, der die wiedergegebene Aufzählung als mit der einhelligen Lehre übereinstimmend bezeichnet; a.M. Schaffhauser, Art. 91 BV, Rz. 3, der sich dabei auf die Botschaft zum EMG abstützt.

³⁸ JAGMETTI, Art. 24quater aBV, Rz. 6.

³⁹ Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, Sonderdruck, 1996, 269 f.

⁴⁰ Art. 74 des bundesrätlichen Verfassungsentwurfs entspricht heute Art. 90 und 91 der BV.

⁴¹ JAKOBS, Art 96 BV, Rz. 17.

⁴² Vgl. RECHSTEINER, S. 128 ff.; GYGI/RICHLI, S. 151; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, S. 427 und zum gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum für die Kartellrechtsgesetzgebung, S. 431.

⁴³ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, S. 432 m.w.H; JAKOBS, Art. 96 BV, Rz. 18.

⁴⁴ Vgl. SCHAFFHAUSER, Art. 89 BV, Rz. 12.

prinzip gebietet Zurückhaltung nicht nur gegenüber den Privaten, sondern auch gegenüber den kantonalen Kompetenzen. Insgesamt betrifft die Neuregelung der Elektrizitätswirtschaft die föderalistische Struktur, weil die Elektrizitätswirtschaft bisher stark kantonal geprägt war.

VI. GRUNDRECHTLICHE PRÜFUNG

35 Die hier zur Diskussion stehenden Regulierungsmassnahmen beschränken die Freiheit der heutigen Betreiber und Eigentümer der Übertragungsnetze in unterschiedlichem Ausmass⁴⁵. Betroffen sind primär die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsfreiheit. Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob die Einschränkung dieser Grundrechte durch die einzelnen Massnahmen verfassungsrechtlich zulässig ist.

A. Die Wirtschaftsfreiheit

1. Institutioneller und individualrechtlicher Aspekt der Wirtschaftsfreiheit

36 In der Wirtschaftsfreiheit wird eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine marktwirtschaftlich organisierte Wirtschaft erblickt⁴⁶. Insofern wird vom institutionellen Aspekt der Wirtschaftsfreiheit gesprochen. Gerade das Verhältnis der Wirtschaftsfreiheit zum Kartellrechtsartikel in Art. 96 BV belässt dem Gesetzgeber aber einen erheblichen Gestaltungsspielraum⁴⁷.

37 Der individualrechtliche Aspekt bietet Schutz gegen staatliche Massnahmen, welche in die Wirtschaftsfreiheit des Einzelnen als Freiheitsrecht eingreifen⁴⁸.

2. Sachlicher Schutzbereich

38 Das Schutzobjekt der Wirtschaftsfreiheit umfasst die freie wirtschaftliche Betätigung in einem umfassenden Sinn. Darunter fällt jede privatwirtschaftliche Tätigkeit, die auf die Erzielung eines Gewinns ausgerich-

⁴⁵ Die schweizerischen Übertragungsnetzbetreiber sind: im Axpo-Verbund: NOK, CKW, EGL; sowie: BKW, Atel, EWZ, EOS. Daneben gibt es noch weitere Unternehmen mit Übertragungsnetzen, etwa die Rätia Energie.

⁴⁶ Vgl. Art. 94 BV; MÜLLER J.P., Grundrechte, S. 637 f.; RHINOW, Art. 31 aBV, Rz. 43; GYGI/RICHLI, S. 61.

⁴⁷ Vgl. MÜLLER J.P., Grundrechte, S. 637, Fussnote 25; vgl. auch vorne Ziff. V, S. 16.

⁴⁸ Vgl. etwa MÜLLER J.P., Grundrechte, S. 639.

tet ist. Im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere die freie Wahl der Organisationsform, die freie Wahl der Produktionsmittel und die freie Wahl der Geschäftsbeziehungen von Relevanz⁴⁹. Unter diesen Schutz fällt grundsätzlich auch die Elektrizitätswirtschaft und insbesondere die vorliegend relevante Übertragung von Elektrizität⁵⁰.

- 39 Nicht erfasst ist generell die Tätigkeit in Erfüllung von staatlich übertragenen öffentlichrechtlichen Aufgaben oder eine Tätigkeit im rechtlichen Monopolbereich⁵¹. Darunter können auch öffentlichrechtlich übertragene Aufgaben im Bereich der Versorgung mit elektrischer Energie fallen⁵². Auf Bundesebene werden keine öffentlichrechtlichen Aufgaben an Übertragungsnetzbetreiber übertragen⁵³. Soweit überblickbar könnte einzig im Zusammenhang mit dem NOK-Gründungsvertrag eine kantonale öffentlichrechtliche Aufgabe im Bereich der Übertragungsnetze diskutiert werden⁵⁴. Die Frage kann hier indessen nicht vertieft werden. Die kantonalrechtlichen Normen betreffen ansonsten nicht die Übertragung, sondern, soweit sie überhaupt bestehen, die Verteilung und die Versorgung von Endkunden⁵⁵. Die Übertragung von Elektrizität fällt damit nach heutigem Recht grundsätzlich in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit⁵⁶.

3. Persönlicher Schutzbereich

- 40 Träger der Wirtschaftsfreiheit sind neben den natürlichen Personen grundsätzlich alle inländischen juristischen Personen des Privatrechts⁵⁷. Das Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden) kann sich im Allge-

⁴⁹ VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 18; BGE 125 I 277; 118 Ib 356.

⁵⁰ WEBER, Energie und Kommunikation, S. 947; JAGMETTI, Art. 24quater aBV, Rz. 18; RICHLI, Netzgesellschaft, S. 8; RENTSCH, S. 26; STRUB, S. 149.

⁵¹ VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 9; BGE 124 I 297 (Notare); BGE 96 I 204 (konzessionierte Kaminfeger). HÄFELIN/HALLER, Rz. 632.

⁵² BJ, Bundeskompetenzen, S. 9; WELTERT, S. 143.

⁵³ RENTSCH, S. 201.; FUCHS, S. 54; Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, S. 9; WALDMANN, S. 13.

⁵⁴ Vgl. dazu Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, Detailtabellen nach Themen, Ziff. 2.3 Versorgungspflicht der Elektrizitätsunternehmen.

⁵⁵ Vgl. Insitut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, S. 10 ff.

⁵⁶ Vgl. auch WALDMANN, S. 13.

⁵⁷ VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 30.

meinen nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen⁵⁸. Wie die in unterschiedlicher Form vorkommenden öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu behandeln sind, ist umstritten⁵⁹. Nach der einen Auffassung schützt die Wirtschaftsfreiheit nur die privatwirtschaftliche Tätigkeit, also nur das Wirtschaften der Privaten⁶⁰. Nach anderer Auffassung können sich auch staatliche Institutionen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, wenn sie wie ein privates Rechtssubjekt am Wettbewerb teilnehmen⁶¹. Die Frage ist nicht entschieden, wenn auch die letzte Meinung vorzuherrschen scheint⁶². Die Frage kann vorliegend insofern offen bleiben, als jedenfalls die Atel, welche nicht staatlich beherrscht ist⁶³, sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann. Die Atel ist eine direkte Konkurrentin zu den anderen Übertragungsnetzbetreibern in der Schweiz, die mehrheitlich von der öffentlichen Hand beherrscht sind⁶⁴. Das zeigt, dass es der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht würde, auf formelle Kriterien wie die Mehrheitsbeteiligung durch die öffentliche Hand abzustellen und davon den Schutz durch die Wirtschaftsfreiheit abhängig zu machen. Ein funktionaler Ansatz, den GYGI/RICHLI wählen, scheint den Realitäten eher gerecht zu werden. Danach kann sich der Staat (oder eine staatliche Institution) auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, wenn er wie ein Privatrechtssubjekt am Wettbewerb teilnimmt⁶⁵. VALLENDER weist daher zurecht darauf hin, dass die Grenzziehung parallel zur Rechtsprechung zu Art. 2 und 3 KG zu erfolgen hat⁶⁶. Die Referendumsvorlage zum geänderten Kartellgesetz sieht neu vor,

58 VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 32.

59 Offen gelassen für die Swisscom, welche als zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe konzessionierte gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft konstituiert ist, an welcher der Bund von Gesetzes wegen die kapital- und stimmenmässige Mehrheit hält (Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes, Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG [SR 784.11] in BGE 127 II 8, S. 17).

60 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, S. 109; differenzierend RHINOW, Art. 31 aBV, Rz. 102.

61 GYGI/RICHLI, S. 68; MÜLLER J.P., Grundrechte, S. 646.

62 Vgl. dazu VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 32; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, S. 783.

63 An der Atel AG sind die Motor-Columbus AG mit 56.7 Prozent der Kapital- und Stimmrechte beteiligt, siehe dazu: <http://www.atel.ch/investors/Aktie/Aktionaer/index.jsp>. Die Motor-Columbus wird ihrerseits zu 75.6 Prozent von der UBS gehalten, vgl. Information über an der SWX gelistete Firmen unter: www.swx.ch.

64 Die NOK sind eine 100 Prozent Tochter der Axpo Holding AG, welche zu 100 Prozent in der Hand von Kantonen oder Kantonswerken ist, vgl. dazu Geschäftsbericht 2001/2002 der Axpo Holding AG, S. 70; der Kanton Bern als grösster Aktionär der BKW FMB Energie AG will seine Beteiligung um 9 % auf 51 % reduzieren, NZZ vom 23. Mai 2003. Die EOS wird zu 100 Prozent von der Stadt Lausanne und verschiedenen öffentlichen Elektrizitätsversorgern gehalten, Geschäftsbericht 2001-2002 EOS Holding, S. 11; vgl. auch JAGMETTI, Art. 24quater aBV, Rz. 29.

65 Siehe Fn. 61.

66 VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 32; siehe dazu auch BGE 127 II 32 (SMA) und die Bemerkungen dazu von AMSTUTZ, S. 248, insb. S. 255.

dass als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes alle Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess gelten, unabhängig von deren Rechts- und Organisationsform⁶⁷. Wer dem Kartellgesetz untersteht, sollte sich grundsätzlich auch auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können. Demnach ist davon auszugehen, dass die Betreiber des schweizerischen Übertragungsnetzes, soweit sie nicht „Private“ sind, jedenfalls wie Private am Wettbewerb teilnehmen und von den zur Frage stehenden Bestimmungen des Bundes wie eine Privatperson betroffen wären und grundrechtlichen Schutz geniessen⁶⁸. Auf die Einzelheiten der betroffenen Unternehmen ist im Rahmen dieses Gutachtens nicht einzugehen.

- 41 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im europäischen Recht die Mitgliedstaaten weder die privaten noch die öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen diskriminieren dürfen; die Unternehmen sind gleich zu behandeln⁶⁹.

4. Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit

- 42 Die Wirtschaftsfreiheit gilt nicht unbeschränkt, sondern kann unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden. Eingriffe bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen sich auf ein öffentliches Interesse stützen, zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismässig sein und müssen den Kerngehalt des Grundrechts respektieren⁷⁰. Für die Wirtschaftsfreiheit ist zudem speziell zu beachten, dass die geplante Massnahme auch die Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten gewährleistet⁷¹. Diese Voraussetzungen sind im Folgenden für die verschiedenen zur Diskussion stehenden Massnahmen gesondert zu prüfen.

⁶⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1bis KG in der Fassung vom 20. Juni 2003, BBl 2003, 4517 (Ablauf der Referendumsfrist: 9. Oktober 2003).

⁶⁸ Siehe auch RICHLI, Netzgesellschaft, S. 5.

⁶⁹ EG-Binnenmarktrichtlinie für Strom, Art. 3 Abs. 1 (Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. EG 1997 L 27/20 ff.); TÖDTMANN, S. 7.

⁷⁰ Art. 36 BV; HÄFELIN/HALLER, Rz. 302.

⁷¹ Vgl. etwa HÄFELIN/HALLER, Rz. 676 ff; VALLENDER, Art. 26 BV, Rz. 34.

5. Unbundling

- 43 Unter Unbundling oder Entflechtung wird verstanden, dass die Bereiche, welche den Charakter eines natürlichen Monopols haben, also die Übertragungs- und Verteilnetze, von den wettbewerblichen Bereichen, also Stromproduktion, Handel und Vertrieb, in einem Unternehmen getrennt werden. Ohne Entflechtung besteht ein Anreiz, die marktbeherrschende Stellung im Netzbereich auszunutzen, was zu Marktverzerrungen in den vor- und nachgelagerten Märkten der Produktion, des Handels und des Vertriebs führen kann⁷².
- 44 Unbundling kann in unterschiedlicher Schärfe vorgeschrieben werden. Die mildeste Massnahme ist das bloss **buchhalterische Unbundling**: dieses verlangt einzig, dass Unternehmen getrennte Konten für die Übertragungsnetze und Verteilnetze führen. Das buchhalterische Unbundling war die Minimalanforderung, die das EMG den Verteilnetzbetreibern auferlegt hätte⁷³. Das entspricht auch den Anforderungen der bisherigen EG-Binnenmarktrichtlinie für Strom, welche ebenfalls ein buchhalterisches Unbundling für die Verteilnetzbetreiber vorsieht⁷⁴.
- 45 Das **organisatorische Unbundling** geht einen Schritt weiter, indem gefordert wird, dass das Netz als verwaltungsmässig unabhängige Abteilung innerhalb eines Unternehmens geführt wird⁷⁵. Das ist die Mindestanforderung, welche die EG-Binnenmarktrichtlinie Strom für den Bereich der Übertragungsnetze vorsieht⁷⁶.
- 46 Eine weitere Stufe ist das **rechtliche Unbundling**; es verlangt, dass der Netzbereich rechtlich verselbständigt wird. Die Eigentümerschaft wird davon nicht berührt. Das heisst, die Netze können in einer Tochtergesellschaft sein, deren Muttergesellschaft auch andere Aktivitäten, insbesondere Stromproduktion und -handel betreibt⁷⁷. Das rechtliche Unbundling ist nun in der geänderten EG-Binnenmarktrichtlinie für Elektrizität für die Übertragungsnetzbetreiber vorgeschrieben worden⁷⁸. Art. 10 Ziff. 1 der Richtlinie lautet wie folgt:

⁷² Vgl. oben Ziff. 28; RECHSTEINER, S. 153; BISCHOF, S. 91; WILD/VATERLAUS, S. 14.

⁷³ Vgl. Art. 7 Abs. 7 EMG; Botschaft zum EMG, S. 7433.

⁷⁴ Vgl. Art. 14 EG-Binnenmarktrichtlinie für Strom; RECHSTEINER, S. 29 f.

⁷⁵ Vgl. WILD/VATERLAUS, S. 14.

⁷⁶ Art. 7 Ziff. 6 EG-Binnenmarktrichtlinie für Strom; RECHSTEINER, S. 28 f.

⁷⁷ Vgl. WILD/VATERLAUS, S. 14.

⁷⁸ Richtlinie 2003/54/EG vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, L 176/45.

„Gehört der Übertragungsnetzbetreiber zu einem vertikal integrierten Unternehmen, so muss er zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen sein, die nicht mit der Übertragung zusammenhängen. Diese Bestimmungen begründen keine Verpflichtung, eine Trennung in Bezug auf das Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens an Vermögenswerten des Übertragungsnetzes vorzunehmen.“

- 47 Die Richtlinie enthält zudem Vorschriften, welche die tatsächliche Unabhängigkeit der Geschäftspolitik der Übertragungsnetzbetreiber durch bestimmte Mindestkriterien sicherstellen sollen. Das umfasst insbesondere eine personelle Entflechtung der Bereiche, die unabhängige Entscheidungsgewalt über den Netzausbau und -unterhalt und die Verpflichtung zum Erlass von Massnahmen zum Ausschluss von Diskriminierungen⁷⁹.
- 48 Zur Begründung der verschärften Unbundling-Vorschriften für Übertragungsnetzbetreiber wird angeführt, dass zur Gewährleistung eines nichtdiskriminierenden Netzzugangs die Unabhängigkeit des Übertragungsnetzes von grösster Bedeutung sei. Dies wird auch im Zusammenhang mit dem internationalen Transit betont⁸⁰. Die mildereren Vorschriften der ursprünglichen Richtlinien haben sich demnach als ungenügend erwiesen.
- 49 Die schärfste Form des Unbundling ist die **eigentumsmässige Entflechtung**: sie verlangt, dass das Netz nicht im (auch mittelbaren) Eigentum von Unternehmen stehen darf, die sich auch in der Stromproduktion und im Handel betätigen⁸¹. Die EG-Binnenmarktrichtlinien verlangen die eigentumsmässige Entflechtung auch in der verschärften neuen Fassung nicht. Die Vorschriften des EMG zur schweizerischen Netzgesellschaft für den Betrieb der Übertragungsnetze sind als eine Zwischenform zwischen dem rechtlichen und dem eigentumsmässigen Unbundling zu beurteilen, jedenfalls soweit es um die Frage der Entflechtung geht. Nach einer Übergangsphase hätte der Betrieb der Übertragungsnetze von der Netzgesellschaft übernommen werden müssen. Das ist insofern rechtliches Unbundling. Das Eigentum an den Netzen hätte bei den heutigen Eigentümern, den Überlandwerken ver-

⁷⁹ Vgl. Art. 10 Ziff. 2 lit. a-d der Richtlinie 2003/54/EG.

⁸⁰ Ziff. 8 der Erwägungen zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt, KOM(2002) 304 (endgültig); vgl. auch Ziff. 8 - 10 der Erwägungen der Richtlinie 2003/54/EG.

⁸¹ WILD/VATERLAUS, S. 14.

bleiben können. Der Netzgesellschaft sollte aber das Enteignungsrecht eingeräumt werden können. Überdies wären die Überlandwerke für die Gründung der Netzgesellschaft verantwortlich gewesen⁸². Die Bestimmungen gingen also doch schon über das rein rechtliche Unbundling hinaus und enthielten Ansätze einer vollständigen eigentumsmäßigen Entflechtung.

5.1. Gesetzliche Grundlage

50 Das Gutachten beschäftigt sich mit den verfassungsrechtlichen Schranken einer bundesgesetzlichen Regelung des Übertragungsnetzbereichs. Es ist damit von einer Verankerung von Unbundling-Vorschriften in einem formellen Bundesgesetz auszugehen. Ein Bundesgesetz erfüllt als formelles Gesetz die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage. Für schwere Grundrechtseingriffe, wie sie beim Unbundling, jedenfalls in den schärferen Formen, zur Diskussion stehen⁸³, ist die Normierung auf formell-gesetzlicher Ebene auch erforderlich⁸⁴.

5.2. Öffentliches Interesse

51 Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein⁸⁵. Art. 89 BV anerkennt das öffentliche Interesse an einer „ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung“. Die Neuregulierung der Elektrizitätswirtschaft soll diesem Ziel dienen. Primäres Ziel ist die Stärkung der Wirtschaftlichkeit der Energieversorgung. Gleichzeitig soll aber auch mit Regulierungsmassnahmen die ausreichende und sichere Versorgung gewährleistet werden. Zu nennen ist zudem das öffentliche Interesse, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen durch den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, wie sie sich im Netzbereich ergeben können, zu bekämpfen⁸⁶. Das Unbundling in allen hier zur Diskussion stehenden Formen verfolgt diese Stossrichtung und ist daher durch ein genügendes öffentliches Interesse gedeckt.

⁸² Vgl. Art. 8, 9 und 30 EMG; Botschaft zum EMG, S. 7434.

⁸³ Vgl. oben Rz. 29.

⁸⁴ HÄFELIN/HALLER, Rz. 310; SCHWEIZER, Art. 36 BV, Rz. 10.

⁸⁵ HÄFELIN/HALLER, Rz. 313; SCHWEIZER, Art. 36 BV, Rz. 17 ff.

⁸⁶ Art. 96 Abs. 1 BV.

5.3. Verhältnismässigkeit

52 Die im öffentlichen Interesse liegenden Grundrechtseingriffe müssen verhältnismässig sein. Das heisst sie müssen geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinne, d.h. zumutbar, sein⁸⁷.

5.3.1. Eignung

53 Die Eignung setzt voraus, dass eine Massnahme den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck erreichen kann⁸⁸.

54 Die Eignung der zur Diskussion stehenden Varianten des Unbundling zur Erreichung einer Entflechtung zwischen Netz- und Marktbereichen in integrierten Unternehmen, ist grundsätzlich gegeben⁸⁹. Immerhin ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das Unbundling, jedenfalls solange keine vollständige eigentumsässige Entflechtung stattfindet, für sich alleine nicht ausreichend sein kann. Die reine Trennung des Netzbereichs von den übrigen Aktivitäten verhindert Quersubventionierungen und Marktverzerrungen noch nicht. Sie ist bloss, aber unabdingbare Voraussetzung für eine effektive Kontrolle der Netzbetreiber durch den Regulator. Das umfasst insbesondere die Kontrolle der Netznutzungsentgelte, die einzig auf der Basis entflochtener und vereinheitlichter Kostenrechnungen möglich ist⁹⁰.

5.3.2. Erforderlichkeit

55 Unter dem Element der Erforderlichkeit wird verstanden, dass bei verschiedenen geeigneten Massnahmen jene zu wählen ist, deren Eingriffswirkung die mildeste ist. Ein Eingriff darf sachlich, räumlich, zeitlich und personell nicht über das Notwendige hinausgehen⁹¹.

56 Nach dem oben Ausgeführten kann für die Frage des Unbundling somit festgehalten werden, dass sich in liberalisierten Märkten, und namentlich in den europäischen Märkten, das Instrument des Unbundling etabliert hat. Es bezweckt, Marktverzerrungen zwischen natürlichen Monopolen und wettbewerblichen Bereichen einzudämmen. Auf europäischer Ebene hat sich nach der ersten Liberalisierungsphase gestützt auf die EG-Binnenmarktrichtlinie von 1996 die Erkenntnis durchgesetzt, dass für den Übertragungsnetzbereich ein rein organisatorisches Un-

⁸⁷ Vgl. HÄFELIN/HALLER, Rz. 320 ff.

⁸⁸ Vgl. SCHWEIZER, Art. 36 BV, Rz. 22; HÄFELIN/HALLER, Rz. 321.

⁸⁹ Vgl. SCHWEIZER, Art. 36 BV, Rz. 22.

⁹⁰ Vgl. WEBER, Neustrukturierung, S. 930; RECHSTEINER, S. 153.

⁹¹ Vgl. SCHWEIZER, Art. 36 BV, Rz. 23; HÄFELIN/HALLER, Rz. 322.

bundling ungenügend und ein rechtliches Unbundling erforderlich sei. Davon darf sich auch der schweizerische Gesetzgeber leiten lassen, so dass ein rechtliches Unbundling auf der Übertragungsebene als erforderlich bezeichnet werden kann⁹².

- 57 Heikler ist, ob auch für ein eigentumsständiges Unbundling die Erforderlichkeit angenommen werden kann. An sich bietet die eigentumsständige Trennung die beste Gewähr dafür, dass der Übertragungsbereich unabhängig und diskriminierungsfrei geführt wird. Solange Netz- und Marktbereiche in einem Konzern, wenn auch in verschiedenen Rechtsgefässen getrennt, verbunden sind, bleiben Anreize zu diskriminierendem Verhalten und Marktverzerrung bestehen. Es ist aber in Erinnerung zu rufen, dass verfassungsrechtliche Grundlage für das Unbundling m.E. primär Art. 96 BV ist, wonach der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen erlässt⁹³.
- 58 Nicht jede beliebige schädliche Auswirkung von Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigt einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Die Auswirkungen müssen eine minimale Spürbarkeit in der Volkswirtschaft aufweisen⁹⁴. Die Erforderlichkeit könnte insbesondere dann nicht angenommen werden, wenn sich diese Anreize zu Marktverzerrung durch die regulatorische Aufsicht über die Netzbetreiber, insbesondere eine Regulierung der Netznutzungspreise und Netznutzungsbedingungen kontrollieren liessen. Eine solche Regulierung wäre ein milderer Eingriff und würde sich insbesondere auf die Bekämpfung der schädlichen Auswirkungen (Preise und Bedingungen) beschränken und nicht versuchen, schon die bloße Möglichkeit des Missbrauchs auszuschliessen⁹⁵. Dem Gesetzgeber kommt allerdings erheblicher Gestaltungsspielraum zu⁹⁶. Zu beachten ist indes, dass auch im europäischen Recht auf der Basis einer mehrjährigen Erfahrung mit der Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte eine völlige eigentumsständige Entflechtung als nicht erforderlich betrachtet wird. Die Annahme der Erforderlichkeit des eigentumsständigen Unbundling wäre jedenfalls speziell zu begründen.

⁹² Vgl. auch die Analyse bei HORN, S. 90. Danach habe sich das buchhalterisch, organisatorische Unbundling für die Übertragungsnetze in Deutschland als ungenügend erwiesen. Er spricht sich daher für ein rechtliches Unbundling aus, wie es auch die geänderten EG-Richtlinien vorsehen.

⁹³ Vgl. Oben Ziff. V, S. 16.

⁹⁴ Vgl. RHINOW/CUROVITS, S. 17; JAKOBS, Art. 96 BV, Rz. 15.

⁹⁵ Siehe etwa BORER, S. 78 f.

⁹⁶ RHINOW/CUROVITS, S. 20.

59 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für das Unbundling, gerade basierend auf den europäischen Erfahrungen und Entwicklungen, in den Formen des buchhalterischen, organisatorischen und rechtlichen Unbundling das Kriterium der Erforderlichkeit als erfüllt anzusehen ist. Für das eigentumsmäßige Unbundling ist fraglich, ob die Erforderlichkeit besteht.

5.3.3. Zumutbarkeit

60 Unter dem Titel der Zumutbarkeit oder Verhältnismässigkeit im engeren Sinn ist zu prüfen, ob die Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles in einem vernünftigen Verhältnis zur konkreten Freiheitsbeschränkung stehen⁹⁷.

61 Das buchhalterische, organisatorische und rechtliche Unbundling betrifft die innere Organisation der Übertragungsnetzbetreiber, schränkt diese aber nicht sehr erheblich ein, obschon von nicht unbedeutenden Umstellungskosten auszugehen ist. Entsprechende Vorschriften erscheinen im Verhältnis zur Bedeutung der Entflechtung zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereichen als durchaus zumutbar. Auch im internationalen Vergleich konnten keine alternativen Lösungen zum Unbundling entwickelt werden, deren Eingriffswirkung milder wäre.

62 Heikler ist die Frage der Zumutbarkeit beim eigentumsmäßigen Unbundling. Die eigentumsmäßige Trennung verlangt, dass die heutigen Übertragungsnetzbetreiber einen Teil ihres Unternehmens, also primär die Übertragungsnetze, veräussern. Das ist ein sehr schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Die Veräusserung der Übertragungsnetze würde die schweizerischen Übertragungsnetzbetreiber schwer treffen. Die Übertragungsnetze bilden einen wesentlichen Geschäftsbereich, wenn nicht geradezu den Kernbereich dieser Unternehmen.

63 Im schweizerischen Kartellrecht wurde bisher eine eigentumsmäßige Entflechtung soweit ersichtlich noch nie verfügt. Sie könnte in zwei Situationen zur Anwendung gelangen: (1) als Massnahme zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs bei Vollzug eines untersagten Zusammenschlusses, respektive Untersagung eines vollzogenen Zusammenschlusses⁹⁸; (2) als Auflage oder Bedingung für einen Zusammenschluss⁹⁹.

64 Die eigentumsmäßige Entflechtung als Massnahme zur Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs kommt nach dem Willen des Gesetz-

⁹⁷ SCHWEIZER, Art. 36 BV, Rz. 24; HÄFELIN/HALLER, Rz. 323.

⁹⁸ Vgl. Art. 37 KG.

⁹⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 2 KG.

gebers nur als ultima ratio in Betracht. Jede mildere Massnahme, die zur Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs geeignet ist, hat nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip der eigentümlichen Entflechtung vorzugehen. Zudem sollen zunächst die Parteien selbst im Sinne des kooperativen Verwaltungshandelns Vorschläge zur Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs machen¹⁰⁰.

- 65 Auch in den relativ seltenen Fällen, in denen ein Zusammenschluss nur unter Bedingungen und Auflagen genehmigt worden ist, hat die Wettbewerbskommission nicht formell den Verkauf von Eigentum verfügt. Es wird lediglich ein Zusammenschluss unter der Bedingung oder Auflage zugelassen, dass Eigentum verkauft wird¹⁰¹. In der Regel wird den Parteien bei Bedenken der Wettbewerbskommission die Möglichkeit eingeräumt, selbst Zusagen betreffend der Wettbewerbssituation zu machen, um den Zusammenschluss doch verwirklichen zu können.
- 66 In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung der Europäischen Kommission im Zusammenschlussverfahren des Österreichischen Verbundes, dem grössten österreichischen Stromkonzern, mit fünf regionalen Stromversorgern zu verweisen. Der Zusammenschluss wurde mit der Auflage genehmigt, dass der Verbund seine Vertriebstochter APC an einen Dritten verkauft und diesem ermöglicht, ein zweiter starker Player im österreichischen Markt zu werden. Interessant ist dabei, dass der Verbund, der auch der grösste Übertragungsnetzbetreiber ist und die Austrian Power Grid AG hält, nicht verpflichtet wurde, diese abzutossen. Also auch im Rahmen der Fusionskontrolle ging die Europäische Kommission somit für die Übertragungsnetze nicht über das rechtliche Unbundling hinaus¹⁰².
- 67 In den bisherigen Liberalisierungserlassen des Bundes für die Netzinfrastukturmärkte wurde auf eine eigentumsrechtliche Entflechtung ebenfalls verzichtet. So befinden sich die entsprechenden Netzinfrastrukturen noch immer in der Swisscom respektive in der SBB¹⁰³.
- 68 Das ist insbesondere daher interessant, weil sowohl bei der Liberalisierung der ehemaligen Anstalt PTT als auch bei den SBB die neue Mark-

¹⁰⁰ Vgl. BORER, S. 395 ff.; DUCREY, Art. 37 KG, Rz. 1 ff.; Botschaft zum KG, S. 145 f.

¹⁰¹ Vgl. RPW 1998, S. 40 ff. (Le Temps ; Auflage : unabhängige Redaktion) ; RPW 1998, S. 278 ff. (UBS/SBV; Auflage: Verkauf von Bankstellen); RPW 1998, S. 392 ff. (Bell/SEG Poulets; Bedingung: Verkauf Favorit AG); RPW 2001, S. 338 ff. (Glaxo/SmithKline; Bedingung: Auslizenzierung Produkt); RPW 2001, S. 721 (TAMedia/Belcom; Bedingung: Verkauf einer Beteiligung); RPW 2003, S. 177 ff. (Edipresse/Corbaz; Zusage: u.a. Verkauf von Beteiligungen).

¹⁰² Vgl. NZZ vom 13. Juni 2003, S. 19: „EU billigt österreichische Stromlösung“; Pressemitteilung der EU-Kommission vom 11. Juni 2003, abrufbar unter <http://europa.en.int> (unter press releases).

¹⁰³ Vgl. Art. 62 Eisenbahngesetz (SR 742.101), Botschaft zur Bahnreform, BBl 1997 I 923 f. und 955; Botschaft zum Telekommunikationsunternehmungsgesetz, BBl 1996 III 1417 ff.

tstruktur vom Bundesgesetzgeber frei festgelegt werden konnte. Es waren im Gegensatz zum Strommarkt keine Rechtspositionen von Privaten resp. Kantonen oder Gemeinden zu berücksichtigen. Insbesondere musste keine Interessenabwägung zwischen Eingriffszweck und Einschränkung der Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit vorgenommen werden.

- 69 Warum gerade im Bereich des Elektrizitätsmarktes eine schärfere Lösung zu treffen wäre, würde nach einer speziellen Begründung rufen; diese scheint im Moment nicht vorzuliegen. Ohne eine solche Begründung müssten die Sachverhalte aufgrund des Gleichbehandlungsgebots grundsätzlich gleich behandelt werden¹⁰⁴.
- 70 An dieser Stelle empfiehlt sich ein internationaler Vergleich. Dabei scheint insbesondere ein Vergleich mit den Regelungen in Deutschland und Österreich sinnvoll, weil diese Märkte vor der jeweiligen Öffnung ähnliche Strukturen wie der schweizerische Strommarkt aufwiesen¹⁰⁵. Es waren eine Vielzahl von teils gemischtwirtschaftlichen Unternehmen im Markt tätig, und es gab insbesondere im Übertragungsbereich kein nationales Monopolunternehmen wie die EDF in Frankreich oder die ENEL in Italien. Damit stellten sich für die Organisation der Übertragungsnetzebene in Deutschland und in Österreich ähnliche verfassungsrechtliche Fragen wie in der Schweiz¹⁰⁶.
- 71 Bezüglich Unbundling hat sich der deutsche Gesetzgeber auf die Umsetzung des europarechtlichen Minimums beschränkt. Das heisst, die Übertragungsnetze sind im Sinne des organisatorischen Unbundling einzig als eine eigene Betriebsabteilung zu führen¹⁰⁷. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das deutsche System, welches bisher insbesondere auf einen Regulator verzichtet¹⁰⁸, als unzureichend kritisiert wird. Die Verschärfung der EG-Binnenmarkttrichtlinien für Strom und Gas, welche neu ein rechtliches Unbundling verlangen, wird daher - jedenfalls zum Teil - begrüsst¹⁰⁹. Eine eigentumsrässige Entflechtung ist

¹⁰⁴ Art. 8 BV; SCHWEIZER, Art. 8 BV, Rz. 38; BGE 125 I 173; vgl. im vorliegenden Zusammenhang insb. auch RICHLI, Netzgesellschaft, S. 7.

¹⁰⁵ HABER FELLNER, S. 21; LAUSEGGER, S. 220.

¹⁰⁶ Vgl. dazu RECHSTEINER, S. 39.

¹⁰⁷ Vgl. § 4 Abs. 4 Energiewirtschaftsgesetz vom 28.11.1997 in Kraft seit 29.4.1998 (EnWG; WGBl. 1998, S. 730 ff.); SCHNEIDER, S. 453; KUNZE, S. 82; RECHSTEINER, S. 154 und S. 54.

¹⁰⁸ Vgl. dazu RECHSTEINER, S. 150 mit Hinweisen.

¹⁰⁹ HORN, S. 90; s. zur Problematik auch MOMBAUR, S. 29, der indes primär auf eine Verschärfung der Fusionskontrolle zielt.

nach Ansicht des deutschen Bundeskartellamtes verfassungsrechtlich unzulässig und wird offenbar nicht erwogen¹¹⁰.

- 72 Im österreichischen Recht ist nach § 22 Abs. 1 des Elektrizitätswirtschafts- und -Organisationsgesetzes, in Kraft getreten am 2. Dezember 2000 (EIWOG 2000), vorgesehen, dass die Austrian Power GmbH, die Tiroler Wasserwerke Aktiengesellschaft und die Voralberger Kraftwerke Aktiengesellschaft ihre jeweiligen Übertragungsnetze rechtlich zu verselbständigen haben. Diese selbständigen (Tochter-) Unternehmen agieren als Netzbetreiber und Regelzonenführer in einem bestimmten Gebiet¹¹¹.

5.3.4. Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten

- 73 Aus der Wirtschaftsfreiheit wird der Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden abgeleitet. Danach sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren¹¹². Von den hier zur Diskussion stehenden Varianten sind alle Übertragungsnetzbetreiber im gleichen Masse betroffen, sodass der Gleichbehandlungsanspruch gewahrt bleibt¹¹³.

5.4. Fazit

- 74 Zusammenfassend ergibt sich, dass aus verfassungsrechtlicher Optik und im internationalen Vergleich ein Unbundling der Übertragungsnetze in den Stufen des buchhalterischen, organisatorischen und rechtlichen Unbundling als zulässig oder gar erforderlich bezeichnet werden kann. Zweifel bestehen beim eigentumsmäßigen Unbundling. Dieses scheint sowohl im internationalen Vergleich wie auch im Vergleich mit den Regelungen bei Swisscom und SBB über das Erforderliche und Zumutbare hinauszugehen. Allerdings kommt dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.

¹¹⁰ So ULF BÖGE, Präsident des Bundeskartellamtes in einem Vortrag zum Thema: „ Building Energy and Transport Infrastructures for Tomorrow's Europe“ gehalten an der 2. Jahrestagung für Energie und Verkehr am 12. November 2002 in Barcelona, S. 11 (abrufbar auf der Homepage des Bundeskartellamtes: www.bundeskartellamt.de/021112_Barcelona.pdf).

¹¹¹ Vgl. LAUSEGGER, der dies allerdings bereits als eigentumsmäßige Entflechtung bezeichnet, S. 226; WILD/WATERLAUS, S. 23 und 27.

¹¹² HÄFELIN / HALLER, Rz. 676 ff.; Art. 94 BV.

¹¹³ So auch RICHLI, Netzgesellschaft, S. 13.

6. **Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft**

75 Die Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft, in welche der Netzbetrieb einzubringen wäre, ist eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, da sie die Freiheit der wirtschaftlichen Organisation und die freie Gestaltung der Geschäftsbeziehungen betrifft¹¹⁴. Wiederum stellt sich die Frage, ob eine zulässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit vorliegt.

6.1. **Gesetzliche Grundlage**

76 Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage wäre mit einem Bundesgesetz erfüllt.

6.2. **Öffentliches Interesse**

77 Das öffentliche Interesse ist darin zu sehen, den problemlosen Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes trotz der fragmentierten Eigentümerstruktur in einem liberalisierten Umfeld sicherzustellen.

6.3. **Verhältnismässigkeit**

78 Es stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit. Die **Eignung** der Massnahme für die Sicherstellung eines unproblematischen Betriebes auf der Übertragungsnetzebene darf als gegeben angenommen werden. Wenn der Betrieb dieser Netzebene in einem Unternehmen zusammengefasst wird, erleichtert das die Abwicklung von Geschäften erheblich, da nur noch ein Ansprechpartner besteht, dem auch die Aufgabe der nötigen Koordination zukommt¹¹⁵. Nicht übersehen werden kann jedoch, dass zwischen diesem Netzbetreiber und den Eigentümern der Übertragungsnetze durchaus gewisse Abgrenzungsfragen bestehen.

79 Ob die Massnahme das Kriterium der **Erforderlichkeit** erfüllt, ist nicht zweifelsfrei. So ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sowohl die deutschen als auch die österreichischen Übertragungsnetzbetreiber zu einem ähnlichen Zusammenschluss nicht verpflichtet sind und diesen auch nicht vollzogen haben¹¹⁶.

¹¹⁴ Vgl. VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 18.

¹¹⁵ Vgl. Botschaft zum EMG, S. 7435.

¹¹⁶ Vgl. § 4 Abs. 4 EnWG; § 22 Abs. 1 EIWOG 2000.

- 80 In Deutschland wird die Problematik über die Verbändevereinbarung II+ auf rein privatwirtschaftlicher Ebene gelöst¹¹⁷. Nach der Verbändevereinbarung II+ sind alle Übertragungsnetzbetreiber (RWE; E.ON; EnBW; Vattenfall Europe) im Bereich ihrer Übertragungsnetze für eine Regelzone verantwortlich und führen Bilanz über alle Lieferungen innerhalb der Regelzonen sowie über die Regelzonen überschreitende Lieferungen¹¹⁸.
- 81 Ähnlich, aber gesetzlich geregelt, sieht die Lösung in Österreich aus. § 22 Abs. 1 EIWOG 2000 sieht vor, dass die Übertragungsnetzbetreiber die Übertragungsnetze gesellschaftsrechtlich verselbständigen. Diese Übertragungsnetztöchter fungieren als Regelzonenführer. Die Regelzonenführer erfüllen verschiedene Verpflichtungen im Bereich der Systemdienstleistungen und Koordination¹¹⁹. Hinzuweisen ist darauf, dass die Allgemeinen Bedingungen der Übertragungsnetzbetreiber vom Regulator, der Energie-Control Kommission zu genehmigen und gegebenenfalls auf deren Verlangen abzuändern sind¹²⁰.
- 82 Sowohl das österreichische als auch das deutsche System basieren somit auf der Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber, als Regelzonenführer bestimmte System- und Koordinationsfunktionen wahrzunehmen. Eine ähnliche Lösung wäre wohl grundsätzlich auch für die Schweiz denkbar. Es könnte aber sicherlich als eine Erleichterung für das Funktionieren des Marktes bezeichnet werden, wenn die Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet würden, für den Betrieb des gesamtschweizerischen Netzes eine Gesellschaft zu gründen im Sinne eines Transmission System Operator (TSO)¹²¹.
- 83 Das hätte gerade für die Übertragungsebene den entscheidenden Vorteil, dass für die gesamte Schweiz ein verantwortlicher Ansprechpartner zur Verfügung stünde. Im Gegensatz zur Verteilnetzebene, in welcher klar abgegrenzte Versorgungsgebiete mit einem Netzbetreiber existieren, gestaltet sich die Übertragungsebene nicht in Form klar abgegrenzter Netzgebiete. Transportleitungen im klassischen Gebiet anderer Übertragungsnetzbetreiber sind nicht untypisch¹²². Es könnte daher für einen Durchleitungsberechtigten bisweilen schwierig sein,

¹¹⁷ Vgl. Kommentarband Verbändevereinbarung II+, S. 8.

¹¹⁸ Verbändevereinbarung II+ Art. 3.1; Kommentarband Verbändevereinbarung II+, S. 44.

¹¹⁹ Vgl. § 22 Abs. 2 EIWOG 2000.

¹²⁰ § 24 EIWOG 2000; vgl. auch LAUSEGGER, S. 225.

¹²¹ Siehe dazu: Vereinigung der europäischen Transmission System Operators, etso: www.ets-net.org.

¹²² Vgl. Plan 128, Höchstspannungsnetz und Kraftwerke über 10 MWatt Ampère 10 MWA, Eidgenössisches Starkstrominspektorat, Zürich 1987.

den richtigen Ansprechpartner zu finden. Das könnte den Markt hemmen¹²³. In diesem Zusammenhang kann auch auf die besondere Bedeutung des internationalen Transits für das schweizerische Übertragungsnetz verwiesen werden. Verschiedentlich wird vorgebracht, dass der internationale Transit besondere Anforderungen an die Interoperabilität der Übertragungsnetze stelle, welche ohne Vereinheitlichung eingeschränkt wäre. Andererseits würde die Vereinheitlichung auch die Wahrung der nationalen Interessen im internationalen Transit stärken. Schliesslich sei aufgrund der Kleinräumigkeit der Schweiz empfehlenswert nur eine, anstatt mehrerer Regelzonen einzurichten.

- 84 Vor diesem Hintergrund darf der Gesetzgeber, ohne Verfassungsrecht zu verletzen, von der Erforderlichkeit eines von den Übertragungsnetzbetreibern zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens (Schweizerische Netzgesellschaft) ausgehen. Das war denn auch bereits im EMG die vom Parlament gewählte Lösung¹²⁴.
- 85 Eine solche Verpflichtung erscheint heute im Rahmen der Verfassungsmässigkeitsprüfung auch als **zumutbar**, da die Netzbetreiber mit der Etrans AG bereits auf freiwilliger Basis eine ähnliche Organisation eingerichtet haben, welche als schweizerischer Systemkoordinator - wenn auch nicht als Systembetreiber - fungiert¹²⁵.

6.4. Fazit

- 86 Die Verpflichtung, den Betrieb der Übertragungsnetze einer von den Netzeigentümern zu gründenden Netzgesellschaft zu übertragen, erfüllt die Anforderungen an die Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Statuierung von Koordinations- und Informationspflichten für die Übertragungsnetzbetreiber nicht ausreichen. Andernfalls wären diese als mildere Massnahmen vorzuziehen.

7. Bestimmungen zur Organisation der Schweizerischen Netzgesellschaft

- 87 Art. 9 EMG enthielt verschiedene Bestimmungen zur Organisation der schweizerischen Netzgesellschaft. Die nachfolgenden Ausführungen setzen demnach voraus, dass eine Netzgesellschaft im Sinne der Aus-

¹²³ Vgl. BISCHOF, S. 97; BODMER/BORNER, S. 100; a.M. RICHLI, Netzgesellschaft, S. 10 f.; kritisch auch RECHSTEINER, S. 155 ff.

¹²⁴ Vgl. Art. 8 EMG; Botschaft zum EMG, S. 7397 und 7435.

¹²⁵ Vgl. Homepage: www.etrans.ch.

führungen oben unter Ziffer 6 vom Bundesgesetzgeber vorgeschrieben wird. Unter Ziffer 7.5 wird zudem das Gewinnverbot behandelt, welches in der parlamentarischen Diskussion verschiedentlich thematisiert worden ist, jedoch keine Aufnahme ins EMG gefunden hat.

7.1. Abordnung von Verwaltungsräten des Bundes und der Kantone

- 88 Gemäss Art. 9 Abs. 2 EMG wäre in den Statuten vorzusehen gewesen, dass Bund und Kantone je einen Vertreter in den Verwaltungsrat abordnen könnten¹²⁶. Nach Art. 762 des Obligationenrechts (OR) können Körperschaften des öffentlichen Rechts, wenn sie ein öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft haben, sich in den Statuten der Gesellschaft das Recht einräumen lassen, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen. Die Körperschaft braucht dazu nicht Aktionärin zu sein. Aus einer solchen Entsendung entsteht indes eine Haftung des Gemeinwesens für das Verhalten der abgeordneten Verwaltungsräte gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern¹²⁷.
- 89 Das öffentliche Interesse an der schweizerischen Netzgesellschaft darf nach den obigen Ausführungen betreffend deren Erforderlichkeit angenommen werden. Immerhin werden vermehrt Stimmen laut, die eine Entsendung von Verwaltungsräten grundsätzlich als problematisch bezeichnen. Die entsandten Verwaltungsräte stehen in einem gewissen Konflikt zwischen den Interessen der Aktiengesellschaft und jenen des Gemeinwesens¹²⁸. Diese generelle Problematik verschärft sich noch zusätzlich, wenn es sich wie vorliegend um einen stark regulierten Bereich handelt. Die Grenzen zwischen Regulator und regulierten Unternehmen sollten m.E. möglichst nicht verwischt werden. Die Frage ist aber letztlich stark politisch geprägt. Aufgrund der expliziten Verankerung in Art. 762 OR und des vorhandenen öffentlichen Interesses an der Gesellschaft wäre eine entsprechende Regelung jedenfalls nicht verfassungswidrig, wenn auch die Eignung der Massnahme in Frage zu stellen ist.
- 90 Immerhin ist anzufügen, dass die Kantone, welche heute bei den meisten Übertragungsnetzbetreibern Mehrheitsaktionäre sind (verschiedene Ostschweizer-Kantone bei den NOK inkl. CKW und EGL; der Kanton Bern bei den BKW; verschiedene Westschweizer Kantone bei der EOS), respektive die Stadt Zürich, welche das EWZ als Teil der Stadtverwaltung direkt beherrscht, ihre Eigentümerinteressen bei der Gründung

¹²⁶ Vgl. Art. 9 Abs. 2 EMG.

¹²⁷ Vgl. Art. 762 Abs. 4 OR.

¹²⁸ Vgl. insb. FORSTMOSER, S. 218 ff.

der schweizerischen Netzgesellschaft durchaus verfolgen können. Das ist aber nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

7.2. Vinkulierungsvorschriften

- 91 Art. 9 Abs. 3 EMG hätte vorgesehen, dass mehr als die Hälfte der Aktien als vinkulierte Namenaktien auszugeben gewesen wären. Das Ziel war es, Schranken einzubauen, um die Veräusserung ins Ausland erheblich zu erschweren, da die privatrechtlich konzipierte Netzgesellschaft von eminenter nationaler Bedeutung sei („Rückgrat der schweizerischen Stromversorgung“). Art. 9 Abs. 3 EMG sollte einen Ausgleich schaffen zwischen den nationalen Interessen der Schweiz und derjenigen von ausländischen Investoren. Mit der Ausgabe von mehr als der Hälfte der Aktien als vinkulierte Namenaktien würde sichergestellt, dass die Stimmrechtsmehrheit in schweizerischen Händen liegt, und dass sich Ausländer am Kapital beteiligen können¹²⁹. Dieses Ziel dürfte sich aber primär auf die Übertragungsnetze selbst und nicht auf die Betriebsgesellschaft bezogen haben. Es ist daher fraglich, ob die Bestimmung geeignet ist, zu erreichen, was angestrebt wurde.
- 92 Die Bestimmung bezieht sich zudem auf Art. 685a OR, der die Möglichkeit vorsieht, in den Statuten bestimmen zu können, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen. Gemäss Art. 685b Abs. 1 OR kann die Gesellschaft die Übertragung ablehnen, wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekannt gibt, oder wenn sie dem Veräusserer anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert zum Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen.
- 93 Die Beschränkung der Veräusserungsfreiheit für die Aktien an der zu gründenden Netzgesellschaft ist an sich eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, welche die Erfordernisse an die Einschränkung von Grundrechten erfüllen muss. Die Einschränkung dürfte allerdings insofern nur geringfügig sein, weil wohl davon auszugehen ist, dass bei einer privatrechtlichen Organisation der Netzgesellschaft die heutigen Eigentümer der Übertragungsnetze mit einer Vinkulierung der Aktien, wenn nicht gar mit weitergehenden Beschränkungen der Übertragbarkeit von Aktienanteilen, die Übertragbarkeit auch privatrechtlich einschränken würden. Aus regulatorischer Sicht ist zu fragen, ob nicht statt einer Beschränkung der Übertragbarkeit geradezu das Gegenteil gefordert werden sollte. Es erscheint als widersprüchlich, einerseits unter dem Titel des Unbundling möglichst eine Trennung zwischen Marktaktivitäten und Übertragungsnetzbereich zu fordern, andererseits aber die

¹²⁹ Vgl. AB 2000 S 683 f.

Veräusserung von Beteiligungen an einer zu gründenden Netzbetriebsgesellschaft durch die heutigen Übertragungsnetzbetreiber gerade einzuschränken. Diese Bedenken vermögen aber kaum eine Verfassungswidrigkeit zu begründen.

7.3. Schweizerische Beherrschung

- 94 Nach Art. 9 Abs. 4 EMG wäre vorgesehen gewesen, dass die Gesellschaft schweizerisch beherrscht sein muss. In Bezug auf die Gründe für die Einführung dieser Bestimmung kann auf die Ausführungen unter Ziff. 7.2 verwiesen werden¹³⁰. Grundsätzlich geniessen auch ausländisch beherrschte juristische Personen mit Sitz in der Schweiz den Schutz der Wirtschaftsfreiheit¹³¹. Die Massnahme muss damit die Anforderungen an die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit erfüllen, wobei insbesondere die Eignung wie auch die Erforderlichkeit als durchaus fraglich erscheinen. Inwiefern die schweizerische Beherrschung des Übertragungsnetzbetreibers für dessen Funktionieren erforderlich ist, ist zweifelhaft. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass vorgesehen ist, Art. 708 OR zu streichen. Art. 708 OR sieht vor, dass Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft mehrheitlich Personen sein müssen, die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen. In der Botschaft wird die Aufhebung damit begründet, dass die Regelung in einer zunehmend internationalen Wirtschaft nicht mehr sachgerecht erscheint und zu Diskriminierungen von in der Schweiz lebenden Personen mit ausländischem Bürgerrecht führen kann¹³².
- 95 Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft ist zudem das Abkommen über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 zu beachten¹³³. In einem Kreisschreiben des eidgenössischen Handelsregisteramtes vom 25. Juli 2003 betreffend die Anforderungen an die Nationalität und den Wohnsitz im Gesellschaftsrecht, wird festgehalten, dass jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens untersagt ist und damit das Erfordernis der schweizerischen Nationalität nicht mehr zulässig ist. Das Wohnsitzerfordernis kann hingegen in gewissem Rahmen noch als gerechtfertigt erachtet werden¹³⁴.

¹³⁰ Vgl. auch Votum Forster-Vannini Erika, AB 2000 S 684.

¹³¹ MÜLLER J.P., Grundrechte, S. 655.

¹³² Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2001, 3148, 3229.

¹³³ SR 0.142.112.681.

¹³⁴ Vgl. zum Ganzen: Kreisschreiben des eidg. Handelsregisteramtes vom 25. Juli 2003.

- 96 Die Bestimmung über die schweizerische Beherrschung im EMG lässt sich im Übrigen nicht mit den Regelungen betreffend die SBB und die Swisscom vergleichen. Sowohl das SBBG als auch das TUG sehen vor, dass der Bund zu jeder Zeit die kapital- und stimmenmässige Mehrheit besitzt resp. behält¹³⁵. Bei SBB und Swisscom wird dadurch sichergestellt, dass der Bund Mehrheitsaktionär bleibt. Das muss im Rahmen einer Teilprivatisierung möglich sein. Die Bestimmungen sind zudem nicht diskriminierend, weil sie nicht an der Staatszugehörigkeit anknüpfen.
- 97 Vergleichbar ist die Regelung jedoch mit jener im Luftverkehr. Nach Art. 27 des Luftfahrtgesetzes¹³⁶ bedarf jede Unternehmung mit Sitz in der Schweiz, die gewerbsmässige Transporte mit Luftfahrzeugen betreibt, einer Betriebsbewilligung. Nach Art. 103 Abs. 1 lit. B und c der Luftfahrtverordnung¹³⁷ wird eine solche nur Unternehmen erteilt, welche sich unter tatsächlicher Kontrolle und mehrheitlich im Eigentum von Schweizer Bürgern befinden. Vorbehalten bleibt der Fall, in dem Ausländer aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen Schweizern gleichgestellt sind¹³⁸.

7.4. Genehmigungsvorbehalt für Statuten und Statutenänderungen

- 98 Art. 9 Abs. 5 EMG hätte vorgesehen, dass die Statuten der schweizerischen Netzgesellschaft sowie deren Änderungen der Genehmigung durch den Bundesrat bedürfen. Die Bestimmung steht im Widerspruch zu zwingendem Aktienrecht. Danach ist für die Festsetzung und Änderung von Statuten die Generalversammlung zuständig¹³⁹. An sich wäre dem Bundesgesetzgeber durchaus nicht verwehrt, in einem Bundesgesetz eine von einem anderen Bundesgesetz abweichende Regelung zu treffen. Grundsätzlich sollte angesichts des im Gesellschaftsrecht geltenden numerus clausus, der im Sinne des allgemeinen Verkehrsschutzes aufgestellt wurde, Zurückhaltung beim Erlass von Sonderbestimmungen geübt werden¹⁴⁰.

¹³⁵ Art. 7 Abs. 3 SBBG, BBl 1997 I 959; Art. 6 Abs. 3 TUG, BBl 1996 III 1335.

¹³⁶ SR 748.0.

¹³⁷ SR 748.01.

¹³⁸ Vgl. zu den Hintergründen BBl 1997 III 1187 ff.: Am Nationalitätserfordernis wurde offenbar festgehalten, um nicht eine einseitige Vorleistung der Schweiz zu erbringen, was die künftigen Verhandlungspositionen der Schweiz in Luftverkehrsfragen schwächen könnte. Im Sinne der Flexibilität wurde die Regelung der Nationalitätsklausel aber an den Bundesrat delegiert.

¹³⁹ Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

¹⁴⁰ Vgl. etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSTER, § 11 Rz. 2 ff., nach denen im schweizerischen Gesellschaftsrecht nur eine geschlossene Zahl (8 vom gesetzesrecht vorgeprägte Rechtsfiguren) von Gesellschaftsformen zur Verfügung steht, deren freie inhaltliche Ausgestaltung erst noch beschränkt ist. Gründe dafür sind einerseits

99 Auch grundsätzliche regulatorische Überlegungen sprechen eher gegen einen Genehmigungsvorbehalt für Statuten. Unter dem Titel der Eignung ist fraglich, was mit der Genehmigung der Statuten tatsächlich bewirkt werden könnte. Die Ausgestaltung der Statuten dürfte für die im Zentrum stehende Frage der Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs auf der Übertragungsnetzebene verhältnismässig unbedeutend sein. Die eigentliche Geschäftspolitik lässt sich über die Statuten nicht steuern. Wichtiger scheint es, das regulatorische Instrumentarium so auszugestalten, dass eine eigentliche Missbrauchsaufsicht über das Verhalten der Übertragungsnetzbetreiber möglich ist. Das umfasst etwa die Überprüfung von Tarifen und allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Informationspflichten mit entsprechenden Sanktionen. Diesen Ansatz verfolgt die österreichische Lösung¹⁴¹.

7.5. Gewinnverbot

100 Die Bestimmungen zum Gewinnverbot betreffen zwar durchaus auch die Wirtschaftsfreiheit. Allerdings steht die Eigentumsgarantie hier im Zentrum, so dass die Prüfung unter der Eigentumsgarantie erfolgt¹⁴².

8. Verstaatlichung des Betriebs der Übertragungsnetze

101 Die am weitest gehende politische Forderung zielt auf eine Verstaatlichung der Übertragungsnetzebene. Sie betrifft vor allem die Rechtspositionen der bisherigen Eigentümer und ist daher schergewichtig unter dem Titel der Eigentumsgarantie zu prüfen. Die hier zu prüfenden Forderungen nach Schaffung einer bundesstaatlichen Netzgesellschaft münden aber auch in die bundesrechtliche Monopolisierung der Übertragungsnetzwirtschaft. Die Monopolisierung eines Wirtschaftsbereichs ist der stärkste Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit¹⁴³. Es ist zu prüfen, ob die dazu nötigen Voraussetzungen gegeben sind.

102 Für die Verstaatlichung kommen grundsätzlich zwei Varianten in Betracht. Einerseits können die Übertragungsnetze selbst und damit zusammenhängend deren Betrieb verstaatlicht werden. Daneben kommt auch eine Variante in Frage, welche eine Verstaatlichung einzig des Be-

der Verkehrs- sowie der Gläubigerschutz und andererseits der Schutz der Gesellschafter (Minderheitenschutz) selbst.

¹⁴¹ Vgl. vorne Rz. 81 f.

¹⁴² Vgl. hinten Ziff. VI.B.6.2, S. 52.

¹⁴³ Vgl. VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 47.

triebs der Übertragungsnetze vorsehen würde¹⁴⁴. Diese Variante stand bisher im Zentrum der Diskussionen. Sie wird auch hier schwer gewichtig behandelt.

8.1. Zuständigkeit des Bundes

103 Mit der Monopolisierung und Verstaatlichung des Betriebs der Übertragungsnetze in der Schweiz auf der Ebene eines Bundesgesetzes würden die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für den damit verbundenen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich erfüllt. In diesem Zusammenhang ist indes an die bereits diskutierte Problematik zu erinnern, dass die Regelungskompetenz des Bundes für die Monopolisierung des Übertragungsbereichs nicht zweifelsfrei feststeht. Die Monopolisierung ist eine grundsatzwidrige Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit, die eine spezielle Kompetenz in der Bundesverfassung voraussetzt¹⁴⁵. Diese ist, wie bereits ausgeführt¹⁴⁶, hier fraglich.

8.2. Öffentliches Interesse

104 Das öffentliche Interesse an der Verstaatlichung der Übertragung von Elektrizität wird von den Befürwortern darin gesehen, dass der Übertragung sowohl in technischer Hinsicht (Systemdienstleistungen) als auch in wirtschaftlicher Hinsicht („Marktplatz für Strom“) eine zentrale Stellung zukommt und das einwandfreie Funktionieren der Übertragungsebene im nationalen Interesse liegt. Vorgebracht wird auch das Argument, dass natürliche Monopole nicht in die Hände von Privaten gehören¹⁴⁷.

105 Immerhin ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass eine Verstaatlichung auf Bundesebene aus regulatorischer Sicht auch Nachteile aufweist. Die Verstaatlichung der Elektrizitätsübertragung auf Bundesebene würde dazu führen, dass der Bund sowohl als Regulator über die Übertragungsnetze wacht, als auch selbst als Unternehmer tätig wäre. Diese Doppelrolle als Regulator und als Unternehmer schafft potenzielle Interessenkonflikte und ist daher nicht ideal. Unter verfassungsrechtlicher Würdigung darf das öffentliche Interesse indes bejaht werden, dies sowohl für die Verstaatlichung des Betriebs als auch für eine Verstaatlichung der Übertragungsnetze selbst. Eine primär auf

¹⁴⁴ Vgl. in diesen Sinne den Minderheitsantrag Leutenegger Oberholzer, Hämmerle, Maillard, Rechsteiner Rudolf, Sommaruga, Teuscher, Wyss, AB 2000 N 1290 zu Art. 8 Abs. 1: „Der Betrieb des Übertragungsnetzes auf gesamtschweizerischer Ebene obliegt einer öffentlichrechtlichen spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft (Schweizerische Netzgesellschaft), in der der Bund die kapital- und stimmenmässige Mehrheit hält.“

¹⁴⁵ Vgl. dazu auch VALLENDER, Art. 27 BV, Rz. 45 und 47; HÄFELIN/HALLER, Rz. 715; RHINOW, Art. 31 aBV, Rz. 144.

¹⁴⁶ Vgl. vorne Ziff. V., S. 16.

¹⁴⁷ Vgl. Votum Leutenegger Oberholzer, AB 2000 N 1291.

kantonaler Ebene zu prüfende Frage ist, wie die Kantone mit ihren Beteiligungen an den Übertragungsnetzen verfahren sollen.

8.3. Verhältnismässigkeit

106 Unter dem Titel der Verhältnismässigkeit ist wiederum zu prüfen, ob die Verstaatlichung der Übertragung von Elektrizität geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Dies gilt auch für die grundsatzwidrigen Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, wie sie hier mit der Verstaatlichung zur Diskussion stehen¹⁴⁸.

8.3.1. Eignung

107 Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Verstaatlichung der Übertragung respektive der Übertragungsnetze als geeignet ansehen darf, um das Ziel der Sicherstellung des Angebots für Übertragungsleistungen zu erreichen. Die Übertragungsnetze würden primär nach politischen Kriterien geführt, was selbstredend geeignet ist, politische Ziele zu verfolgen.

8.3.2. Erforderlichkeit

108 Die Erforderlichkeitsprüfung verlangt, dass eine geplante Massnahme die mildest geeignete ist, um ein konkretes Ziel zu erreichen. Das heisst, es ist zu prüfen, ob keine mildere Massnahme als die Verstaatlichung der Übertragung respektive der Übertragungsnetze in Frage kommt. Die Verstaatlichung privater Unternehmen ist der schärfste Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Die schweizerische Lehre steht der Verstaatlichung privater Unternehmen sehr skeptisch gegenüber, da die schweizerische Wirtschaftsverfassung ein System der Zentralverwaltung und Planwirtschaft ablehnt. Als unzulässig betrachtet wird daher die Verstaatlichung ganzer Wirtschaftszweige¹⁴⁹. Die Übertragung von Elektrizität ist, wenn auch kein eigener Wirtschaftszweig, so doch ein bedeutender und unter liberalisierten Bedingungen eigenständiger Marktbereich.

109 Die Verstaatlichung hat in der schweizerischen Staatsgeschichte denn auch keine Tradition. Soweit ersichtlich kam es jedenfalls auf Bundesebene noch nie zu einer Verstaatlichung im Sinne des zwangsweisen Entzugs von Geschäftsaktivitäten. Der Kauf privater Unternehmen auf freiwilliger Basis stellt keine Einschränkung der Freiheitsrechte dieser

¹⁴⁸ Vgl. RHINOW, Art. 31 aBV, Rz. 148.

¹⁴⁹ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, S. 373; vgl. auch RICHLI, Kantonale Monopole, S. 480.

Unternehmen dar und ist daher mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar¹⁵⁰.

- 110 Selbst die Gründung der Schweizerischen Bundesbahnen war keine Verstaatlichung im obigen Sinne. Die Grundlage für die Gründung der Schweizerischen Bundesbahnen war der konzessionsrechtliche Rückkauf von Privatbahnen¹⁵¹. Die grundrechtlichen Fragen lagen damit anders als hier. Der konzessionsrechtliche Rückkauf setzt grundsätzlich voraus, dass eine Tätigkeit bereits staatlich monopolisiert ist, aber mittels Konzession an Private zur Ausübung übertragen worden ist¹⁵². Mit einem Rückkauf nach den Bedingungen des Konzessionsvertrages mussten die privaten Investoren daher von Anbeginn rechnen.
- 111 Es sind hohe Anforderungen an die Erforderlichkeit der Verstaatlichung der Übertragung resp. der Übertragungsnetze zu stellen. Sie kommt einzig im Sinne einer ultima ratio in Frage. Dabei darf festgestellt werden, dass die in der Schweiz zur Zeit angebotenen Übertragungsleistungen einem hohen Niveau entsprechen. Namhafte technische Probleme sind keine bekannt. Das wird kaum bezweifelt. Bedenken bestehen jedoch in Bezug auf die Preisgestaltung und den diskriminierungsfreien Zugang zur Netzinfrastruktur insbesondere in einem liberalisierten Umfeld. Die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung durch die Betreiber von Übertragungsnetzen, die aufgrund der natürlichen Monopole im Netzbereich über Marktmacht verfügen, ist vorne erörtert worden¹⁵³.
- 112 Es darf als international unbestritten angesehen werden, dass der Bereich der Übertragungsnetze, wie auch der Verteilnetze, einer Regulierung bedarf, um Marktverzerrungen einzudämmen. Eine Verstaatlichung bisher privat betriebener Übertragungsnetze wird dabei aber soweit ersichtlich kaum erwogen. Die hier zu diskutierende Verstaatlichung ist klar abzugrenzen von der Frage, ob ein Gemeinwesen, welches bereits im Besitze von Netzinfrastruktur ist, diese im Zuge der Liberalisierung veräussern soll. Einzig bei der Verstaatlichung privater Netze sind Grundrechtsfragen zu beachten.
- 113 Die vorne dargestellte Situation insbesondere in Deutschland und Österreich zeigt, dass eine spezifische Regulierung der privaten Übertra-

¹⁵⁰ Vgl. dazu RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, S. 374.

¹⁵¹ Vgl. Botschaft betreffend den Rückkauf der schweizerischen Hauptbahnen vom 25. März 1897, BBl 1897 339 ff.; BG von 1897 betreffend den Betrieb und Erwerb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes (AS 16 553).

¹⁵² Vgl. etwa MÜLLER J.P., Grundrechte, S. 671.

¹⁵³ Vgl. vorne Ziff. IV, S. 12.

gungsnetzbetreiber offenbar möglich ist¹⁵⁴. Dabei kommt einer effektiven Regulierung der Netzbetreiber eine zentrale Bedeutung zu. Die Verhaltenspflichten mit entsprechenden Sanktionen sind gesetzlich zu verankern. Das muss als mildere Massnahme einer Verstaatlichung vorgehen. Es wäre auch mit dem Sinn und Zweck wettbewerbsrechtlicher Missbrauchsaufsicht kaum zu vereinbaren, wenn zum Schutze eines funktionierenden Wettbewerbs in den vor- und nachgelagerten Märkten der Stromproduktion, des Stromhandels und -absatzes der Übertragungsbereich der Privatwirtschaft ganz entzogen würde.

- 114 Es ist bereits festgestellt worden, dass zweifelhaft erscheint, ob eine eigentumsmäßige Entflechtung, also die zwangsweise Veräusserung des Übertragungsnetzbereichs, als mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar anzusehen ist¹⁵⁵. Umso stärker sind die Bedenken gegenüber der Verstaatlichung dieses Bereichs, welche ein sehr viel weitgehenderer Eingriff darstellt.

8.3.3. Zumutbarkeit

- 115 Wenn schon die Erforderlichkeit des äusserst weit gehenden Grundrechtseingriffs der Verstaatlichung der Übertragung von Elektrizität zweifelhaft erscheint, so trifft dies in besonderem Masse für die Zumutbarkeit dieses Eingriffs für die heutigen Übertragungsnetzbetreiber zu. Jedenfalls in der heutigen Situation, in der die Qualität der in der Schweiz angebotenen Übertragungsleistungen wohl anerkanntermassen zu keinen Beanstandungen Anlass geben, erscheint die Verstaatlichung als nicht in einem zumutbaren Verhältnis zu den dadurch erhofften Verminderungen der Anreize für Marktverzerrungen zu stehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Anreize zu Marktverzerrungen durch die deutlich milderen Massnahmen der Schaffung bestimmter Verhaltensnormen (diskriminierungsfreie Durchleitungspflicht, rechtliches Unbundling, Netzunterhaltungspflichten, Koordinations- und Transparenzpflichten, Pflicht zur Sicherstellung der Interoperabilität der Netze usw.) und eines entsprechenden Kontroll- und Sanktionssystems wirksam bekämpft werden können.
- 116 Auch wenn nicht übersehen werden kann, dass die Regulierung eine schwierige Daueraufgabe bleiben wird und ihre Resultate nicht immer einem Optimum entsprechen werden, so wäre es doch zu weit gehend, wegen solcher Regulierungsaufgaben den Bereich insgesamt der Privatwirtschaft zu entziehen und zu verstaatlichen. Eine Verstaatlichung könnte allenfalls dann in Erwägung gezogen werden, wenn die Übertragung von Elektrizität in der Schweiz als akut gefährdet erschiene.

¹⁵⁴ Vgl. vorne Rz. 80 f.

¹⁵⁵ Vgl. oben Ziff. VI.A.5.3, S. 25 ff.

Eine solche Massnahme quasi auf Vorrat anzuordnen, scheint aufgrund des enormen Grundrechtseingriffs als verfassungsrechtlich unzulässig. Sie kennt, wie bereits erwähnt, in der Schweiz auch kein Beispiel.

- 117 In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Verstaatlichung der Übertragungsnetze das regulatorische Hauptproblem nicht vollständig zu lösen vermag. Dieses besteht darin, dass die Übertragungsnetze, wie an sich auch die Verteilnetze, den Charakter von natürlichen Monopolen aufweisen¹⁵⁶. Daran ändert sich grundsätzlich auch mit einer Verstaatlichung nichts. Der fehlende Anreiz zu Effizienz bleibt bestehen. Immerhin entfällt der Anreiz zu Marktverzerrung in vor- und nachgelagerten Märkten aufgrund der mit der Verstaatlichung der Übertragungsnetze einhergehenden vollständigen eigentums-mässigen Entflechtung, wenn die Netze selbst verstaatlicht werden. Deren Zulässigkeit wurde oben allerdings bereits für sich alleine als zweifelhaft bezeichnet¹⁵⁷.
- 118 An dieser Stelle ist schliesslich noch näher auf die Varianten Verstaatlichung des **Betriebs** der Übertragungsnetze und Verstaatlichung der **Übertragungsnetze selbst** einzugehen. Auf den ersten Blick erscheint die Verstaatlichung nur des Betriebs der Netze als die mildere Massnahme. Ob das zutrifft, erscheint aber als zweifelhaft. Wenn der Betrieb der Übertragungsnetze einer staatlichen Netzgesellschaft übertragen wird, so bleibt den Eigentümern eigentlich nur noch das nackte Eigentum an den Anlagen. Eine eigene Verfügungsmacht über diese Anlagen würde nicht mehr bestehen. Der Eingriff ist damit kaum geringer als bei einer Verstaatlichung der Netze selbst.
- 119 Es würden aber auch Probleme geschaffen, deren Lösung nicht einfach wäre. Da die staatliche Netzgesellschaft eigentlich nur für den Betrieb der Netze verantwortlich ist, müsste geklärt werden, wer für den Unterhalt, die Erneuerung und den Ausbau der Übertragungsnetze verantwortlich ist. Die Übertragungsnetzeigentümer dürften in einem solchen System keine besonders starken Anreize zu solchen Investitionen haben. Die Betriebsgesellschaft könnte mangels Eigentums nicht einfach über die Netzanlagen verfügen. Wollte sie den Unterhalt, die Erneuerung und den Ausbau selbständig wahrnehmen, bräuchte sie dazu eine klare gesetzliche Grundlage. Das zeigt gerade, dass eine taugliche Ausgestaltung einer staatlichen Betriebsgesellschaft wohl praktisch dennoch auf eine eigentliche Enteignung der Netze hinauslaufen müsste.

¹⁵⁶ Siehe dazu vorne Ziff. IV, S. 12 ff.

¹⁵⁷ Vgl. oben Ziff. VI.A.5.4, S. 30.

120 Diese Abgrenzungsprobleme zwischen Netzbetrieb und Netzeigentum bestehen auch bei der privaten Netzgesellschaft. Dort ist jedoch die Organisation den Übertragungsnetzeigentümern überlassen, welche aufgerufen wären, eine geeignete Lösung zu finden. Das zeigt aber immerhin, dass die Verpflichtung zur Gründung einer privaten Netzgesellschaft alleine nicht ausreichend sein könnte. Es müssten dennoch auch direkte Verpflichtungen verankert werden, die den Betrieb, die Interoperabilität aber auch den genügenden Unterhalt und Ausbau der Netze sicherstellen.

8.4. Subsidiaritätsprinzip

121 In diesem Zusammenhang ist auch das grundsätzlich in allen Bereichen zu beachtende Subsidiaritätsprinzip¹⁵⁸ speziell hervorzuheben. Art. 89 Abs. 5 BV nennt das Subsidiaritätsprinzip für die Energieversorgung speziell. Art. 4 Abs. 2 des Energiegesetzes¹⁵⁹ konkretisiert diese Bestimmung in dem Sinne, dass die Energieversorgung Sache der Energiewirtschaft ist. Diese Formulierung stammt aus der Botschaft zu Art. 24 octies aBV¹⁶⁰, der dem heutigen Art. 89 BV entspricht. Das Subsidiaritätsprinzip erhöht die Anforderungen an eine Verstaatlichung, auch wenn es eher den Charakter eines Leitfadens als eines gefestigten Kriterienkatalogs aufweist¹⁶¹. Das Prinzip verdeutlicht aber auch, dass bei der Regelung der Übertragung von Elektrizität auf Bundesebene nicht nur die verfassungsmässigen Individualrechte, sondern auch die föderalistische Staatsstruktur und die Stellung und Kompetenzen der Kantone zu beachten sind.

8.5. Fazit zur Verstaatlichung

122 Insgesamt muss die Verstaatlichung der Übertragungsebene als über das minimal Notwendige und das für die betroffenen Netzbetreiber Zumutbare hinausgehend bezeichnet werden. Dieses Resultat ergibt sich selbst bei einer relativ grosszügigen Betrachtung der Kompetenzen des schweizerischen Gesetzgebers, wie sie aufgrund der fehlenden umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz üblich ist¹⁶².

¹⁵⁸ Vgl. Art. 42 Abs. 2 BV und vorne Ziff. 34.

¹⁵⁹ SR 730.0.

¹⁶⁰ Vgl. BBl 1988 I 380 ff.

¹⁶¹ Vgl. Schweizer, Art. 42 BV, Rz. 7 ff.

¹⁶² Vgl. dazu BiAGGINI, Strukturprobleme, S. 79 und 82; Art. 191 BV.

B. Eigentumsgarantie

123 Die oben auf die Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit geprüften Massnahmen sind nachfolgend auch auf deren Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie¹⁶³ hin zu überprüfen. Die beiden Grundrechte stehen in Konkurrenz nebeneinander¹⁶⁴. Die Prüfung kann allerdings, da viele Fragen parallel verlaufen, gekürzt erfolgen. Speziell eingegangen wird auf die spezifischen Aspekte der Eigentumsgarantie.

1. Sachlicher Schutzbereich

124 Unter den Schutz der Eigentumsgarantie fällt das Privateigentum. Das umfasst sämtliche Vermögensrechte des Privatrechts wie auch die sogenannten wohlerworbenen Rechte des öffentlichen Rechts¹⁶⁵. Erfasst sind insbesondere auch die hier zur Diskussion stehenden Anlagen für die Übertragung von Elektrizität.

2. Persönlicher Schutzbereich

125 Die Frage, ob sich gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder die öffentliche Hand selbst auf die Eigentumsgarantie berufen können, stellt sich sinngemäss gleich wie bereits bei der Wirtschaftsfreiheit. Hier wie dort muss es Unternehmen, unabhängig von deren Rechtsform und Beteiligungsverhältnisse, möglich sein, sich auf die Grundrechte zu berufen, wenn sie keine staatlichen Aufgaben wahrnehmen, sondern sich gleich wie ein Privater auf dem Boden des Privatrechts bewegen und vom angefochtenen Entscheid gleich wie ein Privater betroffen sind. Dies gilt bei der öffentlichen Hand sowohl für Eingriffe ins Finanz- als auch ins Verwaltungsvermögen¹⁶⁶.

126 Die Übertragungsnetze werden von den in unterschiedlicher Rechtsform auftretenden Übertragungsnetzbetreibern unabhängig von deren Beteiligungsverhältnissen für eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit und nicht für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nach Bundesrecht benutzt¹⁶⁷. Sie fallen damit in den Schutz der Eigentumsfrei-

¹⁶³ Art. 26 BV.

¹⁶⁴ Vgl. HÄFELIN/HALLER, Rz. 631; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, S. 783; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 10.

¹⁶⁵ Vgl. VALLENDER, Art. 26 BV, Rz. 14; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2046; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 2.

¹⁶⁶ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2040; RIVA/MÜLLER-TSCHUMI, Eigentumsgarantie, S. 770; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 21.

¹⁶⁷ Vgl. oben Ziff. VI.A.2, S. 18.

heit¹⁶⁸. Kantone und Gemeinden sind, soweit sie Träger von oder Beteiligte an Unternehmen mit Übertragungsnetzen sind, von den hier zur Diskussion stehenden Massnahmen wie private Netzbetreiber betroffen.

3. Einschränkungen der Eigentumsgarantie

- 127 Bei der Prüfung der Einschränkung der Eigentumsgarantie ist jeweils nach den drei Elementen der Eigentumsgarantie zu differenzieren. Es handelt sich dabei um die Institutsgarantie, die Bestandesgarantie und die Wertgarantie¹⁶⁹.
- 128 Die **Institutsgarantie** schützt das Privateigentum als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung. Die Institutsgarantie ist gleichsam auch der Kerngehalt der Eigentumsfreiheit¹⁷⁰. Die Institutsgarantie belässt dem Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen weiten Spielraum¹⁷¹. Zudem ist anzumerken, dass auch materielle und formelle Enteignungen mit der Institutsgarantie vereinbar sind, wenn sie die notwendigen Voraussetzungen erfüllen. Das wird insbesondere im Zusammenhang mit der Pflicht zur Gründung einer privaten Netzgesellschaft und der Verstaatlichung der Übertragungsebene zu diskutieren sein. Die Schranken der Institutsgarantie werden jedoch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts weit gezogen, so dass deren praktische Relevanz eher gering geblieben ist¹⁷².
- 129 Praktisch bedeutsamer sind die Bestandes- und Wertgarantie. Die **Bestandesgarantie** schützt vor einem staatlichen Eingriff in Vermögensrechte. Ein Eingriff ist nur unter den allgemeinen Voraussetzungen für die Einschränkung von Freiheitsrechten (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) zulässig¹⁷³. Diese Prüfung verläuft für die hier zur Diskussion stehenden Massnahmen somit weitgehend parallel zur Schrankenprüfung im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit.

¹⁶⁸ Vgl. auch RICHLI, Netzgesellschaft, S. 14.

¹⁶⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2041 und 2044; VALLENDER, Art. 26 BV, Rz. 26.

¹⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2041; VALLENDER, Art. 26 BV, Rz. 29; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 12.

¹⁷¹ Vgl. dazu BGE 106 Ia 342; 127 I 60; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2043; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 13.

¹⁷² Vgl. VALLENDER, Art. 26 BV, R7. 31.

¹⁷³ Vgl. VALLENDER, Art. 26 BV, Rz. 27 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2044; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 16.

- 130 Die **Wertgarantie** (oder Vermögenswertgarantie) schützt in einem subsidiären Sinn den Vermögenswert im Falle eines zulässigen Eingriffs in die Eigentumsgarantie. Der Eigentümer hat Anspruch auf volle Entschädigung, bei einer Enteignung oder bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen¹⁷⁴.
- 131 Die Prüfung der Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie ist nachfolgend in gleicher Weise wie bei der Wirtschaftsfreiheit für die verschiedenen, hier zur Diskussion stehenden, Massnahmen einzeln vorzunehmen.

4. **Unbundling**

4.1. **Bestandesgarantie**

- 132 Die zur Diskussion stehenden Vorschriften zum Unbundling betreffen den Schutzbereich der Eigentumsgarantie insofern, als sie die Verfügungsmacht über die Netzinfrastruktur insbesondere im Zusammenhang mit den (hier allerdings nicht zu untersuchenden) Preisbildungsmechanismen einschränken. Dies in sehr unterschiedlichem Umfang.
- 133 Im Rahmen der Schrankenprüfung für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit wurde bereits festgestellt, dass aus verfassungsrechtlicher Optik und im internationalen Vergleich ein Unbundling für den Geschäftsbereich Übertragungsnetz auf den Stufen des buchhalterischen, organisatorischen und rechtlichen Unbundling als zulässig bezeichnet werden kann. Schwere Zweifel bestehen hingegen beim eigentumsähnlichen Unbundling. Dieses scheint sowohl im internationalen Vergleich wie auch im Vergleich mit den Regelungen bei Swisscom und SBB über das Erforderliche und Zumutbare hinauszugehen¹⁷⁵. Dasselbe muss auch unter der Eigentumsgarantie gelten.

4.2. **Wertgarantie**

- 134 Soweit das Unbundling eine zulässige Einschränkung der Eigentumsgarantie darstellt, stellt sich die Frage, ob unter dem Titel der Wertgarantie eine Entschädigung zu leisten ist¹⁷⁶. Rechtmässige Eigentumsbeschränkungen sind grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung liegt vor, wenn dem

¹⁷⁴ Art. 26 Abs. 2 BV; VALLENDER, Art. 26 BV, Rz. 28; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2045; siehe zum Ganzen: RIVA, materielle Enteignung, S. 262 ff.; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 18.

¹⁷⁵ Vgl. vorne Rz. 74.

¹⁷⁶ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2068.

bisherigen Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil dem Eigentümer eine wesentliche, aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird¹⁷⁷. Eine Nutzungsbeschränkung gilt solange als nicht besonders schwerer und damit nicht entschädigungspflichtiger Eingriff, als noch „eine wirtschaftlich sinnvolle und gute Nutzung möglich“ bleibt¹⁷⁸.

- 135 Für das Unbundling in den Formen der buchhalterischen, organisatorischen und rechtlichen Entflechtung liegt demgemäss keine entschädigungspflichtige Enteignung vor, da dadurch die bisherige Nutzung der Übertragungsnetze, wenn überhaupt, nur geringfügig eingeschränkt wird. Die Vorschriften betreffen die innerbetriebliche Organisation und nicht die Nutzungsmöglichkeiten der Übertragungsnetze. Immerhin kann nicht übersehen werden, dass der Zweck der Unbundling-Bestimmungen ist, Quersubventionierungen und überhöhte Preise zu verhindern. Diese Nutzungseinschränkungen ergeben sich indes nicht unmittelbar aus den Unbundling-Vorschriften, sondern aus den Bestimmungen über die Preisfestsetzung und Preiskontrolle. Das liegt ausserhalb des Rahmens dieses Gutachtens. Hinzuweisen ist aber darauf, dass nur eine rechtmässige Nutzung unter den Eigentumsschutz fällt. Quersubventionierungen und überhöhte Preise von Netzbetreibern sind als unzulässige Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 Kartellgesetz vom Eigentumsschutz nicht umfasst. Kartellrechtswidriges Verhalten ist keine zulässige Eigentumsnutzung¹⁷⁹.
- 136 Die Zulässigkeit des eigentumsmässigen Unbundling erscheint wie bereits ausgeführt als sehr zweifelhaft. Sollte der Gesetzgeber dennoch von dessen Erforderlichkeit ausgehen, stellt sich die Frage der Entschädigung. Das eigentumsmässige Unbundling ist eine schwere Eigentumsbeschränkung, welche die Nutzung untersagt und nur noch den Verkauf der Übertragungsnetze respektive die Einstellung oder den Verkauf der anderen Geschäftsbereiche zulässt. Ob die Verpflichtung zum Verkauf bestimmter Objekte auf dem Markt indes eine materielle Enteignung darstellt, ist fraglich, da eine freie Veräusserung zum Verkehrswert möglich bleibt. Der Verkehrswert selbst, wie auch die Nutzung der Sache selbst, werden nicht vermindert. Da dem Veräusserer danach jedenfalls der Verkehrswert erhalten bleibt und die Wertgarantie keinen darüber hinausgehenden Anspruch begründet, würde jeden-

¹⁷⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2179.

¹⁷⁸ BGE 123 II 481, 489; VALLENDER, Art. 26 BV, Rz. 54; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2187.

¹⁷⁹ Vgl. RECHSTEINER, S. 129; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 3; BGE 111 Ib 225; Beschluss des Bundeskartellamtes (i.S. Bewag) vom 30.08.1999 (B8-40100-T-99/99), wiedergegeben in RdE 2000, S. 31, 35.

falls keine Entschädigungszahlung fällig. Immerhin würde darauf zu achten sein, dass insbesondere durch Einräumung angemessener Fristen der Preis nicht negativ beeinflusst würde. Würde demgegenüber eine Übertragung auf die Netzgesellschaft vorgesehen, so läge eine entschädigungspflichtige, formelle Enteignung vor¹⁸⁰.

4.3. Fazit

137 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Unbundling in den Formen des buchhalterischen, organisatorischen und rechtlichen Unbundling als mit der Eigentumsgarantie vereinbar anzusehen und entschädigungslos hinzunehmen ist. Die Zulässigkeit eines eigentums-mässigen Unbundling erscheint demgegenüber als zweifelhaft. Bei einer Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums auf eine bestimmte Gesellschaft (etwa schweizerische Netzgesellschaft) läge eine entschädigungspflichtige formelle Enteignung vor.

5. Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft

138 Die Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft (schweizerische Netzgesellschaft) zum selbständigen Betrieb des ganzen Übertragungsnetzes betrifft den Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Durch die Übertragung des Betriebs an die gemeinsame Netzgesellschaft können die heutigen Eigentümer die aus dem Eigentum fließende Befugnis, ihre Übertragungsnetze selbständig zu betreiben, nicht mehr unabhängig voneinander ausüben.

5.1. Bestandesgarantie

139 Die Verpflichtung, den Betrieb der Übertragungsnetze einer von den Netzeigentümern zu gründenden Netzgesellschaft zu übertragen, erfüllt, wie bereits unter dem Titel der Wirtschaftsfreiheit festgestellt, die allgemeinen Anforderungen an die Einschränkung von Freiheitsrechten dann, wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Statuierung von Koordinations- und Informationspflichten sowie der Pflicht zur Sicherstellung der Interoperabilität der Netze für die Übertragungsnetzbetreiber nicht ausreicht. Andernfalls wären diese als mildere Massnahmen vorzuziehen. Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die Ausführungen

¹⁸⁰ So Art. 8 Abs. 2 EMG.

im Rahmen der Schrankenprüfung der Wirtschaftsfreiheit verwiesen werden¹⁸¹.

5.2. Wertgarantie

140 Soweit der Gesetzgeber die Netzgesellschaft als mildeste Massnahme zur Gewährleistung eines funktionierenden Elektrizitätstransits bewertet, stellt sich die Frage der Wertgarantie.

141 Die Verpflichtung zur Übertragung des Betriebs der Übertragungsnetze an eine gemeinsame Netzgesellschaft aller Übertragungsnetzbetreiber entzieht den bisherigen Eigentümern die unabhängige Nutzungsbefugnis über die Übertragungsnetze, selbst wenn das Eigentum an den Netzen nicht in die Netzgesellschaft einzubringen ist. Das spricht an sich für das Vorliegen einer materiellen Enteignung. Allerdings ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht einen entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumseingriff auch bei schweren Eingriffen annimmt, solange noch eine wirtschaftlich sinnvolle und gute Nutzung möglich bleibt¹⁸².

142 Im vorliegenden Zusammenhang ist in Bezug auf die Nutzungseinschränkung zu präzisieren, dass kartellrechtlich gerechtfertigte Nutzungseinschränkungen, wie insbesondere die diskriminierungsfreie Durchleitungspflicht, das Verbot von Monopolrenten, die Sicherstellung der Interoperabilität der Netze und die Auferlegung von Informationspflichten, keine Einschränkung der Eigentumsfreiheit sind. Die kartellrechtswidrige Eigentumsnutzung ist durch die Eigentumsgarantie nicht geschützt¹⁸³. Diese kartellrechtlich begründeten Pflichten haben in ihrer Summe zur Folge, dass die Übertragungsnetzbetreiber in einem relativ eng definierten Rahmen tätig sind. Die Pflicht zum gemeinsamen Netzbetrieb geht darüber hinaus, da die Netzbetreiber über die Art der Erfüllung der vorgegebenen Pflichten nicht mehr frei entscheiden können. Eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung wird dadurch aber nicht verunmöglicht. Nach dem Gesagten liegt damit keine entschädigungspflichtige materielle Enteignung vor.

5.3. Fazit

143 Die Pflicht zur Gründung einer privatrechtlichen Netzgesellschaft und zur Übertragung des Betriebs der Übertragungsnetze in diese Gesellschaft ist dann eine zulässige Einschränkung der Eigentumsgarantie, wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass mildere Massnahmen wie

¹⁸¹ Vgl. dazu vorne Ziff. VI.A.6.2, S. 31 ff.

¹⁸² BGE 123 II 481, 489; VALLENDER, Art. 26 BV, Rz. 54; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2187; siehe auch oben Rz. 134.

¹⁸³ Vgl. Rechsteiner, S. 128 ff., m.w.H.

die Statuierung von Kooperations- und Informationspflichten und der Pflicht zur Sicherstellung der Interoperabilität der Netze nicht ausreichend wären. Falls der Gesetzgeber die Gründung der schweizerischen Netzgesellschaft als minimal erforderliche Massnahme bewertet, wäre diese Verpflichtung keine materielle Enteignung, da eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung immer noch möglich bliebe.

6. Bestimmungen zur Organisation der schweizerischen Netzgesellschaft

6.1. Die Bestimmungen nach Art. 9 EMG

144 Art. 9 des abgelehnten EMG enthielt verschiedene Bestimmungen zur Organisation der schweizerischen Netzgesellschaft. Solche Bestimmungen und damit auch die nachfolgenden Ausführungen setzen voraus, dass der Gesetzgeber die Verpflichtung zur Gründung einer schweizerischen Netzgesellschaft, wie unter Ziff. 6 hiervoor beschrieben, im Gesetz verankert. Diese Bestimmungen umfassen (1.) die Abordnung von Verwaltungsräten des Bundes und der Kantone in die privatrechtliche Netzgesellschaft, (2.) Vinkulierungsvorschriften, (3.) die schweizerische Beherrschung, (4.) den Genehmigungsvorbehalt für Statuten und Statutenänderungen und schliesslich (5.) das Gewinnverbot.

145 Diese Bestimmungen tangieren die Eigentumsgarantie, weil sie die Nutzung der Übertragungsnetze in verschiedener Form beschränken. Für die Frage der Zulässigkeit der Einschränkung kann auf die Schrankenprüfung im Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit verwiesen werden¹⁸⁴. Es erscheint als fraglich, ob diese Massnahmen geeignet sind, die angestrebte Sicherstellung der Versorgung mit genügenden und wirtschaftlichen Leistungen im Bereich der Übertragungsnetze zu garantieren. Grundsätzlich scheinen konkrete Leistungspflichten für Netzbetreiber und entsprechende Kontroll- und Sanktionsmechanismen geeigneter.

146 Mit Ausnahme des Gewinnverbots, auf das im Folgenden speziell einzugehen ist, stellen diese Massnahmen jedoch keine materiellen Enteignungen dar, da sie die Nutzung der Übertragungsnetze nicht so erheblich einschränken, dass keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung mehr möglich bleibt.

¹⁸⁴ Vgl. oben Ziff. VI.A.7, S. 33 ff.

6.2. Das Gewinnverbot im Speziellen

147 Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zum EMG wurde gefordert, dass für den Betrieb der Übertragungsnetze ein Gewinnverbot bestehen solle. Das Gewinnverbot fand indes keine Aufnahme im EMG. Das Gewinnverbot ist denn auch ein sehr schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie, der wie alle Eingriffe nur unter den üblichen Voraussetzungen zulässig ist. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage wäre mit der Verankerung in einem formellen Bundesgesetz erfüllt. Das öffentliche Interesse wäre darin zu sehen, das Abschöpfen von Monopolrenten aufgrund des Umstandes des natürlichen Monopols im Netzbereich zu verhindern. Der Massnahme könnte grundsätzlich die Eignung nicht abgesprochen werden, auch wenn anzumerken ist, dass sie nur die eigentliche Abschöpfung von Monopolrenten verhindert, nicht aber die durch die Monopolsituation ermöglichten Ineffizienzen einschränkt. Solches lässt sich nur mit einer umfassenden Preisregulierung angehen, wie sie etwa auch im EMG mit der Überprüfbarkeit der Durchleitungsentgelte durch die Schiedskommission vorgesehen war¹⁸⁵.

148 Das Verbot, mit dem Betrieb der Übertragungsnetze Gewinne zu erzielen, würde aber über das Erforderliche hinausgehen. Kartellrechtlich ist einzig das Abschöpfen von Monopolrenten oder, wie es das Kartellgesetz ausdrückt, von unangemessenen Preisen¹⁸⁶, untersagt. Nur unangemessene Preise können ein volkswirtschaftlich schädlicher Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sein. Ein angemessener Gewinn ist weder wettbewerbsrechtlich verboten, noch volkswirtschaftlich oder sozial schädlich. Das wäre aber die Voraussetzung für einen wettbewerbsrechtlich motivierten Eingriff in die Eigentumsfreiheit. Nur am Rande sei erwähnt, dass mit einem Gewinnverbot schwer vorstellbar wäre, wie Anreize für Investitionen in die Infrastruktur erhalten werden könnten. Damit geht das Gewinnverbot über das Erforderliche hinaus und ist ein unzulässiger Eingriff in die Eigentumsgarantie. Die Frage der Wertgarantie stellt sich bei diesem Ergebnis nicht.

7. Verstaatlichung der Übertragungsebene

149 Es wurde bereits unter dem Titel der Wirtschaftsfreiheit ausgeführt, dass die Verstaatlichung der Übertragung resp. der Übertragungsnetze, jedenfalls zur heutigen Zeit, über das minimal Notwendige und das für

¹⁸⁵ Vgl. Art. 6 und 16 EMG; RECHSTEINER, S. 122 ff.

¹⁸⁶ Art. 7 Abs. 2 lit. a KG.

VISCHER

die betroffenen Netzbetreiber Zumutbare hinausgeht. Für die Begründung ist auf die dortigen Ausführungen zu verweisen¹⁸⁷.

- 150 Die Verstaatlichung wäre im Verfahren der formellen Enteignung durchzuführen und voll zu entschädigen. Mit der Verstaatlichung soll das Eigentum an den Übertragungsnetzen oder mindestens die Nutzungsrechte an den Übertragungsnetzen den bisherigen Eigentümern entzogen und auf den Staat resp. auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Vgl. vorne Ziff. VI.A.8.1, S. 38 ff.

¹⁸⁸ Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 2069; MÜLLER, Art. 22ter aBV, Rz. 43.

VII. RESUME

A. Répartition des tâches

151 Pour le résumé, il convient de rappeler préalablement la répartition des tâches. L'expert a été chargé de montrer la recevabilité et les limites du droit constitutionnel dans la réorganisation du niveau de réseau de transport dans le contexte de la création probable en Suisse d'un règlement sur le marché de l'électricité prévu par la loi fédérale. L'éventail des exigences politiques s'étend de la simple fixation de normes de comportement (obligation d'acheminement et interdiction de la discrimination) à une étatisation des réseaux de transport.

152 Cette répartition des tâches ne consiste pas à proposer une «solution idéale», mais à fonder le cadre lié au droit constitutionnel des exigences à définir dans le débat politique.

B. Le problème de la société pour l'exploitation du réseau dans le contexte de la libéralisation

153 Les questions de la recevabilité et des limites d'une société suisse pour l'exploitation du réseau ne peuvent pas être abordées isolément. Elles doivent être considérées en relation avec la rerégulation du marché de l'électricité en Suisse. Même si, actuellement, l'organisation du marché choisie dans l'OSEL n'est pas encore établie, on partira de l'idée que les principes fondamentaux d'une rerégulation du marché de l'électricité sont appliqués. L'idée de base étant que les secteurs de la production et du commerce du courant accessibles à la concurrence, y compris la vente aux clients finaux autorisés, sont ouverts à la concurrence. Toutefois, le secteur des réseaux de transport et de distribution conserve le caractère d'un monopole naturel même dans une nouvelle structure de marché. Dans un environnement libéralisé, la densité réglementaire et les exigences pour le secteur monopolistique augmentent même. Une des raisons principales réside dans le fait qu'il existe, pour les exploitants de réseaux, une incitation économique à tirer abusivement profit de leur puissance de marché fondée sur le monopole naturel, et cela en exigeant des prix surfaits dans le secteur monopolistique et/ou en faussant la concurrence. Le risque de distorsion du marché est grand surtout là où les entreprises sont actives tant dans le secteur monopolistique que dans celui du marché, donc dans une structure verticale. Elles sont enclines à transférer des gains du secteur monopolistique dans celui du marché (subventionnements croisés). Les monopoles naturels sont donc une cause de la défaillance du marché, qui requiert en règle générale des intrusions réglementaires.

154 La réglementation du secteur de l'électricité, en particulier du secteur monopolistique naturel, a donné lieu sur le plan international à la mise

en place d'un canon d'instruments de régulation dans un environnement libéralisé. Ce dernier inclut les éléments principaux ci-après (1.) accès non discriminatoire au réseau (Third Party Access, droit d'acheminement) (2.) séparation comptable (Unbundling) et prévention de subventions croisées; (3.) autorité réglementaire indépendante.

155 Ces éléments centraux étaient prévus également dans la LME refusée. Dans le domaine des réseaux de transport dont il est question, il était prévu que leur exploitation soit regroupée dans une société suisse pour l'exploitation du réseau. Cette société avait pour but de mettre à la disposition des entités disposant du droit d'acheminement un interlocuteur pour le domaine particulièrement sensible du transport. Ce qui renforcera la fonction du réseau de transport en tant que place du marché pour un marché de l'électricité ouvert. N'oublions pas cependant le fait qu'il y a une interaction entre les deux instruments de régulation. L'organisation du réseau de transport ne peut être considérée indépendamment de la structure, en particulier des compétences et des possibilités de sanction du régulateur indépendant. Ces réglementations doivent être harmonisées entre elles.

156 Tant la structure du marché de l'électricité en général que celle des différents instruments de régulation en particulier se trouvent, au moment de la rédaction de la présente expertise, dans un processus politique de formation de l'opinion. La présente expertise ne peut donc pas examiner une solution concrète proposée par le législateur. Elle se concentre sur le fait de montrer les conditions cadres et les limites juridiques concernant l'organisation du réseau de transport suisse.

C. Objet de l'examen

157 La genèse de la LME et les entretiens bilatéraux menés par l'OFEN suite au refus de celle-ci ont permis de dégager les mesures légales discutées ci-après. Ce sont elles qui doivent être examinées par rapport à leur conformité à la Constitution:

1. Séparation/unbundling (comptable / organisationnelle / juridique / de propriété);
2. Obligation des exploitants du réseau de transport de fonder une société de droit privé pour l'exploitation du réseau;
3. Dispositions concernant l'organisation de la société de droit privé pour l'exploitation du réseau;
4. Etatisation du niveau de réseau de transport.

Ces mesures seront ensuite traitées séparément. Il convient d'examiner préalablement si la Confédération est autorisée à légiférer dans ces domaines.

D. Compétences réglementaires de la Confédération concernant les réseaux de transport

158 Compte tenu de la structure fédéraliste de la Suisse, la Confédération dispose d'une compétence réglementaire uniquement si celle-ci a été conférée sur la base d'une autorisation unique figurant dans la constitution. Le message relatif à la LME s'était référé initialement à l'art. 91 cst., selon lequel la Confédération légifère sur le transport et la livraison de l'électricité. Une expertise de l'Office fédéral de la justice est parvenue à la conclusion, sur la base toutefois de l'ancienne Constitution fédérale, que cette compétence pourrait être comprise au sens large et fonder même l'existence d'un monopole.

159 La présente expertise exprime des réserves par rapport à cette opinion, mais prévoit sans autre la disposition constitutionnelle primaire pour la régulation du marché de l'électricité dans l'art. 96, 1^{er} alinéa cst. En vertu de ce dernier, la Confédération est autorisée à légiférer afin de combattre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence. Les «autres formes de limitation de la concurrence» incluent l'abus d'une position dominante sur le marché, fondée sur un monopole naturel, typique des infrastructures de réseau. La rerégulation du marché de l'électricité en tant que marché des infrastructures de réseau avec le problème classique du monopole naturel se fonde sur des réflexions motivées par le droit de la concurrence. Le législateur est relativement libre dans le choix des moyens de lutte contre les impacts économiques ou sociaux dommageables de la puissance de marché. Une structure des moyens conforme aux objectifs et proportionnelle est décisive. Une réponse doit être apportée à cette question dans le cadre de l'examen des différentes mesures.

160 On relèvera ici que l'examen de la recevabilité des différentes mesures n'est pas uniquement une question qui touche à la protection des droits fondamentaux, mais également une question de structure étatique fédéraliste. Ces mesures non seulement interviennent dans les droits fondamentaux des privés concernés, mais réduisent également les compétences des cantons. Il faut appliquer également, sous ce double aspect, le principe de subsidiarité, mentionné spécifiquement pour le marché de l'électricité dans l'art. 89, 5^e alinéa, cst.

E. Liberté économique et garantie de la propriété

161 Les mesures de droit fédéral discutées concernent – dans des proportions et avec une pondération différentes – les droits fondamentaux de

la liberté économique et de la protection de la propriété. Le transport de l'électricité, qui n'incombe pas à l'Etat selon le droit fédéral, relève du secteur protégé de la liberté économique et les installations concernées sont soumises à la protection de la garantie de propriété.

- 162 Selon l'opinion défendue ici, tous les exploitants des réseaux de transport peuvent se réclamer de la liberté économique et de la garantie de propriété. Cela s'applique quelles que soient les dimensions de la participation des cantons à ces entreprises et quelle que soit leur forme juridique. Cette règle s'applique également là où un canton ou une commune exploite lui-même ou elle-même un réseau de transport, comme c'est le cas de la ville de Zurich avec l'institution non indépendante EwZ. Tel un privé, la ville de Zurich est concernée par les mesures de la Confédération et peut donc, selon l'avis défendu ici, se réclamer de la liberté économique comme de la garantie de propriété. Cela doit être exact par le résultat également pour les autres exploitants des réseaux de transport qui présentent des conditions d'organisation et de participation différentes.
- 163 La liberté économique et la garantie de propriété ne s'appliquent pas de manière illimitée, mais peuvent être limitées sous certaines conditions. Les interventions nécessitent une base légale, doivent se fonder sur un intérêt public, être en mesure d'atteindre le but requis, être voulues et acceptables; elles doivent respecter l'essence des droits fondamentaux.
- 164 L'expertise examine séparément si les différentes mesures discutées remplissent les exigences relatives à la restriction des libertés. Cet examen a abouti aux résultats suivants:

F. Unbundling

- 165 Par Unbundling ou séparation comptable, il faut comprendre que, dans une entreprise verticalement intégrée, les secteurs ayant le caractère d'un monopole naturel, donc les réseaux de transport et de distribution, sont séparés des secteurs concurrentiels, donc de la production de courant, du commerce et de la distribution. Cette séparation a pour but d'empêcher les abus de la puissance de marché existant dans le domaine du monopole naturel, d'où pourraient résulter des distorsions des marchés situés en amont et en aval. Cela peut s'effectuer en particulier grâce à des subventionnements croisés ou à des conditions discriminatoires dans l'accès au réseau.
- 166 En ce qui concerne la séparation (Unbundling), il faut distinguer différents niveaux: la **séparation comptable** exige la tenue de comptes séparés pour les domaines du transport ou de la distribution. Elle correspond à l'exigence minimale qu'avaient prévue, pour le courant, la

directive 96 sur le marché intérieur de la CE concernant le courant et, pour les niveaux de réseau de distribution, la LME.

- 167 Faisant un pas en avant, la **séparation (Unbundling) organisationnelle** exige une gestion des domaines en tant que divisions administrativement indépendantes au sein d'une entreprise. Ce qui correspond à l'exigence minimale prévue par la directive 96 sur le marché intérieur de la CE concernant le courant pour les réseaux de transport.
- 168 La **séparation (Unbundling) juridique** implique la gestion autonome au plan juridique du secteur «Réseau» dans une société propre. Cela ne touche pas les propriétaires. La séparation juridique sera prescrite par la directive 2003/54/CE portant modification de la directive 96 pour les exploitants des réseaux de transport et pour ceux des réseaux de distribution avec plus de 100'000 acheteurs. La directive renferme des dispositions supplémentaires qui garantissent l'indépendance de la politique commerciale des exploitants des réseaux de transport.
- 169 La forme la plus radicale de l'Unbundling est la **séparation liée à la propriété**. Elle exige que le réseau n'appartienne pas (même de manière indirecte) aux entreprises également actives dans la production de courant ou dans le commerce. Même sous sa forme renforcée, la directive sur le marché intérieur de la CE n'exige aucune séparation liée à la propriété.
- 170 L'expertise évalue la séparation (Unbundling) sous ses formes comptable, organisationnelle et juridique compatibles tant avec la liberté économique qu'avec la garantie de propriété. Elle peut être qualifiée d'appropriée, de requise et d'acceptable. Vu les expériences européennes, cela est valable en particulier pour la séparation juridique. Il faut cependant insister sur le fait que les prescriptions concernant la séparation ne peuvent pas être suffisantes pour elles-mêmes. Elles ne déploient leur effet qu'en relation avec d'autres mesures tels, en particulier, l'accès non discriminatoire au réseau et un contrôle des prix efficace. Le contrôle des prix efficace en particulier dépend de calculs des coûts établis de manière homogène, conformes à la séparation (Unbundling), des exploitants de réseaux.
- 171 Des doutes subsistent en ce qui concerne la nécessité et l'acceptabilité d'une séparation (Unbundling) liée à la propriété. Il faut rappeler ici notamment que la séparation a pour but d'empêcher l'abus éventuel du monopole naturel dans le domaine des réseaux. Au centre du droit relatif à la concurrence se trouve la lutte contre les impacts économiques ou sociaux dommageables des restrictions à la concurrence. On s'opposerait en particulier à l'hypothèse de la nécessité de la séparation liée aux propriétaires si les incitations à la distorsion du marché sont contrôlées par une surveillance réglementaire des exploitants de réseaux, en particulier une réglementation des prix et des conditions

d'utilisation du réseau. Une telle réglementation constituerait une intervention moins sévère que l'obligation pour les exploitants de réseaux de transport intégrés actuels de se séparer soit du secteur du transport soit des secteurs concurrentiels. Une telle obligation paraît inacceptable aux yeux des exploitants de réseaux de transport, car elle intervient au coeur de ces entreprises. Il faut préférer la réglementation des conditions d'utilisation du réseau en combinaison avec une séparation (Unbundling) juridique, qui constitue une mesure plus douce. Ce résultat s'appuie sur le fait qu'en Europe également, compte tenu des expériences faites jusqu'ici, une séparation (Unbundling) liée aux propriétaires n'est pas jugée nécessaire.

172 A cet égard, on relèvera en particulier que la question de la séparation liée aux propriétaires se pose autrement en cas de restructuration d'une ancienne entreprise publique. Lors d'une séparation de la responsabilité pour les infrastructures de réseaux et les secteurs concurrentiels, on ne tiendra pas compte des situations juridiques des privés. Dans une situation similaire à celle qu'ont connue auparavant en Suisse les PTT et les CFF, l'Etat peut organiser l'entreprise comme il l'entend. Toutefois, lorsqu'il s'agit de la réglementation d'entreprises, les titulaires des droits à la liberté ainsi que leurs situations juridiques doivent être conservés. Des intrusions dans ces droits ne sont autorisées qu'en cas de nécessité. Ce qui est souhaitable ne suffit pas.

G. Obligation pour les exploitants de réseaux de transport de fonder une société pour l'exploitation du réseau de droit privé

173 L'obligation pour les exploitants de réseaux de transport de fonder une société pour l'exploitation du réseau de droit privé, dans laquelle sera intégrée l'exploitation de ces réseaux, constitue une restriction de la liberté économique, car elle concerne la liberté de l'organisation économique et le libre aménagement des relations commerciales. La garantie de propriété est également concernée, car le transfert de l'exploitation à la société pour l'exploitation du réseau commune ne permet plus d'exercer de manière indépendante le droit, découlant de la propriété du réseau, d'exploiter de manière autonome le réseau de transport.

174 Se pose en particulier cette question: l'obligation de regrouper l'exploitation dans une société pour l'exploitation du réseau commune remplit-elle le critère de la nécessité? Ce qui présuppose qu'aucune mesure plus douce en vue de garantir l'accès au niveau de réseau de transport ne paraît appropriée.

175 A cet égard, notons que l'Allemagne comme l'Autriche renoncent à l'obligation de regrouper l'exploitation des réseaux de transport. Les différents exploitants de réseaux de transport agissent côte à côte. Il existe toutefois des obligations de coordination et de transparence, qui

permettront également une utilisation du réseau non discriminatoire. En Allemagne, ces obligations de coordination et de transparence sont réglées en priorité dans la convention associative II +; en revanche, l'Autriche dispose de réglementations comparativement détaillées.

- 176 Le législateur suisse est confronté à la question suivante: la mise en place d'obligations de coopération et de transparence serait-elle suffisante pour la Suisse, ou existe-t-il des motifs particuliers qui rendent nécessaire une société pour l'exploitation du réseau privée?
- 177 A ce sujet, le message relatif à la LME explique que la création d'une telle société pour les entreprises ayant un droit d'acheminement ne permet qu'un seul interlocuteur, ce qui simplifie le marché. Cet intérêt est légitime dans la mesure où la Suisse ne connaît pas de domaines de réseau clairement délimités, contrairement aux aires de desserte existant sur le niveau de réseau de distribution. Sans réglementation obligatoire de l'exploitation commune, il pourrait s'avérer parfois difficile pour l'entreprise ayant un droit d'acheminement de trouver le bon interlocuteur, ce qui pourrait entraver le marché. Comme autres motifs d'uniformisation, mentionnons en outre le fort transit international via le réseau suisse à très haute tension et la petitesse de la Suisse.
- 178 Il incombe en fin de compte au législateur d'évaluer si la création d'une société pour l'exploitation du réseau constitue pour lui la mesure appropriée la plus douce. Au cas où la nécessité est approuvée en ce sens, on se basera sur la conformité à la constitution de la mesure.
- 179 Selon l'avis défendu par l'expertise, l'obligation de transférer l'exploitation des réseaux de transport à une société privée appartenant aux propriétaires du réseau ne constitue pas une expropriation matérielle, une utilisation judicieuse au plan économique et valable des réseaux de transport demeurant possible. Relevons à cet égard que la garantie de la propriété ne protège pas une utilisation de la propriété contraire à la loi sur les cartels. La société pour l'exploitation du réseau garantira en premier lieu l'accès non discriminatoire au réseau, mais ne limitera pas l'utilisation autorisée. On en tiendra compte dans l'organisation de la société pour l'exploitation du réseau.

H. Dispositions concernant l'organisation de la société suisse pour l'exploitation du réseau

- 180 L'art. 9 LME prévoyait différentes dispositions concernant l'organisation de la société suisse (privée) pour l'exploitation du réseau. Ces dispositions comprenaient (1) la délégation de conseillers d'administration de la Confédération et des cantons, (2) les prescriptions sur les actions nominatives liées, et en liaison avec cela, (3) une disposition sur le contrôle suisse, et enfin (4) une réserve de l'approbation des statuts et de leur modification.

- 181 Même si l'expertise ne parvient pas à la conclusion que ces mesures sont contraires à la Constitution, mentionnons certaines réserves:
- 182 La disposition selon laquelle la Confédération et les cantons peuvent déléguer chacun un représentant au conseil d'administration se fonde sur l'art. 762 CO. A cet égard, on notera cependant qu'il faut de plus en plus attirer l'attention sur les risques liés à **l'envoi de conseillers d'administration**. D'une part, il peut en résulter pour la collectivité publique un risque lié à la responsabilité du comportement du conseiller d'administration envoyé en tant qu'organe social (responsabilité du conseil d'administration). D'autre part, le conseiller d'administration envoyé se trouve au coeur d'un conflit d'intérêts entre la société anonyme et la collectivité qui l'envoie. Ce problème général s'accroît encore lorsqu'il s'agit, comme dans le cas présent, d'un domaine fortement réglementé. Les limites entre le régulateur et l'entreprise réglementée ne devraient si possible pas être estompées.
- 183 Les **prescriptions sur les actions nominatives liées** ont été reprises dans la LME afin de compliquer la vente à l'étranger. On ne dira pas ici s'il s'agit d'un moyen approprié pour garantir la qualité. On attirera toutefois l'attention sur le fait que cette disposition contredit dans une certaine mesure la séparation comptable du domaine du réseau par rapport aux domaines de la production et du commerce. Cette disposition gêne en fin de compte la séparation volontaire des exploitants de réseaux de transport actuels et complique également l'accès au marché du transport, ce qui n'est pas sans poser de problème concernant le droit relatif à la concurrence.
- 184 La disposition concernant le **contrôle suisse** poursuit le même objectif que les prescriptions concernant les actions nominatives liées. On renverra sur ce point aux explications qui précèdent. La nécessité de la disposition est discutable et contredit dans une certaine mesure l'interdiction de discrimination.
- 185 La **réserve d'approbation des statuts** de la société suisse pour l'exploitation du réseau contredit le droit impératif en matière de sociétés anonymes. Ce dernier prévoit que la fixation et la modification des statuts incombent à l'assemblée générale. En soi, le législateur fédéral peut prévoir par une loi fédérale spéciale une réglementation dérogeant au droit en matière de sociétés anonymes. Toutefois, compte tenu du *numerus clausus* en vigueur dans la législation sur les sociétés, lequel sert à la protection générale du transport, il faudrait faire preuve de retenue dans la promulgation de dispositions spéciales. Même des considérations réglementaires parlent en défaveur d'une réserve d'approbation des statuts. Reste notamment à savoir si l'approbation des statuts serait appropriée pour garantir une surveillance efficace de la politique commerciale de la société suisse pour l'exploitation du réseau. Au centre de la réglementation ne devrait pas se trouver

l'influence exercée sur la prise de conscience de l'entreprise réglementée, mais la mise en place d'instruments de réglementation qui visent directement au contrôle du comportement entrepreneurial (abus d'une position dominante sur le marché, garantie d'une offre suffisante). Tout cela implique la mise en place de normes de comportement concrètes avec les sanctions adéquates.

186 Il convient d'aborder ici le thème de l'**interdiction de réaliser des bénéfiques**. Bien qu'il ne figure pas dans le document référendaire concernant la LME, il a été maintes fois exigé. Cette interdiction est une intervention très lourde dans la garantie de propriété et la liberté économique. Cette mesure viserait à empêcher le prélèvement de rentes monopolistiques. Retenons tout d'abord le fait qu'elle est appropriée uniquement pour empêcher le prélèvement proprement dit de rentes monopolistiques. On ne lutterait pas contre les incitations à la production inefficace dues au monopole naturel. Toutefois, l'interdiction de réaliser des bénéfiques va au-delà du nécessaire. Du point de vue de la législation sur les cartels, seul le prélèvement de rentes monopolistiques est interdit. Seuls des prix inappropriés peuvent représenter un abus économique dommageable d'une position dominante sur le marché. Un bénéfice approprié n'est ni interdit sur le plan du droit lié à la concurrence ni dommageable sur le plan économique ou social. Toutefois, la nocivité constituerait une condition préalable à une intervention dans la garantie de propriété. L'interdiction de réaliser des bénéfiques n'est donc pas autorisée sur le plan du droit constitutionnel. La nocivité serait cependant la condition à une intrusion dans la garantie de la propriété. L'interdiction de réaliser des bénéfiques est donc irrecevable sur le plan du droit constitutionnel. Avec une interdiction de réaliser des bénéfiques, il serait difficile de présenter de quelle manière on pourrait parvenir à des incitations à des investissements dans l'infrastructure.

I. Etatisation du niveau de réseau de transport

187 L'étatisation de l'exploitation des réseaux de transport ou des réseaux de transport eux-mêmes constitue la plus forte intrusion dans la garantie de la propriété et la liberté économique. L'expertise explique si le législateur fédéral dispose dans la Constitution fédérale de la compétence nécessaire pour une large intrusion de ce type. La question peut rester ouverte pour autant que la mesure apparaisse en tout cas comme une intrusion irrecevable dans la garantie de la propriété et la liberté économique.

188 Les partisans voient l'intérêt public à une étatisation du transport de l'électricité dans le fait que ce dernier occupe une position centrale du point de vue tant technique (prestations de services du système) qu'économique (« Place du marché pour le courant ») et que le fonc-

tionnement impeccable du niveau de réseau de transport est d'un intérêt national.

- 189 D'un point de vue réglementaire, relevons cependant qu'une étatisation au niveau fédéral présente également certains inconvénients. L'étatisation au niveau fédéral aurait pour conséquence que la Confédération soit active tant comme régulateur que comme entrepreneur dans le domaine du transport de l'électricité. Ce double rôle pourrait occasionner des conflits d'intérêts et n'est donc pas idéal.
- 190 Du point de vue du droit constitutionnel, la nécessité de cette mesure fait défaut pour l'étatisation de l'exploitation des réseaux de transport ou des réseaux de transport. La nécessité exige qu'une mesure la plus clémente possible soit appropriée pour atteindre un objectif concret. Ce qui est simplement souhaitable ne suffit pas.
- 191 En ce qui concerne le droit constitutionnel suisse, l'étatisation n'a aucune tradition et la doctrine constitutionnelle se montre très sceptique quant à elle. Pour autant qu'on le sache, on n'est encore jamais parvenu à une étatisation au sens proprement dit en Suisse à l'échelon fédéral. Du point de vue du droit constitutionnel, le rachat lié au droit de concession, qui a servi de base aux Chemins de fer fédéraux, n'est pas comparable. Des clauses de rachat étaient prévues dans les contrats de concession des exploitants de chemins de fer privés, de sorte qu'il a fallu s'attendre dès le début au rachat.
- 192 Selon la conception constitutionnelle suisse, l'étatisation n'entre en jeu que comme *ultima ratio*. En ce moment, l'exploitation et l'état d'extension du niveau de réseau de transport en Suisse ne présente guère de lacunes au plan qualitatif. Aussi longtemps que des doutes subsistent par rapport au risque d'abus d'une position dominante sur le marché, ce risque doit être combattu par les instruments spécifiques de l'accès non discriminatoire au réseau et par le contrôle des prix. La puissance de marché en tant que telle ne peut pas être un motif d'étatisation, dans la mesure où il est possible de combattre les impacts négatifs de celle-ci par des moyens de surveillance plus doux.
- 193 Selon toute apparence, on n'envisage pas non plus à l'étranger d'étatiser des réseaux de transport exploités sur la base de l'économie privée. Une autre question discutée sur le plan international est celle de la privatisation ou non de l'infrastructure de transport étatique. Les arguments avancés contre une privatisation ne parlent pas nécessairement en faveur d'une étatisation, car l'étatisation offre une intrusion dans les droits fondamentaux et les situations juridiques des privés.
- 194 Relevons ici également que l'étatisation ne pourrait pas résoudre le problème principal de la réglementation: après une étatisation, les réseaux de transport conserveront également le caractère d'un monopole

VISCHER

naturel. Le manque d'incitation à l'efficacité demeurera. La séparation entre propriétaires liée à l'étatisation du transport n'éliminera que les facteurs de distorsion du marché. Elle a cependant déjà été qualifiée pour elle-même de solution allant au-delà du nécessaire.

- 195 Globalement, l'étatisation du niveau de transport est considérée comme allant au-delà du nécessaire et même inacceptable compte tenu de la lourde intrusion dans la garantie de propriété des exploitants de réseaux de transport, dont l'activité principale est précisément le transport. Une étatisation tant des réseaux de transport eux-mêmes que de l'exploitation de ces derniers paraît donc irrecevable au plan du droit constitutionnel.

VIII. LITERATURVERZEICHNIS

AMSTUTZ MARC, Form und Funktion im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, Bemerkungen zu BGE 127 II 32, SZW 2001, S. 248 ff. (zit. AMSTUTZ)

BIAGGINI GIOVANNI, Wirtschaftsfreiheit, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Hrsg. THÜRER DANIEL, AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MÜLLER JÖRG PAUL, Zürich 2001 (zit. BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit)

BIAGGINI GIOVANNI, Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen, ZBL 1996, S. 49 ff. (zit. BIAGGINI, Strukturprobleme)

BISCHOF JUDITH, Rechtsfragen der Stromdurchleitung – Spezialgesetzliche und kartellrechtliche Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes, Diss., Zürich 2002 (zit. BISCHOF)

BODMER FRANK, BORNER SILVIO, Die Liberalisierung des Strommarktes in der Schweiz, Chur 2001 (zit. BODMER/BORNER)

BORER JÜRIG, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998 (zit. BORER)

CAMERON PETER, Competition in Energy Markets, Law and Regulation in the European Union, Oxford 2001 (zit. CAMERON)

DUCREY PATRIK, Art. 37 KG, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Hrsg. HOMBURGER ERIC, SCHMIDHAUSER BRUNO, HOFFET FRANZ, DUCREY PATRIK, Zürich 1996 (zit. DUCREY, Art. 37 KG)

FUCHS ALLEN, Öffnung des Strommarktes – Einige juristische Überlegungen, SZW 1999, S. 52 ff. (zit. FUCHS)

FORSTMOSER, PETER, Wer „A“ sagt muss auch „B“ sagen. Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 98, S. 217 ff. (zit. FORSTMOSER)

GYGI FRITZ, RICHLI PAUL, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Auflage, Bern 1997 (zit. GYGI/RICHLI)

HABER FELLNER MARIA, ET. AL., Strommarktliberalisierung in Österreich, Working Paper Nr. 8, e-control, 18. Dezember 2002 (zit. HABER FELLNER)

HÄFELIN ULRICH, HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001 (zit. HÄFELIN/HALLER)

HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002 (zit. HÄFELIN/MÜLLER)

HORN NORBERT, Regulierung und Wettbewerb am Beispiel des Strommarktes, RdE 2003, S. 85 ff. (zit. HORN)

JAGMETTI RICCARDO, Kommentar zu Art. 24quater aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. AUBERT JEAN-FRANÇOIS, EICHENBERGER KURT, MÜLLER JÖRG PAUL, RHINOW RENÉ A., SCHINDLER DIETRICH, Basel 1995 (zit. JAGMETTI, Art. 24quater aBV)

JAKOBS RETO, Kommentar zu Art. 96 BV, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Hrsg. EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS A., Zürich 2002 (zit. JAKOBS, Art. 96 BV)

KASERMAN DAVID L., MAYO JOHN W., Government and Business: The economics of Antitrust and Regulation, Ft. Worth 1995 (zit. KASERMAN/MAYO)

KUNZE WOLF-INGO, in: Erläuterungen zum Energiewirtschaftsgesetz 1998, Hrsg. VWEW, Frankfurt a. M. 1999 (zit. KUNZE)

LAUSEGGER STEFAN, Die Öffnung des österreichischen Elektrizitätsmarktes, Das Energieliberalisierungsgesetz 2000, RdE 2001, S. 219 ff. (zit. LAUSEGGER)

MEIER-HAYOZ ARTHUR, FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER)

MOMBAUR PETER M., Vertikale Beteiligungen bei Strom- und Gasfirmen: Abwehr von Wettbewerb Oder: Wie könnte der Wettbewerb / der Verbraucher geschützt werden?, RdE 2003, S. 29 ff. (zit. MOMBAUR)

MÜLLER GEORG, Kommentar zu Art. 22ter aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. AUBERT JEAN-FRANÇOIS, EICHENBERGER KURT, MÜLLER JÖRG PAUL, RHINOW RENÉ A., SCHINDLER DIETRICH, Basel 1995 (zit. MÜLLER, Art. 22ter aBV)

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999 (ZIT. MÜLLER, Grundrechte)

POSNER RICHARD, Economic Analysis of Law, 5. Ed., New York 1998 (zit. POSNER)

RECHSTEINER STEFAN, Rechtsfragen des liberalisierten Strommarktes in der Schweiz mit Blick nach Europa, insbesondere Deutschland und Österreich, Diss., Zürich 2001 (zit. RECHSTEINER)

RENTSCH RUDOLF, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten, Diss., Basel 2000 (zit. RENTSCH)

VISCHER

RHINOW RENÉ, Kommentar zu Art. 31 und 31^{bis} aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. AUBERT JEAN-FRANÇOIS, EICHENBERGER KURT, MÜLLER JÖRG PAUL, RHINOW RENÉ A., SCHINDLER DIETRICH, Basel 1995 (zit. RHINOW, Art. 31 resp. 31^{bis} aBV)

RHINOW RENÉ, CUROVITS ANDRAS A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, erstattet zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD), Basel/Zürich 2001 (zit. RHINOW/CUROVITS)

RHINOW RENÉ, SCHMID GERHARD, BIAGGINI GIOVANNI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998 (zit. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI)

RICHLI PAUL, Gutachten zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit einer Schweizerischen Netzgesellschaft im Sinne von Art. 7 des Entwurfs zu einem Elektrizitätsmarktgesetz, erstattet im Auftrag des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätswerke, Basel 1998, nicht veröffentlicht (zit. RICHLI, Netzgesellschaft)

RICHLI PAUL, Kantonale Monopole – Die offene Flanke der Handels- und Gewerbebefreiheit, Besprechung der Dissertation von Claude Ruey, ZBL 1989, S. 476 ff. (zit. RICHLI, Kantonale Monopole)

RIVA ENRICO, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Habil., Bern 1990 (zit. RIVA, materielle Enteignung)

RIVA ENRICO, MÜLLER-TSCHUMI THOMAS, Eigentumsgarantie, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Hrsg. THÜRER DANIEL, AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MÜLLER JÖRG PAUL, Zürich 2001 (ZIT. RIVA/MÜLLER-TSCHUMI, Eigentumsgarantie)

SCHAFFHAUSER RENÉ, Kommentar zu Art. 91 BV, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Hrsg. EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS A., Zürich 2002 (zit. SCHAFFHAUSER, Art. 91 BV)

SCHNEIDER JENS-PETER, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulatorische Marktorganisation, Eine vergleichende Untersuchung zur Reform des britischen, US-amerikanischen, europäischen und deutschen Energierechts, Habil., Baden-Baden 1999 (zit. SCHNEIDER)

SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 3, 8 resp. 36 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Hrsg. EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS A., Zürich 2002 (zit. SCHWEIZER, Art. ... BV)

STRUB DOMINIK, Wohlerworbene Rechte, insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Diss., Freiburg 2001 (zit. STRUB)

TÖDTMANN ULRICH, Kommunale Energieversorgungsunternehmen zwischen Gemeinderecht und Wettbewerb, RdE 2002, S. 6 ff. (zit. TÖDTMANN)

THURNHER VICTOR, Elektrizitätswirtschafts- und -Organisationsgesetz: Kurzkommentar mit Europarechtlichen Grundlagen, Wien 1999 (zit. THURNHER)

VALLENDER KLAUS A., Kommentar zu Art. 26 bis 27 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Hrsg. EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS A., Zürich 2002 (zit. VALLENDER, Art. ... BV)

VERBAND DER NETZBETREIBER VDN, Kommentarband zur Umsetzung der Verbändevereinbarung VVII+ vom 13. Dezember 2001, Berlin November 2002 (zit. Kommentarband Verbändevereinbarung II+)

VON BÜREN ROLAND, MARBACH EUGEN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Bern 2002 (zit. VON BÜREN/MARBACH).

WALDMANN BERNHARD, Weniger staatlich als häufig angenommen: Kantonale Elektrizitätsordnungen im Vergleich, NZZ vom 03. Juli 2003, S. 13 (zit. WALDMANN)

WEBER ROLF H., Auf dem Weg zur Neustrukturierung der Elektrizitätsmärkte, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Hrsg. EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHAFFHAUSER RENÉ, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS A., Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998 (zit. WEBER, Neustrukturierung)

WEBER ROLF H., Energie und Kommunikation, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Hrsg. THÜRER DANIEL, AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MÜLLER JÖRG PAUL, Zürich 2001 (zit. WEBER, Energie und Kommunikation)

WELTERT HANS MARTIN, Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung, Diss., Zürich 1990 (zit. WELTERT)

WILD JÖRG, Deregulierung und Regulierung der Elektrizitätsverteilung – Eine makroökonomische Analyse mit empirischer Anwendung für die Schweiz, Diss., Zürich 2001 (zit. WILD)

WILD JÖRG, VATERLAUS STEPHAN, Vorprojekt Marktmodelle, Schlussbericht, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Energie, Bern Mai 2003 (zit. WILD/VATERLAUS)

ZÄCH ROGER, Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen mit Netzinfrastrukturen, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung, Hrsg. WIEGAND WOLFGANG, Bern 1998 (zit. ZÄCH)

IX. MATERIALIEN

Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zum Elektrizitätsmarktgesetz vom September 1998 (zitiert: Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zum VE-EMG).

Botschaft zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) vom 7. Juni 1999, BBl 1999 7371 ff. (zitiert: Botschaft zum EMG).

Botschaft zum Kartellgesetz (KG) vom 23. November 1994 (Sonderdruck).

Bundesamt für Energie, Medieninformation zur neuen Elektrizitätswirtschaftsordnung vom 7. März 2003 (zitiert: BFE, Medieninformation vom 7. März 2003).

Bundesamt für Energie, Auswertung der Gespräche nach dem Nein zum EMG, 24. Februar 2003 (zitiert: BFE, Auswertung).

Bundesamt für Justiz, Die verfassungsmässigen Kompetenzen des Bundes im Bereich der Elektrizitätswirtschaft, Gutachten zuhanden der Arbeitsgruppe „Markttöffnung im Elektrizitätsbereich“, Bern 1996 (zit. BJ, Bundeskompetenzen).

Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) vom 18. Februar 1998 (zitiert: Erläuternder Bericht zum VE-EMG).

EU-Commission, Completing the internal energy market, Commission Staff working Paper, Brussels, 12.03.2001, SEC (2001) 438 (zit. EU-Commission, Energy market).

Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, Überblick und Beurteilung des kantonalen Rechts, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Energie, Freiburg 2003 (zit. Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung).

Stellungnahme der Kartellkommission zu den Diskussionen über die Öffnung des Elektrizitätsmarktes und des Gasmarktes, VKP 1996/2 (zit. Kartellkommission, Elektrizitätsmarkt).

Vernehmlassungsentwurf zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) vom 18. Februar 1998 (zitiert: VE-EMG).

X. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.M.	anderer Meinung
AB	Amtsbericht
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AG	Aktiengesellschaft
Atel	Aare-Tessin AG für Elektrizität
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BKW	BKW FMB Energie AG
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
CKW	Centralschweizerische Kraftwerke
d.h.	das heisst
EGL	Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG
EIWOG	Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz in der Fassung 2000 (Österreich)
EMG	Elektrizitätsmarktgesetz
EOS	Eléctricité d' Ouest Suisse
EWZ	Elektrizitätswerk der Stadt Zürich
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
i.S.	im Sinne
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen

VISCHER

NOK	Nordostschweizerische Kraftwerke AG
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936 (Obligationenrecht)
Rz.	Randziffer
SNG	Schweizerische Netzgesellschaft
TSO	Transmission System Operator
UREK	Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
VE-EMG	Vernehmlassungsentwurf zum Elektrizitätsmarktgesetz vom 18. Februar 1998