

Kurzgutachten

zum **BKW-Beteiligungsgesetz:**

Ausgliederung der Netze und bedeutenden Kraftwerke der BKW

vom 14. Juli 2017

im Auftrag der

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE),
Generalsekretariat, Reiterstrasse 11, 3011 Bern**

durch

Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M., Rechtsanwalt,

Professor für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen

und

Lukas Mathis, M.A. HSG in Law,

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am IFF-HSG der Universität St.Gallen

Inhalt

1	Ausgangslage und Auftrag	3
2	Ergebnis	4
3	Rechtliche Begründung	5
3.1	Grundrechtsbindung	5
3.2	Grundrechtsträgerschaft	9
3.3	Eingriff in Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit	12
3.3.1	Wirtschaftsfreiheit	12
3.3.2	Eigentumsgarantie	14
3.3.3	Zwischenfazit	16
3.4	Rechtfertigung von Eingriffen in Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit	16
3.4.1	Gesetzliche Grundlage	16
3.4.2	Öffentliches Interesse	20
3.4.3	Verhältnismässigkeit	22
3.4.4	Zwischenfazit	23
3.5	Rechtsfolge bei zulässigem Eingriff: Entschädigungspflicht	24
	Quellenverzeichnis	28

1 Ausgangslage und Auftrag

1. Nach Art. 95 Abs. 2 Bst. c KV BE¹ sind Art und Umfang von bedeutenden Beteiligungen in einem Gesetz zu regeln, was bisher nicht der Fall war. Der Regierungsrat des Kantons Bern hat entsprechend einen Entwurf für ein Gesetz über die Beteiligung des Kantons an der BKW AG erstellt und die Vorlage im Vernehmlassungsverfahren zugänglich gemacht (nachfolgend «BKW-Beteiligungsgesetz»). Bei der BKW handelt es sich um eine börsennotierte Aktiengesellschaft, die in den Geschäftsfeldern Energie, Dienstleistungen und Elektrizitätsnetz tätig ist. Der Kanton Bern ist Mehrheitsaktionär der BKW und hält einen Anteil von rund 52 Prozent an Kapital und Stimmen. Der Kanton führte die Beteiligung an der BKW bis vor kurzem im Finanzvermögen. Im Zuge der Einführung des neuen Rechnungslegungsmodells HRM2/IPSAS per 1. Januar 2017 wurde die BKW-Beteiligung dem Verwaltungsvermögen zugeteilt.

2. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Entwurf für ein Gesetz über die Beteiligung des Kantons an der BKW wurden Bedenken aufgrund der vertikal integrierten Organisationsstruktur der BKW bekundet. Dabei wurde gefordert, «den BKW-Konzern bereits frühzeitig strategisch und organisatorisch auf die Trennung von Netz und anderen Dienstleistungen vorzubereiten.»² Eine weitere Stellungnahme regte an, die BKW sei in die Teile Dienstleistungen, Produktion und Netze aufzuteilen. Der Teil Dienstleistungen sei zu verkaufen und die Teile Produktion und Netze sollen mehrheitlich im Besitz des Kantons bleiben.³

3. Vor diesem Hintergrund wurde den Unterzeichneten am 23. Februar 2017 die Frage vorgelegt, ob und gegebenenfalls wie die kantonrechtliche Gesetzgebung bewirken kann, dass die BKW die Geschäftsteile Netze und bedeutende Kraftwerke organisatorisch ausgliedern muss, sodass der Kanton letztlich diese Geschäftsteile kontrolliert, an den Geschäftsteilen Stromhandel und Dienstleistungen jedoch nicht massgeblich beteiligt ist.

4. Aufgrund der Natur des Vernehmlassungsverfahrens bleibt vorliegend noch unklar, wie bei einer solchen Ausgliederung die Unternehmensstruktur der BKW im Endergebnis aussehen würde. Zum einen denkbar wäre hier die Aufspaltung der BKW in zwei rechtlich selbständige Einheiten mit unterschiedlicher Eigentümerstruktur (Netze und Kraftwerke staatlich, Handel und Dienstleistungen privat). Zum anderen denkbar wäre eine stärkere unternehmerische Auftrennung der Bereiche Netze/Kraftwerke und Handel/Dienstleistungen unter dem Dach der heute an sich schon bestehenden BKW Holding (Zweck der Gesellschaft ist das Halten von Beteiligungen).⁴

¹ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV BE), SR 131.212, BSG 101.1.

² Grünliberale Partei Kanton Bern, Stellungnahme Vernehmlassung BKW-Beteiligungsgesetz vom 31. Januar 2017.

³ Grüne Kanton Bern, Vernehmlassung zum Gesetz über die Beteiligung des Kantons Bern an der BKW AG (BKWG) vom 22. Januar 2017.

⁴ Art. 2 der BKW-Statuten vom 8. Mai 2015.

2 Ergebnis

5. Eine Ausgliederung der Geschäftsteile Netze und bedeutende Kraftwerke der BKW AG kann nicht direkt über entsprechende Vorschriften im BKW-Beteiligungsgesetz erreicht werden. Der Kanton Bern hat wohl kaum die Kompetenz, eine gesetzliche Grundlage für solche Eingriffe in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit zu schaffen. Auch wenn die Kompetenz bejaht würde, so wären die durch eine solche Ausgliederung verursachten Beschränkung der Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit unverhältnismässig, da dem Kanton mildere Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung stehen. Die Anordnung der Ausgliederung im BKW-Beteiligungsgesetz würde daher gegen die Bundesverfassung verstossen. Sollten die Beschränkungen entgegen der hier vertretenen Auffassung rechtfertigbar sein, wären die privaten Aktionäre der BKW voll in Geld zu entschädigen.

6. Im Einzelnen kommen wir zum Schluss, dass der Grosse Rat des Kantons Bern bei der gesetzgeberischen Regelung seiner Beteiligung an der BKW (zumindest teilweise Verwaltungsvermögen) an die Grundrechte gebunden ist. Ebenso wäre der Regierungsrat des Kantons Bern, der vom kantonalen Gesetzgeber beauftragt würde, über den Verwaltungsrat der BKW auf eine Ausgliederung hinzuwirken, an die Grundrechte gebunden. Diese Bindung muss deshalb bestehen, da sich das Gemeinwesen seiner Grundrechtsverpflichtung nicht durch Wahl privatrechtlicher Mittel entledigen kann.

7. Hinsichtlich Grundrechtsträgerschaft sind wir der Auffassung, dass sich die BKW trotz ihres Status als öffentliches bzw. gemischtwirtschaftliches Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie berufen kann. Die Grundrechtsträgerschaft der BKW gegenüber dem Kanton würde wegfallen, wenn das gesamte Aktienkapital im Eigentum des Kantons stünde; einer Ausgliederung steht dann nichts im Weg. Sodann sind die privaten Aktionäre der BKW als solche Träger der Eigentumsgarantie.

8. Durch eine Anordnung im BKW-Beteiligungsgesetz, wonach die Geschäftsteile Netze und bedeutende Kraftwerke organisatorisch auszugliedern und allenfalls eigentumsrechtlich zu entflechten seien, ist die BKW in ihrer Wirtschaftsfreiheit (Organisationsfreiheit) und in ihrer Eigentumsgarantie (Bestandesgarantie) betroffen. Sodann sind die privaten Aktionäre zumindest faktisch soweit in ihrer Eigentumsgarantie betroffen, dass sie eine solche Beschränkung anfechten könnten.

9. Nach Auffassung der Unterzeichneten ist denkbar, dass ausreichende öffentliche Interessen an einer Ausgliederung der Geschäftsteile Netze und bedeutende Kraftwerke der BKW bestehen. Jedoch gibt es potenzielle Konflikte mit dem Bundesrecht, namentlich dem Gesellschaftsrecht und dem Stromversorgungsrecht. Ferner bestehen privatrechtliche Instrumente, die milder und zur Erreichung des angestrebten Ziels ebenso geeignet sind, was die Verhältnismässigkeit eines Vorgehens über das BKW-Beteiligungsgesetz infrage stellt. Zu nennen ist namentlich das öffentliche Kaufangebot mit anschliessender Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass der Kanton durchaus ermächtigt ist, in Abweichung vom Gesellschaftsrecht spezialgesetzliche Aktiengesellschaften zu gründen, sofern er die volle Haftung für deren Verbindlichkeiten übernimmt.

10. Sollte der hier angestrebte Eingriff entgegen der hier vertretenen Auffassung als zulässig erachtet werden, ist er als formelle Enteignung zu qualifizieren, die voll zu entschädigen ist. Diese Entschädigung ist nach der hier vertretenen Auffassung in Geld zu leisten; der Realersatz der privaten Aktionäre (z.B. durch andere Aktien) ist zwar grundsätzlich zulässig, muss aber dem Grundsatz der vollen Entschädigung genügen.

3 Rechtliche Begründung

11. Die Begründung für das vorliegende Ergebnis stellt in erster Linie auf Überlegungen zur Vereinbarkeit des BKW-Beteiligungsgesetzes mit dem übergeordneten Recht ab. Dabei im Vordergrund stehen die Freiheitsrechte, namentlich die Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, sowie die verbliebenden Kompetenzen des Kantons im Bereich der Energiewirtschaft. Nicht geprüft wird vorliegend der Vertrauensschutz der privaten Aktionäre, da keine Hinweise auf entsprechende Zusicherungen bestehen.

12. Dementsprechend ist dieses Gutachten wie folgt gegliedert: Zunächst wird die Grundrechtsbindung verschiedener Organe des Kantons Bern (Abschnitt 3.1) und die Grundrechtsträgerschaft der BKW und ihrer Aktionäre (Abschnitt 3.2) dargelegt. Anschliessend begründen wir, wieso in einer im BKW-Beteiligungsgesetz angeordneten Ausgliederung eine Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit zu sehen ist (Abschnitt 3.3). In Abschnitt 3.4 diskutieren wir verschiedene Möglichkeiten der Rechtfertigung eines solchen Eingriffs in die Freiheitsrechte. Sollte der Eingriff entgegen unserer Ansicht als zulässig erachtet werden, so ist die Rechtsfolge die Pflicht zur vollen Entschädigung der formell enteigneten, privaten Aktionäre (Abschnitt 3.5).

3.1 Grundrechtsbindung

13. Nachfolgend diskutiert wird die Bindung des kantonalen Gesetzgebers und des Regierungsrates an die in vorliegendem Zusammenhang betroffenen Grundrechte. Wir kommen zum Schluss, dass der Grosse Rat und der Regierungsrat des Kantons Bern bei der gesetzgeberischen Regelung ihrer Beteiligung an der BKW AG, die zumindest teilweise im Verwaltungsvermögen steht, an die Grundrechte gebunden sind.

14. Art. 35 Abs. 2 BV hält fest, dass «wer staatliche Aufgaben wahrnimmt» an die Grundrechte gebunden ist. Die Bedeutung von Art. 35 Abs. 2 BV in unterschiedlichen Konstellationen ist jedoch umstritten.⁵ Bei der Vorbereitung der heute geltenden Bundesverfassung wurde von kantonalen Seite im Zusammenhang mit Art. 35 Abs. 2 BV ein Vorbehalt zugunsten der (privat-)wirtschaftlichen Tätigkeiten des Staates und seiner Einrichtungen gefordert.⁶ Grund war gemäss HANGARTNER die Befürchtung, die strikte Bindung an die Grundrechte könnte die wirtschaftliche Tätigkeit unverhältnismässig erschweren. Dem Anliegen konnte jedoch mit Blick auf die Funktion der Grundrechte nicht entsprochen werden.⁷ Gleichwohl hielt der Bundesrat in der Botschaft fest, dass es «durchaus vorstellbar [sei], dass im einen oder anderen Punkt die Pflichten, die sich aus

⁵ Vgl. SCHLATTER, S. 45; sowie nachfolgend die Darstellung der Lehrmeinungen zur Grundrechtsbindung.

⁶ HANGARTNER, Grundrechtsbindung, S. 517 f.

⁷ HANGARTNER Grundrechtsbindung, S. 517.

einem bestimmten Grundrecht ergeben, angepasst werden müssen, wenn gewisse staatliche Aufgaben delegiert werden.»⁸

15. Ausgangspunkt der Diskussion in der Lehre ist somit die Frage, ob aufgrund des Wortlauts von Art. 35 Abs. 2 BV eine rein funktionelle Grundrechtsbindung besteht (Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe) oder auch das persönliche Element (Anknüpfung am Staat) zur Grundrechtsbindung führt.

16. Unbestritten in Lehre und Rechtsprechung scheint der Grundsatz der unmittelbaren Grundrechtsbindung hoheitlichen Handelns.⁹ Hoheitliche Handlungsformen der Verwaltung sind die Verfügungen und verschiedene Erlassformen, wie zum Beispiel Rechtsverordnungen oder Pläne. Nicht hoheitliche Handlungsformen sind zunächst einmal die verwaltungsrechtlichen oder privatrechtlichen Verträge.¹⁰ Hoheitliches Staatshandeln zeichnet sich dadurch aus, dass es das Verhältnis zwischen Staat und Privaten einseitig regelt. Das heisst, dass der Verwaltungsträger auf die Zustimmung des Privaten bei der Zuweisung von Rechten und Pflichten nicht angewiesen ist. Es stützt sich auf öffentliches Recht und ist verbindlich und erzwingbar, wobei bereits die Zwangsbefugnis ausreicht.¹¹ Beim nicht-hoheitlichen Staatshandeln dagegen entfallen die Einseitigkeit und die Erzwingbarkeit des Rechtsverhältnisses.

17. Nach heute wohl herrschender Lehre sind sodann sämtliche Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Organisationen grundrechtsgebunden. Die Grundrechtsbindung betrifft also nicht nur das hoheitliche Handeln, sondern auch das vertragliche Handeln der öffentlich-rechtlichen Organisationen, insbesondere deren privatrechtliches oder fiskalisches Handeln. In diesem Zusammenhang wird der Terminus «Fiskalgeltung der Grundrechte» gebraucht.¹² Für die Fiskalgeltung der Grundrechte, die eben eine Grundrechtsbindung des Staates auch beim privatrechtlichen, nicht-hoheitlichen Handeln postuliert, werden verschiedene Gründe genannt.

18. So wird angeführt, dass dem Staat generell keine Privatautonomie oder privatautonome Willkür zukomme.¹³ Staatliches Handeln sei immer dem Prinzip der Gesetzmässigkeit unterworfen und müsste stets im öffentlichen Interesse liegen. In eine ähnliche Richtung zielt das Argument, es gelte eine Flucht des Staates ins Privatrecht zu verhindern.¹⁴ Art. 35 Abs. 2 BV habe nicht bezweckt einen bestimmten Teil des staatlichen Handelns von der Grundrechtsbindung auszunehmen, sondern vielmehr die Grundrechtsbindung auch auf die privaten Träger staatlicher Aufgaben auszudehnen.¹⁵ Sodann wird auch angeführt, dass die Übermacht des Staates und damit die aus Perspektive der Grundrechte bestehende Gefährdungslage allein durch formale Gleichschaltung auf

⁸ Botschaft BV, S. 193.

⁹ Mit extensiven Hinweisen auf die Lehre und Rechtsprechung: SCHLATTER, S. 48; siehe auch: BGE 117 Ia 107, E. 5d.

¹⁰ Vgl. die schematische Übersicht bei TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 27 Rz. 7.

¹¹ Zu diesem engen Begriff hoheitlichen Handelns HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 28 f.

¹² BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 35 Rz. 9,11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 277; HÄNER, S. 1145; HANGARTNER, Grundrechtsbindung, S. 515 ff; KIENER/KÄLIN, S. 41 f.; SALADIN, Grundrechte, S. 320; vgl. für einen umfassenden Überblick über den Meinungsstand: SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 44 ff,

¹³ HANGARTNER, Grundrechtsbindung, S. 519; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 277; HÄNER, S. 1145; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 24;

¹⁴ Vgl. zu diesem Terminus etwa SCHLATTER, S. 45; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 6. Aufl., Rz. 274; Das Originalzitat stammt von FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928, S. 326.

¹⁵ HANGARTNER, Grundrechtsbindung, S. 519; HÄNER, S. 1144.

dem Boden des Privatrechts nicht beseitigt werden könne. Der Staat habe auch dann staatliche Ressourcen zur Verfügung, wenn er in der Form des Privatrechts handle.¹⁶

19. Die Auffassung der wohl herrschenden Lehre, dass Grundrechte auch den privatrechtlich handelnden Staat binden, wird in verschiedenen Entscheiden wohl auch vom Bundesgericht vertreten. So hat das Bundesgericht bezüglich der Schweizerischen Nationalbank, einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft des Bundes festgehalten, «dass die Nationalbank selbstverständlich auch dort, wo sie als Aktiengesellschaft privatrechtlich handelnd auftritt, an ihren öffentlichen Auftrag im weitesten Sinne gebunden bleibt, was zur Folge hat, dass sie in ihren privatrechtlichen Aktivitäten sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten hat. Sie darf auch als Subjekt des Privatrechts insbesondere nicht rechtsungleich oder willkürlich Rechte erteilen oder Pflichten auferlegen».¹⁷ Ebenso entschied das Bundesgericht, eine öffentlich-rechtliche Stiftung sei auch dann grundrechtsgebunden, wenn sie mit den Begünstigten privatrechtliche Mietverträge abschliesse.¹⁸ Bezüglich der städtischen Verkehrsbetriebe Luzern bei der Vergabe von Werbeflächen auf ihren Bussen hat das Bundesgericht sodann festgehalten: «Die Grundrechte der Bürger müssen grundsätzlich auch dann gewahrt werden, wenn das Gemeinwesen privatrechtlich handelt; <privatautonome Willkür>, wie sie die Privaten besitzen, steht dem Staat nicht zu.»¹⁹ Obwohl die SRG bei der Akquisition und Ausstrahlung der Werbung privatrechtlichen Regelungen unterliegt ist sie nicht nur an das Willkürverbot und den Grundsatz der Rechtsgleichheit gebunden, sondern muss generell auch dem besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte Rechnung tragen.²⁰

20. Die oben dargestellte Lehre zur sogenannten Fiskalgeltung der Grundrechte herrscht zwar vor, dennoch gibt es auch Autoren, die gestützt auf den Wortlaut von Art. 35 Abs. 2 BV (wer staatliche Aufgaben wahrnimmt [...]) eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte ausschliesslich dann annehmen wollen, wenn und soweit staatliche Aufgaben erfüllt werden.²¹ Vor dem Hintergrund der teilweisen Liberalisierung ehemals staatlicher Monopole, die dem Markt ganz oder teilweise zugänglich gemacht wurden, sei es erforderlich, die unterschiedlichen Dienstleistungen einzeln zu qualifizieren. Grundidee dieser Strömung in der Lehre ist, dass bei einem zulässigen Rückzug des Gemeinwesens aus der sogenannten staatlichen Aufgabenverantwortung und der Überführung dieser Tätigkeiten in den freien Wettbewerb auch die Grundrechtsbindung dahinfalle oder abgeschwächt werde.²² So hält auch SCHWEIZER fest, die Grundrechtsbindung werde fraglich, wenn der Gesetzgeber auf marktwirtschaftliches Handeln umstellen wolle. Er fügt aber gleich einschränkend wieder ein, dass die Marktsituation dem Marktteilnehmer erlauben müsse, von seiner Privatautonomie tatsächlich Gebrauch zu machen, was für einen Grossteil der staatlichen Bedarfsverwaltung (öffentliches Personal- und Beschaffungswesen) und der Verwaltung des Finanzvermögens zutrefte. Je stärker die Möglichkeiten der staatlichen Einflussnahme ausgebaut seien und je höher die finanzielle und organisatorische Begünstigung des Staates ausfielen, umso eher sei

¹⁶ Vgl. HANGARTNER, Staat als Unternehmer, S. 250.

¹⁷ BGE 109 Ib 146, E. 4.

¹⁸ BGE 114 Ia 413, E. 4a.

¹⁹ BGE 127 I 84, E 4c.

²⁰ BGE 139 I 306, E. 3.2.3.

²¹ Vgl. HÄSLER, S. 67 ff., insbesondere S. 71.

²² Vgl. zum Ganzen TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 Rz. 57 f., insb. Rz. 59 zur Kritik an der Fiskalgeltung der Grundrechte.

von einer Grundrechtsbindung auszugehen, auch wenn der Gesetzgeber einen freien Wettbewerb angestrebt habe.²³

21. In die Rechtsprechung hat diese aufgabenbezogene Sichtweise soweit ersichtlich bei einem Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts Eingang gefunden. Dieses hatte zu entscheiden, ob die Post gestützt auf die Meinungsäusserungsfreiheit zur Verteilung einer Massensendung verpflichtet war. Die I. Zivilabteilung führte aus, dass die Post im hier relevanten Bereich der Wettbewerbsdienste keine «staatlichen Aufgaben» wahrnehme, weshalb eine Grundrechtsbindung der Post gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV ausser Betracht falle.²⁴ Eine Grundrechtsbindung der Post aufgrund ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts falle ausser Betracht, weil der Gesetzgeber im einschlägigen Spezialgesetz klar bestimmt habe, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste gleich gestellt sei, wie ihre private Konkurrenz.²⁵ Im Ergebnis gelangte das Gericht im konkreten Fall dennoch zum Resultat, dass die Post zur Leistungserbringung verpflichtet gewesen wäre, da es einen privatrechtlichen Kontrahierungszwang der Post annahm.²⁶

22. Dieser in der Lehre zum Teil heftig kritisierte Entscheid der I. Zivilabteilung²⁷ scheint gerade vor dem Hintergrund des bereits angeführten und neueren Entscheids zur Grundrechtsbindung der SRG im privatrechtlich organisierten Bereich der Akquisition von Werbung keine grundsätzliche Änderung der Rechtsprechung herbeigeführt zu haben, wobei sich das Bundesgericht mit dem Präjudiz in keiner Weise auseinandersetzt.²⁸

23. Vorliegend ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Erlass eines BKW-Gesetzes um den Bereich der Rechtssetzung²⁹ handelt, und das Gesetz überdies mindestens teilweise Verwaltungsvermögen des Kantons Bern betrifft. Zum Verwaltungsvermögen gehören jene Werte, die den Behörden oder einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Besorgung der öffentlichen Aufgaben dienen.³⁰ Entsprechend handelt es sich – unabhängig davon, ob die wohl herrschende Fiskaltheorie der Grundrechtsbindung Anwendung findet – um eine zumindest staatliche, allenfalls hoheitliche Aufgabe des Kantons, weshalb eine Bindung desselben an die Grundrechte vorliegt.³¹ Sofern man der herrschenden Fiskaltheorie folgt, ergibt sich diese Grundrechtsbindung sodann auch aus der Stellung des Kantons als öffentlich-rechtlicher Institution.

²³ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 45.

²⁴ BGE 129 III 35, E. 5.2.

²⁵ BGE 129 III 35, E. 5.4.

²⁶ BGE 129 III 35, E. 6.3 f.

²⁷ Vgl. BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 35 Rz. 11; SCHLATTER, S. 56 mit Hinweisen auf die kritischen Äusserungen der Lehre.

²⁸ Vgl. BGE 139 I 306, E. 3.2.3; kritisch zum Urteil UHLMANN, Entwicklungen, 462 f.; ferner STEINER, 29 ff., der geltend macht, die SRG nehme keine «staatliche Aufgabe» wahr.

²⁹ Vgl. zur unbestrittenen Grundrechtsbindung bei der Rechtsetzung SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 37; BGer, Urteil 1P.523/2003 vom 12. Mai 2004, E. 4.3.2.

³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2205.

³¹ Zur Grundrechtsbindung bei Bewirtschaftung des Verwaltungsvermögens BGE 138 I 274, E. 2.2.

3.2 Grundrechtsträgerschaft

24. In diesem Kapitel wird erörtert, ob die BKW und ihre privaten Aktionäre durch die angedachten Änderungen des BKW-Beteiligungsgesetzes in ihren Grundrechten betroffen sind. Vor allem betreffend öffentliche Unternehmen ist die Rechtslage in dieser Frage noch nicht vollständig geklärt. Wir kommen zum Schluss, dass die BKW aufgrund der Beteiligung Privater an ihrem Aktienkapital Trägerin der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie ist. Ohnehin Träger der Eigentumsgarantie und vorliegend zumindest faktisch in ihren Rechten betroffen sind private Aktionäre der BKW. Der Kanton Bern kann daher bei der Regelung seiner Beteiligung an der BKW nicht ohne Beachtung der Grundrechte vorgehen.

25. Grundsätzlich sind jedenfalls alle natürlichen Personen Träger von Grundrechten.³² Entsprechend können sich ohne weiteres auch Ausländer auf die Eigentumsgarantie berufen und zwar grundsätzlich auch dann, wenn sie ihren Wohnsitz ausserhalb der Schweiz haben.³³ Zwar sind Grundrechte im Wesentlichen auf die Schutzbedürfnisse von natürlichen Personen zugeschnitten. Gleichwohl können auch juristische Personen des Privatrechts Träger von Grundrechten sein, sofern und soweit sich diese ihrer Natur nach für juristische Personen eignen. Dies ist etwa der Fall bei der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und auch bei der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV).³⁴ Dabei wird zuweilen der menschenrechtliche Ursprung der Grundrechte betont und darauf hingewiesen, dass juristische Personen des Privatrechts bei einem Durchgriff auf das Dahinterstehende üblicherweise ein «personales Substrat» aufweisen und in diesem Sinne als Sachwalter grundrechtlich geschützter Individualinteressen auftraten.³⁵

26. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht voll zum Tragen kommt die Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen des Privatrechts, wenn diese öffentliche Aufgaben erfüllen und gegenüber den privaten Dritten als Hoheitsträger auftreten.³⁶ Sie waren gemäss dieser Rechtsprechung nicht zur damaligen staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert, woraus sich eine fehlende Grundrechtsträgerschaft ableiten lassen könnte.³⁷ Das gilt zumindest teilweise auch dann, wenn die juristische Person in gewissen Vermögensinteressen betroffen ist – zumindest soweit sie in diesem Bereich als Hoheitsträger auftritt. So trat das Bundesgericht auf staatsrechtliche Beschwerden von Korporationen gegen Entscheide oder Erlasse betreffend Steuern oder Beiträge zur Finanzierung der hoheitlichen Tätigkeit,³⁸ betreffend anteilig auferlegte Kosten einer Zivilschutzbaute³⁹ oder betreffend die Finanzierung hoheitlicher Aufgaben der Korporation

³² Der persönliche Schutzbereich einzelner Grundrechte erstreckt sich jedoch teilw. nur auf bestimmte natürliche Personen (bspw. Schweizerinnen und Schweizer bezgl. der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV); GÄCHTER, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, 2011, § 30 Rz. 64 f. m.w.H.

³³ HANGARTNER, Grundzüge II, S. 157; VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 26 f. mit Hinweisen auf Einschränkungen bezüglich des Eigentumserwerbs durch Ausländer.

³⁴ GÄCHTER, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, 2011, § 30 Rz. 70.

³⁵ Vgl. MÜLLER/BALDEGGER, S. 570 mit Hinweisen zur Durchgriffs- bzw. Durchblickstheorie, welche vor allem die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts entscheidend geprägt hat; Vgl. auch SCHLATTER, S. 129.

³⁶ Vgl. BGE 121 I 218, E. 2b; BGer, Urteil 2P.167/1993 vom 10. Mai 1994, E. 1a/bb; BGE 112 Ia 356, E. 5a.

³⁷ Vgl. mit Hinweisen auf die damaligen Prozessvoraussetzungen und die dadurch einhergehende Prüfung der Grundrechtsträgerschaft: SCHLATTER, S. 130 f.

³⁸ BGE 109 Ia 173.

³⁹ BGE 103 Ia 63.

durch Beiträge des Kantons nicht ein.⁴⁰ Von solchen im weitesten Sinne die Finanzierung der hoheitlichen Tätigkeit betreffenden Erlassen sind jedoch kantonale Hoheitsakte zu unterscheiden, die eine Korporation in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin von Gegenständen des Finanz- oder Verwaltungsvermögens betreffen. Soweit eine Körperschaft diesbezüglich wie ein Privater betroffen ist, wurde ihr die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde und damit einhergehend die Grundrechtsträgerschaft zugesprochen.⁴¹

27. Auch ist eine juristische Person des Privatrechts Träger der Grundrechte, wenn sie im Rahmen der Abwicklung eines ihr erteilten öffentlichen Auftrags unternehmerische Ziele verfolgt und ein eigenes finanzielles Risiko trägt. Sofern jedoch das Risiko einer unternehmerischen Tätigkeit vollumfänglich durch das Gemeinwesen getragen wird, entfällt diese Trägerschaft wieder,⁴² da die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen keine eigenen (finanziellen) Interessen mehr geltend machen können.⁴³

28. Das Bundesgericht führt dazu aus, dass der Private bei internen Streitigkeiten mit dem Staat zur Anrufung individualrechtlicher Verfassungsgarantien jedenfalls dann befugt sein muss, wenn der Private einen Erwerbzweck bzw. ein unternehmerisches Ziel verfolgt oder zumindest ein finanzielles Risiko trägt. Es fügt sodann an, dass es sich anders verhalten könnte, wenn das finanzielle Risiko vollumfänglich beim Gemeinwesen verbleibe und die private Rechtsform nur formell dazwischengeschaltet sei.⁴⁴

29. Juristische Personen des öffentlichen Rechts, wie Kantone, Gemeinden oder staatliche Anstalten sind grundsätzlich keine Grundrechtsträger. Allerdings geht die Rechtsprechung davon aus, dass öffentlich-rechtliche juristische Personen bzw. das Gemeinwesen dann den Grundrechtsschutz geniessen, wenn sie sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen oder sonst wie (z.B. als Steuer- oder Gebührenpflichtige) als dem Bürger gleichgeordnete Rechtssubjekte auftreten und durch den angefochtenen staatlichen Akt wie ein Privater betroffen sind.⁴⁵ Dies ist häufig dann der Fall, wenn in ihre Eigentumsrechte eingegriffen wird.⁴⁶ Ebenso kann eine Gemeinde Grundrechtsverletzungen rügen, wenn sie gegen den Kanton Verantwortlichkeitsansprüche geltend macht.⁴⁷

30. Wie die in unterschiedlicher Form vorkommenden öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bezüglich Grundrechtsberechtigung – insbesondere hinsichtlich der Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit - zu behandeln sind, ist umstritten.⁴⁸ Die Rechtsprechung hat bisweilen auch privatrechtlichen Organisationen, welche öffentliche Aufgaben wahrnehmen, die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit zugestanden,

⁴⁰ Nicht publiziertes Urteil vom 24. Juli 1986, erwähnt in BGE 112 Ia 356, E. 5b.

⁴¹ BGE 112 Ia 356, E. 5b; BGE 104 Ia 387, E. 1; BGE 97 I 640, E. 2b.

⁴² Vgl. BGER Urteil 2P.167/1993 vom 10. Mai 1994, E. 1 a/bb in ZBI 1994, S. 531 ff.; Entscheid auch erwähnt in BGER, Urteil 2P.223/2004 vom 16. September 2004, E. 2.5; BGE 121 I 218, E. 2b; dazu auch SCHLATTER, S. 131.

⁴³ SCHLATTER, S. 131; zur Durchgriffstheorie vgl. MÜLLER/BALDEGGER, S. 446 f.

⁴⁴ BGER Urteil 2P.167/1993 vom 10. Mai 1994, E. 1 a/bb in ZBI 1994, S. 531 ff.

⁴⁵ vgl. BGE 120 Ia 95, E. 1a.; BGE 127 II 32, E. 2d; bezüglich vermögensrechtlicher Interessen BGE 134 II 45, E. 2.2.1.

⁴⁶ Vgl. schon MÜLLER G., in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter}, Rz. 18 ff.

⁴⁷ BGE 107 Ia 175, E. 1b.

⁴⁸ 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).

wenn sie ausserhalb ihrer öffentlich-rechtlichen Aufträge handeln, so etwa der SRG.⁴⁹ Ebenso hat die Rechtsprechung solchen Organisationen, die in Konkurrenz zu Privaten handeln, die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit zugestanden, so etwa der SWITCH.⁵⁰ Bezüglich öffentlich beherrschter und spezialgesetzlich konstituierter Unternehmen liess das Bundesgericht die Frage aber mehrfach offen, kompensierte dies jedoch durch eine starke Betonung des Gesetzesvorbehalts als Teilgehalt des Legalitätsprinzips⁵¹ teilweise.⁵² Auch bei der Beurteilung der primär auf Grundrechte gestützten Beschwerde eines privatrechtlichen Vereins nach Art. 60 ZGB, der als Selbstregulierungsorganisation im Sinne des Gesetzes gegen Geldwäscherei (GWG) fungiert, liess sich das Bundesgericht nicht zu einer verbindlichen Aussage hinsichtlich Grundrechtsträgerschaft hinreissen. So ist aus den Erwägungen zumindest implizit ersichtlich, dass wohl ein abwägungsbedürftiger Konflikt zwischen Grundrechtsträgerschaft und gleichzeitiger Grundrechtsbindung der Selbstregulierungsorganisation und eine damit einhergehende Grundrechtskollision besteht.⁵³

31. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen sind in der Regel als Gesellschaften des Privatrechts konstituiert. Vom gewöhnlichen Privatunternehmen heben sie sich dadurch ab, dass das Gemeinwesen Vertreter in die Organe der Gesellschaft entsenden kann, vorausgesetzt das Gemeinwesen hat ein öffentliches Interesse am Unternehmen.⁵⁴ Durch die Errichtung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen sollen sich Gewinnziel und Gemeinwohlziel statuarisch miteinander verbinden lassen. Häufig sind auch private Mittel zum Aufbau oder Unterhalt kapitalintensiver Infrastrukturen zu beschaffen. Gelegentlich sind gemischtwirtschaftliche Unternehmen auch nur die Folge einer Teilprivatisierung ehemals staatlicher Monopole.⁵⁵ Bei der BKW handelt es sich um eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, die, zum jetzigen Zeitpunkt jedenfalls, durch keine spezialgesetzliche Regelung konstituiert ist. In den Statuten ist jedoch vorgesehen, dass der Kanton Bern das Recht hat, bis zu zwei Mitglieder des Verwaltungsrates durch den Regierungsrat abzuordnen.⁵⁶ Die BKW trägt entsprechend – zumindest teilweise – zur Verwirklichung eines öffentlichen Interesses bei.

32. Im Lichte der vorhergehenden Ausführungen ist jedoch festzuhalten, dass die BKW – von ihrer Entflechtung mit allenfalls einhergehender Eigentumsübertragung wie ein Privater auf dem Boden des Privatrechts betroffen wäre und durch Handlungen des Kantons Bern – analog zu einem Verhältnis zwischen Gemeinde und Kanton – berechtigt wäre, sich auf die Grundrechte zu berufen.

33. Eine juristische Person des Privatrechts ist Träger der Grundrechte, wenn sie im Rahmen der Abwicklung eines ihr erteilten öffentlichen Auftrags unternehmerische Ziele verfolgt und ein eigenes finanzielles Risiko trägt.⁵⁷ Ungeachtet ob vorliegend ein

⁴⁹ BGE 123 II 402, E. 3a.

⁵⁰ BGE 138 I 289, E. 2.8.1.

⁵¹ Vgl. Art. 164 BV; Für das allgemeine Legalitätsprinzip vgl. Art. 5 BV, dazu: SCHINDLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 19 ff.

⁵² BGE 131 II 13, E. 6.4.1; BGE 127 II 8, E. 4c, beide betreffend die Swisscom sowie BGE 142 II 369, E. 6.4 betreffend die Aargauische Pensionskasse APK; bezüglich der starken Betonung der Gesetzmässigkeit vgl. etwa BGE 127 II 8, E. 3c/bb.

⁵³ Vgl. BGer, Urteil 2C_887/2010 vom 28. April 2011, E. 9.4.; vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, Rz. 703.

⁵⁴ Vgl. Art. 762 Abs. 1 OR.

⁵⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §10 Rz. 3 ff.

⁵⁶ Vgl. Art. 19 Statuten BKW AG.

⁵⁷ Vgl. oben Rz. 27.

staatlicher Auftrag erfüllt wird, trägt die BKW jedenfalls so lange ein finanzielles Risiko, als der Kanton Bern nicht die subsidiäre Haftung übernimmt oder die BKW vollständig im Eigentum hält. Daraus ergibt sich die Grundrechtsträgerschaft der BKW. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Obligationenrecht eine analoge Regelung vorsieht. So lange eine nach OR konstituierte Aktiengesellschaft ein finanzielles Risiko trägt, sind die Regelungen des OR anwendbar. Sobald ein Kanton die subsidiäre Haftung für die Verbindlichkeiten einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft übernimmt, fällt die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Aktiengesellschaft nach OR dahin.⁵⁸ Entsprechend ist die BKW nach hier vertretener Auffassung gegenüber dem Kanton Bern als Grundrechtsträger anzusehen. Solange ihr beinahe hälftiges Aktionariat im Sinne eines Durchgriffs oder Durchblicks grundrechtsberechtigt ist, übt dieses eine Reflexwirkung auf die BKW aus, was ihre Grundrechtsträgerschaft untermauert.

34. Würde der Kanton Bern jedoch die BKW in alleinigem Eigentum halten, wäre die BKW gegenüber dem Kanton Bern nicht mehr grundrechtsberechtigt, da keine finanziellen Risiken mehr bestünden, die nicht durch das Gemeinwesen getragen werden.

3.3 Eingriff in Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit

35. Nachfolgend wird diskutiert, ob durch eine Ausgliederungsvorschrift im BKW-Beteiligungsgesetz die Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie der BKW bzw. ihrer privaten Aktionäre beeinträchtigt wird. Die Unterzeichneten gehen davon aus, dass dies bei beiden Grundrechten der Fall ist und die Ausgliederungsvorschrift entsprechend gerechtfertigt werden muss.

3.3.1 Wirtschaftsfreiheit

36. Die Wirtschaftsfreiheit schützt jede privatwirtschaftliche Tätigkeit.⁵⁹ Privat ist eine Tätigkeit, wenn sie weder die Erfüllung einer staatlichen oder kommunalen öffentlich-rechtlich übertragenen Aufgabe noch eine Tätigkeit im Monopolbereich darstellt.⁶⁰ Wirtschaftlich ist eine haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder gelegentlich, selbst- oder unselbstständig ausgeübte private Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder eines anderen Erwerbseinkommens dient.⁶¹ Der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit umfasst etwa die Berufswahl- und Ausübungsfreiheit, Marktzugangsfreiheiten, die Freiheit der unternehmerischen Betätigung, die freie Wahl der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, der unternehmerischen Organisation, sowie die Gleichbehandlung der Konkurrenten.⁶²

⁵⁸ Vgl. Art. 763 Abs. 1 OR

⁵⁹ BGE 123 I 12, E. 2.a; 124 I 310, E. 3.a; 137 I 167, E. 3.1; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 27, Rz. 4, 8; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, § 49 Rz. 6; RHINOW/SCHEFER., Verfassungsrecht, Rz. 3193; RICHLI, Rz. 132; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 22.

⁶⁰ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 41; KIENER/KÄLIN, S. 360; RHINOW, Komm. BV 1874, Art. 31 aBV Rz. 72, VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 8; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 23; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, § 222 Rz. 16.

⁶¹ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 40; VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 8; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 26 f.

⁶² HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 43 ff.; RICHLI, Rz. 188; VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 11 ff.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 25 ff.

37. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV und Art. 94 Abs. 4 BV zulässig.⁶³ Namentlich muss geklärt werden, ob die Massnahme grundsatzkonform oder grundsatzwidrig ist.⁶⁴ Im Gegensatz zum Bund dürfen die Kantone keine Wirtschaftspolitik mehr betreiben. Sie sind nur zum Erlass grundsatzkonformer Massnahmen befugt. Grundsatzkonforme staatliche Massnahmen sind v.a. im Polizeigüterschutz, d.h. dem «Schutz der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit, Sittlichkeit und Sicherheit oder von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr» zu erblicken.⁶⁵ Sodann ist den Kantonen die Verfolgung sozialpolitischer Ziele erlaubt.⁶⁶ Im Unterschied zur Beschränkung der Eigentumsgarantie, bei welcher grundsätzlich jedes öffentliche Interesse - ausgenommen rein fiskalische - eine Einschränkung rechtfertigen kann, sind bei Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit also nur eingeschränkte Interessen zulässig.⁶⁷

38. Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und nicht wettbewerbsneutral sind, sind grundsätzlich unzulässig.⁶⁸ Als direkte Konkurrenten bezeichnet das Bundesgericht «Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen».⁶⁹ Der Grundsatz, der strenger ist als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot in Art. 8 BV, gewährt gemäss Bundesgericht «einen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber [...] einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen».⁷⁰

39. Die Berufsausübungsfreiheit schützt insbesondere die Freiheit der unternehmerischen Betätigung. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet demnach die Freiheit der selbständigen Erwerbstätigkeit mit all ihren Implikationen. Insbesondere zu erwähnen sind die freie Wahl der Unternehmens- und Rechtsform im Rahmen der vom Privatrecht zur Verfügung gestellten Formen,⁷¹ die freie Wahl des Geschäftsdomizils und des Arbeitsortes in der ganzen Schweiz,⁷² die freie Wahl der betrieblichen Organisation und der sachlichen Mittel.⁷³

⁶³ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 134 ff.; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 3206; RICHLI, Rz. 111; UHLMANN in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 5 Rz. 17 ff.; VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 34; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, § 222 Rz. 44.

⁶⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 81 f.; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, § 49 Rz. 17; MAHON, Petit Commentaire, Art. 27 BV Rz. 10; SCHOTT, Rz. 612; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, § 222 Rz. 69.

⁶⁵ BGE 125 I 335, 337; bestätigt in BGer 2P.306/2001, E. 2.2. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 27 BV, Rz. 31; RHINOW, Komm. BV 1874, Art. 31 aBV, Rz. 190; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 77; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, § 222 Rz. 46.

⁶⁶ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 77 f.

⁶⁷ BGE 131 I 223, E. 4.2; SCHOTT, Rz. 752 ff.

⁶⁸ BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 27 BV Rz. 23; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, § 49 Rz. 12; RHINOW, Komm. BV 1874, Art. 31 aBV, Rz. 178; SCHOTT, Rz. 749; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, § 222 Rz. 30.

⁶⁹ BGE 121 I 279, E. 4.a; 125 I 431, E. 4.b.aa; 125 II 129, E. 10.b.

⁷⁰ BGE 125 I 431, E. 4.b.aa; 125 II 129, E. 10.b. Keinen Schutz bietet der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten dort, wo die Ungleichbehandlung in der Bundesverfassung selbst vorgesehen ist (BGE 123 II 16, E. 10; BGer, Urteil 2A.524/2003 vom 5. November 2003, E. 3.1).

⁷¹ BGer Urteil 2P.142/2004 vom 12. Januar 2005, E. 4.2; BGE 131 223, E.1.1.

⁷² BGE 116 Ia 355, E. 3; 113 V 22, E. 4c.

⁷³ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 36 sowie BGE 63 I 213 ff.: Unzulässigkeit eines zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit erlassenen kantonalen Verbots, arbeitskräftesparende Maschinen (Schaufelbagger) einzusetzen.

40. Bei einer Entflechtung der BKW durch den Kanton Bern, mithin also einer Trennung der Geschäftsbereiche wäre das Recht auf freie Wahl der Organisationsform, insbesondere die freie Wahl der betrieblichen Organisation und der sachlichen Mittel betroffen. Unabhängig davon, ob allfällige Effizienzgewinne durch eine vorgeschriebene Umstrukturierung verloren gingen, ist es der BKW in einem solchen Fall verwehrt, eigenständig im Bereich dieser grundrechtlichen Teilgehälte zu entscheiden bzw. zu verfügen, weshalb sie in ihrer Wirtschaftsfreiheit betroffen ist.

3.3.2 Eigentumsgarantie

41. Verankert ist die Eigentumsgarantie auf Bundesebene in Art. 26 BV. Der Kanton Bern hat in seiner Kantonsverfassung die Eigentumsgarantie in Art. 24 verankert. Ein Vergleich der Bestimmungen zeigt, dass Art. 24 KV BE den bundesrechtlich implizit verankerten sogenannten Kerngehaltsschutz im Wortlaut der Bestimmung explizit ausdrückt. So weist Art. 24 KV BE darauf hin, dass das Institut Eigentum unantastbar ist. Inhaltlich sind die Bestimmungen jedoch gleichwertig.⁷⁴

42. Die Eigentumsgarantie schützt sämtliche Vermögensrechte des Privatrechts sowie wohlerworbene Rechte des öffentlichen Rechts.⁷⁵ Sie umfasst drei Elemente. Als Institutsgarantie schützt die Eigentumsgarantie das Privateigentum als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung.⁷⁶ Der Gesetzgeber darf das Eigentum nicht beseitigen, aushöhlen, seiner Substanz berauben oder seinen Wesenskern antasten.⁷⁷ Die praktische Bedeutung dieser Garantie ist gering.⁷⁸ Die Bestandesgarantie als Teil der Eigentumsgarantie schützt den konkreten Vermögensbestand vor Eingriffen des Staates. Demzufolge hat der Eigentümer das Recht, sein konkretes Eigentum zu behalten, zu nutzen, darüber zu verfügen. Der Eigentümer hat prinzipiell einen Anspruch darauf, dass der Staat seine vermögenswerten Rechte unangetastet lässt.⁷⁹ Eingriffe in vermögenswerte Rechte sind jedoch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 36 BV erfüllt werden.⁸⁰ Bei zulässigen Enteignungen tritt an die Stelle der Bestandesgarantie die Vermögenswertgarantie, nach welcher gemäss Art. 26 Abs. 2 BV volle Entschädigung zu leisten ist.⁸¹

⁷⁴ Vgl. etwa für eine nicht differenzierende Verwendung: LUDWIG/STALDER, in: Müller/Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, 538 ff.

⁷⁵ BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 BV, Rz. 12; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 8; HESS/WEIBEL, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 21; MÜLLER/SCHEFER, S. 1013 f.; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1787; RICHLI, Rz. 106; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 6 Rz. 8; WALDMANN, Eigentum, S. 654.

⁷⁶ BGE 103 Ia 417, E. 2; 105 Ia 134, E. 3a; 119 Ia 348, E. 2.a; 127 I 60, E. 3b; MÜLLER G., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 12; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 2854; RICHLI, Rz. 109.

⁷⁷ BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 Rz. 41; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2042; MÜLLER/SCHEFER, S. 1039; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 6 Rz. 27; RICHLI, Rz. 109.

⁷⁸ BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 Rz. 41; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2043; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 6 Rz. 29; RICHLI, Rz. 110.

⁷⁹ VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 30.

⁸⁰ BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 14; MÜLLER G., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 16; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 6 Rz. 11; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1801; RICHLI, Rz. 111; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 71; VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 30; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 6 Rz. 17, 19 f.; WALDMANN, Eigentum, S. 658.

⁸¹ BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 14; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2045; KIENER/KÄLIN, S. 297; MAHON, Petit Commentaire, Art. 26 BV, Rz. 3; MÜLLER G., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 18; RICHLI, Rz. 116; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 6 Rz. 20.

43. Enteignungen können entweder formeller oder materieller Natur sein. Eine formelle Enteignung liegt u.a. dann vor, wenn dem Enteigneten durch das enteignende Gemeinwesen ein Recht entzogen und dieses anschliessend auf das Gemeinwesen oder einen von diesem bestimmten Dritten übertragen wird. Die materielle Enteignung unterscheidet sich von der formellen hauptsächlich durch den fehlenden Rechtsübergang. Es findet also weder ein Entzug noch eine Übertragung statt. Das Gemeinwesen beschränkt aber die Verfügungs- oder Nutzungsbefugnisse dergestalt, dass sich dies für den Eigentümer wie eine Enteignung auswirkt.⁸²

44. Sollte das BKW-Beteiligungsgesetz eine Ausgliederung in einer Weise anordnen, die dem Kanton Bern im Ergebnis das Eigentum an den Netzen und Kraftwerken verschafft ist die BKW in ihrer Eigentumsgarantie betroffen, da sie in der Nutzung und insbesondere in der Verfügung über diese ausgegliederten vermögenswerten Rechte eingeschränkt wird. Da es sich dabei im Ergebnis um den Entzug von Eigentumsrechten und die Übertragung derselben auf das Gemeinwesen handelt, liegt eine formelle Enteignung vor.

45. Sofern sich das BKW-Beteiligungsgesetz nur auf organisatorische Anordnungen hinsichtlich der Entflechtung beschränkt, wäre die BKW nach hier vertretener Auffassung – wenn auch weniger stark – in ihrer Eigentumsgarantie betroffen. Der Grad der Betroffenheit hängt stark davon ab, wie weitreichend die getroffenen Anordnungen wären. Zweifelsohne wäre jedoch die Fähigkeit der BKW diese Vermögenswerte im Rahmen der regulatorischen Rahmenbedingungen unabhängig zu nutzen und darüber zu verfügen eingeschränkt. Sodann wäre die BKW in ihrer Wirtschaftsfreiheit betroffen (vgl. oben) und die Eigentumsrechte der Aktionäre wären – zumindest faktisch – ebenfalls eingeschränkt (vgl. nachfolgend). Macht das BKW-Beteiligungsgesetz der BKW Vorgaben, welche diese in der Nutzung ihres Eigentums so stark beeinträchtigen, dass der Eingriff einer Enteignung gleichkommt, wäre die Betroffenheit zweifelsohne zu bejahen.

46. Sollte das BKW-Beteiligungsgesetz eine Ausgliederung in einer Weise anordnen, dass der Kanton Bern im Endzustand das Eigentum an den Netzen und Kraftwerken hält, die privaten Aktionäre dagegen das Eigentum an den Geschäftsteilen Handel und Dienstleistungen erhalten, so liegt ein Eingriff in den Bestand der Eigentumsgarantie als Bestandesgarantie vor, ungeachtet dessen, ob das Vermögen der privaten Aktionäre per Saldo tatsächlich beeinträchtigt ist.

47. Neben den rechtlich anerkannten Interessen sind auch faktische Interessen von der Eigentumsgarantie geschützt, wenn der Entzug dieser faktischen Vorteile den Eigentümer im Ergebnis gleichermassen trifft wie eine Einschränkung seiner rechtlichen Befugnisse.⁸³ Soweit die Massnahmen des BKW-Beteiligungsgesetzes die BKW als solche unangetastet lassen, wirken sich die organisatorischen Anordnungen des Gesetzes nicht rechtlich auf die privaten Aktionäre der BKW aus. Diese sind jedoch durch solche Massnahmen allenfalls in einer Weise betroffen, dass das BKW-Beteiligungsgesetz aufgrund

⁸² VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 53, 66.

⁸³ BGE 126 I 213, E. 1b/bb; bestätigt in BGer, Urteil 1P.134/2000 vom 29. September 2000, E. 2d; Vgl. zu dieser Problematik schon MÜLLER G., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 5 ff.

seiner faktischen Auswirkungen ausnahmsweise auch als Beschränkung der Eigentumsrechte der Aktionäre anzusehen wäre.⁸⁴ Ausländische Aktionäre der BKW könnten zudem den Schutz gegebenenfalls bestehender internationaler Investitionsschutzabkommen in Anspruch nehmen.

3.3.3 Zwischenfazit

48. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Erlass eines BKW-Beteiligungsgesetzes, welches eine Anordnung der Ausgliederung bestimmter Vermögensteile der BKW vorsieht, zu einer Grundrechtsbetroffenheit führt. Insbesondere die Eigentumsgarantie der Aktionäre der BKW und die Wirtschaftsfreiheit der BKW werden durch entsprechende Massnahmen eingeschränkt. Sofern die Anordnungen dergestalt sind, dass der Kanton Bern im Ergebnis das Eigentum an den Teilen Netz und Kraftwerke hält, ist auch die Eigentumsgarantie der BKW betroffen, sie würde mithin formell enteignet.

3.4 Rechtfertigung von Eingriffen in Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit

49. Liegt eine Beeinträchtigung von Freiheitsrechten vor, muss diese gerechtfertigt werden. Nötig dafür sind eine kompetenzmässig erlassene gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse und die Wahrung der Verhältnismässigkeit. Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen Zweifel, ob der kantonale Gesetzgeber noch über entsprechende Regelungskompetenzen verfügt. Dies vor allem mit Blick auf die weitreichende Regelung der Stromwirtschaft durch den Bund und die Regelungen des Bundeszivilrechts, die die BKW betreffen. Sollte die Ausgliederungsvorschrift ohne Verletzung von Bundesgesetzen ausgestaltet werden können, scheidet diese am Verhältnismässigkeitsgebot, da mildere privatrechtliche Massnahmen zur Verfügung stehen.

3.4.1 Gesetzliche Grundlage

50. Eine Grundrechtseinschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Einschränkungen in einem Gesetz selbst vorgesehen sein müssen. Die Gesetzesnorm, auf welcher die Einschränkung beruht muss aus Gründen der Rechtssicherheit genügend bestimmt sein. Der diesbezüglich notwendige Grad an Bestimmtheit kann nicht abstrakt festgelegt werden sondern hängt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten und von der Schwere des Eingriffs ab.⁸⁵

51. Die hier zu beurteilende Massnahme stellt einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie dar. Ein solcher liegt z.B. vor «wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird, oder wenn durch Verbote und Gebote der bisherige oder künftig mögliche bestimmungsgemässe Gebrauch des Grundstücks verunmöglicht oder stark erschwert

⁸⁴ Nicht geprüft wird vorliegend, ob private Aktionäre auch einen Vertrauensschutz geltend machen könnten. Dies würde vorliegend vor allem entsprechende Schutz-Zusicherungen des Kantons Bern voraussetzen.

⁸⁵ BGE 138 I 378, E. 7.2; dazu auch GÄCHTER, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, 2011, § 30 Rz. 105; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 15 f.

wird»⁸⁶, wobei diese Umschreibung analog auch auf die Beschränkung von anderen geschützten Vermögensrechte angewandt werden kann.⁸⁷ Schwerwiegende Eingriffe in die Eigentumsgarantie wie der vorliegende müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein.⁸⁸

52. Aus Art. 49 Abs. 1 BV ergibt sich ferner der Grundsatz, dass Bundesrecht kantonales Recht bricht. Dieser Vorrang (sog. derogatorische Wirkung des Bundesrechts) ist Ausdruck und Folge der Bundesstaatlichkeit der Schweiz. Bundesrecht hat indessen nicht aus sich heraus Vorrang, sondern dann, wenn der Bund für einen Erlass zuständig ist.⁸⁹ Gemäss dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts können Kantone in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, keine Rechtsetzungskompetenzen mehr wahrnehmen. Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelungen bestehen kantonale Kompetenzen jedoch weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung vorgesehen sind.⁹⁰ Auch wenn sich eine Bundesregelung in einem bestimmten Sachbereich als an sich abschliessend darstellt, ist eine kantonale Lösung nicht ausgeschlossen, wenn sie ein anderes Ziel verfolgt, als dasjenige des Bundesrechts.⁹¹ Kantonale Rechtsetzungsfreiräume bestehen ferner, wenn der Geltungsbereich des kantonalen Gesetzes mit demjenigen des Bundesgesetzes nicht übereinstimmt. So kann etwa ein kantonales Anwaltsgesetz die Prozessfinanzierung regeln, da die Adressaten der Vorschrift nicht ausschliesslich Anwälte sind. Entsprechend erfasst das kantonale Recht andere Sachverhalte und stellt keine Berufsregel für Anwälte dar, die vom Bundesrecht im BGFA⁹² abschliessend geregelt sind.⁹³

53. Art. 91 Abs. 1 BV verleiht dem Bund die umfassende, nachträglich derogatorische Kompetenz, Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie zu erlassen.⁹⁴ Der Bund hat grundsätzlich von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und das Stromversorgungsgesetz (StromVG) erlassen. Der in Art. 2 StromVG verankerte Geltungsbereich dieses Erlasses erstreckt sich nach dem Wortlaut auf «Elektrizitätsnetze, die mit 50 Hz Wechselstrom betrieben werden», worunter auch das Verteilnetz fällt.⁹⁵ In Art. 10 Abs. 3 StromVG ist festgehalten, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Verteilnetzbereiche mindestens buchhalterisch von den übrigen Tätigkeitsbereichen entflechten. Der Bund hat somit hinsichtlich der Organisationsstruktur der Verteilnetzbetreiber eine Mindestvorschrift geschaffen. Es steht den Unternehmen frei, den Netz-

⁸⁶ BGE 109 Ia 190, E. 2.

⁸⁷ VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 44. Für Beispiele zu Eingriffen, die durch das Bundesgericht als schwerwiegend bzw. leicht beurteilt wurden vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 1022 f.

⁸⁸ Art. 36 Abs. 1 BV.

⁸⁹ RUCH, St. Galler Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 3 ff.

⁹⁰ BGE 139 I 242, E. 3.2.

⁹¹ BGE 138 I 140, E. 3.1; 137 I 167, E. 3.4; 133 I 110, E. 4.1. Die Kantone dürfen jedoch im Rahmen der ihnen zukommenden Kompetenzen nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (vgl. BGE 138 I 435, E. 3.1).

⁹² Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 395.61.

⁹³ Vgl. BGE 131 I 223, E. 3.6 und 3.7; dazu auch RUCH, St. Galler Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 17; die Regelung, bei der es sich um ein generelles Verbot der Prozessfinanzierung handelte, scheiterte jedoch weil sie einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt.

⁹⁴ BGE 138 I 454, E. 3.6.1.

⁹⁵ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611, 1642.

bereich organisatorisch auf eine eigenständige Rechtsperson auszulagern.⁹⁶ Diese Ausgliederung könnte grundsätzlich auch im BKW-Beteiligungsgesetz angeordnet werden, wenn die BKW allein im Eigentum des Kantons stünde.

54. Rechtsvergleichend kann festgehalten werden, dass auf europäischer Ebene überdies eine rechtliche Entflechtung für Verteilnetzbetreiber verlangt ist.⁹⁷ Verteilnetzbetreiber in vertikal integrierten Unternehmen müssen gemäss europäischem Recht zumindest hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen sein, die nicht mit der Verteilung zusammenhängen. Von dieser Pflicht zur rechtlichen Entflechtung können integrierte Elektrizitätsunternehmen, die weniger als 100'000 Kunden oder kleine isolierte Netze beliefern, ausgenommen werden.⁹⁸ Von diesem Vorbehalt zu Gunsten der kleineren Verteilnetzbetreiber hat etwa Deutschland Gebrauch gemacht.⁹⁹ Beim Erlass des StromVG in der Schweiz hat sich der Bundesgesetzgeber mit den unterschiedlichen Formen der möglichen Entflechtung der Elektrizitätswirtschaft beschäftigt. Er hat sich für die Ebene des Übertragungsnetzes zu einer sehr weitreichenden Entflechtung entschieden, für den Bereich des Verteilnetzes, wie etwa die BKW eines betreibt, jedoch «nur» die buchhalterische Entflechtung angeordnet. In der Botschaft zum StromVG hat der Bundesrat diesbezüglich festgehalten, dass eine über die buchhalterische Entflechtung hinausgehende organisatorische Entflechtung der Verteilnetzbetreiber schwer überprüfbar wäre und die Schweizer Elektrizitätsversorgung überwiegend durch kleinere Versorgungsunternehmen geprägt sei.¹⁰⁰ Mit dem Entscheid des Bundesgesetzgebers lediglich das Übertragungsnetz stärker zu entflechten hat er sich implizit auch gegen eine weitere Entflechtung des Verteilnetzes ausgesprochen.

55. Art. 10 Abs. 1 StromVG untersagt sodann Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen und legt in der zugehörigen Verordnung fest, welche Positionen ein Netzbetreiber gesondert ausweisen muss, um diese jährlich der ElCom vorzulegen.¹⁰¹ Damit nimmt Art. 10 StromVG ein unmittelbar geltendes verfassungsrechtliches Gebot auf: Der Kanton hat entsprechend dafür zu sorgen, dass seine «privatwirtschaftliche Tätigkeit ... wettbewerbsneutral bzw. nicht wettbewerbsverzerrend [ist], d.h. den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen [ist] wie ein entsprechendes privates Unternehmen (Art. 94 BV; ...). Die Wettbewerbsneutralität staatlichen Unternehmerhandelns kann in Frage gestellt sein, wenn der Staat nicht vergleichbaren Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer untersteht. Daraus ergibt sich, dass eine Quersubventionierung des Wettbewerbsbereichs eines staatlichen Unternehmens aus seinem Monopolbereich unzulässig ist, soweit sie in systematischer Weise erfolgt und sie deshalb geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen».¹⁰²

⁹⁶ So BVGer A-2583/2009 vom 7. November 2012, E. 2.2 («naheliegende Möglichkeit»).

⁹⁷ Vgl. Art. 26 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG.

⁹⁸ Vgl. Art. 26 Abs. 4 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG.

⁹⁹ Vgl. § 7 Abs. 2 des deutschen Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG).

¹⁰⁰ Vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611, 1649.

¹⁰¹ Vgl. Art. 7 StromVV. Dazu ORELLI/THOMANN, Art. 10 StromVG, N 3 und 17 ff.

¹⁰² BGer 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017, E. 4.3. Siehe auch BGE 138 I 378, 388 ff., E. 6.3.2 und 398 f., E. 9.1.

56. Neben der Regelung im Bereich der Lieferung elektrischer Energie verfügt der Bund auch im Bereich der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrecht und des Zivilprozessrechts über eine umfassende, nachträglich derogatorische Kompetenz in Art. 122 Abs. 1 BV.¹⁰³ In diesem Kontext ist auf einen Entscheid des Bundesgerichts zum Flughafengesetz des Kantons Zürich hinzuweisen. Bei der Flughafen Zürich AG handelt es sich um eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft im Sinne des Obligationenrechts (OR)¹⁰⁴. Sie verfügt zwar über eine kantonalgesetzliche Grundlage, ist jedoch keine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 763 OR. Als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft – also Gesellschaft des Bundesprivatrechts – unterliegt sie den Bestimmungen von Art. 620 ff. OR. Anlässlich der Gründung der Flughafen Zürich AG sind dem Kanton Zürich Veto-Tatbestände zu Gunsten der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat im Rahmen eines Fusionsvertrags zugesichert worden. Diese fanden Eingang in das kantonale Flughafengesetz und sind gemäss den im Urteil erwähnten, unbestrittenen Darlegungen des Kantonsrats vertraglich abgesichert. Das Bundesgericht hatte zu prüfen, ob ein Gegenvorschlag von Stimmberechtigten zu einem Kantonsratsbeschluss über eine Änderung des Flughafengesetzes mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Der Gegenvorschlag wollte die in § 10 des Flughafengesetz ZH verankerten Veto-Tatbestände zu Gunsten der kantonalen Vertretung im Verwaltungsrat erweitern. Das Bundesgericht stellte fest, dass es sich bei der Flughafen Zürich AG um eine Aktiengesellschaft im Sinne des OR handelt und somit der Gegenvorschlag nicht gegen zwingende aktienrechtliche Bestimmungen verstossen dürfe. Dabei wies es auf die umfassende und nachträglich derogatorische Kompetenz des Bundes zur Regelung des Zivil- und Zivilprozessrechts (Art. 122 Abs. 1 BV) hin.¹⁰⁵ Sodann führte das Gericht aus, dass das Aktienrecht keine Grundlage enthalte, welche es der Körperschaft des öffentlichen Rechts erlauben würde über die in Art. 762 Abs. 1 OR vorgesehene Entsendung eines Vertreters in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle hinaus die Gesellschaft zur Einführung eines Vetorechts zu Gunsten des Entsendeten zu verpflichten. Vielmehr sehe Art. 762 Abs. 3 OR vor, dass die abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrats die gleichen Rechte und Pflichten haben wie die, von der Generalversammlung gewählten.¹⁰⁶

57. Nicht zu beurteilen hatte das Bundesgericht die Frage, inwiefern die damals vereinbarten Veto-Rechte heute noch Wirkung zeigen.¹⁰⁷ Da sich die fragliche Bestimmung des Gegenvorschlags im Wortlaut direkt an die Gesellschaft richtete hatte das Bundesgericht sodann nicht zu beurteilen, ob allenfalls die kantonalrechtliche Festschreibung einer indirekten Einwirkung auf die Gesellschaft durch Ausübung der Aktionärsrechte und die Erteilung von Weisungen an die abgeordneten Verwaltungsräte mit dem Bundeszivilrecht konform wären.¹⁰⁸ Für den Bereich des Bundesprivatrechts – das nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist – sei jedoch darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 716a OR das unübertragbare und unentziehbare Recht hat, die Organisation der Gesellschaft festzulegen. Sodann ist der Verwaltungsrat der

¹⁰³ LEUENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 121 BV, Rz. 4 m.w.H.

¹⁰⁴ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

¹⁰⁵ Vgl. LEUENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 121 BV, Rz. 4.

¹⁰⁶ BGer, Urteil 1C_22/2010 vom 6. Oktober 2010, E. 3.3.1-3.3.3.

¹⁰⁷ Vgl. BGer, Urteil 1C_22/2010 vom 6. Oktober 2010, E. 3.1.

¹⁰⁸ Vgl. BGer, Urteil 1C_22/2010 vom 6. Oktober 2010, E. 3.3.3.

Gesellschaft allein dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet und muss die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln.¹⁰⁹ Kollidieren verschiedene Interessenlagen miteinander, so ist es die Aufgabe des Verwaltungsrates und jedes einzelnen Mitgliedes, diese abzuwägen und unter Wahrung des Gesellschaftsinteresses und des Gebots der Gleichbehandlung der Aktionäre zu entscheiden.¹¹⁰ Drittanweisung dürfen vom abhängigen oder delegierten Verwaltungsrat nur insoweit befolgt werden, als dies im Rahmen des Ermessensbereichs eines Verwaltungsrates möglich ist. Rechtlich wirksam ist die Bindung durch Drittinteressen deshalb nur im Rahmen der Ermessensausübung und hier nur insoweit, als Dritt- und Gesellschaftsinteresse gleich gerichtet sind und denselben Entscheid erfordern.¹¹¹ Greift das Gemeinwesen oder auch ein Dritter über seine Vertreter durch Erteilung von konkreten Weisungen in die Willensbildung des Verwaltungsrates ein, so wird es zum faktischen Organ und unterliegt damit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.¹¹²

58. Betreffend einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage kann als Zwischenfazit festgehalten werden, dass ein BKW-Beteiligungsgesetz als formelles Gesetz im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV gilt und grundsätzlich ausreichend ist, um auch schwere Grundrechtseingriffe durchzuführen. Auch ist es dem Kanton unbenommen, Gesellschaften in Abweichung vom den organisatorischen Vorschriften des Aktienrechts zu gründen, sofern er für diese Gesellschaft die Haftung übernimmt (Art. 763 OR). Gleichwohl ist anzumerken, dass durch das entsprechende Gesetz inhaltlich auch Regelungsbereiche des übergeordneten Rechts tangiert sind. Mit anderen Worten ist unsicher, ob der Kanton überhaupt noch die notwendigen Regelungskompetenzen besitzt.

3.4.2 Öffentliches Interesse

59. Neben einer gesetzlichen Grundlage bedarf jede Einschränkung von Grundrechten eines öffentlichen Interesses. Der Schutz von Grundrechten Dritter kann einen Eingriff gleichermassen rechtfertigen. Als öffentliche Interessen kommen zunächst sogenannte polizeiliche Schutzgüter in Frage. Dies sind typischerweise der Schutz von Leben und Gesundheit der Menschen, von öffentlicher Ruhe und Sittlichkeit, sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.¹¹³ Weitere öffentliche Interessen lassen sich anderen Teilen der Verfassung entnehmen. Zu denken ist an den Umweltschutz, die Raumplanung, den Natur- und Heimatschutz etc. Dabei können sich polizeiliche und weitere öffentliche Interessen zum Teil überschneiden.¹¹⁴ Ob die öffentlichen Interessen an einem Grundrechtseingriff diesen rechtfertigen können, ist im Hinblick auf jedes infrage stehende Grundrecht und für jeden Einzelfall separat zu beurteilen.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 717 OR, dazu WATTER/ROTH PELLANDA, Basler Kommentar zu Art. 717 OR, Rz. 1a f. m.w.H.

¹¹⁰ BUOB, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Rz. 306.

¹¹¹ BGer, Urteil H 217/02 vom 23. Juni 2003, E. 5.

¹¹² BUOB, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Rz. 306, 785 ff. und 868 ff.; Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, Basler Kommentar zu Art. 716a OR, Rz. 3a.

¹¹³ Vgl. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 31 ff. mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

¹¹⁴ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 32.

60. Die Bundesverfassung verankert das Ziel einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung, lässt jedoch offen, wie diese konfliktbehafteten Ziele zu erfüllen sind.¹¹⁵

61. In BGE 132 I 282 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Vorprüfung einer Volksinitiative die Schaffung eines unmittelbar rechtlichen kantonalen Monopoles an der Elektrizitätsversorgung nicht als offensichtlich verfassungswidrig angesehen. Es erachtete die vorgebrachten öffentlichen Interessen, namentlich die Versorgungssicherheit, die auf den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit beruhende Verteilung sowie den entsprechenden Verbrauch, die Förderung erneuerbarer Energien und den Umweltschutz, als zulässige Motive zur Monopolisierung der Elektrizitätsversorgung. Auf eine vertiefte Prüfung des Vorhabens hat das Bundesgericht verzichtet und auf früher geäußerte ernste Zweifel an der Vereinbarkeit eines solchen Monopols mit der Wirtschaftsfreiheit hingewiesen.¹¹⁶ Aus dem Entscheid kann daher für die vorliegende Problematik nur wenig abgeleitet werden.

62. Der Bundesrat hat sodann einen Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze im April 2016 dem parlamentarischen Verfahren zugeführt. In der zugehörigen Botschaft wird hervorgehoben, dass Stromnetze als Bindeglied zwischen Produktion und Verbrauch von zentraler Bedeutung sind, um die Stromversorgungssicherheit zu gewährleisten. Es bestünden schon heute Engpässe, welche sich infolge der zunehmenden unregelmässigen Stromproduktion aus erneuerbaren Energien weiter akzentuieren würden. Diese Herausforderungen bedingten eine ausreichende Dimensionierung, rasche Entwicklung und Flexibilisierung des Stromnetzes sowie eine verbesserte Anbindung an das Ausland.¹¹⁷ Der Bundesrat geht entsprechend davon aus, dass das heutige Stromnetz erneuert, um- und ausgebaut werden muss. Einschlägige Vorgaben und Rahmenbedingungen würde heute fehlen, was mit dem Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze korrigiert werden soll. Sodann würden im Rahmen dieses Erlasses die Zuständigkeiten, Rollen und Aufgaben der verschiedenen Akteure im Netzentwicklungsprozess rechtlich klarer geregelt.¹¹⁸

63. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum BKW-Beteiligungsgesetz sind Stellungnahmen ersichtlich, die in eine ähnliche Stossrichtung gehen und die Wichtigkeit des Stromnetzes betonen. Sodann sind auch Meinungen ersichtlich, die davon ausgehen, dass die BKW aufgrund des Netzes wohl Marktvorteile habe und dies zu Marktverzerrungen führe. Eine Vernehmlassungsstellungnahme wies sodann darauf hin, dass «[d]er Netzbetrieb, der einem Monopol entspricht [...] in den Besitz des Staats [gehört].»

64. Auf die bereits weiter oben getätigten rechtsvergleichenden Ausführungen zum europäischen Recht kann auch in diesem Kontext hingewiesen werden.¹¹⁹ Sofern ein Stromabkommen zwischen der Schweiz und der EU in Kraft tritt, müssten wohl auch die

¹¹⁵ Vgl. SCHAFFHAUSER/UHLMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 89 BV, Rz. 4 ff.; Rz. 8 unter Hinweis darauf, dass die Energieversorgung grundsätzlich Sache der Energiewirtschaft sei und Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten mit geeigneten staatlichen Rahmenbedingungen eine Gewährleistungsverantwortung tragen.

¹¹⁶ BGE 132 I 282, 286 u.H.a. BGE 129 II 497. Dazu auch WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1270.

¹¹⁷ BBl 2016 3865, S. 3867.

¹¹⁸ BBl 2016 3865, S. 3892.

¹¹⁹ Vgl. Rz. 54.

Schweizer Verteilnetzbetreiber mit mehr als 100'000 angeschlossenen Kunden den Entbündelungsanforderungen des europäischen Rechts entsprechen.¹²⁰ Wie ein derartiges Abkommen jedoch ausgestaltet würde und in welcher Form dies innerstaatlich umgesetzt würde, ist jedoch kaum absehbar. Aller Wahrscheinlichkeit nach würde jedenfalls auch hier der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten legiferieren, was dann von allen Marktakteuren entsprechend umzusetzen wäre.

65. Im Ergebnis ist nicht von der Hand zu weisen, dass gewichtige öffentliche Interessen an einer sicheren, leistungsfähigen und zukunftssicheren Stromversorgung existieren, die relativ weitreichende Eingriffe in die Freiheitsrechte legitimieren können. Unklar bleibt jedoch, ob ein Teil oder allenfalls ein Grossteil dieser Interessen nicht bereits durch die geschaffenen regulatorischen Rahmenbedingungen auf Bundesebene ausreichend befriedigt sind. Allenfalls kann argumentiert werden, dass dem Kanton Bern nicht zuletzt aufgrund der Mehrheitsbeteiligung an der BKW vermutlich ein gewisser Spielraum zur Verfolgung bestimmter öffentlicher Interessen verbleibt.

3.4.3 Verhältnismässigkeit

66. Ein Grundrechtseingriff lässt sich nur rechtfertigen, wenn er verhältnismässig ist. Dabei müssen drei Aspekte der Verhältnismässigkeit kumulativ erfüllt sein. Entsprechend erfolgt eine Prüfung der Eignung der Einschränkung zur Erreichung des angestrebten Erfolgs, der Erforderlichkeit sowie der Zumutbarkeit für den betroffenen Grundrechtsträger.¹²¹

67. Geeignet ist eine staatliche Handlung dann, wenn durch sie das öffentliche Interesse auch tatsächlich wahrgenommen werden kann. Wenn also mit anderen Worten der im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck erreicht werden kann.¹²²

68. Gibt es mehrere gleich geeignete Massnahmen, mit welchen der verfolgte Zweck erreicht werden kann, so verlangt das Element der Erforderlichkeit, dass diejenige Massnahme gewählt wird, die in ihrer Eingriffswirkung milder bzw. weniger schwer ist. Folglich muss auf schwerer wiegende, überschüssende Massnahmen verzichtet werden. Der Eingriff darf also im konkreten Fall in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das, was unerlässlich ist, hinausgehen.¹²³

69. Schliesslich muss sich – im Sinne der Zumutbarkeit – der Eingriffszweck im Verhältnis zur Eingriffswirkung im konkreten Fall bewähren. Es ist also abzuwägen, ob das gesteckte Ziel ein einem vernünftigen Verhältnis zu der zwecks Zielerreichung notwendigen Freiheitsbeschränkung steht. Dazu sind die Interessen des Gemeinwesens am Eingriff gegen die entgegenstehenden spezifischen Interessen der betroffenen Grundrechtsträger abzuwägen.¹²⁴

¹²⁰ Vgl. Art. 26 Abs. 4 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG.

¹²¹ BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5, Rz. 21; GÄCHTER, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 30 Rz. 124; HESS/WEIBEL, Art. 22^{ter} aBV Rz. 38; HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, Rz. 291; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1718; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 18 N 54.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 22; TSCHANNEN, § 7 Rz. 111.

¹²² SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 38.

¹²³ BGE 140 I 2, E. 9.2.2 (ständige Rechtsprechung), Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung vgl. nur SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 39.

¹²⁴ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 40.

70. Das vorliegend höchstens analog, im Sinne allgemeiner Rechtsgrundsätze anwendbare Enteignungsgesetz des Kantons Bern¹²⁵ sieht in seinem Art. 3 vor, dass das Enteignungsrecht nur erteilt werden kann, wenn «der Enteigner nachweist, dass Verhandlungen über einen freihändigen Erwerb nicht zum Ziele führten.» Zum Ausdruck gebracht wird dadurch ein Element des Verhältnismässigkeitsgebots, wonach vor einer formellen Enteignung zunächst eine einvernehmliche Lösung zu suchen ist. In vorliegendem Zusammenhang bedeutet dies, dass der angestrebte Zweck in erster Linie über privatrechtliche Mittel angestrebt werden sollte, bevor über das BKW-Beteiligungsgesetz eine formelle Enteignung angeordnet wird. Solche privatrechtlichen Instrumente stehen bei einer börsenkotierten Unternehmung wie der BKW zur Verfügung (Aktienwerb im Börsenhandel, öffentliches Kaufangebot und anschliessende Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere gemäss Art. 125 ff. FinfraG).

71. Hält der Kanton Bern das gesamte Aktienkapital der BKW in seinen Händen, so verliert diese gegenüber ihrem staatlichen Eigentümer den Schutz der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie. Mit anderen Worten ist der Kanton Bern zu diesem Zeitpunkt frei, die BKW nach seinen Wünschen organisatorisch umzugestalten, wobei er die Schranken des Gesellschaftsrechts solange zu beachten hat, solange er an der privatrechtlichen Rechtsform der Gesellschaft festhalten will.

72. Spätestens an diesem Punkt müsste sich nun das BKW-Beteiligungsgesetz als unverhältnismässig erweisen, da aus einer Grundrechtsperspektive mildere Massnahmen als die beantragte formelle Enteignung zur Verfügung stehen.

73. Sofern sich das BKW-Beteiligungsgesetz auf eine Anordnung der Entflechtung der BKW beschränken würde, ist auf den bereits oben dargelegten Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen hinzuweisen.¹²⁶ Dieser Grundsatz bietet einen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber [...] einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen».¹²⁷ Sofern der BKW durch diese Entflechtung allfällige Effizienzgewinne entgehen oder andere Nachteile im Vergleich zu ihrer Konkurrenz entstehen, würde eine alleinige Verpflichtung einer gemischtwirtschaftlichen BKW zu einer Ungleichbehandlung führen und wäre entsprechend unzulässig.

3.4.4 Zwischenfazit

74. Bei Anrufung des öffentlichen Interesses an einer sicheren und leistungsfähigen Energieversorgung bleibt jedenfalls fraglich, ob die staatliche Bedürfnislenkung im Falle einer Re-Monopolisierung der Bereiche Netze und Kraftwerke im Sinne der Geeignetheit zu einem besseren Ergebnis führt. Wenn man davon ausgeht, dass ein derartiges

¹²⁵ Gesetz des Kantons Bern vom 3. Oktober 1965 über die Enteignung (EntG BE, BSG 711.0). Das Gesetz ist gemäss seinen Art. 1 und 4 vor allem auf die Enteignung von Grundstücken zugeschnitten, wobei weitere Gegenstände der Enteignung durch formelles Gesetz begründet werden können; LUDWIG/STALDER, in: Müller/Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, S. 541 f.

¹²⁶ Vgl. oben Rz. 38.

¹²⁷ BGE 125 I 431, E. 4.b.aa; 125 II 129, E. 10.b. Keinen Schutz bietet der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten dort, wo die Ungleichbehandlung in der Bundesverfassung selbst vorgesehen ist (BGE 123 II 16, E. 10; BGer, Urteil 2A.524/2003 vom 5. November 2003, E. 3.1.

Vorgehen im Sinne von Art. 36 BV als geeignet zu qualifizieren ist, muss die damit einhergehende Enteignung nach hier vertretener Auffassung jedenfalls spätestens aufgrund der Erforderlichkeit scheitern.

75. Schwere Eingriffe in Freiheitsrechte sind im Sinne der Erforderlichkeit nach Möglichkeit zu vermeiden bzw. es ist jeweils das mildest mögliche Mittel zu wählen. Neben der allgemeinen Festschreibung dieses Prinzips in Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung bietet hier das kantonale Enteignungsgesetz mit seiner Vorschrift, dass zuerst der Versuch des freihändigen Erwerbs scheitern muss, bevor eine Enteignung durchgeführt wird, einen Anhaltspunkt für eine Analogie. Aus Perspektive der Erforderlichkeit scheint nicht ersichtlich, weshalb der Kanton Bern die Teile Netze und Kraftwerke der BKW mittels Enteignung in sein Eigentum überführen soll, wenn er mittels einfacher zivilrechtlicher Möglichkeiten – namentlich dem Erwerb von Aktien – die vollständige Kontrolle über die BKW erhalten kann, ohne dass die Freiheitsrechte der Aktionäre und der Gesellschaft eingeschränkt werden.

76. Es ist darauf hinzuweisen, dass vorgängig an mehreren Stellen Zweifel an der Kompetenz des Kantons und dem Bestehen eines ausreichenden öffentlichen Interesses geäußert wurden. Diese Punkte konnten im Rahmen dieses Gutachtens offengelassen werden, weil den Unterzeichnenden die geplante Massnahme aus Perspektive der Verhältnismässigkeit als kaum rechtfertigbar erscheint. Falls wider Erwarten von einem zulässigen Eingriff ausgegangen würde, diskutiert das nachfolgende Kapitel die möglichen Rechtsfolgen.

3.5 Rechtsfolge bei zulässigem Eingriff: Entschädigungspflicht

77. Dieses Kapitel diskutiert mögliche Rechtsfolgen, falls die Rechtfertigung der mit dem BKW-Beteiligungsgesetz beeinträchtigten Grundrechte gelingt (der Eingriff also zulässig wäre). Nach Auffassung der Unterzeichneten sind in diesem Fall die BKW und/oder die privaten Aktionäre in Geld zu entschädigen. Eine teilweise Entschädigung der privaten Aktionäre mit Aktien einer neuen BKW-Handels- und Dienstleistungs AG oder sonstigen Beteiligungspapieren erscheint kaum als zulässig: Ein Realersatz bei Enteignung ist zwar möglich, doch muss eine tatsächliche Beeinträchtigung des Grundsatzes der vollen Entschädigung von den privaten Aktionären nicht hingenommen werden.

78. Enteignungen können entweder formeller oder materieller Natur sein. Eine formelle Enteignung liegt u.a. dann vor, wenn dem Enteigneten durch das enteignende Gemeinwesen ein Recht entzogen und dieses anschliessend auf das Gemeinwesen oder einen von diesem bestimmten Dritten übertragen wird.¹²⁸ Die materielle Enteignung unterscheidet sich von der formellen hauptsächlich durch den fehlenden Rechtsübergang; das Eigentumsrecht wird nicht aufgehoben sondern «nur» enteignungsähnlich eingeschränkt.¹²⁹

¹²⁸ BGE 93 I 130, E. 7.a; BGE 104 Ib 79, E. 1.a; BVGer, Urteil A-5581/2012 vom 11. November 2013, E. 6.4.1; BELSER/WALDMANN, S. 203; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 BV, Rz. 24; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 38; KIENER/KÄLIN, S. 288; MAHON, Petit Commentaire, Art. 26 BV, Rz. 12; MÜLLER/SCHEFER, S. 1026; RIVA, Materielle Enteignung, S. 193; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 104; VEIT, S. 80; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1809.

¹²⁹ BVGer, Urteil A-5581/2012 vom 11. November 2013, E. 6.4.1; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 41; EYMANN, S. 564; LUDWIG, in: Müller/Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, § 9 Rz. 3; MAHON, Petit Commentaire, Art. 26 BV, Rz. 13; MÜLLER/SCHEFER, S. 1026.

79. Werden der BKW Teile ihres Eigentums durch das BKW-Beteiligungsgesetz entzogen und einem neuen Rechtsträger übertragen, so liegt eine entschädigungspflichtige formelle Enteignung vor. Macht das BKW-Beteiligungsgesetz der BKW Vorgaben, welche diese in der Nutzung ihres Eigentums so stark beeinträchtigen, dass der Eingriff einer Enteignung gleichkommt, so liegt eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung der BKW vor.

80. Sollte das BKW-Beteiligungsgesetz eine Ausgliederung in einer Weise anordnen, dass der Kanton Bern im Endzustand das Eigentum an den Netzen und Kraftwerken hält, die privaten Aktionäre dagegen das Eigentum an den Geschäftsteilen Handel und Dienstleistungen erhalten, so liegt eine formelle Enteignung der privaten Aktionäre vor, die voll zu entschädigen ist. Sollte das BKW-Beteiligungsgesetz die BKW als Körperschaft unangetastet lassen, aber in ihrer Substanz entwerten, so wären die privaten Aktionäre unter dem Titel einer materiellen Enteignung ebenfalls voll zu entschädigen. In beiden Fällen wären an die BKW direkt fließende Entschädigungen zu berücksichtigen, damit es nicht zu einer Überentschädigung der privaten Aktionäre kommt.

81. Bei Vorliegen eines zulässigen Eingriffs in die Eigentumsgarantie wird der Vermögenswert durch die Wertgarantie geschützt.¹³⁰ Bei einer Enteignung oder einer dieser gleichkommenden Eigentumsbeschränkung hat der Enteignete einen subjektiven Rechtsanspruch auf «volle Entschädigung».¹³¹ Der Enteignete soll sich demnach nach der Enteignung in der gleichen ökonomischen Situation befinden wie vorher.¹³² Die Entschädigung ist Rechtmässigkeitsvoraussetzung, sodass das dem Enteigneten entzogene Recht grundsätzlich erst mit der Leistung der Entschädigung auf den Enteigner übergeht.¹³³

82. Die vom enteignenden Gemeinwesen zu entrichtende Entschädigung bemisst sich entweder nach objektiven Kriterien, d.h. nach dem Verkehrs- bzw. Verkaufswert, oder nach subjektiven Gesichtspunkten, d.h. nach dem Interesse des Enteigneten an der Beibehaltung des Rechts.¹³⁴ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diejenige Methode anzuwenden, die für den Enteigneten günstiger ist.¹³⁵ Entsprechend ist grundsätz-

LER/SCHEFER S. 1030; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1813; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 73. Weiter unterscheiden sich die formelle und materielle Enteignung bzgl. der Entschädigung, die bei der Ersteren eine Gültigkeitsvoraussetzung darstellt, während sie bei der Zweitgenannten eine Folge des Eigentumseingriffs ist. Zu einer ausführlichen Unterscheidung von formeller und materieller Enteignung HESS/WEIBEL, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 247.

¹³⁰ BIAGGINI, BV Kommentar Art. 26 BV, Rz. 27; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2068; RIVA/MÜLLER-TSCHUMI, § 48 Rz. 18; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 4.

¹³¹ VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 31; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 BV, Rz. 27; UHLMANN, in: Biaggini/Gächter/Kiener, § 37 Rz. 18; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 35; BGE 127 I 185, E. 3, bzgl. der Verfassung des Kantons VS, die zwar von einer «gerechten» Entschädigung spricht, damit aber auch «bloss» eine volle Entschädigung meint.

¹³² VON ARX, Rz. 370; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 47; BVGer, Urteil A-5581/2012 vom 11. November 2013, E. 6.5.1; Volle Entschädigung heisst in diesem Zusammenhang dass dem Enteigneten wirtschaftlich weder ein Gewinn noch ein Verlust entstehen soll, BGE 122 I 168 E. 4b.aa, BGE 127 I 185 E 4; so schon MÜLLER G., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter} aBV Rz. 66.

¹³³ VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 57; VON ARX, Rz. 369; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 BV Rz. 24; Zudem BGE 93 I 143, E. 7.a und 131 I 321, E. 6.2; EYMANN, S. 564.

¹³⁴ BGE 112 Ib 531, E. 4, für die Enteignung eines Grundstückes, bei dem der sog. subjektive Schaden den Verkehrswert überstieg.

¹³⁵ BGE 113 Ib 39 E. 2a; HESS/WEIBEL, Art. 19 EntG, Rz. 10; VON ARX, Rz. 371 f.

lich der Verkehrswert massgeblich, sofern der subjektive Schaden diesen nicht übersteigt.¹³⁶ Die Vermischung beider Berechnungsarten ist unzulässig.¹³⁷ Bei der Wahl der objektiven Bemessungsmethode ist dem Enteigneten neben dem Verkehrswert des enteigneten Rechts, der anhand anerkannter objektiver Methoden zu ermitteln ist, auch der übrige durch die Enteignung verursachte Schaden zu ersetzen. Unter den Begriff des übrigen Schadens fallen dabei alle Nachteile, die sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als Folge der Enteignung voraussehen lassen.¹³⁸ Umfasst werden Aufwendungen, welche durch die Enteignung entstanden sind, und u.U. auch entgangener Gewinn, letzterer jedoch nur restriktiv.¹³⁹ Im Gegenzug muss sich der Betroffene enteignungsbedingte Vorteile anrechnen lassen.¹⁴⁰ Bei der subjektiven Bemessungsmethode ist der Schaden zu berechnen, der dem Enteigneten entsteht, weil er das ihm entzogene Recht nicht mehr ausüben kann.¹⁴¹ Für die Berechnung wird von der Annahme ausgegangen, der Enteignete habe sein Recht behalten können. Aufgrund dieser Annahme werden die konkret durch die Enteignung erlittenen Einbussen ermittelt, welche neben dem bisherigen Ertragswert unter Umständen auch weitere mit der Enteignung zusammenhängende Kosten umfassen können.¹⁴² Der entgangene Geschäftsgewinn wird allerhöchstens vorübergehend erstattet.¹⁴³

83. Auf Bundesebene sieht Art. 17 EntG primär die Entrichtung der Entschädigung in Form von Geldersatz vor. Der in Art. 18 EntG geregelte Realersatz stellt demgegenüber eine Ausnahme dar.¹⁴⁴ Das vorliegend nur analog – im Sinne eines etablierten Rechtsgrundsatzes – anwendbare EntG BE sieht in seinem Art. 11 Abs. 1 vor, dass die Enteignungsentschädigung in der Regel in Geld zu leisten ist, und zwar in einem einmaligen Betrag. Art. 15 Abs. 1 EntG BE sieht einen Realersatz nur für bestimmte Fälle vor, die vor allem im Interesse des Enteigneten erfolgen. Gegen den Willen des Enteigneten darf die Zuweisung von Sachleistungen gemäss Art. 15 Abs. 2 EntG BE nur erfolgen, wenn dessen Interessen und diejenigen der Pfandgläubiger ausreichend gewahrt sind.¹⁴⁵

84. Bei einer börsenkotierten Gesellschaft ist es naheliegend, sich für die Entschädigung der privaten Aktionäre am Börsenwert der kotierten Aktien zu orientieren. Bei Annahme

¹³⁶ EYMANN, S. 573; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 48; Für die Enteignung von Grundstücken: BGE 106 Ib 228, E. 3a; 112 Ib 531, E. 4; 113 Ib 39 E. 2a.

¹³⁷ HESS/WEIBEL, Art. 19 EntG, Rz. 10; MÜLLER G., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 69; BGE 109 Ib 38; 106 Ib 228; 113 Ib 29, E. 2a; BVGer, Urteil A-5581/2012 vom 11. November 2013, E. 6.8.1.

¹³⁸ Vgl. den Wortlaut von Art. 19 Bst. c EntG; BGer, Urteil 1C_356/2013, E. 2.2.1, das in diesem Zusammenhang von der sog. Inkonvenienzentschädigung spricht.

¹³⁹ Vgl. BGE 109 Ib 26, E. 4; BGE 113 Ib 39, E. 2a; BGE 112 Ia 124.

¹⁴⁰ BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 48.

¹⁴¹ HESS/WEIBEL, Art. 19 EntG, Rz. 10; EYMANN, S. 572.

¹⁴² VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 74.

¹⁴³ VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 77; BGE 113 Ib 39, E. 2b betreffend Enteignung eines Unternehmens begründet dies damit, weil bloss die Produktionsmittel von der Enteignung betroffen werden, dagegen Arbeitskraft und Unternehmergeist unberührt bleiben. Sodann ist auch die den Enteigneten treffende Pflicht der Schadensverminderung zu berücksichtigen; Vgl. auch BGE 109 Ib 36, E. 4a.

¹⁴⁴ EYMANN, S. 572 f.; BIAGGINI, Eigentumsgarantie, § 221 Rz. 47; BGE 105 Ib 88, E. 2; 122 II 337, E. 4a; 128 II 368, E. 4.2; MÜLLER G., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 65.

¹⁴⁵ Vgl. für das Bundesrecht BGE 128 II 368 E. 4.1 bei dem darauf hingewiesen wird, dass ein Anspruch auf Realersatz umstritten ist (offengelassen). Jedenfalls wäre ein solcher sehr restriktiv zu handhaben; gegen den Rechtsanspruch auf Realersatz schon MÜLLER G., Komm. BV 1874, Art. 22^{ter} aBV, Rz. 65.

einer materiellen Enteignung wären entsprechende Einbussen im Börsenwert zu entschädigen, soweit dieses Vorgehen tatsächlich zu einer «vollen Entschädigung» der Aktionäre führen kann.

* *
*

Quellenverzeichnis

- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Zürich 2012.
- BIAGGINI GIOVANNI, Eigentumsgarantie, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Zürich/St. Gallen/Heidelberg 2007 (zit. Eigentumsgarantie).
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007 (zit. BV-Kommentar).
- BIAGGINI GIOVANNI, Wirtschaftsfreiheit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. Wirtschaftsfreiheit).
- BUOB FRANZISKA, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Zürich 2008.
- EYMANN URS, Grundzüge des Enteignungsrechts in der Schweiz, URP 2003, 555 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. Zürich 2016.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016.
- HÄNER ISABELLE, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 2002, 1144 ff.
- HANGARTNER YVO, Der Staat als Unternehmer, in: RWA HSG (Hrsg.), Festschrift 25 Jahre juristischen Abschlüsse an der Universität St.Gallen, Zürich 2007, 237 ff.
- HANGARTNER YVO, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP 2000, 515 ff.
- HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II, Zürich 1980.
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013.
- HÄSLER PHILIPP, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Diss. Bern 2005.
- HESS HEINZ/WEIBEL HEINRICH, Das Enteignungsrecht des Bundes, Kommentar zum Bundesgesetz über die Enteignung, zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Spezialgesetzgebung des Bundes, Band II, 2. Aufl., Bern 1986.
- HETTICH PETER, Kooperative Risikovorsorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Zürich 2014.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar zu Art. 121 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- LUDWIG PETER, Enteignungsrecht, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008.
- MAHON PASCAL, Kommentar zu Art. X, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.
- MÜLLER GEORG, Kommentar zu Art. 22ter aBV, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Band II, Basel/Zürich/Bern 1996.
- MÜLLER JÖRG PAUL/BALDEGGER MIRJAM, Grundrechte juristischer Personen, in: Festschrift Wolfgang Wiegand, Bern/München 2005, S. 551 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- ORELLI MARIELLA/THOMANN MARTIN, Art. 10 StromVG, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse, Kommentar zum Energierecht, Bd. I, Bern 2016
- RHINOW RENÉ A., Kommentar zu Art. 31 aBV, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Band II, Basel/Zürich/Bern 1996.

- RHINOW RENÉ A./SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009.
- RHINOW RENÉ A./SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.
- RIVA ENRICO, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990 (zit. materielle Enteignung).
- RIVA ENRICO, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007 (zit. wohlerworbene Rechte).
- RIVA ENRICO/MÜLLER-TSCHUMI THOMAS, Eigentumsgarantie, in: Daniel Thürer/Jean-Francois Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2011.
- RUCH ALEXANDER, Kommentar zu Art. 49 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel, 2. Aufl., Bern 1975.
- SCHINDLER BENJAMIN, Kommentar zu Art. 5 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- SCHLATTER ELIANE, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, ZStöR Nr. 186, Zürich 2009.
- SCHOTT MARKUS, Staat und Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2012.
- SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 35 und 36 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- STEINER THOMAS, Urteilsbesprechung 2C_1032/2012, in: *medialex* 1/2014, 29 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016.
- UHLMANN FELIX, § 37 Eigentumsgarantie, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/ St. Gallen 2011.
- UHLMANN FELIX, Entwicklungen im Verwaltungsrecht, SJZ 110 (2014), 459 ff.
- VALLENDER KLAUS A., St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- VALLENDER KLAUS A., § 222 Wirtschaftsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Heidelberg 2007.
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006.
- VEIT MARC D., Die Ordnungsfunktion der Eigentumsgarantie, Diss. Bern 1999.
- VON ARX IVO, Grundrechtlicher Eigentumsschutz – Eine rechtsvergleichende Studie, Zürich 2011.
- WALDMANN BERNHARD, Eigentum und Eigentumsordnung, Einige Gedanken zum Recht auf Eigentum, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Bern 2013, 653 ff.
- WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, Kommentar zu Art. 716a und 717 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. Basel 2016.
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band II, Bern 2014.