

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Auer, G. Biaggini, T. Gächter, A. Griffel,
T. Jaag, C. Kaufmann, H. Keller, A. Kley, M. Reich, D. Thürer,
F. Uhlmann und B. Weber-Dürler

Eliane Schlatter

Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen und Rechtsquellen	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialien	XXXIX
1. Teil	
Einleitung	1
§ 1	
Problemstellung	1
§ 2	
Zielsetzung und Aufbau der Arbeit	3
I. Zielsetzung	3
II. Aufbau	4
2. Teil	
Grundlagen	5
§ 3	
Ausgangslage	5
§ 4	
Geltung von Grundrechten	5
I. Adressaten und Träger der Grundrechte	5
A. Adressaten	5
B. Träger	6
II. Inhalte	6
III. Rechtliche Grundlagen	7
IV. Funktionen	7
A. Subjektiv-rechtliche Funktion: Unmittelbare Grundrechtsbindung	7
1. Abwehransprüche	8
2. Leistungsansprüche	8
3. Schutzansprüche	9
4. Auslegungsprärogative des Bundesgerichts	9
B. Objektiv-rechtliche Funktion: Mittelbare Grundrechtsbindung	9
V. Rechtsschutz	10
VI. Schranken	11

§ 5	Wirtschaftliches Staatshandeln	12
I.	Begriff.....	12
II.	Kategorien von Staatstätigkeit.....	13
	A. Eingriffsverwaltung	14
	B. Bedarfsverwaltung	14
	1. Staat als Nachfrager.....	14
	2. Hilfsbetriebe	15
	C. Leistungsverwaltung	15
III.	Rechts- und Organisationsformen	16
	A. Öffentliche Unternehmen.....	16
	1. Definition.....	16
	2. Rechts- und Organisationsformen öffentlicher Unternehmen	17
	a. Öffentliche Unternehmen des öffentlichen Rechts	17
	aa. Anstalten.....	17
	ab. Körperschaften	17
	b. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften	18
	c. Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform	19
	B. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	20
	C. Privatrechtliche Unternehmen.....	20
	D. Einheiten der Zentralverwaltung.....	21
IV.	Handlungsformen	22
V.	Zwecke.....	23
	A. Interventionistische bzw. wirtschaftspolitische Zwecke.....	23
	B. Wohlfahrtsstaatliche bzw. sozialpolitische Zwecke	24
	C. Wirtschaftsförderung	24
	D. Staatspolitische Zwecke (Krisenvorsorge).....	25
	E. Gewinnerzielung	25
VI.	Arten	26
	A. Wirtschaftliches Staatshandeln im Monopolbereich	26
	1. Rechtliche Monopole.....	26
	a. Unmittelbar rechtliche Monopole	26
	b. Mittelbar rechtliche Monopole	26
	c. Rechtliche Monopole des Bundes.....	26
	d. Rechtliche Monopole der Kantone	27
	2. Faktische Monopole	27
	3. Monopolausübung	28
	B. Wirtschaftliches Staatshandeln im freien Wettbewerb	28
	C. Mischformen	29
VII.	Zulässigkeit.....	29
	A. Bedeutung und Funktion der Wirtschaftsfreiheit.....	29
	1. Objektiv-rechtliche Funktion.....	30
	2. Subjektiv-rechtliche Funktion	31

3.	Bundesstaatliche Funktion.....	31
B.	Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	32
1.	Gesetzliche Grundlage.....	32
2.	Öffentliches Interesse.....	33
a.	Öffentliche Interessen im Allgemeinen.....	33
b.	Fiskalische Interessen im Besonderen.....	33
ba.	Fiskalische Interessen als öffentliche Interessen ...	33
bb.	Grundsatz: Unzulässige Rechtfertigungsgrundlage.....	34
bc.	Ausnahme: Beschränkte Zulässigkeit.....	34
3.	Verhältnismässigkeit.....	35
4.	Wettbewerbsneutralität.....	36
5.	Subsidiaritätsprinzip als Schranke wirtschaftlicher Staatstätigkeit?.....	36
C.	Stellungnahme zur Zulässigkeit wirtschaftlichen Staatshandelns.....	38
1.	Problem: Unschärfe des Begriffs des öffentlichen Interesses.....	38
2.	Alternative: Zulässigkeit bei Wahrung der Wettbewerbsneutralität.....	38
3.	Vorteile der wettbewerbsorientierten Konzeption.....	39
VIII.	Deregulierung, Liberalisierung, Dezentralisierung und Privatisierung.....	40
A.	Auswirkungen auf die staatliche Wirtschaftstätigkeit.....	40
B.	Begriffe.....	40
1.	Deregulierung.....	40
2.	Liberalisierung.....	41
3.	Dezentralisierung.....	41
4.	Privatisierung.....	42
a.	Aufgabenprivatisierung.....	42
b.	Organisationsprivatisierung.....	43
c.	Finanzierungs- und Vermögensprivatisierung.....	43
§ 6	Ergebnis.....	43
3. Teil	Unmittelbare Grundrechtsbindung des wirtschaftlich handelnden Staates.....	45
§ 7	Ausgangslage.....	45
§ 8	Grundrechtsbindung öffentlichrechtlicher Organisationen in Lehre und Rechtsprechung.....	46
I.	Öffentlichrechtliche Organisationen.....	46
II.	Grundrechtsbindung beim hoheitlichen Handeln.....	47
A.	Hoheitliches Handeln öffentlichrechtlicher Organisationen.....	47

B. Lehre	48
C. Rechtsprechung	48
III. Grundrechtsbindung beim nicht-hoheitlichen Handeln.....	50
A. Nicht-hoheitliches Handeln öffentlichrechtlicher Organisationen	50
B. Umfassende Grundrechtsbindung des privatrechtlichen Staatshandelns im Besonderen.....	51
1. Lehre.....	51
a. Prinzipielle Ungleichheit von Staat und Privaten.....	52
b. Verhinderung der Flucht des Staates ins Privatrecht.....	52
c. Fortbestand der grundrechtstypischen Gefährdungslage durch faktische Übermacht.....	53
d. Fiskustheorie als Anachronismus	53
2. Rechtsprechung	54
C. Aufgabenbezogene Grundrechtsbindung.....	55
1. Lehre.....	55
2. Rechtsprechung	56
IV. Zusammenfassung	56

§ 9	Grundrechtsbindung privatrechtlicher Organisationen in Lehre und Rechtsprechung	57
I.	Privatrechtliche Organisationen	57
II.	Grundrechtsbindung beim hoheitlichen Handeln.....	57
A.	Hoheitliches Handeln privatrechtlicher Organisationen.....	57
B.	Lehre	58
C.	Rechtsprechung.....	58
III.	Grundrechtsbindung beim nicht-hoheitlichen Handeln.....	59
A.	Umfassende Grundrechtsbindung bei staatlicher Beherrschung.....	60
1.	Lehre.....	60
a.	Staatliche Beherrschung als ausschliessliches Anknüpfungskriterium.....	60
b.	Staatliche Beherrschung alternatives Anknüpfungskriterium.....	61
c.	Staatliche Beherrschung als zusätzliches Anknüpfungskriterium.....	61
2.	Rechtsprechung	62
3.	Beherrschungskriterien.....	63
a.	Gesellschaftsrechtliche Beherrschungskriterien.....	63
aa.	Kapitalbeteiligung und Stimmrechte.....	63
ab.	Gesetzliches Mitwirkungsrecht in den Organen	66
b.	Kartellrechtliche Beherrschungskriterien	67

	B. Aufgabenbezogene Grundrechtsbindung.....	69
	1. Lehre.....	69
	2. Rechtsprechung	70
	IV. Zusammenfassung	71
§ 10	Stellungnahme	72
	I. Analyse von Lehre und Rechtsprechung	72
	II. Vorteile organisatorischer Zurechenbarkeit	72
	III. Einwände gegen die organisatorische Zurechenbarkeit	73
	A. Unzulässiger Schluss von der Organisationsform auf die Rechtsnatur der Aufgabe.....	73
	1. Öffentliche Interessen und Staatsaufgaben	73
	2. Keine prinzipielle Unzulässigkeit privatwirtschaftlichen Staatshandelns	75
	B. Nachteilige Auswirkungen der unmittelbaren Grundrechtsbindung auf den Wettbewerb	75
	1. Argument der „gleich langen Spiesse“	75
	2. Zum Argument der faktischen Übermacht	77
	3. Gesetzlicher Schutz vor faktischer Übermacht	79
	a. Wettbewerbsrecht	79
	aa. Sektorspezifisches Wettbewerbsrecht.....	79
	ab. Allgemeines Wettbewerbsrecht	79
	b. Privatrecht	81
	4. Beseitigung der Wettbewerbsnachteile durch Abschwächung der Grundrechtswirkung?	81
	C. Untauglichkeit für privatrechtlich organisierte Unternehmen im Besonderen.....	83
	1. Staatliche Beherrschung als diffuses Kriterium	83
	2. Unberücksichtigte hoheitliche Einflussmöglichkeiten des Staates	84
	3. Unzureichender Schutz der Grundrechtsinteressen privater Aktionäre.....	84
	IV. Zusammenfassung	85
§ 11	Ergebnis: Grundrechtsbindung bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben	86
	I. Staatsaufgabe – Begriffe und Abgrenzungen	86
	A. Staatszwecke, Staatsziele, Staatsaufgaben, Staatskompetenzen.....	87
	1. Staatszwecke.....	87
	2. Staatsziele	88
	3. Staatsaufgaben.....	88
	4. Staatskompetenzen	89
	B. Staatsaufgaben und Staatsfunktionen.....	89

C.	Verzicht auf den Begriff der öffentlichen Aufgaben	90
II.	Normativ geprägter Staatsaufgabenbegriff.....	91
A.	Staatsbedürftige Aufgaben.....	91
B.	Untauglichkeit als Anknüpfungskriterium für die Grundrechtsbindung.....	92
III.	Formeller Staatsaufgabenbegriff	93
A.	Festlegung von Staatsaufgaben in Verfassung und Gesetz.....	93
1.	Zuweisungsnorm in der Verfassung.....	93
2.	Konkretisierung der Zuweisungsnorm durch Gesetz	93
B.	Staatliche Aufgabenverantwortung.....	94
1.	Typologien staatlicher Aufgabenverantwortung	95
a.	Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsverantwortung	95
b.	Kontrollverantwortung.....	95
c.	Förderungsverantwortung.....	96
2.	Grundrechtsbindung bei staatlicher Erfüllungsverantwortung.....	96
3.	Merkmale staatlicher Erfüllungsverantwortung	97
a.	Rechtliche Monopole	97
b.	Faktische Monopole?	98
c.	Gesetzliche Übertragung von Sonderpflichten	99
d.	Gleichmässige Übertragung von Pflichten auf alle Marktteilnehmer?	101
IV.	Erfordernis der Aufteilung von Tätigkeitsbereichen in einzelne Aufgabenteile.....	102
V.	Zusammenfassung	102
§ 12	Prozessuale Durchsetzung der unmittelbaren Grundrechtsbindung.....	104
I.	Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln	104
A.	Problem: Rechtsschutzdefizit.....	104
B.	Lösungsvorschläge und deren Eignung im vorliegenden Zusammenhang	105
1.	Ausweitung des Verfügungsbegriffs	105
2.	Ausweitung des Anfechtungsobjekts	106
3.	Verpflichtung zum Erlass einer (Feststellungs-) Verfügung.....	107
4.	Klagesystem.....	108
5.	Fazit	108
II.	Rechtsschutz gegen privatrechtliches Staatshandeln.....	109
A.	Problem: Unzureichender Rechtsschutz im Zivilprozess?	109
B.	Alternative: Zweistufentheorie	109
C.	Grundrechtsschutz durch Zivilgerichte – besser als sein Ruf? ..	110
III.	Zusammenfassung	111

§ 13	Ergebnis.....	112
4. Teil	Mittelbare Grundrechtsbindung des wirtschaftlich handelnden Staates.....	113
§ 14	Ausgangslage.....	113
§ 15	Grundrechtsgeltung ausserhalb der Erfüllung staatlicher Aufgaben	113
	I. Keine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte	113
	II. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.....	114
	A. Grundrechtsbindung des Gesetzgebers	115
	B. Grundrechtsbindung der rechtsanwendenden Behörden	116
	1. Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln	116
	2. Auslegung des Kartellrechts.....	117
	III. Grundrechtliche Schutzpflichten	119
	A. Inhalt und Grundlagen	119
	B. Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten	120
	1. Beeinträchtigung oder Gefährdung von Grundrechten	121
	2. Faktisch vorhandene Mittel	121
	3. Interessenabwägung.....	121
	4. Ermessensspielraum	122
	C. Subjektives Recht auf Schutz?.....	122
§ 16	Gleichwertiges Schutzniveau ausserhalb der Erfüllung staatlicher Aufgaben?	123
	I. Geringeres Schutzniveau	124
	II. Beschränkte Erforderlichkeit eines gleichwertigen Schutzniveaus..	125
§ 17	Ergebnis.....	126
5. Teil	Grundrechtsberechtigung des wirtschaftlich handelnden Staates.....	128
§ 18	Ausgangslage.....	128
§ 19	Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des Privatrechts in Lehre und Rechtsprechung.....	129
	I. Lehre.....	129
	II. Rechtsprechung.....	130
	A. Grundsatz	130
	B. Ausnahme.....	130
§ 20	Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts in Lehre und Rechtsprechung.....	131
	I. Lehre.....	131

II.	Rechtsprechung.....	134
A.	Grundsatz	134
B.	Ausnahmen.....	134
1.	Gemeindeautonomie und weitere Autonomiegarantien	134
2.	Mit Privaten vergleichbare Betroffenheit.....	135
§ 21	Funktionaler Ansatz auch für die Grundrechtsberechtigung?	135
I.	Analyse von Lehre und Rechtsprechung	135
A.	Funktionaler Ansatz des Bundesgerichts	135
B.	Kritik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Lehre ...	136
II.	Stellungnahme	136
A.	Öffentliche Unternehmen als Träger von Freiheitsrechten – insbesondere der Wirtschaftsfreiheit?	137
1.	(Rück-)Übertragung staatlicher Aufgaben	137
2.	Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit ausserhalb der (Rück-)Übertragung staatlicher Aufgaben ..	139
a.	Übertragung von spezifischen Leistungspflichten auf einzelne Unternehmen	139
b.	Übertragung von Leistungspflichten auf alle Marktteilnehmer.....	139
B.	Öffentliche Unternehmen als Träger verfassungsmässiger Rechte von allgemeiner Tragweite	140
§ 22	Ergebnis.....	140
6. Teil	Grundrechtsgeltung im Post- und Fernmeldewesen.....	142
§ 23	Ausgangslage.....	142
§ 24	Verfassungsrechtliche Grundlagen des Post- und Fernmeldewesens.....	142
I.	Regulierungsauftrag in Art. 92 Abs. 1 BV	142
II.	Materielle Vorgaben in der Verfassung.....	144
A.	Grundversorgung.....	144
B.	Post- und Fernmeldegeheimnis	144
1.	Rechtsgrundlagen	144
2.	Schutzbereich.....	144
3.	Adressaten	145
III.	Gegenstand von Post- und Fernmeldewesen	146
§ 25	Grundrechtsgeltung im Fernmeldewesen	146
I.	Liberalisierung des Fernmeldewesens.....	146
A.	Das Fernmeldegesetz von 1991	146
B.	Das Fernmeldegesetz von 1997	147
1.	Marktöffnung.....	147
2.	Branchenspezifische Regulierung	147

3.	Grundversorgung.....	148
C.	Die Revision des Fernmeldegesetzes.....	148
1.	Nachlassender Wettbewerbsdruck auf dem Fernmeldemarkt.....	148
2.	Öffnung der „letzten Meile“.....	149
D.	Das Telekommunikationsunternehmungsgesetz von 1997.....	150
II.	Grundversorgung im liberalisierten Fernmeldemarkt.....	151
A.	Grundversorgung: Definition und Rechtsgrundlagen.....	151
B.	Umfang der Grundversorgungsdienste.....	152
C.	Sicherstellung der Grundversorgung.....	152
1.	Konzessionssystem.....	152
2.	Finanzierung der Grundversorgung.....	153
D.	Gesetzliche Pflichten von nicht konzessionierten Anbietern der Grundversorgung.....	154
III.	Grundrechtsgeltung.....	154
A.	Grundversorgung.....	154
1.	Grundrechtsgeltung für die Grundversorgungskonzessionärin.....	154
2.	Grundrechtsgeltung für die nicht-konzessionierten Fernmeldediensteanbieter.....	155
B.	Tätigkeiten ausserhalb der Grundversorgung.....	156
C.	Die Swisscom als Adressatin bzw. Trägerin von Grundrechten.....	157
1.	Grundsatz.....	157
2.	Anwendungsbeispiele aus der bundesgerichtlichen Praxis.....	157
a.	Versorgung mit öffentlichen Sprechstellen – BGE 127 II 8 ff.	157
aa.	Sachverhalt und Entscheidbegründung.....	157
ab.	Grundrechtsgeltung für die Swisscom im Bereich der Grundversorgung.....	158
b.	Bedingungen der Nummernportabilität (Festnetz) – BGr., 15. Januar 2007, 2A.507/2006.....	159
ba.	Sachverhalt und Entscheidbegründung.....	159
bb.	Grundrechtsgeltung für die Swisscom im Bereich der Grundversorgung.....	159
bc.	Grundrechtsgeltung für die Swisscom ausserhalb der Grundversorgung.....	160
c.	Öffnung der letzten Meile – BGr., 3. Oktober 2001, 2A.505/2000 und BGE 131 II 13 ff.	160
ca.	Sachverhalt und Entscheidbegründung.....	160
cb.	Grundrechtsgeltung für die Swisscom bei Streitigkeiten betreffend die „letzte Meile“	161

IV. Zusammenfassung	162
§ 26 Grundrechtsgeltung im Postwesen	163
I. Liberalisierung des Postwesens	163
A. Das Postgesetz von 1997	163
B. Weitere Liberalisierungsschritte	164
C. Totalrevision des Postgesetzes von 1997	164
D. Das Postorganisationsgesetz von 1997	165
II. Grundversorgung im Postwesen	166
A. Grundversorgung: Definition und Rechtsgrundlagen	166
B. Umfang der Grundversorgung	166
1. Sachbeförderung und Zahlungsverkehr	166
a. Reservierte Dienste	166
b. Nicht reservierte Dienste	167
c. Ausserhalb der Grundversorgung: Wettbewerbsdienste	167
2. Infrastruktur	168
3. Personenbeförderung	169
C. Sicherstellung der Grundversorgung	169
1. Monopol und gesetzliche (Sonder-)Leistungspflichten der Schweizerischen Post	169
2. Finanzierung der Grundversorgung	170
D. Gesetzliche Pflichten von privaten Anbietern der Grundversorgung	171
III. Grundrechtsgeltung	172
A. Grundversorgung	172
1. Grundrechtsgeltung für die Schweizerische Post	172
2. Grundrechtsgeltung für die privaten Anbieterinnen von nicht reservierten Grundversorgungsdiensten	173
3. Grundrechtsgeltung für die Personenbeförderungskonzessionärin(nen)	173
B. Tätigkeiten im Wettbewerb	174
C. Die Schweizerische Post als Adressatin bzw. Trägerin von Grundrechten	175
1. Grundsatz	175
2. Anwendungsbeispiele aus der Praxis	176
a. Pflicht zur Beförderung einer unadressierten Massensendung – BGE 129 III 35 ff.	176
aa. Sachverhalt und Entscheidbegründung	176
ab. Kritik in der Lehre	177
ac. Grundrechtsgeltung für die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste	178

	b.	Pflicht zur Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften zu Vorzugstarifen – VPB 67 (2003)	
		Nr. 132	179
		ba. Sachverhalt und Entscheidbegründung.....	179
		bb. Grundrechtsgeltung für die Post im Bereich der nicht reservierten Dienste.....	180
	c.	Pflicht der Post zur Leistung von Abgaben für den Wettbewerbsbereich – BGr., 14. Februar 2006, 2P.154/2005	180
		ca. Sachverhalt und Entscheidbegründung.....	180
		cb. Grundrechtsgeltung für die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste	181
	IV.	Zusammenfassung	182
§ 27		Ergebnis	182
7. Teil		Resultate und Schlussbetrachtung	184
§ 28		Resultate	184
	I.	Unmittelbare Grundrechtsbindung bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben.....	184
	II.	Staatliche Aufgaben bei staatlicher Erfüllungsverantwortung	184
	III.	Rechtsschutz	185
	IV.	Mittelbare Grundrechtsgeltung und grundrechtliche Schutzpflichten	185
	V.	Grundrechtsberechtigung.....	185
	VI.	Grundrechtsgeltung im Post- und Fernmeldewesen.....	186
§ 29		Schlussbetrachtung	187