

Der Staat als Anbieter neuer Mobilitätsformen?

Ein Vorschlag zur grundrechtlichen Einordnung privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit anhand der PubliBike AG

In den letzten Jahren geriet die Post-Tochter PubliBike AG immer wieder in die Schlagzeilen, bis schliesslich vor wenigen Monaten ihr Verkauf verkündet wurde. Anhand der Unternehmensgeschichte der PubliBike AG wird vorliegend ein Vorschlag präsentiert, wie privatwirtschaftliche Staatstätigkeit grundrechtlich erfasst und so einer rechtsstaatlichen Überprüfung zugeführt werden könnte. Dabei ist zwischen der Aufnahme einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit und der Ausübung einer solchen zu differenzieren. Beide Formen staatlichen Handelns können eine mittelbare Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV) zur Folge haben. Entsprechend müsste der wirtschaftende Staat sein Tun am Massstab von Art. 36 BV rechtfertigen.

I. Einleitung	144
II. Die Tätigkeit der PubliBike AG im Rahmen des Post-Konzerns	144
1. Postwesen als öffentliche Aufgabe des Bundes	144
2. Einordnung der PubliBike AG	145
III. Schutz vor staatlicher Konkurrenzierung nach geltender Rechtsprechung	147
IV. Potentieller Schutz vor staatlicher Konkurrenzierung durch das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit	148
1. Grundrechtsbindung im Post-Konzern	148
2. Mittelbare Einschränkungen von Grundrechten	149
a) Im Allgemeinen	149
b) Im vorliegenden Fall	149
3. Fruchtbarmachung dieses Ansatzes durch die Praxis	150
V. Fazit	151

Zitiervorschlag:

PATRICE ZUMSTEG, Der Staat als Anbieter neuer Mobilitätsformen?, sui generis 2022, S. 143

Patrice Martin Zumsteg, Dr. iur., Dozent für Staats- und Verwaltungsrecht an der ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Winterthur, Rechtsanwalt bei AAK Anwälte und Konsulanten AG, Zürich, zumg@zhaw.ch.

URL: sui-generis.ch/214

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.214>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Einleitung

- 1 Erscheinungsverformen und Nutzung von Transportmitteln verändern sich rasant. Etwa durch Elektro-Trottinets¹ oder durch die – von der Pandemie verstärkten – Tendenzen zur Heimarbeit und dem Erledigen von Einkäufen über das Internet.² Diese Entwicklung der Mobilität wurde einerseits von privaten Anbieterinnen und andererseits von den Behörden erkannt. So beschäftigt sich etwa das Bundesamt für Verkehr (BAV) unter dem Stichwort der multimodalen Mobilität mit der Vereinfachung der Kombination von unterschiedlichen Verkehrsmitteln.³ In der Stadt Zürich arbeitet der Stadtrat unter dem Strategie-Schwerpunkt «Zukunftsformen der integrierten öffentlichen Mobilität» in dieselbe Richtung.⁴
- 2 Neben diesen Koordinationsbemühungen ist der Staat aber auch als Anbieter neuer Mobilitätsformen in diesen im Entstehen begriffenen Markt eingetreten. Unter der Firma PubliBike AG besteht seit 2014 eine als privatrechtliche Aktiengesellschaft konstituierte Unternehmung, die den «Verkauf, die Vermietung, die Entwicklung und die Vermarktung von Produkten und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung von Zweiradfahrzeugen» und damit zusammenhängenden Dienstleistungen bezweckt.⁵ Konkret bietet die PubliBike AG in acht Städten der Schweiz Fahrräder und E-Bikes zum Verleih an, welcher über die eigene PubliBike-App abgewickelt wird.⁶ Bei der PubliBike AG handelte es sich um eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der spezialgesetzlichen Die Schweizerische Post AG (im Folgenden: «Post»), deren einziger Aktionär wiederum der Bund ist (Art. 2 und 6 POG⁷).⁸ Die PubliBike AG war demnach bis zur Abwicklung des Ende Januar 2022 angekündigten Verkaufs⁹ mittelbar staatlich beherrscht.
- 3 Wie dies regelmässig geschieht, wenn der Staat – in der einen oder anderen Form – in einen Markt eintritt, war

1 Dazu PATRICE MARTIN ZUMSTEG, *Neue Mobilitätsformen im öffentlichen Raum*, sui generis 2021, S. 73 ff.

2 Vgl. etwa intervista AG, *Mobilitäts-Monitoring COVID-19*, 2021. Besonders eindrücklich auf S. 17 die Grafik «Pendler zum Arbeits- oder Ausbildungsort».

3 BAV-News Nr. 65 Dezember 2018.

4 Stadt Zürich, Auszug aus dem Protokoll des Stadtrats von Zürich vom 29. Mai 2019, S. 452, Verkehrsbetriebe, Strategie-Schwerpunkt «Zukunftsformen der integrierten öffentlichen Mobilität».

5 Der Internet-Handelsregisterauszug ist verfügbar über den Zentralen Firmenindex.

6 Vgl. Website von PubliBike, *Die PubliBike-App für unterwegs*.

7 Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17. Dezember 2010 (POG; SR 783.1).

8 Vgl. zum Postwesen ISABELLE HÄNER et al., *Besonderes Bundesverwaltungsrecht, Übersicht für Studierende und für die Praxis*, 9. Aufl., Basel 2021, S. 184 ff., sowie konkret Website von PubliBike, *Über uns*, und Website der Post, *Konzerngesellschaften*.

9 Website der Post, *Medienmitteilung vom 31. Januar 2022, Die Post verkauft das Bikesharing-Unternehmen PubliBike*.

bald die Frage aufgeworfen worden, ob die Tätigkeit der PubliBike AG rechtmässig erfolgte oder zu unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen führte.¹⁰ Dieser Beitrag stellt dar, weshalb die privaten Konkurrenten die staatliche Anbieterin neuer Mobilitätsformen sehr kritisch sahen. Anhand dieses abgeschlossenen und gut dokumentierten Vorgangs wird beispielhaft ein Ansatz vorgestellt, bei welchem die Aufnahme und die Ausübung privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit am Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit geprüft werden. – Der Staat und seine Unternehmen sind nämlich weiterhin rege in Konkurrenz zu Privaten tätig.¹¹

II. Die Tätigkeit der PubliBike AG im Rahmen des Post-Konzerns

1. Postwesen als öffentliche Aufgabe des Bundes

Art. 92 BV¹² weist das Postwesen als umfassende Bundeskompetenz aus, was die Zulässigkeit einer rechtlichen Monopolisierung umschliesst.¹³ Diese Kompetenz hat der Bundesgesetzgeber allerdings nur teilweise im Bereich des Briefverkehrs ausgeschöpft (Art. 18 Abs. 1 PG¹⁴).¹⁵ Das Postregal setzt sich aus dem Personenbeförderungsregal und dem Sachbeförderungsregal zusammen.¹⁶ Letzteres umfasst die traditionellen Postdienste der Brief- und Paketpost sowie des Zahlungsverkehrs (vgl. Art. 1 und 2 PG).¹⁷

Ein eigener Erlass adressiert das Personenbeförderungsregal (Art. 1 Abs. 1 PBG¹⁸). Als Personenbeförderung ist darin nur, aber immerhin, der regelmässige und gewerbs-

10 Aargauer Zeitung vom 30. Juli 2019 («Was Publibike tut, ist illegal»: Der Veloverleih ist beliebt, aber ruinös); NZZ vom 6. April 2021, S. 11 (Publibike will Geld von der Stadt). Zur Wettbewerbsneutralität: ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Zürich / St. Gallen 2020, N 1592; PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014, § 10 N 24 f.

11 Vgl. etwa netzwoche.ch vom 25. März 2022 (Klara wehrt sich gegen die Vorwürfe von Konkurrent Abacus).

12 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

13 GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 94 N 14b (zit. BIAGGINI, OFK BV); FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 94 N 22 (zit. BSK BV-BEARBEITERIN).

14 Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783.0).

15 NATASCHA BOUCHER-KIND, *Staatliche Marktteilnahme, Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungsvorgaben am Beispiel der Post*, Diss. Freiburg i. Ü. 2019, Bern 2020, N 606 f.; BSK BV-KERN, Art. 92 N 9.

16 HÄNER et al. (Fn. 8), S. 185; PETER HETTICH / THOMAS STEINER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich et al. 2014, Art. 92 N 4 (zit. SGK BV-BEARBEITERIN).

17 HÄNER et al. (Fn. 8), S. 186 f.; BSK BV-KERN, Art. 92 N 5.

18 Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (PBG; SR 745.1).

mässige Transport von Personen definiert (Art. 2 PBG).¹⁹ Der Rückgriff der Begriffsdefinition auf die Regelmässigkeit legt bereits nahe, dass die konzessionierten Transportunternehmen u.a. eine Transport-, Fahrplan- und Betriebspflicht trifft (Art. 12-14 PBG).²⁰

6 Der Bund muss für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Postdiensten in allen Landesgegenden sorgen (Art. 92 Abs. 2 BV).²¹ Dieser Grundversorgungsauftrag geht weiter als das Monopol und umfasst ganz allgemein die Zustellung von Briefen, Paketen und Zeitungen sowie Leistungen des Zahlungsverkehrs (Art. 14 PG sowie Art. 29 und 43 VPG²²).²³ Der Bund erfüllt diese öffentliche Aufgabe nicht selbst in seiner Zentralverwaltung, sondern hat diesen an die Post übertragen (Art. 13 Abs. 1 PG). Die Post ist spezialgesetzlich etabliert (Art. 2 Abs. 1 POG) und damit eine juristische Person des öffentlichen Rechts.²⁴ Die eigentliche Leistungserbringung kann durch Tochtergesellschaften oder durch Dritte erfolgen.²⁵

7 Tatsächlich ist die Post denn auch eine Holdinggesellschaft, die insbesondere die Konzerngesellschaften Post CH AG, PostFinance AG und PostAuto AG umfasst, welche die Grundversorgung sicherstellen.²⁶ Es ist anzunehmen, dass die Versorgung der ländlichen Gebiete aufgrund der abnehmenden Besiedlungsdichte im freien Wettbewerb nicht mehr zu den gleichen Bedingungen gewährleistet werden könnte.²⁷ Deshalb hat der Ordnungsgeber vorgesehen, dass die Finanzierung der ungedeckten Kosten der Grundversorgung durch die Erlöse aus der gesamten Konzernstruktur (Art. 46 VPG) erfolgt – und nicht etwa aus staatlichen Subventionen.²⁸

8 Weitere Tätigkeiten des Konzerns ausserhalb der öffentlichen Aufgaben stützen sich auf Art. 3 POG.²⁹ Erforderlich ist gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung, dass die Leistungen mit dem Unternehmenszweck zusammen-

19 BIAGGINI, OFK BV, Art. 87 N 4; HÄNER et al. (Fn. 8), S. 130 f.

20 HÄNER et al. (Fn. 8), S. 132.

21 SGK BV-HETTICH/STEINER, Art. 92 N 12 ff.; BSK BV-KERN, Art. 92 N 16 ff.

22 Postverordnung vom 29. August 2012 (VPG; SR 783.01).

23 BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 591 und 598 ff.; BSK BV-KERN, Art. 92 N 9.

24 PHILBAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Diss. Luzern 2019, Zürich et al. 2019, N 186; BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 383 ff. und 653 ff.

25 BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 589 ff.; BSK BV-KERN, Art. 92 N 9, m.w.H. auf die Materialien.

26 Konzernorganigramm per Januar 2022; Internet-Handelsregisterauszüge verfügbar über den Zentralen Firmenindex; BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 597.

27 BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 599 ff.; SGK BV-HETTICH/STEINER, Art. 92 N 12 ff.

28 BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 619 ff.; BSK BV-KERN, Art. 92 N 28.

29 Vgl. auch Art. 19 PG; äusserst weites Verständnis von Art. 3 POG in einem von der Post in Auftrag gegebenen Kurzgutachten von ANDREAS STÖCKLI, Unternehmenszweck der Schweizerischen Post AG, 2022.

hängen resp. diesem dienen.³⁰ Der Bundesrat hat dazu erwogen, dass einerseits aufgrund der Postgesetzgebung die Grundversorgung ohne staatliche Subventionen erfolgen müsse und andererseits im traditionellen Bereich die Geschäfte rückläufig seien.³¹ «Nur wenn die Post die Möglichkeit hat, ihr Angebot auch den Entwicklungen des Marktes anzupassen, kann von ihr im Postgesetz verlangt werden, die Grundversorgung auch mittel- und langfristig möglichst eigenwirtschaftlich zu erbringen». ³² Immerhin soll die Erweiterung nicht beliebig, sondern «sinnvoll und angemessen» sein.³³ Daraus leitet der Bundesrat in seinen aktuellen strategischen Zielen etwa hinsichtlich dem Geschäftsfeld Personenverkehr ab, dass die Post ihre «Stellung mit neuen Systemdienstleistungen und gesamtheitlichen Mobilitätsangeboten im Inland» weiterentwickelt.³⁴

2. Einordnung der PubliBike AG

Solange die PubliBike AG in den Post-Konzern integriert war, handelte es sich um eine mittelbar vollständig von der öffentlichen Hand beherrschte, selbständige und auf Dauer angelegte Organisationseinheit mit einer gewissen Autonomie und damit um ein öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform.³⁵ Ihr Verleihsystem betreibt dieses Unternehmen über feste PubliBike-Stationen, an denen die Fahrräder und E-Bikes durch die Nutzerinnen und Nutzer selbst ausgeliehen und zurückgegeben werden können.³⁶ Das Unternehmen bezeichnet sich selbst als «Pionier des Bikesharings in der Schweiz»,³⁷ was unterstreicht, dass der Staat früh in diesen neu entstehenden Markt eingetreten war.

Allerdings ist fraglich, ob er dabei eine öffentliche Aufgabe erfüllt: Klarerweise ist die Post-Tochter mit ihrem Angebot nicht im monopolisierten Bereich und auch nicht im Rahmen des Sachbeförderungsregals tätig.³⁸ Ebenso wenig handelt es sich um eine Tätigkeit, welche vom Personenbeförderungsregal umfasst wäre – das Unternehmen

30 Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (BBl 2009 5265), S. 5279 f. und 5289 ff.; BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 631 ff.

31 Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Fn. 30), S. 5279.

32 Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Fn. 30), S. 5280.

33 Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Fn. 30), S. 5289.

34 Strategische Ziele des Bundesrates für die Schweizerische Post AG 2021-2024, S. 2.

35 RENÉ RHINOW / GERHARD SCHMID / GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 18 N 13 und 31; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 10), § 10 N 6 ff.

36 Vgl. Website von PubliBike: So geht's.

37 Vgl. Website von PubliBike: PubliBike Partners.

38 Vgl. oben Rz 4 ff.

befördert nicht aktiv Personen nach einem vorab definierten Fahrplan.³⁹ Vielmehr stehen die Geräte passiv zur Verfügung potentieller Nutzerinnen und Nutzer, welche diese selbst ausleihen und selbst fahren. Ein Geschäftsmodell, das etwa auch von den rein privaten Anbieterinnen «TIER» und «Lime» verfolgt wird.⁴⁰ Es liegt demnach eine Dienstleistung ausserhalb der öffentlichen Aufgaben der Post vor.⁴¹

- 11 Das Anbieten von solchen Dienstleistungen muss nach Art. 3 POG einen Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck haben respektive diesem dienen.⁴² Es handelt sich um eine sehr unbestimmte gesetzliche Grundlage,⁴³ welche denn auch in der Realität dazu geführt hat, dass der Post-Konzern eine Vielzahl von Dienstleistungen ausserhalb der Grundversorgung anbietet.⁴⁴ Das ist in der Lehre auf Kritik gestossen.⁴⁵ Dieser ist mit Blick auf die geringe Normdichte von Art. 3 POG und dessen Grundlage in Art. 92 BV zuzustimmen.⁴⁶ Das Angebot der PubliBike AG steht in keinem direkten Zusammenhang mit den Aufgaben des Bundes aus Art. 92 BV.⁴⁷
- 12 Gleichzeitig ist festzustellen, dass die PubliBike AG in direkter Konkurrenz zu privaten Anbieterinnen steht: So erhielt sie 2015 in der Stadt Zürich eine Konzession für den Betrieb ihrer festen Verleihstationen, wobei sie – im Gegensatz zu den Free-Floating-Anbieterinnen – von Gebühren für die Nutzung des öffentlichen Raums befreit ist.⁴⁸ Der Zuschlag war erteilt worden, weil die PubliBike AG in Aussicht stellte, die Kosten allein durch Sponsorenbeiträge sowie die Erlöse aus den Velofahrten zu tragen. Die privaten Konkurrentinnen hielten dies für unmöglich

39 Vgl. oben Rz 4 ff.

40 Vgl. Website von TIER, So funktioniert TIER, und Website von Lime Micromobility, Who we are.

41 Vgl. oben Rz 4 ff.

42 Vgl. oben Rz 4 ff.

43 BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 634 ff.; zur Normdichte im Allgemeinen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 10), § 19 N 19 ff., m.w.H.

44 Vgl. Website der Post, Konzerngesellschaften, und Website der Post, Assoziierte Gesellschaften und Joint Ventures.

45 BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 342 und 634, Zusammenhang u.a. mit Crowdlending und Car-Sharing-Angeboten ist «nicht ohne weiteres ersichtlich»; HÄNER et al. (Fn. 8), S. 189; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000, Zürich 2000, S. 217 ff.; a.A. STÖCKLI (Fn. 29), passim.

46 Vgl. zum Postwesen gemäss Art. 92 BV oben Rz 4 ff. und BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 587 f.; PETER HETTICH, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann / Hertig Randall / Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band III, S. 2283 ff., N 10; BSK BV-KERN, Art. 92 N 5.

47 Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2015.00158 vom 8. Oktober 2015 E. 3, worin das Gericht verneinte, dass der Betrieb eines Veloverleihs eine öffentliche Aufgabe darstelle und deshalb auf eine submissionsrechtliche Beschwerde gegen einen Zuschlag an die PubliBike AG nicht eintrat.

48 NZZ vom 19. März 2015, S. 18 (Projekt «Pro Velo» könnte sich verzögern); NZZ vom 30. April 2019, S. 17 («Publibike hat den Fünfer und das Weggli»).

und beschwerten sich.⁴⁹ Ebenso kam die PubliBike AG in der Stadt Bern zum Zug, wobei die Privaten hier ebenfalls bemängelten, es sei unrealistisch kalkuliert und die Post-Tochter auch sonst bevorteilt worden.⁵⁰

Diese Geschäftsstrategie der PubliBike AG führte zu massiven Verlusten. In ihrem Jahresbericht 2019 stellte die Eidgenössische Finanzkontrolle fest: «Als alleiniger Anteilseigner hat die Post zwischen 2012 und 2017 11 Millionen Franken mit dem Bikesharing-Unternehmen verloren, davon 5 Millionen alleine 2017. [Die Tätigkeit der PubliBike AG] führt ausserdem zu Wettbewerbsverzerrungen durch die Präsenz eines staatsnahen Unternehmens auf einem Markt, wo bereits eine starke Konkurrenz herrscht.»⁵¹ Die Ergebnisse für die Jahre 2018 und 2019 waren gemäss Auskünften des Bundesrats ebenfalls negativ.⁵² Diese Verluste in zweistelliger Millionenhöhe führten sodann 2021 dazu, dass die PubliBike AG in Aussicht stellte, ihr Angebot in der Stadt Zürich nach 2023 nicht zu verlängern, wenn sich die Stadt nicht finanziell beteilige.⁵³ Ende Januar 2022 wurde schliesslich bekannt, dass die PubliBike AG an Private verkauft werden soll.⁵⁴ Inzwischen ist das Unternehmen der Meinung, dass der Betrieb eines Fahrradverleihsystems nur mit Subventionen funktionieren kann.⁵⁵

Es erstaunt, dass die PubliBike AG diese Verluste anhäufen konnte, ohne Konkurs anmelden zu müssen.⁵⁶ Die Vermutung liegt nahe, dass dies auf ihre Zugehörigkeit zum Post-Konzern zurückzuführen ist, was potentiell mit wesentlichen Wettbewerbsvorteilen einhergeht.⁵⁷ So kann sie bei der Konzernmutter Kredite aufnehmen und Letztere ist als alleinige Eigentümerin für Verbindlichkeiten und Schäden der Tochter potentiell haftbar.⁵⁸ Hinzu

49 NZZ vom 6. Mai 2016, S. 19 (Projekt «Pro Velo» kommt nicht ins Rollen); NZZ vom 11. Juli 2020, S. 18 (E-Bike-Verleiher wehrt sich gegen Gebühren).

50 Aargauer Zeitung vom 30. Juli 2019 («Was Publibike tut, ist illegal»): Der Veloverleih ist beliebt, aber ruinös; NZZ am Sonntag vom 29. Juli 2018, S. 31 (Streit um Bike-Sharing in der Stadt Bern).

51 Eidgenössische Finanzkontrolle, Jahresbericht 2019, Bern 2020, S. 19.

52 Interpellation 18.4164, Olivier Feller, Finanzierung der Publibike AG durch die Postauto AG und die Schweizerische Post AG; Fragestunde 20.5009, Olivier Feller, Est-ce que Publibike a une nouvelle fois enregistré des pertes en 2019?

53 NZZ vom 6. April 2021, S. 11 (Publibike will Geld von der Stadt).

54 Medienmitteilung, Die Post verkauft das Bikesharing-Unternehmen PubliBike (Fn. 9).

55 NZZ vom 25. Mai 2022, S. 13 (Publibike geht und will doch bleiben): «Es braucht Subventionen».

56 Anders demgegenüber die Bond Mobility (Europe) AG in Liquidation, Internet-Handelsregisterauszug verfügbar über den Zentralen Firmenindex.

57 Zu staatlich bedingten Wettbewerbsvorteilen: BAUMANN (Fn. 24), N 180 ff.; Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrats vom 8. Dezember 2017, S. 9.

58 BAUMANN (Fn. 24), N 195 f.; BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 659, je m.w.H. auf die Vorteile der Finanzierung eines letztlich staatlichen Konzerns.

kommen Verbundvorteile, worunter hier die Vorteile aufgrund der gemeinsamen Nutzung bestehender Ressourcen verstanden wird.⁵⁹ Dazu kommt die Zugehörigkeit zur etablierten Marke «Post».⁶⁰ Schliesslich hat die PubliBike AG ihr Domizil an derselben Adresse wie die Post-Auto AG, was nahelegt, dass sie bei der Miete von sinkenden Grenzkosten profitiert hat.⁶¹

- 15 Die eidgenössische Finanzkontrolle hat deshalb zu Recht festgehalten, dass die solcherart abgestützte Tätigkeit der PubliBike AG zu Wettbewerbsverzerrungen geführt hat.⁶² Der Schutz der Rechtsprechung vor solchen Verzerrungen ist heute aber als wenig wirksam einzustufen, wie sogleich darzustellen ist.

III. Schutz vor staatlicher Konkurrenzierung nach geltender Rechtsprechung

- 16 Art. 94 BV etabliert eine freiheitliche, sozialverpflichtete und wettbewerbsorientierte Wirtschaftsverfassung.⁶³ In Verbindung mit dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 BV lässt sich daraus ableiten, dass die Wirtschaft grundsätzlich staatsfrei und nach dem Prinzip privatautonomer Wirtschaftsgestaltung organisiert sein soll.⁶⁴ Der Wettbewerb darf durch den Staat grundsätzlich nicht verzerrt werden, insbesondere nicht, indem er einzelne Marktteilnehmer unterstützt, sie vor (neuer) Konkurrenz schützt, einzelne Marktteilnehmer vom Wettbewerb ausschliesst, die Marktanteile unter den Marktteilnehmern neu verteilt oder die Preisbildung direkt beeinflusst.⁶⁵ Zur institutionellen Funktion der Wirtschaftsfreiheit kommt der individualrechtliche Grundrechtsschutz hinzu.⁶⁶ Diese verleiht dem Einzelnen

59 BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 664 ff., m.w.H., welche überdies hervorhebt, dass im «Postauto-Skandal» Gewinne und Verluste zwischen den Geschäftsfeldern des Post-Konzern verschoben wurden, um höhere Subventionen beziehen zu können.

60 Vgl. Website von PubliBike, Über uns, und Website von PubliBike: PubliBike Partners.

61 Internet-Handelsregisterauszüge verfügbar über den Zentralen Firmenindex; BAUMANN (Fn. 24), N 233, m.w.H.

62 Vgl. Fn. 51.

63 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 35), § 3 N 94; SGK BV-VALLENDER, Art. 94 N 5.

64 VOGEL (Fn. 45), S. 107 ff.; BGE 138 I 378 E. 6.3.1 «grundsätzlich staatsfreie Wirtschaftsordnung»; zurückhaltend hingegen FELIX UHLMANN, Gewinnerorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 1996, Basel 1997, S. 220 ff.; weitere Lehrmeinungen bei MARC MICHAEL WINISTÖRFER, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Diss. Luzern 2021, Zürich et al. 2021, S. 277 ff.

65 WINISTÖRFER (Fn. 64), S. 284, m.w.H.

66 REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTEBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 31 N 6 ff.; zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ausführlich WINISTÖRFER (Fn. 64), S. 258 ff.

primär einen Anspruch auf wirtschaftliche Entfaltung und unterstreicht so die Bedeutung des privatwirtschaftlichen Handelns als zentralen Lebensbereich.⁶⁷

Vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind nach Art. 94 Abs. 4 BV Abweichungen zulässig, soweit sie in der Bundesverfassung oder durch kantonale Regalrechte vorgesehen sind. Dabei gilt, dass Verfassungsnormen, welche die staatliche Begründung von Monopolen und Konzessionssystemen erlauben, implizit auch eine Abweichungsermächtigung enthalten.⁶⁸

Ebenso ist es aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, dass der Staat ausserhalb eines allfälligen Monopolbereichs eine eigene unternehmerische Tätigkeit entfaltet.⁶⁹ Dies entspreche der «gelebten Verfassungspraxis».⁷⁰ «Hätte der Verfassungsgeber solche Tätigkeiten verbieten wollen, so hätte er dies angesichts der entgegenstehenden Rechtstradition ausdrücklich sagen müssen».⁷¹ Erforderlich ist nach höchstgerichtlicher Praxis immerhin eine formell-gesetzliche Grundlage, von der hinsichtlich der Normdichte aber nur verlangt wird, dass sie den «Sachbereich» umschreibt, in welchem der Staat tätig werden soll (Spezialitätsprinzip).⁷² Hinsichtlich des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit stellt das Bundesgericht explizit auf Art. 5 Abs. 2 BV und nicht auf Art. 36 Abs. 2 und 3 BV ab, weil es einen Grundrechtseingriff durch den Eintritt des Staates in den Wettbewerb grundsätzlich verneint.⁷³ Erst wenn die privaten Angebote durch den staatlichen Markteintritt geradezu verdrängt würden, wäre Art. 27 BV nach dieser Rechtsprechung tangiert.⁷⁴ Dementsprechend lässt das Bundesgericht jedes öffentliche Interesse genügen.⁷⁵

Ebenso wird bei der Verhältnismässigkeit leidglich verlangt, dass der verfassungsrechtliche Grundsatzentscheid für eine private Wirtschaft nicht geradezu ausgehöhlt wird.⁷⁶ Immerhin verlangt das Bundesgericht, dass die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates nicht wettbewerbsverzerrend ist.⁷⁷ Entsprechend sind Quersubventionierungen vom Monopol- in den Wettbewerbsbereich

67 KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 66), § 31 N 7 und ausführlich N 31 ff.; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 7 ff.

68 BIAGGINI, OFK BV, Art. 94 N 14b; BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 22.

69 BGE 138 I 378; BGE 143 II 425.

70 BGE 138 I 378 E. 6.3.3.

71 BGE 138 I 378 E. 6.3.3.

72 BGE 138 I 378 E. 7.

73 BGE 138 I 378 E. 8.2 und 6.2.3. So auch schon vor BGE 138 I 378 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 35), § 18 N 56 f., m.w.H.

74 BGE 138 I 378 E. 6.2.2.

75 BGE 138 I 378 E. 8.2: «verlangt wird nur, dass die staatliche Tätigkeit nicht ausschliesslich privaten Interessen dient».

76 BGE 138 I 378 E. 8.7.

77 BGE 138 I 378 E. 6.3.2; BGE 143 II 425 E. 4.3.

eines öffentlichen Unternehmens zu unterlassen.⁷⁸ Zu diesem Zweck sind die beiden Bereiche mindestens buchhalterisch, aber nicht zwingend eigentumsrechtlich, zu entflechten.⁷⁹ Diese Praxis ist auf breite und teilweise harsche Kritik in der Lehre gestossen,⁸⁰ die m.E. berechtigt ist, da die rechtsstaatlichen Anforderungen an staatliches Handeln hier auf ein kaum mehr begrenzendes Niveau gesenkt wurden.⁸¹

- 20 Auf die hier interessierende Situation übertragen: Da nach wie vor Konkurrentinnen der PubliBike AG bestehen,⁸² wurden die privaten Angebote nicht verdrängt, weshalb das Bundesgericht eine Grundrechtseinschränkung verneinen würde.⁸³ Ein Resultat, das als eklatante Schutzlücke bezeichnet werden muss. Naheliegender wäre, dass private Konkurrentinnen schon vor der faktischen Verstaatlichung eines Marktes die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV) als tangiert anrufen können. Dadurch würde der Weg für eine umfassende Grundrechtsprüfung am Massstab von Art. 36 BV frei.⁸⁴ Dies hätte nach dem Gesagten strengere Anforderungen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit zur Folge, als sie unter Art. 5 BV bestehen.⁸⁵ Eine solche Praxis könnte sich auf die weithin akzeptierten Figuren der Grundrechtsdogmatik stützen, was sogleich darzustellen ist.

IV. Potentieller Schutz vor staatlicher Konkurrenzierung durch das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit

1. Grundrechtsbindung im Post-Konzern

- 21 Vorweg ist zu klären, welche Entitäten innerhalb des Post-Konzerns überhaupt an die Grundrechte gebunden sind. Das bestimmt sich nach Art. 35 Abs. 2 BV und damit grundsätzlich danach, ob eine staatliche Aufgabe wahrgenommen wird.⁸⁶ Dies schliesst staatlich beherrschte Unter-

78 BGE 138 I 378 E. 9.1; BGE 143 II 425 E. 4.5.

79 BGE 138 I 378 E. 9.1 und 9.2.

80 Statt vieler ANDREAS ABEGG / MARCO FREI, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, recht 2018, S. 142 ff.; PETER HETTICH, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb: Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung, ZSRI 2021, S. 155 ff., je m.w.H.

81 Ähnlich formuliert BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 340: Reduktion auf eine «für alle staatlichen Massnahmen geltende Selbstverständlichkeit».

82 Vgl. Fn. 40.

83 Vgl. oben Rz. 16 ff.

84 Andere Ansätze zur Verbesserung des Schutzniveaus, wie etwa eine strengere Prüfung der Normdichte und des Spezialitätsprinzips bereits am Massstab von Art. 5 BV, werden hier nicht thematisiert.

85 MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006, S. 4 ff., m.w.H.; ausführlich zur Prüfung nach Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV: KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 66), § 31 N 65 ff.

86 BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 9 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 66), § 4 N 52 ff.

nehmen ein, wobei umstritten ist, ob das auch dann gilt, wenn diese als Teilnehmer am Wettbewerb auftreten.⁸⁷

Die Post als juristische Person des öffentlichen Rechts, die einen verfassungsmässigen Grundversorgungsauftrag erfüllt,⁸⁸ nimmt grundsätzlich eine staatliche Aufgabe i.S.v. Art. 35 Abs. 2 BV wahr und ist damit an die Grundrechte gebunden.⁸⁹ Allerdings hat das Bundesgericht dort eine Grundrechtsbindung verneint, wo die Angebote der Post über die Grundversorgung hinaus gehen.⁹⁰

Würde man dieser Argumentation folgen, dann würde für die PubliBike AG die Grundrechtsbindung integral entfallen, da sie keine öffentliche Aufgabe wahrnimmt.⁹¹ Hingegen wäre sie wohl etwa für die PostAuto AG integral zu bejahen, da sie hauptsächlich im Personen- und Gütertransport tätig ist.⁹²

Dieses Resultat der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte für eine Grosszahl der Rechtsunterworfenen so inkonsistent sein, dass sie im Austausch mit staatlichen Konzern-Strukturen kaum noch beurteilen könnten, ob sie sich auf ihre Grundrechte berufen können oder nicht. Zum praktischen Aspekt kommt eine grundsätzliche Überlegung hinzu, auf welche schon die ältere Lehre wiederholt hingewiesen hat.⁹³ Um es mit dem berühmten Diktum Peter Saladins zu formulieren: «Staat bleibt Staat, auch wenn er sich privatrechtliche Kleider überzieht».⁹⁴ Es geht nicht an, dass ein öffentliches Unternehmen durch seine Assoziierung mit dem Staat von Wettbewerbsvorteilen profitiert und sich gleichzeitig der Grundrechtsbindung entziehen will.⁹⁵ Die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen unter Erhalt der staatlichen Kontrolle darf «nicht mit Entlassung in die Privatwirtschaft verwechselt werden».⁹⁶

87 BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 9; AXEL TSCHENTSCHER / ANDREAS LIENHARD / FRANZISKA SPRECHER, Öffentliches Recht, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich et al. 2019, N 171.

88 Vgl. oben Rz. 4 ff.

89 Gl.M. BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 11, m.w.H.

90 BGE 129 III 35 E. 5.

91 Vgl. oben Rz. 9 ff.

92 Internet-Handelsregisterauszug verfügbar über den Zentralen Firmenindex.

93 Aktueller sind etwa ABEGG/FREI (Fn. 80), S. 145 ff.; HETTICH (Fn. 46), N 25.

94 PETER SALADIN, Grundrechtsprobleme, in: Funk (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne imperium, Wien 1981, S. 72 (Hervorhebung im Original).

95 YVO HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post, AJP 2000, S. 518 f.; TOBIAS JAAG, Der Staat als Aktionär, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich et al. 2003, S. 387; a.A. BAUMANN (Fn. 24), N 122.

96 HANGARTNER (Fn. 95), S. 520.

25 Diese Argumentation überzeugt auch in der vorliegend interessierende Konstellation: Der Zweck der Grundrechte ist die Abwehr des Staates durch die Privaten.⁹⁷ Dies muss gegenüber allem staatlichen Handeln möglich sein, soll nicht der Umgehung der verfassungsrechtlich gewollten Grundrechtsbindung Tür und Tor geöffnet werden.⁹⁸ Vollständig staatlich beherrschte Unternehmen sind deshalb nach hier vertretener Auffassung über den Wortlaut von Art. 35 Abs. 2 BV hinaus bei all ihren Tätigkeiten an die Grundrechte gebunden.⁹⁹ Die Post bleibt auch dann grundrechtsverpflichtet, wenn sie Tochterunternehmen schafft, die ausserhalb der Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätig werden. Und solange die Post alleinige Eigentümerin der PubliBike AG war, war deren Grundrechtsbindung zu bejahen.

2. Mittelbare Einschränkungen von Grundrechten

26 Nach dem Gesagten können die Post und die PubliBike AG die Grundrechte von Privaten tangieren und verletzen, wobei auch mittelbare Einschränkungen möglich sind.¹⁰⁰

a) Im Allgemeinen

27 Der Figur der mittelbaren Einschränkung liegt das Phänomen zugrunde, dass der Staat mit seinem Handeln in Grundrechte eingreifen kann, ohne dass er direkt den betroffenen Grundrechtsträger adressiert.¹⁰¹ Diese Reflexwirkung hat der Staat regelmässig gar nicht vorgesehen oder bloss in Kauf genommen.¹⁰² Nach richtiger Auffassung kann daraus aber nicht gefolgert werden, dass keine Grundrechtseinschränkung vorliegt – vielmehr ist eine solche immer zu bejahen, wenn ein Grundrecht tatsächlich beeinträchtigt wurde.¹⁰³

28 Dabei ist zu beachten, dass nicht jeder subjektiv als Grundrechtseinschränkung wahrgenommene Nebeneffekt auch als solcher zu qualifizieren ist. Es ist zu verlangen, dass die Einschränkung des Grundrechts von zumindest ähnlicher Intensität ist, wie wenn die Behörden gegen-

über dem Grundrechtsträger direkt eine rechtsförmige Massnahme angeordnet hätten.¹⁰⁴

Eine Besonderheit dieser Art der Grundrechtseinschränkung stellt die Abschreckungswirkung dar. Damit wird umschrieben, dass staatliches Handeln in dem Sinne eine zusätzliche – nicht notwendigerweise angestrebte – negative Wirkung haben kann, als dass Grundrechtsträger dadurch von der zukünftigen Ausübung ihrer Ansprüche abgeschreckt werden.¹⁰⁵ Weil sich die Abschreckungswirkung in der Zukunft und durch ein Unterlassen zeigt, beruht die Figur auf Annahmen über psychologische und gesellschaftliche Zusammenhänge.¹⁰⁶ Sie ist dadurch schwer greifbar, was sich auch daran zeigt, dass die Rechtsprechung nur, aber immerhin, danach fragt, ob eine staatliche Massnahme «geeignet» sei, eine abschreckende Wirkung zu entfalten.¹⁰⁷ Zusätzlich ist auch hier zu verlangen, dass eine Gleichstellung mit einer Grundrechtseinschränkung erst angezeigt ist, wenn die Gefahr der Abschreckung eine gewisse Intensität aufweist, das heisst objektiv nachvollziehbar ist.¹⁰⁸

b) Im vorliegenden Fall

Zunächst ist danach zu differenzieren, ob eine mögliche 30 Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit bereits durch die Gründung der PubliBike AG erfolgt ist oder erst durch deren eigentliche Geschäftstätigkeit. Allgemeiner gesprochen: Geht es um die Aufnahme oder die Ausübung einer staatlichen Tätigkeit?¹⁰⁹ Diese Differenzierung ist deshalb bedeutsam, weil Ersteres – so wie hier – durch die Schaffung einer neuen juristischen Person erfolgen kann. Dann erfolgt der Grundrechtseingriff mit dem Gründungsakt, für den die Gründerin – hier die PostAuto AG – verantwortlich ist.¹¹⁰ Steht hingegen die Ausübung einer staatlichen Tätigkeit – hier das Geschäftsgebaren der PubliBike AG – im Fokus, so geht der Grundrechtseingriff von der neu geschaffenen juristischen Person aus. Die aufgeworfene Frage kann also dafür relevant sein, welche Entität im konkreten Fall als grundrechtgebunden in der Pflicht steht.

97 Statt vieler BGE 98 Ia 362 E. 5a: «Sinn der Freiheitsrechte ist die Begrenzung der staatlichen Macht gegenüber dem einzelnen Bürger»; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 66), § 4 N 9 ff.

98 BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 9, unter Hinweis auf BGE 127 I 84 E. 4c; HETTICH (Fn. 46), N 25; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER (Fn. 87), N 172.

99 HETTICH (Fn. 46), N 25, m.w.H.; BIAGGINI, OFK BV, Art. 35 N 11; a.A. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 66), § 4 N 62.

100 Zum «klassischen» Eingriffsbegriff KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 66), § 9 N 23 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER (Fn. 87), N 188.

101 Vgl. BGE 118 Ia 46 E. 4e/bb, wo das Bundesgericht auch die Umschreibung «indirekte staatliche Intervention» verwendet; BIAGGINI, OFK BV, Art. 36 N 5, hält zu Recht fest, dass die Terminologie nicht entscheidend sei.

102 KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 66), § 9 N 27; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER (Fn. 87), N 190.

103 BIAGGINI, OFK BV, Art. 36 N 5; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 18 f.

104 KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 66), § 9 N 27; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER (Fn. 87), N 190; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 18, sieht darin deshalb auch eine «Frage der Kausalität».

105 KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 66), § 9 N 31 f.; Urteil des EGMR 8080/08 und 8577/08 vom 1. Dezember 2011 (Schwabe und M.G. gegen Deutschland), Ziff. 116 ff. («chilling effect»).

106 KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 66), § 9 N 31.

107 BGE 143 I 147 E. 11; BGE 140 I 2 E. 10.4.

108 JACQUES DUBEY, in: Martenet/Dubey (Hrsg), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021, Art. 36 N 39 f. (zit. CR Cst.-BEARBEITERIN).

109 So in anderem Zusammenhang RALPH TRÜMPLER / IRIS HERZOG-ZWITTER, Staatliche Konkurrenzierung Privater mit spitalungebunden ambulanten Leistungen, AJP 2021, S. 473.

110 Ganz exakt entstand die PubliBike AG in ihrer heutigen Form nach einer Sachübernahme im Jahr 2014 von der Vorläufer-Gesellschaft der PostAuto AG, der damaligen PostAuto Schweiz AG, vgl. zur Unternehmensgeschichte auch Website von PubliBike, Über uns.

31 Nach hier vertretener Auffassung ist bereits der frühe Eintritt der PubliBike AG in den Markt für neue Mobilitätsformen geeignet gewesen, potentielle Konkurrenten vom Markteintritt abzuschrecken.¹¹¹ Ein traditioneller Fahrradverleiher, der sich mit dem Gedanken trug, in diesen Markt zu expandieren,¹¹² musste vermuten, dass er dabei mit einer Tochtergesellschaft der Post konkurrenzieren würde, hinter welcher die entsprechende Marktmacht der Konzernmutter steht, die er nicht zur Verfügung hat.¹¹³ Der Entscheid liegt dann nahe, selbst auf einen Markteintritt zu verzichten.¹¹⁴ Tatsächlich konnte sich die PubliBike AG dann auch eine sehr expansive Geschäftspolitik leisten.¹¹⁵ Im Ergebnis stellte schon der Markteintritt einen mit einer rechtsförmigen Massnahme vergleichbaren Eingriff in die wirtschaftliche Entfaltung des Einzelnen und damit in Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV dar. Diese Grundrechtseinschränkung ist der PostAuto AG als Gründerin zuzurechnen. Wie oben erwähnt, dürfte diese selbst gemäss der bundesgerichtlichen Auslegung von Art. 35 Abs. 2 BV grundrechtsgebunden sein.¹¹⁶ Dies trifft ebenso nach vorliegend vertretenem Verständnis zu, da die PostAuto AG ein vollständig durch die Post beherrschtes Unternehmen ist.¹¹⁷

32 Darüber hinaus ist auch die langjährige Tätigkeit der PubliBike AG – Einreichung von sehr kostengünstigen Offerten, Befreiung von Konzessionsgebühren in der Stadt Zürich, gleichzeitiges Anhäufen von zweistelligen Millionenverlusten – geeignet gewesen, weitere Markteintritte zu verhindern.¹¹⁸ Zudem ist davon auszugehen, dass das langjährige Vorhandensein einer gegenüber Verlusten offenbar immunen Anbieterin die Aufteilung des Marktes neuer Mobilitätsformen und die Preisbildung nachhaltig beeinflusst hat. Darin ist ebenso ein mittelbarer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV zu sehen. Dieser ist der PubliBike AG zuzurechnen. Sie ist respektive war gemäss dem hier präsentierten Konzept von Art. 35 Abs. 2 BV grundrechtsgebunden.¹¹⁹

111 Vgl. zum Massstab der Eignung bei der Abschreckungswirkung oben Rz. 27 ff.

112 Der persönliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erstreckt sich insbesondere auf schweizerische natürlich und juristische Personen, vgl. statt vieler KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 66), § 31 N 18.

113 Einem rein privaten Unternehmen steht dieser Vorteil nicht offen, worin eine Wettbewerbsverzerrung zu erblicken ist; vgl. OECD, State-Owned Enterprises as Global Competitors, A Challenge or an Opportunity?, Paris 2016, S. 27 ff.

114 Anders als private Konkurrenz gehört der Markteintritt des Staates nicht zum «normalen Lebensrisiko» von Privaten, wie ABEGG/FREI (Fn. 80), S. 147, zu Recht festgehalten haben.

115 Vgl. oben Rz. 9 ff.

116 Vgl. oben Rz. 21 ff.

117 Vgl. oben Rz. 21 ff. und Website der Post, Konzerngesellschaften.

118 Vgl. oben Rz. 9 ff.

119 Vgl. oben Rz. 21 ff.

Im Ergebnis sind sowohl die Aufnahme als auch die Ausübung der Geschäftstätigkeit der PubliBike als mittelbare Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 i.V.m. Art. 94 zu qualifizieren. Davon tangierte Konkurrenten hätten sich entsprechend auf dieses Grundrecht berufen und eine Prüfung am Massstab von Art. 36 BV verlangen können.

3. Fruchtbarmachung dieses Ansatzes durch die Praxis

Nach dem Gesagten schlägt der Autor vor, dass sowohl für die Aufnahme als auch die Ausübung privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit im Einzelfall zu prüfen ist, ob darin eine (mittelbare) Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Konkurrenten vorliegt. Wird die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV bejaht, so ist damit noch nicht gesagt, dass die staatliche Tätigkeit unzulässig ist. Aber sie ist gemäss Art. 36 BV rechtfertigungsbedürftig, was folgerichtig ist, da die Verfassung sich zu Gunsten einer grundsätzlich staatsfreien Marktwirtschaft ausspricht.¹²⁰

Dieser Ansatz über das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit hat den Vorteil, dass er durch die Praxis realisiert werden kann.¹²¹

Mit der Praxis ist in erster Linie die Rechtsprechung gemeint, welche von ihrer bisherigen Linie wegkommen sollte, dass erst eine faktische Beseitigung des Wettbewerbs grundrechtsrelevant ist. Vielmehr sollte sie auch beim Phänomen der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit kritisch den Einzelfall daraufhin prüfen, ob die Wirtschaftsfreiheit – wenigstens mittelbar – eingeschränkt wird. Das Ergebnis der sich anschliessenden Grundrechtsprüfung ist damit nicht vorweggenommen, vielmehr ist dann ergebnisoffen anhand von Art. 36 BV weiter zu prüfen.¹²² – Angeregt wird eine Prüfung im Einzelfall und nicht ein generelles Verbot für eine staatliche Teilnahme am Wettbewerb.

Eine solche Praxisänderung setzt voraus, dass den Gerichten weiterhin Fälle der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit zur Prüfung unterbreitet werden. Entsprechend sollten die privaten Unternehmen ihre wirtschaftlichen Interessen gegenüber dem wirtschaftenden Staat auch auf dem Rechtsweg verteidigen.

120 Ähnlich ABEGG/FREI (Fn. 80), S. 147 f.; BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 344 ff.

121 Vgl. für Vorschläge de lege ferenda etwa BAUMANN (Fn. 24), N 864 ff.; Motion Caroni 20.3531, Fairer Wettbewerb gegenüber Staatsunternehmen, worin der Motionär eine Revision im Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) vorschlägt.

122 Zu den Besonderheiten der Grundrechtsprüfung bei der Wirtschaftsfreiheit KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 66), § 31 N 49 ff.

38 Damit ist der dritte hier zu erwähnende Gestalter der Praxis angesprochen: der privatwirtschaftlich tätig werdende Staat. Dieser kann und sollte sich in jedem Einzelfall fragen, ob er mit einer Aufnahme einer eigentlich privatwirtschaftlichen Tätigkeit nicht die Wirtschaftsfreiheit der Konkurrenten tangiert. So übt der Bundesrat die unmittelbare Aufsicht über die Post aus, in dem er ihr zur Wahrung der Eigentümerinteressen des Bundes für die Dauer von jeweils vier Jahren strategische Ziele vorgibt (Art. 7 Abs. 1 POG).¹²³ Die Regierung könnte über diese Eigner-Strategie demnach relativ rasch korrigierend eingreifen.¹²⁴

V. Fazit

39 Vorliegend hat sich ergeben, dass privatwirtschaftliche Staatstätigkeit mittels etablierten Figuren der Grundrechtsdogmatik geprüft werden kann: Sowohl die Aufnahme als auch die Ausübung einer solchen Tätigkeit sind im Einzelfall daraufhin zu untersuchen, ob sie eine (mittelbare) Einschränkung von Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV zur Folge haben. Eine solche sollte nicht erst dann bejaht werden, wenn der staatliche Markteintritt die privaten

Angebote geradezu verdrängt, sondern auch schon bei faktischen Beeinflussungen der Marktanteile oder der Preisbildung. Es ist richtig, dass sich solche Eingriffe am Massstab von Art. 36 BV rechtfertigen müssen, weil die Verfassung eine grundsätzlich staatsfreie Marktwirtschaft will.

Wie die Investitionen der Post in die PubliBike AG und die dadurch angehäuften Millionenverluste zeigen, ist die öffentliche Hand auch nicht die bessere Unternehmerin als ihre privaten Konkurrentinnen. Vielmehr geraten die Behörden in eine Doppelrolle als Regulator und Marktteilnehmer, welche zu Recht auf das Misstrauen der Grundrechtsberechtigten stösst.¹²⁵ Das Misstrauen und ungewollte Grundrechtseingriffe können vermieden werden, wenn sich der Staat auf seine Kernaufgabe besinnt, die Wirtschaft dort zu regulieren, wo es notwendig ist, und nicht gleichzeitig als Wettbewerber an ihr teilnimmt.

Wie es Ludwig Erhard so eingängig formulierte: Der Staat sollte sich auf die Rolle des «obersten Schiedsrichters» beschränken und ebenso wie dieser hat «auch der Staat nicht mitzuspielen».¹²⁶

¹²³ BOUCHER-KIND (Fn. 15), N 701 ff.

¹²⁴ Für eine Korrektur der bundesrätlichen Strategie durch das Parlament hingegen NZZ vom 15. Februar 2022, S. 17 (Stopp den Kaufexzessen von Staatsbetrieben!).

¹²⁵ FELIX UHLMANN / DUMENG N. BEZZOLA, Der Staat als Wirtschaftsteilnehmer und Regulator (oder: Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust), ZSR I 2021, S. 239, sehen «eher sechs bis acht Rollen» (Hervorhebung im Original).

¹²⁶ LUDWIG ERHARD, Wohlstand für Alle, Düsseldorf 1957, S. 137f.

Résumé

La filiale de la Poste PubliBike SA, dont la vente a été annoncée il y a quelques mois, a régulièrement fait la une des journaux ces dernières années. En se basant sur l'histoire de l'entreprise PubliBike SA, l'article vise à interroger l'activité étatique d'économie privée sous l'angle des droits fondamentaux, la soumettant ainsi au contrôle de l'Etat de droit. Il convient dès lors de faire une distinction entre le lancement d'une activité économique privée et l'exercice de celle-ci. Ces deux formes d'activité étant susceptibles d'entraîner une restriction indirecte à la liberté économique (art. 27 Cst. en relation avec l'art. 94 Cst.), l'Etat devrait les justifier à l'aune de l'art. 36 Cst.