



Universität St.Gallen

Universität St. Gallen
Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M.
IFF-HSG, Varnbuelstrasse 19
CH-9000 St. Gallen

Telefon +41 (0)71 224 29 40
Telefax +41 (0)71 224 26 70
peter.hettich@unisg.ch
www.unisg.ch

Gutachten

Grundversorgungsauftrag im Zahlungsverkehr

vom 23. Juli 2021

im Auftrag des

Bundesamts für Kommunikation BAKOM, Sektion Post, Zukunftsstrasse 44, 2501 Biel

durch

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

Ordentlicher Professor für öffentliches Recht an der Universität St.Gallen

und

Maximilian Schöller, M.A. HSG in Law and Economics

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität St.Gallen

Inhalt

I. Ausgangslage und Auftrag	3
II. Ergebnis	4
III. Erwägungen	7
A. Methodische Bemerkungen	7
1. Allgemeine Bemerkungen zur historischen Auslegung	7
2. Der Umgang mit technischem Wandel im Recht	9
B. Sachlicher Umfang des Begriffs «Postwesen» bzw. «Postdienste»	11
1. Historische Entwicklung	11
2. Entwicklungen in der EU	16
3. Modifikation der Grundversorgung im Zahlungsverkehr	19
C. Staatliche Verantwortung im Bereich der Grundversorgung	20
1. Begriff der Grundversorgung	20
2. Formen staatlicher Verantwortung	23
D. Übertragung und Finanzierung der Aufgabe der Grundversorgung an Private	25
1. Bezeichnung des Aufgabenträgers	25
2. Finanzierung der Grundversorgung	27
3. Vor- und Nachteile marktnaher Lösungen	29
Quellenverzeichnis	32
Materialienverzeichnis	36

I. Ausgangslage und Auftrag

Gemäss Art. 92 Abs. 2 Bundesverfassung (BV; SR 101) hat der Bund für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden zu sorgen. Frühere Gutachten (zu teilweise anderen Fragen) gingen davon aus, dass dieser Grundversorgungsauftrag auch den Zahlungsverkehr umfasst¹. Die Grundversorgung im Zahlungsverkehr ist heute im Postgesetz (PG; SR 783.0) bzw. der Postverordnung (VPG; SR 783.01) geregelt². Der Bund erfüllt die ihm übertragene Grundversorgung über die Post bzw. deren Konzerntochter PostFinance. Letztere ist verpflichtet, natürliche und juristische Personen mit Wohnsitz, Sitz oder Niederlassung in der Schweiz das Eröffnen und Führen eines Zahlungsverkehrskontos zu ermöglichen. Der Grundversorgungsauftrag umfasst darüber hinaus die Anweisung zur Gutschrift vom eigenen Konto auf das Konto eines Dritten, die Anweisung zur Gutschrift von Bargeld auf das Konto eines Dritten, die Bareinzahlung auf das eigene Zahlungsverkehrskonto und den Bargeldbezug vom eigenen Zahlungsverkehrskonto (Art. 43 Abs. 1 VPG).

Im Zusammenhang mit der Überprüfung der Rahmenbedingungen der Post und PostFinance wurden die Unterzeichneten am 26. April 2021 beauftragt, nachfolgende Fragen zu klären³:

1. Ist – im Sinne einer Grundsatzfrage – eine vollständige und ersatzlose Aufhebung des gesetzlichen Grundversorgungsauftrags mit Art. 92 Abs. 2 BV vereinbar?
2. Was beinhaltet die in Art. 92 Abs. 2 BV verankerte Verantwortung des Bundes sachlich und organisatorisch im Einzelnen?
3. Welche Handlungsformen stehen dem Bund bei der Wahrnehmung seiner Verantwortung zur Verfügung und welche Vor- und Nachteile ergeben sich daraus?
4. Inwiefern wäre eine Modifizierung des geltenden Grundversorgungsauftrags im Sinne einer technologieutralen Ausgestaltung oder einer Anpassung an die Digitalisierung zulässig?
5. Sind Anlehnungen an das im europäischen Recht verankerte Basiskonto möglich?
6. Unter welchen Voraussetzungen könnte PostFinance die Grundversorgung im Zahlungsverkehr auch als vollprivatisiertes Unternehmen weiterhin erfüllen?

Um diese Fragen zu beantworten, gliedert sich das vorliegende Gutachten in vier Abschnitte. Nach den **Bemerkungen zur Methodik** des Gutachtens (A.), wird zunächst der **sachliche Umfang** des «Postwesens» bzw. der «Postdienste» genauer erörtert (B.). Dabei wird unter anderem auf die Entwicklungen in der Europäischen Union sowie auf die Modifikationsmöglichkeiten der Grundversorgung eingegangen. Daran anknüpfend folgt die Auseinandersetzung mit der **staatlichen Verantwortung** im Bereich der Grundversorgung (C.). Hierbei wird zunächst geklärt, welche Möglichkeiten der Bund hat, seiner verfassungsmässigen Verantwortung nachzukommen. In einem vierten Abschnitt soll geklärt werden, wie ein **Leistungsträger der Grundversorgung** grundsätzlich festgelegt werden kann und welche Auswirkungen dies auf die Finanzierung des Dienstes hat (D.).

¹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, S. 135; MARTENET, Gutachten 2019, S. 3.

² Vgl. Art. 32 f. PG und Art. 43 ff. VPG.

³ Siehe Postulat 20.4066 Schaffner vom 23.09.2020 «Grundversorgungsauftrag im Zahlungsverkehr. Was brauchen wir in Zukunft?»

II. Ergebnis

1. Ist – im Sinne einer Grundsatzfrage – eine vollständige und ersatzlose Aufhebung des gesetzlichen Grundversorgungsauftrags mit Art. 92 Abs. 2 BV vereinbar?

Das Schrifttum geht heute einhellig davon aus, dass der Grundversorgungsauftrag gemäss Art. 92 Abs. 2 BV neben den Postdiensten auch die **Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs** umfasst. Entsprechend erscheint eine vollständige und ersatzlose Aufhebung des gesetzlichen Grundversorgungsauftrags in diesem Bereich **heute mit Art. 92 Abs. 2 BV unvereinbar**.

Allerdings ist der Zahlungsverkehr kein «Postdienst» im eigentlichen Sinn: Vielmehr entstand der Postzahlungsverkehr historisch durch eine Erweiterung der Aufgabe der Briefbeförderung. Ursprünglich ging es also um den physischen Transport von Zahlungsmitteln. Obwohl dieser Aspekt an Bedeutung verlor, blieb der Zahlungsverkehr ein Teil der postalischen Grundversorgung. Dies belegt auch, dass der Begriff der Grundversorgung gemäss Art. 92 Abs. 2 BV einem Wandel unterliegt und nicht ein für alle Mal festgeschrieben ist. Während die Offenheit des Verfassungsauftrags in der Vergangenheit vor allem eine Ausdehnung der Grundversorgung ermöglicht hat (Telegraphenwesen), ist auch eine Einengung der Grundversorgung durchaus denkbar (Sprechzellen). Sofern ein (zukünftiger) Gesetzgeber also aufgrund einer Abwägung wirtschafts-, sozial- und regionalpolitischer Bedürfnisse zum Ergebnis kommt, dass eine Grundversorgung im Bereich des Zahlungsverkehrs nicht mehr erforderlich ist, könnte diese auch ohne Verfassungsänderung aus dem Katalog der Grundversorgungsaufgaben fallen. Wie schnell ein Zustand eintritt, in welchem der Zahlungsverkehr nicht mehr mit dem Begriff der postalischen Grundversorgung verbunden würde, hängt auch von der gesetzlichen Ausgestaltung des Auftrags – z.B. dessen Erbringung über physische Poststellen oder bloss Agenturen – ab.

2. Was beinhaltet die in Art. 92 Abs. 2 BV verankerte Verantwortung des Bundes umfangmässig und organisatorisch im Einzelnen?

Der Bund verfügt er über einen erheblichen **Gestaltungsspielraum bei der Frage, wie er seine Verantwortung im Bereich des Zahlungsverkehrs wahrnimmt**. Aus dem Wortlaut von Art. 92 Abs. 2 BV ergibt sich eine Gewährleistungsverantwortung des Bundes im Bereich der Grundversorgung mit Postdiensten und damit auch im Bereich der Dienste des Zahlungsverkehrs. Um diese Verantwortung wahrzunehmen, muss der Bund die Aufgaben aber nicht selbst erfüllen (Erfüllungsverantwortung). Er kann die Grundversorgung auch auf Private übertragen und durch den Erlass geeigneter Rahmenbedingungen auf die Erbringung der Grundversorgung hinwirken (Gewährleistungsverantwortung). **Sollten die Dienste des Zahlungsverkehrs in ausreichendem Mass durch den Markt erbracht werden, könnte sich der Bund auf eine bloss Beobachterrolle zurückziehen**. Im Rahmen seiner Gewährleistungsverantwortung müsste er jedoch neben der regelmässigen Evaluation für eine subsidiäre Eingriffsmöglichkeit sorgen, sodass die Grundversorgung auch dann gewährleistet bleibt, wenn die Leistung der (öffentlichen und/oder privaten) Marktteilnehmer nicht den politisch vordefinierten Qualitätskriterien (Preis/Menge) entspricht (Auffangverantwortung). Nimmt der Bund nur noch eine Auffangverantwortung wahr, so dürfte sich die oben beschriebene Einengung des Grundversorgungskatalogs beschleunigt abwickeln.

3. **Welche Handlungsformen stehen dem Bund bei der Wahrnehmung seiner Verantwortung zur Verfügung und welche Vor- und Nachteile ergeben sich daraus?**

Da die Verfassung selbst keinen Leistungsträger der Grundversorgung definiert, **obliegt es dem Gesetzgeber, den Träger der Grundversorgung bzw. das Verfahren zur Bestimmung des Trägers zu regeln**. Die geltende Postgesetzgebung legt die Grundversorgung direkt einem bestimmten Leistungsträger (nämlich der Post) auf; dies schafft Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer auf Kosten von Flexibilität. Denkbar wären hier aber auch Alternativen: Im Fernmelderecht ist die **Ausschreibung einer Grundversorgungskonzession** vorgesehen (mit Möglichkeit der Abgeltung); die Grundversorgungskonzession kann subsidiär durch **Verfügung** der Aufsichtsbehörde zugeteilt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung könnte der Gesetzgeber neben der Post und anderen Erbringern von Postdiensten auch die Banken für die Grundversorgung im Zahlungsverkehr in die Pflicht nehmen (die zwangsweise Inanspruchnahme Privater für die staatliche Aufgabe der Grundversorgung ist denkbar, wäre jedoch im Schweizer Recht unüblich).

Eine Beschränkung bloss auf eine finanzielle Förderung der Erbringung von Bargeldverkehrsleistungen (i.S.v. Finanzhilfen) ist zumindest heute noch heikel, da die Dienstleistung damit ihren Charakter als staatliche Aufgabe verliert; die Erfüllung der Aufgabe kann so nicht «rechtlich gewährleistet» werden. Wird der Bargeldverkehr aus dem Leistungskatalog der Grundversorgung gestrichen, **bieten sich Finanzhilfen womöglich für die Gestaltung der Übergangsphase an**.

Sogenannt marktnahe Lösungen belassen den Anbietern meist Spielräume, in denen diese nach eigenen Massstäben bestimmen, wie sie eine bestimmte Aufgabe erbringen wollen. Als Vorteil solcher Lösungen wird meist die Hoffnung genannt, dass die fraglichen **Dienste effizienter (kostengünstiger) und nachfragegerechter (kundenorientierter) erbracht werden**. Die entsprechenden Anbieter sollen sich bei Implementierung einer marktnahen Lösung also besser in einem technologisch innovativen und dynamischen – und damit wirtschaftlich anspruchsvollen – Umfeld behaupten können. Der Erfolg marktnaher Lösungen – im Sinne einer Erreichung der angestrebten Ziele (flächendeckende, ausreichende und preiswerte Grundversorgung) – ist dabei von einem sorgfältig gestalteten regulatorischen Rahmen abhängig, der gegenseitiges Vertrauen und Verbindlichkeit schafft: Das Vertrauen des Gemeinwesens in eine qualitativ hochstehende Leistungserbringung ist ebenso wichtig wie das Vertrauen des Dienstleistungserbringers in die Beständigkeit seiner geschäftlichen Rahmenbedingungen (insbesondere Abgeltung der Leistungen).

Als Nachteil sind **Transaktionskosten** zu nennen: Die Übertragung der Grundversorgung an einen privaten Dritten geht in einer «vorvertraglichen» Phase mit Such-, Informations-, Verhandlungs- und Vertragsabwicklungskosten einher. Nach der Übertragung fallen Kosten für die Überwachung und ggf. Sanktionierung des Dienstleistungserbringers an. Gesetze und Verträge sind immer unvollständig, sodass sich (gegenseitige) Möglichkeiten für Abweichungen vom Parteilichen ergeben; in besonders sensiblen Bereichen (z.B. Müllentsorgung im Monopol) kann ein Dienstleistungserbringer ggf. sehr leicht nachträgliche Vertragsanpassungen zu seinen Gunsten durchsetzen. Umgekehrt ist es wesentlich einfacher, Änderungen der Dienstleistungserbringung

gegenüber einer vom Gemeinwesen beherrschten Einheit durchzusetzen (in diesem Fall bleiben die Möglichkeiten zur politischen Steuerung fast vollständig erhalten).

4. Inwiefern wäre eine Modifizierung des Grundversorgungsauftrags im Sinne einer technologieneutralen Ausgestaltung / Anpassung an Digitalisierung zulässig?

Mit einer technologieneutralen Ausgestaltung soll die Beständigkeit des Rechtsrahmens in einem sich technisch dynamisch entwickelnden Umfeld gewährleistet werden. Im Idealfall werden so Wettbewerbsverzerrungen zwischen unterschiedlichen Anbietern vermieden. Eine technisch unterschiedliche Erbringung von Diensten kann aber zu unterschiedlichen Marktergebnissen führen. Eine technologieneutrale Ausgestaltung der Grundversorgung ist entsprechend **dann sinnvoll (und verfassungsrechtlich zulässig), wenn die mit der Grundversorgung angestrebten Ziele unabhängig von der angewendeten Technologie erreicht werden.**

Namentlich ein Verzicht auf Dienste im Bargeldverkehr ist dann denkbar, wenn wesentliche Teile der Bevölkerung ihren Zahlungsverkehr auch ohne physischen Kontakt mit einem Anbieter abwickeln können. Es ist in diesem Zusammenhang nicht zu übersehen, dass sich durch den technologischen Fortschritt im Bereich der Zahlungsmittel sowie durch die Corona-Pandemie die Bedeutung des Bargelds weiter verringert hat. Trotzdem spielt das Bargeld als Zahlungsmittel in der Schweiz derzeit noch eine wichtige Rolle. Aus diesem Grund scheinen die physischen Zugangspunkte für die Funktionsfähigkeit des Zahlungssystems nach wie vor von Bedeutung. Eine technologieneutrale Ausgestaltung der Grundversorgung im Zahlungsverkehr im Sinne eines Verzichts auf die physische Leistungserbringung scheint zumindest unter den heutigen Bedingungen noch nicht möglich. Ungeachtet dessen verbleibt damit eine breite Palette von organisatorisch oder technologisch verschiedenen Erbringungsformen (z.B. über Agenturen, Automaten), die aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden wären.

5. Sind Anlehnungen an das im europäischen Recht verankerte Basiskonto möglich?

In der Europäischen Union sind Kreditinstitute heute verpflichtet, Basisdienste im Bereich des Zahlungsverkehrs anzubieten (Kontrahierungspflicht im Bereich des sog. «Basiskontos»). Hinsichtlich des Zugangs zu einem physischen Kontaktpunkt begnügt sich das europäische Recht mit der Vorgabe, dass das Basiskonto von einer «ausreichend grossen Zahl von Kreditinstituten» angeboten werden soll. Da der Grundversorgungsauftrag gemäss Art. 92 Abs. 2 BV die Definition des Leistungsträger dem Gesetzgeber überlässt, wäre eine analoge Pflicht denkbar, würde aber sicherlich die schon erwähnte Beobachtungspflicht bedingen, flankiert mit einer subsidiären Eingriffsmöglichkeit, falls die Privaten die Grundversorgung nicht (ausreichend) erbringen.

6. Unter welchen Voraussetzungen könnte PostFinance die Grundversorgung im Zahlungsverkehr auch als vollprivatisiertes Unternehmen weiterhin erfüllen?

Die Grundversorgung kann auch durch eine vollprivatisierte PostFinance erbracht werden, wobei sich die genannten Vor- und Nachteile marktnaher Lösungen auch hier einstellen.

III. Erwägungen

A. Methodische Bemerkungen

1. Allgemeine Bemerkungen zur historischen Auslegung

1. Jede Rechtsnorm ist auslegungsbedürftig.⁴ Ziel der Auslegung ist die **Ermittlung des Sinngehalts** einer Norm.⁵ Auszugehen ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vom Wortlaut der Bestimmung (grammatikalische Auslegung), wobei dieser nie allein massgebend ist.⁶ Selbst ein scheinbar klarer Wortlaut lässt eine hinterfragende Auslegung zu,⁷ doch darf gemäss Rechtsprechung vom klaren Gesetzestext nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Text nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.⁸ Insbesondere bei unklaren Bestimmungen oder Bestimmungen, die verschiedene Deutungen zulassen, müssen weitere Auslegungselemente berücksichtigt werden⁹; das ist praktisch immer der Fall. Das Bundesgericht stellt nur dann alleine auf das grammatikalische Auslegungselement ab, wenn sich daraus zweifelsfrei eine sachlich richtige Lösung ergibt.¹⁰

2. Nach der **traditionellen Dogmatik** (SAVIGNY) finden nebst der grammatikalischen Auslegung die systematische, historische und teleologische Auslegungsmethoden Anwendung.¹¹ Das systematische Element berücksichtigt, dass Rechtsnormen nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern im Gesamtzusammenhang des Gesetzes verstanden werden müssen.¹² Es wird also der Aufbau sowie der Zweck- und Wertungszusammenhang des Gesetzes beachtet.¹³ Bei der teleologischen Auslegung wird der Zweck der auszulegenden Norm untersucht.¹⁴ Es wird also danach gefragt, was der Gesetzgeber mit

⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1477; GRAF, N 309; TSCHANNEN, § 4 N 2. Bezüglich des öffentlichen Rechts vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, N 937 m.w.H.

⁵ U.a. BGE 124 II 193 E. 5; 124 II 372 E. 5; 125 II 326 E. 5; 131 II 13 E. 7.1; 133 II 263 E. 7.2; 131 II 13 E. 7.1. Anders BGE 128 III 113 E. 2: «Ziel der Auslegung ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis».

⁶ Vgl. BGE 124 II 193 E. 5; 124 II 372 E. 5; 125 II 326 E. 5; 131 II 13 E. 7.1; 133 II 263 E. 7.2.

⁷ SCHWANDER, Art. 1 N 5; vgl. auch HÖHN, S. 124. Das «Klammern an den Wortlaut» wird von RIEMER als primitive, archaische Stufe der Rechtsentwicklung beschrieben (§ 4 N 32).

⁸ BGE 127 IV 193 E. 5b.aa; 127 V 1 E. 4a; 133 III 257 E. 2.4; 134 III 273 E. 4.1; 134 V 208 E. 2.2; 135 II 78 E. 2.2; 135 V 319 E. 2.4; 139 II 404 E. 4.2. Für die Lehre vgl. HÖHN, S. 205, 207.

⁹ BGE 124 II 193 E. 5; 124 II 372 E. 5; 125 II 326 E. 5; 131 II 13 E. 7.1; 133 II 263 E. 7.2.

¹⁰ BGE 114 V 219 E. 3a; 124 II 193 E. 5; 124 II 372 E. 5; 125 II 326 E. 5.

¹¹ HÜRLIMANN-KAUP, S. 558. Diese vier Methoden werden auch als die «klassischen Auslegungselemente» bezeichnet (HAUSHEER/JAUN, N 113).

¹² HAUSHEER/JAUN, N 129; KRAMER, S. 99; SCHWANDER, Art. 1 N 5; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 5 N 12.

¹³ HAUSHEER/JAUN, N 113. Nach HANSJÖRG SEILER muss die formale Gliederung, die Einbettung des Gesetzes in die gesamte Rechtsordnung und der Zusammenhang mit anderen Gesetzen berücksichtigt werden (S. 42 f.).

¹⁴ HAUSHEER/JAUN, N 113; KESHELAVA, S. 48; KRAMER, S. 171 f.; SCHWANDER, Art. 1 N 5.

der betreffenden Norm vernünftigerweise für einen Zweck erreichen wollte.¹⁵ Die Entstehungsgeschichte einer Norm findet ihre Berücksichtigung im Rahmen der historischen Auslegung.¹⁶ Berücksichtigt werden dabei Gesetzesmaterialien wie bspw. Erläuterungen, Protokolle der Expertenkommissionen, Vorentwürfe oder Botschaften des Bundesrates.¹⁷ Allerdings ist umstritten, welche Bedeutung diesen Materialien beigemessen werden kann.¹⁸ Meist lässt die Entstehungsgeschichte jedoch auf Wertentscheidungen schliessen, die der historische Gesetzgeber auf eine ganz bestimmte Weise geregelt haben wollte.¹⁹

3. Lehre und Rechtsprechung berücksichtigen über diesen klassischen Auslegungskanon hinaus auch weitere Auslegungselemente, die zu einer sachgerechten Auslegung beitragen können. Zu erwähnen sind namentlich die verfassungs-, europarechts- und völkerrechtskonforme Auslegung, die Auslegung unter **Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse** und der **Rechtsfolgen** sowie die **funktionale Auslegung**. Die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse (Realien) ermöglicht eine **praktische und pragmatische Rechtsanwendung**, für die sich die schweizerische Lehre und Rechtsprechung traditionell immer sehr offen gezeigt haben. Die funktionale Auslegung ermöglicht den Beizug ausserrechtlicher Erkenntnisse, z.B. aus der Betriebswirtschaft, Volkswirtschaft, Medizin, Psychologie, etc.²⁰ Die funktionale Auslegung will Normen «zum funktionieren» bringen und erhöht deshalb die **Rationalität der Rechtsanwendung**.

4. Das Bundesgericht verfolgt bei der Auslegung von Erlassen einen «**pragmatischen Methodenpluralismus**». Es gewährt also keiner Auslegungsmethode grundsätzlichen

¹⁵ HAUSHEER/JAUN, N 163; LOOSER, N 7; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 5 N 12. Nach KRAMER ist die Unterscheidung der geltungszeitlichen von der historischen Auslegung bereits innerhalb der teleologischen Auslegung vorzunehmen: Abzugrenzen sei die subjektiv-teleologische Methode, welche nach dem Zweck fragt, den der historische Gesetzgeber seinem Gesetz zugrunde gelegt hat, von der objektiv-teleologischen Methode, welche den Zweck nach dem heutigen Wertungshorizont beurteilt (S. 173). So auch KESHELAVA, S. 48 f.

¹⁶ HAUSHEER/JAUN, N 144; KESHELAVA, S. 34 f.

¹⁷ HAUSHEER/JAUN, N 144; KESHELAVA, S. 35 f.; SCHWANDER, Art. 1 N 5. Zu den relevanten Materialien auch KRAMER, S. 160 f.

¹⁸ HAUSHEER/JAUN, N 145; KESHELAVA, S. 36. Vgl. auch WALTER, Rechtsprechung 2007-2009, S. 225; SEILER, S. 44, weist auch auf die Problematik hin, dass aus Botschaften Folgerungen zum Willen des historischen Gesetzgebers gezogen werden. Die Botschaft gebe zunächst den Willen der sie verfassenden Verwaltungsstellen wieder. Ob dieser auch dem Willen des Bundesrates und der Bundesversammlung entspricht sei hingegen unklar. Das BGer berücksichtigt die Vorarbeiten des Gesetzgebers bei der Auslegung, wenn sie eine klare Antwort geben und ihren Niederschlag im Gesetzestext gefunden haben (vgl. u.a. BGE 122 III 469 E. 5a; 124 V 185 E. 3a; 135 III 112 E. 3.3.2).

¹⁹ HAUSHEER/JAUN, N 146. MARTIN E. LOOSER betont die Rolle der Materialien und darin enthaltenen Wertentscheidungen v.a. bei klaren politischen Entscheidungen des historischen Verfassungsgebers (N 43). Gemäss KRAMER besteht aber auch bzgl. solcher, die Absicht des historischen Gesetzgebers klar zum Ausdruck bringenden Materialien, keine unbedingte Befolgings- sondern lediglich eine Konsultierungspflicht (S. 162). So auch KESHELAVA, S. 37. Zudem auch BGE 124 III 350, E. 2b: «Die Materialien fallen nach der Rechtsprechung nur ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben und im Gesetzeswortlaut Niederschlag gefunden haben.»

²⁰ Zu diesen Elementen ausführlich HETTICH, Wirksamer Wettbewerb, passim.

Vorrang.²¹ Ergeben sich bei der Auslegung nach den vier genannten Elementen unterschiedliche Resultate, muss auf jene Auslegung abgestellt werden, die den «wahren» Sinn der Norm wiedergibt²² oder die der Verfassung am ehesten entspricht.²³ Im Verwaltungsrecht ist gemäss Teilen der Lehre die teleologische Auslegung besonders bedeutsam, da es hier um die Erfüllung von Staatsaufgaben geht, die je einem besonderen staatlichen bzw. gesellschaftlichen Zweck dienen.²⁴

5. Die in Art. 92 Abs. 2 enthaltene Umschreibung der «Grundversorgung» und des «Postwesens» bzw. des «Postdienstes» sind in hohem Masse unbestimmt. Unklare oder unbestimmte Bestimmungen oder Begriffe können nicht nur aufgrund des Wortlauts ausgelegt werden, weshalb dieser keine vorrangige Stellung einnehmen kann.²⁵ Es handelt sich bei diesen unbestimmten Begriffen oft um bewusst offen formulierte Normen, die weniger ausgehend vom durch den historischen Gesetzgeber formulierten Wortlaut²⁶, sondern stärker nach dem Wertungshorizont der Gegenwart auszulegen sind.²⁷ Generalklauseln erlauben damit eine «kontinuierliche interpretatorische Anpassung des Rechts an den gesellschaftlichen Wertewandel».²⁸ Unbestimmte und vage Begriffe bzw. sprachlich offene Ausdrücke stellen deshalb gemäss ZELLER im Rahmen der grammatikalischen Auslegung «**Einfallstore für eine geltungszeitliche Auslegung**» dar.²⁹

2. Der Umgang mit technischem Wandel im Recht

6. Die Dynamik des technologischen Wandels ist für das Recht eine zentrale Herausforderung³⁰. Klassischerweise hinken die Anpassungen des Rechtssystems dem

²¹ Wobei der grammatikalischen Auslegung insofern eine besondere Stellung zukommt, als Ausgangspunkt jeder Auslegung der Wortlaut der Bestimmung bildet und das BGer alleine auf die grammatikalische Auslegung abstellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt. Zum Ganzen bspw. 134 I 184 E. 5.1; 135 II 78 E. 2.2; 135 V 153 E. 4.1; 136 I 297 E. 4.1; 136 II 149 E. 3; 136 V 216 E. 5.1; 137 II 164 E. 4.1; 138 V 23 E. 3.4.1; 139 III 98 E. 3.1; BGE 140 II 129 E. 3.2. Vgl. dazu auch SCHWANDER, Art. 1 N 2, 5; WALTER, Rechtsprechung 2000-2006, S. 725 ff., S. 730; WIEDERKEHR/RICHLI, N 950.

²² HÜRLIMANN-KAUP, S. 558; WALTER, Rechtsprechung 2007-2009, S. 225; WIEDERKEHR/RICHLI, N 952, die allerdings unter Verweis auf BVGer A-7764/2009, E. 6.2.4, auch auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis abstellen.

²³ WIEDERKEHR/RICHLI, N 952 unter Verweis auf BGE 137 II 164 E. 4.1; 136 II 149 E. 3; 135 II 416 E. 2.2; 131 II 562 E. 3.5; 130 II 65 E. 4.2; 125 II 192 E. 3a.

²⁴ BVGer C-7615/2007 vom 1. Februar 2010, E. 4.1; B-2323/2009 vom 15. Oktober 2009, E. 4.3; C-2263/2006 vom 7. November 2007, E. 5.1. Jeweils unter Hinweis auf TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 25 N 5; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 179.

²⁵ HÖHN, S. 208; Gemäss KRAMER (S. 96 f.) muss ohnehin auch bei einem eindeutigen Wortlaut der daraus abgeleiteten Normsinn kritisch hinterfragt werden.

²⁶ WIEDERKEHR/RICHLI, N 956.

²⁷ EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 174; KRAMER, S. 156 f.

²⁸ KRAMER, S. 84.

²⁹ ZELLER, § 16 N 2. Die Prüfung des entstehungszeitlichen Sprachgebrauchs folge danach im Rahmen der historischen Auslegung der Norm (§ 16 N 17). Entgegen der vorliegend vertretenen Auffassung will ZELLER eine historische Auslegung im Anschluss an die grammatikalische Auslegung nur bei verbleibenden Unklarheiten oder wegen, aufgrund zulässiger Auslegungsinstrumente, berechtigter Zweifel vornehmen.

³⁰ APPEL, S. 127; MÜLLER/ZECH, S. 76.

technologischen Fortschritt hinterher. Um diesen Systemnachteil auszugleichen, ist man um technologieneutrale Normen bemüht, welche auch im technologisch dynamischen Umfeld die Wirksamkeit des Rechts gewährleisten sollen. Technologische Veränderungen können aber auch dazu führen, dass die Ziele, Grundentscheide oder Wertvorstellungen einer Norm auf die Probe gestellt werden. So können technologische Entwicklungen zu Werteveränderungen beitragen, die eine Veränderung der Norm oder gar einen Paradigmenwechsel erfordern.³¹

7. Dennoch ist das Hinterherhinken des Rechts praktisch unvermeidbar. Angesichts der Dynamik technologischer Veränderungen und der Komplexität gesellschaftlicher Verhältnisse lassen sich nicht alle möglichen Probleme antizipieren. Der Normgeber reagiert mit einer relativen Offenheit vieler Normen. Durch die Verwendung offener bzw. auslegungsbedürftiger Begriffe wird ein gewisser Optionsspielraum geschaffen. Mit anderen Worten schafft die Rechtsordnung einen Korridor innerhalb dessen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen.³² Gerade in Bereichen, die in besonderem Masse den Auswirkungen des technologischen Wandels ausgesetzt sind, lassen sich diese Gestaltungsspielräume nutzen, um auf ausserrechtlichen Innovationen zu reagieren.³³

8. Damit das Recht die Dynamik des technologischen Wandels nicht hemmt, sollen gesetzliche Regelungen offen und flexibel angelegt sein. Man spricht in diesem Zusammenhang von **technologieneutraler Regulierung**. Die Idee dahinter ist es, dem Markt die Entscheidung über den Erfolg oder Misserfolg einer bestimmten Technologie zu überlassen. Unterschiedliche Technologien sollen in einem Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen, ohne dass der Staat in dieses verzerrend eingreift und so gewisse Technologien bereits im Keim erstickt.³⁴ Auf diese Weise soll ein **«level playing field»** geschaffen werden³⁵. Wenn zwei Dienste aus Sicht des Nutzers die gleiche Funktion erfüllen, dann sollen die Dienste auch den gleichen Regeln unterworfen sein.

³¹ BURKERT/HETTICH/THOUVENIN, S. 49 f.

³² HOFFMANN-RIEM, S. 698 f.

³³ Gemäss KRAMER ermöglichen Generalklauseln eine «kontinuierliche interpretatorische Anpassung des Rechts an den gesellschaftlichen Wertewandel, ohne dass der jeweils der Gesetzgeber eingreifen müsste [...]. Generalklauseln öffnen die Fenster für zukünftige Entwicklungen[und] haben daher insgesamt einen dynamischen Charakter [...]. Gesetzgebungstechnisch spricht vor diesem Hintergrund gerade in rechtlichen Zusammenhängen, die einem schnellen gesellschaftlichen Wertewandel oder rasanten technischen Entwicklungen ausgesetzt sind, sehr viel für eine vergleichsweise geringe «normative Dichte» der Gesetzgebung, und das bedeutet für die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen» (S. 84 f.).

³⁴ KÖRBER, S. 169; In der EU sind die Mitgliedsstaaten angehalten, das Unionsrecht in technologieneutraler Weise anzuwenden, «d.h. dass eine nationale Regulierungs- oder andere zuständige Behörde weder eine bestimmte Technologie vorschreiben noch deren Einsatz begünstigen solle [...]» (Erwägungsgrund 25, Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation).

³⁵ ENGEL, S. 94.

9. Während das Regulierungsziel der Technologieneutralität intuitiv erscheint, ist dennoch zu beachten, dass zwei Produkte oder Dienste heute in einem Substitutionsverhältnis zueinanderstehen können, obwohl sie in einem gänzlich anderen technischen oder wirtschaftlichen Umfeld entstanden sind. Das Prinzip der Technologieneutralität führt in einem solchen Fall unter Umständen dazu, dass eines der beiden Produkte in «konzeptionell unangemessener und wirtschaftspolitisch unbefriedigender Weise reguliert wird. [...] Das wäre der Heizer auf der E-Lok, zu dem die Gewerkschaften die britischen Eisenbahnen viele Jahre gezwungen haben.»³⁶ Aus ökonomischer Sicht ist festzustellen, dass der Begriff der Technologieneutralität zwar hinsichtlich seiner Ziele relativ klar formuliert ist. Deutlich weniger klar ist, wie eine technologieneutrale Umsetzung von Regulierung konkret aussehen sollte. So kann eine auch von der Europäischen Kommission zum Teil gewählte Auslegung von Technologieneutralität, die fordert, dass gleiche Dienste in gleicher Weise reguliert werden, unabhängig von den Mitteln, mit denen sie bereitgestellt werden einer **Technologieblindheit** gleichkommen. Dies ist dann der Fall, wenn sie zu Regulierungsmassnahmen führt, die aus ökonomischer Sicht «entweder dem alten oder dem neuen Dienst unangemessen sind, weil beide Dienste [...] in ganz unterschiedlichen technischen, wirtschaftlichen und regulatorischen Umfeldern entstanden sind.»³⁷ Sicherlich darf das Prinzip der Technologieneutralität nicht als «Trojanisches Pferd» verwendet werden, indem bestehende Regulierungen ohne erneute Prüfung der Situation auf neue Technologien ausgeweitet werden.³⁸ Dies umso weniger, wenn die Investition in eine neue Technologie noch gar nicht getätigt wurden. Insbesondere wenn regulatorische Massnahmen kostenbasierte Preisregulierungen beinhalten, kann der Anspruch der Technologieneutralität einen hohen Grad an Komplexität mit sich bringen. Während die Zielsetzung der Technologieneutralität zwar klar dem ökonomischen Gedankengut entspringt, besteht noch Präzisionsbedarf hinsichtlich der Frage, wie es gelingt, eine Regulierung in einem überaus dynamischen Umfeld wirkungsvoll und gleichzeitig technologieneutral zu gestalten und welche konkreten Regulierungsvorgaben damit einhergehen.

B. Sachlicher Umfang des Begriffs «Postwesen» bzw. «Postdienste»

1. Historische Entwicklung

10. Art. 92 BV weist dem Bund eine umfassende Kompetenz im Postwesen zu³⁹. Um den Umfang der Gewährleistungspflicht des Bundes zu definieren, muss zunächst geklärt werden, was unter dem «Postwesen» bzw. dem «Postdienst» i.S.v. Art. 92 BV zu verstehen ist. Geht man allein vom heutigen Begriffsverständnis aus, lässt sich die Verbindung zwischen Post- und Zahlungsdiensten nur schwer erkennen. Dementsprechend differenziert auch der Bundesgesetzgeber im Postgesetz zwischen den

³⁶ ENGEL, S. 3.

³⁷ KÖRBER, S. 150.

³⁸ KAMECKE/KÖRBER, S. 331.

³⁹ HETTICH/STEINER, Art. 92 N 4; KERN, Art. 92 N 4; BIAGGINI, Art. 92 N 3.

Postdiensten und den Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs. Gemäss Art. 2 Bst. a PG ist unter den Postdiensten «das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen» zu verstehen. Die Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs fallen indessen **nicht** unter den Begriff. Schliesslich werden diese in Bst. f definiert als Einzahlungen, Auszahlungen und Überweisungen. Darüber hinaus werden die Postdienste im zweiten, die Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs indessen im dritten Kapitel des Postgesetzes geregelt. Diese bewusste Unterscheidung geht auch aus dem Vernehmlassungsentwurf zum Postgesetz hervor, wonach die Grundversorgung mit Dienstleistungen des Postverkehrs von den Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs zu unterscheiden ist⁴⁰.

11. Die Nähe des Zahlungsverkehrs zum Postwesen ist vor allem durch historische Entwicklungen zu begründen. Während der Verfassung keine Definition des Begriffs entnommen werden kann, wurde diese vor allem durch das Gesetz und die Geschichte bestimmt⁴¹. Aus diesem Grund ist zunächst die historische Entwicklung des Postzahlungsverkehrs in Verbindung mit der jeweiligen Postgesetzgebung aufzuzeigen.

12. Anhaltspunkte für die begriffliche Bedeutung des Postwesens sind zunächst in der Botschaft des Bundesrates über die neue Bundesverfassung zu suchen. Danach gehören zum Postwesen « [...] die üblichen Postdienstleistungen wie insbesondere Brief- und Paketpost sowie [der] Postzahlungsverkehr.»⁴² Der Umfang des Postwesens war im Rahmen der parlamentarischen Beratung nicht umstritten⁴³. Art. 92 BV entspricht in seiner heutigen Form praktisch Art. 36 Abs. 1 und Abs. 3 der Bundesverfassung von 1874, wobei der Begriff des Postwesens unverändert Eingang in den neuen Verfassungstext gefunden hat. Da sich den Materialien keine Anhaltspunkte entnehmen lassen, die auf eine geänderte Bedeutung schliessen lassen⁴⁴, scheint es angebracht, die Eingrenzung des Begriffs auch auf die Materialien und die Literatur zu Art. 36 aBV zu stützen.

13. Bereits die Verfassung von 1848 enthielt den Begriff des Postwesens und machte dieses gemäss Art. 33 zu einer Kompetenz des Bundes⁴⁵. Schon damals wurde aufgrund der vorangegangenen kantonalen Praxis unter dem Postwesen nicht nur der Transport von Briefen, sondern auch **der Transport von Personen und Waren** verstanden. Der Begriff richtete sich dabei nach den faktischen Kapazitäten der Postkutsche⁴⁶. Dementsprechend konkretisierte bereits das erste Postgesetz vom 2. Juni 1849, dass das Recht des

⁴⁰ BUNDESRAT, Botschaft PG 2009, S. 5197 f.

⁴¹ AUBERT, Art. 92 N 2; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, S. 134 f.

⁴² BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, S. 271.

⁴³ BUNDESVERSAMMLUNG, Amtliches Bulletin 1998, S. 291. Umstritten war hingegen vor allem die Frage, ob das Postwesen Sache des Bundes sein soll oder die Gesetzgebung darüber. Letztlich entschied man sich an der bisherigen Formulierung festzuhalten.

⁴⁴ BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, S. 270 f.; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, S. 133 f.

⁴⁵ Zur Entstehungsgeschichte der Bundeskompetenz siehe BURCKHARDT, S. 306 ff.

⁴⁶ KERN, Art. 92 N 5.

Transportes verschlossener Gegenstände aller Art, namentlich auch Gelder, vom Postregal erfasst ist.⁴⁷

14. Die Rolle der Post im Bereich des Zahlungsverkehrs entstand aus einem gesellschaftlichen Bedürfnis heraus: Um Zahlungsmittel an räumlich entfernte Empfänger zu übermitteln, lag es nahe, auf die Transportfunktion der Post zurückzugreifen. Das Geld wurde wortwörtlich zum Empfänger geschickt, indem Bargeld in gewöhnlichen Briefumschlägen per Post versendet wurde⁴⁸. Die Rolle der Post im Zahlungsverkehr ist damit vor dem Hintergrund der historischen Entstehung desselben zu sehen. Während die Post anfangs genutzt wurde, um das Geld als körperliches Tauschgut zu transportieren, zeigten sich bald die Vorzüge des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Die Kosten des Zahlungsverkehrs liessen sich senken und das Kapital erheblich besser nutzen⁴⁹. Zur Jahrhundertwende entstand so die Forderung nach einer Modernisierung des Zahlungsverkehrs⁵⁰. Die historischen Vorläufer des modernen Zahlungsverkehrs, namentlich die Wertsendung, sind wohl mitverantwortlich dafür, dass die Post auch zum Träger des modernisierten Zahlungsverkehrs wurde.

15. Dass der Massenzahlungsverkehr auch im Zuge der Modernisierung noch ein Teil des Postwesens blieb, ist nicht zuletzt auf institutionelle Gründe zurückzuführen⁵¹. Während das Bankwesen der Schweiz zur Zeit der Jahrhundertwende durch eine Vielzahl lose zusammenhängender Emissionsbanken geprägt war, ermöglichte die Post mit ihrem dichten Filialnetz auch kantonsübergreifende Zahlungen⁵². Bis in die 1960er Jahre hinein blieben die Banken beim Massenzahlungsverkehr weitgehend aussen vor. Aufgrund der hohen Mindesteinlagen bei den Banken war für die Bevölkerung damals das Postcheckkonto häufig die einzige Möglichkeit, am bargeldlosen Zahlungsverkehr

⁴⁷ BBl 1849 II 102; BURCKHARDT, S. 308 f.

⁴⁸ Da diese Form des Zahlungsverkehrs missbrauchsanfällig war, versuchte die Post bald diese Praxis zu unterbinden. Vgl. dazu SCHUBERT, S. 16 f.; In Preussen wurde 1782 die Versendung von Bargeld per Post sogar unter Strafe gestellt.

⁴⁹ Dadurch, dass Einzahlungen an jeder rechnungspflichtigen Poststelle gemacht werden können, konnte nun auch die ländliche Bevölkerung ihre Gelder vorübergehend anlegen. Bis dahin zog es die ländliche Bevölkerung häufig vor, aufgrund des Zeitaufwands auf die Anlage ihrer Gelder vollständig zu verzichten (BUNDESRAT, Botschaft Postscheck- und Giroverkehr 1904, S. 618)

⁵⁰ Am 15. Juni 1900 wurde im Nationalrat deshalb eine dringliche Motion eingereicht, in welcher der Bundesrat aufgefordert wurde, die Einrichtung eines Check- und Giroverkehrs durch die Post in Erwägung zu ziehen. Verwiesen wurde in diesem Zusammenhang vor allem auf die Entwicklungen im Ausland. So wurde bereits 1882 in Österreich eine Postsparkasse errichtet, welche dem englischen Vorbild der *Savingsbank* nachgebildet war. In Deutschland wurde der Postcheckverkehr am 1. Januar 1909 in Betrieb genommen. In Frankreich kam es hingegen erst nach dem 1. Weltkrieg zur Einführung eines Postcheck- und Giroverkehrs (1. Juli 1918). Vgl. dazu DURTSCHI, Der Postcheck- und Giroverkehr, sowie RENTSCH, Die Rolle des Postchecks im Geld- und Kreditsystem unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz.

⁵¹ So heisst es in der Botschaft zum Postscheck- und Giroverkehr 1904: «[...] die Postverwaltung, die im allgemeinen bei unserer Geschäftswelt ein weitgehendes Zutrauen geniesst und die mit ihren Dienstleistungen wie keine andere unsere öffentlichen Verwaltungen mit dem Publikum im täglichen Verkehre steht und in alle bewohnten Gegenden unseres Landes hineinragt [kann zur] Popularisierung des Schecks wesentliches beitragen [...]» (S. 616).

⁵² GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, S. 10.

teilzunehmen. Die Banken reagierten ihrerseits, indem sie Postkonten eröffneten und auf diese Weise die Einzahlung auf ein Bankkonto am Postschalter ermöglichten.⁵³

16. Während der physische Transport von Geld noch nichts bankähnliches an sich hatte, rückte der Postzahlungsverkehr im Zuge der Modernisierung immer näher an das Bankgeschäft heran. Nichtsdestotrotz wird der «Postdienst» seit je her vom Bankgeschäft abgegrenzt⁵⁴. Mit Blick auf den hier im Zentrum stehenden Zahlungsverkehr ist entscheidend, dass der Begriff des Postwesens schon immer so ausgelegt wurde, dass der Geldverkehr zwar Teil desselben war, nicht jedoch das Bankgeschäft⁵⁵. Während für letzteres nach MARTIN LENDI vor allem der Handel mit Geld- und Wertpapieren sowie das Kreditgeschäft charakteristisch seien, könne sich die Post nur mit dem Geldverkehr, einschliesslich dem Zahlungsverkehr befassen.⁵⁶ Dass diese Abgrenzung zu schwierigen Grenzfällen führen kann, zeigt sich bereits bei der Einführung des Postcheck- und -girodienstes während der Jahrhundertwende. Während MARTIN LENDI die Auffassung vertritt, dass «es der Post verfassungsrechtlich nicht verwehrt ist, ihrerseits einen leistungstechnischen Beitrag – Check- und Giroverkehr- zur Erleichterung des Zahlungsverkehrs zu erbringen»⁵⁷, sieht WALTHER BURCKHARDT die Ausdehnung der Bundeskompetenz bereits überschritten. So führe der Post- und Girodienst durch die Post nicht dazu, dass Zahler und Empfänger das Hindernis der Distanz genommen werde, sondern dazu, dass die Geldzahlung durch die Möglichkeit der Verrechnung obsolet werde⁵⁸.

17. Die Abgrenzung des Postwesens vom Bankgeschäft spielt eine Rolle bei der Frage, inwiefern und inwieweit die Vergabe von Krediten und Hypotheken durch die PostFinance mit den verfassungsmässigen Vorgaben vereinbar ist. Das BUNDESAMT FÜR JUSTIZ verneinte in einem Gutachten von 2006 die Kompetenz⁵⁹, ebenso KLAUS VALLENDER und JOEL DRITTENBASS⁶⁰. VINCENT MARTENET kommt zu einem differenzierenden Ergebnis und macht im Wesentlichen geltend, dass das Ziel der sicheren Anlage der Gelder, welche die PostFinance aufgrund des verfassungsmässigen Grundversorgungsauftrags im Zahlungsverkehr erhält, mit den verfassungsmässigen Vorgaben vereinbar sei.⁶¹ Der

⁵³ GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, S. 10; HAHN, S. 52.

⁵⁴ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, S. 134; STURNY, S. 280; BURCKHARDT, S. 310; LENDI, Art. 36 N 10.

⁵⁵ KERN, Art. 92 N 5 mit dem Verweis, dass die Abgrenzung zwischen dem Postwesen und dem Bankgeschäft zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen kann. So sei heute davon auszugehen, dass «systematische Aktivitäten im Bereich des Kreditgeschäfts, von Anlage und Vorsorge sowie das Hypothekengeschäft nicht von Art. 92 Abs. 1 abgedeckt sind». Übereinstimmend auch BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, S. 133; Zu Art. 36a BV siehe BURCKHARDT, S. 310; LENDI, Art. 36 N 8. Neben der Abgrenzung zum Bankgeschäft ist historisch die Abgrenzung zum allgemeinen Güterverkehr. Siehe dazu BURCKHARDT, S. 310 und LENDI, Art. 36 N. 10; Nach VOGEL (S. 218 f.) ist der Zahlungsverkehr ein «traditionelles Betätigungsfeld der Post» welches jedoch starke Überschneidungen mit dem Bankwesen aufweist. Reine Bankgeschäfte blieben der Post jedoch verwehrt.

⁵⁶ LENDI, Art. 36 N 9 f.

⁵⁷ LENDI, Art. 36 N 10.

⁵⁸ BURCKHARDT, S. 327.

⁵⁹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, S. 136.

⁶⁰ VALLENDER/DRITTENBASS, S. 31.

⁶¹ MARTENET, Gutachten 2019, S. 29.

BUNDESRAT führt dazu an, dass es für die PostFinance ohne die Möglichkeit der Kredit- und Hypothekenvergabe im momentanen Niedrigzinsumfeld nicht mehr möglich sei, angemessene Erträge zu erwirtschaften.⁶² Auf die Frage soll hier nicht weiter eingegangen werden; hingewiesen sei lediglich auf den Umstand, dass die Zuweisung einer staatlichen Aufgabe wie der Grundversorgung im Zahlungsverkehr auch eine Regelung ihrer Finanzierung bedingt. Hier ist neben einer Quersubventionierung aus weiteren wirtschaftlichen Tätigkeiten (im Monopol und im Wettbewerb) auch die Abgeltung der Aufgabe aus dem allgemeinen Staatshaushalt möglich.

18. In der oben skizzierten Diskussion geht es darum, zu bestimmen, wie weit die verfassungsmässige Kompetenz des Bundes ausgedehnt werden kann, ohne dass eine Verfassungsänderung erforderlich ist⁶³. Kann die PostFinance mit anderen Worten ohne eine Änderung der Bundesverfassung in einen neuen Markt eintreten? Im Kontext des vorliegenden Gutachtens geht es hingegen darum zu bestimmen, auf welche Dienste der Bund allenfalls verzichten könnte, ohne dabei seine verfassungsmässigen Pflichten zu verletzen. Welchen Leistungsumfang hat der Bund im Rahmen seiner verfassungsmässigen Gewährleistungspflicht zu erfüllen? Nach bisheriger Auffassung waren Leistungen, welche über die Erbringung des Zahlungsverkehrs hinaus gehen, nicht mehr von der Kompetenz gemäss Art. 92 BV gedeckt⁶⁴. MARTENET geht davon aus, dass der Bund gestützt auf Art. 92 BV allgemein Finanzdienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeit erbringen **kann**⁶⁵, dass es sich dabei aber nicht um eine **staatliche Aufgabe** handle⁶⁶. Letztes ist sicher unbestritten.

19. Ungeachtet dieser Diskussion ist der Begriff des «Postwesens» bzw. der «Postdienste» tatsächlich in gewissem Umfang wandelbar. Welche Dienste der Begriff des «Postwesens» umfasst, hat sich seit 1848 mehrmals verändert. Ursprünglich standen nur verschlossene Mitteilungen unter dem Postregal. 1894 wird das Postregal dann auf Postkarten und Zeitungen ausgedehnt. Der Charakter des Postgewerbes ermöglichte auch den Analogieschluss, die Übertragung von Mitteilungen durch das Telegraphen- und Telefonnetz zum Teil des Postwesens zu machen.⁶⁷ Anlass für die Ausweitung des Begriffs war in der Regel **eine gesellschaftliche Mangelscheinung**, die sich durch die **Verkehrsfunktion** der Post beheben liess. Dass der Zahlungsverkehr ein Teil des Postdienstes ist, liegt vor allem an der historischen Entwicklung. Während die Post Anfangs vor allem aufgrund ihrer Verkehrsfunktion Aufgaben im Zahlungsverkehr

⁶² BUNDESRAT, Botschaft Änderung POG 2021, S. 42.

⁶³ Dem Gutachten von VALLENDER und DRITTENBASS (S. 3) liegt die Ausgangsfrage zugrunde, ob «die Weiterentwicklung der selbstständigen Geschäftstätigkeit von PostFinance auf die Bereiche Aktivgeschäft, Anlage und Vorsorge («PostBank») [und auf das Hypothekengeschäft] eine Verfassungsänderung [benötige]».

⁶⁴ BIAGGINI, Art. 92 N 4; KERN, Art. 92 N 5; BURCKHARDT, S. 310; LENDI, Art. 36 N 10.

⁶⁵ MARTENET, Gutachten 2019, S. 29.

⁶⁶ MARTENET, Gutachten 2019, S. 17; Art. 92 BV übertrage dem Bund keine Aufgaben im Bereich des Bankwesens und entsprechend ist die «Versorgung der Bevölkerung in diesen Bereichen keine Aufgabe, die dem Bund durch Art. 92 BV zugewiesen wird».

⁶⁷ BURCKHARDT, S. 326; RICHLI/WIEDERKEHR, N 1232; HÄNER et al. (S. 137) sprechen in diesem Zusammenhang von einer «implied power» im Sinne einer «Kompetenz aus dem Sachzusammenhang».

wahrgenommen hat, haben institutionelle Gründe dazu geführt, dass die Post auch nach der Modernisierung des Zahlungsverkehrs eine wichtige Rolle hatte. Der Postzahlungsverkehr ist historisch eine **Fortentwicklung der Briefbeförderung** oder mit anderen Worten «die Ausweitung der von der Post seit ihrer Entstehung wahrgenommenen Verkehrsfunktion»⁶⁸. Auch wenn sich das zugrundeliegende Bedürfnis nach Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs wie auch die Anzahl von Anbietern von Zahlungsverkehrsdiensten stark gewandelt haben, lassen sich derzeit darüber hinaus keine rechtlichen Anhaltspunkte dafür finden, dass die Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs heute nicht mehr unter den Begriff des Postwesens bzw. der Postdienste fallen sollen. Auch die vom Bund eingerichtete Geldordnung geht immer noch von einer weitgehenden Annahmepflicht von Münzen und Banknoten aus (Art. 3 BG über die Währung und die Zahlungsmittel vom 22. Dezember 1999, WZG, SR 941.10), welche trotz ihrer Relativierung durch Art. 84 OR (SR 220) zeigt, dass ein bargeldloser Geschäftsverkehr rechtlich noch nicht angedacht ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Begriff heute neben der Brief- und Paketpost **auch (noch) den Postzahlungsverkehr umfasst**.⁶⁹ Diese Ansicht wird auch im Schrifttum einhellig vertreten⁷⁰.

2. Entwicklungen in der EU

20. In der Europäischen Union wurden gegen Ende des 20. Jahrhunderts erhebliche Unterschiede beim Umfang und Qualität der postalischen Grundversorgung zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten festgestellt⁷¹. Da die Postdienste jedoch als «ein wichtiges Instrument für Kommunikation und Handel» angesehen wurden⁷², sollte durch die Richtlinie 97/67/EG ein gemeinschaftsweiter Universaldienst gesichert werden, welcher ein gewisses Mindestangebot an Diensten bestimmter Qualität flächendeckend und zu vertretbaren Preisen zur Verfügung stellt⁷³. Auch durch die dritte Postdienstrichtlinie (RL 2008/6/EG) soll der «Universaldienst und die in der Richtlinie 97/67/EG festgelegten entsprechenden Qualitätsanforderungen in vollem Umfang aufrecht erhalten werden».⁷⁴ Gemäss Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 97/67/EG ist es das Ziel des Universaldienstes, «allen Nutzern einen leichten Zugang zum Postnetz zu ermöglichen, indem ihnen

⁶⁸ HAHN, S. 37 zur Entstehung der Postbanken.

⁶⁹ BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, S. 271.; BUNDESRAT, Botschaft PG 2009, S. 5186; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten PaketPost, S. 4; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Postbank, S. 135.

⁷⁰ HETTICH/STEINER, Art. 92 N 4; BIAGGINI, Art. 92 N 4; KERN, Art. 92 N 5; BOVET, Art. 92 N 8; AUBERT, Art. 92 N 2; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, §30 Rz. 9; RHINOW et al, §28 Rz. 70; WEBER, §60 Rz. 24; BOUCHER-KIND, S. 170; BAUMANN, Rz. 500. Für das Schrifttum zu Art. 36 aBV vgl. BURCKHARDT, S. 309 f. und LENDI, Art. 36 N 10.

⁷¹ Richtlinie 97/67/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, Erwägungsgrund 5.

⁷² RL 97/67/EG, Erwägungsgrund 2.

⁷³ RL 97/67/EG, Erwägungsgrund 11.

⁷⁴ Richtlinie 2008/6/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, Erwägungsgrund 20.

insbesondere eine ausreichende Anzahl fester Zugangspunkte und zufriedenstellende Bedingungen hinsichtlich der Häufigkeit der Abholung und Zustellung geboten werden. Der Universaldienst mu[ss] ferner die Grundanforderung des ununterbrochenen Betriebs erfüllen und dabei anpassungsfähig in [B]ezug auf die Bedürfnisse der Nutzer bleiben und den Nutzern eine gerechte und nichtdiskriminierende Behandlung garantieren.» Während die Richtlinie 2008/6/EG die genannte Richtlinie ergänzt und den Postmarkt in der EU vollständig liberalisiert hat, blieb Art. 3 Abs. 2 unverändert bestehen. Dementsprechend sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, einen entsprechenden Universaldienst sicherzustellen. Sie haben unter anderem dafür zu sorgen, dass «die Dichte der Abhol- und Zugangspunkte den Bedürfnissen der Nutzer entspricht.»⁷⁵

21. Im Unterschied zur Schweiz umfasst der Universaldienst in der Europäischen Union die Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs nicht. Dies ist bemerkenswert, da historisch auch in den europäischen Ländern die Post den Zahlungsverkehr ermöglicht hatte⁷⁶. Die Postdienstrichtlinie definiert die Postdienste gemäss Art. 2 als «Dienste im Zusammenhang mit der Abholung, dem Sortieren, dem Transport und der Zustellung von Postsendungen». Eine Postsendung ist dabei «eine adressierte Sendung in der endgültigen Form, in der sie von dem Anbieter von Universaldienstleistungen übernommen wird; es handelt sich dabei neben Briefsendungen z.B. um Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften sowie um Postpakete» (Art. 2 Ziff. 6). Der Universaldienst, den die Mitgliedsstaaten gemäss Postdienstrichtlinie zu gewährleisten haben, muss dabei das Abholen, Sortieren, den Transport und die Zustellung von Postpaketen und Postsendungen sowie die Dienste für Einschreib- und Wertsendungen umfassen (Art. 3 Ziff. 4). Eine Grundversorgung mit Zahlungsdienstleistungen umfasst die Postdienstrichtlinie damit weder in der ursprünglichen noch in der geltenden Fassung⁷⁷. Die Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs werden in der Europäischen Union heute vor allem durch Banken angeboten. Die heute noch existierenden europäischen Postbanken verdanken ihre Bezeichnung ihrer historischen Herkunft. So ist die frühere Postsparkasse in Deutschland heute eine Bank im Eigentum der Deutschen Bank⁷⁸. Die Österreichische Postsparkasse ist 2005 mit der Bank für Arbeit und Wirtschaft (BAWAG) fusioniert und damit ebenfalls eine Bank⁷⁹. In vielen Fällen besteht eine Zusammenarbeit zwischen den Banken und den jeweiligen Postunternehmen auf einer freiwilligen Basis. Lediglich

⁷⁵ Richtlinie 97/67/EG, Art. 3 Abs. 2.

⁷⁶ GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, S. 42; WIK CONSULTING, S. 31, mit dem Verweis auf die Niederlande, Deutschland und die skandinavischen Länder; BUNDESRAT, Botschaft Änderung POG 2021, S. 13.

⁷⁷ Vgl. dazu auch EuGH, Urteil vom 22.10.2015 (C-185/14). Darin stellt das Gericht fest, dass Postüberweisdienstleistungen nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 97/67 fallen, da Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie die Dienstleistungen in abschliessender Weise aufzählt, die unter dem Begriff der «Postsendung» zu verstehen sind.

⁷⁸ DEUTSCHE BANK, Presse Information vom 28. Februar 2012.

⁷⁹ GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, S. 42

Frankreich verfügt über eine Postbank, welche sich auch im Eigentum der nationalen Postgesellschaft befindet.⁸⁰

22. Die Schweiz ist das einzige Land, welches über eine postalische Grundversorgung im Bereich des Zahlungsverkehrs verfügt⁸¹. Das bedeutet jedoch nicht, dass es kein Bedürfnis nach einer Grundversorgung in diesem Bereich gäbe: Diese wurde jedoch nicht in der Postdienstrichtlinie, sondern in der sog. Zahlungskontenrichtlinie⁸² geregelt. Gemäss Erwägungsgrund 38 der Richtlinie haben die Mitgliedsstaaten dafür Sorge zu tragen, «[...] dass die Zahl der Kreditinstitute, die Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen anbieten, ausreichend ist, um die Erreichbarkeit für alle Verbraucher zu gewährleisten, sodass jede Art von Diskriminierung der Verbraucher vermieden wird und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Bei der Festlegung der ausreichenden Zahl der Kreditinstitute sollen unter anderem folgende Faktoren berücksichtigt werden: die Abdeckung durch das Netz der Kreditinstitute, die Grösse des Hoheitsgebiets des Mitgliedsstaats, die Verteilung der Verbraucher im Hoheitsgebiet, der Marktanteil der Kreditinstitute und die Frage, ob Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen nur einen geringen Teil des vom Kreditinstitut angebotenen Zahlungskonten ausmachen.»⁸³

23. Der Zugang zum Zahlungskonto soll es dem Verbraucher ermöglichen, am europäischen Binnenmarkt teilzunehmen und von dessen Vorteilen zu profitieren⁸⁴. Um eine flächendeckende Versorgung sicherzustellen, knüpft die EU-Richtlinie lediglich bei der **Anzahl der Kreditinstitute** an, welche ein solches Basiskonto anbieten⁸⁵. Dadurch, dass möglichst viele Kreditinstitute ein solches Basiskonto anbieten, soll sichergestellt werden, dass möglichst viele Verbraucher in der Nähe ihres Wohnsitzes Zugang zu einem solchen Kreditinstitut haben⁸⁶. Auf Unionsebene existiert folglich keine Pflicht, dass die Post eine Grundversorgung im Bereich des Zahlungsverkehrs erbringen muss. Dennoch liegt der Zahlungskontenrichtlinie wohl eine ähnliche Idee zugrunde. Die nationalen Gesetzgeber haben in der Zwischenzeit verbindliche Vorschriften für die Kreditinstitute in der EU erlassen. Die Vorschriften der Richtlinie gelten jedoch nur für Kreditinstitute, d.h. nur für jene Postunternehmen, welche eine entsprechende Bankbewilligung besitzen⁸⁷.

⁸⁰ BUNDESRAT, Botschaft Änderung POG 2021, S. 13.

⁸¹ GEIGER/SCHALLER/LUGINBÜHL, S. 42

⁸² Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen.

⁸³ RL 2014/92/EU, Erwägungsgrund 38.

⁸⁴ RL 2014/92/EU, Erwägungsgrund 7.

⁸⁵ Vgl. Art. 16 (1) RL2014/92/EU.

⁸⁶ RL 2014/92/EU, Erwägungsgrund 38.

⁸⁷ WIK Consult, S. 219. Die PostFinance verfügt seit dem 6. Dezember 2012 über eine Bankbewilligung (vgl. FINMA, Medienmitteilung 07.12.2012).

3. Modifikation der Grundversorgung im Zahlungsverkehr

24. Die Grundversorgung ist permanent politischen, wirtschaftlichen, technischen und sozialen Einflüssen ausgesetzt. Damit die Leistungen der Grundversorgung den gesellschaftlichen Bedürfnissen auch gerecht werden, müssen neue Entwicklungen im Rahmen der Grundversorgungspolitik rechtzeitig erkannt und aufgegriffen werden.⁸⁸ Die historischen Ausführungen haben gezeigt, dass das Postwesen einem erheblichen Wandel ausgesetzt war, was zu einer Ausdehnung desselben beigetragen hat. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern angesichts der fortschreitenden Digitalisierung auch eine Kürzung der Grundversorgung möglich wäre.

25. Im Zuge der Digitalisierung hat sich das Verhalten der Nutzer im Zahlungsverkehr und damit deren Bedürfnisse zweifelsohne verändert⁸⁹. Vor allem technologische Innovationen wie die Kontaktlos-Funktion bei Debit- und Kreditkarten haben die Nutzerfreundlichkeit dieser Zahlungsmittel entscheidend erhöht. Doch haben sich die gesellschaftlichen Bedürfnisse tatsächlich (schon) derart verändert, dass auf eine physische Leistungserbringung im Zahlungsverkehr gänzlich verzichtet werden kann? Obwohl gerade die Pandemie dazu beigetragen hat, dass sich das Zahlungsverhalten in der Schweiz verändert hat und die Bedeutung der bargeldlosen Zahlungsmittel zunimmt⁹⁰, spielt das Bargeld als gesetzlich garantiertes Zahlungsmittel⁹¹ immer noch eine wichtige Rolle. Gemessen an der Anzahl Transaktionen ist das Bargeld nach wie vor das meistgenutzte Zahlungsmittel (32%) noch vor der Debitkarte (31%) und der Kreditkarte (18%)⁹². So lange das Bargeld diese Rolle einnimmt, sind physische Kontaktpunkte im Zahlungsverkehr unumgänglich.

26. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die postalische Grundversorgung im Bereich des Zahlungsverkehrs in Zukunft einmal nicht mehr den gesellschaftlichen Bedürfnissen entsprechen wird. Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht, dass Bargeldabhebungen zur Zahlung von Rechnungen am Postschalter nach den Angaben einer aktuellen Umfrage der Nationalbank bereits jetzt auffällig abgenommen haben⁹³. Sollten sich derartige Tendenzen verstärken, wäre eine entsprechende Anpassung der Grundversorgung an die sich verändernden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedingungen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Andere Infrastrukturbereiche gerieten

⁸⁸ BUNDESRAT, Service public, S. 12. Art. 3 Abs. 3 des PG vom 30. April 1997 gab dem Bundesrat explizit die Möglichkeit, «unter Berücksichtigung der einschlägigen europäischen Normen, weitere Dienstleistungen von den reservierten Diensten auszunehmen oder die Gewichtslimite nach Absatz 1 herab[zusetzen], wenn die Finanzierung eines ausreichenden Universaldienstes sichergestellt bleibt.»

⁸⁹ BAKOM, Grundversorgung, S. 35.

⁹⁰ Vgl. Swiss Payment Monitor 1/2021, S. 22; SNB, Zahlungsmittelumfrage 2020, S. 5 f; BAKOM, Erfüllung Grundversorgungsauftrag 2020, S. 1.

⁹¹ Annahmepflicht gemäss Art. 3 WZG.

⁹² SWISS PAYMENT MONITOR 1/2020; Auch die Zahlungsmittelumfrage der SNB kommt zu dem Ergebnis, dass das Bargeld gemessen an der Transaktionsanzahl immer noch das meistgenutzte Zahlungsmittel ist (S. 4).

⁹³ SNB, Zahlungsmittelumfrage 2020, S. 10.

bereits früher unter Druck, sodass sich der Bundesrat mit den Modifikationsmöglichkeiten auseinandersetzen musste. Im Bereich des Fernmeldewesens gelangte der Bundesrat zu der Auffassung, dass er im Rahmen der Revision der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) den Umfang der Grundversorgung periodisch «an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse sowie an den Stand der Technik» anzupassen hat. Dazu gehört auch die Streichung von Diensten, wenn diese nicht mehr den aktuellen Bedürfnissen entsprechen.⁹⁴ So wurde Art. 20 FDV, der in jeder politischen Gemeinde mindestens eine öffentliche Sprechstell vorschrieb, mit Verordnung vom 2. Dez. 2016 (mit Wirkung seit 1. Jan. 2018, AS 2017 13), aufgehoben.

27. Eine Modifikation der Grundversorgung im Sinne eines teilweisen oder vollständigen Verzichts auf Dienste im Zahlungsverkehr ist verfassungsrechtlich möglich, sofern nach der Anpassung weiterhin die mit der Grundversorgung angestrebten Ziele erreicht werden.

C. Staatliche Verantwortung im Bereich der Grundversorgung

28. Art. 92 BV weist dem Bund die Verantwortung für die Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten zu. Es gilt in diesem Zusammenhang die Frage zu klären, was unter dem **Begriff der Grundversorgung** zu verstehen ist und in welcher Form der Bund diese verfassungsmässige Verantwortung wahrnehmen kann (**Formen staatlicher Verantwortung**).

1. Begriff der Grundversorgung

29. Obgleich der Begriff der Grundversorgung sowohl in Art. 92 Abs. 2 als auch in Art. 43a Abs. 4 BV Verwendung findet, ist nicht definiert, was nach Bundesverfassungsrecht zur «Grundversorgung» gehört⁹⁵. Für den Begriff gibt es keine allgemein gültige Definition und es werden unterschiedliche Ausdrücke in den verschiedenen Landessprachen verwendet, die denselben Gedanken ausdrücken. Auf Deutsch werden sowohl die Begriffe «Grundversorgung» und «Universaldienst» austauschbar verwendet. Darüber hinaus wird teilweise auch der französische Begriff «service public» benutzt, den der Bundesrat auch schon durch den Begriff «service universel» ersetzen wollte: So sei Begriff nicht auf Bereiche beschränkt, in denen staatliche Unternehmen aktiv sind; das Element der allgemeinen Zugänglichkeit werde besser abgebildet.⁹⁶ Im Ergebnis beinhalten die Begriffe, zumindest nach Auffassung des Bundesrates, in abstrakter und sektorübergreifender Weise das Folgende: «service public (neu nun wohl «service universel», Anm. der Verfasser) umfasst eine politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern, welche für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung

⁹⁴ BUNDESRAT, Botschaft Bundesbeteiligung 2006, S. 3785.

⁹⁵ BIAGGINI, Art. 92 N 9; BUNDESRAT, Botschaft Grundversorgung 2013, S. 3411; MARTENET, service public, S. 17.

⁹⁶ BUNDESRAT, Botschaft Grundversorgung 2013, S. 5 f.

stehen sollen.»⁹⁷ Der Bundesrat konzentriert sich in dieser Umschreibung vor allem auf die Infrastruktur, wie die Sektoren Post, Telekommunikation, Radio und Fernsehen⁹⁸. Er formuliert in diesem Zusammenhang einige Grundsätze, welche im Hinblick auf die Rechtssicherheit bei Auslegungsschwierigkeiten heranzuziehen sind⁹⁹. Diese Grundprinzipien orientieren sich an der Universaldienstrichtlinie¹⁰⁰ der Europäischen Union¹⁰¹.

- *Zugänglichkeits- und Abdeckungsprinzip*: Die Leistungen der Grundversorgung sollen allen Bevölkerungsgruppen im ganzen Land zugänglich sein.
- *Kontinuitätsprinzip*: Die Leistungen sollen langfristig und ununterbrochen erbracht werden.
- *Qualitäts- und Sicherheitsprinzip*: Es sollen definierte Anforderungen an Qualität und Zuverlässigkeit gelten.
- *Erschwinglichkeitsprinzip*: Die Leistungen sollen preiswert sein, was eine Preisobergrenze rechtfertigen kann.
- *Veränderlichkeitsprinzip*: Der Inhalt der Grundversorgung soll periodisch den Bedürfnissen der Bevölkerung und dem technologischen Fortschritt angepasst werden.¹⁰²

30. Darauf aufbauend definiert der Bundesrat in der Botschaft zu einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung vom 8. Mai 2013 den Begriff der Grundversorgung wie folgt: «Die Grundversorgung ist das politisch näher zu definierende Ziel, dass die Bevölkerung zu den Gütern und Dienstleistungen des üblichen Bedarfs Zugang hat. Für den Staat hat sie die Bedeutung eines Handlungsauftrags, sich für dieses Ziel einzusetzen.»¹⁰³

31. Die Grundversorgung ist mit anderen Worten kein Selbstzweck, sondern auf die Erreichung übergeordneter politischer Ziele ausgerichtet. Die Leistungen der Grundversorgung werden von der Gesellschaft als *verdienstvoll* angesehen. Entsprechend darf die mangelnde Rentabilität der Versorgung nicht dazu führen, dass es zu einer Unterversorgung in gewissen Bevölkerungskreisen kommt.¹⁰⁴ Da der Staat als Marktteilnehmer

⁹⁷ BUNDESRAT, Service public, S. 4570; Vgl. zur allgemeinen, nicht auf Infrastrukturgüter zugeschnittenen Begriffsdefinition BUNDESRAT, Botschaft Grundversorgung 2013, S. 7.

⁹⁸ BUNDESRAT, Botschaft Grundversorgung 2013, S. 3413.

⁹⁹ WEBER/KRATZ, §3, Rz. 3.

¹⁰⁰ RL 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten.

¹⁰¹ HETTICH/STEINER, Art. 92 BV N 13.

¹⁰² HETTICH et al, Wettbewerbsverzerrungen, S. 47.

¹⁰³ BUNDESRAT, Botschaft Grundversorgung 2013, S. 3413.

¹⁰⁴ Aus ökonomischer Sicht wird ein solcher Eingriff üblicherweise mit dem Vorliegen eines Marktversagens begründet. Im vorliegenden Fall ist der Markteingriff aber vor allem durch das Konzept der meritorischen Güter zu begründen und geht dabei über die Korrektur des Marktversagens hinaus. Vgl. dazu HETTICH/STEINER, Art. 92 BV N 14 ff. Von einem Marktversagen liesse sich nur dann sprechen, wenn man bei der Grundversorgung von einer Internalisierung positiver Externalitäten ausgehe; Nach FEY/FREY MARTI (S. 25 f.) sind meritorische Güter «Infrastrukturleistungen, die technisch weitgehend Merkmale von

sein Handeln primär am öffentlichen Interesse auszurichten hat¹⁰⁵, kann er die Angebotssituation zum Wohl der übergeordneten Ziele beeinflussen.

32. Art. 92 Abs. 2 BV macht den Bund zwar für die Verwirklichung der Aufgabe verantwortlich und legt fest, welches Ziel der Bund zu verfolgen hat bzw. welches Endergebnis zu erreichen ist. Die Verfassung schreibt dem Bund indessen nicht vor, in welcher Weise der Bund das verfassungsmässige Ziel zu erreichen hat.¹⁰⁶ Den Inhalt und Umfang der Grundversorgung festzulegen, überlässt die Verfassung der konkretisierenden Gesetzgebung¹⁰⁷. Bereits zwei Mal wurde durch eine Initiative versucht, die inhaltlichen Vorgaben der Grundversorgung im Postbereich auszuweiten¹⁰⁸. Den Umfang der Grundversorgung auf Verfassungsstufe zu regeln wäre nach Auffassung des Bundesrates und der Lehre jedoch unpraktikabel¹⁰⁹. Der Bundesrat lehnte die erwähnte Initiative ab mit der Begründung, dass eine «zusätzliche Verankerung des Infrastrukturauftrags [...] nicht notwendig und eher kontraproduktiv [sei]. [...] Wie der Bund im Einzelnen eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung gewährleiste[], soll[e] wie bis anhin auf Gesetzesstufe geregelt werden [...]» Während die Verfassung vorschreibt, **dass** der Bund eine entsprechende Grundversorgung zu gewährleisten hat, bleiben die **inhaltlichen Vorgaben** dazu Sache des **Gesetzgebers**. Dieser hat im **Gesetzgebungsprozess** Inhalt und Umfang der Grundversorgung nach **politischen Massstäben** zu bestimmen. Dabei steht es ihm offen, den Inhalt an die Bedürfnisse der Gesellschaft und der Wirtschaft sowie an den Stand der Technik anzupassen¹¹⁰. Die inhaltliche Offenheit der Verfassung ermöglicht es dem Gesetzgeber, adäquat auf den wirtschaftlichen, technologischen und sozialen Wandel einer Gesellschaft zu reagieren. Die Grundversorgung ist dabei qualitativ und quantitativ so zu begrenzen, wie es für die Erreichung dieser übergeordneten Ziele notwendig ist¹¹¹. Diese öffentlichen Interessen gilt es im Rahmen der Gesetzgebung immer wieder auf ihre Aktualität zu überprüfen.

privaten Gütern aufweisen, aber politisch zu öffentlichen Gütern gemacht worden sind»; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1730.

¹⁰⁵ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1706; RHINOW et al., §18, Rz. 75 ff.

¹⁰⁶ MADER, S. 88.

¹⁰⁷Der Verfassung lassen sich allenfalls inhaltliche Minimalvorgaben entnehmen. So impliziert die Bezeichnung Grundversorgung, dass nicht sämtliche Elemente der Versorgung erfasst sind und sich der Auftrag nur auf die wesentlichen Elemente beschränkt. Jedoch ist auch die Frage, was die wesentlichen Elemente sind, angesichts des technologischen Fortschritts und den gesellschaftlichen Bedürfnissen sowie der Nachfrage und dem Aufwand zu beurteilen. Vgl. dazu KERN, Art. 92 N 19.

¹⁰⁸So wurde bereits 2004 mit der Volksinitiative «Postdienste für alle» versucht, das flächendeckende Poststellennetz auf Verfassungsebene zu verankern. Als dieser Vorstoss knapp gescheitert war, lancierten die Initianten 2010 eine weitere Volksabstimmung, deren inhaltlichen Vorgaben noch weiter gingen. Vgl. dazu FREY/FREY MARTI, S. 98; die zweite Initiative wurde letztlich durch das Initiativkomitee zurückgezogen.

¹⁰⁹ BUNDES RAT, Botschaft Grundversorgung 2013, S. 3414; BIAGGINI, Art. 92 N 9; BIAGGINI, Verfassung, S. 113 f.

¹¹⁰ BUNDES RAT, Botschaft Grundversorgung 2013, S. 4692.

¹¹¹ HETTICH, Infrastrukturverfassung, S. 2294.

2. Formen staatlicher Verantwortung

33. Lange Zeit wurde die Grundversorgung durch die staatlichen Monopole der Regiebetriebe erbracht. Begründet wurde deren Sonderstellung insbesondere mit den ökonomischen Eigenheiten der Infrastrukturmärkte und der überragenden Bedeutung dieser Dienste für Bevölkerung und Wirtschaft.¹¹² Die Bundesverfassung gibt dem Bund ganz grundsätzlich die Möglichkeit, die **Erfüllungsverantwortung** mittels Begründung eines staatlichen Monopols zu übernehmen. Eine verfassungsmässige Pflicht dazu existiert indessen nicht. Gemäss Art. 92 Abs. 2 BV hat der Bund für die ausreichende und preiswerte Grundversorgung *zu sorgen*. Diese Formulierung impliziert, dass es sich hierbei um eine **Gewährleistungsverantwortung** des Bundes handelt¹¹³. Das heisst, der Bund hat die Leistungserbringung nach politisch definierten Standards und Kosten über geeignete Rahmenbedingungen dauerhaft sicherzustellen¹¹⁴.

34. Das Konzept des Gewährleistungsstaates beruht auf einem dreiteiligen Verantwortungskonzept: Der Staat trägt dabei auf jeden Fall die Gewährleistungsverantwortung. Die Erfüllungsverantwortung kann der Staat demgegenüber den Privaten übertragen. Subsidiär verbleibt eine Auffangverantwortung beim Staat. «Die Verantwortung für das Was bleibt beim Staat, nur jene für das Wie wird delegiert.»¹¹⁵ Der Gewährleistungsstaat sorgt durch einen geeigneten Rahmen dafür, dass die öffentlichen Aufgaben in angemessener Weise erfüllt und die Gemeinwohlziele dadurch erreicht werden¹¹⁶. Er steht dabei vor einem «institutionellen Wahlproblem»: ihm obliegt bei zahlreichen staatlichen Aufgaben die Entscheidung, ob er die Leistung selbst erbringt oder durch Private erbringen lässt¹¹⁷. Der Staat beschränkt sich auf eine aktivierende Rolle: Er schafft eine Gewährleistungsstruktur, die es ermöglicht, die Dynamik privater Anbieter zur Erreichung der übergeordneten Ziele zu nutzen¹¹⁸. Öffentliche Aufgaben werden somit nicht mehr allein durch den verantwortlichen Staat, sondern in Kooperation mit Privaten in geteilter Verantwortung erbracht.¹¹⁹

35. Zieht sich der Bund auf seine verfassungsmässige Gewährleistungsverantwortung zurück, führt dies zur Entkoppelung der staatlichen Ergebnisverantwortung von der korporatistischen Aufgabenwahrnehmung¹²⁰. Nichtsdestotrotz bleibt auch dem Gewährleistungsstaat eine wichtige Restverantwortung. Diese umfasst einerseits eine

¹¹² INFRAS, S. 4.

¹¹³ HETTICH/STEINER, Art. 92 N 12; KERN, Art. 92 N 16; AUBERT, Art. 92 Rz. 16; BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, S. 272.

¹¹⁴ Für die entsprechende Definition der Gewährleistungsverantwortung siehe EHRENSPERGER, S. 42. MASTRONARDI (Rz. 468) versteht unter der Gewährleistungsverantwortung indessen die Pflicht, «Strukturen und Verfahren der Governance bereitzustellen, die Aufgaben und Grenzen privater Machtausübung zu regulieren und die delegierte Praxis zu überwachen.»

¹¹⁵ MASTRONARDI, Rz. 470.

¹¹⁶ HOFFMAN-RIEM, S. 20.

¹¹⁷ EHRENSPERGER, S. 40 f.

¹¹⁸ Vgl. dazu MASTRONARDI, Rz. 471.

¹¹⁹ RUFFERT, §7, Rz. 31.

¹²⁰ PROELLER/SCHEDLER, S. 96.

Kontrollverantwortung, das heisst der Bund hat die Qualität der Aufgabenerfüllung durch die Privaten zu kontrollieren.¹²¹ Wird die Aufgabe durch die Private nicht ordnungsgemäss erfüllt, oder werden die übergeordneten Ziele nicht erreicht, kann der Staat die Delegation zurückziehen und wieder die (Erfüllungs-)Verantwortung übernehmen¹²². Der Staat nimmt in diesem Sinne eine **Auffangverantwortung** wahr¹²³.

36. Eine Beschränkung des Bundes bloss auf eine finanzielle Förderung der Erbringung von Bargeldverkehrsleistungen (i.S.v. Finanzhilfen) ist zumindest heute noch heikel. Die Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs verlieren damit den Charakter einer staatlichen Aufgabe und der Bund hat dann entsprechend keine Möglichkeit, die Erbringung der Dienstleistungen im Rahmen seiner Auffangverantwortung effektiv sicherzustellen. Wird der Bargeldverkehr jedoch aus der Grundversorgung gestrichen, bieten sich aber Finanzhilfen womöglich für die Gestaltung der Übergangsphase an.

37. Die Entscheidung, in welcher Form der Bund die ihm übertragene Verantwortung wahrnimmt, obliegt bei Art. 92 BV dem **Gesetzgeber**. Aus rein verfassungsrechtlicher Sicht hat der Bund drei Möglichkeiten, seiner Pflicht nachzukommen. Er kann die Dienste direkt durch ein staatliches Monopol oder ein staatliches Unternehmen erbringen sowie einem oder mehreren Anbietern eine Konzession dafür übertragen¹²⁴. Schliesslich kann der Bund die Grundversorgung durch ein reines Marktmodell erbringen (lassen), sofern dieses eine ausreichende Versorgung gewährleistet.¹²⁵ Er hat nach politischen Massstäben zu entscheiden, inwiefern er seine verfassungsmässige Kompetenz ausschöpft. Durch die Übertragung der Erfüllungsverantwortung an Private, ändert sich weder die Gemeinwohlverantwortung des Staates noch die demokratische Legitimation der öffentlichen Aufgabe. Schliesslich werden die Aufgaben und die zu erreichenden Ziele (das Was) weiterhin **nach politischen Massstäben** definiert.¹²⁶

¹²¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §11 Rz. 7 mit dem Verweis auf die Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten.

¹²² HOFFMANN-RIEM, S. 21; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §11 Rz. 7; MASTRONARDI, Rz. 469; Im Bereich des Fernmeldewesens kann der Bund ein oder mehrere Anbieter zur Grundversorgung heranziehen, wenn sich bei der Ausschreibung der Grundversorgungskonzession kein geeigneter Bewerber findet (Art. 14 FMG).

¹²³ MASTRONARDI, Rz. 469. Wird die übertragene Aufgabe zwar erfüllt, jedoch nur mit unerwünschten Begleitfolgen, so kann der Staat im Rahmen seiner Gewährleistung auch zu einer Abfederung dieser Begleitfolgen verpflichtet sein. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM spricht in diesem Zusammenhang von einer «Abfederungsverantwortung» (S. 21). Dementsprechend war für die Privatisierung des Postwesens in Deutschland eine Grundgesetzänderung erforderlich (vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drucksache 12/6717); Zur Privatisierung der Deutschen Bundespost siehe BLANKE/STERZEL, 278 ff.

¹²⁴ RHINOW et al., §28 Rz. 72.

¹²⁵ BIAGGINI, Art. 92 N 10.

¹²⁶ MASTRONARDI, Rz. 471.

D. Übertragung und Finanzierung der Aufgabe der Grundversorgung an Private

1. Bezeichnung des Aufgabenträgers

38. Art. 92 Abs. 2 BV schreibt vor, dass der Bund für eine ausreichende Grundversorgung zu sorgen hat. Anders als beispielsweise das deutsche Grundgesetz¹²⁷ macht die Bundesverfassung jedoch keine Aussage darüber, *wer* letztlich diese Leistung zu erbringen hat. Als Aufgabenträger kommen grundsätzlich der Bund selbst, eine öffentlich-rechtliche Anstalt, ein staatlich beherrschtes, privatrechtlich organisiertes Unternehmen sowie Private in Frage. Dem Gesetzgeber obliegt es zu entscheiden, wer die Aufgabe in welcher Form am besten wahrnehmen kann.¹²⁸ Die Bezeichnung eines Aufgabenträgers kann dabei direkt im Gesetz erfolgen oder einer Aufsichtsbehörde übertragen werden.

39. Im Bereich des Postwesens wird der Aufgabenträger unmittelbar durch das Gesetz bestimmt¹²⁹. Dabei gibt die Verfassung dem Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Gemäss den verfassungsrechtlichen Vorgaben steht es ihm frei, die Grundversorgung mit Postdiensten einem bundeseigenen Unternehmen mit oder ohne Monopolstellung, einem oder mehreren konzessionierten Anbietern oder dem freien Markt zu übertragen, sofern dieser eine genügende Versorgung bietet¹³⁰. Art. 92 BV schafft grundsätzlich die Möglichkeit, jedoch nicht die Pflicht, die Postdienste im Rahmen eines staatlichen Monopols zu erbringen.¹³¹ Der verfassungsmässige Rahmen überlässt es dem Gesetzgeber einen oder mehrere geeignete Aufgabenträger zu bezeichnen. Während Gesetzesrevisionen seit den 1990er Jahren die Versorgung durch staatliche Monopolbetriebe sukzessive eingeschränkt und immer weitere Bereiche einem regulierten Markt übertragen haben, blieb die verfassungsmässige Kompetenz gemäss Art. 92 BV unverändert.¹³² An dieser Stelle ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine Monopolisierung

¹²⁷ Gemäss Art. 87f GG sind die Postdienstleistungen «durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter» zu erbringen.

¹²⁸ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten Paketpost, S. 4; RHINOW et al, §28 Rz. 72; WEBER, §60 Rz. 27; BUNDESRAT, Botschaft BV 1996, S. 271 f. Art. 92 BV macht sodann keine strukturellen Vorgaben an die Grundversorgung. Es handelt sich hierbei um eine Kompetenzzuweisung an den Bund und nicht um eine Wirtschaftsstrukturnorm. Vgl. dazu HETTICH/STEINER, Art. 92 N 7. Zu Art. 36 aBV siehe LENDI, Art. 36 N 17.

¹²⁹ HETTICH/STEINER, Art. 92 N 26.

¹³⁰ BIAGGINI, Art. 92 N 10

¹³¹ Bereits unter Art. 36 aBV bestand diese Möglichkeit. Siehe dazu BURCKHARDT, S. 308 und LENDI, Art. 36 N 5. BIAGGINI (Art. 92 N 6) ist der Auffassung, dass eine Re-Monopolisierung mit Blick auf die PaketPost aus verfassungsrechtlicher Sicht möglich bleibt. HETTICH et al. (S. 22) stellen an eine Re-Monopolisierung des ehemaligen PTT-Bereichs aus verfassungsrechtlicher Sicht hohe Anforderungen.

¹³² BIAGGINI, Art. 92 N 6. Bereits unter Art. 36 aBV bestand die Möglichkeit das Postwesen einem staatlichen Monopol zu unterstellen. Siehe dazu BURCKHARDT, S. 308 und LENDI, Art. 36 N 5. Mit der Änderung des Wortlauts der Verfassungsbestimmung sollte an der verfassungsmässigen Kompetenz indessen nichts geändert werden. Vgl. dazu BUNDESVERSAMMLUNG, Amtliches Bulletin 1998, S. 292; anderer Auffassung AUBERT, Art. 92 Rz. 6 ff. Er misst der Auseinandersetzung um den Wortlaut von Art. 92 BV nicht nur politische, sondern auch juristische Bedeutung zu. Auch RHINOW et al sind der Auffassung, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 92 «einer partiellen oder vollständigen Privatisierung der früheren Regiebetriebe Post und Swisscom nicht grundsätzlich entgegenstehen [...]. Sichergestellt bleiben muss aber die Grundversorgung in der von Art. 92 Abs. 2 BV geforderten Weise.» (§28 Rz. 78).

des Zahlungsverkehrs ausgeschlossen bleibt, da die Verfassung diesen Bereich über Art. 98 BV der Privatwirtschaft belässt¹³³.

40. Im Rahmen der Liberalisierung des Postwesens und der Auflösung der PTT-Betriebe, übertrug der Bundesgesetzgeber die Kompetenz an die Schweizerische Post als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft¹³⁴. Allerdings ist der Bund gesetzlich verpflichtet, die kapital- und stimmenmässige Mehrheit an der Post zu halten¹³⁵. Die Post ist ihrerseits wiederum dazu verpflichtet, ebenfalls die kapital- und stimmenmässige Mehrheit an der PostFinance AG zu halten¹³⁶. Damit überträgt der Bund die Grundversorgung nach wie vor einem Unternehmen, an welchem er zum jetzigen Zeitpunkt mittelbar 100% der Stimm- und Kapitalmehrheit besitzt. Als Allein- bzw. Mehrheitseigentümer ist der Bund in der Lage, die Aufgabenerfüllung zu gewährleisten bzw. direkt zu steuern¹³⁷. Die Beteiligung des Bundes an der Schweizerischen Post sowie die gesetzliche Regelung der Grundversorgung gelten als «**Pfeiler**» der **Postpolitik** in der Schweiz.¹³⁸

41. Der Aufgabenträger der Grundversorgung muss nicht zwangsläufig durch das Gesetz bestimmt werden. Der Gesetzgeber kann die Entscheidung über den Leistungsträger auch einer Aufsichtsbehörde übertragen, welche die Grundversorgung mittels Ausschreibung an Private vergibt. Im **Fernmeldebereich** verpflichtet der Bund das betroffene Telekommunikationsunternehmen (die Swisscom) über die **Grundversorgungskonzession** zur Erbringung des von Art. 92 BV verlangten Basisangebots¹³⁹. Der Bundesrat hat dabei die Möglichkeit, die Grundversorgung periodisch an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und den Stand der Technik anzupassen¹⁴⁰.

42. Der Bundesgesetzgeber kann der Aufsichtsbehörde auch die Möglichkeit geben, den Leistungsträger in der Grundversorgung durch **Verfügung** zu bestimmen. So erfolgt die Netzzuteilung gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG durch einen einseitigen, hoheitlichen Rechtsakt, welcher den Netzbetreiber zur Leistung verpflichtet¹⁴¹. Der Netzbetreiber hat in dem ihm zugeteilten Gebiet, die entsprechende Grundversorgung zu sichern.

¹³³ Zu Art. 36 aBV siehe LENDI (Art. 36 N 12) wonach eine Monopolisierung im Bereich des Zahlungsverkehrs dadurch beschränkt ist, dass «der Geldverkehr funktionsimmanent auch Teil des der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) unterstehenden Bankgeschäfts ist.»

¹³⁴ Es ist in diesem Zusammenhang von einer rein formellen Privatisierung zu sprechen, da es sich um eine Organisationsprivatisierung mit ausschliesslicher Beteiligung des Bundes handelt (Art. 6 POG).

¹³⁵ Art. 6 POG.

¹³⁶ Art. 14 Abs. 2 POG.

¹³⁷ BÜHLER, Aktiengesellschaften, S. 359; MADER (S. 81) bezeichnet diese Form der Regulierung als «Eignerstrategie». Der Staat ist durch seine Eigentümerstellung in der Lage, das jeweilige Unternehmen zu steuern.

¹³⁸ Bundesrat, Botschaft POG 2009, S. 5280.

¹³⁹ Vgl. Grundversorgungskonzession Nr. 25530 2018 erteilt durch die Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis am 31. Dezember 2022.

¹⁴⁰ Zuletzt wurde die in der Grundversorgung vorgesehene Mindestgeschwindigkeit des Internets durch den Beschluss des Bundesrats ab dem 1. Januar 2020 von 3 auf neu 10 Megabit pro Sekunde erhöht (vgl. Revision der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV), Erläuternder Bericht).

¹⁴¹ RECHTSTEINER/WALDNER, 1289 f.; HETTICH, Infrastrukturverfassung, Rz. 20.

Das gilt nicht zuletzt für Gebiete, in welchen der Anschluss aus Sicht des Netzbetreibers betriebswirtschaftlich unattraktiv ist.¹⁴²

43. Der Verfassung sind keine Vorgaben zu entnehmen, wer die Grundversorgungsleistung im Bereich des Zahlungsverkehrs zu erbringen hat¹⁴³. Es obliegt dem konkretisierenden Bundesgesetzgeber zu entscheiden, wer die verfassungsmässigen Grundversorgungsziele in welcher Form am besten erreichen kann. Während der Gesetzgeber die Grundversorgung im Zahlungsverkehr heute der Post bzw. deren Tochter PostFinance überträgt¹⁴⁴, könnte er auch andere Aufgabenträger in die Pflicht nehmen. Denkbar wäre unseres Erachtens, dass diejenigen Banken, welche im Zahlungsverkehr tätig sind, gestützt auf Art. 92 BV für die Grundversorgung im Bereich des Zahlungsverkehrs herangezogen werden (Art. 98 BV sieht dagegen keine Grundversorgung vor).

2. Finanzierung der Grundversorgung

44. Gemäss Art. 92 Abs. 2 hat der Bund eine preiswerte Grundversorgung zu gewährleisten. Diese Vorgabe der Verfassung soll letztlich sicherstellen, dass die Leistung der Grundversorgung auch in finanzieller Hinsicht für jeden zugänglich ist¹⁴⁵. Da bei der Preisbildung entsprechend nicht nur betriebswirtschaftliche, sondern auch regional- und sozialpolitische Anliegen zu berücksichtigen sind, kann es sein, dass die Kosten der Grundversorgung nicht gedeckt werden können. In diesem Fall ist zumindest bei privaten Leistungsträgern eine anderweitige Kompensation der Grundversorgungsdienste erforderlich.

45. Die Post erbringt die Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs heute grundsätzlich **eigenwirtschaftlich**, d.h. ohne staatliche Subventionen. Damit das möglich ist, verfügt sie über unterschiedliche Instrumente und Privilegien. So kann sie die Kosten, die durch die Verpflichtungen aus der Grundversorgung entstehen, durch Transferzahlungen aus dem ihr zugestandenem reservierten Bereich ausgleichen (**Nettokostenausgleich**)¹⁴⁶. Die Gewinne aus dem reservierten Bereich werden genutzt, um die Kosten der Grundversorgung auch im nicht reservierten Bereich zu decken. In den vergangenen Jahren gelang es offenbar nicht, die Grundversorgung im Bereich des Zahlungsverkehrs kostendeckend zu erbringen¹⁴⁷. Dementsprechend nutzte die Post die Möglichkeit des Nettokostenausgleichs gemäss Art. 51 VPG und glich die Verluste der

¹⁴² TRÜEB/ZIMMERLI, S. 123.

¹⁴³ HETTICH/STEINER, Art. 92 N 7.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2 VPG

¹⁴⁵ HETTICH/STEINER, Art. 92 N 22.

¹⁴⁶ BUNDESRAT, Botschaft PG 2009, S. 5203; BOVET, Art. 92 N 12. 2019 wurden 107 Mio. CHF zwischen den Konzerngesellschaften ausgeglichen. Die Post Finance erhielt 56 Mio. CHF. (POSTCOM, Jahresbericht 2020, S. 38); Eine Querfinanzierung des Wettbewerbsdienstes ist hingegen nach Art. 18 Abs. 1 VPG untersagt. Art. 50 VPG regelt die Einzelheiten der Nettokostenberechnung.

¹⁴⁷ BAKOM, Grundversorgung, S. 51. Auch den Jahresberichten der POSTCOM von 2012-2014 ist eine ständige Kostenunterdeckung bei der Grundversorgung mit Zahlungsdiensten zu entnehmen.

PostFinance mit den Gewinnen aus dem Bereich PostMail aus¹⁴⁸. Da die Umsätze des Postkonzerns rückläufig sind¹⁴⁹, und der Kostenoptimierung durch die gesetzlichen Vorgaben zur Grundversorgung natürliche Grenzen gesetzt sind, gerät dieses Finanzierungsmodell unter Druck¹⁵⁰. Im Rahmen der Vernehmlassung zur Teilrevision des POG wurde das System der Finanzierung als ineffizient und intransparent kritisiert.¹⁵¹ Die Quersubventionierung der Grundversorgung führt entweder dazu, dass der Preis der reservierten Grundversorgungsleistung (politisch) zu hoch ist, oder zu einer (ordnungspolitisch womöglich unerwünschten) Expansion des Grundversorgers in neue ertragreichere Geschäftsfelder¹⁵².

46. Neben der Quersubventionierung aus dem reservierten Universaldienst wären aber auch andere Finanzierungsmechanismen denkbar. Dies zeigt der Blick in die Europäische Union, welche eine vollständige Öffnung der Postmärkte umgesetzt hat. Die Richtlinie 2008/6/EG sieht unterschiedliche Kompensationsmöglichkeiten für die ungedeckten Kosten der Universaldienste vor¹⁵³. Für den Fall, dass die Kosten der Grundversorgung nicht durch festgelegte Einheitstarife und durch die Erträge aus dem Wettbewerbsdienst gedeckt werden können, haben die Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, eine **externe Finanzierungsmöglichkeit** für die Unternehmen zu schaffen. Diese kann sowohl in einer **staatlichen Abgeltung** (Subvention) als auch in der Einführung eines **Ausgleichsfonds** bestehen. Anbieter ausserhalb der Grundversorgung können verpflichtet werden, den Ausgleichfonds zu finanzieren.¹⁵⁴ Während eine analoge Regelung gemäss Botschaft zum Postgesetz von 2009 auch für das Postwesen in der Schweiz vorgesehen war¹⁵⁵, sollte diese nur für die Postdienste, nicht jedoch für die Grundversorgung mit den Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs gelten. In diesem Bereich sollten die Preise so festgelegt werden, dass die Post diese Dienste selbsttragend erbringen kann. Ein darüber

¹⁴⁸ POSTCOM, Jahresbericht 2020, S. 38.

¹⁴⁹ Der Umsatz im Bereich PostMail sank jährlich von 127 Mio. CHF (2017) auf 97 Mio. CHF (2020). (POSTCOM, Jahresbericht 2020, S. 38)

¹⁵⁰ Zu den Gründen vgl. BOVET, Art. 92 N 11 f. -Der Boom im Bereich der Paketpost kann diese Entwicklung nur teilweise auffangen (BAKOM, Grundversorgung, S. 63).

¹⁵¹ BUNDESRAT, Botschaft Änderung POG 2021, S. 35.

¹⁵² HETTICH, Infrastrukturverfassung, N 22.

¹⁵³ Auch die Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG greift die beiden Finanzierungsmöglichkeiten des Universaldienst. Vgl. Art. 13.

¹⁵⁴ BOUCHER-KIND, S. 207 f. mit dem Verweis auf den BUNDESRAT, Marktöffnung, S. 40 f. und die Richtlinie 2008/6/EG. Die Entlastung durch einen Ausgleichfonds ist zwar im Postrecht von 17 Mitgliedsstaaten vorgesehen, auf eine praktische Umsetzung wurde jedoch bislang mit Ausnahme von Polen und Slowenien verzichtet (BAKOM, Grundversorgung, S. 69). Kritisch zu dieser Finanzierungsform HETTICH, Grundversorgung, S. 655. Zur ökonomischen Beurteilung der Finanzierung durch einen Fonds vgl. BÜHLER, Wettbewerb, S. 129 f. Staatliche Abgeltungen für die Grundversorgung sind in der EU hingegen verbreitet. In acht von 27 EU-Staaten sowie im Vereinigte Königreich erhalten die Grundversorger eine Abgeltung aus öffentlichen Mitteln (BAKOM, Grundversorgung, S. 70). Nach FEY/MARTI FREY (S. 100) ist die Finanzierung aus allgemeinen Steuermitteln zu bevorzugen, sofern bei der Grundversorgung das meritorische Motiv überwiegt.

¹⁵⁵ BUNDESRAT, Botschaft PG 2009, S. 5204.

hinaus gehender Finanzierungsmechanismus war gemäss der Botschaft nicht vorgesehen.¹⁵⁶

47. Schliesslich wäre auch eine Abgeltung der Grundversorgung aus dem Staatshaushalt denkbar¹⁵⁷. Beispielsweise kann im Bereich der Fernmeldedienste der Grundversorgungskonzessionär die Deckung seines Verlusts aus der Grundversorgung verlangen (sog. Nettokostenprinzip)¹⁵⁸. Gerade wenn meritorische Motive eine entscheidende Rolle in der Grundversorgung spielen, ist diese Form der Finanzierung zu erwägen¹⁵⁹

48. Letztlich wäre es denkbar, einzelnen Nutzerkategorien bei Bedarf Beiträge zukommen zu lassen, um so die Marktkosten regional zu glätten¹⁶⁰. Gemäss STEFAN BÜHLER seien solche Subjekthilfe-Programme jedoch aufgrund von (wettbewerbs-) politischen Schwierigkeiten nirgends verwendet worden¹⁶¹.

3. Vor- und Nachteile marktnaher Lösungen

49. Verschiedene Ursachen haben dazu geführt, dass die staatlichen Aufgaben sowohl qualitativ als auch quantitativ zugenommen haben¹⁶². Aufgrund dieser zunehmenden Komplexität der Aufgaben sowie der steigenden Staatsverschuldung gerät die staatliche Aufgabenerfüllung in vielen Bereichen an ihre Grenzen¹⁶³. Eine mögliche Lösung bietet die Auslagerung (ehemals) staatlicher Aufgaben an private Leistungsträger. Durch die Übertragung der Aufgabe, entsteht ein Kooperationsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und den Privaten (*Public Private Partnership – PPP*)¹⁶⁴. Mit einer solchen *marktnäheren* Lösung gehen sowohl Vor- als auch Nachteile einher, welche es im Einzelfall abzuwägen gilt.

50. Der Einbezug Privater in die Leistungserbringung kann dazu führen, dass der Staat in gewissem Masse die Kontrolle über die Grundversorgung verliert¹⁶⁵. Ist der Grundversorger im (mittelbaren) Eigentum des Bundes, hat dieser grundsätzlich zwei Möglichkeiten, auf diesen Einfluss zu nehmen. Zum einen kann er mittels Gesetzgebung regulierend in die Grundversorgung eingreifen und so sicherstellen, dass die Leistung den

¹⁵⁶ BUNDESRAT, Botschaft PG 2009, S. 5205.

¹⁵⁷ HETTICH, Infrastrukturverfassung, Rz. 22.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 19 FMG; Der Grundversorgungskonzessionär kann dabei die Deckung der sog. Nettokosten verlangen.

¹⁵⁹ FREY/FREY MARTI, S. 100.

¹⁶⁰ TRÜEB, S. 1190.

¹⁶¹ BÜHLER, Wettbewerb, S. 128 f.

¹⁶² LIENHARDT (S. 5 f.) nennt hier unter anderem «die Geschwindigkeit der Veränderung, die rasante Entwicklung der Informationstechnologien, die Zunahme intermediärer Kräfte, aufwändigere Entscheidungsfindungsprozesse sowie bedeutende demographische Veränderungen.»

¹⁶³ BOLZ, S. 3; RUFERA, S. 82.

¹⁶⁴ HÄFLIN/MÜLLER/UHLMANN, §26 Rz. 1804 f.; BOLZ/EHRENSPERGER/OETTERLI (S. 14) unterscheiden hierbei vor allem zwei Typen von PPP: Einerseits die Beschaffungs-PPP und die Aufgabenerfüllungs-PPP. Bei letzterer geht es vor allem um die Erkenntnis, dass der Staat eine bestimmte öffentliche Aufgabe nicht mehr optimal erfüllen kann.

¹⁶⁵ HETTICH, Grundversorgung, S. 636; BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb, S. 15.

politisch definierten Anforderungen entspricht. Gleichzeitig ist der Bund der Eigentümer der PostFinance, wobei er deren Ziele festlegt, die Generalversammlung kontrolliert und dadurch auch Einfluss auf den Verwaltungsrat besitzt¹⁶⁶. Wird die Erbringung der Grundversorgungsleistung nun auf private Leistungsträger übertragen, so bleibt dem Bund nur noch die Möglichkeit, über eine entsprechende Regulierung Einfluss auf die Grundversorgungsleistung zu nehmen. Er kann beispielsweise private Unternehmen gesetzlich dazu verpflichten, die gewünschte Grundversorgungsleistung zu erbringen¹⁶⁷. Der Kontrollverlust durch die Privatisierung der Grundversorgung liesse sich damit grundsätzlich durch einen geeigneten Regulierungsrahmen kompensieren. Dieser soll einerseits Wettbewerb schaffen und dabei gleichzeitig dafür sorgen, dass die mit der Versorgung verbundenen Ziele erreicht werden¹⁶⁸.

51. Nichtsdestotrotz dient eine solche marktnähere Lösung grundsätzlich der Effizienzsteigerung. Das unternehmerische Handeln der PostFinance ist heute in erheblichem Masse gesetzlich eingeschränkt. So durfte die PostFinance bislang keine Kredite oder Hypotheken vergeben, was sie in der Diversifizierung ihrer Risiken beeinträchtigt haben soll¹⁶⁹. Die staatliche Aufgabenerfüllung ist damit stets dem politischen Einfluss ausgesetzt. Die Privatisierung der Leistungserbringung würde hingegen zu einer Entpolitisierung und gleichzeitig zu einer Flexibilisierung beitragen.¹⁷⁰ Generell wird angenommen, dass es privaten Unternehmen besser gelingt, wirtschaftliche Aufgaben nach betriebswirtschaftlichen Kriterien zu erfüllen. Der Wettbewerb als Anreizsystem erhöht den Effizienz- und Innovationsdruck auf die Marktteilnehmer¹⁷¹. Angetrieben durch die Aussicht auf einen unternehmerischen Gewinn, werden Akteure der Privatwirtschaft stets bemüht sein, die jeweilige Aufgabe möglichst kosteneffizient zu erfüllen¹⁷². Der politische Einfluss beschränkt sich dann auf die Definition der zu erreichenden Ziele. Wie dieses Ziel am besten erreicht werden kann, entscheidet sich unter Wettbewerbsbedingungen zwischen den Privaten. Eine solche Dynamisierung des Prozesses trägt den steigenden Anforderungen der Gesellschaft Rechnung.

52. Nicht zuletzt hat die Übertragung der Grundversorgung auf Private Leistungsträger finanzpolitische Vorteile¹⁷³. Durch die Privatisierung lässt sich der öffentliche

¹⁶⁶ STURNY, S. 284.

¹⁶⁷ BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb, S. 15 f.

¹⁶⁸ RÖHL, S. 836.

¹⁶⁹ STURNY, S. 284; Gemäss der am 30. Juni 2021 veröffentlichten Botschaft zum teilrevidierten Postorganisationsgesetz soll dieses gesetzliche Verbot künftig wegfallen.

¹⁷⁰ JAAG, S. 34.

¹⁷¹ FREY/MARTI FREY, S. 43.

¹⁷² MÜHLENKAMP, S. 6.

¹⁷³ JAAG, S. 34.

Haushalt entlasten. Schliesslich kann sich der Staat von finanziellen Risiken, die sich aus dem operativen Betrieb der Grundversorgung ergeben, entbunden werden¹⁷⁴.

53. Der Erfolg bzw. Misserfolg einer Privatisierung hängt massgeblich von den jeweiligen Transaktionskosten, namentlich von Informations-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten, ab. So gilt es zu berücksichtigen, welche Kosten für eine effektive Überwachung und allfällige Disziplinierung entstehen. Ebenso braucht es Schutzmechanismen, die ein strategisches Verhalten des privaten Leistungsträgers verhindern.¹⁷⁵ Die Auslagerung von Staatsaufgaben bedeutet also nicht, dass auf diese Aufgaben verzichtet wird. Vielmehr nimmt die Komplexität der Aufgaben, im Rahmen der Auslagerung, sogar noch zu. Ebenso nimmt in vielen Fällen die Regulierungsdichte zu. Der Staat muss detaillierte Rahmenbedingungen zur Leistungserbringung schaffen.¹⁷⁶ So kann es mit Blick auf die Grundversorgung erforderlich sein, gewisse Versorgungspflichten festzulegen und zu beaufsichtigen.¹⁷⁷ Der Abbau von Intervention wird damit zum Regulierungstreiber¹⁷⁸.

¹⁷⁴ LIENHARDT, S. 6 f.; VOGEL, S. 33; Der Bundesrat verweist in der Botschaft zum teilrevidierten POG darauf hin, dass die PostFinance aufgrund ihrer Bilanzsumme von 117,2 Mrd CHF ein erhebliches Klumpenrisiko für den Bundeshaushalt darstellt.

¹⁷⁵ HETTICH, Grundversorgung, S. 634; vgl. dazu auch SACK, S. 346 f.

¹⁷⁶ RÜTSCHKE, S. 74 f.; MADER, S. 119.

¹⁷⁷ WALDMANN, S. 173; RÜTSCHKE, S. 74 f.

¹⁷⁸ MADER, S. 119.

Quellenverzeichnis

- APPEL IVO, Rechtliche Strategien im Umgang mit Ungewissheit, in: Ruch Alexander (Hrsg.), *Recht und neue Technologien*, Zürich 2004, S. 123 ff.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Art. 92 + 98 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich 2003.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Band 1, 3. Auflage, Bern 2013.
- BAUMANN PHIL, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, in: Schmid Jörg, *Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Band 138 (2019), S. 227 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, BV, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Auflage, Zürich 2017.
- BIAGGINI GIOVANNI, Was die Verfassung leisten kann und soll (und was nicht) – am Beispiel «Grundversorgung», in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* 116 (2015), S. 113 f.
- BLANKE THOMAS/STERZEL DIETER, Ab die Post? Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost, in: *Kritische Justiz* Vol. 23/3 (1993), S. 278 ff.
- BOLZ URS, Public Private Partnership (PPP) in der Schweiz, in: Biaggini Giovanni et al. (Hrsg.), *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* 105 (2004), S. 561 ff.
- BOLZ URS/EHRENSPERGER MARC/OETTERLI JÖRG, Grundlagen, in: Bolz Urs (Hrsg.), *Public Private Partnership in der Schweiz, Grundlagenstudie, Ergebnis einer gemeinsamen Initiative von Wirtschaft und Verwaltung*, Zürich/Basel/Genf 2005.
- BOUCHER-KIND NATASCHA, *Staatliche Marktteilnahme, Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungsvorgaben am Beispiel der Post*, Bern 2020.
- BOVET CHRISTIAN, Art. 92, in: Martenet Vincent/Dubey Jaques (Hrsg.), *Constitution fédérale, Art. 82 Cst. – dispositions finales, Commentaire Romand*, Basel 2021.
- BÜHLER CHRISTOPH, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, Regulierungsanliegen und -instrumente, in: Kalss Susanne/Fleischer Holger/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), *Der Staat als Aktionär, Neuntes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium*, Tübingen 2019, S. 195 ff.
- BURCKHARDT WALTHER, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Auflage, Bern 1931.
- BURKERT HERBERT/HETTICH PETER/THOUVENIN FLORENT, Eine kritische Geschichte des Informationsrechts, Erlebte, bevorstehende und versäumte Paradigmenwechsel, in: Gschwend Lukas/Hettich Peter/Müller-Chen Markus/Schindler Benjamin/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), *Recht im Digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015*, Zürich/St. Gallen 2015, S. 49 ff.
- DURTSCHI ERNST, *Der Postcheck- und Giro-Verkehr unter besonderer Berücksichtigung schweizerischer Verhältnisse*, Diss. Bern, Calw 1923.
- EHRENSPERGER MARC, *Erfolgsvoraussetzungen von Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau, Eine Zwischenbilanz für die Schweiz mit besonderer Berücksichtigung der Kantone*, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2007.
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Art. 1 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Peter (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Band 1, Bern 2012.
- ENGEL CHRISTOPH, *Voice over IP, Wettbewerbspolitik und Marktrecht*, Bonn 2005.
- FREY RENÉ L./FREY MARTI CLAUDIA, *Privatisierung und Deregulierung*, Zürich/Chur 2012.

- GEIGER HANS/SCHALLER ALEXANDRA/LUGINBÜHL ANDREAS, Umfang und Bedeutung des durch die Post abgewickelten Zahlungsverkehrs in der Schweiz, Eine Studie im Auftrag des Generalsekretariats des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Zürich 2008.
- GRAF DAMIAN K., Praxisänderung im Strafrecht, in: Zürcher Studien zum Strafrecht (ZSt-Str), Band 61, Zürich 2011.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020.
- HAHN OSWALD, Die Postbank, Ihre Stellung in der Bankwirtschaft, Wiesbaden 1978.
- HÄNER ISABELLE et al., Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 8. Auflage, Basel 2014.
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013.
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003.
- HETTICH PETER et al., Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2017 (zit.: Wettbewerbsverzerrungen)
- HETTICH PETER, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 3, Zürich 2020, S. 623 ff.
- HETTICH PETER, Wirksamer Wettbewerb, Theoretisches Konzept und Praxis, Diss. St. Gallen, Bern 2014.
- HETTICH PETER/STEINER THOMAS, Art. 92, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Innovation und Recht, Recht und Innovation, Recht im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016.
- HÖHN ERNST, Praktische Methodik des Gesetzesauslegung, Zürich 1993.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Die Rechtsprechung des BGer zum Einleitungstitel im ZGB in den Jahren 2010-2013, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Band 150 (2014), S. 555 ff.
- JAAG TOBIAS, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Jaag Tobias (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 1 ff.
- KAMECKE ULRICH/KÖRBER TORSTEN, Technological Neutrality in the EC Regulatory Framework for Electronic Communications, A Good Principle Widely Misunderstood, in: European Competition Law Review, Band 29 (2008), S. 330 ff.
- KERN MARKUS, Art. 92 BV, in: Waldmann Bernhard et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- KESHELAVA TORNIKE, Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Eine sprachkritische Untersuchung, in: Niggli Marcel Alexander/Amstutz Marc/Bors Marc (Hrsg.), Grundlegendes Recht, 16, Diss. Basel 2012.
- KÖRBER TORSTEN, Der Grundsatz der Technologieneutralität als Maßstab für die Regulierung von Telekommunikationsmärkten, in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR), Band 6 (2008), S. 146 ff.
- LENDI MARTIN, Art. 36 BV, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1987.
- LIENHARDT ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse Anforderungen Impulse, Bern 2005.

- LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, in: St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft, Band 21, Zürich/St. Gallen 2011, S. 367 ff.
- MADER LUZIUS, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung, Anmerkungen aus legislativer Sicht, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (zsr), Heft 1 Halbband 2, Basel 2004, S. 3 ff.
- MARTENET VINCENT, La notion de service public en droit suisse, in: Tanquerel Thierry/Bellanger François, Le service public, Journée de droit administratif 2005, Genève/Zürich/Bâle 2006.
- MARTENET VINCENT, Verfassungsmässigkeit der Vergabe von Krediten und Hypotheken durch die PostFinance AG, Lausanne 2019 (zit. Gutachten 2019).
- MASTRONARDI PHILIPPE, Verfassungslehre, Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat, Bern/Stuttgart/Wien 2007.
- MÜHLENKAMP HOLGER, Ökonomische Analyse von Public Private Partnership (PPP), PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen?, in: FÖV Discussion Papers, Speyer 2010.
- MÜLLER RETO PATRICK/ZECH HERBERT, Was ist Technikrecht? Herausforderungen der Rechtsordnung im Umgang mit einer «hybriden» Rechtsmaterie, in: Seferovic Goran et al. (Hrsg.), Sicherheit & Recht, Zürich 2019, S. 72 ff.
- RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, in: Rusch Arnold F. (Hrsg.), Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2007, S. 1288 ff.
- RENTSCH FRANK, Die Rolle des Postchecks im Geld- und Kreditsystem unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Diss., Winterthur 1955.
- RHINOW RENÉ A et al., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011.
- RIEMER HANS MICHAEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), Eine Einführung, 2. Auflage, Bern 2003.
- RÖHL HANS CHRISTIAN, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, in: Juristen Zeitung (JZ), Jahrgang 61 (20016), S. 831 ff.
- RUFERA STEFAN, Chancen und Risiken von öffentlich-privaten Partnerschaften (Public Private Partnerships) aus Sicht der öffentlichen Hand, in: Pechlaner Harald /von Holzschuher Wolf/Bachinger Monika (Hrsg.), Unternehmertum und Public Private Partnership, Wissenschaftliche Konzepte und praktische Erfahrungen, Wiesbaden 2009.
- RUFFERT MATTHIAS, Begriffe, in: Fehling Michael/Ruffert Matthias (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, S. 332 ff.
- RÜTSCH BERNHARD, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Heft Nr. 2 (2016), S. 71 ff.
- SACK DETLEF, Rekommunalisierung als neuer Trend?, Zwischen Privatisierungserfahrungen, direkter Demokratie und Haushaltskonsolidierung, in: Gesellschaft Wirtschaft Politik (GWP), Band 63 (2014), S. 339 ff.
- SCHEDLER KUNO/PROELLER ISABELLA, New Public Management, 5. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2011.
- SCHUBERT MANFRED, Die Post im Zahlungs- und Sparverkehr, Frankfurt/Main 1965.
- SCHWANDER IVO, Art. 1 ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stephan (Hrsg.), ZGB Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2016.
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung, in: Müller Markus/Tschannen Pierre (Hrsg.), Kleine Schriften zum Recht, Bern 2009, S. 42 f.

- STURNY THIEMO, Wie weiter mit der PostFinance? Kritische Anmerkungen zur aktuellen und zur vorgeschlagenen neuen Organisationsform der PostFinance, in: Gredig Markus et al. (Hrsg.), Peters Dreiblatt, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 273 ff.
- TRÜEB HANS RUDOLF, Grundversorgung mit Fernmeldediensten, Gemeinwohlaufgabe oder Mittel der Strukturhaltung?, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2002, S. 1186 ff.
- TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl), 112 (2011), S. 113 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014.
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/ SCHMID JÖRG/ RUMO-JUNGO ALEXANDRA, ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015.
- VALLENDER KLAUS A./DRITTENBASS JOEL, Gutachten zur Frage der Verfassungskonformität einer Postbank vom 3. Mai 2019.
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Auflage, Bern 2006.
- VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000.
- WALDMANN BERNHARD, Das Klagelied der Überregulierung, Einige Gedanken zur Normenflut und Normdichte, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, S. 167 ff.
- WALTER HANS PETER, Die Rechtsprechung des BGer zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Heft Nr. 3 (2011), S. 222 ff. (zit. Rechtsprechung 2007-2009).
- WALTER HANS PETER, Die Rechtsprechung des BGer zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2000 bis 2006, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Heft Nr. 11 (2007), S. 725 ff. (zit. Rechtsprechung 2000-2011).
- WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009.
- WEISS WOLFGANG, Europarecht und Privatisierung, in: Di Fabio Udo/Eifert Martin/ Huber Peter M. (Hrsg.), Archiv des öffentlichen Rechts, Jahrgang 128 (2003), S. 91 ff.
- WIEDERKEHR RENÉ/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band 1, Bern 2012.
- ZELLER ERNST, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989.

Materialienverzeichnis

- BAKOM, Aktuelle Herausforderungen im Bereich der Grundversorgung mit Post- und Zahlungsverkehrsdiensten, Bericht vom 22.01.2021. (zit.: Grundversorgung)
- BAKOM, Erfüllung des Grundversorgungsauftrags 2020, abgerufen von: <file:///C:/Users/MSchoeller/Downloads/Erf%C3%BCllung%20des%20Grundversorgungsauftrags%202020.pdf> (14. Juli 2021) (zit.: Erfüllung Grundversorgungsauftrag 2020)
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Postgesetzgebung, Rechtliche Zulässigkeit der Auslagerung eines Geschäftsbereichs der Schweizerischen Post (PaketPost) in eine Konzerngesellschaft (PostLogistics AG), Gutachten vom 20. April 2006, in: JAAC 70.87 (zit.: Gutachten Paket-Post).
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Verfassungsmässigkeit einer Postbank, Gutachten vom 22. November 2006, in: VPB 2009.9, S. 129-140 (zit.: Gutachten Postbank).
- BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates vom 18. September 2015 in Erfüllung von Artikel 35 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (SR. 783.0), Evaluationsbericht 2015 zu den Auswirkungen der Marktöffnung im Postbereich (zit. Marktöffnung).
- BUNDESRAT, Bericht vom 23. Juni 2004 «Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)», in: BBl 2004 4568 (zit. Service public).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG), in: BBl 2009 5265 (zit.: Botschaft POG 2009).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Postgesetz (PG), in: BBl 2009 5181 (zit. Botschaft PG 2009).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, in: BBl 1997 I 1-642 (zit.: Botschaft BV 1996).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 30. Juni 2021 zur Änderung des Postorganisationsgesetzes und zu einem Bundesbeschluss über die Kapitalisierungszusicherung an die Schweizerische Post (zit. Botschaft Änderung POG 2021).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 5. April 1904 zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Annahme und Anweisung von Geldbeträgen im Postcheck- und Giroverkehr, in: BBl II 614-928 (zit.: Botschaft Postscheck- und Giroverkehr 1904).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 5. April 2006 zur Bundesbeteiligung am Unternehmen Swisscom AG, in: BBl 2006 3763 (zit.: Botschaft Bundesbeteiligung 2006).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 8. Mai 2013 zu einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung, in: BBl 2013 3407 (zit. Botschaft Grundversorgung 2013)
- Bundesrat, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht vom 8. Dezember 2017 in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015 (zit. Staat und Wettbewerb).
- BUNDESVERSAMMLUNG, Reform der Bundesverfassung, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1998 (zit.: Amtliches Bulletin 1998).
- DEUTSCHE BANK, Presse-Information vom 28. Februar 2012, Deutsche Bank erhöht Anteil an der Postbank auf 93,7%, abgerufen von: https://www.db.com/newsroom_news/PostbankSettlement_dt_28022012.pdf (14. Juli 2021).
- FINMA, Medienmitteilung vom 07. Dezember 2012, PostFinance AG, FINMA erteilt Bankbewilligung mit Bedingungen, abgerufen von: <https://www.finma.ch/de/news/2012/12/mm-postfinance-20121207/> (14. Juli 2021).

- SNB, Zahlungsmittelumfrage 2020, Umfrage zum Zahlungsverhalten und zur Bargeldnutzung in der Schweiz, abgerufen von: https://www.snb.ch/de/mmr/reference/paytrans_survey_report_2020/source/paytrans_survey_report_2020.de.pdf (14. Juli 2021)
- SWISS PAYMENT MONITOR 2021, Wie bezahlt die Schweiz?, abgerufen von: <https://www.zhaw.ch/storage/hochschule/medien/news/2021/210506-swiss-payment-monitor-kurzbericht-zhaw.pdf> (14. Juli 2021)
- WIK-CONSULT, User Needs in the Postal Sector and Evaluation of the Regulatory Framework, Final Report, Luxembourg 2021.