Kathrin S. Föhse
Dr. iur., Rechtsanwältin

Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz (StromVG)

Unter besonderer Berücksichtigung der Regulierung und Entflechtung des Übertragungsnetzbereichs im 3. Energiebinnenmarktpaket der EU

DIKE

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....VII
Inhaltsverzeichnis.....IX
Abkürzungsverzeichnis.....XVII
Literaturverzeichnis.....XXIV
Materialien.....XXXVIII

Einleitung.....1

I. Stromversorgung in der Schweiz.....4
A. Die schweizerische Stromwirtschaft.....4
B. Überblick zur nationalen Netzgesellschaft.....8
1. Die Swissgrid AG und ihre Vorgängerinnen.....8
2. Die Aufgaben der nationalen Netzgesellschaft gemäss StromVG.....9
3. Das Aktionariat der Swissgrid AG.....10
C. Technische Grundlagen.....11
1. Elektrischer Strom.....11
2. Stromnetze.....12
2.1. Die schweizerische Infrastruktur.....12
2.2. Das europäische Verbundnetz.....13
2.2.1. Räumliche Ausdehnung.....13
2.2.2. Verbund der TSO.....13
3. Stromnetzbetrieb.....14
3.1. Systemdienstleistungen.....15
3.1.1. Allgemein.....15
3.1.2. Im Speziellen: Bilanzgruppen und Bilanzmanagement.....16
3.2. Engpassmanagement.....21
4. Stromhandel.....24
4.1. Ausgangslage.....24
4.2. Der TSO und der Stromgrosshandel.....25
4.3. Börsenmässiger und OTC-Handel.....25
4.4. Spot- und Terminmärkte.....26
4.5. Kraftwerkseinsatz, Stromhandelsgeschäfte, Stromfluss und TSO.....27
D. Zusammenfassung.....29

II. Strommarktregulierung im Überblick 31
A. Wettbewerbsrechtliche Grundlagen 31
1. Rahmenbedingungen 31
1.1. Problemstellung 31
1.2. Lösungsansatz 32
2. Liberalisierung durch Regulierung 33
3. Regulatorische Massnahmen im Einzelnen 35
3.1. Netzanschluss- und Netzzugangsregulierung 35
3.2. Entflechtung 37
3.2.1. Buchhalterische Entflechtung (Unbundling of Accounts) 38
3.2.2. Organisatorische Entflechtung (Department Unbundling) und informationelle Entflechtung 39
3.2.3. Operationelle Entflechtung (Management Unbundling) 40
3.2.4. Rechtliche Entflechtung (Legal Unbundling) 40
3.2.5. Eigentumsrechtliche Entflechtung (Ownership Unbundling) 41
3.2.6. Personelle Entflechtung 41
3.3. Netzbetriebsregulierung 42
3.4. Einsetzung eines Regulators 42
B. Strommarktregulierung in der EU 42
1. Das EU-Energiebinnenmarktrecht und die Schweiz 42
2. Strommarktliberalisierung in Europa – die Anfänge 44
3. Das erste Binnenmarktpaket für Energie 45
4. Das zweite Binnenmarktpaket für Energie 46
4.1. Begründung zum Erlass 46
4.2. Die Rechtsakte des zweiten Binnenmarktpaketes 47
4.3. Das Marktzugangsmodell der Beschleunigungsrichtlinie für Strom 47
4.4. TSO in der Beschleunigungsrichtlinie für Strom 48
4.5. Fazit 48
5. Das dritte Binnenmarktpaket für Energie 48
5.1. Begründung zum Erlass und Rechtsakte 48
5.2. Zentrale Elemente des dritten Energiebinnenmarktpakets 51
5.3. Der institutionelle Rahmen des dritte Energiebinnenmarktpakets 52

C. Strommarktregulierung in der Schweiz 55
1. (Verfassungs-)rechtliche Grundlagen 55
2. Die Erlasse zur schweizerischen Strommarktordnung 58
3. Das EMG 59
3.1. Das Marktzugangsmodell des EMG und die Regulatorin 59
3.2. Der TSO im EMG 60
4. Das StromVG 61
4.1. Das Marktzugangsmodell des StromVG 62
4.2. Die Regulatorin im StromVG 64
4.3. Der TSO im StromVG 65

III. Entflechtung der Übertragungsnetze in der EU 66
A. TSO in der EU 66
1. Vorbemerkung 66
B. Das Ownership Unbundling (OU) 67
1. OU i.e.S. 67
2. Die personelle Entflechtung im OU 71
3. Die informationelle Entflechtung im OU 71
C. Der unabhängige Netzbetreiber oder Independent System Operator (ISO) 72
1. Aufgaben des ISO 72
2. Pflichten des Netzeigentümers 73
3. Erfordernisse für die Zulassung eines ISO 73
3.1. Entflechtung des ISO – Separierung des Netzbetriebes 73
3.2. Nachweis des ISO zur Fähigkeit zur Erfüllung der Aufgaben 74
3.3. Entflechtung des Übertragungsnetzeigentümers 74
4. Zusätzliche Aufgaben des Regulators beim ISO-Modell 74
D. Der unabhängige Übertragungsnetzbetreiber oder Independent Transmission Operator (ITO) 75
1. Massnahmen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit – die Ausstattung des ITO zum Zwecke der Entflechtung 75
1.1. Vermögenswerte (Assets), Personal, IT, Finanzen, Kompetenzen, Marketing 75
1.2. Vorschrift zur Rechtsform des ITO 78
1.3. Anforderungen an die Konzernstruktur 78
1.4. Das Aufsichtsorgan von Art. 20 L 2009/72/EG 79
1.5. Weitere Massnahmen zur Sicherung der Unabhängigkeit 80

1.5.1. Buchhalterische Entflechtung 80
1.5.2. Informationelle Entflechtung 81
1.5.3. Personelle Entflechtung 81
1.5.4. Der Gleichbehandlungsbeauftragte 83
2. Zusätzliche Aufgaben des Regulators beim ITO-Modell 85
E. Der "ITO plus" – ein vierter Weg? 85
1. Art. 9 Abs. 9 L 2009/72/EG 85
2. Bedeutung 89
F. Das Zertifizierungsverfahren 89
1. Verfahren und Zuständigkeit 89
2. Die Schwerpunkte der Kommission bei der Zertifizierung 90
2.1. OU-Zertifizierungen 91
2.1.1. Interessenkonflikte von Anteilseignern 91
2.1.2. Zertifizerungen staatlicher TSO im OU 91
2.2. ITO-Zertifizierungen 93
2.3. ITO plus am Beispiel von Eirgrid 94
G. Zusammenfassung 97
IV. Die Entstehung der Normen zur nationalen Netzgesellschaft 99
A. Vorparlamentarische Phase 99
1. Erarbeitung der Vernehmlassungsvorlage 99
1.1. Politisch und rechtlich diskutierte Themenkreise 100
1.2. Der Vorentwurf zum StromVG (VE StromVG) 102
1.2.1. Erlasstexte des Vorentwurfs 102
1.2.2. Erläuterungen 104
1.3. Fazit 105
1.3.1. Rechtsform 105
1.3.2. Spezielle Vorschriften zur Entflechtung 105
1.3.3. Übrige Vorschriften zur Organisation 106
1.4. Vergleich zum EMG 106
2. Die Erarbeitung der Botschaft des Bundesrates 107
2.1. Ergebnisse der Vernehmlassung 107
2.2. Überarbeiteter Erlassentwurf 108
2.2.1. Erlasstexte im Entwurf des Bundesrates 108
2.2.2. Vergleich von Vorentwurf und Entwurf 109
3. Fazit – die Botschaft des Bundesrates 111
3.1. Rechtsform 111
3.2. Spezielle Vorschriften zur Entflechtung 111

3.3. Übrige Vorschriften zur Organisation 112
B. Parlamentarische Phase 112
1. Die parlamentarischen Beratungen 112
1.1. 20. September 2005, Nationalrat 113
1.1.1. Art. 18a Abs. 2 EleG (Rechtsform) 113
1.1.2. Art. 18a Abs. 4 EleG (personelle Entflechtung) 115
1.1.3. Art. 18a Abs. 5 EleG (Abordnung in den VR) 117
1.2. Fazit 118
1.3. 3. Oktober 2006, Ständerat 119
1.3.1. Die Vorarbeiten der UREK-S 119
1.3.2. Der Vorschlag der Subko. der UREK-S 119
1.3.3. Antrag der UREK-S im Ständerat (3. Oktober 2006) 122
1.4. 11. Dezember 2006, Nationalrat 124
1.5. 7. März 2007, Ständerat 125
1.6. 12. März 2007, Nationalrat und Schlussabstimmungen vom 23. März 2007 126
C. Zusammenfassung 126

V. Entflechtung der Übertragungsnetze in der Schweiz 129
A. Vorbemerkung 129
1. Rechtsetzung und Parlament 129
2. Methode der Auslegung 131
B. Die eidgenössischen Gerichte zur nationalen Netzgesellschaft 132
1. Das Bundesgericht 132
2. Das Bundesverwaltungsgericht – BVGE 2013/13 132
C. Rechtliche Qualifikation der nationalen Netzgesellschaft und ihrer Aufgaben 134
1. Einleitende Bemerkungen zur Vorgehensweise 134
2. Rechtliche Qualifikation des Übertragungsnetzbetriebs 135
2.1. Der Begriff der staatlichen Aufgabe 135
2.2. Das rechtliche Monopol im Übertragungsnetzbereich 139
2.2.1. Rechtliches Monpol und staatliche Aufgabe 139
2.2.2. Unmittelbares und mittelbares rechtliches Monopol 144
2.3. Die staatliche Verantwortung im Übertragungsnetzbereich 146
2.4. Fazit 148
3. Verfügungsbefugnis der nationalen Netzgesellschaft? 149
3.1. Grundlagen 149

3.2. Anhaltspunkte im StromVG 150
3.3. Fazit 156
4. Exkurs: Privatisierung des Übertragungsnetzbereichs? 156
4.1. Begriff der Privatisierung 157
4.2. Fazit 158
5. Die rechtliche Qualifikation des schweizerischen TSO 159
5.1. Bisherige Erkenntnisse 159
5.2. Die privatrechtliche AG in Art. 18 Abs. 1 StromVG 160
5.2.1. Einschränkungen der Rechte der GV und des VR 162
5.2.2. Positiv umschrieben: Die zwingenden Vorgaben des Gesetzgebers 163
5.3. Zwischenergebnis 164
5.4. Denkbare Rechtsform(en) 164
5.4.1. Definition der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft 166
5.5. Fazit 168
6. Exkurs: Verstaatlichung des Übertragungsnetzbereichs? 169
6.1. Der Begriff der Verstaatlichung 170
6.1.1. Der Begriff der Verstaatlichung in der parlamentarischen Debatte 170
6.1.2. Der Begriff der Verstaatlichung in Lehre und Rechtsprechung 171
6.2. Fazit 173
D. Würdigung der übrigen Vorschriften zur nationalen Netzgesellschaft 174
1. Vorbemerkung – Probleme und Leitlinien der Regulierung 174
2. Die Entflechtung im geltenden Recht 177
2.1. Eigentumsrechtliche Entflechtung 177
2.2. Personelle Entflechtung 180
2.2.1. Verwaltungsrat 180
2.2.2. Geschäftsleitung 182
2.2.3. Weitere Anforderungen 183
2.3. Informationelle Entflechtung 183
3. Schweizerische Beherrschung und Föderalismus 185
3.1. Schweizerische Beherrschung 185
3.1.1. Die Vorschriften zum Aktionariat von Art. 18 Abs. 3 StromVG 185

3.1.2. Das Beherrschen des Kapitals und der damit verbundenen Stimmrechte 197
3.1.3. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte nach Art. 18 Abs. 4 StromVG 200
3.1.4. Das Kotierungsverbot 204
3.2. Föderalistische Elemente 206
E. Zusammenfassung 208

VI. Die nationale Netzgesellschaft de lege ferenda 213
A. Vorbemerkung 213
B. Rechtsform der nationalen Netzgesellschaft 214
1. Ausgangslage 214
2. Die Staatsaufgabe Übertragungsnetzbetrieb 215
2.1. Grenzen der Privatisierung des Übertragungsnetzbetriebs 215
2.2. Gründe für die Schaffung einer staatlichen Aufgabe 218
2.3. Fazit 220
3. Die Rechtsform der Aufgabenträgerin 221
3.1. Ausgangslage 221
3.2. Möglichkeiten zur rechtlichen Ausgestaltung 222
4. Fazit 224
C. Rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft 226
1. Wettbewerbsrechtliche Aspekte – die Entflechtung 226
1.1. Vorbemerkung 226
1.2. Das Aktionariat 227
1.2.1. Möglichkeiten zur Einflussnahme über die GV 227
1.2.2. Die Vorkaufsrechte gemäss Art. 18 Abs. 4 StromVG 230
1.2.3. Problem einer Mehrheitsbeteiligung eines EVU? 230
1.2.4. Beteiligung des Bundes 232
1.3. Fazit 233
1.4. Personelle und informationelle Entflechtung 234
1.4.1. Personelle Entflechtung 234
1.4.2. Informationelle Entflechtung 235
1.5. Fazit 236
2. Schweizerische Beherrschung und Kapitalbeschaffung 236
2.1. Schweizerische Beherrschung 236
2.2. Börsenkotierung 239

3. Staatliche Kontrolle und Verantwortung 241
3.1. Spezielle Kompetenzen der Regulatorin 243
3.2. Corporate Governance 244
3.2.1. Corporate Governance bei der nationalen Netzgesellschaft 244
3.2.2. Abordnung von Behördenvertretern in den Verwaltungsrat 246
3.2.3. Genehmigungsvorbehalt für Statutenänderungen 248
3.3. Parlamentarische Oberaufsicht 248
3.4. Personalwesen 250
3.5. Haftungsregime für Gesellschaft und Personal 251
3.6. Diverses 255
3.6.1. Rechtsschutz 255
3.6.2. Beschaffungsrecht, Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip 257
3.6.3. Direkte Steuern 257
D. Zusammenfassung 258

VII. Ergebnisse 263

Stichwortverzeichnis 265