

3. ABSCHNITT: SCHWEIZERISCHES ÜBERTRAGUNGSNETZ

ART. 18

Nationale
Netzgesellschaft

¹ Das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene wird von der nationalen Netzgesellschaft betrieben; diese hat die Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz.

² Die Netzgesellschaft muss Eigentümerin des von ihr betriebenen Netzes sein.

³ Die Netzgesellschaft muss sicherstellen, dass ihr Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte direkt oder indirekt mehrheitlich Kantonen und Gemeinden gehören.

⁴ Die Kantone, die Gemeinden und schweizerisch beherrschte Elektrizitätsversorgungsunternehmen haben ein Vorkaufsrecht an den Aktien der Netzgesellschaft. Die Statuten der Netzgesellschaft regeln die Einzelheiten.

⁵ Die Anteile der Netzgesellschaft dürfen nicht an der Börse kotiert sein.

⁶ Die Netzgesellschaft darf weder Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung, -verteilung oder -handel ausüben noch Beteiligungen an Unternehmen besitzen, die in diesen Bereichen tätig sind. Der Bezug und die Lieferung von Elektrizität aus betriebsnotwendigen Gründen, insbesondere zur Bereitstellung der Systemdienstleistungen, sind zulässig.

⁷ Die Mehrheit der Mitglieder und der Präsident des Verwaltungsrats sowie die Mitglieder der Geschäftsleitung dürfen nicht Organen von juristischen Personen angehören, die Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung oder -handel ausüben, oder in einem Dienstleistungsverhältnis zu solchen juristischen Personen stehen.

⁸ Den Kantonen ist in den Statuten das Recht einzuräumen, zwei Vertreterinnen oder Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen. Sie berücksichtigen dabei

eine ausgewogene Vertretung der Regionen.

⁹ Die Vertretung der verschiedenen Erzeuger- und Verbraucherregionen ist in den Organen sicherzustellen.

Société nationale du réseau
de transport

¹ Le réseau de transport à l'échelon de la Suisse est exploité par une société nationale du réseau de transport; celle-ci revêt la forme d'une société anonyme de droit privé ayant son siège en Suisse.

² La société nationale doit être propriétaire du réseau qu'elle exploite.

³ La société nationale veille à ce que son capital et les droits de vote en résultant soient détenus en majorité, directement ou indirectement, par les cantons et les communes.

⁴ Les cantons, les communes ainsi que les entreprises d'approvisionnement en électricité à majorité suisse disposent d'un droit de préemption sur les actions de la société nationale. Les statuts de celle-ci règlent les modalités.

⁵ Les parts de la société nationale ne peuvent être cotées en bourse.

⁶ La société nationale ne peut ni exercer d'activités dans les secteurs de la production, de la distribution ou du commerce d'électricité, ni détenir de participations dans des sociétés exerçant de telles activités. L'acquisition et la fourniture d'électricité pour les besoins de l'exploitation, notamment pour les services-système, sont admises.

⁷ La majorité des membres et le président du conseil d'administration ainsi que les membres de la direction ne peuvent ni appartenir à des organes de personnes morales actives dans le secteur de la production ou du commerce d'électricité, ni être sous contrat de service avec de telles personnes morales.

⁸ Les statuts accordent aux cantons le droit de déléguer deux représentants au conseil d'administration. Les cantons veillent à cet égard à une représentation équilibrée des régions.

⁹ La représentation des différentes régions de production et de consommation doit être assurée au sein des organes.

Società nazionale di rete

¹ La rete di trasporto per l'intero territorio svizzero è gestita dalla società nazionale di rete; tale società riveste la forma giuridica di una società anonima di diritto privato con sede in Svizzera.

² La società di rete deve essere proprietaria della rete da essa gestita.

³ La società di rete deve garantire che il capitale e i relativi diritti di voto appartengano in maggioranza, direttamente o indirettamente, ai Cantoni e ai Comuni.

⁴ I Cantoni, i Comuni e le imprese d'approvvigionamento elettrico in mani svizzere hanno un diritto di prelazione sulle azioni della società di rete. Gli statuti della società di rete disciplinano i particolari.

⁵ Le azioni della società di rete non possono essere quotate in borsa.

⁶ La società di rete non è autorizzata a svolgere attività nei settori della generazione, della distribuzione o del commercio di energia elettrica né a detenere partecipazioni in imprese che sono commercialmente attive in tali settori. Sono ammessi l'acquisto e la fornitura di energia elettrica per necessità di gestione, in particolare per approntare le prestazioni di servizio relative al sistema.

⁷ La maggioranza dei membri e il presidente del consiglio di amministrazione, nonché i membri della direzione, non possono appartenere a organi di persone giuridiche che esercitano attività nei settori della generazione o del commercio di energia elettrica, né intrattenere rapporti di prestazione di servizi con tali persone giuridiche.

⁸ Gli statuti conferiscono ai Cantoni il diritto di delegare due rappresentanti nel consiglio di amministrazione. I Cantoni si adoperano per assicurare una rappresentanza equilibrata delle regioni.

⁹ Negli organi devono essere rappresentate le diverse regioni dei produttori e dei consumatori.

Inhaltsverzeichnis

I. Entstehungsgeschichte	1527
1. Die nationale Netzgesellschaft und ihre Vorgängerinnen.....	1527
2. Entstehungsgeschichte der Bestimmung	1528
II. Kommentierung.....	1531
1. Abs. 1 und 2.....	1531
2. Abs. 3, 4 und 5.....	1532

a.	Vorschrift zur Zusammensetzung des Aktionariats (Abs. 3).....	1533
b.	Sicherstellen der «schweizerischen Beherrschung»	1537
c.	Vorkaufsrechte (Abs. 4).....	1538
d.	Kotierungsverbot (Abs. 5).....	1545
3.	Abs. 6 und 7.....	1546
4.	Abs. 8 und 9.....	1547
III.	Kasuistik.....	1549

Materialien

Bericht BFE Stromausfall; Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 1983 II 745, 803 (206.33); Botschaft EMG, BBl 1999 7370; Botschaft StromVG, BBl 2005 1611; EMG, BBl 2000 6189; Organisation der Stromversorgung; BFE, Erläuternder Bericht E-StromVG, BBl 2005 1689; European Commission, Commission Staff Paper, The Unbundling Regime; Konsultation UREK-S; Konsultation UREK-S, Ergebnisbericht; Mitteilung der Kommission; RÜTSCHÉ/BJ, Rechtsgutachten.

Literatur

BÖCKLI, Aktienrecht; GYGI, Verwaltungsrecht; FÖHSE, Netzgesellschaft; HAFNER, Staatsaufgaben, BJM 2004, S. 281; HÄNER, Grundrechtsgeltung, AJP 11/2002, S. 1144; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht; AUTOR, in: Honsell et al., Basler Komm. OR II; AUTOR, in: Honsell et al., Basler Komm. ZGB I; AUTOR, in: Honsell et al., Basler Komm. ZGB II; KERN, Privatisierung; MANNHART/WEBER, Neues Strompreisrecht, ZBl 109 (2008), S. 453; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht; RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht; RÜTSCHÉ, Öffentliche Aufgaben, recht, 2013, S. 153; SCHEFER, Schutzpflichten, AJP 11/2002, S. 1131; AUTOR, in: Siffert/Turin, Handkommentar HRegV; STÖCKLI, Behördenmitglieder; SUTTER-SOMM, Das Monopol; AUTOR, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz; TSCHANNEN, Privatisierung, in: Wiegand, Rechtliche Probleme der Privatisierung; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit; WALDNER, Stromliefervertrag, AJP 10/2010,

S. 1311; WALTHER, Kooperative Steuerungsinstrumente; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht.

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

1. Die nationale Netzgesellschaft und ihre Vorgängerinnen

- 1 Das Übertragungsnetz ist eine Schlüsselinfrastruktur für den nationalen und internationalen Stromhandel und Stromaustausch. Die (internationale) Vernetzung auf Höchstspannungsebene dient aber insbesondere auch der Gewährleistung der Netzstabilität und damit generell der Versorgungssicherheit.¹ 1958 wurden in Laufenburg erstmals die Elektrizitätsnetze von Deutschland, Frankreich und der Schweiz miteinander verbunden. Für die Koordination des Übertragungsnetzbetriebs sowie der Import- und Exportgeschäfte sorgte ab diesem Zeitpunkt bis ins Jahr 2000 die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL).²
- 2 Im Jahr 2000 gründeten die schweizerischen Überlandwerke³ und Eigentümerinnen der Übertragungsnetze, ihrerseits fast alle gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder gar Teil der Zentralverwaltung eines Gemeinwesens, die ETRANS AG.⁴ Diese sorgte zuletzt über das sog. Fahrplanbilanzgruppensystem für die Koordination des Hochspannungsnetzbetriebs sowie der Import- und Exportgeschäfte⁵ und betrieb das schweizerische Übertragungsnetz bereits als eine sog. Regelzone (vgl. nun Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG). Entsprechend der Versorgungsgebiete ihrer Aktionärinnen war diese Regelzone aber – im Gegensatz zu heute (s. Rz. 3) – noch in sieben sog. Bilanzzonen aufgeteilt.⁶
- 3 Ende September 2002 scheiterte der erste Versuch der «Institutionalisierung» einer schweizerischen Netzgesellschaft in Form einer privatrechtlichen AG mit Sitz in der

¹ Vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 7 N. 103 f.

² FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 29.

³ Damals die Nordostschweizerische Kraftwerke AG (NOK), die Centralschweizerische Kraftwerke AG (CKW) und die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, alle drei nun Teil des Axpo-Konzerns, die Energie de l'Ouest Suisse SA (EOS) und die Aare Tessin AG für Elektrizität (Atel), beide heute Teil Alpiq-Konzerns, die BKW FMB Energie AG (BKW) und das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ); zum Begriff s. bei WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 3 N. 14 (FÖHSE, Netzgesellschaft, Fn. 27).

⁴ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 30.

⁵ Vgl. die Darstellung in Botschaft StromVG, BBl 2005 1611, 738 ff.

⁶ Weiterführend FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 54 f.

Schweiz in der Referendumsabstimmung zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG;⁷ s. Art. 9 Abs. 1 EMG). Nicht zuletzt wegen des steigenden politischen Drucks aufgrund eines auf mangelhafte Koordination des Übertragungsnetzbetriebs zurückgeführten Zwischenfalls Ende September 2003 (ein Ausfall einer wichtigen Transitleitung führte zu einem Blackout in ganz Italien)⁸, gründeten die damaligen Eigentümerinnen der Übertragungsnetze Anfang Januar 2005 die heutige «nationale Netzgesellschaft» unter der Firma Swissgrid AG.⁹ Diese nahm Ende 2006 – also bereits vor Inkrafttreten des StromVG – die operative Tätigkeit auf. Sie betreibt das Übertragungsnetz seit Anfang 2009 wie nunmehr international üblich im sog. Bilanzgruppenmodell.¹⁰ Darin führt sie es als eine Regelzone (Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG), ist einzige Ansprechpartnerin im Übertragungsnetzbereich und mittlerweile auch weitgehend¹¹ Eigentümerin der entsprechenden Netze bzw. Netzbestandteile. Die sieben Bilanzzonen sind im besagten System des Bilanzgruppenmodells entbehrlich.

- 4 Der Gründung voran gegangen war ein Verfahren bei der Wettbewerbskommission (WEKO), die den Zusammenschluss zunächst nur mit Auflagen genehmigte.¹² Dieser Entscheid wurde durch die Rekurskommission EVD indes wieder aufgehoben, was das Bundesgericht geschützt hat.¹³

2. Entstehungsgeschichte der Bestimmung¹⁴

- 5 Die Regulierung des Übertragungsnetzbereichs, insbesondere die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft, war angesichts ihrer für die schweizerische Stromversorgung zentralen Rolle politisch höchst umstritten. Aufgrund der potenziellen Eingriffstiefe wettbewerbsrechtlich motivierter Bestimmungen zur

⁷ Elektrizitätsmarktgesetz (EMG), BBl 2000 6189.

⁸ S. Bericht BFE Stromausfall, S. 6.

⁹ Vgl. WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 N. 6 f.; FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 30 f.

¹⁰ S. hierzu die Ausführungen von WALDNER, Stromliefervertrag, S. 1311, S. 1314 f.; FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 33 f. und 54 f.

¹¹ Gegenwärtig gibt es noch einige wenige Anlagen bzw. Anlagenteile, die noch nicht übertragen wurden.

¹² Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005, in: RPW 2005/2, S. 347 ff.

¹³ Verfügung der Rekurskommission EVD (REKO/EVD) vom 1. Mai 2006, in: RPW 2006/2, S. 310 ff., die – in aussergewöhnlich scharfer Kritik an der Vorinstanz – einen Markt im Bereich der Stromübertragung im Höchstspannungsnetz (Übertragungsnetz) verneinte; das Urteil wurde schliesslich mit BGE 133 II 104 bestätigt (FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 33 f.).

¹⁴ Vgl. zum Ganzen ausführlich bei FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 278 ff.

Entflechtung in Grundrechte der Betroffenen war sie überdies auch aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch. Zur Erarbeitung der Vernehmlassungsvorlage hatte das UVEK im Nachgang an die verlorene Referendumsabstimmung zum EMG eine Expertenkommission eingesetzt, die die politische Richtung des Vorentwurfes (VE) mitprägte.¹⁵

- 6 In Bezug auf die Materialien wichtig zu wissen ist, dass ursprünglich vorgesehen war, die Regeln zum Übertragungsnetz vorgezogen über eine Änderung des EleG in Kraft zu setzen. Man verhoffte sich davon u.a. eine bessere Grundlage zur Aufnahme von Verhandlungen mit der EU.¹⁶ Das Parlament hat in der Folge indes auf diese vorgezogene Änderung des EleG verzichtet.¹⁷ Die Materialien zu den entsprechenden Entwürfen zur Änderung des EleG sind aber dennoch zu berücksichtigen, weil sie zur Auslegung gleichlautender Bestimmungen des StromVG herangezogen werden können.¹⁸
- 7 Der bundesrätliche Vorschlag hatte in den anschliessenden parlamentarischen Beratungen einen schweren Stand. Der grösste Teil der heute geltenden Regelungen ist in einer Subkommission der UREK des Ständerates (UREK-S) entstanden. Sie hatte – was aussergewöhnlich ist – zu ihren Vorschlägen eigens eine schriftliche Konsultation¹⁹ durchgeführt und überdies ein Rechtsgutachten beim Bundesamt für Justiz²⁰ in Auftrag gegeben. Beides ist publiziert und damit öffentlich zugänglich.
- 8 Klar abgelehnt wurde schon im Nationalrat, in diesem Fall der Erstrat, zunächst ein Antrag, für den Übertragungsnetzbetrieb eine öffentlich-rechtliche Anstalt zu schaffen.²¹ Die Rechtsform als AG wurde auch nachfolgend nicht mehr in Frage gestellt. Eine einschneidende Änderung im Vergleich zum Entwurf des Bundesrates – aber auch zum damaligen EMG – ist die über den Ständerat eingeführte Pflicht der Eigentümerinnen des Übertragungsnetzes, dieses innert fünf Jahren nach Inkrafttreten des StromVG auf die nationale Netzgesellschaft zu übertragen (Art. 18 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 4 StromVG). Sie können bzw. sollen aber nach wie vor An-

¹⁵ S. BFE, Erläuternder Bericht E-StromVG, S. 21; vgl. auch FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 166 f.

¹⁶ S. Botschaft StromVG 1624; s. auch WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 2 N. 22.

¹⁷ Vgl. dazu die Ausführungen des damaligen Präsidenten der UREK S, CARLO SCHMID-SUTTER (AB 2006 S 823).

¹⁸ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 279 f.

¹⁹ S. AB 2006 S 823 und Konsultation der UREK-S.

²⁰ RÜTSCHKE/BJ, Rechtsgutachten.

²¹ Vgl. AB 2005 N 1026.

teile an der nationalen Netzgesellschaft halten (Art. 18 Abs. 3 und 4 und Art. 33 Abs. 4 StromVG). Im Wesentlichen wurde hierzu ins Feld geführt, dass durch die Konzentration von Eigentum und Betrieb des Übertragungsnetzes komplizierte Verträge über das Zurverfügungstellen des Übertragungsnetzes entfielen und Entschiede über Erneuerung und Unterhalt nicht mehr zwischen Übertragungsnetzbetreiberin und Netzeigentümerinnen abgestimmt werden müssten.²²

- 9 Die ursprüngliche Idee der Subkommission der UREK-S, wonach die Kantone und Gemeinden (direkt) die Aktienmehrheit an der nationalen Netzgesellschaft halten sollten und für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) als bisherige Aktionärinnen nur noch eine Minderheitsbeteiligung zulässig gewesen wäre, wurde nach der Konsultation aufgrund des mehrheitlichen Widerstands der Kantone wieder aufgegeben.²³
- 10 Ein anderes Gesicht bekommen hat weiter die Vorschrift zur personellen Entflechtung. Nunmehr sollte ein Doppelmandatsverbot nur bezogen auf die Mehrheit der Mitglieder und den Präsidenten des VR sowie für die Mitglieder der Geschäftsleitung gelten. Ein vollständiges Doppelmandatsverbot wollte das Parlament indessen nicht. Dies wurde v.a. damit begründet, dass es wichtig sei, dass im VR Personen aus der Branche vertreten sind, wovon man sich versprach, dass Fachwissen eingebracht wird.²⁴
- 11 In Bezug auf das Thema der schweizerischen Beherrschung der nationalen Netzgesellschaft war man sich im Übrigen weitgehend einig, dass diese v.a. aufgrund der strategischen Bedeutung des Übertragungsnetzes für die Schweiz erforderlich sei. So hat der Nationalrat das vom Ständerat eingebrachte Vorkaufsrecht für Kantone, Gemeinden und schweizerisch beherrschte EVU (Art. 18 Abs. 4 StromVG) ohne Diskussionen übernommen.²⁵
- 12 Schliesslich gab der Nationalrat der Normierung noch eine verstärkt föderalistische Note, indem die Kantone nach Art. 18 Abs. 8 StromVG eine ausgewogene Vertretung der Regionen bei der Entsendung von Verwaltungsräten berücksichtigen sollen und ebenso in den Organen der Gesellschaft die Vertreter der verschiedenen

²² Vgl. Konsultation UREK-S, S. 4 und AB 2006 S 849 ff.

²³ S. Konsultation UREK-S, Ergebnisbericht, S. 2 f.

²⁴ Vgl. AB 2005 N 1030.

²⁵ Vgl. AB 2006 N 1763.

Erzeuger- und Verbraucherregionen zu berücksichtigen sind (Art. 18 Abs. 9 StromVG).

II. KOMMENTIERUNG

1. Abs. 1 und 2²⁶

- 13 Nach Art. 18 Abs. 1 StromVG wird das Übertragungsnetz (s. Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG) auf gesamtschweizerischer Ebene von der nationalen Netzgesellschaft betrieben. Der Gesetzgeber hat damit das natürliche Monopol im Übertragungsbereich zu einem *rechtlichen Monopol* gemacht.²⁷ Die nationale Netzgesellschaft hat das *ausschliessliche* Recht – aber auch die Pflicht – das Übertragungsnetz in der Schweiz zu betreiben (vgl. dazu auch Art. 20 Abs. 1 StromVG).²⁸
- 14 Diese Exklusivität unterstreicht auch Art. 18 Abs. 2 StromVG, wonach die Netzgesellschaft Eigentümerin des von ihr betriebenen Netzes sein muss. Dieses Eigentum sollte ihr innert fünf Jahren nach Inkrafttreten des StromVG übertragen werden (Art. 33 Abs. 4 StromVG). Der Bund hat der Privatwirtschaft bzw. den bisherigen Eigentümerinnen von Übertragungsnetzen damit die Möglichkeit einer Betätigung in diesem Bereich (auch) formell gänzlich *entzogen*.²⁹
- 15 Gemäss Art. 18 StromVG ist die nationale Netzgesellschaft eine *privatrechtliche* AG. Gemeinhin dürfte unter einer privatrechtlichen AG das verstanden werden, was das OR in Art. 620 Abs. 1 vorsieht: eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum Voraus bestimmtes Kapital (Aktienkapital) in Teilsummen (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Die AG wird i.d.R.

²⁶ Vgl. dazu weiterführend bei FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 449 ff.

²⁷ Vgl. BVGE 2013/13 E. 5.5 S. 180; vgl. dazu auch die Anmerkungen in der Botschaft zu Art. 8 Abs. 1 EMG, der im Wortlaut nahezu identisch ist (Botschaft EMG, 7465); vgl. weiterführend FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 397 ff.

²⁸ S. zum Begriff des rechtlichen Monopols HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N. 2691; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 45 N. 4; vertieft: SUTTER-SOMM, Das Monopol, S. 7; vgl. ferner RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 16 N 30 f.; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N. 78 f.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 N. 126.

²⁹ Vgl. auch die Botschaft zum StromVG, 1659: «Artikel 19 nennt die zentralen Aufgaben, welche die heutigen Übertragungsnetzbetreiber zwingend dem schweizerischen Übertragungsnetzbetreiber übertragen müssen.» Vgl. weiter FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 413.

zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke gegründet (Art. 620 Abs. 3 OR e contrario).³⁰

- 16 Abgesehen vom Vorliegen einiger Wesensmerkmale im eben genannten Sinne hat die nationale Netzgesellschaft indes nicht (mehr) viel mit einer AG gemäss OR gemein. So greift der Gesetzgeber doch massiv in dieses privatrechtliche Institut ein, namentlich durch zahlreiche Beschneidungen mitunter elementarer, klassischerweise unentziehbarer und unverzichtbarer³¹ Rechte der Aktionärinnen bzw. der Organe der Gesellschaft.³² So drängt sich hier eine Auslegung gegen den Wortlaut der Bestimmung auf. M.E. ist die nationale Netzgesellschaft als *spezialgesetzliche* AG zu qualifizieren.³³ Als konstituierender Moment – zwar nicht für die AG, die bereits existierte, aber für die Anwendbarkeit der Normen zur nationalen Netzgesellschaft auf die Swissgrid AG – müsste dabei die erstmalige Genehmigung der Statuten durch den Bundesrat gewertet werden.³⁴ Ansonsten fehlte jeglicher rechtliche Bezug zwischen der nationalen Netzgesellschaft und der Swissgrid AG.

2. Abs. 3, 4 und 5

- 17 Die Absätze 3, 4 und 5 des Art. 18 StromVG dienen der Sicherstellung der – um den in der parlamentarischen Debatte geläufigen Terminus zu verwenden – sog. «schweizerischen Beherrschung» der nationalen Netzgesellschaft. Eine solche hielt das Parlament aufgrund der strategischen Bedeutung des Übertragungsnetzes bzw. mit Blick auf die Versorgungssicherheit für erforderlich.³⁵ Während der Entwurf des Bundesrates noch vorsah, dass «das Kapital [...] mehrheitlich von schweizerischen Unternehmen beherrscht sein [muss]» (Art. 18 Abs. 2 E-StromVG), verlangt das

³⁰ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 454.

³¹ Zur Begrifflichkeit s. bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 16 N. 260 ff.; als Beispiele können angefügt werden: Die Wahl des Verwaltungsrats (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR v.s. Art. 18 Abs. 7 und 8 StromVG); das Recht zur Festsetzung und Änderung der Statuten (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR), was u.a. umfasst: die Bestimmung des Gesellschaftszweckes (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR v.s. Art. 18 Abs. 1 und Abs. 6 und Art. 20 StromVG), die Beschränkung der Übertragbarkeit von Aktien (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 OR v.s. Art. 18 Abs. 3 und Abs. 4 StromVG), das Kotierungsverbot (Art. 18 Abs. 5 StromVG), das Recht zur Auflösung der Gesellschaft (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR) oder Vorgaben zur Zusammensetzung des Aktionariats (Art. 18 Abs. 3 StromVG).

³² S. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 466.

³³ GL.M. ZIHLER, in: Siffert/Turin, Handkommentar HRegV, Art. 107 N. 10; FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 480.

³⁴ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 478 mit Hinweis auf STÖCKLI, Behördenmitglieder, S. 141, der a.M. ist und WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 N. 8, die von «Bestätigung» sprechen.

³⁵ Vgl. Botschaft StromVG, 1634; vgl. auch Konsultation UREK-S, S. 2.

geltende Recht von der nationalen Netzgesellschaft, dass sie *sicherstellt*, dass ihr Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte direkt oder indirekt mehrheitlich *Kantonen und Gemeinden* gehören (Art. 18 Abs. 3 StromVG).

- 18 Die Bestimmung geht im Kern auf den Vorschlag der Subkommission der UREK-S zurück. Dieser sah ursprünglich vor, dass das Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte (direkt) Kantonen und Gemeinden gehören, wurde aber durch späteres Einfügen der Wendung «direkt oder indirekt» ergänzt.³⁶ Damit hat der Gesetzgeber materiell ein Stück weit den Status quo zementiert, waren doch die Aktionärinnen der nationalen Netzgesellschaft seinerzeit allesamt von Kantonen und Gemeinden beherrscht.³⁷

a. Vorschrift zur Zusammensetzung des Aktionariats (Abs. 3)

- 19 Gemäss Art. 18 Abs. 3 StromVG hat das Kapital *und die damit verbundenen* Stimmrechte direkt oder indirekt mehrheitlich Kantonen und Gemeinden zu *gehören*. Zunächst soll die eben genannte, vom Gesetzgeber gemachte Verknüpfung zwischen Kapital und Stimmrechten erörtert werden. Schwierigkeiten könnte diese Verknüpfung dann bereiten, wenn die Gesellschaft Partizipationskapital (vgl. Art. 656a OR) oder Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR) schafft oder statutarische Stimmrechtsbeschränkungen einführt (Art. 692 Abs. 2 OR). Im ersten Fall liegt Eigenkapital vor, aus dem keine Stimmrechte fliessen (Art. 656c OR), im zweiten und dritten Fall fällt das Stimmrecht einer Aktionärin im Gegensatz zum Grundsatz nach Art. 692 OR über- oder unterproportional zum Anteil des Nennwerts ihrer Aktien am Aktienkapital aus.
- 20 Der Blick in die Materialien vermag etwas zu erhellen, was eigentlich gemeint war: «Die UREK-S hingegen will aufgrund der ersten Beurteilung erwirken, dass Kantone und Gemeinden die Kapital- und stimmenmässige Mehrheit an der Gesellschaft halten müssen (Art. 18a Abs. 2^{bis} EleG; Art. 18 Abs. 2^{bis} StromVG).»³⁸ Art. 18 Abs. 3 StromVG ist somit wohl – im Sinne eines ersten Zwischenergebnisses – so auszulegen, als dass schlicht sowohl die Mehrheit des Kapitals (dazu Rz. 21) der nationalen Netzgesellschaft über Beteiligungspapiere direkt oder indirekt von Kantonen und Gemeinden repräsentiert ist, als auch die Stimmenmehrheit direkt oder indirekt bei Kantonen und Gemeinden zu liegen hat.

³⁶ S. Konsultation UREK-S, S. 5.

³⁷ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 612.

³⁸ S. Konsultation UREK-S, S. 2.

- 21 Zu klären ist nun weiter, was mit «Kapital» gemeint ist. In den Materialien findet sich hierzu nichts. Mit Blick auf die starke Betonung der Wichtigkeit der schweizerischen Beherrschung der Gesellschaft dürfte hier – angesichts der Rechtsstellung von Partizipanten, namentlich der ihnen zustehenden Bezugsrechte bei Erhöhungen des Aktienkapitals (Art. 656a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 652b Abs. 1 OR)³⁹ – das (ganze) Eigenkapital (und nicht nur das Aktienkapital) gemeint sein. Solange es indes kein Partizipationskapital gibt, ist diese Unterscheidung nicht von Bedeutung.
- 22 Technisch freilich falsch ist der Gesetzestext dort, wo es heisst, Kapital und Stimmrechte sollten Kantonen und Gemeinden *gehören*.⁴⁰ Das Aktienkapital ist eine rein rechnerische, keine reale Grösse – sie kann daher niemandem «gehören», schon gar nicht den Aktionären.⁴¹ Etwas treffender dürfte daher der französische Wortlaut sein «[...] soient détenus en majorité, [...]».
- 23 Wie ferner die in der UREK-S hinzugekommene Voraussetzung «indirekt gehören» (vgl. Rz. 18) auszulegen ist, kann vorliegend nur grob skizziert werden. Das Thema wird rasch äusserst komplex, sobald Konzernverhältnisse, verschachtelte Strukturen oder Joint Ventures im Spiel sind. Diesfalls sind zahllose Konstellationen denkbar und jeder Einzelfall wird gesondert zu betrachten sein. Im Sinne eines Grundsatzes wird man sagen können, dass das Erfordernis «indirekt gehören» dem Gesetzeswortlaut nach dann erfüllt sein müsste, wenn eine Aktionärin der nationalen Netzgesellschaft als Kapitalgesellschaft *selbst mehrheitlich* von Kantonen und/oder Gemeinden beherrscht ist (zur verwendeten Begrifflichkeit «beherrscht» s. sogleich, Rz. 24).⁴²
- 24 Eine mehrheitliche Beherrschung bedeutet konsequenterweise, dass – im eben beschriebenen Sinne – einerseits eine mehrheitliche Kapitalbeteiligung von schweizerischen Gemeinwesen (eines oder mehrerer zusammen) gefordert ist und letztere(s) andererseits (kumulativ) auch die Mehrheit der Stimmrechte an der Aktionärin innehaben bzw. innehält (vgl. Rz. 20).⁴³ Diesfalls wird auch regelmässig eine

³⁹ Vgl. dazu die Botschaft über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745, 803 (206.33); s. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N. 18.

⁴⁰ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 566.

⁴¹ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 16 N. 48.

⁴² Denkbar sind hier bspw. gemischtwirtschaftliche Unternehmen, öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform oder spezialgesetzliche Aktiengesellschaften.

⁴³ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 568 mit Hinweis auf die Konsultation UREK-S, Anhang 1 S. 6; zum Begriff der Mehrheitsbeteiligung und der diesbezüglichen Argumentationen s. die Auseinandersetzung der Lehre zu Art. 659b OR im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien (vgl. LENZ/VON PLANTA, in: Honsell et al., Basler Komm. OR II, Art. 659b N. 3).

tatsächliche Kontrolle gegeben sein. Diese weitere Qualifikation fordert das Gesetz indes nicht. Wäre dies gewollt gewesen, hätte man doch erwarten dürfen, dass sich der Gesetzgeber aus naheliegenden Gründen des hierfür üblichen Terminus aus dem Kartellgesetz bedient hätte (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁴⁴, der von «Kontrolle» spricht und Art. 1 Abs. 1 VKU⁴⁵, die diesen Begriff konkretisiert).⁴⁶ Für diese Auslegung sprechen aber auch noch andere Gründe (vgl. sogleich, Rz. 26).

- 25 Ist die Aktionärin der nationalen Netzgesellschaft Teil der Zentralverwaltung eines Kantons oder einer Gemeinde (wie z.B. das EWZ) oder ist sie bspw. als öffentlich-rechtliche Anstalt (wie z.B. die SIG⁴⁷, die EWB⁴⁸ oder die IWB⁴⁹), Körperschaft⁵⁰ oder Stiftung ausgestaltet, ist sie regelmässig ohne weiteres dem betreffenden Gemeinwesen zuzurechnen (vgl. auch Rz. 26). Ob eine solche Konstellation als direkte oder indirekte Beteiligung einzustufen ist, ist soweit irrelevant, da das Gesetz in beiden Fällen die gleiche Rechtsfolge vorsieht: Solche Aktionärinnen «belasten» das «Kontingent» von Art. 18 Abs. 3 StromVG nicht.
- 26 Direkt oder indirekt «Kanton» muss m.E. gemäss Wortlaut bspw. auch eine als Anstalt ausgestaltete, kantonale Pensionskasse sein, selbst wenn das einschlägige Spezialgesetz dieser in der Anlagepolitik eine besondere Autonomie und Unabhängigkeit einräumt.⁵¹ Die Möglichkeit einer tatsächlichen, bestimmenden (strategischen) Einflussnahme einer kantonalen Regierung oder Verwaltung auf die Tätigkeit der Aktionärin fordert das StromVG dem Wortlaut nach nicht (wie gesagt bei

⁴⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251).

⁴⁵ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4).

⁴⁶ Als Auslegungshilfe könnte u.U. auch der Kontrollbegriff des Rechnungslegungsrechts des OR beigezogen werden (Art. 963 Abs. 2 OR). Diese Norm ist (u.a.) allerdings jünger als jene des StromVG, weshalb dabei schon nur deshalb eine gewisse Zurückhaltung und/oder der Blick auf den seinerzeitigen und nun aufgehobenen Art. 663e Abs. 1 OR angezeigt ist. Zu der Theorie bei verbundenen Unternehmen s. den Hinweis in Fn. 84.

⁴⁷ Services Industriels de Genève (vgl. Art. 1 Abs. 1 du Loi du 5 octobre 1973 sur l'organisation des Services industriels de Genève, SR GE L 2 35).

⁴⁸ Energie Wasser Bern (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Reglements vom 15. März 2001 Energie Wasser Bern, SR der Stadt Bern, 741.1).

⁴⁹ Industrielle Werke Basel (vgl. § 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Februar 2009 über die Industriellen Werke Basel, SR BS 772.300).

⁵⁰ Eine Aktionärsstellung einer öffentlichrechtlichen Körperschaft dürfte zwar eher unwahrscheinlich sein.

⁵¹ Dieser Auffassung ist auch der Bundesrat, wie aus seiner Antwort auf die Motion 13.3111 von Nationalrat Maximilian Reimann hervorgeht.

Rz. 24). Den Materialien ist zwar zu entnehmen, dass – zumindest ursprünglich – auch strategische Motive zur Rechtfertigung einer Beteiligung von Kantonen und Gemeinden ins Feld geführt wurden.⁵² Mindestens ebenso wichtig war dem Gesetzgeber aber offenbar, dass das Aktionariat «schweizerisch» ist. Es ging m.a.W. um die Beschränkung ausländischer Einflussnahme.⁵³ Wie aus den Kommissionsprotokollen⁵⁴ hervorgeht, hat man die Frage der Beteiligung von (kantonalen) Pensionskassen denn auch diskutiert und als mögliche Option im Rahmen der ursprünglichen Idee der Eigentumsübertragung der Aktien auf Kantone und Gemeinden in Erwägung gezogen. Soweit ist zumindest nicht ersichtlich, dass dies mehrheitlich als problematisch oder gar unzulässig eingestuft worden wäre, wenngleich es kritische Stimmen gab (vgl. dazu Rz. 44). Für eine eher grosszügige Auslegung in Bezug auf die Frage der nach Art. 18 Abs. 3 StromVG «zulässigen» Aktionäre spricht überdies bspw. auch hier die grundrechtliche Betrachtungsweise (die Veräusserungseinschränkung ist ein Eingriff in die Rechte der Aktionärinnen) sowie der Grundsatzentscheid des Gesetzgebers, der sich (trotz der vielen Eingriffe) für die Rechtsform der AG als offene Kapitalgesellschaft entschied.

- 27 Mehrheitlich im Sinne des Gesetzes bedeutet also zusammengefasst, dass sowohl die Aktien und allfällige Partizipationsscheine, die eine Mehrheit des *Eigenkapitals* repräsentieren, *als auch* die Hälfte aller Stimmrechte plus eines direkt oder indirekt bei Kantonen und Gemeinden liegen müssen.⁵⁵ Zur Prüfung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat die nationale Netzgesellschaft jede einzelne Aktionärin (die als Kapitalgesellschaft organisiert ist – sonst vgl. Rz. 25) diesem Test zu unterziehen. Dabei gibt es jeweils nur zwei Lösungen – entweder ist die (direkte oder indirekte) Mehrheit gegeben oder nicht. (Erst) anschliessend wird sie für sich selbst prüfen können, ob sie den Anforderungen von Art. 18 Abs. 3 StromVG genügt. Nicht zulässig wäre es dabei, auf die einzelnen Beteiligungsquoten von Kantonen und Gemeinden bzw. von Dritten bei Aktionärinnen der nationalen Netzgesellschaft abzustellen

⁵² Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 339 f. zum ursprünglichen Vorschlag der Subkommission UREK-S.

⁵³ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 558.

⁵⁴ Der Autorin standen die Protokolle der Kommissionssitzungen zur Verfügung. Diese wurden auch berücksichtigt. Die Beratungen der Kommission sind allerdings vertraulich – insbesondere darf nicht bekannt gegeben werden, wie die einzelnen Teilnehmerinnen und Teilnehmer Stellung genommen haben (Art. 47 ParlG).

⁵⁵ Gegenwärtig spielt diese Unterscheidung keine Rolle, da die nationale Netzgesellschaft weder über Partizipationskapital noch über Stimmrechtsaktien verfügt; vgl. auch Konsultation UREK-S, Anhang 1 S. 6.

und diese in der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen. Dies würde in einem System, in dem grundsätzlich die (absolute) Mehrheit bestimmt (vgl. Art. 703 OR) bzw. in dem über eine Minderheitsbeteiligung kein massgeblicher Einfluss⁵⁶ genommen werden kann, nicht sinnvoll erscheinen.⁵⁷

- 28 Solange indes die Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 3 StromVG erfüllt sind, sind die Aktionärinnen der nationalen Netzgesellschaft grundsätzlich frei, ihre Aktien zu veräussern. Zu berücksichtigen sind also lediglich die – teilweise über eine statutarische Vinkulierungsvorschrift abgesicherte – Wahrung der geforderten Mehrheitsverhältnisse sowie die *gesetzlichen* Vorkaufsrechte (Art. 18 Abs. 4 StromVG). Dies hat den Effekt, dass die Zahl potenziell zulässiger Erwerberinnen von Aktien der nationalen Netzgesellschaft mit jeder Aktienveräusserung an eine Käuferin, die weder selbst Kanton oder Gemeinde noch durch Gemeinwesen beherrscht ist, kleiner wird.⁵⁸

b. Sicherstellen der «schweizerischen Beherrschung»⁵⁹

- 29 Schliesslich ist die an die nationale Netzgesellschaft gesetzlich gestellte Anforderung des «Sicherstellens» der direkten oder indirekten «schweizerischen Beherrschung»⁶⁰ zu beleuchten (Art. 18 Abs. 3, 1. Satzteil StromVG). Während die direkte Mehrheit von Kantonen und Gemeinden über statutarische Vinkulierungsvorschriften garantiert werden kann (Art. 685a OR; damit ist im Übrigen auch die Aktienart [Namenaktien] gegeben), ist die Sicherstellung der *indirekten* Mehrheit für den Verwaltungsrat ein Ding der Unmöglichkeit.⁶¹
- 30 Bei Vorliegen einer entsprechenden Vinkulierungsbestimmung kann die nationale Netzgesellschaft die Zustimmung zur Übertragung des Eigentums der Aktien zwar verweigern, sofern der Vollzug des Aktienkaufvertrags zu einer Verletzung von Art. 18 Abs. 3 StromVG führte (Art. 685b und 685c OR). Subsidiär hat gestützt auf Art. 22 Abs. 1 StromVG allenfalls auch die ElCom die Möglichkeit, Massnahmen zu ergreifen. Verändert sich aber der *Aktionärskreis* einer im Aktienbuch *bereits einge-*

⁵⁶ In diesem Zusammenhang weniger gewichtig erscheinen die Möglichkeiten, die Minderheitsrechte eröffnen.

⁵⁷ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 569.

⁵⁸ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 570.

⁵⁹ Vgl. dazu ausführlich FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 535 ff.

⁶⁰ Zum verwendeten Terminus vgl. Rz. 17.

⁶¹ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 535.

tragenen Aktionärin der nationalen Netzgesellschaft, so wird auf diese Veränderungen keinen Einfluss genommen werden können – die Vinkulierungsvorschrift greift nur bei der Veräusserung von Aktien der nationalen Netzgesellschaft selbst. Sie kann m.a.W. nur «ihren eigenen» Gesellschaftern (Aktionären), also jenen der nationalen Netzgesellschaft, entgegen gehalten werden. Die nationale Netzgesellschaft wird eine Aktionärin, deren Beteiligung nachträglich zu einer nach Art. 18 Abs. 3 StromVG unzulässigen Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse führt, auch nicht einfach aus dem Aktienbuch löschen dürfen (Art. 26 BV und Art. 686a OR). Diesem Risiko ist in der gegenwärtigen Rechtslage nicht beizukommen – man hat es also mit einer *lex imperfecta* zu tun.⁶²

c. Vorkaufsrechte (Abs. 4)

- 31 Nach Art. 18 Abs. 4 StromVG haben «*die Kantone, die Gemeinden und schweizerische Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Vorkaufsrecht an den Aktien der Netzgesellschaft.*»⁶³ Wer sich näher mit diesem Tatbestand befasst stellt rasch fest, dass dessen Auslegung nicht weniger komplex ist als jene des Begriffes «indirekt gehören» (vgl. Rz. 23). Auch hier gibt es, wie sogleich gezeigt wird, zahllose Fallkonstellationen und im Ergebnis mehrere gut vertretbare Auslegungsergebnisse. Deshalb können nachfolgend lediglich mögliche Argumentationslinien und weitere Überlegungen skizziert werden. Mehr Rechtssicherheit kann hier künftig einzig die Rechtsprechung oder eine Gesetzesänderung herbeiführen.
- 32 Gesetzliche Vorkaufsrechte wie hier kennt man etwa beim Miteigentum an Grundstücken (Art. 682 ZGB) oder im bürgerlichen Bodenrecht (Art. 42 f. und Art. 47 f. BGBB⁶⁴). Art. 681 f. ZGB enthalten grundsätzliche Vorschriften zur Ausübung gesetzlicher Vorkaufsrechte beim Grundeigentum, die – in Ermangelung einer spezialgesetzlichen Regelung – auch hier (wo sachgerecht) *per analogiam*⁶⁵

⁶² FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 536 mit Hinweis auf den Schlussbericht der Arbeitsgruppe Unabhängigkeit/schweizerische Beherrschung Swissgrid AG, Anhang «Konzept EHRA/BJ zur Sicherstellung der indirekten Mehrheit der Swissgrid AG», BFE, 22. Oktober 2010, S. 1; zu den Eingriffsmöglichkeiten der nationalen Netzgesellschaft selbst oder der ElCom bei diesem Sachverhalt s. gleichenorts N. 537.

⁶³ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 572.

⁶⁴ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB, SR 211.412.11).

⁶⁵ Freilich befinden sich die fraglichen Bestimmungen im ZGB systematisch im zweiten Abschnitt des neunzehnten Titels (Grundeigentum). Dennoch scheint es hier geboten, dass diese Regelungen zur Anwendung kommen, da sie elementar sind und ohne weiteres auch generell angewendet werden können. Gemäss Art. 164 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Vorliegend geht es um

zur Anwendung gelangen dürften.⁶⁶ So wird man bspw. argumentieren können, dass auch die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung an einer Aktionärin der nationalen Netzgesellschaft einen Vorkaufsfall auslöst bei dem der Verkäufer die Vorkaufsberechtigten über den Abschluss und den Inhalt in Kenntnis zu setzen hat (Art. 681a Abs. 2 ZGB).⁶⁷ Will der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausüben, so muss er es innert dreier Monate seit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrages geltend machen (Art. 681a Abs. 2 ZGB). Da wie gesagt im StromVG nichts näher geregelt ist, dürfte auch die Regel zur Anwendung gelangen, wonach der Vorkaufsberechtigte [die Aktien ...] zu Bedingungen erwerben kann, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat (Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216d Abs. 3 OR per analogiam).⁶⁸ Inwieweit die Statuten der Gesellschaft im Rahmen des gesetzlichen Vorkaufsrechts gestützt auf Art. 18 Abs. 4 StromVG, zweiter Satz, von diesem Grundmodell abweichende Bestimmungen vorsehen können, bleibt fraglich.

- 33 Fraglich ist aber vor allem auch, *wer* ein Vorkaufsrecht für sich beanspruchen kann, m.a.W. also der persönliche Anwendungsbereich des Tatbestandes. Prima vista kommt man nach der Lektüre des Wortlauts zum Schluss, dass *sämtliche* Kantone und Gemeinden sowie *sämtliche* schweizerisch beherrschten EVU vorkaufsberechtigt sind. Das wären über 3'000 Vorkaufsberechtigte. Angesichts dieser Zahl (und den Rechtsfolgen, s. Rz. 32) fragt man sich, ob dieses Auslegungs-(zwischen) ergebnis richtig ist. Die einzige aus den Materialien zu gewinnende Erkenntnis hierzu ist, dass man sich mit dieser Problematik nicht auseinandergesetzt hat. Zu prüfen ist, ob der Wortlaut restriktiver auszulegen oder mit Blick auf die ratio legis gar eine teleologische Reduktion⁶⁹ vorzunehmen ist (vgl. auch Art. 1 ZGB).⁷⁰
- 34 Auffallend im deutschen Gesetzestext ist die oben (Rz. 31) hervorgehobene (unterschiedliche) Verwendung des bestimmten Artikels («die»). Sowohl in Abs. 3 wie auch hier in Abs. 4 des Art. 18 StromVG (in Bezug auf EVU heisst es *nicht* «die schweizerisch beherrschten»), wird nämlich darauf verzichtet. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass der persönliche Geltungsbereich der beiden Tatbestände

Einschränkungen aus dem Eigentum fliessender Rechte (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. b), also um wichtige Bestimmungen die gesetzlich geregelt gehören bzw. gehörten (FÖHSE, Netzgesellschaft, Fn. 697).

⁶⁶ Vgl. REY/STREBEL, in: Honsell et al., Basler Komm. ZGB II, Art. 681 N. 1.

⁶⁷ Vgl. BGE 140 II 233 E. 3.4.

⁶⁸ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 573.

⁶⁹ Vgl. dazu HONSELL, in: Honsell et al., Basler Komm. ZGB I, Art. 1 N. 16.

⁷⁰ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 574, mit Hinweis.

nicht deckungsgleich ist, da man ansonsten überall den gleichen Wortlaut gewählt hätte.⁷¹

- 35 Sind in Art. 18 Abs. 3 StromVG dem Wortlaut nach noch *sämtliche* Kantone und Gemeinden angesprochen, so scheint die Ansicht vertretbar (bleibt man bei diesem Ansatz der grammatikalischen Auslegung), dass in Abs. 4 nur noch jene vorkaufsbe-rechtigt sind, die bereits direkt *oder* indirekt an der nationalen Netzgesellschaft Beteiligungen halten. Der französische und italienische Wortlaut helfen hier übr-igens nicht weiter – dort kann diese Differenzierung aus sprachlichen Gründen nicht gemacht werden.⁷²
- 36 Spinnt man diesen Gedanken weiter, müsste man aber zum Schluss kommen, dass nach wie vor *sämtliche* schweizerisch beherrschten EVU ein Vorkaufsrecht an den Aktien der nationalen Netzgesellschaft haben (hier fehlt im Wortlaut das «die».⁷³
- 37 Generell betrachtet wäre dieses Auslegungsergebnis aber mit Blick auf die wettbewerbsrechtlich (und politisch) an sich gewünschte Entflechtung vertikal integrierter EVU vom Übertragungsnetzbetrieb inkonsequent und liesse sich bes-tenfalls nur mit den historischen Eigentümerverhältnissen erklären. Konsequenter wäre es aus dieser Optik vielmehr, dass zumindest quantitativ nur wenige EVU Aktien der nationalen Netzgesellschaft halten bzw. erwerben sollten, um die Zahl Betroffener mit potenziellen Interessenkonflikten möglichst gering zu halten.⁷⁴
- 38 Betrachtet man den Zweck der Regel «Sicherstellung der schweizerischen Beherrschung», dürfte überdies gerade auch die Quantität, also die schlichte (gros-se) Anzahl der Vorkaufsberechtigten EVU, von eher untergeordneter Bedeutung sein. Entscheidend ist vielmehr deren Qualität als «schweizerisch beherrscht».⁷⁵ Folgt man dieser Auffassung, wäre auch anzunehmen, dass eine Veräusserung an jemanden aus dem Kreise der Vorkaufsberechtigten *kein Vorkaufsfall* darstellt, sind doch diese Veräusserungsbeschränkungen in Form von Vorkaufsrechten restriktiv auszulegen (vgl. dazu auch die Regel von Art. 682 Abs. 1 ZGB, die hier analog anzu-wenden wäre).

⁷¹ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 575.

⁷² FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 576.

⁷³ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 577.

⁷⁴ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 578.

⁷⁵ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 579.

- 39 Auch aus aktien- und grundrechtlicher Sicht werden in beinahe beliebiger Menge eingeräumte Vorkaufsrechte nur zurückhaltend anzunehmen sein. So dürfen bei einer AG nach OR die Statuten die Voraussetzungen der Übertragbarkeit von (nicht börsenkotierten) Namenaktien nicht erschweren (Art. 685b Abs. 7 OR) – vorliegende Vorkaufsrechte haben aber genau diesen aktienrechtlich unerwünschten Effekt, der hier zur grundsätzlich zulässigen Vinkulierung hinzutritt (vgl. auch die systematische Einordnung der Vorkaufsrechte im ZGB bzw. die treffende Marginalie zu Art. 641 ZGB, die von «Veräusserungsbeschränkungen» spricht).⁷⁶ Dies sollte also konsequenterweise auch der Gesetzgeber nicht gewollt haben, wenn er sich denn schon für die Rechtsform einer AG entscheidet.⁷⁷
- 40 Aus grundrechtlicher Sicht stellt die spezialgesetzliche Einräumung überdies einen Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 2 BV) der Betroffenen dar, die verhältnismässig zu sein hat (Art. 36 Abs. 3 BV). Ob es für einen Aktionär zumutbar ist, sich im Vorkaufsfall über 3'000 Vorkaufsberechtigten gegenüber zu sehen, darf doch zumindest als fraglich bezeichnet werden.⁷⁸ Wie bereits ausgeführt, fehlen im StromVG weitere Regeln in Bezug auf das Vorkaufsrecht, insbes. dessen Abwicklung gänzlich, so bspw. auch eine Vorschrift für den Fall, dass mehrere Vorkaufsberechtigte gleichzeitig ihr Recht ausüben möchten.
- 41 Eine enge Auslegung scheine deswegen auch aus praktischen Gründen sachgerecht, gäbe es ansonsten wie bereits gesagt mehrere tausend Vorkaufsberechtigte. Die rechtsgültige Notifizierung eines Vorkaufsfalles wäre *de facto* nur über eine (amtliche) Publikation, bspw. im Schweizerischen Handelsamtsblatt oder im BBl (Art. 13 Abs. 2 PubLG⁷⁹) zu bewältigen – eine entsprechende gesetzliche Bestimmung, wie im OR an sich nicht unüblich, fehlt indes im StromVG.⁸⁰
- 42 So scheint es soweit vertretbar, den persönlichen Geltungsbereich des Vorkaufsrechts in Bezug auf die *Kantone und Gemeinden* restriktiv auszulegen. Folgt man dieser Auffassung, hätten diese nur dann ein Vorkaufsrecht, wenn sie bereits direkt oder indirekt an der nationalen Netzgesellschaft beteiligt sind. Liegt nur eine indirekte Beteiligung vor, wäre zu fordern, dass das betreffende Gemeinwesen eine

⁷⁶ Vgl. OERTLE/DU PASQUIER, in: Honsell et al., Basler Komm. OR II, Art. 685b N. 20.

⁷⁷ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 580, mit Hinweisen.

⁷⁸ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 581.

⁷⁹ Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (PubLG, SR. 170.512).

⁸⁰ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 582.

Aktionärin der nationalen Netzgesellschaft im Sinne von Art. 18 Abs. 3 StromVG beherrscht, um selbst vorkaufsberechtigt zu sein. Für den Fall, in dem das fragliche Gemeinwesen diese Aktionärin nicht allein, sondern nur (aber immerhin) mit anderen Gemeinwesen zusammen beherrscht, gibt es indes auch Gründe, die für das Vorliegen eines Vorkaufsrechts sprechen. Am Ende scheint dies – auch mit Blick auf das Auslegungsergebnis zu Art. 18 Abs. 3 StromVG – wohl die sachgerechteste Auslegung zu sein. Angesichts des Wortlauts *zu* restriktiv wäre m.E. eine Auslegung, die Kantonen und Gemeinden nur dann ein Vorkaufsrecht zugesteht, wenn diese selbst Aktionäre der nationalen Netzgesellschaft sind.⁸¹

- 43 Das Vorkaufsrecht steht also jenem Kanton oder jener Gemeinde zu, die im eben beschriebenen Sinne direkt oder indirekt an der nationalen Netzgesellschaft beteiligt ist. Ihm oder ihr steht jeweils ein einziges Vorkaufsrecht zu. Ist bspw. eine als kantonale Anstalt ausgestaltete Pensionskasse Aktionärin der nationalen Netzgesellschaft, vermag sie dem entsprechenden Kanton ein Vorkaufsrecht zu vermitteln. Es ist aber der Kanton, der diesfalls Vorkaufsberechtigt ist, nicht die kantonale Pensionskasse als Aktionärin.
- 44 Es scheint ferner der Schluss sachgerecht, dass ein Kanton (oder eine Gemeinde) auch selber entscheiden kann, wie bzw. von wem er das Vorkaufsrecht ausübt bzw. ausüben lässt. Derjenige, der das Vorkaufsrecht ausübt, muss dabei allerdings dem Kanton selbst *zugerechnet* werden können bzw. selbst «Kanton sein». Dieses *gesetzliche* Vorkaufsrecht wird m.a.W. *nicht abtretbar* sein (Art. 681 Abs. 2 ZGB per analogiam; vgl. dagegen Art. 216b OR [dispositiv]). Somit wird ein Kanton das Vorkaufsrecht zum einen von Einheiten der Zentralverwaltung, die, ohne eine eigene Rechtspersönlichkeit zu besitzen, unmittelbar für den Kanton handeln, ausüben können lassen. Bei Trägern der dezentralisierten Verwaltung, die u.U. mit eigener Rechtspersönlichkeit und/oder gewissen Autonomie ausgestattet sind, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob sie noch dem Kanton zugerechnet werden können.⁸² Konsequenterweise wird man hier den gleichen Massstab anwenden wie bei der Frage, ob diese Einheiten als «mehrheitlich vom Kanton beherrscht» gelten können, wie in Rz. 24 und 25 beschrieben. Ein Bezug zur Stromversorgung ist nicht erforderlich.

⁸¹ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 583.

⁸² Zu den Begrifflichkeiten zentrale und dezentrale Verwaltung s. bei TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §§ 6 und 7.

- 45 In Bezug auf die schweizerisch beherrschten *EVU* scheint mit Blick auf das in Rz. 36 f. Gesagte eine teleologische Reduktion im Sinne der Rückführung des Tatbestandes auf die *ratio legis* mit gleicher Rechtsfolge wie bei den Kantonen und Gemeinden zumindest nicht geradezu abwegig. Eine Vorkaufsberechtigung von nur *indirekt* an der nationalen Netzgesellschaft beteiligten *EVU* (wie bei den Kantonen und Gemeinden) würde indes nicht in diese Logik passen, da die *EVU* in Art. 18 Abs. 3 StromVG nicht vorkommen. Somit wären im Ergebnis nur *direkt* an der nationalen Netzgesellschaft beteiligte *EVU*, also Aktionärinnen, auch vorkaufsberechtigt. Diesem Auslegungsergebnis wird man allerdings das Argument entgegenhalten können, dass man dies, wäre das so gewollt gewesen, ausdrücklich so ins Gesetz geschrieben hätte.⁸³
- 46 Folgt man trotz dieses Einwandes der eben skizzierten, restriktiven Auslegung stellt sich sogleich die Frage, wie es sich denn bspw. in einer Konzernstruktur⁸⁴ verhält. So kann man argumentieren, eine direkte Beteiligung liege nur dann vor, wenn die Konzernmutter bzw. die «beherrschende»⁸⁵ oder «kontrollierende» juristische Person selbst die Aktien hält. M.E. scheint es sachgerechter, im Falle einer Konzernstruktur regelmässig auch dann von einer direkten Beteiligung auszugehen, wenn die Aktien von einer (beherrschten) Tochtergesellschaft gehalten werden (wirtschaftliche Betrachtungsweise). Allerdings überlagert sich dieses Problem auch mit der Frage nach der Auslegung des Begriffs des *EVU* selbst (vgl. sogleich, Rz. 50). Schliesslich gibt es bei solchen Strukturen ebenso zahllose Fallkonstellationen, weshalb auch hier jeder Einzelfall analysiert und gewürdigt werden muss.
- 47 Der zweite Satz von Art. 18 Abs. 4 StromVG, wonach die Statuten der Netzgesellschaft die Einzelheiten regeln, wird dieser schliesslich kein Recht vermitteln, den gesetzlich vorgegebenen Kreis der Vorkaufsberechtigten einzuschränken. Hätte man die Entscheidung dieser wichtigen Frage der nationalen Netzgesellschaft überlassen wollen, müsste sie sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben (Art. 164 Abs. 1 Bst. c

⁸³ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 584.

⁸⁴ Vgl. zu den Konzern- und Holdinggesellschaften anschaulich MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 24 N. 35 ff.

⁸⁵ Fraglich wäre auch hier wieder, welche Anforderungen an die «Kontrolle» bzw. das «Beherrschen» zu stellen sind (vgl. dazu Rz. 20 f.).

BV).⁸⁶ Ein Streit *allein* über die Frage der Vorkaufsberechtigung ist m.E. von den Zivilgerichten zu beurteilen.⁸⁷

- 48 Zu klären ist weiter der Begriff «schweizerisch beherrscht». Unproblematisch ist er, wenn ein EVU (mehrheitlich) im Besitz eines schweizerischen Gemeinwesens sind. Für den Fall, wo dies nicht gegeben ist, wird man hierzu aber auch in den Materialien nicht fündig. Vergleichbare Anknüpfungen gibt es immerhin in anderen (älteren) Bundesgesetzen, allen voran zu nennen sind hier sicherlich das BewG⁸⁸ (auch Lex Koller genannt) und das BankG^{89, 90}. Definiert ist dort jeweils der Begriff des Ausländers («Person im Ausland», Art. 5 BewG und Art. 3^{bis} Abs. 3 BankG) bzw. der beherrschende ausländische Einfluss (Art. 3^{bis} Abs. 1 und Abs. 3 BankG).⁹¹
- 49 Schweizerisch beherrscht im Sinne des StromVG dürfte ein EVU dann sein, wenn, ist es eine Kapitalgesellschaft, (wiederum) die *Kapital- und Aktienmehrheit* schweizerisch beherrscht ist (vgl. Rz. 20) bzw. bei Personengesellschaften die Mehrheit der Gesellschafter «schweizerisch» sind. Letzteres ist dann der Fall, wenn sie entweder die schweizerische Staatsbürgerschaft oder eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz besitzen. Sind es juristische Personen oder Personengesellschaften, müssten diese ihren Sitz in der Schweiz haben und selbst wiederum von natürlichen Personen mit schweizerischer Staatsbürgerschaft oder Niederlassungsbewilligung in der Schweiz und/oder von juristischen Person oder Personengesellschaften mit Sitz

⁸⁶ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 585.

⁸⁷ Vgl. dazu auch BGE 140 II 233 E. 3.4 – die Frage der Vorkaufsberechtigung ist zivilrechtlicher Natur; vgl. dazu aber das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7429/2015 vom 23. Mai 2016: In diesem Fall stellte sich die Frage der Zuständigkeit der ElCom zum Erlass vorsorglicher Massnahmen im Zusammenhang mit einem Verkauf von Swissgrid-Aktien. Das Bundesverwaltungsgericht kommt darin «prima facie» (E. 1.1.2) zum Schluss, dass die ElCom für den Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig sei, zumal sie entsprechend ihrer umfassenden Überwachung des StromVG gegenüber der Swissgrid AG mannigfaltige Aufsichtsfunktionen wahrnehme (E. 1.4.7), sich *gleichzeitig* die Frage der zulässigen Zusammensetzung des Aktionariats stelle (E. 1.4.7, 2. Absatz) und die ElCom im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens auch über zivilrechtliche Fragestellungen vorfrageweise befinden könne (E. 1.4.8). Es hielt schliesslich fest, es sei primär Sache der ElCom im Hauptverfahren über ihre eigene Zuständigkeit zu befinden (E. 1.4.8 in fine) und äusserte sich deshalb nicht abschliessend zur Frage der Zuständigkeit.

⁸⁸ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, SR 211.412.41).

⁸⁹ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0).

⁹⁰ Vgl. die Auflistung bei OERTLE/DU PASQUIER in: Honsell et al., Basler Komm. OR II, Art. 4 SchlT AG N. 5.

⁹¹ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 586.

in der Schweiz und im genanntem Sinne schweizerisch beherrschter Gesellschaftenstruktur beherrscht sein.⁹²

- 50 Auch der Begriff des Elektrizitätsversorgungsunternehmens in Art. 18 Abs. 4 StromVG ist unklar. Zu restriktiv wäre es m.E., eine vertikale Integration, also eine Betätigung auf allen Stufen der Wertschöpfungskette (vgl. Rz. 54), zu verlangen – das würde auch aus wettbewerbsrechtlicher Optik im Ergebnis etwas absonderlich anmuten. M.E. muss die betreffende Unternehmung aber doch zumindest auf einer der Stufen der Wertschöpfungsketten tätig sein. Man wird nicht umhin kommen, im Streitfall die besonderen Gegebenheiten zu würdigen.
- 51 Bemerkenswert ist nach dem Wortlaut der Bestimmung schliesslich, dass er nicht verlangt, dass das betroffene EVU *selbst* – wie es bei der nationalen Netzgesellschaft gefordert ist (Art. 18 Abs. 1 StromVG in fine) – Sitz in der Schweiz zu haben braucht. Somit hätte auch ein EVU mit Sitz im Ausland, das aber schweizerisch beherrscht ist, ein Vorkaufsrecht. Auch hier drängt sich m.E. mit Blick auf die ratio legis eine teleologische Reduktion des Tatbestandes auf: Gemeint sein müssen schweizerisch beherrschte EVU *mit Sitz in der Schweiz*.⁹³

d. Kotierungsverbot (Abs. 5)

- 52 Auch das Kotierungsverbot⁹⁴ soll dazu beitragen, dass die nationale Netzgesellschaft schweizerisch beherrscht bleibt. Begründet wurde dies zum einen damit, dass, unter Verweis auf Art. 685d OR, eine Börsenkotierung die Möglichkeiten zur Vinkulierung eingeschränkt hätte.⁹⁵ Nach dieser Vorschrift kann die Gesellschaft bei börsenkotierten Namenaktien einen Erwerber als Aktionär nur ablehnen, wenn die Statuten eine prozentmässige Begrenzung der Namenaktien vorsehen, für die ein Erwerber als Aktionär anerkannt werden muss und diese Begrenzung überschritten wird (Art. 685d OR). Diese Bestimmung wollte man, so ist im Bericht zu lesen, nicht spezialgesetzlich übersteuern.⁹⁶

⁹² FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 587.

⁹³ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 588.

⁹⁴ Zum Begriff der Börsenkotierung s. bei OERTLE/DU PASQUIER, in: Honsell et al., Basler Komm. OR II, Art. 685d N. 1.

⁹⁵ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 591, mit weiteren Hinweisen; s. auch Konsultation UREK-S, Anhang 1 S. 6.

⁹⁶ Vgl. Konsultation UREK-S, Anhang 1 S. 6.

- 53 Hervorzuheben ist sicherlich, dass der Gesetzestext von «Anteilen» und nicht von Aktien spricht. Die Kommission selber geht in ihren Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen allerdings nicht darauf ein – sie spricht im Gegenteil sogar, wie auch der italienische Wortlaut, nur von Aktien.⁹⁷ Die Wortwahl im Gesetz legt trotzdem die Vermutung nahe, dass damit nicht nur Aktien sondern generell Beteiligungspapiere im Sinne von Art. 2 Bst. e BEHG⁹⁸ gemeint sind, also insbesondere auch Partizipations- oder Genussscheine. Dies wäre auch mit Blick auf die in Art. 18 Abs. 3 StromVG enthaltene Forderung, die nicht nur auf die Stimmrechte, sondern auch auf das Kapital abzielt, nur folgerichtig.⁹⁹

3. Abs. 6 und 7

- 54 Art. 18 Abs. 6 StromVG enthält eine Schlüsselbestimmung der Entflechtung. Die nationale Netzgesellschaft soll sich sämtlicher, nicht betriebsnotwendiger Aktivitäten in den übrigen Stufen der Wertschöpfungskette im Bereich des Strommarktes (Erzeugung, Handel und Verteilung von Strom) enthalten. Bezweckt wird damit, Anreizen vorzubeugen, Konkurrenten bei der Nutzung des eigenen Netzes zu diskriminieren und Quersubventionierungen, d.h. die Verlagerung von Kosten aus dem Marktbereich in den Monopolbereich, zu verhindern. Ein ausdrückliches gesetzliches Verbot, sich anderen geschäftlichen Aktivitäten zu widmen, die nichts mit dem Strommarkt zu tun haben, gibt es indessen nicht (ein solches war im EMG noch vorgesehen). Angesichts der Umstände darf trotzdem davon ausgegangen werden, dass solche unternehmerische Betätigungen dem der Gesellschaft per Gesetz zugedachten Zweck und dem Sinn der sie betreffenden Regeln widersprechen würden. Es deutet einiges darauf hin, dass die Nicht-Übernahme dieses Verbots aus dem EMG ein Versehen war.¹⁰⁰
- 55 Die in Art. 18 Abs. 7 StromVG enthaltene Regel zur personellen Entflechtung ergänzt die Massnahmen von Abs. 1, 2 und 6 zur Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Netzgesellschaft von Interessen, die nichts mit dem Übertragungsnetzbetrieb zu tun haben. In Bezug auf die Mitglieder der Geschäftsleitung der nationalen Netzgesellschaft enthält sie ein absolutes Doppelmandatsverbot. Beim VR ist dieses Doppelmandatsverbot eingeschränkt auf die Mehrheit der Mitglieder inklu-

⁹⁷ Vgl. Konsultation UREK-S, Anhang 1, S. 6.

⁹⁸ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG, SR 954.1).

⁹⁹ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 594.

¹⁰⁰ Vgl. weiterführend bei FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 514 f.

sive dem Präsidenten. Letzteres ist eine in der UREK-S vorgenommene Verschärfung des nationalrätlichen Vorschlags.¹⁰¹

- 56 In Bezug auf die informationelle Entflechtung fragt sich, ob für die Verwaltungsratsmitglieder der nationalen Netzgesellschaft mit Doppelmandaten bzw. für Aktionärinnen der nationalen Netzgesellschaft, die solche Verwaltungsräte entsenden, Art. 10 Abs. 2 StromVG anwendbar ist. Die systematische Auslegung legt zwar nahe, dass diese Norm den Übertragungsnetzbereich nicht erfasst (vgl. Art. 10 Abs. 1 StromVG). Allerdings spricht die Entstehungsgeschichte von Art. 10 StromVG, der in seinen Anfängen auch Bestimmungen zum Übertragungsnetz enthielt, für eine solche Auslegung. Dagegen spricht allerdings der Umstand, dass Doppelmandate gerade erwünscht sind – gleichzeitig zu fordern, dass Informationen nicht genutzt werden, dürfte unter diesen Umständen keinen Sinn machen bzw. abwegig sein.¹⁰²

4. Abs. 8 und 9

- 57 Art. 18 Abs. 8 StromVG enthält das Recht für Kantone (keine Pflicht), zwei Vertreterinnen oder Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen. In der Botschaft ist dies mit der nationalen Bedeutung des Übertragungsnetzbetreibers begründet.¹⁰³ Dieses Recht war ähnlich bereits im EMG vorgesehen – allerdings auch für den Bund (je ein Vertreter, Art. 9 Abs. 2 EMG). Die nationale Netzgesellschaft hat dies so in die Statuten aufzunehmen – selbstredend hätte dieses Recht aber auch ohne dieses zusätzliche Erfordernis (Einräumung in den Statuten) Bestand, ergibt es sich doch direkt aus dem Gesetz; die Pflicht zur Übernahme in die Statuten ist an sich also obsolet. Im Gegensatz zu den Vorkaufsrechten ist hier im Übrigen klar, dass grundsätzlich jeder Kanton berechtigt ist, einen Vertreter oder eine Vertreterin zu entsenden.¹⁰⁴
- 58 Der zweite Satz von Art. 18 Abs. 8 sowie Abs. 9 StromVG haben gegen Ende der parlamentarischen Debatte über den Nationalrat Eingang ins StromVG gefunden.¹⁰⁵ Erläuterungen hierzu fehlen gänzlich. Über den Sinn dieser Norm lässt sich sicher-

¹⁰¹ S. dazu weiterführend bei FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 517 ff.

¹⁰² S. hierzu vertieft bei FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 529 ff.

¹⁰³ Botschaft StromVG, 1658.

¹⁰⁴ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 596.

¹⁰⁵ AB 2006 N 1770.

lich streiten – sie wird v.a. politisch motiviert gewesen sein. Die Probleme sind jedenfalls offensichtlich:¹⁰⁶

- 59 Mit Blick auf die Praxis dürfte es zunächst für die Kantone eine anspruchsvolle Aufgabe sein, mit nur zwei Vertreterinnen oder Vertretern eine ausgewogene Vertretung der (schweizerischen) Regionen im Verwaltungsrat zu erreichen (Art. 18 Abs. 8 StromVG, zweiter Satz). Weitere Unwägbarkeiten birgt Art. 18 Abs. 9 StromVG; diese beginnen bereits beim Begriff des Organs.¹⁰⁷
- 60 So gibt es bspw. den Organbegriff aus Art. 54 ZGB, welcher die nach aussen für die Gesellschaft handelnden Exekutivorgane umfasst. Dies wären bspw. die Mitglieder des Verwaltungsrates (Art. 718 Abs. 1 OR), die Direktoren (Art. 718 Abs. 2 OR) oder die Geschäftsführer (Art. 716b OR). Mit Organen können aber bspw. auch die *gesetzlichen* Organe der AG gemeint sein, also die Generalversammlung (Art. 698 OR), der Verwaltungsrat (Art. 707 OR) und die Revisionsstelle (Art. 727 OR).¹⁰⁸
- 61 Die Wendung «in den Organen vertreten» muss den Schluss nahelegen, dass der nationalrätliche Antragsteller sowie anschliessend die Bundesversammlung mit dem Gesetzeswortlaut auf *Gremien* abzielt. In Frage kämen dann grundsätzlich die eben genannten gesetzlichen Organe und dazu wohl noch die Geschäftsleitung.¹⁰⁹ Doch auch dieses Auslegungsergebnis muss bezweifelt werden:
- 62 Der Verwaltungsrat scheidet für Art. 18 Abs. 9 StromVG als «Organ» zum einen deshalb aus, weil Abs. 8, zweiter Satz, bereits eine ausgewogene Vertretung der Regionen verlangt. Man wird kaum davon ausgehen wollen, dass man in Art. 18 Abs. 9 StromVG im Ergebnis noch einmal genau dasselbe statuiert hat, selbst wenn bei Abs. 8 die Kantone und bei Abs. 9 die nationale Netzgesellschaft in die Pflicht genommen werden bzw. wird. Zum andern müssten die Statuten die freie Wahl des Verwaltungsrats durch die Generalversammlung einschränken.¹¹⁰ Mit Blick auf Art. 706b OR wäre allerdings eine Vorschrift, wonach die Generalversammlung nur

¹⁰⁶ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 597.

¹⁰⁷ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 598 mit Hinweis auf MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 2 N. 29 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, der von einem «*bis zur Unübersichtlichkeit zergliederten Organbegriff*» spricht (§ 18, N. 107); diese Problematik stellt sich bei Art. 18 Abs. 7 StromVG weniger, da dieser über einen «Auffangtatbestand», nämlich das «Dienstleistungsverhältnis» verfügt, welches ein *argumentum a fortiori* zulässt, womit de facto alle auch irgend gearteten Beschäftigungen in einem EVU erfasst sind.

¹⁰⁸ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 599.

¹⁰⁹ Vgl. dazu auch BÖCKLI, Aktienrecht § 18 N. 108 (im Bereich der Verantwortlichkeit).

¹¹⁰ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N. 47.

die vom Verwaltungsrat genehmigten Kandidaten wählen kann, nichtig.¹¹¹ Die Gesetzesbestimmung in diesem Sinne verstanden wäre wiederum eine Abkehr von elementaren Prinzipien der AG.¹¹²

- 63 Dass die Generalversammlung gemeint ist, scheint ebenfalls abwegig. Diese umfasst das Aktionariat der Gesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR). So gesehen würde mit Art. 18 Abs. 9 StromVG ein weiteres Element zu Abs. 3 hinzutreten, welches die Zusammensetzung des Aktionariats einschränkte. Zudem stellte sich auch hier die Problematik des «Sicherstellens» über eine Vinkulierungsvorschrift, wie schon bei Art. 18 Abs. 3 StromVG (vgl. Rz. 29 f.). Schliesslich wäre wohl bereits fraglich, ob denn der gegenwärtige Zustand dieses Kriterium erfüllt – erfüllte er es nicht, könnte die Gesellschaft wiederum nichts dagegen unternehmen (Art. 26 BV). Schliesslich sucht man auch vergebens eine Möglichkeit, diese Bestimmung sinnvoll auf die Wahl der Revisionsstelle anzuwenden.¹¹³
- 64 Vernünftigerweise wird man davon ausgehen müssen, dass letztlich nur die Zusammensetzung der Geschäftsleitung von Art. 18 Abs. 9 StromVG erfasst sein kann. Doch auch hier stellt sich die Frage, was denn die Kriterien sein sollen. Der Wohnsitz eines Geschäftsleitungsmitgliedes wird aus naheliegenden Gründen wohl kaum ein Anknüpfungspunkt sein können. Womöglich bestenfalls dessen Herkunft.¹¹⁴

III. KASUISTIK¹¹⁵

- 65 Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Betrieb des Übertragungsnetzes eine staatliche Aufgabe ist und ob die nationale Netzgesellschaft befugt ist, Verfügungen nach Art. 5 VwVG zu erlassen. Die Klärung dieser Frage war und ist deshalb von Bedeutung, weil an das Vorhandensein staatlicher Aufgaben auch weitere, erhebliche Konsequenzen geknüpft sind, so u.a. die Bindung an die Grundrechte (Art. 35 Abs. 2 BV) oder die Anwendbarkeit der Ver-

¹¹¹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N. 48.

¹¹² FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 601.

¹¹³ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 602.

¹¹⁴ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 603 mit Hinweis auf WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 Rz. 14, die demgegenüber davon ausgehen, dass sich die Bestimmung auf sämtliche Organe, auch fakultative, bezieht.

¹¹⁵ Vgl. zur vertieften Auseinandersetzung mit diesem Entscheid bei FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 379 ff.

waltungsrechtspflegegesetz (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. e VwVG).¹¹⁶ Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die nationale Netzgesellschaft, da sie keine Staatsaufgabe wahrnehme, (generell) keine Befugnis habe, Verfügungen zu erlassen (BVGE 2013/13).¹¹⁷ Dieser Auffassung dürfte nicht zu folgen sein:

- 66 M.E. hat der Bund (spätestens) mit der Schaffung des rechtlichen Monopols im Übertragungsnetzbereich den Übertragungsnetzbetrieb zur *staatlichen Aufgabe*¹¹⁸ gemacht. Der Staat ist im Falle einer Monopolisierung *gezwungen*, die monopolisierte Tätigkeit entweder selber auszuüben oder sie ausüben *zu lassen*.¹¹⁹ Deshalb ist es – entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in BVGE 2013/13, welches sich allerdings nicht weiter mit dem Rechtsbegriff des Monopols auseinandersetzt – nicht denkbar, dass ein so wie hier ausgestaltetes rechtliches Monopol vorliegt, gleichzeitig im fraglichen Bereich aber keine staatliche Aufgabe gegeben wäre.¹²⁰
- 67 Zur Verfügungsbefugnis: Gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen. Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. 2 VwVG gelten als Behörden auch andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen.¹²¹
- 68 Die Verfügungsbefugnis ist *wesensmässig* mit der Wahrnehmung einer staatlichen, also öffentlichen Aufgabe verbunden.¹²² Wer für die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe zuständig ist, ist auch befugt, damit verbundene Verwaltungsrechtsverhältnisse durch Verfügung zu regeln. Die Verfügungsbefugnis schliesst also die Verfü-

¹¹⁶ S. für weitere Rechtsfolgen die Aufzählung bei RÜTSCHÉ, Öffentliche Aufgaben, S. 154; s. weiter bei HÄNER, Grundrechtsgeltung, S. 1144 oder SCHEFER, Schutzpflichten, S. 1131; s. auch HAFNER, Staatsaufgaben, S. 305.

¹¹⁷ BVGE 2013/13 E. 5.5 S. 180.

¹¹⁸ Der Begriff wird in der Lehre uneinheitlich gebraucht; vgl. RÜTSCHÉ, Öffentliche Aufgaben, S. 153, S. 154; vgl. auch SUTTER-SOMM, Das Monopol, S. 7; WALTHER, Kooperative Steuerungsinstrumente S. 60; KERN, Privatisierung, S. 97; RICHLI, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 54.

¹¹⁹ S. auch bei HAFNER, Staatsaufgaben, S. 281, S. 302; RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 16 N. 35.

¹²⁰ FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 396 mit Hinweisen auf SUTTER-SOMM, Das Monopol, S. 9, S. 15 und S. 44; im Ergebnis gl.M. ist auch WALTHER, Kooperative Steuerungsinstrumente, S. 96; a.M. MANNHART/WEBER, Neues Strompreisrecht, S. 459.

¹²¹ Vgl. zur Illustration auch Art. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG, BSG 101.1).

¹²² S. GYGI, Verwaltungsrecht, S. 43.

gungsbefugnis mit ein.¹²³ Diese entfällt nur dann, wenn der Verwaltungsträger bei der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe auf einen gleichgestellten Verwaltungsträger trifft, wenn das Gesetz die Streitigkeit auf den Klageweg verweist, andere Handlungsformen vorschreibt oder das Rechtsverhältnis dem Zivilrecht zuzuordnen ist.¹²⁴

- 69 Umgekehrt ist nunmehr danach zu fragen, wo die nationale Netzgesellschaft denn diese Verfügungsbefugnis *nicht* hat. Die Grenze der Zuständigkeit dürfte v.a. der Kompetenzbereich der ElCom bilden, in deren sachliche und funktionelle Zuständigkeit viele Entscheide fallen. Gerade Art. 20 Abs. 1 StromVG vermittelt ihr nach wohl herrschender Auffassung eine umfassende Kompetenz.¹²⁵
- 70 Kann die nationale Netzgesellschaft verfügen, stellt sich sogleich die Frage des Instanzenzugs. Dieser müsste hier – in Ermangelung einer anderslautenden, spezialgesetzlichen Regelung – mittels Beschwerde direkt ans Bundesverwaltungsgericht führen (Art. 31 VGG i.V.m. Art. 33 Bst. h VGG).¹²⁶

¹²³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28, N. 19.

¹²⁴ S. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N. 20; GYGI, Verwaltungsrecht, S. 43; vgl. zum Ganzen wiederum bei FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 426.

¹²⁵ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 429 mit Hinweis auf die Botschaft zum StromVG, die jeweiligen Kommentierungen von Art. 18h EleG bzw. Art. 21 StromVG, die im Wesentlichen Art. 20 StromVG entsprechen, auf 1640 und 1661; vgl. auch Vgl. bspw. die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4797/2011 vom 28. Februar 2012 E. 8.1.3 und A-6689/2012 vom 18. Februar 2014 E. 1.1.1

¹²⁶ Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, N. 439.