AJP/PJA 10/2018



Grundversorgung mit Strom – ein Überblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten

Martin Föhse*

Die Grundversorgung mit Strom erhielt vor noch nicht allzu langer Zeit einen neuen rechtlichen Rahmen. Leider scheint das neue Recht weder den bestehenden Strukturen noch den Grundregeln des Verwaltungsrechts angemessen Rechnung zu tragen. Dies führt dazu, dass nicht nur Zuständigkeiten unklar sind, sondern auch elementare Rechtsverhältnisse nur schwer eingeordnet werden können bzw. teilweise gar an deren Bestand gezweifelt werden muss. Die gegenwärtige Situation ruft nach einer Klärung durch den Gesetzgeber. Dieser Beitrag greift einzelne Punkte auf, skizziert erste Überlegungen zu offenen Fragen und gibt Hinweise für den Umgang mit der Unsicherheit in der Praxis.

Il n'y a pas si longtemps, l'approvisionnement de base en électricité a été doté d'un nouveau cadre juridique. Malheureusement, le nouveau droit ne semble tenir compte ni des structures existantes ni des règles fondamentales du droit administratif. Par conséquent, non seulement les responsabilités ne sont pas claires, mais il est également difficile de classer des relations juridiques élémentaires ou parfois même nécessaire de douter de leur existence. La situation actuelle appelle des éclaircissements de la part du législateur. Cette contribution reprend des points particuliers, esquisse les premières réflexions sur des questions ouvertes et fournit des indications sur la manière de faire face dans la pratique à l'incertitude.

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage
II. Rechtslage in der Stromversorgung – Eckpunkte der Strommarktregulierung
  A. Im Allgemeinen
  B. In der Schweiz
III. Ausgewählte Zuständigkeitsfragen
  A. Zuständigkeiten im Bereich der Strommarktordnung
  B. Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge – BVGE 2015/38
    1. Überblick zum Urteil
    2. Würdigung
    3. Fazit
  C. Zuständigkeit bei Forderungsstreitigkeiten
    1. Grundsätze
    2. Rechtsweg bei öffentlich-rechtlich begründeten Forderungen
    3. Fazit
IV. Rechtsbeziehungen in der Grundversorgung
  A. Überblick zum aktuellen Stand
    1. Vorbemerkung
    2. Lehre und Praxis
    3. Fazit
  B. Grundlegende Überlegungen zu den Rechtsbeziehungen
    1. Übergeordnete Leitlinien
    2. Mögliche Handlungsformen in der Grundversorgung und im Netzbereich
  C. Verfügungskompetenz von Energieversorgungsunternehmen insbes. in der Grundversorgung?
    1. Gerichtliche Praxis
    2. Fazit
  D. Verwaltungsrechtliche Verträge und allgemeine Geschäftsbedingungen
    1. Grober Rahmen
    2. Fazit
V. Schlussbemerkungen

I. Ausgangslage

Die Regulierung der Stromversorgung auf Bundesebene lässt viele Fragen offen – auch solche grundlegender Natur. Nach und nach werden diese Fragen vor das Bundesgericht (BGer) getragen oder durch Anpassungen in Gesetz und Verordnung zumindest teilweise beantwortet. Eine dieser grundlegenden Fragen war jene nach der Rechtsnatur von Netznutzungs-, Energieliefer- und Netzanschlussverhältnissen. Mit BGE 144 III 111 hat das BGer in diesem Punkt nun Kehraus gemacht und sie (z.T. in obiter dicta) weitestgehend geklärt. «Netzanschlussverhältnisse im Bereich der Grundversorgung mit Elektrizität sind […] – ebenso wie die ihnen nachgelagerten Netznutzungs- und Energielieferverhältnisse […] – als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.»[1]

Wer nun allerdings denkt, die Unsicherheiten seien damit geklärt, irrt. Gerade diese Einordnung zieht gewichtige Rechtsfolgen nach sich, zumal sie auf historisch gewachsene, kantonal dominierte Strukturen trifft. Die Versorgung mit Strom war ein gutes Jahrhundert eine (kantonale) staatliche Aufgabe, die weitestgehend mittel-

* Martin Föhse, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt bei Kellerhals Carrard und Assistenzprofessor für öffentliches Recht mit Schwerpunkt Energierecht an der Universität St. Gallen. Die Publikation erfolgt im Rahmen der Tätigkeit der von Innosuisse finanzierten SCCER CREST. Herzlich gedankt für die kritische Durchsicht und die wertvollen Hinweise sei den Frauen Kolleginnen Anita Miescher und Andrea Schläppi.

[1] BGE 144 III 111 E. 5.2; das BGer bestätigt damit im Wesentlichen die Haltung, die es im nicht publizierten Urteil BGer, 4A_582/2014, 17.4.2015, E. 2.2, eingenommen hat.

bar oder unmittelbar durch den Staat selbst wahrgenommen wurde, gestützt auf kantonales öffentliches Recht. Mit dem StromVG[2] hat der Bund diese Regulierungsmaterie an sich gezogen, ohne aber dabei klare Abgrenzungen zum kantonalen Recht zu machen oder die wesentlichen betroffenen Rechtsverhältnisse sauber einzuordnen bzw. in die Strukturen des bestehenden Rechtssystems einzubetten. Das Bundesrecht liegt nun gewissermassen wie ein durchgescheuerter alter Teppich über dem kantonalen Recht, welches er zwar in weiten Teilen überdeckt, ohne aber zu vermeiden, dass es an anderen Stellen durchschimmert oder (gewollt oder ungewollt) offen zu Tage tritt.

Während sich mit Inkrafttreten des StromVG die Rechtslage fundamental geändert hat, sind die Strukturen in Bezug auf die kantonale oder die kommunale Trägerschaft der Energieversorgungsunternehmen (EVU) nach wie vor dieselben geblieben.[3] Teilweise scheint es gar so, als ob alte Praktiken mehr oder weniger unreflektiert weitergeführt werden, so beispielsweise im Bereich des Inkassos von Forderungen oder althergebrachten Zuständigkeiten.[4] Dieser Beitrag widmet sich einigen Konsequenzen der Einordnung ausgewählter Rechtsverhältnisse im Kontext der Stromversorgung als öffentlich-rechtlich mit Blick auf die gängige Praxis.

Nach einer Darstellung der wesentlichen Eckpunkte und Kontroversen zur aktuellen Situation, namentlich auch bezüglich der Frage der staatsrechtlichen Zuständigkeiten (unten II. und III.), soll in einem weiteren Teil auf die allgemeinen Folgen der weitgehenden Zuordnung der Materie «Stromversorgung» zum öffentlichen Recht sowie allfällige (kantonalrechtliche) Rechtswege eingegangen und sollen noch offene Fragen aufgedeckt und andiskutiert werden (unten IV.). Der Beitrag kann nicht den Anspruch auf Vollständigkeit haben, dafür ist die Materie zu komplex und zu umfangreich. Namentlich konnte keine umfassende Analyse der kantonalen Praxis vorgenommen werden. Der Beitrag soll vielmehr dazu dienen, die groben Linien aufzuzeigen, um den Überblick zu vereinfachen und den Einstieg für vertiefte Analysen zu speziellen Fragen zu erleichtern.

II. Rechtslage in der Stromversorgung – Eckpunkte der Strommarktregulierung

A. Im Allgemeinen

Die Stromversorgung ist geprägt durch das natürliche Monopol des Netzeigentümers, welches eine Folge der Leitungsgebundenheit des Stromes ist. Eine Strommarktregulierung pflegt dieses natürliche Monopol zu durchbrechen, indem es Dritten einen Anspruch einräumt, das Netz des Netzeigentümers gegen angemessenes Entgelt zu benutzen. Nebst anderen, dafür üblicherweise ergriffenen Massnahmen (Entflechtung, Netzbetriebsregulierung und Einsetzung einer Regulierungsbehörde) sind die Netz*anschluss*- (verstanden als Anspruch auf physischen Anschluss an das Stromnetz) und die Netz*zugangs*regulierung (verstanden als [1] Recht, das Netz eines Dritten gegen ein [2] gesetzlich definiertes Entgelt zu nutzen) die Schlüsselelemente einer jeden Strommarktordnung.[5]

B. In der Schweiz

Die Stromversorgung nach heutigem Recht, verstanden als Belieferung von sog. Endverbrauchern (Art. 4 Abs. 1 lit. b StromVG) mit Strom, lässt sich grob in zwei Bereiche teilen. Einerseits in die dem «Service public»[6] zugeordnete Grundversorgung nach Art. 6 StromVG mit staatlich (kantonal) bezeichneten Energielieferanten (Art. 5 Abs. 1 StromVG), ohne freie Lieferantenwahl für die (meisten) Endverbraucher,[7] andererseits in den freien Markt, in welchem Endverbraucher mit einem Verbrauch von mindestens 100 MWh pro Jahr (vgl. Art. 6 Abs. 2 und Abs. 6 StromVG e contrario) ihren Lieferanten wählen können (freier Markt).[8] In beiden Bereichen werden gelegentlich grob drei elementare Rechtsverhältnisse unterschieden: (1) das Netz*anschluss*verhältnis, (2) das Netz*nutzungs*verhältnis und (3) das Energielieferverhältnis (wobei das Netz*anschluss*verhältnis m.E. Teil des Netz*nutzungs*ver-

---

2 Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

3 Vgl. Kathrin Föhse, Die Leiden der jungen Strommarktordnung, recht 2015, 125 ff., 127 f. und 131 f.; vgl. auch BGE 129 III 497 E. 3.1.

4 Martin Buchli, Besprechung des Urteils 100.2017.247 vom 12. Januar 2018 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, BVR 2018, 266 f., 267.

5 S. den Überblick zu den Instrumenten der Regulierung bei Kathrin Föhse, Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft, Diss. Bern, Zürich 2014, 30 ff., insbes. N 95 ff.; vgl. auch Föhse (FN 3), 128 f.

6 Vgl. Föhse (FN 5), 60, N 167; BGE 144 III 111 E. 5.2.

7 Das Gesetz nennt jene Endverbraucher in der Grundversorgung ohne freie Lieferantenwahl «feste Endverbraucher»; in der Grundversorgung befinden sich aber auch jene Endverbraucher, die grundsätzlich Anspruch auf freie Lieferantenwahl hätten, diesen aber noch nicht geltend gemacht haben. Für Endverbraucher, die den Strom im freien Markt beziehen, hat sich der Begriff «freie Endverbraucher» eingebürgert.

8 Ein Überblick zur Strommarktregulierung findet sich bei Föhse (FN 3), 126 ff.

hältnisses ist).[9] Alle zwei bzw. drei Rechtsverhältnisse unterliegen in der Schweiz einer unterschiedlichen Regulierungsdichte, wobei die Netznutzungsentgeltregulierung als Aspekt des Netznutzungsverhältnisses hervorsticht.[10]

In der *Grundversorgung* ordnet nun das BGer alle zwei bzw. drei Rechtsverhältnisse (m.E. zu Recht)[11] dem öffentlichen Recht zu. Im Bereich des freien Marktes gilt die Zuordnung zum öffentlichen Recht gemäss BGer (m.E. ebenso zu Recht) zumindest für das Netz*anschluss*verhältnis. Noch nicht geäussert hat sich das BGer zur Frage, ob das Netz*nutzungs*verhältnis bei Endverbrauchern im freien Markt ebenso dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.[12] Dies ist m.E. aber zweifelsohne der Fall – auch das BGer dürfte zu diesem Ergebnis kommen, denkt man die zutreffenden Ausführungen in BGE 144 III 111 E. 5.3 zur Anschlussgarantie und zu den Netz*anschluss*verhältnissen konsequent weiter und bedenkt man die regulierungstheoretische Konzeption einer liberalisierten Strommarktordnung.[13] Wohl einhelliger Meinung ist man schliesslich in Bezug auf das Energielieferverhältnis zwischen dem Lieferanten einerseits und dem freien Endverbraucher (d.h. im freien Markt) andererseits: Dies ist eine *zivilrechtliche* Angelegenheit.[14]

Schliesslich vertrat das BGer zuletzt die Auffassung (mit der im Schrifttum wohl vorherrschenden Meinung), dass die Grundversorgung nach StromVG kein rechtliches Monopol darstelle.[15] Meines Erachtens hat die Bundesversammlung aber mit der gegenwärtigen Konzeption des StromVG ein solches (rechtliches) Monopol geschaffen.[16] Offen lässt das BGer aber (verständlicherweise) andere wichtige Fragen: Wer genau ist *Träger* der öffentlichen Aufgabe «Stromversorgung», ist es eine *bundes- oder kantonalrechtliche öffentliche Aufgabe* und wie ist die *staatsrechtliche Kompetenzverteilung* ausgestaltet (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e VwVG[17])?[18]

III. Ausgewählte Zuständigkeitsfragen

A. Zuständigkeiten im Bereich der Strommarktordnung

Bei der Frage der Zuständigkeiten gibt es zwei unterschiedliche Felder. Erstens die staatsrechtliche Ebene, nämlich die Frage des *regelungskompetenten Gemeinwesens* (i.c. Bund oder Kantone – vgl. auch Art. 91 Abs. 1 BV), zweitens die Frage nach der *zuständigen Behörde* (denkt man in öffentlich-rechtlichen Kategorien). Beides ist miteinander verzahnt: Weist das StromVG den Kantonen eine Regelungskompetenz zu, geht damit zwingend auch eine Vollzugskompetenz einher – die ElCom kann dort nicht zuständig sein. Umgekehrt haben die Kantone durchaus Aufgaben im Bereich des Vollzugs vom Bundesrecht, auch im Bereich des StromVG (vgl. Art. 30 Abs. 1 StromVG: «Die Kantone vollziehen die Artikel 5 Absätze 1–4 und 14 Absatz 4 erster Satz»; vgl. auch Art. 46 Abs. 1 BV). Zuletzt stellt sich noch die Frage nach der Rolle der EVU (der unglückliche Begriff[19] des Netzbetreibers wird hier, soweit möglich, vermieden), denn am Ende – dafür spricht einiges – dürften sie die Träger der betreffenden Verwaltungsaufgabe sein (vgl. insbes. Art. 6 Abs. 1 StromVG; aber auch Art. 6 Abs. 2 EnG[20]).[21]

Um zu beurteilen, ob die Kantone noch Gesetzgebungskompetenzen im Strombereich haben, ist zunächst zu ermitteln, ob das StromVG dazu überhaupt noch Raum lässt.[22] In BGE 138 I 454 E. 3.6.3 ff. hält das BGer fest, dass die Stromversorgungsgesetzgebung sowohl das Netznutzungsentgelt (mit Ausnahme der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen) als auch den Energiepreis

---

9 BGE 144 III 111 E. 5.1; Scholl spricht von «drei Verträgen», dem «Netzanschlussvertrag», dem «Netznutzungsvertrag» und dem «Stromliefervertrag» (Phyllis Scholl, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 518, N 13.29).

10 Zum regulierungstheoretischen Hintergrund s. Föhse (FN 5), 34, N 95 ff.

11 Vgl. die vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage bei Föhse (FN 3), 139 ff., insbes. 142 f., mit Hinweisen; speziell in Bezug auf die nationale Netzgesellschaft s. Föhse (FN 5), 153, N 435. Das StromVG selbst spricht im Titel des 1. Abschnitts des 2. Kapitels von «*Gewährleistung* der Grundversorgung», was (zumindest) auf eine staatliche Gewährleistungsverantwortung hindeutet (Föhse [FN 3], 142).

12 BGE 144 III 111 E. 5.3.

13 Das BGer ist auch an anderer Stelle (BGE 144 III 111 E. 5.2) sehr klar: «Dass die Grundversorgung mit Elektrizität und infolgedessen auch die Netzanschlussverhältnisse in diesem Bereich öffentlichen Interessen dienen und damit öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, bedarf keiner weiteren Worte.»

14 Vgl. BGE 144 III 111 E. 5.1 mit Hinweisen.

15 BGE 144 III 111 E. 5.2; vgl. auch BGer, 2C_ 339/2017, 24.5.2018, E. 1.2.2.

16 Föhse (FN 3), 140 ff. mit Hinweisen.

17 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

18 Vgl. Föhse (FN 3), 142.

19 Vgl. Föhse (FN 3), 134 f.

20 Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0).

21 Gemäss Art. 6 Abs. 2 EnG ist die Energieversorgung «Sache der Energiewirtschaft» – die Tragweite dieser Bestimmung, die weitestgehend unreflektiert aus dem alten Recht übernommen wurde, ist fraglich.

22 Dies kann sich auch über die Auslegung der Bestimmungen der Zuständigkeit der ElCom ergeben – liegt eine ElCom-Zuständigkeit vor, kann gleichzeitig keine kantonale Regelungskompetenz gegeben sein (vgl. auch BGE 144 III 111 E. 5.1).

abschliessend regle und im Übrigen kantonale Zuständigkeiten nur noch dort bestehen würden, wo das Stromversorgungsrecht entsprechende Vorbehalte enthalte.[23] Freilich, das BGer war bei der Frage des Geltungsanspruches des StromVG in der Vergangenheit etwas schwankend – in Bezug auf ein Schlüsselelement der Marktordnung, das Netznutzungsentgelt als Element der Netzzugangsregulierung und Teil des Netznutzungsverhältnisses, scheint es aber (m.E. zu Recht) konsequent von einer umfassenden und abschliessenden Regelung auf Bundesebene auszugehen (ausgenommen Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen).[24]

B. Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge – BVGE 2015/38

1. Überblick zum Urteil

Dieser Einordnung zum Trotz hat das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) in BVGE 2015/38 befunden, dass die Regelungskompetenz für sog. Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge bei den Kantonen liege und damit auch keine Zuständigkeit der ElCom gegeben sei. Gemäss dem Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) sollen über den Netzanschluss- wie auch über den Netzkostenbeitrag jene Kosten abgedeckt werden, die durch den physischen Anschluss eines Netzanschlussnehmers (das kann ein Endverbraucher oder Produzent sein) an das Verteilnetz anfallen. Der Netzanschlussbeitrag soll dabei die Kosten für die Erstellung des Anschlusses decken, der Netzkostenbeitrag ist abhängig von der bestellten Anschlussleistung, die Auswirkungen auf die übrige Netzdimensionierung bzw. den übrigen Netzausbau haben kann.[25] Allerdings ist hier festzuhalten, dass die Gepflogenheiten wohl weit heterogener sind, als das Branchendokument des VSE vermuten lässt. So gibt es nicht nur unterschiedliche Termini (z.B. ist mitunter von «Einkauf ins Netz» die Rede), sondern auch unterschiedliche Philosophien, wie mit Netzanschlüssen umgegangen wird (z.B. gänzlicher Verzicht auf Erhebung von Anschlussgebühren, Anwendung von Pauschalen usw.). Für das vorliegende, grundsätzliche Rechtsproblem ist dies aber im Ergebnis nicht von zentraler Bedeutung, denn es geht hier v.a. um die Frage der Zuständigkeiten und nicht um jene der Gesetzeskonformität der einzelnen Praxis. Deshalb werden hier die Termini «Netzanschlussbeiträge» und «Netzkostenbeiträge» verwendet, gemeint ist aber grundsätzlich jegliche Form der Erhebung eines Entgelts für den Netzanschluss und die diesbezügliche Regulierung. Wie nachfolgend gezeigt werden soll, findet das Urteil BVGE 2015/38 nach der hier vertretenen Auffassung keine Grundlage im Gesetz und ist im Ergebnis unzutreffend.

Im fraglichen Verfahren stützte das BVGer die Haltung der ElCom (und nicht jene des beteiligten Kantons Graubünden[26]).[27] Im Wesentlichen führt es aus, dass sich den Materialien entnehmen liesse, dass der Gesetzgeber für die Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge keine bundesrechtliche Kompetenz hätte vorsehen wollen, sondern diese Fragen wie bisher kantonal, kommunal oder direkt vertraglich zwischen dem betroffenen Endverbraucher und der entsprechenden Netzbetreiberin geregelt werden sollten.[28] An anderer Stelle hält es noch fest, dass die Stromversorgungsgesetzgebung keine explizite Grundlage für die Bemessung der Netzanschlusskosten enthalte, es regle die Netzanschlusskosten und Netzkostenbeiträge nicht.[29] Die Netzanschlusskosten als individuell in Rechnung zu stellende Kosten seien von den Netznutzungskosten abzugrenzen. Die Qualifikation bestimmter Kosten als Netzanschlusskosten oder Netzkostenbeiträge führe dazu, dass diese nicht als Netznutzungskosten zu qualifizieren seien und umgekehrt.[30] Schliesslich hält das BVGer fest, dass es sinnvoll erscheine, diesen Bereich, welcher eng mit kantonalem und kommunalem Raumplanungsrecht verbunden sei, in die kantonale Kompetenz zu stellen.[31]

2. Würdigung

Das BGer hat bis anhin noch nicht ausdrücklich zu dieser Frage Stellung genommen. In einem Urteil vom 8. Oktober 2015[32] war es bspw. in einem Streit über die Höhe des Netzkostenbeitrages angerufen worden, der über den kantonalen Instanzenzug, zuletzt das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, geführt hatte. Die Frage der Zuständigkeit insbes. der ursprünglich verfügenden Behörde (i.c.

---

23 Vgl. (in Bezug auf die Tarifaufsicht und das Netznutzungsentgelt) auch BGE 141 II 141 E. 4.1 und BGer, 2C_518/2012, 23.11.2012, E. 2.4; vgl. schliesslich auch BGE 144 III 111 E. 5.1.

24 Vgl. BGE 144 III 111 E. 5.1 und die Beispiele bei Föhse (FN 3), 131 f.

25 Vgl. Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Empfehlung Netzanschluss (für alle Netzanschlussnehmer an das Verteilnetz), Grundlagen zur Festlegung der Bedingungen zur Berechnung der Anschlussbeiträge für den physischen Netzanschluss an das Verteilnetz, NA/RR 2013, 5, N 4 und 5, 12 (zit. VSE, Netzanschluss).

26 Vgl. BVGE 2015/38 E. 3.4.

27 BVGE 2015/38 E. 4.5.2 und E. 5.6.

28 BVGE 2015/38 E. 5.6.

29 BVGE 2015/38 E. 4.5.1 und E. 5.5.

30 BVGE 2015/38 E. 4.5.2.

31 BVGE 2015/38 E. 6.

32 BGer, 2C_2012/2015, 8.10.2015.

die Gemeinde Feusisberg) war indes nicht Thema im Verfahren, wurde aber vom BGer (bewusst oder unbewusst) auch nicht in Frage gestellt. In BGE 144 III 111 hat das BGer indessen nunmehr Stellung bezogen, indem es die Frage wohl offenlässt (womit aus früheren Entscheiden *kein* Präjudiz abzuleiten wäre).[33]

Das Urteil des BVGer leidet vorab an einem methodischen Mangel. Anstatt sich zuerst – und zwar vertieft – mit der bereits positiv-rechtlich festgehaltenen Zuständigkeitsordnung (sowohl in Bezug auf die Rechtsetzung wie auch den Vollzug) auseinanderzusetzen, versteigt es sich in eine künstlich wirkende und auf falschen Annahmen beruhende Abgrenzungsdiskussion, um die im Gesetz nicht erwähnten Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge als nicht zum Netznutzungsentgelt gehörend zu qualifizieren und daraus abzuleiten, dass einerseits eine kantonale Regelungskompetenz gegeben sei (u.a. entgegen der Auffassung des im Verfahren beteiligten Kantons Graubündens) und andererseits damit keine Zuständigkeit der ElCom vorliege.

Gerade das naheliegendste Argument scheint das BVGer zu übersehen. Gemäss Art. 5 Abs. 4 StromVG können die Kantone Bestimmungen über Anschlüsse ausserhalb der Bauzone sowie über deren Bedingungen und Kosten erlassen.[34] *E contrario* bedeutet das, dass dem *innerhalb* der Bauzone – notabene dort, wo die meisten Anschlüsse erfolgen – nicht so ist. Dass dieser E-Contrario-Schluss zulässig ist, kann problemlos durch weitere Zuständigkeitsregeln gestützt werden: Eine ausdrückliche Zuständigkeitsnorm (wohl) zugunsten einer kantonalen Regelungskompetenz findet sich zunächst in Art. 14 Abs. 4 StromVG. Unter dem Titel «Vollzug» in den Schlussbestimmungen findet sich dementsprechend auch einzig der Hinweis auf ebendiese beiden Normen, Art. 5 Abs. 1–4 und, hoch präzise, Art. 14 Abs. 4 «erster Satz». Dem Wortlaut nach haben die Kantone auch bei Art. 5 Abs. 2 StromVG keine Rechtsetzungs-, sondern nur eine Vollzugs-, d.h. «Rechtsanwendungskompetenz». Daneben hält Art. 22 Abs. 2 lit. a StromVG in Bezug auf die Zuständigkeit der ElCom fest, dass sie zuständig sei, im Streitfall über den Netzzugang, die Netznutzungsbedingungen, die Netznutzungstarife und -entgelte sowie die Elektrizitätstarife zu befinden. *Ausgenommen* bleiben *Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen*[35] – keine weiteren ausdrücklichen Ausnahmen. Bei diesen so weit relativ präzis redigierten Zuständigkeits- und Ausnahmeregeln dürfte doch wohl anzunehmen sein, dass der Bundesgesetzgeber ebenso positivrechtlich festgehalten hätte, dass im für eine Strommarktregulierung elementaren Teilaspekt der Netznutzungsentgeltregulierung, nämlich bei den Netzanschluss- und Netzkostenbeiträgen, *generell* keine Bundes-, sondern sowohl eine kantonale Regelungs- wie auch Vollzugszuständigkeit gegeben ist – erst recht, wenn Art. 5 Abs. 4 StromVG diese kantonale Zuständigkeit dem Wortlaut nach klar *nur* für den Bereich ausserhalb der Bauzone vorsieht.

Das Auslegungsergebnis irritiert auch im realen und regulierungstheoretischen Kontext. Zunächst ist festzuhalten, dass das BVGer fehlgeht, wenn es ausführt, das Verteilnetz des Verteilnetzbetreibers ende am sog. Netzanschlusspunkt. Gemäss Art. 2 Abs. 2 NIV[36] bilden die Grenzstelle zwischen der Anschlussleitung des Niederspannungsverteilnetzes und der elektrischen Installation die Eingangsklemmen am Anschlussüberstromunterbrecher. Gemäss Art. 15a EleG[37] stehen Leitungen mit den erforderlichen Nebenanlagen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität im Eigentum der Unternehmen der Energiewirtschaft, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben. Die Hausanschlussleitung (für welche der Netzanschluss- und Netzkostenbeitrag geschuldet ist) reicht vom Netzanschlusspunkt bis zu den fraglichen Eingangsklemmen, sie ist im Eigentum des Verteilnetzbetreibers und ist auch *Teil des Verteilnetzes* – was auch aus der (vom BVGer selbst zitierten, aber offensichtlich falsch verstandenen) zutreffenden Grafik[38] des VSE her-

---

33 BGE 144 III 111 E. 5.1.

34 Allerdings wohl keine kantonale Anschlusspflicht (vgl. Christoph Jäger/Christophe Scheidegger, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band II, Bern 2016, Art. 5 Strom VG N 28 [zit. Verfasser, Kommentar Energierecht]).

35 Wyss scheint davon auszugehen, dass Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge unter «Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen» zu subsumieren sind, was nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Fall ist (Wyss, Kommentar Energierecht [FN 34], Art. 22 StromVG N 12; vgl. zum Thema auch Oliver, Kommentar Energierecht [FN 34], Art. 12 StromVG N 15 mit Hinweisen; ausführlich Spielmann, Kommentar Energierecht [FN 34], Art. 14 StromVG N 49, der anführt, dass die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen Teil des Netznutzungsentgelts seien, und Tanja Petrik-Haltiner, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und -tarife, Eine erste systematische Analyse im Nachgang an die erste Etappe der schweizerischen Strommarktliberalisierung, Diss. Zürich, Zürich 2017, 314 ff.).

36 Verordnung vom 7. November 2001 über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV; SR 734.27).

37 Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734.0).

38 Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Distribution Code Schweiz, Techni-

vorgeht.[39] Und gerade dieser Teil des Verteilnetzes wird, ist er einmal erstellt, (abzüglich der bereits individuell getragenen Kosten) auch in die alljährliche Berechnung der Netznutzungsentgelte einbezogen, namentlich wenn es um die Betriebskosten geht (Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 StromVG) – ansonsten müsste man davon ausgehen, dass auch der Betrieb und Unterhalt der Hausanschlussleitung dem Anschlussnehmer obliegen würde (obwohl sie im Eigentum des Verteilnetzbetreibers ist), was absurd und aus sicherheitstechnischen Überlegungen schwerlich vertretbar wäre. Eine Strommarktordnung lebt daneben geradezu von einer konsequenten, einheitlichen Netznutzungsentgeltregulierung – wenn also derart zentrale Aspekte der Netzzugangsregulierung (ohne Anschluss geht nichts) gerade *nicht* von der Strommarktordnung erfasst sein sollen (obwohl die Anschlussleitung Teil des Verteilnetzes ist und später im Betrieb dann aber wieder erfasst wird), müsste sich dies ebenso klar aus dem Gesetz ergeben.

Aus dem Umstand, dass das StromVG weder den Begriff der Netzanschlusskosten noch jenen der Netzkostenbeiträge nennt, zu schliessen, diese Elemente seien *nicht* ein Teilaspekt des Netznutzungsentgeltes (i.w.S.) bzw. nicht Teil der Netzkosten, scheint doch im Übrigen etwas zu kurz gegriffen. Natürlich, Kosten für Netzanschlüsse und Netzkostenbeiträge und «weitere individuell in Rechnung gestellte Kosten» müssen separat ausgewiesen werden (Art. 7 Abs. 3 lit. i und j StromVV[40]) bzw. dürfen gemäss Art. 14 Abs. 3bis StromVG bei der Festlegung des Netznutzungsentgeltes «nicht berücksichtigt» werden. Dies entspricht aber der mathematischen Logik bzw. der konzeptionellen Philosophie der Entgeltregulierung des StromVG. Würden die bereits in Rechnung gestellten Kosten nicht von den übrigen anrechenbaren Kosten (Art. 15 StromVG) in Abzug gebracht, zahlten die Endverbraucher – für das Gleiche, nämlich das Netz (!) – doppelt. Im Gegenteil zeigt die Erforderlichkeit des Hinweises gerade, dass es um die Tragung von Netzkosten geht.

Gemeint ist bei (der zugegebenermassen etwas verunglückten Formulierung von) Art. 14 Abs. 3bis StromVG jener Teil des Netznutzungsentgelts, welcher nach *Abzug der bereits getragenen Kosten* noch geschuldet ist – der Regelungsgehalt der Norm geht also nicht über den Anspruch, Doppelzahlungen zu verhindern, hinaus. So ordnet denn auch der VSE die fraglichen Kostenpunkte richtigerweise den Netzkosten zu: «Die Verteilung der gesamthaften Netzkosten erfolgt […] sinnvollerweise in zwei Stufen. Ein Teil der Netzkosten wird bei der Anschlusserstellung in Rechnung gestellt. Einerseits können die Aufwendungen für die Erstellung des Anschlusses als Netzanschlussbeitrag zu Lasten des Netzanschlussnehmers erhoben werden. Andererseits ist der Netzkostenbeitrag abhängig von der bestellten Leistung, weil diese ein wesentlicher Dimensionierungsfaktor des Netzanschlusses und vor allem der vorgelagerten Netze ist. […] Die restlichen anrechenbaren Netzkosten werden entsprechend der Nutzung des Netzes […] in Form eines periodisch erhobenen Netznutzungsentgelts (Netznutzungstarif) anhand der tatsächlich beanspruchten Leistung bzw. der tatsächlich bezogenen Arbeit in Rechnung gestellt.»[41]

Die Haltung des BVGer bedeutete, dass bezüglich ein und derselben Leitung zunächst also eine weitgehende kantonale Regelungs- und Vollzugszuständigkeit gegeben wäre. Aber auch hier scheinen einige Dinge nicht oder zu wenig beachtet worden zu sein: Die Frage des Netzanschlusses selbst, gewissermassen das «Ob», ist nämlich teilweise *bundesrechtlich* geregelt (Art. 5 Abs. 2 StromVG), *nicht* aber der Vollzug (im Sinne der Rechtsanwendung) der fraglichen Bestimmung (vgl. Art. 30 Abs. 1 StromVG), wo regelmässig auch noch andere Bestimmungen, namentlich das RPG[42] und ggf. das WEG[43], zu berücksichtigen sind; ebenso sind Komponenten der Anschlussbedingungen für (kleine) Erzeuger nach Art. 15 EnG (Art. 10 EnV[44]) Bundesrecht, notabene betrifft dies häufig dieselbe Leitung, an welcher der fragliche Netzanschlussnehmer und gleichzeitige Endverbraucher angeschlossen ist; weiter ist auch noch die Fra-

sche Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Verteilnetzes, DC-CH 2014, Oktober 2014, Kap. 8.3, 53.

39 S. auch Pascal Leumann, Eigentumsverhältnisse und Verantwortlichkeiten am Hausanschluss, Jusletter vom 23.4.2012, 3, N 8 ff.; Scholl (FN 9), 535, N 13.91.

40 Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71).

41 Vgl. VSE, Netzanschluss (FN 25) 5, N 4 und 5.

42 Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

43 Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 (WEG; SR 843).

44 Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV; SR 730.01); das BVGer ordnet dieses Rechtsverhältnis (noch unter der alten EnV) übrigens dem Zivilrecht zu («legen vertraglich fest» gem. Art. 2 Abs. 1 aEnV bzw. Art. 10 Abs. 1 EnV), führt dann aber aus, dass die ElCom aufgrund ihrer Aufsichtstätigkeit trotzdem Anordnungen treffen könne (BVGer, A-857/2014, 13.11.2014, E. 1.2.2); gl.M. Merker, Kommentar Energierecht (FN 34), Art. 23 StromVG N 41.

ge der Kostentragung für notwendige Netzverstärkungen nach Art. 22 Abs. 3 StromVV bundesrechtlich geregelt, wo neckischerweise eine ElCom-Zuständigkeit gegeben ist (Art. 22 Abs. 4 StromVV), eine Frage, die einen engen Bezug zum Netzkostenbeitrag hat; ebenso besteht schliesslich eine ElCom-Zuständigkeit bei Streitfällen betreffend die Zuordnung von Netzanschlussnehmern (wohl zu einer Netzebene) oder bei Streitigkeiten über die Abgeltung beim Wechsel von Anschlüssen (Art. 3 Abs. 3 StromVV). Schliesslich will die ElCom gemäss ihrer Praxis auch noch zuständig für die Festlegung des Netzanschlusspunktes im Streitfall sein.[45] Doch das ist noch nicht alles: Nachdem der Netzanschluss einmal über die Leitung hergestellt ist und in Betrieb ist, würde diese Zuständigkeit, wie oben gezeigt, insgesamt zum Bund bzw. zur ElCom *wechseln,* ist die fragliche Leitung doch rechtlich Teil des Verteilnetzes (was das BVGer verkennt).

Ein solches unmögliches Regime verzettelter und wechselnder Rechtsetzungs- und Vollzugskompetenzen lässt sich möglicherweise angesichts der topographischen Gegebenheiten in ländlichen Gebieten der Schweiz für Fälle von Anschlüssen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 StromVG (ausserhalb der Bauzone) noch halbwegs rechtfertigen.[46] Im Übrigen, namentlich innerhalb der Bauzone, wäre ein solcher Rechtsrahmen aber konzeptionell kaum stimmig.[47] Insbesondere die Problematik der abgeschiedenen Gehöfte usw. stellt sich hier gerade nicht. Insgesamt ergibt sich auch aus den Überlagerungen mit dem WEG oder dem RPG keine Schwierigkeit, die derart gewichtig wäre, dass sie das Interesse an einer kohärenten Netznutzungsentgeltregulierung (oder mit Blick auf den Cost-Plus-Ansatz des StromVG «Netzkostenregulierung») mit weitestgehend umfassender, einheitlicher Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenz beim Bund als Herzstück jeder Strommarktordnung überwiegen könnte. Diese Probleme sind denn auch zu einem grossen Teil auf einen Schlag gelöst, wenn man (richtigerweise) zum Schluss kommt, dass auch die Frage der Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge bundesrechtlich geregelt ist (wenn auch nur rudimentär – aber ebenso rudimentär ist die in der Tragweite nicht weniger weit gehende Energielieferkomponente in der Grundversorgung reguliert[48]) und in der Zuständigkeit der ElCom liegt.

3. Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung ist das, was unter den Begriffen «Netzanschlussbeitrag» und «Netzkostenbeitrag» zu verstehen ist, als Bestandteil der Regelung zur Netznutzungsentgeltregulierung Materie des Bundes und damit der ElCom, soweit es *nicht* um Anschlüsse ausserhalb der Bauzone gemäss Art. 5 Abs. 4 StromVG geht, die, was die Bedingungen und Kosten anbelangt, in die kantonale Regelungs- und Vollzugskompetenz fallen. Hätte das die Bundesversammlung anders gewollt, hätte man es so ausdrücklich festhalten müssen, wenn man gleichzeitig in Art. 5 Abs. 4 StromVG eine eng definierte Kompetenznorm vorsieht. Der Aspekt der Netznutzung ist somit bundesrechtlich abschliessend geregelt, einschliessend die Teilaspekte «Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge» mit der einzigen Ausnahme von Art. 5 Abs. 4 StromVG und «Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen».

Das BVGer scheint sich bei seinen Betrachtungen zu sehr auf die Materialien gestützt und darüber die Auseinandersetzung mit dem Gesetzestext vernachlässigt zu haben. Das Gesetz muss in erster Linie aus sich heraus verständlich sein – «Schau-in-die-Materialien-Gesetze» kann sich unser Rechtsstaat nicht leisten. Findet ein wichtiger Anspruch oder eine wichtige Zuständigkeitsregel keine genügende, ausdrückliche Grundlage im Gesetz, so können sie nicht über die Materialien, namentlich nicht über die Botschaft oder die Ratsprotokolle, herbeigezaubert werden, mag man es noch so «gemeint haben». Ansonsten unterläuft man Art. 164 Abs. 1 BV. Danach gehören alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen, die (lit. c) Rechte und Pflichten von Personen, (lit. e) Aufgaben und Leistungen des Bundes, (lit. f) Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug von Bundesrecht oder (lit. g) die Organisation und das Verfahren vor Bundesbehörden betreffen, in ein Gesetz im formellen Sinne.

Die Tragweite des Entscheides kann nicht unterschätzt werden, sehen sich doch diverse Kantone genötigt, allenfalls legistisch tätig zu werden und möglicherweise gar im Vollzug ein Know-how aufzubauen. Problematisch ist die Situation hier deshalb, weil sich das BGer noch nicht dazu äussern konnte und fraglich ist, ob es dies überhaupt noch einmal muss. Nunmehr wird man als Anwalt Rechtsuchenden nämlich raten müssen, sich bei einschlägigen Streitigkeiten an eine kantonale Behörde zu wenden. Es bleibt einzig die Hoffnung, dass sich das BGer vielleicht auch hier einmal *obiter* der Frage annimmt – oder dass man es legistisch in Ordnung bringt. Etabliert sich aber eine entsprechende Praxis, ist sie kaum mehr aus der Welt zu schaffen.

---

45 Vgl. Wyss, Kommentar Energierecht (FN 34), Art. 22 StromVG N 12 mit Hinweisen.

46 Vgl. dazu auch BGE 144 III 111 E. 5.2; Jäger/Scheidegger, Kommentar Energierecht (FN 34), Art. 5 StromVG N 45.

47 A.M. Petrik-Haltiner (FN 35), 260 ff.; Wyss, Kommentar Energierecht (FN 34), Art. 22 StromVG N 12.

48 Vgl. dazu Kathrin Föhse, BGer 2C_681/2015 und 2C_682/2015: Festlegung und Kontrolle der Elektrizitätstarife in der Grundversorgung, AJP 2016, 1709 ff., 1726.

C. Zuständigkeit bei Forderungsstreitigkeiten

1. Grundsätze

Das Inkasso von Forderungen aus dem Stromlieferverhältnis (in der Regel wird dies gleichzeitig das Netznutzungsentgelt wie auch die Energielieferung betreffen) gehört zum Daily Business der EVU. Bis anhin scheint es, dass man hier in der Praxis unterschiedliche Wege gegangen ist – das Gros dürfte gar über die Zivilgerichte abgewickelt worden sein. Ordnet man aber das Rechtsverhältnis in der *Grundversorgung* nach StromVG (richtigerweise) dem öffentlichen Recht zu, liegt keine Zivilsache im Sinne von Art. 1 lit. a ZPO vor – die Zivilgerichte sind also nicht zuständig, können also auch keinen nach SchKG vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid (Art. 80 Abs. 1 SchKG) fällen. Pro memoria: Streitigkeiten zwischen *freien* Endverbrauchern und ihren Stromlieferanten sind zivilrechtliche Materie; demgegenüber wäre aber eine Streitigkeit zwischen einem freien Endverbraucher und dem lokalen (Verteil-)Netzbetreiber über das Netznutzungsentgelt bzw. Netzbelange (wie oben dargelegt) m.E. eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit, die, je nach Gegenstand, in den Kompetenzbereich der ElCom oder einer kantonalen Behörde fiele.

2. Rechtsweg bei öffentlich-rechtlich begründeten Forderungen

Somit bleiben im Rahmen der Grundversorgung wohl nur noch zwei Wege offen, um in einer Forderungsstreitigkeit einen vollstreckbaren Titel zu erwirken: Entweder jener über eine Klage beim Verwaltungsgericht (Urteile von Verwaltungsgerichten fallen auch unter Art. 80 Abs. 1 SchKG) oder bei einer speziellen Behörde, bspw. beim Regierungsstatthalter im Kanton Bern, oder jener über den Verteilnetzbetreiber mit (allfälliger) Verfügungskompetenz; dieser handelte also als «schweizerische Verwaltungsbehörde» im Sinne von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, dessen Verfügungen gerichtlichen Entscheiden gleichgestellt sind. Eine Bemerkung der Vollständigkeit halber: Die ElCom ist nicht zuständig für Forderungsstreitigkeiten aus Netznutzungs- und Energielieferverhältnissen (vgl. Art. 22 StromVG); es geht insbesondere nicht um die Tarifaufsicht, sondern vielmehr um die gerichtliche Durchsetzung eines (rechtmässigen) Tarifes. Die Weiche, welcher Rechtsweg zu beschreiten ist, steht und fällt nun also mit der Frage zusammen, ob der Verteilnetzbetreiber Verfügungskompetenz hat oder ob das entsprechende Rechtsverhältnis allenfalls als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist – denn u.a. daran knüpfen Verwaltungsrechtspflegegesetze an, welche hierfür in der Regel den Weg der öffentlich-rechtlichen Klage vorsehen.

In einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern[49] ging es um einen solchen Forderungsstreit aus Energielieferung zwischen einer Verteilnetzbetreiberin (onyx Energie Dienste AG) und einem festen Endverbraucher (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. f StromVV). Die Verteilnetzbetreiberin erlegte dem betreffenden Endverbraucher den ausstehenden Betrag *per Verfügung* auf. Das Verwaltungsgericht wurde im konkreten Fall angerufen, um über die Frage der (allfälligen) Zuständigkeit der Zivilgerichte zu entscheiden. Im Ergebnis kam es zum Schluss, dass (1) ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis gegeben sei,[50] (2) die Verteilnetzbetreiberin mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage aber keine Verfügungskompetenz habe,[51] womit (3) die Verteilnetzbetreiberin zur Erwirkung eines vollstreckbaren Titels den Weg über die verwaltungsrechtliche Klage beim Regierungsstatthalter einzuschlagen habe (vgl. Art. 88 Abs. 1 lit. e VRPG/BE[52]).[53] Was aus dem Entscheid nicht unmittelbar hervorgeht: Art. 88 Abs. 1 lit. e VRPG/BE, auf den sich das VGer BE bezieht, ist anwendbar bei «vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen Privaten aus öffentlichem Recht». Fraglich ist aber, ob nicht eher Art. 88 Abs. 1 lit. d einschlägig gewesen wäre, der bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zur Anwendung gelangt, sofern nicht der Kanton Partei ist und soweit die zuständige Behörde die Streitigkeit nach dem Gesetz nicht durch Verfügung zu regeln hat. So gesehen müsste die jeweilige Verteilnetzbetreiberin eine «Behörde» sein (und nicht «Private» im Sinne von Art. 88 lit. e VRPG/BE).[54] Darauf wird noch einzugehen sein – immerhin ist so weit schon einmal festzuhalten, dass die Verteilnetzbetreiberin eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, die ihr, gestützt auf Bundesrecht, durch den Kanton übertragen wurde.[55]

3. Fazit

Klar ist so weit nur, dass Zivilgerichte unter dem Regime des StromVG in der Grundversorgung nicht (mehr)

---

49 VGer BE, 100.2017.247U, 12.1.2018, in: BVR 2018, 259 ff.
50 BVR 2018, 263, E. 2.5.
51 BVR 2018, 264 f., E. 3.
52 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (BE) (VRPG; BSG 155.21).
53 BVR 2018, 266, E. 3.4; vgl. auch die Kommentierung von Buchli (FN 4) an gleicher Stelle (BVR 2018).
54 Vgl. dazu Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 88 VRPG/BE N 9 f.
55 Vgl. dazu Föhse (FN 3), 139 f.

zuständig für reine Forderungsstreitigkeiten aus dem Netznutzungs- und Energielieferverhältnis sind. Das Bundesrecht definiert das Rechtsverhältnis in der Grundversorgung mit Strom indessen nicht ausdrücklich. Höchstrichterlich ist festgehalten, dass das Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist (m.E. muss dies generell für den Netzbereich gelten) – darüber hinausgehend hat sich das BGer noch nicht abschliessend geäussert. Dadurch ist insbesondere noch nicht gesagt, wie sich der Rechtsweg im Einzelnen dort gestaltet, wo *keine* ElCom-Zuständigkeit gegeben ist. In Frage kommt als erste Instanz in der Regel (je nach Ausgestaltung der kantonalen Verwaltungsrechtspflegeordnung) nur der Verteilnetzbetreiber per Verfügung oder (in den meisten Fällen) ein Verwaltungsgericht auf dem Klageweg.

Aus praktischer Sicht ist der Weg der verwaltungsrechtlichen Klage allerdings ein steiniger, im Massengeschäft kaum gangbarer Weg. Trotz der Pflicht zur Einhaltung gewisser Vorgaben und der fehlenden Parteientschädigung scheint die Möglichkeit, per Verfügung zu handeln, m.E. sachgerechter. Ein anderer Weg wäre schliesslich, diese spezifischen Forderungsstreitigkeiten aus dem Massengeschäft der Strombelieferung auch in der Grundversorgung per Gesetz den Zivilgerichten zuzuweisen.

IV. Rechtsbeziehungen in der Grundversorgung

A. Überblick zum aktuellen Stand

1. Vorbemerkung

Die rechtlichen Verhältnisse in der Stromversorgung sind sehr komplex. Es gibt zahlreiche unterschiedliche Akteure, die in rechtlicher Beziehung zueinander stehen – insbesondere auch solche, die im Hintergrund dafür sorgen, dass immer genügend Strom vorhanden ist.[56] Dieser Beitrag fokussiert auf die wesentlichen Rechtsbeziehungen in der Grundversorgung, das Netzanschlussverhältnis, das Netznutzungsverhältnis (soweit die beiden überhaupt gesondert genannt werden müssen) sowie das Energielieferverhältnis. Nun lässt aber das Gesetz, insbesondere das StromVG, einem mit vielen Fragen allein, so dass man sich den Themen auf dem Weg der allgemeinen, v.a. staats- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen annähern muss. Schon nur die genannten drei bzw. zwei Rechtsverhältnisse beschränken sich bei Weitem nicht nur auf die – in Anlehnung an die privatrechtliche Terminologie möchte man sie Essentialia nennen – Aspekte «Netzanschluss», «Netznutzung» oder «Energielieferung». Es geht dabei jeweils auch um weniger fundamentale Nebenbestandteile der jeweiligen Rechtsverhältnisse, um Themen wie Entstehung und Beendigung der Rechtsbeziehung, Informationsaustausch und Datenschutz bzw. -management, Rechnungsstellung und Zahlung, Unterbrechung der Energielieferung, Zutrittsrechte, technische Vorschriften, Haftungsregeln usw. Schliesslich kommt erschwerend hinzu, dass sich, wie oben aufgezeigt, die bundes- und die kantonalrechtliche Staatssphäre überlagern.

2. Lehre und Praxis

Balthasar ist, soweit ersichtlich, eine der wenigen, die sich – bereits 2007 – im Rahmen ihrer Dissertation etwas eingehender mit Elektrizitätslieferverträgen unter dem Regime des StromVG auch in der Grundversorgung auseinandergesetzt hat. Sie vertritt die Auffassung, dass im Rahmen des sog. «Wahlmodells abgesicherte Stromversorgung», auch «WAS-Modell», d.h. im Rahmen der Grundversorgung nach Art. 7 StromVG (s. dazu unten), aufgrund der «Gewährleistungspflicht» zur Versorgung der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages möglich sei und prinzipiell auch Verfügungen erlassen werden könnten.[57] Im Schrifttum hat man sich danach, soweit ersichtlich, kaum mehr vertieft mit der Einordnung einzelner Rechtsverhältnisse in der Grundversorgung bzw. im Netzbereich auseinandergesetzt. Die meisten Autorinnen und Autoren sprechen schlicht von «Verträgen» bzw. von «Netzanschluss-», «Netznutzungs-» oder «Stromliefervertrag», ohne dass dem eine vertiefte Reflexion oder überhaupt eine Einordnung zugrunde liegen würde.[58] Soweit ersichtlich gibt es, zumindest auf Bundesebene, auch noch keine gerichtliche Praxis dazu.

Der «Vertrags-Ansatz» ist nun auch in der Branche weit verbreitet. Gerade allgemeine Geschäftsbedingungen

---

[56] Illustrativ die Grafik des Verbands Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Netznutzungsmodell für das schweizerische Verteilnetz, Grundlagen zur Netznutzung und Netznutzungsentschädigung in den Verteilnetzen der Schweiz, NNMV – CH, Ausgabe Juli 2014, 13.

[57] Michèle Balthasar, Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung, Diss. Zürich, Zürich 2007, 57 f.

[58] Vgl. Scholl (FN 9), 518 f., N 13.29; Fuchs, Kommentar Energierecht (FN 34), Art. 5 Abs. 5 StromVG N 29 ff.; Michael Waldner, Funktion und Rechtsnatur des Stromliefervertrages im liberalisierten Markt, AJP 2010, 1311 ff., 1316 – dessen Beitrag sich aber schwergewichtig dem Stromliefervertrag im *liberalisierten Markt* widmet und in Bezug auf die Grundversorgung deshalb nur einen groben Überblick gibt.

(AGB) scheinen en vogue zu sein. Daneben stellt der VSE seinen Mitgliedern auch «Musterverträge» zur Verfügung, darunter beispielsweise auch einen «Netznutzungsvertrag für Endverbraucher».[59] Umgekehrt kommt es, gerade wenn ein regelungskompetentes Gemeinwesen die Versorgung in Eigenregie vornimmt, nicht selten vor, dass sich die einschlägigen Regeln in einem Reglement (d.h. in einem Gesetz im formellen Sinne) und ggf. einer zugehörigen Verordnung finden. Ob sich die jeweiligen Autorinnen und Autoren mit ihren «Verträgen» oder «AGB» im öffentlichen Recht wähnen, ist oft nicht ersichtlich bzw. in einigen Fällen gar zu bezweifeln.[60] Im Zweifel scheint man es vorzuziehen, vage zu bleiben (was, je nach Rolle, die man innehat, durchaus legitim und nachvollziehbar ist).

Das Gesetz selbst enthält keine Einordnung zur Rechtsnatur der fraglichen Rechtsverhältnisse. Im Gegenteil: Man scheint bei der schweizerischen Strommarktregulierung in Bezug auf «Verträge» gelegentlich auf etwas abwegigen Pfaden unterwegs gewesen zu sein. So liest man in Art. 5 Abs. 3 StromVV tatsächlich, dass die ElCom «den Vertragsabschluss verfügt», wenn ein Netzbetreiber, ein Erzeuger oder einer der übrigen Betreiber sich weigert, eine in der StromVV definierte Vereinbarung mit der nationalen Netzgesellschaft abzuschliessen. Das ist Unsinn. Ist die ElCom zuständig und sind die Voraussetzungen erfüllt, regelt sie das Rechtsverhältnis *einseitig* und hoheitlich per Verfügung (mangels eines Konsenses) – und nein, natürlich kann man Vertragsabschlüsse nicht verfügen. Umgekehrt ist z.B. auch Art. 3 StromVV zu erwähnen, gemäss dessen Abs. 1 die Netzbetreiber «transparente und diskriminierungsfreie Richtlinien» für die Zuordnung von Anschlussnehmern zu einer bestimmten Netzebene und die minimale Qualität der Elektrizitätsbelieferung *festzulegen* haben. Gemäss Art. 3 Abs. 2 StromVV sollen sie überdies «Richtlinien» für die Abgeltung beim Wechsel von Anschlüssen festlegen (vgl. auch die Aufzählung von «Richtlinienkompetenzen» in Art. 27 Abs. 4 StromVV), was gar in Richtung generell-abstrakter Regelungs- oder zumindest Verfügungskompetenz geht.

Interessant ist auch Art. 7 Abs. 4 StromVG. Art. 7 StromVG ist (noch) nicht in Kraft und erscheint wohl deshalb mittlerweile nicht mehr in der SR, er ist aber verabschiedet. Die Norm regelt das bereits erwähnte «WAS-Modell», von welchem jene Endverbraucher erfasst sind, die trotz vielleicht dereinst vollständig geöffnetem Markt ihren Strom nicht bei einem beliebigen Lieferanten einkaufen. Nach diesem Art. 7 Abs. 4 StromVG regelt der Bundesrat die Einzelheiten, «insbesondere die Vertragsmodalitäten». Leitner/Rothenfluh führen hierzu ohne weitere Begründung aus, dass der Gesetzgeber offenbar davon ausgehe, dass die Rechtsbeziehung zwischen Netzbetreiber und Endverbraucher vertraglich geregelt werde. In der Praxis dürfte dies, so die Autoren, «[…] – analog der heutigen Rechtsbeziehung zwischen Netzbetreiber und festen Endverbrauchern – wohl vorwiegend über einseitig verfasste allgemeine Geschäftsbedingungen bzw. entsprechende kommunale oder kantonale Vorschriften erfolgen, was nach wie vor zulässig sein dürfte».[61] Auf die AGB wird nachfolgend einzugehen sein.

Schliesslich zu erwähnen ist auch noch Art. 10 Abs. 1 EnV. Dieser schreibt vor, dass die Produzentinnen und Produzenten von Energie nach Art. 15 EnG und die Netzbetreiber die Anschlussbedingungen vertraglich festzulegen haben. Merker geht hier offenbar mit dem BVGer betreffend die materiell gleichlautende Vorgängerbestimmung in der alten EnV einig, dass sich diese Vereinbarung nach Zivilrecht richte.[62] Hier scheint man m.E. wohl etwas vorschnell vom Begriff «Vertrag» auf ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis geschlossen zu haben. Auch dieser Aspekt des Netzanschlusses ist m.E., aus den gleichen Gründen wie bereits dargelegt, öffentlich-rechtlicher Natur. Artikel 10 EnV ist eine Konkretisierung von Art. 5 Abs. 2 StromVG für einen Spezialfall, nämlich für den Anschluss von Produzenten nach Art. 15 EnG (nach BVGer wäre dies eine kantonale Regelungs- und Vollzugszuständigkeit und wäre die Bestimmung deshalb kompetenzwidrig ergangen); nur der Vollzug liegt gemäss Art. 30 Abs. 1 StromVG bei den Kantonen und m.E. nur, soweit es allein um die Frage des Anschlusses, gewissermassen um das «Ob», geht – und nicht um die Anschlusskosten.

Auch nicht vergessen gehen darf, auf welcher Konzeption des sog. Netzzugangsmodells das StromVG basiert, nämlich jenem des sog. regulierten Netzzugangs *(regulated third party access),* wie er auch in der EU für die Mitgliedsstaaten bereits seit dem zweiten Energiebinnenmarktpaket aus dem Jahr 2003 zwingend vorgeschrieben ist.[63] Anders als beim System des sog. verhandelten

---

59 Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Musterverträge 2013, MVBM – CH, Ausgabe 2013.

60 Vgl. auch Buchli (FN 4), 267.

61 Leitner/Rothenfluh, Kommentar Energierecht (FN 34), Art. 7 StromVG N 9.

62 Merker, Kommentar Energierecht (FN 34), Art. 23 StromVG N 41 mit Hinweis.

63 Vgl. Föhse (FN 3), 129; Föhse (FN 5), 61, N 168, zur damaligen Situation in der EU 45, N 127, und 46, N 131; ein Überblick zu den Modellen findet sich bei Philipp Straub, Der Zugang zu den Elektrizitätsnetzen in Europa und der Schweiz, Diss. Zürich, Basel 2005, 51 f.

Netzzugangs[64] *(negociated third party access)* sind in diesem System die Rahmenbedingungen für den Netzzugang bereits gesetzlich vorgegeben und müssen *nicht* vertraglich ausgehandelt werden. Dies bedeutet nicht, wie das BGer m.E. richtig festhält,[65] dass man nicht trotzdem einen Netzzugangsvertrag abschliessen kann – allerdings muss der Netzbetreiber dabei beachten, dass er sich im Rahmen der regulatorischen Vorgaben bewegt und insbesondere niemanden diskriminiert.[66]

3. Fazit

Die gegenwärtige Situation lässt einen zugegebenermassen ein wenig hilflos zurück. Einerseits sind die Regelungs- und Vollzugszuständigkeiten verzettelt, überlagern sich gleichzeitig oder wechseln gar von einer Behörde zur anderen, sodass man den Eindruck gewinnt, dass dem Ganzen keine saubere, umfassende Konzeption zugrunde liegt. Ein ungeübter Rechtsuchender hat bspw. fast keine Chance, herauszufinden, dass Streitigkeiten über Netzanschlussgebühren und Netznutzungsbeiträge gemäss (m.E. unzutreffender) aktueller gerichtlicher Praxis *nicht* in die Zuständigkeit der ElCom fallen sollen. Ähnliches gilt in Bezug auf die Rechtsverhältnisse. Gegenwärtig scheint man hier weitestgehend im Blindflug unterwegs zu sein – nur mit rudimentärer fluginstrumentaler Ausrüstung bestückt und ohne Unterstützung durch einen Fluglotsen. Alles in allem scheint es, als ob man in weiten Teilen an der Dogmatik vorbeilegiferiert hat. Dies macht es umso schwieriger, dem StromVG mit der klassischen Herangehensweise Herr zu werden – es will nicht in die Rechtsordnung passen. Nun folgt eine grobe Einordnung.

B. Grundlegende Überlegungen zu den Rechtsbeziehungen

1. Übergeordnete Leitlinien

Als Grundsatz ist mit Buchli zunächst Folgendes festzuhalten: «Im Bereich der Grundversorgung nach Art. 6 StromVG besteht angesichts der Qualifizierung als staatliche Aufgabe kein Raum für privatautonomes Handeln.»[67] Meines Erachtens muss dies im Geltungsbereich des StromVG namentlich auch für sämtliche Aspekte der Netzanschluss- und Netzzugangsregulierung bzw. für das Netzanschluss- und Netznutzungsverhältnis gelten (unbenommen, ob der jeweilige Endverbraucher ein «freier» Endverbraucher ist oder nicht).[68] Erst recht gilt dies schliesslich im Bereich der Hauptaufgaben von Swissgrid, der nationalen Netzgesellschaft.[69] Dass dies gerechtfertigt ist, zeigen u.a. die zutreffenden Ausführungen des BGer und wurde vom Autor auch bereits an anderer Stelle eingehender erörtert.[70] Das Rechtsverhältnis in der Grundversorgung und im Netzbereich ist geprägt von einer Monopolsituation (m.E. liegt in der Grundversorgung ein rechtliches Monopol vor, im Übrigen besteht das natürliche Monopol des Netzeigentümers), mit welcher ein erhebliches Machtgefälle einhergeht.[71]

Was bedeutet nun die Qualifizierung als öffentliche bzw. staatliche Aufgabe (auch Verwaltungsaufgabe; der Begriff[72] selbst ist unscharf)? An das Vorhandensein einer staatlichen Aufgabe sind erhebliche Konsequenzen geknüpft, so u.a. die Bindung an die Grundrechte (Art. 35 Abs. 2 BV), die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 5 BV) oder die Anwendbarkeit der Verwaltungsrechtspflegegesetze (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e VwVG) – und damit umgekehrt auch der Ausschluss der Zivilgerichtsbarkeit.[73] Somit stellt sich natürlich in erster Linie die Frage nach der richtigen *Handlungsform,* um Rechtsverhältnisse zu begründen, zu ändern oder aufzuheben.

2. Mögliche Handlungsformen in der Grundversorgung und im Netzbereich

Die Trägerinnen der Verwaltungsaufgabe «Stromversorgung», die EVU, sind vorliegend in aller Regel kantonale oder kommunale öffentliche Unternehmen. Entweder sind sie selbst Teil eines Gemeinwesens, z.B. Teil einer Stadtverwaltung (wie das EWZ), eine öffentlich-rechtliche Anstalt (wie die ewb), eine staatlich kontrollierte Gesellschaft (z.B. die CKW) oder es sind gemischtwirtschaftliche Unternehmen (z.B. eine BKW). «Echte» Private sind in der Grundversorgung wohl kaum zu finden. Diese

---

64 Die Begrifflichkeiten rund um den Terminus «Netzzugang» werden im StromVG sehr unglücklich verwendet (s. dazu Föhse [FN 5], 34, Fn 149).

65 BGE 141 II 141 E. 4.4 mit Hinweisen.

66 Nicht ganz richtig bei Bernheim/Geiger, Kommentar Energierecht (FN 34), Art. 13 StromVG N 1 – die Pointe des *regulated third party access* ist gerade, dass es – anders als unter dem Regime vor Inkrafttreten des StromVG, dem auch BGE 129 II 497 zu Grunde liegt – *keinen* Netzzugangsvertrag mehr braucht.

67 Buchli (FN 4), 268.

68 Vgl. dazu Föhse (FN 5), 34 ff.

69 Ausführlich dazu bei Föhse (FN 5), 133 ff.

70 Föhse (FN 3), 139 ff.

71 Vgl. auch Buchli (FN 4), 273; Föhse (FN 3), 143.

72 Vgl. die vertiefte Auseinandersetzung bei Föhse (FN 5), 134, N 388 ff.

73 Föhse (FN 5), 134 f., N 389; Buchli (FN 4), 267.

Unternehmen («Netzbetreiber»[74]) erhalten gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG ein Netzgebiet zugeteilt, sind dort für die Anschlüsse (Art. 5 Abs. 2 StromVG) und die Grundversorgung (Art. 6 Abs. 1 StromVG) verantwortlich und sind in diesem Rahmen *verpflichtet,* ein Rechtsverhältnis mit den Endverbrauchern einzugehen. Ob bzw. inwiefern diese Netzgebietszuteilung (Übertragungsakt) – v.a. auch im Hinblick auf die erwähnte Diskussion um die Frage des rechtlichen Monopols in der Grundversorgung – nun (und zwar nicht nur in Bezug auf den öffentlichen Grund) eine Konzessionierung darstellt oder, sofern ein «echter» Privater betroffen ist, ggf. eine Beleihung[75] gegeben ist, ist nicht auf den ersten Blick eindeutig, kann aber vorderhand offenbleiben, denn so weit sei folgender Grundsatz festzuhalten:

«In unmittelbarer Erfüllung von Verwaltungsaufgaben handeln öffentliche Unternehmen und beliehene Private grundsätzlich auf dem Boden des öffentlichen Rechts. Damit geht schon aus Gründen des Rechtsschutzes auch die Verfügungsbefugnis einher, soweit die Erfüllung der übertragenen Aufgabe hoheitliches Handeln erfordert und das Sachgesetz die Verfügungsbefugnis nicht ausschliesst. Manche Sachgesetze erwähnen die Verfügungsbefugnis ausdrücklich; nötig wäre dies aber nicht.»[76] Wohl gilt auch auf Bundesebene der allgemeine Vorrang der Verfügung, wenn es um die Frage der wichtigsten Handlungsform eines Verwaltungsträgers geht.[77]

Eine weitere, allerdings subsidiär[78] mögliche Handlungsform bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben ist der *verwaltungsrechtliche Vertrag,* um öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen einen *bindenden* Rahmen zu geben (einmal abgesehen von gegen innen gerichteten Verwaltungsverordnungen, Dienstbefehlen[79] oder den Spezialitäten von Sonderstatusverhältnissen). Zuletzt stellt sich noch die Frage, ob eine Befugnis zum Erlass generell-abstrakter Normen besteht. Dem soll nachfolgend nachgegangen werden.

C. Verfügungskompetenz von Energieversorgungsunternehmen insbes. in der Grundversorgung?

1. Gerichtliche Praxis

Was man auf den ersten Blick klar nach der Lektüre des eben wiedergegebenen wörtlichen Zitates mit «Ja» beantworten möchte, ist dann auf den zweiten Blick doch nicht so klar, wenn sich das BGer der Sache annimmt. So weit vorweg: Eine Verfügungskompetenz eines EVU kann nur dort gegeben sein, wo nicht gleichzeitig eine ElCom-Zuständigkeit gegeben ist.[80] Weiter muss man sich vor Augen führen, dass, soweit ein EVU verfügt, der kantonale Rechtsweg einzuschlagen wäre – sofern man die Aufgabe, trotz der i.d.R. kantonalen oder kommunalen Trägerschaft des Aufgabenträgers, nicht als bundesrechtlich einstuft (was aber nicht ganz klar ist).

In einem Urteil aus dem Jahr 2016 hatte das BGer zu entscheiden, ob der nationalen Netzgesellschaft Swissgrid in Bezug auf einen speziellen Bereich eine Verfügungskompetenz zukommt. Es war der Auffassung, dass das Stromversorgungsgesetz der Swissgrid «jedenfalls für die hier zur Diskussion stehende Erhebung von Netznutzungsentgelten (samt Kosten für Systemdienstleistungen [Art. 15 Abs. 2 StromVG; Art. 7 Abs. 3 lit. e und Art. 15 Abs. 2 StromVV]) keine Verfügungskompetenz» übertrage. Im Gegenteil: Das Gesetz weise diese Verfügungskompetenz ausdrücklich der ElCom zu (Art. 22 Abs. 2 lit. a und b StromVG). Es überrascht ein wenig, dass sich das BGer – obwohl es davon ausging, dass eine ElCom-Zuständigkeit gegeben war – überhaupt noch mit den Grundsätzen der Rechtsfrage auseinandergesetzt hat. In der gleichen Erwägung zuvor führt es aus, dass – selbst wenn man davon ausgehe, dass Swissgrid mit der Inrechnungstellung der fraglichen Kosten eine öffentliche Aufgabe wahrnehme (vgl. Art. 18 ff. StromVG) – sich daraus keine Verfügungskompetenz ergebe: Die Delegation einer Verwaltungsaufgabe an Private beinhalte nicht automatisch auch die Übertragung einer entsprechenden Verfügungskompetenz; eine solche setze vielmehr eine hinreichende, formellgesetzliche Grundlage voraus; diese könne allenfalls auch implizit erfolgen, wenn ein Privater gesetzlich mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe betraut werde, jedoch nur, wenn die Verfügungskompetenz zur Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgabe unerlässlich sei.[81] Meines Erachtens hat Swiss-

---

[74] Der Begriff ist leider unglücklich gewählt, da insbesondere keine Differenzierung zwischen Netzbetrieb und Energielieferung vorgenommen wird (vgl. dazu Föhse [FN 3], 135 f.).

[75] Vgl. dazu Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 10 N 12 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 1821 ff.

[76] Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 75), § 10 N 19 (mit Hinweisen).

[77] Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 75), § 10 N 12 f. (mit Hinweisen).

[78] Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 75), § 33 N 2.

[79] Zu den Begriffen «Verwaltungsverordnung» und «Dienstbefehl» s. bei Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 75), § 41 N 1 ff.

[80] Föhse (FN 5), 150, N 429, und 155, N 441; BGer, 2C_348/2015, 23.5.2016, E. 4.2.

[81] BGer, 2C_348/2015, 23.5.2016, E. 4.2.

grid in *gewissen anderen Bereichen* durchaus eine Verfügungskompetenz – in ihrem Fall wäre es in Erfüllung einer bundesrechtlichen Aufgabe.[82] Dies würde bedeuten, dass der Rechtsmittelweg direkt an das BVGer führen würde.

In einem nur um ein paar Monate älteren Entscheid liess sich das BGer – bezugnehmend auf den Leitentscheid BGE 138 II 134 E. 5.1 – wie folgt vernehmen: «Die Übertragung der Aufgabe kann zwar implizit auch die für deren Erfüllung erforderliche Verfügungskompetenz enthalten, indessen gilt dies nur, wenn (1) die gesetzliche Regelung dem nicht entgegensteht und (2) die Verfügungskompetenz sich zur Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe als sachnotwendig erweist. Lässt sich dem (formellen) Gesetz […] keine definitive Lösung über die Verfügungskompetenz und deren Umfang bzw. Anwendungsbereich entnehmen, darf auf eine solche Befugnis nur ausnahmsweise und bloss aufgrund einer ausdrücklichen, von der reinen Aufgabenübertragung losgelösten gesetzlichen Grundlage geschlossen werden, da die Übertragung hoheitlicher Befugnisse an Private nicht leichthin vermutet werden kann (BGE 138 II 134 E. 5.1 S. 159; 137 II 409 E. 6 S. 412 ff. mit Hinweisen).»[83]

Das VGer des Kantons Bern kam in seinem bereits erwähnten Entscheid (nach eher knapp abgefassten Erwägungen) zum Schluss, dass weder im Bundesrecht noch im kantonalen oder kommunalen Recht eine Grundlage bestehen würde, die einer «privaten Netzbetreiberin» (Anm.: Die Onyx Energie AG ist eine Tochter der BKW, die wiederum kantonal beherrscht ist) eine Verfügungsbefugnis für Geldforderungen betreffend die Lieferung elektrischer Energie übertragen würde.[84] Damit lehnt es sich an die m.E. nicht ganz unproblematische, relativ rigide Praxis des BGer an, die vor dem Hintergrund von Art. 49 Abs. 1 VRPG/BE doch zumindest fragwürdig erscheint.[85]

2. Fazit

Diese Praxis scheint aus unterschiedlichen Gründen nicht ganz unproblematisch. Der Vorrang der Verfügung ist kein Selbstzweck, sondern ein wichtiges Element der Rechtsstaatlichkeit, in dem die prozessuale Einbettung des Instituts ein faires Verfahren (u.a. die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs) und Rechtsschutz in einem Umfeld gewährleistet, in dem – wie hier – ein Machtgefälle gegeben ist.[86] Allerdings ist dieser Praxis aus anwaltlicher Sicht freilich Rechnung zu tragen. So dürfte es angesichts dieser gegenwärtig relativ riskant sein, als insbesondere in der Grundversorgung tätiges EVU den Weg der Verfügung zu beschreiten, sofern keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür besteht. Man läuft Gefahr, dass sie wegen Unzuständigkeit als nichtig taxiert wird.[87] In einer komfortableren Situation sind da jene EVU, die Teil eines regelungskompetenten Gemeinwesens sind, das die Verfügungskompetenz in einem Gesetz im formellen Sinne vorsehen kann (was hiermit dringend angeraten sei).[88] Dies dürfte zumindest so lange möglich sein, wie die fraglichen EVU kantonales Recht vollziehen. Damit eine einheitliche Praxis möglich ist, müssten sich die Kantone schliesslich fragen, ob sie die Verfügungskompetenz nicht auf kantonaler Ebene festhalten, um auch den übrigen EVU eine Verfügungskompetenz einzuräumen, die zwar mit der Grundversorgung betraut sind, aber gleichzeitig nicht Teil eines (allenfalls bereits verfügungskompetenten) Gemeinwesens sind. Die Frage der Verfügungskompetenz stellt sich im Übrigen auch im Kontext des sicheren Netzbetriebes, wo es bspw. um Verhaltensanweisungen in Bezug auf das Installieren von Anlagen und Geräten oder um Versorgungsunterbrüche geht.

Zumindest nicht gerade auf den ersten Blick sticht die Antwort auf die Frage hervor, ob ein kantonaler oder kommunaler Erlass auch dort eine Verfügungskompetenz einräumen kann, wo sich eine «Behörde», i.c. ein EVU als Träger einer öffentlichen Aufgabe, auf bundesrechtlichem Terrain bewegt (man denke z.B. an Nebenbestimmungen aus den Rechtsverhältnissen in der Grundversorgung), oder ob sich diesfalls die Verfügungskompetenz nicht direkt (zumindest implizit) aus Bundesrecht ergeben müsste. Bei der Frage des Instanzenzugs muss schliesslich auch hier wieder geklärt werden, ob es sich um eine Bundesaufgabe oder eine kantonale Aufgabe handelt bzw. ob das (Bundes-)Gesetz dem Kanton den Vollzug (Rechtsanwendung) überträgt, denn je nachdem greift allenfalls das VwVG oder ein kantonales Verwaltungsrechtspflegegesetz (zur Frage der Zuständigkeit des BVGer s. Art. 33 lit. h und i VGG[89]). Immerhin scheint so weit schon einmal klar, dass sich die öffentlich-rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses und die grundlegenden Versorgungspflichten aus *Bundesrecht* ergeben. Gleichzeitig wird die Aufgabe aber – aus historischen Grün-

---

82 Föhse (FN 5), 148 ff., N 424 ff.
83 BGer, 2C_386/2014, 2C_394/2014, 18.1.2016, E. 5.2.
84 BVR 2018, 265 ff. (E. 3.3); zu Recht kritisiert bei Buchli (FN 4), 270.
85 So auch Buchli (FN 4), 273.
86 Schön bei Buchli (FN 4), 272.
87 So auch Buchli (FN 4), 271.
88 Vgl. Buchli (FN 4), 271.
89 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

den – weitestgehend von den Kantonen oder Gemeinden bzw. kantonal oder kommunal beherrschten Unternehmen wahrgenommen. Nach wie vor finden sich auch kantonale Aufgabennormen bezüglich der Energieversorgung (vgl. Art. 35 Abs. 2 KV/BE[90]). Das VGer BE ging offenbar wie selbstverständlich davon aus, dass es sich um den Vollzug einer kantonalen Aufgabe handelt.

D. Verwaltungsrechtliche Verträge und allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Grober Rahmen

Um es gleich vorwegzunehmen: Sowohl der Weg über den verwaltungsrechtlichen Vertrag wie auch jener über «allgemeine Geschäftsbedingungen» (als besondere Ausprägung der Vertragsgestaltung) scheinen aus rechtsstaatlicher Sicht denkbar ungeeignet, um den in der Grundversorgung und im Netzbetrieb gegebenen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen, d.h. dem Netzanschluss-, dem Netznutzungs- und dem Energielieferverhältnis, einen verbindlichen Rahmen zu geben. Aus öffentlich-rechtlicher Sicht ist es, als müsste man zwischen Pest oder Cholera wählen.[91] Verneint man allerdings die Verfügungskompetenz von EVU in der Grundversorgung oder im Netzbetrieb – und verneint man ebenso eine einseitige Regelungskompetenz im generell-abstrakten Sinne –, dann bleiben indessen keine anderen Optionen übrig.

Verwaltungsrechtlicher Natur sind Verträge dann, wenn sie unmittelbar der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dienen oder einen öffentlich-rechtlich geregelten Gegenstand betreffen.[92] Vorliegend kommt nur ein subordinationsrechtlicher Vertrag in Frage (koordinationsrechtliche Verträge stehen hier nicht zur Diskussion).[93] Zweifelhaft ist v.a. aus rechtsstaatlicher Sicht bereits, ob es sachliche Gründe gibt, dass hier die Vertragsform der Verfügung vorzuziehen ist, bzw. ob der Weg über den verwaltungsrechtlichen Vertrag überhaupt vertretbar ist, besteht doch ein erhebliches Machtgefälle, faktisch ein Subordinationsverhältnis (was auch bei einem «subordinationsrechtlichen» Vertrag – trotz dem unglücklichen Begriff – gerade nicht gegeben ist bzw. nicht gegeben sein darf).[94]

Nimmt man an, ein subordinationsrechtlicher Vertrag sei zulässig, stellen sich grundsätzlich zwei Fragen: (1) Ist das Zustandekommen eines solchen verwaltungsrechtlichen Vertrages denkbar und, falls ja, (2) sind die in der Praxis gebräuchlichen AGB Vertragsbestandteil geworden (unter der Hypothese, dass dies auch beim verwaltungsrechtlichen Vertrag möglich ist)? Dabei darf aber nicht vergessen gehen, dass das EVU gesetzlich verpflichtet ist, ein entsprechendes Rechtsverhältnis einzugehen (Art. 6 Abs. 1 StromVG), und insbesondere auch nicht gänzlich frei darin ist, den Tarif festzulegen. Der feste Endverbraucher hat immerhin – zumindest scheinbar – die Wahl und kann theoretisch auch darauf verzichten, Strom zu beziehen. Wenn er aber Strom beziehen will, dann kommt er aus rechtlichen (und faktischen) Gründen in aller Regel nicht am lokalen EVU vorbei.[95] In der Regel wird es so sein, dass für die zur Debatte stehenden Rechtsverhältnisse in der Grundversorgung keine schriftlichen Verträge abgeschlossen werden. Gewöhnliche Haushaltskunden melden dem lokalen EVU vielleicht den Um- bzw. Zuzug. Danach wird wohl in aller Regel ohne weitere Formalitäten Strom konsumiert, Strom, den das EVU über die Steckdose zur Verfügung stellt. Allenfalls kommt noch ein freundliches Schreiben vom lokalen EVU, wonach man «willkommen» sei – wie im Falle des Autors, der diese Erfahrung unlängst gemacht hat. Später dürfte eine Rechnung kommen. Auf möglicherweise vorhandene AGB wird wohl selten hingewiesen, eine *ausdrückliche* Übernahme von AGB wird daher in den meisten Fällen nicht erfolgt sein, auch nicht über ein «Vertragsdokument», welches einen Verweis auf die AGB enthalten könnte.[96]

In den meisten Fällen wird man sich also bestenfalls fragen müssen, ob ein Vertrag *konkludent* zustande gekommen ist. Dies gilt überdies auch für die Gültigkeit der AGB, die ebenso konkludent übernommen worden sein müssten – diese Möglichkeit ist aber rechtlich umstritten und m.E. erst recht im gegebenen öffentlich-rechtlichen Umfeld schwerlich zu rechtfertigen.[97] Während

---

90 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

91 Vgl. auch Buchli (FN 4), 268.

92 Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 75), § 33 N 12 f.

93 Zu Begriff und Voraussetzungen s. Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 75), § 33 N 18 f.; vgl. auch BGE 136 I 142 E. 4.1 und BGer, 2C_399/2017, 28.5.2018, E. 7.6.1; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 75), N 1286 ff.

94 Vgl. die spezielle Konstellation bei Swissgrid, s. Föhse (FN 5), 152 f., N 435 ff.

95 Vgl. Föhse (FN 3), 141 ff.

96 S. dazu Roman Perrig, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig (Hrsg.), Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 112 ff. (zit. Verfasser, AGB).

97 Vgl. dazu ausführlich Perrig, AGB (FN 96), 114 ff., insbes. auch 116 f. Eine Globalübernahme läge dann vor, wenn der Kunde den AGB zustimmt, obschon er diese inhaltlich nicht kennt bzw. nicht versteht – dabei müssen die AGB aber zugänglich sein.

nun die Vorstellung, dass mit dem Beginn des Bezugs des (zwangsweise) «offerierten» Stromes konkludent ein entsprechender Vertrag – oder zumindest ein (wie auch immer geartetes) Rechtsverhältnis (Netznutzungs- und Energielieferverhältnis) im Sinne «Strom gegen Entgelt» – zustande gekommen ist, nicht abwegig scheint, scheint dies in Bezug auf die AGB also doch zweifelhaft und müsste überdies auch noch im Lichte des Vertrauensprinzips analysiert werden. Somit gibt es zwar durchaus Gründe, von einem entsprechenden verwaltungsrechtlichen Vertrag auszugehen, bei dem man sich zwar zumindest auf die rudimentären Eckpunkte geeinigt hat (immerhin sind die Tarife reguliert und müssen durch die EVU auch publiziert[98] werden). In Bezug auf die AGB ist dies bei der skizzierten Praxis aber doch mehr als fraglich. Sind sie nicht wirksam einbezogen worden, fällt das Rechtsverhältnis gewissermassen auf das zwingende Recht zurück, d.h., es haben nur noch jene Rechte und Pflichten Bestand, die sich ohnehin aus dem Gesetz ergeben. AGB dürften also bei der skizzierten Praxis kaum einmal von einem Konsens getragener «Vertragsbestandteil» geworden sein – sofern man überhaupt von «Verträgen» sprechen mag:[99]

Verneint man sowohl die Verfügungskompetenz wie auch das Zustandekommen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages (oder zumindest den wirksamen Einbezug der AGB), droht dem Netzanschluss-, dem Netznutzungs- und dem Energielieferverhältnis insbesondere in der Grundversorgung in Teilen die juristische Inexistenz bzw. die Unverbindlichkeit.[100] Ein Ausweg aus dem Dilemma könnte sein, ein *gesetzliches* Rechtsverhältnis anzunehmen; aber auch dies ist argumentativ eine Herausforderung, weil gerade das StromVG, zusammen mit dem EleG und den Ausführungsbestimmungen, vieles nur rudimentär festlegt.

Ein Sonderstatusverhältnis ist nicht gegeben,[101] ebenso wenig die Möglichkeit, über Verwaltungsverordnungen oder Weisungen zu operieren (es geht nicht um das Innenverhältnis[102] der Verwaltung). Wie oben erwähnt, besteht zwar für die Netzbetreiber in gewissen Bereichen kraft StromVG ausdrücklich das Recht bzw. die Pflicht, «Richtlinien» zu erlassen. Die ElCom ist diesbezüglich der Auffassung, dass damit keine rechtsetzenden Befugnisse «an private Organisationen delegiert worden seien» – weder Branchendokumente noch Richtlinien seien gesetztes Recht. Bei den fraglichen Bestimmungen handle es sich um Selbstregulierungsnormen und man würde im Einzelfall prüfen, ob sie sachgerecht seien. Die übrigen Branchendokumente seien für jene verbindlich, welche sie zum Vertragsbestandteil erklärt hätten.[103]

2. Fazit

Es ist zweifelhaft, ob die unter dem geltenden Regime des StromVG gängige Praxis, mit AGB zu operieren, überhaupt zu einem bindenden Rechtsverhältnis führt, zumindest soweit sich dieses nicht ohnehin klar aus dem gesetzlichen Rahmen ergibt.[104] Allerdings ist der übergeordnete rechtliche Rahmen dermassen ungenügend, dass sich trotz aller Zweifel vorderhand kaum Alternativen bieten. Dies gilt namentlich für jene EVU, die keine Möglichkeit haben, ihre Rahmenbedingungen in Erlassen zu positivieren. Zweifelsohne besteht ein Bedürfnis, die Rechtsverhältnisse mit den Netzanschlussnehmern und Endverbrauchern verbindlich zu konkretisieren – und daran dürfte auch ein erhebliches öffentliches Interesse liegen. Den EVU zu empfehlen, sie sollen jeden Endverbraucher und Netzanschlussnehmer die AGB unterzeichnen lassen, wird in der Praxis schwer umzusetzen sein und die Wirksamkeit bliebe fraglich. Allerdings: Ohne Einbezug sind sie gegenwärtig aller Wahrscheinlichkeit nach ohnehin nicht wirksam, soweit sich entsprechende Rechte und Pflichten nicht direkt aus dem Gesetz ableiten lassen. Man wird also andere Wege beschreiten müssen, um dieser Situation auf einer soliden Basis Herr zu werden. Vorderhand könnten allenfalls die Kantone etwas Abhilfe schaffen, indem sie jenen EVU, die sie mit der Grundversorgung beauftragen, die Verfügungskompetenz einräumen – in der Hoffnung, dies habe vor Bundesrecht bestand.

---

98 Vgl. dazu die Überlegungen bei Michael Hochstrasser/Arnold F. Rusch, Der Vertrag des Passagiers mit den SBB, Jusletter vom 8.10.2012, N 30 ff., die dafürhalten, dass Tarife (i.c. jene der SBB) ex lege Gültigkeit erhalten können.

99 S. dazu Kramer, AGB (FN 96), N 3.

100 Vgl. zum Thema auch Kramer, AGB (FN 96), N 3, Fn 10, der dafürhält, dass AGB auch im öffentlich-rechtlichen Verhältnis nach Art. 8 UWG zu kontrollieren seien (was m.E. aber voraussetzt, dass sie überhaupt Vertragsbestandteil wurden), und dafür die ElCom für zuständig hält (was voraussetzt, dass das Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist).

101 Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 75), § 43 N 22 ff.

102 Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 75), § 41 N 15 f.

103 ElCom, publizierte Aktennotiz vom 1. Februar 2010, Rechtsnatur von Richtlinien und Branchendokumenten, 5.

104 A.M. offenbar Bernheim/Geiger, die ihre Ausführungen aber nicht weiter begründen: «Die Nichtunterzeichnung von Verträgen durch den Endverbraucher verhindert indes nicht, dass (wie bisher) zumindest die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die (Netznutzungs-)Tarife des Verteilnetzbetreibers Anwendung finden» (Bernheim/Geiger, Kommentar Energierecht [FN 34], Art. 13 StromVG N 17).

V. Schlussbemerkungen

Den Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten im Bereich des StromVG ist aufgrund der aktuellen Rechtslage kaum Herr zu werden. Es wird offensichtlich, dass bei der Erarbeitung des Gesetzes an der (Verwaltungs-)Rechtsdogmatik vorbeilegiferiert worden ist, leider kein Einzelfall im Energierecht des Bundes, wie auch andere feststellen: «Gesetz und Verordnungsgeber sollten sich im Bereich der Spezialgesetzgebung nicht ‹ohne Not› von den Grundregeln des allgemeinen Verwaltungsrechts entfernen. Wo sie dies aber für unentbehrlich halten, sollten sie zumindest den allgemeingültigen Grundsatz der Klarheit und Verständlichkeit beherzigen. Denn Gesetzes- und Verordnungsanwendung dürfen nicht zum *Ratespiel* werden.»[105]

Ausserhalb des zumindest zu einem Teil klar abgrenzbaren Bereiches der Zuständigkeit der ElCom, nämlich der Tarifaufsicht, verschwimmen die Rechtsetzungs- und Vollzugszuständigkeiten bis zur Unkenntlichkeit, die Suche nach der zuständigen Behörde oder dem regelungskompetenten Gemeinwesen wird selbst für spezialisierte Experten in nicht unerheblichem Ausmass tatsächlich zu einem Ratespiel oder zur Suche der Nadel im Heuhaufen. Doch das ist nur die eine Seite: Ein grosser Teil der Rechtsverhältnisse in der schweizerischen Stromversorgung steht mit Blick auf die Frage der Verbindlichkeit wichtiger Elemente auf tönernen Füssen. Weder ist klar, wie die Rechtsverhältnisse zustande kommen, noch in welcher Form dies der Fall ist, noch wer welche Kompetenzen hat, geschweige denn, ob überhaupt eine Verbindlichkeit von allenfalls vermeintlichen «Verträgen» oder «AGB» gegeben ist.

Im Bereich der Stromversorgung nehmen die Unsicherheiten kaum überschaubare Ausmasse an, denen man m.E. nur durch Klärung auf Gesetzesstufe beikommen kann. Das muss m.E. anhand der Prämisse geschehen, dass bei der gegenwärtigen, aber auch bei der künftigen Stromversorgung gemäss «WAS-Modell» der Dogmatik nach in einigen Bereichen (Netznutzung, Grundversorgung, abgesicherte Stromversorgung) *öffentlich-rechtliche* Rechtsverhältnisse gegeben sind. Damit ist entweder zu klären, wer das regelungskompetente Gemeinwesen ist (schon nur, welche Rolle Bund und Kantone spielen) und wer die vollziehende Behörde (d.h. die Trägerin der Verwaltungsaufgabe) ist und welcher Handlungsformen sie sich zu bedienen hat (hier sollte die Möglichkeit der Verfügung genauer geprüft werden), um Rechtsverhältnisse mit Kunden zu gestalten, oder es sind gewisse Teile ausdrücklich dem Zivilrecht zuzuweisen. Es ist sehr zu wünschen, dass der Bundesrat die offenen Fragen bei der laufenden Revision des StromVG angeht und der Bundesversammlung Lösungsvorschläge unterbreitet.

In der Zwischenzeit könnten die Kantone (und allenfalls die Gemeinden) insofern etwas Abhilfe schaffen, wenn sie den in der Grundversorgung tätigen EVU im (allenfalls) zulässigen Rahmen per Gesetz die Verfügungskompetenz einräumen. Im Übrigen wird man gegenwärtig nicht umhinkommen, gewisse Regeln nach wie vor über AGB zu statuieren. Den EVU sei dabei empfohlen, ihre diesbezügliche Situation und Praxis zu überprüfen, namentlich mit Blick auf die Frage des gültigen Einbezugs.

---

[105] Markus Müller, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 1C_532/2016 vom 21. Juni 2017, ZBl 2018, 446 ff., 449 (Hervorhebung im Original).