

recht

3/15

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

33. Jahrgang

Inhalt

Abhandlungen

- 111 *Andreas Stöckli*
Interessenkonflikte und Haftungsrisiken in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft
- 125 *Kathrin S. Föhse*
Die Leiden der jungen Strommarktordnung – aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung
- 144 *Roland Fankhauser/Rebecca Vionnet*
Die Samenspende im schweizerischen Recht
- 158 *Wolfgang Wohlers/Linda Bläsi*
Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz
- 176 *Raffael Gnädinger*
Völkerrecht als Bestandteil des Europarechts: von einer geltungs- hin zu einer auswirkungsbezogenen Betrachtungsweise



Stämpfli Verlag

Impressum

Schriftleitung: Anja Hasler MLaw

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach 5662, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 36, Fax 031 300 66 88
E-Mail: Redaktion@recht.ch

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2015

AboPlus
(Zeitschrift + Onlinezugang)
Schweiz: Normalpreis CHF 178.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 143.–

Ausland: CHF 185.–
Onlineabo: CHF 137.–
Einzelheft: CHF 39.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten, wenn nicht anders angegeben, und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
periodika@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 82, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com
© Stämpfli Verlag AG Bern 2015
Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern
Printed in Switzerland, ISSN 0253-9810

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht
und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und
Zivilprozessrecht, Universität Basel

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Professorin für Zivilrecht,
Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,
Wirtschafts- und Europarecht,
Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Luzern

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsverglei-
chung im öffentlichen Recht,
Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHKE

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,
insb. Verwaltungsrecht und
öffentliches Prozessrecht,
Universität Basel

Die Leiden der jungen Strommarktordnung – aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung

Mit dem Stromversorgungsgesetz (StromVG) hat der Bundesgesetzgeber in eine historisch kantonal dominierte Domäne eingegriffen. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist unscharf definiert, was zu Abgrenzungsschwierigkeiten mit übrigen Bundesrecht und kantonalem Recht führt. Ferner enthält die neue Strommarktordnung legistische und konzeptionelle Mängel. Sie stellt auch die Grundversorgung mit Strom auf ein neues bundesrechtliches Fundament, dessen juristische Qualifikation zu überdenken ist.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
 - I. Ausgangslage
 - II. Problemstellung und Ziel des Beitrages
- B. Grundlagen
 - I. Überblick über die historische Entwicklung der Stromwirtschaft und ihre rechtlichen Rahmenbedingungen
 - II. Das kleine Einmaleins einer liberalisierten Strommarktordnung
 - III. Eckpunkte des Regulierungsmodells des StromVG
- C. Ausgewählte Problemkreise
 - I. Das Verhältnis des StromVG zu kantonalem Recht
 - II. Die Konzeption des StromVG im Lichte regulierungstheoretischer Prinzipien
 - III. Grundversorgung nach Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG – eine staatliche Aufgabe?
 - IV. Folgen dieser Einordnung – Gedanken zum Rechtsverhältnis in der Grundversorgung
 - V. Zusammenfassung

A. Einleitung

I. Ausgangslage

Rund sieben Jahre ist es her, seit der Bundesrat das Stromversorgungsgesetz (StromVG)¹ in Kraft gesetzt hat. Es enthält nicht nur die gesetzlichen Grundlagen zur Liberalisierung des Strommarktes. Da es die erste bundesrechtliche Strommarktordnung überhaupt darstellt, hat es auch eine neue Ära in der schweizerischen Stromversorgung eingeläutet. Dieses Gesetz, das die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt

schaffen soll (Art. 1 Abs. 1 StromVG), hat allerdings schon öfter für rauchende Köpfe gesorgt. Die Organe der Rechtspflege tun sich nicht immer leicht mit der Auslegung der schwer verdaulichen Kost, welche die Bundesversammlung den Rechtsunterworfenen aufgetischt hat. Selbst der Bundesrat hatte seine Mühe(n) bei der anschliessenden Konkretisierung, musste doch die von ihm erlassene einschlägige Verordnung² in gerichtlichen Verfahren schon ordentlich Federn lassen.³ Der Gesetzgeber sah sich u. a. deshalb auch bereits mehrfach genötigt, im Eiltempo nachzubessern, die Tinte der Urfassung war kaum trocken.⁴ Diese Probleme sind für einen derart jungen Erlass besorgniserregend.

Ungeachtet dieser Unwägbarkeiten ist das StromVG eine Realität, von der alle Einwohnerinnen und Einwohner der Schweiz unmittelbar betroffen sind. Die heutige Gesellschaft hängt im wahrsten Sinne des Wortes an der Steckdose – ohne Strom geht dieser Tage gar nichts (mehr). Angesichts solcher Umstände mag es auf den ersten Blick überraschen, dass die rechtswissenschaftlichen Beiträge zum noch jungen Erlass bis jetzt eher spärlich ausgefallen sind. Dies wird zum Teil auch an der eher hermetischen Thematik liegen, die sich nur wenigen ohne Weiteres erschliesst

² Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71).

³ So haben Art. 31b Abs. 2 StromVV, Art. 11 Abs. 2 StromVV und Art. 14 Abs. 3 letzter Satz i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c erster Satz StromVV der gerichtlichen Prüfung nicht standgehalten (vgl. BVGE 201049, E. 10.1; das Urteil des Bundesgerichts 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011, E. 4.6 und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-2842/2010 vom 20. März 2013, E. 6).

⁴ Dies pflegte er jeweils mittels parlamentarischer Initiativen (Pa. Iv.) zu tun. Es sind dies die Pa. Iv. 10.480, «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze», die Pa. Iv. 13.467, «Kostentragungspflicht für Ausgleichsenergie. Gewährleistung einer sicheren Stromversorgung.» (Hierbei ist der erste Teil verabschiedet, ein zweiter, davon thematisch unabhängiger Teil betreffend die nationale Netzgesellschaft, den der Nationalrat eingebracht hat, ist noch in Beratung.) sowie die Pa. Iv. 15.430, «Streichung von Vorrängen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz».

Dr. iur. Kathrin S. Föhse, Rechtsanwältin, Leiterin Energiemarkt-recht im Bundesamt für Energie. Der Aufsatz enthält die persönlichen Ansichten der Autorin. Herzlich gedankt für die kritische Durchsicht des Manuskripts sei Frau Rechtsanwältin Anita Miescher-Buri.

¹ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (StromVG, SR 734.7).

und selbst für überdurchschnittlich talentierte Autodidakten eine Herausforderung darstellt. Die Materie ist sehr technisch und stark geprägt von den physikalischen Eigenschaften des essentiellen, rund um die Uhr nachgefragten Guts «Strom». Ein Gut, dass sich praktisch nur in Leitungen transportieren lässt, sich nicht um vertragliche Abmachungen schert und optimale Bedingungen – ein annähernd perfektes Gleichgewicht von Produktion und Verbrauch – benötigt, damit es nicht aufhört zu fließen.⁵

II. Problemstellung und Ziel des Beitrages

Gegenstand dieses Beitrages bilden Teile der einleitend angesprochenen Probleme. Es geht darum, die Ursachen dieser Schwierigkeiten aufzudecken und die Folgen sowie Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Die Basis dafür legen soll einerseits ein kurzer Überblick zur historischen Entwicklung der Stromwirtschaft und der diesbezüglichen rechtlichen Rahmenbedingungen, andererseits eine Einführung in das kleine Einmaleins einer liberalisierten Strommarktordnung. Anschliessend erfolgt eine kritische Würdigung der gesetzgeberischen Konzeption des StromVG und deren legislatischer Umsetzung. Anhand konkreter Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden folgende Themenkreise analysiert:

- Wie gestaltet sich das Verhältnis der neuen Strommarktordnung zum kantonalen Recht?
- Wie ist die gesetzgeberische Konzeption und deren Umsetzung im Lichte regulierungstheoretischer Prinzipien zu bewerten?
- Welche Folgen zeitigt die Konzeption in der Praxis?
- Wie ist die in Art. 6 und 7 StromVG angelegte Stromlieferpflicht rechtlich zu qualifizieren?

B. Grundlagen

I. Überblick über die historische Entwicklung der Stromwirtschaft und ihre rechtlichen Rahmenbedingungen

1. Trägerschaft der Stromversorgung

Ende des 19. Jahrhunderts begannen die private Industrie und die Tourismusbranche (Luxushotels und Seilbahnen), die Elektrizität für ihre Zwecke zu nutzen. Nachdem es der technische Fortschritt möglich machte, Strom ohne grössere Verluste

über weite Distanzen zu transportieren, wuchs auch in der breiteren Gesellschaft das Bedürfnis nach Elektrifizierung. Dieses konnte aber, namentlich wegen der damit verbundenen Kosten und der Beanspruchung öffentlichen Grundes für die elektrischen Anlagen, nicht ausschliesslich von privaten Investoren befriedigt werden. Daher betätigten sich zunehmend auch Gemeinwesen, in der Schweiz Kantone und Gemeinden, auf dem Gebiet der Stromversorgung.⁶ Diese Entwicklung sollte die schweizerische Stromwirtschaft nachhaltig prägen:

Die Versorgung mit Strom ist heute vorwiegend eine Angelegenheit kantonaler oder kommunaler Gemeinwesen.⁷ Gerade jene Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU), die Endverbraucher⁸ beliefern, sind fast ausnahmslos in öffentlicher Hand – sei es, soweit es sich dabei um Kapitalgesellschaften handelt, über eine Mehrheitsbeteiligung eines Kantons oder mehrerer Kantone oder Gemeinden,⁹ sei es, dass das fragliche Unternehmen als öffentlich-rechtliche Anstalt organisiert oder gar Teil der Zentralverwaltung eines Gemeinwesens ist. Nach der aktuellen Elektrizitätsstatistik des Bundes waren bei den im Rahmen der Datenerhebung befragten 313 Unternehmen am gesamten Grundkapital (Aktien-, Genossenschafts- und Dotationskapital) die öffentliche Hand zu 88,0%, die Privatwirtschaft zu 7,8% und ausländische Investoren zu 4,2% beteiligt.¹⁰

Die Stromwirtschaft ist geprägt von Strukturen *vertikaler Integration*. Vertikal integrierte EVU kennzeichnen sich dadurch, dass sie sich auf allen Stufen der Wertschöpfungskette – sowohl in den Bereichen Produktion und Handel wie auch den Bereichen Übertragung und Verteilung sowie Versorgung von und mit Strom – betätigen.¹¹ Dementsprechend nennen sie regelmässig auch Stromnetze und Kraftwerke ihr Eigen. Überdies sind sie z. T. als sog. *Querverbundwerke* auch für die Wasser- und Gasversorgung eines Gemeinwesens verantwortlich.¹²

⁶ Vgl. Simone Walther, Kooperative Steuerungsinstrumente im schweizerischen Stromversorgungsrecht, 74 f., mit Hinweisen; Rolf H. Weber/Brigitta Kratz, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2004, § 1 Rz. 1 f. und § 8 Rz. 1, jeweils mit Hinweisen; Kerem Kern, Privatisierung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Diss. Zürich 2005, 5.

⁷ Vgl. dazu auch den Bericht einer Arbeitsgruppe der Konferenz Kantonalen Energiedirektoren (EnDK), Kantonale Anschlussgesetzgebung zum Stromversorgungsgesetz, Chur, 30. Mai 2008, 14.

⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG.

⁹ Die Ausprägungen sind hier mannigfaltig – privatrechtlich organisierte Unternehmen sind häufig als *gemischtwirtschaftlich* oder gar *gemeinwirtschaftlich*, d. h. mit ausschliesslicher Beteiligung der öffentlichen Hand, zu qualifizieren; vgl. dazu Hans Martin Weltert, Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung, Diss. Basel 1989, 92 f.

¹⁰ Elektrizitätsstatistik 2014, publiziert auf www.bfe.admin.ch, 42 f.

¹¹ Vgl. statt vieler Weber/Kratz, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Fn. 6, § 2 Rz. 11 ff.

¹² Föhse, Fn. 5, Rz. 17, bzw. zum Überblick zur schweizerischen Stromwirtschaft Rz. 14 bis 28.

⁵ Kathrin S. Föhse, Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz (StromVG), Diss. Bern 2014, Rz. 88 ff.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen vor Inkrafttreten des StromVG

Bis zum Inkrafttreten des StromVG überliess der Bund das Feld der Stromversorgung – trotz verfassungsrechtlicher Kompetenz zum Erlass von Vorschriften¹³ – im Wesentlichen den Kantonen. Man gab der föderalistisch gewachsenen Struktur bewusst den Vorzug.¹⁴ Der Bund beschränkte sich in erster Linie¹⁵ auf den polizeilichen Aspekt der Materie, d. h. die Erstellung und den sicheren Betrieb elektrischer Anlagen, und schuf – allerdings schon sehr früh – das Elektrizitätsgesetz (EleG)¹⁶, dessen Bestimmungen der Bundesrat bereits per 17. Oktober 1902 (Art. 19 des damaligen EleG) bzw. 1. Februar 1903 in Kraft setzte.¹⁷

Wie die Kantone ihre Rolle bei der Stromversorgung unter dem alten Regime rechtlich einordneten, zeigt u. a. eine vom Bundesamt für Energie (BFE) im Jahr 2003 in Auftrag gegebene Studie.¹⁸ Die Autoren kommen in ihrer Analyse der damaligen kantonalen Rechtsordnungen zum Schluss, «dass die meisten Kantone die Energieversorgung als Staatsaufgabe betrachten».¹⁹ Die Energieverteilung sei lange als Monopol des öffentlichen Dienstes aufgefasst worden.²⁰ Mehr als die Hälfte der Kantone sähen vor, dass für die Energieverteilung eine Konzession notwendig sei.²¹ Weiter wird aufgezeigt, dass eine deutliche Mehrheit der Kantone eine Versorgungspflicht der EVU kennen, wobei ein Grossteil der Kantone diese Pflicht auf Gesetzesebene statuiert hat.²²

Für die Haushaltskunden bedeutete dies, dass sie ihren Strom nur von jenem Unternehmen beziehen konnten, das um die Versorgung am Wohnort besorgt war und die entsprechende Infrastruktur besass – dies hat sich bis heute (noch) nicht geändert. Allerdings kann daraus nicht der Schluss

gezogen werden, dass die kantonalen Rechtsordnungen generell keinen Raum gelassen hätten für Stromlieferungen durch Dritte, also für einen gewissen Wettbewerb unter den Stromanbietern.²³ Im Gegenteil herrschte für grosse Kunden bereits unter altem Recht diesbezüglich ein offener Markt.²⁴ Der erste Versuch, die Liberalisierung auf Bundesebene anzugehen, scheiterte indes. Am 22. September 2002 sprach sich das Stimmvolk in einer Referendumsabstimmung gegen das Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) aus. Aus bundesrechtlicher Optik wegweisend für die Strommarktöffnung war danach zunächst ein Urteil des Bundesgerichts (BGer). In BGE 129 II 497 bejahte es erstmals die sachliche Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (KG)²⁵ auf den Strommarkt und verpflichtete die Monopolistin Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) zur Duldung der «Durchleitung von Strom eines Dritten». Erstritten hatten sich die Feststellung des Durchleitungsanspruchs die Migros und die Watt Suisse AG.²⁶

3. Fazit

Die Stromversorgung war über ein Jahrhundert lang eine Domäne der Kantone. Sie sorgten in monopolistischen Strukturen regelmässig selber (direkt oder indirekt) für die Produktion, Beschaffung und Verteilung der elektrischen Energie. Überdies regelten sie weitgehend auch die entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen. Unter dem alten Regime war es für Haushaltskunden somit wenn nicht *de iure*, so *de facto* nicht möglich, den Strom von jemand anderem als dem lokalen Versorger zu beziehen. Industrielle Kunden konnten demgegenüber bereits damals ihren Strom bei einem beliebigen Anbieter einkaufen – und zwar auch gegen den Willen des lokalen Versorgers bzw. des Netzeigentümers. Diesen Anspruch vermittelte das Kartellgesetz, welches als Bundesgesetz entgegenstehendem kantonalem Recht vorging und damit allfällige kantonale Versorgungsmonopole relativierte.

Mit dem StromVG griff der Bund erstmals mittels einer dem allgemeinen Wettbewerbsrecht vor-

¹³ Vgl. Jean-François Aubert, in: *ders./Pascal Mahon* (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Rz. 4 f. zu Art. 91 BV; *Riccardo Jagmetti*, *Energierrecht*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band VII, Basel 2005, Rz. 1312.

¹⁴ Vgl. *Jagmetti*, Fn. 13, Rz. 1332; *Weber/Kratz*, *Elektrizitätswirtschaftsrecht* Fn. 6, § 8 Rz. 2.

¹⁵ Immerhin statuierte das Bundesrecht bspw. mit dem Bundesgesetz vom 22. Juni 1973 über die Raumplanung (RPG, SR 700) Erschliessungspflichten für Bauzonen (Art. 19 RPG).

¹⁶ Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG, SR 734.0).

¹⁷ BRB vom 17. Okt. 1902 (AS 19 278); vgl. dazu Walther, Fn. 6, 76.

¹⁸ *Waldmann/Gassmann/Roth/Sulser/Verdon*, Institut für Föderalismus im Auftrag des Bundesamtes für Energie BFE, *Die Elektrizitätswirtschaftsordnung, Übersicht und Beurteilung des kantonalen Rechts*, 2003.

¹⁹ *Waldmann/Gassmann/Roth/Sulser/Verdon*, Fn. 18, 9; s. auch bei *Jagmetti*, Fn. 13, Rz. 1127: Die «Versorgung mit leitungsgebundenen Energien galt als öffentliche Aufgabe.» Vgl. auch *Weber/Kratz*, *Elektrizitätswirtschaftsrecht*, Fn. 6, § 8 Rz. 11.

²⁰ Vgl. dazu den Überblick bei *Jagmetti*, Fn. 13, Rz. 6405.

²¹ *Waldmann/Gassmann/Roth/Sulser/Verdon*, Fn. 18, 10 und 12.

²² *Waldmann/Gassmann/Roth/Sulser/Verdon*, Fn. 18, 10.

²³ Vgl. *Waldmann/Gassmann/Roth/Sulser/Verdon*, Fn. 18, 9; s. auch die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 138 I 454, E. 3.6.2.

²⁴ Vgl. *Brigitta Kratz*, *Zu den Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden – eine Momentaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage*, AJP 2003 S. 342, 342.

²⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, SR 251).

²⁶ S. *Föhse*, Fn. 5, Rz. 160, mit Hinweis; im gleichen Entscheid äussert sich das BGer (obiter dictae) auch zur Frage der Zulässigkeit der Errichtung eines kantonalen (rechtlichen) Monopols zur Elektrizitätsversorgung: «(...) on peut se demander sérieusement si et dans quelle mesure le canton de Fribourg a la possibilité d'instituer un monopole de droit en faveur de la recourante pour la livraison d'électricité.» Diese Aussage relativiert das BGer im Entscheid BGE 132 I 282, S. 290, E. 3.7 wieder; vgl. dazu weiter die Ausführungen im Urteil des Bundesgerichts 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011, E. 4.6.

gehenden *lex specialis*²⁷ in diesen durch kantonale Regulierungen dominierten Bereich ein. Dies änderte aber nichts an der kantonal und kommunal dominierten Trägerschaft der EVU.

II. Das kleine Einmaleins einer liberalisierten Strommarktordnung

1. Das Problem des natürlichen Monopols

Strom kann heute in grossen Mengen nur über Leitungen transportiert werden. Wer für die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung eines Produktes auf ein solches Leitungsnetz angewiesen²⁸ ist, sieht sich indes mit einer typischen Problematik konfrontiert: Sofern er selber keine Leitungen besitzt, ist er auf das bestehende Netz der potenziellen Konkurrenz angewiesen, denn die Kosten für den Bau eigener Leitungen sind regelmässig zu hoch. Es ergibt wirtschaftlich keinen Sinn, eine parallele Infrastruktur aufzubauen. Dies führt dazu, dass der Netzeigentümer (vgl. Art. 15a EleG) über ein *natürliches Monopol*²⁹ verfügt. Die Kombination der eben geschilderten wirtschaftlichen Tatsachen (keine Verdoppelung der Infrastruktur) mit den aus dem Eigentum an der Leitung fließenden Rechten (vgl. Art. 641 ZGB³⁰), verleiht ihm die Macht, darüber zu befinden, wer die an seinem Netz angeschlossenen Kunden beliefern kann.³¹

Dass ein Netzeigentümer, der sich neben dem Betrieb seines Netzes auch in den Bereichen Stromproduktion und -handel betätigt, wenig darauf erpicht ist, einem Dritten seine Leitungen zur Verfügung zu stellen, liegt in der Natur der Sache – oder besser: in der Natur des Homo oeconomicus. Er wird die bei ihm angeschlossenen Kunden nach Möglichkeit selbst und mit selbst produzierter Energie beliefern wollen und dem potenziellen Konkurrenten die Nutzung seiner Infrastruktur erschweren, wenn nicht verweigern. Das natürliche Monopol dehnt sich damit faktisch auch auf den vorgelagerten Bereich der Produktion bzw. der Beschaffung und den nachgelagerten Bereich der Belieferung und Versorgung aus. So macht bspw. der Bau eines Kraftwerks keinen Sinn, wenn das Produkt in Ermange-

lung einer bezahlbaren Transportmöglichkeit anschliessend nicht abgesetzt werden kann.

In solchen monopolistischen Strukturen kann demzufolge weder ein Wettbewerb unter den einzelnen Technologien zur Stromproduktion noch ein Markt für die Belieferung von Endkunden mit Strom entstehen.

2. Rezept zur Schaffung eines Marktes

a) Grundprobleme

Die Schaffung eines Marktes bzw. einer Marktordnung ist ein äusserst komplexes Unterfangen. Die Aufgabe ist geprägt von Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen, divergierenden Interessen der einzelnen Akteure (Produzenten, Händler, Netzbetreiber, Versorger, Endverbraucher), einer grossen Informationsasymmetrie zwischen Regulierten und Regulator und einer erheblichen Unsicherheit in Bezug auf die Regulierungsfolgen.³² Die gesetzgeberische Aufgabe verlangt daher nach einem behutsamen Vorgehen entlang des Prinzips der Verhältnismässigkeit. Im Stromsektor verschärft sich die Schwierigkeit zusätzlich, weil der Strom nur mit grossem Aufwand zu beherrschen ist und im Netz nicht einfach vom Verkäufer zum Käufer fliesst, sondern im wahren Sinne des Wortes den Weg des geringsten Widerstandes wählt.

Will man dafür sorgen, dass sämtliche am Netz angeschlossenen Kunden frei wählen können, bei wem sie Strom einkaufen wollen, bedarf es wettbewerbsrechtlichen Eingreifens. Dieses soll die bereits skizzierten Folgen des natürlichen Monopols (Netzeigentum) eliminieren und durch gezielte Massnahmen auf den übrigen Stufen der Wertschöpfungskette (namentlich bei der Produktion und der Belieferung von Endkunden) einen Wettbewerb herbeiführen. Erreicht wird dies in erster Linie, indem man den natürlichen Monopolbereich, also den Netzbereich, *reguliert* und von den (übrigen)³³ Marktbereichen *abgrenzt*.

b) Überblick über die zentralen Instrumente der Marktregulierung

Kernstück jeder Marktöffnung in einem Sektor mit netzbasierter Infrastruktur ist, Wettbewerbern einen *gesetzlichen Anspruch auf die Nutzung eines fremden Netzes* gegen Entgelt einzuräumen (Verschaffung des sog. *Netzzugangs*). Dies bedeutet umgekehrt nichts anderes als einen *Kontrahierungs-*

²⁷ Vgl. Michael Hofmann, Regulierung und Wettbewerb, Koordinationsmechanismen im europäischen Energiesektor, Diss. Zürich 2013, 362 und 373 mit Hinweis und die Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2005 1611, 1675; das StromVG geht dem allgemeinen Wettbewerbsrecht selbstredend nur im Falle einer Normenkollision vor.

²⁸ Dies ist, nebst der Stromversorgung, z.B. auch bei der Telekommunikation, der Gas- und Wasserversorgung oder bei den Eisenbahnen der Fall.

²⁹ Vgl. statt vieler Jagmetti, Fn. 13, Rz. 2431 mit Hinweisen.

³⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

³¹ S. auch bei Weber/Kratz, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Fn. 6, § 2 Rz. 1 f.

³² Vgl. Föhse, Fn. 5, Rz. 501 f.

³³ Es ist regulatorisch auch möglich, im Netzbetrieb einen gewissen Wettbewerb herbeizuführen. In der Schweiz war dieser sog. Wettbewerb ums Netz politisch allerdings unerwünscht.

zwang des Netzeigentümers oder Netzbetreibers mit einem Nutzungswilligen. Im Bundesrecht besteht bspw. im Bereich der Gasversorgung eine entsprechende Regelung, indem Art. 13 Abs. 1 des Rohrleitungsgesetzes (RLG)³⁴ einen solchen gesetzlichen Anspruch vermittelt. Mangels spezialgesetzlicher Norm kann sich ein solcher Anspruch indes auch aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht ergeben. Dies galt etwa für die Stromversorgung, wo das Bundesgericht – noch vor Inkrafttreten des StromVG – das Bestehen eines Durchleitungsanspruchs für Strom eines Dritten gestützt auf das Kartellgesetz (KG)³⁵ bejaht hat.³⁶

Die Einräumung eines Durchleitungsanspruches bzw. des Netzzugangs lässt sich auf diversen Wegen bewerkstelligen. Unterschieden wird grob zwischen drei Modellen: dem Netzzugang auf Vertragsbasis (*negotiated third party access*), dem sog. regulierten Netzzugang (*regulated third-party access*) und dem sog. Alleinabnehmersystem (*single buyer*).³⁷ Die eben erwähnte Regelung des RLG bspw. sieht ein Modell des Netzzugangs auf Vertragsbasis vor, bei welchem die Modalitäten jeweils zwischen dem Netzbetreiber und dem zugangsberechtigten Dritten auszuhandeln sind. Das StromVG verfolgt demgegenüber einen anderen Ansatz (s. sogleich).

Die Schaffung eines liquiden Marktes ausserhalb des Bereiches des natürlichen Monopols (Netzeigentum) bedarf überdies weiterer Regeln, die präventiv, d. h. *missbrauchsunabhängig*,³⁸ greifen. Das blossе Recht auf Nutzung eines fremden Netzes reicht hierfür nicht aus. Dabei wird das fundamentale Recht auf Netzzugang mit weiteren Massnahmen aus dem Arsenal der klassischen Marktregulierungsinstrumentarien flankiert, in erster Linie mit Elementen der *Netzanschluss- und Netznutzungsentgeltregulierung*, der *Netzbetriebsregulierung* und der *Entflechtung*.

Entflechtung bedeutet, dass vertikal integrierte EVU die Bereiche Produktion, Versorgung und Handel von den Bereichen Übertragung und Verteilung, also dem Monopolbereich, zu trennen haben.³⁹ Damit will man Anreize des Netzeigentümers vorbeugen, Konkurrenten bei der Nutzung des eigenen Netzes zu diskriminieren und marktverzer-

rende Quersubventionierungen zwischen Netz- und Energiebereich vermeiden. So sieht bspw. das europäische Recht⁴⁰ für vertikal integrierte EVU mit mehr als 100 000 Endkunden vor, dass die Netzsparte in eine eigene Gesellschaft ausgegliedert werden muss (sog. *rechtliche Entflechtung* oder *legal unbundling*). In Art. 10 StromVG ist diese Trennung immerhin buchhalterisch vorgesehen: Die EVU haben die Unabhängigkeit des Netzbetriebs sicherzustellen (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 StromVG). Ergänzend wird eine *Regulierungsbehörde eingesetzt*, die insbes. den Bereich des *Netzbetriebs* überwacht.⁴¹

Im Wesentlichen dienen sämtliche dieser Instrumente einem Zweck: Der Netzeigentümer soll Wettbewerber bei der Netznutzung nicht diskriminieren oder sonst wie ungerechtfertigte Vorteile aus seiner Monopolstellung ziehen können.

3. Fazit

Die Strommarktliberalisierung zeichnet sich in erster Linie dadurch aus, dass sie einen Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern von Strom schafft, der aufgrund des natürlichen Monopols im Netzbereich ohne staatliche Intervention nicht entstehen könnte. Dies wird im Wesentlichen dadurch erreicht, dass einem potenziellen Marktteilnehmer ein rechtlicher Anspruch eingeräumt wird, gegen Entgelt das im Eigentum eines anderen stehende Netz zum Zwecke der Belieferung von Endverbrauchern zu benutzen. Der Netzeigentümer verliert dadurch die Möglichkeit, sich durch Ausnutzung seines natürlichen Monopols Konkurrenz bei der Belieferung von Endverbrauchern mit Strom vom Leib zu halten.

III. Eckpunkte des Regulierungsmodells des StromVG

1. Regulierungsmodell

Den erwähnten Schwierigkeiten bei der Schaffung einer Marktordnung zum Trotz haben sich der Bundesrat und anschliessend der Gesetzgeber an die Materie gewagt und mit dem StromVG einen Erlass geschaffen, der die schweizerische Stromversorgung dereinst vollständig (vgl. Art. 31 Abs. 3 StromVG) liberalisieren soll.

Das StromVG basiert, wie es seit 2003 auch in der Europäischen Union für die Mitgliedstaaten vor-

³⁴ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (RLG, SR 746.1).

³⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251).

³⁶ BGE 129 II 497 (Entreprises Electriques Fribourgeoises c. Migros und Watt Suisse AG); zum Verhältnis des allgemeinen Wettbewerbsrecht zur Marktregulierung eines spezifischen Sektors s. auch Hofmann, Fn. 27, 369 ff.

³⁷ Einen Überblick zu den Modellen findet sich bei Philipp Straub, Der Zugang zu den Elektrizitätsnetzen in Europa und der Schweiz, Diss. Zürich 2005, S. 51 f.

³⁸ Vgl. Franz Böni, Die Missbrauchsunabhängige Entflechtung, sic! 2012, S. 71 f.

³⁹ S. Föhse, Fn. 5, Rz. 102 ff.

⁴⁰ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. L 211 vom 14.8.2009, Art. 26 Abs. 4.

⁴¹ S. dazu ausführlicher Föhse, Fn. 5, Rz. 88 ff.

geschrieben ist,⁴² auf dem Prinzip des *regulierten Netzzugangs*, d. h. die Netzzugangsbedingungen sowie der Netznutzungspreis werden *gesetzlich* festgelegt.⁴³ Die Netznutzungsentgeltregulierung des StromVG sieht ein *kostenorientiertes* System, eine sog. *Cost-Plus-Regulierung* vor. Dabei orientiert sich das Netznutzungsentgelt an den Betriebs- und Kapitalkosten des Netzes («Cost»), wobei über den Satz zur Verzinsung der Kapitalkosten eine Rendite eingerechnet werden darf («Plus»).⁴⁴ Die Netzkosten tragen (im Grundsatz) ausschliesslich jene, die Strom aus dem Netz zum eigenen Verbrauch beziehen (Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG, d. h. die sog. Endverbraucher) – und zwar unabhängig von der Distanz zwischen dem Produktions- und dem Bezugsort (Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 Bst. b StromVG). Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom *Prinzip der (Einheits-)Briefmarke*.

Das StromVG enthält neben den erwähnten Regeln der Netzzugangs- und Netznutzungsentgeltregulierung auch *alle anderen* Elemente einer umfassenden Strommarktordnung. So finden sich Vorschriften zur *Netzanschlussregulierung* (bspw. 5 Abs. 2 StromVG), zur *Netzbetriebsregulierung* (bspw. Art. 8 und Art. 20 StromVG), zur *Netznutzungsentgeltregulierung* (Art. 14 f. StromVG), zur *Stromtarifregulierung* (Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG sowie Art. 4 und Art. 19 StromVV) und zur *Entflechtung* (Art. 10 und Art. 18 StromVG). Auch wurde eine Regulierungsbehörde, die Elektrizitätskommission ElCom (Art. 21 StromVG), eingesetzt. Im Konfliktfall gehen die Regelungen des StromVG den Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts aus dem KG und dem BGBM⁴⁵ vor.⁴⁶

2. Grad der Strommarktliberalisierung

Die vollständige Liberalisierung der Stromversorgung ist in der Schweiz noch nicht umgesetzt. Aktuell können nur Endverbraucher (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG) mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh pro Verbrauchsstätte (vgl. dazu Art. 11 Abs. 1 StromVV) und Stromhändler, die selbst nicht Endverbraucher sind, frei wählen,

bei wem sie ihren Strom einkaufen. Die übrigen, sog. *festen* Endverbraucher müssen den Strom grundsätzlich vom *Netzbetreiber* beziehen (Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 6 Abs. 6 StromVG bzw. Art. 13 Abs. 1 StromVG). Eine Lösung, die angesichts der regulierungstheoretischen Grundlagen überrascht. Darauf wird später einzugehen sein.

Nach Erhebungen der ElCom können gegenwärtig lediglich 1% aller Endverbraucher (insgesamt etwa 27 000) ihren Stromlieferanten frei wählen. Diese beziehen zusammen aber immerhin rund die Hälfte des insgesamt abgesetzten Stromes.⁴⁷ Bis Ende 2014 halten allerdings lediglich 27% der Wahlberechtigten von ihrem Recht auf freie Wahl des Lieferanten Gebrauch gemacht, während 73% ihren Strom noch immer vom bisherigen Versorger bezogen.⁴⁸ Haushalte haben diese Wahlmöglichkeit unter dem Regime des StromVG nicht (zur Illustration: Ein durchschnittlicher Haushalt verbraucht lediglich um die 4 MWh Strom pro Jahr). Insgesamt beziehen somit nach wie vor *über* 99% aller Endverbraucher ihren Strom vom bisherigen Versorger, was rund drei Vierteln des gesamten Stromabsatzes entspricht.⁴⁹

Nach Art. 34 Abs. 3 StromVG hätte die Bundesversammlung den für die vollständige Marktöffnung erforderlichen, bereits verabschiedeten Art. 7 StromVG fünf Jahre nach Inkrafttreten des StromVG per referendumsfähigen Bundesbeschluss in Kraft setzen sollen. Diese Frist ist mittlerweile deutlich verstrichen (das StromVG trat im Wesentlichen Anfang 2008 in Kraft). Ende 2014 bis Anfang 2015 hat der Bundesrat nun immerhin die diesbezügliche Vernehmlassung durchgeführt. Geplant ist, den Strommarkt ab 1. Januar 2018 zu öffnen.⁵⁰ Angesichts der gegenwärtig gerade im Bereich der Wasserkraft für EVU angespannten Situation scheint es jedoch mehr als fraglich, ob diese Marktöffnung so zügig vorangetrieben und im Parlament eine Mehrheit finden wird.

3. Fazit

Dem StromVG obliegt die Erfüllung zweier Funktionen: Es ist sowohl Liberalisierungs- als auch Marktordnungserlass. Die vollständige Liberalisie-

⁴² Vgl. Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. Nr. L 176 vom 15. 7. 2003.

⁴³ Vgl. die Botschaft StromVG, Fn. 27, 1650; s. insbes. Art. 13 ff. StromVG.

⁴⁴ Vgl. Art. 14 und 15 StromVG sowie Art. 12 und 13 StromVV.

⁴⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, SR 943.2).

⁴⁶ Vgl. Föhse, Fn. 5, Rz. 90; vgl. auch Hans Rudolf Trüb/Daniel Zimmerli, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBL 112 (2011), 113 f., 120 f.; Allen Fuchs/Mischa Morgenbesser, Besteht eine Ausschreibungspflicht für die Erteilung von Verteilnetzkonzessionen?, AJP 2010 S. 1099 f., 1104 f.

⁴⁷ Vgl. die Mitteilung der ElCom vom 25. November 2013, «Der Schweizer Strommarkt beginnt zu spielen», publiziert auf www.admin.ch.

⁴⁸ Vgl. den Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage «Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung» vom Oktober 2014, publiziert auf www.admin.ch, 12.

⁴⁹ Vgl. die Mitteilung der ElCom, Fn. 47, die ausführt, dass jene Verbraucher, die auf dem freien Markt sind (d. h. die 27% aller Wahlberechtigten) 47% der *marktberechtigten* Energie beziehen (keine Hervorhebung im Original). Daraus ergibt sich, dass v. a. die grossen Verbraucher unter den Wahlberechtigten – sozusagen die Grossen unter den Grossen – von ihrem Recht auf freie Lieferantenwahl Gebrauch gemacht.

⁵⁰ Vgl. den Erläuternden Bericht Strommarktöffnung, Fn. 46.

rung soll in zwei Stufen erfolgen. In einer ersten Zeitspanne von fünf Jahren hätte nur ein kleiner Teil der Endverbraucher (1%) von einem geöffneten Markt profitieren können sollen. Dieser kleine Kreis dürfte gestützt auf das KG und gemäss dem Prinzip des verhandelten Netzzuganges allerdings bereits vor dem Inkrafttreten des StromVG über die freie Wahlmöglichkeit verfügt haben. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob es überhaupt angebracht ist, von einer «ersten Stufe der Strommarktliberalisierung» zu sprechen.

Das geplante Vorhaben ist vorerst auf der ersten Stufe stehen geblieben. Damit hat sich für die meisten Stromkunden in der Schweiz mit Inkrafttreten des StromVG auch nach gut sieben Jahren kaum etwas geändert. Aus rechtlicher Warte ist die Situation allerdings neu: Der Bundesgesetzgeber hat über eine spezialgesetzliche Regelung in ein bisher kantonal dominiertes Gebiet eingegriffen und damit konkurrierendes Recht geschaffen.

C. Ausgewählte Problemkreise

I. Das Verhältnis des StromVG zu kantonalem Recht

1. Vorbemerkung

Der vorliegende Beitrag hat nicht den Anspruch, das Verhältnis des StromVG zum kantonalen Recht umfassend zu klären. Vielmehr geht es primär um eine Problemsensibilisierung. Zudem soll Aufschluss erteilt werden über die praktischen Konsequenzen der damit verbundenen Schwierigkeiten, die mitunter deshalb entstanden sind, weil der Bundesgesetzgeber keine klaren, positivrechtlichen Abgrenzungen zum kantonalen Recht vorgenommen hat.

In der Praxis ist die Frage aus zwei Blickwinkeln von Bedeutung. Erstens stellt sich für die Kantone die Frage, welchen Spielraum ihnen der Bund bei der sektoriellen Gesetzgebung belassen hat. Für sie ist es äusserst anspruchsvoll, im Grenzbereich zu legiferieren,⁵¹ da sie Gefahr laufen, dass eine Bestimmung als bundesrechtswidrig eingestuft wird. Demgegenüber braucht sich der Bundesgesetzgeber aufgrund von Art. 190 BV nicht vor der richterlich festgestellten Ungültigkeit zu fürchten. Zweitens stellt sich für die rechtsanwendenden Behörden und die Rechtssuchenden die Frage nach dem anwendbaren Recht – und zwar in materieller wie auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht.

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Lehre und Rechtsprechung gehen in Bezug auf die einschlägige verfassungsrechtliche Kompetenznorm, Art. 91 Abs. 1 BV⁵², «Transport und (...) Lieferung elektrischer Energie» (zumindest im Sinne eines kleinsten gemeinsamen Nenners) von einer *nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz* aus. Teilweise wird überdies die Ansicht vertreten, die Kompetenz schliesse auch das Recht ein, ein rechtliches Monopol zur Stromübertragung zu errichten.⁵³ Der Bund ist somit kompetent, in diesem Bereich rechtsetzend tätig zu werden. Solches Bundesrecht geht widersprechendem kantonalem Recht vor. Im Strombereich ist daher stets in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich der fragliche Lebenssachverhalt unter eine bundesrechtliche Norm subsumieren lässt. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kommt kantonales Recht zum Tragen.

3. Beispiele aus der Praxis

Das Bundesgericht hat sich zur Frage, wie umfassend das StromVG die Materie regelt, unter anderem folgendermassen geäussert:

Urteil 1: «Im Unterschied zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes enthält das Bundesrecht damit neu eine Strompreisregulierung, die namentlich auch eine Preisobergrenze beinhaltet. (...) Die einzige Strompreiskomponente, die nicht bundesrechtlich geregelt ist und nicht der Regulierung der ElCom unterliegt, sind die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen (...). (...) Im Übrigen bestehen kantonale Zuständigkeiten nur noch, soweit das Stromversorgungsgesetz entsprechende Vorbehalte enthält (...). Diese *umfassende* bundesrechtliche Neuregelung *des Stromversorgungsrechts* bedingt eine Neudefinition der Rolle der Kantone im Rahmen der Elektrizitätsversorgung. (...) Heute bilden die Art. 7 und 7a EnG Teil einer *umfassenden* bundesrechtlichen Stromversorgungsregulierung, die insbesondere auch den Preis der Elektrizität reguliert.»⁵⁴

Urteil 2: «Bundesrechtlich sind durch das StromVG *nur einzelne Aspekte* wie z. B. – mit bestimmten Ausnahmen – die Tarifaufsicht und das Netznutzungsentgelt abschliessend festgelegt (...). Im Übrigen wird aber die Elektrizitätsversorgung in dem durch das Bundesrecht gezogenen Rahmen nach wie vor *in bedeutendem Umfang* durch

⁵² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁵³ Vgl. Föhse, Fn. 5, Rz. 152, mit Hinweisen; BGE 138 I 454, E. 3.6.3, 3.6.1.

⁵⁴ BGE 138 I 454, E. 3.6.5, S. 465, wo das BGer einen Beitrag von Raphaël Mahaim, L'Etat et les entreprises électriques: quel pilotage public ans un marché libéralisé?, in: SVVOR-Jahrbuch 2008, S. 94 f., zitiert (keine Hervorhebung im Original); s. auch die Regeste dieses Entscheides.

⁵¹ Sehr anschaulich dazu der Bericht EnDK, Fn. 7, der sich ausschliesslich diesem Thema widmet.

kantonales Recht, Reglemente lokaler oder regionaler Elektrizitätswerke sowie privat oder öffentlich-rechtliche Verträge geregelt.»⁵⁵

Diese Rechtsauffassungen zum Charakter der neuen Strommarktordnung, die gut zwei Jahre auseinanderliegen, divergieren deutlich. Der inhaltliche Widerspruch mag zwar auch daher rühren, dass die Entscheide aus einer je anderen Optik heraus redigiert worden sind.⁵⁶ Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Bundesgericht im jüngeren Entscheid eine geradezu gegenteilige Position vertritt. Bedauerlicherweise findet sich keine Begründung, weshalb es zu dieser neuen Rechtsauffassung gelangt ist.

Nach der hier vertretenen Meinung sind beide Aussagen zu apodiktisch. Angesichts der Tatsache, dass das StromVG einen monopolistisch geprägten Sektor liberalisiert, mittels zahlreicher wettbewerbsrechtlicher Massnahmen eine gänzlich neue Marktordnung etabliert und sogar eine Regulierungsbehörde geschaffen hat, lässt sich kaum vertreten, bundesrechtlich seien im Bereich der Stromversorgung nur einzelne Aspekte abschliessend festgelegt worden, und den Kantonen verbliebe noch eine Regelungskompetenz in bedeutendem Umfang. Ebenso wenig ist das StromVG derart umfassend, dass es für kantonales Recht oder private Vereinbarungen überhaupt keinen Raum mehr liesse. Vielmehr bestehen Bereiche, die das StromVG abschliessend regelt, während es andere offenlässt oder den Kantonen eine Regelungs- und damit zwingend auch eine Vollzugskompetenz ein-

räumt (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 StromVG) oder gar eine Regulierungspflicht auferlegt (vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 4 StromVG).

Daher ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob das StromVG (oder das übrige Bundesrecht) eine Frage abschliessend beantwortet oder nicht. Leider erschwert das StromVG diese Prüfung.⁵⁷ Positivrechtliche Bestimmungen zur Regelungs- und Vollzugszuständigkeit finden sich nur vereinzelt (vgl. Art. 3a, Art. 5, Art. 9 und 14 oder Art. 30 StromVG). Die Lektüre des Kapitels zum Verhältnis zum kantonalen Recht in der Botschaft führt zu einer gewissen Ratlosigkeit. So findet sich dort bspw. folgende Aussage: «Im Übrigen bleiben die bestehenden kantonalen Kompetenzen auch bezüglich Transport und Lieferung elektrischer Energie erhalten. Dazu gehört die Festlegung von Tarifen bzw. Tarifstrukturen, *soweit diese nicht bereits durch das StromVG determiniert sind.*»⁵⁸ Bemerkenswert ist, dass das BGer gerade mit Blick auf die Strompreisregulierung aufgrund der Würdigung der materiellen Vorschriften, wie oben ausgeführt, m. E. zu Recht zur gegenteiligen Auffassung gelangt ist.

Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen sodann bei der Kostentragung für die Netzanschlüsse von Wohngebäuden: Bereits die Klärung der Frage, welche Kosten hier *individuell* anzurechnen und nicht über das allgemeine Netznutzungsentgelt gedeckt sind, ist mit Schwierigkeiten behaftet (Art. 14 Abs. 3^{bis} StromVG). Ins Gewicht fällt dabei auch, dass sich die einschlägigen Vorschriften zur Frage der Kostentragung nicht nur im StromVG⁵⁹ und in der StromVV⁶⁰ finden, sondern auch im übrigen Bundesrecht – konkret im RPG⁶¹, im WEG⁶², in der VWEG⁶³ und in der EnV⁶⁴. Überdies ist kantonales und kommunales Recht zu berücksichtigen – selbstredend erst nachdem man zuvor eruiert hat, ob nicht eine bundesrechtliche Vorschrift aus dem eben genannten Katalog vorgeht.

4. Fazit

Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des StromVG und des übrigen Bundesrechts von jenen

⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_300/2014 vom 9. Februar 2015, E. 4.1 (zur Publikation vorgesehen, keine Hervorhebung im Original).

⁵⁶ Im ersten Entscheid (BGE 138 I 454) hatte das Bundesgericht (BGer) darüber zu befinden, ob für eine Bestimmung des luzernischen Rechts, welche Elektrizitätsverteilwerke zur Vergütung dezentral erzeugter Energie verpflichtete, unter den gleichzeitig mit dem StromVG in Kraft gesetzten Art. 7 und 7a EnG noch Raum bestehe. Dies verneinte es (E. 3.4–3.6). Das BGer hat sich bei der Begründung aber nicht einfach darauf beschränkt zu prüfen, ob die Vergütung dezentral erzeugter Energie nun abschliessend bundesrechtlich geregelt ist. Vielmehr argumentiert es, das StromVG regle, mit Ausnahme der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen (Art. 14 Abs. 1 StromVG), *alle* Strompreiskomponenten (Netznutzung, Energiepreis und Mehrkosten infolge der kostendeckenden Einspeisevergütung). In einem solchen System bestehe kein Platz mehr für eine zusätzliche Strompreiskomponente, die durch kantonale Behörden gestützt auf weitergehende kantonale Vergütungspflichten angeordnet werde (vgl. BGE 138 I 454, E. 3.6.5.). Dabei grenzt es aber die genannten Strompreiskomponenten ab von jenen das Netz betreffende Kosten, die die Netzgebiete und die Anschlussgarantien (Art. 5 StromVG) betreffen. Nur hierzu sei in Ziff. 2.2.2.1 der Botschaft zu lesen, dass kantonale Bestimmungen noch zulässig seien (vgl. BGE 138 I 454, E. 3.7; s. auch 138 I 468, E. 2.6). Aus dieser Optik ein tatsächlich untergeordneter Bereich. Demgegenüber ging es im zweiten Entscheid (Urteil 2C_300/2014, vom 9. Februar 2015 [zur Publikation vorgesehen]) um den Problemkreis von Elektrizitätsleitungen mit kleiner räumlicher Ausdehnung zur Feinverteilung, wie auf Industrierealien oder innerhalb von Gebäuden, welche nicht als Elektrizitätsnetze gelten (Art. 4 Abs. 1 Bst. a StromVG). Somit war dort das StromVG grundsätzlich nicht anwendbar, weil dessen sachlicher Anwendungsbereich grundsätzlich auf ebendiese Elektrizitätsnetze beschränkt ist (Art. 2 Abs. 1 StromVG). Von diesem Blickwinkel aus betrachtet, besteht durchaus noch ein gewisser Spielraum für kantonale gesetzgeberische Betätigung oder schlicht und ergreifend privatrechtliche Vereinbarungen.

⁵⁷ Vgl. auch den Bericht EnDK, Fn. 7, 18.

⁵⁸ Botschaft StromVG, Fn. 27, 1678, keine Hervorhebung im Original.

⁵⁹ Art. 5 Abs. 3 (Kompetenzdelegation an die Kantone), Art. 14 bzw. Art. 14 Abs. 3^{bis} (materiellen Inhalts) und möglicherweise Art. 30 Abs. 1 (u. U. Kompetenzdelegation an Kantone).

⁶⁰ Art. 7 Abs. 3 Bst. h, i und j (betreffend die Kostenrechnung) und in 22 Abs. 3 (materiellen Inhalts).

⁶¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (SR 700), Art. 19 Abs. 2 (Kompetenzdelegation an die Kantone).

⁶² Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 (SR 843), Art. 6 Abs. 1 und 2 (materiellen Inhalts).

⁶³ Verordnung vom 30. November 1981 zum Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (SR 843.1), Art. 1 und 1a (materiellen Inhalts).

⁶⁴ Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 730.01), Art. 2 Abs. 5 (materiellen Inhalts).

Materien, zu welchen die Kantone legiferieren dürfen oder müssen, ist im Einzelfall vorzunehmen. Im StromVG finden sich kaum Bestimmungen, die Klarheit schaffen. Wie gezeigt, bereitet diese Klärung bisweilen selbst dem Bundesgericht Schwierigkeiten. Für Rechtssuchende, insbesondere für juristische Laien, ist es manchmal beinahe unmöglich, die für einen bestimmten Sachverhalt einschlägigen Normen zu ermitteln. Selbst Experten können an sich simple Fragen, beispielsweise zur Kostentragung, nicht auf Anhieb beantworten, seit das StromVG das kantonale Recht überdeckt. Rechtssicherheit kann hier vorderhand nur die Rechtsprechung schaffen.

Hinzu tritt ein weiteres Problem: Selbst wenn man die einschlägige Norm findet, bleibt die Frage nach deren *Rechtssinn*. Die zahlreichen Gerichtsfälle und Anpassungen im Eiltempo sind Ausdruck der damit verbundenen Schwierigkeiten. Vielfach erschliesst sich das vom Gesetzgeber Gewollte, wenn überhaupt, nur über aufwendige Recherchen in den Materialien. Als relativ hermetischer Erlass zeigt sich das StromVG in verschiedenen Bereichen nur einem exklusiven Kreis von Insidern zugänglich. Es bestehen, wie nachfolgend gezeigt wird, zahlreiche Unklarheiten und Lücken, deren Klärung mit erheblichem Aufwand verbunden ist.⁶⁵

II. Die Konzeption des StromVG im Lichte regulierungstheoretischer Prinzipien

1. Vorbemerkung

Wie erwähnt, sind heute 99% der Endverbraucher dem nicht liberalisierten Bereich der Stromversorgung zuzuordnen. Davon erfasst werden unter anderem die rund 3,6 Mio. Schweizer Haushalte.⁶⁶ Gegenwärtig machen nur etwa gut 7000 Unternehmen mit sehr hohem Stromverbrauch von der Liberalisierung gemäss StromVG Gebrauch.

Nachfolgend findet eine Auseinandersetzung mit der rechtlichen Konzeption des nicht liberalisierten Bereichs der schweizerischen Stromversorgung statt. In einem ersten Teil geht es darum, das Kon-

zept zu erläutern sowie die herrschende Lehre und Rechtsprechung zu grundlegenden Aspekten zusammenzufassen. In einem zweiten Schritt wird aufgezeigt, wie das Modell des StromVG mit Blick auf regulierungstheoretische Prinzipien zu werten ist. In einem dritten Schritt wird schliesslich aufgezeigt, welche Auswirkungen die gesetzgeberische Lösung in der Praxis zeitigt.

2. Die drei Pfeiler der Grundversorgung nach StromVG

Die Sicherstellung der Grundversorgung gemäss StromVG beruht im Wesentlichen auf *drei Pfeilern*:

1. der *Erschliessungspflicht* durch die Kantone (Art. 19 Abs. 1 und 2 RPG und Art. 4 Abs. 1 sowie Art. 5 Abs. 1 und 2 WEG);
2. der Pflicht der *Netzbetreiber*, Endkunden (und Produzenten) im zuvor von einem Kanton oder einer Gemeinde zugeteilten Netzgebiet ans Netz anzuschliessen (*Anschlusspflicht*, s. Art. 5 Abs. 2 und 3 StromVG); sowie
3. der Pflicht der *Betreiber der Verteilnetze*, feste Endverbraucher mit Strom zu beliefern (*Lieferpflicht*, Art. 6 Abs. 1 bzw. dereinst womöglich Art. 7 Abs. 1 StromVG). Ist nachfolgend von Grundversorgung die Rede, ist dieser Bereich angesprochen.

Die Logik stellt sich also wie folgt dar (die Begriffsverwendung erfolgt in einem untechnischen Sinn): Zunächst ist die Liegenschaft eines Endverbrauchers und/oder dessen Produktionsanlage physisch an das Stromverteilnetz in seiner Region anzuschliessen. Ist dieser Anschluss hergestellt, ist der Endverbraucher im Rahmen der Grundversorgung von einem staatlich bezeichneten Versorger mit Strom zu beliefern. Letzterer produziert den Strom entweder selbst oder beschafft ihn von einem Dritten (dies ergibt sich nur implizit aus dem Gesetz).

3. Aktueller Stand von Lehre und Rechtsprechung zu Aspekten der Netzgebietszuteilung und Lieferpflicht

Die Zuteilung eines Netzgebietes an einen Netzbetreiber bzw. einen Netzeigentümer erfolgt in aller Regel mittels *Verfügung*⁶⁷ einer Behörde des Kantons oder einer Gemeinde⁶⁸ gestützt auf Bun-

⁶⁵ Zu nennen sind bspw. die nun aufkommenden Streitigkeiten zur Frage der Vorkaufsrechte in Bezug auf die nationale Netzgesellschaft, die Zusammensetzung des Aktionariats oder die Vertretung der Regionen in den Organen (Art. 18 StromVG, vgl. dazu vertieft Föhse, Fn. 5, Rz. 383 ff.), der eindeutig zu eng gefasste Begriff des Netzzugangs in Art. 4 Abs. 1 Bst. d (es geht nicht nur um den Bezug und die Einspeisung von Strom durch Produzenten, es geht generell um das Recht, ein fremdes Netz zu nutzen, namentlich zum Zwecke der Belieferung von Endverbrauchern), Probleme mit E-Contrario-Schlüssen (vgl. bspw. das Recht der Kantone, Bestimmungen über Anschlüsse ausserhalb der Bauzone sowie über deren Bedingungen und Kosten zu erlassen, was nur in Art. 5 Abs. 4 StromVG erwähnt ist, nicht aber in Art. 5 Abs. 2 und 3 StromVG), u. s. w.

⁶⁶ Die Zahlen hat das Bundesamt für Statistik im Internet publiziert (www.bfs.admin.ch).

⁶⁷ Zum Begriff Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 325 f.

⁶⁸ Eine Delegation dieses Rechts an die Gemeinde ist zulässig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_237/2014 vom 16. Juli 2014, E. 5.1, vgl. auch Stefan Rechsteiner/Michael Waldner, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, AJP 2007 1288 f., Rz. 9; Trüb/Zimmerli, Fn. 46, 126).

desrecht (Art. 5 Abs. 1 StromVG).⁶⁹ Diese Zuteilung kann, so die wohl herrschende Auffassung, aufgrund des Eigentums aber faktisch nur an den Netzeigentümer selbst oder einen Dritten, der das Netz im Auftrag des Eigentümers betreibt, erfolgen. Eine zwangsweise Verpflichtung des Netzeigentümers, sein Netz gegen seinen Willen und unter Belassung lediglich des nackten Eigentums einem anderen Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen, sei ein (Teil-)Enteignungstatbestand, der einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, die zumindest im Bundesrecht fehle.⁷⁰

Mit der Netzgebietszuteilung einher geht nach herrschender Meinung zwingend (uno actu) u. a. die Auferlegung der Anschluss-, der Netzbetriebs- und Versorgungspflicht.⁷¹ Damit der Verfügungsadressat diese Pflichten auch wahrnehmen kann, ist überdies die (gleichzeitige, formell aber gesondert ergehende) Erteilung einer *Sondernutzungskonzession* für die Durchleitung von Elektrizität auf öffentlichem Grund nach kantonalem Recht erforderlich.⁷² Überdies können mit der Netzgebietszuteilung auch weitere Aufträge verbunden sein, so bspw. die Verpflichtung zur Sicherstellung der öffentlichen Beleuchtung (vgl. Art. 5 Abs. 1 StromVG).⁷³

Die Zuweisung des Netzgebiets selber stellt nach gängiger Auffassung keine Konzessionierung dar. Das StromVG würde keine rechtlichen Monopole zum Bau und Betrieb von Leitungsnetzen auf kantonalem oder Gemeindegebiet und auch kein Monopol zur Belieferung von Kunden mit Strom vermitteln: Aus Art. 6 StromVG ergebe sich zwar eine Lieferpflicht der Verteilnetzbetreiberin, aber kein Liefermonopol. Art. 6 Abs. 6 StromVG schaffe nur einen Vorbehalt zum allgemeinen Netznutzungsanspruch. Das StromVG schliesse die Versorgung fester Kunden in fremden Netzgebieten nicht aus, soweit diese – z. B. auf vertraglicher Basis oder über eigene Leitungen – durchgeführt werden könne. Es liege deshalb keine

Übertragung einer Monopolkonzession vor.⁷⁴ Nur auf eine solche beziehe sich auch die Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM, der im Falle der Stromversorgung, wo aufgrund der Herrschaft über den öffentlichen Grund nur ein faktisches Monopol gegeben sei, demzufolge nicht greife.⁷⁵

M. E. wäre Art. 2 Abs. 7 BGBM selbst dann nicht anwendbar, wenn man in der Lieferpflicht bzw. dem Lieferrecht von Art. 6 Abs. 1 bzw. Art. 7 Abs. 1 StromVG ein rechtliches Monopol sähe. Dies deshalb, weil sich das Monopol in diesem Fall aus Bundesrecht (Art. 6 und 7 StromVG) ergeben würde und *nicht* im kantonalen Recht begründet wäre. Art. 2 Abs. 7 BGBM ist sachlich nur auf *kantonale* und *kommunale* Monopole anwendbar. Somit ist die Frage, ob Art. 6 und 7 StromVG ein rechtliches Monopol vermitteln oder nicht, im Zusammenhang mit der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht von Relevanz. Die Kantone können im Rahmen der Netzgebietszuteilung einem Stromversorger per Konzession nur – aber immerhin – das *Recht* übertragen, sich im durch *Bundesrecht* monopolisierten Bereich zu betätigen.⁷⁶ Sie begründen damit nicht etwa selbst ein rechtliches Monopol.

4. Kritische Würdigung – das konzeptionelle Problem des StromVG

a) Kein Wettbewerb um das Netz

Auch nach hier vertretener Meinung ist die erwähnte herrschende Auffassung, wonach der Gesetzgeber bei der Netzgebietszuteilung das *Netzeigentum im Kern* unberührt lassen und nach Möglichkeit die bisherigen Strukturen beibehalten wollte, im Ergebnis richtig.⁷⁷ Dies hat zur Folge, dass dem Netzeigentümer die Freiheit zum Entscheid, wer sein Netz *betreibt*, zu belassen ist. Dieses Recht wird gesetzgeberisch nur dann beschnitten, wenn auch Wettbewerb *um* das Netz bestehen soll. Dies ist bspw. in Deutschland der Fall, während sich der schweizerische Gesetzgeber dagegen aussprach.⁷⁸

Verschiedene Autoren weisen zu Recht darauf hin, dass im Rahmen der Zuteilung des Netzgebiets zwischen *Netzeigentümer* und *Netzbetreiber* zu unterscheiden ist (wenngleich das StromVG diese Unterscheidung nicht macht).⁷⁹ Es ist

⁶⁹ Vgl. dazu *Rechsteiner/Waldner*, Fn. 68, Rz. 9.

⁷⁰ Vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 2C_237/2014 vom 16. Juli 2014, E. 5.6 u. a. mit Hinweis auf *Rechsteiner/Waldner*, Fn. 68, Rz. 10 ff. und, in E. 5.2, auf die Botschaft, wonach bei der Netzgebietszuteilung die bisherigen Eigentumsverhältnisse an den Netzen soweit möglich zu wahren seien (immerhin hält das BGer aber fest, dass sich dies aus dem Wortlaut von Art. 5 StromVG so nicht ergeben würde [E. 5.2]); vgl. auch *Trüb/Zimmerli*, Fn. 46, 139; *Fuchs/Morgenbesser*, Fn. 46, 1104; a. M. *Alexander Rey/Benjamin Wittwer*, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 2007 S. 585 f., 591.

⁷¹ Vgl. *Rechsteiner/Waldner*, Fn. 68, Rz. 6; *Trüb/Zimmerli*, Fn. 46, 122 f.; die Erschliessungspflicht wohl auch, soweit das StromVG zur Anwendung gelangt – hier zu klären ist insbes. aber das Verhältnis zum WEG.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 2C_237/214, vom 16. Juli 2014, E. 5.8; *Fuchs/Morgenbesser* führen hierzu indes wohl zu Recht aus, dass die Einräumung einer Konzession für die Nutzung des öffentlichen Grundes an sich nicht erforderlich wäre, da der Netzbetreiber auch sein Enteignungsrecht nach Art. 43 Abs. 1 ElEG, geltend machen könne, welches auch bei Grundstücken, die einem öffentlichen Zweck dienen, greifen würde (*Fuchs/Morgenbesser*, Fn. 46, 1101); so auch *Rechsteiner/Waldner*, Fn. 68, Rz. 38.

⁷³ Vgl. Botschaft StromVG, Fn. 27, 1644 ff.

⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_300/214 vom 9. Februar 2015 (zur Publikation vorgesehen), E. 4.4; *Rechsteiner/Waldner*, Fn. 68, Rz. 18 ff.; *Trüb/Zimmerli*, Fn. 46, 112; *Fuchs/Morgenbesser*, Fn. 46, 1100; a. M. *Rey/Wittwer*, Fn. 65, 590.

⁷⁵ *Rechsteiner/Waldner*, Fn. 68, Rz. 49 ff.; vgl. auch ausführlich *Fuchs/Morgenbesser*, Fn. 46, 1110 f.

⁷⁶ Vgl. *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 45 Rz. 15.

⁷⁷ Vgl. dazu auch den Bericht EnDK, Fn. 7, 23.

⁷⁸ Vgl. *Fuchs/Morgenbesser*, Fn. 46, 1108.

⁷⁹ Auch das BGer kennt diese Unterscheidung (vgl. bspw. im Urteil des BGer 2C_237/214 vom 16. Juli 2014, E. 5.6.); vgl. weiter *Rechsteiner/Waldner*, Fn. 68, Rz. 12 f.; *Trüb/Zimmerli*, Fn. 46, Fn. 47 auf 123.

durchaus möglich, dass ein Netzeigentümer das Netz nicht selber betreibt, sondern einem Dritten überlässt. In solchen Fällen kann ein Kanton das fragliche Gebiet nach zutreffender Meinung auch diesem *Netzbetreiber* zuteilen, *sofern* das Einverständnis des *Netzeigentümers* vorliegt.⁸⁰ Nach dem Ausgeführten ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber solches nicht hätte zulassen wollen, u. a. weil damit gegebenenfalls bestehende Usancen hätten angepasst werden müssen und keine überzeugenden Gründe für eine solche Lösung sprechen.

Wenn Art. 5 Abs. 1 StromVG vom Netzbetreiber spricht, ist dies somit wörtlich zu verstehen: Die Zuteilung eines Netzgebiets muss *zwingend* an einen Netzbetreiber erfolgen, dieser braucht aber *nicht* zwingend auch gleichzeitig Netzeigentümer zu sein. Diesen Netzbetreiber (und nicht den Netzeigentümer) treffen dann grundsätzlich auch die mit der Netzgebietszuteilung verbundenen Pflichten. Jene Behörde, die diese Zuteilung trifft, wird im Einzelfall darauf achten müssen, dass allfällige Pflichten, die beim Netzeigentümer verbleiben, klar bezeichnet werden.⁸¹

Ein vertikal integriertes EVU, das Eigentümer des Netzes ist, ist somit beim Netzbetrieb in der Schweiz keiner Konkurrenz ausgesetzt (höchstens dem Druck der Regulierungsbehörde). Bei der Belieferung von Endverbrauchern über das Netz im Rahmen des geöffneten Marktes ist dies hingegen sehr wohl der Fall.

b) Ein legistischer Fauxpas

Einer der grössten Mängel im schweizerischen Stromversorgungsrecht wurde bislang weder vom Schrifttum noch von der Rechtsprechung thematisiert:⁸² Das geltende Recht trifft nämlich nicht nur keine Unterscheidung zwischen Netzeigentümern und Netzbetreibern. Vielmehr fasst es auch die Aufgaben des Netzbetreibers sehr weit und verwendet überdies den Begriff des Lieferanten nur unzulänglich.⁸³ Der Lieferant ist daher im wahrsten Sinne des Wortes «unsichtbarer Dritter» des StromVG (vgl. Art. 13 Abs. 1 StromVG). Netzbetreiber nach StromVG sollen demgegenüber nicht nur, wie der Begriff fälschlicherweise vermu-

ten liesse, das Netz betreiben⁸⁴. Sie sollen auch als Stromlieferanten fungieren, die Grundversorgung sicherstellen (Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG) und u. U. sogar (gegen ihren Willen) Strom ankaufen (Art. 7 EnG).⁸⁵

Ursächlich dafür ist wohl, dass dieses Regime ursprünglich nur für die Zeit der «Mini-Teilmarktöffnung» gelten sollte, während man im nicht liberalisierten Bereich im Wesentlichen beim Alten bleiben wollte: Legistisch führt eine derart missverständliche Bezeichnung eines zentralen Akteurs allerdings zu nicht zu unterschätzenden Problemen. Es ist geradezu das *Wesen* einer liberalisierten Strommarktordnung, das sich jener Akteur, den die Marktordnung «Netzbetreiber» nennt, *ausschliesslich* dem Netzbetrieb⁸⁶ widmet und daneben Stromlieferanten existieren.

Verwendet die Marktordnung den Begriff des Lieferanten kaum bzw. tritt er in seiner genuinen Rolle nicht in Erscheinung, lässt sich auch der intendierte Wettbewerb *im* Netz im einschlägigen Erlass kaum noch erkennen. Überdies wird es regulierungstechnisch nahezu unmöglich, einen in sich stimmigen Rechtsrahmen zu schaffen, weil in Bezug auf den Lieferanten als zentralem Marktteilnehmer nicht oder nur umständlich Rechte und Pflichten festgelegt werden können und eine saubere Abgrenzung gegenüber dem Netzbetreiber nicht bewerkstelligt werden kann.

Zweifellos ist es möglich, dass ein EVU in einem Netzgebiet gleichzeitig das Netz betreibt und sich auch als Lieferant oder Produzent betätigt. Will man diesen Akteur in einer Marktordnung ansprechen, so ist er als vertikal integriertes EVU zu bezeichnen. Dies ist u. a. dann nötig, wenn Regeln zur Entflechtung aufgestellt werden, die sachlich auf diesen Marktakteur anwendbar sind (vgl. immerhin Art. 10 StromVG). Will man aber einen anderen der unterschiedlichen Hüte (Netzeigentümer/Netzbetreiber, Lieferant, Produzent) eines solchen EVU erfassen, ist dieser im Gesetz präzise zu benennen. Bei der Belieferung von Endkunden mit Strom hat ein vertikal integriertes EVU

⁸⁴ Der Netzbetrieb umfasst auch die Aufgabe, den Netzanschluss herzustellen sowie den Netzausbau und -unterhalt sicherzustellen (vgl. Art. 5 und Art. 8 StromVG); vgl. dazu Rolf H. Weber/Brigitta Kratz, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 3 Rz. 37 ff.

⁸⁵ Vgl. dazu den Bericht UREK-N, Fn. 82, 2905.

⁸⁶ So unterscheidet bspw. das deutsche EnWG (Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 [BGBl. I S. 1970, 3621], das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 [BGBl. I S. 1066] geändert worden ist) zwischen mehreren unterschiedlichen Rollen, namentlich auch zwischen Betreibern von Verteil(er)netzen, zwischen industriellen und gewerblichen Letztverbrauchern (das Pendant zu unseren Endverbrauchern) sowie zwischen Lieferanten und Grundversorgern (vgl. z. B. § 4 Abs. 4 und § 36 Abs. 2 EnWG). Ebenso das österreichische ElWOG (Bundesgesetz, mit dem die Organisation auf dem Gebiet der Elektrizitätswirtschaft neu geregelt wird [Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 – ElWOG 2010]), der in § 7 auch zahlreiche Akteure definiert, u. a. den Lieferanten (§ 7 Ziff. 45).

⁸⁰ Vgl. Trüb/Zimmerli, Fn. 46, Fn. 47 auf 123; Fuchs/Morgenbesser, Fn. 46, 1101; immerhin nicht ablehnend auch das BGer in 2C_237/214 vom 16. Juli 2014, E. 5.6; a. M. sind aber offenbar Rechsteiner/Waldner, Fn. 68, Rz. 12 und 13.

⁸¹ Vgl. dazu auch den Bericht EnDK, Fn. 7, 27.

⁸² Vgl. dazu den Bericht vom 21. Februar 2011, der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats (UREK-N) zur parlamentarischen Initiative 10.480, «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze», BBl 2011 2901, 2905.

⁸³ Er findet sich in Art. 4 Abs. 1 Bst. d, Art. 12 Abs. 3 und in Art. 29 Abs. 1 d StromVG.

grundsätzlich nur jene Rechte und Pflichten, die auch den übrigen Lieferanten zukommen, namentlich auch das Recht auf Nutzung des Netzes eines anderen Netzeigentümers/Netzbetreibers zum Zwecke der Belieferung von Kunden. Es ist Lieferant – und eben nicht Netzbetreiber.

Die Problematik lässt sich mit einem vergleichenden Blick ins EBG⁸⁷ veranschaulichen. Gemäss Art. 2 EBG sind Eisenbahnunternehmen Unternehmen, die (a.) die Infrastruktur bauen und betreiben (Infrastrukturbetreiberinnen) und (b.) den Verkehr auf der Infrastruktur durchführen (Eisenbahnverkehrsunternehmen). Gemäss Art. 9a Abs. 1 EBG gewährt die Infrastrukturbetreiberin den Eisenbahnverkehrsunternehmen den diskriminierungsfreien Netzzugang. Das Eisenbahnunternehmen im EBG lässt sich mit dem (vertikal integrierten) Energieversorgungsunternehmen im Strommarkt vergleichen. Ist im EBG die Infrastrukturbetreiberin angesprochen, wäre im Strombereich der Netzbetreiber gemeint. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen sind dementsprechend schliesslich jene, die das Netz (u. U. eines Konkurrenten) zum Personen- oder Gütertransport nutzen. Im Strombereich entspräche dies dem Lieferanten. Pendant zur Inexistenz des Lieferanten im StromVG wäre daher das Fehlen des Begriffs des Eisenbahnverkehrsunternehmens im EBG.

- c) Der konzeptionelle Widerspruch – auch kein Wettbewerb im Netz

Wie gezeigt, durchbricht eine Liberalisierung im Strombereich die Folgen des natürlichen Monopols des *Netzeigentümers*. Dieser soll nicht mehr nach Belieben darüber befinden können, ob er die Endkunden in seinem Netzgebiet selber mit Strom beliefern oder dies Dritten überlassen will. Er *muss* Dritten ermöglichen, sein Netz zu diesem Zweck – freilich gegen Entgelt – zu nutzen (vgl. Art. 13 Abs. 1 StromVG).

Vor diesem Hintergrund ist es widersinnig, per Gesetz einerseits das natürliche Monopol zu durchbrechen (Art. 13 Abs. 1 StromVG), es andererseits aber durch eine sehr weitgehende gesetzliche Liefer- und Abnahmepflicht bzw. gar durch ein gesetzliches Liefermonopol zu substituieren. Ersteres sieht indes das StromVG nach herrschender Ansicht vor. Es überträgt dem Netzbetreiber, d. h. *materiell* dem *Netzeigentümer*, ebendiese Rolle, Rechte und Pflichten (Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG).⁸⁸ Zwar liesse sich argumentieren, die Teilmarktöffnung (Art. 6 StromVG) sei nur als kurze

Übergangsphase unter Beibehaltung der alten Versorgungsstrukturen beabsichtigt gewesen. Unter dem Regime von Art. 7 StromVG ist dieses Argument aber nicht haltbar: Im vollständig geöffneten Markt vorzusehen, dass ein Gemeinwesen einem Netzeigentümer *zwingend* nicht nur den Netzbetrieb, sondern *auch* die Belieferung eines Teils⁸⁹ der angeschlossenen Kunden aufzutragen hat, ist nicht nur unlogisch, sondern im Ergebnis geradezu stossend. Konsequenz bildet zwar, dass dereinst jedermann seinen Elektrizitätslieferanten frei wählen kann. Dies gilt allerdings *nicht* für einen Kanton oder eine Gemeinde, wenn es darum geht, den Elektrizitätslieferanten für die sog. abgesicherte Stromversorgung im entsprechenden Gebiet zu benennen. Angesichts der in sich fehlenden Stimmigkeit des Konzeptes und der in den Materialien nicht erkennbaren Auseinandersetzung mit der Problematik ist fraglich, ob dieses Ergebnis tatsächlich gewollt war. Der Verdacht liegt nahe, dass es sich hier um ein Versehen handelt. Die fehlende Differenzierung der einzelnen Aufgaben im Gesetz dürfte das ihre dazu beigetragen haben.

5. Die Folgen für die Praxis am Beispiel des Urteils des BGer 2C_237/2014

- a) Das Problem der fehlenden Präzision und der Vermischung der Rollen

Im Lichte dieser Erkenntnisse soll nun eine detailliertere Auseinandersetzung mit der bereits erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Entscheid 2C_237/2014 stattfinden. Wie ausgeführt, ist das Ergebnis m. E. zwar richtig; dies gilt indes nicht für die Begründung. Das BGer hatte die Frage zu beantworten, ob die Zuteilung eines Netzgebietes nach Art. 5 Abs. 1 StromVG auch an jemand anderen als den Netzeigentümer erfolgen könne. In E. 5.6 führt es Folgendes aus:

«Die Beschwerdeführerinnen verkennen (...), dass auch die zwangsweise Auferlegung eines Nutzungsrechts, wobei der Netzeigentümerin nur noch das nackte Eigentum verbleibt, einen (Teil-) Enteignungstatbestand darstellt (...), der einer gesetzlichen Grundlage bedürfte. Eine solche ist nicht ersichtlich, zumal mit Art. 44 des Elektrizitätsgesetzes vom 24. Juni 1902 (EleG, SR 734.0) in der Fassung gemäss StromVG (AS 2007 3446) die vorher bestehende Möglichkeit eines Enteignungsrechts zur Fortleitung elektrischer Energie über bestehende Anlagen aufgehoben wurde (vgl.

⁸⁷ Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101).

⁸⁸ Selbst die UREK weist in ihrem Bericht auf diesen Widerspruch hin (Bericht UREK-N, Fn. 82, 2905).

⁸⁹ Dies sind jene, die ihren Strom nicht von einem beliebigen Lieferanten, sondern einfach vom bisherigen beziehen. Ist die Quote für den «Wechsel in den Markt» gerade bei Haushalten ähnlich tief wie aktuell bei den grossen Endverbrauchern, dürfte dies eine stattliche Anzahl von Kunden ausmachen.

BBL 2005 1670). Zwar ist es durchaus möglich, dass Netzbetreiber und Netzeigentümer nicht identisch sind; das bedeutet aber nicht, dass ein Netzeigentümer gegen seinen Willen verpflichtet werden könnte, sein Netz einem anderen Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen.»

Zustimmen ist dem Bundesgericht insofern, als eine Enteignung von Rechten, die dazu führen würde, dass dem Netzeigentümer lediglich *das nackte Eigentum* verbliebe, einer gesetzlichen Grundlage bedürfte und eine solche nicht besteht. Ein derart entblösster Netzeigentümer würde also auch das Recht verlieren, sein Netz selber zu betreiben. An diesem Punkt drängt sich indes Kritik an der bundesgerichtlichen Argumentation auf: Das BGer verweist auf Art. 44 EleG und führt aus, mit dessen Aufhebung fehle eine Grundlage für eine solch (weitgehende) Enteignung. Allerdings hätte Art. 44 EleG gar nie eine solche Grundlage geboten. Diese Bestimmung sah nämlich lediglich ein Enteignungsrecht zur *Fortleitung* elektrischer Energie auf bestehenden Netzen vor und nicht auch die Enteignung des Rechts, dieses Netz selbst zu betreiben.⁹⁰ Das BGer vermengt somit die beiden Komponenten des Netzbetriebs einerseits und des Netznutzungsrechts eines Dritten andererseits.

Entgegen der zu pauschalen Ausführungen in E. 5.6 kann ein Netzeigentümer durchaus verpflichtet werden, sein Netz gegen seinen Willen einem Dritten zur Verfügung zu stellen. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in Art. 13 Abs. 1 StromVG. In der Botschaft, die das BGer in seinem Entscheid selber zitiert, wird denn auch ausgeführt, dass Art. 44 EleG (Enteignungsrecht für die Fortleitung von elektrischer Energie) aufgehoben wurde, weil er durch die Einführung von Art. 13 Abs. 1 StromVG überflüssig wurde. Art. 13 Abs. 1 StromVG beinhaltet dieses für einen liberalisierten Strommarkt elementare Netznutzungsrecht bzw. das Durchleitungsrecht eines Dritten (ebenso wie Art. 44 EleG) und bildet damit die Grundlage für den Wettbewerb *im* Netz. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass mit Inkrafttreten des StromVG auch Art. 43 Abs. 2 EleG (Möglichkeit des Bundesrats zur Erteilung eines Enteignungsrechts für Bezüger von elektrischer Energie) hätte aufgehoben werden müssen.

Eine gesetzliche Grundlage im StromVG fehlt also nur dann, wenn man den Netzeigentümer nicht bloss zur *Fortleitung* bzw. *Durchleitung* verpflichtet, sondern ihm *auch* den Netzbetrieb – ein im Vergleich zur Energielieferung im gegenwärtigen Umfeld üb-

rigens einträglicheres Geschäft – nehmen oder diesen periodisch zur Disposition stellen wollte. (Einen solchen Wettbewerb *ums* Netz wollte der schweizerische Gesetzgeber, wie das BGer und zahlreiche Autoren zutreffend festhalten, nicht. Nur in dieser Konstellation würde, sähe man nicht gesetzlich eine *vollständige* Enteignung vor, dem Netzeigentümer lediglich das nackte Eigentum belassen.

Vor diesem Hintergrund ist der bundesgerichtliche Entscheid auf folgende Frage zuzuspitzen: Wollte der Gesetzgeber mit der Netzgebietszuteilung *sowohl* den Netzbetrieb *wie auch* den *Lieferauftrag* in der Grundversorgung ein und derselben Person, nämlich dem historischen Netzeigentümer (oder allenfalls einem von diesem bezeichneten Netzbetreiber) zuweisen? Die Bejahung des Bundesgerichts ist mit Blick auf die einschlägigen Bestimmungen vertretbar. Die unzutreffende Begründung könnte künftig allerdings weitreichende Konsequenzen haben, sofern das StromVG nicht vorher in einigen Bereichen angepasst wird.⁹¹

- b) Wäre auch eine andere Rechtsauffassung vertretbar gewesen?

Nun soll kurz die Frage erörtert werden, ob bei der Netzgebietszuteilung und den damit verbundenen Pflichten auch eine andere Rechtsauffassung vertretbar gewesen wäre. Hier sei zunächst auf die von der Kommission für Umwelt, Raumplanung, Energie und Kommunikation des Nationalrats angeführte Begründung zur oben erwähnten parlamentarischen Initiative⁹² zur Einführung des bereits angesprochenen Art. 3a StromVG verwiesen, der die Ausschreibungspflicht bei der Netzgebietszuteilung zum Gegenstand hat (die Bestimmung wurde später so verabschiedet, weshalb diese Haltung der Bundesversammlung zugerechnet wird, die ihn einstimmig angenommen hat):

«Es ist zwischen *Elektrizitätsverteilung*, womit die Netze (Infrastruktur) gemeint sind, und *Elektrizitätsversorgung*, der eigentlichen Belieferung mit Strom, zu unterscheiden. Im StromVG soll lediglich für die Elektrizitätsverteilung, also die Netze, eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht vorgesehen werden.»⁹³ Etwas später ist dann Folgendes zu lesen: «Beim StromVG soll die

⁹⁰ Die Bestimmung kam mit den Änderungen durch das Koordinationengesetz ins EleG. In der Botschaft vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Plangenehmigungsverfahren ist vom «Zutritt Dritter zu bestehenden Stromversorgungs- und Verteilnetzen» die Rede (BBl 1998 III 2591, 2631). Vgl. auch BGE 129 II 497, E. 4.1.2., 516.

⁹¹ Sollten sich bspw. zukünftig Rechtsfragen allein betreffend den Lieferauftrag stellen, ist eine Abgrenzung zum Netzbetrieb unumgänglich. Ferner ist im Bereich der Netzentgeltregulierung und der Entflechtung strikte zwischen den Kosten und Einnahmen aus dem (reinen) Netzbetrieb und der Energielieferung zu differenzieren. Auch die Regelungen zur Entflechtung (Art. 10 StromVG) knüpfen an diese unterschiedlichen Rollen an. Im Zusammenhang mit den Beratungen zur Energiestrategie ist in Kommissionssitzungen diesbezüglich bereits einige Konfusion entstanden.

⁹² Vgl. Pa. Iv. 10.480, «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze», BBl 2011 2901, vgl. Fn. 81.

⁹³ Bericht UREK-N, Fn. 82, 2905.

Ausnahme von der Ausschreibungspflicht auf Netze beschränkt sein. Diese Beschränkung könnte den Umkehrschluss nahe legen, dass eine Ausschreibungspflicht besteht, sobald eine Konzession Versorgungsaspekte regelt. Ein solcher Umkehrschluss ist allerdings nicht per se zulässig, jedenfalls dann nicht, wenn der Versorgungsaspekt nur untergeordnet erscheint oder eng mit der Grundversorgung zusammenhängt. Sofern das Gemeinwesen z. B. die Beleuchtung der öffentlichen Strassen per Konzession vergibt, soll es hierfür keine Ausschreibung durchführen müssen, was nicht hiesst, dass eine solche nicht sinnvoll sein kann. Generell ist anzumerken, dass – aufgrund des Umkehrschlusses – eine Ausschreibungspflicht aufgrund von Artikel 2 Absatz 7 BGBM überhaupt nötig ist (...) und soweit Artikel 5 StromVG überhaupt noch Raum für Konzessionen lässt.»

Bemerkenswert ist zunächst, dass sich der Gesetzgeber der Problematik der verschiedenen Rollen der Akteure in einer liberalisierten Marktordnung annimmt. Hervorzuheben ist weiter der Umstand, dass er die Ausschreibungspflicht gezielt *nur* in Bezug auf den Netzbetrieb («Elektrizitätsverteilung») ausdrücklich verneint, nicht aber auch für die Energielieferung («Elektrizitätsversorgung»). Bei der Frage, ob für die Grundversorgung eine Ausschreibungspflicht (aus dem E-Contrario-Schluss) besteht, bleibt die Kommission kryptisch. Bedeutet der Umkehrschluss, dass in Bezug auf die Grundversorgung eine Ausschreibungspflicht besteht, nur *«per se»* nicht zulässig oder ist er *überhaupt nicht* zulässig? Eine eindeutige Negation der Ausschreibungspflicht für die Lieferpflicht in der Grundversorgung nach Art. 6 Abs. 1 oder Art. 7 Abs. 1 StromVG lässt sich daraus m. E. nicht ableiten. Die Differenzierung liesse sich auch so interpretieren, dass nach Ansicht des Parlaments durchaus auch eine andere Person als der Netzbetreiber die Grundversorgung wahrnehmen könne. Müssten nämlich Netzbetrieb und Grundversorgung *zwingend* durch die gleiche Person erfolgen, müsste konsequenterweise auch die Ausschreibung beide Aspekte umfassen, ist eine unterschiedliche Handhabung doch logisch nicht denkbar.

6. Fazit

Das StromVG differenziert nicht *ausdrücklich* zwischen Netzbetrieb und Stromlieferung. Obwohl der Bundesrat in seiner Botschaft an zahlreichen Stellen vom Stromlieferanten spricht,⁹⁴ wird der Begriff im Gesetz nicht hinreichend konturiert. Auch des-

halb ist das StromVG nur schwer verständlich, was letztlich zu Missverständnissen und Fehlern in der Rechtsanwendung führt.⁹⁵ So lassen sich die einzelnen Akteure, namentlich Lieferant, der sich *nicht* in der Grundversorgung betätigt und seine Kunden, die im freien Markt Strom beziehen können, mangels klarer Differenzierung der Rollenverteilung in Art. 6 und 7 StromVG bspw. nur über umständliche E-Contrario-Schlüsse und die Lektüre der Legaldefinitionen (Art. 4 Abs. 1 Bst. d StromVG) ermitteln. Dass die Erlasstexte ohne vertiefte Kenntnisse einer Marktregulierung kaum aus sich heraus verständlich sind, verschärft das Problem zusätzlich.

Dass in einem vollständig geöffneten Markt die Stromlieferung für die Grundversorgung, wie dies der Wortlaut des StromVG nahelegt, an das Netzeigentum bzw. den Netzbetrieb geknüpft wird, ist konzeptionell nicht stimmig. Kann man dies in einer Teilmarktöffnung nach Art. 6 Abs. 1 StromVG allenfalls noch mit dem politischen Wunsch nach vorläufiger Bewahrung der historischen Strukturen erklären, scheint es bei der vollen Marktöffnung nach Art. 7 Abs. 1 StromVG geradezu systemwidrig. Selbst wenn dies der explizite gesetzgeberische Wunsch gewesen wäre, hätten die unterschiedlichen Rollen und Aufgaben der Akteure nicht nur besser, sondern in gewissen Fällen *überhaupt* benannt werden müssen.

Für die Zukunft wäre es daher wünschenswert, dass immerhin die Rechtsprechung die Rollen der Beteiligten schärft. Gerade mit Blick auf zukünftige Entwicklungen – dazu gehört auch ein vollständig geöffneter Markt –, dürfte die Abgrenzung der Rollen und Aufgaben der unterschiedlichen Akteure unentbehrlich sein. Es ist sogar fraglich, ob es weise wäre, die vollständige Strommarktöffnung im Wesentlichen nur basierend auf der Grundlage von Art. 7 StromVG zu beschliessen. Nach vorliegend vertretener Ansicht besteht die Gefahr, dass ein solcher Schritt ohne vorgängige Revision des StromVG für die Beteiligten zu unzumutbaren

⁹⁵ Auch für die auf dem StromVG aufbauende Gesetzgebung wird dies zum Problem: Im Rahmen der Erlassvorlage zur Energiestrategie 2050 musste der Bundesrat in unterschiedlichen Bereichen an das bestehende StromVG anknüpfen. Ein Beispiel aus der Botschaft zeigt die Mühen, die mit der fehlenden Differenzierung der Aufgaben der unterschiedlichen Akteure bzw. des Netzbetreibers verbunden sind: Zu Art. 17 des Entwurfes des Energiegesetzes (E EnG), der Nachfolgebestimmung des geltenden Art. 7 EnG, führt er aus: «Vorliegend ist mit dem Begriff «Abnahme» nicht die physische Netznutzung gemeint, sondern das Entgegennehmen einer bestimmten Menge Energie als Käufer. Im ebendiesen Sinne ist denn auch der Begriff Netzbetreiber zu verstehen: Im Strombereich haben die Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Unabhängigkeit des Netzbetriebes sicherzustellen und die Verteilernetzbereiche von den übrigen Tätigkeitsbereichen mindestens buchhalterisch zu entflechten (Art. 10 StromVG). Gemeint ist hier insofern der Netzbetreiber in seiner Funktion als Energieversorger in einem bestimmten Netzgebiet und nicht in seiner Funktion als Netzbetreiber» (Botschaft zum ersten Massnahmepaket der Energiestrategie 2050 [Revision des Energierechts] und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)», BBl 2013 7561, 7668.

⁹⁴ So namentlich auch bei der Detailerläuterung zu Art. 6 StromVG (Botschaft StromVG, Fn. 27, 1645).

Rechtsunsicherheiten führen könnte, zumal für die Aufgabenteilung zwischen Lieferanten und Netzbetreibern trotz erheblichen Interessenkonflikten keine Regeln bestehen. Ebenso fehlt es an Bestimmungen zum Dreiecksverhältnis Endverbraucher/Lieferant/Netzbetreiber, einschliesslich des Lieferantenwechsels des Endverbrauchers. Diese Aspekte können in einer liberalisierten Strommarktordnung nicht der Selbstregulierung überlassen werden; diesbezüglich dürfte wohl sogar die Branche in gewissen Teilen auf eine Regelung drängen.⁹⁶

III. Grundversorgung nach Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG – eine staatliche Aufgabe?

1. Vorbemerkung

Aufbauend auf den bisherigen Erkenntnissen wird nun der Frage nachgegangen, ob die Grundversorgung mit Energie nach Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG eine *staatliche Aufgabe*⁹⁷ darstellt. Diese Frage ist deshalb von grosser Bedeutung, weil damit je nachdem unterschiedliche Konsequenzen verbunden sind, namentlich hinsichtlich der Grundrechtsbindung oder der Anwendbarkeit der Verwaltungsrechtspflegegesetze.⁹⁸ Mithin geht es auch um die Klärung, welchen *Rechtsschutz* die Betroffenen geniessen.

Im Hinblick darauf wird zunächst kurz der verfassungsrechtliche Rahmen dargelegt. Anschliessend wird geklärt, ob das Bundesrecht bei der Grundversorgung ein *rechtliches Monopol* statuiert. Ist dies der Fall, liegt zwangsläufig auch eine staatliche Aufgabe vor, deren Erfüllung staatlicherseits sicherzustellen ist.⁹⁹

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Der Bund verfügt im Strombereich, wie ausgeführt (C.I.2.), über eine nachträglich derogatorische Gesetzgebungskompetenz, die ihm auch erlaubt, ein Monopol zu errichten.¹⁰⁰ Einschlägig ist überdies Art. 89 Abs. 1 BV, wonach sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten u. a. für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung einsetzen. Die Bestimmung beinhaltet keine Kompetenzteilung, sondern fordert vielmehr eine be-

stimmte Ausrichtung im Bereich der Energie.¹⁰¹ Ein bundesrechtlicher Energieversorgungsauftrag im Sinne einer *Erfüllungsverantwortung* für (netzgebundene) Energie existiert nach wohl herrschender Auffassung nicht.¹⁰² Auch eine marktwirtschaftliche Ausrichtung der Energieversorgung wird in Art. 89 Abs. 1 BV nicht als energiepolitisches Ziel festgehalten.¹⁰³

Eine Monopolisierung auf Gesetzesstufe bedarf eines hinreichenden öffentlichen Interesses und muss verhältnismässig sein.¹⁰⁴ Das grundsätzliche Recht zur (anschliessenden) Übertragung monopolisierter Verwaltungsaufgaben ergibt sich aus Art. 178 Abs. 3 BV. Auch hierzu bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, eines entsprechenden öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit der Übertragung.¹⁰⁵ Eine Monopolisierung steht insbesondere in Konflikt mit der freiheitlichen, wettbewerbsorientierten Wirtschaftsverfassung (Art. 94 BV). *Weber/Kratz* weisen deshalb darauf hin, dass sich der Staat bei der Gewährleistung des *Service public*¹⁰⁶, verstanden als Grundversorgung, auf das Erforderliche beschränken solle. Ein entsprechendes Tätigwerden des Gesetzgebers rechtfertige sich in einer ersten Phase der Marktöffnung aber nur so lange, als die Grundversorgung nicht durch den Markt gewährleistet sei.¹⁰⁷ Dass eine Netzbetreiberin selber den Strom an die Endkunden liefern müsse, verlange das öffentliche Interesse nicht. Dem Staat bzw. öffentlichen Unternehmen eine *Erfüllungsverantwortung* zuzuweisen, rechtfertige sich lediglich punktuell in den Teilbereichen, die als wirtschaftlich uninteressant gelten, z. B. in den Randregionen.¹⁰⁸

3. Herrschende Auffassung zur Frage des rechtlichen Monopols – das Urteil des BGer 2C_300/2014

Nach dem bereits erwähnten Entscheid 2C_300/2014 des BGer resultiert aus Art. 6 Abs. 1 StromVG zwar eine Lieferpflicht für den Netzbetreiber, aber kein Liefermonopol. Das BGer führt aus, dass die Übertragung eines Versorgungsauftrages nicht automatisch die Einräumung eines rechtlichen Monopols bedeute, zumal ein solches als schwerer

⁹⁶ Illustrativ der Bericht EnDK, Fn. 7, 20.

⁹⁷ Zur vertieften Auseinandersetzung mit dem Begriff s. bei Föhse, Fn. 5, Rz. 389 ff.

⁹⁸ Vgl. vertieft Föhse, Fn. 5, Rz. 389.

⁹⁹ Föhse, Fn. 5, Rz. 395 f., mit Hinweisen.

¹⁰⁰ Vgl. statt vieler *Aubert*, Fn. 13, Rz. 6 zu Art. 91 BV.

¹⁰¹ Vgl. *Jagmetti*, Fn. 13, Rz. 1316 f.; *Aubert*, Fn. 13, Rz. 9 zu Art. 89 BV; *Weber/Kratz* sehen darin offenbar einen verfassungsmässigen Grundversorgungsauftrag (vgl. *Weber/Kratz*, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Fn. 6, § 8 Rz. 216).

¹⁰² Vgl. Föhse, Fn. 5, Rz. 155 mit Hinweisen, andere Hervorhebung im Original.

¹⁰³ *Jagmetti*, Fn. 13, Rz. 1318.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 132 I 282.

¹⁰⁵ Vgl. Föhse, Fn. 5, Rz. 398, mit Hinweisen.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch Föhse, Fn. 5, Rz. 167; vgl. auch *Weber/Kratz*, Stromversorgungsrecht, Fn. 84, § 3 Rz. 1 ff; Kern, Fn. 6, 112.

¹⁰⁷ S. *Weber/Kratz*, Fn. 6, § 8 Rz. 14 und 213 ff.

¹⁰⁸ *Weber/Kratz*, Fn. 6, § 8 Rz. 219 f.

Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auch einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfe. Faktisch hätten zwar die festen Endverbraucher mangels gesetzlichem Netzzugang in der Regel keine Möglichkeit, den Strom von jemand anderem zu beziehen als vom Verteilnetzbetreiber ihres Netzgebiets. Dies bedeute aber nicht, dass sie rechtlich verpflichtet wären, ihre Elektrizität ausschliesslich von diesem zu beziehen. Soweit sie auch ohne Netzzugang in der Lage seien, Strom anderweitig zu beziehen, sei keine Rechtsgrundlage ersichtlich, die ihnen ebendies verbieten würde. So sei jedenfalls auch für feste Endverbraucher die Eigenproduktion von Strom zulässig. Der Strombezug von Dritten sei aber ebenfalls zulässig, soweit dafür kein gesetzlicher Netzzugang nach Art. 13 Abs. 1 StromVG erforderlich sei, also z. B. soweit der dafür erforderliche Leitungszugang vertraglich gesichert werden könne.¹⁰⁹

Auch in der Botschaft liest sich die nicht unspektakuläre und gern zitierte Aussage, dass allfällige im kantonalen Recht unmittelbar oder mittelbar verankerte Versorgungsmonopole bzw. Bezugspflichten (...) mit dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes nichtig würden (...) und demzufolge aufzuheben¹¹⁰ seien.¹¹¹

4. Das rechtliche Monopol – Definition und Analyse des StromVG

a) Herrschende Lehre

Ein staatliches Monopol liegt vor, wenn der Staat das Recht hat, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss aller anderen Personen auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen.¹¹² Im Gegensatz zu faktischen Monopolen, wo allein der Staat aufgrund gewisser tatsächlicher Gegebenheiten die Möglichkeit hat, eine bestimmte Tä-

tigkeit wahrzunehmen, beruhen rechtliche Monopole auf einem *Rechtssatz*.¹¹³

Bei rechtlichen Monopolen wird zwischen solchen mittelbarer und unmittelbarer Natur unterschieden. Unmittelbar rechtliche Monopole *untersagen* Privaten eine Tätigkeit, die damit dem Staat vorbehalten bleibt. Der Staat kann diese Tätigkeit entweder selber wahrnehmen oder einen oder mehrere Dritte durch Konzession zur Ausübung ermächtigen. Ein mittelbares rechtliches Monopol liegt demgegenüber vor, wenn der Staat Privaten die Wahrnehmung einer bestimmten Tätigkeit zwar nicht ausdrücklich untersagt. Untersagt ist indes der Bezug einer aus dieser Tätigkeit stammenden Leistung anderswoher als von einer vom Staat bezeichneten oder mittels Konzession bezeichneten bzw. autorisierten Stelle.¹¹⁴

Im Zusammenhang mit der Aufgabenprivatisierung wird der Grad staatlicher Verantwortung regelmässig in drei Stufen eingeteilt (nachfolgend mit absteigender Verantwortungsintensität): Erfüllungsverantwortung, Gewährleistungsverantwortung und Kontrollverantwortung.¹¹⁵ Nach der in diesem Beitrag verwendeten Terminologie handelt es sich um Erfüllungsverantwortung, wenn dem Staat die volle Verantwortung dafür zukommt, dass er in Eigenregie eine Aufgabe erfüllt und auch geregelt ist, wie er diese Aufgabe erfüllt. Gewährleistungsverantwortung meint demgegenüber die Gewährleistung der tatsächlichen Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Entscheidung oder Handlung durch den Staat im Sinne einer Garantie, ohne dass er die fragliche Aufgabe selber ausführt. Kontrollverantwortung liegt schliesslich vor, wenn der Staat lediglich für das «Wie» der Aufgabenerfüllung verantwortlich ist und keinen Einfluss darauf hat, ob die Aufgabe überhaupt an die Hand genommen wird.¹¹⁶

b) Würdigung von Art. 6 Abs. 1 StromVG mit Blick auf die Frage des rechtlichen Monopols

Nach Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 StromVG haben die Netzbetreiber bzw. die Grundversorger die festen Endverbraucher im ihnen von Kanton oder Gemeinde zugeteilten Netzgebiet mit Strom zu beliefern (Lieferpflicht, die wie ausgeführt, auch ein Lieferrecht umfasst).¹¹⁷ Die festen Endverbrau-

¹⁰⁹ Urteil des BGer 2C_300/2014 vom 9. Februar 2014, E. 4.4 mit Hinweisen.

¹¹⁰ Diese Folgerung ist widersprüchlich: Wäre die Rechtsfolge der Normenkollision die Nichtigkeit, müsste die entsprechende kantonale Norm nicht aufgehoben, sondern lediglich redaktionell aus dem entsprechenden Gesetz entfernt werden. Entweder also man folgt der Theorie der Nichtigkeit oder aber die Bestimmung ist nicht nichtig und muss zunächst im Normenkontrollverfahren aufgehoben oder in der Rechtsanwendung ignoriert werden (vgl. *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1191a).

¹¹¹ Botschaft StromVG, Fn. 27, 1678.

¹¹² *Föhse*, Fn. 5, Rz. 398, mit Hinweis auf *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2557, *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Fn. 76, § 45 Rz. 4; *Karin Sutter-Somm*, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Diss. Basel 1989, 7; *René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 16 Rz. 30 f.; *Peter Hänni/Andreas Stöckli*, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 78 f.; *Klaus A. Vallender/Peter Hettich/Jens Lehne*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung; Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006, § 5 Rz. 125.

¹¹³ Vgl. *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Fn. 76, § 15 Rz. 5 und 6.

¹¹⁴ *Föhse*, Fn. 5, Rz. 411, mit Hinweisen.

¹¹⁵ *Bernhard Rüttsche*, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013 S. 153 f., 159.

¹¹⁶ *Föhse*, Fn. 5, Rz. 393 mit Hinweisen.

¹¹⁷ Für die Frage, ob diese Lieferpflicht dem Netzbetreiber (im engen Sinne des Begriffs) zukommt oder allenfalls auch einem Dritten, der die Grundversorgung nach Zuweisung des betreffenden Gemeinwesens wahrnimmt, spielt für die sich hier stellende Frage

cher können ihren Strom nicht *gegen den Willen* des Netzbetreibers von einem Dritten beziehen (Art. 6 Abs. 6 StromVG). Das sieht soweit auch das Bundesgericht so.¹¹⁸ Damit liegt m. E. ein rechtliches Monopol vor.

Das Bundesgericht teilt diese Qualifikation nicht mehr. Anders als noch in BGE 137 I 120, E. 5.3, S. 125, wo es in Bezug auf die Industriellen Werke Basel (bereits unter dem Regime des StromVG) «vorderhand» noch von einem Monopol bei der Energieversorgung ausging, argumentierte es, dem Endverbraucher sei es rechtlich weder verboten, selber Strom zu produzieren und zu verbrauchen, noch sei er rechtlich verpflichtet, seinen Strom vom Netzbetreiber zu beziehen. Deshalb sei kein rechtliches Versorgungsmonopol gegeben. Zwar anerkennt es, dass die festen Endverbraucher «in der Regel» keine Möglichkeit haben, ihren Strom von einem Dritten zu beziehen. Dieser Umstand soll bei der Frage, ob ein rechtliches Monopol vorliegt, allerdings nicht von Bedeutung sein. Diese Betrachtungsweise ist m. E. zu formalistisch.

Folgte das BGer generell diesem sehr engen Monopolbegriff, müsste es konsequenterweise auch seine in BGE 125 II 508, E. 5a f., 511 definierte Rechtsprechung in Bezug nach Art. 31b USG¹¹⁹ ändern, in welchem es (m. E. zu Recht) ein kantonales Entsorgungsmonopol erblickt. Gemäss Art. 31b USG ist es Aufgabe der Kantone, Siedlungsabfälle, Abfälle aus dem öffentlichen Strassenunterhalt und der öffentlichen Abwasserreinigung sowie Abfälle, deren Inhaber nicht ermittelt werden kann oder zahlungsunfähig ist, zu entsorgen. Die Kantone können diesen Entsorgungsauftrag an die Gemeinden delegieren. Das BGer müsste, bliebe es in der gleichen Logik wie bei der Grundversorgung mit Strom, wie folgt argumentieren: Es ist niemandem verboten, gewisse organische Küchenabfälle im Garten zu kompostieren, sonst keinen Abfall zu produzieren oder gewisse Abfälle einem Dritten zu geben, der sie noch sinnvoll verwerten kann, und deshalb die öffentliche Kehrichtabfuhr nicht in Anspruch zu nehmen. Ergo liegt *kein* Entsorgungsmonopol vor. Dass eine solche Rechtsauffassung abwegig wäre, liegt auf der Hand.

Heute verfügt in der Schweiz erst ein Bruchteil der Endverbraucher über eine eigene Produktionsanlage. Überdies existiert, soweit ersichtlich, kein einziges mit Produktionsanlage ausgestattetes Wohngebäude mit halbwegs zeitgemässer Infrastruktur, welches die Bedürfnisse seiner Bewoh-

ner (feste Endverbraucher mit einem durchschnittlichen Komfortanspruch) nach Strom rund um die Uhr und vollständig autark vom Netz über eine Batterie oder eine eigene Produktionsanlage decken kann (das ermöglicht nicht einmal die neue Monte-Rosa-Hütte des SAC¹²⁰). Führt man sich vor Augen, dass diese festen Endverbraucher jenen Strom, den sie also *zwangsläufig* (zusätzlich) benötigen, zwingend vom staatlich bezeichneten Netzbetreiber bzw. Grundversorger beziehen – ausser dieser verzichte *freiwillig* auf sein Lieferrecht bzw. sie bauen eigene (Parallel-)Leitungen –, mag die bundesgerichtliche Argumentation kaum zu überzeugen.

Entscheidend für die Existenz eines rechtlichen Monopols sind vielmehr die *materiellen Folgen eines Rechtssatzes*. Diese sind unter Beachtung sämtlicher Umstände – auch solcher tatsächlicher Natur – zu ermitteln und rechtlich zu würdigen. Schreibt ein Rechtssatz zwar nicht ausdrücklich vor, dass für eine (Dienst-)Leistung zwingend eine öffentliche Anstalt oder ein öffentlicher Dienst zu benutzen ist, führt seine Anwendung aber in Kombination mit einer tatsächlichen oder (anderen) rechtlichen Gegebenheit *materiell* zum gleichen Ergebnis, liegt ein rechtliches Monopol vor. Dies ist selbst dann der Fall, wenn das betreffende Rechtssubjekt lediglich für einen Teil seines Bedarfs den fraglichen öffentlichen Dienst in Anspruch nehmen *muss*. Würde man in solchen Situationen nicht von einem rechtlichen Monopol ausgehen, wäre dies rechtsstaatlich bedenklich. So könnten bspw. die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Zulässigkeit der Einführung rechtlicher Monopole umgangen werden, ebenso (bei kantonalen Monopolen) die Ausschreibungspflicht nach BGBM. Schliesslich könnte der Rechtsschutz der Betroffenen gefährdet sein.

Mit Art. 13 Abs. 1 StromVG hat der Gesetzgeber die Folgen des natürlichen Monopols im Netzbereich spezialgesetzlich durchbrochen und Dritten einen Netzzugangsanspruch (klarer: Netznutzungsanspruch) gegenüber dem Netzbetreiber (bzw. Netzeigentümer) eingeräumt. Über einen solchen Anspruch aus Art. 13 Abs. 1 StromVG verfügen Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch unter 100 MWh allerdings nicht (Art. 6 Abs. 6 StromVG). Gemäss *Rechsteiner/Waldner* schaffe Art. 6 Abs. 6 StromVG nur einen Vorbehalt zum allgemeinen Netz-

keine Rolle. Entscheidend ist nur die Qualifizierung der Rolle jenes Rechtssubjekts, welches die Grundversorgung wahrnimmt.

¹¹⁸ Urteil des BGer vom 19. Februar 2005 2C_300/2014 vom 9. Februar 2015, E. 4.4.

¹¹⁹ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (SR 814.01).

¹²⁰ Vgl. *Martina Märki*, Gebaute Visionen, ETH-Globe 3/September 2010, S. 20 ff.; vgl. auch das Projekt «Autarkes Wohnen der HTW Chur», wo das Fazit gezogen wird, dass eine vollkommene Unabhängigkeit gerade vom Stromnetz wirtschaftlich zu teuer ist (vgl. die Medienmitteilung der HTW Chur vom August 2007, publiziert auf <http://www.fh-htwchur.ch/presse>); illustrativ auch das Dokument der EU, Comission Staff Working Document, Best practices on Renewable Energy Self-consumption, Brussels 15. Juli 2015, 4 und 6.

nutzungsanspruch. Dies ist aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 6 Abs. 6 StromVG («Feste Endverbraucher haben *keinen Anspruch*¹²¹ auf Netzzugang nach Art. 13 Absatz 1.») nicht nachvollziehbar. Dass diese Bestimmung unter Umständen (fakultatives Referendum gemäss Art. 34 Abs. 2 StromVG) nach fünf Jahren hätte aufgehoben werden können, ist in diesem Zusammenhang nicht relevant.¹²²

Somit entfalten sich in diesem Bereich wiederum die Wirkungen des natürlichen Monopols des Netzeigentümers. Der Gesetzgeber überträgt diesem natürlichen Monopolisten bzw. einem staatlich bezeichneten Grundversorger überdies *Lieferpflicht* bzw. das *Lieferrecht* (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Er kann die Belieferung eines festen Endverbrauchers durch einen Dritten *verweigern* – und zwar gestützt auf Art. 6 Abs. 6 StromVG. Früher griff hier das allgemeine Wettbewerbsrecht, dessen Anwendung, wie der Fall EEF (BGE 129 II 497) zeigt, u.U. zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Dies ist nun aber nicht mehr der Fall, weil das StromVG dem allgemeinen Wettbewerbsrecht als *lex specialis* vorgeht.

Der Netzeigentümer bzw. der Netzbetreiber nach StromVG hat damit also zusammenfassend grundsätzlich einen *bundesrechtlichen* Anspruch darauf, dass ihm das Netzgebiet vom Staat *zugeteilt* wird, in welchem sein Netz liegt. Der Netzbetreiber bzw. der ebenfalls staatlich zu bezeichnende Grundversorger hat überdies Anspruch darauf, in diesem Netzgebiet die Stromlieferung für feste Endverbraucher – und zwar unter Ausschluss Dritter – wahrzunehmen, sofern ihm das beliebt (Vetorecht). Mit Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 6 StromVG hat der Bundesgesetzgeber nach der hier vertretenen Auffassung ein *bundesrechtliches, mittelbares rechtliches Monopol*¹²³ zur Stromversorgung in einem bestimmten Umfang geschaffen.

Nach vorliegend vertretener Ansicht ergeht die Übertragung des Versorgungsauftrages in der

Grundversorgung an einen Netzeigentümer oder Netzbetreiber deshalb in der Gestalt einer *Konzession des öffentlichen Dienstes*, ähnlich dem Grundversorgungsauftrag im Fernmelderecht (vgl. Art. 14 FMG¹²⁴).¹²⁵ Das Konzessionsverhältnis wird durch Verfügung einer *kantonalen Behörde* gestützt auf Bundesrecht oder allenfalls verwaltungsrechtlichen Vertrag begründet.¹²⁶ Damit ist die Grundversorgung mit Strom – trotz Art. 4 Abs. 2 EnG, wonach die Energieversorgung Sache der Energiewirtschaft sei – auch als staatliche Aufgabe zu qualifizieren. Eine Aufgabe primär der Leistungsverwaltung¹²⁷, die m. E. mindestens in staatlicher Gewährleistungsverantwortung liegen dürfte. Ist der Grundversorger einem öffentlichen Gemeinwesen zuzuordnen, liegt sogar eine staatliche Erfüllungsverantwortung vor. Nicht ganz einfach zu beantworten ist dabei die Frage, ob es sich um eine *kantonale* staatliche Aufgabe handelt – dies soll hier offengelassen werden.

5. Fazit

Mit Inkrafttreten des StromVG hat der Bundesgesetzgeber ein neues rechtliches Monopol für die Grundversorgung im Strombereich geschaffen. Bei der Wahrnehmung des Lieferauftrages in der Grundversorgung nach StromVG handelt es sich damit (nicht anders als in den meisten Fällen unter dem alten Recht) um die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe.

IV. Folgen dieser Einordnung – Gedanken zum Rechtsverhältnis in der Grundversorgung

Die Qualifikation der Grundversorgung als staatliche Aufgabe zeitigt verschiedene Konsequenzen. Vorliegend soll ein mit dem Rechtsverhältnis zwischen Grundversorger und festem Endverbraucher praktisch bedeutsamer Aspekt angesprochen werden.¹²⁸ Unter dem alten Recht war die Rechtsnatur des Stromlieferungsverhältnisses wegen der unterschiedlichen kantonalen oder kommunalen Vorschriften sehr heterogen: Wenn es nicht explizit dem öffentlichen oder dem privaten Recht zu-

¹²¹ Keine Hervorhebung im Original.

¹²² Vgl. *Rechsteiner/Waldner*, Fn. 68, Rz. 22; etwas skeptisch und ohne Stellung zu beziehen der Bericht EnDK, Fn. 7, 30 («in der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass selbst Art. 6 Abs. 6 StromVG (...)»; wenig hilfreich in diesem Zusammenhang sind leider die diesbezüglichen Ausführungen im sog. «Schlussbericht der Arbeitsgruppe Parallelleitungen» vom 28. 11. 2006, publiziert auf www.bfe.admin.ch (erstellt übriges nachdem der Bundesrat die Botschaft zum StromVG verabschiedet hatte). Im Text wird von «Rechtsmonopolen» gesprochen, gemeint sind damit, wie es scheint, rechtliche Monopole. Es scheint, man hätte sich die Frage gestellt, ob Kantone solche «Rechtsmonopole» erstellen können. Ein Kanton solle noch immer frei sein, durch ein Netz-Rechtsmonopol die Wechselmöglichkeiten von Wechselwilligen in den exklusiv eingeräumten Gebietsmonopolen zwischen Netzbetreibern im Kanton vollständig auszuschliessen (67). Zum Bundesrecht wird ausgeführt, es gewähre «kein absolutes Recht auf Anschluss im Sinne eines Rechtsmonopols» (10).

¹²³ Dieses rechtliche Monopol tritt zum faktischen Monopol der Kantone bzw. Gemeinde hinzu, welches ihnen die Sachherrschaft über den öffentlichen Grund vermittelt (vgl. dazu *Weber/Kratz*, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Fn. 6, § 8, Rz. 39 f.).

¹²⁴ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10).

¹²⁵ Vgl. dazu *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Fn. 76, § 45 Rz. 19 f.; s. auch bei *Nikola Korrodi*, Die Konzession im schweizerischen Verwaltungsrecht, Diss. Zürich 1973, 59.

¹²⁶ Vgl. *Jagmetti*, 13, Rz. 1526; Der Bericht der EnDK (Fn. 7, 30) bringt hier m. E. etwas durcheinander. Die Bezeichnung der Netzgebiete kann selbstredend keine Monopole schaffen. Das kann nur der Gesetzgeber. Die Bezeichnung der Netzgebiete verleiht vielmehr das Recht zur Ausübung der rechtlich monopolisierten Tätigkeit (vgl. *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Fn. 76, § 45, Rz. 19).

¹²⁷ Zum Begriff s. *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Fn. 76, § 4 Rz. 4.

¹²⁸ Das Rechtsverhältnis der Endverbraucher im freien Markt mit ihrem Lieferanten wird als privatrechtlich zu qualifizieren sein.

geordnet wurde, war die Rechtsnatur nach den gängigen Methoden zu ermitteln.¹²⁹ Im StromVG finden sich kaum Bestimmungen hierzu.¹³⁰ Insofern stellt sich zum einen die Frage einerseits nach der kantonalen Regelungsbefugnis und andererseits nach der sachgerechten Zuordnung.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Lieferpflicht in der Grundversorgung eine staatliche Aufgabe darstellt – ein Umstand, an welchen auch Verwaltungsverfahrensgesetze anknüpfen, wenn deren sachlicher Anwendungsbereich beschrieben wird.¹³¹ Überdies ist das Rechtsverhältnis zwischen Grundversorger und Endverbraucher angesichts der Tatsache, dass der eine über eine Monopolstellung verfügt und der andere auf die monopolisierte Dienstleistung angewiesen ist, von einem grossen *Machtgefälle*, insbesondere *einem Kontrahierungszwang*, geprägt (so auch seinerzeit noch das BGer in BGE 137 I 120, E. 5.3, S. 125). Mit Blick auf die gängigen Abgrenzungskriterien¹³² spricht vieles dafür, dieses Rechtsverhältnis dem *öffentlichen Recht* zuzuordnen.¹³³

Dies scheint auch aus rechtsstaatlicher Sicht geboten. Der Grundversorger hat sich bei Ausübung seiner Tätigkeit an die Grundrechte zu halten und der Rechtsschutz wird über die Verfahrensregeln des öffentlichen Rechts gewährleistet.¹³⁴ Deshalb stellt sich auch die Frage nach der Verfügungsbefugnis des Grundversorgers. Diese ist, so *Gygi*, weismässig mit einer staatlichen, also öffentlichen Aufgabe verbunden.¹³⁵ Sie entspräche wohl weitestgehend der früheren Rechtslage. In BGE 137 I 120 kommt das BGer auch unter dem Regime des StromVG zu diesem Schluss. Mit den IWB nahm dort allerdings eine öffentlich-rechtliche Anstalt die Versorgungsaufgabe gestützt auf öffentliches

Recht wahr, was dieses Auslegungsergebnis noch naheliegender machte. Zum gleichen Ergebnis müsste man aber u. U. auch gelangen, wenn ein konzessioniertes privates Unternehmen die Grundversorgung wahrnimmt.¹³⁶ Nicht immer einfach zu klären wird in diesem Zusammenhang sein, ob im Einzelfall die Zuständigkeit der ElCom gegeben ist oder nicht (Art. 22 StromVG).

V. Zusammenfassung

Mit dem StromVG hat der Bundesgesetzgeber in eine historisch kantonal dominierte Domäne eingegriffen. An sich als Liberalisierungserlass konzipiert, hat es in einer ersten Etappe allerdings die bestehenden Strukturen bundesrechtlich zementiert. Gerade die Abgrenzung des neuen Bundesrechts vom kantonalen Recht bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten, v. a. weil das StromVG kaum entsprechende Regeln enthält. Darüber hinaus erfolgten verschiedene eilige Revisionen, weil sich Bestimmungen als unzulänglich erwiesen. Schliesslich haben einige Verordnungsbestimmungen der richterlichen Prüfung nicht standhalten können.

Die Lektüre der Gründe zur Neuregelung der Stromversorgung in der bundesrechtlichen Botschaft¹³⁷ wirft zwangsläufig Fragen auf, so zum Beispiel, ob das angestrebte Ziel der Steigerung der Rechtssicherheit erreicht wurde. Ein weiteres Ziel, nämlich die vollständige Marktöffnung, ist in weite(re) Ferne gerückt. Die schweizerische Strommarktordnung ist vorläufig in einer spezialgesetzlichen Teilmarktliberalisierung stecken geblieben, die im Ergebnis in weiten Teilen dem gleichkommt, was bereits das alte Recht ermöglichte – «lost in regulation» möchte man beinahe sagen. Ob sich der Schritt volkswirtschaftlich und mit Blick auf die Versorgungssicherheit gelohnt hat, lässt sich nicht leicht beantworten.

Es wäre wünschenswert, dass die Rechtsprechung in Zukunft die Rollen der einzelnen Akteure schärfer voneinander abgrenzt. Auf diese Weise liessen sich zumindest die grössten Unstimmigkeiten ausbügeln. Ferner bräuchte es in Bezug auf die rechtliche Qualifikation der Grundversorgung eine Korrektur. Die Einordnung als rechtliches Monopol scheint gerade auch mit Blick auf die Rechtsstellung von Endverbrauchern von erheblicher Bedeutung: Durch das kantonale Recht überlagernde Bundesrecht hat sich diesbezüglich eine neue Situation ergeben, die der Klarstellung harret.

¹²⁹ Vgl. *Weber/Kratz*, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Fn. 6, § 8 Rz. 66; *Kratz*, Fn. 24, 342 ff.; *Jagmetti*, Fn. 13, 1507; *Peter Rüegger*, Rechtsprobleme der Verteilung elektrischer Energie durch öffentlich-rechtliche Anstalten, Diss. Zürich 1991, 81 und 191 ff.

¹³⁰ Vgl. auch *Hänni/Stöckli*, Fn. 112, 1326.

¹³¹ Vgl. bspw. Art. 1 Abs. 2 Bst. e des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021); Art. 2 Abs. 1 Bst. c i. V. m. Art. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG, BSG 155.21); Art. 1 Abs. 3 des Gesetzes vom 31. August 2006 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Graubünden (VRG, BRB 370.100).

¹³² S. dazu *Föhse*, Fn. 5, Fn. 720 mit Verweis auf *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Fn. 112 Rz. 253 f.; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Fn. 76, § 18 Rz. 4; unterschieden wird zwischen der Subordinationstheorie (Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und Bürger), der Interessentheorie (dient die Norm öffentlichen Interessen, ist sie dem öffentlichen Recht zuzuordnen), der Funktionstheorie (die Norm ordnet die Besorgung von Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen) und die modale Theorie (sofern die Art der durch den Erlass angeordneten Sanktion dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist [bspw. Widerruf einer Bewilligung im Gegensatz zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts] ist auch die [verletzte] Verhaltensnorm dem öffentlichen Recht zuzuordnen).

¹³³ Vgl. auch *Michèle Balthasar*, Elektrizitätslieferverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung, Diss. Zürich 2007, 58 f.

¹³⁴ Vgl. *Weber/Kratz*, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Fn. 6, § 8 Rz. 84.

¹³⁵ S. *Fritz Gygi*, Verwaltungsrecht, Bern 1986, 43.

¹³⁶ Vgl. *Weber/Kratz*, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Fn. 6, § 8 Rz. 84; in Frage kommt u. U. auch ein verwaltungsrechtlicher Vertrag (vgl. auch *Balthasar*, Fn. 133, 59).

¹³⁷ Botschaft StromVG, Fn. 27, 1616.

Wichtige Themen vertiefend analysiert und kommentiert.



recht

Zeitschrift für juristische
Weiterbildung und Praxis

Felix Bommer, Martina Caroni, Wolfgang
Ernst, Roland Fankhauser, Sabine Gless,
Peter Jung, Peter V. Kunz, Christoph
Müller, Bernhard Rüttsche, Alexandra
Rumo-Jungo, Daniela Thurnherr,
Roger Zäch (Herausgeber)

Jahresabonnement CHF 178.–

Erscheint 6x jährlich, deutsch, geheftet,
0253-9810

Stämpfli
Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 44

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempflishop.com

Recht, die Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, ist speziell konzipiert, um Studierende zu unterstützen und die Praktiker à jour zu halten. In Abhandlungen werden wichtige Themen vertiefend analysiert und kommentiert. In Fallbeispielen wird der theoretische Stoff in die Praxis umgesetzt und in der Anwendung geübt. Neue Rechtsentwicklungen und Rechtsgebiete werden vorgestellt und kommentiert. Mitteilungen aus dem universitären Bereich runden das breite Themenspektrum ab.

Die Zeitschrift richtet sich an Studierende der Rechtswissenschaften, praktizierende Anwälte und Notare, Richter, wissenschaftliche Bibliotheken, juristische Ämter und Behörden.

Ich bestelle

___ Ex. Printabonnement Inland, CHF 178.–

___ Ex. Onlineabonnement, CHF 137.–

___ Ex. Einzelheft (exkl. Porto), CHF 22.–

Preisänderungen vorbehalten.

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse/PLZ, Ort _____

E-Mail _____

☐ Ich abonniere den Newsletter _____

Datum, Unterschrift _____

1299-40/15