

FACHHANDBUCH

Verwaltungsrecht

Herausgeberschaft:

Giovanni Biaggini
Isabelle Häner
Urs Saxer
Markus Schott

Herausgeberschaft:

Giovanni Biaggini

Isabelle Häner

Urs Saxer

Markus Schott

FACHHANDBUCH

Verwaltungsrecht

EXPERTENWISSEN FÜR DIE PRAXIS

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	VII
Inhaltsübersicht	XI
Inhaltsverzeichnis	XV
Allgemeines Literaturverzeichnis	LV
Allgemeines Materialienverzeichnis	LXI
Abkürzungsverzeichnis	LXV

Teil 1: Branchenperspektiven

Kapitel 1 Finanzmarkt: Aufsichtsregime MARTIN LANZ	3
Kapitel 2 Finanzmarkt: Banken OLIVIER FAVRE	31
Kapitel 3 Finanzmarkt: Versicherungen MONICA MÄCHLER	81
Kapitel 4 Finanzmarkt: Börsen und Effekthändler PHILIPPE BORENS	125
Kapitel 5 Finanzmarkt: Kollektive Kapitalanlagen FRANÇOIS RAYROUX/LAURENCE VOGT SCHOLLER/LAURA TSCHERRIG	165
Kapitel 6 Telekommunikation MATTHIAS AMGWERT/SIMON SCHLAURI	201
Kapitel 7 Rundfunkrecht – Das Recht von Radio und Fernsehen URS SAXER/FLORIAN BRUNNER	279
Kapitel 8 Luftfahrtinfrastruktur STEFAN VOGEL	363
Kapitel 9 Verkehr: Öffentlicher Verkehr MARKUS KERN/PETER KÖNIG	389

Kapitel 10 Verkehr: Strassenrecht ULRICH KEUSEN	443
Kapitel 11 Wasserkraft und Wasserkraftnutzung MICHAEL MERKER	461
Kapitel 12 Erdgas – Rechtsgrundlagen, Kompetenzordnung und Liberalisierungsabsprachen MICHAEL MERKER	489
Kapitel 13 Elektrizität PHYLLIS SCHOLL	509
Kapitel 14 Gesundheitsrecht: Markt und Marktteilnehmer UELI KIESER/TOMAS POLEDNA	541
Kapitel 15 Gesundheitsrecht: Heilmittel URSULA EGGENBERGER STÖCKLI	573
Kapitel 16 Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände MONIKA GATTIKER	627
Kapitel 17 Aus- und Weiterbildung STEPHAN HÖRDEGEN	679
Kapitel 18 Arbeitsmarkt: Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih NATHALIE STOFFEL	731

Teil 2: Allgemeine Fragen

Kapitel 19 Aufsichtsrecht GIOVANNI BIAGGINI	781
Kapitel 20 Handlungsformen PETER HETTICH	823
Kapitel 21 Subventionsrecht AUGUST MÄCHLER	859
Kapitel 22 Abgaberecht MICHAEL BEUSCH	899

Inhaltsübersicht	XIII
Kapitel 23 Sanktionen TOBIAS JAAG	933
Kapitel 24 Rechtsschutz MARKUS SCHOTT	967
Kapitel 25 Beschaffungsrecht HANS RUDOLF TRÜEB	1019
Kapitel 26 Formelle Enteignung FRANZ KESSLER COENDET	1065
Kapitel 27 Materielle Enteignung BERNHARD WALDMANN	1115
Kapitel 28 Organisationsrecht (ausgewählte Fragen) ISABELLE HÄNER	1165
Kapitel 29 Staatshaftungsrecht MARIANNE RYTER	1211
Kapitel 30 Aussenwirtschaftsrecht: Grundlagen MATTHIAS OESCH	1261
Kapitel 31 Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH	1305
Stichwortverzeichnis	1345

KAPITEL 13

Elektrizität

PHYLLIS SCHOLL

Inhaltsübersicht

I.	Grundlagen	511
	A. Besonderheiten der Stromversorgung	511
	B. Gesetzliche Grundlagen und Historie	513
	C. Liberalisierungsstufen	516
	D. Vertragsverhältnisse der Stromversorgung	518
II.	Strompreis	520
	A. Netzteil	521
	B. Energieteil	530
	C. Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen	531
III.	Einzelthemen	533
	A. Bau von Leitungen	533
	B. Betrieb von Leitungen	534
	C. Eigentum an Leitungen	535
	D. Dienstbarkeiten	535
	E. Kostenbasierte Einspeisevergütung	537
IV.	Aufsicht und Rechtsschutz	538

Spezialliteratur

BODMER FRANK/BORNER SILVIO, Die Liberalisierung des Strommarktes in der Schweiz, Zürich 2001; HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011 (zit. AUTOR, Basler Komm. ZGB II, Art. ... N. ...); ORELLI MARIELLA/MAYHALL NADINE, Die Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes – Rückblick und Vorschau, Jusletter vom 23. April 2012; PASSARDI MARCO/SAHLI CHRISTIAN, Betriebliches Rechnungswesen und Strommarktliberalisierung, Der Schweizer Treuhänder, 2012, 437 ff.; SAHLI CHRISTIAN/WENGER THOMAS, Richtungsweisender Impuls für die Stromversorger, Jusletter 11. Februar 2013; SCHOLL PHYLLIS, Eigentum an Gasleitungen und -anlagen, 21. Mai 2013, <<http://glossa.weblaw.ch/rsk-volumes//201305.de.html>> (besucht am 6. September 2013) (zit. SCHOLL, Gasleitungen und -anlagen); SCHOLL PHYLLIS, Fall Gerlafingen – Grundversorgungstarife, 11. Oktober 2011, <<http://glossa.weblaw.ch/rsk-volumes//201110.de.html>> (besucht am 6. September 2013); WALDNER MICHAEL, Funktion und Rechtsnatur des Stromlieferungsvertrages im liberalisierten Strommarkt, AJP 2010, 1311 ff.; WEBER ROLF/KRATZ BRIGITTA, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005; WEBER ROLF/KRATZ BRIGITTA/MANNHART ANJA, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009; WEBER ROLF/MANNHART ANJA, Neues Strompreisrecht, ZBI 2008, 453 ff.

Ergänzende Materialien

BFE, Stromversorgungsverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007 (zit. BFE, StromVV); Botschaft der Regierung des Kantons Graubünden zum Stromversorgungsgesetz des Kantons Graubünden, 2008–2009; Botschaft des Bundesrates vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2005 1611 (zit. Botschaft StromVG, BBl 2005).

I. Grundlagen

A. Besonderheiten der Stromversorgung

Elektrische Energie (Strom) ist aus der modernen Gesellschaft nicht mehr wegzu-denken. Wegen der Kapitalintensität, der grossen volkswirtschaftlichen Bedeutung und den technischen Eigenheiten war die Stromversorgung lange Zeit durch die Aneinanderreihung von Gebietsmonopolen gekennzeichnet. Charakteristikum dieser **Monopolordnung** war das Zusammenfallen von Netzbetrieb und Energielieferung in ein und demselben Betrieb. Jeder Verbraucher sah sich einem einzigen Versorgungsunternehmen gegenüber. 13.1

Angestossen durch den technologischen Fortschritt wurde die Monopolisierung der Stromversorgung ab den 1980er-Jahren weltweit infrage gestellt. Seitens der Wissenschaft wurde vorgeschlagen, eine **Trennung der Wertschöpfungskette** in die Bereiche Produktion, Netz und Handel vorzunehmen und nur noch das Netz als Monopol gelten zu lassen.¹ Die Trennung sollte Wettbewerb (und damit tiefere Preise) in die Bereiche Produktion und Handel bringen.² 13.2

Damit der Wettbewerb in den Bereichen Produktion und Handel überhaupt einsetzen kann, muss der diskriminierungsfreie Zugang zum Netz gewährleistet werden. Das wird erreicht, indem (i) der Netzbetrieb von der Elektrizitätsproduktion entflochten wird (sogenanntes **Unbundling**³), (ii) die Netzbetreiber verpflichtet werden, Dritten ihr Netz gegen Entschädigung diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen (sogenannte **Durchleitungspflicht** oder Third Party Access) und (iii) Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen untersagt sind. 13.3

Die Durchleitungspflicht ist das Kernstück der Liberalisierung, da damit der Endverbraucher in die Lage versetzt wird, seinen Stromlieferanten frei zu wählen und die Stromlieferanten somit zueinander in Wettbewerb treten. Mit **«Liberalisierung des Strommarktes»** (auch Marktöffnung genannt) ist primär die freie Wahl des Stromlieferanten gemeint.⁴ In der Schweiz wurde die Liberalisierung mit dem Stromversorgungsgesetz (**StromVG**) teilweise eingeführt (siehe dazu N. 13.11). 13.4

1 BODMER/BORNER, 12 f.

2 Der Marktmechanismus in den Bereichen Produktion und Handel sollte aufgrund des Konkurrenzdrucks und des damit verbundenen Kostendrucks günstigere Preise und angemessenere Investitionen (allokative Effizienz) hervorbringen. Fehlinvestitionen lassen sich nicht ohne Weiteres auf die Preise überwälzen. Die zu erwartenden tieferen Preise wurden als wichtiges Argument für die Liberalisierung des Schweizer Strommarktes angeführt.

3 Das StromVG schreibt nur für das Übertragungsnetz die eigentumsrechtliche Entflechtung vor (Art. 18 Abs. 2 StromVG). Im Verteilnetz ist nur die buchhalterische Entflechtung zwingend (Art. 10 Abs. 3 StromVG).

4 Der Begriff Liberalisierung lässt vermuten, dass Regulierung abgebaut wird. Dies war bei der Liberalisierung des Schweizer Strommarktes mit Ausnahme der freien Lieferantenwahl nicht der Fall. Erst das StromVG führte z.B. eine weitgehende Regulierung des Strompreises ein.

- 13.5 Die Netzbetreiber⁵ erhalten als Entschädigung für die Nutzung des Netzes von allen am Netz angeschlossenen Endverbrauchern⁶ ein Netznutzungsentgelt.⁷ Angesichts des Netzes als **natürliches Monopol**⁸ muss das Entgelt jedoch so festgelegt sein, dass der Netzbetreiber allenfalls einen Gewinn, jedoch keinen unangemessenen Monopolgewinn erzielen kann. Da der Netzbetreiber gleichzeitig auch Stromlieferant sein kann, muss zudem sichergestellt sein, dass der Netzbetreiber nicht die von ihm mit Strom belieferten Endverbraucher bevorzugt, indem er einen Teil der Energiekosten mit dem von allen an seinem Netz angeschlossenen Endverbrauchern zu bezahlenden Netznutzungsentgelt deckt. Dies wäre eine unzulässige Quersubventionierung, welche zur Verzerrung des Wettbewerbs im Bereich Produktion und Handel führen würde.
- 13.6 Da die Elektrizitätsversorgung auf ein zusammenhängendes Transportnetz angewiesen ist, kommt dem Stromnetz für die **Versorgungssicherheit** eine entscheidende Rolle zu. Das Netz stellt das Nadelöhr der Stromversorgung dar. Ein Endverbraucher kann nur versorgt werden, wenn er über ein Leitungsnetz mit dem Stromproduzenten in ständiger und unmittelbarer Verbindung steht. Daher bilden die Existenz und die Leistungsfähigkeit des Netzes (Leitungskapazität) zentrale Voraussetzung für die Versorgungssicherheit.
- 13.7 Zusätzlich zur Existenz des Netzes ist der Betrieb des Stromnetzes für die Versorgungssicherheit von entscheidender Bedeutung: Die technischen Eigenschaften der Netze erlauben nur geringe Spannungs- und Frequenzschwankungen. Übersteigt die Entnahme (Auspeisung) von Strom die Einspeisung ins Netz, kann das Netz wegen Überbelastung zusammenbrechen. Diese Gefahr wird durch den Umstand verschärft, dass Strom nur sehr beschränkt speicherbar ist. Aus diesem Grund und wegen der physikalischen Besonderheit, dass sich Strom mit Lichtgeschwindigkeit fortbewegt, müssen Stromproduktion (Einspeisung ins Netz) und Stromverbrauch (Auspeisung) praktisch zeitgleich und in gleicher Menge erfolgen.
- 13.8 Die laufende Abstimmung von Ein- und Auspeisung ist Aufgabe der Netzbetreiber, indem je nach Situation die fehlende oder überschüssige Energie mithilfe von Ausgleichsenergie ausgeglichen wird, welche zu diesem Zweck jederzeit als Regel-

5 Der Anspruch des Netzbetreibers auf das Netznutzungsentgelt ist unabhängig von den Eigentumsverhältnissen am Netz (BVGer, Urteil A-8630/2010 vom 6. März 2010, E. 4.4).

6 Das StromVG definiert den Begriff **«Endverbraucher»** wie folgt: «Kunden, welche Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen.» (Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG).

7 Das StromVG verwendet neben dem Begriff **«Netznutzungsentgelt»** den Begriff **«Netznutzungstarif»**. Die beiden Begriffe sind Synonyme. Es wird bewusst nicht der Begriff **«Netznutzungspreis»** verwendet, da im Bereich des Netzes kein Wettbewerb spielt und somit kein Preis als Ergebnis von Angebot und Nachfrage resultieren kann (vgl. WEBER/MANNHART, 456, Fn. 21).

8 Der Bau eines flächendeckenden Netzes ist sehr kapitalintensiv. Wenn diese Kosten auf alle Endverbraucher verteilt werden, kann ein Netz den Markt zu tieferen Durchschnittskosten versorgen als zwei oder drei Netze. Aus dieser wirtschaftlichen Überlegung und auch aus Gründen des Landschaftsschutzes ist die Verlegung eines Parallelnetzes auch in Zukunft unwahrscheinlich. Der Netzeigentümer verfügt daher über eine natürliche Monopolstellung.

energie abrufbar vorgehalten werden muss.⁹ Der Netzbetreiber schliesst dazu z.B. im Vorfeld mit Stromproduzenten (oder auch grossen Endverbrauchern, z.B. einer Betreiberin von Tiefkühlagern) einen Vertrag ab, welcher dem Netzbetreiber erlaubt, die Erhöhung oder Senkung der Stromproduktion (resp. die Erhöhung oder Senkung des Stromverbrauchs) zu verlangen. Diese für den sicheren Betrieb der Netze notwendigen Hilfsdienste werden **Systemdienstleistungen** genannt (abgekürzt und nachfolgend **«SDL»**).

Das Schweizer Stromnetz besteht aus einem Übertragungs- und einem Verteilnetz und ist unterteilt in sieben **Netzebenen** (nachfolgend auch **«NE»**). Je nach Netzebene wird das Netz mit einer anderen Spannung betrieben (daher auch der synonyme Begriff **«Spannungsebene»**). Das Übertragungsnetz (betrieben mit der Spannung 220/380 kV) wird als Netzebene 1 (NE1) bezeichnet, in welche ein Teil der Produktion (vor allem aus den Gebirgskantonen) eingespeist wird. Die NE1 wird von der nationalen Netzgesellschaft Swissgrid betrieben. Die Netzebenen 2, 4 und 6 dienen der Transformation der Spannung runter von 220/380 kV auf 230/400 Volt. Die meisten Endverbraucher (insbesondere die Haushalte) sind an der Netzebene 7 (NE7) mit einer Spannung von 230/400 Volt angeschlossen. Grund für die sieben Netzebenen ist die höhere Transportkapazität und der tiefere Transportverlust bei höherer Spannung. Die Funktionsweise des Stromnetzes lässt sich mit dem Strassennetz veranschaulichen: Das Übertragungsnetz entspricht der Autobahn, das Verteilnetz der Gemeindestrasse. 13.9

Die Schweizer Stromversorgung wird von einigen grossen Unternehmen (namentlich Alpiq, Axpo, BKW, Swissgrid) und mehreren hundert kleineren Unternehmen oder Gemeindeabteilungen sichergestellt. Ungefähr 80% der Stromversorgung befinden sich letztlich **in öffentlicher Hand** auf Stufe der **Kantone** und **Gemeinden**. Der Bund ist traditionell nicht Eigner (dies im Unterschied z.B. zur Telekommunikation, Bahn, Post). 13.10

B. Gesetzliche Grundlagen und Historie

Im Bereich der Stromversorgung ist der zentrale Erlass das am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Stromversorgungsgesetz (**StromVG**) und die dazugehörige Stromversorgungsverordnung (**StromVV**).¹⁰ Die StromVV selbst und ihr Zusammenspiel mit dem StromVG weisen mehrere Schwachpunkte auf: Mehrere Bestimmungen der StromVV wurden durch Gerichtsentscheide (konkrete Normenkontrolle) als gesetz- und verfassungswidrig erklärt. Die StromVV enthielt und enthält immer noch wichtige rechtsetzende Regelungen, die, um Geltung zu haben, zwingend in einem for-

⁹ In der Schweiz kommt diese Aufgabe primär der Swissgrid AG (nachfolgend **«Swissgrid»**) in ihrer Funktion als Betreiberin des Übertragungsnetzes zu (vgl. Art. 18 und 20 StromVG).

¹⁰ Zur Bedeutung der gestützt auf Art. 27 Abs. 4 StromVV von den Netzbetreibern erlassenen Richtlinien siehe BVGer, Urteil A-5141/2011 vom 29. Januar 2013, E. 9.5.1.

mellen Gesetz festgelegt sein müssten.¹¹ Sodann beschloss die Eidgenössische Elektrizitätskommission (**ElCom**) von sich aus, eine Bestimmung betreffend Regulierung des Energieteils des Strompreises nicht anzuwenden, da die Anwendung zu einem untragbaren Resultat geführt hätte.¹² Zudem kritisierten die Gerichte die von der ElCom vorgenommene Auslegung mehrerer StromVV-Bestimmungen als nicht gesetzeskonform.¹³

- 13.12 Dem Energiegesetz (**EnG**) kommt vor allem im Bereich der sparsamen Energieverwendung und der Förderung der erneuerbaren Energien Bedeutung zu. Für den Leitungsbau und die Eigentumsregelung der Stromleitungen ist zudem das Elektrizitätsgesetz (**EleG**) einschlägig.¹⁴
- 13.13 Die **Verfassungsgrundlage** des StromVG ist hauptsächlich in Art. 91 Abs. 1 BV zu finden. Diese Verfassungsbestimmung gibt dem Bund die umfassende, nachträglich derogatorische Kompetenz, Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie zu erlassen. Davon hatte der Bund während Jahrzehnten einzig durch das sicherheitspolizeilich motivierte EleG Gebrauch gemacht. Abgesehen vom EleG und den produktionsbezogenen Bestimmungen zur Wasserkraft und Kernenergie blieb die rechtliche Ausgestaltung der Stromversorgung bis zum Erlass des StromVG im Wesentlichen kantonale. Diese Situation hat sich mit dem Inkrafttreten des StromVG grundlegend geändert und die Rolle der **kantonalen und kommunalen Zuständigkeiten** stark zurückgedrängt:¹⁵ Versorgungsmonopole und Bezugspflichten wurden mit Inkrafttreten des StromVG unzulässig. Damit einher geht auch die Unzulässigkeit der vorher bestehenden Möglichkeit, von den Endverbrauchern Gesamtpreise zu erheben, welche Quersubventionierungen oder andere Mehrkosten enthalten. Von den drei bundesrechtlich abschliessend vorgegebenen Strompreiskomponenten (Netznutzung, Energielieferung, Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen, siehe N. 13.33 ff.) ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts seit Inkrafttreten des StromVG nur noch die Komponente «Abgaben und Leis-

11 Es handelt sich um folgende Bestimmungen der StromVV: Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV (Anlastung von Kosten für Tertiärregelung an Bilanzgruppen; diese StromVV-Regelung widerspricht dem Ausspeiseprinzip des StromVG, siehe N. 13.54 ff.); Art. 31b StromVV (Anlastung von allgemeinen SDL-Kosten an Kraftwerke; diese Bestimmung wurde im Zuge der Revision der StromVV vom 30. Januar 2013 aufgehoben; auch diese StromVV-Regelung widersprach dem Ausspeiseprinzip des StromVG); Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV (Anlastung von ITC-Mindererlösen, ITC = Inter-TSO-Compensation-Mechanismus; Der Begriff «Mindererlöse» ist nicht vom betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff gemäss Konzept des StromVG gedeckt).

12 Es handelte sich um den Satz «Überschreiten die Gestehungskosten die Marktpreise, orientiert sich der Tarifanteil an den Marktpreisen.» (siehe Tätigkeitsbericht der ElCom zum Jahr 2012, 40), welcher im Rahmen der Revision der StromVV vom 30. Januar 2013 aufgehoben wurde.

13 Es handelt sich um folgende Bestimmungen der StromVV: Art. 11 Abs. 2 (Anspruch der freien Kunden auf Grundversorgung, siehe N. 13.22); Art. 13 Abs. 4 (Berechnung der Anlagenwerte des Netzes als Grundlage für die Berechnung der anrechenbaren Kapitalkosten, siehe N. 13.42 ff.).

14 Siehe N. 13.80 ff.

15 Siehe zu den kantonalen Kompetenzen BGE 138 I 454, E. 3.6.3 S. 463; BGE 138 I 454, E. 3.6.5 S. 465; BGE 138 I 468, E. 2.5 S. 472.

tungen an Gemeinwesen» für kantonale oder kommunale Gesetzgebung zugänglich.¹⁶

Die Festlegung der Netzgebiete, deren Zuteilung an Netzbetreiber, die Verpflichtung des Netzanschlusses (Art. 5 StromVG) und den allenfalls vorzunehmenden innerkantonalen Angleich von Netznutzungstarifen (Art. 14 Abs. 4 StromVG) hat das StromVG jedoch den Kantonen zur Regelung zugewiesen. Diese Themen (z.B. die räumliche Ausdehnung und Anzahl Endverbraucher eines Netzgebietes) haben jedoch indirekt einen Einfluss auf die Höhe des Netznutzungsentgelts.¹⁷ In weitläufigen, dünn besiedelten Netzgebieten ist das Netznutzungsentgelt grundsätzlich höher. Auch verbleiben wegen der kantonalen Verfügungsgewalt über die Wasservorkommen kantonale Kompetenzen im Bereich der Stromproduktion und auch im Bereich der sparsamen und rationellen Energieverwendung (z.B. Massnahmen betreffend den Verbrauch von Energie in Gebäuden) weiterhin bestehen (vgl. Art. 89 BV).

Das StromVG folgte auf das von den Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern am 22. September 2002 abgelehnte **Elektrizitätsmarktgesetz (EMG)**,¹⁸ welches ebenfalls die Liberalisierung des Strommarktes vorsah. Trotz der Ablehnung des EMG schien eine zumindest teilweise Öffnung der schweizerischen Versorgungsmonopole aus mehreren Gründen kaum vermeidbar.

Einerseits war die Schweiz bereits damals umgeben von Ländern mit einem geöffneten Strommarkt. Der zunehmende grenzüberschreitende Handel mit diesen Ländern verstärkte den Druck auf die schweizerischen Versorgungsmonopole, sich zu öffnen. Andererseits erzielte ein Urteil des Bundesgerichts im Jahr 2003 (BGE 129 II 497) einen Durchbruch. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Weigerung der Freiburger Elektrizitätswerke (FEW/EEF), Strom eines anderen Stromlieferanten über ihre Netze in die Betriebe der Migros zu leiten, gegen das Kartellgesetz verstösst. Damit war die Liberalisierung bereits auf der Grundlage des Kartellgesetzes Realität geworden. Mit dieser Entscheidung des Bundesgerichts wurde jedoch nur das Bestehen einer Durchleitungspflicht statuiert; in allen andern Punkten, wie z.B. der Höhe des Netznutzungsentgelts, verblieb ein Regelungsvakuum.

Die Analyse des Neins zeigte die Befürchtung der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger, dass die Strommarktliberalisierung den **Service public** gefährde. Unter Service public wurde dabei nicht nur die zuverlässige, sondern auch eine möglichst günstige Stromversorgung verstanden. Beim Gesetzesprojekt StromVG galt es deshalb die Lehren aus dem Nein zum EMG zu ziehen: Durch Bestimmungen über den Service public sollte das StromVG referendumsfest gemacht werden. Die Referendumsfrist lief am 12. Juli 2007 unbenutzt ab. Im StromVG werden anstelle des Begriffs «Service public» die Begriffe **«Grundversorgung»** und «Versorgungssicherheit» gebraucht, wobei der Begriff Versorgungssicherheit als Oberbegriff ein-

¹⁶ Siehe N. 13.74 ff.

¹⁷ Vgl. Botschaft der Regierung des Kantons Graubünden zum Stromversorgungsgesetz des Kantons Graubünden, Heft Nr. 18/2008–2009, 956.

¹⁸ BBl 2000 6189 ff., 2002 7821 ff.

gesetzt wird und beim Begriff Grundversorgung das Kostenelement und der Netzanschluss im Vordergrund stehen.¹⁹

- 13.18 Das nun seit 1. Januar 2008 in Kraft stehende **StromVG** hält in seinem **Zweckartikel** fest, dass mit dem StromVG die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt geschaffen werden sollen (Art. 1 StromVG). Das StromVG strebt also – vereinfacht gesagt – eine sichere Versorgung und gleichzeitig einen tiefen Strompreis an. Diese beiden Ziele stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander, da Sicherheitsmassnahmen Kosten verursachen. Gefragt ist also eine Gratwanderung zwischen möglichst hoher Sicherheit und gleichzeitig möglichst tiefen Kosten. Im Konfliktfall wird der Versorgungssicherheit der Vorrang zu geben sein,²⁰ da Stromausfälle zu erheblichen Kosten führen.

C. Liberalisierungsstufen

- 13.19 Das StromVG schreibt eine **zweistufige Liberalisierung** (Marktöffnung) vor. In der **ersten Etappe** (ab 1. Januar 2009) sind nur die Endverbraucher mit einem Stromverbrauch von mehr als 100 000 kWh pro Jahr²¹ berechtigt, ihren Stromlieferanten frei zu wählen (Art. 6 StromVG, nachfolgend der Einfachheit halber als **«freie Kunden»** bezeichnet). Dazu müssen die freien Kunden dem Betreiber des Verteilnetzes in ihrem Netzgebiet jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen, dass sie von ihrem Anspruch für das Folgejahr (ab 1. Januar) Gebrauch machen wollen (Art. 11 Abs. 2 StromVV). Haben diese von ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht, können sie nicht in die Grundversorgung zurückkehren («einmal frei, immer frei»)²²

19 Zum Netzanschluss: Gemäss der Anschlussgarantie von Art. 5 Abs. 2 StromVG sind Netzbetreiber verpflichtet, alle Endverbraucher innerhalb der Bauzone und in ganzjährig bewohnten Liegenschaften ausserhalb der Bauzone sowie alle Elektrizitätserzeuger an das Elektrizitätsnetz anzuschliessen. Diese Verpflichtung erstreckt sich aber nur auf das jeweilige Netzgebiet des einzelnen Netzbetreibers. Die Kantone weisen die Netzgebiete den auf ihrem Kantonsgebiet tätigen Netzbetreibern möglichst lückenlos zu. Ziel dieser Regelung ist, dass keine «verwaisten» Netzgebiete entstehen und deshalb der jeweils zuständige Netzbetreiber verpflichtet ist, das Elektrizitätsnetz auch in einem wirtschaftlich wenig attraktiven Gebiet (abgelegene Tal-schaft) zu betreiben.

20 Gemäss Bundesrat, Botsch. StromVG, BBl 2005 1617 sollen «unter der Prämisse der Versorgungssicherheit [...] Anreize für mehr Wettbewerb geschaffen werden.» Die Grundfeste bildet folglich die Versorgungssicherheit.

21 Die Trennlinie von 100 000 kWh Jahresstromverbrauch wurde damit begründet, dass ab diesem Jahresverbrauch die jährlichen Energiekosten (ohne Netz) bei mehr als ca. CHF 6000 liegen und sich der Aufwand (z.B. Suchaufwand, Installation von Messeinrichtungen) zur freien Wahl eines Stromlieferanten ab ungefähr diesem Betrag lohne. Liegt der Jahresverbrauch tiefer, lohne sich der Aufwand im Vergleich zur dadurch erzielten Energiepreisreduktion kaum.

22 BFE, StromVV, 7.

Fallbeispiel:

13.20

In diesem Zusammenhang stellen sich in der Praxis mehrere Fragen, wovon hier zwei vorgestellt werden sollen: (1) Hat die in einem bestehenden Stromliefervertrag mit dem Netzbetreiber enthaltene Vertragsdauer resp. Kündigungsfrist Vorrang vor der Regelung in Art. 11 Abs. 2 StromVV? (2) Hat ein Endverbraucher bereits Gebrauch gemacht von seinem Wahlrecht, wenn er vor Inkrafttreten einen auf ihn zugeschnittenen Stromliefervertrag abgeschlossen hat?

Die ElCom hat zur Frage 1 folgende Praxis entwickelt: Die Regelung in Art. 11 Abs. 2 StromVV (d.h. das Recht, einen anderen Stromlieferanten zu wählen als den Netzbetreiber) geht der vertraglichen Regelung vor, falls es sich um einen Vertrag handelt, der lange vor Inkrafttreten des StromVG abgeschlossen wurde. Die ElCom stützte sich dabei auf Art. 30 Abs. 1 StromVV, wonach Bestimmungen von bestehenden Verträgen, die gegen die Vorschriften über den Netzzugang verstossen, ungültig sind, sowie auf den Leitentscheid des Bundesgerichts im **Fall Gerlafingen**, wonach Rechtshandlungen, die vor Inkrafttreten des StromVG vorgenommen wurden und Jahre zurück liegen, grundsätzlich nur mit Rechtswirkungen verbunden werden dürfen, mit denen die Betroffenen damals auch rechnen mussten und konnten, zumal damals das rechtliche Umfeld ein anderes war.²³

Zur Frage 2 wurde im Fall Gerlafingen vom Bundesgericht entschieden, dass der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 StromVG den freien Kunden unabhängig von ihrem Verhalten vor Inkrafttreten des StromVG ein Wahlrecht in Bezug auf den Stromlieferanten einräumt. Der Kunde hat die Wahl zwischen dem Netzbetreiber und einem Dritten. Dieses Wahlrecht dürfe nicht auf Verordnungsstufe eingeschränkt werden.²⁴

Der Verbleib beim Verteilnetzbetreiber als Stromlieferant berechtigt zur Belieferung zu «angemessenen Tarifen» (siehe dazu N. 13.70 ff.). Das Wahlrecht wurde in den ersten beiden Jahren nach der Liberalisierung (2009 und 2010) noch wenig genutzt, da die Marktpreise im Vergleich zu den angemessenen Tarifen der Verteilnetzbetreiber hoch waren. Seit 2011 sind die Marktpreise jedoch stark gesunken. Grund dafür ist unter anderem das wegen der Subventionierung der neuen erneuerbaren Energien europaweite Überangebot an Strom. Damit einhergehend haben seit 2011 deutlich mehr freie Kunden ihren Stromlieferanten gewechselt.

Diejenigen Kunden, welche unter der Schwelle von 100 000 kWh Jahresverbrauch liegen, werden vom Gesetz «**feste Endverbraucher**» genannt und haben Anspruch auf Belieferung durch den lokalen Verteilnetzbetreiber zu «angemesse-

²³ Verfügung der ElCom 922-12-019 vom 14. Februar 2013 (betrifft provisorische Massnahme; in diesem Fall wurde der Stromliefervertrag im Jahr 1983 abgeschlossen); BGer, Urteil 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011, *Gerlafingen*.

²⁴ Siehe dazu auch SCHOLL, Fall Gerlafingen – Grundversorgungstarife, Weblaw Rechtsprechungskommentar, publiziert auf Weblaw am 11. Oktober 2011.

nen Tarifen».²⁵ Diejenigen freien Kunden, welche während der ersten Etappe auf den Marktzugang verzichten, bilden zusammen mit den festen Endverbrauchern die Gruppe der **«Endverbraucher mit Grundversorgung»**.

- 13.25 In der **zweiten Etappe** (vom Gesetzgeber ursprünglich geplant für die Zeit ab 1. Januar 2014, aufgrund der Ereignisse in Fukushima verschoben) erhalten auch die festen Endverbraucher die Möglichkeit, ihren Stromlieferanten frei zu wählen. Die freien Kunden werden zum Marktzugang verpflichtet und haben folglich keinen Anspruch mehr auf angemessene (d.h. regulierte) Tarife.
- 13.26 Die festen Endverbraucher hingegen werden die Wahl haben zwischen einem Lieferantenwechsel (und folglich Marktpreisen für den Energieteil des Strompreises) und weiterhin einer Belieferung durch den sie ans Netz anschliessenden Verteilnetzbetreiber zu angemessenen Tarifen (siehe Art. 7 StromVG mit dem Titel «Wahlmodell abgesicherte Stromversorgung»). Dieses sogenannte **«WAS-Modell»** ist Teil der Service-public-Bestimmungen, welche auf die Ablehnung des EMG zurückzuführen sind. Gegen die Einführung der zweiten Etappe wird zum gegebenen Zeitpunkt noch das fakultative Referendum ergriffen werden können.
- 13.27 Die Regulierung des angemessenen Tarifs ist ein Kernthema im liberalisierten Schweizer Strommarkt, wobei der Netzteil des Tarifs für alle Endverbraucher (also auch die freien Kunden) gleich reguliert ist und folglich mit dem Begriff «angemessener Tarif» die Regulierung des Energieteils des Tarifs gemeint ist.

D. Vertragsverhältnisse der Stromversorgung

- 13.28 Im Folgenden werden die aus Sicht des Endverbrauchers wichtigsten Vertragsverhältnisse vor und nach Inkrafttreten des StromVG vorgestellt. Vor Inkrafttreten des StromVG wurden die Endverbraucher typischerweise vom lokalen Netzbetreiber auf der Grundlage eines sogenannten «All-in»-Vertrages mit Strom beliefert. Dieser Vertrag beinhaltete neben der Energielieferung auch die Netznutzung. Neben privatrechtlichen Verträgen bestanden je nach kantonal- und kommunalrechtlicher Situation auch öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse.²⁶ Der Netzbetreiber bezog den für die Versorgung der Endverbraucher notwendigen Strom entweder aus eigener Produktion oder gestützt auf einen Stromliefervertrag mit einer Drittpartei.
- 13.29 Seit Inkrafttreten des StromVG bestehen aufgrund der Entflechtung von Netz und Produktion deutlich mehr Vertragsverhältnisse. Einerseits sind an die Stelle des All-in-Vertrages zwischen dem lokalen Netzbetreiber und dem Endverbraucher mit Grundversorgung typischerweise folgende drei Verträge getreten: **Netzanschluss-**

²⁵ Das StromVG unterscheidet bewusst zwischen den Begriffen **«Preis»** und **«Tarif»**. Der Begriff Preis wird dann verwendet, wenn die Zahl Resultat des Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage ist. Der Begriff Tarif wird dann verwendet, wenn die Zahl Resultat hoheitlicher Anordnung ist (vgl. WEBER/MANNHART, 456).

²⁶ Siehe dazu ausführlich WEBER/KRATZ, 278 ff. und WALDNER, 1312, Rz. 7–10.

vertrag, Netznutzungsvertrag, Stromliefervertrag.²⁷ Der freie Kunde schliesst den Stromliefervertrag typischerweise nicht mit dem lokalen Netzbetreiber, sondern mit dem von ihm gewählten Stromlieferanten ab. Bedingt durch das Netzmonopol ist für den Netzanschluss- und den Netznutzungsvertrag aber weiterhin in jedem Fall der lokale Netzbetreiber Vertragspartei.²⁸

Für den liberalisierten Strommarkt zentraler Vertragstyp ist zudem der **Bilanzgruppenvertrag**.^{13.30} Wie in N. 13.8 dargelegt, müssen Ein- und Ausspeisung ständig mittels von Swissgrid eingesetzter Ausgleichsenergie im Gleichgewicht gehalten werden. Gegenstand des Bilanzgruppenvertrages ist im Wesentlichen der finanzielle Ausgleich für die Differenz zwischen eingespielter und bezogener (ausgespielter) Energie der Teilnehmer einer Bilanzgruppe. Vertragspartei des Bilanzgruppenvertrages ist neben Swissgrid der jeweilige Bilanzgruppenverantwortliche (**BGV**).²⁹ Der BGV sendet Swissgrid die prognostizierten Ein- und Ausspeisungen (sogenannte Fahrpläne). Nach der Ausführung der Energielieferungen saldiert Swissgrid alle Ein- und Ausspeisungen pro Bilanzgruppe und verrechnet bei Abweichungen die bezogene oder abgegebene Energie dem BGV als Ausgleichsenergie.³⁰ Gemäss Art. 23 Abs. 1 StromVV müssen alle Einspeisungs- und Ausspeisungspunkte einer Bilanzgruppe angeschlossen sein, d.h. alle Produzenten von Strom und alle Endverbraucher (die festen Endverbraucher via den für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber) müssen Teilnehmer einer Bilanzgruppe sein.³¹

Eine Bilanzgruppe kann beliebig viele Teilnehmer aufweisen. Der Anschluss an eine Bilanzgruppe erfolgt mittels Vertrag zwischen dem BGV und den Teilnehmern der Bilanzgruppe (sogenannter Subbilanzgruppenvertrag). Die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten ist der Vertragsfreiheit überlassen. Typischerweise muss der Bilanzgruppenverantwortliche dafür besorgt sein, dass Ein- und Ausspeisung seiner Bilanzgruppe jederzeit möglichst ausgeglichen sind und genauso typischerweise bestehen für den Teilnehmer finanzielle Anreize, die Abweichungen zwischen seiner Ein- und Ausspeisung möglichst gering zu halten.^{13.31}

Seit Inkrafttreten des StromVG dürften die für die Stromversorgung typischen Verträge privatrechtlicher Natur sein.³² Die Zuordnung der Verträge je zu einem Nomi-^{13.32}

27 Zum typischen Inhalt dieser Verträge siehe WALDNER, 1316, Rz. 32–37.

28 Gemäss Art. 9 StromVV kann der freie Kunde verlangen, dass der Netzbetreiber die Rechnung für die Netznutzung dem Energielieferanten zustellt. Damit kann der freie Kunde die Zahl seiner Ansprechpartner reduzieren. Schuldner des Netznutzungsentgelts gegenüber dem Netzbetreiber bleibt jedoch der Endverbraucher. Dies ist vor allem im Fall von Zahlungsunfähigkeit des Energielieferanten relevant.

29 Der Bilanzgruppenvertrag mit Swissgrid ist schweizweit für alle Bilanzgruppen standardisiert und auf der Webseite der Swissgrid publiziert.

30 Siehe dazu auch die parlamentarische Initiative 13.467.

31 Art. 2 Abs. 1 Bst. e StromVV definiert «Bilanzgruppe» als rechtlicher Zusammenschluss von Teilnehmern am Elektrizitätsmarkt, um gegenüber Swissgrid eine gemeinsame Mess- und Abrechnungseinheit zu bilden.

32 WEBER/KRATZ, 8, Rz. 28; so steht gemäss der Rechtsprechung des BVGer in Bezug auf den Betrieb des Übertragungsnetzes dieser Betrieb zwar im öffentlichen Interesse, stelle jedoch keine staatliche Aufgabe dar (BVGer, Urteil A-3505/2011 vom 26. März 2012, E. 5.4).

natvertrag erweist sich als schwierig und ist in der Praxis angesichts der hohen Regelungsdichte in den Verträgen auch kaum relevant.³³

II. Strompreis

- 13.33 Das Zusammenspiel von Wettbewerb und Markt wird im Folgenden anhand der Komponenten des Strompreises³⁴ dargelegt. Im Unterschied zur Rechtslage vor Inkrafttreten des **StromVG** besteht heute in der Schweiz eine **Strompreisregulierung**, die namentlich eine Preisobergrenze beinhaltet. Das Gesetz legt in Art. 6 Abs. 3 StromVG (resp. Art. 7 Abs. 2 StromVG) abschliessend fest, welche Komponenten der Strompreis für den Endverbraucher enthalten darf.³⁵ Es sind dies die drei Komponenten (i) Netznutzung, (ii) Energielieferung und (iii) Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen. Diese Komponenten müssen auf der Rechnung an den Endverbraucher transparent ausgewiesen werden.³⁶ Das Netznutzungsentgelt sowie die Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen müssen vom Endverbraucher an denjenigen Netzbetreiber bezahlt werden, bei welchem er angeschlossen ist; wegen des Netzmonopols gilt dies auch im Fall des Wechsels des Energielieferanten.
- 13.34 Auf die drei Komponenten kommen unterschiedliche Regulierungsbestimmungen zur Anwendung. Dies ist eine Folge (i) der Trennung der Wertschöpfungskette in Produktion, Netz und Handel; (ii) des Umstandes, dass das Netz ein natürliches Monopol darstellt und (iii) der gesetzlichen Umsetzung der «Service-public»-Anliegen. Die nachstehende Grafik veranschaulicht das Nebeneinander der drei Komponenten und die nachstehenden Abschnitte erläutern die unterschiedlichen Regulierungsansätze.

33 WALDNER, 1321, Rz. 78.

34 Der Begriff «**Strompreis**» wird hier als Summe verstanden von Netznutzungstarif und Energiepreis (resp. Energietarif) sowie gesetzlichen Abgaben (teils überwältigt von den Netzbetreibern, z.B. Konzessionsabgabe für die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden oder die Abgabe für die kostenbasierte Einspeisevergütung).

35 BGE 138 I 454, E. 3.6.3–3.6.5 S. 463 ff.; BGE 138 I 468, E. 2.4 S. 472.

36 Typischerweise macht heute der Netzanteil ca. 50% des Strompreises aus; der Energieteil liegt bei ca. 45% und die Abgaben und Leistungen bei ca. 5%.

Strompreis			
Regulierung	Netzteil	Energieteil	Abgaben und Leistungen
Prinzip	<i>Heute:</i> Kostendeckung plus Betriebsgewinn (Cost plus) Kosten: Betriebs- und Kapitalkosten (inkl. kalkulatorische Verzinsung)	Freie Kunden: freie Preisbildung (Markt, Kartellgesetz) Endverbraucher mit Grundversorgung: Angemessenheit des Tarifs	Siehe Rechtsprechung zu Abgaben (inkl. Lenkungsabgaben)
	<i>Zu erwarten in Zukunft:</i> Erlöspfade (Anreizregulierung)		
Behörde	ElCom	Freie Kunden: keine (WEKO) Endverbraucher mit Grundversorgung: ElCom	Kantone und Gemeinden

Obwohl die Regulierungsansätze für den Netz- und den Energieteil angesichts des StromVG schweizweit einheitlich sind, gibt es in der Schweiz nicht ein für alle Endverbraucher einheitliches Netznutzungsentgelt und auch nicht einheitliche Energietarife. Dies hat mehrere Gründe, namentlich: Topografie, Siedlungsstruktur, Verbrauchsprofil der Endverbraucher, Höhe der an die Endverbraucher überwältigten Abgaben und Leistungen ans Gemeinwesen, Effizienz des Netzbetreibers, Beschaffungskosten für Energie, Eigentümerstrategie. Einheitlich müssen die **Netznutzungsentgelte** jedoch pro Kundengruppe im Netzgebiet derselben Spannungsebene sein (z.B. einheitliches Netznutzungsentgelt für alle Haushaltskunden im Netzgebiet der Stadt Zürich für die Nutzung der NE7, Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG). Auch die **Energietarife** müssen pro Kundengruppe (Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik), welche im gleichen Netzgebiet von der gleichen Spannungsebene Elektrizität beziehen, einheitlich sein (Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 StromVG).

13.35

A. Netzteil

1. Allgemeines

Gemäss Art. 14 Abs. 1 StromVG darf das Netznutzungsentgelt die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen (zu den Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen siehe N. 13.74 ff.). Massgebend für

13.36

die Ermittlung und Begrenzung³⁷ des Netznutzungsentgelts sind folglich die anrechenbaren Netzkosten.

- 13.37 Was «anrechenbare Netzkosten» sind, legt Art. 15 Abs. 1 StromVG fest: Anrechenbar sind die Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes. Zudem beinhalten «sie» (die Kapitalkosten) einen angemessenen Betriebsgewinn. Diese Regulierung wird **«Cost plus»** genannt, wobei «cost» die Kostendeckung und «plus» den Betriebsgewinn meint.

2. Betriebskosten

- 13.38 Als anrechenbare Betriebskosten gelten Kosten für die mit dem Betrieb der Netze direkt zusammenhängenden Leistungen. Dazu zählen insbesondere die Kosten für Systemdienstleistungen (siehe dazu N. 13.8) sowie für den Unterhalt der Netze (Art. 15 Abs. 2 StromVG).
- 13.39 Nicht zu den notwendigen Kosten gehören z.B. Kosten für ein Sponsoring eines Sport- oder Kunstanlasses, weil der Endverbraucher in Bezug auf den Netzbetreiber keine Wahl hat und der Endverbraucher daher nicht angeworben werden muss. Auch nicht zu den Betriebskosten gehören die Kosten der öffentlichen Beleuchtung. Diese Kosten gehören zu den Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen.
- 13.40 Die Aufteilung der Gemeinkosten (wie z.B. Personalkosten) auf die Bereiche Netz und Produktion gab bei mehreren Netzbetreibern schon Anlass für Beanstandungen durch die ElCom. Gemäss ElCom wurden dem Netzbereich zu hohe Gemeinkosten zugewiesen. Dies führte zu Kürzungen der anrechenbaren Betriebskosten durch die ElCom.³⁸ Zu den Kompetenzen der ElCom bei der Überprüfung der anrechenbaren Betriebskosten siehe N. 13.103 ff.

3. Kapitalkosten

- 13.41 Die anrechenbaren Kapitalkosten setzen sich aus zwei Komponenten zusammen: den kalkulatorischen Abschreibungen und den kalkulatorischen Zinsen (Art. 15 Abs. 3 Bst. a und b StromVG). Für beide Komponenten ist die Bewertung der für den Betrieb der Netze notwendigen Vermögenswerte zentral. Zu den betriebsnotwendigen Vermögenswerten gehören gemäss Art. 13 Abs. 3 StromVV das bestehende Anlagevermögen (z.B. die Stromleitungen, Strommasten, Anlagen auf Unterwerken) sowie das Nettoumlaufvermögen.³⁹

37 Das StromVG verbietet nicht, das Netznutzungsentgelt tiefer anzusetzen. So könnte z.B. ein der öffentlichen Hand gehörendes Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zweck der Standortförderung beschliessen, von den Endverbrauchern nur gerade ein kostendeckendes Entgelt (ohne Verzinsung des Eigenkapitals) zu verlangen.

38 Vgl. BVGer, Urteil A-2876/2010 vom 20. Juni 2013, E. 2.3.3.

39 Gemäss Bundesgericht ist die Praxis der ElCom, dass lediglich ein halber Monatsumsatz als betriebsnotwendiges Nettoumlaufvermögen akzeptiert und kalkulatorisch verzinst wird, nicht

Im Fokus des Interesses steht dabei der Wert der für den Betrieb der Netze notwendigen Anlagen (nachfolgend als **Anlagenwert** bezeichnet). Ein höherer Anlagenwert bringt höhere kalkulatorische Abschreibungen und Zinsen und folglich ein höheres Netznutzungsentgelt mit sich. Die Ermittlung des Anlagenwertes ist Gegenstand einer Vielzahl von Gerichtsverfahren, welche bisher in den meisten Fällen das Übertragungsnetz (NE1) betreffen. Der Ausgang dieser Verfahren ist aber ebenso relevant für das Verteilnetz (NE2–NE7), da die Regulierung der Höhe des Netznutzungsentgelts nicht zwischen den Netzebenen unterscheidet. 13.42

Nachfolgend werden die Ergebnisse der bisher ergangenen Gerichtsentscheide (zwei bereits auf Stufe Bundesgericht⁴⁰) zum Thema Anlagenwert dargelegt (Stand August 2013). In N. 13.62 ff. werden diese Urteile zudem in den Kontext der StromVV-Revision vom 12. Dezember 2008 gestellt. 13.43

a) Anlagenwert

Der Anlagenwert muss gemäss Art. 15 Abs. 3 StromVG auf der Basis der ursprünglichen Anschaffungs- beziehungsweise Herstellkosten der bestehenden Anlagen ermittelt werden. Diese Werte werden abgekürzt als «**AHK**» oder als «**historische Werte**» bezeichnet. 13.44

Das Bundesgericht hat im *BKW-Leitentscheid* festgehalten, dass die historischen Werte nicht identisch sind mit den finanzbuchhalterischen Buchwerten.⁴¹ Die historischen Werte werden der Kostenrechnung entnommen (und nicht der Finanzbuchhaltung) und dürfen folglich auch Baukosten enthalten, welche seinerzeit in der Finanzbuchhaltung nicht aktiviert wurden. Aufwertungen⁴² vom Buchwert auf die historischen Werte sind entsprechend gemäss StromVG zulässig. Um Aufwertungen zu verhindern, müsste das StromVG geändert werden. 13.45

Die StromVV enthält in Art. 13 Abs. 4 eine Regelung für den Fall, dass die historischen Werte **ausnahmsweise** nicht festgestellt werden können, weil die Belege fehlen. Der Netzbetreiber hat gemäss Rechtsprechung glaubhaft darzulegen, dass und weshalb er die historischen Werte nicht mehr ermitteln kann.⁴³ Gelingt ihm dies, dürfen die Wiederbeschaffungspreise als Basis genommen werden und mit einem Preisindex auf den Anschaffungs- bzw. Herstellzeitpunkt zurückgerechnet werden. 13.46

zu beanstanden (BGE 138 II 465, E. 9 S. 499 f.).

40 BGE 138 II 465, *BKW-Leitentscheid*; BGer, Urteil 2C_222/2011 vom 3. Juli 2012.

41 Zum Ganzen BGE 138 II 465, E. 4.6.2 S. 476 f., *BKW-Leitentscheid*: Die Regelung der historischen Werte geht auf die Verordnung zum EMG zurück. Damals wurde von den Stromunternehmen der Wiederbeschaffungswert, von anderer Seite der Buchwert vorgeschlagen; als Kompromiss einigte man sich auf die historischen Kosten. Siehe dazu auch PASSARDI/SAHLI, 437 ff.

42 Zum Begriff «Aufwertung» siehe die Kritik von SAHLI/WENGER, 4, Rz. 14.

43 BGE 138 II 465, E. 6.3 S. 481, *BKW-Leitentscheid*.

13.47 Praxistipp:

Die nach dieser Methode berechneten Anlagenwerte werden «**synthetische Werte**» genannt. Der synthetische Wert ist gemäss Rechtsprechung nicht ein grundsätzlich anderer Wert als der historische Wert, sondern bloss eine Methode, um den historischen Wert möglichst zuverlässig zu ermitteln, wenn die historischen Belege nicht komplett sind. Anzustreben ist eine Berechnungsweise, die zu Werten führt, welche möglichst nahe an den realen historischen Kosten (d.h. den historischen Werten) liegen.⁴⁴

13.48 Art. 13 Abs. 4 StromVV enthält für die synthetische Methode noch drei weitere Vorschriften, welche sich mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von historischen zu synthetischen Werten erklären lassen. Es handelt sich um (i) die Vorschrift, dass bereits in Rechnung gestellte Kosten in Abzug zu bringen sind, (ii) die Vorschrift, dass in jedem Fall höchstens der Wert einer vergleichbaren Anlage anrechenbar ist und um (iii) den pauschalen 20%-Abzug. Der Wortlaut von Art. 13 Abs. 4 StromVV enthält keine Anhaltspunkte zur Beweissituation. Die folgenden beiden Abschnitte erläutern im Lichte der Rechtsprechung die Vorschriften (i) und (iii) und die Beweissituation. Die Vorschrift (ii) wird hier nicht erläutert.

13.49 Zur Vorschrift der den Endverbrauchern **bereits in Rechnung gestellten Netzkosten** vertritt die ElCom die Auffassung, die Verbuchung von Aufwand (z.B. in Form von Abschreibungen) oder die Nichtaktivierung von Kosten in der Finanzbuchhaltung bedeute, dass dieser Aufwand den Endverbrauchern schon als Kosten in Rechnung gestellt wurde und deshalb vom synthetischen Anlagenwert abzuziehen ist. Das Bundesgericht weist im *BKW-Leitentscheid* die Auffassung der ElCom zurück, äussert sich aber unklar, wie die Vorschrift zu verstehen ist.⁴⁵ Führt man die Argumentationslinie des Bundesgerichts betreffend Unmassgeblichkeit des Buchwerts weiter, ist allein die Kostenrechnung für sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Tariffestsetzung massgebend (und nicht die Finanzbuchhaltung). Die Verbuchung als Aufwand in der Finanzbuchhaltung bedeutet daher nicht, dass dieser Aufwand den Endverbrauchern als Kosten in Rechnung gestellt wird oder worden ist.⁴⁶ Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stützt diese Argumentationslinie.⁴⁷ Zudem weist das Bundesverwaltungsgericht die Beweislast der ElCom zu: Die ElCom habe nachzuweisen, dass Kosten tatsächlich bereits einmal den Endverbrauchern in Rechnung gestellt worden sind.⁴⁸ Für diejenigen Anlagen, deren historische Baukosten die Beschwerdeführerin belegen kann, stellt sich die Frage nach einem Abzug für bereits in Rechnung gestellte Kosten zum Vornherein nicht.

44 BGE 138 II 465, E. 6.4 S. 483, *BKW-Leitentscheid*.

45 BGE 138 II 465, E. 6.3.2 S. 482, *BKW-Leitentscheid*.

46 SAHLI/WENGER, 4, Rz. 15.

47 BVGer, Urteil A-5141/2011 vom 29. Januar 2013, E. 7.6.3 und 8.2.2.

48 BVGer, Urteil A-2583/2009 vom 7. November 2012, E. 7.2.

Da die synthetische Methode auf Annahmen beruht (einheitliche Wiederbeschaffungspreise, Preisentwicklungen), die nicht unbedingt für alle Anlagen zutreffen, und daher tendenziell weniger präzise als die historische Methode ist, lässt sich gemäss Bundesgericht bei den synthetischen Werten ein Abzug grundsätzlich rechtfertigen.⁴⁹ Soweit Unsicherheiten bestehen, ist es gemäss Bundesgericht angesichts der Beweislast des Netzbetreibers vertretbar, den Anlagenwert am unteren Rand des Unsicherheitsbereichs anzusetzen. Der pauschale **Abzug von 20%** ist daher gesetzeskonform⁵⁰ und so lange anwendbar, als nicht im Einzelfall⁵¹ nachgewiesen werden kann, dass er zu einer zu tiefen Bewertung führt, wobei die Beweislast beim Netzbetreiber liegt, da er sich auf eine Ausnahmemethode beruft.

Gemäss den Erwägungen in mehreren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts akzeptiert die ElCom in Bezug auf das Übertragungsnetz allgemein – jedoch nicht in Bezug auf das Verteilnetz –, dass für Anlagen, welche (i) berechtigterweise (ii) gemäss der swissasset-Datenbank und (iii) mit dem Höspile-Index synthetisch bewertet werden, in der Regel nur noch ein Abzug von 1,47% zur Anwendung komme (statt 20%).⁵²

b) Kalkulatorische Zinsen und Abschreibungen

Dervom UVEK gemäss Art. 13 Abs. 3 und 3^{bis} StromVV festgelegte **WACC (Zinssatz)**⁵³ multipliziert mit dem Anlagenwert (Wert der für den Betrieb der Netze notwendigen Anlagen) ergibt die **kalkulatorischen Zinskosten**. Die kalkulatorischen Zin-

49 Der von der ElCom praktizierte Abzug von 20,5% zusätzlich zu dem von der StromVV vorgesehenen Abzug von 20% («doppelter Malus») ist aber gesetzwidrig. Das Bundesgericht hielt fest, es sei unzulässig, bewusst und gezielt einen Wert festzusetzen, der tiefer ist als der historische Wert.

50 Der Abzug von 20% wurde erst im Rahmen der Revision der StromVV vom 12. Dezember 2008 eingefügt. Dem BKW-Leitentscheid (E. 7.4) kann die Begründung der Prozentzahl 20 entnommen werden: Gemäss Berechnungen der ElCom haben diejenigen Netzbetreiber, welche im Jahr 2008 die synthetische Methode anwandten, 20% zu viel aufgeschlagen; BR Leuenberger berichtete der Bundesversammlung, dass der Bundesrat die Konsequenz daraus gezogen und in der Verordnung einen Malus von 20% festgelegt habe (AB 2008 N. 1783, S 1006). Der Abzug von 20% soll also die Überhöhung ausgleichen, welche sich durch die Verwendung der synthetischen Methode typischerweise ergibt.

51 Vgl. als Anwendungsfall BVGer, Urteil A-2654/2009 vom 7. Mai 2013, E. 9.

52 BVGer, Urteil A-2876/2010 vom 20. Juni 2013, E. 6.3.2.; BVGer, Urteil A-2786/2010 vom 10. Juli 2013, E. 5.1.3.; BVGer, Urteil A-8581/2010 vom 23. Juli 2013, E. 5.1.3. Die Urteile führen aus, die ElCom anerkenne, dass sich aufgrund eines Vergleiches der historischen mit den synthetischen Werten anhand von 14 Leitungen im als repräsentativ eingestuften swissasset-Bericht ergibt, dass die synthetisch mit dem Höspile-Index 2010 berechneten Werte im Falle der Gesamtkosten ohne Berücksichtigung der geschätzten Kosten rund 1,47% über den Ist-Werten liegen.

53 Mit der Verzinsung der betriebsnotwendigen Vermögenswerte wird der Netzbetreiber für die Überlassung des Kapitals und die Übernahme des entsprechenden Verlustrisikos abgegolten. Die Berechnung des WACC ist ein stark diskutiertes Thema. Die entsprechenden Verordnungsbestimmungen der StromVV wurden nach mehrjähriger Diskussion Anfang 2013 vom Bundesrat geändert, was in der Summe zu einer Erhöhung des WACC führte. Der regulierte WACC ist gemäss Art. 31a StromVV für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommen wurden, in den Jahren 2009–2013 grundsätzlich ein Prozentpunkt tiefer. Dem Netzbetreiber steht

sen enthalten den **angemessenen Betriebsgewinn**. Mit dieser Methode resultiert eine für alle Netzbetreiber einheitliche Verzinsung ihrer Vermögenswerte, wobei von einer normierten Kapitalstruktur von 40% Eigenkapital und 60% Fremdkapital ausgegangen wird. Die tatsächlichen Zinskosten (Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital) eines Netzbetreibers finden folglich nicht direkt Niederschlag im Netznutzungsentgelt; deshalb wird die Verzinsung als «kalkulatorisch» bezeichnet. Für die Entschädigung seiner Kapitalgeber verfügt der Netzbetreiber über die kalkulatorischen Zinsen. Wie der Netzbetreiber die via Netznutzungsentgelte eingenommenen kalkulatorischen Zinsen auf Eigen- und Fremdkapital aufteilt, liegt in der Verantwortung des Netzbetreibers resp. wird von Forderungen der Eigen- und Fremdkapitalgeber bestimmt. Wenn die tatsächlichen Zinskosten unter den kalkulatorischen Zinsen liegen, verbleibt dem Netzbetreiber eine Reserve, welche er einbehalten darf.

- 13.53 Vom Anlagenwert werden die **kalkulatorischen Abschreibungen** berechnet. Sie ergeben sich durch lineare Abschreibung der Anlagenwerte über eine festgelegte Nutzungsdauer auf den Restwert null. Mit dieser Methode resultiert eine für alle Netzbetreiber einheitliche Abschreibung ihrer Vermögenswerte. Die Abschreibungen werden als «kalkulatorisch» bezeichnet, weil sie nicht den nach steuerlichen und finanziellen Aspekten ermittelten Abschreibungen der Finanzbuchhaltung entsprechen müssen.⁵⁴ Im Vergleich zur Ermittlung des Anlagenwertes gibt die Berechnung der kalkulatorischen Abschreibungen kaum Anlass zu Diskussion.

4. Ausspeiseprinzip

- 13.54 Das separat pro Spannungsebene und pro Netzgebiet zu ermittelnde Netznutzungsentgelt ist grundsätzlich von den Endverbrauchern am Punkt der Ausspeisung der Elektrizität zu bezahlen – unabhängig vom Punkt der Einspeisung der Elektrizität in das Netz (Art. 14 Abs. 2 StromVG; sogenanntes Ausspeiseprinzip) – und nicht von den Einspeisern (Stromproduzenten).⁵⁵
- 13.55 Für die meisten Endverbraucher erfolgt die Ausspeisung auf der NE7; grosse Endverbraucher beziehen den Strom aber teilweise auch auf höheren Spannungsebenen (NE1, NE3, NE5). Der an der NE7 angeschlossene Endverbraucher hat die Summe der Netznutzungsentgelte der NE1–NE7 zu bezahlen. Der an der NE5 angeschlossene Endverbraucher hat die Summe der Netznutzungsentgelte der NE1–

es jedoch zu, einen Ausnahmetatbestand anzurufen, wobei ihn dann die Beweislast trifft (vgl. dazu BGE 138 II 465, E. 8 S. 497).

54 Botschaft StromVG, BBl 2005 1654.

55 Eine bemerkenswerte Ausnahme zu diesem Grundsatz findet sich in Art. 14 Abs. 5 StromVG. Gemäss den Materialien und der Rechtsprechung zu dieser Bestimmung hat die Wasserkraftkonzessionärin (Stromproduzentin) die Kosten der Netznutzung (inklusive Kosten für Systemdienstleistungen) zu tragen, falls der vor Inkrafttreten des StromVG abgeschlossene Konzessionsvertrag vorsieht, dass als Teil der Gegenleistung für die Einräumung der Konzession das konzedernde Gemeinwesen unentgeltlich oder vergünstigt mit Strom beliefert wird (siehe BVGer, Urteil A-1067/2011 vom 30. Mai 2012).

NE5 zu bezahlen. Das Netznutzungsentgelt der NE1 (Übertragungsnetz) ist für die ganze Regelzone Schweiz einheitlich und wird von der Swissgrid festgelegt. Für die NE1 gibt es schweizweit nur ein Netzgebiet mit der Swissgrid als Netzbetreiberin. Bei den tieferen Spannungsebenen besteht eine Vielzahl von Netzgebieten, was entsprechend regional zu unterschiedlich hohen Netznutzungsentgelten führt (siehe dazu auch N. 13.14 und sogleich unten).

Die Festlegung der **Netzgebiete** fällt in die Kompetenz der Kantone (Art. 5 Abs. 1 StromVG) und hat zwei Konsequenzen: Erstens wird die räumliche Ausdehnung der Netzgebiete festgelegt. Dies beeinflusst unmittelbar die Netznutzungstarife, da diese gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG innerhalb eines Netzgebietes pro Spannungsebene und Kundengruppe grundsätzlich einheitlich sein müssen. Zweitens werden gleichzeitig die für die Netzgebiete verantwortlichen Netzbetreiber bestimmt.⁵⁶ 13.56

Wichtig im Zusammenhang mit dem Ausspeiseprinzip ist auch das Thema der **Überwälzung** der Netzkosten vom Übertragungsnetz und Verteilnetz auf die Endverbraucher (Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG i.V.m. Art. 15–17 StromVV). Hierzu sind wegweisende Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ergangen.⁵⁷ Aus dem Konzept des StromVG folgt, dass unter der Überwälzung im Sinne von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG eine Weiterverrechnung der Netzkosten auf die Endverbraucher zu verstehen ist. Die Verteilnetzbetreiber, an deren Netz Endverbraucher angeschlossen sind, sind als Inkassostelle tätig, die das gesamte Netznutzungsentgelt der verschiedenen Netzebenen und damit auch das Entgelt für die allgemeinen SDL-Kosten von den Endverbrauchern einfordern. 13.57

Von der Weiterverrechnung sind jedoch nur die allgemeinen Netzkosten erfasst. Individuellen Akteuren in Rechnung gestellte Netzkosten sind von der Weiterverrechnung ausgenommen (Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG). Die Auslegung von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG durch das Bundesverwaltungsgericht ergab, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung zwar eine individuelle Anlastung von Netzkosten auf gewisse Akteure des Strommarktes vorgesehen, den Kreis der davon Betroffenen jedoch im StromVG nicht umschrieben hat. Da es sich beim Kreis der Kostenpflichtigen um eine wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV handelt, wäre dieser aber zwingend und abschliessend in einem Gesetz im formellen Sinn zu bestimmen. Die auf Stufe Verordnung eingeführte Zahlungspflicht (z.B. der Bilanzgruppen in Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV oder der Kraftwerke im ehemaligen Art. 31b StromVV) ist folglich gesetzes- und verfassungswidrig. 13.58

56 Das StromVG weist den Netzbetreibern eine Vielzahl von Aufgaben zu, insbesondere die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Art. 8 Abs. 1 Bst. a StromVG) sowie die Anschlusspflicht (Art. 5 StromVG) und die Pflichten im Zusammenhang mit der Grundversorgung (Art. 6 und 7 StromVG). Netzbetreiber und Netzeigentümer müssen nicht identisch sein.

57 BVGer, Urteil A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 (betrifft die Kostentragungspflicht von Kraftwerken für allgemeine SDL-Kosten); BVGer, Urteil A-8641/2010 und A-8666/2010 vom 2. Mai 2013 (beide betreffend Kostentragungspflicht von Bilanzgruppen für individuelle SDL-Kosten; siehe dazu auch die parlamentarische Initiative 13.467).

5. Deckungsdifferenzen

- 13.59 Das den Endverbrauchern in Rechnung gestellte Netznutzungsentgelt basiert auf einer Kostenrechnung, welche im Vorjahr zum Tarifjahr erstellt wird. Wegen des zeitlichen Auseinanderfallens von Tarifikalkulation, Tarifeinnahmen und den effektiven Kosten eines Tarifjahres weichen die vereinnahmten Netznutzungsentgelte in der Regel von den im Tarifjahr angefallenen, anrechenbaren Betriebs- und Kapitalkosten (inkl. angemessenem Betriebsgewinn) ab.
- 13.60 Aufgrund des Kostendeckungsprinzips sind die von den Endverbrauchern bezahlten Netznutzungsentgelte am Ende einer Tarifperiode (Kalenderjahr) den angefallenen Kosten gegenüberzustellen. Wird festgestellt, dass die erhobenen Netznutzungsentgelte unter (oder über) den anrechenbaren Netzkosten liegen, ist die entsprechende Differenz in der nachfolgenden Kalkulationsperiode kostenerhöhend (oder kostenmindernd) zu berücksichtigen. Man spricht in diesem Zusammenhang von **Deckungsdifferenzen**. Deckungsdifferenzen können sich auch als Folge einer Kürzung der anrechenbaren Betriebskosten und Reduktion der Anlagenwerte durch die ElCom ergeben.⁵⁸
- 13.61 Zur Handhabung der Deckungsdifferenzen hat die ElCom die Weisung 1/2012 erlassen.⁵⁹ Gemäss dieser Weisung sind Deckungsdifferenzen als **Ist-Ist-Vergleich** zu ermitteln. Dabei werden jeweils die anrechenbaren Netzkosten des Jahres x den Erlösen (aus Tarifeinnahmen) des Jahres x gegenübergestellt. Dies hat zur Konsequenz, dass (i) der jeweilige Netzbetreiber die Tarife für das Jahr x im Vorjahr (x-1) aufgrund von Plankosten schätzen muss und (ii) die (Deckungs-)Differenz zwischen den Kosten des Jahres x und den Erlösen des Jahres x erst nach Ablauf des Tarifjahres x bestimmt werden kann. Die Deckungsdifferenz wird über erhöhte resp. reduzierte Tarife künftiger Jahre ausgeglichen und verzinst (gemäss Weisung 1/2012 in der Regel über drei Jahre hinweg).⁶⁰

6. Rückblick und Ausblick

- 13.62 Die Elektrizitätswerke kündigten im **Jahr 2008** für das Jahr 2009 (das erste Jahr nach Inkrafttreten des StromVG) **Strompreiserhöhungen** an, welche die Endverbraucher in der Schweiz insgesamt mit geschätzten Mehrkosten von ca. einer Milliarde Franken belastet hätten.⁶¹ Diese Erhöhungen führten zu heftigen Reaktionen

58 Art. 19 Abs. 2 StromVV; BGE 137 III 522, E. 5.1 S. 527.

59 Die Weisung 1/2012 mit dem Titel Deckungsdifferenzen vom 19. Januar 2012 löst die gleichnamige Weisung 4/2010 vom 10. Juni 2010 ab. Gemäss Weisung 4/2010 hatten die Netzbetreiber noch die Wahl zwischen Ist-Ist-Vergleich (auch Ist-Kostenprinzip genannt) und Basisjahrprinzip. Beim Basisjahrprinzip bildet das der Tariffberechnung vorangehende Geschäftsjahr die Grundlage für die anrechenbaren Netzkosten (z.B. wurden die im Frühjahr 2009 für das Jahr 2010 ermittelten Tarife auf der Grundlage der Ist-Werte per 31. Dezember 2008 berechnet).

60 Zur Praxis der ElCom betreffend Verzinsung der Deckungsdifferenzen siehe Verfügung der ElCom 952-08-005 vom 15. April 2013, Rz. 33 ff. (noch nicht rechtskräftig).

61 AB 2008 N. 1774, Votum Schneider-Ammann.

in der Öffentlichkeit und zu zahlreichen parlamentarischen Vorstössen, wobei weitgehend die von den Netzbetreibern anrechenbaren Netzkosten für die Preiserhöhungen verantwortlich gemacht wurden.

Der damalige Vorsteher des UVEK führte im Oktober 2008 Gespräche mit den interessierten Kreisen. Dabei wurden Massnahmen diskutiert, welche die in Aussicht gestellten Strompreiserhöhungen reduzieren sollten, namentlich die Folgenden:⁶² (i) Die Kosten für SDL sollten nur im Umfang von 0.4 Rp./kWh auf die Endkunden überwält werden dürfen, während der Rest der Kosten von grossen Kraftwerken getragen werden sollte; (ii) bei Anwendung der synthetischen Bewertungsmethode sollen 20% abgezogen werden; (iii) der Maximalsatz für die Verzinsung des Kapitals sollte für die Dauer von fünf Jahren um einen Prozentpunkt reduziert werden. Die Umsetzung dieser Massnahmen führte am 12. Dezember 2008 zur **Revision der StromVV** mit Wirkung ab 1. Januar 2009.⁶³ 13.63

Mittlerweile hat die **Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht** einen Teil der Revision der StromVV vom 12. Dezember 2008 als gesetzes- und verfassungswidrig bezeichnet. Daraus resultiert nun **nachträglich** eine **Erhöhung des Netznutzungsentgelts**, welche zudem zu verzinsen ist. Neben den Urteilen zum Grundsatz des Ausspeiseprinzips⁶⁴ ist vor allem der BKW-Leitentscheid des Bundesgerichts betreffend Grundsatz der Kostenrechnung massgebend. Gemäss BKW-Leitentscheid stellt das Konzept des StromVG für die Ermittlung des Netznutzungsentgelts nicht auf die finanzbuchhalterischen Buchwerte, sondern die Kostenrechnungen ab.⁶⁵ Diesen Grundsätzen wurde im Rahmen der StromVV-Revision vom 12. Dezember 2008 und der bisherigen Rechtsprechung der ElCom nicht oder zu wenig Rechnung getragen. 13.64

Die Erfahrungen in der Umsetzung des StromVG in den Jahren 2008 und 2009 deuteten darauf hin, dass die Ziele der Liberalisierung nicht ohne Weiteres erreicht werden können. Die meisten Themen betrafen den Netzteil. Bereits Anfang 2010 startete daher das Bundesamt für Energie (BFE) die Arbeiten zur Analyse der gesetzlichen Grundlagen im Hinblick auf eine **Revision des StromVG**. Diese Arbeiten wurden im März 2011 nach den Ereignissen in Fukushima aufgrund der Dringlichkeit der Ausarbeitung der Energiestrategie 2050 sistiert. Die Arbeiten an der Revision des StromVG sollen aber gemäss BFE in Abstimmung mit den Arbeiten zur Konkretisierung der Energiestrategie 2050 wieder aufgenommen werden. Weiterhin wird im Netzteil der meiste Revisionsbedarf geortet, wobei einige Themen mittlerweile durch die Rechtsprechung geklärt wurden. 13.65

Es ist zu erwarten, dass die heute geltende «Cost plus»-Regulierung im Rahmen der Revision des StromVG durch eine sogenannte **Anreizregulierung** abgelöst wird. Die konkrete Ausgestaltung der Anreizregulierung in der Schweiz ist noch nicht bekannt. Daher kann hier nur der Mechanismus vorgestellt werden. Mit der Anreiz- 13.66

62 AB 2008 N. 1783, Votum BR Leuenberger.

63 AS 2008 6467 ff.; Pressemitteilung Bundesamt für Energie vom 5. Dezember 2008.

64 Siehe N. 13.54 ff.

65 Siehe N. 13.45.

regulierung werden die Erlöse (Tarifeinnahmen) von den Kosten entkoppelt. Die zulässigen Tarifeinnahmen werden hoheitlich vorgegeben. Die Vorgabe der Tarifeinnahmen basiert auf hoheitlich festgelegten Durchschnittskosten eines effizienten Netzbetreibers einschliesslich kalkulatorischen Abschreibungen und Eigenkapitalverzinsung. Falls der Netzbetreiber effektiv tiefere Kosten als die festgelegten Durchschnittskosten hat, erzielt er einen Gewinn. Im umgekehrten Fall (effektive Kosten höher als die festgelegten Durchschnittskosten) erzielt er einen Verlust. Sowohl Gewinn als auch Verlust gehen zugunsten resp. zulasten des Netzbetreibers. Es ist denkbar, dass die Höhe des Gewinns begrenzt wird und folglich «übermässiger» Gewinn in den Folgejahren tarifsenkend einzusetzen wäre.

B. Energieteil

13.67 Gemäss ökonomischer Theorie soll die Liberalisierung des Strommarktes beim Energieteil des Strompreises die Marktkräfte von Angebot und Nachfrage zum Tragen bringen. Wie in N. 13.19 ff. dargelegt, erfolgt die Liberalisierung des Schweizer Strommarktes in zwei Etappen. In der ersten Etappe haben nur Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 000 kWh (sogenannte freie Kunden) das Recht, ihren Stromlieferanten frei zu wählen und somit Marktpreise zu verlangen. In der zweiten Etappe sollen dann auch die Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch unter 100 000 kWh das Recht (aber nicht die Pflicht) auf Marktpreise haben.

1. Freie Kunden

13.68 Diejenigen Endverbraucher, welche den Lieferanten der Elektrizität frei wählen (also wählen können, nicht mehr von ihrem lokalen Netzbetreiber beliefert zu werden), legen den Preis für die Elektrizität zusammen mit dem Lieferanten vertraglich fest. Der Preis bildet sich als Resultat von Angebot und Nachfrage und ist der staatlichen Regulierung grundsätzlich entzogen (vorbehältlich kartellrechtlicher Vorgaben).

13.69 Auch die freien Kunden haben jedoch den KEV-Zuschlag auf jeder von ihnen bezogenen kWh zu bezahlen (siehe dazu N. 13.97 ff.).

2. Endverbraucher mit Grundversorgung

13.70 Für die Endverbraucher mit Grundversorgung wird auch der Energieteil vom StromVG reguliert: Gemäss StromVG haben die Endverbraucher mit Grundversorgung Anspruch auf «angemessene» Tarife (Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StromVG).

Was unter «angemessen» zu verstehen ist, legt das StromVG jedoch nicht eindeutig fest.⁶⁶ Immerhin enthält das StromVG die Vorschrift, dass für den Energietarif eine Kostenträgerrechnung zu führen ist (Art. 6 Abs. 4 Satz 2 StromVG). Auf Verordnungsstufe (Art. 4 Abs. 1 StromVV) wird der Begriff «angemessen» so verstanden, dass sich der Energietarif an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an den Kosten der langfristigen Bezugsverträge des Verteilnetzbetreibers orientieren muss. In Analogie zur Kostenregulierung des Netzanteils des Strompreises soll also auch für den Energieanteil eine Kostenregulierung gelten. Marktmechanismen kommen nur indirekt über die langfristigen Bezugsverträge zum Tragen.

13.71

Zuständig für die Prüfung, ob der Energietarif «angemessen» ist, ist die ElCom (Art. 6 Abs. 4 Satz 2 und Art. 7 Abs. 3 Satz 2 sowie Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG). Die ElCom hat dazu folgende Praxis entwickelt: Falls die Summe von Kosten für Vertrieb und Gewinn die Pauschale von CHF 95 nicht übersteigt, werden die Energietarife nicht weiter untersucht. Ist die Summe von Vertriebskosten und Gewinn höher als CHF 95, nimmt die ElCom eine Prüfung vor. Die Grenze von CHF 95 resultiert aus einem Vergleich der ElCom zwischen mehreren Netzbetreibern. Gestützt auf diese Praxis hat die ElCom erstmals am 15. April 2013 eine Verfügung erlassen (957-08-141) und dabei Senkungen des Energietarifs verfügt (noch nicht rechtskräftig).

13.72

Auch im Rahmen der angemessenen Energietarife kann es zu Deckungsdifferenzen kommen. Der Mechanismus ist dabei derselbe wie beim Netznutzungsentgelt (siehe N. 13.59 ff.).

13.73

C. Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen

Zu den Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen gehören Bundes-, Kantons- und Gemeindeabgaben und -gebühren sowie Leistungen an Gemeinwesen. Der Begriff der Abgaben (Kausalabgaben und öffentlich Abgaben) und Leistungen⁶⁷ an Gemeinwesen ist weit auszulegen. So gehören dazu nicht nur direkt mit dem Netzbetrieb im Zusammenhang stehende Abgaben (z.B. Konzessionsabgabe des Netzbetreibers an das Gemeinwesen für die Benützung von öffentlichem Grund und Boden⁶⁸) und Leistungen, sondern auch zweckgebundene Strompreiszuschläge für erneuerbare Energie (z.B. kostenbasierte Einspeisevergütung, KEV).⁶⁹

13.74

Abgaben wie Wasserzinsen und andere Leistungen aufgrund von Wasserkraftnutzungskonzessionen stellen hingegen keine Abgaben und Leistungen im Sinne des

13.75

66 BGE 138 I 468, E. 2.5 S. 472 f.

67 Was unter «Leistungen» zu verstehen ist, wird in den Materialien zur Stromversorgungsgesetzgebung nicht ausgeführt. Die ElCom versteht darunter eine Abgabe, welche nicht in Form von Geld erbracht wird wie z.B. Strassenbeleuchtung (Stellungnahme des Fachsekretariats ElCom vom 17. Februar 2011, Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, 2).

68 BGE 138 II 70, E. 6.2 = Pra 2012, 580.

69 Stellungnahme des Fachsekretariats ElCom vom 17. Februar 2011, Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen; BGE 138 I 454, E. 3.6.3 S. 464.

StromVG dar und sind daher weder in der Tarifpublikation noch auf der Rechnung an die Endverbraucher gesondert auszuweisen. Sie werden dem Tarifbestandteil der Energielieferung zugeordnet.

- 13.76 Es wird vermutet, dass mit dem Inkrafttreten des StromVG in vielen Kantonen und Gemeinden Abgaben und Leistungen neu eingeführt bzw. erhöht wurden.⁷⁰
- 13.77 Voraussetzung für die Erhebung von Abgaben und Einforderung von Leistungen ist gemäss den verfassungsrechtlichen Vorgaben eine genügend bestimmte formell-gesetzliche Grundlage. Mit dieser Grundlage wird sichergestellt, dass die stimmberechtigte Bevölkerung eines bestimmten Netzgebietes über das Anliegen des Gemeinwesens und die damit einhergehende finanzielle Belastung entscheiden konnte.
- 13.78 Im Fall von Abgaben muss die gesetzliche Grundlage den Anforderungen des Legalitätsprinzips im Abgaberecht genügen. Demnach müssen in einem formellen Gesetz selbst die Grundzüge der Abgabe (Kreis der Abgabepflichtigen, Gegenstand der Abgabe, Bemessungsgrundlage)⁷¹ festgelegt und in Bezug auf die Höhe der Abgabe das Äquivalenzprinzip eingehalten werden.⁷²

13.79 **Praxistipp:**

Die Abgaben und Leistungen an die Gemeinwesen sind gemäss StromVG von der Überprüfung durch die ElCom ausgenommen (Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG). Die ElCom hat jedoch die Praxis entwickelt, zu prüfen, ob eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Ob die gesetzliche Grundlage genügend bestimmt ist, prüft die ElCom hingegen angesichts mangelnder Zuständigkeit nicht. Diese Frage fällt in den Zuständigkeitsbereich der kantonalen und kommunalen Behörden (inkl. Rechtsmittelinstanzen).⁷³

70 AB 2008 N. 1467, Votum BR Leuenberger; Anwendungsbeispiel siehe BGE 138 II 70 = Pra 2012, 570 ff.

71 Vgl. z.B. BGE 132 II 371 E. 2.1 S. 374.

72 BGE 138 II 70, E. 7.2 = Pra 2012, 581.

73 Stellungnahme des Fachsekretariats ElCom vom 17. Februar 2011, Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, 4.

III. Einzelthemen

A. Bau von Leitungen

Das Verfahren zum Bau von Stromleitungen (Neubau, Erneuerung) ist auf Stufe Bund geregelt und enthält im Wesentlichen zwei Teile: das Sachplanverfahren und das Plangenehmigungsverfahren.⁷⁴ 13.80

Im Rahmen des **Sachplanverfahrens**, welches seine Grundlage im Raumplanungsgesetz (RPG) hat, müssen die Interessenkonflikte aufgezeigt und bereinigt werden, oder aber es soll feststehen, wie sie in Bezug auf Umwelt und Raumplanung gelöst werden können. Ebenso muss das Pflichtenheft für die Umweltverträglichkeitsprüfung vorliegen. 13.81

Damit bildet das Sachplanverfahren die Vorstufe für das **Plangenehmigungsverfahren** (eigentliche Baubewilligung), dessen Ablauf im Elektrizitätsgesetz (EleG) und in der Verordnung über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen (VPeA; SR 734.25) festgelegt ist. Gemäss Art. 16 EleG sind kantonale Bewilligungen und Pläne nicht erforderlich. Das kantonale Recht ist jedoch zu berücksichtigen, soweit es die Netzbetreiberin nicht unverhältnismässig einschränkt. Aus diesen Grundsätzen von Art. 16 EleG folgt z.B., dass die kantonalen Richtpläne nicht zwingend eingehalten werden müssen. 13.82

Bei unstrittigen Planvorlagen (Projekten) entscheidet das Eidgenössische Starkstrominspektorat (**ESTI**); strittige Projekte werden vom ESTI an das Bundesamt für Energie (**BFE**) weitergeleitet. Das ESTI hat umfassend zu prüfen, ob eine Planvorlage den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Diese präventive Aufsicht wird ergänzt durch eine Abnahmekontrollpflicht. Jede neu erstellte oder geänderte Anlage unterliegt einer Abnahmeprüfung durch das ESTI, wobei die Anlage auf Gesetzmässigkeit und Bewilligungskonformität geprüft wird. 13.83

Auf das heute geltende Verfahren zum Bau von Stromleitungen hat das StromVG keine direkte Auswirkung; angesichts der «Cost plus»-Regulierung des Netznutzungsentgelts (siehe N. 13.74) hat das StromVG jedoch einen indirekten Einfluss, indem die Netzbetreiber nur solche Investitionen tätigen werden, welche zu anrechenbaren Netzkosten gemäss Art. 15 StromVG führen. Vor diesem Hintergrund stellt sich für die Netzbetreiber z.B. regelmässig die Frage, ob die Kosten einer unterirdischen Verkabelung (anstelle einer oberirdischen Freileitung) anrechenbare Netzkosten sind. 13.84

Fallbeispiel:

13.85

Seit dem Leitentscheid des Bundesgerichts im Fall «**Riniken**» vom 5. April 2011 (BGE 137 II 266), mit welchem das Bundesgericht auf Beschwerde der Gemeinde

⁷⁴ Siehe ausführlicher VSE-Bulletin 10/2011, 14 f. (VSE = Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen).

Riniken und Mitbeteiligter die Verkabelung einer Teilstrecke anordnete, sprechen deren Mehrkosten (im Vergleich zu den Kosten einer Freileitung) nicht mehr per se dagegen. Das Bundesgericht hielt im Entscheid Riniken jedoch ausdrücklich fest, dass jedes Netzbauprojekt einzeln im Rahmen einer Interessensabwägung (gerade auch im Hinblick auf den Landschaftsschutz) und einer Gesamtkostenbetrachtung zu beurteilen sei.

- 13.86 Zum Thema Anrechenbarkeit der Kosten einer Verkabelung kommuniziert die ElCom an Branchenveranstaltungen ihre Haltung wie folgt: Die Prüfung der ElCom erfolgt aufgrund der zum Investitionszeitpunkt ermittelbaren Informationen. Projekte basierend auf rechtskräftigen Entscheidungen (inklusive der erstinstanzlichen Entscheide des ESTI) werden von der ElCom nicht infrage gestellt. Die ElCom prüfe jedoch die Effizienz in der Umsetzung (keine «vergoldeten» Leitungen).
- 13.87 Das teilweise über 40 Jahre alte schweizerische Stromnetz muss in den nächsten Jahren erneuert, umgebaut und ausgebaut werden. Dabei zu berücksichtigen ist der wachsende Anteil der dezentralen und schwankenden Stromeinspeisung aus erneuerbaren Energien. Hinderlich wirken sich die teilweise sehr langen Verfahrensdauern aus (im Fall Riniken waren es 20 Jahre vom Entscheid des ESTI bis zum Entscheid des Bundesgerichts).
- 13.88 Vor diesem Hintergrund will der Bundesrat im Rahmen der sogenannten «Energiestrategie 2050» mit dem Teil «Strategie Stromnetze» bis Herbst 2014 die gesetzlichen Grundlagen für die künftige Entwicklung der schweizerischen Stromnetze vorlegen. Er hat das UVEK beauftragt, bis im Herbst 2014 eine Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten, welche (i) verbindliche Vorgaben für die Planung und die Prozesse der Netzentwicklung enthalten sowie (ii) den Einbezug der Betroffenen definieren und (iii) so den zeit- und bedarfsgerechten Umbau und Ausbau der Stromnetze sicherstellen soll. Geregelt werden sollen unter anderem die nationale Bedeutung der Stromnetze, die Interessenauslegung bei Projekten des Übertragungsnetzes, die Anrechenbarkeit von weiteren Kosten bei Netzprojekten, die Erprobung neuer Technologien durch Netzbetreiber (Smart Grid) sowie die Mitwirkung, Information und Kommunikation bei Netzprojekten. Weiter soll festgelegt werden, dass neue Hochspannungsleitungen der Netzebenen 3, 5 und 7 (< 220kV) grundsätzlich als Erdkabel auszuführen sind, sofern dies technisch möglich ist und die Gesamtkosten gegenüber den Kosten einer Freileitung einen bestimmten Faktor nicht überschreiten.

B. Betrieb von Leitungen

- 13.89 Gemäss Art. 20 EleG ist die Beaufsichtigung der elektrischen Anlagen (zu denen Stromleitungen gehören) und die Überwachung ihres guten Zustandes **Sache der Betriebsinhaber** (Eigentümer, Pächter usw.). Die Kontrollpflichten und die Anforderungen an die Dokumentation der Kontrollen sind in der Leitungsverordnung

(LeV; SR 734.31) konkretisiert. Art. 8 StromVG enthält eine noch weiter gehende Bestimmung, wonach den Netzbetreibern die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes obliegt.

Für die Aufsicht in Bezug auf sicherheitsrelevante Aspekte ist das **ESTI** verantwortlich.⁷⁵ Bei drohender Gefahr kann das ESTI die sofortige Einstellung des Betriebs der seiner Aufsicht unterstellten Anlagen anordnen (Art. 141 Abs. 3 LeV). Zudem haben die Netzbetreiber gemäss Art. 8 Abs. 3 StromVG die **EiCom** jährlich über den Betrieb und die Belastung der Netze sowie über ausserordentliche Ereignisse zu orientieren. 13.90

C. Eigentum an Leitungen

Zusammen mit dem StromVG trat **Art. 15a EleG** in Kraft. Gemäss Art. 15a EleG stehen Leitungen mit den erforderlichen Nebenanlagen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität im Eigentum der Unternehmen der Energiewirtschaft, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben. 13.91

Da sich Art. 676 Abs. 1 ZGB ebenfalls zum Eigentum an Leitungen äussert, ist das Verhältnis dieser beiden Vorschriften zu klären. Gemäss der vor Inkrafttreten von Art. 15a EleG publizierten Lehre und Rechtsprechung zu Art. 676 Abs. 1 ZGB ist ein Dienstbarkeitsvertrag notwendige Voraussetzung für den Eigentumstitel an Leitungen.⁷⁶ Der Dienstbarkeitsberechtigte ist Eigentümer der Leitung. Ohne Dienstbarkeitsvertrag ist – wegen des Akzessionsprinzips – der Grundstückeigentümer Eigentümer der Leitung. Die nach dem Inkrafttreten von Art. 15a EleG publizierte Lehre vertritt die Auffassung, dass Art. 15a EleG das Eigentum an Leitungen ex lege den Unternehmen der Energiewirtschaft zuweist und daher für die Frage des Eigentums an Leitungen die Existenz des Dienstbarkeitsvertrages irrelevant ist.⁷⁷ 13.92

D. Dienstbarkeiten

Für das Recht zur Beanspruchung von fremden Grundstücken zur Errichtung und zum Betrieb einer Leitung (**Durchleitungsrecht**) ist (unabhängig von der Frage des Eigentums an der Leitung) eine Dienstbarkeit (im Fall von privaten Grundstücken) oder eine Konzession (öffentlicher Grund und Boden) notwendig. 13.93

75 Siehe für etwas mehr Details VSE-Bulletin 08/2012, 88 f.

76 REY, Basler Komm. ZGB II, Art. 676, N. 5; Bernische Verwaltungsrechtsprechung 2004, 264 ff., Urteil vom 15. März 2004; Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, Urteil vom 19. September 2007; BGE 121 III 448, E. 3b S. 452.

77 Siehe PHYLLIS SCHOLL, Eigentum an Stromleitungen und den erforderlichen Nebenanlagen – Auslegung von Art. 15a EleG, Jusletter 15. April 2013 mit weiteren Hinweisen; SCHOLL, Gasleitungen und -anlagen.

- 13.94 Die Sachenrechtsrevision, welche seit 1. Januar 2012 in Kraft ist, brachte in Bezug auf die Dienstbarkeiten zahlreiche Änderungen. Die für die Praxis wichtigste Änderung betrifft die Formbedürftigkeit der Dienstbarkeitsverträge. Seit 1. Januar 2012 sind alle Dienstbarkeitsverträge (inklusive der Änderung bestehender Dienstbarkeitsverträge) **öffentlich zu beurkunden** (Art. 732 Abs. 1 ZGB).
- 13.95 Falls sich Grundstückeigentümer und Netzbetreiber nicht einigen können und es somit nicht zum Abschluss resp. einer Verlängerung eines Dienstbarkeitsvertrages kommt, hat der Netzbetreiber die Möglichkeit (und oft keine andere Wahl), das Durchleitungsrecht zu enteignen. Dem Netzbetreiber selbst kommt gestützt auf Art. 43 und 44 EleG das Enteignungsrecht zu. In Bezug auf das Verfahren ist zu unterscheiden zwischen dem **Plangenehmigungsverfahren**⁷⁸ gemäss EleG, welches bei Neubau oder Änderung einer Leitung durchlaufen werden muss, und dem **Enteignungsverfahren**⁷⁹ gemäss Bundesgesetz über die Enteignung (EntG), welches z.B. bei einem befristeten Dienstbarkeitsvertrag ohne Änderung an der Leitung selbst zur Anwendung kommt. Im Plangenehmigungsverfahren beurteilt zunächst das ESTI das Enteignungsgesuch des Netzbetreibers; bleibt die Angelegenheit strittig, hat das BFE zu entscheiden (Art. 16h Abs. 2 EleG). Im Enteignungsverfahren (näher dazu Kap. 26) kommt es zunächst zu einem Einigungsverfahren vor der Eidgenössischen Schätzungscommission; bleibt die Enteignung strittig, hat das in der Sache zuständige Departement zu entscheiden (Art. 55 Abs. 1 EntG; konkret das UVEK). Als Rechtsmittel gegen die Entscheide des BFE resp. des UVEK stehen dann die Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht und letztlich das Bundesgericht zur Verfügung.

13.96 **Fallbeispiel:**

Relevant für die Praxis ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum **Thema Lichtwellenleiter**, welche zur Durchleitung von Daten Dritter (d.h. nicht für den Netzbetrieb notwendiger Daten) genutzt werden. Im Jahr 2006 entschied das Bundesgericht (BGE 132 III 651) in einer zivilrechtlichen Fragestellung, dass der Betrieb eines Lichtwellenleiters auf einer Stromleitung, welche unter anderem Dritten für die Übertragung von Daten der Telekommunikation zur Verfügung gestellt wird, vom dienstbarkeitsvertraglich vereinbarten Zweck des Betriebs einer elektrischen Leitung nicht miterfasst werde. Das Bundesgericht hielt in diesem zivilrechtlichen Entscheid zudem fest, dass die Nutzung der Hochspannungsleitung für Telekommunikationszwecke eine Änderung der Starkstromanlage darstelle, obschon die Änderung keine bauliche, von aussen sichtbare Veränderung zur Folge hatte. Vor diesem Hintergrund entschied das Bundesgericht im Jahr 2012⁸⁰ in einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit, dass die Nutzung von Lichtwellenleitern zur Erbringung fernmeldedienstlicher Leistungen (obwohl es keine baulichen Veränderungen

78 Siehe Art. 16 ff. EleG.

79 Siehe BGer, Urteil 1E.12/2004 vom 22. Dezember 2004. Das Enteignungsverfahren muss jedoch vor Ablauf des Dienstbarkeitsvertrages eingeleitet werden (siehe dazu BGer, Urteil 1C_424/2011 vom 24. Februar 2012, E. 2.4 und BVGer, Urteil A-2922/2011 vom 29. Mai 2012, E. 3.3).

80 BGer, Urteil 1C_424/2011 vom 24. Februar 2012.

gab) als Änderung einer elektrischen Anlage im Sinne von Art. 16 Abs. 1 EleG qualifiziert und somit ein Plangenehmigungsverfahren erforderlich ist.⁸¹

E. Kostenbasierte Einspeisevergütung

- Zur Förderung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien⁸² wurde zusammen mit dem StromVG die Einführung der sogenannten kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) beschlossen und im EnG verankert (Art. 7a EnG). Die KEV geht auf eine ähnliche Regelung in Deutschland zurück (Erneuerbare-Energien-Gesetz). 13.97
- Seit dem 1. Januar 2009 zahlt der Endverbraucher einen Zuschlag auf jede von ihm genutzte kWh Strom, wobei dieser Zuschlag begrenzt ist (sogenannter Deckel; für sogenannte Grossverbraucher ist der Zuschlag gemäss Art. 15b Abs. 3 EnG noch zusätzlich begrenzt).⁸³ Dieser Zuschlag ist eine Lenkungsabgabe, welche sowohl von den freien Kunden als auch den Endverbrauchern mit Grundversorgung zu bezahlen ist (siehe dazu N. 13.69). 13.98
- Die von den Endverbrauchern bezahlten Zuschläge (im Jahr 2013 waren es CHF 280 Millionen) fliessen in den sogenannten KEV-Fonds ein. Aus dem KEV-Fonds wird den Produzenten von erneuerbarer Energie die Differenz zwischen ihren normierten Gestehungskosten und dem aktuellen Marktpreis für Strom vergütet. Für jede der geförderten Technologien gibt es eigene normierte Gestehungskosten, die anhand von Referenzanlagen pro Technologie und Leistungsklasse festgelegt sind. Auf der Grundlage dieser normierten Gestehungskosten wird dann der Vergütungstarif pro kWh Strom, welcher von einer bestimmten Anlage ins Netz eingespeist wird, festgelegt. 13.99
- Die Dauer der Vergütung beträgt je nach Technologie 20 bis 25 Jahre und ist über die gesamte Vergütungsdauer konstant. Da die Erzeugung von erneuerbarer Energie aufgrund des technologischen Fortschritts immer günstiger wird, sind die Vergütungstarife für jüngere Anlagen tiefer (sogenannte Absenkung). 13.100
- Wenn der Marktpreis sinkt, muss aus dem KEV-Fonds eine höhere Summe für die Finanzierung der Differenz zum Marktpreis bereitgestellt werden. Wenn der Marktpreis steigt, ist diese Summe kleiner. Seit 2009 ist der Marktpreis massiv gesunken, womit die zur Finanzierung der bestehenden Produktion ausbezahlten Mittel entsprechend gestiegen sind. Zwar hat dies keinen Einfluss auf die Produzenten, welchen die Vergütung aus dem KEV-Fonds bereits zugesprochen wurde. Für sie bleibt der Vergütungstarif über die Lebensdauer der Anlage gleich. Da die Gesamtförder- 13.101

81 Siehe zum BGer, Urteil 1C_424/2011 vom 24. Februar 2012 den Kommentar in VSE-Bulletin 6/2012, 41 f.

82 Die KEV gilt für folgende Technologien: Wasserkraft (bis 10 Megawatt), Photovoltaik, Windenergie, Geothermie, Biomasse und Abfälle aus Biomasse. Voraussetzung ist, dass die Anlage nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen wurde.

83 Bis 2013: maximal 0,9 Rp./kWh; ab 2014: maximal 1,5 Rp./kWh.

summe des KEV-Fonds aber aufgrund des maximal zulässigen KEV-Zuschlags pro kWh beschränkt ist (Deckel), schränken sinkende Marktpreise die Anzahl der Projekte ein, welchen eine Vergütung aus dem KEV-Fonds zugesprochen werden kann.

- 13.102 Die Stiftung Kostendeckende Einspeisevergütung (www.stiftung-kev.ch) ist verantwortlich für die Abwicklung der Gesuche der Stromproduzenten für die KEV und für die Verwaltung des KEV-Zuschlags.

IV. Aufsicht und Rechtsschutz⁸⁴

- 13.103 Gemäss Art. 22 Abs. 1 StromVG überwacht die **ElCom** die Einhaltung des StromVG und hat die Kompetenz, Verfügungen zu erlassen, welche für den Vollzug des StromVG und der StromVV notwendig sind. Gemäss Botschaft zum StromVG und Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist dies eine umfassende **Zuständigkeit** der ElCom. Die ElCom ist überall dort zuständig, wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist.⁸⁵ Gegen Verfügungen der ElCom kann gemäss Art. 23 StromVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Gegen die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts steht der Rechtsmittelweg an das Bundesgericht offen.
- 13.104 Kernstück der Zuständigkeit der ElCom ist die Prüfung und gegebenenfalls Absenkung der von den Netzbetreibern festgesetzten Tarife⁸⁶ im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und Bst. b StromVG). Die Eingriffe von Amtes wegen können ex post («Absenkungen verfügen») oder ex ante («Erhöhungen untersagen») erfolgen.⁸⁷ Eine präventive Genehmigungspflicht der Netznutzungstarife durch die ElCom enthält das StromVG jedoch nicht.⁸⁸
- 13.105 Nach der Zuständigkeit der ElCom ist die **Kognition** (Prüfungsdichte, Prüfungsmassstab) der ElCom zu klären. Bei der Prüfung der von den Netzbetreibern festgesetzten **Netznutzungstarife** stellte sich insbesondere die Frage, ob die ElCom auch die Angemessenheit der Netzkosten (Art und Höhe) prüfen darf.⁸⁹ Diese Frage wurde vom Bundesgericht wie folgt beantwortet: Der ElCom kommt nur eine Gesetzmässigkeits- und keine Ermessensprüfung zu.⁹⁰

84 Die folgenden Abschnitte fokussieren auf die Aufsichtsaufgaben der ElCom; die Aufsichtsaufgaben weiterer Behörden wie z.B. des ESTI werden hier nicht vorgestellt.

85 Bundesrat, Botsch. StromVG, BBl 2005 1661; BVer, Urteil A-4797/2011 vom 28. Februar 2012, E. 8.1.3.

86 Netznutzungstarife und Elektrizitätstarife der Endverbraucher mit Grundversorgung.

87 Bundesrat, Botsch. StromVG, BBl 2005 1661.

88 BGE 137 III 522, E. 1.5 S. 526 f.

89 Die Netzkosten bestimmen letztlich die Höhe des Netznutzungstarifs (siehe N. 13.36).

90 BVer, Urteil 2C_367/2012 vom 20. November 2012, E. 3.4.2.

Fallbeispiel:

Im Urteil 2C_367/2012 vom 20. November 2012, E. 3.4.2 hielt das Bundesgericht fest, dass der ElCom bei der Beurteilung, was ein «angemessener» Betriebsgewinn ist, ein «gewisser Beurteilungsspielraum» zukomme. Diese Aussage ist missverständlich und wie folgt zu klären: (i) Der «angemessene Betriebsgewinn» gemäss Art. 15 Abs. 1 StromVG resultiert aus der kalkulatorischen Verzinsung der Anlagenwerte mit dem jährlich vom UVEK gemäss den Vorgaben der StromVV festgelegten WACCs (siehe N. 13.52). Hierzu ist jegliches Ermessen seitens Netzbetreiber oder seitens ElCom ausgeschlossen. Eine grundsätzliche Reduktion oder Erhöhung des WACC würde eine Revision der StromVV voraussetzen; (ii) in den Betriebskosten ist kein «angemessener Betriebsgewinn» der Netzbetreiber enthalten: Die Netzbetreiber rechnen die effektiven Betriebskosten (interne und externe Kosten) ohne Marge ihrerseits in die Netzkosten ein. Der Zusammenhang zum Betriebsgewinn besteht erst dann, wenn Betriebskosten vom Netzbetreiber (oder von der ElCom resp. den Gerichten) als nicht anrechenbare Netzkosten beurteilt werden und folglich zulasten des Betriebsgewinns gehen. Im vom Gesetzgeber gewollten Normalfall (keine Kürzung von Betriebskosten) ist der angemessene Betriebsgewinn unabhängig von der Höhe der Betriebskosten; (iii) das Bundesgericht führt nicht aus, welche Kognition bei diesem «gewissen Beurteilungsspielraum» zur Anwendung kommt. Da das Bundesgericht die Ermessensprüfung ausdrücklich ausschloss (und das Bundesgericht kaum bewusst widersprüchlich sein will), kann damit nur die Prüfung von Ermessensmissbrauch gemeint sein.

In Bezug auf die **Netzbetriebskosten** bedeutet dies, dass die ElCom diese Kosten dann zu kürzen hat, wenn eine Kostenposition entweder gar nichts zur Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Netzes beiträgt (Kriterium der Notwendigkeit der Kosten) oder die Höhe der Kosten in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Nutzen stehen. In Bezug auf die **Kapitalkosten** ist die massgebliche Grösse der Anlagenwert der Netze, dessen Berechnung je nach Datenbasis relativ komplex ist (siehe dazu N. 13.44). Sobald der Anlagenwert feststeht, ist die Berechnung der Kapitalkosten (kalkulatorische Abschreibungen und kalkulatorische Zinsen) hingegen eine relativ mechanische Angelegenheit,⁹¹ bei welcher keine Ermessensausübung notwendig ist. 13.106

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Beschränkung der Kognition der ElCom auf die Gesetzmässigkeitsprüfung ist aus folgenden Gründen überzeugend:⁹² (i) gemäss Art. 18 Abs. 1 StromVV sind die Netzbetreiber (und nicht die ElCom) ver- 13.107

91 Sowohl der WACC für die kalkulatorischen Zinsen wie auch die Nutzungsdauer und die Abschreibungsmethode (linear) für die kalkulatorischen Abschreibungen sind vorgegeben (siehe N. 13.52 ff.).

92 Der Umstand, dass gemäss Art. 11 des Geschäftsreglements der ElCom vom 12. September 2007 (SR 734.74) das Verfahren der ElCom sich nach dem VwVG richtet und gemäss Art. 49 Bst. c VwVG die Unangemessenheit zu den möglichen Beschwerdegründen gehört, wurde vom Bundesgericht nicht thematisiert. Das Geschäftsreglement befindet sich jedoch bloss auf Ver-

antwortlich für die Festlegung der Netznutzungstarife; (ii) ob eine bestimmte Ausgabe (und die daraus resultierenden Netzkosten) für den sicheren, leistungsfähigen und effizienten Betrieb des Netzes notwendig ist, können die Netzbetreiber angesichts ihrer Kenntnisse der tatsächlichen Verhältnisse erstens besser beurteilen als die ElCom und zweitens sind deswegen gemäss Art. 20 EleG und Art. 8 StromVG die Netzbetreiber (und nicht die ElCom) verantwortlich für den sicheren Netzbetrieb; (iii) viele Netzbetreiber sind als privatrechtliche Aktiengesellschaften organisiert. Es handelt sich folglich nicht um eine verwaltungsinterne Rechtspflege, bei welcher typischerweise die nächst höhere Instanz die angefochtene Verfügung auf deren Angemessenheit überprüfen darf (und sich dabei aber in konstanter Praxis Zurückhaltung auferlegt);⁹³ (iv) müsste der Verwaltungsrat eines Netzbetreibers jederzeit damit rechnen, dass die ElCom ihr Ermessen an die Stelle seines Ermessens setzt, wäre die Oberleitung der Aktiengesellschaft faktisch bei der ElCom und nicht beim Verwaltungsrat. Ein solcher Eingriff in die Privatautonomie ist dem StromVG nicht zu entnehmen – vielmehr ist ein solcher Eingriff aufgrund des in Art. 3 Abs. 2 StromVG verankerten Subsidiaritätsprinzips und der Bestimmung von Art. 4 Abs. 2 EnG, wonach die Energieversorgung Sache der Energiewirtschaft ist, nicht zu vermuten – und würde bei einer Gefährdung der Versorgungssicherheit zu heiklen Fragen der Verantwortung führen. Aufgrund des Grundrechts auf Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV i.V.m. Art. 94 BV) und der Vorgaben von Art. 164 Abs. 1 BV an die Gesetzgebung müsste die Ermessensüberprüfung durch die ElCom im StromVG statuiert sein.

- 13.108 Im Licht dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Art. 19 Abs. 1 StromVV, wonach die ElCom zur Überprüfung der Tarife (Netz- und Energieteil) **Effizienzvergleiche** durchführt, so zu verstehen, dass die ElCom zum Beweis von Ermessensmissbrauch, -überschreitung oder -unterschreitung Vergleiche durchführt. Angesichts des Legalitätsprinzips wäre es gestützt auf diese Verordnungsbestimmung jedoch nach der hier vertretenen Auffassung nicht zulässig, anstelle der «Cost plus»-Regulierung eine Anreizregulierung zur Anwendung zu bringen und dazu der ElCom die Kompetenz zum Eingriff in den Ermessensbereich der Netzbetreiber zu geben.⁹⁴ Für den Wechsel von der «Cost plus» zur Anreizregulierung wäre eine Revision des StromVG notwendig.

ordnungsstufe und dürfte einer konkreten Normenkontrolle auf Gesetzes- und Verfassungskonformität eher nicht standhalten.

⁹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 406, 1761 ff.

⁹⁴ In diese Richtung aber die Verfügung der ElCom vom 15. April 2013 betreffend Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten und BVGer, Urteil A-2876_2010 vom 20. Juni 2013, E. 5.2.2.3.

FACH HAND BUCH

Das Fachhandbuch Verwaltungsrecht vereinigt über 30 Expertenbeiträge namhafter Autorinnen und Autoren aus Advokatur, Justiz, Verwaltung und Universitäten. Es verbindet wissenschaftliche Qualität mit ausgeprägter Praxisrelevanz und deckt verschiedenste Bereiche des Verwaltungsrechts ab: Einerseits die Regelungen einzelner Wirtschaftszweige wie der Banken- und Finanzwelt, der Medien, des Verkehrs, der Energie oder des Gesundheitswesens; andererseits die sektorübergreifenden Grundfragen wie Bewilligungen und Konzessionen, die Staatshaftung oder das Aufsichtsrecht. Die einzelnen Beiträge verarbeiten umfassend die relevante Praxis von Verwaltungsbehörden und Gerichten.

Fachhandbuch – Expertenwissen für die Praxis

Das Fachhandbuch richtet sich an praktische Rechtsanwender mit hohem fachlichem Anspruch. Der Aufbau ist stark an den Problemen der Praxis orientiert. Beispiele, Checklisten und Praxistipps erleichtern den Überblick. Alle praxisrelevanten Aspekte einschliesslich prozesualer Hinweise werden abgedeckt, Schnittstellen und Nebengebiete sind erläutert.

ISBN 978-3-7255-6748-5



9 783725 567485

www.schulthess.com