

Phyllis Scholl

Konzessionsabgaben für die Nutzung öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen

Viele Gemeinwesen erheben eine Konzessionsabgabe für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen. Das Bundesgericht hat in jüngerer Zeit zu diesem Thema Urteile erlassen. Der Beitrag zeigt auf, welche Punkte es aus Sicht des Gemeinwesens und aus Sicht des Netzbetreibers zu beachten gilt, damit die Konzessionsabgabe rechtsgültig vom Netzbetreiber erhoben und von diesem auf seine Kunden überwälzt werden darf.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Energie- und Umweltrecht; Bund und Kantone

Zitiervorschlag: Phyllis Scholl, Konzessionsabgaben für die Nutzung öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen, in: Jusletter 30. November 2015

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Voraussetzungen für die Erhebung der Konzessionsabgabe im Allgemeinen
- C. Die Höhe der Konzessionsabgabe im Besonderen
- D. Überwälzung der Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an Endverbraucher
- E. Fazit

A. Einleitung

[Rz 1] Für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen erheben viele Schweizer Gemeinden und einige Kantone eine Konzessionsabgabe. Gegenstand der Konzessionsabgabe ist die Nutzung des öffentlichen Bodens für den Bau und Betrieb der elektrischen Leitungen. In der Regel stellt das Gemeinwesen die Konzessionsabgabe gestützt auf einen Konzessionsvertrag dem auf dem Gebiet des Gemeinwesens tätigen Verteilnetzbetreiber Rechnung und dieser verrechnet die Konzessionsabgabe eins zu eins seinen Kunden (Endverbrauchern) weiter. Von der Idee her, agiert der Netzbetreiber als «Inkassostelle» für das Gemeinwesen.¹

[Rz 2] Gemäss Art. 12 Abs. 2 Stromversorgungsgesetz (StromVG) müssen alle Abgaben an Gemeinwesen auf der Rechnung des Netzbetreibers separat ausgewiesen werden, und sie sind gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a und b StromVG der Überprüfung durch die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom («ElCom») entzogen.² Im Unterschied zu Entschädigungen für die Nutzung von privaten Grundstücken sind die Konzessionsabgaben daher nicht Teil der Betriebskosten des Netzbetreibers gemäss Art. 15 Abs. 2 StromVG.

[Rz 3] Zwei jüngere Bundesgerichtsentscheide im Zusammenhang mit Konzessionsabgaben haben bei Gemeinden, Kantonen und Netzbetreibern Fragen zu den Voraussetzungen der rechtsgültigen Ausgestaltung von Konzessionsabgaben aufgeworfen (BGE 138 II 70³, nachfolgend als Tessiner-Entscheid⁴ bezeichnet; Urteil des Bundesgerichts 4A_582/2014 vom 17. April 2015, nachfolgend als Luzerner-Entscheid⁵ bezeichnet). Dieser Beitrag greift einige dieser Fragen auf und führt sie, soweit möglich, einer Antwort zu.

¹ Das Insolvenzrisiko des Endverbrauchers liegt jedoch beim Netzbetreiber.

² Werden Abgaben an Gemeinwesen gegenüber den Endverbrauchern ausgewiesen, prüft die ElCom von Amtes wegen oder auf Antrag immerhin, ob überhaupt eine gesetzliche Grundlage vorliegt, aus welcher hervorgeht, dass die Abgabe geschuldet ist und ob diese korrekt angewendet wurde. Hingegen überprüft die ElCom nicht, ob es sich um eine genügende gesetzliche Grundlage handelt und verweist die Netzbetreiber und Endverbraucher für diese Frage im Streitfall auf den kantonalen oder kommunalen Rechtsweg (Mitteilung der ElCom vom 17. Februar 2011, publiziert auf der Webseite der ElCom, www.elcom.admin.ch) (Alles Websites zuletzt besucht am 25. November 2015).

³ BGE 138 II 70 übersetzt in Pra 2012, Nr. 86.

⁴ Im Tessiner-Entscheid ging es im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle im Wesentlichen um die Frage, ob Gemeinden gestützt auf das kantonale Stromversorgungsgesetz die Konzessionsabgabe direkt beim Endverbraucher erheben dürfen. Das Bundesgericht verneinte dies mit der Begründung, dass die Konzessionsabgabe eine Gegenleistung für die Nutzung des öffentlichen Bodens durch den Netzbetreiber sei und entsprechend vom Netzbetreiber erhoben werden müsse; die direkte Erhebung bei den Endverbrauchern anstatt bei den Netzbetreibern sei willkürlich. Die Wälzung der Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an den Endverbraucher sei getrennt davon zu betrachten. Weiter hielt das Bundesgericht fest, die Erhebung der Abgabe aufgrund eines Tarifs, der zwischen den Endverbrauchern Kategorien bildet (in casu: Kategorisierung bei 100 MWh Jahresverbrauch) und diese in unterschiedlicher und degressiver Weise nach Massgabe des Stromkonsums belastet (in casu: tiefere Abgabe für den Anteil über 100 MWh Jahresverbrauch), sei willkürlich.

⁵ Im Luzerner-Entscheid (Streitfall zwischen einem Netzbetreiber und einem Endverbraucher) ging es um eine Vereinbarung, welche eine Überwälzung der Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an den Endverbraucher vorsieht, und dabei um die Frage, ob es sich bei dieser Vereinbarung um ein privatrechtliches Verhältnis oder ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt. Das Bundesgericht (zivilrechtliche Abteilung) erkannte auf ein

[Rz 4] Zunächst stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen auf Stufe der kommunalen oder kantonalen Gesetzgebung erfüllt sein müssen, damit überhaupt rechtsgültig eine Konzessionsabgabe erhoben werden darf. Sodann stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an den Endverbraucher überwältzt werden darf.

B. Voraussetzungen für die Erhebung der Konzessionsabgabe im Allgemeinen

[Rz 5] Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts qualifiziert eine Konzessionsabgabe für die Nutzung des öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen als Kausalabgabe.⁶ Kausalabgaben stellen die Gegenleistung für eine besondere Leistung des Staates oder für besondere durch den Staat gewährte Vorteile dar.⁷ Sie sind von den Steuern abzugrenzen. Steuern sind Abgaben, welche von den Rechtssubjekten an das Gemeinwesen bezahlt werden, um sich voraussetzungslos, d.h. unabhängig von einer konkreten Gegenleistung seitens des Staates, an den Kosten zu beteiligen, die dem Gemeinwesen durch Erfüllung seiner Aufgaben entstehen.⁸

[Rz 6] Die wesentlichen Elemente einer Kausalabgabe müssen in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein.⁹ Ein Gesetz im formellen Sinn ist ein Erlass, der vom Stimmbürger oder Parlament im Verfahren der Gesetzgebung beschlossen wird. Nicht dazu gehören Verordnungen oder Konzessionsverträge, welche bloss von der Exekutive erlassen bzw. unterzeichnet werden. Der Grund für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für Kausalabgaben besteht im Bedarf an politischer Legitimation der Abgaben und beinhaltet damit einerseits den Entscheid, dass überhaupt eine Konzessionsabgabe erhoben wird und andererseits den Entscheid zur Bemessungsgrundlage (und damit letztlich Höhe) der Konzessionsabgabe. In der Praxis sind Konzessionsabgaben für die Nutzung des öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen relativ häufig bloss in Verordnungen der Exekutive oder in einem nicht von der Legislative erlassenen Konzessionsvertrag verankert.¹⁰ Wie gesehen stellen diese Verwaltungsakte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine genügende gesetzliche Grundlage dar.

[Rz 7] Zu den wesentlichen Elementen der Kausalabgaben gehören (i) der Gegenstand der Abgabe, (ii) der Kreis der Abgabepflichtigen sowie (iii) mindestens in den Grundzügen die Höhe der Abgabe (Bemessungsgrundlage). Die Festlegung der absoluten Höhe der Abgabe kann indessen der

öffentlich-rechtliches Verhältnis. Zudem thematisierte das Bundesgericht am Rande das Thema der Wälzung der Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an den Endverbraucher (siehe dazu hinten Teil D).

⁶ Vgl. z.B. BGE 138 II 70, 74, E. 6.1. Die Frage, ob eine Konzessionsabgabe für die Nutzung des öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen als sogenannte «Gemengsteuer» (d.h. Verbindung einer Gebühr mit einer Steuer) ausgestaltet werden dürfte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Jusletter-Beitrags; für Hinweise dazu siehe BGE 131 I 386, 392 f.

⁷ BGE 138 II 70, 73, E. 5.3; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 2625; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 57 N 18.

⁸ BGE 138 II 70, 73, E. 5.3; 122 I 305, 309, E. 4b; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 57 N 7.

⁹ DANIELA WYSS, Kausalabgaben, Basel 2009, 196; BGE 121 I 230, 236, E. 3e; BGE 131 II 735, 740, E. 3.2. Kommunale Erlasse qualifizieren als Gesetze im formellen Sinn, wenn sie von der durch das kantonale Recht ermächtigten Gemeindelegislative beschlossen werden oder sie stattdessen dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstehen (vgl. BGE 127 I 60, 66, E. 2e).

¹⁰ So auch KEREM KERN, Privatisierung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Zürich 2004, S. 252 f.

vollziehenden Behörde überlassen werden, sofern das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip eine Begrenzung der Höhe zulassen.¹¹ Im Einzelnen bezogen auf die hier interessierende Kausalabgabe: [Rz 8] Gegenstand, d.h. der abgabebegründende Tatbestand, ist die Nutzung des öffentlichen Bodens durch den Bau und Betrieb von elektrischen Leitungen.¹² Die Nutzung des Bodens erfolgt entweder unterirdisch (z.B. durch unter der Strasse verlegte Kabel in Kabelrohrblöcken) oder oberirdisch (Freileitungen, Standort der Unterwerke). An einigen Orten besteht als Alternative zur Nutzung des öffentlichen Bodens die Nutzung von privaten Grundstücken.

[Rz 9] Da der öffentliche Boden vom Netzbetreiber genutzt wird und bloss indirekt vom Endverbraucher, muss gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts im Tessiner-Entscheid die Abgabepflicht beim Netzbetreiber liegen und nicht beim Endverbraucher. Das Gesetz hat somit die Netzbetreiber als abgabepflichtig zu bezeichnen; ob der Netzbetreiber die Abgabe auf den Endverbraucher weiterwälzen kann, ist eine Anschlussfrage, welche separat davon zu behandeln ist (siehe unten D).

[Rz 10] Die ersten beiden wesentlichen Elemente für eine genügende gesetzliche Grundlage der hier interessierenden Kausalabgabe sind somit klar fassbar. Die Umsetzung der Theorie bezüglich des dritten wesentlichen Elements (Bemessungsgrundlage) in die Praxis ist hingegen anspruchsvoll. Hierzu vorab folgende Bemerkungen: Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts können die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für die Höhe der Abgabe dann herabgesetzt werden, wenn das Mass der Abgabe bereits durch das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip begrenzt wird.¹³ Diese verfassungsrechtlichen Prinzipien haben somit gemäss Bundesgericht die Funktion eines Surrogats für eine formell-gesetzliche Grundlage. Ist die Einhaltung dieser Prinzipien überprüfbar, so genügt auch eine gesetzliche Grundlage, die die sonst geltenden Mindestanforderungen nicht erfüllt.¹⁴ Umgekehrt ausgedrückt: Je schwieriger es ist, die Höhe der Abgabe durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip (siehe dazu sogleich unten) zu überprüfen, desto umfassender muss die Höhe der Abgabe im Gesetz selbst geregelt sein (und z.B. nicht bloss im von der Exekutive genehmigten Konzessionsvertrag).¹⁵

C. Die Höhe der Konzessionsabgabe im Besonderen

[Rz 11] Kausalabgaben dienen dazu, diejenigen Kosten zu decken, die dem Staat durch die Leistung an den Abgabepflichtigen insgesamt entstehen. Die Abgabe soll daher grundsätzlich nicht höher sein als die tatsächlichen Kosten des Staates (Kostendeckungsprinzip).¹⁶ Entstehen dem Staat mit der Erbringung der Leistung (bzw. Einräumen des Vorteils) keine Kosten, spricht man

¹¹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (FN 7), N 2695 f.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 59 N 3.

¹² PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 59 N 3.

¹³ BGE 132 I 117 E. 4.2.

¹⁴ BGE 121 I 230, 235, E.3e. mit Verweis auf MOOR PIERRE, *Droit administratif*, Bd. III, Bern 1992, S. 366; WIDMER LUKAS, *Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht*, Diss. Zürich 1988, S. 56 f., 105.

¹⁵ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (FN 7), N 2704; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 59 N 10 f.

¹⁶ BGE 132 II 47, 55, E. 4.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (FN 7), N 2625a; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 58 N 13.

von kostenunabhängigen Kausalabgaben.¹⁷ Für kostenunabhängige Kausalabgaben gilt das Kostendeckungsprinzip nicht, und es kann somit auch keine begrenzende Funktion entfalten.¹⁸

[Rz 12] Die Nutzung des öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen führt beim Staat in der Regel zu keinen Kosten.¹⁹ Alle direkt dem Netzbetreiber zuweisbaren Kosten (wie z.B. Grabarbeiten) werden vom Netzbetreiber getragen und in Form von Betriebskosten im Rahmen der sogenannten «Cost plus»-Regulierung an die Endverbraucher weiterverrechnet (Art. 14 und 15 StromVG).²⁰ Auch gemäss Lehre und Rechtsprechung ist eine Konzessionsabgabe für die Benutzung des öffentlichen Bodens typischerweise eine kostenunabhängige Kausalabgabe.²¹ Folglich ist das Kostendeckungsprinzip für die Bestimmung der zulässigen Höhe der hier interessierenden Konzessionsabgabe nicht relevant und kann somit auch keine begrenzende Funktion ausüben.

[Rz 13] Relevant ist hingegen die Begrenzung durch das Äquivalenzprinzip, welches auch auf kostenunabhängige Konzessionsabgaben Anwendung findet und für den Bereich der Kausalabgaben das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot konkretisiert. Nach dem Äquivalenzprinzip muss die Höhe einer Kausalabgabe *im Einzelfall* in einem vernünftigen Verhältnis stehen zum objektiven Wert, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen hat.²² Mit anderen Worten und bildlich ausgedrückt: Leistung des Staates und Gegenleistung des Privaten müssen sich in etwa die Waage halten.

[Rz 14] Der objektive Wert der staatlichen Leistung bemisst sich bei kostenunabhängigen Kausalabgaben nach dem Nutzen, den die Leistung dem Abgabepflichtigen verschafft, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen.²³ Ist ein Marktwert für die betreffende Leistung vorhanden, insbesondere weil vergleichbare Leistungen auch von Privaten angeboten werden, lässt sich der objektive Wert der staatlichen Leistung gut bestimmen. Fehlt ein Marktwert, verfügt der Gesetzgeber grundsätzlich über einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Bemessung der Abgabenhöhe, und dem Äquivalenzprinzip kommt kaum eine begrenzende Funktion zu.²⁴ Aus dem oben erwähnten Zusammenhang zwischen der erforderlichen Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage und dem Äquivalenzprinzip folgt meines Erachtens, dass bei Fehlen eines Marktwerts das Gesetz selbst festlegen muss, wie hoch die Abgabe ist oder maximal sein wird (und nicht bloss die Grundzüge der Bemessungsgrundlage).²⁵

¹⁷ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (FN 7), N 2625a.

¹⁸ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (FN 7), N 2625a; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 58 N 14.

¹⁹ Bemerkenswert in dieser Hinsicht ist, dass im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2010.83U vom 12. August 2010 folgende Kostenpositionen der Gemeinde unbestritten waren: Einmessung und Dokumentation der Werkanlagen, Nachführung Leitungskataster, Kosten aufgrund der Verkomplizierung von Bauvorhaben.

²⁰ PHYLLIS SCHOLL, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 522, Rz. 13.37.

²¹ BGE 131 II 735, 740, E. 3.2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (FN 7), N 2625a. Das Kostendeckungsprinzip gilt mangels Kostenabhängigkeit allgemein nicht für Konzessionsgebühren, vgl. BGE 101 Ib 462, 468, E. 3b; BGE 121 II 183, 187, E. 4a; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 58 N 17; gemäss BGE 121 II 183, 188, E. 4a, dürfen Konzessionsgebühren auch zu fiskalischen Zwecken erhoben werden und dürfen einen Gewinn abwerfen, solange das Äquivalenzprinzip eingehalten wird.

²² ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (FN 7), N 2625b; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 58 N 19; BGE 132 II 47, 55, E. 4.1.

²³ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 58 N 20; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2010.83U vom 12. August 2010 E. 2.3.2.

²⁴ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 58 N 20 und N 23a.

²⁵ In diese Richtung auch BGE 121 I 230, 238, E.3g) bb).

[Rz 15] Somit ist bei der hier interessierenden Konzessionsabgabe für die Nutzung öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen zunächst die Frage zu klären, ob ein Marktwert für diese Nutzung ermittelt werden kann. Mittels Vergleich mit der Entschädigung, welche für die Nutzung privater Grundstücke durch elektrische Leitungen bezahlt wird (Dienstbarkeitsentschädigung), lässt sich meines Erachtens ein Marktwert ermitteln.²⁶ In einigen Kantonen und Gemeinden (z.B. Kanton Basel-Stadt) wird für die Festlegung der Höhe der Konzessionsabgaben denn auch ein Drittvergleich angestellt und dabei wie bei den Dienstbarkeitsentschädigungen für private Grundstückseigentümer der Wert der betroffenen Grundstücke berücksichtigt.²⁷ Anderer Ansicht sind das Verwaltungsgericht des Kantons Bern und die Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen in Urteilen aus dem Jahr 2012 bzw. 2014.²⁸ Diese beiden Gerichtsinstanzen sind der Auffassung, dass für die permanente Nutzung öffentlichen Bodens durch Leitungen kein Marktwert ermittelt werden könne. Die Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen begründet ihre Auffassung bloss mit dem Hinweis, dass eine permanente Nutzung nicht mit einer vorübergehenden Nutzung des öffentlichen Bodens wie z.B. für das Aufstellen von Bauinstallationen verglichen werden könne. Darauf ist zu entgegnen, dass auch private Grundstücke durch elektrische Leitungen permanent genutzt werden. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern begründet seine Auffassung nicht.

[Rz 16] Folgt man der Auffassung, dass für die Nutzung öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen kein Marktwert ermittelt werden kann, hat die Höhe der Abgabe im Einzelfall dennoch dem Willkürverbot (Art. 9 der BV) Stand zu halten²⁹. Da dieses durch die Bundesverfassung garantierte Prinzip absolut gilt, kann es nicht durch kantonale oder kommunale Gesetze ausgeschlossen werden.³⁰ Ist die Höhe der Abgabe willkürlich, kann die konkrete Abgabe (gesetzeskorrigierend oder sogar gesetzesaufhebend) entsprechend herabgesetzt werden.³¹ Zur Vermeidung von willkürlich hohen Abgaben drängte es sich für das Gemeinwesen auf, einen Vergleich mit anderen Gemeinden bzw. Kantonen vorzunehmen.³²

[Rz 17] Für die Ermittlung der Abgabe stellen - soweit ersichtlich - die meisten Gemeinden nicht auf den Grundstückwert, sondern auf die Menge transportierter Energie ab (gemessen in Kilowattstunden, kWh).³³ Die Höhe der Abgabe resultiert aus der Anzahl aus dem Verteilnetz ausgespielter kWh multipliziert mit einem bestimmten Rappenbetrag. Im Tessiner-Entscheid stellte das Bun-

²⁶ Angesichts der relativ tiefen Dienstbarkeitsentschädigungen an private Grundstückseigentümer deckt sich der Drittvergleich jedoch kaum je mit dem Einnahmeziel des Gemeinwesens. Die Dienstbarkeitsentschädigungen an private Grundstückseigentümer sind relativ tief, da sie in den meisten Fällen bloss den Nachteil (Schaden) des Grundstückseigentümers ausgleichen; der Nutzen des Netzbetreibers wird nicht berücksichtigt.

²⁷ Art. 2 der Verordnung betreffend die von den IWB Industrielle Werke Basel zu entrichtende Konzessionsgebühr vom 21. Dezember 2010 (SG 772.350).

²⁸ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2010.83U vom 12. August 2010; Urteil der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen I/2-2013/44 vom 8. Juli 2014.

²⁹ Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben (BGE 141 I 105 E.3.3.2).

³⁰ Noch weitergehend Daniela Wyss (FN 9), 84 f., wonach das Äquivalenzprinzip (und somit auch das Verhältnismässigkeitsprinzip) bei Kausalabgaben in jedem Fall einzuhalten ist, andernfalls es sich um eine Steuer handle, wofür eine entsprechend ausgestaltete gesetzliche Grundlage notwendig ist.

³¹ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER (FN 7), § 58 N 23a.

³² Einen solchen Vergleich stellte auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern in seinem Urteil Nr. 100.2010.83U vom 12. August 2010 an, in welchem es im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle eines Gemeinderatsbeschlusses zum Schluss kam, dass die von der Stadt Bern erhobene Konzessionsabgabe verhältnismässig und entsprechend nicht willkürlich hoch angesetzt sei.

³³ Eine andere Bemessungsgrundlage wird im Kanton Luzern angewandt, wo auf den Umsatz des Netzbetreibers im Netzbetrieb abgestellt wird. Die Konzessionsabgabe resultiert aus dem Umsatz multipliziert mit einem bestimmten Prozentsatz (unterschiedlich je nach Netzebene).

desgericht fest, dass die Menge transportierter Energie eine zweckmässige Bemessungsgrundlage darstelle. Diese Bemessungsgrundlage ist in der Praxis für den Netzbetreiber, welcher die Konzessionsabgabe eins zu eins an seine Kunden wälzen möchte, wohl die einfachste Lösung. Je höher der Verbrauch eines Kunden, desto höher der Anteil der auf ihn gewälzten Konzessionsabgabe. Eine verbrauchsabhängige Abgabe überzeugt jedoch nur beschränkt, da sich die Leistung des Gemeinwesens (Bereitstellung des öffentlichen Bodens) sich durch eine höhere Menge transportierter Energie nicht verändert. Die Dienstbarkeitsentschädigung an private Grundstückeigentümer ist denn auch regelmässig eine Einmalentschädigung, welche unabhängig von der Menge der transportierten Energie geschuldet ist. Für eine verbrauchsabhängige Abgabe spricht hingegen der Umstand, dass bei einem höheren Verbrauch auch der Nutzen höher ist.

[Rz 18] Einzelne Gemeinden in Tourismusorten (z.B. Davos, St. Moritz) erheben neben einer verbrauchsabhängigen Abgabe auch eine Pauschale pro Zähler, da andernfalls die Hauptlast der Konzessionsabgabe von der ständigen Wohnbevölkerung getragen werden müsste. Aufgrund des Tessiner-Entscheids, welcher die Zulässigkeit von degressiven Abgaben verneinte, entstanden Zweifel an der Rechtmässigkeit der Erhebung einer Pauschale. Eine Pauschale (Grundgebühr) entfaltet eine degressive Wirkung: Je mehr Strom ein Endverbraucher bezieht, desto geringer ist die Konzessionsabgabe pro Kilowattstunde. Der Tessiner Entscheid hatte jedoch keine Grundgebühr zu beurteilen, sondern die Aufteilung der Endverbraucher in zwei Kategorien gemäss ihrem Stromverbrauch; ab einem Stromverbrauch von 100 MWh war (für den Teil über 100 MWh) eine tiefere Konzessionsabgabe vorgesehen. Das Bundesgericht urteilte, dass die Aufteilung der Endverbraucher gemäss ihrem Energiebezug in Kategorien mit unterschiedlichen und degressiven Abgaben nicht zulässig sei, da der Bezug zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens fehlt.³⁴ Meines Erachtens liegt der Fokus des Tessiner-Entscheids auf der unsachlichen Aufteilung der Endverbraucher in zwei Kategorien und nicht auf dem daraus resultierenden degressiven Element. Bezüglich einer Grundgebühr für die Infrastruktur der Abfall- und Abwasserentsorgung urteilte das Bundesgericht, dass Benützern eine mengenunabhängige Grundgebühr in Rechnung gestellt werden darf, da die Infrastruktur unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme durch die einzelnen Liegenschaften aufrechterhalten werden muss.³⁵ Auch wenn es sich im Fall von elektrischen Leitungen wie oben dargelegt im Unterschied zur Abgabe für die Abfall- und Abwasserentsorgung um eine kostenunabhängige Kausalabgabe handelt, greift das Argument der Aufrechterhaltung der Infrastruktur dennoch: Die Strassenkörper, in welchen die Leitungen verlegt sind, müssen unabhängig von der Menge des Elektrizitätsbezugs unterhalten werden. Die damit verbundenen Kosten werden zwar im Fall von Bauarbeiten an den Leitungen selbst vom Netzbetreiber getragen; der konstante Unterhalt wie z.B. Schneeräumung und Belagsausbesserungen werden dem Netzbetreiber jedoch in den meisten Fällen nicht in Rechnung gestellt.

[Rz 19] Sodann ist noch anzumerken, dass, um dem verfassungsmässigen Grundsatz der Rechtsgleichheit nachzukommen, vom Gemeinwesen auch für die Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens durch andere unterirdische Leitungen (z.B. Gasleitungen) eine Kausalabgabe erhoben werden muss. Jedoch ist zu beachten, dass für die Benutzung von Grund und Boden durch Leitungen des Fernmeldedienstes gemäss Art. 35 Abs. 4 Fernmeldegesetz (FMG) ausser kostendeckende Gebühren keine Entschädigung verlangt werden darf.

³⁴ BGE 138 II 70, 76, E.7.3.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 2P.266/2003 vom 5. März 2004, E. 3.2.

D. Überwälzung der Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an Endverbraucher

[Rz 20] Gemäss StromVG setzt sich das Netznutzungsentgelt aus den anrechenbaren Kosten sowie den Abgaben und Leistungen an die Gemeinwesen zusammen und ist gemäss dem Ausspeiseprinzip von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten (Art. 14 Abs. 1 und 2 StromVG).³⁶ Es stellt sich die Frage, ob Art. 14 Abs. 2 StromVG eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage ist zur Weiterverrechnung der Konzessionsabgabe an die Endverbraucher. Soweit bekannt bejaht die ElCom diese Frage. Aufgrund der «Cost Plus» Regulierung und des Ausspeiseprinzips, wonach die Netzbetreiber alle ihre betriebsnotwendigen Kosten an die Endverbraucher in Rechnung stellen dürfen, ist dieser Auffassung meines Erachtens zuzustimmen. Im Luzerner-Entscheid streift das Bundesgericht die Frage nur am Rande und lässt sie letztlich offen; jedoch hat es mit dem Einschub «*soweit eine Überwälzung gesetzlich zulässig ist*» Zweifel an der Grundlage von Art. 14 Abs. 2 StromVG geschaffen. Seit dem Tessiner-Entscheid und nun wohl noch mehr nach dem Luzerner-Entscheid wird bei Revisionen der kommunalen Gesetzgebung das Recht des Netzbetreibers zur Weiterverrechnung (Überwälzung) der Konzessionsabgabe an den Endverbraucher meistens ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen.³⁷

E. Fazit

[Rz 21] Nachfolgend werden im Sinn eines Fazits zunächst diejenigen Punkte aufgeführt, die es aus Sicht des Gemeinwesens zu beachten gilt, um das Risiko der Rückforderung der Konzessionsabgabe durch den Netzbetreiber zu vermeiden. Anschliessend werden die vom Netzbetreiber zu beachtenden Punkte dargelegt; der Netzbetreiber ist dem Risiko ausgesetzt, dass der Endverbraucher aufgrund mangelhafter gesetzlicher Grundlage vom Netzbetreiber die Konzessionsabgabe zurückfordert.

[Rz 22] Vom Gemeinwesen zu beachtende Punkte:

- i. Ein Gesetz oder ein von der Legislative genehmigter, dem Referendum unterstehender Konzessionsvertrag mit dem Netzbetreiber muss die wesentlichen Elemente der Konzessionsabgabe für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen enthalten. Eine Verordnung der Exekutive oder ein bloss von der Exekutive genehmigter Konzessionsvertrag genügt dem Erfordernis der genügenden gesetzlichen Grundlage nicht.
- ii. Konkret müssen im Gesetz/Konzessionsvertrag folgende Punkte festgehalten sein:
 - a. Gegenstand der Abgabe ist die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen.
 - b. Abgabepflichtig ist der auf dem Boden des Gemeinwesens tätige Netzbetreiber.

³⁶ Art. 14 Abs. 1 und 2 StromVG:¹ Das Entgelt für die Netznutzung darf die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen.² Das Netznutzungsentgelt ist von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten.

³⁷ Vgl. z.B. für Chur: Art. 34 Abs. 3 des Gesetzes über die Industriellen Betriebe der Stadt Chur (IBC-Gesetz); für St. Moritz: Art. 26 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung des Gemeinde-Elektrizitätswerkes (EW-Gesetz).

- c. Die Elemente zur Berechnung der Abgabe sind direkt zu bezeichnen. Am üblichsten ist ein bestimmter maximaler Rappenbetrag multipliziert mit der Anzahl aus dem Verteilnetz ausgespiessener Kilowattstunden.
- iii. Bei Gesetzesrevisionen ist zu empfehlen, das Recht des Netzbetreibers zur Weiterverrechnung der Abgabe an die Endverbraucher ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen.
- iv. Schliesslich gilt es die Gleichbehandlung mit anderen Leitungen (wie z.B. Gasleitungen) zu beachten. Wird für die Nutzung des Bodens durch elektrische Leitungen eine Abgabe erhoben, ist auch für die Nutzung des Bodens durch Gasleitungen eine Abgabe zu erheben. Durchbrochen wird das Prinzip der Gleichbehandlung für Leitungen des Fernmeldedienstes (Art. 35 Abs. 4 FMG).

[Rz 23] Vom Netzbetreiber zu beachtende Punkte:

- i. Der Netzbetreiber sollte sich vergewissern, ob das Gemeinwesen als sein Vertragspartner des Konzessionsvertrags die oben aufgeführten Punkte beachtet.
- ii. Der Konzessionsvertrag sollte die Pflicht des Gemeinwesens enthalten, den Netzbetreiber vollständig schadlos zu halten für den Fall, dass betreffend Konzessionsabgabe Rechtsstreitigkeiten entstehen. Die Schadloshaltung sollte neben der eigentlichen Konzessionsabgabe (plus Zins) auch die Aufwände des Netzbetreibers im Zusammenhang mit der Abwehr der Rechtsstreitigkeiten enthalten.

PHYLLIS SCHOLL, Rechtsanwältin, Partnerin bei Bär & Karrer AG Zürich.