sui generis

UND
ER RECHTS-
IN DER
RGUNG

Einordnung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung

Auswirkungen der teilweisen Marktliberalisierung auf die Möglichkeiten zur Regelung der Rechtsbeziehungen

Simon R. Lang

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

— Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
— Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
— Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
— Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Einordnung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung

Auswirkungen der teilweisen Marktliberalisierung auf die Möglichkeiten zur Regelung der Rechtsbeziehungen

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.

vorgelegt von
Simon R. Lang
aus Olten SO und Oftringen AG

Literatur, Rechtsprechung und Rechtsentwicklung wurden bis Oktober 2024 berücksichtigt.

Die Fakultät hat diese Arbeit am 17. Oktober 2024 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Dr. Markus Kern und Prof. Dr. Markus Müller, als Dissertation angenommen.

sui generis, Zürich 2025

Meiner Familie, insbesondere aber meiner lieben Frau, ohne deren Unterstützung die Verfassung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre und die viele Stunden der Entbehrungen und der Geduld hat aufbringen müssen, und meinem Sohn, Julius, dessen Lebensfreude und Energie stets ansteckend sind.

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht VII
Inhaltsverzeichnis XI
Literaturverzeichnis XXV
Materialienverzeichnis XXXVII
Abkürzungsverzeichnis XLI

A. Einleitung 1

§1 Einleitende Bemerkungen 1
§2 Fragestellung 4

B. Infrastruktursektoren und Stromversorgung 7

§3 Grundlagen 7
I. Infrastrukturnetze und Infrastruktursektoren 7
II. Service public und Grundversorgung 8
III. Infrastruktursektoren und Monopole 10
§4 Der Staat und die Infrastruktursektoren im Wandel der Zeit oder: die Reformation der Infrastruktursektoren 21
I. Allgemeines 21
II. Begrifflichkeiten 21
III. Entstehung der Infrastruktursektoren 34
IV. Reformation der Infrastruktursektoren 36

C. Grundlagen der Elektrizitätsversorgung 89

§5 Technische Aspekte der Elektrizitätswirtschaft 89
I. Zur technischen Seite der Elektrizitätsversorgung im Allgemeinen 89
II. Elektrizität als Sekundärenergieträger 89
III. Grundlegende Merkmale der Elektrizität 90
§6 Rechtliche Grundlagen der Stromversorgung 94
I. Einleitung 94

II. Exkurs: Rechtliche Grundlagen der Elektrizitätsversorgung vor dem Inkrafttreten des StromVG ... 94
III. Verfassungsrechtliche Aspekte der Elektrizitätsversorgung ... 95
IV. Das Stromversorgungsgesetz (StromVG) im Speziellen ... 97
V. Übrige bundesrechtliche Erlasse ... 124
§7 Die Netzbetreiber als zentrale Akteure der Elektrizitätsversorgung ... 127
I. Einleitung ... 127
II. Netzbetreiber im Allgemeinen ... 127
III. Die Übertragungsnetzbetreiberin im Speziellen ... 136
IV. Verteilnetzbetreiber im Speziellen ... 145

D. Rechtliche Qualifikation der Stromversorgung ... 165

§8 Einleitende Bemerkungen ... 165
I. Erfordernis der rechtlichen Qualifikation ... 165
II. Eingrenzung der Thematik ... 165
§9 Über das öffentliche Recht und das Privatrecht im Allgemeinen ... 171
I. Wichtigkeit der Unterscheidung ... 171
II. Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ... 174
§10 Öffentliche Aufgaben im Allgemeinen ... 180
I. Relevanz und Rechtsfolgen der Qualifikation einer Tätigkeit als öffentliche Aufgabe ... 180
II. Begriff der öffentlichen Aufgabe ... 182
III. Exkurs: Selbstgewählte Gemeindeaufgaben ... 195
IV. Kategorisierung staatlicher Tätigkeit und öffentlicher Aufgaben ... 196
V. Schlussfolgerung ... 201
§11 Elektrizitätsversorgung als öffentliche Aufgabe? ... 203
I. Einleitung ... 203
II. Situation vor Erlass der schweizerischen Strommarktordnung ... 204
III. Situation seit Erlass der schweizerischen Strommarktordnung ... 207
IV. Schlussfolgerung ... 214

§12 Rechtsnatur der Elektrizitätsversorgung ... 215
I. Die Rechtsnatur der Stromversorgung als «Dauerbrenner» ... 215
II. Situation vor Erlass der schweizerischen Strommarktordnung ... 217
III. Situation seit Erlass der schweizerischen Strommarktordnung ... 220
IV. Schlussfolgerung ... 231

E. Die Regelung von Rechtsverhältnissen in der Stromversorgung ... 233

§13 Einleitung ... 233
I. Unterschiedliche Ausgangslagen ... 233
II. Unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten ... 233
§14 Rechtstheoretische Grundlagen und Bedeutung des Legalitätsprinzips ... 235
I. Im Allgemeinen ... 235
II. Grundlegendes zum Legalitätsprinzip ... 235
III. Relativierungen des Legalitätsprinzips ... 241
IV. Exkurs: Legalitätsprinzip vs. Autonomie bei der Aufgabenerfüllung im Angesicht der Liberalisierung ... 246
V. Würdigung und Zwischenfazit ... 249
VI. Legalitätsprinzip und Rechtssetzung im Besonderen ... 252
VII. Gerichtliche Durchsetzung des Legalitätsprinzips ... 279
§15 Allgemeine Übersicht zu den einzelnen Regelungsinstrumenten von Verwaltungsrechtsverhältnissen ... 281
I. Allgemeines ... 281
II. Rechtssatz ... 281
III. Verfügung ... 285
IV. Verwaltungsrechtlicher (öffentlich-rechtlicher) Vertrag ... 287
V. Privatrechtlicher Vertrag ... 291
VI. Schlussfolgerungen ... 299
§16 Regelungsmöglichkeiten in der Elektrizitätsversorgung ... 302
I. Einleitende Bemerkungen ... 302
II. Ausgangslage und Rahmenbedingungen ... 306
III. Regelungsinstrumente in der Stromversorgung ... 312
IV. Zwischenfazit ... 348
V. Überlegungen zum Mantelerlass und de lege ferenda ... 350

F. Schlussfolgerungen und Fazit 355

§ 17 Die Liberalisierung der Infrastruktursektoren als Problembereiter in der juristischen Handhabung der Stromversorgung 355
I. Infrastrukturen, Monopole, Staat und Liberalisierung 355
II. Öffentliches Recht, Privatrecht, öffentliche Aufgaben und Verwaltungsrechtsverhältnisse 355
III. Legalitätsprinzip, Autonomie, Rechtssetzung 360
IV. Vorläufige Schlussfolgerungen aus verwaltungsrechtlicher Sicht 363
V. Erkenntnisse und Konsequenzen für die Regelung von Rechtsverhältnissen in der Stromversorgung aus praktischer Sicht 365

Inhaltsverzeichnis

Vorwort ... V
Inhaltsübersicht ... VII
Inhaltsverzeichnis ... XI
Literaturverzeichnis ... XXV
Materialienverzeichnis ... XXXVII
Abkürzungsverzeichnis ... XLI

A. Einleitung ... 1

§1 Einleitende Bemerkungen ... 1
§2 Fragestellung ... 4

B. Infrastruktursektoren und Stromversorgung ... 7

§3 Grundlagen ... 7
I. Infrastrukturnetze und Infrastruktursektoren ... 7
II. Service public und Grundversorgung ... 8
III. Infrastruktursektoren und Monopole ... 10
1. Natürliche Monopole im Bereich der (Elektrizitäts-) Infrastrukturen ... 10
2. Staatliche Monopole im Bereich der (Elektrizitäts-) Infrastrukturen ... 12
a) Rechtliche Monopole ... 13
(i) Grundsätzliches ... 13
(ii) Exkurs: Zulässigkeit neuer rechtlicher Monopole ... 14
b) Faktische Monopole ... 16
(i) Grundsätzliches ... 16
(ii) Anspruch Privater auf Nutzung der öffentlichen Sachen? 16
3. Anhaltende Kritik an der Wirkung von (rechtlichen) Monopolen ... 16
4. Exkurs: Konzessionen ... 17
a) Allgemeines ... 17
b) Arten von Konzessionen ... 18
(i) Monopolkonzession ... 18
(ii) Sondernutzungskonzession ... 18
(iii) Konzession des öffentlichen Dienstes? ... 19
c) Konzessionen und Infrastruktursektoren ... 20

§4 Der Staat und die Infrastruktursektoren im Wandel der Zeit oder: die Reformation der Infrastruktursektoren 21
I. Allgemeines 21
II. Begrifflichkeiten 21
1. Liberalisierung 22
2. Regulierung, Deregulierung und Reregulierung 23
3. New Public Management (NPM) 26
4. Dezentralisierung 29
5. Privatisierung 30
a) Allgemeines zum Begriff der Privatisierung 30
b) Unterarten der Privatisierung 32
(i) Organisationsprivatisierung (formelle Privatisierung) 32
(ii) Teilprivatisierung 33
(iii) Aufgabenprivatisierung (materielle Privatisierung) 33
III. Entstehung der Infrastruktursektoren 34
1. Im Allgemeinen 34
2. Die Elektrizitätsinfrastrukturen im Besonderen 34
a) Der Beginn der Nutzbarmachung von Elektrizität 34
b) Der wachsende Einfluss des Staates in der Elektrizitätsversorgung 35
IV. Reformation der Infrastruktursektoren 36
1. Grundsätzliches zum veränderten Staatsverständnis im Bereich der Infrastruktursektoren 36
2. Exkurs: Pendelbewegung in der Aufgabenwahrnehmung am Beispiel der Eisenbahnen 41
3. Ursachen des veränderten Staatsverständnisses im Bereich der Infrastrukturen aus schweizerischer Perspektive 45
a) Liberalisierung der Infrastruktursektoren in der Europäischen Union als Hauptursache 46
(i) Historische Entwicklung der Liberalisierung von Infrastruktursektoren im Allgemeinen 46
(ii) Historische Entwicklung der Liberalisierung des Energiemarktes der Europäischen Union im Speziellen 48
a. Erste Liberalisierungsschritte 48
b. Energiepakete 49
(i) Erstes Energiepaket 50
(ii) Zweites Energiepaket 52
(iii) Drittes Energiepaket 54
(iv) Viertes Energiepaket 57

(iii) Würdigung der Liberalisierung der Energieinfrastrukturen in der Europäischen Union im Nachgang zum vierten Energiepaket ... 63
a. Aus inhaltlicher Perspektive ... 63
b. Aus politischer bzw. schweizerischer Perspektive ... 65
b) Weitere Gründe, die zu einem veränderten Staatsverständnis führten ... 67
c) Würdigung der Gründe im zeitlichen Kontext und Schlussfolgerung ... 68
4. Marktwirtschaftliche Öffnung in der Schweiz ... 72
a) Auswirkungen der Liberalisierung der Infrastrukturen in der Europäischen Union auf die Schweiz im Allgemeinen 72
b) Historische Entwicklung der Liberalisierung des Energiemarktes in der Schweiz im Speziellen ... 74
(i) Elektrizitätsmarktgesetz ... 75
(ii) Stromversorgungsgesetz ... 76
c) Würdigung der marktwirtschaftlichen Öffnung in der Schweiz ... 78
(i) Marktwirtschaftliche Öffnung im Allgemeinen ... 78
(ii) Marktwirtschaftliche Öffnung des Elektrizitätsmarktes ... 80
5. Die neue Rolle des Staates in der Infrastrukturversorgung und deren Folgen ... 85
(i) Vom Polizei- zum Steuerungs- und Gewährleistungsstaat ... 85
(ii) Folgen des Rollenwandels für die Infrastrukturversorgung und deren Bedeutung ... 86

C. Grundlagen der Elektrizitätsversorgung ... 89

§5 Technische Aspekte der Elektrizitätswirtschaft ... 89
I. Zur technischen Seite der Elektrizitätsversorgung im Allgemeinen ... 89
II. Elektrizität als Sekundärenergieträger ... 89
III. Grundlegende Merkmale der Elektrizität ... 90
1. Beschränkte Speicherbarkeit von Elektrizität ... 90
2. Leitungsgebundenheit ... 91
3. Fehlende Spezifizierbarkeit ... 91
4. Weitere physikalische Eigenheiten der Elektrizität und deren Auswirkungen ... 92

§6 Rechtliche Grundlagen der Stromversorgung **94**
I. Einleitung **94**
II. Exkurs: Rechtliche Grundlagen der Elektrizitätsversorgung vor dem Inkrafttreten des StromVG **94**
III. Verfassungsrechtliche Aspekte der Elektrizitätsversorgung **95**
IV. Das Stromversorgungsgesetz (StromVG) im Speziellen **97**
1. Allgemeines **97**
2. Aufbau des StromVG **97**
3. Zweck und Geltungsbereich des StromVG **98**
a) Zweckbestimmung des StromVG **98**
b) Geltungsbereich des StromVG **99**
4. Grundkonzeption des StromVG: Rahmengesetz und (regulierte) Selbstregulierung **102**
a) Grundsätze der Kooperation und der Subsidiarität **103**
(i) Kooperation **103**
(ii) Subsidiarität **103**
b) Exkurs I: Rechtsnatur der Selbstregulierungserlasse **105**
c) Exkurs II: Justiziabilität des Subsidiaritätsgrundsatzes **106**
(i) Allgemeines **106**
(ii) Beim Erlass abweichender Ausführungsvorschriften **106**
(iii) Bei der Nichtbeachtung von Branchendokumenten durch die rechtsanwendenden Behörden **108**
(iv) Schlussfolgerung **114**
d) Problematik der Konzeption als Rahmengesetz und des Selbstregulierungsansatzes **116**
5. Versorgungssicherheit und Grundversorgung **118**
a) Allgemeines **118**
b) Versorgungssicherheit im StromVG **118**
c) Grundversorgung im StromVG **119**
6. Netznutzung **119**
7. Verhältnis zum kantonalen Recht **120**
a) Grundsätzliche Übersicht **120**
b) Ergänzende Bemerkungen **122**
V. Übrige bundesrechtliche Erlasse **124**
1. Sektorspezifische Erlasse **124**
a) Energiegesetz (EnG) **124**
b) Elektrizitätsgesetz (EleG) **125**
2. Weitere Erlasse **125**
a) Kartellgesetz (KG) **125**

b) Preisüberwachungsgesetz (PüG) ... 126
c) Landesversorgungsgesetz (LVG) ... 126
§7 Die Netzbetreiber als zentrale Akteure der Elektrizitätsversorgung ... 127
I. Einleitung ... 127
II. Netzbetreiber im Allgemeinen ... 127
1. Begriff des Netzbetreibers ... 127
a) Entstehung ... 127
b) Fehlende Legaldefinition im StromVG ... 129
(i) Grundsätzliches ... 129
(ii) Fehlende funktionale Unterscheidung ... 130
(iii) Mangelhafte Unterscheidung zwischen dem Übertragungsnetzbetrieb und dem Verteilnetzbetrieb ... 133
2. Netzbetrieb und Netzeigentum ... 134
III. Die Übertragungsnetzbetreiberin im Speziellen ... 136
1. Das Übertragungsnetz ... 136
2. Die Übertragungsnetzbetreiberin: die nationale Netzgesellschaft ... 137
a) Grundsätzliches ... 137
b) Entstehung der nationalen Netzgesellschaft ... 138
c) Stromversorgungsrechtliche Vorgaben für die nationale Netzgesellschaft ... 140
3. Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiberin ... 142
4. Zwischenfazit: Keine Liberalisierung des Übertragungsnetzbetriebs ... 144
IV. Verteilnetzbetreiber im Speziellen ... 145
1. Das Verteilnetz ... 145
2. Der Verteilnetzbetreiber: Bestimmung anhand der Netzgebietszuteilung ... 146
a) Verwaltungsakt der Netzgebietszuteilung ... 146
b) Wirkung der Netzgebietszuteilung ... 148
(i) Aufgabenzuweisung ... 148
(ii) Rechtliches Monopol für den Bau und Betrieb eines Elektrizitätsnetzes? ... 148
(iii) Sondernutzungskonzession für den Bau und Betrieb eines Elektrizitätsnetzes? ... 149
c) Das Netzgebiet ... 150
d) Verknüpfung der Netzgebietszuteilung mit Leistungsaufträgen ... 151
3. Aufgaben ... 152

a) Allgemeines ... 152
b) Aufgaben der Netzbetreiber im StromVG ... 152
(i) Netzbetrieb ... 152
(ii) Anschlussgarantie im Besonderen ... 153
a. Grundsätzliches ... 153
b. (Kein) Rechtliches Anschlussmonopol für Verteilnetzbetreiber? ... 153
(i) Kein Anschlusszwang ... 153
(ii) Exkurs: Parallelleitungen ... 155
c. Verhältnis zur raumplanungsrechtlichen Erschliessungspflicht ... 156
(iii) Lieferpflicht für bestimmte Endverbraucher ... 158
a. De lege lata ... 158
b. Exkurs: Rechtliches Liefermonopol für feste Endverbraucher? ... 159
c. De lege ferenda ... 161
c) Aufgaben der Netzbetreiber aus weiteren Erlassen auf Bundesebene ... 162
4. Zwischenfazit: Aufgabenakkumulation und Service public bei den Verteilnetzbetreibern ... 163

D. Rechtliche Qualifikation der Stromversorgung ... 165

§8 Einleitende Bemerkungen ... 165
I. Erfordernis der rechtlichen Qualifikation ... 165
II. Eingrenzung der Thematik ... 165
1. Fragestellung ... 165
2. Problem: Inhalt der Elektrizitätsversorgung ... 166
a) Notwendigkeit einer klaren Definition ... 166
b) Ausscheidung sachfremder Tätigkeiten ... 166
c) Differenzierung innerhalb der eigentlichen Elektrizitätsversorgung ... 167
d) Schlussfolgerung und Lösungsansatz ... 168
3. Zu untersuchende Rechtsverhältnisse ... 170
§9 Über das öffentliche Recht und das Privatrecht im Allgemeinen ... 171
I. Wichtigkeit der Unterscheidung ... 171
II. Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 174
1. Methodenpluralismus und einzelne Theorien ... 174
a) Subordinationstheorie ... 174

b) Interessentheorie ... 175
c) Modale Theorie ... 175
d) Funktionstheorie ... 176
2. Praktische Relevanz der einzelnen Theorien ... 176
3. Festlegung der Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses durch Rechtssatz? ... 177
4. Schlussfolgerung ... 179
§10 Öffentliche Aufgaben im Allgemeinen ... 180
I. Relevanz und Rechtsfolgen der Qualifikation einer Tätigkeit als öffentliche Aufgabe ... 180
1. Gewichtiges Abgrenzungskriterium zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht ... 180
2. Weitere Rechtsfolgen ... 180
a) Bestehen eines Verwaltungsrechtsverhältnisses ... 180
b) Grundrechtsbindung ... 181
c) Öffentliche Aufgabe als Anknüpfungskriterium ... 182
3. Zwischenfazit ... 182
II. Begriff der öffentlichen Aufgabe ... 182
1. Uneinheitliche Verwendung in Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung ... 182
2. Qualifikation von Tätigkeiten als öffentliche Aufgaben ... 185
a) Bundesgerichtliche Qualifikation von öffentlichen Aufgaben nach Tätigkeiten ... 186
b) Kriterien zur Qualifikation von öffentlichen Aufgaben nach RÜTSCHE ... 189
c) Keine Kriterien zur Qualifikation von öffentlichen Aufgaben ... 191
3. Zusammenfassung ... 195
III. Exkurs: Selbstgewählte Gemeindeaufgaben ... 195
IV. Kategorisierung staatlicher Tätigkeit und öffentlicher Aufgaben ... 196
1. Einleitung ... 196
2. Hoheitliche oder nicht hoheitliche Verwaltung ... 196
3. Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung und wirtschaftende Verwaltung ... 197
a) Eingriffsverwaltung ... 197
b) Leistungsverwaltung ... 197
c) Wirtschaftende Verwaltung ... 198
4. Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung ... 199
5. Obligatorische und fakultative Staatsaufgaben ... 201
V. Schlussfolgerung ... 201

§11 Elektrizitätsversorgung als öffentliche Aufgabe? ... 203
I. Einleitung ... 203
II. Situation vor Erlass der schweizerischen Strommarktordnung ... 204
III. Situation seit Erlass der schweizerischen Strommarktordnung ... 207
1. Wandel in Lehre und Rechtsprechung ... 207
2. Hier vertretene Meinung ... 209
a) Aufgabenzuweisung durch Rechtssatz als Kriterium ... 209
b) Aufgabenzuweisung durch die bundesrechtliche Strommarktordnung ... 209
c) Aufgabenzuweisung durch kantonales und kommunales Recht ... 211
3. Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung des Staates? ... 211
IV. Schlussfolgerung ... 214
§12 Rechtsnatur der Elektrizitätsversorgung ... 215
I. Die Rechtsnatur der Stromversorgung als «Dauerbrenner» 215
II. Situation vor Erlass der schweizerischen Strommarktordnung ... 217
1. Allgemeines ... 217
2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung ... 217
3. Lehre ... 219
III. Situation seit Erlass der schweizerischen Strommarktordnung ... 220
1. Wandel in Lehre und Rechtsprechung ... 220
a) Lehre ... 220
b) Rechtsprechung ... 222
2. Hier vertretene Ansicht ... 226
a) Methodik ... 226
b) Bestimmung der Rechtsnatur ... 226
(i) Festlegung durch Rechtssatz? ... 226
(ii) Auslegung im Sinne des Methodenpluralismus ... 227
a. Funktionstheorie ... 227
b. Interessentheorie ... 227
c. Modale Theorie ... 228
d. Subordinationstheorie ... 228
c) Zwischenfazit ... 230
d) Exkurs: de lege ferenda ... 230
IV. Schlussfolgerung ... 231

E. Die Regelung von Rechtsverhältnissen in der Stromversorgung ... **233**

§13 Einleitung ... **233**
I. Unterschiedliche Ausgangslagen ... **233**
II. Unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten ... **233**
1. Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen ... **233**
2. Regelung von privaten Rechtsverhältnissen ... **234**
§14 Rechtstheoretische Grundlagen und Bedeutung des Legalitätsprinzips ... **235**
I. Im Allgemeinen ... **235**
II. Grundlegendes zum Legalitätsprinzip ... **235**
1. Rechtliche Grundlage und Funktionen des Legalitätsprinzips ... **235**
2. Inhalt des Legalitätsprinzips ... **236**
a) Grundsatz: Recht als Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ... **236**
b) Geltungsbereich ... **236**
c) Konkretisierung des Legalitätsprinzips ... **237**
(i) Grundsätzliches ... **237**
(ii) Erfordernis des Rechtssatzes: Rechtsquellen ... **238**
(iii) Genügende Normstufe und Normdichte ... **239**
a. Anforderungen an die Normstufe ... **239**
b. Anforderungen an die Normdichte ... **240**
d) Zwischenfazit ... **240**
III. Relativierungen des Legalitätsprinzips ... **241**
1. Allgemeines zur Relativierung und deren Notwendigkeit ... **241**
2. Relativierung des Legalitätsprinzips nach Kategorien ... **242**
a) Allgemeine Übersicht ... **242**
b) Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung im Besonderen ... **243**
c) Legalitätsprinzip und wirtschaftende Verwaltung im Besonderen ... **244**
d) Zwischenfazit ... **245**
IV. Exkurs: Legalitätsprinzip vs. Autonomie bei der Aufgabenerfüllung im Angesicht der Liberalisierung ... **246**
1. Autonomie bei der Aufgabenerfüllung ... **246**
2. Legalitätsprinzip und Liberalisierung ... **246**
3. Die Frage nach dem Stellenwert des Legalitätsprinzips – eine Würdigung ... **247**

V. Würdigung und Zwischenfazit ... **249**
1. Im Allgemeinen zum Legalitätsprinzip ... **249**
2. Erkenntnisse für die Rechtsverhältnisse der Stromversorgung im Besonderen ... **250**
VI. Legalitätsprinzip und Rechtssetzung im Besonderen ... **252**
1. Einleitende Bemerkungen zur Rechtssetzung ... **252**
2. Grundlegendes zur Rechtssetzungskompetenz ... **253**
a) Rechtssetzung und Gewaltenteilung ... **253**
b) Begriff der Rechtssetzung ... **254**
c) Demokratische Legitimation und Staatstätigkeit ... **256**
(i) Erforderlichkeit der demokratischen Legitimation ... **256**
(ii) Rechtssetzung als staatliche Angelegenheit ... **257**
d) Zwischenfazit ... **258**
3. Exkurs: Abgrenzung von anderen Formen der Normsetzung ... **259**
4. Rechtssetzungsbefugnisse aufgrund verfassungsrechtlicher Kompetenzausscheidung (originäre Rechtssetzungskompetenz) ... **262**
5. Rechtssetzungsbefugnisse aufgrund einer Gesetzesdelegation (derivative Rechtssetzungskompetenz) ... **263**
a) Grundsätzliches zum Begriff, den Formen und der Zulässigkeit der Gesetzesdelegation ... **263**
b) Problematik der Gesetzesdelegation ... **265**
c) Grundsätze und Schranken bei der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen ... **266**
(i) Im Allgemeinen ... **266**
(ii) In Bezug auf die Delegation an dezentrale Verwaltungsträger und Private im Besonderen ... **270**
(iii) Zwischenfazit ... **277**
6. Schlussfolgerungen ... **277**
a) Allgemeines ... **277**
b) Rechtsstaatliche Überlegungen ... **278**
c) Bedeutung im vorliegenden Kontext ... **279**
VII. Gerichtliche Durchsetzung des Legalitätsprinzips ... **279**
§15 Allgemeine Übersicht zu den einzelnen Regelungsinstrumenten von Verwaltungsrechtsverhältnissen ... **281**
I. Allgemeines ... **281**
II. Rechtssatz ... **281**
1. Allgemeines ... **281**
2. Autonome Satzungen im Speziellen ... **281**

a) Grundsätzliches ... 281
b) Rechtsnatur ... 282
c) Schlussfolgerung ... 284
III. Verfügung ... 285
1. Allgemeines ... 285
2. Verfügungsbefugnis im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ... 285
3. Inhalt ... 286
4. Sonderfall: Allgemeinverfügung ... 287
IV. Verwaltungsrechtlicher (öffentlich-rechtlicher) Vertrag ... 287
1. Allgemeines ... 287
2. Arten ... 288
3. Zulässigkeit ... 288
4. Inhalt ... 289
V. Privatrechtlicher Vertrag ... 291
1. Allgemeines ... 291
2. Zulässigkeit ... 291
a) Uneinheitliche Lehre und Rechtsprechung ... 291
b) Praxis als Massstab für Zulässigkeit? ... 291
c) Organisationsform? ... 293
d) Abschliessende Regelung durch öffentliches Recht als Ausschlussgrund? ... 293
e) Vorrang des öffentlichen Rechts? ... 294
f) Fälle privatrechtlichen Staatshandelns ... 295
g) Wirtschaftende Verwaltung und Leistungsverwaltung ... 296
h) Zwischenfazit ... 297
3. Inhalt ... 297
VI. Schlussfolgerungen ... 299
§16 Regelungsmöglichkeiten in der Elektrizitätsversorgung ... 302
I. Einleitende Bemerkungen ... 302
1. Öffentliche Aufgaben und öffentliches Recht – Problem gelöst? ... 302
2. Von historischen Strukturen, einer neuen Marktordnung und falschen Annahmen ... 303
3. Wie regelt man (Verwaltungs-)Rechtsverhältnisse? ... 305
II. Ausgangslage und Rahmenbedingungen ... 306
1. Ausgangslage: Rekapitulation ... 306
2. Rahmenbedingungen ... 307
a) Allgemeine (Rechts-)Grundsätze ... 307
b) Grundrechtsbindung im Speziellen ... 307

(i) Grundrechtsbindung im Bereich der öffentlichen Aufgaben ... 307
(ii) Folgen der Grundrechtsbindung ... 309
c) Legalitätsprinzip im Speziellen ... 310
d) Rechtspflege im Speziellen ... 312
III. Regelungsinstrumente in der Stromversorgung ... 312
1. Einleitung ... 312
2. Bei der Belieferung der freien Endverbraucher ... 314
3. Im Bereich des Netzanschlusses, der Netznutzung und der Grundversorgung ... 315
a) Vorfrage: privatrechtlicher Vertrag? ... 315
b) Verfügung oder verwaltungsrechtlicher Vertrag? ... 317
(i) Vorrang der Verfügung ... 317
(ii) Verfügungsbefugnis in der Praxis als Problem ... 317
c) Verfügungen zur Regelung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung ... 319
(i) Verfügung als taugliche Handlungsform ... 319
(ii) Nachteile der Verfügung als Handlungsform ... 320
(iii) Problematik der Verfügungsbefugnis zum Zweiten ... 322
(iv) Schlussfolgerung ... 325
d) Öffentlich-rechtliche Verträge zur Regelung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung? ... 326
(i) Vertragliche Beziehung als Norm ... 326
(ii) Diverse Probleme: Schriftform, Konsens, AGB, faktische Vertragsverhältnisse, fehlende Vertragsdogmatik für öffentlich-rechtliche Verträge etc. ... 327
(iii) AGB aus verwaltungsrechtlicher Sicht ... 333
(iv) Exkurs: Verwaltungsvertragliches Handeln im Lichte des Subsidiaritätsprinzips aus praktischer Sicht ... 336
e) Rechtssätze zur Regelung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung? ... 337
(i) Einleitung ... 337
(ii) Problematik der Rechtssetzungsbefugnis ... 338
(iii) Bundesebene ... 340
(iv) Kantonsebene ... 343
a. Exkurs: Kantonales oder kommunales Recht als Handlungsgrundlage ... 344
b. Autonome Satzungen und Vollziehungsverordnungen als Handlungsgrundlage ... 346
IV. Zwischenfazit ... 348
V. Überlegungen zum Mantelerlass und de lege ferenda ... 350

F. Schlussfolgerungen und Fazit **355**

§ 17 Die Liberalisierung der Infrastruktursektoren als Problembereiter in der juristischen Handhabung der Stromversorgung **355**

I. Infrastrukturen, Monopole, Staat und Liberalisierung **355**

II. Öffentliches Recht, Privatrecht, öffentliche Aufgaben und Verwaltungsrechtsverhältnisse **355**

III. Legalitätsprinzip, Autonomie, Rechtssetzung **360**

IV. Vorläufige Schlussfolgerungen aus verwaltungsrechtlicher Sicht **363**

V. Erkenntnisse und Konsequenzen für die Regelung von Rechtsverhältnissen in der Stromversorgung aus praktischer Sicht **365**

Literaturverzeichnis

ACHERMANN URS, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Voraussetzungen der Privatisierung und Steuerung des privatisierten Vollzugs am Beispiel des öffentlichen Verkehrs, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. ACHERMANN).

BALTHASAR MICHÈLE
- Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung, unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts, Diss. Zürich 2007, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge).
- in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. BALTHASAR, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

BAUMANN ANDREAS, Aargauisches Gemeinderecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. BAUMANN, Gemeinderecht).

BAUMANN ROBERT, Die nationale Netzgesellschaft Swissgrid: Wer haftet für die sichere Stromversorgung der Schweiz? Eine Aufgabe von nationalem Interesse in privatrechtlichem Gewand, in: Abegg Andreas / Heselhaus Sebastian / Hettich Peter / Reich Johannes (Hrsg.), Schriften zum Energierecht, Band 26, Zürich 2023 (zit. BAUMANN, Haftung).

BIAGGINI GIOVANNI
- BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, BV Kommentar).
- in: Ehrenzeller Bernhard / Egli Patricia / Hettich Peter / Hongler Peter / Schindler Benjamin / Schmid Stefan G. / Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Auflage, Zürich / St. Gallen 2023 (zit. BIAGGINI, in: St. Galler Kommentar BV).

BISCHOF JUDITH, Rechtsfragen der Stromdurchleitung, Spezialgesetzliche und kartellrechtliche Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes, Diss. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf (zit. BISCHOF).

BORER JÜRG / VLCEK MICHAEL, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. BORER/VLCEK, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

BRUNNER URSULA, Rechtsetzung durch Private, Private Organisationen als Verordnungsgeber, Diss. Zürich 1982, Zürich 1982 (zit. BRUNNER).

BUCHLI MARTIN, Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 12. Januar 2018 i.S. X. gegen onyx Energie Dienste AG und Regierungsstatthalteramt (VGE 100.2017.247), in: BVR 2018, S. 259-273 (zit. BUCHLI).

ÇELIK HÜSEYIN, Die Einspeisung netzgebundener Energie gemäss Art. 15 EnG, in: AJP 2020, S. 907-923 (zit. ÇELIK).

DAENIKER DANIEL, Überführung staatlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Jaag Tobias (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zürich 2000 (zit. DAENIKER).

DECKWIRTH CHRISTINA, Die Europäische Union als Triebkraft der Privatisierung, in: WSI Mitteilungen 10/2008, S. 534-540 (zit. DECKWIRTH).

ELSER DOMINIK, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben, Verfassungsrechtliche Probleme und Spielräume, Diss. Bern 2019, Zürich 2020 (zit. ELSER).

ERRASS CHRISTOPH, Kooperative Rechtssetzung, Habil. St. Gallen 2009, Zürich / St. Gallen 2010 (zit. ERRASS).

EUGSTER LUZIUS, Die Rechtsnatur der Verhältnisse konzessionierter Privatunternehmen der Daseinsvorsorge zu Dritten, insbesondere zu Abnehmern, Diss. Freiburg 1972 (zit. EUGSTER).

FAGAGNINI HANS PETER, Neuorientierung bei den nationalen Infrastrukturen, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen / Lachen 1998 (zit. FAGAGNINI).

FERRARI-VISCA RETO/HÄUSLER MARC, Verwaltungsrechtliche Verfügungsbefugnis von Privaten – eine kritische Würdigung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2017.247 vom 12. Januar 2018, in: ZBl 121/2020, S. 59-79 (zit. FERRARI-VISCA/HÄUSLER).

FÖHSE KATHRIN S.

– Die Leiden der jungen Strommarktordnung – aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung, in: recht 2015, S. 125-143 (zit. FÖHSE, Strommarktordnung)

– Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz (StromVG), Unter besonderer Berücksichtigung der Regulierung und Entflechtung des Übertragungsnetzbereichs im 3. Energiebinnenmarktpaket der EU, Diss. Bern 2014, Zürich / St. Gallen 2014 (zit. FÖHSE, Netzgesellschaft).
– in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. FÖHSE, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

FÖHSE MARTIN, Grundversorgung mit Strom – ein Überblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten, in: AJP 2018, S. 1235-1250 (zit. FÖHSE, Grundversorgung).

FUCHS ALLEN, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. FUCHS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

FUCHS ALLEN / MORGENBESSER MISCHA, Besteht eine Ausschreibungspflicht für die Erteilung von Verteilnetzkonzessionen?, in: AJP 2010, S. 1099-1112 (zit. FUCHS/MORGENBESSER).

GÄCHTER THOMAS, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Auflage, Zürich / St. Gallen 2021 (zit. GÄCHTER).

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID).

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR).

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich / St. Gallen 2020 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN).

HANDSCHIN LUKAS / SIEGENTHALER THOMAS, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in: SJZ 96/2000, S. 405-414 (zit. HANDSCHIN/SIEGENTHALER).

HÄNER ISABELLE, Der Staat als Wirtschaftsakteur und das Verfahren, in: ZSR Band 140 (2021) I Heft 2, S. 241-256 (zit. HÄNER).

HÄNNI PETER / STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013 (zit. HÄNNI/STÖCKLI).

HEINEMANN ANDREAS, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer Lukas / Heizmann Reto A. (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Band 15, Zürich / St. Gallen 2013, S. 3–58 (zit. HEINEMANN).

HIRSBRUNNER SIMON, in: Becker Ulrich / Hatje Armin / Schoo Johann / Schwarze Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit. HIRSBRUNNER, in: EU-Kommentar).

JAAG TOBIAS
- Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Jaag Tobias (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zürich 2000 (zit. JAAG, Dezentralisierung).
- Die Verordnung im schweizerischen Recht, in: ZBl 112/2011, S. 629–659 (zit. JAAG, Verordnung).

JÄGER CHRISTOPH / SCHEIDEGGER CHRISTOPHE, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

JAGMETTI RICCARDO, Energierecht, in: Koller Heinrich / Müller Georg / Rhinow René / Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Basel 2005 (zit. JAGMETTI).

JEANNERAT ELOI, in: Aemisegger Heinz / Moor Pierre / Ruch Alexander / Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. JEANNERAT, in: Praxiskommentar RPG).

KAISER ANDREA, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. KAISER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018 (zit. KARLEN).

KERN KEREM, Privatisierung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Rechtliche Aspekte des Überführungsvorganges am Beispiel der Kantone Aargau und Zürich, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. KERN).

KERN MARKUS
- in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. KERN, BSK BV).
- Versorgungspflichten in der Europäischen Union, Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnbereich, Habil. Bern, Tübingen 2022 (zit. KERN, Versorgungspflichten).

KIENER REGINA / KÄLIN WALTER / WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, (zit. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH).

KILCHENMANN FRITZ, Rechtsprobleme der Energieversorgung, BVR Sonderheft Nr. 1, Bern 1991 (zit. KILCHENMANN).

KRATZ BRIGITTA, Zu den Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden – eine Momentaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage, in: AJP 2003, S. 342-357 (zit. KRATZ).

KREUZER FREDERIK, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. KREUZER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

KÜHLING JÜRGEN, in: Hatje Armin / Müller-Graff Peter-Christian (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 4: Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit. KÜHLING).

LEBER SUSANNE, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

LEITNER HEINZ / ROTHENFLUH ALEX, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. LEITNER/ROTHENFLUH, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

LEUMANN PASCAL, Eigentumsverhältnisse und Verantwortlichkeiten am Hausanschluss, Wie die Grenzstelle vertraglichen Nebenpflichten Grenzen setzt, in: Jusletter 23. April 2012 (zit. LEUMANN).

LIENHARD ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse – Anforderungen – Impulse, Bern 2005 (zit. LIENHARD, Grundlagen).

LIENHARD ANDREAS / KETTIGER DANIEL
- Deregulierung staatlicher Marktregulierungen im schweizerischen Bundesverwaltungsrecht, in: Cottier Thomas / Oesch Matthias (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, Basel 2020 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung).
- Handlungsspielräume von Gemeinden bei der Versorgung mit Energie und Telekommunikation, Fallbeispiel der Gemeindeinitiative «S'Stromond Glasfasernetz betriebed mer sälber», in Jusletter 10. August 2009 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Handlungsspielräume).

LUDWIGS MARKUS, in: Hatje Armin / Müller-Graff Peter-Christian (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2020 (zit. LUDWIGS).

MÄCHLER AUGUST, Die Auflösung des verwaltungsrechtlichen Vertrages, in: Häner Isabelle / Waldmann Bernhard (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. MÄCHLER).

MAMANE DAVID / VLCEK MICHAEL, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. MAMANE/VLCEK, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

MARTI ARNOLD
- Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung – Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, in: AJP 2002, S. 1154-1162 (zit. MARTI, Aufgabenteilung).
- in: Gauch Peter / Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, 1. Teilband, Einleitung, Art. 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998 (zit. MARTI, ZK ZGB, Art.).

MERKER MICHAEL, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. MERKER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

MÜLLER ANDREAS, Rechtsfragen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Jaag Tobias (Hrsg.), Dezentralisie-

rung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zürich 2000 (zit. MÜLLER, Rechtsfragen).

MÜLLER ANDREAS / JENNI VITTORIO, Rahmenbedingungen bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben – eine aktuelle Übersicht, in: AJP 1999, S. 1071-1082 (zit. MÜLLER/JENNI, Rahmenbedingungen).

MÜLLER GEORG
- Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. MÜLLER, Rechtssetzungslehre).
- Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: Häner Isabelle / Waldmann Bernhard (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. MÜLLER, Zulässigkeit).

MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX / HÖFLER STEFAN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Auflage, Zürich/Genf 2024 (zit. MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre).

MÜLLER RETO PATRICK
- Liberalisierung des Strommarktes – Rolle rückwärts? Die Gestaltung regulatorischer Rahmenbedingungen durch das zuweilen zufällige Zusammenspiel zwischen rechtssetzenden und rechtsanwendenden Behörden, in: Jusletter 19. Dezember 2016 (zit. MÜLLER, Liberalisierung).
- Strategische Verantwortung oder verantwortungsvolle Strategie? Über Zuständigkeiten von Bund und Kantonen in der Stromversorgung, in: SJZ 119/2023, S. 1095-1111 (zit. MÜLLER, Verantwortung).
- Stromversorgungssicherheit, in: ZBl 117/2016, S. 59-83 (zit. MÜLLER, Stromversorgungssicherheit).

NOBEL PETER, Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Jaag Tobias (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zürich 2000 (zit. NOBEL).

OLIVER MOIRA, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. OLIVER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

ORELLI MARIELLA / MAYHALL NADINE, Die Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes – Rückblick und Vorschau, in: Jusletter 23. April 2012 (zit. ORELLI/MAYHALL).

PETRIK-HALTINER TANJA SARAH, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und -tarife, Eine systematische Analyse der Rechtslage im Nachgang an die erste Etappe der schweizerischen Strommarktliberalisierung, Diss. Zürich 2017, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. PETRIK-HALTINER).

POLTIER ETIENNE, Droit suisse de l'énergie, Bern 2020 (zit. POLTIER).

PRESSER FLORIAN MAXIMILIAN WALTER, Grenzüberschreitender Stromhandel, Die Entwicklung zu einem europäischen Binnenmarkt für Strom, Diss. Universität der Bundeswehr München 2010 (zit. PRESSER).

RECHSTEINER STEFAN, Rechtsfragen des liberalisierten Strommarktes in der Schweiz, mit Blick nach Europa, insbesondere Deutschland und Österreich, Diss. Zürich 2001 (zit. RECHSTEINER).

RECHSTEINER STEFAN / WALDNER MICHAEL, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, in: AJP 2007, S. 1288-1298 (zit. RECHSTEINER/WALDNER).

REHBINDER MANFRED, Rechtsstaatlichkeit angesichts leerer Staatskassen, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen / Lachen 1998, S. 295-311 (zit. REHBINDER).

RHINOW RENÉ A., Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, Zur Problematik der administrativen Handlungsformen, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, S. 295-322 (zit. RHINOW).

ROBERT-NICOUD GILLES
- Fourniture de base en électricité, Entre service public et protectionnisme, in: Jusletter 12. November 2018 (zit. ROBERT-NICOUD, Fourniture de base).
- Approvisionnement de base en électricité sur le long terme, in: Jusletter 28. November 2022 (zit. ROBERT-NICOUD, Approvisionnement de base).

RODI MICHAEL, in: Vedder Christoph / Heintschel von Heinegg Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV/AEUV/GRCh/EAGV, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018 (zit. RODI, in: EU-Handkommentar).

RUCK ERWIN, Schweizerisches Elektrizitätsrecht, Zürich 1964 (zit. RUCK).

RÜEGGER PETER, Rechtsprobleme der Verteilung elektrischer Energie durch öffentlichrechtliche Anstalten, Diss. Zürich 1991, Baden (zit. RÜEGGER).

RÜTSCHE BERNHARD
- Rechtsnatur der Stromversorgung, Präsentation anlässlich des Round Table des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen vom 23. November 2016 (zit. RÜTSCHE, Rechtsnatur).
- Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013, Heft 4, S. 153-162 (zit. RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben).

SÄGESSER THOMAS
- Stämpflis Handkommentar SHK, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, Bern 2007 (zit. SÄGESSER, RVOG [1. Aufl.]).
- Stämpflis Handkommentar SHK, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, 2. Auflage, Bern 2022 (zit. SÄGESSER, RVOG).

SCHINDLER BENJAMIN, in: Ehrenzeller Bernhard / Egli Patricia / Hettich Peter / Hongler Peter / Schindler Benjamin / Schmid Stefan G. / Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Auflage, Zürich / St. Gallen 2023 (zit. SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV).

SCHMIDT SUSANNE K., Liberalisierung in Europa, Die Rolle der Europäischen Kommission, Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung Köln, Band 33, Frankfurt a. M. 1998 (zit. SCHMIDT).

SCHOLL PHYLLIS
- Eigentum an Stromleitungen und den erforderlichen Nebenanlagen – Auslegung von Art. 15a EleG, in: Jusletter 15. April 2013 (zit. SCHOLL, Eigentum).
- Elektrizität, in: Biaggini Giovanni / Häner Isabelle / Saxer Urs / Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. SCHOLL, Elektrizität).
- Rechtsnatur des Stromliefervertrags, in: dRSK vom 26. April 2016 (zit. SCHOLL, Rechtsnatur).

SCHOLL PHYLLIS / FLATT MARKUS, Energiewirtschaft Schweiz, Juristische und ökonomische Grundlagen und Praxisanwendungen, Zürich/Genf 2022 (zit. SCHOLL/FLATT).

SCHOTT MARKUS, in: Niggli Marcel Alexander / Uebersax Peter / Wiprächtiger Hans / Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auflage, Basel 2018 (zit. SCHOTT, BSK BGG).

SPIELMANN ANDRE, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. SPIELMANN, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

STRAUB PHILIPP, Der Zugang zu den Elektrizitätsnetzen in Europa und der Schweiz, Diss. Zürich 2005, Basel 2005 (zit. STRAUB).

SYZ CAROLE, Faktisches Vertragsverhältnis, Diss. Zürich 1991 (zit. Syz).

TRÜEB HANS RUDOLF / ZIMMERLI DANIEL, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, in: ZBl 112/2011, S. 113-142 (zit. TRÜEB/ZIMMERLI).

TSCHANNEN PIERRE
- Hoheitliches Handeln von Privaten, in: Boillet Véronique / Favre Anne-Christine / Martenet Vincent (Hrsg.), Le droit public en mouvement, mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genf/Zürich/Basel 2020 (zit. TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln).
- in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Auflage, Zürich / St. Gallen 2019 (zit. TSCHANNEN, VwVG).
- in: Ehrenzeller Bernhard / Egli Patricia / Hettich Peter / Hongler Peter / Schindler Benjamin / Schmid Stefan G. / Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Auflage, Zürich / St. Gallen 2023 (zit. TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar BV).
- Privatisierung: Ende der Verfügung?, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Tagung vom 15./16. Oktober 1997 an der Universität Bern / Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 1997, Bern 1998, S. 209-240 (zit. TSCHANNEN, Verfügung).
- Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Auflage, Bern 2021 (zit. TSCHANNEN, Staatsrecht).

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014 (zit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER).

TSCHANNEN PIERRE / MÜLLER MARKUS / KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Bern 2022 (zit. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN).

UEBERSAX PETER, Privatisierung der Verwaltung, in: ZBl 102/2001, S. 393-422 (zit. UEBERSAX).

UHLMANN FELIX / FLEISCHMANN FLORIAN, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, 15. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Band 7, Zürich / St. Gallen 2017 (UHLMANN/FLEISCHMANN).

VOET VAN VORMIZEELE PHILIPP, in: Becker Ulrich / Hatje Armin / Schoo Johann / Schwarze Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit. VOET VAN VORMIZEELE, in: EU-Kommentar).

VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000 (zit. VOGEL).

WALDMANN BERNHARD
- Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Eine Einführung, in: Häner Isabelle / Waldmann Bernhard (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. WALDMANN, Vertrag).
- in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. WALDMANN, BSK BV).

WALDMANN BERNHARD / WIEDERKEHR RENÉ, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. WALDMANN/WIEDERKEHR).

WALDNER MICHAEL, Funktion und Rechtsnatur des Stromliefervertrages im liberalisierten Strommarkt, in: AJP 2010, S. 1311-1322 (zit. WALDNER).

WALTHER SIMONE, Kooperative Steuerungsinstrumente im schweizerischen Stromversorgungsrecht, Diss. St. Gallen 2014, Zürich / St. Gallen 2014 (zit. WALTHER).

WEBER ROLF H.
- Auf dem Weg zur Neustrukturierung der Elektrizitätsmärkte, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen / Lachen 1998, S. 911-933 (zit. WEBER, Neustrukturierung).
- Vom Monopol zum Wettbewerb, Regulierung der Kommunikationsmärkte im Wandel, Zürich 1994 (zit. WEBER, Monopol).

WEBER ROLF H. / KRATZ BRIGITTA
- Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005 (zit. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht).
- Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009 (zit. WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht).

WEBER-MANDRIN MONIQUE, Öffentliche Aufgaben der Kantonsverfassungen, Diss., Zürich 2001 (zit. WEBER-MANDRIN).

WECHTL NORBERT, Die eigentumsrechtliche Entflechtung der Strom- und Gasversorgungsunternehmen in der Europäischen Union, Diss. Wien 2010 (zit. WECHTL).

WELTERT HANS MARTIN, Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung, Diss. Zürich 1990 (zit. WELTERT).

WIEDERKEHR RENÉ, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2022 (zit. WIEDERKEHR).

WIEGAND WOLFGANG, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Tagung vom 15./16. Oktober 1997 an der Universität Bern / Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 1997, Bern 1998, Vorwort (zit. WIEGAND).

WIEGAND WOLFGANG / WICHTERMANN JÜRG, Zur Haftung für privatisierte Staatsbetriebe, in: recht 1999, S. 1–16 (zit. WIEGAND/WICHTERMANN).

WYSS DANIELA, in: Kratz Brigitta / Merker Michael / Tami Renato / Rechsteiner Stefan / Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016 (zit. WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I).

ZÄCH ROGER, Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen mit Netzstrukturen, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen / Lachen 1998 (zit. ZÄCH).

Materialienverzeichnis

Bundesamt für Energie, Grund- und Ersatzversorgung in geöffneten Elektrizitätsmärkten, Regulierungsvergleich und Möglichkeiten für die Ausgestaltung des WAS-Modells und einem Exkurs zum Thema «schutzbedürftige Kunden» in geöffneten Elektrizitätsmärkten vom 20. Dezember 2013 (zit. BFE, Grund- und Ersatzversorgung).

Bundesamt für Energie, Organisation der Stromversorgung, Erläuternder Bericht zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Stromversorgung (StromVG) vom 30. Juni 2004 und zum Entwurf der Revision des Elektrizitätsgesetzes (Regelung für den grenzüberschreitenden Stromhandel) vom 30. Juni 2004 (zit. BFE, Bericht Organisation).

Bundesamt für Energie, Parallelleitungen Anschlussänderungen Zusatzanschlüsse Erstanschlüsse, Schlussbericht der Arbeitsgruppe (AG Par) vom 28. November 2006 (zit. BFE, Schlussbericht AG Par).

Bundesamt für Energie, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2023 (zit. BFE, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2023).

Bundesamt für Energie, Zuständigkeiten im Bereich der Stromversorgungssicherheit, Bericht zu Handen der UREK-N vom 11. Januar 2017 (zit. BFE, Zuständigkeiten).

Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Auflage, 2019, mit Aktualisierungen 2023 (zit. BJ, Gesetzgebungsleitfaden).

Bundesrat, Bericht des Bundesrates «Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)» vom 23. Juni 2004, BBl 2004, S. 4569-4644 (zit. Bundesrat, Bericht Grundversorgung).

Bundesrat, Bericht des Bundesrates über weitere Reformen im Zeichen der marktwirtschaftlichen Erneuerung vom 13. Juni 1994 (zit. Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung).

Bundesrat, Botschaft betreffend den Rückkauf der schweizerischen Hauptbahnen vom 25. März 1897, BBl 1897 II, S. 230-477 (zit. Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen).

Bundesrat, Botschaft über das Folgeprogramm nach Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I, S. 805-994 (zit. Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm).

Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze (Änderung des Elektrizitätsgesetzes und des Stromversorgungsgesetzes) vom 13. April 2016, BBl 2016, S. 3865-3946 (zit. Bundesrat, Botschaft Stromnetze).

Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, BBl 2021 1666 (zit. Bundesrat, Botschaft Mantelerlass).

Bundesrat, Botschaft zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) vom 7. Juni 1999, BBl 1999, S. 7370-7468 (zit. Bundesrat, Botschaft EMG).

Bundesrat, Botschaft zum Energiegesetz vom 21. August 1996, BBl 1996 IV, S. 1005-1164 (zit. Bundesrat, Botschaft EnG).

Bundesrat, Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013, S. 7561-7756 (zit. Bundesrat, Botschaft erstes Massnahmenpaket).

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2004, S. 1611-1682 (zit. Bundesrat, Botschaft StromVG).

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Stromversorgungsgesetzes (Stromreserve) vom 1. März 2024, BBl 2024 710 (zit. Bundesrat, Botschaft Stromreserve).

Bundesrat, Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996, BBl 1997 I, S. 909-995 (zit. Bundesrat, Botschaft Bahnreform I).

Bundesrat, Botschaft zur Organisation der Bahninfrastruktur vom 16. November 2016, BBl 2015, S. 8661-8748 (zit. Bundesrat, Botschaft Bahninfrastruktur).

Bundesrat, Die Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz, Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010, BBl 2010, S. 8665-8758 (zit. Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze).

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom, Rechtsnatur von Richtlinien und Branchendokumenten, Mitteilung vom 1. Februar 2010 (zit. ElCom, Rechtsnatur).

Institut für Föderalismus, Universität Freiburg, Die Elektrizitätswirtschaftsordnung, Übersicht und Beurteilung des kantonalen Rechts, Bern 2003 (Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung).

Konferenz Kantonaler Energiedirektoren EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung zum Stromversorgungsgesetz, Bericht einer Arbeitsgruppe der Konferenz Kantonaler Energiedirektoren (EnDK) vom 30. Mai 2008 (zit. EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung).

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), OECD Economic Surveys: Switzerland 2024, March 2024 (zit. OECD).

Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, Branchenempfehlung Netznutzungsmodell für das schweizerischen Verteilnetz, Grundlagen zur Netznutzung und Netznutzungsentschädigung in den Verteilnetzen der Schweiz, Ausgabe 2021 (zit. VSE, NNMV – CH 2021).

Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, Branchenempfehlung Distribution Code Schweiz, Technische Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Verteilnetzes, Ausgabe 2020 (zit. VSE, DC-CH 2020).

Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, Branchenempfehlung Marktmodell für die elektrische Energie – Schweiz, Grundsatzdokument zur Regelung der zentralen Aspekte der Organisation des Strommarktes Schweiz, Ausgabe 2018 (zit. VSE, MMEE – CH 2018).

Abkürzungsverzeichnis

a	(vor einem Erlass) alte Fassung des jeweiligen Erlasses
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ACER	Agency for the Cooperation of Energy Regulators
aEnG	Energiegesetz (EnG) vom 26. Juni 1998 (SR 730.0)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 326/47 vom 26.10.2012)
AG	Aktiengesellschaft
AG Par	Arbeitsgruppe Parallelleitungen
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
AN-CH 2018	Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Arealnetze, Handhabung von «Elektrizitätsleitungen mit kleiner räumlicher Ausdehnung zur Feinverteilung» von elektrischer Energie, Ausgabe 2018
aNIV	Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV) vom 6. September 1989 (SR 734.27)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BFE	Bundesamt für Energie
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts; amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110) vom 17. Juni 2005
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung Kanton Solothurn
BJ	Bundesamt für Justiz
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
bzw.	beziehungsweise

ca.	circa
COM	Dokument der Europäischen Kommission
DC-CH 2020	Branchenempfehlung, Distribution Code Schweiz, Technische Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Verteilnetzes, Ausgabe 2020
Ders.	derselbe
Dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
dRSK	Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar
E-	(vor einem Erlass) Entwurf des jeweiligen Erlasses
E.	Erwägung
EG	Europäische Gemeinschaft
EG-Vertrag	Vertrag über die Europäische Union vom (ABl. C 191/1 vom 29.7.1992)
ElCom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
EleG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz; SR 734.0) vom 24. Juni 1902
EMG	Elektrizitätsmarktgesetz (BBl 2000 6189)
endg.	endgültig
EnDK	Konferenz Kantonaler Energiedirektoren
EnG	Energiegesetz (SR 730) vom 30. September 2016
engl.	englisch
ENTSO-E	European Network of Transmission System Operators for Electricity
EnV	Energieverordnung (SR 730.1) vom 1. November 2017
EU	Europäische Union
EU-VNBO	Europäische Organisation der Verteilernetzbetreiber
EUCO	European Council (Europäischer Rat)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVU	Elektrizitätsversorgungsunternehmen
EWG-Vertrag	— Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FMG	Fernmeldegesetz (SR 784.10) vom 30. April 1997
Fn.	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
Habil.	Habilitation

Hrsg.	Herausgeber
Hz	Hertz
i.d.R.	in der Regel
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KEnG	Kantonales Energiegesetz Luzern (SRL Nr. 773) vom 4. Dezember 2017
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251) vom 6. Oktober 1995
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
L	Richtlinie der Europäischen Union
lit.	litera (Buchstabe)
LVG	Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz; SR 531) vom 17. Juni 2016
m.E.	meines Erachtens
MMEE-CH 2018	— Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Marktmodell für die elektrische Energie – Schweiz, Grundsatzdokument zur Regelung der zentralen Aspekte der Organisation des Strommarktes Schweiz, Ausgabe 2018
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
NA/RR-CH 2019	— Branchenempfehlung, Netzanschluss (für alle Netzanschlussnehmer an das Verteilnetz), Grundlagen zur Festlegung der Bedingungen und zur Berechnung der Anschlussbeiträge für den physischen Netzanschluss an das Verteilnetz, Ausgabe 2019
NIV	Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung; SR 734.27) vom 7. November 2001
NNMV-CH 2021	— Branchenempfehlung, Netznutzungsmodell für das schweizerische Verteilnetz, Grundlagen zur Netznutzung und Netznutzungsentschädigung in den Verteilnetzen der Schweiz, Ausgabe 2021
NPM	New Public Management
Nr.	Nummer
o.Ä.	oder Ähnliche(s)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (deutsch: Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220) vom 30. März 1911
PTT	Post-, Telefon- und Telegrafenbetriebe
PublG	Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz; SR 170.512) vom 18. Juni 2004
PüG	Preisüberwachungsgesetz (SR 942.20) vom 20. Dezember 1985
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; SR 700) vom 22. Juni 1997
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010) vom 21. März 1997
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung Kanton Aargau
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31) vom 20. März 1998
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz des Europäischen Gerichtshofs
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
SRL	Systematische Sammlung Kanton Luzern
StromVG	Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz; SR 734.7) vom 23. März 2007
StromVV	Stromversorgungsverordnung (SR 734.71) vom 14. März 2008
u.a.	unter anderem
UEG	Bundesgesetz über die Entlastung der Unternehmen von Regulierungskosten (Unternehmensentlastungsgesetz; SR 930.31) vom 29. September 2023
UREK-N	Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz; SR 814.01) vom 7. Oktober 1983
u.U.	unter Umständen
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation

VAN	Verordnung des UVEK über Ausnahmen beim Netzzugang und bei den anrechenbaren Netzkosten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz (SR 734.713.3) vom 3. Dezember 2008
VGE	Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VSE	Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021) vom 20. Dezember 1968
WEG	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (SR 843) vom 4. Oktober 1974
WResV	Verordnung über die Errichtung einer Stromreserve für den Winter (Winterreserveverordnung; SR 734.722) vom 25. Januar 2023
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210) vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK ZGB	Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung; SR 272) vom 19. Dezember 2008
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil

A. Einleitung

§ 1 Einleitende Bemerkungen

Ohne Elektrizität wäre der moderne Alltag kaum zu bewältigen – zumindest nicht in gewohnter Manier. Die Allerwenigsten dürften sich jedoch viele Gedanken darüber machen. Strom kommt schliesslich aus der Steckdose![1] Vielleicht, so die Vermutung des Autors, haben sich in den letzten paar Jahren und Monaten – sei es aus Umweltschutzgedanken, aufgrund der drohenden Strommangellage und steigender Energiepreise, etlicher Gesetzesrevisionen in diesem Bereich und der Wiederaufnahme der Verhandlungen mit der Europäischen Union, Teil derer auch ein Stromabkommen ist – etwas mehr Gedanken in diese Richtung verirrt. In juristischer Hinsicht vermutlich auch, aber wohl ohnehin nur diejenigen, die sowieso bereits dort ab und zu verweilten. Das Recht der Energieversorgung, darunter auch der Stromversorgung, fristet nämlich seit jeher ein Nischendasein in der schweizerischen Jurisprudenz. Die Literatur dazu ist dementsprechend spärlich. Der Einstieg in die Materie fällt (auch daher) nicht leicht. Wer sich als Jurist dennoch darin wiederfindet, was wohl selten der Fall sein dürfte, tut indes gut daran, sich nicht allzu viele Gedanken in grundlegender Hinsicht zu machen. Tut man es doch, so führt dies (zumindest nach eigener Erfahrung des Autors[2]) zu einem erheblichen Masse an Kopfzerbrechen und einer Fülle unbeantworteter Fragen. Diese Erkenntnis stand am Anfang der vorliegenden Arbeit und gab den Ausschlag zur Verfassung derselben.

Dass sich die wenigsten Kundinnen und Kunden der Elektrizitätsversorgungsunternehmen (sog. EVU) gedanklich mit Elektrizität (geschweige denn dem Elektrizitätsmarkt oder den juristischen Aspekten dahinter) aus-

1 Vgl. WELTERT, S. 53.

2 Und der Erfahrung einiger, die es ihm gleichtaten, vgl. etwa WELTERT, S. 53: «*Jeder Jurist, der Richter, der Verwaltungsbeamte, der frei praktizierende Rechtsanwalt oder der in der Wissenschaft tätige Rechtslehrer ist Unsicherheiten und bohrenden Zweifeln ausgesetzt, wenn Rechtsfragen über Streitigkeiten zwischen Elektrizitätswerken und Strombezügern zur Entscheidung anstehen*»; RUCK, S. 11: «*Die juristische Erfassung und Lösung der mit der Gewinnung und Verwertung elektrischer Energie gestellten Rechtsfragen ist vielfach unklar und verwirrend*»; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1235: «*Die Regulierung der Stromversorgung auf Bundesebene lässt viele Fragen offen – auch solche grundlegender Natur*»; BAUMANN, Haftung, S. 1: «*Ein Ratespiel um Rechtsverhältnisse …*».

einandersetzen, ist – etwas vereinfachend und pointiert formuliert[3] – auch dem Umstand geschuldet, dass die allermeisten von ihnen in diesem Bereich ihres Lebens keine bzw. kaum eine Wahl haben. Sie haben den Strom grundsätzlich vom lokalen Elektrizitätsversorger zu vorgegebenen Preisen zu beziehen. Die Rechnung folgt schliesslich meist ohne weiteres Zutun. Jedenfalls aber folgt sie, ohne dass der einzelne Endverbraucher Einfluss auf die Modalitäten des Rechtsverhältnisses hätte. Ein Vertrag wird in der Regel nicht verhandelt. Umgekehrt brauchen sich die Endverbraucher auch nicht darum zu kümmern, wie sie ihre Stromversorgung sicherstellen. Denn sie wissen: Aus der Steckdose kommt Strom! Diese Ausgangslage galt bis noch vor wenigen Jahren für praktisch sämtliche Endverbraucher in der Schweiz. Seit einigen Jahren jedoch, dem 15. Juli 2007, um genau zu sein, wird der schweizerische Strommarkt bundesweit durch das Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) geregelt. Mit Inkrafttreten des StromVG wurde der Strommarkt zumindest teilweise liberalisiert. Immerhin für einen Teil der Endverbraucher wurde dadurch die Möglichkeit geschaffen, ihren Stromlieferanten frei wählen zu können. Doch auch diejenigen Endverbraucher, die ihren Strom am freien Markt beziehen können, werden, sofern sie das tun, zwar einen Elektrizitätsliefervertrag abgeschlossen haben. Um «ihren» Strom tatsächlich beziehen zu können, sind sie dennoch auf das Elektrizitätsnetz des lokalen Netzbetreibers, d.h. die Benutzung desselben und einen Anschluss daran, angewiesen. Zumindest in dieser Hinsicht besteht auch für die Endverbraucher mit Wahlfreiheit keine Wahl. Vertragsinhalt und Entgelt werden wiederum vom Netzbetreiber vorgegeben.

Die eben geschilderte Ausgangslage lässt sich in vielen Infrastrukturbereichen in ähnlicher Weise finden.[4] Und es stellen sich aus der Optik des Juristen gleich gelagerte Fragen: Handelt es sich dabei um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit oder um eine öffentliche Aufgabe? Unterstehen die Rechtsverhältnisse zwischen Infrastrukturdienstleister und Kunden dem Privatrecht oder handelt es sich dabei nicht viel eher um Verwaltungsrechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürgern (bzw. Rechtsunterworfenen), die im öffentlichen Recht besser aufgehoben sind? Welche Handlungsformen sind und welches Handeln ist zulässig? Viele dieser Fragen sind mit Blick auf die Stromversorgung nicht leicht zu beantworten. Schuld daran trägt nach

3 Zu den Einzelheiten später.

4 So etwa in der leitungsgebundenen Versorgung mit Wasser, Gas, Fernwärme, Telekommunikation, bei der Abwasserentsorgung oder bei der Inanspruchnahme der Briefpost, öffentlicher Verkehrsmittel und dergleichen.

Ansicht des Autors insbesondere die neue Stromversorgungsgesetzgebung.[5] Erstens trifft eine relativ junge Gesetzgebung[6] auf historisch gewachsene Strukturen, die nicht ohne Schaden ignoriert werden können.[7] Diese Kombination zwischen althergebrachten Strukturen sowie neuer Marktordnung zeichnet bereits für einen Grossteil der rechtlichen Probleme und Unklarheiten in der Stromversorgung verantwortlich.[8] Zweitens ist es die Ausgestaltung der Stromversorgungsgesetzgebung, in konzeptioneller Hinsicht als Rahmengesetz mit regulierter Selbstregulierung nach dem Grundsatz der Subsidiarität aufgebaut, welche zu Rechtsunsicherheit und erheblichen praktischen Schwierigkeiten führt. Drittens scheint die Konzeption der Stromversorgungsgesetzgebung wohl auf der liberalen Annahme zu beruhen, dass es sich bei der Stromversorgung um eine privatwirtschaftliche und nicht um eine staatliche Tätigkeit handle bzw. handeln müsse.[9] Diese Präsumtion bei der Ausgestaltung der neuen Marktordnung führte zu einer Vermischung unterschiedlicher Sphären und damit einer Verwischung von Grenzen zwischen Öffentlichem und Privatem[10], was ebenfalls nicht ohne Schaden bleiben kann.

Die vorliegende Arbeit hat das Ziel, etwas Licht ins Dunkel zu bringen und die Fragestellungen aus rein juristischer Optik, d.h. möglichst neutral, zu beantworten. Teilweise sind Wertungen und Hinweise aber unvermeidbar oder nach Ansicht des Autors angebracht. Dabei werden seitens des Autors aber auch die Schwierigkeiten anerkannt, welche mit dem Erlass einer komplett neuen Marktordnung verbunden sind.

5 Der rechtliche Rahmen für die schweizerische Elektrizitätswirtschaft wurde ironischerweise seit jeher bemängelt, vgl. RUCK, S. 170 f.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 11 f.

6 Das gilt für die meisten Infrastruktursektoren. Gewisse bundesweite Marktordnungserlasse sind gar noch in der Erarbeitungsphase. So ist das Gasversorgungsgesetz (GasVG) wortwörtlich immer noch in der «Pipeline». Dessen Vernehmlassung wurde am 30. Oktober 2019 eröffnet und dauerte bis am 14. Februar 2020. Der Bundesrat hat Eckwerte für das neue GasVG definiert. Analog zur Situation im Strommarkt ist vorerst nur ein partielle Marktöffnung für Grossverbraucher geplant, vgl. dazu die Medienmitteilungen des Bundesrates vom 30. Oktober 2019 betreffend die Eröffnung der Vernehmlassung zum Gasversorgungsgesetz sowie vom 21. Juni 2023 betreffend die Festlegung der Eckwerte des GasVG durch den Bundesrat.

7 Um ein grundlegendes Verständnis für die Thematik aufzubauen, ist die Kenntnis der historischen Entwicklung deshalb zentral; in diesem Sinne auch VALLENDER KLAUS. A., Die Konzeption der Wirtschaftsfreiheit, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 891-910, S. 891.

8 Ebenso MÜLLER, Liberalisierung, S. 3; ferner im Allgemeinen auch VOGEL, S. 8.

9 Vgl. etwa Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643 und 1677; ferner BISCHOF, S. 24 f.

10 Vgl. hierzu allgemein auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 782 f. und 796 f.

§2 Fragestellung

Die nachfolgend untersuchten Fragestellungen, so unter anderem, ob die Versorgung mit Elektrizität eine öffentliche Aufgabe darstellt, ob das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Gestalt ist und wie die entsprechenden Rechtsverhältnisse ausgestaltet werden können, wurden bereits von verschiedenen Autoren – meist aber noch vor dem Inkrafttreten des StromVG – diskutiert.[11] Aufgrund der Folgen, welche mit den Antworten auf diese Fragen einhergehen, und der ungebrochenen Aktualität der Diskussion scheint dem Autor eine weitere Auseinandersetzung mit der Thematik dennoch angebracht. Dies aus den folgenden Gründen: Erstens handelt es sich bei der schweizerischen Strommarktordnung noch immer um ein relativ junges Rechtsgebiet, so dass sich ein Grossteil der Literatur noch vor oder zumindest am Scheidepunkt zur neuen Marktordnung mit diesen Fragen auseinandergesetzt hat. Zweitens zeigen die bisherigen Auseinandersetzungen zu dem Thema und das wiederholte, ja gar stetige Auftauchen dieser Fragen in der Praxis, dass die Rechtsauffassungen nicht einheitlich und teils auch nicht gefestigt sind. Drittens zeigt die Vergangenheit, dass der Staat einem zeitgeistlichen Zyklus bei der Aufgabenwahrnehmung unterliegt und dass damit auch die Rechtspositionen einem Wandel unterliegen und sich grundlegend ändern können. Viertens befindet sich der Elektrizitätsmarkt immer noch in einer Phase eines tiefgreifenden Strukturwandels (Marktöffnung, Dezentralisierung, Smart Grid etc.), so dass auch ein Ausblick *ex ante* sinnvoll erscheint.

Dass sich an der Aktualität der Thematik wenig geändert hat, auch wenn das Bundesgericht mittlerweile zumindest teilweise Klarheit geschaffen hat[12] und in den letzten Jahren einiges an entsprechender Fachliteratur hinzugekommen ist, zeigen auch Diskussionen innerhalb der Bundesverwaltung, bei denen es um die Frage geht, ob die Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse im Bereich der Stromversorgung explizit im Gesetz zu verankern sei. Schliesslich ist nach Meinung des Autors eine schweizweit einheitliche Beantwortung dieser Fragen durch die Schaffung einer gesamtschweizerischen Strommarktordnung – dem Föderalismus zum Trotz – unabdinglich geworden.[13] Davon scheint implizit auch das Bundesgericht auszugehen, stellt es

11 Vgl. etwa WELTERT, *passim*; RÜEGGER, *passim*; KRATZ, *passim*; ferner EUGSTER, S. 27 ff.

12 Vgl. BGE 144 III 111, E. 5.1 ff. S. 112 ff.

13 In diesem Sinne auch POLTIER, Rz. 752; für die altrechtliche Situation vgl. insbesondere WELTERT, S. 413 ff.; ferner auch BISCHOF, S. 22; vgl. zudem auch die Kritik an der Situation einer uneinheitlichen Rechtsordnung (allerdings noch vor dem Inkrafttreten des StromVG) bei WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, §1 Rz. 11.

zur Beantwortung der Fragen nach dem Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe und der Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse im Bereich der Stromversorgung doch nur noch auf die bundesrechtlichen Bestimmungen ab.[14] Inwiefern dies aufgrund der Konzeption des StromVG überhaupt möglich ist, wird nachfolgend aber noch zu erörtern sein.

Bevor in der vorliegenden Arbeit näher auf die Qualifikation und die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse[15] im Bereich der Stromversorgung eingegangen werden kann, sind die dafür erforderlichen Grundlagen zu schaffen. Neben einem Überblick über die Grundlagen der Infrastruktursektoren und deren Wandel im Laufe der Zeit (B.) ist in einem zweiten Schritt spezifisch auf die Stromversorgung einzugehen, indem ein Überblick zu den technischen und rechtlichen Grundlagen der Stromversorgung und deren zentralen Akteuren, den Netzbetreibern, geschaffen wird (C.). Im Anschluss daran erfolgt die rechtliche Qualifikation der Stromversorgung und der damit verbundenen Rechtsverhältnisse, wobei insbesondere die Fragen nach dem Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe und deren Rechtsnatur zu klären sind (D.). Im letzten Teil dieser Arbeit ist der Kernfrage nachzugehen, wie die Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung ausgestaltet werden können und wo allenfalls juristische Schwierigkeiten anzutreffen sind (E.). Zum Schluss werden die Ergebnisse zusammengefasst und ein Fazit gezogen (F.).

14 Vgl. etwa BGE 144 III 111, E. 5.1 ff. S. 112 ff.; gl.M. BUCHLI, S. 269.

15 Zum Begriff des Rechtsverhältnisses vgl. WELTERT, S. 279 ff.

B. Infrastruktursektoren und Stromversorgung

§3 Grundlagen

I. Infrastrukturnetze und Infrastruktursektoren

Als Infrastrukturnetze werden langlebige physische Einrichtungen bezeichnet, welche die Bevölkerung und Wirtschaft mit grundlegenden Gütern versorgen.[16] Einerseits dienen diese Güter der restlichen Wirtschaft als Basis für deren Tätigkeit, andererseits tragen sie aber auch selbst zur Wertschöpfung bei.[17] Die Infrastrukturgüter sind somit nicht nur für den einzelnen Endverbraucher bedeutsam, sondern für die gesamte Volkswirtschaft. Ihnen kommt daher eine fundamentale Rolle für die gesellschaftliche Wohlfahrt zu.[18] Eine hohe Qualität der Infrastrukturnetze trägt folglich wesentlich zur Wettbewerbsfähigkeit und Standortattraktivität eines Landes bei.[19] Der Bundesrat zog gar den Schluss, dass *«leistungsfähige und zuverlässige Infrastrukturnetze […] eine unverzichtbare Lebensgrundlage [bilden]».*[20] Als solche grundlegenden Güter gelten beispielsweise Verkehr (Strasse, Schiene, Luftfahrt), Telekommunikation (Fest-, Kabel- , Mobilfunk- und Rundfunknetze), Energie (Strom- und Gasversorgung), Wasser- und Abwasserversorgung, Abfallentsorgung und Post.[21]

Entsprechend der für sie bestehenden Verantwortlichkeiten und nach Massgabe ihrer Ausdehnung lassen sich diese Güter in nationale und regionale (bzw. lokale) Infrastrukturnetze unterteilen.[22] Nationale und regionale

16 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8676; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1189 f.

17 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8684.

18 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8676.

19 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8666.

20 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8666.

21 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8666 und 8676 f.; vgl. dazu auch FAGAGNINI, S. 790 f.

22 Während bei gewissen Gütern sowohl eine landesweite als auch regionale bzw. lokale Netzinfrastrukturen bestehen, welche zusammenwirken (z.B. im Bereich des Verkehrs die Nationalstrassen, Kantonsstrassen, Gemeindestrassen etc. oder im Bereich der Elektrizität das Übertragungsnetz sowie die Verteilnetze), gibt es bei anderen Gütern bloss regionale oder lokale Infrastrukturnetze (z.B. im Bereich der Fernwärme oder bei der Abfallentsorgung), vgl. Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8676;

Infrastrukturnetze stehen dabei in enger Wechselwirkung zueinander; sie bilden ein funktionales Ganzes, welches nur im gemeinsamen Zusammenspiel funktioniert.[23] Da heute jede Ebene des Bundesstaates gewisse Infrastrukturaufgaben wahrnimmt, ist ein Zusammenwirken zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden oft unerlässlich.[24]

Die Wirtschaftssektoren, welche für ihre Güter auf eine solche physische Netzinfrastruktur angewiesen sind, werden u.a. als Netzindustrien, Netzsektoren, Netzwirtschaften[25] oder Infrastruktursektoren[26] bezeichnet. Für die damit verbundenen Leistungen wird auch der Begriff der «öffentlichen Dienste» verwendet.[27] Im Folgenden wird der Begriff der (Netz-)Infrastruktursektoren verwendet.

II. Service public und Grundversorgung

Eng mit dem Infrastruktur(netz)begriff[28] verbunden sind die beiden Termini «Service public» und «Grundversorgung».[29] Beide Begriffe werden in ihrer Bedeutung oft einander gleichgesetzt und als Synonyme verstanden.[30] Da eine allgemeingültige Definition des Service-public-Begriffs fehlt, wird der Ausdruck allerdings nicht einheitlich verwendet.[31] Grundsätzliche Einigkeit scheint immerhin darüber zu bestehen, dass dem Staat eine (wie auch immer geartete) Verantwortung für die Erhaltung und Verteilung dieser der Grundversorgung dienenden Güter zukommt.[32] Aber insbesondere die Frage, wel-

Infrastrukturnetze können sich aber auch über die Landesgrenzen hinaus erstrecken und internationale Infrastrukturnetze bilden (so ist beispielsweise das schweizerische Übertragungsnetz für Elektrizität Teil des europäischen Verbundnetzes), vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 13 f.

23 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8676 f.

24 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1198.

25 WALTHER, S. 26.

26 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, *passim*.

27 TSCHANNEN/ MÜLLER/KERN, Rz. 62.

28 Grundlegend zum Begriff der Infrastruktur FAGAGNINI, S. 790 f.

29 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1192.

30 So der Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4570; ebenso FAGAGNINI, S. 792; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155.

31 Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4576.; zu den Ursprüngen des Begriffs vgl. KERN, Versorgungspflichten, S 19 ff.

32 WEBER, Monopol, S. 85; Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, S. 5; WELTERT, S. 257, versteht darunter die Errichtung eines Wohlfahrtmonopols bzw. eines öffentlichen Dienstes durch den Staat, welcher so eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe (Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern) selbst wahrnimmt; weiterführend KERN, Versorgungspflichten, S. 21.

che Güter denn nun zur Grundversorgung gehören, kann – je nach Perspektive und Zeitpunkt – höchst unterschiedlich beantwortet werden.[33]

Teile der Lehre knüpfen zur Bestimmung des Service public bzw. der Grundversorgung an das Vorhandensein eines entsprechenden politischen Leistungsauftrages an, womit die Begriffe in die Nähe des Begriffs der öffentlichen Aufgabe gerückt werden.[34] Dieser Argumentation bedient sich auch der Bundesrat, der den Service public als *«politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und Infrastrukturdienstleistungen»* definiert, *«welche für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen sollen»*.[35] Mit seiner Definition greift der Bundesrat zudem den in Art. 43a Abs. 4 BV statuierten Grundsatz auf, wonach die Leistungen der Grundversorgung allen Personen in vergleichbarer Weise offenstehen müssen.[36] Damit ist einerseits gesagt, dass nach der Definition des Bundesrates die Infrastruktursektoren eine notwendige Grundlage und ein zentrales Element des Service public darstellen.[37] Andererseits bestimmt die politische Definition durch den Gesetzgeber im Einzelfall Art, Umfang und Ausgestaltung der jeweiligen Grundversorgung.[38] Oft zeigt aber erst die Praxis, ob die politische Vorstellung von der Grundversorgung auch der Realität entspricht.[39]

Im Hinblick auf den Erlass einer schweizerischen Elektrizitätsmarktordnung hat die mit der Erstellung des Gesetzesentwurfs beauftragte Expertenkommission den Service-public-Begriff für den Bereich der Stromversorgung konkretisiert und durch die drei Aspekte (1.) Versorgungssicherheit, (2.) Grundversorgung und (3.) weitere gemeinwirtschaftliche Leistungen umschrieben.[40]

33 Illustrativ FAGAGNINI, S. 792 f.; für den Bereich der Kommunikationsmärkte vgl. die Ausführungen bei WEBER, Monopol, S. 85 ff.

34 Vgl. FAGAGNINI, S. 792; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 158 f.

35 Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4576; ebenso FAGAGNINI, S. 792.

36 Vgl. dazu auch die Fallbeispiele zur Grundversorgung bei RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155 f.

37 Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4570.

38 FAGAGNINI, S. 792; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1193, mit Verweis auf die Definition in Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4570 f.

39 Vgl. auch FAGAGNINI, S. 793 und 795; DERS., S. 791, spricht sich zudem auch für eine kritische, an der Realität gemessene Betrachtungsweise der Infrastrukturmerkmale aus.

40 Versorgungssicherheit meint insbesondere sichere und leistungsfähige Netze, welche die jederzeitige, ausreichende und regelmässige Lieferung von Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu angemessenen Preisen garantieren. Zur Grundversorgung gehören insbesondere das Anschlussrecht an das Elektrizitätsnetz und die Preissolidarität. Unter weiteren gemeinwirtschaftlichen Leistungen sind namentlich die Energieberatung, die Erhaltung von Arbeitsplätzen sowie die Förderung erneuerbarer Energien zu verstehen; vgl. zum Ganzen BFE, Bericht Organisation, S. 23 ff.

Es dürfte heutzutage unbestritten sein, dass ein eminentes öffentliches Interesse an einem funktionierenden Service public besteht, sei es nun aus volkswirtschaftlicher Sicht, aus der Perspektive der einzelnen Endverbraucher oder von der Warte des Staates in seiner Gesamtheit aus betrachtet.[41] Die Güter der Infrastruktursektoren bzw. des Service public gehören heute zum täglichen Bedarf. Teilweise sind sie gar lebenswichtig und dementsprechend fundamentaler Gestalt.[42] Das öffentliche Interesse ist dem Begriff des Service public mithin geradezu immanent. Durch die fortlaufende Globalisierung und Technologisierung und die damit verbundene stärkere Vernetzung der Gesellschaft dürfte dieses öffentliche Interesse an einem funktionierenden Service public sodann eher zu- als abgenommen haben und auch noch weiter zunehmen. Da funktionierende Infrastrukturnetze eine Grundvoraussetzung des Service public darstellen, besteht an ihnen (a maiore ad minus) ebenfalls ein erhebliches öffentliches Interesse. Die Frage ist also weniger, ob ein öffentliches Interesse an einem funktionierenden Service public besteht, sondern wie dieses am besten verfolgt wird.[43]

III. Infrastruktursektoren und Monopole

Im Zusammenhang mit den Infrastruktursektoren und -netzen spielen Monopole eine zentrale, nicht wegzudenkende Rolle und prägen den gesellschaftlichen und juristischen Diskurs entscheidend. Monopole lassen sich nach verschiedenen Kriterien gliedern. Nach der Art ihrer Begründung bzw. nach ihrem Ursprung kann in einem ersten Schritt zwischen natürlichen und staatlichen Monopolen unterschieden werden.[44]

1. Natürliche Monopole im Bereich der (Elektrizitäts-) Infrastrukturen

Natürliche Monopole spiegeln die Unvollkommenheit des Marktes wider: Ein natürliches Monopol liegt vor, wenn ein einzelner Anbieter den Markt zu günstigeren Konditionen versorgen kann, als dies bei mehreren Anbietern der Fall wäre. Diese Konstellation tritt ein, wenn die Fixkosten im Vergleich

41 Vgl. HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194; Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4570; Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8666 ff.

42 ZÄCH, Privatisierung, S. 939; WELTERT, S. 259, betreffend die Nutzung von Elektrizität.

43 Zur Grundversorgung im Strommarkt vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 95 ff.; BFE, Bericht Organisation, S. 24 f.; eingehend zum öffentlichen Interesse WELTERT, S. 224 ff.

44 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2691 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1242 ff.; BISCHOF, S. 38.

zu den variablen Kosten bzw. zur Nachfrage ausserordentlich hoch sind.[45] Diese Ausgangslage, welche sich aufgrund von unterschiedlichen Faktoren ergeben kann, so etwa aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen,[46] führt zu einen Marktversagen.

Den Netzinfrastruktursektoren ist u.a. gemein, dass erst durch das Zusammenspiel einer Vielzahl von aufeinander abgestimmten einzelnen Einrichtungen die Erbringung der entsprechenden Leistung überhaupt ermöglicht wird. Aufbau und Erhalt dieser Einrichtungen sind zudem meist sehr zeit- und kostenintensiv. Dies gilt in besonderem Masse auch bei Elektrizitätsnetzen.[47] Besteht in einem Gebiet bereits ein Elektrizitätsnetz, sprechen vor allem finanzielle Aspekte gegen die Erstellung einer parallelen Netzinfrastruktur.[48] Der «eingesessene» Netzbetreiber hat gegenüber dem neu eintretenden Marktteilnehmer durch Pfadabhängigkeiten einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil, welcher infolge der hohen Markteintrittskosten noch verstärkt wird. Der Eintritt neuer Mitbewerber ist deshalb unwahrscheinlich.[49] Da sich die Dimensionierung des bestehenden Netzes nach dem Gesamtabsatz richtet, hätte die Duplikation der Infrastrukturen bei gleichbleibendem Gesamtabsatz zudem eine fehlende Auslastung zur Folge, welche wiederum zu einem ruinösen Wettbewerb unter den Marktteilnehmern führen würde.[50] Daneben ist die Duplikation des Netzes aber auch aus ökologischen Gründen abzulehnen.[51] Nach heutiger Ansicht ist der dem natürlichen Monopol unterliegende Netzbetrieb allerdings von der Produktion von und dem Handel mit Elektrizität abzugrenzen; in diesen Bereichen soll Wettbewerb möglich sein.[52] Ohne den Zugang zum bestehenden Elektrizitätsnetz werden Drittanbieter folglich vom Markt und dem Wettbewerb ausgeschlossen.[53] Demgegenüber steht spiegelbildlich die Abhängigkeit des Bezügers, welcher auf den Anschluss an die bestehende Infrastruktur angewiesen ist.[54] Diese Umstände führen zu einem anhaltenden Marktversagen.[55] Als Folge der Leitungsgebundenheit der Elektrizitätsversorgung

45 KERN, S. 22 Fn. 87; WALTHER, S. 27, je m.w.H.
46 BISCHOF, S. 38.
47 KERN, S. 22; WALTHER, S. 28; MÜLLER, Liberalisierung, S. 38.
48 WALTHER, S. 27.
49 Eingehend dazu WALTHER, S. 29 ff.
50 WALTHER, S. 27 ff.
51 KERN, S. 22; BISCHOF, S. 10.
52 BISCHOF, S. 40.
53 KERN, S. 22.
54 Vgl. dazu etwa WELTERT, S. 386 f.; ebenso EUGSTER, S. 30.
55 WALTHER, S. 27.

besitzt der ansässige Netzbetreiber somit eine natürliche Monopolstellung.[56] Elektrizitätsnetze gelten aus diesen Gründen als natürliche Monopole.[57] Solange sich an dieser Ausgangslage nichts ändert, bleibt das natürliche Monopol des Elektrizitätsnetzes bestehen.

Dass sich die leitungsgebundene Übertragung von Elektrizität durch neue Technologien substituieren liesse, ist nicht absehbar.[58] Ebenso wenig lässt sich die Elektrizität als Gut selbst in adäquater Weise ersetzen.[59] Daran und an der eben aufgezeigten Situation ändert im Übrigen auch die zunehmende, dezentrale Eigenproduktion von Elektrizität – insbesondere durch Photovoltaikanlagen – wenig, da die Speicherung grosser Mengen an Elektrizität auch heute noch eine Herausforderung darstellt.[60] Zudem decken sich die Eigenproduktion und der Verbrauch, insbesondere auch zeitlich, kaum je vollständig, so dass entweder fehlende Energie zugekauft werden muss oder überschüssige Energie veräussert werden soll. Beides erfordert das Vorhandensein eines und den Anschluss an ein Elektrizitätsnetz.

2. Staatliche Monopole im Bereich der (Elektrizitäts-) Infrastrukturen

Im Zusammenhang mit den Infrastruktursektoren sind aber auch staatliche Monopole anzutreffen. Von staatlichen Monopolen ist die Rede, wenn dem Staat das Recht zur exklusiven Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder zur Betrauung von Dritten mit dieser Tätigkeit unter Ausschluss aller übrigen Personen zusteht.[61] Ein staatliches Monopol bewirkt, dass die monopolisierten Tätigkeiten vom Schutzbereich der grundrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit weitestgehend ausgeschlossen werden.[62] Staatliche Monopole bestehen aufgrund einer rechtlichen Grundlage (rechtliche Monopole) oder tatsächlicher Gegebenheiten (faktische Monopole).[63] Keine Monopole stellen die sog. originären Staatsaufgaben dar, welche

56 BISCHOF, S. 10; WALTHER, S. 27 ff.; KERN, S. 22.

57 Vgl. statt aller TRÜEB/ZIMMERLI, S. 117; BISCHOF, S. 40 je m.w.H.

58 WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 3 Rz. 31; WALTHER, S. 28 und 85; offengelassen durch BISCHOF, S. 41.

59 Eine Substitutionskonkurrenz liegt höchstens in Teilmärkten vor, vgl. etwa BISCHOF, S. 8.

60 Vgl. auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 210; BAUMANN, Haftung, S. 7.

61 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2686; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 77; KERN, S. 22.

62 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2687; KERN, S. 22; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 85.

63 Die Kategorisierung erfolgt allerdings nicht einheitlich; vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2691 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1242 ff.; KERN, S. 22; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 78.

nach hergebrachtem Verständnis schlechthin durch den Staat vorgenommen werden müssen.[64]

a) Rechtliche Monopole

(i) Grundsätzliches

Anhand der verfolgten Zielsetzung lassen sich die rechtlichen Monopole in Infrastrukturmonopole, Polizeimonopole und Sozialmonopole gliedern.[65] Rechtliche Monopole beruhen unmittelbar oder mittelbar auf einem Rechtssatz.[66] Im Falle von unmittelbaren rechtlichen Monopolen wird gestützt auf eine Rechtsnorm eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit dem Staat vorbehalten und den Privaten verboten.[67] Bei mittelbaren rechtlichen Monopolen verpflichtet eine Rechtsnorm die Privaten dazu, eine Leistung von bestimmten staatlichen oder staatlich konzessionierten Aufgabenträgern zu beziehen, wodurch private Leistungserbringer von der entsprechenden wirtschaftlichen Tätigkeit mittelbar ausgeschlossen werden.[68] Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einem sog. Benutzungszwang.[69] Beide Arten von rechtlichen Monopolen können in der Infrastrukturversorgung angetroffen werden.[70] Auch in der Elektrizitätsversorgung spielten rechtliche Monopole in der Praxis und im politischen und gesellschaftlichen Diskurs immer wieder eine Rolle.[71] Auf die Schaffung eines bundesrechtlichen Monopols im Bereich der Elektrizitätsversorgung wurde aber während langer Zeit absichtlich verzichtet. Stattdessen überliess man es den Kantonen und, je nach kantonaler Ausgestaltung, den Gemeinden, Bestimmungen im Bereich der Elektrizitätsversorgung zu erlassen.[72] Die Schaffung rechtlicher Monopole für die Elektrizitätsversorgung durch die Kantone bzw. Gemeinden wurde dabei allgemein als zulässig erachtet. Inwiefern rechtliche Monopole im Bereich der Stromversorgung heute (noch) von Bedeutung sind, wird später noch zu diskutieren sein.

64 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2687.

65 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2700 ff.

66 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2691; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 80.

67 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2692; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 81.

68 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2694; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 82.

69 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 82.

70 Vgl. etwa HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 80 ff. mit Beispielen.

71 Vgl. KERN, S. 24 ff.; FÖHSE, Strommarktordnung, S. 140 f.

72 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 5 und § 8 Rz. 2.

(ii) Exkurs: Zulässigkeit neuer rechtlicher Monopole

Neue rechtliche Monopole können grundsätzlich durch den Bund, die Kantone und Gemeinden geschaffen werden.[73] Dazu ist aber zunächst eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz des jeweiligen Gemeinwesens erforderlich.[74] Im Falle von durch den Bund geschaffenen rechtlichen Monopolen ergibt sich diese Kompetenz aus einer verfassungsmässigen Ermächtigung. Dabei kann die Bundesverfassung bereits explizit ein rechtliches Monopol statuieren oder dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz für einen bestimmten Bereich einräumen, welche, ihrem Sinn und Zweck nach, auch die Möglichkeit zur Schaffung eines rechtlichen Monopols beinhaltet.[75]

Die Schaffung eines rechtlichen Monopols stellt einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV dar.[76] Die Zulässigkeit des Monopols beurteilt sich somit einerseits anhand der Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV: Falls sich das Monopol nicht bereits aus der Verfassung ergibt, ist eine formell-gesetzlichen Grundlage erforderlich.[77] Zudem muss ein öffentliches Interesse an der Monopolisierung der Tätigkeit bestehen und die Monopolisierung muss verhältnismässig sein.[78] Neu errichtete Monopole müssen andererseits mit der Wirtschaftsfreiheit grundsatzkonform sein, d.h., sie müssen ihrem Ziel nach wettbewerbsneutral ausfallen.[79] Systemwidrige Monopole müssen in der Bundesverfassung ausdrücklich vorgesehen sein oder tradierten kantonalen Regalrechten entsprechen (Art. 94 Abs. 4 BV).[80] Nach einem Teil der Lehre sind rechtliche Monopole gar per se als grundsatzwidrig einzustufen, weshalb sie aufgrund von Art. 94 Abs. 4 BV einer bundesverfassungsmässigen Grundlage bedürfen, um nicht als verfassungswidrig zu gelten.[81] Neue, rein fiskalisch oder wirtschaftspolitisch motivierte Monopole sind demnach (ohne entsprechende Verfassungsgrundlage) systemwidrig

73 KERN, S. 23; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2705 ff.; BGE 128 I 3, E. 3 S. 10 ff.

74 WELTERT, S. 177 und 263 f.

75 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2705; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 89; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1250.

76 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz. 74.

77 Nötigenfalls muss aber der Umfang des Monopols noch in einem Gesetz konkretisiert werden, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2705; WELTERT, S. 175 f.

78 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2707; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 85 und 91 ff.

79 KERN, S. 23; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2710; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 88; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz. 55 f. und 74.

80 Vgl. dazu etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2708 ff. sowie KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz. 68 ff.

81 Vgl. dazu die Übersicht bei HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 87 ff.

und folglich unzulässig.[82] Dabei ist allerdings nicht die tatsächliche Wirkung des rechtlichen Monopols ausschlaggebend, da das Bundesgericht bei der Prüfung der Grundsatzkonformität auf die primäre Zielsetzung des Monopols abstellt.[83] Zulässige Gründe für die Monopolisierung einer Tätigkeit stellen etwa der Schutz von Polizeigütern oder sozialpolitische Motive dar.[84] Aber insbesondere auch raumplanerische, umweltpolitische oder versorgungstechnische Gründe gelten als grundsatzkonforme Ziele.[85] Die Ziele lassen sich freilich nicht trennscharf voneinander abgrenzen, sondern gehen fliessend ineinander über. Auch grundsatzkonforme rechtliche Monopole können zudem beträchtliche Auswirkungen auf die Privaten haben.

Für bundesrechtlich geschaffene rechtliche Monopole besteht aufgrund von Art. 190 BV allerdings keine Berichtigungsmöglichkeit durch die Gerichte, weder hinsichtlich ihrer Grundsatzkonformität noch ihrer Verhältnismässigkeit.[86] Dasselbe gilt (verkürzt ausgedrückt) grundsätzlich auch für die auf kantonalem Verfassungsrecht und dessen Anwendungsakten basierenden rechtlichen Monopole, soweit diesen nicht nachträglich derogierendes Bundesrecht entgegensteht.[87] Die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von rechtlichen Monopolen und der dazugehörenden Voraussetzungen werden dadurch relativiert.[88] Von Bedeutung ist die Frage nach der Zulässigkeit eines rechtlichen Monopols deshalb oft nur im Sinne einer *Ex-ante*-Beurteilung beim Erlass des begründenden Rechtsaktes.[89] Für rechtliche Monopole, die auf einfachem kantonalem Recht beruhen, sowie für rechtliche Monopole der Gemeinden kommt den entsprechenden Anforderungen allerdings ungebrochene Bedeutung zu.

82 Ein gewisser bescheidener Reinertrag ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber zulässig, vgl. dazu insbesondere HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 94 ff. m.w.H.; ferner KERN, S. 23; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1252; kritisch dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2710 und 2714.

83 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 88; KERN, S. 23; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz. 63; a.M. FÖHSE, Strommarktordnung, S. 141.

84 KERN, S. 23; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2705 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 90; WELTERT, S. 175 und 263 f.

85 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 92.

86 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2707.

87 Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Kantonsverfassungen von der Bundesversammlung gewährleistet werden (Art. 51 Abs. 2 und Art. 172 Abs. 2 BV) und deren Akte ebenfalls nicht vor dem Bundesgericht angefochten werden können (Art. 189 Abs. 4 BV); vgl. zum Ganzen BGE 138 I 378, E. 5.2 S. 383 f.

88 Vgl. etwa die entsprechenden Ausführungen bei HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 85, welche unterschiedliche Anforderungen an bundesverfassungsrechtlich begründete Monopole und an die übrigen durch Bundesrecht oder kantonales Recht geschaffenen Monopole stellen und Überprüfungsmöglichkeiten fordern. Im Ergebnis kommen sie allerdings zum gleichen Schluss.

89 In diesem Sinne auch HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 89.

b) Faktische Monopole

(i) Grundsätzliches

Von faktischen Monopolen ist die Rede, wenn der Staat aufgrund der effektiven Umstände Private von der Ausübung einer an sich erlaubten wirtschaftlichen Tätigkeit abhalten kann bzw. tatsächlich abhält, namentlich weil ihm die Sachherrschaft über die öffentlichen Sachen zukommt.[90] Dies ist insbesondere dort der Fall, wo Private für die Erbringung einer wirtschaftlichen Leistung auf die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens angewiesen sind. Speziell gilt dies wiederum etwa im Bereich der Infrastruktursektoren und folglich auch bei der Elektrizitätsversorgung.[91] Für faktische Monopole ist keine gesetzliche Grundlage erforderlich; diese ergeben sich vielmehr bereits aus den tatsächlich vorherrschenden Umständen.[92] Im Gegensatz zu rechtlichen Monopolen entfalten faktische Monopole keine unmittelbare Rechtswirkung.[93]

(ii) Anspruch Privater auf Nutzung der öffentlichen Sachen?

Inwiefern und zu welchen Bedingungen Privaten trotz eines faktischen Monopols ein Anspruch auf die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens zukommt, hängt massgebend davon ab, ob diese Frage eine spezialgesetzliche Regelung erfahren hat.[94] Wo eine solche Normierung fehlt, stellt sich die Frage, ob ein solcher Anspruch allenfalls basierend auf die grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit besteht. Lehre und Rechtsprechung sind sich diesbezüglich allerdings uneinig und die Thematik soll vorliegend auch nicht vertieft werden.[95]

3. Anhaltende Kritik an der Wirkung von (rechtlichen) Monopolen

Insbesondere die Sozial- und Infrastrukturmonopole rücken aufgrund der ihnen zugrunde liegenden Motive[96] stark in die Nähe der Begriffe des Service public[97] und der öffentlichen Aufgabe. Der früher oft leichthin bejahten Notwendigkeit und Zulässigkeit sozialpolitisch motivierter Monopole stehen die

90 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2696; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 83.

91 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2697.

92 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1246; WELTERT, S. 178.

93 WELTERT, S. 179.

94 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2697; so wird etwa in Art. 35 FMG die Inanspruchnahme von Grund und Boden im Gemeingebrauch für Fernmeldedienste explizit geregelt.

95 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2697; eher befürwortend etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1255; WELTERT, S. 180 ff.

96 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2700 ff. mit Beispielen.

97 KERN, S. 24.

Lehre und Praxis seit einiger Zeit allerdings zunehmend kritisch gegenüber.[98] Dabei wird argumentiert, dass sozialpolitisch begründete Monopole nur noch dann verhältnismässig seien, wenn Private nicht dazu imstande wären, die Bevölkerung genauso gut mit der monopolisierten Leistung zu versorgen.[99] Teilweise wird deshalb auch die Forderung nach einer regelmässigen Überprüfung bestehender Monopole laut.[100] Im Kern handelt es sich dabei um dieselben Überlegungen, auf welche auch der Liberalisierungsgedanke zurückgeht (dazu sogleich). Ein Anspruch auf eine Aufhebung des Monopols lässt sich aus diesen Überlegungen indes nicht herleiten.[101] Ebenso wenig besteht für Private ein verfassungsrechtlich geschützter Anspruch, die rechtlich monopolisierte Tätigkeit allenfalls (etwa durch Konzessionierung) doch noch ausüben zu können.[102] Nach herrschender Lehre ist es dem Staat jedoch nicht verwehrt, die Ausübung eines staatlichen Monopols auf Dritte zu übertragen.[103] Im Falle eines rechtlichen Monopols geschieht dies mittels Monopolkonzession. Beruht das Monopol auf der Sachherrschaft des Gemeinwesens, handelt es sich also um ein faktisches Monopol, bildet die Sondernutzungskonzession die entsprechende Grundlage.[104] Inwiefern mit der Übertragung von Monopolen auch öffentliche Aufgaben übertragen werden (können), wird sogleich noch zu erläutern sein.

4. Exkurs: Konzessionen

a) Allgemeines

Von Konzessionen ist für gewöhnlich im Zusammenhang mit drei Konstellationen die Rede, in denen der Staat Privaten das Recht einräumt, eine bestimmte, grundsätzlich dem Staat vorbehaltene Tätigkeit auszuüben: (1.) bei der Ermächtigung zur Ausübung einer rechtlich monopolisierten Tätigkeit (Monopolkonzession), (2.) bei der Erlaubnis zur exklusiven Nutzung von öffentlichen Sachen (Sondernutzungskonzession) und (3.) bei der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private (Konzession des öffentlichen Dienstes).[105]

98 Vgl. etwa WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 61 ff.

99 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2713; KERN, S. 23 f.; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 97; vgl. auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 4 Fn. 7 m.w.H.

100 Vgl. etwa HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 97.

101 BGE 131 II 13, E. 9 S. 43.

102 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 85; vgl. aber auch die Überlegungen von TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1255.

103 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 84; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2700.

104 HÄNNI/STÖCKLI, Fn. 73.

105 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2718 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1239 und 1253.

Die Rechteeinräumung durch Konzessionierung bildet somit eine Folge staatlicher Monopole und Aufgaben. Sie kommt dann zum Zuge, wenn der Staat das ihm vorbehaltene Recht oder die Aufgabe nicht (mehr) selbst ausüben will.[106] Ein Anspruch auf Konzessionserteilung besteht nach herrschender Auffassung aber grundsätzlich nicht. [107]

b) Arten von Konzessionen

(i) Monopolkonzession

Mit der Monopolkonzession verleiht der Staat einem Privaten das Recht zur Ausübung einer rechtlich monopolisierten (wirtschaftlichen)Tätigkeit.[108] Monopolkonzessionen wurden in der Vergangenheit oftmals im Zusammenhang mit der Erbringung von Infrastrukturdienstleistungen verliehen.[109] Im Zuge der Liberalisierung der Infrastruktursektoren wurden die staatlichen Monopole allerdings in weiten Bereichen aufgebrochen und die dazugehörigen Tätigkeiten dem Wettbewerb geöffnet. Durch den breiten Wegfall der entsprechenden rechtlichen Monopole hat auch die Monopolkonzession zuletzt einiges von ihrer Relevanz verloren.[110]

(ii) Sondernutzungskonzession

Durch die Sondernutzungskonzession ermächtigt der Staat einen Privaten zur exklusiven (Sonder-)Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch.[111] Konkret handelt es sich bei der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch meist um den öffentlichen Grund und Boden, welcher Privaten zur Ausübung einer (wirtschaftlichen) Tätigkeit – etwa dem Bau und Betrieb von Elektrizitätsnetzen[112] – für eine bestimmte, länger dauernde Zeit überlassen wird.[113]

106 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1240.

107 Statt aller UEBERSAX, S. 406.

108 HÄNNI/STÖCKLI, Fn. 73; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1257; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2733.

109 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1206.

110 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1206.

111 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2736; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1261; als Sondernutzung wird die Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch bezeichnet, die nicht mehr bestimmungsgemäss ist und bei welcher dem Berechtigten das Recht zur exklusiven Nutzung einer Sache oder einem Teil davon eingeräumt wird, vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2308 ff.

112 Vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1678.

113 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2736 und 2308 ff.

(iii) Konzession des öffentlichen Dienstes?

Als Konzession des öffentlichen Dienstes wird nach einem Teil der Lehre die Übertragung von im öffentlichen Interesse liegenden und zum Service public gehörenden Aufgaben auf Private verstanden.[114] Die Aufgabe selbst wird dabei als sog. *öffentlicher Dienst* bezeichnet.[115] Da die Wahrnehmung der Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt, wird gefordert, dass dem Konzessionär gleichzeitig eine Betriebspflicht zukommen muss.[116] Bei der Konzession des öffentlichen Dienstes handelt es sich nach dieser Ansicht um einen mit einer Betriebspflicht verbundenen Sonderfall der Monopolkonzession.[117] Erforderlich ist somit das Vorliegen eines rechtlichen Monopols. Davon zu unterscheiden sei die sog. *Beleihung*, mit welcher Staatsaufgaben übertragen würden. Anders als bei der Beleihung sei mit der Konzessionierung nämlich nur das Recht, eine bestimmte staatlich monopolisierte (wirtschaftliche) Tätigkeit auszuüben, verbunden. Hingegen werde dem Beliehenen die gesamte Verwaltungsaufgabe übertragen.[118] Zuweilen wird der Begriff der Konzession des öffentlichen Dienstes aber auch im Zusammenhang mit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private verwendet und somit der Beleihung gleichgestellt.[119] Neben dem unterschiedlichen Gebrauch der Begriffe der Konzession des öffentlichen Dienstes und der Beleihung[120] sind indes auch die jeweiligen Ansichten in sich nicht immer frei von jeglichen Widersprüchen.[121]

114 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1258; in diesem Sinne auch POLTIER, Rz. 739; EUGSTER, S. 11 f.

115 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1258.

116 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1258.

117 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1258; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1822.

118 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 245 und 1259; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2719.

119 Vgl. etwa BGer 2C_401/2010 vom 14. Dezember 2012, E. 2.3.3; JAGMETTI, Rz. 1525; ablehnend TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1259; a.M. RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159 f., welcher die Konzession als untaugliches Mittel zur Übertragung öffentlicher Aufgaben ansieht.

120 WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 118 f., verstehen unter der Beleihung nur die Übertragung öffentlicher Aufgaben an «echte» Private, nicht aber an vom Staat beherrschte Privatrechtssubjekte.

121 Widersprüchlich hier HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1819 ff. und 2719, welche eine staatlich monopolisierte Tätigkeit teilweise mit einer Verwaltungsaufgabe bzw. die Monopolkonzession mit der Beleihung gleichzusetzen scheinen und andernorts zwischen diesen unterscheiden; inwiefern die Erteilung einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession für sich alleine bereits eine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe darstellt, wird in Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung unterschiedlich beurteilt und gehandhabt, vgl. etwa RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 156 und 159 f. m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Literatur; unklar HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1819 ff.

Falls ein rechtliches Monopol vorliegt oder sich die Betriebspflicht für den öffentlichen Dienst bzw. die damit verbundene Tätigkeit bereits aus dem Gesetz ergibt, handelt es sich nach der hier vertretenen Ansicht aber ohnehin um eine öffentliche Aufgabe, womit die Unterscheidung einerlei ist.[122] Dasselbe gilt infolgedessen auch für die Beleihung.

c) Konzessionen und Infrastruktursektoren

Nach dem eben Gesagten kann festgehalten werden, dass das Vorhandensein von Monopolen meist mit der Rechtsfigur der Konzession einhergeht. Für die Erbringung von Infrastrukturdienstleistungen können Konzessionen demzufolge auf dreierlei Weise von Bedeutung sein: Besteht für die entsprechende Infrastrukturtätigkeit ein unmittelbares rechtliches Monopol, muss der Staat dem Dienstleistungserbringer zuerst eine Monopolkonzession einräumen, damit der Private überhaupt zur Ausübung der Tätigkeit befugt ist. Zweitens ist für die Erbringung von Infrastrukturdienstleistungen die Inanspruchnahme des öffentlichen Grund und Bodens meist unabdingbar. Die hierzu erforderliche Erlaubnis ergeht für gewöhnlich in der Form einer Sondernutzungskonzession. Zuletzt, und dabei handelt es sich wohl um die aus rechtlicher Sicht mit den meisten Unklarheiten behaftete Form der Konzessionierung, kann der Staat eine Infrastrukturaufgabe – zumindest nach einem nicht unwesentlichen Teil der Lehre – auf dem Wege der Konzession des öffentlichen Dienstes einem Privaten übertragen.[123]

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle allerdings, dass sich die Schöpfungen der Praxis zum Teil (erheblich) von der theoretischen Ausgangslage unterscheiden können und die Instrumente nicht immer ganz «sauber» verwendet werden.[124] Da aber auch die Lehrmeinungen wenig einhellig ausfallen, verwundert dieser Umstand kaum.

122 Vgl. § 10 II. 2. a.

123 Vgl. statt aller TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1258.

124 Vgl. etwa je mit Beispielen WELTERT, S. 265; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 160.

§ 4 Der Staat und die Infrastruktursektoren im Wandel der Zeit oder: die Reformation der Infrastruktursektoren

I. Allgemeines

Im Folgenden soll die Rolle des Staates im Bereich der Infrastrukturen näher beleuchtet werden. Dabei liegt der Fokus auf der Reformation der Infrastrukturen im Zusammenhang mit deren Liberalisierung. Dazu erfolgt (1.) einleitend eine Übersicht über die für das Verständnis erforderlichen Begrifflichkeiten. Anschliessend soll (2.) kurz auf die Entstehung der Infrastruktursektoren eingegangen werden. Im letzten Abschnitt wird (3.) schliesslich die Reformation der Infrastruktursektoren nachvollzogen und ein Blick auf das Verhältnis zwischen Staatswirtschaft und Wettbewerb im Bereich der Infrastruktursektoren geworfen.

Der Leser sei zudem darauf hingewiesen, dass der Fokus bei der vorliegenden Arbeit zwar im Bereich der Elektrizitätsinfrastrukturen liegt. Die historische, politische und rechtliche Entwicklung des Elektrizitätsinfrastruktursektors erfolgte indes nicht losgelöst von den übrigen Infrastruktursektoren. Ebenso stellen sich dieselben oder ähnliche Probleme in allen Infrastruktursektoren. Aufgrund dieser Parallelen erscheint es dem Autor als angebracht (und auch interessant), im Folgenden auch da und dort einen Blick auf die anderen Infrastruktursektoren zu werfen.

II. Begrifflichkeiten

Ab den 90er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts wurden Begriffe wie Liberalisierung, Privatisierung, New Public Management (NPM), Deregulierung etc. zu Schlagwörtern in der schweizerischen Rechtslandschaft und in wirtschaftspolitischen Diskussionen.[125] War die Nutzung dieser Schlagworte ursprünglich noch vorwiegend auf die Infrastruktursektoren beschränkt, kann sich heute kaum mehr eine staatliche Tätigkeit entsprechender Überlegungen entziehen.[126]

125 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1578 f.; vgl. auch die schematische Übersicht bei JAAG, Dezentralisierung, S. 24.

126 So hat sich jüngst etwa die Unsitte eingebürgert, dass (kleinere) Gemeinden die Wahrnehmung ihrer Aufgaben als Bauverwaltung auf Private, die zumeist auch noch als privatwirtschaftlich tätige Architektur- oder Planungsbüros tätig sind, übertragen. Die daraus entstehende Problematik ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Erläuterungen; kritisch ferner auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 785 f.; zum (neuen) Verständnis der staatlichen Tätigkeit im Allgemeinen vgl. auch FAGAGNINI, S. 800.

Liberalisierung, Deregulierung, Dezentralisierung, Privatisierung und NPM weisen einige Gemeinsamkeiten auf. Insbesondere teilen sie die Grundidee einer veränderten, weil effizienteren, möglichst entpolitisierten, wirkungs- und marktorientierten Wahrnehmung von Aufgaben, die in den vergangenen Dekaden durch den Staat wahrgenommen wurden. Die Begriffe stimmen somit bei der grundsätzlichen Zielsetzung weitestgehend überein.[127] Allesamt stellen sie, einzeln oder in Kombination, Lösungsansätze auf die Frage nach dem «Wie» der Aufgabenerfüllung dar.

Im Zusammenhang mit der Thematik der vorliegenden Arbeit sind diese Begriffe ebenfalls von entscheidender Bedeutung und aus der Diskussion nicht wegzudenken – auch wenn nicht allen Begriffen dasselbe Gewicht zukommt. Die Begrifflichkeiten werden in der Literatur nicht einheitlich verwendet, oft miteinander vermischt oder als Synonyme gebraucht.[128] Eine trennscharfe Abgrenzung der Begriffe erweist sich deshalb als schwierig. Aus diesem Grund erfolgt nachstehend, neben einer grundsätzlichen Übersicht zur Bedeutung und Verwendung der Begriffe in der Literatur, auch eine Klarstellung zu deren Verwendung in der vorliegenden Arbeit.

1. Liberalisierung

Unter dem Begriff der Liberalisierung wird gemeinhin der Abbau von rechtlichen bzw. staatlichen Monopolen verstanden.[129] Liberalisierung bedeutet somit, dass eine bisher ausschliesslich durch den Staat vorgenommene (wirtschaftliche) Tätigkeit ganz oder teilweise für den Wettbewerb geöffnet wird. Durch diese wettbewerbliche Öffnung wird den Privaten Zugang zum jeweiligen Markt und dadurch schlussendlich mehr Freiheit gewährt. Je nach Umfang der Liberalisierung kann der Staat aber auch weiterhin am Markt teilnehmen.[130] Der Fokus der Liberalisierung liegt dementsprechend auf der Stellung der Privaten im Verhältnis zur staatlichen Wirtschaftstätigkeit.[131] Dem Liberalisierungsbegriff kommt insbesondere im Zusammenhang mit

127 Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 442 m.w.H.

128 In diesem Sinne auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 425.

129 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1206; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 425, verstehen den Liberalisierungsbegriff hingegen als Bestandteil bzw. Zielsetzung der marktwirtschaftlichen Erneuerung, die ihrerseits auf die wirtschaftliche Globalisierung und die staatliche Internationalisierung zurückführen sei. Deregulierung, NPM und Privatisierung würden die Mittel zur Liberalisierung darstellen.

130 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 439; VOGEL, S. 7; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 10.

131 VOGEL, S. 7.

den vormals meist staatlich dominierten Netzinfrastrukturen eine starke Bedeutung zu.[132]

Vorliegend wird der Liberalisierungsbegriff als Abbau staatlicher Monopole bzw. staatlich wahrgenommener Aufgaben und Öffnung der davon betroffenen Märkte für den Wettbewerb respektive für Private verstanden.[133]

2. Regulierung, Deregulierung und Reregulierung

Dem juristischen Begriffsverständnis von Regulierung und Deregulierung liegen die ökonomischen Begriffsdefinitionen zugrunde.[134] Vollkommene Kongruenz zwischen dem ökonomischen und dem juristischen Regulierungs- bzw. Deregulierungsbegriff besteht aber nicht.

Als Regulierung werden nach dem herkömmlichen ökonomischen Verständnis *«alle direkten, wirtschaftspolitisch motivierten Eingriffe des Staates zur Beschränkung von Marktmechanismen oder zur Übernahme der Marktfunktionen […] bei fehlendem Markt verstanden»*.[135] Regulierung zielt somit auf die Beeinflussung des Marktes ab, weshalb auch von Marktregulierung gesprochen wird.[136] Deregulierung im ökonomischen Sinne bedeutet folglich die Reduktion staatlicher Marktbeeinflussung durch den *«Abbau von (staatlichen) Marktregulierungen»* und stellt ein mögliches Mittel zur Erreichung der Liberalisierung dar.[137]

Im juristischen Sinne können potenziell sämtliche Rechtsnormen aller Normstufen der Rechtsordnung Inhalt von (De-)Regulierungs-Bemühungen sein und nicht nur solche, mit denen der Staat aus wirtschaftspolitischen Interessen direkt in einen Markt eingreift.[138] Gegenstand der Regulierung und Deregulierung ist somit die Rechtsordnung.[139] Gleichwohl werden die Begriffe der Regulierung, Deregulierung und Reregulierung (dazu sogleich) aber auch im juristischen Sinne meist in einem marktspezifischen Kontext

132 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1206 ff.; grundlegend zur Liberalisierung der Infrastruktursektoren FAGAGNINI, S. 800 ff.

133 Präzise kann deshalb auch von Marktliberalisierung gesprochen werden.

134 Ausführlich zum juristischen Deregulierungsbegriff LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 426 ff.; KÜHLING, Rz. 2 ff.; ferner STRAUB, S. 42.

135 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 425; ähnlich STRAUB, S. 42; KÜHLING, Rz. 3.

136 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 425; KÜHLING, Rz. 2.

137 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 425 m.w.H.

138 In Frage kommen auch weitere Eingriffsgründe, namentlich solche polizeilicher und sozialpolitischer Natur. Gegenstand der (De-)Regulierung können auch Verwaltungsverordnungen oder Weisungen sein, LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 426.

139 Die staatliche Aufgabenwahrnehmung ist indessen grundsätzlich nicht (Haupt-)Gegenstand der (De-)Regulierungs-Thematik, vgl. VOGEL, S. 6 f. m.w.H.; Sie kann aber gleichwohl davon betroffen sein.

verwendet, so dass damit im eigentlichen Sinne *Marktregulierung* gemeint ist.[140] In diesem Sinne werden die Begriffe auch hier verwendet.

Regulierung stellt die staatliche Reaktion auf Marktversagen dar. Inhaltlich bezweckt die Regulierung somit die Wiederherstellung bzw. Gewährleistung eines den öffentlichen Interessen entsprechenden, funktionierenden Marktes.[141] Fallen die Voraussetzungen zur Regulierung weg, ist zu deregulieren.[142] Nicht mehr erforderliche staatliche Markteingriffe sind abzubauen, wobei sich dieser Abbau sowohl auf die Regelungsdichte als auch auf die Regelungsintensität beziehen kann.[143] Deregulierung kann somit auch als Prozess zur Optimierung der Rechtsordnung verstanden werden[144] und zielt letztendlich – wie auch die Liberalisierung – auf die Förderung des Wettbewerbs ab.[145] Deregulierung kann wiederum das Erfordernis einer Reregulierung mit sich bringen, wobei auch die Reregulierung eine Reaktion auf Marktversagen oder negative bzw. unerwünschte Begleiterscheinungen der Deregulierung darstellt.[146] So kann sich insbesondere aus der Gewährleistungsverantwortung des Staates für die Grundversorgung eine Notwendigkeit zur Reregulierung ergeben.[147] Unter der Deregulierung von Marktregulierungen ist denn auch weniger der Abbau von Rechtsnormen zu verstehen als der Ersatz bestehender Rechtsnormen durch neue, meist «weichere» Instrumente und Handlungsformen.[148] Zuweilen fügen sich die im Rahmen einer Marktregulierung geschaffenen Rechtsnormen indes nicht nahtlos und wider-

140 Vgl. auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 426.

141 Anhand dieses Zwecks lassen sich auch die Grenzen staatlicher Regulierung herleiten, LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 431; zur Zulässigkeit der Regulierung allgemein vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 451 ff.; vgl. ferner auch STRAUB, S. 42.

142 Namentlich wenn Regulierungen nicht zur Interessenwahrung beitragen, keine öffentlichen Interessen mehr berührt werden oder das Marktversagen weggefallen ist. Dies bedarf einer eingehenden Prüfung, vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 431.

143 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 428 und insbesondere S. 449 mit Hinweisen zur Problematik offener Rechtsnormen; VOGEL, S. 7; UEBERSAX, S. 398, bezeichnet dies auch als *«Liberalisierung von Regelungssystemen»*.

144 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 429 sowie im Speziellen zur Optimierung der Rechtssetzung, S. 445 f.

145 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 426.

146 Vgl. KERN, Versorgungspflichten, S. 349; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 443 f. mit Hinweisen zur Ausgestaltung der Reregulierung.

147 So etwa bei der Deregulierung von Monopolen, LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 443; vgl. dazu ferner auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 221; KERN, Versorgungspflichten, S. 350.

148 Vgl. etwa LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung,8 S. 446 ff. mit Beispielen; vgl. in diesem Zusammenhang auch MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 34, mit dem Hinweis auf der mit der Deregulierung verbundenen Stärkung der Privatautonomie und des Privatrechts.

spruchsfrei in die bestehende Rechtsordnung ein, was zwangsläufig zu Problemen bei der Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit führt.[149]

Im Zusammenhang mit Netzinfrastrukturen bewirkt das natürliche Netzmonopol Marktversagen.[150] Im Zentrum der Regulierung von Netzinfrastruktursektoren steht somit das Netz oder genauer die Nutzung des Netzes durch Dritte und damit das Aufbrechen des Monopols. Die Deregulierung der ehemals staatlichen Infrastrukturmonopole (Post, Telekommunikation, Eisenbahn, Stromversorgung) zog eine äusserst umfangreiche Reregulierung nach sich, deren Ausfluss die heutigen Marktordnungserlasse in den jeweiligen Bereichen sind.[151] Neben den Elementen des Netzzugangs, der Preiskontrolle und der Schaffung einer entsprechenden Regulierungsbehörde, welche alle unmittelbar auf die funktionierende Nutzung der Netzinfrastruktur durch Dritte abzielen, besteht bei Netzregulierungen zudem meist auch – und aus marktwirtschaftlicher Sicht eigentlich sachfremd – eine Pflicht zur Erbringung von Universaldiensten und der Grundversorgung.[152] Dieser Spagat zwischen der Implementierung von Wettbewerb und der Beibehaltung der Gemeinwohlsicherung in den Netzinfrastruktursektoren führt allerdings nicht zu einem vollkommenen, sondern zu einem staatlich organisierten Wettbewerb.[153]

Die Diskussionen zur Regulierung bzw. Deregulierung sind bei aller Absicht einer objektivierten Beurteilung[154] indes nie ganz frei von Werturteilen und zudem stark vom gerade herrschenden Zeitgeist abhängig.[155] Besonders zeigt sich dies, wenn es um die Gewährleistung der Grundversorgung und der Versorgungssicherheit geht.[156] Zudem werden Regulierungen und

149 Vgl. ferner auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 449.

150 Ausführlich dazu WALTHER, S. 27 ff.; KERN, Versorgungspflichten, S. 349.

151 Je nach Komplexität können auch mehrere Erlasse notwendig sein, vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 443; ferner VOGEL, S. 211 f.; für die Situation in der Europäischen Union vgl. KÜHLING, Rz. 10 f.

152 Die Notwendigkeit einer Universaldienstleistungs- bzw. Grundversorgungspflicht ergibt sich aus dem Umstand, dass bei einer Marktöffnung unrentable Geschäftsbereiche aufgegeben werden. In diesem Fall liegt wiederum Marktversagen vor, so dass eine Regulierung notwendig ist. Der Staat nimmt dadurch die bei ihm verbleibende Gewährleistungsverantwortung wahr, vgl. HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1200 ff.; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 443; inwiefern dem Staat aber überhaupt (noch) eine Gewährleistungsverantwortung obliegt, ist nicht immer klar, vgl. dazu § 11 III. 3.

153 Vgl. auch HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1199; kritisch dazu TSCHANNEN, Verfügung, S. 237.

154 Vgl. dazu etwa die sieben Kriterien zur Prüfung der Berechtigung und der Zweckmässigkeit von staatlichen Massnahmen und deren Wirkung auf die Wirtschaft bei Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1385; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 432 ff.

155 Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 432 ff.; VOGEL, S. 5 f.; WELTERT, S. 224 f.

156 Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 433 mit Beispiel.

Deregulierungen massgeblich durch das (internationale) Umfeld beeinflusst.[157] So hat der Zusammenbruch der Sowjetunion mit ihrer planwirtschaftlich organisierten, kommunistischen Ordnung den allgemeinen Deregulierungsforderungen gegen Ende des letzten Jahrhunderts einen erheblichen Schub verliehen.[158]

Nach Ansicht der OECD weist die Schweiz im Ländervergleich (trotz gewisser Deregulierungsbemühungen) immer noch einen relativ hohen Regulierungsgrad mit einer Tendenz zur Überregulierung auf.[159] Im Vergleich zu anderen europäischen Ländern bestünden in der Schweiz demnach relativ viele staatlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit und damit verbunden auch höhere Kosten und allgemein kompliziertere Bedingungen.[160] In diesem Zusammenhang weist die OECD zudem darauf hin, dass die Beteiligung der öffentlichen Hand an der Wirtschaft in der Schweiz, insbesondere in den Netzinfrastruktursektoren (und besonderes in den Bereichen Telekommunikation und Energie), zu den höchsten in der OECD zähle.[161] Der neuste Versuch einer allgemeinen Deregulierung stellt das Bundesgesetz über die Entlastung der Unternehmen von Regulierungskosten (Unternehmensentlastungsgesetz, UEG) vom 29. September 2023 dar, dessen Vernehmlassung am 18. August 2021 abgeschlossen wurde[162] und das am 1. April 2024 in Kraft getreten ist.

3. New Public Management (NPM)

Der Begriff New Public Management (NPM)[163] bezeichnet neue Formen der Verwaltungsführung. Das NPM basiert auf dem Gedanken, dass die Zentralverwaltung in vielen Bereichen zu langsam, zu formell und zu wenig wirkungsorientiert handle (sog. Staatsversagen).[164] Ziel des NPM ist daher die

157 Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 452 f.

158 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 32.

159 OECD, S. 121 f.; vgl. zum Ganzen auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 432; vgl. ferner auch die Botschaft zum Bundesgesetz über die Entlastung der Unternehmen von Regulierungskosten vom 9. Dezember 2022, BBl 2023 166, S. 6 ff.;

160 OECD, S. 121 f.; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 432 m.w.H.

161 Vgl. OECD, S. 122.

162 Vgl. die Medienmitteilung des Bundesrates betreffend die Eröffnung der Vernehmlassungen zum Entlastungsgesetz und zur Regulierungsbremse von 28. April 2021.

163 Auf Deutsch «wirkungsorientierte Verwaltungsführung».

164 Nicht selten steht auch der Vorwurf im Raum, dass nur «Dienst nach Vorschrift» geleistet werde, vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1579; zur Theorie des Staatsversagens vgl. WEBER-MANDRIN, S. 47 m.w.H., welche darin *«eher [den] Ausdruck einer politischen ‹Regimeänderung› als einer wissenschaftlich belegbaren Dysfunktion»* sieht.

Reform bzw. die Modernisierung der Zentralverwaltung nach dem Vorbild der Privatwirtschaft. Die mit Verwaltungsaufgaben beauftragte Behörde soll ihre Aufgaben einerseits flexibler, d.h. mit grösserem Entscheidungsspielraum, und dadurch effizienter wahrnehmen können. Die Erfüllung der Aufgaben soll andererseits besser auf die Bedürfnisse der Leistungsempfänger abgestimmt werden können, ergebnisorientiert und «messbar» sein.[165] Beim NPM werden die Verwaltungsaufgaben indes immer noch durch die Zentralverwaltung wahrgenommen. Die Einführung von NPM stellt somit keine Privatisierung von Verwaltungsaufgaben dar.[166]

Zur Erreichung der mit dem NPM verbundenen Ziele bedarf es verschiedener Anpassungen des Rechts. Darunter zählen etwa die Reduzierung gesetzlicher Regelungen,[167] die Arbeit mit Zielen oder Leistungsaufträgen anstelle von klaren Regelungen, Globalbudgets statt Ausgabenbewilligungen sowie organisationsrechtliche und organisatorische Veränderungen.[168] Mit diesen Anpassungen ist indes unweigerlich die Schwächung der politischen Einflussnahme und ein Abbau der Kompetenzen von Exekutive und Legislative in den jeweiligen Bereichen verbunden. Nach dem Konzept des NPM sollen die politischen Gremien nur noch den strategischen Rahmen vorgeben und nicht mehr in die operative Tätigkeit der Verwaltung involviert sein. Unwesentliche Entscheidungen sollen nicht mehr von der Politik, sondern vom Verwaltungsträger gefällt werden.[169] Regelmässig heikel ist die Tatsache, dass mit dem Konzept des NPM zwangsläufig auch Schmälerungen von grundsätzlichen rechtsstaatlichen Prinzipien verbunden sind. Davon betroffen ist insbesondere das Legalitätsprinzip (Erfordernis des Rechtssatzes und

165 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1578 f., ist sodann beizupflichten, dass die Bezeichnung der Leistungsempfänger als «Kunden», wie dies im Zusammenhang mit dem NPM oft geschieht, fragwürdig ist. M.E. ist diese Bezeichnung strikt abzulehnen, da verschiedene Bereiche des Rechts sprachlich unnötigerweise miteinander vermischt werden und bei den Beteiligten, die zumeist keine juristische Ausbildung genossen haben dürften, falsche Assoziationen geweckt werden. Dem kann zwar entgegengehalten werden, dass ein wenig mehr Dienstleistungsmentalität manch einer Verwaltung nicht schaden dürfte. Dasselbe gilt indes auch für so manche Unternehmen der Privatwirtschaft. Diesem Problem ist somit auf andere Weise zu begegnen. Zum NPM ferner LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 442; VOGEL, S. 8 f., welcher das NPM als *«Fitnesskur»* bezeichnet; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 33.

166 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1578.

167 Neben der allgemeinen Reduktion der gesetzlichen Regelungen, sollen auch die einzelnen Rechtsnormen bei der Dichte und Bestimmtheit Federn lassen. Der Rechtserlass soll als sog. Rahmengesetz ausgestaltet werden, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1582. Es handelt sich dabei um ein klassisches Beispiel der Deregulierung.

168 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1582; zum Ganzen auch WEBER-MANDRIN, S. 140.

169 VOGEL, S. 9; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1582.

der Gesetzesform),[170] an welches indes je nach Art der Verwaltung (Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung oder Bedarfsverwaltung) unterschiedlich hohe Anforderungen gestellt werden.[171] Daneben müssen sich aber auch andere elementare Grundsätze des demokratischen Rechtsstaates (Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Kontrolle der Verwaltung etc.) gegen eine zu starke Fokussierung auf ökonomische Aspekte der Verwaltungsführung behaupten können.[172] Dies gelingt nur, wenn dem NPM ein klarer Rahmen gesetzt wird.[173]

Diskussionen um das Für und Wider des NPM dürften schliesslich – wie bei der (De-)Regulierung auch (siehe oben) – kaum je geführt werden, ohne dass ideologische Haltungen und persönliche Interessen der Beteiligten einfliessen.[174] Dabei ist aber stets zu bedenken, dass die Zentralverwaltung mit ihrer Tätigkeit gerade nicht an einem Markt teilnimmt, an dem zum persönlichen Vorteil der Teilnehmer erfolgreich partizipiert werden könnte.[175] Da die Nachfrageseite (Leistungsempfänger) die Leistung zudem meist beziehen muss und oft auch keine alternativen Anbieter vorhanden sind, entfällt eine marktgerechte Rückmeldung der «Kunden» (sprich: Bürger) automatisch.[176] Insofern dürften auch die Bemühungen der «Marktteilnehmer» (sprich: Behörden) um eine möglichst effiziente Erfüllung der Tätigkeit nicht mit der Privatwirtschaft zu vergleichen sein.[177] Die Erfahrung lehrt zudem,

170 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1583 sowie zum Erfordernis des Rechtssatzes im Speziellen DIES., Rz. 338 ff.; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459; zur Auswirkung des NPM auf die Ausgestaltung von Verfassungsnormen WEBER-MANDRIN, S. 141.

171 Das Legalitätsprinzip gilt heutzutage sowohl für die Eingriffsverwaltung wie auch für die Leistungsverwaltung. Ob das Legalitätsprinzip auch für die Bedarfsverwaltung gilt, ist umstritten, vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 378 ff. m.w.H.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 409 ff.; WELTERT, S. 261 f.; zu den einzelnen Verwaltungsformen vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 27 ff.

172 WEBER-MANDRIN, S. 140; allgemein zu den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 457 ff.

173 WEBER-MANDRIN, S. 140.

174 Persönliche Interessen der beteiligten Stellen und Personen können insbesondere im Zusammenhang mit Kompetenzverschiebungen betroffen sein. Auch in rechtswissenschaftlicher Hinsicht spielen persönliche Interessen eine Rolle. So dürfte die Haltung eines manchen Autors nicht unmassgeblich durch seine berufliche Tätigkeit beeinflusst sein.

175 A.A. WEBER-MANDRIN, S. 140, welche von einem Markt auszugehen scheint, diesbezüglich aber ordnungspolitische Bedenken anbringt.

176 Vgl. auch VOGEL, S. 9.

177 In diesem Sinne auch WEBER-MANDRIN, S. 47, wonach staatliche und private Leistungen aufgrund unterschiedlicher zugrundeliegender Motive schlicht nicht vergleichbar seien; kritisch auch VOGEL, S. 9, welcher (m.E. zu Recht) den Nutzen des NPM auf die Bereiche der Bedarfs- und Leistungsverwaltung begrenzt.

dass die Stelle, welche über ein Globalbudget verfügen kann, regelmässig darauf bedacht sein, wird ihr Budget vollständig auszuschöpfen, um in Zukunft wieder über ein Budget in gleicher Höhe verfügen zu können. Zwar liegt die möglichst effiziente Verwendung öffentlicher Mittel im Interesse aller und dürfte unbestritten sein. Im Bereich der staatlichen Aufgabenwahrnehmung ist das Effizienzkriterium – anders als bei der privatwirtschaftlichen Tätigkeit – indes nicht alleiniger Massstab[178] und darf die rechtsstaatlichen Grundsätze nicht zur Makulatur verkommen lassen.

Die überwiegende Mehrheit der leitungsgebundenen Infrastrukturen befindet sich direkt oder indirekt im Staatseigentum. Wo sich die Infrastrukturen nicht mehr im direkten Eigentum des Gemeinwesens befinden, kommen verschiedene Organisationsformen als deren Träger in Frage.[179] Sofern sie aber – trotz der Privatisierungswelle Ende der 90er-Jahre[180] – immer noch der Zentralverwaltung angegliedert sind, können sie durch das NPM unmittelbar betroffen sein.[181]

4. Dezentralisierung

Unter dem Begriff der Dezentralisierung wird nach JAAG die Übertragung von staatlichen Aufgaben von der Zentralverwaltung an eine dezentrale, öffentlich-rechtliche Organisationseinheit verstanden.[182] Als Rechtsformen kommen nach dieser Definition bloss öffentlich-rechtlich Körperschaften, selbständige oder unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalten sowie öffentlich-rechtliche Stiftungen in Betracht.[183] Der Staat erfüllt die Aufgabe bei diesem Verständnis der Dezentralisierung ausserdem weiterhin selbst.[184] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN und TSCHANNEN/MÜLLER/KERN zählen demgegenüber auch die Übertragung der Verwaltungsaufgaben von der Zentral-

178 WEBER-MANDRIN, S. 47.

179 Vgl. dazu etwa KERN, S. 38 ff., mit einer grundsätzlichen Übersicht über die Organisationsformen in der Elektrizitätsversorgung; ROBERT-NICOUD, Fourniture de base, S. 4.

180 Für die Elektrizitätswirtschaft vgl. KRATZ, S. 355.

181 Nimmt die Verwaltung energiewirtschaftliche Aufgaben selbst wahr, benötigt sie dazu eine entsprechende gesetzliche Grundlage, WELTERT, S. 429.

182 JAAG, Dezentralisierung, S. 26 und 28 mit Beispielen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1595 ff., unterscheiden weiter zwischen sachlicher und örtlicher Dezentralisation; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 118 ff. unterscheiden hingegen zwischen horizontaler bzw. administrativer und vertikaler bzw. politischer Dezentralisation. Der föderalistische Aufbau des schweizerischen Bundesstaates stellt demnach ebenfalls ein Beispiel der (örtlichen bzw. vertikalen) Dezentralisation dar.

183 JAAG, Dezentralisierung, S. 28.

184 JAAG, Dezentralisierung, S. 26; dies ist allerdings auch bei der blossen Organisationsprivatisierung der Fall.

verwaltung auf gemischtwirtschaftliche Organisationsformen und solche des Privatrechts zu den Formen der Dezentralisierung. So verstanden bildet die Privatisierung eine mögliche Form der Dezentralisierung.[185] In letzterem Sinne wird der Begriff der Dezentralisierung auch hier verwendet.

Die Gründe, welche für eine Dezentralisierung aufgeführt werden, entsprechen grundsätzlich denjenigen, welche auch im Zusammenhang mit dem NPM und der Privatisierung vorgebracht werden.[186] Ob eine Dezentralisierung zweckmässig ist, muss im Einzelfall anhand der konkreten Aufgabe und der Umstände bestimmt werden.[187] Wird eine Aufgabe aufgrund dieser Überlegungen schliesslich aus der Zentralverwaltung ausgelagert, wird die mit der Aufgabe beauftragte, dezentrale Verwaltungseinheit (Verwaltungsträger) sinnvollerweise mit einer bestimmten Autonomie bei ihrer Aufgabenerfüllung ausgestattet. Der Grad der Autonomie ist wiederum dem Einzelfall entsprechend festzulegen.[188] Andererseits kann die Autonomie eines Aufgabenträgers in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu rechtsstaatlichen Prinzipien stehen – allen voran dem Legalitätsprinzip.[189] Darauf wird später noch vertieft einzugehen sein.

5. Privatisierung

a) Allgemeines zum Begriff der Privatisierung

Ein allgemeiner Konsens über den Inhalt des Privatisierungsbegriffs besteht ebenfalls nicht.[190] Je nach Autor werden daher unterschiedliche Vorgänge unter den Begriff der Privatisierung subsumiert.[191] Die Suche nach einer einheitlichen Definition erscheint deshalb als wenig erfolgversprechend.

185 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1595 f. und 1707 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 119; in diesem Sinne auch LIENHARD/KETTIGER, Dezentralisierung, S. 439 f.; JAAG, Dezentralisierung, S. 26 ff., unterscheidet demgegenüber unter dem Oberbegriff der *Auslagerung* zwischen Privatisierung und Dezentralisierung als je eigenständige Formen, wobei er zur Unterscheidung an die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform anknüpft. Privatrechtliche Organisationsformen gelten demnach automatisch als Privatisierung.

186 Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 120.

187 WEBER-MANDRIN, S. 142 ff., mit Hinweisen zum Verhältnis zwischen Dezentralisierung und Gebietsstrukturreformen in den Kantonen.

188 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1595, 1600 und 1618 ff.; die Autonomie sorgt zugleich für eine Entlastung und Machtbegrenzung einzelner Staatsorgane, WEBER-MANDRIN, S. 141; ferner TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 119.

189 Ebenso WEBER-MANDRIN, S. 140.

190 HANDSCHIN/SIEGENTHALER, S. 405; TSCHANNEN, Verfügung, S. 210.

191 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1867; JAAG, Dezentralisierung, S. 30 Fn. 30; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 114; NOBEL, S. 136.

Gemäss HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN stellt der Zweck der Privatisierung die *«Entstaatlichung gesellschaftlicher Aufgaben»* dar.[192] Fast gleich definiert auch TSCHANNEN die Privatisierung als *«Entstaatlichung bisheriger Verwaltungsaufgaben»*.[193] NOBEL stellt mit Verweis auf die heutige Wirtschaftsverfassung fest, dass *«öffentliche Aufgaben so ‹privat› wie immer möglich»* erfüllt werden sollen.[194] ZÄCH versteht unter dem Privatisierungsbegriff den Fall, bei welchem der Staat wirtschaftliche Bereiche, die bisher in seiner Verantwortung lagen, Privaten überlässt oder zugänglich macht.[195] Nach JAAG bedeutet Privatisierung schliesslich die Übertragung der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben von der Zentralverwaltung auf private Rechtsträger.[196] Da der Begriff der öffentlichen Aufgabe in der Literatur ebenfalls keine einheitliche Verwendung erfährt (bzw. eher noch uneinheitlicher als der Privatisierungsbegriff verwendet wird),[197] stellt sich bei diesem Verständnis der Privatisierung allerdings bereits das nächste Dilemma.[198] DAENIKER weist darüber hinaus unter dem Begriff der *«Quasi-Privatisierung»* zu Recht darauf hin, dass auch mit Organisationsformen des öffentlichen Rechts weitestgehend dieselben Effekte wie bei einer Privatisierung erzielt werden können.[199] Von einer Privatisierung könne zudem nicht gesprochen werden, wenn der private Aufgabenträger keinem Wettbewerb ausgesetzt sei.[200] Verwaltungsorganisationsrechtlich gesprochen bedeutet Privatisierung in grundsätzlicher Weise schlicht die Übertragung einer Aufgabe vom Staat auf ein Privatrechtssubjekt.[201]

192 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1867.

193 TSCHANNEN, Verfügung, S. 211.

194 NOBEL, S. 137; allgemein zur schweizerischen Wirtschaftsverfassung LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 454 ff.

195 ZÄCH, S. 936 f.

196 JAAG, Dezentralisierung, S. 26; in diesem Sinne auch MÜLLER, Rechtsfragen, S. 115; vgl. auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 440 f.; zur Zulässigkeit vgl. JAAG, Dezentralisierung, S. 37 ff.; VOGEL, S. 4; zur Bedeutung der Privatisierung für das Rechtssystem vgl. MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 32 f.

197 Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe vgl. statt aller MÜLLER, Rechtsfragen, S. 117 f.

198 Vgl. auch NOBEL, S. 137 Fn. 5, der darauf hinweist, dass es sich beim Begriff der öffentlichen Aufgabe um einen unbestimmten Rechtsbegriff handle, der zeitlichen und örtlichen Unterschieden unterworfen ist. Dasselbe gilt für den Begriff des öffentlichen Interesses, DERS., S. 137 Fn. 6; in diesem Sinne auch WELTERT, S. 224 f. m.w.H.

199 DAENIKER, S. 58 f.

200 DAENIKER, S. 62, wobei er davon auszugehen scheint, dass eine staatliche Aufgabe mit ihrer Übertragung auf einen privaten Rechtsträger zu einer (monopolisierten) wirtschaftlichen Tätigkeit wird.

201 HANDSCHIN/SIEGENTHALER, S. 405; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 115; UEBERSAX, S. 398.

Zusammenfassend lässt sich immerhin festhalten, dass im Zentrum die Frage nach der Rolle des Staats innerhalb der Gesellschaft[202] bzw. dem Umgang mit vom Staat wahrgenommenen Aufgaben steht. Privatisierungsfragen umfassen folglich nicht nur beinahe alle erdenklichen Rechtsgebiete, sondern sie sind insbesondere auch immer an wirtschafts- und gesellschaftspolitische bzw. ideologische Überlegungen geknüpft. Wie auch beim NPM und der Dezentralisierung stellen sich im Zusammenhang mit der Privatisierung deshalb aber immer auch heikle Fragen in Bezug auf die rechtsstaatlichen Grundsätze.[203]

b) Unterarten der Privatisierung

In der Literatur finden sich sodann wiederum verschiedene Unterarten des Privatisierungsbegriffs, deren Einteilung ebenfalls nicht einheitlich erfolgt. So stellt etwa JAAG zur Typisierung auf den verbleibenden Grad der staatlichen Einflussnahme auf die Aufgabenerfüllung und auf die Organisationsform ab und gliedert die Privatisierung in die Unterformen formelle Privatisierung, Teilprivatisierung, Vollprivatisierung und Aufgabenverzicht.[204] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN unterscheiden hingegen nach dem Inhalt zwischen der Organisationprivatisierung, der Aufgabenprivatisierung, der Vermögensprivatisierung und der Finanzierungsprivatisierung.[205] Die nachfolgende Unterscheidung der Privatisierungsarten hat sich mehr oder weniger eingebürgert, so dass zumindest dem Grundsatz nach (wenn vielleicht auch nicht im Detail) eine gewisse Einigkeit über das damit Gemeinte besteht. Teilweise überschneiden sich die nachstehenden Begrifflichkeiten allerdings.

(i) Organisationsprivatisierung (formelle Privatisierung)

Wird eine Aufgabe lediglich organisatorisch von der Zentralverwaltung oder einem öffentlich-rechtlichen Unternehmen auf eine privatrechtliche Trägerschaft übertragen, spricht man von einer formellen Privatisierung bzw. von

202 MÜLLER, Rechtsfragen, S. 114 f.; NOBEL, S. 136; TSCHANNEN, Verfügung, S. 211 f.

203 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 202 m.w.H.

204 JAAG, Dezentralisierung, S. 26.

205 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1867; ebenso VOGEL, S. 5 m.w.H.; ähnlich, aber mit teilweise abweichendem Begriffsverständnis LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 441, welche u.a. unter Aufgabenprivatisierung einen vollständigen Aufgabenverzicht des Staates verstehen; die beiden letzten Formen der Privatisierung (Vermögensprivatisierung und Finanzierungsprivatisierung) interessieren vorliegend indes nicht weiter bzw. nur am Rande, auch wenn eine Organisations- oder Aufgabenprivatisierung grundsätzlich ebenfalls eine Finanzierungsprivatisierung mit sich bringt, JAAG, Dezentralisierung, S. 34 Fn. 65.

Organisationsprivatisierung.[206] Der Staat ist weiterhin Träger der entsprechenden Aufgabe.[207] Aufgrund der fortbestehenden Kontrollmöglichkeit des Staates über den Rechtsträger muss dieser grundsätzlich im öffentlichen Interesse geführt werden.[208] Die Aufgabenträger werden als öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform[209] oder privatrechtliche Verwaltungsträger bezeichnet.[210]

(ii) Teilprivatisierung

Unter dem Begriff der Teilprivatisierung werden eine ganze Reihe von Zusammenarbeitsformen des Staates mit Privaten verstanden, bei denen die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch einen gemeinsam geführten Rechtsträger, ein sog. gemischtwirtschaftliches Unternehmen[211], vorgenommen wird.[212]

(iii) Aufgabenprivatisierung (materielle Privatisierung)

Die Vollprivatisierung und der Aufgabenverzicht sind Formen der Aufgabenprivatisierung. Sie stellen eine echte bzw. materielle Privatisierung dar.[213] Überträgt der Staat die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf Private und beschränkt seine Tätigkeit nur noch auf die Aufsichtsfunktion, stellt dies eine Vollprivatisierung dar.[214] Auch in diesem Fall handelt es sich aber immer

206 JAAG, Dezentralisierung, S. 26; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1868, welche diese Form auch als unechte Privatisierung bezeichnen; ZÄCH, S. 937.

207 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1868; JAAG, Dezentralisierung, S. 30; VOGEL, S. 5.

208 ZÄCH, S. 937.

209 JAAG, Dezentralisierung, S. 30.

210 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1707.

211 Auch dieser Terminus wird nicht einheitlich verwendet, vgl. JAAG, Dezentralisierung, S. 31 Fn. 38 m.w.H.

212 Vgl. dazu die Übersicht bei JAAG, Dezentralisierung, S. 27 und 30 ff.; entscheidend ist demnach, dass dem Staat eine Mitwirkungsfunktion zukommt. Die finanzielle Beteiligung ist demgegenüber nicht ausschlaggebend.

213 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1869; nach MÜLLER, Rechtsfragen, S. 117, liegt eine vollständige Privatisierung hingegen nur dann vor, wenn das Gemeinwesen überhaupt keine Verantwortung mehr für die Aufgabenerfüllung trägt, d.h. beim sog. Aufgabenverzicht; Verzichtet der Staat auf eine eigene Wirtschaftstätigkeit und überlasst diese dem Wettbewerb, so liegt nach LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 439, überdies eine vollumfängliche Deregulierung vor, wobei sich der Staat gewisse Marktregulierungen gleichwohl vorbehalten könne.

214 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 439 ff.; HANDSCHIN/SIEGENTHALER, S. 405 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1870; SÄGESSER, RVOG (1. Aufl.), Art. 2 Rz. 87, verneinte die Möglichkeit einer Vollprivatisierung bei Grundversorgungsaufgaben. In der neuen Auflage findet sich dieser Vorbehalt – soweit ersichtlich – nicht mehr.

noch um eine öffentliche Aufgabe.[215] Zieht sich der Staat hingegen gänzlich von der Aufgabenerfüllung zurück – da kein öffentliches Interesse an einer (allenfalls auch mittelbaren) Aufgabenerfüllung durch das Gemeinwesen mehr besteht und der gesetzliche Erfüllungsauftrag infolgedessen aufgehoben wurde -, liegt ein Aufgabenverzicht vor. Der Staat überlässt die Erfüllung der entsprechenden Aufgabe zukünftig Privaten.[216] Lediglich und nur in diesem Falle der Privatisierung, d.h. beim Aufgabenverzicht, stellt die fragliche Tätigkeit keine öffentliche Aufgabe mehr dar.[217]

III. Entstehung der Infrastruktursektoren

1. Im Allgemeinen

Je nach Bereich reichen die Ursprünge der Infrastruktursektoren zeitlich mehr oder weniger weit zurück. Die ersten Schritte machten oftmals Private – sei es aus ökonomischen Interessen, aus der Notwendigkeit der Situation heraus oder aus anderem Antrieb. Die historisch gewachsenen Strukturen prägten damals wie heute die (juristische) Sichtweise auf die entsprechenden Tätigkeiten. Ausgehend von der dazumal bestehenden privaten Aufgabenwahrnehmung, galten u.a. das Eisenbahnwesen und die Post lange als private Wirtschaftstätigkeiten.[218] Seit einiger Zeit findet sich in den meisten Infrastrukturbereichen indes die umgekehrte Situation: Das Gros der Infrastruktursektoren wurde in den vergangenen Dekaden grösstenteils staatlich beherrscht und befindet sich nun vor bzw. in einem Prozess der Liberalisierung respektive Privatisierung – sicherlich aber der (Re-)Regulierung – oder hat diesen Wandel bereits (ganz oder teilweise) durchgemacht.

2. Die Elektrizitätsinfrastrukturen im Besonderen

a) Der Beginn der Nutzbarmachung von Elektrizität

Was für die Infrastruktursektoren im Allgemeinen gilt, spiegelt sich auch bei den Elektrizitätsinfrastrukturen wider. Bereits seit Mitte des 18. Jahrhunderts beschäftigte sich die Naturwissenschaft mit der Beobachtung der Elektrizität. Die ersten elektrotechnischen Anwendungen folgten dann Anfang des 19. Jahrhunderts. Es sollte allerdings noch einige Jahrzehnte dauern, bis schliesslich gegen Ende des 19. Jahrhunderts der industriellen und kommer-

215 UEBERSAX, S. 398.

216 Für eine Beleihung besteht in diesem Fall somit ebenfalls kein Platz mehr, JAAG, Dezentralisierung, S. 33; dasselbe gilt auch für eine Monopolkonzession, vgl. HANDSCHIN/SIEGENTHALER, S. 406; vgl. dazu auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 215.

217 UEBERSAX, S. 398.

218 FAGAGNINI, S. 796.

ziellen Nutzbarmachung von elektrischer Energie, insbesondere durch die Erfindung der Glühbirne, der Durchbruch gelang.[219] Zu Beginn waren es in der Schweiz vor allem Private, welche sich in der Gewinnung und Nutzung dieser neuartigen Form von Arbeitskraft betätigten. Die Stromgewinnung erfolgte durch Wasserkraftwerke und die erzeugte Elektrizität konnte lediglich am Ort der Produktion eingesetzt werden. Als schliesslich die Übertragung elektrischer Energie über weite Distanzen ohne nennenswerte Wirkverluste gelang und somit die Nutzung von Strom standortunabhängig wurde, war der Grundstein für die Elektrifizierung der Schweiz gelegt.[220] In den 1920er-Jahren wurde zudem, als Reaktion auf die zunehmende Vernetzung der einzelnen, lokalen Elektrizitätsnetze und die Umstellung von Gleich- auf Wechselstrom, die Normalspannung eingeführt.[221] Durch die Knappheit konventioneller Energieträger während der beiden Weltkriege wurde der allseitige Ausbau der schweizerischen Elektrizitätsversorgung nochmals stark befördert und etwa zeitgleich mit dem Ende des Zweiten Weltkriegs abgeschlossen.[222] Im Energiebereich entwickelte sich die Infrastruktur zunächst also ohne staatliches Zutun.[223]

b) Der wachsende Einfluss des Staates in der Elektrizitätsversorgung

Der Staat begann allerdings relativ rasch, sich vermehrt an der Produktion und der Versorgung mit Elektrizität zu beteiligen.[224] Aufgrund der massiven Kosten, welche mit dem Anlagen- und Leitungsbau sowie der Erstellung von Produktionsanlagen verbunden waren, und auch der Tatsache, dass dafür regelmässig die Nutzung des unter der Sachherrschaft des Gemeinwesens stehenden öffentlichen Grund und Bodens erforderlich war, löste der Staat die Privaten in diesem Tätigkeitsbereich zunehmend ab und kaufte private Elektrizitätsversorger auf.[225] Die Versorgung mit elektrischer Energie wurde schliesslich zu einem der Hauptbeteiligungsfelder des Staates[226], das mehrheitlich durch Kantone und Gemeinden bzw. durch von diesen beherrschte Rechtsträger vorgenommen wurde. Über die ganze Schweiz betrachtet, wurde die Elektrizitätsversorgung somit zu einem staatlich dominierten Wirtschafts-

219 KERN, S. 3 ff.

220 RUCK, S. 45; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 7; KERN, S. 5.

221 KERN, S. 6.

222 KERN, S. 6.

223 FAGAGNINI, S. 796.

224 RUCK, S. 45; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 7; KERN, S. 5 f.

225 RUCK, S. 45 f.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 7; dieser Einfluss gilt bei nahezu allen Versorgungsinfrastrukturen, vgl. VOGEL, S. 84.

226 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 4.

zweig.[227] Das ursprünglich private Interesse an der Nutzung elektrischer Energie wurde so auch mehr und mehr zum öffentlichen Interesse.[228]

Parallel zur staatlichen Aufgabenerfüllung wurde die Elektrizitätsversorgung aber stets auch weiterhin von privaten Marktteilnehmern vorgenommen. An dieser Ausgangslage hat sich bis dato kaum etwas geändert. Je nach historischen und regionalen Begebenheiten kann die staatliche Dominanz in der Elektrizitätsversorgung heute somit unterschiedlich ausfallen.[229] Die fortwährende Existenz privat beherrschter EVU zeigt, dass die Elektrizitätsversorgung nicht zwingend durch den Staat selbst vorgenommen werden muss.[230] Die Elektrizitätsversorgung war und bleibt also ein *«Nebeneinander von staatlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit»*.[231] Auf die Rolle des Staates im Zusammenhang mit den Infrastrukturen wird nachfolgend aber noch vertieft einzugehen sein.

IV. Reformation der Infrastruktursektoren

1. Grundsätzliches zum veränderten Staatsverständnis im Bereich der Infrastruktursektoren

Wie vorstehend bereits dargelegt wurde, bilden der Service public sowie die dafür erforderlichen Netzinfrastrukturen, um es mit den Worten des Bundesrats zu sagen, eine *«unverzichtbare Lebensgrundlage»*[232] der heutigen Gesellschaft.[233] Das öffentliche Interesse an den Infrastruktursektoren ist also evident.[234]

Retrospektiv betrachtet hat sich allerdings das vorherrschende Verständnis der Rolle des Staates beim Service public in der jüngeren Vergangenheit gewandelt bzw. befindet sich immer noch inmitten dieses Wandels.[235] Von der heutigen Warte aus gesehen, dreht sich die anhaltende Dis-

227 RUCK; S. 45 f.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 4 und 9; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 7 f.

228 RUCK, S. 45; KERN, S. 6.

229 Vgl. etwa BISCHOF, S. 25, mit dem Hinweis auf die Elektrizitätsversorgung im Kanton Luzern.

230 BISCHOF, S. 25; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 2 und 12; RUCK, S. 45 f.

231 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 5; in diesem Sinne bereits auch RUCK, S. 46.

232 So explizit in Bezug auf die Infrastrukturnetze, Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8666.

233 Freilich gilt dies, so muss man anfügen, zumindest für die Industriestaaten, darunter auch die Schweiz.

234 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194.

235 So bereits HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194; FAGAGNINI, S. 789 und 798; für die europäische Energiegesetzgebung vgl. HIRSBRUNNER, in: EU-Kommentar, Art. 194 AEUV, Rz. 5; weiterführend KERN, Versorgungspflichten, S. 954 ff.

kussion beim Service public einerseits um die Ablösung des Staates durch Private sowie andererseits um die Ablösung des Monopols durch Wettbewerb.[236] Dies vor folgendem Hintergrund:

Zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts führte die fehlende Wettbewerbsmöglichkeit bei Netzinfrastrukturen teilweise zu Marktversagen. Insbesondere der Missbrauch von Marktmacht durch private Monopolisten sowie die mangelhafte Versorgung abgelegener Landesteile stellten ein Problem dar.[237] Die Lösung für das Problem bestand zum Teil in der Verstaatlichung entsprechender (teilweise überaus bedeutender) Infrastrukturdienstleister.[238] Die (verstaatlichten) Infrastrukturen wurden in der Folge sodann aber auch bewusst zur Nationsbildung und Förderung der nationalen Einheit eingesetzt.[239]

Historisch bedingt unterlagen die Infrastrukturmärkte daher während der Dauer des 20. Jahrhunderts grösstenteils staatlicher Beherrschung.[240] Dieser Umstand führte dazu, dass die gedankliche Trennung zwischen Organisationsstruktur und Aufgabe in jener Zeit kaum stattfand.[241] Die Infrastruktursektoren zählten deshalb für lange Zeit zum selbstverständlichen Aufgabenbereich des Staates[242] und der Staat erstellte und betrieb die Netzinfrastrukturen auf seinem Gebiet selbst.[243] Eng mit diesem Gedanken verbunden war (und ist immer noch) die Thematik der Grundversorgung, welche ebenfalls lange als unbestrittenermassen dem Staat zufallende Aufgabe betrachtet wurde.[244] Bedingt durch die damals bestehenden Möglichkeiten des technisch

236 Vgl. dazu auch ZÄCH, S. 936 f. sowie 947.

237 ZÄCH, S. 937 ff. m.w.H. zu den Hintergründen und Auswirkungen.

238 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194; ZÄCH, S. 940 f., welcher darauf hinweist, dass zuweilen aber auch staatliche Aufgabenträger ihre Marktmacht missbraucht haben; VOGEL, S. 4, macht in der schweizerischen Vergangenheit hingegen keine grösseren Verstaatlichungen aus; nach ZÄCH, S. 939, stellte die Verstaatlichung auch aufgrund der damals noch fehlenden Kartellgesetzgebung die Antwort auf den Missbrauch von Marktmacht dar; weiterführend zur Entwicklung in Europa KERN, Versorgungspflichten, S. 247.

239 ZÄCH, S. 940 Fn. 24; VOGEL, S. 3; für die Entwicklung in Europa vgl. insb. KERN, Versorgungspflichten, S. 252 ff.; Ähnliches lässt sich auch im europäischen Kontext mit der Schaffung des EU-Binnenmarkts beobachten.

240 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194.

241 FAGAGNINI, S. 795 m.w.H.

242 FAGAGNINI, S. 789.

243 FAGAGNINI, S. 795.

244 FAGAGNINI, S. 796; zu der den staatlichen Infrastrukturbetrieben gleichermassen inhärenten Symbolträchtigkeit sowie den marktwirtschaftlichen Interessen an diesen und dem sich daraus ergebenden Interessenkonflikt vgl. DERS., S. 795 ff.

Machbaren sowie die Erfahrungen der Vergangenheit,[245] bestand sodann die Auffassung, dass nur staatliche, monopolistischen Strukturen in der Lage seien, eine flächendeckende Grundversorgung zu gewährleisten.[246] Dies alles führte zu der Ansicht, bei den Infrastrukturmärkten handle es sich um wettbewerbspolitische Ausnahmebereiche, in welchen kein Wettbewerb stattfinden solle.[247] Gebietsfremde Anbieter waren demzufolge aus protektionistischen Gründen grundsätzlich weder erwünscht noch zugelassen.[248]

Seit Anfang der 90er-Jahre ist nun eine gegenteilige Bewegung im Gang, welche den Staat bei der Aufgabenerfüllung zurücknehmen und diese Aufgaben wieder vermehrt Privaten bzw. dem Wettbewerb überlassen will.[249] Die Rolle des Staates im Infrastrukturbereich soll dabei neu definiert werden. Inhaltlich geht es bei der Debatte im Kern um nicht weniger als die Grundsatzfrage, ob der Staat diese Infrastrukturaufgaben überhaupt noch weiterhin wahrnehmen soll.[250]

Die Auswirkungen dieser Debatte sind bekannt. In den vergangenen drei Jahrzehnten wurden verschiedene Infrastruktursektoren im Zuge der wirtschaftlichen und rechtlichen Internationalisierung und Globalisierung grundlegend reformiert.[251] Dem Credo «Weniger Staat, mehr Markt» folgend, bedeutete dies eine Öffnung (Liberalisierung) der durch den Staat beherrschten Infrastrukturmärkte.[252] Markt und Wettbewerb wurden zur Maxime dieser Reform-Debatte und erlangten Ziel-Charakter.[253] Von der Reform betroffen waren und sind nebst den traditionell durch den Staat wahrgenommenen Infrastrukturtätigkeiten indes auch junge Aufgabenbereiche.[254] Wo staatliche Betriebe heute noch tätig sind, sehen sie sich zunehmendem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt.[255] Im Zuge bzw. als Folge dieses Paradigmenwechsels

245 ZÄCH, S. 937 ff.

246 FAGAGNINI, S. 798.

247 WEBER, Neustrukturierung, S. 918; BISCHOF, S. 3 und 18 f.

248 ZÄCH, S. 939.

249 Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4576; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194; KÜHLING, Rz. 1; FAGAGNINI, S. 796, spricht denn auch davon, dass *«es sich bei den heutigen Diskussionen genaugenommen […] um einen Weg zurück»* handle.

250 FAGAGNINI, S. 789.

251 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194; Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4570; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 1 Rz. 1; VOGEL, S. 74.

252 WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 1 Rz. 1; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194 f.; VOGEL, S. 7.

253 FAGAGNINI, S. 789.

254 FAGAGNINI, S. 789.

255 FAGAGNINI, S. 800.

wurden sodann zahlreiche staatliche Infrastrukturdienstleister organisatorisch verselbständigt und teilweise (re-)privatisiert.[256] Durch die Privatisierung sollten die von der Liberalisierung betroffenen staatlichen Akteure u.a. eine *«marktkonforme Rechtsform»* erhalten.[257] Angesichts der gleichwohl fortbestehenden, zum Teil gesetzlich vorgeschriebenen[258], staatlichen Beherrschung der meisten privatisierten Aufgabenträger[259] und der trotz der formellen Trennung verbleibenden Staatsnähe erscheint es zuweilen aber etwas überzogen, wenn davon gesprochen wird, dass sich der Staat von der Aufgabenwahrnehmung in den Infrastrukturbereichen zurückzieht und diese Privaten bzw. dem Markt überlässt.[260] Richtig ist aber, dass die den Infrastruktursektoren zugrundeliegenden Marktordnungen und die Rollen, welche der Staat und Private darin spielen, einem immer noch andauernden Wandel unterworfen sind. Die Privatisierungswelle mag im heutigen Zeitpunkt zwar etwas abgeflacht erscheinen;[261] von Zeit zu Zeit schwappt diese Welle aber wieder empor.[262]

Ob die Idee der Liberalisierung der Infrastruktursektoren der Weisheit letzter Schluss ist, kann per se nicht abschliessend beantwortet werden. Die Zukunft wird erst noch zeigen müssen, wo der eingeschlagene Weg hinführt. Immerhin erweist sich ein Blick in die Vergangenheit diesbezüglich als erhellend. Er zeigt einerseits, dass dem Staat zwar seit jeher eine bedeutende Rolle bei der Bereitstellung von Infrastrukturgütern zukam.[263] Er verrät aber auch, dass die Infrastrukturversorgung nicht immer und nur durch den Staat

256 So die PTT im Bereich der Post und Telekommunikation, vgl. HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1219 ff.; ebenso wurden zahllose Elektrizitätsunternehmen privatisiert; vgl. zum Ganzen auch ZÄCH, S. 935 ff.; VOGEL, S. 4 f.; WIEGAND/WICHTERMANN, S. 4 f.

257 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 441.

258 Vgl. z.B. für den Elektrizitätssektor die Vorgaben in Art. 18 und 19 StromVG betreffend die nationale Netzgesellschaft als gesamtschweizerische Übertragungsnetzbetreiberin; für den Bereich der Eisenbahnen vgl. nur die Vorgaben in Art. 7 SBBG sowie die Ausführungen bei FAGAGNINI, S. 804 f.

259 WEBER, Neustrukturierung, S. 912; WALTHER, S. 94.

260 Vgl. dazu etwa die Ausführungen bei FAGAGNINI, S. 801 f.; ähnlich auch WELTERT, S. 386; gl.M. in Bezug auf die leitungsgebundene Stromversorgung WALTHER, S. 94; ähnlich VOGEL, S. 7 Fn. 26, welcher der öffentlichen Hand zudem eine gewisse Schizophrenie attestiert, da im Zusammenhang mit der Öffnung der staatlich beherrschten Märkte zwar einerseits Wettbewerb geschaffen, aber gleichzeitig die Stellung der staatlichen Betriebe möglichst geschützt werden soll.

261 ACHERMANN, S. 1.

262 Jüngstes, prominentes Beispiel dafür war die diskutierte Liberalisierung der PostFinance.

263 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194; VOGEL, S. 3 f., weist zudem darauf hin, dass sich die staatliche Wirtschaftstätigkeit, insbesondere durch die Schaffung von Regalrechten, bis ins Mittelalter zurückverfolgen lässt.

vorgenommen wurde. Im Gegenteil: Die Bereitstellung und Versorgung mit Infrastrukturgütern geschah oft in Kooperation zwischen dem Staat und Privaten.[264] Mancherlei Infrastruktur ist überhaupt erst aus der Innovationskraft Privater hervorgegangen,[265] während andere Infrastrukturen durch den Staat geschaffen wurden.[266] Die Gründe dafür sind nicht nur vielfältig, sondern können sich (selbst innerhalb desselben Infrastruktursektors) unterscheiden oder sogar widersprechen.[267] Ein massgebender Anteil dieser Unterschiede dürfte insbesondere auch auf die Tatsache zurückzuführen sein, dass der neu geschaffene Bundesstaat Schweiz zu Beginn seiner Existenz im Vergleich zu heute relativ wenig Kompetenzen innehatte, wodurch die Kantone und Gemeinden stärker im Zentrum des Geschehens waren.[268] Das Ausmass des staatlichen bzw. privaten Anteils bei der Bereitstellung von Infrastrukturgütern variierte somit nach Zeit und Ort stark; es kann als zufällig betrachtet werden und ist zudem nicht selten geprägt von einem Hin und Her. HÄNNI/STÖCKLI bezeichnen dies gelungen als *«Pendelbewegungen in der Aufgabenwahrnehmung»*.[269]

Um dem Leser ein Verständnis für die soeben beschriebene Pendelbewegung in der Aufgabenwahrnehmung des Staates und deren Hintergründe zu verschaffen, soll diese nachfolgend exemplarisch am Beispiel der Eisenbahn illustriert werden.[270] Die Illustration zeigt denn auch eindrücklich auf, welchen Einfluss der aktuelle Zeitgeist auf bestimmte Fragen sowie die darauf gegebenen Antworten hat und wie unterschiedlich die Meinungen zu gleich gelagerten Problemstellungen ausfallen können.

264 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194.

265 So beispielsweise die Elektrizitätsversorgung, welche insbesondere zu Beginn von Privaten erstellt und betrieben wurde, vgl. statt aller KERN, S. 5.; ebenso entstammte das erste Telefonnetz auf schweizerischem Gebiet privater Hand, vgl. WEBER, Monopol, S. 48.

266 VOGEL, S. 3.

267 So fehlte es mal dem Staat an den finanziellen Mitteln zur Schaffung der Infrastruktur (vgl. Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 235), mal überstieg dies die Finanzkraft Privater (vgl. VOGEL, S. 3).

268 Dies erklärt auch die hohe Anzahl (öffentlicher) Unternehmen, die sich direkt oder indirekt im Eigentum von Kantonen und Gemeinden befinden, VOGEL, S. 4.

269 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194; vgl. auch VOGEL, S. 5.

270 Das Beispiel der Eisenbahnen wird gewählt, weil sich deren Geschichte am längsten und am besten dokumentiert zurückverfolgen lässt; für eine entsprechende Übersicht in den Kommunikationsmärkten vgl. WEBER, Monopol, S. 48 ff.

2. Exkurs: Pendelbewegung in der Aufgabenwahrnehmung am Beispiel der Eisenbahnen

Der schweizerische Bundesstaat besass zwar seit seiner Gründung im Jahr 1848 grundsätzlich die Kompetenz zum Bau von Eisenbahnen,[271] allein es fehlten ihm die dazu notwendigen finanziellen Mittel.[272] Bereits dannzumal herrschte Uneinigkeit darüber, ob bzw. wie sich der Staat an der Eisenbahninfrastruktur beteiligen solle oder ob deren Bau und Betrieb den Privaten zu überlassen sei. Die im Zusammenhang mit der *«Begutachtung der Eisenbahnfrage»*[273] als Sachverständige angefragten englischen Ingenieure STEPHENSON und SWINBURNE machten den Bund auf die in anderen Ländern gesammelten Erfahrungen aufmerksam, dass *«die freie Konkurrenz im Eisenbahnwesen [nirgends] gute Früchte getragen [habe]; das Publikum habe nichts verspürt von den angeblichen Wohlthaten, welche diese Konkurrenz ihm hätte bieten sollen»*.[274] Im selben Jahr vertrat der ebenfalls angefragte Experte GEIGY die Meinung, dass die Leitung der Eisenbahnen aufgrund ihres Wesens beim Staat liegen solle, da diese *«Strassen höherer Ordnung seien, die so viel und so gut als möglich dem Publikum zugänglich zu machen seien»*.[275] Obwohl sich in der Folge sowohl der Bundesrat als auch die zuständige Kommission des Nationalrats für ein Staatsbahnsystem aussprachen (die benötigten finanziellen Mittel sollten durch Anleihen beschafft werden), votierte der Nationalrat für ein Privatbahnsystem. Er war der Ansicht, den mit dem Privatbahnsystem verbundenen Gefahren könne aufgrund der andernorts bereits gemachten Erfahrungen entgegengewirkt werden.[276] Die Bundesversammlung teilte diese Auffassung in der Folge, und der Bau und Betrieb von Eisenbahnen wurde schlussendlich – entgegen der Meinung der angefragten Experten, des Bundesrats und der zuständigen Kommission – den Kantonen bzw. der Privattätigkeit überlassen.[277]

271 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 232.

272 ACHERMANN, S. 60; Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 235.

273 Konkret ging es um die Frage, welches die für die Interessen der Schweiz vorteilhafteste Weise zur Erstellung von Eisenbahnen sei, vgl. Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 233.

274 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 233; der von der schweizerischen Eidgenossenschaft beigezogene Experte STEPHENSON vertrat ausserdem die Meinung, dass die Behauptung, wonach *«die Privaten wohlfeiler und solider als der Staat bauen und besser administrieren, […] nur in sehr beschränktem Umfange richtig [sei], nämlich […] wo das eigene Interesse der mächtigste Hebel sei»*. Es sei deshalb anzunehmen, dass sich Private auf die rentablen Linien konzentrieren und die übrigen Linien vernachlässigen würden, Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 235 f.

275 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 234 f.

276 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 236 f.

277 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 237; ACHERMANN, S. 60.

Den Kantonen wurde im Zusammenhang mit dem Bau und Betrieb von Eisenbahnen zudem vom Bund die Aufgabe übertragen, die entsprechenden Betriebskonzessionen zu erteilen, ohne jedoch allgemeine Regeln über den Konzessionsinhalt aufzustellen.[278] Bemerkenswert ist, dass dem Bund aber bereits vor über 170 Jahren (immerhin) die Aufgabe zugewiesen wurde, Bestimmungen aufzustellen, welche die technische Einheit der schweizerischen Eisenbahnen sicherstellen sollten[279] und die Bahnunternehmen bereits dannzumal verpflichtete, den Anschluss anderer Eisenbahnen an das eigene Netz *«in schicklicher Weise zu gestatten, ohne daß die Tarifsäze zu Ungunsten der einmündenden Bahnlinien ungleich gehalten werden dürfen»*.[280] Die kantonalen Konzessionen unterlagen zudem noch dem Genehmigungsvorbehalt des Bundes, welcher diese aber zu erteilen hatte, sofern durch den Eisenbahnbau die militärischen Interessen der Schweiz nicht verletzt wurden.[281] Dieser zwar liberale und föderalistische, aber uneinheitliche Ansatz stiess indes schon bald an seine Grenzen.[282] Probleme bereitete vor allem der Bau von Eisenbahnstrecken über die Kantonsgrenzen hinweg, da sowohl Eisenbahngesellschaften als auch Kantone vorwiegend ihre eigenen Interessen verfolgten. Problematisch war auch, dass die Kantone den Eisenbahngesellschaften Gebietsmonopole einräumten, wodurch Konkurrenz ausgeschlossen wurde.[283] Den Kantonen fiel es dadurch zunehmend schwer, die verkehrstechnischen Bedürfnisse der Bevölkerung sowie die übrigen öffentlichen Interessen gegenüber den einflussreichen Eisenbahngesellschaften durchzusetzen.[284] Dem Bund hingegen fehlten die rechtlichen Kompetenzen um einzugreifen.[285] Dies führte (neben weiteren Gründen[286]) dazu, dass im

278 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 237.

279 Vgl. Art. 12 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen im Gebiete der Eidgenossenschaft vom 28. Juli 1852.

280 Vgl. Art. 13 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen im Gebiete der Eidgenossenschaft vom 28. Juli 1852; heutzutage würde man in diesem Zusammenhang von Interoperabilität und Netzzugang sprechen.

281 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 237 f.; ACHERMANN, S. 60.

282 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 238.

283 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 239.

284 ACHERMANN, S. 60; die Eisenbahngesellschaften wiederum verlangten eine Beschränkung der kantonalen Hoheitsgewalt, vgl. Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 240.

285 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 239 f.; auch die bundesrechtlichen Bestimmungen, wonach die Eisenbahngesellschaften den Anschluss an das eigene Netz in angemessener Weise zu gestatten hatten (vgl. Art. 13 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen im Gebiete der Eidgenossenschaft vom 28. Juli 1852), halfen offenbar nicht, den Problemen beizukommen.

286 Vgl. dazu ACHERMANN, S. 60 f.

Jahr 1872 die Konzessionierung des Eisenbahnbaus und -betriebs durch den Bund für die gesamte Schweiz geregelt und somit vereinheitlicht wurde. Statuiert wurden u.a. ein Verbot von Ausschluss- und Vorzugsrechten, eine Genehmigungspflicht der Statuten der Eisenbahngesellschaften durch den Bund[287] sowie Massnahmen bei Nichteinhaltung der durch Gesetz und Konzession den Eisenbahngesellschaften auferlegten Verpflichtungen.[288] Neu eingeführt wurden auch Vorgaben bei der Tarifierung[289] sowie die Kontrolle dieser Tarife durch den Bund.[290] Am damaligen Grundsatz, dass die Eisenbahnen durch Private gebaut und betrieben würden, änderte die vereinheitlichte Konzessionierung durch den Bund – trotz der gemachten Erfahrungen – vorerst jedoch nichts.[291] Es sollte noch einmal der Versuch gewagt werden, die Tätigkeit den Privaten zu überlassen.[292] Dieser Ansatz sollte sich erst ändern, als gegen Ende des 19. Jahrhunderts diverse Eisenbahngesellschaften mit finanziellen Problemen zu kämpfen hatten, wodurch auch der Infrastrukturausbau ins Stocken geriet[293] und das öffentliche Interesse am Verkehr wesentlich tangiert wurde.[294] Um den Netzausbau, die Verkehrsentwicklung und die Interessen der Schweiz gegenüber dem Ausland sicherzustellen, entschied sich der Bund für die Einführung einer Staatsbahn,[295] wie dies bereits in den umliegenden Ländern mehrheitlich der Fall war.[296] Im Jahr 1897 beschloss der Bund schliesslich den Rückkauf der schweizerischen Hauptbahnen und die Zusammenführung derselben zu den Schweizerischen Bundesbahnen. Der Bau und Betrieb der Nebenbahnen wurde indes weiterhin den Privaten überlassen.[297]

In der Folge war das Bahnwesen immer mal wieder Reformen und Reorganisationen unterworfen. Dies mündete im Jahr 1999 schliesslich mit der

287 Ein solche Genehmigungspflicht durch den Bund findet sich heute auch in Art. 19 Abs. 1 StromVG betreffend die Statuten der nationalen Netzgesellschaft.

288 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 242 f.

289 Vgl. Art. 35 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 23. Christmonat 1872, welcher u.a. eine Veröffentlichungspflicht für die Tarife sowie ein Gleichbehandlungsgebot vorsah.

290 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 243.

291 ACHERMANN, S. 61; auch die Kantone beteiligten sich indes zum Teil beträchtlich am Eisenbahnbau und -betrieb, vgl. Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 249.

292 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 244.

293 ACHERMANN, S. 61.

294 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 257.

295 ACHERMANN, S. 61.

296 Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 235.

297 ACHERMANN, S. 61; vgl. auch Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 337 f. m.w.H.

Bahnreform 1 in der Umwandlung der Schweizerischen Bundesbahnen in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, wovon man sich eine grössere unternehmerische Freiheit versprach.[298] Gleichzeitig sollte durch die rechnerische Trennung von Infrastruktur und Verkehr sowie durch den Netzzugang und die Liberalisierung im Güterverkehr Wettbewerb durch Konkurrenz geschaffen werden.[299] Das Ziel der Bahnreform 1 war somit hauptsächlich die Steigerung der Effizienz, worunter auch eine Verbesserung des *«Kosten-Nutzen-Verhältnis[ses] für die öffentliche Hand»* verstanden wurde.[300] Diese Idee wurde mit der Bahnreform 2[301] seit dem Jahr 2005 etappenweise weitergeführt[302] und dürfte noch nicht endgültig abgeschlossen sein.

Das Pendel der Aufgabenwahrnehmung befindet sich bei den Eisenbahnen also auf dem Weg zurück, wenngleich es kaum noch ganz bis zu seinem Ursprung gelangen dürfte.[303]

298 ACHERMANN, S. 62 f. m.w.H.

299 Bundesrat, Botschaft Bahnreform I, S. 913 und 967; vergegenwärtigt man sich, dass sich die Schweizerischen Bundesbahnen nach wie vor zu 100 % im Eigentum des Bundes befinden, diese weiterhin ein Quasimonopol im Personenfernverkehr haben und auch beim Güterverkehr nur beschränkter Wettbewerb entstanden ist (vgl. Bundesrat, Botschaft Bahninfrastruktur, S. 8671 und 8744 sowie die Medienmitteilung des Bundesamtes für Verkehr vom 22. August 2019 betreffend die Fernverkehrskonzession), entbehrt es indes nicht einer gewissen Ironie, dass den zahllosen Reformen stets das Credo «Effizienz durch Wettbewerb» zugrunde liegt – was auch immer mal wieder (über Gebühr) betont wird; kritisch dazu auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 785.

300 Bundesrat, Botschaft Bahnreform I, S. 911 ff.; zum Ganzen auch ACHERMANN, S. 63.

301 Vgl. dazu die Botschaft zur Bahnreform 2 vom 23. Februar 2005, BBl 2005, S. 2415-2546, S. 2417, welche vom Parlament zur Überarbeitung zurückgewiesen wurde; die Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 (Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr) vom 9. März 2007, BBl 2007, S. 2681-2766, S. 2682 sowie die Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011, S. 911-986, S. 912.

302 Vgl. zum Ganzen auch die Zusammenfassung in Bundesrat, Botschaft Bahninfrastruktur, S. 8669 f.

303 Gründete die Absicht zur Einführung eines Staatsbahnsystems in der Schweiz Mitte des 19. Jahrhunderts u.a. noch auf der Tatsache, dass die Mehrheit der umliegenden Länder dannzumal ein solches Staatsbahnsystem kannten (vgl. Bundesrat, Botschaft Hauptbahnen, S. 235), stellt der nun verfolgte gegenteilige Ansatz ebenfalls wiederum eine Anpassung an das System der umliegenden Länder dar und ist als Reaktion auf die Liberalisierungsbemühungen der EU im Infrastrukturbereich zu verstehen (vgl. Bundesrat, Botschaft Bahninfrastruktur, S. 8669, 8673 f. und 8707 ff.); es wäre indes vermessen, von der Einführung eines Privatbahnsystem zu sprechen. Treffender wäre es wohl, diese Form als Staatsbahn im Kleid des Privatrechts zu bezeichnen (in diesem Sinne auch VOGEL, S. 72 Fn. 314, welcher den Ausdruck «Privatbahnen» aufgrund der regelmässig vorhandenen starken Beteiligung der öffentlichen Hand als «irreführend» bezeichnet; kritisch auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 785).

3. Ursachen des veränderten Staatsverständnisses im Bereich der Infrastrukturen aus schweizerischer Perspektive

Soeben wurde aufgezeigt, dass in der Schweiz die Rolle des Staates bei der Aufgabenwahrnehmung im Infrastrukturbereich einem steten Wandel unterworfen war und auch heute immer noch ist. Dabei zeigen sich am Beispiel der staatlichen Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Eisenbahnen erstaunliche Parallelen zwischen den bereits vor rund 170 Jahren und den heute geführten Diskussionen und herangezogenen Lösungsansätzen in anderen Infrastruktursektoren. In den vergangenen drei Jahrzehnten, d.h. seit Beginn der 1990er-Jahre, führte dieser Wandel in der Schweiz nun zu einer (immer noch anhaltenden) Öffnung der Infrastrukturmärkte. Tätigkeiten, die bisher allein durch den Staat ausgeübt wurden, werden neu oder wieder dem Wettbewerb ganz oder teilweise geöffnet. Damit einhergegangen sind organisatorische Verselbständigungen sowie Privatisierungen staatlicher Infrastrukturdienstleister.[304] Der Staat soll also (wieder einmal) durch den Markt abgelöst werden.[305]

An dieser Stelle sollen die *Ursachen*, welche zu diesem veränderten Staatsverständnis im Infrastrukturbereich geführt haben, näher beleuchtet werden. Ohne dabei zu sehr auf die Details eingehen zu wollen, erscheint es gleichwohl angebracht, die Hintergründe, die zur Liberalisierung der Infrastrukturmärkte geführt haben oder noch führen werden, darzulegen. Denn sie sind es, welche die neue Marktordnung definieren und schlussendlich auch der daraus entspringenden Gesetzgebung gedanklich zugrunde liegen (sollten).[306]

Obwohl sich die verschiedenen Ursachen wechselseitig beeinflusst und verstärkt haben dürften, ist die Hauptursache der schweizerischen Liberalisierungswelle zweifellos in der Öffnung der Infrastrukturmärkte im europäischen Umfeld zu sehen.[307] Daneben führten aber auch andere Gründe zu einer veränderten Ansicht darüber, welche Rolle dem Staat im Infrastrukturbereich zukommen soll.

304 Vgl. dazu statt aller HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194.

305 Vgl. dazu auch FAGAGNINI, S. 796 und 800 ff.

306 Nicht zuletzt ermöglicht im Bereich der Infrastrukturgesetzgebung auch erst die Kenntnis der Hintergründe das Verständnis des Gesetzes, selbst wenn dies bei dessen Anwendung nicht immer vonnöten ist bzw. zuweilen vergessen geht. Umgekehrt sollte das Gesetz aber bereits aus sich heraus (genügend) verständlich sein. Ein Umstand, der oft Probleme bereitet; ähnlich bereits FÖHSE, Grundversorgung, S. 1241.

307 Vgl. statt aller LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 453.

Im Folgenden wird deshalb in einem ersten Schritt die Liberalisierung der Infrastruktursektoren in der Europäischen Union nachvollzogen. In einem zweiten Schritt wird auf die übrigen Gründe, die der Liberalisierung der schweizerischen Infrastruktursektoren zugrunde liegen, eingegangen, bevor in einem dritten Schritt eine Würdigung erfolgt.

Die *Auswirkungen* der europäischen Liberalisierung der Infrastruktursektoren auf die Schweiz und die schweizerische Elektrizitätsversorgung im Besonderen werden später unter dem Titel «Marktwirtschaftliche Öffnung in der Schweiz»[308] separat betrachtet.

a) Liberalisierung der Infrastruktursektoren in der Europäischen Union als Hauptursache

(i) Historische Entwicklung der Liberalisierung von Infrastruktursektoren im Allgemeinen

Die Öffnung der Infrastrukturmärkte entspricht einer Entwicklung, die in vielen Staaten bereits stattgefunden hat und/oder immer noch stattfindet.[309] Die Wurzeln der heutigen Liberalisierungsbestrebungen entspringen den in den 70er-Jahren in den USA unter dem Schlagwort der «Deregulierung» entwickelten politökonomischen Ansätzen. Deren Bestreben war die (Wieder-) Einführung von Wettbewerb in den, durch staatliche Massnahmen geschaffenen, wettbewerbsrechtlichen Ausnahmebereichen. Unter der Präsidentschaft von RONALD REAGAN wurde diese Deregulierung verstärkt vorangetrieben und verbreitete sich von dort aus auch in weiten Teilen der restlichen Welt.[310] In Europa sprang der Funke in den 80er-Jahren zuerst auf Grossbritannien über, welches mit dem Telecommunications Act von 1984 den Telekommunikationsmarkt (zuerst nur versuchsweise) entmonopolisierte.[311] Die kontinentaleuropäischen Staaten folgten – wenn auch teilweise nur zögerlich – kurze Zeit später.[312]

308 Vgl. dazu § 4 IV. 4.

309 FAGAGNINI, S. 789; für eine historische Übersicht zur staatlichen Wirtschaftstätigkeit im Allgemeinen vgl. VOGEL, S. 3 f.

310 Vgl. dazu das Vorwort von WIEGAND, S. VII; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 423.

311 Konkret bedeutete dies den freien Vertrieb von Endgeräten sowie die versuchsweise Einführung eines Duopols für den Bereich der Dienst- und Netzleistungen. Die Duopolstruktur wurde, nach Ablauf der auf sieben Jahre festgelegten Testphase, ebenfalls verworfen und der Markt für weitere Teilnehmer, welche allerdings einer Lizenz bedurften, geöffnet, vgl. WEBER, Monopol, S. 160 ff. m.w.H.

312 Vgl. dazu das Vorwort von WIEGAND, S. VII; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 423; ferner WEBER, Monopol, S. 49 f. sowie 151 ff. für die Entwicklung in den Telekommunikationsmärkten; auch ausserhalb von Europa finden sich entsprechende Beispiele, so z.B. in Japan, vgl. FAGAGNINI, S. 799; weiterführend dazu auch KERN, Versorgungspflichten, §§ 1-4.

Etwa zur selben Zeit rückten in der Agenda der Binnenmarkts- und Integrationspolitik der Europäischen Union die Infrastrukturmärkte ebenfalls vermehrt in den Fokus.[313] In ihrem Weissbuch zur Vollendung des Binnenmarktes von 1985 präsentierte die europäische Kommission die nach ihrer Ansicht zur Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlichen Massnahmen. Deren Ziel war es, materielle, technische und steuerliche Schranken abzubauen, welche die Entstehung eines funktionierenden Binnenmarktes behinderten. Zu diesem Zwecke sollten auch die Rechtsordnungen und Normen in bestimmten Bereichen harmonisiert und die Infrastruktursektoren Energie, Verkehr, Wasser und Fernmeldewesen dem Einflussbereich der Europäischen Gemeinschaft unterstellt werden.[314] Die Aufmerksamkeit der Kommission galt dabei – weil deregulierungstechnisch bereits am weitesten fortgeschritten und aufgrund der technologischen Entwicklungen gleichermassen drängend wie auch umsetzbar[315] – zuerst den Telekommunikationsmärkten.[316] Diese waren zur damaligen Zeit meist noch Teil der in Europa vorherrschenden staatlichen PTT-Betriebe.[317] Die im Jahr 1986 von den Mitgliedstaaten verabschiedete Einheitliche Europäischen Akte äusserte sich zwar noch nicht zum Umgang mit den Infrastruktursektoren. Im gleichen Jahr erliess der Rat jedoch als ersten Deregulierungsschritt eine Richtlinie betreffend die gegenseitige Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikations-Endgeräten.[318] In den beiden darauffolgenden Jahren folgten mit dem Grünbuch der Kommission über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte vom 30. Juni 1987[319] sowie der darauf basierenden

313 Zum Ganzen auch KERN, Versorgungspflichten, S. 268 ff. m.w.H.; VOET VAN VORMIZEELE, in: EU-Kommentar, Art. 106 AEUV, Rz. 1; DECKWIRTH, S. 535; KÜHLING, Rz. 1.

314 KOM (85) 310 endg., S. 4 ff. und 24; ferner KERN, Versorgungspflichten, S. 269 f.

315 Vgl. COM (87) 290 final, S. 1 ff.; eine massgebende Rolle spielte u.a. auch der zunehmende Druck auf die etablierten europäischen Akteure im Telekommunikationssektor, welcher durch die ökonomische und technologische Entwicklung ostasiatischer Länder entstand, DECKWIRTH, S. 535.

316 WEBER, Neustrukturierung, S. 919 ff.; DERS., Monopol, S. 63 f. m.w.H.; KÜHLING, Rz. 18 ff.; SCHMIDT, S. 103 ff.; ferner KERN, Versorgungspflichten, 270.

317 DECKWIRTH, S. 535; SCHMIDT, S. 104.

318 Richtlinie 86/361/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 über die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikations-Endgeräten, ABl 1986 L 217/21 vom 5.8.1986; WEBER, Monopol, S. 63 sowie 65 ff. m.w.H. zur Marktöffnung für die Endgeräte.

319 COM (87) 290 final.

Entschliessung des Rates[320] weitere massgebende Schritte.[321] Obwohl die Stossrichtung bereits zu Beginn klar in Richtung vollständige Liberalisierung deutete,[322] wurde in einer ersten Phase noch weitestgehend an den Monopolen der staatlichen PTT-Betriebe in den Bereichen der Grundversorgung und Netzinfrastruktur festgehalten.[323]

Verglichen mit der relativ raschen Liberalisierung des Kommunikationsbinnenmarktes gestaltete sich, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, die Schaffung eines offenen Energiebinnenmarktes indes als entscheidend schwieriger und vor allem auch als langwieriger.[324] Da sich die vorliegende Arbeit schwerpunktmässig mit der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung auseinandersetzt, beschränkt sich die nachfolgende Skizzierung betreffend die Liberalisierung der leitungsgebundenen Infrastrukturen auf den Energiemarkt, wobei der Fokus auf den Elektrizitätssektor gelegt wird.[325]

(ii) Historische Entwicklung der Liberalisierung des Energiemarktes der Europäischen Union im Speziellen

a. Erste Liberalisierungsschritte

Im Bereich der Energiemärkte legte die Kommission – nach dem erfolglosen Versuch einer Marktliberalisierung mittels Einzelentscheidungen und Vertragsverletzungsverfahren[326] – im Jahr 1988 mit ihrem Arbeitsdokument über den Binnenmarkt für Energie[327] den Grundstein sowohl für deren Liberalisierung als auch deren Integration in das politische System der Gemein-

320 Entschliessung des Rates vom 30. Juni 1988 über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienste und -geräte bis 1992, ABl 1988 C 257/01 vom 4.10.1988.

321 SCHMIDT, S. 115 ff.; WEBER, Monopol, S. 63 f.; KÜHLING, Rz. 19.

322 Vgl. die Ausführungen in COM (87) 290 final, S. 1 ff.; vgl. ebenso Entschliessung des Rates vom 30. Juni 1988 über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienste und -geräte bis 1992, ABl 1988 C 257/01 vom 4.10.1988, Ziff. 5.

323 WEBER, Monopol, S. 64 f. m.w.H.; vgl. auch die Entschliessung des Rates vom 30. Juni 1988 über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienste und -geräte bis 1992, ABl 1988 C 257/01 vom 4.10.1988, Erwägungen.

324 Vgl. WEBER, Neustrukturierung, S. 919 ff.; SCHMIDT, S. 103 ff., 190 ff. und 315; KÜHLING, Rz. 35; PRESSER, S. 49 ff.

325 Als weitere Vorreiter bei der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes sind auch gewisse Staaten der USA, Neuseeland, Australien, Japan, Chile und Argentinien zu nennen, vgl. BISCHOF, S. 7 Fn. 19.

326 LUDWIGS, Rz. 5.

327 KOM (88) 238 endg.

schaft.[328] Es folgten, gestützt auf die Vorarbeiten der Kommission, im Jahr 1990 mit der sog. Preistransparenzrichtlinie für Gas- und Strompreise[329] sowie der Transitrichtlinie für Elektrizitätslieferungen[330] die ersten Rechtserlasse des Rats, welche als Grundlage für die weiteren Schritte im Liberalisierungsprozess dienen sollten.[331] Keine Zustimmung fand hingegen der damalige Vorschlag der Kommission, welche sich im Vertrag von Maastricht von 1992 selbst Kompetenzen in Bereich der Energiepolitik einräumen lassen wollte, womit ihr Einflussbereich (bereits dannzumal) markant ausgedehnt worden wäre.[332] Aufgenommen wurde im Maastrichter Vertrag immerhin eine Bestimmung, wonach der Aus- und Aufbau transeuropäischer Infrastrukturnetze in den Bereichen Verkehr, Telekommunikation und Energie durch die europäische Gemeinschaft gefördert werden solle, mit dem Bestreben, eine Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhaltes zu erreichen und Unterschiede in der Entwicklung der einzelnen Regionen anzugleichen. Durch eine gezielte Förderung der Interoperabilität sowie des Netzzugangs sollte zudem das Prinzip des offenen Binnenmarktes auch für die Netzinfrastruktursektoren realisiert werden.[333]

b. Energiepakete

Die weiteren, von der Kommission energisch vorangetriebenen[334] integrationspolitischen Massnahmen für den europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt erfolgten mit den sog. Energiepaketen sowie weiteren Erlassen, die teils im Nachgang, teils parallel zu den Energiepaketen verabschiedet wurden.

328 KOM (88) 238 endg., S. 8.; SCHMIDT, S. 193 f.

329 Richtlinie 90/377/EWG des Rates vom 29. Juni 1990 zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der vom industriellen Endverbraucher zu zahlenden Gas- und Strompreise, ABl 1990 L 185/16 vom 17.7.1990.

330 Richtlinie 90/547/EWG des Rates vom 29. Oktober 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über grosse Netze, ABl 1990 L 313/30 vom 13.11.1990.

331 Vgl. dazu auch WEBER, Neustrukturierung, S. 921 m.w.H.; die Wirkung der Transitrichtlinien war indes beschränkt, da sie noch keine Verpflichtung zur Gewährung des Netzzugangs enthielten, BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 12; weiterführend SCHMIDT, S. 196 ff.; KÜHLING, Rz. 36 ff.

332 WEBER, Neustrukturierung, S. 919 f.; KERN, Versorgungspflichten, S. 363 f. m.w.H.; ferner SCHMIDT, S. 214.

333 Art. 129 b Ziff. 1 und 2 i.V.m. Art. 130 a EG-Vertrag; vgl. auch WEBER, Neustrukturierung, S. 920 f.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 17 ff.; ferner KERN, Versorgungspflichten, S. 270, 334 ff. und 457 f.

334 Vgl. auch PRESSER, S. 41.

(i) Erstes Energiepaket

Das *erste Energiepaket* umfasste u.a. die Richtlinie betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt vom 19. Dezember 1996[335] (sog. Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie). Diese verzögerte sich aufgrund des breiten Widerstandes der Energieversorgungsunternehmen einzelner Länder, aber auch des Europäischen Rats und Parlaments zwar um ein paar Jahre, sollte schliesslich aber den gewünschten Initialerfolg bei der Etablierung einer gemeinsamen Marktordnung und des Liberalisierungsprozesses bringen.[336] Mit der Richtlinie über den Elektrizitätsbinnenmarkt wurde erstmals eine umfassende Regelung des Elektrizitätsmarktes eingeführt. Inhaltlich deckte die Richtlinie sowohl die Produktion, die Übertragung als auch die Verteilung von elektrischer Energie und somit die gesamte traditionelle Wertschöpfungskette vertikal integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen ab.[337] Während die Bereiche der Produktion und des Stromhandels bereits relativ stark in Richtung Marktöffnung gerückt wurden, legte die Richtlinie diesbezüglich bei den mit der Netzinfrastruktur verknüpften Segmenten Übertragung und Verteilung ein zurückhaltenderes Tempo vor.[338] Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie gerade im Netzbereich keine durchschlagende Bedeutung zugekommen wäre. Im Gegenteil: Durch die Richtlinie wurden insbesondere das Konzept der Entflechtung[339] vertikal integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen[340] sowie das Prinzip des diskriminierungsfreien Netzzugangs[341]

335 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl 1997 L 27/20 vom 30.1.1997.

336 LUDWIGS, Rz. 6; WEBER, Neustrukturierung, S. 923 ff. m.w.H.; SCHMIDT, S. 213 ff. und 221 ff.; KERN, Versorgungspflichten, S. 462.

337 Wobei traditionellerweise eben gerade nicht zwischen diesen verschiedenen Bereichen unterschieden wurde, vgl. dazu statt aller WALTHER, S. 80.

338 Das langsamere Tempo im Bereich der Netze ist u.a. auf die strukturellen Unterschiede der Mitgliedstaaten zurückzuführen, WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 19.

339 Vgl. dazu WECHTL, S. 137 f.; zum Begriff im Allgemeinen vgl. etwa WEBER, Neustrukturierung, S. 930.

340 Gemäss Art. 7 Abs. 6 der Richtlinie 96/92/EG muss das Übertragungsnetz zumindest auf Verwaltungsebene, d.h. in administrativer Hinsicht, von den übrigen Tätigkeiten getrennt sein. Zudem wurde zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen eine buchhalterische Entflechtung der Bereiche Erzeugung, Übertragung, Verteilung sowie übriger Aktivitäten eingeführt (vgl. Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 96/92/EG).

341 Bei der Ausgestaltung des Netzzuganges überliess die Richtlinie 96/92/EG den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen zwei Systemen bzw. drei Modellen, vgl. Art. 16-18 der Richtlinie 96/92/EG; vgl. auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 12; BISCHOF, S. 43.

eingeführt,[342] welche für die Liberalisierung eines Netzinfrastrukturmarktes zentrale Elemente darstellen und den Grundstein für weitere Liberalisierungsschritte legten.[343] Auch für weitere Bereiche, namentlich die Organisation und Funktionsweise des Marktes, den Marktzugang, sowie zu den Kriterien und den Verfahren bei Ausschreibungen, die Vergabe von Genehmigungen und dem Betrieb von Elektrizitätsnetzen enthielt die Richtlinie verbindliche Bestimmungen.[344] Als erstem grossen Schritt in Richtung Marktöffnung waren der Richtlinie gleichwohl Zugeständnisse an das Gemeinwohl (als anerkanntem Allgemeininteresse) eigen, welche sich im Sinne eines Service-public-Vorbehalts zeigten.[345] Diese Vorbehalte waren allerdings beschränkt auf die Themenbereiche der (Versorgungs-)Sicherheit, der Qualität und des Preises sowie des Umweltschutzes und durften nicht zu einer Verletzung der Wettbewerbsvorschriften oder zur Diskriminierung ausländischer Marktteilnehmern führen.[346] Um plötzlich auftretenden Marktrisiken im Energiesektor sowie allgemeinen Sicherheitsrisiken begegnen zu können, gestattete die Richtlinie dem betroffenen Staat ausserdem, durch die Ergreifung der erforderlichen Schutzmassnahmen vorübergehend vom Gemeinschaftsrecht abzuweichen.[347] Ein weiteres Zugeständnis an die unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich des Umfangs und Zeithorizonts des Liberalisierungsprozesses stellten schliesslich die diversen Übergangsfristen und Ausnahmebestimmungen dar.[348] Die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie war somit zwar immer noch ein Kompromiss zwischen dem Liberalisierungsgedanke und der Daseinsvorsorge;[349] der Grundstein für die weiteren, noch folgenden Marktöffnungsschritte war damit indes gelegt. Zur Sicherstellung der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer und der unionsweiten Marktöffnung an sich enthielt die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie sodann einen Reziprozitätsvorbehalt.[350]

342 WEBER, Neustrukturierung, S. 924 f.; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 44 f.; BISCHOF, S. 49.

343 Vgl. dazu auch WECHTL, S. 137; LUDWIGS, Rz. 6 f.

344 Art. 1 der Richtlinie 96/92/EG.

345 WEBER, Neustrukturierung, S. 925; BISCHOF, S. 48 f.; eingehend auch KERN, Versorgungspflichten, S. 459 f.; zum Service public im primären Unionsrecht auch VOET VAN VORMIZEELE, in: EU-Kommentar, Art. 106 AEUV, Rz. 2.

346 Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 96/92/EG i.V.m. Art. 90 EGV (heute Art. 106 AEUV); vgl. auch BISCHOF, S. 53.

347 Art. 23 der Richtlinie 96/92/EG; weiterführend KERN, Versorgungspflichten, S. 461.

348 BISCHOF, S. 42 f. m.w.H.

349 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 18.

350 Art. 19 Abs. 5 der Richtlinie 96/92/EG; eingehend zum Reziprozitätsvorbehalt BISCHOF, S. 44 ff. und 81 ff.

(ii) Zweites Energiepaket

Das *zweite Energiepaket* legte den nächsten grossen Schritt hin zum liberalisierten europäischen Energiebinnenmarkt und wurde im Jahr 2003 von der EU verabschiedet. Bestärkt durch die Erfahrungen im Zusammenhang mit dem ersten Energiepaket, zeigten sich das Europäische Parlament und der Rat weiterhin davon überzeugt, dass die Öffnung der Energiemärkte von erheblichem Nutzen sei. Mit der sog. Beschleunigungsrichtlinie für den Elektrizitätsbinnenmarkt[351] sollte die Funktionsweise der neuen Marktordnung noch weiter verbessert und die Mängel des ersten Energiepakets sollten beseitigt werden.[352] Schwergewichtig zielte die Beschleunigungsrichtlinie darauf ab, den Wettbewerb insgesamt weiter zu stärken, indem gleiche Ausgangsbedingungen für die Marktteilnehmer geschaffen und die Gefahr bzw. die Folgen einer Marktbeherrschung verringert werden sollten.[353] Erreicht werden sollte dieses Ziel einerseits durch die Sicherstellung des transparenten und diskriminierungsfreien Netzzugangs[354] zu angemessenen und im Voraus zu veröffentlichenden Preisen sowie andererseits durch den Schutz kleiner und benachteiligter Kunden.[355] Als konkrete Massnahmen[356] zur Wettbewerbssteigerung sahen die Richtlinien u.a. die vollständige, aber in mehrere Schritten unterteilte Marktöffnung bis zum 1. Juli 2007 vor.[357] Ausserdem sollte die Entflechtung des Übertragungsnetzbetriebes vom Verteilnetzbetrieb nunmehr rechtlicher (und nicht mehr bloss administrativer[358]) Natur sein.[359] Darüber hinaus sah die Beschleunigungsrichtlinie neu aber

351 Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl 2003 L 176/37 vom 15.7.2003.

352 Vgl. Ziff. 2 der Erwägungen der Richtlinie 2003/54/EG; KERN, Versorgungspflichten, S. 463; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 45; LUDWIGS, Rz. 8.

353 Vgl. Ziff. 2 und 5 ff. der Erwägungen der Richtlinie 2003/54/EG.

354 Anders als die Richtlinie des ersten Energiepakets sah die Richtlinie des zweiten Energiepakets als Netzzugangsmodell nur noch den sog. regulierten Netzzugang (regulated third party access) vor; für den Strommarkt vgl. auch FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 46; allgemein zum Netzzugang (third party access) im Strommarkt und mit Verweis auf den Telekommunikationssektor: WEBER, Neustrukturierung, S. 928 ff.; ferner BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 13; zur Organisation des Netzzugangs im ersten Energiepakt vgl. BISCHOF, S. 49 ff.

355 Vgl. Ziff. 2 der Erwägungen der Richtlinie 2003/54/EG.

356 Vgl. dazu auch die Übersicht in Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1679 f.

357 Vgl. Ziff. 4, 20 und 21 der Erwägungen sowie Art. 21 der Richtlinie 2003/54/EG.

358 Auf eine eigentumsrechtliche Entflechtung wurde indes einstweilen noch verzichtet; für die Elektrizitätsnetze vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 47; WECHTL, S. 141 f.

359 Vgl. Ziff. 8 der Erwägungen und Art. 10 der Richtlinie 2003/54/EG.

auch eine rechtliche Entflechtung der Verteilnetzbetreiber innerhalb vertikal integrierter Unternehmen vor, wobei es den Mitgliedstaaten offenstand, Elektrizitätsunternehmen von dieser Pflicht auszunehmen, sofern diese weniger als 100'000 Kunden oder kleine isolierte Netze belieferten.[360] Durch die Schaffung von nationalen, sektorspezifischen Regulierungsbehörden sollten diese Ziele und Massnahmen schliesslich kontrolliert und durchgesetzt werden.[361] Mit dem Erlass der sog. Stromhandelsverordnung[362] sollte zudem der als nach wie vor mit Mängeln behaftet angesehene, internationale Stromhandel weiter in die gewünschte Richtung gelenkt werden, indem Grundsätze für die Tarifierung, die Zuweisung von Kapazitäten sowie ein Ausgleichsmechanismus für grenzüberschreitende Stromflüsse festgelegt wurden.[363] Zugleich wurde der Einflussbereich der Kommission weiter ausgebaut, indem dieser nun die Kompetenz zum Erlass von Entscheidungen und Leitlinien im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Sachverhalten, insbesondere betreffend die Ausgleichszahlungen[364], die Kapazitätszuweisungen[365], aber auch bezüglich des Baus neuer Gleichstrom-Verbindungsleitungen[366] eingeräumt wurde.[367] Dabei wurde auch die Wichtigkeit betont, *«[…] dass Drittländer, die Teil des europäischen Stromnetzes sind, den in dieser Verordnung enthaltenen Regeln und den nach dieser Verordnung erlassenen Leitlinien entsprechen […]»*.[368] Mit Blick auf die Entwicklung der schweizerischen Energiegesetzgebung ist diese Feststellung der EU durchaus bemerkenswert. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang sicherlich auch der in der Verordnung vorgesehene Ausgleichsmechanismus, wonach die Übertragungs-

360 Art. 15 der Richtlinie 2003/54/EG; zur Bedeutung dieser Bestimmung für die Schweiz, in der es kaum Verteilnetzbetreiber dieser Grösse gibt, vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1680; daran hat sich seither nicht viel geändert. Stand 2022 versorgten in der Schweiz lediglich 14 von 604 Verteilnetzbetreibern mehr als 100'000 Endverbraucher, vgl. ElCom, Tätigkeitsbericht der ElCom 2023, S. 44.

361 Vgl. Ziff. 15 ff. der Erwägungen sowie Art. 23 der Richtlinie 2003/54/EG.

362 Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABl 2003 L 176/1 vom 15.7.2003.

363 Ziff. 8 der Erwägungen sowie Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003.

364 Art. 3 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003.

365 Art. 8 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003.

366 Art. 7 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003.

367 Vgl. Ziff. 18 und 19 der Erwägungen der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003.

368 Ziff. 7 der Erwägungen der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003; in diesem Zusammenhang ist die Reziprozitätsklausel in der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie in Erinnerung zu rufen, vgl. dazu BISCHOF, S. 44 ff.; vgl. aber auch HIRSBRUNNER, in: EU-Kommentar, Art. 194 AEUV, Rz. 13, zur fehlenden Solidaritätsverpflichtung gegenüber Drittländern im primären Unionsrecht trotz zusammenhängender Energiemärkte.

netzbetreiber einen Anspruch auf den Ausgleich der durch die grenzüberschreitende Stromflüsse entstandenen Kosten haben und deren Höhe durch die Kommission bestimmt wird.[369] Für die Schweiz, welche als Drittland Teil des europäischen Stromnetzes ist, ist die Ausgleichsentschädigung für grenzüberschreitende Stromflüsse – nebst weiteren Auswirkungen des europäischen Strommarktes auf die schweizerische Stromversorgung[370] – von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

(iii) Drittes Energiepaket

Das *dritte Energiepaket*, im Vergleich zu seinen beiden Vorgängern bereits von weit umfassenderer Natur, wurde am 13. Juli 2009 verabschiedet, bevor die Umsetzungsfrist der Beschleunigungsrichtlinien abgelaufen war.[371] Es umfasste u.a. Erlasse über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt[372], zu den Netzzugangsbedingungen im grenzüberschreitenden Stromhandel[373] sowie zur Gründung einer europäischen Agentur für die Energieregulierungsbehörden[374].[375] Mit dem dritten Energiepaket wurde die europäische Binnenmarktagenda unter Zuhilfenahme des üblichen und bereits im Zusammenhang mit den Vorgängererlassen bekannten Argumentariums weiterverfolgt.[376] Dementsprechend wurden die regulatorischen Rahmenbedingungen weiter ausgebaut, wobei schwergewichtig die allgemeine Entflechtung von vertikal integrierten Unternehmen sowie die Entflechtung des Übertragungsnetzbetriebs im Besonderen im Fokus standen und weiter verschärft wurden. Speziell die von der Kommission geforderte

369 Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003.

370 Vgl. etwa den Brief des VSE zum Stromabkommen vom 12. Februar 2024 sowie das Interview mit dem CEO der Swissgrid AG, Yves Zumwald, in: Bulletin 9/2018, S. 2 f.

371 LUDWIGS, Rz. 10 f.

372 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl 2009 L 211/55 vom 14.8.2009.

373 Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung Nr. 1228/2003, ABl 2009 L 211/15 vom 14.8.2009.

374 Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl 2009 L 211/1 vom 14.8.2009.

375 Vgl. auch die Übersichten zum dritten Energiepaket bei WECHTL, S. 135 ff. und LUDWIGS, Rz. 11 ff.

376 Vgl. die Erwägungen der Richtlinie 2009/72/EG, *passim*; ferner KOM (2007) 528 endg., S. 2 ff.; in diesem Sinne auch FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 48 f. m.w.H.; KERN, Versorgungspflichten, S. 469.

eigentumsrechtliche Entflechtung des Übertragungsnetzes stiess indes nicht überall auf Anklang und konnte sich noch nicht gänzlich im Sinne eines neuen Standards durchsetzen.[377] Daneben wurden u.a. die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden gestärkt[378] und sektorspezifische Massnahmen zum Verbraucherschutz eingeführt, darunter auch die Pflicht zur Installation intelligenter Messsysteme.[379] Das dritte Energiepaket war zudem auch die Geburtsstunde mehrerer länderübergreifender Institutionen. So wurden die europäischen Übertragungsnetzbetreiber zur Zusammenarbeit auf Gemeinschaftsebene und zur Gründung eines europäischen Verbundes verpflichtet.[380] Die so entstandene Organisation ENTSO-E[381] hat ihren Sitz in Brüssel. Ihr kommt vor allem im Zusammenhang mit der Ausarbeitung von sog. Netzkodizes (oder Network Codes[382]) sowie allgemein bei technischen Fragen im Übertragungsnetzbetrieb Bedeutung zu.[383] Gleichzeitig wurde die sektorenübergreifende Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER[384]) mit Sitz in Ljubljana geschaffen, deren Aufgabe hauptsächlich in der Koordination der einzelstaatlichen Regulierungsbehörden und der Abgabe von Stellungnahmen und Empfehlungen besteht.[385] Daneben ist ACER aber auch an der Erarbeitung der Netzkodizes mitbeteiligt,[386] überwacht die Entwicklung der Energiemärkte[387] sowie die Energiegross-

377 Eingehend dazu FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 49 ff.; WECHTL, S. 144 ff.; KÜHLING, Rz. 39; ferner PETRIK-HALTINER, S. 11 f.

378 KÜHLING, Rz. 40.

379 Für die Massnahmen zum Verbraucherschutz vgl. z.B. Art. 3 Abs. 7 sowie Anhang 1 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2009/72/EG; eingehend auch KERN, Versorgungspflichten, S. 469 ff. m.w.H.

380 Art. 4 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009.

381 European Network of Transmission System Operators for Electricity (in der deutschsprachigen Version der Verordnung «ENTSO [Strom]» genannt); zur räumlichen Ausdehnung und vormaligen Organisation der europäischen Übertragungsnetze vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 13 f.; die nationale Netzgesellschaft ist historisch bedingt Mitglied der ENTSO-E, vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 52; in jüngster Zeit regte sich von Seiten der europäischen Institutionen jedoch Widerstand gegenüber diesem Umstand, vgl. etwa ABl C/2023/227 vom 23.10.2023.

382 Weiterführend dazu FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 52 f.

383 Art. 7 und 8 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009; vgl. dazu auch LUDWIGS, Rz. 153 ff.

384 Agency for the Cooperation of Energy Regulators.

385 Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009; LUDWIGS, Rz. 143; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 52; WECHTL, S. 165.

386 Art. 6 und Art. 8 Abs. 2 der Verordnungen (EG) Nr. 714/2009 sowie Art. 6 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009; LUDWIGS, Rz. 143.

387 Art. 6 Abs. 6-9 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009.

handelsmärkte[388] und hat gewisse Entscheidungskompetenzen[389] inne.[390] Mit der Schaffung der übergeordneten Institutionen war sachlogisch auch eine Kompetenzverschiebung zu Lasten der Souveränität der einzelnen Mitgliedstaaten verbunden. Bemerkenswert ist, dass, neben der (nachvollziehbaren) Zuweisung von Aufgaben an die neu geschaffenen Regulierungsbehörden, die Position der Kommission abermals erheblich gestärkt wurde.[391] Im Nachgang zum dritten Energiepaket sind zudem noch weitere Marktordnungserlasse ergangen, auf die hier aber nicht mehr näher einzugehen ist.[392] Aufgrund seiner überragenden Bedeutung explizit zu erwähnen ist immerhin noch das Klima- und Energiepaket 2020 der Europäischen Union, in welchem die sog. 20-20-20-Ziele[393] festgelegt wurden.[394]

Parallel zum Erlass der dritten Energiepakets wurde durch den *Vertrag von Lissabon* vom 13. Dezember 2007[395] schliesslich auch im primären Unionsrecht erstmals eine umfangreiche(re) energiepolitische Bestimmung ein-

388 Nachträglich eingeführte Aufgabe gemäss Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011.

389 Art. 4 lit. d der Verordnung (EG) Nr. 713/2009.

390 Eingehend dazu etwa LUDWIGS, Rz. 144; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 52 f.; WECHTL, S. 166 ff.

391 LUDWIGS, Rz. 158 ff.; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 51 und 53 f., je mit Hinweisen auf die kritische Würdigung der Kompetenzverschiebung zu Gunsten der Kommission im deutschen Schrifttum; KERN, Versorgungspflichten, S. 369; KÜHLING, Rz. 39; ferner PETRIK-HALTINER, S. 12 m.w.H.

392 Zu nennen sind etwa die folgenden: Verordnung (EU) Nr. 838/2010 der Kommission vom 23. September 2010 zur Festlegung von Leitlinien für den Ausgleichsmechanismus zwischen Übertragungsnetzbetreibern und für einen gemeinsamen Regelungsrahmen im Bereich der Übertragungsentgelte (ABl 2010 L 250/5 vom 24.9.2010), Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegrosshandelsmarkts (ABl 2011 L 326/1 vom 8.12.2011), Beschluss Nr. 944/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Einrichtung eines Mechanismus für den Informationsaustausch über zwischenstaatliche Energieabkommen zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern (ABl 2012 L 299/13 vom 27.10.2012), Verordnung (EU) Nr. 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 713/2009, (EG) Nr. 714/2009 und (EG) Nr. 715/2009 (ABl 2013 L 115/39 vom 25.4.2013).

393 Durch die sog. 20-20-20-Ziele soll insbesondere der Klimawandel gestoppt werden. Konkret sollen die Treibhausgasemissionen um 20 % (gegenüber dem Jahr 1990) gesenkt werden, die Energieeffizienz soll um 20 % gesteigert werden und 20 % der Energie soll aus erneuerbaren Trägern gewonnen werden, vgl. COM(2014) 15 final, S. 2 ff.

394 Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschliessenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl 2009 L 140/16 vom 5.6.2009.

395 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl 2007 C 306/1 vom 17. Dezember 2007, S. 1 ff.

geführt (vgl. Art. 194 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV[396]).[397] Während im Vertrag von Maastricht nur, aber immerhin, der Wille zur Förderung des Aus- und Aufbaus transeuropäischer Infrastrukturnetze in den Bereichen Verkehr, Telekommunikation und Energie durch die europäische Gemeinschaft festgehalten wurde,[398] erklärt Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 AEUV das Europäische Parlament und den Rat für die Gesetzgebung im Zusammenhang mit der Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarktes, der Gewährleistung der Versorgungssicherheit, der Förderung der Energieeffizienz und Entwicklung neuer Energiequellen und der Förderung der Interkonnektion der Energienetze als zuständig. Es handelt sich dabei um eine derogatorische Kompetenz: Den Mitgliedstaaten kommt somit nur noch in denjenigen Bereichen eine Zuständigkeit zu, wo die Europäische Union ihrerseits noch keinen Gebrauch von den ihr zukommenden Zuständigkeiten gemacht hat.[399] Daneben enthält der AEUV weitere Bestimmungen, welche explizit oder implizit auf Bereiche des Energiesektors durchschlagen; zu nennen sind etwa Art. 3 Abs. 1 lit. b und Art. 114 AEUV (Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts), Art. 122 AEUV (Versorgungssicherheit), Art. 170–172 AEUV (Energieinfrastrukturnetze), Art. 191 AEUV (Umweltpolitik) und Art. 216–218 AEUV (Aussenpolitik).

(iv) Viertes Energiepaket[400]

Seit dem Erlass des bereits sehr umfangreichen dritten Energiepakets und den im Nachgang dazu verabschiedeten Normen hat die Europäische Union,

396 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2010 C 83/1 vom 30.3.2010; ursprünglich wurde der heutige AEUV unter der Bezeichnung «Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957» in Rom abgeschlossen (EWG-Vertrag). Durch den Vertrag von Maastricht wurde der EWG-Vertrag in «Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft» umbenannt (EG-Vertrag). Mit dem Vertrag von Lissabon wurde der EG-Vertrag wiederum umbenannt in «Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union» (AEUV), vgl. dazu auch die Übersicht auf EUR-Lex.

397 KERN, Versorgungspflichten, S. 364; RODI, in: EU-Handkommentar, Art. 194 AEUV, Rz. 1 f.; HIRSBRUNNER, in: EU-Kommentar, Art. 194 AEUV, Rz. 1 ff.; PRESSER, S. 76; weiterführend LUDWIGS, Rz. 60 ff.

398 Heute Art. 170 AEUV.

399 LUDWIGS, Rz. 60; ob mit Art. 194 AEUV neue Zuständigkeiten der Europäischen Union geschaffen oder lediglich die bereits bestehenden Kompetenzen verschriftlicht wurden, ist allerdings strittig, vgl. HIRSBRUNNER, in: EU-Kommentar, Art. 194 AEUV, Rz. 6 m.w.H.; RODI, in: EU-Handkommentar, Art. 194 AEUV, Rz. 1 f.

400 Die Bezeichnung «viertes Energiepaket» wird nicht einheitlich verwendet. Zum einen sind damit sämtliche energiepolitischen Erlasse von 2015 bis 2020 gemeint, zum andern werden darunter nur die Erlasse vom 5. Juni 2019 betreffend den Elektrizitätsbinnenmarkt verstanden. Vorliegend wird der Begriff in letzterem Sinne verwendet, da stets die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie im Zentrum der vorangegangenen, als «Energiepakete» bezeichneten Rechtserlasssammlungen stand.

unter der Führung der Kommission, ihre Anstrengungen im Bereich der Energiepolitik nochmals massiv intensiviert. Nebst der Ausdehnung des Geltungsbereichs des EU-Rechts auf thematisch neue Bereiche[401] hat auch in Bezug auf die Eingriffstiefe erneut eine markante Verschärfung stattgefunden. Von den intensivierten Anstrengungen der Europäischen Union betreffend die Umgestaltung des Energiemarktes zeugen die zahlreichen Mitteilungen, Richtlinien und Verordnungen, welche seither erlassen wurden. Auf diese detailliert einzugehen, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen – und es ist für die Beantwortung der Fragestellung auch nicht vonnöten.[402]

Zusammenfassend kann aber festgehalten werden, dass das von der Kommission erstellte Rahmenprogramm für die Klima- und Energiepolitik für den Zeitraum von 2020 bis 2030[403] sowie die daraufhin vom Europäischen Rat verabschiedete Klima- und Energiepolitik bis zum Jahr 2030 die Basis für das vierte Energiepaket der Europäischen Union gelegt haben.[404] Neben klimapolitischen Zielen bekräftigte der Europäische Rat – auch als Reaktion auf die Krim-Krise – seinen Willen, wonach die Vollendung des Energiebinnenmarktes unter Mobilisation aller Kräfte vordringlich erreicht werden müsse. In diesem Kontext sollte der Verbundgrad der Elektrizitätsnetze der Mitgliedstaaten gesteigert und dadurch die Integration der bisher kaum angebundenen Staaten und Gebiete in den Energiebinnenmarkt forciert werden.[405] Gleichzeitig billigte der Europäische Rat zusätzliche Massnahmen mit den Zielen, die energetische Unabhängigkeit der Europäischen Union durch eine verstärkte Nutzung einheimischer Ressourcen und klimafreundlicher Technologien voranzutreiben und die Versorgungssicherheit zu verstärken.[406] Mit der Strategie für eine sichere europäische Energieversorgung[407] bekräftigte auch die Kommission nur kurze Zeit später ihren Willen zur Umgestaltung des Energiesektors und skizzierte einige Massnahmenvorschläge. Neben den bereits bekannten Zielen und Überlegungen betonte die Kommission besonders deutlich die Wichtigkeit des Schutzes kritischer Infrastrukturen vor der Beeinflussung und der Kontrolle durch Drittstaaten[408] und ihre aussenpoliti-

401 Vgl. etwa COM(2016) 864 final, S. 1 ff.

402 Vgl. stattdessen etwa KERN, Versorgungspflichten, S. 474 ff.

403 COM(2014) 15 final.

404 EUCO 169/14, S. 1 ff.

405 EUCO 169/14, S. 6 f.

406 EUCO 169/14, S. 6 ff.; als Folge der Krim-Krise enthält z.B. auch die Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2017 über Massnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994/2010 bereits entsprechende Absichten.

407 COM(2014) 330 final.

408 COM(2014) 330 final, S. 6 f.

schen Pläne hinsichtlich einer Anbindung an Drittländer[409]. Dabei wird deutlich erkennbar, dass in den Überlegungen der Kommission, neben der Versorgungssicherheit, auch handelspolitische Interessen, strategische Partnerschaften und geopolitische Motive eine gewichtige Rolle gespielt haben dürften.[410] Die eingeschlagene Stossrichtung wurde durch die Kommission mit dem Paket zur Energieunion nochmals untermauert.[411] Die Kommission machte es sich darin zu ihrem erklärten Ziel, eine europäische Energieunion zu verwirklichen. Begründet wurde die Notwendigkeit der Energieunion vordergründig mit der sicheren, nachhaltigen und auf Wettbewerb beruhenden, erschwinglichen Energieversorgung der Endverbraucher, was nur durch die komplette Umgestaltung der europäischen Energieversorgung zu erreichen sei.[412] Zur Verwirklichung der erstrebten Energieunion schlug die Kommission 15 Massnahmen vor, welche sie für deren Errichtung als essentiell erachtete.[413] Es ist dabei aber nicht zu übersehen, dass die Vision der angestrebten Energieunion weit über die blosse Schaffung eines europäischen Energiebinnenmarktes und günstige Bedingungen für die Verbraucher hinausgeht.[414] Kurz darauf veröffentlichte die Kommission unter dem Leitsatz «Saubere Energie für alle Europäer» (sog. Winterpaket[415]) eine weitere Mitteilung, in welcher sie Vorschläge für Rechtsnormen und flankierende Massnahmen für

409 COM(2014) 330 final, S. 18 f.

410 Vgl. COM(2014) 330 final, S. 12 ff.; wirtschaftspolitische Motive und Begründungsansätze ziehen sich denn auch als roter Faden durch die Umgestaltung des europäischen Energiemarktes; zur Gesamtsituation im Bereich der Infrastrukturen vgl. auch DECKWIRTH, S. 535, welche pointiert festhält, dass die *«europäische Integration nicht mehr der Absicherung nationaler Entwicklungsmodelle dient, sondern deren Umbau zu wettbewerbsorientierten Ökonomien aktiv vorantreibt»*.

411 Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie, COM(2015) 80 final; vgl. ferner die Mitteilung der Kommission «Verbesserte Möglichkeiten für die Energieverbraucher», COM(2015) 339 final, in welcher eine stärkere Partizipation der Verbraucher am Marktgeschehen der Energieunion thematisiert wird, sowie die Mitteilung «Einleitung des Prozesses der öffentlichen Konsultation zur Umgestaltung des Energiemarktes», COM(2015) 340 final, mit einer Übersicht über den Entwicklungsprozess im Strommarkt.

412 COM(2015) 80 final, S. 2; vgl. dazu auch RODI, in: EU-Handkommentar, Art. 194 AEUV, Rz. 16.

413 Für eine Übersicht zu den vorgeschlagenen Massnahmen vgl. COM(2015) 80 final, S. 21 ff.

414 Wohl treffender fängt deshalb die in der «Wir-Form» gehaltene, weitere Begründung die Intention der Kommission ein, wonach mit der Energieunion ein europaweites, vollkommen integriertes und neues Energiesystem geschaffen werden soll, welches innenpolitisch keine Landesgrenzen mehr kennt und aussenpolitisch die Stellung der Europäischen Union im globalen Wettbewerb stärken und Abhängigkeiten von Drittländern verringern soll, vgl. COM(2015) 80 final, S. 2 f. und 7.

415 KÜHLING, Rz. 42; LUDWIGS, Rz. 15.

die Reform des europäischen Energiesystems vorstellte,[416] wobei bemerkenswert ist, dass der Daseinsvorsorge – neu unter dem Begriff «Energiearmut»[417] – wieder vermehrt Beachtung geschenkt wurde.[418] Es folgte der Richtlinien-Vorschlag mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (als Neufassung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2009)[419], dessen Erfordernis u.a. mit den weiterhin als zu hoch erachteten Energiekosten, der angestrebten Reduktion der Treibhausgasemissionen sowie den drei in der Strategie «Saubere Energie für alle Europäer» festgelegten Hauptzielen begründet wurde.[420] Positiv hervorgehoben wurde ausserdem, dass die Position der Verbraucher durch die im Rahmen des dritten Energiepakets bereits erzielten Erfolge merkbar gestärkt worden sei. Daneben wurde als weitere Begründung für die Überarbeitung angeführt, dass aufgrund von neuen – insbesondere technologischen – Entwicklungen[421] ein fundamentaler Wandel des Elektrizitätsmarktes anstehe, welcher nach neuen Regeln im Netzbetrieb und einer Neugestaltung der Marktordnung verlange.[422] Die vorgeschlagenen neuen Marktvorschriften zielten vor allem darauf ab, den Wettbewerb im Binnenmarkt weiter auszubauen und die Umgestaltung des Energiemarktes weiter in der gewünschten Richtung voranzutreiben. Unter anderem wurde beabsichtigt, die Verbraucher mittels Echtzeitpreissignalen dazu zu animieren, ihren Konsum an die Verfügbarkeit elektrischer Energie anzupassen. Eine staatliche bzw. nationale Regulierung der Energiepreise sollte hingegen, bis auf wenige Ausnahmen, vollständig

416 Die Vorschläge sollten der Verwirklichung von drei vorrangigen Hauptzielen dienen, namentlich (1.) der Verbesserung der Energieeffizienz, (2.) der Einnahme einer weltweiten Führungsrolle im Bereich der erneuerbaren Energien und (3.) der Stärkung der Verbraucherposition im Energiemarkt, vgl. COM(2016) 860 final, S. 4 ff., 8 und 11.

417 Die Kommission versteht unter dem Begriff «Energiearmut», dass die Energiekosten einen substanziellen Teil (ca. 9 % im Jahr 2014) der Gesamtausgaben bei niedrigen Einkommen ausmachen, COM(2016) 860 final, S. 12.

418 Zur Bekämpfung der Energiearmut schlug die Kommission vorwiegend Energieeffizienzmassnahmen, aber auch verfahrenstechnische Schutzmassnahmen vor, vgl. COM(2016) 860 final, S. 12 f.

419 COM(2016) 864 final.

420 COM(2016) 864 final, S. 2.

421 Dabei hatte die Kommission insbesondere die physikalischen Unterschiede und Probleme im Zusammenhang mit der verstärkten Nutzung erneuerbarer Energien im Vergleich zur herkömmlichen Energiegewinnung im Blick. Gemeint ist die verstärkte Dezentralität, die grössere Variabilität und die schlechtere Planbarkeit bei der Elektrizitätserzeugung mittels erneuerbarer Energien gegenüber althergebrachten Erzeugungstechnologien. Daneben eröffnet die fortschreitende Digitalisierung den Marktteilnehmern weitere Möglichkeiten, aktiv am Elektrizitätsmarkt teilzunehmen, COM(2016) 864 final, S. 3 f.

422 COM(2016) 684 final, S. 3 f.

entfallen.[423] Darüber hinaus war es erklärtes Ziel, einmal mehr die Entflechtungsvorschriften für die Netzbetreiber zu verschärfen[424] und die Kompetenzen der Kommission und von ACER zu erweitern.[425]

Das vierte – und bis dato neuste – Energiepaket wurde schliesslich am 5. Juni 2019 verabschiedet. Angelehnt an die Mitteilungen und Bekräftigungen der Kommission und des Rates, befasst sich auch das vierte Energiepaket im Kern wiederum mit der anhaltenden Umgestaltung der Strommarktordnung mit dem Endziel eines vollständig integrierten Elektrizitätsbinnenmarktes.[426] Es besteht u.a. aus Erlassen mit Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt[427], zur Risikovorsorge[428] und zur Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden[429]. Die Erlasse widmeten sich, neben der Weiterführung der bereits erreichten transnationalen Marktöffnung, insbesondere dem Umgang mit erneuerbaren Energien, technologischen Veränderungen[430] und der Stellung der Verbraucher[431]. Zudem wurden die Aufgaben der

423 COM(2016) 684 final, S. 4 ff. und 13 f.

424 Vgl. COM(2016) 864 final, S. 4 ff. m.w.H. zu den geplanten Anpassungen.

425 COM(2016) 864 final, S. 7 f. und 10 ff.; die Kommission begründete dies insbesondere mit der damit verbundenen Effizienz in der Rechtssetzung und einer Vereinfachung der regulatorischen Handhabung (vgl. COM[2016] 864 final, S. 12 und 20 f.). Dabei schien sich die Kommission im Klaren darüber gewesen zu sein, dass die wiederholten Kompetenzverschiebungen hin zu europäischen Institutionen nicht überall auf Anklang gestossen sind und weitere, (zu) starke Verschiebungen politisch heikel sein könnten. Die Kommission beschloss daher, allzu schnelle und grosse Schritte in diese Richtung in ihrem Vorschlag zu vermeiden, und bekräftigte dabei auch die Wichtigkeit der nationalen Behörden (vgl. etwa die Ausführungen in COM[2016] 864 final, S. 12).

426 Erwägung sowie Art. 3 ff. der Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, ABl 2019 L 158/125 vom 14.6.2019.

427 Richtlinie (EU) 2019/944; Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl 2019 L 158/54 vom 14.6.2019.

428 Verordnung (EU) 2019/941 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/89/EG, ABl 2019 L 158/1 vom 14.6.2019.

429 Verordnung (EU) 2019/942 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 zur Gründung einer Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (Neufassung), ABl 2019 L 158/22 vom 14.6.2019.

430 Erwägung 3 und Art. 33 der Richtlinie (EU) 2019/944.

431 Erwägung 10 und Art. 4 und 10 ff. der Richtlinie (EU) 2019/944; die Richtlinie (EU) 2019/944 brachte eine allgemeine Stärkung des Verbraucherschutzes mit sich. Neben einer detaillierten Umschreibung des vertraglichen Mindestinhaltes (Art. 10) werden den Verbrauchern u.a. ein Anspruch auf dynamische Stromtarife (Art. 11), das Recht auf einen gebührenfreien Wechsel des Stromlieferanten (Art. 12) und einen unabhängigen Aggregierungsvertrag (Art. 13) eingeräumt. Des Weiteren muss den Haushaltskunden

Verteilnetzbetreiber ausführlicher definiert.[432] Die Pflicht zur eigentumsrechtlichen Entflechtung wurde hinsichtlich Energiespeicheranlagen erweitert und gilt sowohl für die Verteil- wie auch für die Übertragungsnetzbetreiber.[433] Die Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörden[434], von ACER[435] und der Kommission[436] wurden ebenfalls wiederholt gestärkt. Ebenfalls eine Stärkung erfuhren die Verbraucherschutzvorschriften[437], etwa durch eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Erlass von Schutzbestimmungen für Verbraucher im Allgemeinen und für schutzbedürftige Verbraucher im Besonderen.[438] Für die von Energiearmut betroffenen schutzbedürftigen Verbraucher sollen die Mitgliedstaaten gar spezielle Schutzmassnahmen sozial- oder energiepolitischer Natur vorsehen, wie etwa der Schutz vor Stromsperren, die Bezahlung von Stromrechnungen oder Unterstützung bei der Umsetzung von Energieeffizienzmassnahmen.[439] Darüber hinaus wurden die Grundlagen für einen integrierten und diskriminierungsfreien Elektrizitätsbinnenmarkt und den grenzüberschreitenden Stromhandel inkl. eines Ausgleichsmechanismus für grenzüberschreitende Stromflüsse näher definiert.[440] Ebenfalls wurde der Grundstein für die europäische Organisation der Verteilernetzbetreiber (EU-VNBO) gelegt. Als Pendant zum ENTSO-E soll der EU-VNBO die Zusammenarbeit der Verteilernetzbetreiber auf Unionsebene institutionalisieren bzw. gewährleisten.[441]

und Kleinstverbrauchern ein unentgeltliches Vergleichsinstrument für die Strompreise zur Verfügung stehen (Art. 14) und die aktive Teilnahme am Strommarkt offenstehen (Art. 15).

432 Art. 31 ff. der Richtlinie (EU) 2019/944.

433 Art. 36 und 54 der Richtlinie (EU) 2019/944; eine eigentumsrechtliche Entflechtung der Verteilnetzbetreiber wurde indes ausdrücklich verworfen, vgl. Art. 35 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/944

434 Vgl. Art. 59 der Richtlinie (EU) 2019/944.

435 Vgl. Erwägungen 4 und 5 der Verordnung (EU) 2019/942.

436 LUDWIGS, Rz. 158.

437 So enthält Art. 27 der Richtlinie (EU) 2019/944 etwa einen Anspruch auf Grundversorgung für Haushaltskunden und (fakultativ) für Kleinunternehmen.

438 Art. 28 der Richtlinie (EU) 2019/944.

439 Erwägung 58 der Richtlinie (EU) 2019/944; vgl. dazu auch BFE, Grund- und Ersatzversorgung, S. 60 ff., mit einer Übersicht zur Handhabung dieser Problematik in einzelnen Ländern.

440 Art. 1 lit. b-d der Verordnung (EU) 2019/943.

441 Art. 52 ff. der Verordnung (EU) 2019/943.

Mit der Verordnung (EU) 2022/869[442] sollten die u.a. im Rahmen des europäischen Green Deal bereits initiierten Anpassungen des europäischen Energiesystems, insbesondere die angestrebte Klimaneutralität und der dazu erforderliche Um- und Ausbau der Infrastrukturen, noch einmal beschleunigt werden.[443] Zentrales Instrument, um diese Ziele zu erreichen und den Ausbau des europäischen Energiebinnenmarkts weiter voranzutreiben, ist dabei die Verwirklichung eines integrierten transeuropäischen Energienetzes bzw. die dazu erforderliche Modernisierung der bestehenden Infrastrukturen.[444] Sofern die Netze der Europäischen Union ebenfalls davon profitieren, sollen aber auch Infrastrukturprojekte mit Drittändern gefördert werden.[445] Dabei wurde aber gleichzeitig auch betont, dass solche Vorhaben *«als zusätzliches Instrument zur Ausweitung des Geltungsbereichs [der] Verordnung*[446] *auf Drittländer»* betrachtet werden sollen.[447] Daneben regelt die Verordnung (EU) 2022/869 hauptsächlich das Verfahren bezüglich von Vorhaben von gemeinsamem bzw. gegenseitigem Interesse.[448] Bemerkenswerterweise wurde der Kommission in den Schlussbestimmungen schliesslich auch noch die (befristete) Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte übertragen,[449] womit die Kompetenzen der Kommission abermals gestärkt wurden.[450]

(iii) Würdigung der Liberalisierung der Energieinfrastrukturen in der Europäischen Union im Nachgang zum vierten Energiepaket

a. Aus inhaltlicher Perspektive

Das vierte Energiepaket stand – mehr noch als die vorangegangenen Energiepakete – im Zeichen eines sich verändernden Energiesektors. Während die ersten beiden Energiepakete die Grundsteine für einen geöffneten Energiemarkt legten und vor allem die Entflechtung des Netzbetriebs im Auge hatten und sich das dritte Energiepaket, nebst der Weiterführung der Entflechtung,

442 Verordnung (EU) 2022/869 der Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2009, (EU) 2019/942 und (EU) 2019/943 sowie der Richtlinien 2009/73/EG und (EU) 2019/944 und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 347/2013, ABl L 152/45 vom 3.6.2022.

443 Erwägungen 1 ff. und Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2022/869.

444 Erwägungen 7 ff. der Verordnung (EU) 2022/869.

445 Erwägung 20 der Verordnung (EU) 2022/869.

446 Gemeint ist die Verordnung (EU) 2022/869.

447 Erwägung 21 der Verordnung (EU) 2022/869.

448 Art. 3 ff. der Verordnung (EU) 2022/869.

449 Art. 20 der Verordnung (EU) 2022/869.

450 Vgl. auch LUDWIGS, Rz. 158.

insbesondere mit der Institutionalisierung europäischer Gremien, der Stärkung der Regulierungsbehörden und der Transparenz im Energiebinnenmarkt befasste, liegt der Fokus beim vierten Energiepaket im Bereich der Integration erneuerbarer Energien in den Elektrizitätsbinnenmarkt und der Verwirklichung einer europaweiten Energieunion.[451] Die vergangene und im Rahmen der «Saubere Energie für alle Europäer»-Strategie der Kommission nochmals intensivierte Förderung erneuerbarer Energien führte zu einem merklichen Anstieg derselben am Gesamtvolumen der in der EU erzeugten elektrischen Energie. Da erneuerbare Energien – im Gegensatz zur herkömmlichen Elektrizitätserzeugung – vorwiegend dezentral und nicht mehr zwingend von eigentlichen EVU erzeugt werden, brachten die durch die bisherigen energiepolitischen Erlasse herbeigeführten veränderten Umstände automatisch auch die Notwendigkeit einer neu gestalteten Marktordnung mit sich.[452] Das vierte Energiepaket bildet die Grundlage dieser neuen Marktordnung. Anders als bei den früheren Energiepaketen besteht die Neuerung indes nicht bloss im Recht auf Netzzugang bei sonst unveränderten Gegebenheiten (zentrale Erzeugung und anschliessende Verteilung von elektrischer Energie). Zukünftig sollen die Verbraucher selbst aktiv am Strommarkt teilnehmen und zum Teil selbst Produzenten (sog. Prosumer oder Prosumenten[453]) sein. Durch die verstärkte dezentrale Selbstversorgung verfolgt die Kommission – u.a. auch als Reaktion auf die jüngsten Ereignisse in der Ukraine – in besonderem Masse auch das Ziel einer gesteigerten Versorgungssicherheit, indem die Importabhängigkeit von Drittländern verringert und die Position der Europäischen Union gegen aussen gestärkt werden soll.

Neben Bestimmungen im Zusammenhang mit erneuerbaren Energien fand im Rahmen des vierten Energiepakets eine erhebliche Stärkung der Verbraucherschutzbestimmungen statt. Während die Daseinsvorsorge zu Beginn der Strommarktliberalisierung normentechnisch eher stiefmütterlich behandelt wurde und vor allem der freie Markt im Vordergrund stand, erlebte der Verbraucherschutzgedanke in den Überlegungen der Kommission der letzten Jahre eine Art «Renaissance», was sich in den Rechtsakten des vierten Energiepakets entsprechend niederschlug.

451 Erwägungen 6 und 10 ff. der Richtlinie (EU) 2019/944.

452 COM(2016) 684 final, S. 3 ff.

453 Als sog. Prosumer werden Marktteilnehmer bzw. Rechtssubjekte bezeichnet, welche gleichzeitig Endverbraucher und Stromproduzent sind (engl. Producer und Consumer), vgl. ElCom, Fragen und Antworten zu neuartigen und dynamischen Netznutzungs- und Energieliefertarifen, Mitteilung vom Februar 2019 (Update September 2019), S. 6 Fn. 6.

b. Aus politischer bzw. schweizerischer Perspektive

Die Entwicklung im Unionsrecht ist für die Schweiz gemeinhin von nicht zu unterschätzender Tragweite; das gilt auch im Bereich des Elektrizitätsinfrastruktursektors. Einerseits orientiert sich die schweizerische Rechtssetzung für gewöhnlich stark an der Entwicklung des EU-Rechts (autonomer Nachvollzug). Im Bereich der Infrastruktursektoren gilt dies sogar besonders.[454] Die Parallelen zwischen der Entwicklung des schweizerischen Energierechts und desjenigen der Europäischen Union sind denn auch nicht von der Hand zu weisen.[455] Andererseits können sich, da das schweizerische und das europäische Elektrizitätsnetz miteinander verbunden sind, europäische Normen auch direkt auf die Schweiz auswirken.

Von einem politischen bzw. schweizerischen Standpunkt aus betrachtet gilt es hingegen, die Tendenz einer Kompetenzenakkumulation in Richtung europäischer Institutionen hervorzuheben, die auch im vierten Energiepaket konsequent weitergeführt wurde. Diese Kompetenzverschiebungen führten im Laufe der vier Energiepakete zu einem erheblichen Machtzuwachs der Kommission in Energie(infrastruktur)fragen.[456] Der beständige Ausbau der der Kommission zugewiesenen Befugnisse ist – auch aus schweizerischer Sicht – insofern von überragender staatspolitischer Bedeutung, als der Europäische Gerichtshof aus der Aufsichtsbefugnis der Kommission auch das Recht ableitet, wonach die Kommission in den von ihr beaufsichtigten Bereichen Recht zu setzen befugt ist, indem sie die sich aus dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) ergebenden Pflichten der Mitgliedstaaten mittels eigener Richtlinien konkretisieren können soll.[457] Die europarechtlichen Entwicklungen im Energiemarkt sind somit auch mit Blick auf ein allfälliges Stromabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union von entscheidendem Belang.[458]

454 Vgl. dazu bereits § 4 IV. 3. a); STRAUB, S. 36 f.; allgemein weiterführend dazu HEINEMANN, S. 13 und 31.

455 Vgl. dazu nur Bundesrat, Botschaft StromVG, *passim*.

456 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 53 f. inkl. Fn. 238.; zum Ganzen auch SCHMIDT, *passim*.

457 WEBER, Monopol, S. 66 m.w.H. und Kritik; vgl. auch den Hinweis von WEBER, Neustrukturierung, S. 920 Fn. 57, auf das Bestreben der Kommission, ihre Zuständigkeiten auszudehnen; vgl. auch Urteil des EuGH vom 19.3.1991, RS C-202/88, Slg. 1991, I 1223, S. 1264-1266 (Franz. Republik/Kommission).

458 Vgl. dazu auch § 4 IV. 4. c) (ii).

Wer sich mit den Entwicklungen im europäischen Energiebinnenmarkt befasst, kommt zudem nicht umhin festzustellen, dass sich die Begründungen[459] der Europäischen Union zum Erlass neuer, noch weitergehender Regularien betreffend den Energiebinnenmarkt kaum voneinander unterscheiden, ja zuweilen beinahe mantraartig wiederholen und dem einst beschlossenen Fahrplan angepasst erscheinen. Es mag zwar etwas überzogen sein, in diesem Zusammenhang von einer selbsterfüllenden Prophezeiung zu sprechen. Dennoch – so scheint es zumindest – wurde das Bestreben bzw. die Notwendigkeit zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes kaum noch je hinterfragt, seit diese Absicht nur oft genug wiederholt worden ist. In Kombination mit der damit beiläufig einhergehenden, konsequenten Stärkung zentralisierter europäischer Institutionen und dem extensiven Einbezug immer neuer Tätigkeitsgebiete auf Unionsebene[460] darf zumindest die Frage aufgeworfen werden, wo diese Reise hinführen soll.

Vor dem Hintergrund des Konflikts zwischen Russland und der Ukraine hat die Versorgungssicherheit aber wieder an Bedeutung gewonnen, was dazu geführt hat, dass die Vollendung des freien Energiebinnenmarkts (wohl vorübergehend) etwas in den Hintergrund gerückt ist. Staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen und die Preisbildung sind in diesem Zusammenhang jedenfalls (aktuell) kein Tabu mehr.[461]

Abschliessend sei im Sinne einer Präzisierung auch noch darauf hingewiesen, dass der Begriff der Liberalisierung im Zusammenhang mit den Infrastruktursektoren im europäischen Binnenmarkt nicht ganz so freiheitlich zu verstehen ist, wie man vermuten könnte. So soll zwar grundsätzlich ein (vollständig integrierter) Markt in bisher vom Wettbewerb abgeschotteten Ausnahmebereichen geschaffen werden. Wegen des fortbestehenden Marktversagens aufgrund des weiterhin bestehenden Infrastrukturmonopols werden diese Sektoren aber nicht (nur) dereguliert, sondern sogleich wieder reguliert.[462] Paradoxerweise führte die Liberalisierung der europäischen Infrastruktursektoren somit zu einer beständig zunehmenden Flut an neuen

459 Für gewöhnlich wird angeführt, dass die bisherigen Bemühungen nicht ausreichen würden, um das Ziel eines vollständig integrierten Binnenmarktes zu erreichen, dass deshalb immer noch marktverzerrende Verhaltensweisen bestehen würden, dass zur Erreichung dieses Ziels eine weitere Vereinheitlichung der Rechtsordnung und europaweite Zusammenarbeit auf Unionsebene notwendig seien und dass diese Schritte für das Wohl der Bürger essentiell wären, vgl. statt aller die Erwägungen 7 und 8 sowie 11 und 12 der Richtlinie (EU) 2019/944.

460 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 53 f. inkl. Fn. 238.

461 Vgl. dazu etwa auch MÜLLER, Verantwortung, S. 1100.

462 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 443.

Rechtserlassen[463] und einer massiv verstärkten Sektorregulierung.[464] Insofern bestehen für die Marktteilnehmer selbst u.U. weniger Freiheiten, als dies vor der Liberalisierung der Fall war. In der Schweiz hat sich an der staatlichen Vorherrschaft in den Infrastruktursektoren durch die Liberalisierung zudem nur wenig geändert.[465] Ebenfalls darf der Begriff der Liberalisierung nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Energiepolitik der EU stets eng mit handelspolitischen Interessen verknüpft war und ist.[466] So bedeutete die Liberalisierung der Energieinfrastrukturen im europäischen Kontext seit Anbeginn nur, aber immerhin, die Schaffung von Wettbewerb im Rahmen bzw. im Innern des angestrebten *europäischen Binnenmarktes*. In der Aussenhandelspolitik lassen sich demgegenüber protektionistische Motive nicht verhehlen.[467]

b) Weitere Gründe, die zu einem veränderten Staatsverständnis führten

Nebst den eben erwähnten Liberalisierungstendenzen im europäischen Umfeld gaben auch weitere Gründe den Ausschlag, die zu einer veränderten Perspektive auf die Funktion des Staates beigetragen haben. Die nachfolgend genannten Gründe beziehen sich zwar auf die Entwicklung in der Schweiz, sie dürften aber wohl in jedem Liberalisierungsprozess früher oder später in ähnlicher Form zu finden sein. Zu nennen sind insbesondere:

— finanzielle Motive (Schuldenabbau durch Veräusserungen, fehlende finanzielle Mittel für Investitionen, Ersatz des Gemeinlastprinzips durch das Verursacherprinzip etc.) des Gemeinwesens;[468]
— der Versuch der Entlassung der Aufgabenträger aus der politischen Abhängigkeit[469];
— das Bestreben, den verwaltungsrechtlichen (Verfahrens-)Grundsätzen zu entfliehen[470];

463 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 424; allgemein auch UEBERSAX, S. 422; BRUNNER, S. 1 ff.

464 JAGMETTI, Rz. 6451; in diesem Sinne auch BISCHOF, S. 41; MÜLLER, Liberalisierung, S. 3.

465 Vgl. OECD, S. 122; KERN, S. 38 ff., HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1195 ff. m.w.H.; VOGEL, S. 4.

466 Vgl. in diesem Zusammenhang etwa auch die Mitteilung der Kommission COM(2018) 293 final, S. 9 ff., betreffend den Aufbau eine Batterie-Industrie in Europa.

467 Vgl. bereits KOM (88) 238 endg., S. 8; ferner COM(2014) 330 final, S. 6 f., 14 ff. und 18 f.; dasselbe galt im Übrigen bereits im Zusammenhang mit der Liberalisierung des Telekommunikationssektors, vgl. etwa die Entschliessung des Rates vom 30. Juni 1988 über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienste und -geräte bis 1992, ABl 1988 C 257/01 vom 4.10.1988, *passim*.

468 FAGAGNINI, S. 789 und 798; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 116 f.

469 FAGAGNINI, S. 798.

470 TSCHANNEN, Verfügung, S. 228.

— Organisations- und Führungsschwächen öffentlicher Betriebe[471];
— der Wunsch nach gesteigerter Flexibilität in der Aufgabenerfüllung[472];
— die Abschwächung äusserer Restriktionen und Umstände durch technologische Veränderungen und Innovationen[473];
— die Globalisierung, welche die Staatsgrenzen teilweise durchlässiger werden liess und die Entstehung internationaler Märkte förderte[474];
— der Wunsch und die damit verbundene Forderung nach einer Wahlmöglichkeit beim Service public[475];
— die Überzeugung, dass dieselben Leistungen des Service public im freien Markt durch Private[476] günstiger erbracht und die Ressourcen besser alloziert würden[477];
— die Besinnung auf die Wirtschaftsfreiheit und das Subsidiaritätsprinzip als grundlegende Strukturprinzipien[478];
— die Hoffnung, durch eine Kombination der vorstehenden Motive im internationalen Standortwettbewerb wettbewerbsfähig zu bleiben.[479]

c) Würdigung der Gründe im zeitlichen Kontext und Schlussfolgerung

Schliesslich führten die sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht veränderten Rahmenbedingungen schlichtweg dazu, dass die alten Strukturen als nicht mehr zeitgemäss angesehen wurden.[480] Hingegen erschienen die politische Öffnung nach aussen und die Reform, d.h. die Libera-

471 FAGAGNINI, S. 789.

472 WELTERT, S. 386; EUGSTER, S. 3; kritisch dazu TSCHANNEN, Verfügung, S. 234.

473 FAGAGNINI, S. 789; So z.B. die Bewirtschaftung und Mehrfachnutzung bestehender Infrastrukturnetze, welche erst durch technologische Innovationen möglich wurden, vgl. ZÄCH, S. 941; VOGEL, S. 74 f.; ebenfalls zu erwähnen sind die Substitution bestehender Infrastrukturgüter oder der Wegfall bzw. die Reduktion von Marktzutrittsschranken durch neue Technologien, vgl. WALTHER, S. 83 f., mit Beispielen.

474 FAGAGNINI, S. 789 und 798; WEBER, Neustrukturierung, S. 919.

475 FAGAGNINI, S. 798.

476 Wobei das Argument bei bloss formeller Privatisierung und gleichzeitig weiterbestehender staatlicher Beherrschung des Marktes vorgeschoben erscheint.

477 FAGAGNINI, S. 798; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 116 inkl. Fn. 11; WELTERT, S. 386; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 8 f.; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 441, weisen zudem darauf hin, dass damit zugleich auch ökonomische Anreize, die bei staatlicher Aufgabenerfüllung normalerweise wegfallen oder nur eine untergeordnete Rolle spielen (sollten), reaktiviert werden sollen; kritisch dazu TSCHANNEN, Verfügung, S. 234.

478 MÜLLER, Rechtsfragen, S. 116 inkl. Fn. 10.

479 Vgl. auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 233, welcher dieses Motiv (ebenfalls) den Privatisierungsbestrebungen zuordnet.

480 In diesem Sinne etwa auch VOGEL, S. 75; ferner Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 809.

lisierung, im Innern modern und zukunftsorientiert.[481] Mit dem geplanten Beitritt der Schweiz zum EWR-Abkommen wäre beides massgebend vorangetrieben worden.[482] Zwar versagte die schweizerischen Stimmbevölkerung dem EWR-Beitritt an der Urnenabstimmung vom 6. Dezember 1992 bekanntermassen die Zustimmung; an der neu gewonnenen Überzeugung und der eingeschlagenen Marschrichtung vermochte dies freilich nur wenig zu ändern.[483] Begründet wurde die konsequente Weiterverfolgung der Liberalisierungsbestrebungen mit der Aussage, wonach die mit dem marktwirtschaftlichen Strukturwandel einhergehenden Massnahmen auch von den Gegnern des EWR-Abkommens mehrheitlich nicht abgelehnt worden seien.[484] Zudem wurde befürchtet, dass die Schweiz politisch und wirtschaftlich ins Hintertreffen geraten könnte, wenn keine Reformen an den bestehenden Strukturen vorgenommen würden.[485] Man könnte aber auch sagen, dass die Liberalisierung mitsamt ihren Ausprägungen[486] in der Schweiz ab den 90er-Jahren «en vogue» war[487] und eine gewisse Goldgräberstimmung auslöste.[488]

Alles in allem führte dies zu einer Ablösung der Vorstellung, dass nur staatliche, monopolistische Strukturen den Service public wirkungsvoll zu gewährleisten im Stande seien. An deren Stelle trat hingegen die Auffassung, dass Private dieselbe Leistung im Service public nicht nur genauso gut erbringen könnten, sondern dies im Wettbewerb des freien Marktes auch günstiger, effizienter und besser tun würden, ohne dass damit Einbussen im Bereich der

481 Vgl. Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 809, wonach die *«ausschliesslich nationale Betrachtung [der] Probleme heute überholt»* sei und *«bewährte Lösungen […] nicht mehr unbesehen auf Gegenwart und Zukunft übertragen werden»* könnten.

482 Vgl. Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1374 ff.; Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 810.

483 So sollten *«[…] nach der Ablehnung des EWR-Abkommens […] für die mit dem EWR verbundenen internen Reformen Ersatz […]»* bzw. *«[d]urch eurokompatibel ausgestaltete innere Reformen […] günstige Voraussetzungen für weitere integrationspolitische Schritte geschaffen werden»*, Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1374; in diesem Sinne auch die (politisch und demokratisch heiklen) Aussagen in der bundesrätlichen Botschaft zum Folgeprogramm, wonach sich *«[d]er Bundesrat […] für die Legislaturperiode […] das Ziel gesetzt [habe], die Oeffnung gegenüber Europa und der übrigen Welt voranzutreiben […]»*, und den den Beitritt zum EWR ablehnenden *«Volksentscheid […] in seiner Politik der Oeffnung nach aussen als Auftrag [verstehe], alle Optionen offenzuhalten»*, und er *«[…] das Gesuch um Aufnahme von Beitrittsverhandlungen mit der EG [deshalb] aufrecht [erhalte]»*, vgl. Bundesrat, Botschaft zum Folgeprogramm, S. 809 f.

484 Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 810.

485 Vgl. Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 823 f.

486 Vgl. dazu etwa die Übersicht bei JAAG, Dezentralisierung, S. 24 ff.

487 Ähnlich VOGEL, S. 4 f., welcher *«die Privatisierungsidee [als] ein trendabhängiges Phänomen»* bezeichnet; vgl. dazu auch das Vorwort von SCHLUEP bei WEBER, Monopol, S. VII.

488 Vereinzelt wurde aber auch pointierte Kritik geäussert, vgl. z.B. REHBINDER, S. 295 ff.

Versorgungssicherheit zu erwarten seien.[489] Wurde mit der Liberalisierung monopolistischer respektive staatlicher Strukturen also der heilige Gral der guten und günstigen Grundversorgung gefunden?

Dass weder die eine noch die andere These absolut gültig ist, lässt sich – nebst den bereits erwähnten historischen Beispielen, welche erst zur Verstaatlichung der Infrastruktursektoren geführt haben – auch an jüngeren Beispielen nachvollziehen, in welchen die Ablösung von Monopolstrukturen durch marktwirtschaftlichen Wettbewerb statt der erhofften Effizienzsteigerung und Kostensenkung gerade das Gegenteil bewirkte, nämlich eine Effizienzverminderung und eine Verteuerung der entsprechenden Leistung.[490] Teilweise ist der Staat sodann trotz oder gerade wegen der Liberalisierung eines Wirtschaftssektors gezwungen, korrigierend in den Markt einzugreifen, da dieser sonst das gewünschte Niveau nicht erreichen oder gar nicht funktionieren würde.[491] Hinzuweisen ist dabei auch auf die Tatsache, dass manch vergangener Verstaatlichungsdiskussion ebenso das Argument der dadurch verbesserten Effizienz zugrunde lag.[492]

489 Vgl. auch FAGAGNINI, S. 798; BISCHOF, S. 16; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 9; differenzierend WEBER, Neustrukturierung, S. 917; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 116, welcher diese Motive auch der Privatisierung zuordnet; ferner Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1375; parallel dazu verfestigte sich diese Meinung unter dem Schlagwort des «New Public Management» auch für die Zentralverwaltung, weshalb sich diese bei ihrem Handeln vermehrt an marktwirtschaftlichen Prinzipien orientieren solle, vgl. zum Ganzen etwa REHBINDER, S. 295 ff.

490 Vgl. dazu bereits STRAUB, S. 38, mit dem Hinweis auf ein uneinheitliches Resultat in den europäischen Ländern nach erfolgter Marktöffnung; eindrücklich zeigt sich dies auch im Zusammenhang mit der jüngsten Energiekrise; so auch vor der schweizerischen Marktöffnung mit Verweis auf den liberalisierten deutschen Markt bereits KRATZ, S. 352 Fn. 110; vgl. ferner etwa auch betreffend die Kaminfegermonopole und den Umstand, dass diese meist günstigere Tarife für die Verbraucher bedeuteten, als wenn dieselbe Dienstleistung im freien Markt erbracht wird, RUTZ SAMUEL, Von alten und neuen Pfründen, Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, S. 21 ff. sowie MEIERHANS STEFAN, Monopol = hohe Preise?, in: BLICK vom 21. Januar 2019, wonach die Preise für Kaminfegerdienstleistungen im Kanton Zürich nach Auflösung des kantonalen Kaminfegermonopols gestiegen sind; für dieselbe Tatsache bei den Gebäudeversicherungsmonopolen vgl. etwa ZIEGLER ANDREAS R./MOSER PETER, Sind die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole «europakompatibel»?, Eine interdisziplinäre Analyse der Vereinbarkeit der bestehenden kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole mit der Dienstleistungsfreiheit und den Beihilferegelungen der Europäischen Union im Rahmen des geltenden und von zukünftigen bilateralen Abkommen der Schweiz, in: Jusletter 12. August 2019, S. 6 f. m.w.H.

491 Beispielsweise indem der Staat Leistungen im Regionalverkehr bestellt, vgl. FAGAGNINI, S. 800 f., oder Teilbereiche finanziell unterstützt, DERS., S. 804; des Weiteren kann eine Regulierung bzw. Reregulierung des entsprechenden Marktes angezeigt sein, vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 443; BISCHOF, S. 18.

492 HANDSCHIN/SIEGENTHALER, S. 408; vgl. dazu insbesondere auch den Exkurs zur Aufgabenwahrnehmung am Beispiel der Eisenbahnen unter § 4 IV. 2. vorstehend.

Ein weiteres Problem bei vollkommenem Wettbewerb kann zudem darin bestehen, dass Gemeininteressen nicht in gewünschtem Masse berücksichtigt werden, was in einem gewissen Widerspruch zu den Service-public-Aufgaben steht.[493] Gerade die COVID-19-Pandemie und die Energiekrise zeigen zudem eindrücklich, dass (1.) in Zeiten der Not der Ruf nach einem starken Staat wieder lauter wird und dass (2.) der Markt seine Tücken und auch seine Grenzen hat, wenn es um die Gewährleistung der Grundversorgung geht.[494] In der Vergangenheit äusserte sich dies denn auch in einem verstärkten Ausbau der staatlichen Wirtschaft in Krisenzeiten.[495]

Zusammenfassend bleibt an dieser Stelle somit bloss einmal mehr festzuhalten, dass die jeweilige Ansicht, welches denn die «beste» Lösung im Zusammenhang mit der Erbringung von Service-public-Leistungen sei («mehr Staat» oder «mehr Markt»), massgebend von den äusseren Umständen abhängig ist und nicht abschliessend beantwortet werden kann. Diese Feststellung lädt aber auch dazu ein, die Thematik nicht dogmatisch versteift zu betrachten.

Nachdem nun bereits festgestellt worden ist, dass die staatliche Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Grundversorgung sowohl einem zeitlichen und örtlichen Wandel als auch einer Pendelbewegung unterworfen ist, dass sich dieser Wandel in den vergangenen drei Dekaden in Richtung Marktöffnung entwickelt hat und dass verschiedene Gründe, hauptsächlich aber die Liberalisierungsbemühungen der Europäischen Union, dafür ursächlich sind, soll im Folgenden die marktwirtschaftliche Öffnung der Infrastruktursektoren in der Schweiz nachvollzogen werden. Das Hauptaugenmerk gilt dabei den Entwicklungen im Bereich der Elektrizitätsinfrastrukturen.

493 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 41; BISCHOF, S. 18; vgl. auch hierzu den Exkurs zur Aufgabenwahrnehmung am Beispiel der Eisenbahnen unter § 4 IV. 2. vorstehend.

494 Wie das Beispiel der (Voll-)Privatisierung der Alcosuisse, des Profitcenters der Eidgenössischen Alkoholverwaltung, zeigte, stehen Grundversorgung und Markt in einem Spannungsverhältnis zueinander: Nur kurze Zeit nach der Liberalisierung des Ethanolmarktes und der Auflösung des Ethanollagers der Alcosuisse Ende des Jahres 2018 wurde das Ethanol aufgrund der COVID-19-Pandemie in der Schweiz im Frühjahr 2020 knapp. Dies wiederum führte zum Ruf und dem Bestreben zur Einführung eines Pflichtlagers für Ethanol. Dem sollte mit der auf das LVG abgestützten Ethanolpflichtlagerverordnung übergangsmässig nachgekommen und anschliessend ein Pflichtlager aufgebaut werden, vgl. dazu den Bericht über das Ergebnis des vom 19. März bis 29. Juni 2021 durchgeführten Vernehmlassungsverfahrens zur Verordnung über die Pflichtlagerhaltung von Ethanol (Ethanolpflichtlagerverordnung) vom 10. September 2021, S. 4; mit derselben Feststellung bereits auch FAGAGNINI, S. 793.

495 VOGEL, S. 4.

4. Marktwirtschaftliche Öffnung in der Schweiz

a) Auswirkungen der Liberalisierung der Infrastrukturen in der Europäischen Union auf die Schweiz im Allgemeinen

Ausgehend von den Entwicklungen im Ausland und dem vom Volk abgelehnten EWR-Beitritt suchte der Bundesrat eine rasche Lösung im weiteren Umgang mit der Europäischen Union.[496] Als übergeordnete Maxime galt dabei weiterhin – vorwiegend auch aus aussenpolitischen Gründen[497] – die Öffnung nach aussen und die Integration der Schweiz im europäischen Umfeld.[498] Seine Strategie präsentierte der Bundesrat in seiner Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993. Neben einer «europapolitischen Standortbestimmung» und der Auslotung allgemeiner Massnahmen zur strukturellen Veränderung der schweizerischen Marktwirtschaft machte der Bundesrat auch spezifische legislatorische Vorschläge zu 27 der sog. Eurolex-Vorlagen.[499] Im Rahmen der sog. marktwirtschaftlichen Erneuerung (dazu sogleich) sollte der schweizerische Binnenmarkt liberalisiert, d.h. erhöhtem Wettbewerb ausgesetzt werden[500] und die schweizerischen Gesetze sollten möglichst europakompatibel ausgestaltet werden.[501] Ziel dessen war, *«[d]urch eurokompatibel ausgestaltete innere Reformen […] günstige Voraussetzungen für weitere integrationspolitische Schritte [zu schaffen]»*.[502] In Bezug auf die Infrastruktursektoren wurden zwar noch keine konkreten Vorschläge getroffen – es zeichnete sich aber bereits ab, dass staatliche Monopole aufgebrochen werden könnten.[503] Einmal mehr sollte die Verknüpfung von Infrastrukturen somit der Bildung politischer Strukturen dienen.

496 Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 811.

497 Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 810 ff.

498 Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 809 und 833 f.

499 Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 808; bei den Eurolex-Vorlagen handelte es sich um Rechtsakte, welche im Hinblick auf einen möglichen EWR-Beitritt der Schweiz bereits vorab eine eurokompatible Anpassung erfuhren, vgl. Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 831 ff.; um eine möglichst zügige Umsetzung des Folgeprogramms zu gewährleisten, wurden die bereits einmal vom Parlament behandelten Eurolex-Vorlagen inhaltlich unverändert übernommen, vgl. Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 811; vgl. auch MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 123 ff.

500 Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 808 und 823 ff.; vorwiegend ging es dabei um die Beseitigung technischer Handelshemmnisse, die Anpassung des öffentlichen Beschaffungswesens und des Kartellgesetzes sowie die Anwendung des Cassis-de Dijon-Prinzips.

501 Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 808, 810 und 834, wobei der Bundesrat offensichtlich (implizit) davon auszugehen schien, dass die Schweiz sich der EU mittelfristig sowieso annähern oder ihr gar beitreten würde.

502 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1374.

503 Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, S. 825.

In seinem Bericht über weitere Reformen im Zeichen der marktwirtschaftlichen Erneuerung vom 13. Juni 1994 stellte der Bundesrat seine Reformvorschläge vor, darunter auch im Bereich der Infrastrukturen.[504] Das Programm der marktwirtschaftlichen Erneuerung sollte die Schweiz mittels legislatorischer Anpassungen wieder fit für den Weltmarkt machen, indem der Wettbewerb gefördert und Investitionsanreize geschaffen würden.[505] Der Intention der geplanten Massnahmen entsprechend sollte sich der Staat fortan möglichst aus dem Markt heraushalten und gesetzgeberische Eingriffe auf ein Minimum beschränken.[506] Das Erfordernis der marktwirtschaftlichen Erneuerung wurde mit einem sich verstärkenden internationalen Standortwettbewerb begründet, in welchem die einzelnen Staaten mittels ihrer wirtschaftlichen Rahmenbedingungen vermehrt in Konkurrenz zueinander treten würden. Die Schweiz müsse, wolle sie den Anschluss nicht verlieren, mitziehen.[507] Als Nachteil im Standortwettbewerb wurde u.a. das hohe Preisniveau der Schweiz im Vergleich zu den Nachbarstaaten erachtet.[508] Ein Teil dieses Preisniveauunterschiedes wurde der geringen innerstaatlichen Wettbewerbsintensität zugeschrieben, deren Folgen sich in preiserhöhenden Marktabschottungen und einem geringen Wirtschaftswachstum äusserten.[509] Als Mittel zur Senkung des hohen Preisniveaus und zur Steigerung der Standortattraktivität sollten u.a. staatliche Monopole aufgebrochen und der Privatinitiative anheimgestellt sowie durch eine Verminderung der Regulierungsdichte Investitionen gefördert werden.[510] Von diesen Massnahmen der marktwirtschaftlichen Erneuerung versprach man sich einerseits, dass der Wirtschaftsstandort Schweiz an Attraktivität gewinnen würde, und andererseits, dass die ansässigen Unternehmen, welche die Infrastruktur intensiv nutzen, durch tiefere Gestehungskosten international an Konkurrenzfähigkeit gewinnen würden.[511]

504 Weitere Reformvorschläge im Rahmen der marktwirtschaftlichen Erneuerung betrafen die Landwirtschaft, das Sozialwesen und die öffentlichen Finanzen. Daneben existierten noch zahlreiche weitere Reformvorlagen, welche indes separat verfolgt wurden, vgl. Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1374 und 1378.

505 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1375 f.

506 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1384.

507 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1375.

508 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1375.

509 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1375 f. m.w.H. zu den Ursachen für das hohe Preisniveau in der Schweiz; vgl. dazu auch Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1617.

510 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1375 und 1379.

511 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1379 f.; dasselbe Argument diente freilich auch als Grundlage für die Marktöffnung in der EU, vgl. dazu WEBER, Neustrukturierung, S. 920.

Der bereits vorhandene Handlungsdrang wurde sodann durch die seit Beginn der 90er-Jahre herrschende konjunkturelle Lage in der Schweiz und Europa nochmals verstärkt. Insbesondere der überproportionale Anstieg der Arbeitslosigkeit in der Schweiz im Vergleich zu den europäischen Nachbarstaaten (wenngleich immer noch auf viel tieferem Niveau) und die wirtschaftliche Stagnation erhöhte den Druck auf die Politik.[512] Aus Wettbewerbssicht wurde zudem befürchtet, dass den in der Schweiz ansässigen Stromhändlern ohne Marktöffnung über kurz oder lang der Zugang zum europäischen Binnenmarkt versagt werden könnte.[513]

Kurzum führte somit – nebst den übrigen vorgenannten Gründen – vorwiegend die zeitlich vorgelagerte Schaffung eines europäischen Binnenmarktes sowie die damit verbundene Öffnung der Infrastrukturmärkte in der Europäischen Union zur Liberalisierung der schweizerischen Infrastruktursektoren, darunter auch des Elektrizitätsmarktes.[514]

b) Historische Entwicklung der Liberalisierung des Energiemarktes in der Schweiz im Speziellen

Vor seiner (Teil-)Liberalisierung war der schweizerische Elektrizitätsmarkt vorwiegend durch kantonales und kommunales Recht geregelt und monopolistisch ausgestaltet.[515] Es galt der Grundsatz, wonach die Bezüger ihren Strom vom lokalen EVU zu beziehen hatten. Auch wenn eine gewisse (allerdings freiwillige) Marktöffnung bereits davor einsetzte, wurde die (Teil-) Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes erst mit der Schaffung eines bundesrechtlichen Marktordnungserlasses – dem Stromversorgungsgesetz – auch rechtlich verwirklicht und somit für die Marktteilnehmer verpflichtend. Mit der Schaffung eines schweizerischen Marktordnungserlasses wurde zudem der rechtliche Rahmen für den Elektrizitätsmarkt erstmals in weiten Teilen vereinheitlicht.

Die Anfänge der schweizerischen Elektrizitätsmarkterlasse wurden bereits von anderen Autoren nachvollzogen. Es wird deshalb vorliegend darauf

512 Vgl. dazu die Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft über besondere konjunkturpolitische Massnahmen zur Substanzerhaltung der öffentlichen Infrastruktur und zur Förderung privater Investitionen im Energiebereich (Investitionsprogramm) sowie zur Erleichterung ausländischer Investitionen vom 26. März 1997, BBl 1997 II, S. 1221-1285 ff., S. 1222 ff.

513 WALTHER, S. 85 f.

514 Allgemein HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194 sowie Fn. 1736; Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1375; in Bezug auf die Eisenbahn vgl. FAGAGNINI, S. 803; für den Elektrizitätsmarkt vgl. WEBER, Neustrukturierung, S. 932; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 1 Rz. 2.

515 Vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 118 und 142 ff.

verzichtet, diese einmal mehr im Detail darzustellen, und stattdessen auf die entsprechenden Arbeiten verwiesen.[516] Trotzdem sind einige Ausführungen zum legistischen Prozess in der Schweiz für das allgemeine Verständnis und für die vorliegende Arbeit unabdingbar; sie werden indes auf die notwendigen Inhalte beschränkt.

(i) Elektrizitätsmarktgesetz

Ein erster Anlauf zur Einführung einer schweizerischen Elektrizitätsmarktordnung wurde mit dem Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) unternommen. Im Rahmen des Programmes zur marktwirtschaftlichen Erneuerung erteilte der Bundesrat dem Bundesamt für Energiewirtschaft in der zweiten Hälfte der 90er-Jahre den Auftrag, eine Liberalisierung der leitungsgebundenen Energien eingehend zu prüfen.[517] Das UVEK wiederum beauftragte eine Expertengruppe, die später noch erweitert wurde, mit den entsprechenden Abklärungen.[518] Ihre Schlussfolgerungen hielten die beiden Expertengruppen in ihren Berichten «Öffnung des Elektrizitätsmarktes» bzw. «Marktöffnung im Elektrizitätsbereich» fest. Gestützt auf die Berichte der Expertengruppen beauftragte der Bundesrat das UVEK mit der Ausarbeitung einer neuen Elektrizitätsmarktordnung. Die Arbeiten wurden im Jahr 1999 abgeschlossen und am 15. Dezember 2000 wurde das EMG nach einigen Diskussionen von beiden Räten angenommen.[519]

Wie das heutige StromVG basierte das EMG auf der Konzeption eines Rahmengesetzes. Der Fokus des EMG war auf eine europakompatible Umstrukturierung des Strommarktes ausgelegt und hätte eine gestaffelte Öffnung auf Basis des geregelten, diskriminierungsfreien Netzzugangs auf Vertragsbasis (Regulated Third Party Access) zur Folge gehabt.[520] Die Details der neuen Marktordnung hätten vom Bundesrat per Verordnung geregelt werden sollen.[521] Für die Netzinfrastrukturen sollte – sowohl für Übertragungs- als auch für das Verteilnetz (!) – ein rechtliches Monopol errichtet und der

516 Vgl. etwa BISCHOF, S. 13 ff.; WALTHER, S. 83 ff.; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 58 ff.

517 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 2 ff.

518 Der erste Ausschuss, die Arbeitsgruppe Cattin, bestand lediglich aus Vertretern der Bundesverwaltung, der Elektrizitätswirtschaft und der Grosskonsumenten. Im zweiten Ausschuss, der Arbeitsgruppe Kiener, nahmen ausserdem Vertreter der Kantone, der Kleinkonsumenten und von Umweltorganisationen Einsitz, vgl. Bundesrat, Botschaft EMG, S. 7371; WALTHER, S. 86.

519 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 4 f.; Bundesrat, Botschaft EMG, S. 7371; WALTHER, S. 86.

520 Bundesrat, Botschaft EMG, S. 7371; ausführlich zum Inhalt des EMG JAGMETTI, Rz. 6435 ff.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 7 ff.

521 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 6.

Wettbewerb durch dessen Regulierung gewährleistet werden.[522] Während diverse kantonale und kommunale Erlasse die Elektrizitätsversorgung zum damaligen Zeitpunkt explizit oder dem Verständnis nach als öffentliche Aufgabe definierten[523] oder zumindest die Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch die Elektrizitätsversorgungsunternehmen hervorheben wollten[524], enthielt das EMG keine expliziten, aber immerhin gewisse implizite Vorgaben hinsichtlich des Service public.[525] Der Bundesrat ging aber offensichtlich davon aus, dass den Verteilnetzbetreibern auch ohne explizite Bestimmung im EMG (wohl durch die Kantone und Gemeinden) ohnehin weitere Pflichten aus dem Bereich des Service public auferlegt würden.[526] Bedenken betreffend die Versorgungssicherheit, hinsichtlich eines funktionierenden Service public und steigender Strompreise[527] führten schliesslich dennoch dazu, dass das Elektrizitätsmarktgesetz nach breitem Widerstand und dem Zustandekommen des Referendums[528] am 22. September 2002 vom Volk mit knapp 53 % Nein-Stimmen abgelehnt wurde.[529]

(ii) Stromversorgungsgesetz

Aufgrund der bereits etablierten Liberalisierung im europäischen Elektrizitätssektor und aus Angst, (vor allem gegenüber der Europäischen Union) ins Abseits zu geraten, sah sich die schweizerische Politik nach dem Scheitern des EMG veranlasst, baldmöglichst einen neuen Anlauf zur Einführung einer neuen schweizerischen Strommarktordnung zu nehmen.[530] Der politische Druck seitens der EU hatte denn auch tatsächlich zugenommen. Einerseits war dieser Druck auf wettbewerbspolitischen Überlegungen zurückzuführen. So machte die Europäische Kommission bereits im Zusammenhang mit

522 Bundesrat, Botschaft EMG, S. 7391.

523 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 26 ff.

524 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 24.

525 So etwa betreffend die Gewährleistung des Netzanschlusses, vgl. Art. 11 Abs. 2 EMG; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 16.

526 So etwa Bundesrat, Botschaft EMG, S. 7391.

527 Zu den Gründen, die zur Ablehnung des EMG führten, insbesondere Befürchtungen betreffend die Versorgungssicherheit, vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Fn. 6 m.w.H. und WALTHER, S. 87; vgl. aber auch den Hinweis von FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 60 f. Fn. 273, wonach einer anderen Einschätzung zufolge das Thema der Versorgungssicherheit nicht ausschlaggebend gewesen sein soll.

528 Verfügung der Schweizerischen Bundeskanzlei über das Zustandekommen des Referendums gegen das Elektrizitätsmarktgesetz vom 15. Dezember 2000 (EMG) vom 7. Mai 2001, BBl 2001, S. 2030.

529 JAGMETTI, Rz. 6434 inkl. Fn. 668; zum Ganzen auch STRAUB, S. 102 ff.

530 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 19.

der Einführung des europäischen Binnenmarktes immer wieder deutlich, dass grundsätzlich keine Abweichungen für einzelne Teilnehmer vorgesehen waren bzw. geduldet würden. Für die weitere Teilnahme der Schweiz am europäischen Binnenmarkt (in Erinnerung zu rufen ist diesbezüglich auch der Reziprozitätsgrundsatz der EU-Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie[531]) war eine europakompatible Ausgestaltung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes somit unumgänglich.[532] Andererseits wurde bemängelt, die bestehenden Rechtserlasse betreffend den grenzüberschreitenden Stromhandel gingen zunehmend an den tatsächlichen technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten vorbei und genügten den Anforderungen nicht mehr.[533] Aspekte der Versorgungssicherheit[534] sowie die rein physikalischen Voraussetzungen der Elektrizität, welche keine Staatsgrenzen kennt, gaben demzufolge ebenso Anlass für eine beförderliche Ausarbeitung eines neuen europakompatiblen Marktordnungserlasses.

Zwischenzeitlich hatte zudem bereits eine gewisse Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes stattgefunden: Das Bundesgericht hatte in einem vielbeachteten Leitentscheid die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den Elektrizitätsbereich bejaht und gestützt auf die in den Vereinigten Staaten entwickelte sog. Essential-Facilities-Doktrin einen Anspruch auf Netzzugang durch Dritte hergeleitet.[535] Durch die höchstrichterliche Entscheidung war

531 Zum Verhältnis der Reziprozitätsklausel zu Drittländern vgl. BISCHOF, S. 45 f. und 56.

532 Die Europäische Union hat ein erhebliches Interesse daran, dass für die Teilnehmer am Binnenmarkt ein sog. *level playing field* gilt (vgl. dazu FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 42). Die Schweiz hat ebenfalls ein massgebendes Interesse daran, am europäischen Binnenmarkt teilzunehmen. Die Umstände haben sich seit der Verabschiedung des StromVG aber zum Teil geändert. So hatte die Schweiz bis im Jahr 2004 während langer Zeit die Sichtweise als Stromexporteurin inne und verfügte über grosse Reservekapazitäten (vgl. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 14 Fn. 60); BISCHOF, S. 17, attestierte der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft aus diesem Grund im Jahr 2002 auch ein erhebliches Interesse an einer Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes. Seither nahm die Importabhängigkeit der Schweiz für elektrische Energie tendenziell aber eher zu (vgl. Bundesamt für Statistik, Ausfuhr und Einfuhr elektrischer Energie, Stand Juni 2023) und eine Strommangellage mit zwangsweisen Bezugsbeschränkungen ist nicht gänzlich ausgeschlossen (vgl. etwa die Medienmitteilung des Bundesrats betreffend die Anpassung von Massnahmen für den Fall einer Strommangellage vom 3. März 2023).

533 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 14.

534 Oft angeführt wird in diesem Zusammenhang der Stromausfall in Italien aufgrund einer Störung einer Transitleitung auf dem Lukmanier-Pass im Jahr 2003, vgl. statt aller Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1616 ff.

535 BGE 129 II 497, Regeste und E. 6.5 S. 538 ff.; zum Bundesgerichtsentscheid vgl. auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 19 ff.; zum Elektrizitätsnetz als *essential facility* vgl. auch WALTHER, S. 26 f.

die Marktöffnung somit auch in der Schweiz Realität geworden. Die Netzzugangsberechtigten hätten ihr Recht indes gestützt auf das Kartellgesetz einzelfallweise und somit mit erheblichem Aufwand durchsetzen müssen, sofern der Netzbetreiber nicht von sich aus gewillt gewesen wäre, den Netzzugang zu angemessenen Preisen zu gewähren.[536] De facto war die Marktöffnung damit bloss auf einige wenige Grossabnehmer beschränkt.[537] Einzelne Exponenten der Elektrizitätswirtschaft hatten zudem in Antizipation einer bevorstehenden Marktöffnung bereits begonnen, ihre Netzinfrastrukturen für Dritte zu öffnen.[538] Da aber kein entsprechender Marktordnungserlass bestand, wurde eine unerwünschte «wilde» Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes befürchtet.[539] Diese Situation wurde als unbefriedigend betrachtet. Die Beibehaltung des Status quo stellte nach allgemeiner Ansicht somit keine valable Option dar.[540]

Zwei Jahre nach der Ablehnung des EMG wurde deshalb bereits der zweite Anlauf unternommen und das Vernehmlassungsverfahren für das Stromversorgungsgesetz (StromVG) durchgeführt.[541] Am 3. Dezember 2004 veröffentlichte der Bundesrat seine Botschaft zur Änderung der Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz. Die Räte nahmen den Entwurf des StromVG an der Schlussabstimmung vom 23. März 2007 mit klarer Mehrheit an.[542] Das Referendum wurde dieses Mal nicht ergriffen und das StromVG trat am 1. Juli 2007 in Kraft.

c) Würdigung der marktwirtschaftlichen Öffnung in der Schweiz

(i) Marktwirtschaftliche Öffnung im Allgemeinen

Die Marktöffnungen in der EU prägten das vom Bundesrat initiierte Programm der marktwirtschaftlichen Erneuerung massgebend. Das Programm der marktwirtschaftlichen Erneuerung bedeutete klar die Weiterverfolgung des eingeschlagenen Europakurses und vor allem eine Adaption der schweizerischen Verhältnisse an das europäische (Rechts-)Umfeld. Die Gründe, mit welchen die Notwendigkeit dieses Liberalisierungsschrittes für die Schweiz

536 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 20.

537 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 213.

538 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 19, 33 und 87.

539 Vgl. auch WALTHER, S. 88 f.

540 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 19 ff., 34 und 73 ff.; ROBERT-NICOUD, Fourniture de base, S. 2 f.

541 JAGMETTI, Rz. 6444; aus politischen Überlegungen wurde nicht mehr der Begriff Elektrizitätswirtschaft verwendet, WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 86.

542 Im Ständerat mit 41 zu 0 Stimmen bei einer Enthaltung (AB 2007 S, S. 308) und im Nationalrat mit 166 zu 27 Stimmen (AB 2007 N, S. 593 f.).

befürwortet wurde, sind denn auch in weiten Teilen argumentativ identisch zu den Ausführungen der Europäischen Union.[543] Bezeichnenderweise sollten selbst die Wirkungen einzelner Massnahmen auf die Wirtschaft anhand der gleichen sieben Kriterien abgeschätzt bzw. überprüft werden, welche bereits den entsprechenden europäischen Vorläufern als Grundlage dienten.[544] Für die schweizerischen Infrastruktursektoren bedeutete dies in den vergangenen drei Jahrzehnten demzufolge eine Liberalisierung nach europäischem Vorbild. Neben der wirtschaftlichen Internationalisierung haben somit auch die rechtliche Internationalisierung und politische Überlegungen den Druck auf die staatlichen Monopole erhöht und diese europaweit zunehmend zum Erodieren gebracht.[545] Die Liberalisierung der Infrastrukturmärkte in der europäischen Union bedeutete nach dem Gesagten vor allem auch die Schaffung eines europäischen Binnenmarktes mit gegenseitigen Zutrittsrechten der (neugeschaffenen) Marktteilnehmer. Die Infrastruktur soll somit nicht mehr nur dem jeweiligen Eigentümer zur Verfügung stehen, sondern auch den anderen Marktteilnehmern, sofern sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen.[546]

Aus rechtlicher Perspektive ist anzumerken, dass die Bedeutung des internationalen Rechts in der sich stetig weiter vernetzenden Welt weiter zunehmen wird. Ordnungspolitische Erlasse werden deshalb inskünftig vermehrt auf internationaler Ebene geschaffen werden.[547] Kehrseite dieser Homogenisierung des Rechts und der Verflechtung der Märkte bildet die damit unweigerlich verbundene Beschränkung der Souveränität einzelner Staaten bei der Rechtssetzung. Ein rechtlicher Alleingang einzelner Staaten erweist sich deshalb zunehmend als schwierig. Für die Schweiz kommt den Entwicklungen im europäischen Recht – auch als Nicht-EU-Staat – allgemein eine grosse Bedeutung zu, so insbesondere auch im Bereich der Infrastruktursektoren. Die europäischen Marktordnungserlasse dienten als Vorläufer für den bisherigen Weg der schweizerische Rechtsentwicklung im Bereich der Infrastruktursektoren und dürften deshalb auch als Indikator für zukünftige Marktregulierungen in der Schweiz dienen.

Die Liberalisierung der schweizerischen Infrastruktursektoren wurde indes nicht mit aller bzw. nicht immer mit gleicher Konsequenz vollzogen.

543 Vgl. dazu die Übersicht über das für den europäischen (Energie-)Binnenmarkt plädierende Argumentarium des europäischen Rates bei WEBER, Neustrukturierung, S. 920.

544 Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1385.

545 VOGEL, S. 74 m.w.H.

546 FAGAGNINI, S. 799; ROBERT-NICOUD, Fourniture de base, S. 2.

547 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 451 ff. m.w.H.

So fällt auf, dass trotz dem grundsätzlichen Bekenntnis zum eingeschlagenen Paradigmenwechsel bis zu einem gewissen Grad an den alten Strukturen festgehalten wurde. Gewisse Bereiche der Infrastrukturdienstleistungen sollten bereits aus rein politischen Gründen weiterhin dem Wettbewerb entzogen bleiben.[548] Andererseits mussten die für eine Liberalisierung der Infrastruktursektoren notwendigen rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen teilweise erst noch geschaffen werden, weshalb sich eine schrittweise Öffnung des Elektrizitätsmarktes aufdrängte.[549] Zuweilen scheint es aber auch so, als ob man dem neuen Marktregime nicht vollends vertraute. Die Loslösung der Infrastrukturdienstleister von ihrer bisherigen Rolle als (meist staatliche) Grundversorger und der Wandel eines monopolistischen Marktes hin zu einer liberalisierten Marktordnung erwiesen sich vor diesem Hintergrund als zäh und waren bzw. sind von einigem Widerstand begleitet.[550] Die angestrebten Marktöffnungen erfolg(t)en deshalb – wie dies bereits in der Europäischen Union der Fall war[551] – nicht in allen Sektoren zeitgleich und auch nicht gleich vollständig. Die Öffnung der schweizerischen Infrastrukturmärkte ist daher auch heute noch, je nach Sektor, unterschiedlich weit fortgeschritten.

(ii) Marktwirtschaftliche Öffnung des Elektrizitätsmarktes

Im Bereich des europäischen Elektrizitätsmarktes führten die internationale Verflechtung der staatlichen Märkte und vor allem auch der Netze sowie die Schaffung des europäischen Binnenmarktes im Allgemeinen zum Einreissen staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen. Dies gilt auch für die Schweiz.[552]

Neben den soeben aufgeführten allgemeinen Gründen wurden als gewichtige Argumente für die Notwendigkeit eines schweizerischen Marktordnungserlasses für den Elektrizitätssektor u.a. Aspekte der Versorgungssicherheit und technische Gegebenheiten vorgebracht.[553] Für die Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes wurde ins Feld geführt, dass die Schweiz aufgrund ihrer Stellung als Binnenland im Herzen der EU, als «Stromdrehscheibe» von Europa und sofern sie am europäischen Markt wei-

548 Immerhin wurde angestrebt, dass die weiterhin geschützten Monopolbereiche einen höheren Kostendeckungsgrad erzielen und dies unter möglichst marktähnlichen Bedingungen, vgl. dazu Bundesrat, Bericht marktwirtschaftliche Erneuerung, S. 1379.

549 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1627.

550 Auch heute noch stösst das Thema der Marktöffnung bei vielen Exponenten der Energiewirtschaft auf wenig Anklang.

551 WEBER, Neustrukturierung, S. 919.

552 WEBER, Neustrukturierung, S. 919 und 932.

553 Vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1612.

terhin teilnehmen wolle, die Vorschriften der EU (mehr oder minder) übernehmen müsse. Dies gelte umso mehr, da Elektrizität keine Staatsgrenzen kenne.[554]

Sofern technische Gegebenheiten und Aspekte der Versorgungssicherheit betroffen sind, dürfte eine rechtliche Koordination unter den betroffenen Staaten tatsächlich unabdingbar oder zumindest sinnvoll sein. Schliesslich kommt auch das Recht nicht an den physikalischen Grundsätzen vorbei, denen die elektrische Energie folgt. Die bisher stattgefundene Rechtsentwicklung geht indes weit über technische Aspekte und Aspekte der Versorgungssicherheit hinaus. Massgebender für die marktwirtschaftliche Öffnung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes dürften deshalb wohl der Reziprozitätsvorbehalt in der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie der EU und der Wille, am europäischen (Strom-)Binnenmarkt teilzunehmen, gewesen sein. Neben den rein praktischen Gründen haben also vorwiegend (wettbewerbs-)politische Überlegungen zu einer Anpassung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes und -rechts an die Gegebenheiten in der EU geführt.[555]

Die ins Feld geführte Aussage, wonach die Schweiz ihr Recht an die Marktordnungserlasse der EU anzupassen habe, sofern sie weiterhin am europäischen (Strom-)Binnenmarkt teilnehmen wolle, mag wohl in weiten Teilen richtig sein. Sie geht aber von der Prämisse aus, dass im Bereich der Infrastrukturversorgung ein genuiner Markt bestehe bzw. bestehen *müsse*.[556] Dabei wird für gewöhnlich nicht darauf hingewiesen oder geflissentlich übersehen, dass der Markt, so wie er heute besteht, im Rahmen der EU-Binnenmarktrichtlinien bzw. der marktwirtschaftlichen Erneuerung erst geschaffen wurde und nicht bereits bestand.[557] Ausser Acht gelassen wird zudem auch, dass es sich dabei nicht um einen freien Markt handelt, sondern um staatlich verordneten Wettbewerb nach eigenen Regeln.[558] Im Bereich

554 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1617; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 42; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 19, 34 und 87; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 163.

555 Vgl. auch WEBER, Neustrukturierung, S. 925 und 932; FAGAGNINI, S. 803; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 21 ff. sowie § 11 Rz. 34 und 73 ff.

556 Die Betrachtungsweise setzt voraus, dass man die traditionelle Wertschöpfungskette vertikal integrierter Versorgungsunternehmen sowie das natürliche Netzmonopol aufbricht und in einzelne Bereiche unterteilt, vgl. etwa BISCHOF, S. 13 f.

557 Die von der Europäischen Kommission angestrebte Anbindung bisher isolierter Gebiete zielt in eben diese Richtung; vgl. auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 84, welche darauf hinweist, dass es sich beim Elektrizitätsmarkt um ein gedankliches Modell handle. Durch eine Veränderung der rechtlichen oder tatsächlichen Rahmenbedingungen könnten sich der noch im Aufbau befindliche Markt bzw. die entsprechenden Teilmärkte noch ändern.

558 Zu nennen sind etwa rechtlich verankerte Kontrahierungszwänge und Grundversorgungspflichten zulasten der Infrastrukturdienstleister.

der Infrastruktursektoren besteht deshalb auch kein freier, sondern – wenn überhaupt – lediglich ein politisch definierter und eng begrenzter Markt. Dieser Umstand führt gleichzeitig auch dazu, dass manche der angepriesenen Vorteile des freien Marktes nur begrenzt zum Tragen kommen.[559]

Aus dem Vorhandensein eines homogenen Gutes (z.B. Elektrizität) kann zudem noch nicht geschlossen werden, dass dieses beliebig substituierbar ist und deshalb ein Markt dafür besteht (auch wenn das Gut an sich, rein physikalisch betrachtet, keine Unterschiede aufweisen mag). Aus Sicht der Versorgungssicherheit gilt es nämlich zu bedenken, dass diese Argumentation nur funktioniert, wenn von einer globalisierten, verknüpften Welt ausgegangen wird, in welcher ein offener und funktionierender Markt besteht. Dies mag im Moment zwar (noch) richtig sein, jedoch besteht keine Gewissheit, dass dies auch so bleibt.[560] Im Bereich der kritischen Infrastrukturen mit lebenswichtigen Gütern, mithin also der sog. Daseinsvorsorge, muss deshalb m.E. auch die Selbst- und Grundversorgung genügend gewichtet werden.[561] Diese Frage betrifft zugegebenermassen insbesondere die Erzeugung von elektrischer Energie, auf welche vorliegend nicht eingegangen wird.[562] Sie beeinflusst aber gleichwohl in massgebender Weise die Diskussion um die Verteilung von Elektrizität und ebenso den Diskurs betreffend die marktwirtschaftliche Öffnung und die damit einhergehende Gesetzgebung. Zugleich wird dadurch das Argument der verbesserten Versorgungssicherheit in weiten Teilen entkräftet.[563] Sicherheit hat ihren Preis – der aller-

559 Das gilt zumindest so lange, als öffentliche Aufgaben und Grundversorgungspflichten bestehen, die keine privatautonome Willkür erlauben; ähnlich auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 237; kritisch in Bezug auf die Argumente der Kosteneffizienz und der Flexibilität durch Privatisierungen ebenfalls TSCHANNEN, Verfügung, S. 234; ferner auch BAUMANN, Haftung, S. 26, welcher im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch staatliche Monopolisten nach wirtschaftlichen Prinzipien von einer *«marktähnliche[n] Situation»* spricht.

560 Vgl. etwa das Interview mit STAUB-BISANG MIRJAM, «Überall, wo Geld angelegt wird, ist Nachhaltigkeit heute ein Muss», in: Der Bund vom 22. Dezember 2020, wonach die Corona-Pandemie die Deglobalisierung fördere.

561 In diesem Sinne etwa auch WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 16, wonach wesentliches Element jeder Strommarktordnung die Sicherstellung der Grundversorgung sein müsse.

562 Vgl. aber die Ausführungen zum Systemversagen aufgrund fehlender Rentabilität im Zusammenhang mit der Erzeugung von elektrischer Energie trotz oder gerade wegen eines funktionierenden Marktes bei MÜLLER, Verantwortung, S. 1102.

563 Als Präzisierung sei hinzugefügt, dass damit primär die Bildung eines Marktes nach privatwirtschaftlichem Vorbild gemeint ist. Die Einbindung einer möglichst grossen Anzahl von Erzeugungskapazitäten in das Elektrizitätsnetz hat nämlich den Vorteil, dass der Ausfall einzelner Erzeugungsanlagen besser kompensiert und die Netzstabilität dadurch besser gewährleistet werden kann. In diesem Sinne besteht auch von Seiten der Versorgungssicherheit ein Interesse daran, dass ein Anschluss an das gesamteuropäische Stromnetz besteht. Und trotzdem: Wie die jüngst notwendig gewor-

dings oft als zu hoch angesehen wird und den man nicht bezahlen will, solange alles reibungslos funktioniert.[564]

Aus Sicht der schweizerischen Stromproduzenten dürfte ausserdem ins Gewicht fallen, dass die Gestehungskosten je nach Herkunft nicht vergleichbar sind, so dass z.B. die Produktion in der Schweiz regelmässig teurer sein dürfte als in anderen europäischen Ländern.[565] Da Infrastrukturen regelmässig hohe Investitionen erfordern, welche über einen relativ langen Zeitraum abgeschrieben werden müssen, kann eine Marktöffnung unerwünschte Nebenwirkungen haben, welche sich auch auf die Versorgungssicherheit auswirken.[566] Andererseits zeigt auch die anhaltende politische Einflussnahme auf die Märkte, dass man sich mit der (vollständigen) Liberalisierung der Infrastruktursektoren im Endeffekt doch ein wenig schwertut.[567] Dies soll keineswegs im Sinne des Befürwortens einer protektionistischen Marktabschottung verstanden werden, sondern eher als Hinweis, dass in gewissen,

dene Beschaffung von Reserveerzeugungskapazitäten durch den Bund zeigt, funktioniert der Markt nicht immer zufriedenstellend (vgl. dazu auch UVEK, Erläuterungen zur Verordnung über die Errichtung einer Wasserkraftreserve [WResV], S. 1); der Ruf nach einem Eingreifen des Staates folgt in solchen Fällen meist postwendend.

564 Wie schnell sich Gegebenheiten wandeln können, zeigen auch die jüngsten Ereignisse im Konflikt zwischen Russland und der Ukraine eindrücklich. Während zu Beginn der vorliegenden Arbeit von verschiedener Seite noch die Vorzüge des Marktes angepriesen wurden, bestimmen nun, an deren Ende, Aktivismus und eiligst auf den Weg gebrachte Gesetzesvorlagen den Grundtenor im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung und im Rahmen der drohenden Energieknappheit. So hat etwa der Bund angesichts einer drohenden Strommangellage gestützt auf das LVG selbst eine Stromreserve beschafft, u.a. mittels Reservekraftwerken, vgl. dazu exemplarisch etwa die Medienmitteilung des UVEK vom 2. September 2022; die Verordnung über die Bereitstellung eines temporären Reservekraftwerks in Birr vom 23. September 2022 (SR 531.64); die Verfügung betreffend die Bereitstellung des temporären Reservekraftwerks Birr vom 24. September 2022 (BBl 2022 2221); die Verordnung über den Betrieb von Reservekraftwerken und Notstromgruppen bei einer unmittelbar drohenden oder bereits bestehenden Mangellage vom 21. Dezember 2022 (SR 531.66), welche allerdings vom Bundesverwaltungsgericht nachträglich als gesetzeswidrig eingestuft wurde (vgl. BVGer A-1706/2023 vom 19. Februar 2024, E. 8); sowie allgemein die Verordnung über die Errichtung einer Stromreserve für den Winter (Winterreserveverordnung, WResV; SR 734.722) vom 25. Januar 2023; ferner auch MÜLLER, Verantwortung, S. 1098.

565 Vgl. etwa MÜLLER, Verantwortung, S. 1102; die Kosten des Netzes variieren je nach Standort des Verbrauchers ebenfalls erheblich. Diesem Problem wird im StromVG jedoch durch die Solidarisierung der Netzkosten begegnet, namentlich durch das Ausspeiseprinzip (Art. 14 Abs. 2 StromVG) und das Prinzip der Distanzunabhängigkeit (Art. 14 Abs. 3 lit. b StromVG), vgl. dazu auch WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 11 Rz. 17, allerdings noch in Bezug auf das EMG.

566 Vgl. BISCHOF, S. 108; es zeigt sich auch immer wieder, dass sich die nationalen Interessen oftmals nicht zwangsläufig mit denjenigen der EU-Kommission decken.

567 So z.B. die Subventionierung der einheimischen Grosswasserkraft im Bereich der Energieproduktion, welche nach der Konzeption des Elektrizitätsmarktes nach rein marktwirtschaftlichen Grundsätzen funktionieren sollte; zu dieser Thematik beim gescheiterten EMG vgl. etwa BISCHOF, S. 109.

lebensnotwendigen Bereichen auch andere Argumente Gewicht haben müssen als marktwirtschaftliche Grundsätze. Dieser Gedanke liegt schlussendlich auch dem Vorhaben der Europäischen Union zugrunde, welche ihre Importabhängigkeit von Nicht-EU-Staaten – nicht erst seit dem gegenwärtigen Konflikt mit Russland – verringern und somit den Markt möglichst auf den europäischen Binnenraum begrenzen will.[568] Mit dem zwischenzeitlichen Scheitern des Institutionellen Abkommens (InstA) zwischen der Schweiz und der EU[569] hatte der Aspekt der Versorgungssicherheit aus schweizerischer Perspektive eine neue Dimension erreicht.[570] In der Zwischenzeit konnten immerhin neue Verhandlungen für ein Rahmenabkommen mit der Europäischen Union gestartet werden, welches auch den Energiesektor umfasst.[571] Der Ausgang der Verhandlungen und damit auch der Inhalt eines allfälligen Stromabkommens sind im Zeitpunkt des Abschlusses dieser Arbeit aber noch ungewiss. Es darf zudem davon ausgegangen werden, dass das schweizerische Stimmvolk das letzte Wort dazu haben wird.

In Bezug auf die Schaffung eines gesamtschweizerischen Marktordnungserlasses für den Elektrizitätssektor – auf den sogleich noch im Detail eingegangen wird – fällt rückblickend zudem auf, dass nicht nur der Weg zum StromVG als Grundstein für die (Teil-)Liberalisierung der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft schwierig war, sondern dass der Pfad seither nicht weniger steinig geworden ist. Seit seinem Inkrafttreten war das StromVG bereits mannigfaltiger Überarbeitung ausgesetzt. Die Regulierungsdichte des seinerzeit als Rahmengesetz konzipierten Erlasses hat dadurch bedeutend zugenommen. Zudem wurden die Bestimmungen des StromVG durch weitere Rechtsvorschriften und Erlasse ergänzt, die sich unmittelbar auf den Elektrizitätsmarkt auswirken. Mit Blick auf die legislatorischen Entwicklungen in der Europäischen Union[572] als Wegbereiter des hiesigen Strommarktes und auf die bereits abgeschlossenen und noch geplanten Revisionen des schweizerischen Energierechts ist selbiges auch hierzulande

568 Vgl. dazu § 4 IV. 3. a) iii. b.

569 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. Mai 2021.

570 Etwa durch Retorsionsmassnahmen der Europäischen Union, welche auf den Ausschluss der nationalen Netzgesellschaft (Swissgrid AG) aus bestehenden bzw. die Verhinderung der Teilnahme an zukünftigen europäischen Gremien und Plattformen im Bereich des Übertragungsnetzbetriebs abzielen, vgl. dazu etwa die Klage der Swissgrid AG vom 8. September 2023 in der Rechtssache T-556/23 (ABl C/2023/227 vom 23.10.2023).

571 Vgl. etwa die Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. Juni 2024.

572 Vgl. dazu § 4 IV. 3. a).

zu erwarten.[573] Es ist somit davon auszugehen, dass der Ausbau der schweizerischen Strommarktregulierung auch in Zukunft weiter andauern wird. Jüngstes Beispiel ist das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (sog. Mantelerlass) vom 29. September 2023[574], mit welchem eine umfassende Revision des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes vollzogen wurde. Der Mantelerlass wurde – nach der Ergreifung des Referendums und einem heftig geführten Abstimmungskampf – vom Volk am 9. Juni 2024 mit 68,72 % Ja-Stimmen angenommen[575] und soll voraussichtlich am 1. Januar 2025 in Kraft treten.

5. Die neue Rolle des Staates in der Infrastrukturversorgung und deren Folgen

(i) Vom Polizei- zum Steuerungs- und Gewährleistungsstaat

Wie zuvor aufgezeigt, hat die Auffassung davon, welche Rolle der Staat im gesellschaftlichen Gefüge einnehmen soll, einen markanten Wandel durchgemacht.[576] Im Laufe der Zeit hat sich der Staat so vom Polizeistaat zum hauptsächlich auf Gefahrenabwehr bedachten liberalen Nachtwächterstaat und schliesslich zum sorgenden Sozial- bzw. Leistungsstaat entwickelt.[577] Die heute vorherrschende, vom Neoliberalismus geprägte Staatsauffassung verbindet wirtschaftlichen Liberalismus mit sozialstaatlichen Prinzipien. Das derzeit dominierende Bild ist somit das eines Steuerungs- und Gewährleistungsstaates. Der Staat nimmt darin vorwiegend eine ordnungspolitische Rolle ein, indem er die Geschicke der Gesellschaft mittels verschiedener Instrumente zu steuern versucht. Gleichzeitig unternimmt der Staat Anstrengungen, sich aus der aktiven (Erfüllungs-)Verantwortung weitestgehend zurückzuziehen und auf die Gewährleistungsrolle zu beschränken.[578] Als tragende Maximen des heutigen Staatsverständnisses werden deshalb auch oft

573 Vgl. dazu etwa den Hinweis von FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 42, betreffend die mittlerweile erreichte Regeldichte der im Rahmen des dritten Binnenmarktpakets der EU verabschiedeten Erlasse zur Strommarktregulierung.

574 BBl 2023 2301.

575 Vgl. die Übersicht auf der Website des Bundes mit dem vorläufigen amtlichen Endresultat.

576 Die Rolle des Staates ist vom jeweiligen Zeitgeist abhängig, vgl. VOGEL, S. 5.

577 WALTHER, S. 16 und 65 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 234 ff.; VOGEL, S. 3 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1792; KERN, Versorgungspflichten, S. 1 f., welcher auch von einem «Versorgungsstaat» spricht.

578 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 429 f.; WALTHER, S. 16 und 67 ff.; ferner TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 785.

die Wirtschaftsfreiheit und das Subsidiaritätsprinzip[579] hervorgehoben.[580] Je nach zugrundeliegendem Verständnis des Subsidiaritätsprinzips soll der Staat nur, aber immerhin noch diejenigen Aufgaben wahrnehmen, welche die Kraft der Einzelnen bzw. der Gesellschaft übersteigen,[581] bzw. sich nur dann wirtschaftlich betätigen, sofern dies durch ein überwiegendes öffentliches Interesse geboten ist.[582] In der Diskussion oftmals ausser Acht gelassen wird indes die Tatsache, dass Liberalisierung um ihrer selbst willen kein verfassungsrechtliches Prinzip darstellt.[583] Dem neuen Staatsverständnis ist dadurch eigen, dass die klassische Trennung zwischen Staat und Gesellschaft durch die Vermengung von Verantwortlichkeiten zu verschwimmen scheint.[584]

(ii) Folgen des Rollenwandels für die Infrastrukturversorgung und deren Bedeutung

Die Folgen dieses Rollenwandels äusserten sich in bereits erwähnten Deregulierungs-, Dezentralisierungs-, Privatisierungs- und Liberalisierungsmassnahmen.[585] Während sich die staatlichen Betätigungsfelder zu Beginn des 20. Jahrhunderts aufgrund sozialer Spannungen also vermehrten, sollen diese nun wieder zunehmend auf die «Kernaufgaben» reduziert werden.[586] Dies gilt in besonderem Masse für den Bereich der Infrastruktursektoren. Im Zuge dieses Rollenwandels wurden die ehemaligen Leistungsempfänger der staatlichen Infrastrukturdienstleister zunehmend zu «Kunden».[587]

Das eben aufgezeigte Bild des Steuerungs- und Gewährleistungsstaates, welcher sich im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit und des Subsidiaritätsprinzips zurückhält, täuscht jedoch. Eine konsequente Liberalisierung, Deregulierung oder Privatisierung (d.h. ein Aufgabenverzicht) erfolg(t)en höchst selten. Deregulierung unter gleichzeitiger Beibehaltung von Service-public-

579 Das Subsidiaritätsprinzip leitet sich im Übrigen nicht aus Art. 5a BV ab, wie in der Lehre zum Teil ausgeführt wird (so etwa bei RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 162), da Art. 5a BV nur das Verhältnis der verschiedenen Staatsebenen (Bund, Kantone, Gemeinden) zueinander regelt, vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 735 ff.

580 Vgl. insbesondere WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 39, 54 und 58 sowie § 8 Rz. 12, 14 und 20; ferner WELTERT, S. 386; WEBER, Monopol, S. 85; DAENIKER, S. 55; WIEGAND/WICHTERMANN, S. 3; zum Gehalt der Wirtschaftsfreiheit vgl. VOGEL, S. 107 ff.

581 WEBER, Monopol, S. 85.

582 DAENIKER, S. 55.

583 BGE 131 II 13, E. 9 S. 43.

584 Vgl. auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 429 f.

585 WALTHER, S. 68 f.; zu den einzelnen Massnahmen vgl. § 4 II.

586 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1194.

587 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1578.

Aufgaben führt nämlich oft zu einer umfangreichen Re-Regulierung und damit nicht zwingend zu einer Verwesentlichung der Rechtsnormen oder einem Weniger an staatlichen Vorschriften oder an Bürokratie.[588] Privatisierung (bzw. Dezentralisierung) bedeutet in der Rechtswirklichkeit meist nur formelle und nicht materielle Privatisierung (insbesondere nicht im Sinne eines eigentlichen Aufgabenverzichts): Der Staat überträgt eine von ihm (oft monopolistisch) wahrgenommene Aufgabe auf eine von ihm kontrollierte juristische Person des Privatrechts. Nicht selten kommen dem neu geschaffenen Unternehmen dadurch sogar noch erhebliche Wettbewerbsvorteile zu, die nicht immer vollständig durch entsprechende Regulierungsmassnahmen ausgeglichen werden können.[589] Liberalisierung wird dadurch nicht selten zum staatlich gesteuerten Wettbewerb unter Staatsbetrieben.[590] Aller Betonung der Einschränkungen staatlicher Wirtschaftstätigkeit zum Trotz bleibt deswegen der Staat – direkt oder indirekt – in weiten Bereichen der Infrastrukturversorgung als dominierende Kraft bestehen.[591]

Insbesondere aber – so viel sei bereits vorweggenommen – lässt der blosse Verweis auf das staatliche Rollenverständnis als Steuerungs- und Gewährleistungsstaat per se keine Rückschlüsse darüber zu, ob eine (staatliche) Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe darstellt, ob ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht untersteht oder ob ein Verwaltungsrechtsverhältnis vorliegt und wie dieses zu regeln ist.[592]

588 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 443; KERN, Versorgungspflichten, S. 369.

589 Vgl. HANDSCHIN/SIEGENTHALER, S. 407; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 443.

590 Vgl. zur Problematik auch UHLMANN FELIX/BEZZOLA N. DUMENG, in: ZSR, Band 140 (2021) I Heft 2, Der Staat als Wirtschaftsteilnehmer und Regulator (oder: Zwei Seelen wohnen, ach! In meiner Brust), S. 221-239.

591 HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1195 ff. m.w.H.

592 Zieht man als Beispiel die Elektrizitätswirtschaft heran, so präsentiert sich die Situation – etwas abstrahiert – wie folgt: Zahllose staatliche EVU wurden im Hinblick auf die kommende (Teil-)Marktliberalisierung (formell) privatisiert. Mit der (Teil-)Marktliberalisierung blieben die existierenden (natürlichen) Netzmonopole indes erhalten, da sich die Netzgebietszuteilung an den bestehenden Strukturen zu orientieren hatte. Neu wird jedoch die Grundversorgung gar von Bundesrechts wegen durch den ansässigen Netzbetreiber vorgenommen. Zudem hat die staatliche Regulierungsdichte seit Beginn der Marktliberalisierung kontinuierlich zugenommen. In der Konsequenz wird somit immer noch die Mehrheit aller Endverbraucher de facto – ob unmittelbar oder mittelbar – durch den Staat nach eigenen Regeln versorgt. Die Implementierung von wettbewerblichen Grundsätzen für die Versorgung der Endverbraucher durch das StromVG änderte nach der hier vertretenen Meinung somit zwar vieles, aber weit weniger als wohl ursprünglich gedacht; darauf wird später aber noch gesondert einzugehen sein.

C. Grundlagen der Elektrizitätsversorgung

§5 Technische Aspekte der Elektrizitätswirtschaft

I. Zur technischen Seite der Elektrizitätsversorgung im Allgemeinen

Im Jahr 2023 machte die Elektrizität rund 26,3 % des schweizerischen Gesamtenergieendverbrauchs aus, wobei die Tendenz seit dem Jahr 2000 laufend zugenommen hat.[593] Für den gewöhnlichen (Haushalts-)Endverbraucher spielen die technischen Eigenheiten der Elektrizitätsversorgung kaum je eine Rolle. Er setzt voraus, dass Elektrizität jederzeit «vorhanden» ist. Wichtig ist für den Endverbraucher somit nur, dass er bei der Betätigung des Lichtschalters oder bei der Verwendung von elektronischen Gerätschaften die dafür erforderliche Elektrizität aus dem Stromnetz abrufen kann.[594] Der durchschnittliche Endverbraucher verhält sich dementsprechend getreu dem Motto «Strom kommt aus der Steckdose». In Wahrheit handelt es sich bei der Elektrizitätsversorgung jedoch um eine hochkomplexe Angelegenheit, deren Funktionsweise primär durch die physikalischen Eigenschaften des zu liefernden Gutes determiniert wird. Auf diese Eigenschaften und deren Auswirkungen wird nachfolgend kurz eingegangen.[595]

II. Elektrizität als Sekundärenergieträger

Elektrizität stellt einen Sekundärenergieträger dar.[596] Als Energieträger werden natürliche Stoffe und Quellen bezeichnet, denen ein hoher Energiegehalt innewohnt.[597] Je nach Herkunft der Energie kann zwischen Primär- und den Sekundärenergieträgern unterschieden werden. Als Primärenergieträger

593 BFE, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2023, S. 22.

594 In diesem Sinne auch BISCHOF, S. 9.

595 Auf eine Unterscheidung der Begriffe Elektrizität, elektrischer Strom und elektrische Energie wird in dieser Arbeit – wie meist auch in der Gesetzgebung und juristischen Literatur – verzichtet. Zu den physikalischen Begrifflichkeiten allgemein vgl. WALTHER, S. 18 ff.; WELTERT, S. 54 ff.

596 Vgl. statt aller FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 11.

597 BFE, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2023, S. 7.

werden solche bezeichnet, welche in der Natur unverarbeitet vorkommen (z.B. Erdgas, Erdwärme, Holz, Kohle, Rohöl, Solarenergie, Uranerz, Wasserkraft, Wind). Als Sekundärenergieträger bezeichnet man hingegen diejenigen, welche erst durch die Weiterverarbeitung von Primärenergieträgern gewonnen werden (z.B. Benzin, Briketts, Elektrizität, Fernwärme, Koks, Heizöl).[598] Ob sich ein Energieträger in unverarbeiteter Form direkt nutzen lässt, ist nicht massgebend.[599]

III. Grundlegende Merkmale der Elektrizität

1. Beschränkte Speicherbarkeit von Elektrizität

Die physikalischen Eigenschaften der Elektrizität führen dazu, dass deren Speicherung technisch kaum in grossen Mengen möglich und vor allem auch wirtschaftlich nicht tragbar ist.[600] Energie muss deshalb in der Form von Primärenergieträgern indirekt gespeichert und bei anfallendem Bedarf in Elektrizität umgewandelt werden.[601] Neben der physikalischen Funktionsweise von Elektrizitätsnetzen richtet sich die Erzeugung elektrischer Energie auch aus diesem Grund zeitlich und mengenmässig nach deren Abruf durch die Verbraucher.[602] Dabei geschieht die Erzeugung von Energie in der Schweiz vorwiegend zentral in Grosskraftwerken.[603] Diese Tatsache ist auch heute noch weitestgehend Realität. In den letzten Jahren konnten im Bereich der dezentralen Erzeugung und Speicherung zwar beachtliche technologische Fortschritte erzielt werden, die (insbesondere auch dank der politischen Förderung[604]) zu einem beständig wachsenden Anteil an dezentral erzeugter Elektrizität beigetragen haben. Es ist zu erwarten, dass die dezentrale Elektrizitätserzeugung und -speicherung mittelfristig stark zunehmen wird, wodurch sich auch die Anforderungen an das Elektrizitätsnetz ändern werden.[605] Deren Einfluss auf die Versorgungsstruktur ist allerdings – zumindest im jetzigen Zeitpunkt – immer noch überschaubar, wenngleich

598 KERN, S. 7; WALTHER, S. 20; WELTERT, S. 57; BISCHOF, S. 9; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 1, mit dem Hinweis, dass Sekundärenergieträger aber auch aus anderen Sekundärenergieträgern gewonnen werden können.

599 KERN, S. 7.

600 KERN, S. 8; BISCHOF, S. 9; WALTHER, S. 24; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 4; BAUMANN, Haftung, S. 7.

601 WALTHER, S. 24 mit Beispielen.

602 KERN, S. 8.

603 WALTHER, S. 30.

604 Weiterführend dazu etwa WALTHER, S. 31.

605 Bundesrat, Botschaft Stromnetze, S. 3881 ff.

nicht mehr marginal. Elektrizität wird heute somit aber immer noch vorwiegend zentral in grossen Produktionsstätten (namentlich in Grosswasserkraft- und Kernkraftwerken) produziert.[606] Der zentralen Erzeugung von Elektrizität steht grundsätzlich eine grosse Anzahl dezentraler Verbraucher gegenüber.[607] Aus der mangelnden Speicherungsfähigkeit und der überwiegend zentralen Produktion von Elektrizität ergeben sich die weiteren Eigenschaften der Elektrizitätsversorgung.[608]

2. Leitungsgebundenheit

Aufgrund der schlechten Speicherbarkeit lässt sich der Transport von den zentralen Erzeugern zu den dezentralen Verbrauchern nur über Leitungen sinnvoll bewerkstelligen.[609] Für die Beförderung von Elektrizität vom Ort der Produktion zum Ort des Verbrauchs ist somit eine Leitung erforderlich. Dieses Faktum wird als Leitungsgebundenheit bezeichnet.[610] Durch das Zusammenwirken der einzelnen Leitungen und Nebenanlagen entsteht ein Elektrizitätsnetz. Erst das Elektrizitätsnetz ermöglicht die effektive Verteilung der zentral erzeugten elektrischen Energie an die einzelnen Verbraucher.[611] Die Elektrizitätswirtschaft stellt somit ein klassisches Beispiel eines Netzinfrastruktursektors dar.[612]

3. Fehlende Spezifizierbarkeit

Die ins Elektrizitätsnetz eingespeiste Elektrizität verhält sich rein nach den physikalischen Regeln. So wählt sie den Weg des geringsten Widerstandes[613] und bewegt sich beinahe mit Lichtgeschwindigkeit fort.[614] Elektrizität lässt sich daher im Netz[615] gegenständlich weder nach dem Herkunftsort spezifi-

606 Vgl. Medienmitteilung des BFE vom 31. August 2021; die dezentrale Erzeugung und Einspeisung von Elektrizität ist aber heute grundsätzlich im ganzen Netz möglich, vgl. etwa KERN, S. 9; vgl. aber auch MÜLLER, Liberalisierung, S. 8 f. betreffend die Auswirkungen von erneuerbaren Energien auf die Energiepreise und die Produktion.

607 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 6.

608 Zu den Schwierigkeiten der dezentralen Energieerzeugung im Allgemeinen vgl. auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 210.

609 Zum Leitungsbegriff vgl. WELTERT, S. 67 f.

610 WELTERT, S. 56; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 6; WALTHER, S. 21.

611 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 6 f.; WALTHER, S. 21.

612 WALTHER, S. 26.

613 KERN, S. 9; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 9; BISCHOF, S. 10; WALTHER, S. 23.

614 KERN, S. 8; BISCHOF, S. 9.

615 Im Gegensatz dazu stehen die Direktleitungen.

zieren noch gezielt an einen bestimmten Verbraucher leiten.[616] Infolgedessen stellt Elektrizität ein homogenes Gut dar,[617] welches lediglich quantitativ bestimmbar ist.[618] Bei den Stromlieferverträgen zwischen Lieferanten bzw. Produzenten und Abnehmern handelt es sich deshalb prinzipiell um ein rein gedankliches Konstrukt: Der Lieferant bzw. Erzeuger speist nur eine bestimmte Menge an elektrischer Energie in das Netz ein, aus welchem der Abnehmer das entsprechende Äquivalent an Elektrizität bezieht.[619] Dasselbe gilt dementsprechend auch für die Stromzertifikate, welche die Herkunft der Elektrizität belegen sollen (sog. Herkunftsnachweise).[620]

4. Weitere physikalische Eigenheiten der Elektrizität und deren Auswirkungen

Aus physikalischen Gegebenheiten ist es zudem unbedingt erforderlich, dass sich die ins Elektrizitätsnetz eingespiesene und die aus dem Netz bezogene Menge an elektrischer Energie jederzeit die Waage halten. Ebenso darf sich die Spannung und Frequenz lediglich innerhalb von engen Toleranzen bewegen.[621] Ist dies nicht der Fall, kann das Elektrizitätsnetz zusammenbrechen und das Netz selbst sowie daran angeschlossene Gerätschaften können Schaden nehmen.[622] In Kombination mit der fehlenden Speicherungsmöglichkeit führt dies dazu, dass sich die Dimensionierung der Produktionsanlagen an der potenziellen Gesamtnachfrage orientiert (sog. Lastspitze oder Leistungsspitze).[623] Dies gilt auch für das Elektrizitätsnetz, ohne welches der Transport vom Ort der Produktion an den Ort des Verbrauchs nicht möglich wäre. Da die Dimensionierung nach der Lastspitze allerdings teuer ist, wird mittels Last- bzw. Engpassmanagement versucht, die Lastspitze zu «brechen».[624]

Die Gewährleistung des sicheren Netzbetriebes erfordert somit ein komplexes technisches Steuerungssystem.[625] Der mengenmässige Ausgleich der Elektrizität im Netz erfolgt über die sog. Regelenergie, welche für diesen Fall

616 KERN, S. 9; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 9; BISCHOF, S. 10; WALTHER, S. 23.

617 WALTHER, S. 23.

618 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 10; WALTHER, S. 23.

619 In diesem Sinne etwa auch FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 12 und 14.

620 Vgl. Art. 9 EnG.

621 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 8; KERN, S. 8.

622 WELTERT, S. 54; WALTHER, S. 22 f.

623 WALTHER, S. 24; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 5; BISCHOF, S. 10.

624 Vgl. dazu auch WALTHER, S. 22 f.

625 Vgl. WELTERT, S. 54 ff.

als (positive oder negative) Reserve vorgehalten wird.[626] Regelenergie entstammt für gewöhnlich den Speicherkraftwerken von Stauseen und ist relativ teuer.[627] Demgegenüber steht die sog. Bandenergie, welche grundsätzlich stetig durch die Kernkraftwerke und Fliesswasserkraftwerke produziert wird und den Grundbedarf deckt.[628] Im Gegensatz zur Regelenergie ist die Bandenergie vergleichsweise günstig.[629]

Mit dem Transport von Elektrizität gehen Netzverluste einher, welche mit wachsender Distanz zunehmen.[630] Da die Netzverluste bei hoher Spannung geringer sind, erfolgt der Transport je nach Distanz auf unterschiedlichen Spannungsebenen.[631] Die Elektrizitätsnetze lassen sich so in sieben Netzebenen unterteilen. Die Netzebenen 1, 3, 5 und 7 dienen dem Transport der Elektrizität; es handelt sich dabei um die Leitungen (sog. Leitungsebenen). Die Netzebenen 2, 4 und 6 dienen der Transformierung der Elektrizität auf die nächsthöhere oder -tiefere Spannungs- bzw. Leitungsebene (sog. Transformationsebenen).[632] Weiter lassen sich die Netzebenen in das Übertragungsnetz und in die Verteilnetze unterteilen. Die Netzebene 1 bildet das Übertragungsnetz bzw. die Höchstspannungsebene. Sie wird mit einer Spannung von 380/220 kV betrieben und dient der Übertragung über weite Distanzen im Inland und dem Verbund mit dem Ausland.[633] Die Netzebenen 2 bis 7 gehören zum Verteilnetz.[634] Dabei dient die Netzebene 3 (> 36 bis < 220 kV) der überregionalen, die Netzebene 5 (1 bis 36 kV) der regionalen und die Netzebene 7 (< 1 kV) der lokalen Verteilung von Elektrizität.[635] Die Verteilnetze bezwecken die Belieferung von Endverbrauchern und von Elektrizitäts-

626 WALTHER, S. 22; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 19.

627 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 8; KERN, S. 8 f.

628 KERN, S. 8.

629 KERN, S. 8; gewisse konventionelle Kraftwerke verfügen aus technischen Gründen nicht über die notwendige Flexibilität, um die Produktion von elektrischer Energie kurzfristig zu steigern oder zu drosseln, weshalb sich diese nicht als Regelenergie eignet. Der stabile Betrieb des Kraftwerkes kann zudem eine bestimmte Mindestproduktion erfordern und das Herunter- und Herauffahren der Produktion kann mit erheblichen Kosten verbunden sein. Dies führte in der Vergangenheit dazu, dass der Strompreis bei einem Überangebot an verfügbarer Elektrizität zeitweise ins Negative fiel. Die Produzenten bezahlten somit für die ins Netz eingespiesene Elektrizität ein Entgelt, da dies wirtschaftlich günstiger war, als die Produktion zu drosseln, vgl. ElCom, Analyse der negativen Preise für die Schweiz, Frankreich und Deutschland zwischen 1. Januar 2015 und 31. Dezember 2020 vom Januar 2021, S. 4.

630 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 6; WALTHER, S. 21.

631 WALTHER, S. 22; KERN, S. 10.

632 Vgl. VSE, MMEE – 2018, S. 19.

633 Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG; VSE, MMEE – 2018, S. 19; WALTHER, S. 22.

634 Art. 4 Abs. 1 lit. i StromVG; VSE, MMEE – 2018, S. 19.

635 VSE, MMEE – 2018, S. 19.

versorgungsunternehmen.[636] Der Anschluss von Endverbrauchern an das Übertragungsnetz ist aber unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls möglich.[637]

§6 Rechtliche Grundlagen der Stromversorgung

I. Einleitung

In diesem Paragrafen soll eine Übersicht zu den wichtigsten bundesrechtlichen Grundlagen der Elektrizitätsversorgung erfolgen, die für die Thematik der vorliegenden Arbeit von Bedeutung sind. Es wird dabei aber nicht der Anspruch erhoben, sämtliche Rechtsgrundlagen wiederzugeben, welche unter Umständen einen Einfluss auf die Rechtsbeziehungen in der Elektrizitätswirtschaft haben können.[638] Das Augenmerk liegt daher auf dem StromVG und insbesondere auf dessen Konzeption als spezifischem Marktordnungserlass. Bevor auf das StromVG eingegangen wird, ist aber noch in aller Kürze auf die Situation vor Erlass des StromVG und die verfassungsrechtlichen Aspekte hinzuweisen.

II. Exkurs: Rechtliche Grundlagen der Elektrizitätsversorgung vor dem Inkrafttreten des StromVG

Den historisch gewachsenen Strukturen war es geschuldet, dass – vor der Einführung einer gesamtschweizerischen Marktordnung – die Gesetzgebung zur Elektrizitätsversorgung ausschliesslich auf kantonalem und kommunalem Recht basierte.[639] Somit bestanden insgesamt 26 eigenständige kantonale Rechtsordnungen für die Elektrizitätsversorgung, die wiederum regelmässig durch kommunale Erlasse ergänzt wurden. Trotz einiger Gemeinsamkeiten dieser kantonalen Rechtsordnungen waren die legislatorischen Rahmenbedingungen für die Elektrizitätswirtschaft äusserst heterogen.[640]

636 Art. 4 Abs. 1 lit. i StromVG.

637 Vgl. VSE, MMEE – 2018, S. 20.

638 Für eine umfassende Übersicht zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der Elektrizitätswirtschaft vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 1 ff.; PETRIK-HALTINER, S. 9 ff.

639 Vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 5 und 8 sowie § 5 *passim*; gewisse Bereiche ausserhalb der Versorgungstätigkeit, wie etwa die sicherheitstechnischen Aspekte für Stark- und Schwachstromanlagen im EleG oder umwelt- und raumpolitische Anliegen, wurden indes bereits vorher auf Bundesebene festgelegt.

640 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 21; BISCHOF, S. 23 f.; Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, S. 3 f.

Diese Ausgangslage wurde zwar seit Beginn des letzten Jahrhunderts beanstandet. Trotz anhaltender Kritik an der rechtlichen Ausgestaltung der Elektrizitätswirtschaft und den in diesem Zusammenhang geäusserten Bedenken, diesen Wirtschaftszweig, an dem ein immenses öffentliches Interesse bestehe, der «Gewinnsucht» Privater und dem Einfluss ausländischer Kräfte zu überlassen, wurde aber während längster Zeit auf die Schaffung eines Bundesmonopols verzichtet. Die Bundesversammlung war nämlich mehrheitlich der Ansicht, dass diesen Bedenken auch auf andere Weise begegnet werden könne und somit einer föderalistischen Handhabung sowie der privatwirtschaftlichen Beteiligung an der Elektrizitätsversorgung nichts entgegenstehen würde.[641] Infolgedessen überliess man es weiterhin den Kantonen und, je nach kantonaler Ausgestaltung, den Gemeinden, Bestimmungen im Bereich der Elektrizitätsversorgung zu erlassen.[642]

Die anhaltende Veränderung der Realien führte gegen Ende des 20. Jahrhunderts schliesslich dazu, dass das Fehlen eines einheitlichen Rechtsrahmens infolge der föderalistischen Ausgestaltung der Elektrizitätswirtschaft wieder vermehrt – sowohl in der Politik, seitens der Branche als auch im juristischen Schrifttum – kritisiert wurde.[643]

III. Verfassungsrechtliche Aspekte der Elektrizitätsversorgung

Die bundesverfassungsrechtlichen Normen im Energiebereich finden sich in den Art. 89–91 der schweizerischen Bundesverfassung (BV).[644] Die Kompetenznorm für die Legiferierung im Bereich des Energietransports und somit zum Erlass der schweizerischen Strommarktordnung liegt in Art. 91 Abs. 1 BV. Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung begründet Art. 91 Abs. 1 BV eine umfassende, nachträglich derogatorische Bundeskompetenz hinsichtlich des Transports und der Lieferung elektrischer Energie.[645] Umfassend ist die Kompetenz, da sie dem Bund erlaubt, Rechtssetzung in den Bereichen des Transports, der Verteilung, der Lieferung sowie der dazugehörigen Anlagen zu betreiben. Ebenso ermächtigt sie den Bund, Regelungen betreffend die Tarifierung, die Grundversorgung und die Versorgungs-

641 RUCK, S. 29 f.

642 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 5 und § 8 Rz. 2; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 52.

643 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 11 ff.

644 JAGMETTI, Rz. 1316 ff.; PETRIK-HALTINER, S. 13.

645 Vgl. etwa SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.13; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 54 f.; KERN, BSK BV, Art. 91 N 4; PETRIK-HALTINER, S. 14; Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1678; MÜLLER, Liberalisierung, S. 5; STRAUB, S. 13; BGE 138 I 454, E. 3.6.1 S. 461.

sicherheit aufzustellen.[646] Die Bundesverfassung statuiert aber weder eine Pflicht zum Erlass einer Elektrizitätsmarktordnung noch macht sie dazu weitere inhaltliche Vorgaben.[647] Ebenso wenig besteht ein verfassungsrechtlicher Auftrag, der die Elektrizitätsversorgung als Aufgabe des Bundes oder der Kantone definieren würde.[648] Immerhin aber werden der Bund und die Kantone dazu angehalten, sich *«im Rahmen ihrer Zuständigkeiten […] für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung»* einzusetzen (Art. 89 Abs. 1 BV). Daneben statuieren aber teilweise auch die Kantonsverfassungen selbst Vorgaben oder Pflichten im Bereich der Stromversorgung an die Adresse der öffentlichen Hand, deren Tragweite heutzutage allerdings im Lichte der bundesrechtlichen Vorgaben zu verstehen und daher nicht immer ganz klar ist.[649]

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellte sich vor allem in der Vergangenheit immer wieder die Frage, in welchem Verhältnis die Begründung einer gesamtschweizerischen Strommarktordnung zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV und Art. 27 Abs. 1 BV) steht, welcher eine liberale, wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung vorsieht[650] und somit einen *«ordnungspolitischen Grundsatzentscheid zugunsten einer wettbewerbsorientierten Privatwirtschaft»* enthält.[651] Im gleichen Zuge wurde zudem oft die Frage aufgeworfen, inwiefern staatswirtschaftliche Tätigkeit oder staatliche Intervention im Allgemeinen mit dem aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten Subsidiaritätsgrundsatz vereinbar sei[652] und ob eine rechtliche Monopolisierung des Übertragungsnetzbetriebes zulässig ist.[653] Diese verfassungsrechtlichen Fragen grundsätzlicher Natur sind hier aber nicht weiter von Bedeutung.[654] Stattdessen soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit der Frage nachgegangen werden, ob die Elektrizitätsversorgung –

646 KERN, BSK BV, Art. 91 N 4.

647 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1678; PETRIK-HALTINER, S. 14; teilweise a.M. KERN, BSK BV, Art. 91 N 4, welcher von einer Gesetzgebungspflicht ausgeht.

648 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 36 ff. und § 8 Rz. 212 ff.; BVGE 2013/13, E. 5.4.4; ferner PETRIK-HALTINER, S. 14.

649 Vgl. dazu etwa MÜLLER, Verantwortung, S. 1105 f.

650 Vgl. etwa BISCHOF, S. 18 f.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 36 ff.; für die Situation vor Erlass des StromVG und noch unter Geltung der alten BV vgl. auch WELTERT, S. 183 ff.

651 Vgl. etwa PETRIK-HALTINER, S. 14; ebenso BVGE 2013/13, E. 5.4.4.

652 Vgl. etwa WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 38 ff.; ferner auch JAGMETTI, Rz. 1318 und 1323; DAENIKER, S. 55.

653 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 54 f.; KERN, BSK BV, Art. 91 N 5, je m.w.H.

654 In diesem Zusammenhang interessant sind aber die allgemeinen Ausführungen zum Wirtschaftsverfassungsrecht von LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 454 ff.

auch ohne einen verfassungsrechtlichen Auftrag – eine öffentliche Aufgabe darstellt oder eine Tätigkeit der Privat- respektive der Energiewirtschaft[655] ist und welche Rechtsfolgen im einen oder andern Fall damit einhergehen.

IV. Das Stromversorgungsgesetz (StromVG) im Speziellen

1. Allgemeines

Das Stromversorgungsgesetz (StromVG) sowie die dazugehörige Stromversorgungsverordnung (StromVV) stellen die zentralen Marktordnungserlasse für den schweizerischen Elektrizitätsmarkt dar. Sie regeln die Rahmenbedingungen, welche im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung gelten.[656] Da das StromVG als Rahmengesetz ausgestaltet wurde,[657] regelt es die Modalitäten des Strommarktes aber lediglich in den Grundzügen und bedient sich als Steuerungsinstrument insbesondere der regulierten Selbstregulierung.[658] Im Zentrum des StromVG steht die Regulierung des natürlichen Monopols des Elektrizitätsnetzes und somit auch des Netzbetriebs bzw. des Netzbetreibers.[659] Die übrigen Bereiche der Elektrizitätsversorgung sollen hingegen – zumindest dem Grundsatz nach – dem Markt bzw. der Elektrizitätswirtschaft überlassen, d.h. dereguliert werden. Die Konzeption des StromVG entspricht damit der von Deregulierungsbefürwortern aufgestellten Forderungen nach einem Minimum staatlicher Intervention bzw. der Verwendung sanfterer Steuerungsinstrumente. Trotz dieser Ausgangslage bildet das StromVG die wichtigste rechtliche Grundlage und die Determinante für die Rechtsverhältnisse zwischen den Akteuren im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung.

2. Aufbau des StromVG

Das StromVG lässt sich, ausgehend von der in Art. 1 Abs. 1 StromVG verankerten Zielsetzung der sicheren Elektrizitätsversorgung und der wettbewerbsorientierten Elektrizitätswirtschaft, in vier Hauptteile gliedern: Der erste Teil (1. Kapitel des StromVG) enthält allgemeine Bestimmungen, insbesondere wird hier aber der Grundsatz der Kooperation und Subsidiarität verankert, welcher der Konzeption des StromVG als Rahmengesetz mit regulierter

655 Art. 5 Abs. 1 EnG; vgl. auch Bundesrat, Botschaft Stromnetze, S. 3875 und 3883; BFE, Zuständigkeiten, S. 15.

656 SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.11.

657 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1628.

658 WALTHER, S. 134.

659 Vgl. Art. 2 Abs. 1 StromVG.

Selbstregulierung zugrunde liegt.[660] Der zweite Teil (2. Kapitel des StromVG) widmet sich der Versorgungssicherheit und der dritte Teil (3. Kapitel des StromVG) regelt die Netznutzung. Beide Teile greifen somit die in Art. 1 Abs. 1 StromVG festgehaltenen Zielsetzungen auf und enthalten verbindliche Vorgaben, die die Umsetzung dieser Ziele, d.h. der sicheren Elektrizitätsversorgung und der wettbewerbsorientierten Elektrizitätswirtschaft, gewährleisten sollen. Dazu dienen insbesondere Bestimmungen zum Umgang mit dem natürlichen Monopol des Elektrizitätsnetzes und dem daraus folgenden Marktversagen.[661] Das Elektrizitätsnetz steht infolgedessen im Zentrum der regulatorischen Vorgaben des StromVG[662] und erfährt die umfassendste Regulierung. Der zweite und dritte Teil des StromVG bilden den «materiellen Kern» des Gesetzes. Der vierte Teil betrifft schliesslich die Um- bzw. Durchsetzung der gesetzgeberischen Vorgaben für die Marktordnung und enthält Bestimmungen über die Elektrizitätskommission als sektorspezifische Regulierungsbehörde (4. Kapitel des StromVG), Pilotprojekte (4a. Kapitel des StromVG), die Ermächtigungen des Bundesrates zum Abschluss von internationalen Vereinbarungen im Anwendungsbereich des StromVG (5. Kapitel des StromVG), Auskunftspflichten der Marktteilnehmer (6. Kapitel des StromVG), Strafbestimmungen (7. Kapitel des StromVG) sowie die Schlussbestimmungen (8. Kapitel des StromVG), welche den Vollzug durch den Bundesrat und die Kantone regeln und Übergangsbestimmungen enthalten.

3. Zweck und Geltungsbereich des StromVG

a) Zweckbestimmung des StromVG

Gemäss Art. 1 Abs. 1 StromVG bezweckt das Gesetz, die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen. Weiter sollen durch das StromVG auch die Rahmenbedingungen für eine zuverlässige und nachhaltige Versorgung mit Elektrizität in allen Landesteilen sowie die Erhaltung und Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft festgelegt werden (Art. 1 Abs. 2 StromVG).

Die Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 StromVG ist rein programmatischer Natur und weist keinen normativen Gehalt auf.[663] Gleichwohl kommt der Zweckbestimmung im Zusammenhang mit der Auslegung des StromVG

660 WALTHER, S. 134.

661 Ausführlich dazu WALTHER, S. 27 ff.; zu den weiteren Gründen, welche in der Elektrizitätsversorgung zu Marktversagen führen, vgl. DIES., S. 36 ff.

662 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 17; WALTHER, S. 134; FÖHSE, Strommarktordnung, S. 128.

663 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1642.

eine gewisse Bedeutung zu. Die beiden Ziele des StromVG, die Versorgungssicherheit und der wettbewerbsorientierte Elektrizitätsmarkt, stellen gleichrangige Handlungsmaximen dar. Bei der Auslegung des Gesetzestextes sind sie deshalb im gleichen Masse zu beachten.[664] Durch die in Art. 1 Abs. 2 StromVG angesprochene Festlegung von Rahmenbedingungen für eine zuverlässige und nachhaltige Versorgung mit Energie in allen Landesteilen soll ausserdem der Service-public-Funktion der Elektrizitätsversorgung Rechnung getragen werden. Mit dem Erhalt und der Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Elektrizitätswirtschaft wird schliesslich auch das Verhältnis der Schweiz zum europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt angesprochen.[665] Durch die Verfolgung sich widersprechender Ziele birgt das StromVG aber zwangsläufig das Potenzial für gewisse Zielkonflikte.[666]

b) Geltungsbereich des StromVG

Vom *sachlichen Geltungsbereich* des StromVG werden alle Elektrizitätsnetze erfasst, welche mit 50 Hz Wechselstrom betrieben werden (Art. 2 Abs. 1 StromVG). Darunter fallen sowohl das Übertragungs- wie auch das Verteilnetz.[667] Der Bundesrat hat von seiner Möglichkeit, den Geltungsbereich des StromVG ganz oder teilweise auf andere Elektrizitätsnetze auszuweiten,[668] in der StromVV in zweifacher Hinsicht Gebrauch gemacht: Erstens hat er den Geltungsbereich auf das Übertragungsnetz der Schweizerischen Eisenbahnen[669] ausgedehnt, sofern dieses dem Zweck dient, die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung zu schaffen.[670] Zweitens unterstehen auch grenzüberschreitende Leitungen des Übertragungsnetzes sowie die erforderlichen Nebenanlagen, welche mit Gleichstrom betrieben werden, dem Geltungsbereich des StromVG.[671] Nicht als Elektrizitätsnetze im Sinne des StromVG gelten nach der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 lit. a StromVG *«Elektrizitätsleitungen mit kleiner räumlicher Ausdehnung zur Feinverteilung,*

664 WALTHER, S. 131 m.w.H.

665 WALTHER, S. 131 f.; ferner POLTIER, Rz. 746.

666 Weitere Zielkonflikte können sich zudem aus dem Umstand ergeben, dass das Stromversorgungsrecht durch weitere Erlasse normiert wird, vgl. PETRIK-HALTINER, S. 367 f. m.w.H.; WALTHER, S. 131.

667 WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 2 StromVG, Rz. 8.

668 Vgl. Art. 2 Abs. 2 StromVG.

669 Das Bahnstromnetz wird mit 16,7 Hz Wechselstrom betrieben, weshalb es nicht bereits von Art. 2 Abs. 1 StromVG erfasst wird. Es weist auch sonst Besonderheiten im Vergleich zum Elektrizitätsnetz für die Landesversorgung auf, vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1642 f.

670 Art. 1 Abs. 2 StromVV.

671 Art. 1 Abs. 4 StromVV.

wie auf Industriearealen oder innerhalb von Gebäuden» (teilweise auch «Arealnetze» genannt[672]). Diese Elektrizitätsnetze mit kleiner räumlicher Ausdehnung zur Feinverteilung unterstehen somit nicht dem Geltungsbereich des StromVG.[673] Ungeachtet dessen fallen aber die Endverbraucher, welche via Arealnetz mit dem Übertragungs- oder dem Verteilnetz verbunden sind und ihre Elektrizität auf diese Weise beziehen, unter den stromversorgungsrechtlichen Geltungsbereich.[674]

Das StromVG greift mit dem Fokus auf die Elektrizitätsnetze ein rein technisches Anknüpfungskriterium für die Festlegung des sachlichen Geltungsbereichs auf. Da die Elektrizitätsnetze sowohl für die Gewährleistung einer sicheren Elektrizitätsversorgung als auch bei der Schaffung eines wettbewerbsorientierten Strommarktes zentral sind, wird damit auch der Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 StromVG entsprochen.[675] Mit der Anknüpfung an das Elektrizitätsnetz wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Versorgung mit elektrischer Energie zwangsläufig leitungsgebunden und damit über die ein natürliches Monopol bildenden Elektrizitätsnetze erfolgt.[676] Als Marktordnungserlass für den Elektrizitätsmarkt stellt das StromVG somit die Regulierung des natürlichen Netzmonopols nach dem Vorbild der europäischen Energiebinnenmarktliberalisierung in den Vordergrund. Das Elektrizitätsnetz und der Netzbetrieb stehen folglich im Zentrum der Regulierung des StromVG.

Keine explizite Regelung enthält das StromVG indes zum persönlichen und räumlichen Geltungsbereich: Die vom *persönlichen Geltungsbereich* des StromVG erfassten Rechtsunterworfenen werden stattdessen in den einzel-

672 In der Elektrizitätsbranche werden die Elektrizitätsleitungen mit kleiner räumlicher Ausdehnung zur Feinverteilung oft als sog. «Arealnetze» bezeichnet. Der Begriff «Arealnetz» gemäss der Branchendefinition (vgl. Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Arealnetze, Handhabung von «Elektrizitätsleitungen mit kleiner räumlicher Ausdehnung zur Feinverteilung» von elektrischer Energie, Ausgabe 2018 VSE, AN – CH 2018, S. 8 f.) stimmt indes nicht mit der Legaldefinition überein und ist deshalb abzulehnen; vgl. zum Ganzen auch Verfügung der ElCom 922-10-006 vom 15. November 2012, Rz. 32 ff.

673 Ausführlich dazu OLIVER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 4 Abs. 1 lit. a & Abs. 2 StromVG, Rz. 8 ff.

674 OLIVER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 4 Abs. 1 lit. a & Abs. 2 StromVG, Rz. 11; WYSS, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 2 StromVG, Rz. 11; nicht als Endverbraucher im Sinne des StromVG gelten hingegen Endverbraucher, die über eine rein arealnetzinterne Stromversorgung verfügen, bei welcher das Verteilnetz auch nicht mittelbar in Anspruch genommen wird, vgl. BGE 141 II 141, E. 4.4 S. 152 f. und E. 5.1 S. 154 f.

675 WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 2 StromVG, Rz. 3.

676 Dies gilt – trotz der Zunahme der dezentralen Erzeugung elektrischer Energie – auch heute immer noch grösstenteils.

nen Bestimmungen aufgeführt.[677] Implizit werden mit der sachlichen Anknüpfung an das Elektrizitätsnetz indes auch alle anderen Akteure erfasst, welche auf die eine oder andere Art am Betrieb des Netzes beteiligt sind – sei es als Endverbraucher, Erzeuger, Eigentümer oder Dritte, die i.S.v. Art. 13 Abs. 1 StromVG Netzzugang beanspruchen.[678] Der *räumliche Geltungsbereich* ist im StromVG ebenfalls nicht ausdrücklich normiert. Indem Art. 5 Abs. 2 StromVG die Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet praktisch sämtliche Endverbraucher sowie alle Elektrizitätserzeuger an ihr Elektrizitätsnetz anzuschliessen,[679] und Art. 5 Abs. 3 StromVG die Kantone dazu ermächtigt, die auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreiber zu verpflichten, auch Endverbraucher ausserhalb des eigenen Netzgebiets anzuschliessen, wird der räumliche Geltungsbereich des StromVG denn auch über das reine Elektrizitätsnetz hinaus ausgedehnt. Der Begriff des Netzgebiets ist indes nicht legaldefiniert. Die Botschaft äussert sich zum Begriff des Netzgebiets zwar wie folgt: *«Als Netzgebiet gilt grundsätzlich die räumliche Ausdehnung des Netzes eines Netzbetreibers über ein Gebiet, in welchem Endverbraucher an dieses Netz angeschlossen sind.»*[680] Freilich ist diese Definition bereits aus dem Grund unvollständig, da sie die angeschlossenen Elektrizitätserzeuger ausser Acht lässt. JÄGER/SCHEIDEGGER vertreten die Auffassung, dass auch Gebiete vom Netzgebiets-Begriff des StromVG erfasst werden müssten, in welchen die erforderliche Netzinfrastruktur zwar bereits erstellt sei, die aber mangels eines aktuellen Bedarfs noch keine Anschlüsse aufweisen, sowie Gebiete, die noch unerschlossen seien. Indes könne für Gebiete, bei welchen voraussichtlich keine Versorgung notwendig sei, von einer Netzgebietszuteilung abgesehen werden.[681] Dieser Aussage ist insofern zuzustimmen, als das Ziel der Netzgebietszuteilung durch die Kantone darin bestand, keine verwaisten Netzgebiete entstehen zu lassen.[682] Würde man das Netzgebiet anhand der räumlichen Ausdehnung des (bestehenden) Netzes definieren, an welchem noch dazu bereits Endverbraucher (und Erzeuger) angeschlossen sind, würde das Netzgebiet auf dem Status quo «eingefroren».[683] Dies entspricht aber gerade nicht der gesetzgeberischen Intention einer grundsätzlich umfassenden

677 Vgl. auch WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 2 StromVG, Rz. 4.

678 Vgl. WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 2 StromVG, Rz. 5.

679 Mit Ausnahme der nicht ganzjährig bewohnten Liegenschaften und Siedlungen ausserhalb der Bauzone (Art. 5 Abs. 2 StromVG *e contrario*).

680 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644.

681 JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 6; a.M. RECHSTEINER/WALDNER, S. 1292 f.

682 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644.

683 So aber RECHSTEINER/WALDNER, S. 1292 f.

Netzgebietsabdeckung.[684] Ausgehend von der Absicht einer umfassenden Netzgebietsabdeckung für das gesamte schweizerische Staatsgebiet richtet sich der Geltungsbereich des StromVG somit grundsätzlich nach dem Territorialitätsprinzip. Das StromVG gilt entsprechend auf dem gesamten Gebiet der Schweiz.[685]

Zusammenfassend wird also vom Geltungsbereich des StromVG generell die gesamte leitungsgebundene Versorgung mit elektrischer Energie in der Schweiz mit allen Akteuren, die das Netz beanspruchen, erfasst. Der Geltungsbereich des StromVG deckt sich folglich auch mit dem gesetzgeberischen Willen zur Schaffung eines Marktordnungserlasses für den gesamten schweizerischen Elektrizitätsmarkt.

4. Grundkonzeption des StromVG: Rahmengesetz und (regulierte) Selbstregulierung

Das StromVG ist als Rahmengesetz ausgestaltet. Grundsätzlich sollen demnach lediglich diejenigen Punkte eine hoheitliche Regelung durch den Gesetzgeber erfahren, welche für die Erreichung der gesetzgeberischen Ziele unmittelbar notwendig erscheinen und welche die Elektrizitätswirtschaft nicht selbstständig im Gesamtinteresse verfolgt.[686] Die übrigen Punkte sollen hingegen durch die Elektrizitätswirtschaft selbst reguliert werden (sog. regulierte Selbstregulierung).[687] Ziele dieses Ansatzes sind die Erarbeitung praxisorientierter Lösungen[688] sowie die Nutzung vorhandenen Wissens und von bereits bestehenden Strukturen, Vereinbarungen und Prozessen.[689] Auf Gesetzesebene wird diese Konzeption in Bezug auf den Gesetzesvollzug und den Erlass von Ausführungsvorschriften anhand der in Art. 3 StromVG festgelegten Grundsätze der Kooperation und Subsidiarität konkretisiert.[690]

684 Vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644.

685 WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 2 StromVG, Rz. 7, mit dem Hinweis, dass die Regelzone Schweiz nicht mit der schweizerischen Landesgrenze identisch ist; vgl. dazu auch die Verfügung der ElCom vom 30. Oktober 2008 (ohne Verfahrensnummer publiziert), Ziff. 6 ff.

686 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1617 und 1629; WALTHER, S. 133 ff.

687 Ausführlich zu den Steuerungsinstrumenten WALTHER, S. 131 ff.; zu den Schwierigkeiten der regulierten Selbstregulierung vgl. ERRASS, S. 316 ff.

688 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1617.

689 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1629; WALTHER, S. 178 und 181 f., kommt indes zum Schluss, dass aufgrund gleichwohl anhaltender, weil kaum behebbarer, staatlicher Wissensdefizite die Wirksamkeit gewisser im Stromversorgungsrecht vorgesehener Steuerungsinstrumente begrenzt bleibt.

690 Dieselbe Konzeption wies bereits das vom Volk abgelehnte EMG auf, vgl. RECHSTEINER, S. 70.

a) Grundsätze der Kooperation und der Subsidiarität

(i) Kooperation

Art. 3 Abs. 1 StromVG hält den Grundsatz der Kooperation fest. Nach diesem Grundsatz sollen beim Gesetzesvollzug Bund und Kantone mit den betroffenen Organisationen, vor allem denjenigen der Wirtschaft, zusammenarbeiten.[691] Mit den betroffenen Organisationen sind aber nicht nur solche der Elektrizitätswirtschaft gemeint, sondern auch andere, wie z.B. Konsumentenorganisationen.[692] Da sich die Zusammenarbeit gemäss dem Gesetzeswortlaut aber auf diejenigen Organisationen beschränkt, welche vom Gesetzesvollzug *betroffen* sind, bestimmt sich der jeweilige Kreis der Organisationen nach dem konkreten Sachverhalt, der vollzogen werden soll.[693] Massgebend ist die materielle Betroffenheit, womit zumeist ein Grossteil der Strombranche erfasst sein dürfte.[694] Der Terminus Organisationen macht zudem klar, dass nicht einzelne Unternehmen gemeint sind.[695]

Ob der gesetzlich verankerte Kooperationsgrundsatz inhaltlich weitergeht als die Anhörung der betroffenen Organisationen im Vernehmlassungsverfahren, darf allerdings bezweifelt werden. LEBER spricht sich hingegen für eine «*weite und gewichtige Kooperationspflicht von Bund und Kantonen*»[696] aus, welche keine thematische Begrenzung aufweise und somit sämtliche Aspekte im Vollzug der Elektrizitätsgesetzgebung abdecke.[697]

(ii) Subsidiarität

Der Grundsatz der Subsidiarität ist in Art. 3 Abs. 2 StromVG festgehalten: Danach haben Bund und Kantone vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften freiwillige Massnahmen der entsprechenden Organisationen zu prüfen und diese, soweit möglich und notwendig, vollständig oder teilweise ins Ausführungsrecht zu übernehmen.

Um in das Ausführungsrecht überführt werden zu können, muss eine Branchenlösung mit der übrigen Elektrizitätsgesetzgebung und deren Zielen

691 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643.

692 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643.

693 Vgl. auch LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 27 ff., welche zudem zutreffend konstatiert, dass es sich dabei i.d.R. um Organisationen handelt, deren Mitglieder am Strommarkt teilnehmen.

694 LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 30.

695 LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 29.

696 LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 17.

697 LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 19.

schlechterdings vereinbar sein.[698] Unzulängliche, weil ungenügende oder wirkungslose Inhalte der Branchenlösungen sind auszusortieren.[699] Zur Frage, ob die Worte *«soweit möglich»* in Art. 3 Abs. 2 StromVG lediglich die Kompatibilität mit der Elektrizitätsgesetzgebung ansprechen oder ob eine möglichst umfassende Aufnahme der Branchenlösung in die Ausführungsvorschriften erfolgen soll, äussert sich die Botschaft nicht explizit. Meines Erachtens ist der Ausdruck im Zusammenhang mit dem ebenfalls in Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz StromVG enthaltenen Kriterium der Notwendigkeit zu lesen, so dass lediglich diejenigen Branchenlösungen in die Ausführungsvorschriften zu übernehmen sind, welche zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele unmittelbar erforderlich erscheinen und mit der Elektrizitätsgesetzgebung kompatibel sind.[700] Dies entspricht denn auch am ehesten dem Subsidiaritätsgedanken.

Unklar ist indes die Tragweite des Subsidiaritätsgrundsatzes. Folgt man allein dem Gesetzeswortlaut, so sind, sofern der Erlass von verbindlichem Ausführungsrecht überhaupt notwendig ist, primär bereits bestehende Branchenlösungen zu übernehmen, falls sie sich als geeignet erweisen. Die Botschaft zum StromVG führt hingegen aus, dass auch geprüft werden müsse, ob nicht weitere praxisnahe Lösungen existieren, die zur Zielerreichung *besser* geeignet sind.[701] Dass der Bundesgesetzgeber von seinem selbst statuierten Subsidiaritätsgrundsatz abweichen können muss, folgt bereits aus der Unveräusserlichkeit der Staatsgewalt. Das Ausführungsrecht wird aber vom Bundesverordnungsgeber und den Kantonen erlassen. Fraglich ist somit, inwiefern der Bundesverordnungsgeber und die Kantone an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden sind und ob sich aus dem Prinzip der Subsidiarität allenfalls ein justiziabler Anspruch herleiten lässt. Darauf wird nachfolgend noch gesondert einzugehen sein.

Besteht indes überhaupt kein Regelungsbedarf, da die im StromVG normierten Ziele durch die Branchenlösungen der Energiewirtschaft bereits genügend verfolgt werden, so sind nach dem Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich auch keine Ausführungsvorschriften zu erlassen.[702] Die Notwendigkeit zum Erlass von Ausführungsrecht besteht demnach nur, wenn die bestehenden, freiwilligen Branchenlösungen zur Erreichung der Ziele entweder nicht hinreichend oder nicht sachgerecht sind bzw. wenn die Selbstregu-

698 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643.

699 LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 69.

700 So wohl implizit auch Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643; gl.M. wohl LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 70.

701 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643.

702 LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 60.

lierungserlasse von der Elektrizitätswirtschaft nicht befolgt und die entsprechenden Punkte somit nicht im Gesamtinteresse wahrgenommen werden.[703]

Laut der Botschaft zum StromVG verlangt der Subsidiaritätsgrundsatz zudem, dass die Elektrizitätswirtschaft den erforderlichen Handlungsspielraum *behält*, den sie für die Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt.[704] Der Gesetzgeber ging beim Erlass des StromVG folglich davon aus, dass der Elektrizitätswirtschaft auch mit dem Erlass des StromVG grundsätzlich weiterhin ein Handlungsspielraum in der Aufgabenerfüllung zukommen solle – so wie dies bereits vor Erlass des StromVG der Fall gewesen ist. Prinzipiell soll also den privaten Massnahmen Vorrang vor staatlichen Massnahmen eingeräumt werden.[705]

b) Exkurs I: Rechtsnatur der Selbstregulierungserlasse

Die im Rahmen der Selbstregulierung erarbeiteten Branchendokumente lassen sich in *Branchenempfehlungen* und *Richtlinien* unterteilen.

Branchenempfehlungen stellen freiwillige Massnahmen im Rahmen des in Art. 3 Abs. 1 und 2 StromVG festgehaltenen Subsidiaritätsgrundsatzes dar. Es handelt sich dabei allerdings weder um Rechtsnormen noch um staatlich angeordnete Selbstregulierung.[706] Es mangelt ihnen somit an rechtlicher Verbindlichkeit, sofern sie nicht explizit Bestandteil eines Vertrages geworden sind.[707]

Richtlinien bilden demgegenüber Teil des Vollzugs, den der Bundesrat gemäss Art. 27 Abs. 4 StromVV in bestimmten Bereichen an die Netzbetreiber delegiert hat. Die Netzbetreiber sind deshalb verpflichtet, für bestimmte Bereiche der Stromversorgung Richtlinien zu erlassen und diese über eine einzige frei zugängliche Adresse im Internet zu veröffentlichen.[708] Nach allgemeiner Auffassung stellen diese Richtlinien – mangels einer entsprechenden Delegationsnorm zur Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen – aber ebenfalls keine Rechtsnormen dar, sondern gelten als blosse Selbstregulierungs-

703 Vgl. auch LEBER, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 67, wonach der Erlass von Ausführungsrecht gar die *ultima ratio* darstellt.

704 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1630.

705 EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 20; KERN, BSK BV, Art. 91 N 19, folgert aus dem in Art. 3 StromVG festgehaltenen Subsidiaritätsgrundsatz zudem, dass «*die Sicherstellung der Versorgung in erster Linie in der Verantwortlichkeit der Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, also namentlich der Netzbetreiber*», liege.

706 ElCom, Rechtsnatur, S. 4 f.; LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 Rz. 46 ff.

707 LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 Rz. 54; ElCom, Rechtsnatur, S. 4 f.

708 Der VSE nimmt diese Aufgabe im Namen der Netzbetreiber wahr und veröffentlicht die Richtlinien in der Form von Branchendokumenten bzw. als Teil derselben auf seiner Website, vgl. ElCom, Rechtsnatur, S. 1.

erlasse im Rahmen des Subsidiaritätsgrundsatzes.[709] Aus rechtsstaatlicher Sicht nicht unproblematisch ist vor diesem Hintergrund aber, dass diese Richtlinien nach Meinung der ElCom und des Bundesverwaltungsgerichts zu beachten sind, sofern sie sich als sachgerecht erweisen (dazu sogleich).[710] Auf die Richtlinien und ihre Bedeutung wird zudem später noch einmal zurückzukommen sein.[711]

c) Exkurs II: Justiziabilität des Subsidiaritätsgrundsatzes

(i) Allgemeines

Fraglich ist, ob der Subsidiaritätsgrundsatz gemäss Art. 3 Abs. 2 StromVG justiziabel ist, verstanden in dem Sinne, als die Nichtbeachtung von Branchendokumenten durch die rechtsanwendenden Behörden bzw. der Erlass von (abweichenden) Ausführungsvorschriften trotz vorliegenden Branchendokumenten[712] gerügt werden kann.

Kein justiziabler Anspruch kann zumindest der einzelne Endverbraucher aus Art. 3 Abs. 2 StromVG ableiten, da die Norm lediglich mittelbar auf dessen Rechtsstellung wirkt.[713] Ob daraus *e contrario* geschlossen werden kann, dass direkt betroffene Organisationen aus dem Subsidiaritätsprinzip für sich einen justiziablen Rechtsanspruch ableiten können, und ob dies auch für einzelne, betroffene Unternehmen der entsprechenden Organisationen gilt, ist – soweit ersichtlich – bis dato nicht geklärt.[714]

(ii) Beim Erlass abweichender Ausführungsvorschriften

Gemäss Botschaft enthält Art. 3 Abs. 2 StromVG den *«Grundsatz des Vorrangs privater Massnahmen vor staatlichen Massnahmen (Subsidiaritätsprinzip)»*.[715] Nach der hier vertretenen Ansicht bedeutet dies aber nur, dass Bund und Kantone vor dem Erlass eigener *Ausführungsvorschriften* die bestehenden, freiwilligen Massnahmen prüfen und diese, sofern sie sich als sachgerecht

709 ElCom, Rechtsnatur, S. 1 ff.; LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 Rz. 48; BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.2; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1249; WALTHER, S. 210; PETRIK-HALTINER, S. 31 f.

710 ElCom, Rechtsnatur, S. 5; BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.4; ferner WALTHER, S. 210; PETRIK-HALTINER, S. 33.

711 Vgl. dazu § 16 III. 3. e).

712 Nach Art. 27 Abs. 4 StromVV kann das BFE auch dann Ausführungsbestimmungen erlassen, wenn die von den Netzbetreibern erlassenen Richtlinien nicht sachgerecht sind.

713 BGer 2C_352/2019 vom 17. April 2019, E. 2.4.2.

714 Nach Ansicht des Autors kann auch den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts A-4797/2011 vom 28. Februar 2012, E. 9 sowie A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.4 nicht entnommen werden, dass das Subsidiaritätsprinzip (generell) justiziabel wäre; a.M. wohl LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 39.

715 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643.

und mit den gesetzlichen Vorgaben als vereinbar erweisen, übernehmen.[716] Gleichzeitig haben sie aber auch zu prüfen, ob die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele[717] durch andere praxisnahe Lösungen allenfalls besser realisiert werden können.[718] Es muss dabei aber dem Ermessen von Bund und Kantonen anheimgestellt bleiben, ob die bestehenden Branchenlösungen überhaupt zur Zielverwirklichung sowohl genügen als auch taugen und ob die Elektrizitätswirtschaft im Gesamtinteresse handelt. Gleich verhält es sich folglich auch bei der Frage, ob überhaupt eine Notwendigkeit zum Erlass von Ausführungsrecht bzw. zur Aufnahme von Branchenlösungen oder Teilen davon ins Ausführungsrecht besteht. Das Subsidiaritätsprinzip ist in erster Linie Mittel zum Zweck zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele und nicht Selbstzweck. Eine Bindung an die bestehenden freiwilligen Lösungen besteht entsprechend nicht. Möglich ist somit prinzipiell auch die Aufnahme anderer praxisnaher Lösungen in die Ausführungsbestimmungen.

Ob die angestrebten Ziele durch abweichende Lösungen wirkungsvoller verfolgt werden können, ist vorwiegend eine politische Frage. Dasselbe gilt für die Beurteilung, ob eine Thematik von der Elektrizitätsbranche bereits im Gesamtinteresse wahrgenommen wird oder zusätzlicher Regulierungsbedarf in der Form von (gegenüber den Branchendokumenten abweichenden) Ausführungsvorschriften durch die jeweiligen Behörden besteht.[719] Die überwiegend politische Natur dieser Beurteilung lässt nach der hier vertretenen Meinung grundsätzlich auf fehlende Justiziabilität schliessen.[720] Dies bedeutet freilich nicht, dass sich die Ausführungsvorschriften ihrerseits nicht ebenfalls an die gesetzlichen Vorgaben und den vorgegebenen Rahmen des StromVG halten müssten.[721] Immerhin dürfte auf politischer Ebene gefordert werden, dass von den Branchenlösungen abweichende Ausführungsvorschriften auch hinreichend begründet werden.

Zu weitgehend scheint hingegen die Ansicht von LEBER, welche aus Art. 3 Abs. 2 StromVG den Vorrang *«privater Massnahmen vor staatlichen Massnahmen für den Bereich der Rechtsetzungsaufgaben auf Gesetzesstufe»*[722]

716 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643; allgemein kritisch zur abwartenden Rolle des Staates bei der Selbstregulierung TSCHANNEN, Verfügung, S. 234.

717 Vgl. die Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 und 2 StromVG.

718 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1643.

719 Vgl. dazu LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 40 ff. m.w.H.

720 Vgl. auch WALDMANN, BSK BV, Art. 29a N 23; BGE 139 II 185, E. 9.3 S. 199, wonach *«es nicht Sache der Gerichte [ist], Energiepolitik zu betreiben oder die Rolle von Aufsichtsbehörden zu übernehmen»*.

721 Vgl. statt aller BGE 138 II 465, E. 7 und E. 8 S. 489 ff.

722 LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 38.

ableitet. Zwar mag das StromVG als Rahmengesetz nach diesem Grundsatz ausgestaltet sein. Nach seinem Wortlaut gilt Art. 3 Abs. 2 StromVG indes nur für Ausführungsvorschriften. Zu Recht: Alles andere liefe auf eine Entäusserung der Staatsgewalt hinaus.[723]

(iii) Bei der Nichtbeachtung von Branchendokumenten durch die rechtsanwendenden Behörden

Das in Art. 3 Abs. 2 StromVG festgehaltene Subsidiaritätsprinzip bezieht sich *expressis verbis* lediglich auf den Erlass von Ausführungsvorschriften. Fraglich ist, ob das Subsidiaritätsprinzip auch in der Rechtsanwendung bzw. Rechtsprechung Beachtung finden muss, d.h., ob die rechtsanwendenden Behörden bei der Beurteilung eines Sachverhaltes bestehende Branchenlösungen so weit als möglich (oder gar prinzipiell) zu beachten haben oder ob ihnen (analog den Gegebenheiten beim Erlass von Ausführungsbestimmungen) ein relativ weitgehendes Ermessen zukommt.[724] Die Frage ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung, weil die Branchenlösungen in diesen Fällen – anders als bei deren Übernahme in die Ausführungsbestimmungen – keiner vorgängigen Kontrolle durch demokratisch legitimierte Organe unterliegen.

Hinsichtlich der Festlegung der Tarife hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass diese im Ermessensbereich der Netzbetreiber liegen[725] und sich die Prüfungsbefugnis der ElCom[726] daher in Bezug auf die Tarifierung rein auf Gesetzesverstösse beschränkt. Eine Ermessensprüfung ist in diesem Fall somit ausgeschlossen.[727] Es stellt sich daher die Frage, ob die Branchendokumente nicht ebenfalls Ausfluss des Ermessens der Netzbetreiber darstellen und somit die Prüfungsbefugnis der ElCom auf reine Gesetzesverstösse begrenzt ist.[728]

723 Mit dem StromVG wurden denn auch nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Lehre keine Rechtssetzungsbefugnisse auf Private übertragen, vgl. ElCom, Rechtsnatur, S. 5; BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.4; WALTHER, S. 210.

724 Befürwortend wohl LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 44.

725 Gemäss Art. 6 Abs. 3 StromVG sowie Art. 18 Abs. 1 StromVV ist die Festlegung der Tarife Sache der Netzbetreiber.

726 Aufgrund des Prinzips der enger werdenden Kognition gilt dies auch für die Rechtsmittelinstanzen, namentlich das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht, vgl. BGer 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016, E. 4.5.2.

727 BGer 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016, E. 4.5.2; 2C_969/2013 vom 19. Juli 2014, E. 7.4; 2C_367/2012 vom 20. November 2012, E. 2.2 und 3.4.1; zum Ganzen auch WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 22 StromVG, Rz. 8.

728 Auch der Erlass der Richtlinien ist dem Gesetzeswortlaut nach Sache der Netzbetreiber (vgl. nur Art. 27 Abs. 4 StromVG).

Praxisgemäss überprüfen die ElCom und das Bundesverwaltungsgericht die Branchendokumente jedenfalls sowohl hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben (was an sich selbstverständlich ist) als auch in Bezug auf deren Sachgerechtigkeit, was eine Ermessensprüfung darstellt. Sowohl die ElCom als auch das Bundesverwaltungsgericht übernehmen bzw. beachten den Lösungsansatz der Branchenrichtlinien aber, sofern sich dieser als sachgerecht und gesetzeskonform erweist, und üben sich in einer gewissen Zurückhaltung, wenn es darum geht, von den Branchendokumenten abweichend zu entscheiden.[729] Es kann somit an dieser Stelle bereits festgehalten werden, dass der Subsidiaritätsgrundsatz auch in der Rechtsprechung gelebt wird. Fraglich ist aber noch, ob ein justiziabler Anspruch darauf besteht, dass sich die rechtsanwendenden Behörden an die Branchenlösungen halten, sofern sie sich als gesetzeskonform erweisen und inwiefern die Sachgerechtigkeit der Branchenlösungen einer Prüfung unterliegt.

Gemäss Art. 22 Abs. 1 StromVG überwacht die ElCom die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, welche für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die Botschaft spricht der ElCom diesbezüglich eine umfassende Kompetenz zu: Sie soll *«überall dort zuständig [sein], wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist»*.[730] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts beschränkt sich die Befugnis der ElCom wohl aber darauf, lediglich bei Gesetzesverstössen zu intervenieren, ohne sich jedoch in das Ermessen der Netzbetreiber einmischen zu dürfen.[731] Ob dies allgemein oder nur in Bezug auf die Festlegung der Tarife gilt, ist bis anhin ungeklärt. Indes gesteht das Bundesgericht der ElCom auch bei der Prüfung der Gesetzmässigkeit, namentlich bei der Prüfung der Angemessenheit der Tarife als Teil von deren Gesetzmässigkeit, u.U. einen gewissen

729 Vgl. etwa ElCom, Rechtsnatur, S. 5; vgl. aber auch die Verfügung der ElCom 922-10-006 vom 15. November 2012, Rz. 32 ff., wo sich die ElCom dem im StromVG nicht enthaltenen, aber in der Branche etablierten Begriff des Arealnetzes für Elektrizitätsleitungen mit kleiner räumlicher Ausdehnung zur Feinverteilung verweigerte; weiter BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.4; BVGer A-321/2017 vom 20. Februar 2019, E. 5.5; das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Entscheidungen der ElCom bei Fachfragen betreffend die Elektrizitätsversorgung sowie im Zusammenhang mit ökonomischen Aspekten trotz freier Kognition nur auf die Verletzung von Bundesrecht (sog. technisches Ermessen), vgl. BVGer A-4797/2011 vom 28. Februar 2012, E. 5; zur Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips zwischen Bund und Kantonen vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 729.

730 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1661.

731 BGer 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016, E. 4.5.2; BGer 2C_367/2012 vom 20. November 2012, E. 3.4.1.; vgl. dazu auch ROBERT-NICOUD, Approvisionnement de base, S. 13 f.

Beurteilungsspielraum im Sinne eines «technischen Ermessens» zu, welches von der Rechtsmittelinstanz zu achten ist.[732] Die entsprechenden Entscheide werden im Rechtsmittelverfahren somit bloss mit reduzierter Prüfungsdichte kontrolliert.[733] Die Gesetzmässigkeit des Handelns der ElCom ist hingegen durch die Rechtsmittelinstanz auch in diesem Fall frei zu prüfen.[734] Vom technischen Ermessen der ElCom wird zudem auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe erfasst,[735] welche aber als Rechtsfrage von der Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition überprüft werden kann.[736]

Dass der ElCom ein technisches Ermessen zugestanden wird, ist infolge ihrer besonderen Fachkenntnisse als branchenspezifische Regulierungsbehörde und der starken Technizität der Materie[737] nach der hier vertretenen Ansicht richtig.[738] Die Auslegung von Gesetzen beschränkt sich indes nicht auf unbestimmte Rechtsbegriffe. Der Gesetzeswortlaut bedarf in den allermeisten Fällen der Interpretation und der Auslegung.[739] Folgt man der Auffassung des Bundesgerichts und beschränkt die Prüfungsbefugnis der ElCom auf die Gesetzmässigkeit, stellt sich, bei von der Ansicht des Netzbetreibers abweichender Beurteilung eines Sachverhaltes durch die ElCom, somit regelmässig die Frage, ob es sich dabei noch um die Auslegung des Gesetzes bzw. die zulässige Prüfung der Gesetzmässigkeit handelt oder bereits um einen (unzulässigen) Eingriff in das Ermessen des Netzbetreibers. Dasselbe gilt auch, wenn Branchendokumente nicht beachtet bzw. Fragen abweichend davon beurteilt werden, da diese im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips durch die Netzbetreiber geschaffen[740] werden und somit Ausfluss ihres

732 Vgl. BGer 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016, E. 4.5.1 ff. betreffend die Angemessenheit der Tarife als Teil ihrer Gesetzmässigkeit.

733 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 419 f.; SCHOTT, BSK BGG, Art. 95 N 12 ff.

734 BGer 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016, E. 4.5.3.

735 WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 22 StromVG, Rz. 8; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 419 f.; ROBERT-NICOUD, Approvisionnement de base, S. 13 f.; kritisch HÄNER, S. 250.

736 SCHOTT, BSK BGG, Art. 95 N 36.

737 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 419.

738 Eher kritisch zur Praxis der beschränkten Überprüfung von Entscheiden bei zugestandenem technischen Ermessen HÄNER, S. 250.

739 FORSTMOSER PETER/OGOREK REGINA/SCHINDLER BENJAMIN, Juristisches Arbeiten, Eine Anleitung für Studierende, 7. Auflage, Zürich/Genf 2023, S. 12 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 175 ff.

740 Die Branchendokumente, bestehend aus Richtlinien gemäss Art. 27 Abs. 4 StromVV sowie freiwilligen Empfehlungen, werden vom VSE erlassen (vgl. LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 52 und 54), welcher zu 90 % aus Unternehmen besteht, die (auch) Netzbetreiber sind und durch seine Mitglieder über 90 % der schweizerischen Stromversorgung sicherstellt (vgl. dazu die Angaben auf der Website des VSE).

Ermessens darstellen. Überschreitet die ElCom ihrer Prüfungsbefugnis, indem sie in das Ermessen der Netzbetreiber eingreift, verstösst sie gegen das Subsidiaritätsprinzip und verletzt dadurch Bundesrecht.[741]

Das Ermessen der ElCom auf die reine Überprüfung der Gesetzmässigkeit einzuschränken, erscheint nach der hier vertretenen Ansicht jedoch heikel. Da das StromVG und die Ausführungsvorschriften die Rechtsverhältnisse nur unvollständig regeln, ist die Prüfung der Sachgerechtigkeit einer Branchenlösung durch die ElCom nicht nur erforderlich, sondern auch notwendig.[742] Würde eine Branchenlösung allein auf ihre Gesetzmässigkeit geprüft und ansonsten dem Ermessen der Netzbetreiber überlassen, blieben die Anliegen der Gegenseite (an das Netz angeschlossene Endverbraucher, Produzenten etc.) wohl weitestgehend unberücksichtigt.[743] Denn die Netzanschlussnehmer sind aufgrund der Leitungsgebundenheit auf den Netzbetreiber angewiesen – nicht umgekehrt.[744] Wer, wenn nicht die branchenspezifische Regulierungsbehörde, sollte denn das Ermessen der Netzbetreiber prüfen?

Die Befugnis der ElCom nur auf die Prüfung von Gesetzesverstössen zu beschränken, wäre aber auch aus einem weiteren Grund kritisch: Da das StromVG als Rahmengesetz ausgestaltet ist und somit nur die unmittelbar notwendigen Fragen regelt, die übrige Regelung aber der Elektrizitätsbranche überlässt, wird im Streitfall eine entsprechend kompetente Entscheidbehörde benötigt. Gemäss der Botschaft soll der ElCom denn auch eine umfassende Entscheid- und Verfügungskompetenz im Bereich des StromVG zukommen, sofern nicht explizit eine andere Behörde zuständig ist.[745] An diesem Punkt kommt es allerdings rasch zu Unsicherheiten, denn die entscheidkompetente Behörde zu finden, kann bereits zur Herausforderung werden.[746] Kommt die ElCom im Streitfall zum Schluss, eine Branchenlösung sei gesetzeswidrig oder sehe für einen Sachverhalt gar keine Lösung vor,

741 Die Abgrenzung zwischen dem Ermessen der Netzbetreiber und der Einhaltung des Gesetzes ist indes oft nicht einfach, vgl. dazu auch WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 22 StromVG, Rz. 8.

742 Vgl. etwa auch Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 115.

743 Zur Problematik der Mitwirkungsmöglichkeiten bei regulierter Selbstregulierung vgl. insbesondere ElCom, Rechtsnatur, S. 3; ferner ERRASS, S. 327.

744 Dies gilt auch bei der Eigenproduktion von elektrischer Energie, da der Produzent bzw. Prosumer in diesem Fall auch als Erzeuger i.S.v. Art. 5 Abs. 2 StromVG auf den Anschluss an das Verteilnetz angewiesen ist.

745 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1661; vgl. auch POLTIER, Rz. 770; unklar Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 115, wo bei Vertragsstreitigkeiten die Zuständigkeit bei den Gerichten gesehen wird.

746 Vgl. etwa FÖHSE, Grundversorgung, *passim*.

muss ihr – mangels anderweitiger heranziehbarer Regelungen – ein Ermessen zukommen, um eine andere sachgerechte Lösung zu finden.[747] Dasselbe gilt auch, wenn (entsprechend der hier vertretenen Ansicht) die Branchendokumente als nicht sachgerecht erachtet werden.[748] Weigert sich die ElCom[749] im Falle ihrer Anrufung unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip, einen Entscheid zu treffen, und überlässt die Regelung des Sachverhaltes stattdessen den Parteien (welche sich ja gerade deshalb in einem Verfahren bei der Aufsichtsbehörde befinden, weil sie sich nicht einigen konnten), läuft dies auf einen fehlenden Rechtsschutz hinaus.[750] Aufgrund des strukturellen Ungleichgewichts in der Rechtsbeziehung erscheint die einvernehmliche Regelung durch die Parteien grundsätzlich wenig erfolgversprechend.[751]

Immerhin wurde mit dem Mantelerlass[752] hier punktuell Abhilfe geschaffen, namentlich, wenn es um Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs im Sinne des neu geschaffenen Art. 20a StromVG[753] geht: Hier wird der ElCom nun eine ausdrückliche Entscheidungskompetenz zuerkannt, die auch die Befugnis zur Verfügung der dazu erforderlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien beinhaltet (Art. 22 Abs. 2 lit. e StromVG[754]). Nötig wäre eine solche Regelung nach der hier vertretenen Ansicht nicht gewesen, da sich diese Befugnis bereits aus der in Art. 22 Abs. 1 StromVG verankerten Generalkompetenz der ElCom zum Erlass der für den Gesetzesvollzug notwendigen Entscheide herleiten liesse. Mit der ausdrücklichen Regelung dieses Falles im StromVG stellt sich nun im Gegenteil die Frage, ob der ElCom in den übrigen Fällen, in denen sich die Parteien

747 Zum Ermessensbegriff SCHOTT, BSK BGG, Art. 95 N 31.

748 So wohl auch Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 115.

749 Oder im Falle ihrer Zuständigkeit die kantonalen Entscheidbehörden, für welche das Subsidiaritätsprinzip dem Wortlaut nach ebenfalls gilt.

750 Vgl. dazu auch Verfügung der ElCom 921-10-005 vom 11. November 2010, Rz. 166; gl.M. LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 37 und 75 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

751 Dass eine Einschränkung der Prüfungsbefugnis mit Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip gerechtfertigt wäre, überzeugt aus einem weiteren Grund nicht: Nach der Konzeption des StromVG als Rahmengesetz sollen nur diejenigen Punkte vom Gesetzgeber geregelt werden, die die Branche nicht im Gesamtinteresse wahrnimmt (Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1617). Dass bereits diese Beurteilung nur wenig trennscharf getroffen werden kann und mitunter von kurzer Dauer ist, zeigt bereits der Umstand, dass das StromVG seit seinem Erlass im Jahre 2007 bereits unzählige Male revidiert wurde und zum Teil sogar im selben Jahr mehrere (teils gar parallel laufende) Revisionen erfuhr; allgemein zur Problematik der zunehmenden Regulierungskadenz vgl. LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 428 f.

752 Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, BBl 2023 2301.

753 BBl 2023 2301.

754 BBl 2023 2301.

nicht auf einen Vertragsinhalt einigen können, die aber keinen Anwendungsfall von Art. 20a StromVG[755] darstellen, keine solche Kompetenz zukommen soll. Die Botschaft zum Mantelerlass schweigt sich darüber aus.[756] Unklar ist auch, wonach sich die ElCom beim Verfügen solcher Vereinbarungen zu richten hat. Eine heranziehbare Rechtsnorm dürfte wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes regelmässig fehlen. Orientiert sich die ElCom an den Branchenlösungen, kommt diesen eine noch stärkere Bedeutung zu. Dasselbe gilt umso mehr, falls davon ausgegangen wird, dass die ElCom Branchenlösungen nur hinsichtlich ihrer Gesetzmässigkeit prüfen könne und diese ansonsten prinzipiell zu beachten habe.

Nach der hier vertretenen Ansicht muss die ElCom (als grundsätzlich zuständige Behörde) dementsprechend nicht nur zum Erlass der für den Gesetzesvollzug erforderlichen Verfügungen und Entscheide sowohl befugt als auch verpflichtet sein, sondern auch mit dem dazu notwendigen Ermessen ausgestattet sein. Diese Auslegung kann nach Ansicht des Autors durchaus auch im Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 StromVG seine Stütze finden. Die Botschaft, wie auch die ElCom selbst und das Bundesverwaltungsgericht scheinen denn auch die Überprüfungsbefugnis entsprechend weiter zu verstehen als das Bundesgericht.[757] Wird davon ausgegangen, dass die ElCom auch zur Prüfung der Sachgerechtigkeit von Branchendokumenten befugt ist, muss ihr – analog zur Gesetzmässigkeitsprüfung – diesbezüglich ebenfalls ein (technisches) Ermessen zukommen, welches vom Bundesverwaltungsgericht bloss mit reduzierter Prüfungsdichte überprüft wird und als Ermessensfrage, sofern nicht gleichzeitig eine Rechtsverletzung[758] vorliegt, der bundesgerichtlichen Beurteilung überhaupt entzogen ist.[759] Hingegen stellt die Beurteilung, ob sich eine Branchenlösung innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegt, eine Rechtsfrage[760] dar, welche vom Bundesgericht grundsätzlich mit voller Kognition geprüft werden kann.[761]

755 BBl 2023 2301.

756 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 115.

757 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1661; BVGer A-4797/2011 vom 28. Februar 2012, E. 5; WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 22 StromVG, Rz. 8.

758 Im Sinne eines Ermessensmissbrauchs oder einer Ermessensüberschreitung bzw. -unterschreitung, vgl. statt aller SCHOTT, BSK BGG, N 34.

759 Vgl. SCHOTT, BSK BGG, Art. 95 N 12 und 33 f.

760 Zur Abgrenzung zwischen Ermessens- und Rechtsfrage vgl. BGer 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016, E. 4.5.2 f.

761 Wie vorstehend bereits erwähnt, wird der ElCom aber auch bei der Gesetzmässigkeitsprüfung ein technisches Ermessen zuerkannt.

(iv) Schlussfolgerung

Während der Erlass von Ausführungsvorschriften, welche den Subsidiaritätsgedanken missachten, nach der hier vertretenen Ansicht nicht justiziabel ist, hängt die Justiziabilität bei der Nichtbeachtung von Branchenlösungen durch die rechtsanwendenden Behörden massgeblich vom Verständnis der Prüfungsbefugnis der ElCom ab.

Wird die Befugnis der ElCom auf die Gesetzmässigkeitsprüfung beschränkt und verstösst ein Branchendokument nicht gegen die gesetzlichen Vorgaben, stellt die Nichtbeachtung von Branchenlösungen durch die ElCom folglich einen Eingriff in das Ermessen der Netzbetreiber und somit einen justiziablen Verstoss gegen das Subsidiaritätsprinzip dar. Indes: Bereits die Frage, ob sich eine Branchenlösung innerhalb der gesetzlichen Vorgaben bewegt, ist oft nicht eindeutig zu beantworten. Fraglich ist somit im Einzelfall, ob die ElCom eine zulässige Auslegung des Gesetzes vornimmt oder in das Ermessen der Netzbetreiber eingreift. Durch die Ausgestaltung des StromVG als Rahmengesetz mit unterschiedlichen Zielsetzungen[762] sowie die Regelungen unterschiedlichster Normstufen und Herkunft[763] wird diese Problematik zusätzlich akzentuiert. Verschärft wird dieses Problem sodann durch den Umstand, dass viele Fragen betreffend die Kompetenz zum Erlass von Regelungen und Normen im Bereich der Stromversorgung nicht geklärt sind.[764]

Wird der ElCom hingegen eine über die blosse Gesetzmässigkeitsprüfung hinausgehende Prüfungskompetenz zugestanden, welche auch die Prüfung der Sachgerechtigkeit von Branchenlösungen beinhaltet, kommt ihr – nach der hier vertretenen Ansicht – diesbezüglich ein technisches Ermessen zu, welches nur eingeschränkt überprüft werden kann. Fraglich ist in diesem Zusammenhang aber regelmässig, ob die ElCom (1.) überhaupt sachlich zuständig und somit entscheidkompetent ist und (2.) auf welcher Grundlage die ElCom einen Entscheid treffen soll, falls sich die Parteien nicht auf einen Vertragsinhalt einigen können, keine entsprechende gesetzliche Regelung besteht und die ElCom zum Schluss kommt, dass eine (prinzipiell) einschlägige Branchenlösung nicht sachgerecht ist.[765] Insbesondere in denjenigen Bereichen, in welchen die Rechtsverhältnisse als öffentlich-rechtlich zu

762 Vgl. die Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 und 2 StromVG; WALTHER, S. 131 f. und 189.

763 Vgl. WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 22 StromVG, Rz. 2.

764 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248 f.; vgl. dazu auch § 16 III. 3. e).

765 Vgl. dazu § 16 III. 3. c) (ii).

qualifizieren sind, erscheint diese Situation mit Blick auf das Legalitätsprinzip unbefriedigend.[766]

Allgemein lässt sich sagen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz des StromVG in seinem Umfang und seiner Ausgestaltung nur schwer zu (be)greifen ist.[767] Wenig hilfreich mag es vor diesem Hintergrund auch erscheinen, dass im Rahmen der Vernehmlassung zum StromVG die Regulierungsdichte auf Gesetzesstufe gegenüber dem ursprünglichen Vernehmlassungsentwurf nochmals verringert wurde. Dies zu Lasten einer entsprechenden Regelung auf der Verordnungsstufe in der Form von Ausführungsbestimmungen (Art. 30 Abs. 2 und 3 StromVG).[768] Ob der Subsidiaritätsgrundsatz im StromVG letztendlich mehr darstellt als eine (blosse) rechtspolitische Leitlinie, ist schwerlich zu beantworten. Möglicherweise handelt es sich dabei auch schlicht um den (teilweise gescheiterten[769]) Versuch einer möglichst liberalisierungsfreundlichen (De-)Regulierung.

Diese Ausgangslage führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten bei allen Beteiligten.[770] Die Elektrizitätsbranche weiss oft erst im Falle eines (rechtskräftigen bzw. höchstrichterlichen) Entscheides, ob bzw. in welchem Umfang ihre – als Folge der gesetzgeberisch vorgesehenen Selbstregulierungslösung – ausgearbeiteten Branchendokumente im Einzelfall als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar (bzw. als sachgerecht) beurteilt werden und somit Anwendung finden.[771] Die Netzanschlussnehmer hingegen sind auf die leitungsgebundene Infrastruktur angewiesen und dürften mehrheitlich nicht (bzw. noch weniger als der Netzbetreiber selbst) in der Lage sein abzuschätzen, ob sich der Netzbetreiber rechtskonform verhält. Aber auch für die entscheidenden Behörden dürfte es regelmässig schwierig sein festzustellen, ob ihnen im Einzelfall überhaupt eine Überprüfungsbefugnis zukommt und, falls ja, in welchem Umfang.[772]

766 Vgl. dazu §§ 12 und 14.

767 In diesem Sinne auch LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 44.

768 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1630.

769 Vgl. dazu §§ 16 und 17.

770 Ähnlich auch MÜLLER, Liberalisierung, S. 3.

771 Für Beispiele zur Kasuistik vgl. LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 75 ff.; ähnlich auch MÜLLER, Liberalisierung, S. 39.

772 Zur Zuständigkeit bei Forderungsstreitigkeiten vgl. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1242 f.; zur allgemeinen Problematik der Zuständigkeiten vgl. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1250; zum Umfang der Überprüfungsbefugnis vgl. WYSS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 22 StromVG, Rz. 8 m.w.H.; vgl. zum Ganzen auch § 16 III. 3. c) (ii).

d) Problematik der Konzeption als Rahmengesetz und des Selbstregulierungsansatzes

Mit dem grundsätzlichen Bekenntnis zum Subsidiaritätsgrundsatz beim Erlass des StromVG folgte der Gesetzgeber der Tendenz, bei der Regelung von komplexen Materien der flexibleren (gesteuerten) Selbstregulierung gegenüber der eher schwerfälligen Rechtssetzung den Vorzug zu geben. Diese Form der Selbstregulierung findet sich so z.B. auch in allgemeiner Weise im Umweltschutzgesetz (Art. 41a USG).[773] Die so generierten Vorteile werden aber durch gewisse Nachteile erkauft. Es kann konstatiert werden, dass der Subsidiaritätsgrundsatz des StromVG in seinem Umfang und seiner Ausgestaltung kaum fassbar ist und damit erhebliche (Rechts-)Unsicherheit mit sich bringt.[774] Zwar mag die Ausgestaltung des StromVG als Rahmengesetz mit regulierter Selbstregulierung vor dem historischen Hintergrund der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft und der föderalistisch geprägten Denkweise nachvollziehbar (und wohl auch richtig) sein – im Ergebnis und in der Praxis vermag sie indes nicht immer zu befriedigen. Davon zeugt etwa die bisherige Entwicklung der Stromversorgungsgesetzgebung, deren Regelungsdichte und -tiefe seit der Einführung der schweizerischen Elektrizitätsmarktordnung stetig zugenommen haben.[775] Aus rechtsstaatlich-demokratischer Sicht sind sodann die oft mangelhafte Publizität und Mitwirkungsmöglichkeiten bei Selbstregulierungsnormen hervorzuheben.[776]

Das dem StromVG zugrunde liegende Verständnis als Rahmengesetz und der regulierten Selbstregulierung leidet aber noch an einem anderen, grösseren Problem: Es beruht auf der Annahme, wonach die Elektrizitätswirtschaft in der Ausgestaltung ihrer Rechtsverhältnisse lediglich durch die hoheitlich-imperative (Strommarkt-)Gesetzgebung von Bund und Kantonen bzw. Gemeinden[777] beschränkt wird[778] und ansonsten privatautonom han-

773 Diese Selbstregulierungsnormen sind grundsätzlich privatrechtlicher Natur. Sie stellen mithin keine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Private dar, LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 449 f.

774 Ebenso LEBER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 3 StromVG, Rz. 44.

775 Wobei zumindest nicht immer offensichtlich ist, inwiefern die neu ins Ausführungsrecht aufgenommenen Vorschriften im Verhältnis zum Subsidiaritätsprinzip und den Delegationsgrundsätzen stehen; vgl. auch MÜLLER, Liberalisierung, S. 9, welcher von einer *«Rückkehr zur «Steuerung» der Stromwirtschaft»* spricht.

776 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 449 f.

777 Inklusive allfälliger Ausführungsvorschriften.

778 Die Strommarktgesetzgebung stellt zwar den Rahmen der zwingenden Bestimmungen dar, welchen die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft zu beachten haben. Da nach dem Subsidiaritätsgrundsatz aber nur diejenigen Punkte hoheitlich geregelt werden sollen, die nicht bereits im Sinne der stromversorgungsrechtlichen Zielbestimmungen wahrgenommen werden, liesse sich *e contrario* daraus schliessen, dass

deln kann.[779] Folgt man indes der Auffassung, wonach die Rechtsverhältnisse bei der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung in weiten Teilen als öffentlich-rechtlicher Natur qualifizieren,[780] kann diese Prämisse nicht weiter uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Während bei privatrechtlichen Rechtsverhältnissen der Grundsatz der Parteiautonomie vorherrscht und die regulierte Selbstregulierung ihren Platz haben kann, steht im öffentlichen Recht das Legalitätsprinzip im Vordergrund.[781] Selbstregulierung erweist sich in den Gefilden des öffentlichen Rechts und bei der Anwendbarkeit des Legalitätsprinzips indes höchst ungeeignet, da ihr gerade kein Rechtssatzcharakter zukommt.[782] Hinzu kommen weitere, das öffentliche Recht beherrschende Grundsätze[783] sowie – je nach Qualifikation des Rechtsverhältnisses – unterschiedliche Rechtsfolgen und Handlungsformen, die nicht der Privatautonomie zugänglich sind.[784] Wie sich diese Gegebenheiten in der Praxis auswirken, wird später aber noch eingehend zu behandeln sein.[785] Vorab kann aber bereits festgehalten werden, dass sich aus dem Spannungsfeld zwischen historischer Struktur und dem vom Gesetzgeber gewählten Ansatz rechtliche Schwierigkeiten ergeben.[786] Sehr pointiert äussert sich etwa FÖHSE zu diesem Dilemma, welcher gar konstatiert, dass mit dem StromVG *«in weiten Teilen an der [juristischen] Dogmatik vorbeilegiferiert»* worden sei.[787] Abschliessend kann festgehalten werden, dass die rechtlichen Aspekte der Stromversorgung aber seit jeher so manches juristische Kopfzerbrechen zu bereiten vermochten.[788] Die Konzeption des StromVG hat nun allerdings kaum dazu beigetragen, dieses zu lindern.

das, was nicht geregelt ist, mit den Zielen der Elektrizitätsgesetzgebung grundsätzlich übereinstimmt, ansonsten es ja eine Regelung erfahren hätte. Mit anderen Worten: Was in der Elektrizitätsgesetzgebung nicht geregelt ist, ist (zumindest potenziell) zielkonform und demnach (im Rahmen des übrigen zwingenden Rechts) erlaubt.

779 Z.B. bei der Ausgestaltung von Selbstregulierungsnormen. Infolge des faktischen Monopols des Netzbetreibers und der fehlenden Mitsprachemöglichkeit der Endverbraucher bei der Ausgestaltung von Branchenvorschriften erscheint dieses Vorgehen allerdings aus Sicht der Partei, welche auf den Netzanschluss angewiesen ist, wenig erfreulich.

780 Vgl. dazu § 12.

781 WELTERT, S. 429 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218.

782 Zur darüber hinaus bestehenden Problematik der (fehlenden) demokratischen Legitimation regulierter Selbstregulierung vgl. MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 532.

783 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 53, 240.

784 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218.

785 Vgl. dazu insb. § 16.

786 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1235 f., 1241, 1245, 1250.

787 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1245.

788 So etwa FÖHSE, Strommarktordnung, S. 132.

5. Versorgungssicherheit und Grundversorgung

a) Allgemeines

Das zweite Kapitel des StromVG mit dem Titel «Versorgungssicherheit» widmet sich der in Art. 1 Abs. 1 StromVG verankerten Zielsetzung der sicheren Elektrizitätsversorgung und somit der Gewährleistung des Service public.[789] Den Service public definiert die Botschaft zum StromVG über die Aspekte der Grundversorgung sowie die Versorgungssicherheit, welche sich auch in der Gliederung des StromVG wiederfinden.[790] Während der erste Abschnitt betreffend die Grundversorgung insbesondere die Zuteilung der Netzgebiete, die Anschlussgarantie sowie die Lieferpflicht für feste Endverbraucher zu angemessenen Tarifen zum Inhalt hat, regelt der zweite Abschnitt betreffend die Sicherstellung der Versorgung vorwiegend technische Fragen und weist den Netzbetreibern verschiedene Aufgaben im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb zu.[791] Der dritte Abschnitt, welcher erst nachträglich eingefügt wurde, enthält Bestimmungen zur Netzentwicklung und -planung; er ist ebenfalls vorwiegend technischer Natur. Im Kontext der vorliegenden Arbeit sind insbesondere der erste Abschnitt, welcher die Gewährleistung der Grundversorgung zum Inhalt hat, sowie der zweite Abschnitt, welcher die Versorgungssicherheit betrifft, von Interesse.

b) Versorgungssicherheit im StromVG

Nach dem Verständnis des Gesetzgebers bildet die Versorgungssicherheit einen Teil des Service public und beschränkt sich in ihrer Gesamtheit nicht bloss auf die rein technischen Aspekte. Sie setzt weiter voraus, dass *«jederzeit die gewünschte Menge an Energie mit der erforderlichen Qualität im gesamten Stromnetz zu angemessenen Preisen erhältlich ist»*.[792] Neben den technischen Voraussetzungen, welche dem Begriff der Versorgungssicherheit immanent sind, weist der Gesetzgeber diesem somit auch eine pekuniäre Komponente zu. Er lehnt sich dabei an die bundesrätliche Definition des Service public an, welche darunter eine *«politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und Infrastrukturdienstleistungen […] alle[r] Bevölkerungsschichten und Regionen […] nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu ange-*

789 Botschaft StromVG, S. 1679.

790 Botschaft StromVG, S. 1618; vgl. zum Begriff der Grundversorgung auch Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4578 f. sowie spezifisch für die Elektrizitätsversorgung S. 4597; ferner PETRIK-HALTINER, S. 45 f.

791 Vgl. auch WALTHER, S. 132.

792 Botschaft StromVG, S. 1618.

messenen Preisen» versteht[793] und nimmt damit auf das allgemeine Interesse an einem funktionierenden, flächendeckenden und erschwinglichen Service public Rücksicht, welcher auch im (teil)liberalisierten Marktumfeld eine zentrale Bedeutung einnimmt.[794]

c) Grundversorgung im StromVG

Wie soeben erwähnt, beinhaltet die Grundversorgung mit Elektrizität eine flächendeckende Versorgung aller Endverbraucher zu angemessenen Preisen.[795] Konkret bedeutet dies das Bestehen eines Anschlussrechts, sichere und effiziente Netze, in quantitativer und qualitativer Hinsicht genügende Lieferungen zu kostenorientierten Tarifen sowie die Preissolidarität bei Durchleitungs- und Anschlusspreisen.[796] Diese Aspekte finden ihren entsprechenden Niederschlag auch in der regulatorischen Ausgestaltung des StromVG, namentlich im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Netznutzung. Die Grundversorgung umfasst also deutlich mehr als die blosse Versorgung der festen Endverbraucher oder der Endverbraucher, welche auf den Netzzugang verzichten, mit Elektrizität gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 StromVG.

6. Netznutzung

Das dritte Kapitel des StromVG enthält Bestimmungen zur Netznutzung und stellt den am umfangreichsten regulierten Teil des StromVG dar. Durch den Anspruch auf Netzzugang soll ein wettbewerbsorientierter Elektrizitätsmarkt geschaffen werden, der sukzessive allen Marktteilnehmern geöffnet wird.[797] Auch nach der vollständigen Elektrizitätsmarktöffnung soll aber für kleinere Endverbraucher ein sog. Wahlmodell mit abgesicherter Stromversorgung (WAS-Modell) bestehen bleiben.[798]

Inhaltlich beschäftigt sich das dritte Kapitel mit der Entflechtung des Netzbetriebes, der Jahres- und Kostenrechnung für die Netze, Pflichten betreffend Informationen und Rechnungsstellung und vor allem dem diskriminierungsfreien Netzzugang und den Modalitäten des dafür zu leistenden

793 Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4570 und 4576.

794 WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 3 Rz. 1 ff. m.w.H.; Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4597.

795 Vgl. auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 15; Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4597.

796 Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4597.

797 WALTHER, S. 133.

798 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 16; ausführlich dazu auch BFE, Grund- und Ersatzversorgung, S. 9 f.; Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 78 f.

Netznutzungsentgeltes. Ebenfalls im dritten Kapitel finden sich die nachträglich eingefügten Bestimmungen zum Messwesen und der Steuerung des Netzbetriebes. Schliesslich widmet sich der letzte Abschnitt des dritten Kapitels noch dem schweizerischen Übertragungsnetz und der nationalen Netzgesellschaft.[799]

7. Verhältnis zum kantonalen Recht

a) Grundsätzliche Übersicht

Die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Elektrizitätssektor stellte bereits vor dem Inkrafttreten des StromVG Gegenstand von Diskussionen dar,[800] lud aber auch nach dessen Inkrafttreten weiter zu entsprechenden Überlegungen ein.[801]

Die Botschaft zum StromVG hält zum Verhältnis des StromVG zum kantonalen Recht fest, dass dem Bund eine mit den kantonalen Kompetenzen konkurrierende, nachträglich derogatorische Zuständigkeit zukomme. Wo der Bund keine Regelungen treffe, blieben die kantonalen Kompetenzen bestehen. Dies gelte insbesondere auch für die Kompetenz, Regeln für den Transport und die Lieferung elektrischer Energie aufzustellen, die nicht bereits durch das StromVG festgelegt seien.[802] Im Allgemeinen scheint die Botschaft dann aber etwas weit zu gehen, wenn sie u.a. abschliessend konstatiert, dass das StromVG keine Bestimmungen enthalte, welche die Autonomie der Kantone und Gemeinden *«in irgendeiner Form»* beschneiden würden.[803] Im Zusammenhang mit dem Vollzug des StromVG durch die Kantone führt die Botschaft weiter aus, dass die Kantone ihre Vollzugsaufgaben ent-

799 Die entsprechenden Einzelheiten wurden bereits von anderen Autoren nachvollzogen, vgl. zum Ganzen etwa WALTHER, S. 135 ff.; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, §§ 4 und 5; vgl. ferner auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 17; PETRIK-HALTINER, S. 43 ff.

800 Zur altrechtlichen Situation vgl. insbesondere WELTERT, S. 183 ff. und 204 ff.; vgl. ferner auch PETRIK-HALTINER, S. 21.

801 Vgl. statt aller POLTIER, Rz. 740 und 768 f.

802 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1678; in diesem Sinne mit Verweis auf die Botschaft auch WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 6 Rz. 24; PETRIK-HALTINER, S. 22; kritisch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 132.

803 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1678; ohne Not etwas vorpreschend scheinen auch die im selben Atemzug geäusserten Auffassungen in der Botschaft, die Kantone könnten auf ihrem Gebiet Bestimmungen über die Tarifierung im Bereich der Stromversorgung erlassen, sofern sie nicht gegen das StromVG verstossen, oder die Errichtung einer Netzgesellschaft für den Betrieb der Netze vorsehen, kritisch dazu auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 132; vgl. ferner auch LIENHARD/KETTIGER, Handlungsspielräume, S. 1 und 9.

weder durch den Erlass kantonaler Bestimmungen oder durch entsprechende Bestimmungen in den Konzessionen[804] wahrnehmen könnten.[805]

Das Bundesgericht legte bei der Frage, inwiefern kantonalem Recht nach dem Inkrafttreten des StromVG noch Bedeutung zukommt, zu Beginn hingegen einen Zickzack-Kurs ein.[806] So hielt es in BGE 138 I 454 vom 27. Oktober 2012 etwas voreilig fest: *«Im Übrigen bestehen kantonale Zuständigkeiten nur noch, soweit das Stromversorgungsrecht entsprechende Vorbehalte enthält […].»*[807] Diese Meinung bestätigte das Bundesgericht in BGE 138 I 468 vom 23. November 2012: *«Trotz grundsätzlich abschliessender bundesrechtlicher Regelung bestehen kantonale Zuständigkeiten weiterhin, soweit sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind.»*[808] Nur wenig später sah sich das Bundesgericht in BGE 141 II 141 vom 9. Februar 2015 zu einem Kurswechsel veranlasst, als es festhielt: *«Die Rechtsgrundlagen der schweizerischen Elektrizitätsversorgung sind historisch gewachsen und sehr unterschiedlich ausgestaltet. Sie umfassen privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungen auf verschiedensten Stufen und von grosser Vielfalt […]. Das StromVG will nicht die gesamte Stromversorgung abschliessend regeln, sondern dafür einen regulatorischen Rahmen schaffen […]. Es ersetzt nicht die ganze bisherige Regelung. Bundesrechtlich sind durch das StromVG nur einzelne Aspekte […] abschliessend festgelegt […]. Im Übrigen wird aber die Elektrizitätsversorgung in dem durch das Bundesrecht gezogenen Rahmen nach wie vor in bedeutendem Umfang durch kantonales Recht, Reglemente lokaler oder regionaler Elektrizitätswerke sowie privat- oder öffentlich-rechtliche Verträge geregelt […]. Es ist daher nicht zu erwarten, dass sich sämtliche Antworten […] abschliessend aus dem StromVG ergeben.».*[809]

Heute dürften sich Lehre und Rechtsprechung mehrheitlich einig darüber sein, dass unter der Geltung des nachträglich derogatorisch wirkenden StromVG weiterhin auch kantonales und (nach Massgabe des kantonalen Rechts) kommunales Recht im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung bestehen kann. Voraussetzung ist, dass das Bundesrecht für einen Sachverhalt keine abschliessenden Bestimmungen trifft (so auch, wenn bestimmte Bereiche vom StromVG thematisch ganz ausgeklammert werden)

804 Inwiefern dieses Vorgehen mit dem Legalitätsprinzip vereinbar ist, erscheint m.E. fraglich.

805 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1679; zum Verhältnis von Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 761 ff.

806 Vgl. auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 131 f.

807 BGE 138 I 454, E. 3.6.3 S. 264.

808 BGE 138 I 468, E. 2.6 S. 473.

809 BGE 141 II 141, E. 4.1 S. 151; bestätigt in BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.3.

oder eine Materie den Kantonen explizit zur Regelung überlässt.[810] Daraus folgt auch, dass es den Kantonen versagt ist, Bestimmungen zu erlassen, welche dem Sinn und Zweck der im StromVG begründeten Elektrizitätsmarktordnung zuwiderlaufen.[811]

b) Ergänzende Bemerkungen

Mit FÖHSE ist allerdings einig zu gehen, dass die geäusserte Auffassung, wonach das StromVG nur punktuelle Regelungen für den Elektrizitätsmarkt enthalte und die Autonomie der Kantone kaum antaste, angesichts einer komplett neu geschaffenen Marktordnung etwas weitgehend erscheint.[812] Es ist mitnichten so, dass das neu geschaffene StromVG bloss einzelne Fragen, wie etwa zur Tarifierung, regeln würde (gleichzeitig ist der Normierungsgrad aufgrund der rahmengesetzlichen Konzeption des StromVG zuweilen aber tatsächlich äusserst gering und vermag für sich allein nicht zu genügen). So enthält das StromVG u.a. auch Vorschriften über Lieferpflichten und -bedingungen sowie zu Erschliessungspflichten der Netzbetreiber.[813] Hinzu kommen weitere Markteingriffe, welche zwar ebenfalls zur neuen Marktordnung gehören, sich aber nicht im StromVG, sondern in anderen Erlassen, insbesondere dem EnG finden.[814] Die neue, bundesrechtliche Marktordnung nimmt also vielmehr tiefgreifenden Einfluss auf den gesamtschweizerischen Elektrizitätssektor und damit auch auf die kantonalen Kompetenzen.[815] Tatsächlich kann sich die Ausmarchung verbliebener kantonaler Rechtssetzungskompetenzen im Bereich der Elektrizitätsversorgung im Einzelfall als

810 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 132 f.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1237 f.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 52; PETRIK-HALTINER, S. 21 ff.; BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.3.

811 Botschaft StromVG, S. 1678; BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.5.

812 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 132.

813 Zu den entsprechenden Abgrenzungsschwierigkeiten mit anderen bundes- und kantonalrechtlichen Vorschriften vgl. EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 18 f.; FÖHSE, Strommarktordnung, S. 132.

814 Zu denken ist etwa an die Vorschriften betreffend die Abnahme- und Vergütungspflichten für dezentral erzeugte elektrische Energie (Art. 15 Abs. 1 lit. a EnG) und den Eigenverbrauch (Art. 16 ff. EnG), vgl. dazu auch ÇELIK, S. 918; § 23 Abs. 1 und 2 Kantonales Energiegesetz (KEnG; SRL Nr. 773) vom 4. Dezember 2017 des Kantons Luzern, welcher für die *«Elektrizitätsverteilwerke»* ebenfalls eine Abnahme- und Vergütungspflicht für dezentral erzeugte elektrische Energie vorsieht, die sich hinsichtlich der Vergütungspflicht inhaltlich zwar an den bundesrechtlichen Vorgaben orientiert (mit dem Verweis dürfte Art. 15 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 EnG angesprochen sein), inhaltlich aber weiter zu gehen scheint, indem vom Geltungsbereich der Vorschrift dem Wortlaut nach sämtliche dezentral erzeugte elektrische Energie erfasst wird.

815 Vgl. auch MÜLLER, Liberalisierung, S. 38.

äusserst schwierig erweisen.[816] Dies wiederum führt zu erheblichen Unsicherheiten und Unklarheiten bei der Rechtsanwendung.[817] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind nämlich die kantonalen Instanzen zur Beurteilung von Streitigkeiten im Bereich der Stromversorgung dann zuständig, wenn den Kantonen eine entsprechende Rechtssetzungskompetenz zukommt.[818] Wo der Bundesgesetzgeber hingegen die ElCom für zuständig erklärt, liegen im Umkehrschluss keine kantonalen Regelungskompetenzen vor.[819] Die Bedeutung der kantonalen und kommunalen Erlasse hat seit dem Erlass der schweizerischen Elektrizitätsmarktordnung – gegenteiligen Beteuerungen zum Trotz – in jedem Fall aber deutlich abgenommen.[820]

Es ist aber nicht nur die Konzeption des StromVG als Rahmengesetz, die Unsicherheit stiftet, sondern vielmehr auch die Vermischung privatrechtlicher[821] mit öffentlich-rechtlichen[822] Elementen.[823] Ein wesentlicher Punkt wurde in diesem Zusammenhang (soweit ersichtlich) noch nirgends angesprochen: Im Rahmen der Rechtssetzungskompetenzen bildet die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht die Grundlage für die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen (Art. 122 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 BV sowie Art. 5 Abs. 1 ZGB).[824] Ob bzw. inwiefern den Kantonen Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich der Elektrizitätsversorgung zukommen, hängt somit massgebend davon ab, ob diese öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.[825] Qualifizieren die Elektrizitätsversorgung oder Teile davon als zivilrechtliche Rechtsverhältnisse, besteht für die Kantone kaum die Möglichkeit zur Legiferierung in diesem Bereich.[826] Handelt es sich bei

816 Vgl. FÖHSE, Strommarktordnung, S. 131 ff. mit Beispielen; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 17 ff.

817 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 132; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1238 f.

818 BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.5; so etwa im Bereich der Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen i.S.v. Art. 14 Abs. 1 StromVG, vgl. dazu auch SPIELMANN, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 14 StromVG Rz. 52.

819 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1237 Fn. 22; ÇELIK, S. 917.

820 SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.13.

821 Z.B. durch die Annahme von privatrechtlichen Verträgen bzw. Rechtsverhältnissen.

822 Z.B. durch die Annahme weiterbestehender Gesetzgebungskompetenz der Kantone und der (unwillentlichen) Schaffung einer öffentlichen Aufgabe.

823 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1245; in diesem Sinne auch MÜLLER, Liberalisierung, S. 38.

824 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 17, 31 und 50.

825 Dasselbe gilt auch für die Anwendbarkeit der weiteren materiell- und verfahrensrechtlichen kantonalen Rechtserlasse auf die Rechtsverhältnisse der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung.

826 Art. 3 und 122 Abs. 1 BV; Art. 5 und 6 ZGB; vgl. auch MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 220 ff.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 52.

den Rechtsverhältnissen der Elektrizitätsversorgung hingegen ganz oder teilweise um solche öffentlich-rechtlicher Natur, kommen den Kantonen – zumindest im Rahmen des übergeordneten Rechts – Rechtssetzungsbefugnisse grundsätzlicher Natur zu. Wie es sich damit heute verhält, wird noch zu klären sein.

Daneben kommen den Kantonen und Gemeinden aber qua ihrer Rolle als Eigentümer eines Grossteils der Elektrizitätsnetze und Produktionsstätten und aufgrund ihrer Herrschaft über den öffentlichen Grund und Boden inkl. der Hoheit über die Wasserkräfte nach wie vor eine massgebende Bedeutung in der schweizerischen Stromlandschaft und -politik zu.[827]

V. Übrige bundesrechtliche Erlasse

1. Sektorspezifische Erlasse

Aus Sicht des Netzbetriebs und somit für die Rechtsbeziehung zwischen den Netzbetreibern und den an das Elektrizitätsnetz Angeschlossenen (sog. Netzanschlussnehmer) ebenfalls von Relevanz sind das Energiegesetz (EnG) und das Elektrizitätsgesetz (EleG).

a) Energiegesetz (EnG)

Das EnG ist vorwiegend im Zusammenhang mit der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien bzw. deren Einspeisung durch Prosumer in das Elektrizitätsnetz[828], dem Zusammenschluss zum Eigenverbrauch[829] oder der Stromkennzeichnung[830] relevant. Das EnG verfolgt primär eine energiepolitische Zielsetzung, indem es zu einer *«ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung»* verhelfen soll.[831] Dennoch enthält das EnG auch Bestimmungen, die sich direkt auf die Rechtsverhältnisse der Marktteilnehmer auswirken, indem es für bestimmte Sachverhalte verbindliche Vorgaben aufstellt oder gar einen Kontrahierungszwang vorsieht.[832] Insofern wirkt auch das EnG als Marktordnungserlass für die Elektrizitätswirtschaft. Art. 6 Abs. 2 EnG hält

827 Vgl. MÜLLER, Verantwortung, S. 1097 ff.

828 Art. 15 EnG.

829 Art. 17 EnG.

830 Art. 9 EnG.

831 Vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 EnG; vgl. ferner auch PETRIK-HALTINER, S. 25; WALTHER, S. 189; BISCHOF, S. 22 f.

832 Vgl. insbesondere Art. 15 ff. EnG.

zudem fest, dass die Energieversorgung Sache der Energiewirtschaft ist. Bund und Kantone haben aber die erforderlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, damit die Energiewirtschaft diese Aufgabe optimal und im Gesamtinteresse erfüllen kann. Die Tragweite dieser Bestimmung wird später noch zu diskutieren sein.

b) Elektrizitätsgesetz (EleG)

Das EleG war lange Zeit der einzige elektrizitätsspezifische Erlass auf Bundesebene.[833] Es dient hauptsächlich der polizeilichen Abwehr der mit der Erstellung und dem Betrieb von Stark- und Schwachstromanlagen verbundenen Gefahren. Daneben ist das EleG vorwiegend im Zusammenhang mit der Erstellung von elektrischen Leitungen sowie dem Eigentum daran von Bedeutung.[834]

2. Weitere Erlasse

Insbesondere die nachfolgenden Erlasse weisen ebenfalls eine gewisse Relevanz auf, wenn es um die Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsmarkteilnehmer geht.[835]

a) Kartellgesetz (KG)

Dem Kartellgesetz kam im Bereich der Elektrizitätswirtschaft insbesondere vor Erlass der sektorspezifischen Marktordnung durch das StromVG Bedeutung zu. Schliesslich wurde die (Teil-)Öffnung des schweizerischen Strommarktes durch Anrufung des Kartellgesetzes bereitet.[836] Das Kartellgesetz ist aber auch heute noch (subsidiär) auf den Elektrizitätsmarkt anwendbar, nämlich dort, wo das StromVG keine Regeln aufstellt. Wo das StromVG spezifische Regelungen enthält, geht es als *lex specialis* den allgemeinen Bestimmungen des Kartellgesetzes vor.[837] Ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes, wenn ein rechtliches Monopol vorliegt; auf natürliche und faktische Monopole ist das KG hingegen anwendbar.[838]

833 BGE 138 I 454, E. 3.6.1 S. 461 f.; SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.13.

834 SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.12 f.

835 Vgl. auch die Übersicht bei PETRIK-HALTINER, S. 25 ff., sowie die teilweise immer noch aktuelle Übersicht bei WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 1 ff.

836 Vgl. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 19 ff.; § 4 IV. 4. b) (ii).

837 Vgl. PETRIK-HALTINER, S. 27 m.w.H; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 181 f.

838 BGE 129 II 497, E. 3.3.1 S. 514; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 20.

b) Preisüberwachungsgesetz (PüG)

Das PüG ist auf Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes sowie auf marktmächtige Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts anwendbar.[839] Der Preisüberwacher überwacht und prüft diese Preise, gibt Empfehlungen ab und erlässt u.U. Verfügungen, die Preismissbrauch verhindern oder beseitigen sollen.[840] In der Elektrizitätswirtschaft kommt dem PüG seit Erlass des StromVG nur, aber immerhin noch insoweit eine Bedeutung zu, wenn das StromVG als *lex specialis* keine Regelung kennt. Während die Preise in der Grundversorgung durch das StromVG geregelt und durch die ElCom kontrolliert werden, verbleibt somit noch der freie Markt als potenzielles Anwendungsgebiet des PüG.[841]

c) Landesversorgungsgesetz (LVG)

Während das StromVG eine elektrizitätsspezifische Marktordnung schafft und damit die langfristige Versorgungssituation im Blick hat, dient das LVG der kurzfristigen Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen in schweren Mangellagen (Art. 1 LVG).[842] Obwohl aufgrund der derzeitig immer noch drohenden Strommangellage höchst aktuell, spielt das LVG im Rahmen der vorliegenden Arbeit allerhöchstens eine marginale Rolle.[843]

839 Art. 2 PüG.

840 Art. 4 Abs. 1 und 2 sowie Art. 14 Abs. 1 PüG.

841 PETRIK-HALTINER, S. 28; zur altrechtlichen Situation vgl. demgegenüber STRAUB, S. 151 f.

842 WALTHER, S. 91; PETRIK-HALTINER, S. 29; spezifisch zur Stromversorgungssicherheit vgl. MÜLLER, Stromversorgungssicherheit, *passim*.

843 Zur jüngst gestiegenen Bedeutung des LVG im Bereich der Stromversorgung vgl. stattdessen MÜLLER, Verantwortung, S. 1101.

§7 Die Netzbetreiber als zentrale Akteure der Elektrizitätsversorgung

I. Einleitung

Der Netzbetreiber nimmt in der stromversorgungs- und energierechtlichen Gesetzgebung des Bundes eine zentrale Rolle ein. Im Folgenden soll deshalb eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem «Rechtssubjekt» des Netzbetreibers erfolgen. In einem ersten Schritt wird der Netzbetreiber im Allgemeinen näher beleuchtet. Da im schweizerischen Elektrizitätsnetz grundsätzlich zwischen dem Übertragungs- und dem Verteilnetz unterschieden wird,[844] findet sich diese Unterscheidung auch bei den Netzbetreibern wieder.[845] Anschliessend erfolgt deshalb je eine Übersicht zur Übertragungsnetzbetreiberin und zu den Verteilnetzbetreibern, wobei den Pflichten und Aufgaben, welche der Gesetzgeber den einzelnen Netzbetreibern zuweist, besonderes Augenmerk geschenkt wird.

Sofern nicht anders vermerkt, werden vorliegend unter dem Begriff des Netzbetreibers (in Anlehnung an die Botschaft StromVG[846]) sowohl der Übertragungsnetzbetreiber als auch die Verteilnetzbetreiber verstanden. Da der Begriff nicht einheitlich verwendet wird und verschiedene Funktionen beinhaltet, lässt es sich im Folgenden indes nicht vermeiden, den Begriff des Netzbetreibers ebenfalls als Oberbegriff für all seine Funktionen zu verwenden. Wo nur der Übertragungsnetzbetreiber oder die Verteilnetzbetreiber oder eine bestimmte Funktion des Netzbetreibers verstanden wird, erfolgt – sofern erforderlich – ein entsprechender Hinweis.

II. Netzbetreiber im Allgemeinen

1. Begriff des Netzbetreibers

a) Entstehung

Bei der leitungsgebundenen Elektrizitätsverteilung kommt dem Elektrizitätsnetz als natürlichem Monopol systembedingt eine zentrale Rolle zu, weshalb dieses auch im Zentrum der stromversorgungsrechtlichen Regulierung steht. Vor dem Inkrafttreten des StromVG bestand kein gesetzlich explizit geregelter Durchleitungsanspruch für elektrische Energie. Die Versorgung

844 Art. 4 Abs. 1 lit. a, h und i StromVG.

845 Vgl. z.B. VSE, MMEE – 2018, S. 20 und 22; Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1646; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 3 Rz. 37; PETRIK-HALTINER, S. 64 ff. und 85 ff.

846 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1646.

mit elektrischer Energie war geprägt von monopolistischen Strukturen und vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen in den jeweiligen Versorgungsgebieten.[847] Entsprechend wurde der Unterscheidung zwischen einzelnen Tätigkeiten oder Wertschöpfungsstufen, wie etwa der Produktion, der Übertragung, der Verteilung, dem Vertrieb oder dem Handel, entweder keine Beachtung geschenkt[848] oder, sofern denn eine Unterscheidung getroffen wurde, erfolgte diese vor einem anderen, eher technisch geprägten Hintergrund.[849] Die Elektrizitätswirtschaft und deren Unternehmen wurden als Gesamtgebilde und nicht als eine Ansammlung verschiedener, zu differenzierender Tätigkeiten betrachtet.[850] Dies schlug sich auch sprachlich nieder. Die Bezeichnungen für die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft fielen vielfältig und in ihrem Verständnis uneinheitlich aus.[851] Gemeinsam ist ihnen aber, da der Lieferant aufgrund seines Netzmonopols gegeben war[852], dass nicht zwischen der Verteilung, d.h. dem Netzbetrieb, und dem Vertrieb, d.h. der Versorgung, unterschieden wurde.[853] Der Begriff des Netzbetreibers fand dementsprechend kaum eine Verwendung. Seinen Eingang in das schweizerische Elektrizitätswirtschaftsrecht[854] erlangte der Begriff des Netzbetreibers schliesslich in den 90er-Jahren im Zusammenhang mit der geplanten Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes und der damit verbundenen Trennung (Unbundling) des Netzbetriebs von den übrigen Berei-

847 WALTHER, S. 79 f.

848 WALTHER, S. 80.

849 Vgl. WELTERT, S. 60 ff.; RUCK, S. 44 f.; RÜEGGER, S. 83; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 3 ff.

850 WALTHER, S. 80 m.w.H.; so qualifizierte z.B. RUCK, S. 44 den Begriff des Elektrizitätswerks als *«Sachbestand von Bauten, Einrichtungen und Anlagen, die der Gewinnung, Fortleitung und Verteilung elektrischer Energie oder wenigstens der einen oder anderen dieser drei Aufgaben dienen»*.

851 Vgl. z.B. RUCK, S. 44; WELTERT, S. 60 ff.; KILCHENMANN, S. 12; RÜEGGER, S. 83; dabei handelt es sich freilich um ein Problem, welches auch heute noch besteht: Erstens kommt man im normalen Sprachgebrauch schwerlich an einem Begriff vorbei, mit welchem ein Unternehmen in seiner Gesamtheit, d.h. mit allen seinen Funktionen (Produktion, Verteilung, Vertrieb, Handel), bezeichnet werden kann. Dies führt auch dazu, dass im Schrifttum oft keine genügende Unterscheidung zwischen den verschiedenen Funktionen eines Elektrizitätsunternehmens (wie sie das StromVG fordert) stattfindet. Zweitens weist der Gesetzgeber dem Begriff des Netzbetreibers – de lege lata – ebenfalls unterschiedliche Funktionen zu, wodurch die sprachlich klare Abgrenzung oft nur ungenügend ausfällt; vgl. dazu auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 135.

852 RÜEGGER, S. 83; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 3 Rz. 33 f.

853 Vgl. etwa WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 2 Rz. 12; die Unterscheidung zwischen den einzelnen Marktstufen erfolgt ebenfalls nicht einheitlich, vgl. etwa BISCHOF, S. 6, welche nicht zwischen Verteilung und Vertrieb unterscheidet.

854 Im Bereich der Telekommunikation wurde der Begriff des Netzbetreibers hingegen bereits seit geraumer Zeit verwendet, vgl. etwa Bundesrat, Botschaft zum Fernmeldegesetz (FMG) vom 7. Dezember 1987, BBl 1988, S. 1311 ff., S. 1324.

chen der elektrizitätswirtschaftlichen Wertschöpfungskette.[855] Erst mit dem Inkrafttreten des StromVG nahm der Begriff des Netzbetreibers aber die ihm heute zukommende, zentrale Rolle in der Elektrizitätswirtschaft ein.[856]

b) Fehlende Legaldefinition im StromVG

(i) Grundsätzliches

Der Begriff des Netzbetreibers ist nicht nur in der Stromversorgungsgesetzgebung, sondern auch in der allgemeinen Energiegesetzgebung des Bundes mittlerweile allgegenwärtig.[857] Erstaunen mag deshalb der Umstand, dass keiner der vorgenannten Erlasse (StromVG, StromVV, EnG) eine Legaldefinition des Netzbetreibers enthält. Prinzipiell existiert zwar seit dem Inkrafttreten der Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (NIV) am 1. Januar 2002 eine bundesrechtliche Legaldefinition des Netzbetreibers.[858] Die in der NIV verwendete Legaldefinition deckt sich indes nicht mit dem Netzbetreiberbegriff, wie er in den übrigen stromversorgungsrechtlichen und energierechtlichen Erlassen verwendet wird und vermag deshalb das Fehlen einer Legaldefinition in den anderen Erlassen nicht zu ersetzen.[859] Die fehlende Legaldefinition des Netzbetreibers im StromVG wirkt sich in verschiedener Hinsicht negativ aus.[860]

855 So fand der Begriff insbesondere im vom Volk abgelehnten Elektrizitätsmarktgesetz Verwendung (vgl. Bundesrat, Botschaft EMG, *passim*; Entwurf EMG, *passim*).

856 Zeitgleich wurde der Begriff «Netzbetreiber» auch im EnG eingeführt.

857 Vgl. auch PETRIK-HALTINER, S. 86.

858 So definiert Art. 2 Abs. 3 NIV die Netzbetreiber als *«privat- und öffentlichrechtlich organisierte Unternehmen, welche ein Elektrizitätsverteilnetz für die Belieferung von Endverbraucherinnen und -verbrauchern betreiben»*; demgegenüber verwendete die aNIV noch den Begriff *«Elektrizitätswerk»* bzw. *«Unternehmungen, die elektrische Energie direkt [an Hausinstallationen] abgeben»*, vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. a und b der Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV) vom 6. September 1989 (SR 734.27).

859 Der Netzbetreiberbegriff im StromVG und EnG unterscheidet sich vom Netzbetreiberbegriff, wie er in der NIV verwendet wird, gleich in mehrfacher Hinsicht: So beschränkt sich der Netzbetrieb im StromVG nicht nur auf Verteilnetze, sondern inkludiert auch das Übertragungsnetz. Am wesentlichsten ist aber, dass das StromVG und das EnG dem Netzbetreiber diverse Pflichten auferlegen, welche über den reinen Netzbetrieb hinausgehen. Die Funktion des Netzbetreibers nach der NIV beschränkt sich hingegen (korrekterweise) auf den eigentlichen Netzbetrieb (vgl. BGer 2A.629/2005 vom 23. März 2006, E. 2.5 f. und 2.9). Die Legaldefinition der NIV erfasst den Netzbetreiberbegriff auch sonst nur partiell: Der Betrieb eines Elektrizitätsnetzes dient meist nicht nur der Belieferung von Endverbrauchern, sondern auch der Übertragung von Elektrizität oder dem Anschluss von Erzeugern.

860 Demgegenüber sah Art. 4 EMG in Anlehnung an die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinien der EU noch eine entsprechende Legaldefinition und Abgrenzung des Netzbetreibers von den anderen Akteuren des Elektrizitätsmarktes wie etwa Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Elektrizitätserzeugerinnen und Stromhandelsunternehmen vor.

(ii) Fehlende funktionale Unterscheidung

Um Pflichten und Aufgaben im Strommarkt zu regeln bzw. zuzuweisen, knüpft der Gesetzgeber oft an den Begriff des Netzbetreibers an. Auf diese Weise werden den Netzbetreibern eine Reihe von Aufgaben zugewiesen, die über den reinen Betrieb eines Elektrizitätsnetzes hinausgehen. Zu nennen sind insbesondere die Lieferpflicht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 StromVG für die Verteilnetzbetreiber sowie die Pflicht zur Abnahme und Vergütung von Energie i.S.v. Art. 15 Abs. 1 EnG für sämtliche Netzbetreiber. In diesen Funktionen ist der Netzbetreiber nicht mehr Netzbetreiber im eigentlichen Sinne, sondern Lieferant bzw. Käufer.[861] Kritisch ist diese Vorgehensweise bereits deshalb, weil die Zuweisung der Aufgaben ohne eine genügende begriffliche Differenzierung zwischen den verschiedenen Rollen, welche dem Netzbetreiber auferlegt werden, vorgenommen wird. Der Begriff des Netzbetreibers muss dementsprechend stets nach der ihm vom Gesetzgeber zugewiesenen Funktionen im Einzelfall konkretisiert bzw. verstanden werden. FÖHSE kritisiert diesen Umstand gar als *«eine[n] der grössten Mängel im schweizerischen Stromversorgungsrecht»*.[862]

Diese Vorgehensweise ist aber auch in systematischer Hinsicht problembehaftet. Vor dem Hintergrund, dass mit dem StromVG eine Entflechtung (Unbundling) der verschiedenen Funktionen bzw. Wertschöpfungsstufen im Elektrizitätsmarkt nach dem Vorbild der europäischen Elektrizitätsbinnenmarktgesetzgebung angestrebt wurde, scheint es etwas verunglückt, dass den (Verteil-)Netzbetreibern von Gesetzes wegen (Versorgungs-)Aufgaben zugewiesen werden, welche nicht zum eigentlichen Netzbetrieb gehören. Dadurch wird der Netzbetreiber wieder in die Nähe des ganzheitlichen, vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (EVU) gerückt,[863] wie es vor dem Inkrafttreten der schweizerischen Elektrizitätsmarktordnung üblich war.[864] Zwar sind die unterschiedlichen Bereiche buchhalterisch entflochten. Dem Netzbetreiber ist es de lege lata aber gar nicht möglich, sich auf den eigentlichen Netzbetrieb zu beschränken. An diesem Umstand hätte auch eine allfällige Vollliberalisierung nichts geändert, da der Netzbetreiber

861 In diesem Sinne auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 135.

862 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 135.

863 Bereits im Entwurf des EMG fand indes keine ausreichend präzise Abgrenzung der Verantwortlichkeiten bzw. eine konsequente Abkehr von den althergebrachten, vertikal integrierten EVU statt, vgl. dazu RECHSTEINER, S. 95.

864 Vgl. dazu auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 135, wonach der Status quo im nicht liberalisierten Bereich während der Teilmarktöffnung weitgehend beibehalten werden sollte.

selbst in diesem Fall die Grundversorgung für kleine Endverbraucher hätte sicherstellen sollen.[865]

FÖHSE verortet den Grund dieser Problematik in der ursprünglich nur für eine kurze Zeit (als Übergangslösung) geplanten Teilliberalisierung des Strommarktes, in welcher im noch nicht liberalisierten Bereich weitgehend das bisherige Regime weitergelten sollte.[866] Dieser Umstand mag mitunter für die fehlende Differenzierung durch den Gesetzgeber verantwortlich sein. Das Problem hätte aber selbstredend auch dann bestanden, wenn der zweite Marktöffnungsschritt wie geplant vollzogen worden wäre – eben nur für einen kürzeren Zeitraum. Die sich hinziehende volle Marktöffnung sorgt nun aber dafür, dass sich die unzureichende Differenzierung der Rollen verstärkt bemerkbar macht. Die funktional inkonsistente Verwendung des Netzbetreiberbegriffs dürfte aber auch der Konzeption des StromVG als Rahmengesetz mit regulierter Selbstregulierung geschuldet sein, welches ursprünglich bzw. vorwiegend den Netzbereich als natürliches Monopol regulieren und die restlichen Themen der Energiewirtschaft zur Selbstregulierung überlassen wollte. Sofern sich das StromVG bzw. die gesamte Strommarktordnung konsequenterweise auf die Regulierung des eigentlichen Netzbetriebs bzw. des Netzzugangs beschränken würde, wäre die fehlende Legaldefinition des Netzbetreibers wohl unproblematisch. Durch die Implementierung von Versorgungs- und Abnahmepflichten für die Netzbetreiber[867] werden indes Aspekte der Stromversorgung reguliert, welche nicht zum eigentlichen Netzbetrieb zählen und – verfolgte man die Konzeption konsequent – der Energiewirtschaft überlassen werden sollten.[868] Das StromVG will also mehr regeln, als es eigentlich sollte.[869] Vor dem Hintergrund der historisch gewachsenen Elektrizitätsversorgung ist das Vorgehen des Gesetzgebers zwar verständlich – nur findet damit keine wirkliche Zäsur zwischen der alten und der neuen Marktordnung statt.

Ein Blick in die Materialien offenbart zudem, dass der Begriff des Netzbetreibers nicht nur in den Erlassen verschiedenartig verwendet wird, sondern

865 BFE, Faktenblatt 1, Änderung Stromversorgungsgesetz (StromVG) vom 3. April 2020, S. 1.

866 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 135.

867 Kritisch dazu bereits RECHSTEINER, S. 96.

868 Anstatt diese Punkte sogleich abschliessend zu regeln, werden sie indes – der Konzeption des StromVG getreu folgend – wiederum weitgehend der Energiewirtschaft zur Handhabung überlassen. Dies führt bei den Beteiligten erfahrungsgemäss oft zu einiger Verwirrung bei der Frage, was denn nun (noch) zulässig ist oder eben nicht; vgl. dazu auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 131 ff. und 143 m.w.H.

869 Die Regulierung hat sich auf die Bereiche zu beschränken, in denen ein natürliches Monopol und deshalb Marktversagen besteht, BISCHOF, S. 18 und 114 f.

dass ihm bereits in den Materialien unterschiedliche Rollen zugewiesen werden. So schien die Botschaft zum StromVG den Begriff des Netzbetreibers zwar grundsätzlich auf seine Funktion, den Netzbetrieb als Teil der sicheren Elektrizitätsversorgung zu gewährleisten, zu beschränken und ihn vom Begriff des Lieferanten abzugrenzen.[870] Dies erfolgte jedoch ungeachtet der weiteren Verpflichtungen, welche dem Netzbetreiber durch denselben Erlass «en passant» auferlegt wurden, wodurch dessen Funktion eben gerade nicht auf den Netzbetrieb allein beschränkt blieb.[871] Demgegenüber wird der Begriff des Netzbetreibers zum Teil aber auch gänzlich anders verwendet: So führt die Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 im Zusammenhang mit der Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers aus: *«Gemeint ist hier […] der Netzbetreiber in seiner Funktion als Energieversorger in einem bestimmten Netzgebiet und nicht in seiner Funktion als Netzbetreiber.»*[872] Trotz dieser Mehrdeutigkeit des Netzbetreiberbegriffs hat es der Gesetzgeber bisher unterlassen, den Begriff des Lieferanten in der Gesetzgebung genügend zu konkretisieren bzw. zu implementieren.[873] Dass durch den Mantelerlass[874] in diesem Punkt keine Abhilfe geschaffen wurde, stellt eine verpasste Chance dar. Auch wenn es sich beim Netzbetreiber (in seiner Funktion als Betreiber des Netzes) und dem Energieversorger oftmals um dasselbe Unternehmen handeln dürfte, wäre eine klare terminologische Abgrenzung der Funktionen – insbesondere im Hinblick auf eine volle Marktöffnung und da der Netzbetreiber als Akteur der Energiewirtschaft eine zentrale Rolle einnimmt – im Sinne der Rechtssicherheit angezeigt und de lege ferenda wünschenswert.[875] Andernfalls bleibt stets eine gewisse Unklarheit zurück, welche Rolle und Funktion dem Netzbetreiber *in concreto* zukommen bzw. gemeint sind.[876] De lege lata wird der Begriff indes in solch

870 Botschaft StromVG, S. 1644 ff.; vgl. auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 138.

871 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 135.

872 Vgl. Bundesrat, Botschaft erstes Massnahmenpaket, S. 7668; vgl. ferner auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 138.

873 Vgl. auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 135 und 138.

874 Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, BBl 2023 2301.

875 Gl.M. FÖHSE, Strommarktordnung, S. 135 ff.; vgl. auch JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 8; MÜLLER, Liberalisierung, S. 25, hält in diesem Zusammenhang auch die rechtliche Entflechtung zwischen Produktion und Verteilung de lege ferenda zumindest für prüfenswert.

876 Gleichwohl darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass es sich bei den Netzbetreibern i.d.R. nicht bloss um die Betreiber der Netze handelt, sondern der Netzbetrieb (weiterhin) lediglich eine Funktion bzw. einen Teilbereich der historisch gewachsenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen darstellt.

vielfältiger Weise verwendet, dass einer Legaldefinition unweigerlich auch weitere begriffliche Anpassungen des Gesetzestextes folgen müssten. Solange der Bundesgesetzgeber dieses Manko nicht behebt, bleibt es den Marktteilnehmern[877] bzw. der Rechtsprechung[878] und Lehre[879] überlassen, den Begriff des Netzbetreibers im Einzelfall zu konkretisieren.

(iii) Mangelhafte Unterscheidung zwischen dem Übertragungsnetzbetrieb und dem Verteilnetzbetrieb

Der Begriff des Netzbetreibers wird aber auch in dessen eigentlicher Rolle, d.h. dem Betrieb des Netzes, terminologisch nicht einheitlich verwendet. PETRIK-HALTINER weist zurecht darauf hin, dass die StromVV den Begriff des Netzbetreibers abweichend zur Botschaft StromVG verwende.[880] Indem die StromVV zwischen der «nationalen Netzgesellschaft» und den «Netzbetreibern» unterscheide, werde der Begriff des Netzbetreibers lediglich für die Verteilnetzbetreiber verwendet.[881] Dem ist hinzuzufügen, dass die StromVV

877 So definierte etwa die Swissgrid AG in ihrem (inzwischen nicht mehr veröffentlichten) Glossar für die Regeln des Schweizer Strommarktes, 1. Auflage 2010, S. 17, den Netzbetreiber als *«[p]rivat oder öffentlichrechtlich organisiertes Unternehmen, das die Netzdienstleistungen zum Betrieb des Elektrizitätsnetzes erbringt»*, vgl. dazu auch PETRIK-HALTINER, S. 86; diese Definition entsprach derjenigen, welche auch im Entwurf des EMG verwendet wurde, vgl. Art. 4 lit. i Entwurf EMG.

878 Nach der Definition des Bundesverwaltungsgerichts gilt als Netzbetreiber, *«wer für den bedarfsgerechten Unterhalt und den sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb einer Leitung verantwortlich ist. Eigentum und Betrieb des Netzes können dabei auseinanderfallen»*, BVGer A-2812/2010 vom 11. Februar 2013, E. 5.5.1; BVGer A-6689/2012 vom 18. Februar 2014, E. 7.2.2; vgl. auch PETRIK-HALTINER, S. 87; das Bundesgericht hat sich bisher – soweit ersichtlich – noch nicht in einer positiv umschreibenden Definition zum Begriff des Netzbetreibers im Sinne des StromVG oder des EnG geäussert. Es hat sich lediglich mit dem – nicht deckungsgleichen – Netzbetreiberbegriff im Sinne der NIV befasst und klargestellt, dass darunter derjenige zu verstehen ist, der das Netz tatsächlich betreibt und nicht der Lieferant, der das Netz zur Belieferung von Endverbrauchern nutzt, vgl. BGer 2A.629/2005 vom 23. März 2006, E. 2.5; des Weiteren hat das Bundesgericht bestätigt, dass Arealnetzbetreiber nicht Netzbetreiber im Sinne des StromVG sind, vgl. BGE 141 II 141, E. 3.2 S. 148 f.; schliesslich hat das Bundesgericht den Begriff des Netzbetreibers von demjenigen des Elektrizitätswerkes (wohl verstanden als Elektrizitätsversorgungsunternehmen in seiner Gesamtheit) und demjenigen des Netzeigentümers abgegrenzt, vgl. BGE 138 I 468, E. 2.7 S. 474.

879 JÄGER/SCHEIDEGGER verstehen den Begriff des Netzbetriebes etwa in einem weiten Sinne, welcher sämtliche Aufgaben umfasst, welche das Gesetz dem Netzbetreiber zuweist. Von diesem grenzen sie den «eigentlichen Netzbetrieb» als Kernbereich der Tätigkeit des Netzbetreibers ab, vgl. JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 8.

880 Der Botschaft kann entnommen werden, dass vom Netzbetreiberbegriff des StromVG sowohl der schweizerische Übertragungsnetzbetreiber als auch die Verteilnetzbetreiber erfasst werden, vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1646.

881 PETRIK-HALTINER, S. 86 mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 und 2 StromVV.

den Begriff des Netzbetreibers grundsätzlich nicht einheitlich verwendet. So wird der Netzbetreiberbegriff zum Teil tatsächlich nur für die Verteilnetzbetreiber verwendet,[882] andererseits werden darunter aber auch sowohl Übertragungsnetz- als auch Verteilnetzbetreiber verstanden.[883] Darüber hinaus verwendet die StromVV aber auch den Begriff «Verteilnetzbetreiber» explizit. Die uneinheitliche Verwendung des Begriffs findet sich indes nicht allein in der StromVV. Auch das StromVG selbst unterscheidet zuweilen zwischen der «nationalen Netzgesellschaft» und den «Netzbetreibern», wodurch die Definition des Netzbetreiberbegriffs in der Botschaft ebenfalls nicht konsequent umgesetzt und dieser nur auf die Verteilnetzbetreiber begrenzt wird. Als augenscheinlichstes Beispiel hierfür dürfte Art. 5 Abs. 1 StromVG betreffend die Netzgebietszuteilung durch die Kantone dienen, welcher sich offensichtlich nicht auf den Übertragungsnetzbetreiber beziehen kann.[884] Schliesslich verwenden auch das EnG und die EnV den Begriff des Netzbetreibers nicht konsequent im Sinne der Botschaft zum StromVG als Überbegriff für Verteil- und Übertragungsnetzbetreiber.[885] Auch dieser unterschiedlichen Verwendung des Netzbetreiberbegriffs ist bei der Gesetzeslektüre somit stets Rechnung zu tragen.

2. Netzbetrieb und Netzeigentum

Vom Netzbetrieb zu unterscheiden ist das Netzeigentum. Das Eigentum an den Leitungen sowie an den erforderlichen Nebenanlagen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität liegt gemäss Art. 15a EleG bei den Unternehmen der Energiewirtschaft, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben.[886] Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich die Leitungen und Nebenanlagen auf privatem oder öffentlichem Grund befinden.[887] Art. 15a EleG

882 Vgl. etwa Art. 5 Abs. 1 und 2 StromVV.

883 Vgl. etwa Art. 6 Abs. 2 StromVV.

884 Vgl. aber etwa auch Art. 20 Abs. 2 lit. c StromVG.

885 Vgl. etwa Art. 35 Abs. 1 EnG, wo vom Begriff des Netzbetreibers nur die Verteilnetzbetreiber erfasst werden.

886 Nach wohl h.L. wird das Eigentum an den Leitungen und Nebenanlagen gestützt auf Art. 15a EleG den Unternehmen der Energiewirtschaft *ex lege* zugewiesen. Ein Dienstbarkeitsvertrag bzw. ein Grundbucheintrag sind somit nicht notwendig. Das Akzessionsprinzip wird damit durchbrochen. Vgl. dazu SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.92; BALTHASAR, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 15a EleG, Rz. 13 ff. und 22; FUCHS/MORGENBESSER, S. 1100; a.M. LEUMANN, S. 3 Fn. 16.

887 FUCHS/MORGENBESSER, S. 1100; Art. 15a EleG wurde geschaffen, da zahlreiche Unternehmen der Energiewirtschaft es versäumt hatten, die von ihnen erstellten Leitungen und Nebenanlagen rechtlich genügend zu sichern. Ziel von Art. 15a EleG war somit die klare Zuordnung der Eigentumsverhältnisse, vgl. Bundesrat, Botschaft, StromVG, S. 1670; ferner SCHOLL, Eigentum, S. 2 ff.; BALTHASAR, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 15a EleG, Rz. 1 ff.

erfasst sämtliche Leitungen sowie deren Nebenanlagen aller Netzebenen,[888] sofern ihnen eine Transportfunktion zukommt.[889] Eine Transportfunktion wird auch bei Leitungen, die Erzeugungsanlagen mit dem Elektrizitätsnetz verbinden sowie bei (Haus-)Anschlussleitungen angenommen.[890] Dienen Vorrichtungen nicht der Übertragung und Verteilung von Elektrizität,[891] gelten sie nicht als Leitungen bzw. Nebenanlagen i.S.v. Art. 15a EleG.[892] Für die Bestimmung des Eigentums an den entsprechenden, von Art. 15a EleG nicht erfassten Vorrichtungen und Anlagen kommen die allgemeinen sachenrechtlichen Prinzipien zur Anwendung.[893]

Als Unternehmen der Energiewirtschaft i.S.v. Art. 15a EleG kommen vorwiegend die Netzbetreiber in Frage.[894] Aufgrund der weitgehenden Erschliessungs- und Anschlusspflichten, welche das StromVG den Netzbetreibern in ihrem Netzgebiet auferlegt, sind diese de lege lata auch für die Erstellung der Leitungen und Nebenanlagen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität zuständig. Während Verteilnetzeigentümer den Betrieb ihres Netzes ohne Weiteres Dritten überlassen können, welche den Netzbetrieb dann im Auftrag des Netzeigentümers ausüben,[895] liegen Eigen-

888 BALTHASAR, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 15a EleG, Rz. 2; Art. 15a EleG geht als *lex specialis* somit auch Art. 676 ZGB vor, vgl. SCHOLL, Eigentum, S. 3.

889 BALTHASAR, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 15a EleG, Rz. 2; der Begriff «Transport» wird an dieser Stelle untechnisch, d.h. losgelöst von der branchenüblichen Unterscheidung zwischen «Transport» und «Verteilung», verwendet.

890 BALTHASAR, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 15a EleG, Rz. 3; insbesondere beim Hausanschluss befinden sich die Nebenanlagen auf dem Grundstück des Anschlussnehmers aber oftmals im Eigentum des Grundeigentümers, während sich die Leitung bis zur Grenzstelle gemäss Art. 2 Abs. NIV im Eigentum des Unternehmens der Energiewirtschaft befindet, vgl. dazu das «Prinzipschema Anschluss an die Netzebene 7» in der Branchenempfehlung Netzanschluss (für alle Netzanschlussnehmer an das Verteilnetz, Grundlagen zur Festlegung der Bedingungen und zur Berechnung der Anschlussbeiträge für den physischen Netzanschluss an das Verteilnetz, Ausgabe 2019, NA/RR – CH 2019 des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, S. 22.

891 Wie z.B. Produktionsanlagen, vgl. dazu BALTHASAR, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 15a EleG, Rz. 5.

892 Deren Erstellung oder Änderung richtet sich sodann nach kantonalem Recht, vgl. BGE 133 II 49, E. 6.3 S. 55 f.

893 Gesondert von der Frage des Eigentums an den Leitungen und Nebenanlagen ist indes die Frage nach dem Recht zur Beanspruchung von fremden Grundstücken zu beantworten. Vgl. dazu SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.93 ff.

894 Vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1670.

895 Die Überlassung geschieht regelmässig durch die sog. Netzpacht oder mittels (je nach Kooperationsmodell) mehr oder weniger weit gehenden (Netz-)Betriebsvereinbarungen; vgl. dazu BALTHASAR, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 15a EleG, Rz. 6; JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1–4 StromVG, Rz. 9; ROBERT-NICOUD, Approvisionnement de base, S. 5 f.; BVGer A-2812/2010 vom 11. Februar 2013, E. 5.5.1.

tum[896] und Betrieb des Übertragungsnetzes aufgrund der spezialgesetzlichen Reglung in Art. 18 Abs. 2 StromVG hingegen zwingend bei der nationalen Netzgesellschaft.[897]

III. Die Übertragungsnetzbetreiberin im Speziellen

1. Das Übertragungsnetz

Gemäss der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG ist das Übertragungsnetz ein Elektrizitätsnetz, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie im Verbund mit den ausländischen Netzen dient und in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben wird. Im französischen Gesetzestext wird das Übertragungsnetz als «réseau de transport» bezeichnet; in der italienischen Fassung als «rete di trasporto». Gemäss dem Wortlaut der romanischen Fassungen dient das Übertragungsnetz somit vorwiegend dem Transport der Elektrizität.[898] Demgegenüber dient das Verteilnetz vorwiegend der Verteilung, d.h. der Belieferung von Endverbrauchern oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen.[899] Eine Abgrenzung der Begriffe «Übertragung» bzw. «Transport» und «Verteilung» ist indes nicht immer exakt möglich. So kann das Übertragungsnetz auch gewisse Versorgungsaufgaben übernehmen und das Verteilnetz der Übertragung dienen.[900] Für die Abgrenzung zwischen dem Übertragungsnetz und dem Verteilnetz ist gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung deshalb primär von einer spannungsbasierten Betrachtungsweise auszugehen.[901] Demnach gehören grundsätzlich sämtliche Leitungen, die

896 Das StromVG statuiert einzig im Zusammenhang mit den grenzüberschreitenden Teilen des Übertragungsnetzes eine Ausnahme, vgl. Art. 18 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 6 StromVG; weiterführend dazu BVGer A-671/2015, A-692/2015, A-701/2015 vom 12. Juli 2017, E. 7.3.2; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 143 f. Fn. 525; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 Rz. 5; der Begriff des Netzbetreibers im Sinne des StromVG deckt sich überdies auch nicht mit dem Begriff des Betreibers einer (grenzüberschreitenden) Gleichstrom-Verbindungsleitung (Merchant Line) gemäss Art. 2 Abs. 1 VAN. Als Betreiber i.S.v. Art. 2 Abs. 1 VAN und damit als Inhaber einer Ausnahmebewilligung i.S.v. Art. 17 Abs. 6 StromVG gilt der Investor, welcher die entsprechende Leitung finanziert hat, vgl. BVGer A-671/2015, A-692/2015, A-701/2015, E. 6.5.6; die Ausnahmeregelung für Merchant-Lines wurde indes erst mit der Revision vom 15. Dezember 2017 eingefügt.

897 Vgl. FÖHSE, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 18 StromVG, Rz. 13.

898 MAMANE/VLCEK, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG, Rz. 1.

899 Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. i StromVG.

900 BVGer A-120/2011 vom 7. Juli 2011, E. 7.2.

901 BVGer A-120/2011 vom 7. Juli 2011, E. 7.1 f.

mit einer Spannung von 220/380 kV betrieben werden, zum Übertragungsnetz.[902] Ausnahmsweise können aber auch Leitungen dem Übertragungsnetz zugerechnet werden, die mit einer geringeren Spannung betrieben werden, sofern sie der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie im Verbund mit dem Ausland dienen.[903]

In Art. 2 Abs. 2 StromVV hat der Bundesrat den Umfang des Übertragungsnetzes konkretisiert und von den Verteilnetzen abgegrenzt, indem er (in nicht abschliessender Weise) gewisse Anlagen und Bestandteile des Elektrizitätsnetzes dem Übertragungsnetz zugewiesen hat. Demnach gehören u.a. sämtliche Anlagen zum Übertragungsnetz, welche zwar gemeinsam mit anderen Netzebenen genutzt werden, aber vorwiegend dem Übertragungsnetz dienen, oder aber solche, ohne welche das Übertragungsnetz nicht sicher oder effizient betrieben werden kann (Art. 2 Abs. 2 lit. c StromVV). Der Begriff des Übertragungsnetzes ist somit weit auszulegen.[904] Eine rein funktionale Betrachtungsweise bzw. Abgrenzung findet aber nicht statt.[905]

2. Die Übertragungsnetzbetreiberin: die nationale Netzgesellschaft

a) Grundsätzliches

Das Übertragungsnetz ist für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit unentbehrlich. Ihm kommt deshalb eine zentrale Bedeutung in der (schweizerischen) Stromversorgung zu. Das StromVG schreibt vor, dass der Übertragungsnetzbetrieb für die gesamte Schweiz durch die nationale Netzgesellschaft als einzige[906] Übertragungsnetzbetreiberin zu erfolgen hat (Art. 18 Abs. 1 StromVG) und dass diese auch Eigentümerin des von ihr betriebenen Netzes sein muss (Art. 18 Abs. 2 StromVG).[907]

Nach der heute wohl vorherrschenden Auffassung begründet die exklusive Zuweisung des Übertragungsnetzbetriebes an die nationale Netzge-

902 BVGer A-120/2011 vom 7. Juli 2011, E. 7.3.

903 BVGer A-120/2011 vom 7. Juli 2011, E. 7.1 und 7.3; MAMANE/VLCEK, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG, Rz. 12; vgl. auch PETRIK-HALTINER, S. 126, welche zu Recht darauf hinweist, dass der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG nicht primär eine spannungsbasierte Betrachtungsweise nahelegt, sondern auch die Funktion des Netzes massgebend ist.

904 BVGer A-120/2011 vom 7. Juli 2011, E. 7.4.

905 Vgl. Verfügung der ElCom 921-10-005 vom 11. November 2010, Rz. 178; BVGer A-8884/2010 vom 21. Juli 2011, E. 6 ff.

906 Vgl. auch BVGer A-120/2011 vom 7. Juli 2011, E. 7.4; Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1658, wonach ein paralleler Netzbetrieb im Übertragungsnetz aufgrund der *ratio legis* zu verhindern sei; a.M. WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 Rz. 5.

907 Vgl. FÖHSE, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 18 StromVG, Rz. 14.

sellschaft durch den Bundesgesetzgeber ein bundesrechtliches Monopol für den Übertragungsnetzbetrieb.[908]

b) Entstehung der nationalen Netzgesellschaft

Historisch bedingt befanden sich das Übertragungsnetz bzw. die einzelnen Übertragungsnetze im Eigentum der sieben schweizerischen Überlandwerke[909] und wurden auch von diesen betrieben.[910] Eine Kooperation zwischen den Überlandwerken und somit im Übertragungsnetzbetrieb fand bereits vor der Vereinigung von Eigentum und Betrieb des Übertragungsnetzes unter dem Dach der nationalen Netzgesellschaft statt.[911] Diese Kooperationen führten im Jahr 2000 schliesslich zur gemeinsam Gründung der ETRANS AG, welche die unabhängige Koordination des ganzen Übertragungsnetzes übernahm.[912] Die Beteiligungsquote der Überlandwerke an der ETRANS AG entsprach dabei ihrem jeweiligen Anteil am gesamten Übertragungsnetz.[913] Das Eigentum an den einzelnen Übertragungsnetzen blieb indes bei den Überlandwerken.

Als der Ausfall einer Transitleitung am 28. September 2003 zu einem Blackout in ganz Italien führte, verortete das BFE dessen Ursache insbesondere in einem bestehenden Interessenkonflikt zwischen den beteiligten Ländern und Gesellschaften sowie in den technischen Gegebenheiten des grenzüberschreitenden Elektrizitätssystems und empfahl (neben weiteren Massnahmen) die Schaffung einer unabhängigen Netzgesellschaft für das Übertragungsnetz.[914] Mit der Vereinigung des Übertragungsnetzbetriebes bei einer einzigen Rechtspersönlichkeit wollte der Gesetzgeber die Transparenz im Übertragungsnetzbetrieb erhöhen.[915] Gleichzeitig sollte dadurch nur noch eine Ansprechperson für die Nutzung des Übertragungsnetzes bestehen. Dabei hatte man, neben dem schweizerischen Binnenmarkt, vor allem aber auch den transnationalen Stromhandel und eine Angleichung des

908 BVGer A-3505/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012, E. 5.5; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 139; FÖHSE, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 18 StromVG Rz. 13; KERN, BSK BV, Art. 91 N 5; MÜLLER, Verantwortung, S. 1100.

909 ATEL, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ, NOK, vgl. KERN, S. 13.

910 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 8.

911 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 3 Rz. 36 ff.

912 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 8; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 3 Rz. 36 ff.

913 KERN, S. 13.

914 Statt aller FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 8.

915 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1633.

schweizerischen Rechts an die Vorschriften der EU im Blick.[916] Aufgrund der Vermaschung der verschiedenen europäischen Übertragungsnetze[917] (darunter auch das schweizerische) und den physikalischen Eigenschaften des Stroms, welcher den Weg des geringsten Widerstands wählt[918], wirken sich die Vorschriften der EU unmittelbar[919] auch auf die Schweiz als «Stromdrehscheibe» Europas aus.[920]

Am 15. Dezember 2006 nahm die neugegründete Swissgrid AG – als ebensolche unabhängige Übertragungsnetzbetreiberin – den operativen Betrieb auf, indem sie vorerst die Aufgaben der ETRANS AG übernahm.[921] Obwohl die Swissgrid AG formell erst Ende 2008 mit der Genehmigung ihrer Statuten durch den Bundesrat gemäss Art. 19 Abs. 1 StromVG als nationale Netzgesellschaft eingesetzt wurde,[922] nahm sie die Aufgaben als Übertragungsnetzbetreiberin faktisch bereits seit längerer Zeit wahr.[923] Aufgrund der im StromVG statuierten Vorgabe, wonach die nationale Netzgesellschaft auch Eigentümerin des von ihr betriebenen Netzes sein muss (Art. 18 Abs. 2 StromVG), hatten die Überlandwerke mit Inkrafttreten des StromVG ihre Übertragungsnetze rechtlich von den übrigen Tätigkeitsbereichen zu entflechten und diese auf die nationale Netzgesellschaft zu Eigentum zu überführen.[924] Im Gegenzug für die Einbringung ihres Übertragungsnetzes erhielten die Elektrizitätsunternehmen Aktien der nationalen Netzgesellschaft (Art. 33 Abs. 4 StromVG) sowie Wandelanleihen.[925]

Noch heute befindet sich der grösste Teil der Aktien der Swissgrid AG im Eigentum der ehemaligen Überlandwerke. Die BKW AG (via ihre Tochtergesellschaft BKW Netzbeteiligung AG) ist mit einem Anteil von 35,63 % heute die grösste Aktionärin, gefolgt von der Axpo Volt Beteiligung AG, welche 33,64 % der Anteile hält. Weitere substanzielle Anteile halten das EWZ (9,69 %), die

916 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1616 f.; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 98.

917 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 13 f.

918 Statt aller vgl. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 25.

919 Aktuell zwar (noch) nicht de jure, aber immerhin de facto.

920 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1616.

921 Medienmitteilung des Bundesrats vom 22. Dezember 2008 betreffend die Genehmigung der Statuten der Swissgrid AG.

922 WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 Rz. 8; Medienmitteilung des Bundesrats vom 22. Dezember 2008 betreffend die Genehmigung der Statuten der Swissgrid AG.

923 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 9; für eine ausführliche Übersicht zur Entstehung der nationalen Netzgesellschaft vgl. statt aller FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 8 f. sowie FÖHSE, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 18 Rz. 1 ff.

924 WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 Rz. 4 und 6.

925 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 10.

SIRESO Société d'Investissement de Suisse occidentale SA (5,27 %) sowie die CKW AG (4,83 %). Die restlichen 10,94 % der Aktien befinden sich im Eigentum diverser weiterer schweizerischer EVU.[926] Das Aktionariat seinerseits wird wiederum für gewöhnlich vom Gemeinwesen (Kantone und Gemeinden) kontrolliert.[927]

Die Swissgrid AG ist de jure als Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. OR ausgestaltet und hat ihren Sitz heute in Aarau.[928] Aufgrund der Bestimmungen des StromVG weist sie indes einige Besonderheiten verglichen mit einer gewöhnlichen, privatrechtlichen Aktiengesellschaft auf.[929]

c) Stromversorgungsrechtliche Vorgaben für die nationale Netzgesellschaft

Aufgrund der immensen Wichtigkeit des Übertragungsnetzbetriebes für die Stromversorgungssicherheit der Schweiz sieht das StromVG diverse Massnahmen vor, um die Unabhängigkeit und Integrität desselben sicherzustellen.[930]

Das wichtigste Instrument zur Erreichung dieses Ziels war zweifellos die Schaffung der nationalen Netzgesellschaft an sich und die damit verbundene eigentumsrechtliche Entflechtung des Übertragungsnetzbetriebs (Art. 18 Abs. 1 und 2 StromVG).[931] Um zu gewährleisten, dass die so geschaffene nationale Netzgesellschaft dem Anspruch an Unabhängigkeit auch tatsächlich gerecht wird, sieht das StromVG diverse weitere Instrumente vor, welche den Handlungsspielraum der nationalen Netzgesellschaft determinieren. Es lassen sich dabei zwei Kategorien von Instrumenten unterscheiden, auch wenn schlussendlich beide die Unabhängigkeit und Integrität der Netzgesellschaft zum Ziel haben:

Die erste Kategorie von Massnahmen will den diskriminierungsfreien Netzbetrieb gewährleisten und enthält Bestimmungen, welche die Entflechtung des Übertragungsnetzbetriebes vom restlichen Elektrizitätsmarkt sicherstellen sollen. Dadurch soll erreicht werden, dass sämtliche Marktteilnehmer gleichbehandelt werden und die nationale Netzgesellschaft mit ihrer zentralen Funktion im Elektrizitätsmarkt eine neutrale Rolle einnimmt. Die nationale Netzgesellschaft darf daher in keinem anderen Bereich des Elekt-

926 Stand per 15. Dezember 2023; vgl. dazu die Übersicht auf der Website der Swissgrid AG zum Aktionariat.

927 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 11.

928 Vgl. Art. 1 der Statuten der Swissgrid AG, Version vom 23. Mai 2023.

929 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 159 ff., kritisiert, dass die Swissgrid AG aufgrund der stromversorgungsrechtlichen Vorgaben jedoch kaum noch etwas mit einer privatrechtlichen AG gemäss Art. 620 ff. OR zu tun habe.

930 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1621, 1634 und 1658.

931 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1633, 1658.

rizitätsmarktes tätig sein als im Betrieb des Übertragungsnetzes allein.[932] Es ist ihr aufgrund von Art. 18 Abs. 6 StromVG explizit untersagt, Tätigkeiten in den Bereichen der Elektrizitätserzeugung, ihrer Verteilung oder des Handels mit Elektrizität auszuüben. Ebenso wenig darf sie sich an Unternehmen beteiligen, die eine solche Tätigkeit ausüben. Ausgenommen hiervon ist der Bezug oder die Lieferung von Elektrizität aus betriebsnotwendigen Gründen, vor allem im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Systemdienstleistungen.[933] Ausserdem muss die nationale Netzgesellschaft auch personell von der übrigen Elektrizitätswirtschaft weitestgehend entflochten sein. So dürfen die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder, der Verwaltungsratspräsident sowie die Mitglieder der Geschäftsleitung nicht Organen von juristischen Personen angehören oder in einem Dienstleistungsverhältnis zu juristischen Personen stehen, welche in der Elektrizitätserzeugung oder dem Elektrizitätshandel tätig sind (Art. 18 Abs. 7 StromVG).[934] Eine Vorschrift betreffend die informationelle Entflechtung enthält Art. 18 StromVG hingegen nicht. Da die nationale Netzgesellschaft ausschliesslich im Übertragungsnetzbereich tätig ist und nicht am Wettbewerb teilnimmt, ist dies grundsätzlich auch nicht erforderlich. Einzig in Bezug auf allfällige Doppelmandate von Verwaltungsratsmitgliedern der nationalen Netzgesellschaft stellt sich die Frage, wie diese mit wirtschaftlich sensiblen Informationen umzugehen haben bzw. ob das in Art. 10 Abs. 2 StromVG statuierte Nutzungsverbot auch auf sie anwendbar ist.[935] Mit FÖHSE ist davon auszugehen, dass eine solche informatorische Entflechtung auch bei der nationalen Netzgesellschaft zumindest angezeigt wäre.[936]

Die zweite Kategorie zielt darauf ab, dass die nationale Netzgesellschaft unter schweizerischer Kontrolle bleibt, und enthält ausserdem noch eine föderalistische Komponente. So müssen das Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte der nationalen Netzgesellschaft direkt oder indirekt mehrheitlich der Kontrolle der Kantone und Gemeinden unterstehen (Art. 18 Abs. 3 StromVG). Weiter räumt das StromVG den Kantonen, Gemeinden und den schweizerisch beherrschten EVU ein Vorkaufsrecht an den Aktien der nationalen Netzgesellschaft ein (Art. 18 Abs. 4 StromVG). Zudem dürfen die

932 WALTHER, S. 135.

933 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 178, weist zu Recht darauf hin, dass der Gesetzeswortlaut der nationalen Netzgesellschaft die Ausübung anderer Tätigkeiten als die des Übertragungsnetzbetriebs nicht generell verbietet, diese aber wohl dem Geist der Bestimmung zuwiderlaufen würden.

934 Eingehend dazu FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 179 ff.

935 Eher verneinend FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 183 f.; diesbezüglich keine Unterscheidung zwischen Übertragungsnetz und Verteilnetz machend WALTHER, S. 135.

936 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 183.

Aktien der nationalen Netzgesellschaft an keiner Börse kotiert sein (Art. 18 Abs. 5 StromVG) und Statutenänderungen bedürfen der Genehmigung durch den Bundesrat (Art. 19 Abs. 1 StromVG). Aufgrund von Art. 18 Abs. 1 StromVG hat die nationale Netzgesellschaft ihren Sitz sodann zwingend in der Schweiz (Art. 18 Abs. 1 StromVG). Föderalistische Ansätze lassen sich schliesslich im Recht der Kantone, zwei Vertreter im Verwaltungsrat der nationalen Netzgesellschaft zu ernennen, erkennen (Art. 18 Abs. 8 StromVG). Die Organe der nationalen Netzgesellschaft sollen gemäss Art. 18 Abs. 9 StromVG zudem so besetzt sein, dass eine Vertretung der verschiedenen Erzeuger- und Verbraucherregionen gewährleistet ist.[937] Angesichts der Bedeutung des Übertragungsnetzes für die schweizerische Stromversorgung als kritische Infrastruktur[938] ist dieser politische Wunsch durchaus nachvollziehbar.[939]

Neben diesen speziell auf die nationale Netzgesellschaft zugeschnittenen Bestimmungen finden aber auch die übrigen Bestimmungen des StromVG betreffend den Netzbetrieb grundsätzlich Anwendung auf die nationale Netzgesellschaft.[940]

3. Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiberin

Wie bereits erwähnt, weist der Gesetzgeber der nationalen Netzgesellschaft in Art. 18 Abs. 1 StromVG die Aufgabe zu, das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene zu betreiben. Die einzelnen Aufgaben der nationalen Netzgesellschaft entspringen somit ihrer Funktion als Übertragungsnetzbetreiberin.[941] Was darunter zu verstehen ist bzw. welche konkreten Aufgaben damit einhergehen, hat der Gesetzgeber in Art. 20 Abs. 1 und 2 StromVG ausgeführt.[942]

937 Kritisch dazu FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 205 ff.

938 Vgl. dazu die Übersicht «Die kritischen Infrastrukturen» des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz BABS.

939 Vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1634; kritisch zur Erforderlichkeit der schweizerischen Beherrschung der nationalen Netzgesellschaft als Übertragungsnetzbetreiberin äussert sich hingegen FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 191 ff., da sich die effektive Möglichkeit der Einflussnahme des Aktionariats auf die Geschicke des Übertragungsnetzbetriebes in Grenzen halten würde bzw. kaum vorhanden sei. Vergegenwärtigt man sich allerdings die Bedeutung des Übertragungsnetzes für die Schweiz sowie generell die Abhängigkeitsproblematik, welche entstehen kann, wenn kritische Infrastrukturen von ausländischen Investoren oder Staaten beherrscht werden – zu denken ist etwa an die Erstellung bzw. den Kauf kritischer Infrastrukturen auf dem afrikanischen Kontinent -, erscheint der Wunsch nach einer schweizerischen Beherrschung der nationalen Netzgesellschaft jedenfalls als legitim.

940 WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 Rz. 25.

941 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1634 und 1658.

942 Vgl. dazu auch KREUZER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 20 StromVG Rz. 4 ff.

Nach Art. 20 Abs. 1 StromVG sorgt die nationale Netzgesellschaft einerseits *«dauernd für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz»,* andererseits *«legt sie die grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer fest.»*

Im Einzelnen gehen damit, gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung von Art. 20 Abs. 2 StromVG, die folgenden Aufgaben einher:

- Der Betrieb und die Überwachung des gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes und das Führen desselben als eine Regelzone. Die nationale Netzgesellschaft hat dabei die Verantwortung für die Planung und Kontrolle des gesamten Übertragungsnetzes (lit. a).
- Die Verantwortlichkeit für das Bilanzmanagement und die Sicherstellung der weiteren Systemdienstleistungen inklusive der Bereitstellung von Regelenergie. Die nationale Netzgesellschaft hat die dazu benötigten Systemdienstleistungen nach marktorientierten, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu beschaffen, sofern sie diese nicht selbst erbringt (lit. b).[943]
- Die Begegnung einer Gefährdung des sicheren Netzbetriebs mit den notwendigen Massnahmen gemäss Art. 20a StromVG (lit. c).[944]
- Die Erarbeitung von transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zur Handhabung von Engpässen (lit. d).
- Die Zusammenarbeit mit den ausländischen Übertragungsnetzbetreibern und die Vertretung der Interessen der Schweiz in den entsprechenden Gremien (lit. e).
- Die Beteiligung an der Planung der europäischen Übertragungsnetze und die Sicherstellung der ausreichenden internationalen Vernetzung des schweizerischen Übertragungsnetzes (lit. f).
- Die Information der Bevölkerung über die Begründung und den Stand der von ihr gemäss dem Mehrjahresplan geführten Projekte sowie die Darlegung von deren Bedeutung für die schweizerische Stromversorgung (lit. g).
- Die Erteilung der für die Öffentlichkeitsarbeit notwendigen Auskünfte und die Zurverfügungstellung solcher Unterlagen an das BFE und die Kantone (lit. h).

943 BBl 2023 2301.

944 BBl 2023 2301; gemäss altem Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 lit. c aStromVG hatte die nationale Netzgesellschaft bei der Gefährdung des stabilen Netzbetriebs die notwendigen Massnahmen anzuordnen und die entsprechenden Einzelheiten mit den Kraftwerksbetreibern, den Netzbetreibern und den weiteren Beteiligten zu regeln.

Mit dem Mantelerlass[945] wurden der nationalen Netzgesellschaft zudem noch Aufgaben im Zusammenhang mit der Stromreserve auferlegt.[946] Daneben kommen der nationalen Netzgesellschaft aber auch diejenigen Aufgaben zu, welche der Gesetzgeber allen Netzbetreibern (wozu auch die Übertragungsnetzbetreiberin gehört) auferlegt.[947] Darauf wird sogleich im Zusammenhang mit den Verteilnetzbetreibern zurückzukommen sein.

Auf die Aufgaben der nationalen Netzgesellschaft im Detail einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.[948] Es genügt an dieser Stelle die Feststellung, dass der Bundesgesetzgeber die nationale Netzgesellschaft zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben gesetzlich verpflichtet.

4. Zwischenfazit: Keine Liberalisierung des Übertragungsnetzbetriebs

Beim Übertragungsnetz handelt es sich um eine systemkritische Infrastruktur, die für die Aufrechterhaltung der schweizerischen Stromversorgungssicherheit vital ist. Das Übertragungsnetz und dessen Betrieb sind somit von zentraler Bedeutung für die hiesige Stromversorgung. Diese Tatsache steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zur Vorstellung eines liberalisierten Marktumfeldes. Es verwundert daher wenig, dass der Bundesgesetzgeber im StromVG in Anlehnung an die EU-rechtlichen Vorgaben verschiedene Massnahmen vorsieht, welche das Funktionieren des Übertragungsnetzbetriebs sicherstellen sollen. In diesem Zusammenhang hat der Bundesgesetzgeber den Übertragungsnetzbetrieb von den übrigen Tätigkeiten im Strommarkt rechtlich entflochten und die nationale Netzgesellschaft als Übertragungsnetzbetreiberin für die gesamte Schweiz bestimmt. Die Aufgaben des Übertragungsnetzbetriebs wurden gesetzlich festgehalten. Ferner wurden Vorgaben geschaffen, welche darauf abzielen, die nationale Netzgesellschaft unter schweizerischer Kontrolle zu behalten. Föderalistische Komponenten bei der Besetzung der Organe der nationalen Netzgesellschaft wurden ebenfalls implementiert. Insgesamt führte die neue Strommarktordnung somit nicht zu einer Liberalisierung des Übertragungsnetzbetriebs, sondern zu einem engen Regulierungskorsett für die Übertragungsnetzbetreiberin nach europäischem Vorbild. Nach wohl herrschender Auffassung hat der Bundesgesetzgeber mit der exklusiven gesetzlichen Zuweisung des Übertragungs-

945 Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, BBl 2023 2301.

946 Vgl. insb. Art. 8a Abs. 4 StromVG, BBl 2023 2301.

947 KREUZER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 20 StromVG Rz. 4; KAISER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 8 Rz. 8 ff.

948 Vgl. stattdessen etwa die Ausführungen bei BAUMANN, Haftung, S. 35 ff.

netzbetriebs an die nationale Netzgesellschaft gar ein rechtliches Monopol für den Übertragungsnetzbetrieb geschaffen.[949] Ziel davon ist aber immerhin die Liberalisierung des übrigen Elektrizitätsmarktes.

Erstaunen mögen vor diesem Hintergrund aber die anhaltenden Bekräftigungen von unterschiedlicher Seite, wonach es sich beim Übertragungsnetzbetrieb um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit handeln soll bzw. dass die damit zusammenhängenden Rechtsverhältnisse durchwegs privatrechtlicher Natur seien.[950] Objektiv betrachtet führen nämlich recht wenige Argumente zu diesem Schluss. Mit der Privatautonomie des Privatrechts haben der Übertragungsnetzbetrieb und die nationale Netzgesellschaft kaum mehr etwas gemein.[951] Vielmehr liegt nach dem Gesagten die gegenteilige Schlussfolgerung nahe, dass es sich beim Übertragungsnetzbetrieb um eine öffentliche Aufgabe handelt und dass die daraus entspringenden Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur sind.[952] Auf die rechtliche Qualifikation des (Übertragungs-)Netzbetriebs wird später aber noch vertieft einzugehen sein.

IV. Verteilnetzbetreiber im Speziellen

1. Das Verteilnetz

Gemäss der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 lit. i StromVG ist das Verteilnetz ein Elektrizitätsnetz hoher, mittlerer oder niederer Spannung zum Zwecke der Belieferung von Endverbrauchern oder von Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Es setzt sich aus den Netzebenen 2 bis 7 zusammen, wobei die Netzebene 3 der überregionalen, die Netzebene 5 der regionalen und die Netzebene 7 der lokalen Verteilung von Elektrizität dient.[953] Die Spannung, mit der Verteilnetze betrieben werden, beträgt 400 V bis 160 kV.[954] Es handelt sich somit um Starkstromanlagen im Sinne des EleG.[955]

949 Statt aller BVGer A-3505/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012, E. 5.5.

950 Vgl. etwa Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1635 und 1659; zuletzt etwa auch in BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 4.1 und 5.2.3.

951 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 167 f., ist daher zuzustimmen, dass es sich bei der nationalen Netzgesellschaft im Prinzip eher um eine spezialgesetzliche AG handeln müsste; ferner BAUMANN, Haftung, S. 25 ff., welcher für die nationale Netzgesellschaft die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt für angemessener halten würde.

952 Mit dem gleichen Ergebnis auch FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 153; BAUMANN, Haftung, S. 49.

953 Art. 4 Abs. 1 lit. i StromVG; VSE, MMEE – 2018, S. 19.

954 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1642.

955 BORER/VLCEK, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 4 Abs. 1 lit. i StromVG Rz. 26.

2. Der Verteilnetzbetreiber: Bestimmung anhand der Netzgebietszuteilung

Im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Grundversorgung sieht der Gesetzgeber vor, dass die Kantone auf ihrem Territorium die Netzgebiete der jeweiligen Netzbetreiber bezeichnen (Art. 5 Abs. 1 StromVG).[956] Die konkrete Bestimmung des Netzbetreibers ergibt sich folglich aus der Bezeichnung der jeweiligen Netzgebiete, d.h. der Netzgebietszuteilung.

a) Verwaltungsakt der Netzgebietszuteilung

Die Netzgebietszuteilung (d.h. der eigentliche Verwaltungsakt) richtet sich nach dem kantonalen Recht. Die Grundlage und Pflicht zur Bezeichnung der Netzgebiete besteht indes bereits aufgrund der bundesrechtlichen Bestimmung im StromVG.[957] Die Kantone sind grundsätzlich frei, die Aufgabe der Netzgebietszuteilung an die Gemeinden zu delegieren.[958] RECHSTEINER/WALDNER weisen aber zu Recht darauf hin, dass die Kompetenzdelegation durch Zweck- und Verhältnismässigkeitsgesichtspunkte begrenzt sein muss.[959] In der Tat macht es wenig Sinn, die Gemeinden mit der Bestimmung der Netzgebiete zu betrauen. Da keine zwingende Kongruenz zwischen dem Netz eines Netzbetreibers bzw. -eigentümers und dem Gemeindegebiet besteht, erscheint die Festlegung der Netzgebiete durch die Gemeinden als wenig geeignet.[960] Die Netzgebietszuteilung muss schliesslich auch diskriminierungsfrei[961] sein und hat die bestehenden Eigentumsverhältnisse zu beachten und möglichst zu wahren.[962] Wo bereits ein Netz besteht, ist der Ermes-

956 Da die Netzkosten für Gebiete mit geringer Kundendichte relativ gesehen hoch sind und der Betrieb eines Elektrizitätsnetzes dort möglicherweise nicht rentabel ist, soll die hoheitliche Netzgebietszuteilung die Entstehung «verwaister» Gebiete verhindern, vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1618 und 1644.

957 EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 24; Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644; LIENHARD/KETTIGER, Handlungsspielräume, S. 4 f.; KERN, BSK BV, Art. 91 N 16.

958 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644.

959 RECHSTEINER/WALDNER, S. 1289.

960 Kritisch auch EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 29; auf höheren Netzebenen erstreckt sich das Netz eines Netzbetreibers in der Regel ohnehin über das Gemeindegebiet hinaus, da es dem regionalen bzw. überregionalen Transport dient, vgl. auch RECHSTEINER/WALDNER, S. 1289.

961 Da die Verfügungsadressaten bei der Netzgebietszuteilung aufgrund der Achtung der Eigentumsverhältnisse nach der wohl herrschenden Lehre grundsätzlich feststehen (sog. «Grandfathering»), kann sich die Diskriminierungsfreiheit nur noch auf die räumliche Zuweisung der Netzgebiete beziehen, vgl. dazu RECHSTEINER/WALDNER, S. 1292 m.w.H.

962 WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 3 Rz. 7; Botschaft StromVG, S. 1644; nicht bzw. wohl nur in Ausnahmefällen als *ultima ratio* zulässig sind mit der Netzgebiets-

sensspielraum bei der Zuteilung somit eng begrenzt.[963] Die Zuteilung der Netzgebiete hat grundsätzlich für jede Netzebene – mit Ausnahme des Übertragungsnetzes, welches auf gesamtschweizerischer Ebene von der nationalen Netzgesellschaft betrieben wird[964] – separat zu erfolgen.[965]

Sofern Verteilnetzeigentum und -betrieb auseinanderfallen, ist die Vereinbarung zwischen dem Netzeigentümer und dem Betreiber bei der Auswahl des Verfügungsadressaten für die Netzgebietszuteilung grundsätzlich zu beachten; die Behörde ist aber nicht an die Vereinbarung gebunden.[966] Für gewöhnlich wird in diesem Fall der effektive Betreiber des Netzes Adressat der Zuteilungsverfügung (und somit Netzbetreiber im Sinne des StromVG) sein.[967] Möglich scheint aber auch eine Aufteilung der unterschiedlichen, mit der Netzgebietszuteilung verbundenen Pflichten zwischen dem Netzeigentümer und dem Netzbetreiber.[968] Dies kann unter Umständen angezeigt sein, da dem Betreiber, welcher nicht selbst Eigentümer ist, keine uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über das Netz zukommt und er somit nicht allen Pflichten, welche ihm der Gesetzgeber überträgt, ohne Weiteres nachkommen kann.[969] Da die Pflichten, welche mit der Netzgebietszuteilung einhergehen, nicht persönlicher Natur sind, kann der Netzeigentümer den Betrieb aber auch dann durch einem Dritten vornehmen lassen, wenn er selbst als Netzbetreiber bezeichnet wurde. In diesem Fall bleiben die mit der Netzgebietszuteilung einhergehenden Pflichten indes bei ihm als Verfügungsadressaten bestehen.[970]

zuteilung einhergehende Strukturbereinigungen, vgl. dazu EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 23 f.; JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 4, je m.w.H.

963 RECHSTEINER/WALDNER, S. 1290 f. m.w.H.

964 Vgl. Art. 18 Abs. 1 StromVG.

965 JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 7 m.w.H.; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 25 f.

966 EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 27.

967 Da dem Eigentümer diesfalls eine Duldungspflicht zukommt, ist er aber ebenfalls Verfügungsadressat, vgl. EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 27.

968 RECHSTEINER/WALDNER, S. 1290; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 27 f.

969 EnDK, Kantonale Netzgebietszuteilung, S. 27; da die Netzgebietszuteilung den Eigentumsverhältnissen folgt, wird der Dritte das Netz aber im Auftrag und somit auch mit dem Einverständnis des Eigentümers betreiben. Die Aufgaben (und somit auch die Verfügungsbefugnis über das Eigentum) sollten bereits (vertraglich) zwischen Eigentümer und Betreiber geregelt werden.

970 RECHSTEINER/WALDNER, S. 1290.

b) Wirkung der Netzgebietszuteilung

(i) Aufgabenzuweisung

In erster Linie ist mit der Netzgebietszuteilung die Zuweisung der im StromVG sowie der in anderen Erlassen der Strommarktordnung enthaltenen Aufgaben und Pflichten an die Netzbetreiber als Verfügungsadressaten verbunden (dazu sogleich).[971]

(ii) Rechtliches Monopol für den Bau und Betrieb eines Elektrizitätsnetzes?

Nach herrschender Auffassung bewirkt die Netzgebietszuteilung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 StromVG kein rechtliches Monopol zu Gunsten des bezeichneten Netzbetreibers, welches die Erstellung und den Betrieb paralleler Netzinfrastrukturen verbieten würde.[972] Umstritten ist hingegen die Frage, ob den Kantonen weiterhin das Recht zukommt, kantonal-rechtliche Monopole im Bereich der Stromversorgung zu schaffen,[973] so auch für den Bau und Betrieb von Elektrizitätsnetzen.[974] Sofern die Möglichkeit zur Schaffung kantonalrechtlicher Monopole unter der Geltung des StromVG überhaupt in Betracht gezogen werden soll, liessen sich solche Monopole nach wohl einhelliger Meinung nur aus originärem kantonalem Recht herleiten.[975]

Das Bundesgericht hatte im Rahmen von vorfrageweisen Erwägungen ebenfalls Gelegenheit, sich zu dieser Thematik zu äussern. Es zeigte sich dabei allerdings wenig konsistent und liess auch die erforderliche Differenzierung zwischen der im StromVG gemachten und im Zentrum der Marktregulierung stehenden Unterscheidung des Netzbetriebs und der Versorgung missen.

So führte das Bundesgericht in BGE 143 I 395 ohne nähere Begründung aus, dass das StromVG dem Netzbetreiber in seinem Gebiet ein gesetzliches Ausschliesslichkeitsrecht für den Netzbetrieb einräume, weshalb andere Be-

971 Die Pflichten gehen mit der Netzgebietszuteilung ohne Weiteres einher, vgl. FÖHSE, Strommarktordnung, S. 134.

972 RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291 f.; offengelassen EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 30; a.M. ÇELIK, S. 910.

973 Vgl. dazu RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291 f.; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 30; ÇELIK, S. 910; KERN, BSK BV, Art. 91 N 5 und 14; POLTIER, Rz. 737 f.; JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1–4 N 28 Fn. 50; BFE, Schlussbericht AG Par, S. 67; BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 115 f.

974 Ablehnend RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291 mit Verweis auf das *«bundesrechtlich abschliessende […] Bewilligungsregime für elektrische Anlagen»* im EleG; befürwortend BFE, Schlussbericht AG Par, S. 67; KERN, BSK BV, Art. 91 N 5 und 14; offengelassen EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 30.

975 RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 30; in diesem Sinne wohl auch BFE, Schlussbericht AG Par, S. 67.

treiber in diesem Gebiet kein Elektrizitätsnetz betreiben könnten.[976] Bei einem gesetzlichen Ausschliesslichkeitsrecht handelt es sich um nichts anderes als um ein rechtliches Monopol. In BGE 144 III 111 erwog das Bundesgericht hingegen bereits kurze Zeit später, dass das StromVG dem ansässigen Netzbetreiber kein ausschliessliches Anschlussrecht bzw. kein entsprechendes rechtliches Monopol einräume.[977] Es tat dies mit Verweis auf BGE 141 II 141, in welchem es thematisch allerdings um die Frage ging, ob das StromVG ein rechtliches Liefermonopol statuiere (was vom Bundesgericht verneint wurde).[978] Liegt kein ausschliessliches Anschlussrecht des ansässigen Netzbetreibers bzw. kein entsprechendes rechtliches Monopol vor, kann aber folgerichtig auch kein gesetzliches Ausschliesslichkeitsrecht, d.h. kein rechtliches Monopol für den Netzbetrieb vorliegen. Denn der Anschluss von Dritten an das eigene Elektrizitätsnetz gehört zu den gesetzlichen Aufgaben des ansässigen Netzbetreibers (Art. 5 Abs. 2 StromVG) und somit zum Netzbetrieb. Hinsichtlich der Möglichkeit zur Schaffung eines kantonal-rechtlichen Monopols zum Bau von Elektrizitätsnetzen hatte sich das Bundesgericht unter dem neuen Recht soweit ersichtlich hingegen noch nicht zu äussern.

(iii) Sondernutzungskonzession für den Bau und Betrieb eines Elektrizitätsnetzes?

Die heute vorwiegend vertretene Meinung geht dahin, dass die Netzgebietszuteilung und die Einräumung einer Sondernutzungskonzession zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens für den Bau und den Betrieb der Elektrizitätsnetze getrennt voneinander zu betrachten sind. Der Verwaltungsakt der Netzgebietszuteilung verschafft dem Netzbetreiber somit noch keinen Sondernutzungsanspruch.[979] Die Einräumung einer Sondernutzungskonzession ist denn auch nicht zwingend erforderlich. Das EleG verweist die Netzbetreiber für die Inanspruchnahme von Grund und Boden explizit auf das Plangenehmigungsverfahren bzw. auf den enteignungsrechtlichen Weg, sofern mit dem Grundeigentümer keine Einigung erzielt werden kann. Dieses Verfahren gilt auch gegenüber dem Gemeinwesen.[980]

976 BGE 143 I 395, E. 4.2 und 4.3 S. 400 f.; vgl. ferner POLTIER, Rz. 738, welcher von einem rechtlichen Monopol für den Netzbetrieb (zumindest für die Durchleitung von elektrischer Energie) auszugehen scheint.

977 BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 115.

978 BGE 141 II 141, E. 4.4 S. 152 f.

979 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1678; RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291 und 1295; FÖHSE, Strommarktordnung, S. 134; BGer 2C_237/2014 vom 16. Juli 2014, E. 5.8; etwas unklar ÇELIK, S. 910; ferner zur altrechtlichen Situation STRAUB, S. 17 f.

980 Vgl. RECHSTEINER/WALDNER, S. 1293 f.; FUCHS/MORGENBESSER, S. 1101.

c) Das Netzgebiet

Während eine Legaldefinition des Netzgebietes fehlt, umschreibt die Botschaft zum StromVG das Netzgebiet als *«räumliche Ausdehnung des Netzes eines Netzbetreibers über ein Gebiet, in welchem Endverbraucher an dieses Netz angeschlossen sind»*.[981] Diese Definition ist in räumlicher Hinsicht offenkundig unvollständig. Ob in einem Gebiet bereits Endverbraucher an das Netz angeschlossen sind, kann für die Bestimmung des Netzgebietes nicht massgebend sein.[982] Da sich die Anschlusspflicht des Netzbetreibers in erster Linie nach seinem Netzgebiet richtet (dazu sogleich), werden künftige Anschlüsse folglich bereits miterfasst bzw. mitunter nur aufgrund der mit der Netzgebietszuteilung verbundenen Anschlusspflicht überhaupt erst erstellt.[983] Ziel der Netzgebietszuteilung ist die vollständige Abdeckung des Landes mit der elektrischen Grundversorgung und die Verhinderung «verwaister» Netzgebiete.[984] Weil die Netzgebietszuteilung zudem nach herrschender Auffassung kein rechtliches Monopol für den Bau und Betrieb eines Elektrizitätsnetzes durch den ansässigen Netzbetreiber begründet und Art. 5 Abs. 3 StromVG Anschlüsse ausserhalb des eigenen Verteilnetzes expressis verbis vorsieht, sind zudem auch Fälle denkbar, in welchen das Netz grösser als das eigentliche Netzgebiet ist. Nach der hier vertretenen Ansicht bestimmt sich das Netzgebiet deshalb nicht nach dem Status quo (also dem bestehenden Netz des Netzbetreibers), sondern allein nach dem im Verwaltungsakt der Netzgebietszuteilung einem Netzbetreiber für eine bestimmte Netzebene zugeteilten Gebiet.[985]

981 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644; kritisch dazu aber etwa JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4, Rz. 6 sowie EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 25 f., da der in der Botschaft zum StromVG verwendeten Definition des Netzgebietes keine Aussage zu den Netzebenen entnommen werden könne.

982 Gl.M. EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 28 m.w.H.; JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 6; a.M. RECHSTEINER/WALDNER, S. 1292.

983 In der Lehre wird denn auch zu Recht darauf hingewiesen, dass auch erst noch zu erschliessende Gebiete oder Gebiete, die zwar bereits in den Grundzügen erschlossen sind, in denen aber noch keine Anschlüsse bestehen, vom Netzgebiet umfasst werden, vgl. JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4, Rz. 6; a.M. RECHSTEINER/WALDNER, S. 1292 f.

984 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1618 und 1644; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 23 f.

985 Auch wenn sich die Netzgebietszuteilung grundsätzlich an den bestehenden Eigentumsverhältnissen am Netz zu orientieren hat (bzw. hatte; sog. «Grandfathering»), vgl. statt aller: JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 11 und 17 ff. m.w.H.; a.M. RECHSTEINER/WALDNER, S. 1292 f.

d) Verknüpfung der Netzgebietszuteilung mit Leistungsaufträgen

Die Netzgebietszuteilung kann mit einem Leistungsauftrag verbunden werden (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Die gesetzgeberische Intention war, dass die Kantone auf diesem Wege die Grundversorgung weiter verbessern können. Art. 5 Abs. 1 StromVG stellt aber lediglich eine Ermächtigungsnorm für die Kantone dar. Die gesetzliche Grundlage für den Leistungsauftrag bildet das jeweilige kantonale Recht.[986] Dasselbe gilt auch für die Form des Leistungsauftrags, so dass sich der entsprechende Verwaltungsakt nach dem kantonalen Recht richtet.[987]

Als Gegenstand des Leistungsauftrages kommen verschiedene Aufgaben und Pflichten in Frage, wie z.B. die Pflicht zum Betrieb der öffentlichen Beleuchtung oder zur Erbringung von Energiedienstleistungen. Aber auch weitergehende Versorgungspflichten als im StromVG vorgesehen sollen möglich sein.[988] Immerhin ist zu fordern, dass der Leistungsauftrag einen sachlichen Zusammenhang zur Elektrizitätsversorgung aufweist.[989] Die Kosten, die dem Netzbetreiber aufgrund des auferlegten Leistungsauftrages entstehen, qualifizieren regelmässig als Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen i.S.v. Art. 14 Abs. 1 StromVG. Sie stellen damit einen Bestandteil des Netznutzungsentgeltes dar und werden mittelbar von den Endverbrauchern getragen.[990] Nach Auffassung des Bundesgerichts schliesst das StromVG aber nicht aus, dass Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen auch auf anderen Tarifkomponenten erhoben werden können.[991]

Die Verknüpfung von Netzgebietszuteilung und Leistungsaufträgen ist schliesslich wiederum Ausfluss der gesetzlich nur ungenügend definierten Rolle des Netzbetreibers und der Schwierigkeit, die historisch gewachsene und meist von der öffentlichen Hand beherrschte Elektrizitätsversorgung einer neuen Marktordnung zuzuführen. Ob diese Verknüpfung von Netzgebietszuteilung und Leistungsaufträgen einerseits und die Möglichkeit zur Schaffung kantonaler Eigenheiten andererseits sinnvoll ist, mag dahinge-

986 Wozu die Kantone aber auch ohne explizite Ermächtigung befugt wären, so EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 35; vgl. etwa die Ermächtigungsnorm in § 25 Energiegesetz des Kantons Aargau (EnergieG; SAR 773.200) vom 17. Januar 2012.

987 EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 36; JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 25.

988 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644.

989 So auch EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 36 Fn. 77.

990 EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 35 f.; SPIELMANN, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 14 StromVG Rz. 49 ff. m.w.H.

991 BGer 2C_297/2019 vom 28. Mai 2020, E. 6.5.

stellt bleiben. Im Lichte der Entstehungsgeschichte des StromVG erscheint die hoheitliche Zuweisung von Leistungsaufträgen an die Netzbetreiber jedenfalls als inkonsequent. Verfolgte man den Ansatz, den Netzbetrieb von den übrigen hergebrachten Tätigkeiten eines EVU trennen zu wollen, konsequent weiter, wären solche Leistungsaufträge grundsätzlich frei zu vergeben (sofern sie denn nicht vom Gemeinwesen in Eigenregie wahrgenommen werden). Jedenfalls aber hätte es keiner entsprechenden Regelung im StromVG bedurft.

3. Aufgaben

a) Allgemeines

Während das StromVG die Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiberin in Art. 20 StromVG enumerativ (wenn auch erstens nicht abschliessend und zweitens nur unvollständig) auflistet, sieht das StromVG keinen ausdrücklich an die Verteilnetzbetreiber adressierten Aufgabenkatalog vor. Ihre Aufgaben ergeben sich auf wenig übersichtliche Weise aus verschiedenen Normen des StromVG und aus weiteren Erlassen.

b) Aufgaben der Netzbetreiber im StromVG

(i) Netzbetrieb

Art. 8 StromVG trägt die Sachüberschrift «Aufgaben der Netzbetreiber». Darin weist der Gesetzgeber den Netzbetreibern (d.h. der Übertragungsnetzbetreiberin und den Verteilnetzbetreibern) in nicht abschliessender Aufzählung Aufgaben zu, welche die Netzbetreiber untereinander koordinieren sollen. Es sind dies:

- Die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Art. 8 Abs. 1 lit. a StromVG).
- Die Organisation der Netznutzung und die Regulierung des Netzes unter Berücksichtigung des Austausches mit anderen Netzen (Art. 8 Abs. 1 lit. b StromVG).
- Die Bereitstellung der benötigten Reserveleitungskapazitäten (Art. 8 Abs. 1 lit. c StromVG).
- Die Erarbeitung der technischen und betrieblichen Mindestanforderungen für den Netzbetrieb, wobei sie internationale Normen und die Empfehlungen anerkannter Fachorganisationen zu berücksichtigen haben (Art. 8 Abs. 1 lit. d StromVG).
- Die jährliche Orientierung der ElCom über den Betrieb und die Belastung der Netze sowie betreffend ausserordentliche Ereignisse (Art. 8 Abs. 3 StromVG).

Die in Art. 8 StromVG enthaltenen Aufgaben zielen auf das Funktionieren des Netzbetriebes ab, welcher die zentrale Aufgabe des Netzbetreibers bleibt. Der funktionierende Netzbetrieb ist die Grundvoraussetzung für die in Art. 1 Abs. 1 StromVG festgehaltenen Ziele der Gewährleistung der Versorgungssicherheit und der Schaffung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarktes.[992]

(ii) Anschlussgarantie im Besonderen

a. Grundsätzliches

Verbunden mit der Netzgebietszuteilung ist, als zentrales Instrumentarium der Grundversorgung, die Pflicht des Netzbetreibers (aus der Systematik geht hervor, dass hier der Verteilnetzbetreiber gemeint sein muss), in seinem Netzgebiet alle Endverbraucher innerhalb der Bauzone und ganzjährig bewohnte Liegenschaften und Siedlungen ausserhalb der Bauzonen sowie alle Elektrizitätserzeuger an das Elektrizitätsnetz anzuschliessen (Art. 5 Abs. 2 StromVG; sog. Anschlussgarantie).[993] Die Kantone können gemäss Art. 5 Abs. 3 StromVG die auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreiber überdies verpflichten, auch Endverbraucher ausserhalb ihres Netzgebiets an das Netz anzuschliessen. Zu denken ist an Fälle, in denen die Versorgung anderweitig nicht möglich oder sinnvoll ist.[994] Die Garantie des physischen Netzanschlusses stellt die Grundvoraussetzung für eine funktionierende Grundversorgung (Service public) dar.[995]

b. (Kein) Rechtliches Anschlussmonopol für Verteilnetzbetreiber?

(i) Kein Anschlusszwang

Wie zuvor bereits festgehalten, besteht nach herrschender Auffassung kein bundesrechtliches Netzbetriebs- und somit auch kein Anschlussmonopol für den ansässigen Netzbetreiber.[996] Die bundesrechtliche Anschlusspflicht

992 Vgl. dazu auch KAISER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 8 StromVG Rz. 2 ff.; trotzdem etwas sachfremd erweist sich die durch den Mantelerlass aufgenommene Bestimmung in Art. 8 Abs. 1bis StromVG, wonach die Erzeuger, Endverbraucher und Speicherbetreiber den Netzbetreiber bei Massnahmen zur Gewährleistung des sicheren Netzbetriebes unterstützen und dessen Anweisungen bei Massnahmen i.S.v. Art. 20a StromVG befolgen sollen, BBl 2023 2301.

993 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644.

994 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644.

995 JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 2.

996 Vgl. dazu RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291 f.; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 30; ÇELIK, S. 910; KERN, BSK BV, Art. 91 N 5 und 14; POLTIER, Rz. 737 f.; JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 Rz. 28 Fn. 50; BFE, Schlussbericht AG Par, S. 67; BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 115 f.

gemäss Art. 5 Abs. 2 StromVG besteht dementsprechend bloss für den Netzbetreiber und ist nur einseitig verpflichtend. Endverbrauchern und Elektrizitätserzeugern kommt ein Anschlussrecht, nicht aber eine Anschlusspflicht zu.[997] Der Endverbraucher ist daher (zumindest theoretisch) frei, seinen Bedarf auch anderweitig, namentlich durch Selbstversorgung oder durch Bezug bei einem anderen Lieferanten[998] bzw. Netzbetreiber,[999] sicherzustellen.[1000]

Nach wohl überwiegender, aber nicht unumstrittener Auffassung sind auch kantonale und kommunale Anschlussmonopole unter dem geltenden Recht unzulässig. Dasselbe gilt im Übrigen auch für einen entsprechenden Anschlusszwang, wie er früher zum Teil noch vorgesehen war.[1001] Ob die teilweise bestehenden kantonalen bzw. kommunalen rechtlichen Anschlussmonopole[1002] mit dem Bundesrecht vereinbar sind, soll hier nicht weiter vertieft werden.[1003] Deren Zulässigkeit ist m.E. aber schon deshalb zu verneinen, weil das nachträglich derogatorisch wirkende Stromversorgungsrecht des Bundes mit Art. 5 Abs. 5 StromVG bereits eine (abschliessende) Regelung enthält, um den Bau unerwünschter Parallelleitungen zu verhindern (dazu sogleich).

Auf die Thematik von rechtlichen Monopolen für die Lieferung von elektrischer Energie wird an anderer Stelle noch gesondert einzugehen sein.

997 Die Marginalie von Art. 5 StromVG lautet denn auch auf Anschlussgarantie, vgl. auch JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 28.

998 Etwa im Rahmen eines Zusammenschlusses zum Eigenverbrauch; vgl. dazu die Bestimmungen gemäss Art. 16 ff. EnG.

999 Sog. Netzflucht (auch Netzebenenflucht oder Netzbetreiberflucht genannt, vgl. VSE, NNMV – CH 2021, S. 27), welche aber das Vorhandensein entsprechender Elektrizitätsleitungen bzw. -netze voraussetzt.

1000 BGE 141 II 141, E. 4.4 S. 152 f.; JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 28.

1001 JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 28 inkl. Fn. 50; im Ergebnis gleich RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291; ferner EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 30; a.M. BFE, Schlussbericht AG Par, S. 67; KERN, BSK BV, Art. 91 N 5.

1002 Vgl. etwa § 6 Abs. 1 Kantonales Stromversorgungsgesetz (SRL Nr. 772) vom 12. Dezember 2011 des Kantons Luzern, welcher ausschliesslich den bezeichneten Netzbetreiber zum Netzanschluss innerhalb des zugeteilten Netzgebietes *berechtigt*.

1003 Das Bundesgericht hat die Vereinbarkeit von § 6 Abs. 1 des kantonalen Stromversorgungsgesetz Luzern mit den bundesrechtlichen Vorgaben im StromVG in BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 115 f. ausdrücklich offengelassen.

(ii) Exkurs: Parallelleitungen

Von der elektrischen Selbstversorgung oder der Sicherstellung der Energieversorgung innerhalb eines Zusammenschlusses zum Eigenverbrauch[1004] abzugrenzen ist der Fall der sog. Netzflucht, d.h. der Anschluss an ein anderes Elektrizitätsnetz. Voraussetzung dafür ist, dass ein solches Netz überhaupt vorhanden ist oder in der Form von Parallelleitungen geschaffen wird. Während die dezentrale Versorgung durch erneuerbare Energieträger im Rahmen der Energiestrategie 2050 erwünscht ist und sogar gefördert wird,[1005] gilt dies nicht für die Erstellung paralleler Netzinfrastrukturen, da diese ineffizient und somit volkswirtschaftlich unerwünscht sind.[1006]

Um den Bau von Parallelnetzen zu unterbinden, sieht Art. 5 Abs. 5 StromVG die Möglichkeit zur Einführung einer Kostentragungspflicht zu Lasten der Endverbraucher und Netzbetreiber für nicht amortisierbare Leitungen durch den Bundesrat vor.[1007] Der Bundesrat hat die ihm übertragene Regelungskompetenz betreffend den Wechsel von Anschlüssen indes nicht selbst wahrgenommen.[1008] Er hat diese Kompetenz an die Netzbetreiber weiterdelegiert und sie mit der Festlegung von Richtlinien für die Abgeltung beim Wechsel von Anschlüssen beauftragt (Art. 3 Abs. 2 StromVV).[1009] Da den Richtlinien nach allgemeiner Auffassung mangels der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen keine hoheitliche Geltung zukommt, ist die Weiterdelegation an sich zulässig.[1010] Da die Amortisation der Leitungen über das Netznutzungsentgelt erfolgt und die Netznutzung nach der hier vertretenen Ansicht öffentlich-rechtlicher Natur ist,[1011] muss die Abgeltung für nicht amortisierbare Leitungen vice versa ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur sein. In diesem Fall gelten aber die bekannten (strengen) Anforderungen im Zusammenhang mit der Erhebung öffentlich-rechtlicher Gebühren und Abgaben.[1012] Ob Art. 5 Abs. 5 StromVG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 StromVV und den Richtlinien den Anforderungen an eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage zur Abgabenerhebung genügt, erscheint m.E. hingegen frag-

1004 Vgl. Art. 17 EnG.

1005 Vgl. etwa Bundesrat, Botschaft erstes Massnahmenpaket, S. 7627.

1006 WALTHER, S. 27.

1007 RECHSTEINER/WALDNER, S. 1295; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 31; Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644.

1008 Vgl. Verfügung der ElCom 922-09-001 vom 9. Dezember 2010, Rz. 31.

1009 Vgl. dazu die Richtlinie des VSE, NNMV – CH 2021, S. 27 und 62.

1010 Vgl. statt aller ElCom, Rechtsnatur, S. 5.

1011 Vgl. dazu § 12.

1012 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2762.

lich.[1013] Neben der Frage, ob die Abgabehöhe bereits auf Gesetzesstufe die erforderliche Konkretisierung aufweist oder zumindest durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip hinreichend bestimmt werden kann, wirft insbesondere auch die bundesrätliche Subdelegation der Festlegung der Abgabehöhe an die Netzbetreiber gemäss Art. 3 Abs. 2 StromVV Bedenken grundlegender Natur auf. Davon ausgehend, dass es sich dabei um öffentlich-rechtliche Forderungen bzw. Abgaben handelt, stellt überdies die fehlende Normeigenschaft der Richtlinien aus Sicht des streng gehandhabten Legalitätsprinzips im Abgaberecht ein Problem dar.

So oder anders müssten sich gebietsfremde Netzbetreiber seitens des Regulators aber wohl die Frage gefallen lassen, ob die Parallelleitung i.S.v. Art. 15 Abs. 1 StromVG notwendig war (Effizienzkriterium), wobei verneinendenfalls die damit verbundenen Aufwendungen nicht zu den anrechenbaren Netzkosten gezählt und nicht in die Berechnung des Netznutzungsentgeltes einfliessen dürften, mithin also vom gebietsfremden Netzbetreiber selbst zu bezahlen wären. Diese Tatsache dürfte die Motivation zur Erstellung von Parallelleitungen erheblich mindern. Zuletzt sprechen aber vor allem auch umwelt- und verfahrensrechtliche sowie allgemeine kostentechnische Gründe gegen den Aufbau paralleler Netzinfrastrukturen.[1014]

Auf die Netzgebietszuteilung haben der Wechsel eines Anschlusses bzw. die Erstellung von Parallelnetzen (Netzflucht) schliesslich keinen Einfluss, da sich das Netzgebiet nach der hier vertretenen Ansicht einzig nach dem Verfügungsakt und nicht nach den tatsächlichen Verhältnissen richtet.[1015]

c. Verhältnis zur raumplanungsrechtlichen Erschliessungspflicht

Das Gemeinwesen ist zur raumplanungsrechtlichen Erschliessung der Bauzonen verpflichtet (Art. 19 Abs. 2 RPG und Art. 5 Abs. 2 WEG). Darunter fällt auch die Erschliessung mit Elektrizität (Art. 19 Abs. 1 RPG und Art. 4 Abs. 1 und 2 WEG).[1016] Adressaten der Erschliessungspflicht sind die Kantone, wel-

1013 So bereits BFE, Schlussbericht AG Par, S. 8 und 13 in Bezug auf Art. 5 Abs. 5 E-StromVG. Die Arbeitsgruppe Parallelleitungen schlug deshalb die Ergänzung von Art. 5 Abs. 5 E-StromVG um den letzten Satz der heutigen Fassung von Art. 5 Abs. 5 StromVG vor. Sie ging bei ihren Überlegungen indes wohl nicht von einer Weiterdelegation an die Netzbetreiber aus, sondern davon, mit der Ergänzung um den letzten Satz die Grundlage zu schaffen, um den Wechsel von Anschlüssen auf Verordnungsebene genauer zu regeln (vgl. BFE, Schlussbericht AG Par, S. 13).

1014 Vgl. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 210 ff.

1015 In diesem Sinne auch FUCHS, in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 5 StromVG, Rz. 40.

1016 Vgl. dazu insbesondere WELTERT, S. 266 ff.; ferner RÜEGGER, S. 94; FÖHSE, Strommarktordnung, S. 133.

che diese Pflicht aber an die Gemeinden übertragen haben.[1017] Eine (Weiter-) Übertragung der Erschliessungspflicht auf Dritte erscheint aber ebenfalls als zulässig.[1018]

Nach herrschender Auffassung wirkt die Anschlusspflicht gemäss Art. 5 Abs. 2 StromVG im Sinne einer *lex specialis* gegenüber der in Art. 19 Abs. 2 RPG und Art. 5 Abs. 2 WEG verankerten allgemeinen Erschliessungspflicht. Die Pflicht zur elektrischen Erschliessung geht mit der Netzgebietszuteilung somit auf die Netzbetreiber über.[1019] Die Anschluss- und Erschliessungspflicht des StromVG umfasst zudem auch ganzjährig bewohnte Liegenschaften und Siedlungen ausserhalb der Bauzone, womit sie räumlich weiter gefasst ist als die Erschliessungspflicht gemäss RPG und WEG.[1020]

Höchstrichterliche Klärung hat mittlerweile auch die Frage erfahren, ob rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Erschliessung und den Netzanschlüssen in die Zuständigkeit der ElCom oder der kantonalen Instanzen fallen. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, dass Netzanschlüsse trotz der in Art. 5 Abs. 2 StromVG geregelten bundesrechtlichen Anschlusspflicht in die Kompetenz der Kantone fallen würden, da das StromVG die Kantone mit dem Vollzug betraue (vgl. Art. 30 Abs. 1 StromVG). Auch die Erschliessungskosten richteten sich aufgrund von Art. 19 Abs. 2 RPG und Art. 6 WEG weiterhin nach kantonalem Recht. Die Kantone seien somit sowohl für die Normierung als auch für die Entscheidfindung in diesen Bereichen zuständig.[1021] In der Lehre wird aber auch der Standpunkt vertreten, dass es sich beim Netzanschluss um einen Bestandteil der Netznutzung handle und dass den Kantonen aufgrund von Art. 5 Abs. 4 StromVG nur für die Anschlusskosten ausserhalb der Bauzone eine Regelungszuständigkeit zukomme, weshalb die ElCom in den übrigen Bereichen sachlich zuständig sei.[1022] M.E. sind beide Meinungen – je mit guten Gründen – vertretbar, aber nicht zwingend. Der

1017 Die subsidiäre Auffangverantwortung bleibt aber bei den Kantonen, vgl. JEANNERAT, in: Praxiskommentar RPG, Art. 19 Rz. 45.

1018 JEANNERAT, in: Praxiskommentar RPG, Art. 19 Rz. 46; RECHSTEINER/WALDNER, S. 1289.

1019 RECHSTEINER/WALDNER, S. 1289; FÖHSE, Strommarktordnung, S. 134 Fn. 71; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 40 Fn. 189; so in Bezug auf das abgelehnte EMG auch JAGMETTI, Rz. 6439; JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 27.

1020 JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 1-4 StromVG, Rz. 32.

1021 BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.6; in diesem Sinne auch, aber mögliche Kompetenzüberschneidungen mit der ElCom für möglich haltend EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 38.

1022 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236 f. und 1238 ff.

Bundesgesetzgeber hätte hier durchaus klarer normieren dürfen. Das Bejahen entsprechender kantonaler Kompetenzen führt jedenfalls zu einem dualistischen System bei der Verteilung der Erschliessungs- bzw. Netzkosten, da diese einerseits durch kantonales Recht (etwa als Erschliessungsbeiträge) determiniert sein und verursachergerecht angelastet werden können oder aber auch bundesrechtlich in den anrechenbaren Netzkosten enthalten sein und dadurch solidarisiert werden können.[1023] Ob dieser Dualismus sinnvoll erscheint, ist eine politische Frage, auf die hier nicht einzugehen ist.[1024] Aus juristischer Sicht wird dadurch aber nicht gerade die Klarheit gefördert. Die Aufteilung hat auch erhebliche praktische Konsequenzen. Streitigkeiten betreffend die Kosten für die Erschliessung eines Netzanschlussnehmers können so teilweise unter die kantonale Gerichtsbarkeit fallen und teilweise in die Zuständigkeit der ElCom.[1025] Die kantonal geregelten und individuell in Rechnung gestellten Erschliessungskosten wirken sich aber auf alle Fälle indirekt wiederum auf sämtliche Endverbraucher innerhalb des Elektrizitätsnetzes des Netzbetreibers aus, da diese Kosten bei der Festlegung des Netznutzungsentgeltes in Abzug gebracht werden müssen (Art. 15 Abs. 3bis StromVG).

(iii) Lieferpflicht für bestimmte Endverbraucher

a. De lege lata

Das StromVG statuiert zuhanden der Verteilnetzbetreiber eine Lieferpflicht für bestimmte Endverbraucher. Nach Art. 6 Abs. 1 StromVG sind die Verteilnetzbetreiber verpflichtet, die sog. festen Endverbraucher und die Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit mit der gewünschten Menge an elektrischer Energie mit der erforderlichen Qualität und zu angemessen Tarifen zu beliefern (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Die Inpflichtnahme eines bestimmten Netzbetreibers für ein konkretes Gebiet erfolgt indes erst mit der Netzgebietszuteilung durch die Kantone (Art. 5 Abs. 1 StromVG).[1026] FÖHSE schliesst daraus, dass es folglich die Kantone bzw. Gemeinden seien, welche den Versorgungsauftrag für die Grundversorgung erteilten. Aufgrund der andersgearteten Organisationsformen der Akteure könne der Versorgungsauftrag zudem in unterschiedlichen Formen in Erscheinung treten, namentlich als Rechtssatz, Zweckfestlegung einer Aktiengesellschaft, Konzession

1023 BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.7.1 f.

1024 Vgl. zu den Gründen aber BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.6 und 3.7.

1025 Vgl. auch EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 38.

1026 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 134 m.w.H.; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 24.

des öffentlichen Dienstes, verwaltungsrechtlicher Vertrag etc.[1027] Präzisierend hinzuzufügen ist aber, dass sich die Versorgungsaufgabe der Netzbetreiber für bestimmte Endverbraucher und deren Inhalt bereits unmittelbar aus dem StromVG ergibt.[1028] Die Kantone konkretisieren diese Aufgabe nur, aber immerhin im organisationsrechtlichen Sinne, indem sie auf ihrem Gebiet die Zuständigkeiten festlegen und den Adressaten der sich aus dem Bundesrecht ergebenden Versorgungspflicht bestimmen. Wie es sich mit den Handlungsformen verhält, welche für die Netzgebietszuteilung und die Leistungsaufträge in Frage kommen, kann an dieser Stelle aber offenbleiben. Für die Aufgaben und Pflichten des Verteilnetzbetreibers spielt es schliesslich keine Rolle, welcher Handlungsform sich das kantonale Recht bedient, um die Netzgebiete zuzuteilen. Vorbehalten bleibt immerhin die Erteilung eigener Leistungsaufträge durch die Kantone gestützt auf das kantonale Recht (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Fraglich ist in diesem Zusammenhang aber, ob im Falle des Bestehens einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung diese beim Bund oder bei den Kantonen liegt.[1029]

b. Exkurs: Rechtliches Liefermonopol für feste Endverbraucher?

Ob das StromVG in Bezug auf die in der ersten Phase der Strommarktöffnung gemäss Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 StromVG noch nicht netzzugangsberechtigten (festen) Endverbraucher ein rechtliches Liefermonopol zu Gunsten des lokalen Verteilnetzbetreibers begründet, ist umstritten.[1030]

Das Bundesgericht und die herrschende Lehre verneinen das Vorliegen eines rechtlichen Liefermonopols. Als Begründung wird angeführt, dass eine gesetzliche Lieferpflicht noch kein rechtliches Liefermonopol begründen würde und dass es den Endverbrauchern erlaubt sei, ihre Versorgung mit Elektrizität auch auf andere Weise sicherzustellen. Dass es den meisten Endverbrauchern mangels Netzzugang faktisch nicht möglich sei, ihren Strom von jemand anderem zu beziehen als vom lokalen Netzbetreiber, ändere daran nichts. Art. 6 Abs. 6 StromVG *«schaffe nur einen Vorbehalt zum allgemeinen Netznutzungsanspruch»* und schliesse die Versorgung von Kunden in fremden Netzgebieten nicht aus.[1031] FÖHSE kritisierte diese Recht-

1027 Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 57.

1028 TRÜEB/ZIMMERLI, S. 135; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 24.

1029 Vgl. dazu § 11 III und IV.

1030 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1245; POLTIER, Rz. 737 ff.; ferner EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 30.

1031 BGE 141 II 141, E. 4.4 S. 152 f.; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 30; RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291; TRÜEB/ZIMMERLI, S. 126; in diesem Sinne, aber noch im Hinblick auf das EMG auch BISCHOF, S. 163; vgl. dazu ferner auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 134 m.w.H.

sprechung als *«zu formalistisch»*[1032] und kam zum exakt gegenteiligen Schluss: Indem das StromVG den festen Endverbrauchern den Netzzugang verweigere, werde ein rechtliches Monopol für die festen Endverbraucher geschaffen. Den festen Endverbrauchern sei es in der Regel kaum möglich, ihren Elektrizitätsbedarf anderweitig zu decken als durch den Bezug beim ansässigen Netzbetreiber. Für die Frage, ob ein rechtliches Monopol vorliege, seien die materiellen Folgen eines Rechtssatzes massgebend.[1033]

Meines Erachtens sind auch hier wieder beide Standpunkte gut vertretbar. Unter rein formaljuristischen Gesichtspunkten und in Anwendung der gängigen Definition eines rechtlichen Monopols[1034] dürfte man tatsächlich zum Schluss kommen können, dass das StromVG kein allgemeines rechtliches Liefermonopol für Elektrizität begründet, da die Belieferung nicht explizit dem Staat vorbehalten wird bzw. keine zwingende Bezugspflicht besteht.[1035] Allerdings gilt für die festen Endverbraucher insofern eine rechtlich verankerte Bezugspflicht beim lokalen Verteilnetzbetreiber und ein Verbot für Dritte, falls der Strombedarf über die bestehende Infrastruktur – was heute immer noch dem Normalfall entspricht – gedeckt werden soll. Dass die Endverbraucher ihren Bedarf anderweitig sicherstellen könn(t)en, ändert daran ebenfalls nichts.[1036] Durch den spezialgesetzlichen Vorbehalt in Art. 6 Abs. 6 StromVG wird es den festen Endverbrauchern gar verunmöglicht, den Netzzugang auf kartellrechtlichem Weg durchzusetzen, wie dies vor der Teilliberalisierung des Strommarktes theoretisch möglich war.[1037] Es dürfte daher auch als ebenso gut vertretbar gelten, ein rechtliches Liefermonopol für die leitungsgebundene Elektrizitätsversorgung der festen Endverbraucher

1032 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 141.

1033 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 134 und 140 f.; in diesem Sinne auch ROBERT-NICOUD, Fourniture de base, S. 7 f.

1034 Rechtliche Monopole beruhen unmittelbar oder mittelbar auf einem Rechtssatz. Im Falle von unmittelbaren rechtlichen Monopolen wird gestützt auf eine Rechtsnorm eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit dem Staat vorbehalten und den Privaten verboten. Bei mittelbaren rechtlichen Monopolen verpflichtet eine Rechtsnorm die Privaten dazu, eine Leistung von bestimmten staatlichen oder staatlich konzessionierten Trägern zu beziehen, wodurch private Leistungserbringer von der entsprechenden wirtschaftlichen Tätigkeit mittelbar ausgeschlossen werden (sog. Benutzungszwang), vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2691 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 80 ff.

1035 Vgl. allerdings auch den Hinweis bei FÖHSE, Strommarktordnung, S. 141, wonach diese Argumentation mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vorliegen eines kantonalen Abfallentsorgungsmonopols schlecht vereinbar sei.

1036 Andernfalls könnte auch argumentiert werden, dass keine kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole bestehen würden, da es jedem selbst überlassen sei, wie er seine Wohnsituation sicherstelle, und er nicht gezwungen sei, Wohneigentum zu besitzen.

1037 In diesem Sinne auch ROBERT-NICOUD, Fourniture de base, S. 7.

über das bestehende Netz anzunehmen. Der gesetzlich statuierte Ausschluss vom Netzzugang beseitigt auf jeden Fall den Wettbewerb im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung der festen Endverbraucher und wirkt sich somit *de facto* gleich aus wie ein rechtliches Monopol.

Mehrheitlich Einigkeit dürfte aber über den Umstand bestehen, dass im kantonalen Recht begründete Versorgungsmonopole oder Bezugspflichten, ob unmittelbar oder mittelbar ausgestaltet, seit Einführung des StromVG nicht mehr zulässig sind.[1038] Begründet wird dies mit dem Umstand, dass solche Versorgungsmonopole gegen die Grundsätze des mit dem StromVG geschaffenen (nachträglich derogatorisch wirkenden) Marktdesigns verstossen würden.[1039]

c. De lege ferenda

Geplant ist, dass im Falle der vollen Marktöffnung das in Art. 7 StromVG beschriebene sog. Wahlmodell abgesicherte Grundversorgung (WAS-Modell) zur Anwendung gelangt.[1040] Nach diesem sind die Netzbetreiber auch im Falle der vollen Strommarktöffnung verpflichtet, die Endverbraucher mit einem Verbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte (d.h. die nach geltendem Recht sog. festen Endverbraucher i.S.v. Art. 6 Abs. 6 StromVG) jederzeit mit der erforderlichen Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu angemessenen Tarifen zu versorgen (Art. 7 Abs. 1 StromVG). Für die Netzbetreiber besteht in diesem Zusammenhang alsdann weiterhin die Pflicht, für die Dauer von einem Jahr feste Elektrizitätstarife festzulegen (Art. 7 Abs. 2 StromVG) und eine Kostenträgerrechnung zu führen (Art. 7

1038 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1678; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 2 Rz. 11; a.M. FUCHS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 5 StromVG, Rz. 5; KERN, BSK BV, Art. 91 N 5, welcher zwischen kantonal- bzw. kommunalrechtlichen Monopolen und bundesrechtlichen Monopolen unterscheidet und für den Fall, dass die Elektrizitätsversorgung als kantonales Regal betrachtet würde oder die Monopole nicht rein fiskalisch begründet seien, kantonale bzw. kommunale Versorgungsmonopole weiterhin als zulässig erachtet; für die Situation vor Erlass des StromVG vgl. BGE 132 I 282, E. 3.7 S. 290; WELTERT, S. 255 ff.; RÜEGGER, S. 82; KERN, S. 24 ff.

1039 Vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1678; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 31; RECHSTEINER/WALDNER, S. 1291 und 1295, begründen dies hingegen damit, dass das EleG das entsprechende *«Bewilligungsregime für elektrische Anlagen»* bereits auf Bundesebene abschliessend regle. Demnach sei auch ein mittelbarer Anschlusszwang – etwa durch ein kantonales bzw. kommunales rechtliches Monopol für den Bau und Betrieb elektrischer Leitungen – unzulässig; a.M. FUCHS in Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 5 StromVG, Rz. 5; BFE, Schlussbericht AG Par, S. 13 und 67 (in welchem FUCHS als juristischer Berater mitgewirkt hat); für den Netzanschluss aber BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 115 f.

1040 Vgl. dazu die Fassung von Art. 7 StromVG in AS 2007 3425.

Abs. 3 StromVG). Beim angedachten WAS-Modell gelten damit aus Netzbetreibersicht für Kleinverbraucher auch nach der vollständigen Strommarktöffnung prinzipiell dieselben Bedingungen weiter, wie sie de lege lata für die Belieferung der festen Endverbraucher bereits bestehen.

Bekanntermassen verzögert sich die volle Strommarktöffnung jedoch und lässt somit Raum für die Ausarbeitung weiterer Ideen. So hatte der Bundesrat in seiner Vernehmlassung betreffend die Revision des Stromversorgungsgesetzes vom 17. Oktober 2018 bzw. in seiner Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021 einige Änderungen im Vergleich zum ursprünglichen Konzept des StromVG vorgeschlagen.[1041] Das WAS-Model fand sich im Vorentwurf des revidierten StromVG nicht mehr in seiner ursprünglichen Form. Stattdessen sollte Art. 6 StromVG dahingehend geändert werden, dass er neu die sog. Grundversorgung für kleine Endverbraucher, welche nicht am Markt teilnehmen wollen, regelt. Diesen hätte weiterhin das Recht zugestanden, vom lokalen Netzbetreiber jederzeit mit der gewünschten Menge an Elektrizität zu kontrollierten Tarifen versorgt zu werden. Art. 7 StromVG sollte hingegen neu die sog. Ersatzversorgung regeln, welche dann zustande gekommen wäre, wenn ein Endverbraucher keinen bestehenden Elektrizitätsliefervertrag mehr gehabt hätte oder sein Lieferant ausgefallen wäre. Für die Kleinverbraucher hätte aber auch dieser Vorschlag nichts am Versorgungsanspruch gegenüber dem zuständigen Netzbetreiber geändert. Im Verlaufe der parlamentarischen Debatte wurde die volle Strommarktöffnung aber aus politischen Gründen schliesslich einmal mehr verworfen,[1042] so dass sich die soeben skizzierten Bestimmungen im durch den Mantelerlass revidierten StromVG nicht mehr finden lassen. Es besteht damit wieder Raum für neue Ideen.

c) Aufgaben der Netzbetreiber aus weiteren Erlassen auf Bundesebene

Nicht nur das StromVG, sondern auch weitere Bundesgesetze weisen den (Verteil-)Netzbetreibern Aufgaben zu. Auf diese ist hier nicht mehr im Detail einzugehen. Erwähnenswert sind aber insbesondere die folgenden Aufgaben und Pflichten:

— Nach Art. 15 EnG sind sämtliche Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet Elektrizität aus erneuerbaren Energien abzunehmen und zu vergüten, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

1041 Vgl. Vorentwurf des StromVG vom 17. Oktober 2018; Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 76 ff.

1042 Vgl. etwa Amtliches Bulletin des Ständerats 2022 1026.

— Die NIV weist den Netzbetreibern die Tätigkeit als Kontrollorgan für Stark- und Schwachstromanlagen zu (Art. 26 Abs. 1 lit. c NIV) und auferlegt den Netzbetreibern diverse Prüf- und Meldepflichten im Zusammenhang mit den Sicherheitsnachweisen für elektrische Installationen, welche an ihr Netz angeschlossen sind (Art. 33 Abs. 1–5 NIV).

4. Zwischenfazit: Aufgabenakkumulation und Service public bei den Verteilnetzbetreibern

Das StromVG überträgt den (Verteil-)Netzbetreibern diverse Aufgaben. Neben der eigentlichen Pflicht zum Netzbetrieb sind insbesondere die Anschluss- und Lieferpflichten der Verteilnetzbetreiber als Teil der Grundversorgung (Service public) hervorzuheben.[1043] Daneben werden den Netzbetreibern auch durch weitere Erlasse auf Bundesebene Aufgaben übertragen, die nicht zum eigentlichen Netzbetrieb gehören. Zudem können die Kantone die Netzbetreiber noch mit weiteren Leistungsaufträgen bedenken. Vor allem die gesetzliche Zuweisung von Versorgungsaufgaben an die Verteilnetzbetreiber ist indes nicht unproblematisch.

Nach der herrschenden Auffassung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung begründen das StromVG bzw. die Netzgebietszuteilung an einen bestimmten Verteilnetzbetreiber derweil keine rechtlichen Monopole zu Gunsten des Verteilnetzbetreibers. Das gilt sowohl für den Bau und Betrieb von Elektrizitätsnetzen als auch hinsichtlich des Anschlusses und der Belieferung von Endverbrauchern. Namentlich bei der Frage, ob das StromVG für die Belieferung der festen Endverbraucher de lege lata ein rechtliches Monopol statuiert, stösst die verneinende Auffassung des Bundesgerichts aber auf Kritik.[1044] Meines Erachtens liesse sich hier durchaus auch die gegenteilige Ansicht vertreten: Auch wenn das StromVG keine explizite Bezugspflicht für die festen Endverbraucher vorsieht, verunmöglicht es den festen Endverbrauchern dennoch auf rechtlichem Wege den Netzzugang und schafft dadurch zumindest ein rechtliches Monopol für die leitungsgebundene Elektrizitätsversorgung über das bestehende Verteilnetz. Die (Teil-)Liberalisierung des schweizerischen Strommarktes hat dadurch den festen Endverbrauchern kaum ein Mehr an «Freiheit» gebracht.

Inwiefern sich die geschilderten Gegebenheiten auf die rechtliche Qualifikation der Rechtsverhältnisse auswirken, welche mit dem (Verteil-)Netzbetrieb einhergehen, wird nachfolgend zu klären sein.

1043 Vgl. auch ROBERT-NICOUD, Fourniture de base, S. 6.

1044 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 134 und 140 f.

D. Rechtliche Qualifikation der Stromversorgung

§8 Einleitende Bemerkungen

I. Erfordernis der rechtlichen Qualifikation

Die Möglichkeiten zur Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses hängen massgebend von dessen rechtlicher Qualifikation ab. Wird ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zugeordnet, gelten andere Grundsätze als bei Rechtsverhältnissen des Privatrechts. Unterschiede bestehen auch zwischen Tätigkeiten, bei denen es sich um öffentliche Aufgaben und somit um Verwaltungsrechtsverhältnisse handelt, und Verrichtungen, die keine öffentliche Aufgabe darstellen. Um die Regelungsmöglichkeiten im Bereich der Stromversorgung beurteilen zu können, bedarf es dementsprechend einer vorgängigen juristischen Einordnung der Materie. Darüber hinaus ist die rechtliche Qualifikation der Stromversorgung aber auch von grundsätzlichem Interesse, da insbesondere die Fragen nach der Rechtsnatur der Stromversorgung und die Frage, ob es sich dabei um eine öffentliche Aufgabe handelt, seit jeher Anlass zu kontroversen Diskussionen bieten.

Nachfolgend wird deshalb geprüft, ob es sich bei der Stromversorgung um eine öffentliche Aufgabe handelt und ob die im Zusammenhang mit der Stromversorgung bestehenden Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind. Bevor eine juristische Einordnung erfolgen kann, ist indes zu klären, was unter dem Begriff der Stromversorgung bzw. Elektrizitätsversorgung überhaupt zu verstehen ist.

II. Eingrenzung der Thematik

1. Fragestellung

Vorliegend sind diejenigen Rechtsverhältnisse von Interesse, bei denen Dritte auf den Netzzugang bzw. die Netzinfrastruktur eines Netzbetreibers angewiesen sind. Der Fokus liegt dabei wiederum auf denjenigen Rechtsverhältnissen, welche die leitungsgebundene Elektrizitätsversorgung betreffen, d.h. auf der Versorgung von Endverbrauchern mit elektrischer Energie via Elektrizitätsnetze.[1045] Der nachfolgenden Untersuchung liegt somit die Beziehung zwischen dem Netzbetreiber bzw. Lieferanten und seinen «Kunden» zugrunde.

1045 Ähnlich FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236.

2. Problem: Inhalt der Elektrizitätsversorgung

a) Notwendigkeit einer klaren Definition

Will man die Rechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung juristisch einordnen, stell(t)en sich sowohl unter dem alten wie auch dem neuen Recht die Fragen, was alles zur Elektrizitätsversorgung gehört und welche Rechtsverhältnisse innerhalb der Elektrizitätsversorgung auseinanderzuhalten sind.[1046] In technischer Hinsicht muss also zuerst bestimmt werden, was unter der Elektrizitätsversorgung überhaupt zu verstehen ist.[1047] Ohne eine vorgängige Antwort auf diese Fragen zu haben, fischt der Rechtssuchende gewissermassen im Trüben! Auch wenn diese Fragen im ersten Moment vielleicht als trivial erscheinen mögen, erweist sich das Problem bei genauerer Betrachtung als etwas komplexer. In einem ersten Schritt gilt es, sachfremde Tätigkeiten von der Elektrizitätsversorgung im eigentlichen Sinne *auszuscheiden*. In einem zweiten Schritt sind die Tätigkeiten innerhalb der eigentlichen Elektrizitätsversorgung zu *unterscheiden*. Teilweise ist die klare Zuordnung zum einen oder anderen Schritt aber nicht möglich.

b) Ausscheidung sachfremder Tätigkeiten

Viele EVU üben nebst der eigentlichen Elektrizitätsversorgung auch noch andere Geschäftstätigkeiten aus. Zumeist handelt es sich dabei um verwandte Tätigkeiten (wie etwa Elektroinstallationen) oder andere Infrastrukturtätigkeiten (wie etwa die Wasserversorgung oder die Versorgung mit Telekommunikationsdiensten).[1048]

Die Abgrenzung gewisser Tätigkeiten von der Elektrizitätsversorgung, wie z.B. die Wasserversorgung oder die Telekommunikationsdienstleistungen, versteht sich von selbst und bereitet grundsätzlich keine Mühe. Bei anderen Tätigkeiten kann die Abgrenzungsfrage schwieriger zu beantworten sein. So wies etwa RÜEGGER bereits unter dem alten Recht darauf hin, dass allein die Lieferung von Elektrizität zusammen mit dem Anschluss an das Elektrizitätsnetz das *«begriffswesentliche Geschäft»* eines EVU darstelle und

1046 Vgl. dazu bereits RUCK, S. 104; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236, versteht darunter schlicht die Belieferung von Endverbrauchern mit Strom.

1047 Im allgemeinen Sprachgebrauch wird darunter meist nur die Versorgung von Endverbrauchern mit elektrischer Energie verstanden, vgl. auch WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 7; eine Legaldefinition existiert demgegenüber für die Energieversorgung. Diese umfasst gemäss Art. 6 Abs. 1 EnG die *«Gewinnung, Umwandlung, Lagerung und Speicherung, Bereitstellung, Transport, Übertragung sowie Verteilung von Energieträgern und Energie bis zur Endverbraucherin und zum Endverbraucher, einschliesslich der Ein-, Aus- und Durchfuhr»*.

1048 Sog. Querverbundunternehmen.

von den nichtbegriffswesentlichen Geschäften, wie etwa Elektroinstallationsgeschäften, zu trennen sei.[1049] Allerdings war etwa gerade die (rechtliche) Monopolisierung von Installationsdienstleistungen betreffend elektrische Hausinstallationen zu Gunsten des lokalen EVU in der Vergangenheit nicht ungewöhnlich und wurde teilweise (und trotz Kritik von verschiedener Seite) als Teil der Elektrizitätsversorgung angesehen.[1050] Im Hinblick auf den ersten Liberalisierungsversuch durch das EMG fanden Installationsgeschäfte und weitere «Dienstleistungen» dann durch die Hintertür wieder Einzug in das Kerngeschäft, indem gewisse EVU versucht haben, diese Tätigkeiten auf vertraglicher Ebene (wieder) mit der Energielieferung zu verbinden.[1051] Heute dürfte jedoch unbestritten sein, dass Hausinstallationen nicht (mehr) zur Elektrizitätsversorgung gehören. Schliesslich gibt es noch Tätigkeiten, welche zwar im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung erfolgen, aber nicht unmittelbar die Verteilung von bzw. die Versorgung mit Elektrizität betreffen. Die Versorgung von Endverbrauchern zieht nämlich noch weitere Rechtsbeziehungen nach sich, so etwa die eigene Produktion oder Beschaffung von elektrischer Energie bei Lieferanten.[1052] Ob diese Tätigkeiten zur Elektrizitätsversorgung gehören, wird heute aber anders beantwortet als früher (dazu sogleich).[1053]

c) Differenzierung innerhalb der eigentlichen Elektrizitätsversorgung

Die Unterscheidung zwischen verschiedenen gedanklichen Marktbereichen[1054] der Elektrizitätsversorgung (sog. Entflechtung) begann in der Schweiz erst im Hinblick auf eine gesamtschweizerische Strommarktordnung durch das EMG. Bis zu diesem Zeitpunkt wurden die Tätigkeiten von der Produktion bzw. (bei fehlender eigener Produktion) vom Zukauf bis zur Belieferung der einzelnen Endverbraucher mit elektrischer Energie als Einheit angesehen und oft durch vertikal integrierte EVU vorgenommen.[1055] Der Endverbraucher bezahlte für die Belieferung mit elektrischer Energie

1049 RÜEGGER, S. 83; zur teilweise vorhandenen Monopolisierung solcher Installationsgeschäfte durch die lokalen EVU unter altem Recht vgl. WELTERT, S. 504 ff.

1050 Vgl. WELTERT, S. 504 ff.; BGE 93 I 228, E. 1 ff. S. 230 ff.; BGE 95 I 144, E. 3 und 4 S. 148 ff.

1051 Vgl. KRATZ, S. 354.

1052 Vgl. auch WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 8 ff.

1053 Diese Rechtsbeziehungen interessieren vorliegend aber nicht.

1054 Vgl. auch die Übersicht zu den einzelnen Marktbereichen der Elektrizitätswirtschaft bei BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 87 und 184.

1055 Dieser Einheitsbetrachtung der Elektrizitätsversorgung bzw. der einzelnen Rechtsverhältnisse hat man sich zu vergegenwärtigen, wenn man die altrechtlichen Diskussionen von der heutigen Warte aus betrachtet.

einen Einheitstarif an das lokale EVU. Dieser Einheitstarif konnte zwar differenziert ausfallen und etwa nach Kundengruppen unterschiedlich und nach Arbeits- und Leistungskomponente etc. aufgeschlüsselt sein. Eine Unterscheidung zwischen der Energielieferung und der Netznutzung bzw. eine gesonderte Betrachtung des Netzes, wie es die heutigen Entflechtungsvorschriften des StromVG erfordern, fand hingegen nicht statt.[1056] Die Qualifikation und Einordnung der Rechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung zwischen dem EVU und einem *einzelnen Dritten* erfolgten vor diesem Hintergrund ebenfalls gesamthaft. Allerdings wurde zum Teil bereits zwischen den *einzelnen Rechtsverhältnissen*, welche ein EVU einzugehen pflegt, eine Unterscheidung getroffen, so namentlich zwischen verschiedenen Verbrauchertypen.[1057]

Unter der Geltung des StromVG muss hingegen innerhalb der Elektrizitätsversorgung bereits aufgrund der gesetzgeberischen Vorgaben zur Entflechtung eine Differenzierung zwischen verschiedenen Rechtsverhältnissen stattfinden. Die Fragestellung kann deshalb heute nicht mehr allgemein formuliert lauten, wie die Elektrizitätsversorgung und deren Rechtsverhältnisse zu qualifizieren sind.[1058] Da bei einer zu detaillierten Aufdröselung der Elektrizitätsversorgung in ihre einzelnen Bestandteile bzw. Aufgaben bereits im Rahmen der Fragestellung sowie deren Gliederung schnell die Übersichtlichkeit verloren geht, verfährt die nachfolgende Diskussion trotzdem nach diesem Schema. Die Differenzierung erfolgt jeweils innerhalb der übergeordneten Fragestellung.

d) Schlussfolgerung und Lösungsansatz

Ein Blick in die Vergangenheit zeigt somit relativ schnell, dass die Auffassung, welche Tätigkeiten der Elektrizitätsversorgung zuzuordnen sind, keineswegs in Stein gemeisselt ist. Die Problematik besteht im Übrigen noch heute. So wurde etwa die Frage, ob das Messwesen zum Netzbetrieb gehöre bzw. einer Liberalisierung zugänglich sei, in den vergangenen paar Jahren hitzig diskutiert.[1059] Die Antwort auf die Fragen, was zur Elektrizitätsversorgung gehört und welche Rechtsverhältnisse innerhalb der eigentlichen Elektrizitätsversorgung auseinanderzuhalten sind, kann sich daher grund-

1056 WELTERT, S. 416 ff.; KRATZ, S. 345.

1057 Vgl. etwa RÜEGGER, S. 205 ff.

1058 Konkret, ob die Elektrizitätsversorgung eine öffentliche Aufgabe darstellt, ob die Rechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind etc.

1059 Vgl. etwa den Artikel «Keine Liberalisierung im Bereich des Messwesens», in: Bulletin 6/2021, S. 37; ferner Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 45 ff. und 135.

sätzlich nur aus der *bestehenden Rechtsordnung* ergeben. Während die Frage vor dem Inkrafttreten der schweizerischen Elektrizitätsmarktordnung somit anhand der kantonalen und kommunalen Elektrizitätsgesetzgebung beantwortet werden musste,[1060] ist dafür heute in erster Linie die bundesrechtliche Elektrizitätsmarktordnung, allen voran das StromVG, heranzuziehen.

Dieser klare Ansatz wird jedoch durch die Konzeption der schweizerischen Strommarktordnung in verschiedener Hinsicht erheblich erschwert: So weist das StromVG als Rahmengesetz systembedingt Lücken auf, da es von vornherein nicht die gesamte Elektrizitätsversorgung regeln soll. Die tatsächlichen Gegebenheiten werden somit nur unvollständig durch das StromVG (und die StromVV) abgebildet.[1061] Zudem können die Kantone in gewissen Bereichen der Elektrizitätsversorgung weiterhin Recht setzen oder den Verteilnetzbetreibern eigene Leistungsaufträge erteilen – wobei nicht immer klar ist, inwiefern dafür überhaupt Platz besteht. Diesbezüglich stellt sich etwa die Frage, ob die so erfüllten Leistungsaufträge i.S.v. Art. 5 Abs. 1 StromVG ebenfalls zur Elektrizitätsversorgung gehören, knüpfen sie doch direkt an die Tätigkeit des Netzbetriebs, welche unzweifelhaft als Teil der Elektrizitätsversorgung gelten muss, an. Hinzu kommen noch Selbstregulierungserlasse der Strombranche, deren Tragweite oft fraglich ist. Kann die Branche etwa selbst festlegen, was zur Elektrizitätsversorgung gehört? Bereits auf bundesrechtlicher Ebene besteht zudem das Problem, dass die im Zentrum der Marktregulierung stehende Entflechtung des Netzbetriebes von den übrigen Tätigkeiten des Elektrizitätsmarktes nicht konsequent eingehalten wird, da der Gesetzgeber dem Netzbetreiber auch noch weitere Pflichten auferlegt. Da die Strommarktordnung lediglich auf einem gedanklichen Modell beruht, sind zuletzt auch grundlegende Änderungen nicht auszuschliessen.

Die Lösung muss sich somit aus dem Versuch einer Synthese zwischen der bestehenden Rechtsordnung und den tatsächlichen Verhältnissen ergeben. Ein Problem bleibt aber bestehen: In sprachlicher Hinsicht kommt man nicht umhin, den Begriff der Elektrizitätsversorgung zu bemühen. Wichtig ist dabei aber die Erkenntnis, dass der Begriff verschiedene Facetten aufweist.

1060 WELTERT, S. 345 ff.

1061 Dazu kommen noch allfällige Regelungslücken, vgl. etwa MÜLLER, Liberalisierung, S. 16 f.

3. Zu untersuchende Rechtsverhältnisse

Im Zusammenhang mit der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung ist aus nachfrageseitiger Perspektive nach derzeitiger Auffassung und den im StromVG verankerten Entflechtungsvorschriften grob zwischen den Rechtsverhältnissen im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb und den Rechtsverhältnissen, welche die Versorgung mit Elektrizität berühren, zu unterscheiden.[1062] Innerhalb des Netzbetriebs kann nochmals zwischen dem Netzanschluss und der Netznutzung aufgegliedert werden.[1063] Innerhalb der Versorgung muss sodann zwischen den verschiedenen Kundengruppen des StromVG (feste Endverbraucher, freie Endverbraucher und Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichtet haben) differenziert werden.[1064]

Die gängige Praxis unterscheidet zudem für gewöhnlich zwischen drei verschiedenen Vertragsverhältnissen im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung von Endverbrauchern, namentlich dem Netzanschlussvertrag, dem Netznutzungsvertrag und dem Energielieferungsvertrag.[1065] Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine rechtliche Vorgabe, sondern um eine der Selbstregulierung entstammende Aufgliederung.[1066] Sie eignet sich deshalb nicht als Ausgangspunkt einer Zuordnung, soll aber aufgrund ihrer Bedeutung gleichwohl Beachtung finden.

Auf anderweitige Tätigkeiten der EVU bzw. des Strommarktes[1067] wird nachfolgend nicht mehr näher eingegangen.

1062 BGE 144 III 111, E. 5.1 S. 112 f.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 36.

1063 Nach FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236 f. und 1239 ff., gehört das Netzanschlussverhältnis aber zur Netznutzung; vgl. auch POLTIER, Rz. 743; a.M. BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.6.1.

1064 Teilweise wird die Stromversorgung (die Belieferung von Endverbrauchern mit Strom) hingegen in den Service public (Grundversorgung) und den freien Markt unterteilt und die Unterscheidung zwischen Netzbetrieb und Versorgung dort vorgenommen, vgl. etwa BGE 144 II 111, E. 5.1 und 5.2 S. 113 ff.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236; ähnlich auch POLTIER, Rz. 746.

1065 Vgl. SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.29; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 36 ff.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236.

1066 Vgl. auch MMEE – CH 2018, S. 13.

1067 Vgl. dazu etwa die Übersicht zu den verschiedenen Teilmärkten im Bereich der Stromversorgung bei BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 184.

§9 Über das öffentliche Recht und das Privatrecht im Allgemeinen

I. Wichtigkeit der Unterscheidung

Die Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht bzw. dem Verwaltungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts einerseits und dem Privatrecht andererseits ist im schweizerischen Rechtssystem seit Langem fest verankert. Das öffentliche Recht hat im Laufe des vergangenen Jahrhunderts aber eine markante Ausdehnung erfahren, die zu einer Annäherung an das Privatrecht bis hin zu einer Vermischung beider Rechtsbereiche führte.[1068] Bemerkenswerterweise beeinflusste u.a. gerade die vermehrte wirtschaftliche Betätigung des Staates in den Infrastruktursektoren erst die Entstehung des Verwaltungsrechts als eigenständiges Rechtsgebiet massgebend, welches sich in der Folge als Gegenstück zur bis zu diesem Zeitpunkt privatrechtsorientierten Rechtsauffassung entwickelte.[1069] Mit der gegen Ende des letzten Jahrhunderts einsetzenden Deregulierungs- und Privatisierungspolitik erstarkte das Privatrecht allerdings wieder.[1070] Staatliches Handeln sollte wieder vermehrt Privaten überlassen oder zumindest nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen – und damit auch nach privatrechtlichen Regeln und Handlungsformen – erfolgen.

Zwar sind beide Rechtsgebiete – als Teile des schweizerischen Rechtssystems in seiner Gesamtheit – eng miteinander verbunden und können folglich nicht isoliert betrachtet werden.[1071] Dennoch sind die daraus entspringenden Rechtsfolgen grundverschieden. Sowohl das öffentliche als auch das private Recht stellen eine Akkumulation aufeinander abgestimmter, austarierter Regeln und Prinzipien dar.[1072] Eine Kombination oder Modifikation der einzelnen Elemente ist deshalb nicht ohne Weiteres möglich; jedenfalls nicht, ohne dass damit weitreichende Unklarheiten und damit Rechtsunsicherheit verbunden wären.[1073] Eine Ablösung dieses Dualismus ist deshalb weder denkbar noch kann auf die Unterscheidung verzichtet werden.[1074]

1068 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 28 f. und 32; zum Spezialfall der Doppelnormen DERS., ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 70 f. m.w.H.; ferner WELTERT, S. 80 und 336; ERRASS, S. 322.

1069 WELTERT, S. 214.

1070 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 32 f.

1071 Prinzip der Einheit der Rechtsordnung, vgl. MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 45 und 48.

1072 TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 783.

1073 In diesem Sinne auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 783.

1074 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 219; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 367; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 31; RÜEGGER, S. 191 ff.; vgl. aber auch ERRASS, S. 322.

Während das Privatrecht als Jedermannsrecht die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten regelt, normiert das öffentliche Recht bzw. das Verwaltungsrecht als Sonderrecht das dem Gemeinwohl verpflichtete,[1075] staatliche Handeln, d.h. die Staats- bzw. öffentlichen Aufgaben und damit die Beziehung zwischen Staat und Bürger.[1076]

Der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht kommen verschiedene Funktionen zu. Von Bedeutung ist die Unterscheidung aufgrund der andersgearteten Leitmotive und Ziele beider Rechtsgebiete und der damit verbundenen unterschiedlichen Rechtsfolgen und Besonderheiten.[1077] Diese Eigenheiten gelten indes nicht absolut, sondern sie sind nur, aber immerhin für den entsprechenden Bereich des Rechts typisch. Sie kommen zum Teil aber auch im jeweils anderen Rechtsgebiet vor.[1078] Einige fundamentale Regeln (sog. allgemeine Rechtsgrundsätze) gelten schliesslich für beide Teile der Rechtsordnung gleichermassen.[1079]

Das im Privatrecht vorherrschende Prinzip ist die Privatautonomie.[1080] Privatrechtliche Rechtsverhältnisse richten sich in erster Linie nach dem Vertragsinhalt, den die Parteien miteinander vereinbart haben. In der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses sind die Vertragsparteien (ausgenommen ist zwingendes Recht) frei.[1081] Ebenso gilt die Freiheit zu entscheiden, überhaupt einen Vertrag abzuschliessen oder eine rechtsgeschäftliche Willensbetätigung abzugeben.[1082] Das Privatrecht ist somit dem Grundsatz nach dispositives Recht und begründet relative Rechte.[1083] Privatrechtrecht ist deshalb stark geprägt von privater Willkür.[1084]

Im Gegensatz dazu gilt im öffentlichen Recht das Legalitätsprinzip als beherrschende Maxime, wodurch der Handlungsspielraum generell enger

1075 Vgl. TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 782.

1076 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 367; grundlegend zur Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 23 ff. m.w.H.

1077 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218 f.; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 40; EUGSTER, S. 27; vgl. zum Ganzen auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 51.

1078 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 43 f. mit Beispielen; nach BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 51, relativieren sich diese Eigenheiten zudem, wenn das Rechtsverhältnis vertraglich (privatrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Vertrag) geregelt wird.

1079 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 48; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 145 ff. je mit Beispielen.

1080 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 31 und 41.

1081 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 41 und 43; WELTERT, S. 386 ff.

1082 WELTERT, S. 336.

1083 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 41.

1084 WELTERT, S. 336.

ist.[1085] Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse richten sich in erster Linie nach dem Gesetz.[1086] Öffentliches Recht ist somit – im Gegensatz zum Privatrecht – prinzipiell zwingendes und objektives Recht.[1087] Der Inhalt von öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen untersteht daher grundsätzlich nicht der Parteidisposition und der Staat ist bei seinem Handeln an die gesetzlichen Vorgaben gebunden. Die Rechtsanwendung erfolgt im Allgemeinen hoheitlich und von Amtes wegen und nicht nur auf Antrag hin.[1088] Dem Legalitätsprinzip kommt darüber hinaus aber noch eine weitergehende Bedeutung zu, indem es den Staat in jeglichem Handeln bindet.[1089]

Weitere Folgen der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht sind unterschiedliche Zuständigkeiten und Verfahrensvorschriften.[1090] Im Rahmen der Rechtssetzungskompetenzen bildet die Zuordnung zum einen oder zum anderen Rechtsgebiet sodann die Grundlage für die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen.[1091] Die Grundrechtsbindung gilt für den Staat und Private nach heute vorherrschender Meinung indes allgemein, wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen, d.h. ungeachtet dessen, ob sie sich in den Gefilden des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts bewegen.[1092] Von überragender Bedeutung ist die Zuordnung zum öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Bereich schliesslich für die Wahl der richtigen Handlungsform.[1093]

Ob ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist, ist nach dem Gesagten in verschiedener Hinsicht von Bedeutung. In jedem Fall ergeben sich daraus aber dessen grundlegender Charakter und damit auch die Möglichkeiten zur Ausgestaltung desselben.[1094]

1085 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 31 und 42; zum Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung vgl. WELTERT, S. 260 f.

1086 Wobei im Einzelfall u.U. eine Konkretisierung mittels Verfügung erforderlich sein kann, vgl. MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 42.

1087 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 42; allerdings kennt auch das Privatrecht zwingende Vorschriften (sog. zwingendes Privatrecht), denen öffentliche Interessen zugrunde liegen, so *«dass nicht jedes öffentliche Interesse zugleich auch öffentliches Recht [indiziert]»*, WELTERT, S. 336; vgl. dazu auch ERRASS, S. 320.

1088 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 41 f.

1089 TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 783.

1090 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 219, 240 m.w.H.; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 31 und 52.

1091 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 17, 31 und 50.

1092 Art. 35 Abs. 2 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1404 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1139; MÄCHLER, S. 92.

1093 WELTERT, S. 337; RÜEGGER, S. 167; vgl. dazu auch §§ 15 und 16.

1094 Vgl. WELTERT, S. 335 ff.

II. Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

1. Methodenpluralismus und einzelne Theorien

Bekanntermassen existieren verschiedene Theorien, um die Sphären des öffentlichen Rechts bzw. des Verwaltungsrechts und des Privatrechts voneinander abzugrenzen.[1095] Von Relevanz sind dabei insbesondere die Subordinations-, die Interessen- und die Funktionstheorie[1096] sowie die modale Theorie.[1097] Jede Theorie greift auf unterschiedliche Abgrenzungskriterien zurück. Da kein Abgrenzungskriterium für sich allein hinreichend erscheint, folgen die herrschende Lehre und das Bundesgericht in seiner ständigen Rechtsprechung einem Methodenpluralismus und geben damit keiner Theorie bzw. keinem Abgrenzungskriterium a priori den Vorzug.[1098] Stattdessen soll einzelfallgerecht auf dasjenige Abgrenzungskriterium abgestellt werden, welches den konkreten Umständen am ehesten entspricht.[1099] Untauglich wäre demgegenüber eine Abgrenzung der Rechtsgebiete anhand von rein formalen Merkmalen.[1100]

a) Subordinationstheorie

Gemäss der Subordinationstheorie erfolgt die Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht anhand des Überordnungsverhältnisses des Staates gegenüber dem Privaten, d.h., wenn der Staat gegenüber dem Privaten mit «obrigkeitlicher Gewalt» als Träger von Hoheitsrechten

1095 Oft beziehen sich die entsprechenden Ausführungen explizit nur auf die Zuordnung von die Verwaltungstätigkeit regelnden *Rechtsnormen* zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht, vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 217; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1137; m.E. verkompliziert der entsprechende Hinweis die Sache und es ist daraus kaum etwas gewonnen: Meist ist nicht die Rechtsnatur einer Norm, sondern eines ganzen Rechtsverhältnisses bzw. Sachverhaltes Gegenstand dahingehender Fragen, vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 371; darüber hinaus werden die Theorien grundsätzlich bei der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht angewendet, sofern keine explizite gesetzliche Regelung besteht, vgl. BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1292 f., 1671; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 371; im Folgenden wird deshalb auf eine solche Beschränkung verzichtet.

1096 BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, E. 3.

1097 Zu den einzelnen Theorien im Detail vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 223 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 368; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 53 ff.; die vom Bundesamt für Justiz entwickelte typologische Methode konnte sich hingegen nicht etablieren, vgl. MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 68 f.

1098 BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 235; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 369 f.; WELTERT, S. 389.

1099 BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 236; WELTERT, S. 389; MÜLLER/JENNI, S. 1081.

1100 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 56.

auftritt.[1101] Öffentliches Recht liegt somit vor, wenn eine Norm oder ein Rechtsverhältnis das Unterordnungsverhältnis eines Individuums zur Staatsgewalt regelt.[1102] Privatrecht liegt hingegen dann vor, wenn das Verhältnis zwischen zwei gleichrangigen Rechtssubjekten betroffen ist.[1103] Typischerweise werden nach der Subordinationstheorie privatrechtliche Rechtsverhältnisse deshalb in der Form des Vertrages, öffentliche-rechtliche Rechtsverhältnisse hingegen in der Form der Verfügung geregelt.[1104] Ein Subordinationsverhältnis kann auch vorliegen, wenn der Staat in dezentralisierter Rechtsform (z.B. durch eine öffentlich-rechtliche Anstalt) handelt oder Private mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet worden sind.[1105]

b) Interessentheorie

Die Interessentheorie stellt für die Zuordnung zum öffentlichen Recht darauf ab, ob eine Norm oder ein Rechtsverhältnis ganz oder zumindest hauptsächlich der Verwirklichung öffentlicher Interessen dient. Zum Privatrecht gehörend sind hingegen diejenigen Normen und Rechtsverhältnisse, welche vorwiegend private Interessen zum Inhalt haben. Private Interessen des Staates liegen etwa vor, wenn er gleich Privaten am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt.[1106] Allerdings erweist sich der Begriff des öffentlichen Interesses selbst als unscharf, und die Ansicht darüber, was im öffentlichen Interesse liegt, als höchst wandelbar.[1107]

c) Modale Theorie

Die modale Theorie ordnet Normen und Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht zu, *«wenn die damit verbundene Sanktion öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist»*.[1108] Ist die Folge einer Verletzung hingegen privatrechtlicher Art, so gehört die Norm zum Privatrecht.[1109]

1101 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 223; vgl. ferner WELTERT, S. 234 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Wasserversorgung.

1102 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 62, auch Subjektionstheorie genannt; es ist indes nicht erforderlich, dass der Staat im eigentlichen Sinne Zwang anwendet, vgl. WELTERT, S. 239.

1103 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 223; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 62.

1104 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 62; ferner zur vertraglichen Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen im öffentlichen Recht statt aller WELTERT, S. 382 ff. m.w.H.

1105 Vgl. BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, E. 3; RÜEGGER, S. 196 f.; LEUMANN, S. 5.

1106 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 225.

1107 RÜEGGER, S. 193 f.

1108 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 231.

1109 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 231.

d) Funktionstheorie

Nach der Funktionstheorie ist eine Norm oder ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht dann zuzuordnen, wenn damit *«die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit»*[1110] geregelt bzw. wenn damit *«unmittelbar die Besorgung von Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen»*[1111] geordnet wird oder – noch einmal etwas anders ausgedrückt – wenn *«das entsprechende Verwaltungshandeln unmittelbar der Besorgung von Verwaltungsaufgaben dient, sofern das einschlägige Gesetz dieses Handeln nicht dem Zivilrecht unterstellt»*[1112]. Unabhängig von diesen geringfügigen sprachlichen Unterschieden stellt die Funktionstheorie inhaltlich auf das Vorliegen einer *öffentlichen Aufgabe* (zum Begriff sogleich) ab.[1113] Öffentliches Recht kommt demnach – sofern kein gesetzmässiger Vorbehalt vorliegt – zur Anwendung, wenn eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird, ungeachtet dessen, ob das Handeln des Aufgabenträgers hoheitlich erfolgt oder dieser als gleichrangiges Rechtssubjekt in Erscheinung tritt.[1114]

2. Praktische Relevanz der einzelnen Theorien

Trotz der (in der Lehre an sich unbestrittenen) Notwendigkeit des vom Bundesgericht geübten Methodenpluralismus weisen nicht alle aufgeführten Theorien praktisch die gleiche Relevanz auf. Während nach einem Teil der Lehre der Subordinationstheorie[1115] sowie der modalen Theorie[1116] eine herausragende Rolle zukommt, misst ein anderer Teil der Lehre der Funktionstheorie die grösste Bedeutung zu.[1117]

Auch wenn man im Einzelfall nicht umhinkommt, die Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht anhand des Methodenpluralismus vorzunehmen, erscheint faktisch, d.h. in der Mehrheit aller Fälle, die Funktionstheorie als tauglichstes Abgrenzungskriterium zwischen den

1110 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 229.

1111 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 368.

1112 BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, E. 3; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 370, bezeichnen diese Auffassung wegen des Vorbehaltes als sog. *modifizierte* Funktionstheorie; ebenso LIENHARD, Grundlagen, S. 422.

1113 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 154; WELTERT, S. 389 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 368, welche aber stattdessen den Terminus «Staatsaufgabe» verwenden.

1114 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184.

1115 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 67; kritisch hingegen RÜEGGER, S. 197.

1116 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 300.

1117 RÜTSCHE, Rechtsnatur, S. 6; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 370.

beiden Rechtsgebieten.[1118] So stellt auch eine Vielzahl von Erlassen für die Zuordnung von Rechtsverhältnissen auf die Funktionstheorie ab.[1119] Eine gewichtige Rolle kommt der Funktionstheorie zudem bei der Zuordnung von Vertragsverhältnissen zum öffentlichen oder privaten Recht zu. Auch das Bundesgericht wendet die Funktionstheorie in seiner Rechtsprechung – insbesondere auch im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung – regelmässig an.[1120]

Da die Funktionstheorie zur Bestimmung der Rechtsnatur im Wesentlichen, d.h., wenn keine konkrete gesetzliche Zuordnung zum öffentlichen Recht oder dem Privatrecht erfolgt, auf das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe abstellt, dient der Begriff der öffentlichen Aufgabe in der Rechtswirklichkeit folglich als massgebendes Kriterium (oder zumindest als starkes Indiz) für die Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Liegt eine öffentliche Aufgabe vor, kommt daher im Normalfall auch öffentliches Recht zur Anwendung. Ausgenommen bleiben die Fälle, in denen der Gesetzgeber selbst eine explizite Zuordnung der Rechtsverhältnisse vornimmt[1121] oder in denen im Einzelfall aufgrund der übrigen Abgrenzungstheorien des Methodenpluralismus eine andere Zuordnung (ausnahmsweise) als sachgerechter erscheint.[1122]

3. Festlegung der Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses durch Rechtssatz?

Da es gemäss der Funktionstheorie möglich sein soll, die Natur von Rechtsverhältnissen auf gesetzlichem Wege festzulegen, stellt sich an diesem Punkt die Frage, ob dieses Vorgehen im Belieben eines jeden Gemeinwesens steht.

Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts und Teilen der Lehre stand es dem zuständigen Gesetzgeber tatsächlich mehr oder minder frei, Verwaltungsrechtsverhältnisse dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Auf kantonaler Ebene wurde diese Wahlfreiheit mit

1118 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 370; RÜTSCHE, Rechtsnatur, S. 6; LIENHARD, Grundlagen, S. 422.

1119 RÜTSCHE, Rechtsnatur, S. 4 ff.; RÜTSCHE., öffentliche Aufgaben, S. 153 f. je mit Beispielen.

1120 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155 ff. mit Beispielen; RÜTSCHE, Rechtsnatur, S. 6; BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, E. 5.2; noch auf die Subordinationstheorie abstellend (aber im Ergebnis gleich) nach altem Recht indes BGE 105 II 234, E. 2 S. 236 betreffend die Beziehung des Elektrizitätswerkes Landschaft Davos und seiner Energiebezüger; kritisch zum Vorgehen des Bundesgerichts im eben zitierten Entscheid und die Funktionstheorie befürwortend äussert sich WELTERT, S. 389 ff.

1121 RÜTSCHE, Rechtsnatur, S. 6; ebenso LIENHARD, Grundlagen, S. 422.

1122 Oft dürften aber die Interessentheorie und auch die Subordinationstheorie nicht zu wesentlich anderen Ergebnissen führen.

Verweis auf Art. 6 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 1 ZGB begründet.[1123] Einschränkungen konnten sich aber etwa aus übergeordnetem Recht ergeben.[1124] Später hat das Bundesgericht hingegen entschieden, dass sich das Wesen eines Rechtsverhältnisses grundsätzlich anhand von dessen objektiver Natur bestimmt und es dem Gemeinwesen deshalb versagt ist, die Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses durch Rechtssatz nach eigenem Gutdünken festzulegen.[1125] Den kantonalen und (nach Massgabe des kantonalen Rechts) kommunalen Rechtssetzungsorganen bleibt es nunmehr verwehrt, Rechtsverhältnisse willentlich dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zu unterstellen.[1126] Der Bundesgesetzgeber wurde vom Kurswechsel des Bundesgerichts hingegen nicht tangiert.[1127] Soweit ersichtlich, hat das Bundesgericht an dieser Rechtsprechung bislang – wenn auch nicht immer ganz stringent[1128] – festgehalten und die Qualifikation von Rechtsverhältnissen seither stets durch Auslegung (Methodenpluralismus) vorgenommen, sofern keine bundesrechtliche Zuordnungsbestimmung vorlag.[1129]

1123 Vgl. etwa. BGE 101 II 177, E. 3 S. 185 f.; MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184 ff. und 199 f.; und insbesondere WELTERT, S. 346 f., 388 ff. und 436 je m.w.H.; offengelassen durch WALDMANN, Vertrag, S. 6.

1124 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 185.

1125 Das Bundesgericht hatte u.a. folgenden Sachverhalt zu beurteilen (BGer vom 27.9.1996, E. 1 c in: ZBl 98/1997, S. 411 ff.): Der kommunale Gesetzgeber (Gemeindeversammlung) hatte in seinem «Reglement über die Abgabe elektrischer Energie» das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeindewerk als Elektrizitätsversorger und den Bezügern dem Privatrecht unterstellt. Die Zulässigkeit dieser Bestimmung lag im Streit. Das Bundesgericht kam dabei zum Schluss, dass es nicht Sache des Gemeinwesens sein könne, ein Rechtsverhältnis durch Rechtssatz zu privatisieren. Es stehe dem Gemeinwesen mithin nicht zu, frei zwischen Verhältnissen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts zu wählen. Ob ein öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Rechtsverhältnis vorliege, hänge «*nicht von der rechtlichen Einordnung durch ein Gemeinwesen ab, sondern beurteil[e] sich nach der objektiven Natur*»; vgl. dazu auch MÜLLER, Rechtsfragen, S. 131 f.; MÜLLER/JENNI, S. 1077 und 1082.

1126 Gl.M. RÜEGGER, S. 188; MÜLLER/JENNI, S. 1077 und 1082; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 131 ff.; kritisch auch RHINOW, S. 298 ff.; HÄNER, S. 244; vgl. demgegenüber zur altrechtlichen Praxis betreffend die Festlegung der Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse im Bereich der Stromversorgung die Beispiele bei Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, S. 28; ferner WELTERT, S. 283; in der Lehre wird dieser Tatsache der fehlenden Wahlmöglichkeit für den kantonalen oder kommunalen Gesetzgeber indes oft zu wenig Beachtung geschenkt.

1127 Was sich einerseits bereits aufgrund von Art. 190 BV ergibt, andererseits aber auch mit der Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung im Zivilrecht gemäss Art. 122 Abs. 1 BV begründet werden kann.

1128 In dieser Hinsicht zwischenzeitlich und wohl fälschlicherweise (wieder) von einer Wahlmöglichkeit der Kantone und Gemeinden ausgehend etwa BGer 2C_339/2017 vom 24. Mai 2018, E. 1.2.2.

1129 Zuletzt etwa BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 4.1 und 5.2.3.

Es gilt somit Folgendes: Eine Wahlfreiheit zwischen der Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts besteht nur für den Bundesgesetzgeber.[1130] Durch Bundesgesetz kann die Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses demnach rechtssatzmässig festgelegt werden.[1131] Sofern der Bundesgesetzgeber keine Zuordnung des Rechtsverhältnisses vorgenommen hat, ist dessen Rechtsnatur durch Auslegung zu ermitteln.

4. Schlussfolgerung

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich für die Bestimmung der Rechtsnatur das folgende zweistufige Prüfschema anbietet: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob das Rechtsverhältnis durch eine formell-gesetzliche Grundlage auf Bundesebene dem öffentlichem Recht oder dem Privatrecht unterstellt wurde. In einem zweiten Schritt ist die Zuordnung nach dem Methodenpluralismus vorzunehmen. Dabei bietet es sich an, zuerst das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe zu prüfen, da diese in der Mehrheit aller Fälle als tauglichstes Abgrenzungskriterium zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dient. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe ist daher im Folgenden näher zu beleuchten.[1132]

1130 MÜLLER/JENNI, S. 1081 f.; offengelassen durch VOGEL, S. 213.

1131 Da die rechtssatzmässige Festlegung der Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses in die grundlegenden Prinzipien des dualistischen Aufbaus des schweizerischen Rechtssystems eingreift, handelt es sich nach der hier vertretenen Meinung um einen wichtigen Grundsatzentscheid, der zwingend in einer formell-gesetzlichen Grundlage festgehalten werden muss; gl.M. LIENHARD, Grundlagen, S. 422; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459; a.M. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1671, welche davon ausgehen, dass der Gesetzgeber die Festlegung der Rechtsnatur dem Aufgabenträger überlassen kann; vgl. auch VOGEL, S. 213 f., welcher bei marktwirtschaftlichen Strukturen kein schützenswertes Interesse sieht, welches es rechtfertigen würde, das Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zu unterstellen; ferner HÄNER, S. 242 f. mit Beispielen.

1132 Die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit dem Begriff der öffentlichen Aufgabe ergibt sich aber auch bereits aus dem Umstand, dass die Frage nach deren Vorliegen grundsätzlich immer auftaucht, wenn es um die Bereitstellung von Infrastrukturgütern und des Service public, so insbesondere auch bei der Elektrizitätsversorgung, geht, vgl. dazu bereits § 1 und 3.

§ 10 Öffentliche Aufgaben im Allgemeinen

I. Relevanz und Rechtsfolgen der Qualifikation einer Tätigkeit als öffentliche Aufgabe

1. Gewichtiges Abgrenzungskriterium zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht

Wie zuvor aufgezeigt, bilden die Funktionstheorie und damit der Begriff der öffentlichen Aufgabe de facto die wichtigsten Unterscheidungsmerkmale zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Bereich des Rechts. Qualifiziert eine Tätigkeit als öffentliche Aufgabe, unterstehen die daraus entspringenden Rechtsverhältnisse in der Regel, d.h. ohne abweichende Gesetzesbestimmung oder besondere Umstände im Einzelfall, dem öffentlichen Recht. Für die Beteiligten gelten demnach andere Regeln als bei einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit.[1133]

2. Weitere Rechtsfolgen

An den Begriff der öffentlichen Aufgaben sind indes noch weitere Rechtsfolgen geknüpft, welche nicht unmittelbar mit der Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht zusammenhängen, sondern allein auf die Qualifikation als öffentliche Aufgabe zurückzuführen sind. Speziell zu nennen sind etwa die Folgenden:

a) Bestehen eines Verwaltungsrechtsverhältnisses

Rechtsbeziehungen zwischen einem Träger öffentlicher Aufgaben (Verwaltungsträger) und einem Dritten (Privater oder anderer Verwaltungsträger), welche im Zusammenhang mit der unmittelbaren Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (Verwaltungsaufgabe) bestehen, werden als Verwaltungsrechtsverhältnisse bezeichnet.[1134] Vom Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe hängt es somit ab, ob es sich bei einer Rechtsbeziehung um ein Verwaltungsrechtsverhältnis handelt. Die Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Verwaltungsrechtsverhältnis ist von der Qualifikation seiner Rechtsnatur zu unterscheiden. Ob ein Verwaltungsrechtsverhältnis vorliegt, beurteilt sich allein danach, ob das fragliche Rechtsverhältnis zwischen einem Träger öffentlicher Aufgaben (Verwaltungsträger) und einem Dritten (Privater oder anderer

1133 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153 f. und 162; TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 783; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 51.

1134 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 736; zum Begriff der Verwaltungstätigkeit auch WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 6 f.

Verwaltungsträger) im Zusammenhang mit der unmittelbaren Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (Verwaltungsaufgabe) besteht.[1135] Welche Rechtsnatur ein Verwaltungsrechtsverhältnis hat, beurteilt sich hingegen nach den üblichen Abgrenzungsmethoden. Verwaltungsrechtsverhältnisse können deshalb sowohl dem öffentlichen Recht als auch dem Privatrecht zugehörig sein. In Anwendung der Funktionstheorie werden sie aber regelmässig dem öffentlichen Recht zugeordnet.[1136]

b) Grundrechtsbindung

Träger einer öffentlichen Aufgabe sind aufgrund von Art. 35 Abs. Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden. Diese Bindung gilt unabhängig davon, ob das fragliche Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht untersteht,[1137] ob der Gesetzgeber die Aufgabe dem Staat oder einem Dritten überträgt und welche Organisationsform der Aufgabenträger hat.[1138] Eine gewisse Lockerung von der Grundrechtsbindung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings möglich, wo die öffentliche Aufgabe in Konkurrenz zu anderen Anbietern wahrgenommen wird und desto geringer somit die Abhängigkeit der potenziellen Nutzer vom Aufgabenträger ist.[1139] Umstritten ist hingegen, ob die Träger öffentlicher Aufgaben auch an die Grundrechte gebunden sind, wenn sie Tätigkeiten ausüben, die nicht Teil der ihnen zukommenden öffentlichen Aufgabe sind und mit denen sie am freien Markt teilnehmen.[1140] Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen müssen sodann den Vorgaben gemäss Art. 36 Abs. 1–4 BV genügen, d.h. auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und die Verhältnismässigkeit im weiteren Sinne wahren.[1141]

1135 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 736; a.M. DAENIKER, S. 66, welcher auf die öffentlich- oder privatrechtliche Form der Rechtsträger abzustellen scheint; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 6 f.

1136 WELTERT, S. 281, verwendet hingegen den Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses nur für öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse und spricht andernfalls von Privatrechtsverhältnissen; zu vereinfachend m.E. ÇELIK, S. 912 ff., welcher bei öffentlichen Aufgaben grundsätzlich von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis auszugehen scheint.

1137 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1404 ff.; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 118 f.; EUGSTER, S. 86; BGE 127 I 84, E. 4c S. 90.

1138 SÄGESSER, RVOG, Art. 2 Rz. 93; MÄCHLER, S. 92; BGE 127 I 84, E. 4c S. 90.

1139 Vgl. BGE 127 I 84, E. 4 c) S. 90 f.

1140 Vgl. etwa KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 Rz. 62 und 73 m.w.H.

1141 Vgl. etwa Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2023.159 vom 7. Februar 2024, E. 2.1 und 2.2 betreffend die Anordnung einer Liefersperre.

c) Öffentliche Aufgabe als Anknüpfungskriterium

Aus praktischer Sicht dient der Begriff der öffentlichen Aufgabe schliesslich zahlreichen Gesetzen als Anknüpfungskriterium zur Bestimmung ihres Geltungsbereichs.[1142] Sofern keine spezialgesetzliche Bestimmung auf den Zivilweg verweist, unterliegen Rechtsverhältnisse, welche unmittelbar mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zusammenhängen, etwa der Verwaltungsrechtspflege.[1143]

3. Zwischenfazit

Die Antwort auf die Frage, ob eine öffentliche Aufgabe vorliegt oder nicht, determiniert ein Rechtsverhältnis in verschiedener Hinsicht und damit mittelbar auch die Möglichkeiten zur Ausgestaltung desselben durch die Beteiligten. Der Frage nach dem Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe kommt somit eine zentrale Bedeutung zu.[1144] Insbesondere besteht mit dem Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe – unabhängig davon, ob im Einzelfall öffentliches Recht oder Privatrecht zur Anwendung kommt – zwischen dem Träger der öffentlichen Aufgabe und den Dritten, deren Rechtsbeziehung unmittelbar im Zusammenhang mit der Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe besteht, ein Verwaltungsrechtsverhältnis. Auf die Bedeutung der Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Verwaltungsrechtsverhältnis wird später aber noch gesondert einzugehen sein.

II. Begriff der öffentlichen Aufgabe

1. Uneinheitliche Verwendung in Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung

Der Begriff der öffentlichen Aufgabe wird in der schweizerischen Rechtslehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung nicht einheitlich verwendet oder definiert.[1145] Oft wird der Begriff der öffentlichen Aufgabe mit anderen Be-

1142 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153 f. mit Beispielen.

1143 LIENHARD, Grundlagen, S. 457 f.; erforderlich ist eine formell-gesetzliche Bestimmung im Bundesrecht, vgl. BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 3.2.3; BGer vom 27.9.1996, E. 1 c in: ZBl 98/1997, S. 411 ff.

1144 Anhand der Qualifikation einer Tätigkeit als öffentliche oder private Aufgabe lässt sich diese sodann entweder dem Aufgabenkreis des Staates oder der Privaten zuweisen, RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153 f. und 162; grundlegend zu den Modalitäten des staatlichen Handelns auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 234.

1145 Ausführlich WEBER-MANDRIN, S. 17 ff. m.w.H.; WELTERT, S. 232 ff.; vgl. ferner RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153 f.; DAENIKER, S. 51; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 117 f.; SÄGESSER, RVOG, Art. 2 Rz. 89; WIEGAND/WICHTERMANN, S. 2 f.; EUGSTER, S. 13.

griffen – die notabene ebenfalls keine einheitliche Verwendung erfahren – wie etwa der Verwaltungsaufgabe[1146], der Staatsaufgabe[1147], Aufgaben von öffentlichem Interesse[1148] etc. gleichgesetzt[1149], von diesen unterschieden[1150] oder mit diesen vermischt.[1151] Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat bisher zu keiner allgemeingültigen Definition der öffentlichen Aufgabe geführt.[1152] Die öffentlichen Aufgaben sind zudem – wie auch der Begriff selbst – einem zeitlichen, örtlichen sowie wertungsmässigen Wandel unterworfen. Ein fester Bestand an öffentlichen Aufgaben ist somit zum Vornherein nicht gegeben.[1153]

So wünschenswert eine einheitliche Definition des Begriffs der öffentlichen Aufgabe (und der anderen, soeben erwähnten Begrifflichkeiten) auch wäre: Aus dem eben Gesagten ergibt sich, dass der Versuch einer weiteren rechtstheoretischen Begriffsdefinition der öffentlichen Aufgabe bereits im Voraus zum Scheitern verurteilt sein muss und damit an dieser Stelle wenig

1146 WELTERT, S. 258; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 24 f., knüpfen für den Begriff der Staatsaufgabe an einen gesetzlichen Erfüllungsauftrag an das Gemeinwesen an. Ob dabei auch gleichzeitig eine Verwaltungsaufgabe vorliege, komme darauf an, ob das Gesetz die Verwaltungsbehörden mit der Erfüllung der Staatsaufgabe beauftragen würde. Ausnahmsweise könne eine Verwaltungsaufgabe aber auch durch Private erbracht werden; ähnlich TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 13, welche die Verwaltungstätigkeit als gesetzlich übertragene Staatsaufgaben, die durch das Gemeinwesen besorgt werden, verstehen.

1147 Meist verstanden als von staatlichen Rechtsträgern ausgeübte Tätigkeit (vgl. etwa DAENIKER, S. 51 und 54) bzw. als Aufgaben, die staatlichen Behörden durch Verfassung oder Gesetz zugewiesen sind, RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 14; ausführlich zum Begriff der Staatsaufgaben WEBER-MANDRIN, S. 23 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 25.

1148 Kritisch dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 25; WELTERT, S. 232 und 234; zum Begriff des öffentlichen Interesses WEBER-MANDRIN, S. 19 ff.; WELTERT, S. 224 ff.

1149 So verwendet etwa RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153, den Begriff der öffentlichen Aufgaben und die Begriffe staatliche Aufgaben und Verwaltungsaufgaben als Synonyme; WELTERT, S. 258, spricht sich explizit für eine Gleichstellung der Begriffe öffentliche Aufgabe und Verwaltungsaufgabe aus; ebenso VOGEL, S. 30 ff.

1150 So etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 25; SÄGESSER, RVOG, Art. 2 Rz. 89; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 14, welche zudem dafür plädieren, den Begriff der öffentlichen Aufgabe zu vermeiden; das Bundesgericht verwendet den Begriff der öffentlichen Aufgabe jedenfalls, vgl. etwa BGE 131 II 1, E. 3.3 S. 6; BGer 2C_401/2010 vom 14. Dezember 2012, E. 2.3.3; vgl. zum Ganzen ferner WEBER-MANDRIN, S. 23.

1151 WEBER-MANDRIN, S. 17; DAENIKER, S. 51; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 154 f. m.w.H.

1152 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155; ebenso betreffend die Rechtsprechung WELTERT, S. 232.

1153 WEBER-MANDRIN, S. 18 ff.; WIEGAND/WICHTERMANN, S. 2; dies gilt im Übrigen auch für den Begriff des öffentlichen Interesses, MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 64.

gewonnen wäre.[1154] Ebenso erscheint der Versuch, eine trennscharfe Abgrenzung des Begriffs der öffentlichen Aufgabe von ähnlichen Begriffen[1155] vorzunehmen, angesichts der Fülle unterschiedlicher Begriffsverständnisse und des bereits vorhandenen einschlägigen Schrifttums[1156] müssig zu sein.[1157] Schlussendlich liegt allen Begriffen bzw. den damit zusammenhängenden Sachverhalten eine – wie auch immer geartete – Beteiligung des Gemeinwesens an der Aufgabenerfüllung zugrunde.[1158] Die Unterscheidung der Begrifflichkeiten ist denn auch rein akademischer Natur und ohne praktische Relevanz.[1159] Von Relevanz ist hingegen regelmässig die Frage, *ob* im Einzelfall eine öffentliche Aufgabe vorliegt oder nicht.[1160] Einerseits indiziert bzw. ermöglicht die Feststellung einer öffentlichen Aufgabe als Abgrenzungskriterium der Funktionstheorie eine Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht. Andererseits hängen mit der Qualifikation einer Tätigkeit als öffentliche Aufgabe – wie bereits erläutert – auch noch weitere Rechtsfolgen zusammen.

Im Rahmen der vorliegenden Thematik interessieren deshalb (auch) zwei Aspekte besonders: erstens die Frage, ob die leitungsgebundene Elektrizitätsversorgung oder Teile davon eine öffentliche Aufgabe darstellen, und zweitens die Auswirkungen, welche mit der Bejahung oder Verneinung dieser Frage verbunden sind.

Der Begriff der öffentlichen Aufgabe wird in der vorliegenden Arbeit im Sinne einer Trennlinie verwendet, durch welche die staatliche (verwaltungsrechtliche) von der privaten Tätigkeit (nicht aber zwingend das öffentliche

1154 Vgl. stattdessen WEBER-MANDRIN, S. 17 ff. m.w.H. und einem umfassenden Definitionsversuch; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153 ff.; DAENIKER, S. 51; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 117 f.; WIEGAND/WICHTERMANN, S. 3.

1155 Etwa die Begriffe der Staatsziele, Staatszwecke, Staatsfunktionen, staatliche Aufgaben etc., vgl. dazu etwa die Auflistung bei WEBER-MANDRIN, S. 17.

1156 Vgl. nur WEBER-MANDRIN, S. 23 ff. m.w.H.; vgl. ferner RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155 m.w.H.; DAENIKER, S. 51; MÜLLER, Rechtsfragen, S. 117 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 24 f.

1157 Gl.M. WEBER-MANDRIN, S. 25.

1158 WEBER-MANDRIN, S. 25.

1159 WEBER-MANDRIN, S. 25; in diesem Sinne implizit auch RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153; so nennt etwa auch das Bundesgericht die Begriffe der Staats- und Verwaltungsaufgaben sowie des Service public in einem Atemzug, vgl. BGE 138 I 274, E. 1.4 S. 278; die fehlende Relevanz ergibt sich sodann bereits aus der Tatsache, dass die Begriffe keine einheitliche Verwendung finden.

1160 Diese Frage beantwortet sich nach der hier vertretenen Auffassung einheitlich. Entweder liegt eine öffentliche Aufgabe vor oder nicht. Es kann somit nicht nach einem Bundesgesetz eine öffentliche Aufgabe bestehen und nach dem Anwendungsbereich eines anderen Bundesgesetzes nicht.

Recht vom Privatrecht) abgegrenzt wird.[1161] Nach diesem Verständnis werden die Begriffe der öffentlichen Aufgabe, der Staatsaufgabe und der Verwaltungsaufgabe sodann als Synonyme verwendet.[1162] Vorderhand reicht es daher aus, nachstehend die Kriterien zur Qualifikation von öffentlichen Aufgaben näher zu betrachten.

2. Qualifikation von Tätigkeiten als öffentliche Aufgaben

Da es bereits an einem einheitlichen Begriffsverständnis der öffentlichen Aufgabe mangelt, kann es auch keine Einigkeit über die Kriterien geben, welche eine Aufgabe zu einer öffentlichen machen. Abhängig vom konkreten Verständnis der öffentlichen Aufgabe variieren deshalb auch die daraus abgeleiteten Kriterien und die hieraus folgende Qualifikation einer Tätigkeit. Dieser Umstand führt dazu, dass jeder Versuch einer Bestimmung der Kriterien und die anschliessende Qualifikation einer Tätigkeit als öffentliche Aufgabe mit denselben Schwierigkeiten und Unsicherheiten behaftet ist – und im Endeffekt zu keinem befriedigenden Resultat führt. Wird die Frage rein akademisch angegangen, läuft man unweigerlich Gefahr, das Pferd von hinten aufzuzäumen.

RÜTSCHE hat einen induktiven Ansatz gewählt und aus der Kasuistik des Bundesgerichts auf allgemeine Kriterien zur Qualifikation von öffentlichen Aufgaben geschlossen. Diese Vorgehensweise hat den wesentlichen Vorteil einer strikten Praxisbezogenheit. Zudem wird dadurch der Einfluss persönlich gefärbter Werturteile[1163] und die Gefahr, sich in einer rein akademischen Auseinandersetzung zu verrennen, reduziert.[1164] Einem zeitlichen Wandel ist aber selbstverständlich auch die Rechtsprechung unterworfen, so dass sich inskünftig auch die aus der Rechtsprechung hergeleiteten Kriterien ändern

1161 Ähnlich RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153.

1162 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153; ebenso BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 7 Fn. 23; der Begriff der öffentlichen Aufgabe hat den Vorteil einer gewissen «Neutralität» gegenüber ähnlichen Termini und schliesst Private als Aufgabenträger grammatikalisch nicht aus. Zudem ist der Begriff der öffentlichen Aufgabe, etwa im Gegensatz zum Begriff der Staatsaufgabe oder der Verwaltungsaufgabe, durch die Lehre noch weniger in einem bestimmten Sinne «besetzt».

1163 Gleichwohl liegt aber jeder öffentlichen Aufgabe ein Werturteil zugrunde, das der Gesetzgeber bei der Schaffung derselben treffen musste. Treffend deshalb die Zusammenfassung von NOBEL, S. 137 Fn. 5, welcher öffentliche Aufgaben als solche bezeichnet, *«welche die Gesamtheit dem Einzelnen oder einer Gruppe von Privaten nicht überlassen kann oder will»*.

1164 Allerdings ist auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht immer einheitlich und vor Kritik gefeit. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe ohne nähere Begründung bejaht oder verneint wird, vgl. etwa WELTERT, S. 239 f.

können. Das Vorgehen von RÜTSCHE überzeugt aber insgesamt, so dass die vorliegende Arbeit grundsätzlich dem von ihm entwickelten Begriffsverständnis der öffentlichen Aufgabe folgt.[1165]

a) Bundesgerichtliche Qualifikation von öffentlichen Aufgaben nach Tätigkeiten

Nach der Analyse von RÜTSCHE lassen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung folgende[1166] Tätigkeiten bzw. Umstände auf eine öffentliche Aufgabe schliessen:

— *Wahrnehmung eines Grundversorgungsauftrages:* Tätigkeiten, denen eine Grundversorgungspflicht zugrunde liegt, wie etwa die Bereitstellung und der Betrieb von Infrastrukturen, stellen eine öffentliche Aufgabe dar. Üben Träger öffentlicher Aufgaben neben ihrer Grundversorgungsaufgabe auf freiwilliger Basis auch noch andere (meist wettbewerbliche) Tätigkeiten aus, gelten diese hingegen regelmässig nicht als öffentliche Aufgaben.[1167]

— *Nutzung von öffentlichen Sachen bzw. Sachen im Verwaltungsvermögen:* Die Überlassung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch und von Verwaltungsvermögen zur bestimmungsgemässen oder ausserordentlichen Nutzung an Private qualifiziert als öffentliche Aufgabe.[1168] Umgekehrt bestimmt das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe die Zuordnung einer Sache zum Verwaltungs- oder Finanzvermögen.[1169] Die *Regelung bzw. Verwaltung* der ausserordentlichen Nutzung öffentlicher Sachen im engeren Sinne ist öffentlich-rechtlicher Natur. Diese (interne) Regelung der Nutzung ist vom (externen) vertraglichen Verhältnis zwischen dem Aufgabenträger und dem Nutzer zu unterscheiden. Weiter hielt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang fest, dass eine kommerzielle Tätigkeit nicht automatisch das Vorliegen eines zivilrechtlichen Rechtsverhältnisses bedeutet.[1170]

1165 In diesem Sinne stellen auch andere Autoren auf den Ansatz von RÜTSCHE ab, vgl. etwa FÖHSE, Strommarktordnung, S. 140; ÇELIK, S. 912.

1166 Der nachfolgende Aufbau orientiert sich lose an der Kategorisierung von RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155 ff.

1167 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

1168 BGE 138 I 274, E. 1.4 S. 278 f.; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 156 und 158 m.w.H., welcher sich jedoch kritisch zur bundesgerichtlichen Qualifikation der ausserordentlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen als öffentliche Aufgabe äussert.

1169 WELTERT, S. 220; BGE 127 I 84, E. 4b S. 89.

1170 BGE 138 I 274, E. 1.4 S. 279 f.

— *Staatsnahe Tätigkeiten:* Sofern Tätigkeiten eine gewisse Staatsnähe eigen ist, werden diese regelmässig als öffentliche Aufgaben qualifiziert.[1171] Dabei kommt es nicht auf die Person des Aufgabenträgers an. So nehmen etwa auch akkreditierte private Zertifizierungsstellen u.U. eine öffentliche Aufgabe wahr.[1172]
— *Monopole und Konzessionen:* Nicht einig zu gehen ist hingegen mit dem Schluss von RÜTSCHE, wonach nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Vergabe von Monopol- oder Sondernutzungskonzessionen in allgemeiner Weise keine Übertragung von öffentlichen Aufgaben darstelle.[1173] Beiden zitierten Entscheiden lag eine Streitigkeit des öffentlichen Beschaffungswesens im Zusammenhang mit dem Plakataushang auf öffentlichem Grund zugrunde. Dazu hielt das Bundesgericht lediglich fest, dass das zentrale Element der übertragenen Konzession, namentlich das Aufstellen von Werbetafeln zu kommerziellen Zwecken, keine öffentliche Aufgabe darstelle, weshalb mit der Konzession auch keine öffentliche Aufgabe übertragen worden sei.[1174] Das Gros der Lehre geht heute aber wohl tatsächlich davon aus, dass aus dem Vorliegen eines faktischen oder rechtlichen Monopols nicht ohne Weiteres auf das Bestehen einer öffentlichen Aufgabe geschlossen werden kann.[1175]

Dieser Auffassung kann nicht vorbehaltlos zugestimmt werden: Wo der Staat durch Rechtssetzung ein rechtliches Monopol schafft und damit andere, private Marktteilnehmer von der Ausübung dieser Tätigkeit ausschliesst, begründet er nach der hier vertretenen Meinung gleichzeitig eine entsprechende öffentliche Aufgabe.[1176] Meines Erachtens kommt dem Gemeinwesen

1171 So etwa die öffentliche Beurkundung durch freiberufliche Notare oder die amtliche Verteidigung in Strafsachen, vgl. dazu RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 157 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; ablehnend hingegen WELTERT, S. 220 und 234.

1172 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 157; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1840 ff., qualifizieren die Akkreditierung und Zertifizierung als Sonderform der Beleihung und ordnen das Rechtsverhältnis zwischen der akkreditierten Stelle und dem Staat dem öffentlichen Recht zu. Schwierig zu qualifizieren sei hingegen das Rechtsverhältnis zwischen der akkreditierten Stelle und den Privaten. Sie sprechen sich zudem dezidiert für den Verbleib einer gewissen Restverantwortlichkeit beim Staat aus. Zudem dürften die akkreditierten Stellen keine eigentlichen Rechtsnormen erlassen; zur Akkreditierung auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 789.

1173 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 156; mit Verweis auf RÜTSCHE auch ÇELIK, S. 910.

1174 BGE 125 I 209, E. 6 b) S. 213; BGE 135 II 49, E. 4.3.2 S. 54 ff.

1175 Vgl. etwa WELTERT, S. 255 ff., welcher aber bei rechtlichen Polizei- und Wohlfahrtsmonopolen, bei denen eine Tätigkeit der Allgemeinheit entzogen wird, von öffentlichen Aufgaben auszugehen scheint.

1176 So auch FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 138 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1819.

diesfalls auch die Verantwortung zu sicherzustellen, dass die rechtlich monopolisierte Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird.[1177] Dabei kann es auch keine Rolle spielen, auf welche Motive (Polizeigüterschutz, Wohlfahrt etc.) das rechtliche Monopol zurückzuführen ist. Ansonsten könnte sich der Staat nach seinem Gutdünken die lukrativsten wirtschaftlichen Betätigungsfelder heraussuchen und für sich allein beanspruchen. Diese Idee widerspräche indes der liberalen schweizerischen Wirtschaftsverfassung und den Grundsätzen der Wirtschaftsfreiheit, wie sie in Art. 27 und 94 BV festgehalten sind, komplett, weshalb die Neubegründung rein fiskalisch motivierter Monopole dem Staat grundsätzlich untersagt ist.[1178] Der Staat kann daher auch private Tätigkeiten nicht monopolisieren, ohne sie gleichzeitig zu einer öffentlichen Aufgabe zu machen.[1179] Es erscheint nicht schlüssig, dass in denjenigen Fällen, bei welchen der Staat die Privaten von der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ausschliesst und diese selber ausübt oder ausüben lässt, keine öffentliche Aufgabe vorliegen würde.[1180] Das konkrete Ausmass der öffentlichen Aufgabe richtet sich in diesem Fall nach dem Inhalt des rechtlichen Monopols.[1181] Die Erteilung einer Monopolkonzession bedeutet nach dem Gesagten gleichzeitig auch die Übertragung der entsprechenden öffentlichen Aufgabe. Zuzustimmen ist hingegen der Auffassung, dass ein faktisches Monopol für sich alleine keine öffentliche Aufgabe zu begründen vermag.[1182] Folglich wird auch mit der Erteilung einer Sondernutzungskonzession nicht bereits per se eine öffentliche Aufgabe übertragen,[1183] sondern lediglich das Recht zur ausschliesslichen Nutzung öffentlicher Sachen (z.B. des öffentlichen Grund und Bodens) eingeräumt.[1184] Sofern Sondernutzungskonzessionen mit Betriebs- und Leistungspflichten verbunden werden,[1185] können sie von ihrer Wirkung her allerdings regelmässig in die unmittelbare Nähe öffent-

1177 Gl.M. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 137 ff.; mit Verweis auf FÖHSE auch ÇELIK, S. 910.

1178 WELTERT, S. 257; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2710; davon unberührt bleiben jedoch die tradierten kantonalen Regale bzw. die durch die Bundesverfassung, den Bundesgesetzgeber oder die Kantonsverfassung geschaffenen Monopole, vgl. dazu § 3 III. 2. a) (ii); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2709.

1179 A.M. wohl RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159.

1180 Ebenso FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 137.

1181 So auch WELTERT, S. 256 ff.

1182 Gl.M. WELTERT, S. 255 f.

1183 WELTERT, S. 256.

1184 WELTERT, S. 256; vgl. ferner EUGSTER, S. 6.

1185 Man könnte dafürhalten, dass jede Sondernutzungskonzession von Natur aus mit einer Betriebspflicht verbunden ist bzw. sein muss, da eine im Gemeingebrauch stehende öffentliche Sachen per Definition zur exklusiven Nutzung überlassen wird. Wird die Sache dann nicht genutzt, entfällt sachlogisch auch die Grundlage für die Konzession.

licher Aufgaben rücken.[1186] Gleichwohl entstehen öffentliche Aufgaben nach der hier vertretenen Ansicht daraus erst, wenn sie auf eine gesetzliche Erfüllungspflicht zurückzuführen sind.[1187] Das ist zugegebenermassen etwas unbefriedigend, da so für gleichgelagerte Situationen grundlegend unterschiedliche Bedingungen gelten.[1188] An diesem Punkt stösst man derweil auf das übliche Problem im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben, nämlich das einer wertungsmässigen Unterscheidung unterschiedlicher Tätigkeiten. Ist es etwa gleichbedeutend, wenn ein Gemeinwesen eine Sondernutzungskonzession für den Betrieb eines Imbissstandes, einer Badeanstalt, zur Nutzung der Wasserkraft oder für die exklusive Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens für Infrastrukturdienstleistungen erteilt?[1189] Will man nicht einer wertungsmässigen Betrachtungsweise anheimfallen, führt indes kein Weg daran vorbei, für das Bestehen einer öffentlichen Aufgabe am Vorliegen einer gesetzlichen Erfüllungspflicht festzuhalten. Ob dem Konzessionär solche Betriebs- und Leistungspflichten aufgrund des Legalitätsprinzips (Erfordernis des Rechtssatzes, genügende Normstufe und Normdichte) aber überhaupt auferlegt werden können, ohne dass daraus gleichzeitig eine öffentliche Aufgabe entsteht, scheint bei gewissen Tätigkeiten zumindest fraglich.[1190]

b) Kriterien zur Qualifikation von öffentlichen Aufgaben nach RÜTSCHE

RÜTSCHE kommt aufgrund seiner Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der vorstehenden, als öffentliche Aufgaben qualifizierten Tätigkeiten zum Schluss, dass zur Qualifikation von öffentlichen Aufgaben insgesamt drei Kriterien massgebend seien. Er qualifiziert öffentliche Aufgaben demnach als *(1.) Aufgaben, die (2.) im Auftrag des Gesetzgebers (3.) erfüllt werden müssen*.[1191]

1186 So war es früher etwa nicht unüblich, auf diesem Wege die Elektrizitätsversorgung einer Gemeinde sicherzustellen, vgl. dazu WELTERT, S. 256; vgl. ferner auch RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159.

1187 Vgl. dazu auch ÇELIK, S. 913.

1188 Die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse können nach der hier vertretenen Ansicht aber ohnehin privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur sein, was durch Auslegung zu ermitteln ist.

1189 Vgl. auch WIEGAND/WICHTERMANN, S. 3.

1190 Zum Legalitätsprinzip vgl. §14.

1191 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 157; ähnlich MÜLLER, Rechtsfragen, S. 117 f., wonach *«all das als öffentliche Aufgabe zu definieren [sei], was im Gesetz als Aufgabe des Gemeinwesens festgeschrieben ist»*; ähnlich auch die auf GYGI zurückzuführende positive Umschreibung des Verwaltungsbegriffs als die *«Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen»*, vgl. dazu TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 13; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 19 m.w.H.; WELTERT, S. 251 f.; in diesem Sinne ferner auch MÜLLER/JENNI, S. 1073.

Unter dem Begriff der *Aufgaben* werden nach dieser Definition *Tätigkeiten* (Tun, nicht Dulden oder Unterlassen) verstanden, die aufgrund einer *Vorschrift dauerhaft* ausgeübt werden *müssen*. Erst durch das Vorliegen einer Vorschrift, welche den Aufgabenträger zur Vornahme einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet, wird die entsprechende Tätigkeit auch zur Aufgabe.[1192] Davon abzugrenzen sind Handlungen, die lediglich eine Befolgung staatlicher Vorgaben bzw. gesetzlicher Leistungspflichten darstellen, ohne dass damit eine eigentliche Aufgabe erfüllt wird.[1193]

Die Aufgaben müssen sodann einem *gesetzlichen Auftrag* entsprechen, d.h. in einem generell-abstrakten Rechtsatz auf Gesetzes- oder Verfassungsstufe verankert sein.[1194] Das bedingt allerdings, dass das legiferierende Gemeinwesen dazu überhaupt kompetent ist.[1195] Ausnahmsweise kann der Auftrag zur Aufgabenerfüllung aber auch auf der Rechtsprechung basieren.[1196]

Schliesslich muss der Aufgabenträger – gestützt auf eine gesetzliche Pflicht zur Aufgabenerfüllung – dazu angehalten sein, die Aufgabe auch tatsächlich ausüben zu müssen (*gesetzliche Erfüllungspflicht*).[1197] Die gesetzliche Pflicht kann sich sowohl an staatliche Stellen[1198] als auch an Private richten. Je nach Ausgestaltung der gesetzlichen Verpflichtung (direkte Verpflichtung des Aufgabenträgers zur Aufgabenwahrnehmung oder Verpflichtung des Staates zur Sicherstellung der Aufgabenwahrnehmung)[1199] wird in der Lehre auch von einer Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung des

1192 Demgegenüber begründen Vorschriften, die Vorgaben zu freiwillig ausgeübten Tätigkeiten enthalten, keine Aufgabe, RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 157; ELSER, S. 10; ausführlich zum Begriff der Aufgabe auch WEBER-MANDRIN, S. 19, welche diese in Relation zum öffentlichen Interesse setzt und dem Aufgabenbegriff aus *rechtlicher* Perspektive vier Elemente zuordnet. Es sind dies: (i) ein Aufgabenträger, (ii) dem eine Verpflichtung zu (iii) einer bestimmten, genügend konkretisierten Tätigkeit zukommt, womit (iv) ein bestimmtes Ziel verfolgt wird.

1193 TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 788.

1194 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 158, wobei nicht ganz klar ist, ob RÜTSCHE zwingend eine formell-gesetzliche Grundlage voraussetzt oder auch einen entsprechenden Auftrag auf Verordnungsstufe als hinreichend erachtet; nach WELTERT, S. 252 ff. und 261 ff., genügt eine materiell-rechtliche Grundlage nicht, um eine öffentliche Aufgabe zu begründen, sondern es bedarf dazu zwingend einer formell-gesetzlichen Grundlage.

1195 WELTERT, S. 252.

1196 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 158.

1197 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159.

1198 Für gewöhnlich richtet sich der Erfüllungsauftrag an die Zentralverwaltung, vgl. ÇELIK, S. 912; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 133.

1199 Vgl. RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159; vgl. zur Erfüllungspflicht auch ELSER, S. 9 f.

Staates gesprochen.[1200] Inwiefern der Staat dabei Dritte zur Aufgabenerfüllung beiziehen bzw. die Aufgabe auf Dritte übertragen kann, d.h., ob dies nur bei der Gewährleistungsverantwortung[1201] oder auch bei der Erfüllungsverantwortung[1202] möglich sein soll, wird unterschiedlich beurteilt.[1203] Zieht der Staat zur Aufgabenerfüllung Dritte bei, kann er sich dazu verschiedener (gesetzlicher) Steuerungsinstrumente bedienen.[1204] Bei alledem gilt: Sofern eine gesetzliche Erfüllungspflicht für eine bestimmte Aufgabe besteht, handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe.[1205] Dritte, welche diese Aufgabe in der Folge selbständig wahrnehmen, werden dadurch selbst zu Trägern der öffentlichen Aufgabe.[1206]

c) Keine Kriterien zur Qualifikation von öffentlichen Aufgaben

Neben der positiven Umschreibung der öffentlichen Aufgabe hat RÜTSCHE anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch einen Katalog nicht massgebender Abgrenzungskriterien aufgestellt, welche in der Literatur und Rechtsprechung immer wieder in Verbindung mit dem Begriff der öffentlichen Aufgabe gebracht (und unterschiedlich beurteilt) werden. Die Kriterien entspringen zudem Themenfeldern bzw. Fragestellungen, welche im Zusammenhang mit den leitungsgebundenen Infrastrukturen, insbesondere auch der Versorgung mit elektrischer Energie, wiederkehrend auftauchen. Es lohnt sich deshalb auch ein summarischer Blick auf diejenigen Kriterien[1207], welche *keine* öffentliche Aufgabe zu begründen vermögen:[1208]

1200 Vgl. dazu § 10 IV. 4.

1201 Vgl. etwa RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159, nach welchem die mit der Gewährleistungsverantwortung beauftragten staatlichen Stellen selbst (administrative) Leistungsaufträge vergeben können oder das Gesetz vorsehen könne, dass Dritte mittels Verwaltungszwang zur Aufgabenerfüllung angehalten werden können.

1202 Vgl. etwa WALTHER, S. 63 m.w.H.

1203 Vgl. dazu § 10 IV. 4.

1204 Grundlegend zu den Steuerungsinstrumenten: WALTHER, S. 104 ff.

1205 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; ähnlich WELTERT, S. 252, wonach öffentliche Aufgaben erfüllt, *«wer sie vom Gemeinwesen auf gesetzlicher Grundlage übertragen erhielt»*.

1206 Nicht nur die Gewährleistungsverantwortung, sondern auch die effektive Erfüllungstätigkeit stellen öffentliche Aufgaben dar, RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 160.

1207 Vgl. dazu RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 160.

1208 Ebenfalls kein Kriterium für die Annahme einer öffentlichen Aufgabe stellt die Subventionierung einer Tätigkeit durch den Staat dar. Auch in diesen Fällen liegt lediglich dann eine öffentliche Aufgabe vor, wenn eine entsprechende gesetzliche Erfüllungspflicht besteht, vgl. RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159 und 161 m.w.H.

— *Form des Aufgabenträgers:* Heute dürfte unbestritten sein, dass öffentliche Aufgaben nicht durch den Staat bzw. die Zentralverwaltung[1209] selbst vorgenommen werden müssen, sondern dass diese auch von dezentralen oder privaten Aufgabenträgern wahrgenommen werden können.[1210] Sowohl der Staat als auch Private sind folglich mögliche Träger der gesetzlichen Erfüllungspflicht.[1211] Öffentliche Aufgaben können somit unter andersgearteten organisatorischen Voraussetzungen erbracht werden.[1212] Umgekehrt bedeutet nicht jedes Handeln des Staates, dass dieses zwingend staatlich erfolgt. Wo der Staat eine Aufgabe rein aus fiskalischen Interessen verfolgt, tut er dies nicht im Rahmen einer öffentlichen Aufgabe und ist den Privaten grundsätzlich gleichgestellt.[1213] Der Staat kann sich seines Wesens aber auch in diesen Fällen nicht vollständig entledigen.[1214]

— *Handlungsform, anwendbares Recht und Grundrechtsbindung:* Ebenfalls keine tauglichen Abgrenzungskriterien bilden die Handlungsform, welcher sich der Aufgabenträger bedient, das Recht, dem der Aufgabenträger bei der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe untersteht, und ob der Aufgabenträger bei seinem Handeln an die Grundrechte gebunden ist.[1215] Die Frage nach dem Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe ist der Bestimmung der Handlungsform, dem anwendbaren Recht und der Grundrechtsbindung sachlogisch vorgelagert. Liegt eine öffentliche Aufgabe vor, determiniert diese Feststellung das Wesen des Rechtsverhältnisses, indem grundsätzlich (aber nicht immer[1216]) öffentliches Recht anwendbar ist, ein Verwaltungsrechtsverhältnis vorliegt und der Aufgabenträger bei der Aufgabenerfüllung an die Grundrechte gebunden ist.[1217]

1209 Zum Begriff der Zentralverwaltung vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1626 ff.

1210 WEBER-MANDRIN, S. 21; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159 f.; WELTERT, S. 239; grundsätzlich beipflichtend auch RÜEGGER, S. 110.

1211 Es kommt somit nicht darauf an, wer die Aufgabe tatsächlich erbringt – auch wenn nicht jedwede Organisationsform gleich geeignet erscheint, vgl. KERN, S. 38.

1212 Dieser Umstand kann zu gewissen Unterschieden führen. Bei der Steuerung des Aufgabenträgers spielt die Rechtsform z.B. eine wesentliche Rolle, vgl. SÄGESSER, RVOG (1. Aufl.), Art. 2 Rz. 106.

1213 WELTERT, S. 236 und 253 ff.

1214 Insbesondere gelten das Legalitätsprinzip und die Grundrechtsbindung weiterhin, wenn u.U. auch ein wenig eingeschränkt.

1215 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 160 f.; so aber wohl WELTERT, S. 239, bei dem öffentlichen Recht unterstehenden Rechtsverhältnissen.

1216 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 154 und 161.

1217 Art. 35 Abs. 2 BV; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 160 f.; in diesem Sinne auch WELTERT, S. 254 f.

— *Staatliche Steuerung und Aufsicht:* Nicht relevant ist sodann, ob die fragliche Tätigkeit einer staatlichen Steuerung unterliegt oder eine staatliche Aufsicht für die Tätigkeit besteht, da ansonsten sämtliche, staatlich regulierten Tätigkeiten zu öffentlichen Aufgaben würden.[1218] Diese Folgerung würde offensichtlich den Rahmen der öffentlichen Aufgaben sprengen. Auch staatliche Preisregulierungen, wie dies etwa im Strommarkt der Fall ist[1219], machen demnach eine Tätigkeit nicht bereits aus diesem Grund zu einer öffentlichen Aufgabe.
— *Wettbewerb:* Besteht in einem Wirtschaftssektor Wettbewerb, wird diese Tatsache oftmals als Argument für die privatwirtschaftliche (und oft auch für die privat*rechtliche*) Natur der fraglichen Tätigkeit ins Feld geführt.[1220] Wettbewerb kann aber auch bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch verschiedene Aufgabenträger gegeben sein.[1221] Dabei handelt es sich – wie RÜTSCHE überzeugend ausführt – indes nicht um privatwirtschaftlichen Wettbewerb am freien Markt, sondern um staatlich verordneten Wettbewerb zwischen Trägern öffentlicher Aufgaben, der sich in der jeweiligen, im Leistungsauftrag festgehaltenen Aufgabe erschöpft. Das Angebot wird somit nicht durch die Aufgabenträger nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen, sondern durch den Gesetzgeber bestimmt.[1222] Meist handelt es sich zudem um stark regulierte Märkte, in denen der Wettbewerb nur begrenzt spielt und die Preisgestaltung nur bedingt in den Händen der «Marktteilnehmer» liegt.[1223] Abzugrenzen ist der Wettbewerb zwischen Trägern öffentlicher Aufgaben auch vom Fall der sog. Staatswirtschaft, bei welchem der Staat am privatwirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt.[1224]

1218 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 161; vgl. aber WELTERT, S. 239.

1219 Vgl. etwa Art. 6 Abs. 3–5bis und Art. 14 f. StromVG.

1220 So wohl HÄNER, S. 242.

1221 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 161, bezeichnet diese Form als *«institutionellen Wettbewerb»*; ähnlich auch VOGEL, S. 16.

1222 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 161; nach WELTERT, S. 145, stellt die Erfüllung einer durch das öffentliche Recht bestimmten (öffentlichen) Aufgabe keine privatwirtschaftliche Tätigkeit mehr dar. Bei öffentlichen Infrastrukturanlagen stünden deshalb nicht Wettbewerb und Konkurrenz im Vordergrund, sondern die öffentliche Wohlfahrt.

1223 Vgl. etwa den Hinweis bei RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 162.

1224 Auch «wirtschaftende Verwaltung» genannt, RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 162; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 4 Rz. 12; leicht anders neuerdings TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 76 ff.; vgl. ferner WELTERT, S. 239 ff., zur Unterscheidung zwischen hoheitlicher und gewerblicher Verrichtung für die Bestimmung des Vorliegens von öffentlichen Aufgaben.

— *Subsidiarität der Aufgabenerfüllung:* Die Frage, ob eine Tätigkeit durch den Staat oder Private ausgeübt werden soll, ist durch den Gesetzgeber beim Erlass des entsprechenden gesetzlichen Leistungs- bzw. Sicherstellungsauftrages zu prüfen, mit welchem die fragliche Tätigkeit zu einer öffentlichen Aufgabe gemacht werden soll. Besteht eine gesetzliche Erfüllungspflicht für eine Tätigkeit, so handelt es sich dabei um eine öffentliche Aufgabe, auch wenn die Tätigkeit genauso gut oder sogar besser durch Private erfüllt werden könnte.[1225] Die Prüfung der Subsidiarität staatlichen Handelns[1226] ist somit auf das Gesetzgebungsverfahren beschränkt, und auch nur auf diesem Weg kann der Entschluss wieder geändert und eine öffentliche Aufgabe materiell privatisiert, d.h. auf die Aufgabe verzichtet werden.[1227]

— *Öffentliches Interesse:* Wo der Begriff der öffentlichen Aufgabe auftaucht, ist der Begriff des öffentlichen Interesses für gewöhnlich nicht fern. Das öffentliche Interesse ist in erster Linie grundlegendes staats- und verwaltungsrechtliches Prinzip, welches alles Staatliche durchdringt. Jedes staatliche Handeln setzt neben einer rechtlichen Grundlage (Legalitätsprinzip) notwendigerweise ein gleichgerichtetes öffentliches Interesse voraus und wird durch dieses ebenso begrenzt (Art. 5 Abs. 2 BV). In rechtssetzender Hinsicht hat deshalb jedweder Rechtsnorm bzw. jedwedem Rechtserlass ein übereinstimmendes öffentliches Interesse zugrunde zu liegen, welches deren Motiv und Zielrichtung festlegt.[1228] Daneben kommt dem öffentlichen Interesse insbesondere bei Eingriffen in grundrechtsgeschützte Positionen eine Bedeutung zu (Art. 36 Abs. 2 BV). Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Zusammenhang mit einem Lebenssachverhalt bzw. einer Aufgabe bedeutet jedoch nicht, dass gleichzeitig auch eine öffentliche Aufgabe oder gar ein öffentlich-

1225 Dies gilt nach RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159 und 161, insbesondere auch bei Grundversorgungsaufgaben, in denen dem Staat die blosse Gewährleistungsverantwortung obliegt, die aber durch Private aus eigenem Antrieb im Rahmen eines entsprechenden staatlichen Leistungsauftrages erfüllt werden. Keine öffentliche Aufgabe besteht indes dort, wo Private durch den Staat ohne eine entsprechende gesetzliche Grundlage mit der Erfüllung von Tätigkeiten betraut werden.

1226 Art. 5a BV ist entgegen den Ausführungen von Teilen der Lehre (vgl. etwa RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 162) indes nicht einschlägig, vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 735 ff.

1227 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 162; zur Subsidiarität der Aufgabenerfüllung vgl. auch WELTERT, S. 260; WIEGAND/WICHTERMANN, S. 3 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 735 ff.

1228 WELTERT, S. 224 ff. und 232.

rechtliches Rechtsverhältnis vorliegen würde. Hingegen ist jeder öffentlichen Aufgabe ein übereinstimmendes öffentliches Interesse eigen.[1229]

3. Zusammenfassung

Der Begriff der öffentlichen Aufgabe erfährt in der Rechtslandschaft keine einheitliche Verwendung. Es besteht ausserdem kein Konsens über die Kriterien, die zur Bestimmung, ob eine Tätigkeit als öffentliche Aufgabe qualifiziert, heranzuziehen sind. Was als öffentliche Aufgabe gilt bzw. ob in casu eine öffentliche Aufgabe vorliegt, birgt somit immer wieder Stoff für angeregte Diskussionen. Im Sinne der vorangegangenen Ausführungen bedarf es für das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe einer gesetzlichen Grundlage. In der vorliegenden Arbeit werden öffentlichen Aufgaben somit als solche verstanden, die aufgrund eines formell-gesetzlichen Auftrags erfüllt werden müssen.

Nach dem allgemeinen und in Art. 164 Abs. 1 BV explizit festgehaltenen Grundsatz, wonach Wichtiges in ein formelles Gesetz gehört, hat der Gesetzgeber bei der Aufgabenübertragung die Grundzüge der öffentlichen Aufgabe selbst festzulegen.[1230] Da zur Begründung einer öffentlichen Aufgabe ein formelles Gesetz erforderlich ist, folgt daraus, dass ein solches auch für die Übertragung der Aufgabe als zwingend erscheint (Grundsatzes der Parallelität der Formen[1231]).[1232]

III. Exkurs: Selbstgewählte Gemeindeaufgaben

Der Umfang der Gemeindeautonomie, also in welchem Umfang die Gemeinden ihre Aufgaben autonom wahrnehmen und regeln können bzw. ob die Gemeinden im Rahmen ihrer Autonomie (freiwillige) öffentliche Aufgaben begründen können, beurteilt sich in erster Linie nach dem kantonalen Recht.[1233] Da öffentliche Aufgaben einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfen,

1229 WELTERT, S. 224 ff. und 232 ff.

1230 SÄGESSER, RVOG, Art. 2 Rz. 85; über die genauen Anforderungen an den Mindestinhalt einer genügenden gesetzlichen Grundlage herrscht indes weitestgehend Unklarheit, vgl. dazu MÜLLER/JENNI, S. 1076 f.; infolgedessen unterscheiden sich die gesetzgeberischen Produkte auch erheblich, MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 193.

1231 Danach ist die Aufhebung oder Änderung einer Norm grundsätzlich durch einen Erlass derselben Normstufe vorzunehmen. Ausnahmsweise kann eine Aufhebung aber auch durch einen Erlass von höherer Normstufe vorgenommen werden. Ebenso erscheint es möglich, den Akt der Aufhebung bzw. Änderung an Verwaltungseinheiten zu delegieren, vgl. Bundeskanzlei, Gesetzestechnische Richtlinie (GTR), Ausgabe 2023, Rz. 271 ff.; vgl. auch MÜLLER/JENNI, S. 1076.

1232 Ähnlich auch JAAG, Dezentralisierung, S. 38; im Ergebnis gleich LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459.

1233 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1926 ff.; WELTERT, S. 111 ff. und 205 ff.

muss den Gemeinden in jedem Fall eine entsprechende Rechtssetzungskompetenz zukommen.[1234] In der Regel lässt sich diese Kompetenz auf das sog. Universalitätsprinzip zurückführen, wonach die Gemeinden auf ihrem Gebiet – unter Vorbehalt des übergeordneten Rechts – allzuständig sind.[1235] Insbesondere die kommunalen Versorgungsdienste werden zudem vielerorts seit jeher durch die Gemeinden vorgenommen, so dass sie schlicht zu den *«unwidersprochenen kommunalen Betätigungsfeldern»* gehören.[1236] Nach der hier vertretenen Meinung bedürfen aber auch diese althergebrachten Gemeindeaufgaben einer gesetzlichen Grundlage, um als öffentliche Aufgaben zu gelten. Diese Tatsachen sind im Rahmen der Liberalisierungsbewegung indes zunehmend in Frage gestellt worden.[1237] Ob es sich bei den von Gemeinden freiwillig vorgenommenen Tätigkeiten um öffentliche Aufgaben oder um privatwirtschaftliche Staatstätigkeit handelt, beurteilt sich somit danach, ob das Gemeinwesen zur Ausübung verpflichtet ist (öffentliche Aufgabe) oder eine blosse Ermächtigungsnorm vorliegt (privatwirtschaftliches Staatshandeln).[1238]

IV. Kategorisierung staatlicher Tätigkeit und öffentlicher Aufgaben

1. Einleitung

Staatliche Tätigkeit wird in der Lehre in verschiedene Kategorien unterteilt, wobei der Unterscheidung teils grössere, teils kleinere Bedeutung zukommt. Das Vorliegen von öffentlichen Aufgaben spielt indes nicht bei allen Unterteilungen eine Rolle. Infrastrukturleistungen des Staates werden aber regelmässig bestimmten Kategorien staatlicher Tätigkeiten zugeordnet, weshalb sich an dieser Stelle ein summarischer Überblick über die gemachten Unterteilungen aufdrängt.

2. Hoheitliche oder nicht hoheitliche Verwaltung

Handelt der Staat hoheitlich, d.h. im Rahmen eines Subordinationsverhältnisses, liegt hoheitliches Verwaltungshandeln vor. Der Staat agiert dabei aus seiner obrigkeitlichen Position heraus und trifft einseitige Anordnungen. Demgegenüber liegt nicht hoheitliches Verwaltungshandeln vor, wenn der Staat gegenüber den Bürgern als gleichrangiges Subjekt in Erscheinung tritt.

1234 WELTERT, S. 252.

1235 RÜEGGER, S. 109; WELTERT, S. 113; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 133 und 330.

1236 RÜEGGER, S. 109.

1237 Vgl. dazu § 4 *passim*.

1238 Vgl. ferner auch WELTERT, S. 362.

Dem Staat kommt diesfalls keine Befugnis für einseitig hoheitliche Anordnungen zu.[1239] Je nach Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse und der konkreten Umstände werden staatliche Infrastrukturleistungen der hoheitlichen oder der nicht hoheitlichen Verwaltung zugeordnet.[1240]

3. Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung und wirtschaftende Verwaltung

a) Eingriffsverwaltung

Unter Eingriffsverwaltung wird Handeln des Staates verstanden, das die Rechte oder die Freiheit der Bürger durch Verpflichtungen oder Belastungen beschränkt. Der Staat tritt dabei meist hoheitlich auf und bedient sich der Verfügung als Handlungsinstrument.[1241] Da der Staat bei der Eingriffsverwaltung beschränkend wirkt, kommen die rechtsstaatlichen Grundsätze voll zum Tragen.[1242]

b) Leistungsverwaltung

Leistungsverwaltung meint demgegenüber Verwaltungshandeln, welches dem Bürger eine staatliche Leistung vermittelt, also begünstigend wirkt.[1243] Mit der Zuordnung einer Tätigkeit zur Leistungsverwaltung ist aber noch nichts über die Art der Aufgabenerfüllung ausgesagt. Die Leistungsverwaltung kann hoheitlicher oder nicht hoheitlicher Natur sein.[1244] Ebenso kann das Rechtsverhältnis durch Rechtssatz, Verfügung oder Vertrag begründet und ausgestaltet werden.[1245] Die rechtsstaatlichen Grundsätze kommen nach heute vorherrschender Meinung im Bereich der Leistungsverwaltung prinzipiell ebenso zum Tragen wie bei der Eingriffsverwaltung.[1246] Generell sind die Anforderungen, welche im Bereich der Leistungsverwaltung an das staatliche Handeln gestellt werden, aber etwas geringer als bei der Eingriffsverwaltung.[1247] Eine klare Abgrenzung zwischen Eingriffs- und Leistungs-

1239 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 28 ff.; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 155.

1240 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 31.

1241 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 66; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 33; JAAG, Dezentralisierung, S. 35.

1242 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 379 ff.

1243 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 36; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 67; JAAG, Dezentralisierung, S. 36.

1244 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 36.

1245 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 67.

1246 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 39, 379 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 410; WELTERT, S. 261 f.

1247 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 70 und 411 f.; MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 199.

verwaltung ist in der Rechtswirklichkeit aber nicht immer möglich, da Beschränkung und Begünstigung oft miteinander verzahnt sind.[1248] Infrastrukturaufgaben, die durch den Staat erfüllt werden, werden gemeinhin der Leistungsverwaltung zugeordnet.[1249]

c) Wirtschaftende Verwaltung

Teile der Lehre unterscheiden neben der Eingriffs- und Leistungsverwaltung auch noch die wirtschaftende Verwaltung[1250] als Form staatlichen Handelns.[1251] Wirtschaftende Verwaltung besteht demnach dort, wo ein Verwaltungsträger in Konkurrenz zu anderen (privaten) Anbietern mit der Absicht zur Gewinnerzielung am freien Markt auftritt.[1252] Angesprochen sind damit die Verwaltung des Finanzvermögens und die sog. fiskalische Wettbewerbswirtschaft (auch erwerbswirtschaftliche oder privatwirtschaftliche Staatstätigkeit genannt).[1253] Die Abgrenzung zur Leistungsverwaltung fällt auf den ersten Blick nicht immer leicht.[1254] Die grundsätzliche Zulässigkeit staatlichen Wirtschaftens ist nicht unumstritten.[1255] Ob bei der wirtschaftenden Verwaltung mit der fraglichen Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird, wird schliesslich ebenfalls unterschiedlich beurteilt.[1256]

1248 JAAG, Dezentralisierung, S. 36; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 69.

1249 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 63; JAAG, Dezentralisierung, S. 36; für die Elektrizitätsversorgung als Teil der Leistungsverwaltung vgl. WELTERT, S. 249 ff.

1250 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1388; WELTERT, S. 282; JAAG, Dezentralisierung, S. 36; LIENHARD, Grundlagen, S. 421; die Verwendung der Begriffe und die Zuordnung einzelner Tätigkeiten erfolgt indes nicht einheitlich.

1251 Die Bedarfsverwaltung interessiert im vorliegenden Kontext nicht.

1252 So explizit noch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 4 Rz. 12; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 76 ff. verstehen den Begriff neuerdings aber weiter und subsumieren darunter u.a. auch die Erfüllung von Aufgaben im Zusammenhang mit der Bereitstellung von marktfähigen Gütern und Dienstleistungen, die Ausfluss einer gesetzlichen Verpflichtung – und somit nach dem hier vertretenen Verständnis öffentliche Aufgaben – sind.

1253 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 4 Rz. 13; WELTERT, S. 394 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 77 sprechen neu aber statt von der erwerbswirtschaftlichen Staatstätigkeit von der Darreichung marktfähiger Güter und Dienstleistungen sowohl im Monopol- als auch im Wettbewerbsbereich.

1254 JAAG, Dezentralisierung, S. 36.

1255 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 31; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 416; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 264; zu den Voraussetzungen und der Zulässigkeit der wirtschaftenden Verwaltung vgl. insbesondere LIENHARD, Grundlagen, S. 423 f.

1256 Verneinend etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 4 Rz. 14; eher bejahend WIEGAND/WICHTERMANN, S. 3; JAAG, Dezentralisierung, S. 36; HÄNER, S. 241; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 76 ff.

4. Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung

Je nachdem, welche Rolle oder Verantwortung der Staat bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben einnimmt, wird in der Lehre zwischen verschiedenen Arten der Aufgabenwahrnehmung differenziert.[1257] Grundsätzlich wird dabei zwischen der Erfüllungs- und Gewährleistungsverwaltung[1258] bzw. der Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung[1259] unterschieden.[1260] Die Terminologie und Abgrenzung erfolgt indes nicht einheitlich und hängt stark vom jeweiligen Verständnis des Begriffs der öffentlichen Aufgabe ab.[1261] In der Regel wird die Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten der Aufgabenwahrnehmung herangezogen, wenn es um die Frage geht, ob der Staat verpflichtet ist, eine bestimmte Leistung (z.B. die Versorgung mit Infrastrukturgütern) selbst zu erbringen.

Die Erfüllungsverantwortung wird meist in dem Sinne verstanden, dass der Staat eine öffentliche Aufgabe selbst erfüllen muss bzw. erfüllt.[1262] Teilweise wird darunter aber auch verstanden, dass dem Staat die Verantwortung zukommt, dass eine Aufgabe überhaupt ausgeübt wird; eine Übertragung der öffentlichen Aufgabe auf Dritte ist nach diesem Verständnis möglich.[1263]

Gewährleistungsverantwortung bezeichnet hingegen die Verantwortung des Staates, die effektive Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe, die ganz oder teilweise durch Dritte ausgeübt wird, zu gewährleisten.[1264] Der Staat garantiert zwar die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe, erfüllt diese aber (meist) nicht selbst.[1265] Die Verantwortung für die eigentliche Aufgabenwahrnehmung liegt hier im Normalfall bei den privaten Dritten, welche die öffentliche Aufgabe ausüben und somit bei der Gesellschaft.[1266] Seiner Gewährleistungsverantwortung kann der Staat auf verschiedene Weise

1257 ELSER, S. 14.

1258 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 41 ff., unterscheiden danach, ob der Staat eine Aufgabe selbst ausübt oder durch Dritte ausüben lässt.

1259 WALTHER, S. 62; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 135 f. m.w.H.

1260 Teilweise werden auch noch die Kategorien Kontrollverantwortung und keine Verantwortung erwähnt, vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 136 m.w.H.

1261 Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 136.

1262 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 136 m.w.H.; WALTHER, S. 63; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 41; ELSER, S. 14.

1263 WALTHER, S. 63 m.w.H.

1264 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 43 ff.; WALTHER, S. 63 f.; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 136 m.w.H.; nach ELSER, S. 14, wird aber die Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung, wenn der Staat eine ihm zukommende Aufgabe an Dritte überträgt.

1265 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 136; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 43.

1266 WALTHER, S. 64.

nachkommen, namentlich durch Rechtssetzung, Anreizregulierung, regulierte Selbstregulierung etc. Versagen diese Instrumente, kommt dem Staat aber eine Auffangverantwortung zu.[1267] In letzter Instanz verantwortet der Staat die Aufgabenerfüllung somit auch bei der Gewährleistungsverantwortung selbst. Mithin hat er die öffentliche Aufgabe *ultima ratio* eigenhändig zu erfüllen.[1268]

Nach dem hier verwendeten Begriffsverständnis bestehen öffentliche Aufgaben weder einfach so noch entstehen sie von selbst.[1269] Sie ergeben sich aus einer gesetzlichen Erfüllungspflicht, welche sich aus einer formell-gesetzlichen Rechtsgrundlage ableiten lässt.[1270] Je nachdem wie diese gesetzliche Erfüllungspflicht ausgestaltet ist, liegt somit entweder eine Erfüllungsverantwortung oder eine Gewährleistungsverantwortung des Staates vor.[1271] Die Kategorisierung nach der staatlichen Verantwortung, d.h. ob dem Staat selbst eine Erfüllungsverantwortung oder eine Gewährleistungsverantwortung zukommt, berührt nach dem Gesagten aber weder die Tatsache, dass eine öffentliche Aufgabe vorliegt, noch den Umstand, dass der Staat in der Letztverantwortlichkeit steht und zur Not selbst tätig werden muss. Denn jede öffentliche Aufgabe ist das Produkt eines politischen Entschlusses, die fragliche Tätigkeit – anstelle sie der Privatwirtschaft zu überlassen – aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Interesses zu einer öffentlichen, d.h. staatlichen Aufgabe zu machen.[1272] Aus dem öffentlichen Interesse ergibt sich gleichzeitig auch die Verantwortung des Staates, dass die öffentliche Aufgabe erfüllt wird. Die Art der staatlichen Verantwortung sagt somit grundsätzlich nur etwas über die Modalitäten der Aufgabenerfüllung aus.[1273]

1267 Nach anderem Verständnis meint Auffangverantwortung die Möglichkeit, dass der Staat private Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen, an sich zieht und zur Staatsaufgabe macht, wenn diese nicht zufriedenstellend erfüllt werden, vgl. etwa ELSER, S. 15.

1268 WALTHER, S. 64; ERRASS, S. 155.

1269 Vgl. auch WELTERT, S. 252; ELSER, S. 8.

1270 Vgl. dazu § 10 II. 2. b).

1271 Nach RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 159, äussert sich die gesetzliche Erfüllungspflicht in zwei Formen: gesetzlichen Leistungsaufträgen und gesetzlichen Sicherstellungsaufträgen. Bei gesetzlichen Leistungsaufträgen verpflichte der Gesetzgeber den Aufgabenträger (Staat oder Dritte) dazu, die öffentliche Aufgabe selbst wahrzunehmen. Bei gesetzlichen Sicherstellungsaufträgen werde hingegen der Staat verpflichtet, die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe sicherzustellen, d.h. zu gewährleisten, wozu er Leistungsaufträge an Dritte erteilen könne. Im ersten Fall handle es sich folglich um Erfüllungsverantwortung, im zweiten Fall um Gewährleistungsverantwortung des Staates; vgl. dazu auch FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 135.

1272 WELTERT, S. 252; ferner UEBERSAX, S. 422.

1273 ELSER, S. 14 f.

5. Obligatorische und fakultative Staatsaufgaben

Zum Teil wird in der Literatur auch zwischen obligatorischen und fakultativen Staatsaufgaben unterschieden. Obligatorische Staatsaufgaben müsse der Staat demnach zwingend erfüllen; bei fakultativen Staatsaufgaben könne er auch darauf verzichten.[1274] Die Unterscheidung weist somit gewisse Ähnlichkeiten zur Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung auf, wenn auch bei diesen stets eine staatliche Restverantwortung verbleibt.[1275] Die Unterscheidung zwischen obligatorischen und fakultativen Staatsaufgaben geht indes von einem anderen Verständnis öffentlicher Aufgaben, als dem hier verwendeten, aus. Nach dem vorliegenden Begriffsverständnis kann es keine fakultativen Staatsaufgaben geben, da jeder öffentlichen Aufgabe eine gesetzliche Erfüllungspflicht zugrunde liegt. Die öffentliche Aufgabe muss also zwingend wahrgenommen werden. Welche Rolle der Staat bei der Aufgabenerfüllung einnimmt, richtet sich nach dem Gesetzeswortlaut. Der Staat kann aber u.U. darauf verzichten, die Aufgabe *selbst* wahrzunehmen, wobei ihm stets die Auffangverantwortung verbleibt. Nur bei einem Aufgabenverzicht wird der Staat vollständig aus der Verantwortung entlassen. Wird der Staat tätig, ohne dass gleichzeitig eine gesetzliche Erfüllungspflicht für eine öffentliche Aufgabe gegeben ist, handelt es sich um privatwirtschaftliche Staatstätigkeit.

V. Schlussfolgerung

Ob eine öffentliche Aufgabe vorliegt oder nicht, wirkt sich nach den vorstehenden Ausführungen in vielerlei und vor allem in grundlegender Hinsicht auf die Rechtsverhältnisse aus, welche mit der fraglichen Tätigkeit einhergehen. Qualifiziert eine Tätigkeit als öffentliche Aufgabe, so liegt die Vermutung nahe, dass das daraus entspringende Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Ausserdem handelt es sich dann um Verwaltungsrechtsverhältnisse. Fragt man also im Zusammenhang mit der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung nach den Möglichkeiten zur Ausgestaltung der damit verbundenen Rechtsverhältnisse, kommt man nicht umhin zu prüfen, ob es sich bei den fraglichen Tätigkeiten um öffentliche Aufgaben handelt.

Die «öffentlichen Aufgabe» und verwandte Termini sorgen in der Lehre und Praxis indes immer wieder für Diskussionen und Verwirrung. Allein die Frage, was als öffentliche Aufgabe zu gelten habe bzw. welche Tätigkeiten

1274 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 135 m.w.H.

1275 WALTHER, S. 62.

darunter zu subsumieren sind, bietet bereits Raum für endlose Diskussionen. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich dabei um Tätigkeiten, die aufgrund einer formell-gesetzlichen Grundlage erfüllt werden müssen.[1276] Nach Meinung des Autors liegt eine gesetzliche Erfüllungspflicht schliesslich auch bei rechtlich monopolisierten Tätigkeiten vor, womit auch diese als öffentliche Aufgaben zu qualifizieren sind.

Eine ausführliche Analyse des Begriffs der öffentlichen Aufgabe zeigt, dass gerade die oft als gegen eine öffentliche Aufgabe sprechenden Argumente im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung im (teil-)liberalisierten Strommarkt, namentlich jene des Wettbewerbs, der Subsidiarität der Aufgabenerfüllung, der Handlungsform und der Form des Aufgabenträgers, keine tauglichen Abgrenzungskriterien bilden. Hingegen werden staatsnahe Tätigkeiten, Grundversorgungsaufgaben und rechtliche Monopole vom Bundesgericht regelmässig als öffentliche Aufgaben qualifiziert. Auch die Frage, ob dem Staat in einem bestimmten Bereich eine Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung zukommt, spielt für die Qualifikation als öffentliche Aufgabe keine Rolle. Vieles spricht nach dem Gesagten somit dafür, dass es sich bei der Stromversorgung bzw. Teilen davon um eine öffentliche Aufgabe handeln könnte. Das soll nun geprüft werden.

1276 Vgl. dazu § 10 II. 2. b).

§11 Elektrizitätsversorgung als öffentliche Aufgabe?

I. Einleitung

Es ist die Kombination verschiedener Faktoren, welche immer wieder zur Frage veranlasst, ob die Elektrizitätsversorgung (oder Teile davon) eine öffentliche Aufgabe darstelle(n) oder nicht und wo zwischen Staat und Wirtschaft sie anzusiedeln sei.[1277]

Wie eingangs bereits dargelegt, basierten die ersten Schritte zur Nutzung elektrischer Energie in der Schweiz auf der Initiative Privater gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts erlebte die Schweiz dann eine starke Nachfrage nach einer flächendeckenden Versorgung mit elektrischer Energie. Der Anlagen- und Leitungsbau im Zusammenhang mit der Elektrifizierung erforderte regelmässig die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens. Zudem war die Erstellung sowohl der Produktionsanlagen, insbesondere aber auch der für die Fortleitung erforderlichen Netzinfrastruktur, mit erheblichen Kosten verknüpft. Diese Gründe führten dazu, dass das Gemeinwesen die Privaten zunehmend bei der Elektrizitätsversorgung (von der Produktion bis zur Verteilung) ablöste, bis sie schliesslich mehrheitlich durch Kantone und Gemeinden bzw. von diesen beherrschten Rechtsträgern vorgenommen wurde.[1278] Nichtsdestotrotz belegt die fortwährende Existenz privat beherrschter EVU, dass die Elektrizitätsversorgung nicht zwingend nur durch den Staat selbst vorgenommen werden muss.[1279]

Der Blick in die Vergangenheit zeigt, dass die Antwort auf die Frage, ob die Stromversorgung eine öffentliche Aufgabe darstellt, nach Zeit und Ort unterschiedlich ausfallen und ins Gegenteil umschlagen kann. Die Frage ist somit immer aktuell.[1280] Ein wichtiger Schluss kann somit aber bereits gezogen werden: Die Antwort kann nicht pauschal mit «Ja» oder «Nein» beantwortet werden. Die heute bestehende Situation, mit einer über die historisch

1277 Vgl. WALTHER, S. 55; zuletzt etwa ÇELIK, S. 910.

1278 RUCK, S. 45 f.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 4 und 9; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 7.

1279 BISCHOF, S. 25; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 2 und 12; RUCK, S. 45 f.

1280 Die Frage, ob die Elektrizitätsversorgung eine öffentliche Aufgabe darstellt oder nicht, zieht sich als roter Faden durch die Materie und wurde praktisch von sämtlichen Autoren, die sich mit den rechtlichen Aspekten der Elektrizitätsversorgung befassten, diskutiert.

gewachsenen Strukturen gestülpten und als Rahmenerlass ausgestalteten schweizerischen Strommarktordnung, macht die Beantwortung der Frage auf den ersten Blick aber umso konfuser.

II. Situation vor Erlass der schweizerischen Strommarktordnung

Vor Inkrafttreten der schweizerischen Elektrizitätsmarktordnung scheint grundsätzlich Einigkeit darüber bestanden zu haben, dass die Elektrizitätsversorgung von Verfassungs- bzw. Bundesrechts wegen nicht als öffentliche Aufgabe galt.[1281] Zu prüfen war somit die Frage, ob bzw. in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen die Elektrizitätsversorgung in einem bestimmten Kanton oder einer bestimmten Gemeinde eine öffentliche Aufgabe darstellte.[1282]

Die Mehrheit der Kantone betrachteten die Elektrizitätsversorgung auf jeden Fall während langer Zeit explizit oder zumindest implizit[1283] als öffentliche Aufgabe der Kantone oder Gemeinden.[1284] RÜEGGER ordnete die Elektrizitätsversorgung daher den *«herkömmlich vertrauten und unwidersprochenen kommunalen Betätigungsfeldern»* zu, welche die Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts, auf freiwilliger Basis ausübten bzw. sich aufgrund des Universalitätsprinzips im Sinne einer Kompetenzattraktion auf ihrem Gebiet selbst vorbehalten konnten.[1285] Dass den Kantonen (bzw. je nach kantonalem Recht den Gemeinden) eine entsprechende (Gesetzgebungs-)Kompetenz zukam, die Elektrizitätsversorgung mangels bundesrechtlicher Regelung zur öffentlichen Aufgabe zu erklären und selbst vorzunehmen, scheint unstrittig gewesen zu sein.[1286]

Vor diesem Hintergrund konstatierte die Mehrheit der Autoren, dass es sich bei der Elektrizitätsversorgung sowohl um eine öffentliche Aufgabe als

1281 Vgl. RÜEGGER, S. 108 f.; JAGMETTI, S. Rz. 6405; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 47 ff. sowie § 8 Rz. 25 und 216, welche aber immerhin die Sicherstellung der *Grundversorgung* bereits von Bundesrechts wegen als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren scheinen; KERN, S. 115; in diesem Sinne auch BISCHOF, S. 24 und 111.

1282 Vgl. etwa KERN, S. 112; RÜEGGER, S. 109; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 26; Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, S. 9 f.

1283 Kritisch zur impliziten Annahme öffentlicher Aufgaben WELTERT, S. 252.

1284 Vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 4 und 9 m.w.H. und § 8 Rz. 26 f.; BISCHOF, S. 12; RÜEGGER, S. 109; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 7 f.

1285 RÜEGGER, S. 109.

1286 Vgl. etwa BGE 131 II 1, E. 3.2 S. 5 f.

auch um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit handeln könne.[1287] Da bereits der Begriff der öffentlichen Aufgabe mannigfaltig verstanden wird, wichen die Begründungen und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen aber zum Teil erheblich voneinander ab. Nicht selten wurde auch die Meinung vertreten, dass es sich bei der Elektrizitätsversorgung um eine öffentliche Aufgabe handle, deren Rechtsbeziehungen dem Privatrecht unterstehen würden.[1288]

Die Liberalisierungstendenzen gegen Ende des letzten Jahrhunderts brachten die Frage, ob die Elektrizitätsversorgung eine öffentliche Aufgabe darstelle, schliesslich wieder in den Fokus – so auch in der Rechtswissenschaft. Es wurde nicht nur in wachsendem Masse die Ansicht geäussert, dass die Elektrizitätsversorgung nicht zwingend durch den Staat ausgeübt werden müsse,[1289] sondern es wurde auch zunehmend in Frage gestellt, ob den Kantonen und Gemeinden überhaupt weiterhin die Befugnis zukommen solle, sich in der Elektrizitätsversorgung zu betätigen bzw. diese zur öffentlichen Aufgabe zu erklären und selbst wahrzunehmen.[1290] Dem Subsidiaritätsgrundsatz folgend, seien auch im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben nur dann vom Staat wahrzunehmen, wenn diese nicht ebenso gut von der Privatwirtschaft im gegenseitigen Wettbewerb erfüllt werden könnten – was bei der Elektrizitätsversorgung der Fall sei.[1291]

Damit zusammenhängend stellte sich auch die Frage, wie der Staat mit seiner Rolle als Eigentümer eines Grossteils der schweizerischen EVU umzugehen habe. Ein massgebender Anteil der Diskussion betraf dementsprechend die organisationsrechtlichen Fragen der Elektrizitätsversorgung unter dem Stichwort der Privatisierung.[1292] Insbesondere die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wurden im Hinblick auf eine kommende Marktliberalisierung – mit den üblichen Begründungen[1293] – als unzulänglich erachtet.[1294] Dabei scheint ein wesentlicher Teil der Lehre der Auffassung gefolgt

1287 Vgl. RUCK, S. 48 ff.; WELTERT, S. 249 ff.; RÜEGGER, S. 108 f.; KERN, S. 121; BISCHOF, S. 24 und 111 f.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 10; KILCHENMANN, S. 8; ferner EUGSTER, S. 37.

1288 Vgl. statt aller EUGSTER, S. 37.

1289 Vgl. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 9 m.w.H.; BGE 129 II 497, E. 3.2 S. 509 ff.; gänzlich eine staatliche Elektrizitätsversorgungspflicht verneinend hingegen BISCHOF, S. 24.

1290 Vgl. etwa WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 50 ff. und § 8 Rz. 11 ff.; BISCHOF, S. 24 f.

1291 BISCHOF, S. 24 f.; allgemein zum Subsidiaritätsprinzip im Wirtschaftsverwaltungsrecht auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 462.

1292 Vgl. dazu etwa KERN, S. 1; RÜEGGER, S. 71 ff.; WELTERT, S. 79 ff.; KRATZ, S. 354.

1293 Vgl. dazu § 4 IV. 3. b) und c).

1294 Vgl. etwa KRATZ, S. 354.

zu sein, dass die formelle Privatisierung, d.h. die Übertragung der Aufgabe auf ein privatrechtlich organisiertes Rechtssubjekt, den Staat aus seiner Verantwortung entlässt oder zumindest die öffentliche Aufgabe zu einer privaten werden lässt.[1295] Auch wurde die Ansicht vertreten, dass damit dem Subsidiaritätsgrundsatz bereits Genüge getan wird.[1296]

In jedem Fall aber plädierte die herrschende Lehre dem damaligen Zeitgeist folgend dafür, dass die Elektrizitätsversorgung im liberalisierten Strommarkt eine privatwirtschaftliche und keine öffentliche Aufgabe mehr darstelle.[1297] Die Elektrizitätsversorgung sei demnach Sache der Energiewirtschaft, wie in Art. 4 Abs. 2 EnG[1298] festgehalten.[1299] Es genüge deshalb, wenn dem Staat von Gesetzes wegen eine Gewährleistungsverantwortung für die Grundversorgung zukomme. Wenn überhaupt, so sei eine Erfüllungsverantwortung nur dort angezeigt, wo der Markt versage.[1300] Lediglich im Bereich der Grundversorgung handle es sich aufgrund der sozialpolitischen Rechtfertigung bei der Elektrizitätsversorgung um einen Teil der Leistungsverwaltung. Wo der Staat die Elektrizitätsversorgung ausserhalb der Grundversorgung sonst selbst oder immerhin durch von ihm beherrschte Unternehmen wahrnehme und wo die gesetzliche Grundlage fehle, stelle diese eine rein wirtschaftliche Tätigkeit dar, welche von Privaten mindestens genauso gut ausgeübt werden könne.[1301] Der Staat müsse sich deshalb von der Aufgabenwahrnehmung zurückziehen.[1302] MÜLLER/JENNI hielten aber immerhin dafür, dass zumindest die Versorgung der festen Endverbraucher bis zur vollständigen Strommarktöffnung wohl als öffentliche Aufgabe zu gelten habe.[1303]

1295 In diesem Sinne etwa KERN, S. 121 f.; tendenziell ebenso, aber etwas unklar KRATZ, S. 344 ff. und 354 f.; HANDSCHIN/SIEGENTHALER, *passim*.

1296 Was freilich nicht bereits dadurch erreicht wird, indem der Staat dieselbe Leistung einfach im Kleid des Privatrechts erbringt, vgl. dazu auch WELTERT, S. 386.

1297 Vgl. etwa MÜLLER/JENNI, S. 1080; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 9 f.; so wohl auch WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 3 Rz. 37, welche aber sogar noch darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber den Netzbetreibern gewisse im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben vorschreibt; TRÜEB/ZIMMERLI, S. 115 und 135; ferner ORELLI/MAYHALL, S. 2.

1298 Heute Art. 6 Abs. 2 EnG.

1299 TRÜEB/ZIMMERLI, S. 115; in diesem Sinne auch ORELLI/MAYHALL, S. 2; vgl. auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 9; KERN, BSK BV, Art. 91 N 19, welcher die primäre Verantwortlichkeit für die Versorgung aber gestützt auf Art. 3 StromVG den Netzbetreibern zuweist; ferner auch Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4597.

1300 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 216; in diesem Sinne auch BISCHOF, S. 11; nach dem Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4578, ist allerdings durch den Gesetzgeber im Sinne einer politischen *Ex-ante*-Beurteilung festzulegen, was überhaupt zur Grundversorgung gehört.

1301 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 50 ff.; BISCHOF, S. 24 und 111.

1302 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 57 ff.

1303 MÜLLER/JENNI, S. 1080, allerdings noch im Hinblick auf das EMG.

Interessanterweise wollte man also, trotz der Beharrlichkeit, mit welcher die Vorzüge des spielenden Marktes angepriesen wurden und der Rückzug des Staates aus der Elektrizitätsversorgung gefordert wurde, diejenigen Teile der Elektrizitätsversorgung weiterhin als öffentliche Aufgabe verstanden wissen, welche die Grundversorgung (Service public) betreffen – allerdings nur, sofern sie vom Markt nicht zufriedenstellend erbracht würden.[1304] Auffallend ist, dass die Argumentation im Hinblick auf die Strommarktöffnung zunehmend bzw. meist unter sozial- und grundsatzpolitischen Gesichtspunkten geführt wurde, während unter dem alten Recht noch regelmässig (und juristisch wohl eher korrekt) geprüft wurde, ob das anwendbare Recht die Elektrizitätsversorgung zu einer öffentlichen Aufgabe mache oder nicht.

III. Situation seit Erlass der schweizerischen Strommarktordnung

1. Wandel in Lehre und Rechtsprechung

Die neuere Lehre scheint der Ansicht, dass der liberalisierte Strommarkt grundsätzlich Sache der Energiewirtschaft und somit eine private Angelegenheit sei, zunehmend skeptisch gegenüberzustehen.[1305] Insbesondere FÖHSE äusserte sich dazu wiederholt kritisch und äusserst pointiert.[1306] Die Tendenz in der Lehre geht heute wieder – allerdings mit unterschiedlichen Begründungen – dahin, auch unter der neuen Strommarktordnung weite Teile der Elektrizitätsversorgung als öffentliche Aufgabe, nun aber von Bundesrechts wegen, anzusehen.[1307] Teilweise wird aber auch weiterhin vertreten, dass die Stromversorgung Sache der Energiewirtschaft und damit

1304 Vgl. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 58 und § 8 Rz. 216; BISCHOF, S. 111 f.; vgl. dazu ferner auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 9 f.; vgl. in diesem Zusammenhang auch § 28 Abs. 1 Energiegesetz des Kantons Aargau (EnergieG; SAR 773.200) vom 17. Januar 2012, welcher vorsieht, dass der Kanton und die Gemeinden eigene Energieanlagen erstellen und betreiben können, wenn der private Sektor die betreffenden Bedürfnisse nicht oder nur ungenügend deckt.

1305 Vgl. FÖHSE, Strommarktordnung, S. 139 ff.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1235 ff.; WALTHER, S. 94 ff.

1306 Vgl. FÖHSE, Strommarktordnung, *passim*; FÖHSE, Grundversorgung, *passim*.

1307 Vgl. FÖHSE, Strommarktordnung, S. 139 ff.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1235 ff.; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 142 f., begründet dies teilweise mit dem Vorliegen eines rechtlichen Monopols; WALTHER, S. 94 ff.; ROBERT-NICOUD, Approvisionnement de base, S. 5; a.M. PETRIK-HALTINER, S. 137 f., welche davon auszugehen scheint, dass es auch unter der Geltung des StromVG weiterhin den Kantonen bzw. Gemeinden obliege, die Stromversorgung zur öffentlichen Aufgabe zu erklären; a.M. auch TRÜEB/ZIMMERLI, S. 135, welche zwar darauf hinweisen, dass sich die Grundversorgungspflichten der Netzbetreiber aus dem Bundesrecht und nicht aus dem kantonalen oder kommunalen Recht ergeben, das Vorliegen einer Staatsaufgabe aber verneinen.

privatwirtschaftlicher Natur sei.[1308] Inwiefern der Staat dabei selbst in der Pflicht steht, die Energieversorgung sicherzustellen, wird unterschiedlich beurteilt.[1309]

Die Rechtsprechung hat ebenfalls einen entsprechenden Wandel durchgemacht. Noch im Jahr 2012 hat etwa das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass es *«[m]angels klarer Übertragung der Aufgabe zum Betrieb eines Übertragungsnetzes an den Bund – oder einen anderen Träger hoheitlicher Gewalt – […] Sache der Energiewirtschaft [sei], die Grundversorgung sicherzustellen»*.[1310] Der Betrieb des Übertragungsnetzes liege somit zwar im öffentlichen Interesse und das StromVG schaffe dafür ein rechtliches Monopol, er stelle aber keine staatliche Aufgabe dar.[1311] Das Bundesgericht kam dann aber bereits ab dem Jahr 2015 in mehreren Entscheiden zum Schluss, dass der Betrieb des Übertragungsnetzes[1312] und des Verteilnetzes[1313] eine öffentliche Aufgabe darstelle. Eine öffentliche Aufgabe liege zudem auch dann vor, wenn die Netzbetreiberin in dieser Eigenschaft verpflichtet sei, dezentral erzeugte Elektrizität abzunehmen.[1314] Schliesslich hat das Bundesgericht auch noch festgehalten, dass die Grundversorgung mit Elektrizität und somit auch die dazugehörenden Netzanschlussverhältnisse im Rahmen einer öffentlichen Aufgabe wahrgenommen würden.[1315] Eine Begründung enthielten die Entscheide indes nicht.[1316] Seither hat das Bundesgericht diese Auffassung jedoch mehrfach (ebenfalls ohne einlässliche Begründung) bestätigt.[1317] Zu-

1308 TRÜEB/ZIMMERLI, S. 135; vgl. ferner auch BFE, Zuständigkeiten, S. 5 und 15.

1309 Vgl. etwa FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 56 f. und 135 ff.; WALTHER, S. 96 ff.; KERN, BSK BV, Art. 91 Rz. 19.

1310 BVGer A-3505/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012, E. 5.4.4; vgl. demgegenüber aber Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1621, wonach die hoheitlichen Kompetenzen der nationalen Netzgesellschaft durch das StromVG normiert würden.

1311 BVGer A-3505/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012, E. 5.5; diese Argumentation und die enge Definition der öffentlichen Aufgabe ist in der Lehre zu Recht auf Kritik gestossen. Viel klarer als das StromVG dies beim Übertragungsnetzbetrieb tut, kann der Gesetzgeber eine (öffentliche) Aufgabe nicht zuweisen, vgl. auch WALTHER, S. 94 ff.; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 137 f.

1312 Vgl. BGer 2C_348/2015 vom 23. Mai 2016, E. 4.3.

1313 BGE 141 II 141, E. 7 S. 160; BGer 2C_443/2015 vom 20. August 2015, E. 2.2.3.

1314 BGer 2C_443/2015 vom 20. August 2015, E. 2.2.3.

1315 BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 115.

1316 BGE 141 II 141, E. 7 S. 160, enthält gar keine Begründung; BGer 2C_443/2015 vom 20. August 2015, E. 2.2.3, verweist zwar auf frühere Entscheide des Bundesgerichts, allerdings ergibt sich aus den aufgeführten Verweisen nichts in diesem Sinne; BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 115, erklärt schliesslich: *«Dass die Grundversorgung mit Elektrizität und infolgedessen auch die Netzanschlussverhältnisse in diesem Bereich öffentlichen Interessen dienen und damit öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, bedarf keiner weiteren Worte.»*

1317 BGer 1C_418/2017 vom 28. März 2019, E. 5.2 und BGer 1C_595/2020 vom 23. März 2021, E. 2.

letzt hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2022 bei der Qualifikation des Übertragungsnetzbetriebs als öffentliche Aufgabe nun deutlich auf die im StromVG enthaltene Aufgabenzuweisung abgestellt.[1318]

2. Hier vertretene Meinung

a) Aufgabenzuweisung durch Rechtssatz als Kriterium

Es wurde bereits festgehalten, dass der Begriff der öffentlichen Aufgabe nicht einheitlich verwendet wird und Abgrenzungsschwierigkeiten zu verwandten Begriffen bestehen.[1319] Dadurch wird die Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe darstellt, sehr unterschiedlich beantwortet. Dies gilt auch für die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung. Wie soeben aufgezeigt, scheint die Tendenz nunmehr wieder in die Richtung zu gehen, gewisse Bereiche der Elektrizitätsversorgung als öffentliche Aufgabe zu betrachten.

Nach der hier vertretenen Meinung sind öffentliche Aufgaben solche, die im Auftrag des Gesetzgebers erfüllt werden müssen.[1320] Es handelt sich dabei um Tätigkeiten, zu deren Ausübung der Aufgabenträger aufgrund einer generell-abstrakten Rechtsnorm verpflichtet ist *(gesetzliche Erfüllungspflicht)*. Der Gesetzgeber kann dem Aufgabenträger die öffentliche Aufgabe somit direkt zur Erfüllung zuweisen. Der gesetzlich bestimmte Aufgabenträger kann die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe aber auch weiter übertragen. Indem auf das Vorliegen einer Rechtsnorm abgestellt wird, lässt sich die Frage nach dem Bestehen einer öffentlichen Aufgabe im Einzelfall aufgrund objektiver Umstände abschliessend beantworten.[1321] Zu prüfen ist folglich, für welche Tätigkeiten (Aufgaben) im Zusammenhang mit der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung eine gesetzliche Erfüllungspflicht statuiert wird.

b) Aufgabenzuweisung durch die bundesrechtliche Strommarktordnung

Auf Bundesebene verpflichtet die Elektrizitätsmarktordnung verschiedene Akteure zu einer ganzen Reihe von Tätigkeiten. So sind etwa die Netzbetreiber unter anderem und in erster Linie dazu verpflichtet, in ihrem Netzgebiet den Netzbetrieb und die Netznutzung sicherzustellen (Art. 8 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 und 2 StromVG). In diesem Zusammenhang besteht für die Netzbetreiber auch eine Pflicht zur Erschliessung und zum Anschluss der End-

1318 BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 4.2.

1319 Vgl. statt aller WALTHER, S. 61.

1320 Vgl. § 10 II. 2. b).

1321 In diesem Sinne etwa auch WELTERT, S. 252; RÜEGGER, S. 108; KERN, S. 121.

verbraucher (Art. 5 Abs. 2 StromVG).[1322] Darüber hinaus sind die Verteilnetzbetreiber in ihrem Netzgebiet verpflichtet, die festen Endverbraucher und die Endverbraucher, welche auf den Netzzugang verzichten, jederzeit mit der gewünschten Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen zu versorgen (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Ausserdem haben Netzbetreiber die in ihrem Netzgebiet produzierten erneuerbaren Energien anzunehmen und zu vergüten, sofern die gesetzlichen Vorgaben erfüllt sind (Art. 15 EnG). Daneben statuiert der Bundesgesetzgeber aber auch noch weitere Aufgaben zuhanden der (Verteil-)Netzbetreiber, zu deren Ausübung sie verpflichtet sind.[1323]

Bei all diesen Aufgaben handelt sich um Tätigkeiten, welche von den Netzbetreibern aufgrund einer generell-abstrakten Rechtsnorm ausgeübt werden müssen. Es handelt sich folglich um öffentliche Aufgaben, selbst wenn sie nicht zur Stromversorgung im eigentlichen Sinne gehören und primär in der Verantwortung der Netzbetreiber liegen.[1324] Keine gesetzliche Erfüllungspflicht besteht hingegen für die Versorgung der freien Endverbraucher, die von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht haben. Es handelt sich dementsprechend nicht um eine öffentliche, sondern um eine private Aufgabe. An der Tatsache, dass es sich bei ersteren Tätigkeiten um eine öffentliche Aufgabe handelt, ändert im Übrigen auch der gern und oft zitierte erste Satz von Art. 6 Abs. 2 EnG nichts, nach welchem die Energieversorgung Sache der Energiewirtschaft ist.[1325] Mit dem blossen Verweis auf die Aussage, wonach die Energieversorgung Sache der Energiewirtschaft ist, wird im Grunde genommen nämlich kaum etwas darüber ausgesagt, ob es sich dabei um eine öffentliche Aufgabe handelt oder nicht.[1326] Das Energiegesetz[1327] enthielt diese Aussage im Übrigen bereits vor dem Erlass des StromVG, als die Elektrizitätsversorgung (als Teil der Energieversorgung) von den Kantonen und Gemeinden mehrheitlich als öffentliche Aufgabe betrachtet und als solche wahrgenommen wurde. Zudem muss das StromVG als elektrizitätsspezifischer Erlass gegenüber dem EnG als generellem energierechtlichem Erlass als *lex specialis* gelten. Wenn das StromVG öffentliche Aufgaben zuweist, gehen diese Aufgabenzuweisungen der allgemein gehal-

1322 Zur Zuständigkeit der Kantone im Bereich des Netzanschlusses vgl. BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.6.

1323 Vgl. dazu § 7.

1324 Vgl. KERN, BSK BV, Art. 91 N 19; HÄNER, S. 243.

1325 Mit demselben Ergebnis auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 142.

1326 MÜLLER, Verantwortung, S. 1101 f. sieht darin hingegen einen Hinweis auf die Wirtschaftsfreiheit.

1327 Vgl. Art. 4 Abs. 2 aEnG.

tenen Bestimmung in Art. 6 Abs. 2 EnG dementsprechend vor.[1328] Nicht massgebend ist auch, ob dem Staat von Bundesverfassungs wegen ein expliziter Energieversorgungsauftrag zukommt oder nicht.[1329] Durch das StromVG wurden die entsprechenden öffentliche Aufgaben jedenfalls geschaffen.

c) Aufgabenzuweisung durch kantonales und kommunales Recht

Inwiefern den Kantonen und Gemeinden seit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Strommarktordnung überhaupt noch Raum für die eigenständige Regelung der Elektrizitätsversorgung bleibt, ist zum Teil nur schwer zu beantworten. Grundsätzlich sind die Kantone jedoch frei, selbst Recht zu setzen, sofern das Bundesrecht eine Frage nicht abschliessend regelt oder diese den Kantonen zur rechtlichen Ausgestaltung überlässt. In gewissen Bereichen räumt der Bundesgesetzgeber den Kantonen explizit die Möglichkeit ein, selbst legislatorisch tätig zu werden und etwa den Netzbetreibern gewisse Aufgaben zuzuweisen.[1330] So können die Kantone beispielsweise gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG die Netzgebietszuteilung mit einem Leistungsauftrag verbinden. Ausserdem können die Kantone die Netzbetreiber dazu verpflichten, Endverbraucher ausserhalb ihres Netzgebietes anzuschliessen (Art. 5 Abs. 3 StromVG), und Bestimmungen über die Anschlüsse ausserhalb der Bauzone und deren Bedingungen und Kosten erlassen (Art. 5 Abs. 4 StromVG). Ob es sich bei den entsprechenden Tätigkeiten um öffentliche Aufgaben handelt, beurteilt sich nach der hier vertretenen Ansicht anhand des Vorliegens einer entsprechenden Rechtsnorm auf kantonaler oder kommunaler Ebene.

3. Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung des Staates?

Soeben wurde festgehalten, dass es sich bei der Stromversorgung bereits von Bundesrechts wegen weitestgehend um eine öffentliche Aufgabe handelt. Inwiefern dem Staat selbst eine Verantwortung für die Aufgabenerfüllung zukommt, ist indes umstritten. Für die Qualifikation einer Tätigkeit als öffentliche Aufgabe ist die Frage aber ohnehin bedeutungslos.

1328 Ohnehin weist der Gesetzgeber im selben Erlass (vgl. Art. 8 Abs. 1 EnG) Bund und Kantonen ausdrücklich die Aufgabe zu, rechtzeitig die Voraussetzungen zu schaffen, falls die Energieversorgung der Schweiz nicht genügend gesichert ist. Das kann nur bedeuten, dass Bund und Kantone – wenn auch nur als *ultima ratio* – selbst tätig werden müssen; vgl. auch FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 56 f. und 135 ff.; Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1647; Bundesrat, Botschaft erstes Massnahmenpaket, S. 7660 f.

1329 Vgl. dazu Bundesrat, Botschaft EnG, S. 1090 f.; ferner auch Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1647.

1330 Vgl. etwa KERN, BSK BV, Art. 91 N 14; wohl noch zu restriktiv, was die verbliebenen kantonalen Kompetenzen anbelangt, BGE 138 I 454, E. 3.6.3 S. 464.

Nach herrschender Lehre statuiert das Bundesrecht wohl zumindest keine allgemeine Erfüllungsverantwortung für die Elektrizitätsversorgung durch den Staat selbst.[1331] Die neuere Lehre spricht sich aber dafür aus, dass das StromVG den Staat zumindest im Sinne einer Gewährleistungsverantwortung dazu verpflichtet, Teile der Stromversorgung, namentlich den Netzbetrieb und die Grundversorgung, sicherzustellen.[1332] Entsprechende Überlegungen respektive Vorgaben finden sich notabene – wenn auch nur im Sinne einer *ultima ratio* (aber dies ist gerade der springende Punkt bei der Gewährleistungsverantwortung) – im Gesetz. So sieht Art. 9 Abs. 1 StromVG vor, dass der Bundesrat Massnahmen zur Beschaffung von Elektrizität und zum Ausbau von Elektrizitätsnetzen treffen kann, sofern die sichere Versorgung mit elektrischer Energie in der Schweiz trotz der Massnahmen der Elektrizitätswirtschaft mittel- oder langfristig erheblich gefährdet ist.[1333] Darüber hinaus weist Art. 8 Abs. 1 EnG dem Bund und den Kantonen gar die Pflicht (und damit wohl die Auffangverantwortung) zu, die erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, wenn es sich abzeichnet, dass die Energieversorgung der Schweiz längerfristig nicht genügend gesichert ist. Bei kurzfristigen Schwierigkeiten bei der Elektrizitätsversorgung kommen zudem die Massnahmen im Sinne des Landesversorgungsgesetzes (LVG) zum Tragen,[1334] welches ebenfalls eine staatliche Auffangverantwortung statuiert.[1335] Kann die Elektrizitätsversorgung ohne staatliches Zutun nicht ausreichend erbracht werden, muss de lege lata folglich der Staat einspringen.

1331 Vgl. statt aller FÖHSE, Strommarktordnung, S. 139 ff. m.w.H.

1332 WALTHER, S. 96 ff.; FÖHSE, Strommarktordnung, S. 142; von einer staatlichen Erfüllungsverantwortung für den Übertragungsnetzbetrieb ausgehend FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 146; PETRIK-HALTINER, S. 45; nach RECHSTEINER/WALDNER, S. 1293, sind die Gemeinden, sofern sich für ein bestimmtes Gebiet kein freiwilliger Netzbetreiber finden lässt, aufgrund der aus dem Raumplanungsrecht fliessenden allgemeinen Erschliessungspflicht auf ihrem Gemeindegebiet zumindest in Bezug auf die elektrische Erschliessungspflicht als faktische Netzbetreiber im Sinne des StromVG zu betrachten und als Verfügungsadressaten der hoheitlichen Netzgebietszuteilung zu bestimmen; BAUMANN, Haftung, S. 54, geht von einer Gewährleistungsverantwortung des Bundes für die im StromVG festgelegten Aufgaben der nationalen Netzgesellschaft aus; etwas unklar MÜLLER, Verantwortung, S. 1102 inkl. Fn. 89 und 1108 ff., welcher einerseits (wohl ausserhalb des Geltungsbereichs des LVG) von einer blossen Regulierungsverantwortung des Staates auszugehen scheint, jedoch eine Auffangverantwortung des Bundes im Anwendungsfall des LVG für die Spannungshaltung im Elektrizitätsnetz sieht.

1333 Vgl. dazu auch Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1647.

1334 Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1647; nach MÜLLER, Verantwortung, S. 1101, stellt die Gewinnung von Elektrizität nur, aber immerhin im Rahmen des LVG eine Bundesaufgabe dar.

1335 Vgl. Art. 3 Abs. 2 LVG.

Wen genau diese Pflicht treffen soll (Bund oder Kantone – oder beide?) und ob es sich dementsprechend um eine öffentliche Aufgabe des Bundes oder der Kantone handelt, ist aber unklar.[1336] Adressaten der stromversorgungsrechtlichen Aufgabenzuweisung für den Netzbetrieb und die Versorgung der festen Endverbraucher sind schliesslich die (Verteil-)Netzbetreiber. Sie stehen daher primär in der Verantwortung zur Aufgabenerfüllung.[1337] Im Bereich des Übertragungsnetzbetriebes, welchen der Bundesgesetzgeber kraft spezialgesetzlicher Bestimmung der *nationalen* Netzgesellschaft übertragen hat, dürfte es sich nach der hier vertretenen Ansicht um eine öffentliche Aufgabe des Bundes handeln.[1338] Die Gewährleistungsverantwortung läge somit hier beim Bund.[1339] In Bezug die Aufgaben der Verteilnetzbetreiber ist die Frage hingegen nicht leicht zu beantworten und mit einigen Unsicherheiten behaftet. Zwar ergeben sich die Aufgaben der Verteilnetzbetreiber bereits unmittelbar aus dem StromVG.[1340] Der einzelne Verteilnetzbetreiber wird aber erst durch den sich nach kantonalem Recht richtende Verwaltungsakt der Netzgebietszuteilung konkret verpflichtet.[1341] Ob aus der Aufgabe der Netzgebietszuteilung, welche das StromVG den Kantonen überträgt, auf eine Gewährleistungsverantwortung der Kantone in Bezug auf die Aufgaben der Verteilnetzbetreiber geschlossen werden kann, erscheint nicht offensichtlich, ist meines Erachtens aber zu bejahen.[1342] Aus föderalistischer Sicht dürfte die Gewährleistungsverantwortung für die Aufgaben der Verteilnetzbetreiber bei den Kantonen zudem wohl besser aufgehoben sein als beim Bund.

1336 WALTHER, S. 96 ff., sieht für die Gewährleistung des Übertragungsnetzbetriebs den Bund in der Pflicht; ähnlich MÜLLER, Verantwortung, S. 1110, welcher dem Bund zumindest in Bezug auf die Spannungshaltung im Elektrizitätsnetz eine Auffangverantwortung zuweist; ohne nähere Begründung von einer öffentlichen Aufgabe des Bundes betreffend *«[d]ie Stromversorgung des Landes, d.h. die Erstellung sowie de[n] Betrieb des Übertragungsnetzes»*, ausgehend BVGer A-4864/2019 vom 15. September 2020, E. 6.2.5; offengelassen durch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 142; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 147 f.; POLTIER, Rz. 790.

1337 In diesem Sinne auch KERN, BSK BV, Art. 91 N 19; zur altrechtlichen Situation vgl. Institut für Föderalismus, Elektrizitätswirtschaftsordnung, S. 9 f.

1338 Gl.M. wohl POLTIER, Rz. 789; ebenso BAUMANN, Haftung, S. 50; BVGer A-4864/2019 vom 15. September 2020, E. 6.2.5; offengelassen durch FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 147 f.

1339 Vgl. auch TSCHANNEN, VwVG, Art 1 Rz. 24.

1340 TRÜEB/ZIMMERLI, S. 135; EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 24.

1341 EnDK, Kantonale Anschlussgesetzgebung, S. 24; Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1644; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 57; mit derselben Feststellung auch POLTIER, Rz. 790.

1342 Vgl. dazu auch BGer 2E_2019 vom 30. April 2020, E. 3.6.1 betreffend die Zuständigkeiten für die Anschlusspflicht; offengelassen durch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 142; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1246.

Neuerdings scheint auch der Bundesrat die Auffassung zu teilen, wonach dem Staat eine Verantwortung im Bereich der Stromversorgung zukommen soll. So leitete er jüngst aus Art. 91 Abs. 1 BV eine Auffangverantwortung des Bundes für das Funktionieren der Stromnetze und damit gar auch für die Bereitstellung der dazu erforderlichen elektrischen Energie ab.[1343]

IV. Schlussfolgerung

Aufgrund der klaren Aufgabenzuweisung durch das StromVG stellen nach der hier vertretenen Meinung weite Teile der Elektrizitätsversorgung heutzutage bereits von Bundesrechts wegen öffentliche Aufgaben dar. Da die Elektrizitätsversorgung staatliche Leistungen vermittelt und dadurch prinzipiell begünstigend wirkt, handelt es sich um Tätigkeiten der Leistungsverwaltung. Die Rechtsbeziehungen, welche die Netzbetreiber als Träger öffentlicher Aufgaben im Zusammenhang mit der unmittelbaren Aufgabenerfüllung eingehen, qualifizieren als Verwaltungsrechtsverhältnisse.[1344] Eine Ausnahme bildet jeweils lediglich die Versorgung der freien Endverbraucher.

Primäre Träger der öffentlichen Aufgaben sind die Netzbetreiber. Daneben weist der Bundesgesetzgeber den Netzbetreibern aber auch noch weitere öffentliche Aufgaben zu, die nicht zur Stromversorgung im eigentlichen Sinne zu zählen sind. Die Kantone können im Rahmen ihrer Kompetenzen schliesslich auch noch weitere öffentliche Aufgaben im Bereich der Stromversorgung definieren. Inwiefern dem Staat selbst eine Verantwortung für die Sicherstellung der Stromversorgung und der weiteren Aufgaben der Netzbetreiber zukommt und ob diese Verantwortung den Bund oder die Kantone trifft, erscheint ungewiss. Meines Erachtens dürfte sich jedoch aus dem StromVG eine Gewährleistungsverantwortung des Bundes für den Übertragungsnetzbetrieb herleiten lassen, während die Pflichten der Verteilnetzbetreiber in der Gewährleistungsverantwortung der Kantone liegen dürften.[1345]

Fraglich ist noch, wie es sich mit der Rechtsnatur dieser Rechtsbeziehungen betreffend den Netzanschluss, die Netznutzung und die Stromversorgung verhält.

1343 Bundesrat, Botschaft Stromreserve, S. 38.

1344 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 736.

1345 Vgl. dazu aber auch die jüngsten Ausführungen in Bundesrat, Botschaft Stromreserve, S. 38.

§12 Rechtsnatur der Elektrizitätsversorgung

I. Die Rechtsnatur der Stromversorgung als «Dauerbrenner»

Die rechtliche Qualifikation der Elektrizitätsversorgung und der damit einhergehenden Rechtsverhältnisse führte bereits in der Vergangenheit, als noch keine gesamtschweizerische Marktordnung bestand, wiederholt zu einiger Unsicherheit unter den Juristen.[1346] Oft wurden bzw. werden deshalb gegensätzliche juristische Standpunkte vertreten, was die Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Stromversorgung betrifft. Das Vertreten unterschiedlicher Standpunkte gehört zwar zweifellos zur Essenz des juristischen Alltags. Dass die Uneinigkeit aber eine solch fundamentale Frage betrifft, ist dennoch bemerkenswert. Die Frage, ob die Rechtsverhältnisse der Stromversorgung dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuordnen sind, bot deshalb immer wieder Anlass zu kontroversen Diskussionen.[1347]

Mit dem Inkrafttreten des StromVG änderte sich in dieser Hinsicht, zumal es der Bundesgesetzgeber unterlassen hat, die Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse im Bereich der Stromversorgung gesetzlich zu normieren,[1348] wenig – im Gegenteil. Die fortbestehende Kontroverse mag zum einen auf den Umstand zurückzuführen sein, dass das schweizerische Stromversorgungsrecht noch relativ jung ist und über die historisch gewachsenen rechtlichen und tatsächlichen Strukturen «gestülpt» wurde, die seit jeher durch die kantonalen und kommunalen Gesetzgeber bestimmt wurden.[1349] Zum andern – und das scheint dem Autor aus seinen praktischen Erfahrungen der gleichermassen ausschlaggebende Grund für die oft erlebte Verwirrung zu sein – will die Stromversorgung nicht so recht in das juristische Schema passen, welches grundsätzlich zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unterscheidet.[1350] Mitunter fällt es daher nicht leicht, dem Stromversorgungsrecht mit der allgemeinen juristischen Methodik zu Leibe zu rücken.[1351] Davon dass die Rechtslage schwierig zu erfassen ist, zeugen neben der Aus-

1346 Vgl. etwa RUCK, S. 11; WELTERT, S. 53; WALTHER, S. 55; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1245.

1347 Vgl. KERN, S. 267 m.w.H.; BGE 105 II 234, E. 2 S. 236; ferner EUGSTER, S. 42 und 45 ff.

1348 Vgl. statt aller HÄNER, S. 243.

1349 Vgl. auch POLTIER, Rz. 740.

1350 Vgl. bereits RUCK, S. 46, welcher konstatierte, dass einem die *«Elektrizitätswirtschaft […] in der Mischung privater und öffentlicher Merkmale»* entgegentrete; ähnlich auch WALTHER, S. 55, welche ausführt, dass *«[d]ie Janusköpfigkeit von Interessen und möglichen Verantwortlichkeiten […] die Stromversorgung und den sie umgebenden rechtlichen Rahmen zu einer ordnungspolitischen Herausforderung werden [lässt].*

1351 In diesem Sinne auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1239 und 1250.

einandersetzung der juristischen Literatur mit dieser Thematik auch die z.T. erheblich divergierenden Urteile auf höchstrichterlicher Ebene.[1352]

Manches scheint sowohl unter dem alten Recht wie auch unter dem neuen Recht aber gleich geblieben zu sein: Während Vertreter der Elektrizitätswirtschaft oft sämtliche Beziehungen als dem Privatrecht unterstehend wissen woll(t)en, stell(t)en sich die Rechtsvertreter der Gegenseite – also die der Endverbraucher bzw. Anschlussnehmer – meist auf den Standpunkt, die Rechtsbeziehung sei öffentlich-rechtlicher Natur.[1353] Die unterschiedlichen juristischen Positionen lassen sich aus naheliegenden Gründen erklären. Während die privatrechtliche Qualifikation eines Rechtsverhältnisses dem EVU regelmässig mehr Freiheiten gewährt, bringt die Zuordnung zum öffentlichen Recht für gewöhnlich einen engeren Handlungsspielraum mit sich und stärkt die Position der «Kunden».[1354] Teilweise – so scheint es zumindest – basiert die Zuordnung aber kaum auf einer objektiven Beurteilung. Insbesondere in denjenigen Bereichen, in denen die Nachfrager dem EVU ausgeliefert sind, so namentlich bei der Benutzung der Infrastruktur und bei den gebundenen Endverbrauchern, welche ihren Bedarf an elektrischer Energie in den meisten Fällen ganz oder teilweise vom lokalen Netzbetreiber beziehen müssen, dürfte das juristische Bauchgefühl mit der (pauschalen) Behauptung, das Rechtsverhältnis sei privatrechtlicher Natur, seine liebe Mühe haben.[1355] Die Tatsache, dass die überwiegende Mehrheit der EVU noch immer vom Gemeinwesen beherrscht wird, verstärkt diesen Eindruck. Nun sind das Vorliegen eines Kräfteungleichgewichts zwischen den Parteien und die Eigentumsverhältnisse an den EVU für die Bestimmung der Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses bekanntermassen nicht hinreichend. Wo der Staat involviert ist, vermögen die ungleichen Kräfteverhältnisse bei der Qualifikation eines Rechtsverhältnisses aber immerhin ein Indiz im Rahmen der Subordinationstheorie zu bilden. Wie zuvor bereits festgestellt wurde, qualifizieren heute zudem weite Teile der Stromversorgung von Bundesrechts wegen als öffentliche Aufgaben, womit unter Beizug der Funktionstheorie eine schweizweit einheitliche Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur als potenziell möglich erscheint.

1352 Vgl. dazu etwa § 6 IV. 7. a); ebenso BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 53 ff.; POLTIER, Rz. 726.

1353 Vgl. auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236 und 1243 f.

1354 Bei gleichzeitiger Einräumung der Verfügungsbefugnis bietet die Unterstellung eines Rechtsverhältnisses unter das öffentliche Recht durch die Möglichkeit der einseitigen Festlegung des Rechtsverhältnisses aber auch gewisse Vorteile für das EVU; so auch HÄNER, S. 246.

1355 In diesem Sinne bereits EUGSTER, S. 42.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Elektrizitätsversorgung (bzw. Teilen davon) wurde lange Zeit vernachlässigt[1356] und sorgt auch heute noch immer wieder für Verunsicherung und Diskussionen – auch wenn das Bundesgericht in jüngster Zeit in einigen Bereichen (vorübergehende[1357]) Klarheit schaffen konnte.

II. Situation vor Erlass der schweizerischen Strommarktordnung

1. Allgemeines

Mangels einer bundesrechtlichen Elektrizitätsmarktordnung war die Frage nach der Rechtsnatur der Elektrizitätsversorgung vor Erlass des StromVG nicht allgemein zu beantworten. Sie musste im Einzelfall anhand des kantonalen und kommunalen Rechts und der tatsächlichen Umstände bestimmt werden.[1358] Die Rechtsverhältnisse der Elektrizitätsversorgung konnten somit öffentlich-rechtlicher wie auch privatrechtlicher Gestalt sein.[1359] Die Kriterien für die Zuordnung waren allerdings umstritten und führten zu einer Fülle an unterschiedlichen und kaum überschaubaren Meinungen und Lösungsansätzen.[1360]

2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Rechtsnatur von Rechtsverhältnissen im Zusammenhang mit Infrastrukturaufgaben kann als unbeständig bezeichnet werden, was insbesondere der alternierenden Verwendung der Abgrenzungskriterien geschuldet ist.[1361] In Bezug auf die Elektrizitätsversorgung scheint das Bundesgericht vor Erlass des StromVG indes der Subordinationstheorie[1362] den Vorzug gegeben zu haben:

So hielt das Bundesgericht in BGE 76 II 103 fest, dass die Rechtsbeziehung zwischen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt als Stromversorger und deren

1356 So auch POLTIER, Rz. 728.

1357 Im Falle einer vollständigen Strommarktöffnung – sollte sie denn einmal kommen – dürfte die Frage wohl erneut vor das Bundesgericht getragen werden.

1358 MÜLLER/JENNI, S. 1081; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 52 f.; KRATZ, S. 343 ff.; BGE 105 II 234, E. 5 S. 238 f.

1359 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 53; KERN, S. 267 ff.; STRAUB, S. 15 und 20 f.; zu vereinfachend m.E. POLTIER, Rz. 721.

1360 So bereits RÜEGGER, S. 191.

1361 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 53; WELTERT, S. 298.

1362 Vgl. aber etwa BGE 103 Ia 31, E. 2 a) S. 34, in welchem das Bundesgericht, der Funktionstheorie folgend, für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses (allerdings ging es in diesem Fall um die Erstellung einer Kanalisation und einer Strasse) zum öffentlichen Recht darauf abstellte, ob dieses die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt habe.

Benützern – sofern keine gesetzliche Regelung bestehe, welche das Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuordnet – dann öffentlich-rechtlicher Natur sei, wenn sie durch ein besonderes Gewaltverhältnis geprägt sei. Massgebend sei, wie die Bedingungen der Stromversorgung festgelegt würden. Erfolge dies einseitig mit im Voraus festgelegten Bedingungen, lasse dies auf eine öffentlich-rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses schliessen. Wo die Benutzungsordnung es gestatte, die Einzelheiten der Stromversorgung unterschiedlich zu gestalten, also Verhandlungen stattfänden, spreche dies hingegen für ein privatrechtliches Verhältnis.[1363] Das Bundesgericht gab in diesem Fall somit der Subordinationstheorie den Vorzug. Etwas eigenartig ist aber – wie das Bundesgericht in BGE 105 II 234 später selbst bemerkte[1364] – die daraus gezogene Schlussfolgerung. Das Bundesgericht führte nämlich weiter aus, dass das anwendbare Reglement lediglich die subsidiär anwendbaren *«Normalbedingungen»* für die Abgabe elektrischer Energie enthalte, welche nur dann zur Anwendung kämen, wenn keine besonderen Vereinbarungen getroffen würden. Es sei somit möglich, Einzelheiten unterschiedlich zu regeln. Dass dies in der Praxis kaum vorkomme, sei rechtlich belanglos. Das Rechtsverhältnis sei deshalb privatrechtlicher Natur.[1365]

In BGE 105 II 234 folgte das Bundesgericht mit Verweis auf seine frühere Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung abermals der Subordinationstheorie.[1366] Allerdings relativierte es die in BGE 76 II 103 gemachte Schlussfolgerung und hielt fest, dass für die grosse Mehrheit der Normalbezüger das Reglement des Versorgers unabdingbar sei. Dass darüber hinaus auch eine Abweichung von der Benutzungsordnung in speziellen Fällen möglich sei, liege in der Natur der Sache und Stelle keinen Beweis für die privatrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses dar.[1367] Das Rechtsverhältnis sei deshalb öffentlich-rechtlicher Natur.[1368]

1363 BGE 76 II 103, E. 2 und 3 S. 103 ff.

1364 Vgl. BGE 105 II 234, E. 5 S. 239.

1365 BGE 76 II 103, E. 4 S. 105 f.

1366 BGE 105 II 234, E. 2 S. 236; das Urteil wurde in der Lehre allerdings mit Verweis auf die Teilschritt-Methode von IMBODEN verschiedentlich kritisiert, vgl. dazu die Ausführungen bei WELTERT, S. 300; KERN, S. 268; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 56 f.; nach der Teilschritt-Methode von IMBODEN ist zur Feststellung der Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses nicht direkt die Frage nach der Rechtsnatur zu stellen, sondern es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob das Rechtsverhältnis rechtsgeschäftlich beeinflussbar oder durch objektives Recht abschliessend geregelt ist. Im ersten Fall ist zu prüfen, ob ein privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Verhältnis möglich ist; im zweiten Fall untersteht das Rechtsverhältnis hingegen immer dem öffentlichen Recht, vgl. dazu auch die Auseinandersetzung bei RÜEGGER, S. 203 ff.

1367 BGE 105 II 234, E. 5 S. 239.

1368 BGE 105 II 234, Regeste.

3. Lehre

Neben den Eigenheiten der Elektrizitätsversorgung, welche die Abgrenzung zwischen der öffentlichen und der privatrechtlichen Sphäre immer wieder zum Thema machen, dürfte auch die in grundsätzlicher Hinsicht unstete Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Abgrenzungskriterien dazu beigetragen haben, dass sich die Lehre neben der Frage, welcher Sphäre die Elektrizitätsversorgung im Einzelfall zuzuordnen war, vor allem auch mit der Frage nach der dafür richtigen Methodik beschäftigte.[1369] Da diese Thematik auch heute noch Anlass zu Diskussionen bietet, ist es wenig erstaunlich, dass die Ansichten auch hier zum Teil erheblich auseinander gingen. Im Sinne eines kleinsten gemeinsamen Nenners scheint aber die Mehrheit der Autoren zum Schluss gekommen zu sein, dass für die Bestimmung der Rechtsnatur der Elektrizitätsversorgung eine zweistufige Methode zweckdienlich sei. In einem ersten Schritt sei demnach zu prüfen, ob eine gesetzliche Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht stattfinde. Falls eine gesetzliche Zuordnung fehle, sei in einem zweiten Schritt – hier gehen die Ansätze allerdings wieder auseinander – zu prüfen, ob öffentliches Recht oder Privatrecht anwendbar sei.[1370]

Teile der Lehre kritisierten zudem, vor dem Hintergrund der Liberalisierungstendenzen der vergangenen drei Dekaden, darüber hinaus in grundsätzlicher Weise, dass die öffentlich-rechtliche Regelungen der Elektrizitätswirtschaft gegenüber der privatrechtlichen Regelung bevorzugt werde und dass durch die unmittelbare oder mittelbare Monopolisierung der Elektrizitätsversorgung durch die öffentliche Hand ein Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit bestehe.[1371] Diese Kritik grundsätzlicher Natur, dürfte für die (noch immer) anhaltende Rechtsunsicherheit über die Rechtsnatur der Elektrizitätsversorgung bzw. der damit einhergehenden Rechtsverhältnisse ebenfalls massgebend verantwortlich sein.

1369 Vgl. etwa KERN, S. 267 ff.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 52 ff.; RÜEGGER, S. 191 ff.; WELTERT, S. 294 ff.; ferner RUCK, S. 105 ff.; KRATZ, S. 344 f.; JAGMETTI, Rz. 1507.

1370 KERN, Privatisierung, S. 269; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 55; RÜEGGER, S. 205; WELTERT, S. 343; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 66; JAGMETTI, Rz. 1507; ähnlich auch KRATZ, S. 345, welche aber in einem (zusätzlichen) ersten Schritt auf die Rechtsform des EVU abstellt; ähnlich auch POLTIER, Rz. 735 f.; ferner EUGSTER, S. 37; STRAUB, S. 20 f.

1371 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 11; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden rechtlich monopolisierte Tätigkeiten vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit aber nicht erfasst, vgl. BGE 123 II 359, E. 5 b) S. 368 f.; ferner LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 451 m.w.H.

III. Situation seit Erlass der schweizerischen Strommarktordnung

1. Wandel in Lehre und Rechtsprechung

a) Lehre

Im Hinblick auf das StromVG bzw. zu Beginn des neu geordneten Strommarkts schien die Lehre mehrheitlich davon ausgegangen zu sein, dass die Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung privatrechtlicher Gestalt seien.[1372] So ordnete etwa BALTHASAR den Netznutzungsvertrag dem Privatrecht zu, *«da die Parteien grundsätzlich frei sind zu entscheiden, mit wem und mit welchem Inhalt sie den Vertrag abschliessen wollen»*. Dass der Gesetzgeber gewisse Rahmenbedingungen für den Vertrag vorgebe, ändere daran nichts.[1373] In Bezug auf den Netzanschlussvertrag führte BALTHASAR aus, dass dieser gemäss dem Mustervertrag des VSE zwar als privatrechtlicher Vertrag angedacht sei, dass das StromVG aber öffentlich-rechtlichen Regelungen der Kantone und Gemeinden nicht entgegenstehe, welche das Netzanschlussverhältnis regeln würden. Es seien deshalb beide Möglichkeiten denkbar.[1374] Schliesslich ordnete BALTHASAR die Elektrizitätslieferverträge grundsätzlich ebenfalls dem Privatrecht zu, da es im liberalisierten Markt Sache des Endverbrauchers sei, seine Versorgung sicherzustellen. Anbieter und Abnehmer würden sich deshalb auf gleicher Stufe gegenüberstehen. Allerdings seien in der ersten Marktöffnungsphase im Zusammenhang mit der Versorgung der festen Endverbraucher auch verwaltungsrechtliche Verträge oder Verfügungen denkbar – womit wohl gemeint sein dürfte, dass das Rechtsverhältnis auch dem öffentlichen Recht unterstehen könne.[1375]

Die neuere Lehre scheint hingegen – ähnlich wie bei der Frage nach dem Bestand einer öffentlichen Aufgabe – mehrheitlich in die entgegengesetzte Richtung zu steuern und viele Bereiche der Elektrizitätsversorgung tendenziell dem öffentlichen Recht zuzuordnen.[1376] WALTHER kam etwa betreffend die Rechtsbeziehung zwischen der Übertragungsnetzbetreiberin und den

1372 Vgl. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 39; KRATZ, S. 343.

1373 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 39; dieses Argument geht aufgrund des Netzmonopols aber offensichtlich fehl.

1374 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 42; vgl. dazu auch KRATZ, S. 348.

1375 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 58 f.; ebenfalls von einem privatrechtlichen Vertrag für die marktzugangsberechtigten Endverbraucher ausgehend WALDNER, Funktion, S. 1312.

1376 Vgl. dazu auch POLTIER, Rz. 727 ff.; ferner HÄNER, S. 243 mit Verweis auf das Bundesgericht; ohne (ersichtliche) Begründung von verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen in Bezug auf die Verträge der nationalen Netzgesellschaft ausgehend BAUMANN, Haftung, S. 62.

Kraftwerks- und Verteilnetzbetreibern zum (noch etwas zurückhaltenden) Schluss, dass der Übertragungsnetzbetrieb eine öffentliche Aufgabe darstelle und dass der nationalen Netzgesellschaft zur Aufgabenerfüllung bestimmte hoheitliche Kompetenzen zustehen würden, weshalb das Rechtsverhältnis im Einzelfall *«mitunter durchaus öffentlich-rechtlicher Natur sein [könne]»*.[1377] FÖHSE ging wenig später bereits klar von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zwischen der nationalen Netzgesellschaft und den Netzanschlussnehmern aus und begründete dies mit dem Vorliegen eines rechtlichen Monopols.[1378] In einer späteren Publikation folgerte FÖHSE auch in Bezug auf die Grundversorgung, dass vieles dafür spreche, dass dieses Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur sei. Namentlich stelle die Grundversorgung eine öffentliche Aufgabe dar. Zudem verschaffe das geltende Recht dem lokalen Netzbetreiber eine Monopolstellung, wodurch das Rechtsverhältnis zwischen dem Netzbetreiber als Grundversorger und den Endverbrauchern von einem grossen Machtgefälle und einem Kontrahierungszwang geprägt sei.[1379] Auch die entgegengesetzte Meinung findet in der jüngeren Lehre aber immer noch Vertreter.[1380] So liest man etwa bei SCHOLL etwas pauschal: *«Seit Inkrafttreten des StromVG dürften die für die Stromversorgung typischen Verträge privatrechtlicher Natur sein.»*[1381] In einer späteren Publikation bezeichnete SCHOLL die bundesgerichtliche Zuordnung der Stromlieferung in der Grundversorgung zum öffentlichen Recht zwar als *«nicht offensichtlich, da das StromVG grundsätzlich mehr Privatautonomie in den Strommarkt bringen wollte»*. Die Zuordnung sei aber plausibel, da in der Grundversorgung tatsächlich kein bzw. kaum Verhandlungsspielraum bestehe.[1382] Teilweise scheint in der neueren Literatur für die Bestimmung der Rechtsnatur der Stromversorgung aber auch noch auf die ältere Praxis des Bundesgerichts abgestellt worden zu sein.[1383]

In Bezug auf die Verpflichtungen, welche das EnG bzw. die EnV den Netzbetreibern auferlegen, gehen die Meinungen über die Rechtsnatur

1377 WALTHER, S. 98 f., sowie im Allgemeinen auch DIES., S. 55 und 94.

1378 FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 152 ff.

1379 FÖHSE, Strommarktordnung, S. 143; gl.M. BUCHLI, S. 268; das Bundesgericht kommt zwar zum gleichen Schluss (vgl. BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 114 ff.), erblickt in der Grundversorgung aber bis heute kein rechtliches Monopol (vgl. BGE 141 II 141, E. 4.4 S. 152 f.).

1380 Darauf hinweisend auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1379 und 1390 f.

1381 SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.32.

1382 SCHOLL, Rechtsnatur, Rz. 12; vgl. neustens auch SCHOLL/FLATT, Rz. 194 ff.

1383 So etwa LEUMANN, S. 5, welcher mit Verweis auf die ältere Lehre und Rechtsprechung auf die Übertragung von hoheitlichen Befugnissen bzw. die Subordinationstheorie abstellt.

ebenfalls auseinander: MERKER geht im Zusammenhang mit der vertraglichen Vereinbarung der Anschlussbedingungen zwischen Netzbetreibern und Produzenten etwa von privatrechtlichen Verträgen bzw. Rechtsverhältnissen aus.[1384] Andere Autoren ordnen diese Rechtsverhältnisse hingegen mit Verweis auf die Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit den Netzanschlussverhältnissen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 StromVG dem öffentlichen Recht zu.[1385]

b) Rechtsprechung

Das Bundesgericht hatte schliesslich in den letzten Jahren vermehrt die Gelegenheit, sich zur Rechtsnatur einzelner Rechtsverhältnisse zu äussern und damit die in der Lehre umstrittene Frage für den Moment zu klären. Mittlerweile dürfte daher in vielen Bereichen vorläufig Rechtssicherheit eingekehrt sein – zumindest was die Rechtsnatur von Teilen der Stromversorgung anbelangt.

In BGE 144 III 111 hat das Bundesgericht – teilweise im Sinne eines *obiter dictum* – klargestellt, dass die Netzanschluss-, Netznutzungs-, und Energielieferungsverhältnisse in der Grundversorgung mit Elektrizität dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hingegen seien die Energielieferungsverhältnisse privatrechtlicher Natur, wenn der Endverbraucher von seinem Recht auf Marktzugang Gebrauch gemacht habe.[1386] Ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur seien die Netzanschlussverhältnisse im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 StromVG (d.h. dort, wo eine Anschlusspflicht besteht), auch wenn der Endverbraucher von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht habe.[1387] Das Bundesgericht hat zudem mit Blick auf andere Branchen, welche Grundversorgungsaufgaben wahrnehmen, bemerkt, dass das StromVG keine spezialgesetzliche Regelung enthalte, welche das Zivilrecht für anwendbar erkläre.[1388]

1384 MERKER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 23 StromVG, Rz. 41; kritisch dazu FÖHSE, Grundversorgung, S. 1244.

1385 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1244; ÇELIK, S. 917.

1386 BGE 144 III 111, E. 5.1 und 5.2 S. 113 ff.; vgl. auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1235; FERRARI-VISCA/ HÄUSLER, S. 59 f.; a.M. noch BGer 2C_339/2017 vom 24. Mai 2018, E. 1.2.2, in welchem Elektrizitätslieferverhältnisse ausserhalb der Grundversorgung dem Privatrecht zugeordnet wurden.

1387 BGE 144 III 111, E. 5.3 S. 116 f.; demgegenüber ordnete etwa das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid A-3505/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012, E. 5.5, die im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb stehenden Rechtsverhältnisse noch dem Privatrecht zu.

1388 BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 116.

Begrüssenswerterweise begründete das Bundesgericht die Zuordnung zum öffentlichen Recht hier wieder mit der Interessen- bzw. Funktionstheorie.[1389] Denn in BGer 4A_582/2014 vom 17. April 2015 führte das Bundesgericht zwar aus, dass es für die Qualifikation der Rechtsnatur dem Methodenpluralismus folge, begründete dann aber die Zuordnung des Energielieferverhältnisses in der Grundversorgung zum öffentlichen Recht damit, dass das StromVG den Energiepreis für die grundversorgten Endverbraucher abschliessend regle.[1390] Diese Begründung hat aber mit dem Methodenpluralismus nichts zu tun, sondern entspricht der Methodik IMBODENS, welche danach fragt, ob ein Rechtsverhältnis durch objektives Recht abschliessend geregelt ist. Meines Erachtens hätte das Bundesgericht in BGE 144 III 111 – wenn es sich schon in einem *obiter dictum* äusserte – aber auch noch klarstellen können, wie die Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb (d.h. nicht nur der Netzanschluss, sondern auch die Netznutzung) generell (also auch die Netznutzung der am freien Markt teilnehmenden Endverbraucher) zu qualifizieren sind. Folgerichtig wären diese Rechtsverhältnisse ebenfalls dem öffentlichen Recht zuzuordnen gewesen; zumindest dort, wo das StromVG eine Anschlusspflicht statuiert. Das im Zentrum der Marktregulierung stehende natürliche Monopol des Elektrizitätsnetzes wirkt sich nämlich auf sämtliche Endverbraucher (und andere Netznutzer) gleichermassen aus.[1391] Das StromVG unterscheidet deshalb bei der Netznutzungsregulierung (Art. 13 und 14 StromVG) sinnigerweise auch nicht zwischen der Grundversorgung und den Endverbrauchern, welche am Markt teilnehmen.[1392]

In einem weiteren Entscheid aus dem Jahr 2022, BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, teilweise publiziert als BGE 148 III 172, hatte das Bundesgericht nun die Gelegenheit, sich erneut zur Frage der Rechtsnatur zu äussern; dieses Mal im Zusammenhang mit dem Übertragungsnetzbetrieb.[1393] Dabei hielt das Bundesgericht einmal mehr vorab fest, dass die

1389 BGE 144 III 111, E. 5.2 und 5.3 S. 115 ff. bzw. die darin nicht publizierte Erwägung in BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, E. 3.

1390 BGer 4A_582/2014 vom 17. April 2015, E. 2.2.

1391 In diesem Sinne auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1237; ebenso mit Verweis auf FÖHSE auch ÇELIK, S. 917.

1392 Dass die Netzbetreiber je nach Bezugsprofil unterschiedliche Netznutzungstarife festlegen können (Art. 14 Abs. 3 lit. c StromVG), ändert daran nichts.

1393 Der Entscheid basierte auf folgendem Sachverhalt: Die nationale Netzgesellschaft hatte als Übertragungsnetzbetreiberin zur Aufrechterhaltung der Netzsicherheit Massnahmen i.S.v. Art. 20 Abs. 2 lit. c StromVG ergriffen und einen Produzenten zur Drosselung seiner Kraftwerksleistung verpflichtet (sog. direkter Eingriff in den Kraftwerkseinsatz). Diese Massnahme führte zu einer Unterdeckung in der Bilanzgruppe, bei welcher der Produzent angeschlossen war. Die nationale Netzgesellschaft verlangte in der Folge von der Bilanzgruppe die Bezahlung der Kosten für Ausgleichs-

rechtliche Unterstellung einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit unter die Zivilgerichtsbarkeit eine wichtige rechtssetzende Bestimmung gemäss Art. 164 Abs. 1 BV darstellt, die einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf.[1394] In der Folge versagte es Art. 5 Abs. 5 StromVV, welcher für die Durchsetzung von Pflichten aus Vereinbarungen zwischen der nationalen Netzgesellschaft und Netzbetreibern, Erzeugern und den übrigen Beteiligten auf den Zivilweg verweist, die Anwendung.[1395] Bei der Gelegenheit führte das Bundesgericht zudem aus, dass Art. 164 Abs. 1 BV unter anderem dem Schutz der Volksrechte diene, indem er verhindere, dass die Exekutive die Festlegung des Rechtsweges der direktdemokratischen Mitbestimmung entziehe.[1396] Schliesslich nahm das Bundesgericht die Zuordnung der Rechtsverhältnisse nach dem Methodenpluralismus vor, wobei es bei der Zuordnung von Verträgen einmal mehr der Funktionstheorie den Vorzug gab und die Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht zuordnete.[1397] Dabei hielt es (m.E. zu Recht) fest, dass die fraglichen Tätigkeiten der nationalen Netzgesellschaft[1398] *unmittelbar* dem sicheren Übertragungsnetzbetrieb dienen würden. Es handle sich somit nicht etwa um bloss freiwillig und auf privatrechtlicher Grundlage erbrachte Energiedienstleistungen im Sinne einer Lieferung blosser Hilfsmittel (gemeint ist hier wohl die Bedarfsverwaltung).[1399]

Interessant ist zum einen die Tatsache, dass das Bundesgericht auch in jüngster Zeit grundsätzlich dazu neigt, Sachverhalte im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so auch in der Elektrizitätsversorgung,

energie. Mit beiden Marktteilnehmern hatte die Übertragungsnetzbetreiberin vertragliche Vereinbarungen (Betriebsvereinbarung bzw. Bilanzgruppenvertrag) abgeschlossen. Im Streit lag die Frage nach der zivilgerichtlichen oder verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit im Zusammenhang mit den vertraglichen Vereinbarungen zwischen der nationalen Netzgesellschaft und den beiden Marktteilnehmern, vgl. BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, Sachverhalt.

1394 BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 3.2.2.

1395 BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 3.2.3.

1396 BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 3.2.2.

1397 BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 4.1, 4.2.2 und 5.2.3; in diesem Sinne (aber eher auf die Subordinationstheorie abstellend) bereits FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 150 ff.

1398 Konkret ging es um die Anordnung zur Produktionsanpassung gemäss der Betriebsvereinbarung als auch um Fahrplanmeldungen im Verhältnis zum Kraftwerkbetreiber bzw. die Verrechnung der Ausgleichsenergie im Rahmen des Bilanzgruppenvertrages gegenüber der Bilanzgruppe, welcher der Kraftwerkbetreiber angehörte.

1399 BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 4.2.2 bzw. 5.2.3; das Bundesverwaltungsgericht kam in BVGer A-3505/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012, E. 5.5, mit der Begründung, es handle sich beim Übertragungsnetzbetrieb nicht um eine öffentliche Aufgabe, noch zum exakt gegenteiligen Schluss und beurteilte die Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit Systemdienstleistungen als privatrechtlich.

in Anwendung der Funktionstheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Damit scheint die These[1400], wonach die Funktionstheorie das gewichtigste Kriterium für die Bestimmung der Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses darstellt, bestätigt. Das Bundesgericht hielt dabei meines Erachtens zu Recht fest, dass die Tätigkeiten, welche unmittelbar dem stabilen Netzbetrieb dienen, in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ergehen und deshalb öffentlich-rechtlicher Natur sind.[1401] Auch hat das Bundesgericht hier wiederholt einer Verordnungsbestimmung der StromVV die Anwendung versagt, womit die unrühmliche Liste gesetzeswidriger Bestimmungen der StromVV einmal mehr Zuwachs erhält.[1402] Wichtig erscheint mir in diesem Zusammenhang vor allem aber der Hinweis des Bundesgerichts, dass Art. 164 Abs. 1 BV nicht zum Selbstzweck geschaffen wurde, sondern um den demokratischen Mitbestimmungsmöglichkeiten Nachachtung zu verschaffen.

Bemerkenswert ist andererseits aber auch der Fakt, dass die Auffassung, wonach die Rechtsbeziehungen bzw. Verträge im (teil-)liberalisierten Strommarkt dem Privatrecht unterstünden[1403] bzw. unterstehen müssten, tief verankert scheint.[1404] Dass der Verordnungsgeber die Durchsetzung der Verträge auf den Zivilweg[1405] verweisen wollte, zeugt ebenfalls davon. Dabei sind verwaltungsrechtliche Verträge in der schweizerischen Rechtslandschaft ein seit Langem anerkanntes und bewährtes Mittel zur Regelung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse; insbesondere bzw. gerade auch im Zusammenhang mit der Erbringung öffentlicher Aufgaben[1406] – so auch in der Stromversorgung.[1407]

1400 Vgl. dazu § 10 II. 2.

1401 BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 4.2.2.

1402 Für weitere Beispiele vgl. etwa ORELLI/MAYHALL, S. 7 ff.; SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.11; MÜLLER, Liberalisierung, S. 17 f., 29 und insb. S. 38 und 40; allgemein dazu auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 143.

1403 So liest man etwa bei KRATZ, S. 343: *«Ausgangspunkt ist die Annahme, dass mit der Öffnung des Strommarktes vermehrt Marktregeln, d.h. die Regeln des Privatrechts zum Tragen kommen, dass mithin eine Verschiebung von öffentlich- zu privatrechtlichen Rechtsbeziehungen – sprich: ausgehandelten Verträgen – stattfinde.»*

1404 So bereits Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1634 f. und 1659, welcher im Zusammenhang mit Weisungsrechten der nationalen Netzgesellschaft davon auszugehen scheint, dass diese privatrechtlich geregelt würden, andernorts (S. 1621) aber von hoheitlichen Kompetenzen der nationalen Netzgesellschaft spricht, welche *«mit dem StromVG gesetzlich verankert»* würden; kritisch dazu insbesondere FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 150 ff.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1244; ferner auch ÇELIK, S. 917.

1405 Womit über die Rechtsnatur nach Auffassung des Bundesgerichts noch nichts gesagt ist, vgl. BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 3.2.2.

1406 Statt aller MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184.

1407 So noch vor Erlass des StromVG auch BGE 105 II 234, E. 5 S. 240; STRAUB, S. 21.

2. Hier vertretene Ansicht

a) Methodik

Nach der hier vertretenen Meinung ist die Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses in zwei Schritten zu bestimmen.[1408] Als Erstes ist zu prüfen, ob die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses auf Bundesebene formell-gesetzlich festgelegt worden ist. Ist das nicht der Fall, ist die Frage anhand der verschiedenen Abgrenzungstheorien (Methodenpluralismus) vorzunehmen. Dabei kommt der Frage, ob das Rechtsverhältnis unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient (Funktionstheorie), eine herausragende Bedeutung zu.[1409]

Vorliegend sollen die im Fokus stehenden Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Stromversorgung, d.h. dem Netzbetrieb, dem Netzanschluss i.S.v. Art. 5 Abs. 2 StromVG sowie der Belieferung der (festen, freien und auf den Netzzugang verzichtenden) Endverbraucher, geprüft werden. Auf andere Rechtsverhältnisse im Strommarkt, auf welche vorliegend aber nicht näher einzugehen ist, lässt sich das Vorgehen nach der hier vertretenen Meinung aber mutatis mutandis anwenden.[1410]

b) Bestimmung der Rechtsnatur

(i) Festlegung durch Rechtssatz?

Eine Wahlfreiheit zwischen der Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts besteht nur für den Bundesgesetzgeber.[1411] Das formelle Bundesrecht kann die Rechtsnatur eines (Verwaltungsrechts-)Verhältnisses demnach rechtssatzmässig festlegen.[1412] Sofern das Bundesrecht keine ge-

1408 Ähnlich auch KERN, S. 269; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 55; RÜEGGER, S. 205; WELTERT, S. 343; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 66; JAGMETTI, Rz. 1507; POLTIER, Rz. 735 f.

1409 Vgl. auch POLTIER, Rz. 753.

1410 Zu denken ist etwa an die Einspeisung von elektrischer Energie. Hier müsste wohl eine Unterscheidung zwischen Gross- und Kleinproduzenten getroffen werden, da für Letztere u.U. eine gesetzliche Abnahme- und Vergütungspflicht besteht (vgl. Art. 15 EnG).

1411 Vgl. statt aller MÜLLER/JENNI, S. 1081 f.

1412 Da die rechtssatzmässige Festlegung der Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses in die grundlegenden Prinzipien des dualistischen Aufbaus des schweizerischen Rechtssystems eingreift, handelt es sich meiner Meinung nach um einen wichtigen Grundsatzentscheid, der zwingend in einer formell-gesetzlichen Grundlage festgehalten werden muss; gl.M. LIENHARD, Grundlagen, S. 422; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459; a.M. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1671, welche (zumindest bei öffentlich-rechtlichen Anstalten) davon ausgehen, dass der Gesetzgeber die Festlegung der Rechtsnatur dem Aufgabenträger überlassen kann; JAGMETTI, Rz. 1507,

setzliche Zuordnung des Rechtsverhältnisses vornimmt, ist dessen Rechtsnatur durch Auslegung (Methodenpluralismus) zu ermitteln.

Im Gegensatz zu anderen Infrastrukturbereichen hat der Bundesgesetzgeber im Bereich der Stromversorgung die Rechtsnatur weder explizit noch implizit festgelegt.[1413] Den Kantonen kommt diesbezüglich – spätestens seit Erlass der Strommarktordnung – keine Kompetenz mehr zu.[1414] Die Frage nach der Rechtsnatur ist somit für jeden Bereich der Stromversorgung getrennt durch Auslegung zu ermitteln.

(ii) Auslegung im Sinne des Methodenpluralismus

a. Funktionstheorie

Der Netzbetrieb, die Netznutzung und die Versorgung der festen Endverbraucher und der Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, sind von Bundesrechts wegen öffentliche Aufgaben und unterstehen im Sinne der Funktionstheorie dem öffentlichen Recht. Die Versorgung der freien Endverbraucher stellt hingegen keine öffentliche Aufgabe dar, weshalb diese Rechtsverhältnisse dem Privatrecht zuzuordnen sind.[1415]

b. Interessentheorie

Prima vista liegt allen Tätigkeiten der Elektrizitätsversorgung ein evidentes öffentliches Interesse zugrunde. Das öffentliche Interesse besteht nicht nur im Zusammenhang mit der Grundversorgung (Service public), sondern auch mit der Belieferung der freien Endverbraucher. Allerdings wurde auch schon die Auffassung vertreten, dass das Gemeinwesen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, wenn es am Strommarkt partizipiert, was auf ein privates Interesse schliessen liesse.[1416] Im (teil-)liberalisierten Strommarkt kann diese Argumentation immerhin in Bezug auf die freien Endverbraucher nicht von der Hand gewiesen werden. Zudem nehmen auch private Akteure am Elektrizitätsmarkt teil, deren Handeln sowohl im öffentlichen wie auch im privaten Interesse liegt. Die Interessentheorie erweist sich deshalb in casu als untaugliches Abgrenzungskriterium.

---

welcher diese Möglichkeit zumindest dem Trägergemeinwesen zugesteht; WELTERT, S. 436, gesteht die Wahlfreiheit – mit Verweis auf Art. 6 und 59 Abs. 1 ZGB – auch dem kantonalen Gesetzgeber zu; vgl. ferner auch VOGEL, S. 213 f.; EUGSTER, S. 45 ff.

1413 BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 116.

1414 Gl.M. auch BUCHLI, S. 268 f., welcher diesen Umstand aber mit der derogatorischen Kraft des Bundesrechts und dem Vorrang des StromVG begründet; offengelassen bei POLTIER, Rz. 730.

1415 So auch BGE 144 III 111, E. 5.1 S. 113 , E. 5.2; HÄNER, S. 243.

1416 Vgl. dazu §§ 3,4 und 11.

c. Modale Theorie

Aufgrund der Eigenheiten der Elektrizitätsversorgung an der Schnittstelle zwischen Staat und Privaten,[1417] der Ausgestaltung des StromVG als Rahmengesetz mit regulierter Selbstregulierung und der verzettelten Zuständigkeiten[1418] hat die modale Theorie von vornherein einen schweren Stand. Zudem besteht das Problem, dass die von der Praxis gemachte und in Lehre und Rechtsprechung anerkannte[1419] Trias an Vertragsbeziehungen weit mehr regelt als nur den Netzanschluss, die Netznutzung oder die Versorgung.[1420] Die Sanktion ist deshalb nicht immer offensichtlich (sofern es denn überhaupt eine gibt). Immerhin sieht das StromVG für Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb Sanktionen und gar Ersatzvornahmen vor (Art. 8 Abs. 5 StromVG). Ausserdem bestehen Strafbestimmungen im Zusammenhang mit falschen Angaben, die sich auf die Tarife der Energielieferung für Endverbraucher in der Grundversorgung und der Netznutzung auswirken, unrechtmässig erhobenen Kosten von freien Endverbrauchern, der widerrechtlichen Verweigerung des Netzzugangs und dem Verstoss gegen gewisse Ausführungsvorschriften (Art. 29 Abs. 1 lit. a–g StromVG). Diese Bereiche sind gemäss der modalen Theorie demnach dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Für die bundesrechtlich statuierte Anschlusspflicht der Netzbetreiber sieht das StromVG hingegen keine Sanktionen vor, sondern überlässt den Vollzug den Kantonen (Art. 30 Abs. 1 StromVG).[1421] Da nur öffentlich-rechtliche Sanktionen beim Verstoss gegen die Anschlusspflicht vorstellbar sind (sofern die Kantone solche überhaupt vorsehen), deutet auch dies auf ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis hin. Keine öffentlich-rechtlichen Sanktionen sieht das StromVG schlussendlich für die Belieferung der freien Endverbraucher vor, weshalb diesbezüglich von einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis auszugehen ist. Insgesamt betrachtet, lässt sich die modale Theorie auf die komplexen Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsversorgung aber nur schwerlich anwenden.

d. Subordinationstheorie

Folgt man der Subordinationstheorie, so gehören aufgrund des natürlichen Netzmonopols sämtliche Bereiche des Netzbetriebes und des Netzanschlus-

1417 Vgl. RUCK, S. 46.

1418 WALTHER, S. 55.

1419 Vgl. statt aller BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.6.1.

1420 Vgl. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1243.

1421 Vgl. BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.6.1 ff.

ses unzweifelhaft in den Bereich des öffentlichen Rechts. Dasselbe muss infolge der vom StromVG vorgesehenen Unmöglichkeit des freien Netzzuganges auch für die festen Endverbraucher gelten. Dabei spielt es keine Rolle, ob man diese Gegebenheit als rechtliches Monopol qualifiziert oder nicht.[1422] Denn wer mit einem Monopolisten – auch wenn es «nur» ein natürlicher ist – verhandeln soll, hat naturgemäss einen schweren Stand. In diesem Zusammenhang stellt sich gar die Frage nach der richtigen Handlungsform, d.h., ob das Rechtsverhältnis überhaupt durch Vertrag geregelt werden kann oder ob hier nicht eher eine Verfügung ergehen müsste (dazu später).[1423] Auch keinen Unterschied macht es dabei, ob das StromVG das Netzmonopol und die Grundversorgung reguliert und die Essentialia bereits gesetzlich ordnet.[1424] Die Rechtsverhältnisse gehen inhaltlich nämlich regelmässig weit über den vom StromVG normierten Inhalt hinaus.[1425] Pro memoria: Beim StromVG handelt es sich um ein Rahmengesetz, das nur das Nötigste regeln will. So hält denn auch das Bundesgericht fest: *«Es ist daher nicht zu erwarten, dass sich sämtliche Antworten […] aus dem StromVG ergeben.»*[1426] Die Netznutzer und festen Endverbraucher – oder «Kunden», wie sie heute gerne genannt werden – sehen sich in der Praxis deshalb häufig mit «Allgemeinen Geschäftsbedingungen» konfrontiert, denen sie sich faktisch nicht bzw. kaum[1427] entziehen können.[1428] Hingegen sehen sich die freien Endverbraucher im Bereich der

1422 Vgl. hierzu FÖHSE, Grundversorgung, 1237; BGE 144 III 111, E. 5.2 S. 115; 141 II 141, E. 4.4 S. 152 f.

1423 Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1293, welche die Subordinationstheorie bei Vertragsverhältnissen (in der Leistungsverwaltung) als wenig hilfreich erachten, da sowohl privatrechtliche wie auch verwaltungsrechtliche Verträge auf einer gemeinsamen Willenserklärung beruhen würden und die Parteien folglich gleichberechtigt seien. Bei einem Subordinationsverhältnis müsse das Rechtsverhältnis deshalb nicht durch Vertrag, sondern durch Verfügung geregelt werden. Tatsächlich kann im Bereich der Leistungsverwaltung (welche zudem in der Regel monopolistischen Charakter aufweist) kaum ernsthaft von gemeinsamen Willenserklärungen und gleichberechtigten Partnern gesprochen werden; kritisch zur Subordinationstheorie im Zusammenhang mit der Leistungsverwaltung auch RÜEGGER, S. 197.

1424 Bei der heutigen Strommarktregulierung handelt es sich nicht um eine Form des zwingenden Privatrechts. Soweit ersichtlich wurde diese Ansicht in Bezug auf das StromVG aber auch noch nie vertreten; vgl. demgegenüber WELTERT, S. 336 f., mit entsprechenden Überlegungen für die altrechtliche Situation.

1425 Vgl. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1243; ferner auch HÄNER, S. 243.

1426 BGE 141 II 141, E. 4.1 S. 151.

1427 Eine komplette Selbstversorgung (etwa durch Photovoltaik) ohne Nutzung des Elektrizitätsnetzes (etwa auch für die Einspeisung überschüssiger elektrischer Energie) dürfte heute immer noch die Ausnahme sein.

1428 Zur (zweifelhaften) Gültigkeit derselben vgl. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248 ff.; dieses Problem kommt indes auch in der Privatwirtschaft in ähnlicher Weise vor (z.B. bei AGB von Banken und Versicherung), nur handelt es sich dabei nicht um öffentliche Aufgaben, vgl. dazu aber auch WELTERT, S. 248 und 364.

Versorgung keinem Subordinationsverhältnis ausgesetzt, weshalb diese Rechtsverhältnisse auch nach der Subordinationstheorie privatrechtlicher Natur sind. Dasselbe gilt für die Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, da es ihnen freisteht, ihre Versorgung am Markt sicherzustellen.

c) Zwischenfazit

Mangels spezialgesetzlicher Zuordnung sind die Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Stromversorgung durch Auslegung zu ermitteln. Dabei kommt man – wie auch schon das Bundesgericht[1429] – zum Schluss, dass die Rechtsverhältnisse im Bereich der Netznutzung, des Netzanschlusses und der Versorgung der festen Endverbraucher und der Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, de lege lata nach der Mehrheit der Auslegungsmethoden dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.[1430] Ein privatrechtliches Rechtsverhältnis besteht lediglich, aber unzweifelhaft, bei der Versorgung der freien Endverbraucher.[1431]

d) Exkurs: de lege ferenda

Wie es sich mit der Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung zukünftig verhalten wird, hängt davon ab, wie die Strommarktordnung im Falle ihrer vollständigen Liberalisierung (sollte sie dereinst tatsächlich kommen) ausgestaltet wird und ob der Bundesgesetzgeber nicht doch noch eine gesetzliche Bestimmung der Rechtsnatur vornimmt wie in anderen Infrastrukturbereichen auch. Sofern die Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse de lege ferenda keine bundesgesetzliche Regelung erfährt, dürfte es in Bezug auf die Rechtsbeziehungen, welche unmittelbar mit dem Monopol des Netzbetreibers zusammenhängen, namentlich bei der Netznutzung und dem Netzanschluss, aus denselben Gründen wie heute bei einer dem öffentlichen Recht unterstehenden Rechtsbeziehung bleiben. Bei der Versorgung der kleinen Endverbraucher ist die Qualifikation hingegen weniger offensichtlich. Sofern das WAS-Modell wie (bereits mehrfach) geplant dereinst in Kraft treten sollte,[1432] hängt die Qualifikation der Rechtsnatur von der bevorzug-

1429 Vgl. BGE 144 III 111, E. 5.1 S. 113.

1430 Das muss m.E. auch für die übrigen Rechtsverhältnisse gelten, welche die Netzbetreiber im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben bzw. ihres Netzmonopols wahrnehmen, wie etwa im Zusammenhang mit der Abnahme- und Vergütungspflicht gemäss Art. 15 EnG.

1431 Vgl. auch POLTIER, Rz. 736 ff.; HÄNER, S. 243.

1432 Nach diesem sind die Netzbetreiber auch im Falle der vollen Strommarktöffnung verpflichtet, die Endverbraucher mit einem Verbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte jederzeit mit der erforderlichen Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu angemessenen Tarifen zu versorgen, vgl. dazu etwa Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 78 f. und 139.

ten Auslegungsmethode ab: Die modale Theorie und die Interessentheorie dürften auch de lege ferenda nur wenig taugen, um die Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen. Wird der Funktionstheorie der Vorzug gegeben, handelt es sich bei der Versorgung der Kleinverbraucher aufgrund der gesetzlichen Erfüllungspflicht weiterhin um eine öffentliche Aufgabe und somit um öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse. Stellt man hingegen auf die Subordinationstheorie ab, so dürften die Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Belieferung der kleinen Endverbraucher im Falle der vollen Strommarktöffnung dem Privatrecht zuzuordnen sein, da ihnen diesfalls gleich den bereits heute freien Endverbrauchern die Wahl offen steht, von wem sie ihre Energie beziehen und zu welchen Konditionen.

IV. Schlussfolgerung

Im Grossen und Ganzen hat die Neustrukturierung des Elektrizitätsmarktes nicht unbedingt die Klarheit gefördert. Was die rechtliche Qualifikation der Rechtsverhältnisse angeht, so kann diese heute aber immerhin für einen grossen Bereich der Elektrizitätsversorgung schweizweit einheitlich beantwortet werden: De lege lata unterstehen die Rechtsverhältnisse betreffend die Netznutzung, den Netzanschluss und die Grundversorgung dem öffentlichen Recht. Die Versorgung der freien Endverbraucher ist hingegen privatrechtlicher Natur.

Eine gewisse Animosität gegenüber dem öffentlichen Recht, wohl als Überbleibsel des Liberalisierungsgedankens und des gescheiterten EMG, welches die Rechtsverhältnisse allesamt dem Privatrecht unterstellen wollte, bleibt dem teilliberalisierten Strommarkt aber weiterhin inhärent. Mitschuldig daran dürften neben der älteren Lehre wohl auch die als privatrechtliche Verträge ausgestalteten Musterdokumente des VSE sein, welche in der Branche auch heute teilweise noch in Verwendung sind.[1433] Aber auch der Bundesverordnungsgeber hat durch die unzulässige Verweisung von Streitigkeiten auf den Zivilweg dazu beigetragen, dass die Frage nach der Rechtsnatur der Elektrizitätsversorgung nichts an Aktualität verloren hat. Nach meinem Dafürhalten wäre es angebracht, wenn sich der Bundesverordnungsgeber hier ein wenig mehr zurückhalten und stattdessen der Bundesgesetzgeber eine klare Positionierung vornehmen würde.

1433 Vgl. dazu bereits KRATZ, S. 348.

E. Die Regelung von Rechtsverhältnissen in der Stromversorgung

§13 Einleitung

I. Unterschiedliche Ausgangslagen

Die Stromversorgung lässt sich in verschiedene Tätigkeiten bzw. Rechtsverhältnisse aufgliedern. Bei den meisten Tätigkeiten der Stromversorgung handelt es sich wie zuvor aufgezeigt um öffentliche Aufgaben. Die damit unmittelbar einhergehenden Rechtsbeziehungen qualifizieren als *Verwaltungsrechtsverhältnisse* und sind öffentlich-rechtlicher Natur. Eine Ausnahme bildet die Belieferung von freien Endverbrauchern: Diese stellt keine öffentliche Aufgabe, sondern eine private Tätigkeit dar; das daraus entspringende Rechtsverhältnis untersteht dem Privatrecht. Je nach Tätigkeit und Rechtsverhältnis in der Stromversorgung bestehen somit grundsätzlich divergierenden Ausgangslagen, was sich auf die Möglichkeiten zur Regelung und Ausgestaltung der entsprechenden Rechtsverhältnisse auswirkt.

II. Unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten

1. Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen

Der Inhalt (Rechte und Pflichten, Begründung und Beendigung etc.) eines Verwaltungsrechtsverhältnisses kann sich direkt aus einem Rechtssatz ergeben, oder er kann durch Verfügung oder verwaltungsrechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag festgelegt, d.h. geregelt werden.[1434] Andere Formen des Verwaltungshandelns (z.B. Realakt, Plan, Verwaltungsverordnungen etc.) eignen sich – selbst wenn auch mit diesen u.U. in die Rechte Dritter eingegriffen wird – dazu nicht oder stehen zumindest nicht im Fokus;[1435] auf diese wird hier deshalb nicht eingegangen.[1436] Die Formen, mit welchen Ver-

1434 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 748 ff. und 843 ff.; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 448; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 51; RÜEGGER, S. 166.

1435 Vgl. RHINOW, S. 295.

1436 Vgl. stattdessen TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, §§ 36 ff.; TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 795.

waltungsrechtsverhältnisse begründet und inhaltlich konkretisiert werden, sollen nachfolgend als *Regelungsinstrumente* bezeichnet werden.[1437] Im Weiteren werden Verwaltungsrechtsverhältnisse und öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse in massgebender Weise durch das Legalitätsprinzip beherrscht: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben stellt staatliches Handeln dar und muss sich daher auf eine rechtliche Grundlage abstützen können[1438], im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.[1439] Sowohl auf die Regelungsinstrumente als auch auf die Tragweite des Legalitätsprinzips ist sogleich noch im Detail einzugehen.

2. Regelung von privaten Rechtsverhältnissen

Der Inhalt von privaten Rechtsverhältnissen, d.h. von Rechtsverhältnissen, welche nicht die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen, ergibt sich primär aus dem (privatrechtlichen) Vertrag, dessen Inhalt von den Parteien im Rahmen der Privatautonomie durch übereinstimmende Willensäusserung festgelegt wird (Art. 1 Abs. 1 OR). Daneben kann sich der Inhalt privater Rechtsverhältnisse auch aus den dispositiven und insbesondere den zwingenden Bestimmungen des Zivilrechts ergeben, zu dessen Erlass aber grundsätzlich nur der Bundesgesetzgeber befugt ist (Art. 122 Abs. 1 BV). Inwiefern das Legalitätsprinzip auch bei privaten Rechtsverhältnissen eine Rolle spielen kann, wird noch zu erörtern sein.

1437 Demgegenüber werden unter dem Oberbegriff «Handlungsformen» Rechtssätze meist nicht erfasst; vgl. dazu etwa WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 133; eine Ausnahme stellen diesbezüglich die Ausführungen von TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1102 f., dar.

1438 Vgl. dazu § 14.

1439 Art. 5 Abs. 1 und 2 BV.

§ 14 Rechtstheoretische Grundlagen und Bedeutung des Legalitätsprinzips

I. Im Allgemeinen

Bevor im Nachfolgenden auf die Regelungsmöglichkeiten bei Verwaltungsrechtsverhältnissen im Allgemeinen und in der Stromversorgung im Besonderen eingegangen werden kann, drängt sich an dieser Stelle eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Legalitätsprinzip – und in diesem Zusammenhang auch mit der Rechtssetzung – auf. Diese eingehendere Auseinandersetzung scheint dem Autor angebracht, da das Legalitätsprinzip im Kontext der Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes, insbesondere mit der stromversorgungsrechtlichen Rahmengesetzgebung und der Annahme privatrechtlicher Rechtsverhältnisse, aber auch in weiteren Fällen, oft etwas nachlässig behandelt worden zu sein scheint.

II. Grundlegendes zum Legalitätsprinzip

1. Rechtliche Grundlage und Funktionen des Legalitätsprinzips

Das Legalitätsprinzip – auch Gesetzmässigkeitsprinzip, Grundsatz der Gesetzmässigkeit oder Erfordernis der gesetzlichen Grundlage[1440] genannt – findet seinen Ursprung heute in Art. 5 Abs. 1 BV.[1441] Aus rechtsstaatlicher Sicht soll das Gesetzmässigkeitsprinzip den Staat bei seinem Handeln zügeln und so den Einzelnen vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen schützen. Ebenso dient das Legalitätsprinzip dazu, das Handeln des Staates vorausseh- und berechenbar zu machen und dadurch Rechtssicherheit zu schaffen. Durch die Verpflichtung des Staates gegenüber dem Recht wird ausserdem für Rechtsgleichheit gesorgt.[1442] Genauso wichtig wie die rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips ist aber auch die dadurch stattfindende demokratische Legitimation des staatlichen Handelns.[1443]

1440 Zur Abgrenzung vom Erfordernis der verfassungsmässigen Kompetenz zum Erlass von Rechtsnormen vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 326.

1441 Zuvor wurde das Legalitätsprinzip bereits als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz angesehen, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 334.

1442 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 329 ff.; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 20.

1443 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 333; JAGMETTI, Rz. 1621; zur Frage der genügenden demokratischen Legitimation im Bereich der Sektorregulierungen im europäischen Recht vgl. KÜHLING, Rz. 125 ff.

2. Inhalt des Legalitätsprinzips

a) Grundsatz: Recht als Grundlage und Schranke staatlichen Handelns

Art. 5 Abs. 1 BV hält klar und deutlich fest: Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. Das Legalitätsprinzip verlangt demzufolge, dass für jedes staatliche Handeln eine genügende rechtliche Grundlage besteht und dass sich der Staat nach dem Recht richtet.[1444] Das Recht bildet mithin das Fundament, welches dem Staat sein Handeln überhaupt erst erlaubt (sog. Vorbehalt des Gesetzes), und begrenzt gleichzeitig den Umfang des staatlichen Tuns (sog. Vorrang des Gesetzes). Wo keine rechtliche Grundlage für staatliches Handeln besteht, darf der Staat im Allgemeinen nicht tätig werden.[1445] Rechtsfreies staatliches Wirken widerspricht dem Legalitätsprinzip und dem schweizerischen Rechtsstaatsverständnis.[1446]

b) Geltungsbereich

In persönlicher Hinsicht wird von Art. 5 Abs. 1 BV der Staat in all seinen Ausprägungen und Rechtsformen erfasst, und zwar auf allen Stufen; d.h. der Bund, die Kantone und die Gemeinden werden genauso angesprochen wie dezentralisierte und gegebenenfalls privatisierte Verwaltungsträger.[1447] Sogar die Stimmbürger werden durch das Legalitätsprinzip gebunden, wenn sie als Staat handeln (was namentlich bei Wahlen und Abstimmungen der Fall ist).[1448] Das Legalitätsprinzip bindet somit alle, die Staatsfunktionen ausüben und dadurch Staatsorgane sind.[1449] Dies trifft insbesondere auch auf Private zu, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen.[1450]

In sachlicher Hinsicht werden sämtliche Formen und Arten der Verwaltungstätigkeit bzw. des staatlichen Handelns erfasst.[1451] Heute ist anerkannt, dass das Prinzip der Gesetzmässigkeit sowohl für die Eingriffs- wie auch für

1444 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1582; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 31; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 386.

1445 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 325; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 243 f.

1446 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 31; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 386.

1447 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 382; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 19; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 6; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1581; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459.

1448 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 19.

1449 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 19.

1450 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 19; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 6.

1451 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 378 und 383; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 31; WIEDERKEHR, Rz. 132; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459.

die Leistungsverwaltung gilt.[1452] Selbst da, wo der Staat sich wirtschaftlich betätigt, kommt das Legalitätsprinzip zur Anwendung.[1453] Keine Rolle spielt es auch, ob der Staat sich der Verfügung oder des öffentlich-rechtlichen Vertrages als Handlungsform bedient[1454], privatrechtlich handelt[1455] oder Realakte vornimmt.[1456]

Das Legalitätsprinzip gilt demzufolge prinzipiell für jedwedes staatliche Handeln.[1457]

c) Konkretisierung des Legalitätsprinzips

(i) Grundsätzliches

Das Legalitätsprinzip wird heutzutage[1458] insbesondere durch das Erfordernis des Rechtssatzes und das Erfordernis der Gesetzesform bzw. das Erfordernis der genügenden Normstufe und Normdichte konkretisiert.[1459] Staatliches Handeln muss demnach immer auf einem Rechtssatz beruhen, d.h. einer generell-abstrakten Rechtsnorm (Erfordernis des Rechtssatzes). Abhängig von der inhaltlichen Wichtigkeit des Regelungsgegenstandes bzw. der Schwere der damit verbundenen Auswirkung auf die Rechtsstellung Privater ist zudem eine Regelung auf Gesetzesstufe notwendig oder eine Normierung auf Verordnungsstufe ausreichend (genügende Normstufe). Die Rechtsnorm muss sodann genügend bestimmt sein, d.h. eine genügende Normdichte aufweisen, so dass deren Folgen für die Rechtunterworfenen absehbar sind, diese sich danach richten können und die Rechtsgleichheit gewährleistet ist (genügende Normdichte).[1460]

1452 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 379 ff.; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 31; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459.

1453 LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 31; BGE 138 I 378, E. 7.2 S. 391 f. m.w.H.

1454 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 7; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 383.

1455 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 19.

1456 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 31.

1457 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 7; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 19 und 31; WIEDERKEHR, Rz. 132 und 142; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 320 und 378; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 245.

1458 Zum sich wandelnden Verständnis des Legalitätsprinzips vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 395.

1459 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 337; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 387; zur uneinheitlichen Terminologie bzw. Aufgliederung vgl. DIES., Rz. 392 f.; ferner WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 246.

1460 Ausführlich dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 342 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 387 und 398 ff.; WIEDERKEHR, Rz. 151 je m.w.H.

(ii) Erfordernis des Rechtssatzes: Rechtsquellen

Unter dem Begriff «Recht» sind Rechtsnormen, d.h. generell-abstrakte Normen jeden Ranges und sämtlicher Stufen zu verstehen.[1461] Recht findet sich somit insbesondere in Verfassungen, Gesetzen und Verordnungen von Bund, Kantonen und Gemeinden, aber auch in internationalen, interkantonalen oder interkommunalen Erlassen.[1462] Ebenfalls zu den Rechtsnormen (im Rang einer Verordnung) werden die sog. *autonomen Satzungen* gezählt.[1463] Es handelt sich dabei um Normen, welche dezentralisierte Träger öffentlicher Aufgaben gestützt auf eine ihnen zukommende *Rechtssetzungskompetenz für ihren Autonomiebereich* erlassen.[1464] Meist handelt es sich bei autonomen Satzungen um Erlasse von öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften.[1465] Ob auch Private mit Rechtssetzungsbefugnissen ausgestattet werden und autonome Satzungen erlassen können bzw. inwiefern auch den von Privaten erlassenen Normen Rechtssatzcharakter zukommen kann, ist in der Lehre immer wieder heftig umstritten. Zumindest wird Rechtssetzung durch Private unisono als heikel empfunden.[1466] Das Bundesgericht scheint die Möglichkeit zur Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private jedenfalls nicht grundsätzlich auszuschliessen.[1467] Ob Normen dezentralisierter Verwaltungsträger autonome Satzungen, d.h. Rechtsnormen, darstellen oder ob es sich dabei lediglich um private Normen ohne Rechtssatzcharakter handelt, hängt vom Umstand ab, ob dem Normgeber im Einzelfall Rechtssetzungskompetenzen zukommen.[1468]

1461 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 21; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 340.

1462 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 22.

1463 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 117; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25.

1464 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25.

1465 Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 323 ff.

1466 Grundsätzlich ablehnend SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25; befürwortend WELTERT, S. 430 und 446; KARLEN, S. 86; JAAG, Verordnung, S. 638; WIEDERKEHR, Rz. 80; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1886 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 121; MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 222; MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155.

1467 BGE 135 II 38, E. 4.4 S. 45.

1468 Vgl. dazu §§ 14 VI. 3. und 15 II. 2 b).

(iii) Genügende Normstufe und Normdichte

a. Anforderungen an die Normstufe

Die Anforderungen an die Normstufe[1469] folgen dem Grundsatz, dass Wichtiges in das Gesetz gehört und weniger Wichtiges in der Verordnung seinen Platz findet.[1470] Was als wichtig anzusehen ist und deshalb nach einer Regelung auf Gesetzesstufe verlangt, lässt sich indes nicht pauschal beantworten.[1471] Bei der Feststellung der Wichtigkeit handelt es sich um eine Wertungsfrage, die *ex ante* dem Gesetzgeber als politischem Organ und *ex post* dem Richter obliegt.[1472] Im Allgemeinen lassen jedoch gewisse Merkmale auf die Wichtigkeit einer Norm schliessen, wie etwa die Zahl der Betroffenen, die Intensität des Eingriffs in die Rechtsstellung der Normadressaten, erhebliche (finanzielle) Auswirkungen oder grundlegend umstrittene Themen.[1473] Wichtig ist nach TSCHANNEN/MÜLLER/KERN letztendlich alles, was einen erhöhten Legitimationsbedarf aufweist.[1474] Der Bundesverfassungsgeber hat zudem für bestimmte thematische Bereiche bereits eine Wertung – die im Übrigen auch auf die kantonale Rechtssetzung durchschlägt[1475] – vorgenommen und diese als wichtig taxiert (Art. 164 Abs. 1 BV).[1476] Auch in den thematisch grundsätzlich «wichtigen» Bereichen müssen jedoch nur die wesent-

1469 Die Anforderungen an die Normstufe sind im Weiteren auch im Zusammenhang mit der Gesetzesdelegation und deren Voraussetzungen von Bedeutung.

1470 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 401; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 9; für den Bund ist dieser Grundsatz ausdrücklich in Art. 164 Abs. 1 BV festgehalten.

1471 Vgl. statt aller WIEDERKEHR, Rz. 165 f. m.w.H.

1472 Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 390.

1473 WIEDERKEHR, Rz. 167; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 390; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 354; BGE 133 II 331, E. 7.2.1 S. 347.

1474 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 391; so hat etwa auch das Bundesgericht in BGE 131 II 13, E. 6.4.2 S. 28, festgehalten, dass kontroverse oder erhebliche Folgen nach sich ziehende Normen demokratisch diskutiert und entschieden werden müssten, was nur im Gesetzgebungsprozess möglich sei.

1475 Auf kantonaler Ebene geht das Bundesgericht für die Prüfung der genügenden Normstufe regelmässig von dem durch alle Kantonsverfassungen garantierten Gewaltenteilungsprinzip aus und schliesst daraus, dass Rechtssetzung primär durch den verfassungsmässigen Gesetzgeber in der vorgesehenen Form zu erfolgen hat. Mit Verweis auf die jeweilige kantonale Verfassungsbestimmung, wonach wichtige Bestimmungen der Gesetzesform bedürfen, hat das Bundesgericht schliesslich die im Zusammenhang mit Art. 164 BV entwickelten Prinzipien im kantonalen Kontext verschiedentlich analog angewendet; vgl. etwa BGE 145 V 380, E. 6.3 S. 390 f.; BGE 138 I 378, E. 7.1 S. 391.

1476 Nach wohl überwiegender Auffassung ist es dem Bundesgesetzgeber verwehrt, seine Gesetzgebungskompetenz in diesen Bereichen an den Verordnungsgeber zu delegieren, offengelassen in BGE 133 II 331, E. 7.2.2 S. 347 f.; verneint in BGE 141 II 169, E. 3.2 S. 172; ferner TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1600; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 406 ff.

lichen bzw. grundlegenden Bestimmungen im Gesetz selbst enthalten sein, während weniger bedeutende Bestimmungen auf Verordnungsstufe ergehen können.[1477]

b. Anforderungen an die Normdichte

Nach dem Erfordernis der genügenden Normdichte müssen Rechtsnormen ausreichend bestimmt sein, um den Anforderungen des Legalitätsprinzips zu genügen. Die Dichte einer Norm muss so bemessen sein, dass die Folgen einer Handlung mit hinreichender Gewissheit vorhergesehen werden können, so dass sich der Normadressat danach richten kann.[1478]

Auch beim Erfordernis der Normdichte kommt dem Wichtigkeitskriterium eine Bedeutung zu: Je intensiver die Folgen einer Rechtsnorm sind bzw. je schwerwiegender ein Eingriff in die verfassungsmässigen Rechte ist, desto klarer und präziser muss der entsprechende Rechtssatz formuliert sein.[1479] Daneben spielen aber auch hier die Zahl der zu regelnden Sachverhalte und die Komplexität und Vorhersehbarkeit der Materie eine Rolle.[1480] Die Anforderungen an die Normdichte lassen sich deshalb ebenso wenig pauschal oder allgemeingültig beantworten wie die Frage nach der Normstufe.[1481] *«Verlangt ist eine den jeweiligen Verhältnissen angemessene optimale Bestimmtheit […].»*[1482]

d) Zwischenfazit

Nach dem soeben Gesagten kann an dieser Stelle fürs Erste das Folgende festgehalten werden: (1.) Wer öffentliche Aufgaben im Bereich der Stromversorgung ausübt, ist grundsätzlich an das Legalitätsprinzip gebunden. Dasselbe gilt grundsätzlich auch, wenn sich der Staat ausserhalb von öffentlichen Aufgaben in der Stromversorgung betätigt. (2.) Handlungen von Trägern öffentlicher Aufgaben bzw. des Staates im Bereich der Stromversorgung müssen sich somit auf eine Rechtsnorm abstützen können. Die Rechtsnorm wiederum muss in Bezug auf das konkrete Handeln sowohl hinsichtlich ihrer Normstufe (Wichtigkeit als Massstab) als auch hinsichtlich ihrer Normdichte (Bestimmtheit als Massstab) genügend sein.

1477 BGE 145 V 380, E. 6.3 S. 390 f.; BGE 138 I 378, E. 7.1 S. 391; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 354.

1478 WIEDERKEHR, Rz. 151; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 342 ff. m.w.H.

1479 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 343 f.; BGE 131 II 13, E. 6.5.1 S. 29.

1480 WIEDERKEHR, Rz. 152; BGE 131 II 13, E. 6.5.1 S. 29.

1481 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 404; BGE 131 II 13, E. 6.5.1 S. 29.

1482 BGE 127 V 431, E. 2 b) aa) S. 434; vgl. dazu auch SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 37.

III. Relativierungen des Legalitätsprinzips

1. Allgemeines zur Relativierung und deren Notwendigkeit

Das Legalitätsprinzip darf indes nicht falsch, d.h. überspitzt oder gar absolut verstanden werden. Gefordert ist nicht, dass jedwedes staatliche Handeln einer detaillierten Regelung in rechtssatzmässiger Form bedarf.[1483] Bereits aus rein praktischen Gründen kann das Recht nicht alle Fragen regeln und das Handeln des Staates bis ins kleinste Detail durchnormieren.[1484] Ein zu detaillierter Erlass verliert im Gegenteil sogar an Übersichtlichkeit und Praktikabilität.[1485] Um dem Einzelfall gerecht zu werden, ist deshalb eine gewisse Flexibilität und Offenheit bei der Normdichte notwendig.[1486] Der generell-abstrakten Formulierungsweise von Rechtssätzen ist eine gewisse Offenheit ausserdem geradezu immanent.[1487] Besonders einprägsam ausgedrückt verlangt das Legalitätsprinzip somit «*nicht nach einer Maximierung der generell-abstrakten Normierung […], sondern nach einer Optimierung […] mit Blick auf die sich widerstreitenden Interessenlagen*».[1488] Rechtssätze können deshalb auch offen formuliert sein, d.h. Ermessen einräumen oder unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten.[1489] Ebenso kann der Erlass von Rechtssätzen übertragen, d.h. delegiert werden.[1490] Die Ansprüche, welche an das Legalitätsprinzip bzw. an das Erfordernis der Normstufe und Normdichte gestellt werden, hängen also von den Umständen im Einzelfall ab und sind nicht immer gleich hoch.[1491]

Teilweise wird von Lehre und Rechtsprechung ausserdem angenommen, dass Garantien verfahrensrechtlicher Natur die Anforderungen an die

1483 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 406; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 344; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 32; unklar WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 245; BGE 131 II 13, E. 6.5.1 S. 29; WELTERT, S. 441.

1484 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 344 m.w.H.; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 32.

1485 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 404.

1486 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 403 f.

1487 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 344; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 32.

1488 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 32; zur Optimierung in Bezug auf die 5 vgl. auch BGE 127 V 431, E. 2 b) aa) S. 434.

1489 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 390 ff.

1490 Dabei steht immer die Frage im Zentrum, wem im demokratischen Rechtsstaat welche Regelungsbefugnisse zukommen sollen, vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 387; vgl. aber zur Abgrenzung vom Erfordernis der verfassungsmässigen Kompetenz HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 326.

1491 WIEDERKEHR, Rz. 152; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 344; BGE 131 II 13, E. 6.5.1 S. 29 f.

rechtliche Grundlage kompensieren könnten.[1492] Nach dieser Meinung dienen insbesondere die vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs[1493], steigende Anforderungen an die Entscheidbegründung, je grösser der Ermessensspielraum der entscheidenden Behörde ist,[1494] oder die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung[1495] als Surrogate für das Erfordernis einer genügend bestimmten Rechtsnorm.[1496]

2. Relativierung des Legalitätsprinzips nach Kategorien

a) Allgemeine Übersicht

Für bestimmte Kategorien staatlichen Handelns gelten nach der herrschenden Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliesslich generell erhöhte oder herabgesetzte Anforderungen an die rechtliche Grundlage. Hohe Anforderungen an die zugrundeliegende Rechtsnorm werden etwa bei Eingriffen in die Grundrechte[1497] und im Abgaberecht[1498] angenommen. Tiefere Anforderungen an das Legalitätsprinzip werden dagegen in den Bereichen der Leistungsverwaltung, bei Sonderstatusverhältnissen, wo technische oder sich schnell ändernde Materien zu regeln sind, bei freiwillig eingegangenen Rechtsverhältnissen oder wo Staat und Private den Inhalt des Rechtsverhältnisses frei ausgehandelt haben, gestellt.[1499] Die einzelnen Aspekte sind nach gefestigter Lehre und Rechtsprechung gegeneinander abzuwägen, um eine angemessene Lösung zu erzielen.[1500]

Bei gewissen Bereichen staatlichen Handelns sind die Geltung des Legalitätsprinzips und das Erfordernis einer rechtlichen Grundlage überdies generell umstritten. Dies trifft namentlich auf die Bedarfsverwaltung, die wirtschaftende Verwaltung und im Zusammenhang mit der Sachherrschaft des Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen und deren Nutzung zu. Auch die

1492 WIEDERKEHR, Rz. 157 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; kritisch dazu SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 39.

1493 Unter Umständen umfasst dies auch das Erfordernis einer Stellungnahme zur in Aussicht gestellten Würdigung des Sachverhaltes, bevor ein Entscheid getroffen wird, vgl. WIEDERKEHR, Rz. 157; BGE 127 V 431, E. 2 b) cc) S. 435.

1494 BGE 129 I 232, E. 3.3 S. 239.

1495 WIEDERKEHR, Rz. 157.

1496 WIEDERKEHR, Rz. 157.

1497 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 344.

1498 Zur strengen Handhabung des Legalitätsprinzips im Abgaberecht vgl. statt aller HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2762 f.

1499 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 344 und 359 f.; WIEDERKEHR, Rz. 144 und 156; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 7 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 263 ff.; BGE 131 II 13, E. 6.5.1 S. 29 f.

1500 WIEDERKEHR, Rz. 170.

Anwendungsfälle der polizeilichen Generalklausel werden zu den Ausnahmen gezählt, in denen keine gesetzliche Grundlage für das staatliche Handeln erforderlich sein soll.[1501]

b) Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung im Besonderen

Die tieferen Anforderungen an das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung werden für gewöhnlich damit begründet, dass diese regelmässig begünstigend und nicht belastend wirke.[1502] Oft stehen der Begünstigung aber gleichzeitig Belastungen gegenüber, oder es liegt im Auge des Betrachters, ob im konkreten Fall eine Begünstigung oder Belastung vorliegt.[1503] Die Abhängigkeit des Einzelnen von der Leistungsverwaltung kann zudem existenziell sein.[1504] Dies ist gerade im Bereich der Stromversorgung unzweifelhaft der Fall.[1505] Besonders heikel ist deswegen etwa die ebenfalls verwendete Argumentation, es sei *«im Bereich der Leistungsverwaltung üblich, dass die anwendbare Rechtsgrundlage nicht alle wichtigen Belange in genügend bestimmter Weise [regle]»*.[1506] Dem ist entgegenzuhalten, dass nur weil etwas üblich ist, es nicht zwangsläufig auch rechtens ist. Wichtiges gehört in das Gesetz, und zwar in genügend bestimmter Weise. Das Bundesgericht hat sich deshalb zu Recht für eine strenge Handhabung des Legalitätsprinzips in der Leistungsverwaltung ausgesprochen, wenn die staatliche Leistung mit einer Verpflichtung verbunden ist oder die Leistung tatsächliche Voraussetzungen für die Ausübung verfassungsrechtlicher Freiheitsrechte schafft (insbeson-

1501 WIEDERKEHR, Rz. 143; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 11; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 33; wobei im Anwendungsfall der polizeilichen Generalklausel auf Bundesebene auch die Auffassung vertreten werden kann, dass die das staatliche Handeln legitimierende Rechtsgrundlage bereits in der Verfassung (Art. 184 Abs. 3 bzw. Art. 185 Abs. 3 BV) begründet liegt, womit keine Ausnahme vom Legalitätsprinzip im eigentlichen Sinne gegeben ist, sondern nur die Anforderungen an die Konkretisierung des staatlichen Handelns aufgehoben sind, vgl. dazu auch SAXER URS, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 185 Rz. 99; zur Abgrenzung zwischen Art. 185 Abs. 3 BV und Art. 184 Abs. 3 BV vgl. SCHWENDIMANN FELIX/TSCHAN-TRUONG BINH/THÜRER DANIEL, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 184 Rz. 21 ff.

1502 So etwa WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 263.

1503 Vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 410 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 38.

1504 Vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 410 f.; BGE 103 Ia 369, E. 5 S. 381.

1505 Vgl. § 3 I; vgl. auch Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2023.159 vom 7. Februar 2024, E. 2.2.4.

1506 Vgl. WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 263.

dere bei einer staatlichen Monopolstellung).[1507] Wo verschiedene Regelungsmöglichkeiten offenstehen, die geeignetste Möglichkeit aber nur schwer voraussehbar ist oder der Gesetzgeber mit deren Abklärung und den Einzelheiten überfordert wäre, stellt das Bundesgericht aber weniger hohe Anforderungen an die rechtliche Grundlage im Bereich der Leistungsverwaltung.[1508] Geringere Anforderungen gelten nach der Auffassung des Bundesgerichts schliesslich auch dort, wo sich die tatsächlichen Verhältnisse schnell ändern können.[1509]

c) Legalitätsprinzip und wirtschaftende Verwaltung im Besonderen

In den Bereichen der wirtschaftenden Verwaltung gilt das Legalitätsprinzip hingegen nach wohl herrschender Lehre und konstanter Rechtsprechung überhaupt nur sehr eingeschränkt.[1510] Das Bundesgericht vertritt die Haltung, dass die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage herabgesetzt sind, wo der Staat nach marktwirtschaftlichen Prinzipien tätig ist. Immerhin muss aber mindestens der Sachbereich der Tätigkeit gesetzlich festgehalten werden.[1511] Allerdings hat das Bundesgericht bei Trägern öffentlicher Aufgaben auch schon im Bereich der von diesen ausgeübten marktwirtschaftlichen Tätigkeiten eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen verlangt.[1512] Die Lehre äussert sich aber meist ebenfalls in ersterem Sinne und will die Geltung des Legalitätsprinzips in der fiskalischen Wettbewerbswirtschaft auf das staatliche Innenverhältnis begrenzen.[1513] Eine öffentlich-rechtliche Grundlage brauche es demnach lediglich im Sinne einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsnorm und für die verwaltungsinterne Zuständigkeitsregelung.[1514] Im Aussenverhältnis, d.h.

1507 BGE 103 Ia 369, E. 6 e) S. 383; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 412.

1508 BGE 103 Ia 369, E. 6 f) S. 383 f., wobei aber das Bundesgericht klargestellt hat, dass der blosse Unwille zur Abklärung oder Angst vor politischen Entscheidungen nicht dazu führen darf, dass eine Norm nur deswegen offen ausgestaltet wird.

1509 BGE 103 Ia 369, E. 6 g) S. 384; WELTERT, S. 441.

1510 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 416; ferner SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 31 und 33.

1511 BGE 138 I 378, E. 7.2 S. 391 f. m.w.H.

1512 BGE 139 I 306, E. 4.1 S. 312, wo das Bundesgericht die Möglichkeit der SRG, die Ausstrahlung einer Werbung zu verweigern, vom Bestand einer gesetzliche Grundlage abhängig machte, obschon der Werbebereich keine öffentliche Aufgabe darstellte und privatrechtlich bewirtschaftet wurde.

1513 So noch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 31; differenzierend nun aber TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 416.

1514 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 31; HÄNER, S. 253; je nach Art des staatswirtschaftlichen Handelns unterscheidend TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 416.

gegenüber den Privaten, unterstehe das Rechtsverhältnis hingegen vornehmlich dem Privatrecht und das Legalitätsprinzip komme deshalb nicht zur Anwendung.[1515]

Um den Fängen des Legalitätsprinzips zu entkommen, wird von Vertretern wirtschaftsliberaler und wettbewerbsorientierter Gesinnung daher gerne auf die fiskalisch-wettbewerbliche Natur einer staatlichen Tätigkeit verwiesen. Die Stromversorgung bildet diesbezüglich keine Ausnahme – im Gegenteil.[1516] Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen der Leistungsverwaltung und der fiskalischen Wettbewerbswirtschaft – insbesondere auf den ersten Blick – durchaus Schwierigkeiten bereiten und hängt oft vom Standpunkt und den Motiven des Betrachters ab.[1517] Wird vom hier verwendeten Begriff der öffentlichen Aufgabe ausgegangen, fällt die Abgrenzung indessen leichter: Die Leistungsverwaltung und die wirtschaftende Verwaltung sind grundlegend unterschiedlicher Gestalt, auch wenn in beiden Fällen der Staat involviert ist. Während im Rahmen der Leistungsverwaltung öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, handelt es sich bei der wirtschaftenden Verwaltung um privatwirtschaftliche Staatstätigkeit.[1518]

d) Zwischenfazit

Die Lehre und Rechtsprechung kennen einige Relativierungen des Legalitätsprinzips. Da diejenigen Bereiche der Stromversorgung, welche öffentliche Aufgaben darstellen, der Leistungsverwaltung zuzurechnen sind, dürften im Rahmen solcher Rechtsverhältnisse – ausgehend von der wohl herrschenden Lehre und Rechtsprechung – in der Tendenz tiefere Anforderungen an das Legalitätsprinzip gestellt werden. Dasselbe gilt dementsprechend auch dort, wo sich der Staat im Rahmen der wirtschaftenden Verwaltung am Strommarkt betätigt. Auch vor dem Hintergrund der hochtechnischen und sich rasch ändernden Materie dürfte bei der Beurteilung der Rechtsgrundlagen für staatliches Handeln im Bereich der Stromversorgung eher ein weniger strenger Massstab angelegt werden. Da die Versorgung mit elektrischer Energie

1515 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 4 Rz. 15 und § 19 Rz. 30; differenzierend nun TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 79 und 415; nach anderer Ansicht beurteilt sich die Rechtsnatur des Aussenverhältnisses aber danach, ob die Gegenleistung für die Inanspruchnahme als privatrechtliches Entgelt oder als Abgabe anzusehen ist und vice versa, vgl. etwa WELTERT, S. 214 und 436.

1516 Vgl. dazu etwa die Ausführungen bei WELTERT, S. 298 ff. und 394 ff.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 4 Rz. 50 ff.; den Autoren ist allerdings beizupflichten, dass bei einer fehlenden gesetzlichen Grundlage keine öffentliche Aufgabe vorliegt; kritisch in Bezug auf die Privatisierung aufgrund ökonomischer Argumentarien ferner TSCHANNEN, Verfügung, S. 240.

1517 Vgl. etwa JAAG, Dezentralisierung, S. 36.

1518 Vgl. dazu § 10 IV. 3.

aber gleichzeitig auch die Versorgung mit einem lebenswichtigen Gut darstellt und oft durch staatlich beherrschte Aufgabenträger mit einer Monopolstellung wahrgenommen wird, rechtfertigt sich nach Ansicht des Autors eine allzu grosszügige Relativierung des Legalitätsprinzips, zumindest in denjenigen Bereichen der Stromversorgung, die als öffentliche Aufgaben Teil der Leistungsverwaltung sind, trotzdem nicht.[1519] Eine strenge Handhabung des Legalitätsprinzips ist schliesslich fraglos in denjenigen Fällen geboten, bei denen Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen oder Abgaben zur Debatte stehen.

IV. Exkurs: Legalitätsprinzip vs. Autonomie bei der Aufgabenerfüllung im Angesicht der Liberalisierung

1. Autonomie bei der Aufgabenerfüllung

Im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben wird häufig von der «Autonomie» gesprochen, welche dem Aufgabenträger bei der Aufgabenerfüllung zukommt bzw. zukommen soll. Die Autonomie des Aufgabenträgers bildet einen direkten Kontrast zum Erfordernis der rechtlichen Grundlage und damit zum Legalitäts- und auch zum Gewaltenteilungsprinzip.[1520] Je höher die Anforderungen sind, welche an das Legalitätsprinzip bzw. an die Normstufe und Normdichte gestellt werden, desto weniger Autonomie verbleibt dem Aufgabenträger bei der Aufgabenerfüllung.[1521] Umgekehrt gilt: Werden die Anforderungen an das Legalitätsprinzip herabgesetzt, kommt dem Aufgabenträger mehr Autonomie zu. Am meisten Autonomie kommt dem Aufgabenträger schliesslich dort zu, wo ihm Rechtssetzungsbefugnisse übertragen werden und die so ergangenen Normen (sog. autonome Satzungen[1522]) als hinreichende Rechtsgrundlage für dessen Handeln erachtet werden.[1523]

2. Legalitätsprinzip und Liberalisierung

Im Verlaufe des letzten Jahrhunderts erfuhr das Legalitätsprinzip durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Ausweitung auf verschiedene Be-

1519 Vgl. dazu § 14 IV. 3. und V. 2.; Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2023.159 vom 7. Februar 2024, E. 2.1 und 2.2.4.

1520 Eingehend zu den beiden Prinzipien WELTERT, S. 429 ff.; auch zu den Grundsätzen der Aufgabenerfüllung besteht naturgemäss ein Spannungsverhältnis.

1521 Nach BRUNNER, S. 25, lassen Rechtssetzungskompetenzen eines Aufgabenträgers aber per se auf eine eher grosse Autonomie desselben schliessen.

1522 Vgl. dazu § 15 II. 2.

1523 BRUNNER, S. 25 und 59 f.; dies gelte auch dann, wenn der Aufgabenträger in seinen Rechtssetzungsbefugnissen durch das übergeordnete Recht stark beschränkt ist.

reiche und wurde zunehmend strenger gehandhabt.[1524] Gegen Ende des letzten Jahrhunderts wurde dann vermehrt Kritik an einem (zu) strengen Verständnis des Legalitätsprinzips laut. Denn aus der Perspektive der wirkungsorientierten Verwaltungsführung, Dezentralisierung, Privatisierung und Liberalisierung und ihres Rufs nach mehr Flexibilität und Autonomie des Aufgabenträgers und weniger Staat erscheint das Legalitätsprinzip (und auch das Prinzip der Gewaltenteilung) als eher hinderlich. Vorgebracht wurde u.a., dass das Legalitätsprinzip zu streng angewandt werde und deshalb schwerfällig, reformfeindlich und hinderlich bei der Bewältigung der Verwaltungsaufgaben sei.[1525] Der Gesetzgeber sei mit komplexen, sich schnell wandelnden Themen zunehmend überfordert.[1526] Die Anforderungen an die öffentliche Verwaltung hätten sich ausserdem gewandelt: Heute werde ein flexibles und rasches Reagieren auf neue Situationen verlangt.[1527] Das Legalitätsprinzip erfuhr infolgedessen auch von gesetzgeberischer Seite her Relativierungen, namentlich durch eine veränderte Art und Weise der Rechtssetzung mit dem Hang zur Verabschiedung von offenen oder unbestimmten Normen, Zielnormen, Rahmengesetzen und regulierter Selbstregulierung.[1528] Die schweizerische Strommarktordnung wurde nach ebendiesem Vorbild gestaltet.[1529]

3. Die Frage nach dem Stellenwert des Legalitätsprinzips – eine Würdigung

Geht man vom Postulat eines (zu) strengen Legalitätsprinzips aus, wonach für jedes staatliche Handeln eine detaillierte Rechtsnorm grundlegend ist, führt dies in der Rechtswirklichkeit oft zu Schwierigkeiten. Andererseits nimmt das Legalitätsprinzip eine Kernfunktion im Rechtsstaatsgefüge ein. Geht es um die Autonomie bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bzw. von dezentralisierten oder privatisierten Verwaltungsträgern im liberalisierten Marktumfeld, stellt sich demzufolge immer wieder die zentrale Frage, welchen Stellenwert das Legalitätsprinzip und das Prinzip der Gewaltenteilung (noch) haben sollen.[1530]

Tatsächlich ist auch das Verständnis des Staates und des Legalitätsprinzips nicht in Stein gemeisselt und vom Zeitgeist und dem gesellschaftlichen

1524 Vgl. BRUNNER, S. 104 ff.

1525 Vgl. die entsprechenden Hinweise bei BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 14.

1526 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 345.

1527 BGE 127 V 431, E. 2 b) bb) S. 434.

1528 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 345; BGE 127 V 431, E. 2b) bb) S. 434; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 449.

1529 Vgl. §§ 4 und 6 IV. 4.

1530 Vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1583 f.

und juristischen Staatsverständnis abhängig.[1531] Dennoch genügen die heutigen Produkte der veränderten Rechtssetzungsmethodik den Anforderungen an eine genügende Rechtsgrundlage für staatliches Handeln doch oft nur, wenn man etliche Abstriche und grosszügige Relativierungen zulassen will. Zwar mag der Staat durch die Bindung an das Prinzip der Gesetzmässigkeit teilweise schwerfälliger agieren, als private Unternehmen dies tun, und gewisse Handlungsoptionen können ihm aufgrund einer fehlenden rechtlichen Grundlage verwehrt sein. Der Staat ist aber weder ein Unternehmen noch handelt er wie ein Privater; er nimmt eine gänzlich andere Rolle im gesellschaftlichen Gefüge ein. Das Legalitätsprinzip bindet den Staat im Austausch für dessen demokratisch verliehene Hoheitsbefugnisse und sein Rechtssetzungsprimat. Staatliches Handeln hat deshalb auf einem Rechtssatz zu fussen, welcher seinerseits Ausdruck des demokratischen Willensbildungsprozesses ist. Demgegenüber stellen die Liberalisierung und das Bedürfnis nach Flexibilität und Effizienz keine verfassungsmässigen Prinzipien dar.[1532] Wo der Staat handelt, darf somit verlangt werden, dass er demokratisch dazu legitimiert ist und dass diese Legitimation durch eine Rechtsgrundlage verbrieft ist. Das gilt umso mehr für wichtige Entscheidungen. Losgelöstem und rechtsfreiem Handeln des Staates fehlt hingegen der Aspekt der demokratischen Rechtsstaatlichkeit und es birgt die Gefahr staatlicher Willkür.[1533] Mangelt es an einer Rechtsgrundlage für staatliches Handeln, ist es Sache des Gesetzgebers (und nicht des Richters, des juristischen Schrifttums oder des Verordnungsgebers), diesen Umstand zu beheben und – allenfalls unter Einbezug des Stimmvolkes – seinem Handeln Legitimation zu verschaffen.[1534] Kann der Staat das nicht, hat er sich in diesem Bereich zurückzuhalten und diesen den Privaten zu überlassen.

Nach meinem Dafürhalten spricht daher wenig für eine grosszügig verstandene Relativierung des Legalitätsprinzips. Das Legalitätsprinzip und die daraus abgeleiteten Anforderungen an staatliches Handeln sind vielmehr streng zu handhaben. Aus rechtsstaatlicher und demokratischer Sicht kann die Lösung in jedem Fall nicht darin bestehen, dass Rechtsprechung und Lehre das Legalitätsprinzip allgemein abschwächen und aufweichen, damit unbestimmte Rechtssetzung und die Delegation von Befugnissen an dezen-

1531 Der Gehalt des Legalitätsprinzips untersteht somit selbst einem zeitgeistlichen Wandel, vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 395; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 345; WIEDERKEHR, Rz. 155.

1532 BGE 131 II 13, E. 9 S. 43.

1533 Ähnlich BGE 103 Ia 369, E. 6 d) S. 383; BGE 131 II 13, E. 6.4.2 S. 28.

1534 In diesem Sinne auch BGE 131 II 13, E. 9 S. 42; dasselbe gilt im Übrigen auch, wenn eine Norm sachlich unerwünschte Folgen mit sich bringt, vgl. WELTERT, S. 221.

tralisierte Verwaltungsträger den Anforderungen des Legalitätsprinzips weiterhin genügen.[1535] Durch ein solches Vorgehen entledigt sich der Gesetzgeber seiner demokratischen Verantwortung.[1536] Art. 5 Abs. 1 der geltenden Bundesverfassung hält unmissverständlich fest, dass die Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht ist. Einzig dort, wo der Staat gleich Privaten am freien Markt teilnimmt (sofern man dies überhaupt als zulässig erachtet), wo also mithin keine öffentliche Aufgabe und kein staatliches Monopol vorliegen, steht meines Erachtens einer weitgehenden Relativierung des Legalitätsprinzips aus rechtsstaatlicher Perspektive kaum etwas entgegen. Zu fordern ist allerdings auch dort, dass zumindest eine Ermächtigungsnorm das staatliche Handeln erlaubt.

Im Bereich des Elektrizitätsmarkts fand durch das StromVG keine Aufgabenprivatisierung im Sinne eines Aufgabenverzichts statt; im Gegenteil schuf der Bundesgesetzgeber mit dem Erlass des StromVG erst die Rechtsgrundlage, durch welche weite Teile der Stromversorgung erstmals auf Bundesebene zu öffentlichen Aufgaben erklärt wurden.[1537] Aus rechtsstaatlicher und demokratischer Perspektive besteht somit kaum ein Grund, die Anforderungen an das Legalitätsprinzip im Bereich der Stromversorgung übermässig abzuschwächen. Wäre es die Intention gewesen, dass das Legalitätsprinzip in der Stromversorgung nicht (mehr) zum Tragen kommt, hätte die Stromversorgung vom Staat losgesagt und die Aufgabe (nicht nur dem Anschein bzw. der Vorstellung nach) materiell privatisiert werden müssen – und zwar im Sinne eines Aufgabenverzichts.

V. Würdigung und Zwischenfazit

1. Im Allgemeinen zum Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip findet generell überall dort Anwendung, wo der Staat persönlich oder sachlich involviert ist. Das gilt insbesondere auch bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Eine immer wieder auftauchende Frage im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist deshalb die Frage

1535 In diesem Sinne auch BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 14; BGE 131 II 13, E. 9 S. 43; ebenfalls eher kritisch auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 345, 1583 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 404.

1536 Aus rechtsstaatlicher Sicht heikel ist in diesem Zusammenhang etwa die verbreitete Praxis, die Modalitäten des Vollzugs oder der Aufgabenerfüllung anstelle in einem Rechtserlass als Nebenbestimmungen (etwa als Auflagen oder Bedingungen) von Konzessionen festzuhalten (ohne dass eine hinreichende Rechtsgrundlage dafür besteht), in diesem Sinne aber etwa Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1679, für den Vollzug des StromVG durch die Kantone.

1537 Vgl. § 11 III. und IV.

nach dem Vorhandensein bzw. dem Genügen einer rechtlichen Grundlage für eine bestimmte Handlung. Die genauen Umrisse des Legalitätsprinzips lassen sich indes selbst nach einer vertieften Analyse nur schwer fassen. Wenn überhaupt lässt sich das Legalitätsprinzip allein anhand einer Fülle von höchstrichterlichen Urteilen und Lehrmeinungen eingrenzen. Die Kasuistik ist allerdings komplex und allgemeine Grundsätze lassen sich auch daraus nur schwerlich gewinnen.[1538] Verlässliche Aussagen zu den konkreten Anforderungen, die sich aus dem Legalitätsprinzip im Einzelfall ergeben, sind deshalb nicht immer möglich.[1539] In der Regel bleibt es daher eine Wertungsfrage, ob das Legalitätsprinzip im Einzelfall eingehalten wurde oder ob eine genügende gesetzliche Grundlage für staatliches Handeln besteht. Während gewisse Relativierungen unabdinglich sind, um die staatliche Handlungsfähigkeit nicht zu gefährden, scheinen die reduzierten Anforderungen an das Legalitätsprinzip bei gewissen Sachverhalten dagegen eher einem rein praktischen Bedürfnis zu folgen.[1540] Solche Relativierungen bergen bei allzu extensiver Anwendung jedoch die Gefahr, in den grundlegenden Gehalt des Legalitätsprinzips einzugreifen und dessen demokratisch-legitimierende Funktion zu unterwandern.[1541]

Mit diesen Feststellungen ist dem Rechtssuchenden, welcher eine *Ex-ante*-Beurteilung vornehmen will, allerdings kaum geholfen. Gewiss ist nur: Das dem Grundsatz nach eigentlich klare und in Art. 5 Abs. 1 BV unmissverständlich festgehaltene Legalitätsprinzip erfährt in verschiedener Hinsicht teils markante Relativierungen. Normstufe und Normdichte müssen nicht bei jedem staatlichen Handeln denselben Anforderungen genügen. Mancherorts ist gar das Erfordernis eines Rechtssatzes in Frage gestellt.

2. Erkenntnisse für die Rechtsverhältnisse der Stromversorgung im Besonderen

Wendet man die so gewonnenen Erkenntnisse auf die Gegebenheiten der Stromversorgung an, lassen sich dennoch einige wichtige Einsichten daraus gewinnen:

Da die Stromversorgung in weiten Teilen eine öffentliche Aufgabe der Leistungsverwaltung darstellt, die Rechtsverhältnisse mehrheitlich öffentlich-rechtlicher Gestalt sind und es sich bei den Netzbetreibern als wichtigs-

1538 In diesem Sinne auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 395; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 46.

1539 Ebenso SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 46.

1540 Das gilt m.E. etwa für die Annahme, ein Minus in der Rechtssetzung könne durch ein Plus im Rechtsschutz ausgeglichen werden, vgl. dazu etwa WIEDERKEHR, Rz. 170.

1541 Ausführlich dazu auch SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 39 f.

ten Adressaten der öffentlichen Aufgabe «Stromversorgung» in der überwiegenden Mehrheit um staatliche oder staatlich beherrschte Rechtsträger handelt, kommt das Legalitätsprinzip zum Tragen. Die Träger der öffentlichen Aufgaben im Bereich der Stromversorgung, allen voran die Netzbetreiber, müssen ihr Handeln demzufolge auf eine genügende Rechtsgrundlage (genügende Normstufe und Normdichte) abstützen können. Inwiefern die aus dem Legalitätsprinzip fliessenden Anforderung im Bereich der Stromversorgung einer Relativierung zugänglich sind, lässt sich allerdings kaum pauschal beantworten. Einerseits sprechen die technisch komplexe und sich rasch wandelnde Materie sowie die Zuordnung zur Leistungsverwaltung eher für eine weniger strenge Handhabung des Legalitätsprinzips, andererseits handelt es sich um staatliche Leistungen, die zum Teil mit erheblichen (finanziellen) Verpflichtungen verbunden sind, zur Grundversorgung gehören, durch Monopolisten erbracht werden und ein lebensnotwendiges Gut vermitteln. Und während das freiwillige Eingehen eines Rechtsverhältnisses durch den Leistungsempfänger u.U. noch bejaht werden kann, gilt selbiges nicht für die freie Aushandlung des Inhalts. Wo Abgaben oder Eingriffe in grundrechtsgeschützte Positionen zur Diskussion stehen, sind jedenfalls strenge Anforderungen an die rechtliche Grundlage zu stellen. Eine allzu grosszügige Relativierung des Legalitätsprinzips drängt sich nach der hier vertretenen Meinung aber auch in den übrigen Themenbereichen der Elektrizitätsversorgung nicht auf, sofern die Netzbetreiber als Träger öffentlicher Aufgaben öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse eingehen und diese gestalten. Auch wenn es sich um eine hochtechnische und komplexe Materie handelt, die der Leistungsverwaltung zugerechnet wird, darf ein Minimum an Rechtssicherheit und demokratischer Legitimation verlangt werden.[1542] Ansonsten hätte man die Aufgabe tatsächlich der Privatwirtschaft überlassen sollen.

Soweit sich der Staat im Bereich der Versorgung der freien Endverbraucher betätigt, handelt es sich hingegen um fiskalische Wettbewerbstätigkeit. Dem Legalitätsprinzip kommt hier kaum Bedeutung zu.[1543] Immerhin dürfte gefordert sein, dass eine entsprechende Ermächtigungsnorm vorhanden ist, die das staatliche Tätigwerden dem Grundsatz nach legitimiert.

Wird gemäss der hier vertretenen Ansicht davon ausgegangen, dass weite Teile der Elektrizitätsversorgung vom Legalitätsprinzip beherrscht werden und dieses nicht in grosszügiger Weise zu relativieren ist, stellt sich

1542 Ebenso, aber in der Tendenz wohl etwas grosszügiger MÜLLER, Liberalisierung, S. 39.

1543 Vgl. aber BGE 139 I 306, E. 4.1 S. 312, wo das Bundesgericht die Möglichkeit der SRG, die Ausstrahlung einer Werbung zu verweigern, vom Bestand einer gesetzliche Grundlage abhängig machte, obschon der Werbebereich keine öffentliche Aufgabe darstellte und privatrechtlich bewirtschaftet wurde.

unweigerlich die Frage nach der rechtlichen Grundlage, auf welche sich die Träger öffentlicher Aufgaben, insbesondere die Netzbetreiber, bei ihrem Handeln zu stützen vermögen. Die Ausgestaltung der Strommarktordnung als Rahmengesetzgebung mit regulierter Selbstregulierung sorgt nämlich einerseits dafür, dass es auf Bundesebene oft an einer entsprechenden Rechtsgrundlage fehlt. Dieser Umstand wirft regelmässig die Folgefrage auf, ob auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene eine passende Rechtsnorm gegeben ist und ob diese den Anforderungen genügt.[1544] Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob die Aufgabenträger womöglich autonome Satzungen erlassen dürfen und damit selbst eine rechtliche Grundlage schaffen können. Andererseits haben die Anforderungen an die genügende Normstufe und Normdichte in der Vergangenheit bereits dazu geführt, dass das Bundesgericht Ausführungsbestimmungen der StromVV als unzulässig taxiert hat.[1545] Fraglich ist somit oft nicht nur, ob überhaupt eine rechtliche Grundlage vorliegt, sondern auch, ob eine *genügende* Rechtsgrundlage vorhanden ist.

VI. Legalitätsprinzip und Rechtssetzung im Besonderen

Betreffend die Stromversorgung sind im Rahmen der vorliegenden Arbeit insbesondere zwei Fragen von Interesse: Erstens stellt sich die Frage, wie die im Rahmen der Grundsätze von Kooperation und Subsidiarität ausgearbeiteten Branchenlösungen zu qualifizieren sind.[1546] Und zweitens soll geprüft werden, ob den Netzbetreibern als Trägern von öffentlichen Aufgaben Rechtssetzungsbefugnisse zukommen bzw. zukommen können, mit Hilfe derer sie die sie betreffenden Rechtsverhältnisse konkretisieren können.[1547] Ziel des folgenden Abschnitts ist es, die rechtstheoretischen Grundlagen zu schaffen, um die vorliegenden Fragen für den Bereich der Stromversorgung beurteilen zu können.

1. Einleitende Bemerkungen zur Rechtssetzung

Rechtssetzung ist vorab eine politische Angelegenheit. Dennoch ist es das bereits gesetzte Recht, welches den Rahmen für den politischen Prozess der Rechtssetzung absteckt und definiert, unter welchen Voraussetzungen neues

1544 Das gilt zumindest solange, als überhaupt eine kantonale Zuständigkeit angenommen werden kann.

1545 Vgl. etwa BGE 148 III 172, E. 3.2.3 S. 181.

1546 Vgl. dazu §§ 6 IV. 4. b) und 16 III. 3. e) (iii).

1547 Vgl. § 16 III. 3. e) (iii) und (iv) b.

Recht geschaffen und bestehendes Recht aufgehoben oder geändert werden kann. Vorliegend interessieren weder das politische Zustandekommen von einzelnen Rechtssätzen und ganzen Gesetzen (im formellen wie im materiellen Sinne) noch der formelle Rechtssetzungsakt an sich. Auf diese Punkte wird dementsprechend nicht eingegangen. Das Augenmerk liegt auf der Frage, *wer in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen Recht setzen darf, d.h., wem welche Rechtssetzungsbefugnisse* zukommen. Dabei liegt der Fokus wiederum auf den dezentralen Organisationsformen und Privaten. Im schweizerischen Bundesstaat ist Recht und dessen Setzung aber auch eine föderalistische Sache: Rechtssetzung geschieht auf verschiedenen Staatsebenen (Bund, Kantone, Gemeinden). Die Voraussetzungen zur Rechtssetzung richten sich nach dem anwendbaren Recht auf Stufe Bund, Kantone und Gemeinden. Allgemeingültige Ausführungen sind somit nur begrenzt möglich. Trotzdem: Gewissen grundlegenden Prinzipien muss allgemeine Gültigkeit zukommen, damit ein Minimum an Homogenität in der schweizerischen Rechtsordnung gewahrt bleibt.[1548] Nachfolgend sollen deshalb nicht die einzelnen bundes- und kantonalrechtlichen Besonderheiten betreffend die Rechtssetzung nachvollzogen werden, sondern vorwiegend auf die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Prinzipien, die gesamtschweizerisch Geltung beanspruchen, eingegangen werden. Wo nötig, ist auf die Unterschiede zwischen der Rechtslage im Bund und in den Kantonen aber selbstredend hinzuweisen.

2. Grundlegendes zur Rechtssetzungskompetenz

a) Rechtssetzung und Gewaltenteilung

Die Gewaltenteilung stellt im schweizerischen Bundesstaat ein fundamentales Prinzip und auch ein verfassungsmässiges Recht dar, das sowohl durch die Bundesverfassung als auch durch alle kantonalen Verfassungen garantiert wird und verschiedene Inhalte kennt.[1549] Sämtliche Inhalte beruhen aber auf der Prämisse der funktionellen Gewaltenteilung der Staatsfunktionen, welche durch die Trias von Legislative, Exekutive und Judikative gebildet wird.[1550] Nach dem daraus abgeleiteten Postulat der organisatorischen Gewaltenteilung soll jede der drei Staatsfunktion (Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung) von einem anderen Staatsorgan und nur von diesem ausgeübt werden.[1551] Die Kompetenz zur Rechts-

1548 Vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 670 f.

1549 BGE 138 I 378, E. 7.1 S. 391.

1550 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1001 ff.

1551 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1013 f.; MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 208; BRUNNER, S. 70.

setzung obliegt dabei prinzipiell der Legislative,[1552] während die Exekutive das Recht vollzieht.[1553]

Die Gewaltenteilung erfährt jedoch in verschiedener Hinsicht Relativierungen und wird nicht immer konsequent eingehalten.[1554] Während die frühere Lehre noch von einer strikten Trennung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung ausging, fällt die Unterscheidung heute oft weniger leicht, als man im ersten Moment vermuten könnte.[1555] Ob sich dabei die Praxis nach neueren Lehrmeinungen gerichtet hat, die Lehrmeinungen sich der veränderten Praxis angepasst haben oder ob das Resultat auf ein Wechselspiel beider zurückzuführen ist, kann an dieser Stelle offenbleiben. Fakt ist auf jeden Fall: Rechtssetzung wird nicht nur durch die Legislative betrieben.

b) Begriff der Rechtssetzung

Eine Auseinandersetzung mit Rechtssetzungsbefugnissen kann nicht geschehen, ohne sich darüber im Klaren zu sein, was unter Rechtssetzung überhaupt zu verstehen ist. Schliesslich hängt die Frage, wer Recht setzen kann, ihrerseits von der Frage ab, was Recht ist.[1556]

Nach MÜLLER/UHLMANN lässt sich der Begriff «Rechtssetzung» als Staatsfunktion nur ungenau als *«vorwegnehmende, generalisierende Regelung einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle»* oder in der Kurzform als die *«Programmierung künftigen Geschehens»* beschreiben.[1557]. Hilfreicher ist die Umschreibung von TSCHANNEN, wonach unter Rechtssetzung der *«Erlass von Rechtssätzen, d.h. von generell-abstrakten Normen, welche natürlichen und*

1552 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1024; BRUNNER, S. 98.

1553 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1339 f.

1554 WELTERT, S. 429; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1009 ff.

1555 BRUNNER, S. 70 f.

1556 ERRASS, S. 246.

1557 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 31; diese Umschreibung – obwohl an sich passend – hilft nur wenig, denn sie trifft genauso auf Bestimmungen zu, die von Privaten erlassen oder vereinbart werden und keine Form der Rechtssetzung darstellen. In diesem Sinne ist die Umschreibung zu weit. Dieser Umstand führte in der Vergangenheit schon zum Bedürfnis klarzustellen, dass es sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht um Rechtsnormen handle, vgl. MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 175; vgl. auch BRUNNER, S. 94 ff., welche mit ähnlicher Begründung und abstellend auf die Wirkung einer Norm postuliert, dass private Normen, *«die als Verordnung wirken, auch als Rechtsetzung behandelt werden»*; nach der hier vertretenen Ansicht ist aber das genaue Gegenteil der Fall: Es handelt sich schlicht um private Normen, nicht um Rechtsnormen, und somit auch nicht um Verordnungen; zu eng gefasst ist die Definition ebenfalls, da sie all diejenigen Bestimmungen nicht erfasst, bei denen keine zukünftigen Sachverhalte, sondern organisatorische oder andere Belange geregelt werden, wie etwa Zweck-, Ziel- oder Grundsatzbestimmungen, vgl. dazu auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1588.

juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen, die Organisation und die Zuständigkeit der Behörden regeln oder das Verfahren ordnen»[1558] bzw. *«de[r] Erlass generell-abstrakter Normen auf Stufe Verfassung, Gesetz oder Verordnung»*[1559] verstanden wird.[1560] Mit der Anknüpfung an den *«Erlass von Rechtssätzen»* ist – auch wenn diese Definition auf den ersten Blick vielleicht trivial erscheinen mag – der Begriff Rechtssetzung präzise umschrieben.[1561] Nicht massgebend ist, ob es sich um generell-abstrakte Normen auf Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsstufe handelt. Auch der Definitionen von TSCHANNEN (des Rechtssatzes, nicht der Rechtssetzung) ist aber noch die (wohl als selbstverständlich vorausgesetzte und deshalb nicht explizit erwähnte) Voraussetzung hinzuzufügen, dass es sich dabei um generell-abstrakte *Rechts*normen, d.h. von einem rechtssetzungskompetenten Organ im anwendbaren Rechtssetzungsverfahren ergangene und deshalb demokratisch legitimierte bzw. staatlich garantierte Normen handeln muss, da ansonsten der Kreis möglicher Bestimmungen zu weit gefasst würde.[1562] Massgebend für die Qualifikation einer Norm als Rechtssatz ist somit nicht in erster Linie, von wem diese erlassen wurde, sondern dass dem Normsetzer Rechtssetzungsbefugnisse im fraglichen Bereich zukommen. Nur Normen, die durch ein Organ erlassen wurden, welches über Rechtssetzungskompetenz verfügt, setzen Recht und unterscheiden dadurch die Rechtssetzung von anderen Formen der Normsetzung.

Der Begriff Rechtssetzung ist weiter gefasst als der Begriff der Gesetzgebung, da er auch Normen auf Verfassungs- und Verordnungsstufe bzw. sämtlicher Rechtsquellen beinhaltet.[1563] Von Bedeutung im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip sind der Gesetzesbegriff bzw. die Gesetzesfunk-

1558 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1109.

1559 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1494.

1560 Ebenso TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 289; ausführlich zum Begriff des Rechtssatzes und den verschiedenen Lehrmeinungen auch BRUNNER, 86 ff.

1561 Allerdings wird Klarheit über den Begriff des Rechtssatzes vorausgesetzt, weshalb TSCHANNEN dessen Definition sogleich anfügte, vgl. dazu TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1586 ff.; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 163 Rz. 5.

1562 Oder um es mit den Worten von TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 14 zu sagen: *«Erst staatlich garantiertes Recht bietet ausreichende Gewissheit über den Inhalt jener Normen, die im gesellschaftlichen Verkehr fraglos zu beachten sind […]»*; auch andere Autoren machen die Geltung einer Rechtsnorm davon abhängig, ob sie *«vom zuständigen Organ und im vorgeschriebenen Verfahren erlassen [wird]»*, vgl. statt aller BRUNNER, S. 80 f. m.w.H., welche selbst aber von einem weiten Rechtssetzungsbegriff ausgeht, vgl. DIES., S. 94.

1563 Der Gesetzesbegriff erfasst nicht nur Gesetze im formellen Sinne, sondern auch Verordnungen (Gesetze im materiellen Sinne, ausführlich dazu TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1573 ff.

tion.[1564] Allgemein lassen sich Gesetze als Erlasse beschreiben, die aus dem Gesetzgebungsverfahren[1565] hervorgehen.[1566] Auch gesetzesvertretenden Verordnungen kommt *Gesetzesfunktion* zu.[1567] Das gilt auch auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene.[1568]

c) Demokratische Legitimation und Staatstätigkeit

(i) Erforderlichkeit der demokratischen Legitimation

Die Kompetenz zum Erlass von Rechtssätzen besteht nicht ohne Weiteres. Vielmehr bedarf es dafür einer demokratischen Legitimation. Diese Legitimation entstammt dem politischen Verständigungsprozess des Staatsvolkes, in welchem darüber bestimmt wird, wer in welchem Umfang Recht setzen kann.[1569] Das Resultat tritt in Form einer entsprechenden Verfassungsbestimmung zu Tage – oder eben auch nicht. Den grundlegenden Rahmen der Rechtssetzung bestimmt daher das Volk[1570] als Verfassungsgeber.[1571] Erst die verfassungsrechtliche Legitimation verleiht demzufolge die Kompetenz zum

1564 Sowohl der Gesetzesbegriff als auch die Gesetzesfunktion richten sich vorrangig nach dem anwendbaren Staatsrecht, TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1575.

1565 Nach Massgabe der Bundesverfassung sind die Kantone nur gehalten, eine demokratische Verfassung aufzustellen, welche sowohl vom Volk als auch vom Bund genehmigt werden muss und die nicht im Widerspruch zum Bundesrecht stehen darf. Konkret bedeutet dies, dass die Kantone das Prinzip der Gewaltenteilung und der direkten Volkswahl verwirklichen müssen, vgl. Art. 51 Abs. 1 und 2 BV; BGE 128 I 327, E. 4.1 S. 338; vgl. zum Ganzen ferner auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 665 ff. und 1809 ff.

1566 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 62; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 284 f.

1567 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1669.

1568 Im Rahmen der durch die kantonalen Verfassungen vorgenommenen Kompetenzausscheidungen sind auch die kommunalen Legislativorgane zum Erlass von Gesetzen (im formellen Sinne) befugt, vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 328 m.w.H.; sieht die verfassungsrechtliche Kompetenzausscheidung vor, dass die kantonale Legislative selbständige, gesetzesvertretende Verordnungen erlassen kann, kommt auch diesen Verordnungen dieselbe Wirkung wie formellen Gesetzen zu, womit sie eine genügende gesetzliche Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe darstellen, BGE 128 I 327, E. 4.1 S. 338; vgl. auch MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 241, wonach dies für Regierungsverordnungen nicht gelten soll, da diese nicht genügend demokratisch legitimiert seien.

1569 Bei den Verfassungsbestimmungen tut es dies gleich selbst; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 19; nach ERRASS, S. 246 und 262, bestimmt indes die Verfassung in abschliessender Weise, wer Recht setzen kann; obwohl in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich festgehalten, kommt dem demokratischen Element bei der Willensbildung eine überragende Bedeutung zu, HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 178.

1570 Bzw. auf Bundesebene Volk und Stände, vgl. Art. 140 Abs. 1 lit. a BV.

1571 Vgl. auch MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 210; ERRASS, S. 262.

Erlass von Rechtssätzen in einem bestimmten Bereich.[1572] Die einzelnen Rechtssätze sind dann wiederum Ausfluss des politischen Entscheides im Rechtssetzungsprozess.[1573] Anders als auf Bundesebene besteht für die kantonalen (Rechtssetzungs-)Kompetenzen aber kein zwingender Verfassungsvorbehalt.[1574]

(ii) Rechtssetzung als staatliche Angelegenheit

Der schweizerischen Rechtsordnung liegt eine etatistische Vorstellung des Rechts zugrunde.[1575] Ausgegangen wird von der Prämisse, dass Rechtssetzung eine Sache des hoheitlich handelnden Staates ist – oder, um es mit den Worten von TSCHANNEN zu sagen: *«Rechtsetzung ist hoheitliche Aufgabe par excellence.»*[1576] Dem Staat kommt danach das Rechtssetzungsmonopol zu.[1577] Zuweilen wird das staatliche Rechtssetzungsmonopol aber auch in Frage gestellt oder relativiert.[1578] Heute ist anerkannt, dass ein Staatsorgan seine verfassungsmässig zugewiesene Rechtssetzungsbefugnis unter bestimmten Umständen weiterübertragen (delegieren) kann.[1579] Damit wird das staatliche Rechtssetzungsmonopol jedoch nicht durchbrochen, sondern

1572 Der Bund erfüllt nur diejenigen Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist (Art. 42 Abs. 1 BV). Die Zuständigkeit der Kantone ergibt sich aus den Kantonsverfassungen (Art. 43 BV), welche vom Volk genehmigt werden müssen (Art. 51 Abs. 1 BV); zuweilen wird diesbezüglich auch vom *«Erfordernis der verfassungsmässigen Kompetenz»* gesprochen, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 326.

1573 BRUNNER, S. 49; vgl. auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 783.

1574 Den Kantonen kommt von Bundesverfassungsrechts wegen bereits die subsidiäre Generalkompetenz zu. Immerhin setzt das bundesverfassungsrechtliche Legalitätsprinzip Schranken, so dass auch auf kantonaler Ebene gleichwohl und allermindestens eine formell-gesetzliche Grundlage für die Kompetenzbegründung erforderlich ist. Ob für die kantonalen Kompetenzen ein Verfassungsvorbehalt gilt oder ob eine gesetzliche Regelung ausreichend ist, bestimmt sich somit nach dem jeweiligen Verfassungsrecht, vgl. zum Ganzen TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 725 ff. und 789 ff.

1575 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 28; ERRASS, S. 246.

1576 TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 791.

1577 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1154; ERRASS, S. 246; BRUNNER, S. 99, spricht hingegen vom blossen Rechtssetzungsprimat des Gesetzgebers.

1578 Allgemein dazu BRUNNER, S. 99 ff.; ältere Teile der Lehre vertreten etwa die Auffassung, dass dem Staat kein Normierungsmonopol, sondern nur ein Gesetzgebungsmonopol zukomme, da auch private Institutionen normierend, d.h. rechtssetzend tätig seien (vgl. dazu die Hinweise bei BRUNNER, S. 91 f. und 99). Dabei werden allerdings zuweilen Normen mit Rechtsnormen verwechselt, verhält es sich doch gerade so, dass eben nicht jeder generell-abstrakten Norm auch Rechtsnormcharakter zukommt (in diesem Sinne auch ERRASS, S. 246 f.).

1579 Dies ändert an den vorangegangenen Ausführungen jedoch nichts: Jeder Rechtssatz ist Ausfluss der dem Staat auf demokratischem Wege vorbehaltenen und verfassungsrechtlich eingeräumten Kompetenz, verbindliche Regeln aufzustellen und durchzusetzen, ohne dass die Rechtsunterworfenen diesen Regeln im Einzelfall zustimmen müssen, vgl. dazu auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 16.

nur übertragen. Auch der Empfänger einer übertragenen Rechtssetzungskompetenz handelt deshalb beim Erlass von Rechtssätzen in staatlicher Funktion und bedarf dafür einer hinreichenden Legitimation. Recht ohne Staat gibt es nicht und Rechtssetzung bedarf immer der demokratischen Legitimation.[1580] Es gilt deshalb der Grundsatz: Der Staat setzt Recht, und wer Recht setzt, ist Staat.[1581]

d) Zwischenfazit

Rechtssetzung stellt eine staatliche (hoheitliche) Angelegenheit dar, die in jedem Fall der speziellen demokratischen Legitimation bedarf, aber nicht zwingend durch die Legislative erfolgen muss. Die Kompetenz zur Rechtssetzung kann auf zwei Grundlagen beruhen: Entweder ergibt sie sich bereits aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung oder erst aus der Übertragung der Rechtssetzungsbefugnis durch das in der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung bestimmte Organ an ein anderes. Im ersten Fall könnte man auch von einer *originären* und im zweiten Fall von einer *derivativen* Rechtssetzungskompetenz sprechen.[1582] Damit wurde zumindest in grundsätzlicher Hinsicht beantwortet, *wer* Recht setzen kann.

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Fragestellung kann zudem als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Möglichkeit zum Erlass von Rechtssätzen durch die Träger von öffentlichen Aufgaben der Stromversorgung (etwa durch die Netzbetreiber) prinzipiell nicht ausgeschlossen ist. Voraussetzung dafür ist indes, dass dafür eine hinreichende, durch einen entsprechenden Rechtssatz verbriefte, demokratische Legitimation besteht.

Noch unbeantwortet sind allerdings die Fragen, in welchem *Umfang* und unter welchen *Voraussetzungen* Recht erlassen werden kann. Diese Frage ist eng gekoppelt mit den Anforderungen, welche das Legalitätsprinzip an einen Rechtssatz stellt.[1583] Auf die verfassungsrechtliche Kompetenzaus-

1580 Ebenso ERRASS, S. 267; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 16; inwiefern die einzelnen Rechtssätze durch das Volk noch legitimiert werden müssen, d.h., ob ein obligatorisches oder fakultatives Referendum besteht, steht auf einem anderen Blatt und richtet sich nach dem massgebenden Verfassungsrecht, vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 673 und 1809 ff.; als Verfassungsgeber bestimmt das Volk aber mindestens über seine Mitsprachemöglichkeit.

1581 Ähnlich auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 14 ff.: *«Kein Staat ohne Recht, kein Recht ohne Staat»* sowie m.w.H. zum Verhältnis zwischen Staat und Recht.

1582 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 164 Rz. 9 und ERRASS, S. 241, sprechen ebenfalls von «originären» Rechtssetzungsbefugnissen im Falle der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung. ERRASS, S. 242, verwendet überdies auch den Terminus «derivativ» im Falle der auf Delegation beruhenden Rechtssetzungskompetenzen.

1583 Das Legalitätsprinzip führt weiter, was bereits für die Rechtssetzung gilt: Staatliches Handeln bedarf einer hinreichenden Legitimation.

scheidung und die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen als Grundlage der originären bzw. derivativen Rechtssetzungskompetenzen ist deshalb näher einzugehen.[1584]

3. Exkurs: Abgrenzung von anderen Formen der Normsetzung

Erlässt der Gesetzgeber vermehrt offene Rechtsnormen, Zielnormen, Rahmengesetze oder setzt er auf das Instrument der regulierten Selbstregulierung, begünstigt er damit gleichzeitig die Normgebung durch nachgeordnete Institutionen.[1585] Verordnungen der Exekutive sowie vom Aufgabenträger selbst erlassene Normen gewinnen dadurch an Bedeutung. Bei Exekutivverordnungen ist regelmässig klar, dass es sich um staatliches Recht handelt. Erlässt aber der Aufgabenträger eigenständige Normen, welche die Aufgabenwahrnehmung im Innen- und/oder Aussenverhältnis regeln, stellt sich hingegen unweigerlich die Frage, welcher Rechtsnatur solche Regelungen sind.

Dabei ist die Kompetenz zur Rechtssetzung bzw. die Übertragung (Delegation) von Rechtssetzungsbefugnissen strikt von der blossen Beteiligung staatsfremder Organe an der Rechtssetzung sowie von anderen Formen ausserstaatlicher Normgebung zu unterscheiden.[1586] Eine Beteiligung durch Organisationen, die nicht zum Staat gehören, findet auch beim ordentlichen Gesetzgebungsverfahren im Rahmen der Vernehmlassung statt.[1587] Ebenfalls können durch Private erlassene Regelungen u.U. zu staatlichem Recht erhoben werden, etwa im Rahmen einer (statischen oder dynamischen) Verweisung[1588] oder durch Allgemeinverbindlicherklärung.[1589] Im Rahmen der (regulierten) Selbstregulierung kann den von Privaten erlassenen Normen zudem eine rechtsähnliche Bedeutung zukommen.[1590]

1584 Zur Abgrenzung zwischen dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und dem Erfordernis der verfassungsmässigen Kompetenz zum Erlass von Rechtsnormen vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 326.

1585 Vgl. auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 449.

1586 Zur Bedeutung von privaten Institutionen im staatlichen Willensbildungsprozess und der Verknüpfung von Staat und Privaten vgl. BRUNNER, S. 110 ff. m.w.H.

1587 Zum Vernehmlassungsverfahren vgl. etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1630; BRUNNER, S. 30 f.

1588 Ob es sich dabei um staatliches Recht handelt, ist umstritten; zu den unterschiedlichen Meinungen vgl. etwa MARTI, Aufgabenteilung, S. 1160 f.; BGE 136 I 316, E. 2.4.1 S. 320 je m.w.H.; zur indirekten Verweisung vgl. etwa ElCom, Rechtsnatur, S. 2 f.

1589 Vgl. MARTI, Aufgabenteilung, S. 1159 ff.

1590 Vgl. MARTI, Aufgabenteilung, S. 1157.

In diesen Fällen wäre es m.E. indes verfehlt, (pauschal) von einer Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen zu sprechen.[1591] Selbst wenn durch Private geschaffene Normen zu staatlichem Recht erhoben werden, ist es der Staat, der in diesen Fällen Recht setzt, indem er auf diese Normen verweist oder sie für allgemeinverbindlich erklärt,[1592] und nicht der Private, auf dessen Regelwerk verwiesen wird.[1593] Komplexer als bei Verweisungen oder Allgemeinverbindlicherklärungen verhält es sich indessen im Falle staatlich regulierter Selbstregulierung, bei welcher nur, aber immerhin die grundlegendsten Punkte rahmengesetzlich festgelegt werden. Diese von Privaten erlassenen Selbstregulierungsnormen bilden nach allgemeiner Auffassung kein staatliches Recht.[1594] Gleichwohl soll mit den regulierten Selbstregulierungsnormen eine rechtsähnliche Wirkung erzielt werden.[1595] Soweit der Staat Private zum Erlass von Selbstregulierungsnormen verpflichtet und auch bei der Rechtsanwendung auf diese abstellt, wie es im Bereich der Stromversorgung der Fall ist[1596], scheint mir der Schluss, es handle sich da-

1591 So aber für die dynamische Verweisung HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 366; ebenso das Bundesgericht in BGE 136 I 316, E. 2.4.1 S. 320, welches ausführt: *«[…] handelt es sich bei der dynamischen Verweisung auf private Normen um eine Rechtsetzungsdelegation […]»*.

1592 A.M. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1880, welche argumentieren, der Bundesrat habe keinen Einfluss auf den Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages. Das stimmt zwar, jedoch wird dabei übersehen, dass die Entscheidung, *welche* Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages für allgemeinverbindlich erklärt werden, vom Bundesrat getroffen wird; nach BRUNNER, S. 167, stellt die Genehmigung privater Rechtserlasse selbst zwar eine Verfügung und keinen Rechtssetzungsakt dar, gehört aber dennoch zum Rechtssetzungsverfahren.

1593 Der Private weiss womöglich nicht einmal etwas von der Verweisung – und er muss es auch nicht wissen. Richtig ist in diesem Zusammenhang aber die Schlussfolgerung von MARTI, Aufgabenteilung, S. 1161, wonach die *«[…] Verweisung auf private Normen in staatlichem Recht im Ergebnis ebenfalls eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen darstellt […]»* und deshalb dieselben Voraussetzungen wie bei einer Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen gelten müssen; es ist folglich Sache des Staates, bei Erlass des entsprechenden Rechtsaktes, in welchem der Verweis erfolgt oder die Allgemeinverbindlichkeit erklärt wird, zu prüfen, ob der eigene Erlass und/oder die privaten Normen diese Voraussetzungen erfüllen. Der Private selbst wird nämlich nicht rechtssetzend tätig.

1594 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1157; a.M. wohl MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 511, welche die regulierte Selbstregulierung als Form zwischen staatlicher Gesetzgebung und privater Selbstregulierung sehen und als öffentlich-rechtlicher Natur qualifizieren; in diesem Sinne auch ELSER, S. 133 f., welcher es für falsch hält, *«in diesem Zusammenhang von privater Tätigkeit zu sprechen»* und solche (Selbstregulierung-)Normen den «*Erscheinungsformen staatlicher Aufgabenerfüllung*» zuordnet.

1595 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1157.

1596 Vgl. dazu § 6 IV. 4.

bei nicht um Rechtsnormen, etwas vorschnell und formalistisch. Diese Normen unterscheiden sich in ihrer Wirkung kaum noch von autonomen Satzungen oder Vollziehungsverordnungen dezentraler Verwaltungsträger. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich der Staat eine Angemessenheitsprüfung vorbehält. Die regulierte Selbstregulierung muss sich in der Lehre deshalb auch Kritik gefallen lassen.[1597]

Indes: Ob es sich um bei den von Aufgabenträgern erlassenen Normen um Rechtsnormen (autonome Satzungen[1598]), um rein private Normen (Selbstregulierungserlasse, allgemeine Geschäftsbedingungen etc.) oder um sonstige Normen (Verwaltungsverordnungen o.Ä.) handelt, hängt alleine davon ab, ob dem Aufgabenträger Rechtssetzungsbefugnisse zukommen und, wenn ja, in welchem Umfang.[1599] Auf die Rechtssetzungskompetenzen im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Bereich der Stromversorgung ist später deshalb noch näher einzugehen.[1600]

1597 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1157, kommt aus vorgenannten Gründen etwa zum Schluss, dass bei staatlich verordneter Selbstregulierung dieselben Voraussetzungen wie bei der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen gelten und die Grundsätze von Art. 5 und 35 Abs. 2 BV eingehalten werden müssen. Zudem sei eine vorgängige Kontrolle bzw. Genehmigung der Selbstregulierungserlasse durch staatliche Aufsichtsorgane angezeigt; ELSER, S. 133 f. geht gar davon aus, dass es sich bei Normen der regulierten Selbstregulierung um Rechtsnormen handelt, wenn der Staat Private mit dem Erlass allgemeinverbindlicher Regeln beauftragt. Denn wenn Normen Bindungswirkung gegenüber Personen zukomme, die am Regulierungsprozess nicht beteiligt waren, könne nicht von *Selbst*regulierung gesprochen werden; ERRASS, S. 327 f., bezeichnet die regulierte Selbstregulierung schliesslich als potenzielle Gefahr durch die (unzulässige) versteckte Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an Private; vgl. ferner auch BRUNNER, S. 61, mit Beispielen von privaten Normen, die eine staatliche Genehmigung erfahren; kritisch dazu auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 792.

1598 Vgl. dazu § 15 II. 2.

1599 Vgl. dazu § 14 VI. 2. b); ferner auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 121; ERRASS, S. 246; nicht näher eingegangen wird an dieser Stelle auf die Gesetzesdelegation vom über- auf das untergeordnete Gemeinwesen sowie vom Gesetz- an den ordentlichen Verordnungsgeber, vgl. dazu stattdessen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 364 ff. m.w.H.

1600 Vgl. dazu §§ 15 II. und 16 III. 3. e); der Fokus soll dabei auf den Fällen liegen, in denen die Aufgabenerfüllung dezentralisiert erfolgt. Nicht näher von Belang ist hier die Konstellation, bei welcher die öffentliche Aufgabe durch die Zentralverwaltung wahrgenommen wird. In diesem Fall werden die Bestimmungen zur Aufgabenerfüllung ohnehin im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen und allenfalls durch den Verordnungsgeber ergänzt. Fraglich ist in diesem Zusammenhang allerdings oft, welche Kompetenzen dem Verordnungsgeber zukommen.

4. Rechtssetzungsbefugnisse aufgrund verfassungsrechtlicher Kompetenzausscheidung (originäre Rechtssetzungskompetenz)

Über die Rechtssetzungskompetenz eines Staatsorgans aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung sind nicht viele Worte zu verlieren. Wer in welchem Umfang Recht setzen kann, d.h. die Zuweisung und der Inhalt der Rechtssetzungskompetenzen, richtet sich primär nach dem anwendbaren Verfassungsrecht.[1601] Dies gilt selbstverständlich nur insoweit, als im Rahmen des höherrangigen Rechts überhaupt in einem bestimmten Bereich Recht erlassen werden darf.[1602] Auf Bundesebene weist die Bundesverfassung nebst den bundeseigenen Rechtssetzungsorganen[1603] nur noch den Kantonen als dezentralisierten öffentlich-rechtlichen Körperschaften direkt Rechtssetzungsbefugnisse zu.[1604] Weitere originäre Rechtssetzungsbefugnisse sieht die Bundesverfassung nicht vor.[1605] Auf Kantonsebene verhält es sich grundsätzlich gleich wie auf Bundesebene: Massgebend für die Bestimmung von Rechtssetzungskompetenzen ist das anwendbare Verfassungsrecht. Kantonales Verfassungsrecht kann deshalb auch vorsehen, dass andere Organe als die kantonale Legislative und Exekutive zur Rechtssetzung ermächtigt sind.[1606] Im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlich zugewiesenen Rechtssetzungsbefugnissen, die nicht die kantonale Legislative oder die Gemeinden betreffen, bestehen indes gewisse Unklarheiten (dazu ebenfalls später mit Bezug auf die Stromversorgung[1607]).

1601 ERRASS, S. 260.

1602 Zur Autonomie der Kantone und Gemeinden vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §§ 16 und 17.

1603 Auf die Rechtssetzungsbefugnisse der Legislative (Art. 163 Abs. 1 BV) und der Exekutive (Art. 182 Abs. 1 BV) auf Bundesebene wird hier nicht näher eingegangen, vgl. stattdessen HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, §§ 61 und 62; TSCHANNEN, Staatsrecht, §§ 45 und 46.

1604 Art. 3, Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 BV; im Rahmen ihrer subsidiären Generalkompetenz und unter Vorbehalt des Bundesrechts sind die Kantone weitestgehend autonom, eingehend dazu TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 722 ff. und 795 ff.

1605 Zwar sieht die Bundesverfassung in Art. 48 Abs. 4 BV auch noch Rechtssetzungsbefugnisse für interkantonale Organe vor. Diese Rechtssetzungsbefugnisse müssen die Kantone den interkantonalen Organen aber zuerst durch interkantonalen Vertrag zuweisen. Es handelt sich somit nicht um eine verfassungsrechtliche Kompetenzausscheidung, sondern um einen Fall der Gesetzesdelegation (für welche die Bundesverfassung allerdings bereits Mindestanforderungen aufstellt).

1606 Vgl. BGE 128 I 317, E. 2.2.3 S. 323; vgl. aber auch ERRASS, S. 273; eine direktdemokratischen Mitwirkungsmöglichkeit für das Volk oder eine Referendumspflicht für kantonale Gesetze ist bundesrechtlich nicht vorgeschrieben, TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 673 und 1809 ff.; BGE 118 Ia 245, E. 3 b) S. 248.

1607 Vgl. § 16 III. 3. e) (iv).

5. Rechtssetzungsbefugnisse aufgrund einer Gesetzesdelegation (derivative Rechtssetzungskompetenz)

a) Grundsätzliches zum Begriff, den Formen und der Zulässigkeit der Gesetzesdelegation

Bei der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen, auch Gesetzesdelegation genannt, überträgt ein originär oder derivativ mit Rechtssetzungskompetenz ausgestattetes Organ seine Legislativbefugnisse und ermächtigt den Delegationsempfänger, in einem bestimmten Rahmen eigenständig Rechtssätze zu schaffen und somit selbst rechtssetzend tätig zu werden.[1608] Da Rechtssetzung eine staatliche Angelegenheit ist, kommen als Empfänger der Gesetzesdelegation primär der Staat selbst (untergeordnete Gemeinwesen, Exekutive, dezentralisierte Organisationsformen) aber auch Private in Frage,[1609] die dann in staatlicher Funktion handeln. Je nachdem an wen Rechtssetzungsbefugnisse übertragen werden, wird zwischen verschiedenen Formen der Gesetzesdelegation unterschieden.[1610]

Grundlegend kann zwischen der vertikalen und der horizontalen Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen unterschieden werden. Eine vertikale Gesetzesdelegation liegt vor, wenn das übergeordnete Gemeinwesen die Gesetzgebungsbefugnis an das untergeordnete Gemeinwesen überträgt.[1611] In horizontaler Weise erfolgt eine Gesetzesdelegation vom Gesetz- auf den Verordnungsgeber derselben hierarchischen Stufe, also i.d.R. von der Legislative an die Exekutive.[1612] Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen von der Legislative an die Exekutive stellt die überwiegende Mehrheit aller

1608 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 364 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1024 ff.; MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155; a.M. und deshalb kritisch zum Begriff der Gesetzesdelegation: MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 406 ff. m.w.H.

1609 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1833; MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 222; BJ, Gesetzgebungsleitfaden, S. 190 f.; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 509; grundsätzlich ablehnend betreffend die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private allerdings ERRASS, S. 327 f.

1610 Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den unterschiedlichen Formen der Gesetzesdelegation ist aber nicht immer möglich (und zum Teil überschneiden sie sich auch). Von Interesse ist denn auch weniger die dogmatische Zuordnung zu einer bestimmten Form, sondern die Voraussetzungen, die an eine konkrete Gesetzesdelegation gestellt werden.

1611 Nach dem klassischen Aufbau des schweizerischen Bundesstaates bedeutet dies eine Delegation vom Bund auf den Kanton oder vom Kanton auf die Gemeinden.

1612 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 364; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1020 ff., versteht unter dem Begriff der Gesetzesdelegation nur die horizontale, nicht aber die vertikale Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen; die horizontale Gesetzesdelegation ist aber auch an die Judikative oder an das Parlament (ohne Beteiligung des Stimmvolkes) möglich, TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1599.

Fälle dar.[1613] Daneben werden auch noch die Subdelegation, d.h. die Weiterdelegation einer bereits übertragenen Rechtssetzungsbefugnis,[1614] und die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnisse auf öffentlich-rechtliche Organisationsformen ausserhalb der Zentralverwaltung oder auf Private[1615] als eigenständige Delegationsformen genannt.

Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen wird heute grundsätzlich als zulässig erachtet. Was genau darunter zu verstehen ist bzw. was die Autoren darunter verstehen, divergiert indes stark.[1616] Insbesondere in welchem Umfang die dezentralisierten Verwaltungsträger (ausgenommen die Gemeinden), tatsächlich rechtssetzend tätig sein können, steht demzufolge immer wieder zur Diskussion.[1617] Im Bereich der Stromversorgung stellt(e) sich mit Blick auf die gesetzlich vorgeschriebenen Selbstregulierungsnormen, welche durch die Branchenteilnehmer zu erlassen sind, insbesondere die Frage, ob es sich dabei um eine Gesetzesdelegation handelt, und somit nach der Rechtsnatur der so erlassenen Normen.[1618] Aber auch die Frage, ob einzelne Netzbetreiber mit Rechtssetzungsbefugnissen ausgestattet werden können, ist vorliegend von besonderem Interesse.[1619]

1613 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1599.

1614 BGE 141 II 169, E. 3.5 S. 173; die Subdelegation kann sowohl in Fällen der horizontalen als auch in Fällen der vertikalen Gesetzesdelegation erfolgen. Ebenso kann es sich bei der Subdelegation selbst um eine vertikale oder horizontale Delegation handeln. Meist wird der Begriff allerdings nur für die Weitergabe von Rechtssetzungsbefugnissen innerhalb der Verwaltungshierarchie verwendet, vgl. etwa BGE 118 Ia 245, E. 3 c) ff. S. 249 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1875 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 374a.

1615 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 365; BRUNNER, S. 26 und 60 f., unterscheidet anhand der Rechtsgrundlage des rechtssetzenden Organs zwischen solchen, die auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage bzw. einem staatlichen Entscheid beruhen (z.B. Anstalten), und auf dem Privatrecht basierenden Organisationsformen.

1616 Vgl. nur ERRASS, S. 251; oft beschränkt sich die Diskussion zudem auf die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive oder an untergeordnete Gemeinwesen sowie die Subdelegation an untergeordnete Verwaltungseinheiten. Dies aus gutem Grund: Sie stellen die überwiegende Mehrheit aller Fälle dar und weisen eine gefestigte Praxis auf. Demgegenüber beschränken sich die Ausführungen zur Gesetzesdelegation an dezentrale Verwaltungsträger, welche keine Gemeinden sind, und auf Private meist auf die Feststellung, dass diese in begrenztem Rahmen grundsätzlich zulässig, aber – vor allem bei Privaten – heikel sei. Alles Weitere in diesem Zusammenhang bleibt aber – mit wenigen Ausnahmen – wenig konkret, illustrativ etwa die Ausführungen bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 120 f., 374a und 1839; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 164 Rz. 11; vgl. auch BRUNNER, S. 99, welche festhält, dass die Vorstellung der Rechtssetzung durch Organe ausserhalb des staatlichen Gefüges oft besonders schwerfalle.

1617 Vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 323 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1886 ff.

1618 Vgl. dazu §§ 6 IV. 4. b) und 16 III. 3. e) (iii).

1619 Vgl. dazu § 16 III. 3. e).

b) Problematik der Gesetzesdelegation

Aus *rechtsstaatlicher* Sicht steht die Gesetzesdelegation in einem Spannungsverhältnis zu einigen grundlegenden Prinzipien des schweizerischen Rechtsstaates.[1620] Im Falle der horizontalen Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive bedeutet die Gesetzesdelegation stets auch eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips. Bei der Delegation von Rechtssetzungskompetenzen auf Private wird das staatliche Rechtssetzungsmonopol zwar nicht aufgehoben, aber die demokratische Mitwirkung vermindert.[1621] Im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip gesehen, kann die Gesetzesdelegation mit den Anforderungen an den Rechtssatz (Normstufe) in Konflikt geraten. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist die Gesetzesdelegation deshalb immer ein wenig heikel.[1622] Unter rein demokratischen Aspekten beruhte somit jeder Rechtssatz idealerweise auf einem im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommenen Erlass der Legislative.[1623]. Dass auch Private am staatlichen Rechtssetzungsprozess beteiligt werden, ist für sich genommen noch wenig problematisch und sogar begrüssenswert. Die Rechtsnormen erfahren dadurch eine breiter abgestützte demokratische Legitimation und die vorgängige Beteiligung betroffener Kreise kann der Akzeptanz mitunter sehr zuträglich sein.[1624] Anders verhält es sich bei der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an Private, welche die rechts-

1620 BRUNNER, S. 107 f.

1621 BRUNNER, S. 60.

1622 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1156; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1026; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 367; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 532.

1623 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1024 f.; a.M. wohl MÜLLER, Rechtssetzung, Rz. 230 f.; die Belassung der alleinigen Gesetzgebungsgewalt bei der Legislative ist im modernen Staat allerdings kaum zu bewerkstelligen: Zu umfangreich ist der Regelungsbedarf und zu schnell ändern sich die Umstände, als dass die Legislative auf dem schwerfälligen Weg der Gesetzgebung ihrem Auftrag nachkommen könnte. Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen – vorwiegend an die Exekutive und untergeordnete Gemeinwesen – stellt somit eine Notwendigkeit dar, vgl. zum Ganzen TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1024 ff.; diese Konsequenz gilt zumindest, wenn man das heutige Staatsverständnis als Massstab nimmt, in welchem der Staat eine Vielzahl an Leistungen erbringt und nicht mehr nur «Nachtwächter» ist. Gleichzeitig wird aber seit langer Zeit eine eigentliche «Regelungsflut» beklagt, welcher auch durch Liberalisierungs- und Deregulierungsbemühungen kaum beizukommen ist bzw. durch diese teils gar verstärkt wird. Ein liberaler Staat bedeutet deshalb nicht zwangsläufig ein Weniger an Rechtserlassen; zu den Erwartungen an Staat und Rechtssetzung im Wandel der Zeit vgl. auch MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 9 ff.; KERN, Versorgungspflichten, S. 1 f.

1624 ELSER, S. 121 f., welcher gleichzeitig aber auch auf die Gefahren hinweist; BRUNNER, S. 30.

staatlichen Prinzipen zweifelsohne auf den Prüfstand stellt.[1625] Dennoch: Dass Normen nicht (nur) durch den Staat erlassen werden (können), ist keine Erfindung der Neuzeit. Die Thematik hat aber insbesondere im Zusammenhang mit den Liberalisierungstendenzen in den 90er-Jahren wieder an Bedeutung gewonnen.[1626] In *verfassungsrechtlicher* Hinsicht wurde allerdings immer wieder Kritik an der Gesetzesdelegation laut.[1627] Die herrschende Lehre und das Bundesgericht anerkennen dementgegen die prinzipielle Möglichkeit einer Gesetzesdelegation.[1628]

Im Bereich der Stromversorgung gebietet die hohe Technizität der Materie gar beinahe zwangsläufig den Einbezug der von der Gesetzgebung betroffenen Akteure, will man nicht Gefahr laufen, an den tatsächlichen Gegebenheiten vorbeizulegiferieren. Hingegen erscheint die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf die Träger von öffentlichen Aufgaben in der Stromversorgung, namentlich auf die teils privaten Netzbetreiber, aus demokratischer bzw. rechtsstaatlicher Sicht fraglos kritischer. Darauf wird aber noch zurückzukommen sein.[1629]

c) Grundsätze und Schranken bei der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen

(i) Im Allgemeinen

Die Delegationsgrundsätze für die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive (*horizontale Delegation*) fussen auf der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches diese im Laufe der Zeit entwickelt hat.[1630]

1625 Vgl. auch MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 532.

1626 Eine Übersicht zur Rechtssetzung durch Private findet sich etwa bei MARTI, Aufgabenteilung, S. 1154 ff.; vgl. ferner BRUNNER, S. 114.

1627 Organisationsrechtlich betrachtet, stellt die Übertragung der Rechtssetzung eine Kompetenzausscheidung dar. Indem das gemäss Verfassung rechtssetzungskompetente Organ seine Befugnis überträgt, findet gleichermassen ein Eingriff in die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung statt, vgl. insb. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 231 f. bzw. MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 406 f. m.w.H. und Fn. 963; zudem ERRASS, S. 242 ff.; ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 375 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1872; TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 164 Rz. 9; BRUNNER, S. 99 ff.

1628 Vgl. statt aller HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1872.

1629 Vgl. § 16 III. 3. e) (iii).

1630 Mit der Revision der Bundesverfassung wurde die bundesgerichtliche Praxis schliesslich in Rechtsform gegossen. Art. 164 Abs. 2 BV hält seither für die Bundesebene fest, dass Rechtssetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden können, sofern kein verfassungsmässiger Ausschluss besteht. An den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen änderte sich dadurch jedoch nichts, TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1028 und 1035; MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155.

Sie stellen bundesrechtliche Minimalanforderungen[1631] an die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation dar, die sowohl für den Bund als auch für die Kantone gleichermassen massgebend sind.[1632] Gedanklich bauen die Grundsätze auf dem Prinzip der Gewaltenteilung auf.[1633] Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive[1634] ist demnach *von Bundesrechts wegen* im Allgemeinen zulässig, wenn sich diese (1.) aus der anwendbaren Verfassung (Bundes- oder Kantonsverfassung) ergibt oder durch diese zumindest nicht ausgeschlossen ist, (2.) die Delegation durch ein Gesetz im formellen Sinne erfolgt, (3.) auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Gebiet beschränkt ist und (4.) das formelle Gesetz die Grundzüge der Regelung selbst enthält, sofern ein schwerwiegender Eingriff in die Rechtsstellung eines Einzelnen stattfindet.[1635] Aufgrund der bundesgerichtlichen Delegationsgrundsätze werden horizontale Blankodelegationen untersagt. Alle wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen bedürfen dementsprechend einer hinreichend konkreten formell-gesetzlichen Grundlage.[1636] Dem Gesetzgeber kommt bei der Entscheidung, was ins Gesetz gehört, jedoch ein erheblicher Ermessensspielraum zu.[1637] Von Bedeutung sind die Delegationsgrundsätze lediglich für die gesetzesvertretenden und die unselbständigen Verordnungen. Nur bei gesetzesvertretenden Verordnungen kann der Verordnungsgeber eigenständig neue Rechte und Pflichten begründen, weshalb hier die Delegationsgrundsätze eingehalten werden müssen.[1638] Durch Vollzie-

1631 Das kantonale (Verfassungs-)Recht kann neben den bundesrechtlichen Minimalanforderungen weitergehende Voraussetzungen aufstellen oder die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen auch gänzlich ausschliessen, TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1030; von Bundesrechts wegen ist es hingegen nicht erforderlich, dass die kantonale Verfassungsordnung für den Erlass von formellen Gesetzen eine Volksabstimmung vorsieht, BGE 118 Ia 245, E. 3 b) S. 248; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1021.

1632 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1034.

1633 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1020.

1634 Dieselben Kriterien kommen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch dann zur Anwendung, wenn der kantonale Gesetzgeber Rechtssetzungsbefugnisse direkt einer *Verwaltungsbehörde* überträgt, vgl. BGE 118 Ia 245, E. 3 b) S. 247 f.

1635 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1029.

1636 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1027.

1637 Die Nähe der Delegationsprinzipien zum Legalitätsprinzip wie auch zu den in Art. 36 BV festgehaltenen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe ist augenfällig; zum Inhalt des Legalitätsprinzips vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1582; zum Verhältnis der Delegationsnormen zu Art. 36 BV vgl. DERS., § 27 Rz. 32; zum unklaren Verhältnis der Delegationskriterien zum Erfordernis, dass wichtige Bestimmungen ins Gesetz gehören, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 377; zum Verhältnis der Gesetzesdelegation zu offenen Rechtsnormen vgl. DIES., Rz. 394.

1638 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1025 f. und 1664.

hungsverordnungen können hingegen keine grundlegend neuen Rechte und Pflichten begründet, sondern nur gesetzlich vorgesehene Inhalte konkretisiert werden.[1639] Vollziehungsverordnungen schaffen deshalb kein neues, eigenständiges Recht. Es handelt sich folglich auch nicht um eine Form der Gesetzesdelegation.[1640] Gleichwohl wird auch beim Erlass von Vollziehungsverordnungen Rechtssetzung betrieben, handelt es sich dabei doch um materielles Recht.[1641] Selbständige Verordnungen können schliesslich bereits aufgrund einer verfassungsrechtlichen Grundlage durch die Exekutive geschaffen werden. Auf Bundesebene gilt dies insbesondere auch für Vollziehungsverordnungen des Bundesrates, welche keine explizite Grundlage im Gesetz benötigen (Art. 182 Abs. 2 BV).[1642]

Keine besonders strengen Anforderungen werden von der Rechtsprechung und Lehre an die *vertikale (föderalistische) Delegation* von Rechtssetzungsbefugnissen gestellt. Aus rechtsstaatlicher Sicht führt sie kaum zu Bedenken.[1643] Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen vom Bund an die Kantone ist folglich an keine bestimmten Schranken gebunden.[1644]. Im Rahmen einer vertikalen Gesetzesdelegation können dem untergeordneten Gemeinwesen somit weitgehende Rechtssetzungskompetenzen übertragen werden.[1645]

Zur *Subdelegation* lassen sich der Bundesverfassung keine Bestimmungen entnehmen und deshalb auch keine grundsätzlichen Minimalanforde-

1639 BGE 141 II 169, E. 3.3 S. 172.

1640 Zum Problem der Abgrenzung zwischen Vollziehungsverordnungen und gesetzesvertretenden Verordnungen MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Fn. 961 m.w.H.; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1664; WIEDERKEHR, Rz. 68.

1641 Offengelassen durch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1890; nach anderer Meinung handelt es sich dabei funktional aber um Verwaltung, vgl. ERRASS, S. 230 f.; aber gl.M. DERS., S. 271.

1642 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 369; TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 164 Rz. 37.

1643 Die vertikale Delegation greift weder in das Prinzip der Gewaltenteilung noch in den Grundsatz der Referendumsdemokratie ein (BGE 127 I 60, E. 2 d) S. 65) und verträgt sich mit der föderalistischen Staatsauffassung der Schweiz (TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 802).

1644 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 805 ff.; immerhin darf der Bund nicht ganze Aufgaben oder grundlegende Kompetenzen an die Kantone übertragen, vgl. DERS., Staatsrecht, § 21 Rz. 15 f.; die Gesetzesdelegation vom kantonalen auf den kommunalen Gesetzgeber muss aber immerhin kantonsverfassungsrechtlich vorgesehen sein, BGE 127 I 60, E. 2 d) S. 65.

1645 Vgl. auch BGE 104 Ia 336, E. 4 b) S. 340, in welchem das Bundesgericht die föderalistische Delegation nicht als Delegation im eigentlichen Sinne, sondern als Kompetenzausscheidung zwischen Kanton und Gemeinden bezeichnete.

rungen für die Subdelegation herleiten.[1646] Inwiefern der Bundesrat Rechtssetzungsbefugnisse an Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung übertragen darf, kann an dieser Stelle offenbleiben.[1647] Auf kantonaler Ebene richten sich die Voraussetzungen der Subdelegation nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mangels bundesverfassungsrechtlicher Minimalanforderungen sodann primär nach dem kantonalen Recht.[1648] Trotzdem fordert das Bundesgericht zusätzlich, dass die für die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive entwickelten bundesrechtlichen Voraussetzungen auch bei der Subdelegation einzuhalten sind.[1649] Einzelfallweise sei sodann noch zu prüfen, ob sich die Subdelegation im Rahmen der formell-gesetzlichen Bestimmungen bewege.[1650] Eine explizite Ermächtigung für die Subdelegation im delegierenden Gesetz – wie von Teilen der Lehre gefordert – ist laut Bundesgericht hingegen nicht erforderlich, wenn der entsprechende Verwaltungsträger bereits aufgrund der verfassungs- bzw. organisationsrechtlichen Kompetenzordnung überhaupt dazu befugt ist, rechtssetzend tätig zu werden. Da sich die Subdelegation in diesem Fall bereits auf die vorgegebene Kompetenzordnung stützen könne, handle es sich auch nicht mehr um eine *«‹Gesetzesdelegation› im eigentlichen*

1646 BGE 141 II 169, E. 3.5 S. 173; BGE 118 Ia 245, E. 3 c) S. 250; für den Bund sieht das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) immerhin Vorgaben für die Subdelegation durch den Bundesrat an die Departemente und Ämter vor. Gemäss Art. 48 Abs. 1 RVOG kann der Bundesrat die Zuständigkeit zum Erlass von Rechtssätzen auf die Departemente übertragen (vgl. dazu SÄGESSER, RVOG, Art. 48 Rz. 5 ff.). Für die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die Ämter ist gemäss Art. 48 Abs. 2 RVOG hingegen eine explizite Ermächtigung durch ein Bundesgesetz erforderlich (vgl. dazu SÄGESSER, RVOG, Art. 48 Rz. 5 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 75; ferner BRUNNER, S. 106 zum alten Recht).

1647 Auf die Rechtssetzungsbefugnisse dezentraler Verwaltungsträger des öffentlichen Rechts und Privater ist sogleich gesondert einzugehen; nach SÄGESSER, RVOG, Art. 48 Rz. 6, richtet sich die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an verwaltungsexterne Organe nach Art. 2 Abs. 4 RVOG, da es sich bei der Rechtssetzungstätigkeit ebenfalls um eine Verwaltungsaufgabe handle; immerhin besteht in diesem Zusammenhang aber Anlass zu zwei Bemerkungen: Erstens dem Hinweis auf die in Lehre und Rechtsprechung oft ungenügende Unterscheidung zwischen Aufgabenübertragung und Gesetzesdelegation. Zweitens dem Hinweis auf die ebenso oft getroffene wie falsche Annahme, dass mit der Aufgabenübertragung zugleich Rechtssetzungsbefugnisse einhergehen würden.

1648 BGE 118 Ia 245, E. 3 c) S. 250, dabei spricht das Bundesgericht allerdings etwas unglücklich mal vom anwendbaren «Verfassungsrecht», mal von der einschlägigen «Kompetenzordnung» und mal vom jeweiligen «Organisationsrecht».

1649 BGE 118 Ia 245, E. 3 c) S. 250.

1650 Oder mit den Worten des Bundesgerichts: *«ob die in Frage stehende Subdelegation mit Wortlaut und Sinn der einschlägigen höherstufigen Vorschriften vereinbar ist»*, BGE 118 Ia 245, E. 3 c) S. 250 f.

Sinn». Einer allfällig trotzdem vorhandenen Delegationsnorm kommt demnach nur mehr eine deklaratorische Bedeutung zu.[1651] Damit unterscheiden sich die Voraussetzungen der Subdelegation nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht grundsätzlich von den Delegationsvoraussetzungen, welche im Zusammenhang mit der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive entwickelt wurden.[1652]

(ii) In Bezug auf die Delegation an dezentrale Verwaltungsträger und Private im Besonderen

Betreffend die Grundsätze und Schranken der Gesetzesdelegation (inkl. der Subdelegation) an dezentrale Verwaltungsträger und Private kann nicht von einer etablierten Lehre und Praxis gesprochen werden.[1653] Dies beginnt bereits bei der uneinheitlichen Terminologie in der Literatur und Rechtsprechung, wodurch oft verschiedene Sachverhalte unter denselben Titel subsumiert oder diese miteinander vermischt werden. Selten nur wird zudem zwischen Bundesebene und kantonaler Ebene unterschieden.[1654] Häufig werden schliesslich die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Gesetzesdelegation einander gleichgesetzt, oder es bestehen Differenzen in der Verwendung und dem Verständnis der Begriffe «öffentliche Aufgabe» und «Verwaltungsaufgabe», «Vollzug»[1655] und gar «Rechtssetzung»[1656]. Inwiefern Rechtssetzungsaufgaben auf dezentrale Verwaltungsträger und Private übertragen werden können sollen, hängt somit stark vom Verständnis des jeweiligen Autors ab, was überhaupt als Recht gilt.[1657] Es gelingt deshalb oft kaum oder nur mit Mühe, den Quellen befriedigende Aussagen zur Fragestellung zu entnehmen.

Die Mehrheit der Lehre scheint jedenfalls dem Grundsatz nach dafürzuhalten, dass Rechtssetzungsaufgaben sowohl auf Bundesebene wie auch auf kantonaler Ebene an *dezentrale Verwaltungsträger* übertragen werden kön-

1651 BGE 118 Ia 245, E. 3 c) S. 250.

1652 Immerhin muss sich auch das subdelegierende Organ für die Weiterübertragung seiner Rechtssetzungsbefugnisse auf eine formell-gesetzliche Grundlage abstützen können, die sich aber auch aus einem allgemeinen Organisationserlass ergeben kann.

1653 So auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 374a.

1654 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 374a.

1655 Vgl. etwa die Ausführungen bei MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155, wonach gemäss Art. 178 Abs. 3 BV zwar öffentliche Aufgaben auf Private übertragen werden könnten, aber nur solche, die Verwaltungsaufgaben darstellten; vgl. zur Rechtssetzung im Vollzug insb. auch BRUNNER, S. 65 ff. und 120 ff.

1656 Etwa dann, wenn der Verweis auf private Normen als Form der Rechtssetzung durch Private betrachtet wird.

1657 So auch bereits ERRASS, S. 251.

nen. Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen wird zudem oft im Zusammenhang mit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben bzw. Verwaltungsaufgaben gesehen.[1658] Nach diesem Verständnis begrenzen die Aufgaben dann gleichzeitig auch die Rechtssetzungsbefugnisse in sachlicher Hinsicht (Grundsatz der Spezialität).[1659] Mehrheitlich wird zudem vertreten, dass mit der Gesetzesdelegation lediglich die Kompetenz zum Erlass untergeordneter Rechtsnormen auf Verordnungsstufe übertragen werden kann. Die Meinungen über das Ausmass der so übertragbaren Rechtssetzungsbefugnisse variieren indes. Ob dezentralisierte Verwaltungsträger der Art nach nur Verwaltungsverordnungen, Vollziehungsverordnungen oder auch gesetzesvertretende Verordnungen erlassen können, wird unterschiedlich beurteilt.[1660] Je nachdem, welcher Auffassung der Vorzug gegeben wird, können sich der Umfang und die Wirkung solcher Normen somit unterscheiden. Blankoermächtigungen werden aber generell als unzulässig erachtet.[1661] Auffallend ist zudem, dass die Vorbehalte gegenüber Rechtssetzungsbefugnissen von öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, namentlich Körperschaften[1662] und Anstalten, geringer zu sein scheinen als gegenüber Privaten; es wird dann oft auch von der Autonomie der öffentlich-rechtlichen

1658 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 120 f. und 1833; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 118 f.; BIAGGINI, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 178 Rz. 29; BJ, Gesetzgebungsleitfaden, S. 252 f.; vgl. aber auch ERRASS, S. 229 ff. und 259 ff., welcher eine Übertragung von eigentlichen Rechtssetzungsbefugnissen im Sinne von gesetzesvertretenden Verordnungen an Private auf Bundesebene ausschliesst, aber immerhin den Erlass von Vollziehungsverordnungen durch Private für möglich hält. Auf kantonaler Ebene sei die Frage indes anhand des kantonalen Verfassungsrechts zu beantworten.

1659 In diesem Sinne etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 330; JAAG, Verordnung, S. 637.

1660 Nach einer Auffassung können auf Bundesebene nur Verwaltungsaufgaben, nicht aber Rechtssetzungsaufgaben übertragen werden. Es wird aber die Meinung vertreten, dass damit auch rein vollziehende Normsetzungsbefugnisse auf Verordnungsstufe einhergehen, was aber keine Rechtssetzung im eigentlichen Sinn, sondern funktional Verwaltung bzw. Vollzug sei, vgl. ERRASS, S. 229 ff.; ferner TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 791; zum Teil wird auch die Auffassung vertreten, dass Private zwar kein Recht, aber dennoch Weisungen bzw. Regeln von untergeordneter Bedeutung erlassen dürften (vgl. dazu etwa die Hinweise bei BRUNNER, S. 121). Da die entsprechenden Normen aber bloss privatrechtlicher Natur wären, dürfte es dann freilich an deren Verbindlichkeit fehlen.

1661 KERN, S. 39.

1662 Eine Ausnahme stellen nach einhelliger Meinung die Gemeinden dar. Bei diesen gilt es zwischen den ihnen übertragenen und den eigenen, selbstgewählten Aufgaben zu unterscheiden. Während im Bereich der übertragenen Aufgaben die Autonomie anhand des Sachgesetzes bestimmt wird und der Grundsatz der Spezialität gilt, sind die Gemeinden bei den selbstgewählten bzw. originären Aufgaben grundsätzlich frei, (im Rahmen des übergeordneten Rechts) Recht zu setzen (sog. Allzuständigkeit), vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 210; die konkrete Ausgestaltung der Gemeinden richtet sich nach kantonalem Verfassungs- und allenfalls Gesetzesrecht, vgl. BGE 143 I 272, E. 2.3.1 S. 278.

Organisationsformen nach Massgabe der sachgesetzlichen Regelung gesprochen und nicht von der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen.[1663] Gleichzeitig scheint den öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten aber auch eine grundsätzliche Regelungsbefugnis für die sie betreffenden Rechtsverhältnisse durch den Erlass von (Anstalts-)Verordnungen, Benutzungsordnungen, Hausordnungen oder dergleichen attestiert zu werden. Die Rechtsnatur solcher Normen ist kontrovers – ob es sich dabei um Rechtsnormen handelt, wird unterschiedlich gesehen.[1664]

Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich, wenn öffentlich-rechtlichen Organisationsformen durch das entsprechende Sachgesetz die Autonomie zugestanden wird, ihre Angelegenheiten weitestgehend eigenständig in verbindlicher Weise zu regeln, um eine Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen. So verstandene Autonomie umfasst demnach auch die Befugnis zum Erlass eigener Rechtsnormen.[1665]

In Bezug auf die Möglichkeit zur Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an *Private* gelingt es schliesslich kaum noch, einen Überblick über die *(Lehr-)Meinungen* zu behalten.[1666]

Dabei scheint aber die Mehrheit der Lehre davon auszugehen, dass Private, die Träger öffentlicher Aufgaben sind,[1667] grundsätzlich mit bestimmten Rechtssetzungsbefugnissen betraut werden können. Ob solche Private jedoch nur untergeordnete, d.h. den Gesetzesinhalt konkretisierende Vollzugsnormen[1668] bzw. Ausführungsbestimmungen[1669] erlassen dürfen oder auch über weitreichendere Rechtssetzungskompetenzen auf Verordnungs-

1663 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 117 ff., 1648, 1669 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 184 ff., 206 ff. und 323 ff.; KERN, S. 39; BRUNNER, S. 60 f.

1664 Vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 323 ff.; TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 791; nach HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1670, handelt es sich bei den entsprechenden Anstaltsverordnungen um Rechts- oder Verwaltungsverordnungen, womit die Anstalt u.U. selbst rechtssetzend tätig wird; nach WELTERT, S. 430, richtet sich die Rechtsnatur solcher Bestimmungen danach, ob die Anstalt kraft einer formell-gesetzlichen Grundlage zur Rechtssetzung ermächtigt ist.

1665 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz 1670; in diesem Sinne auch KERN, S. 39; anders verhielte es sich, wenn die Verfassung originäre Rechtssetzungsbefugnisse zuweisen würde, vgl. auch ERRASS, S. 272.

1666 Zu diesem ernüchternden Schluss kam bereits BRUNNER, S. 139, im Jahr 1982, als sie festhielt, dass sich keine eindeutigen Rechtssetzungsbefugnisse Privater feststellen liessen und viele Unklarheiten und Ungereimtheiten bestünden.

1667 Oft auch als «Beliehene» bezeichnet.

1668 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 121 und 1833; ERRASS, S. 229 ff.; ferner zum Inhalt der Vollzugsnormen HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1890; GÄCHTER, § 22 N 18 ff.

1669 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 245 und 323 ff.

stufe[1670] (gesetzesvertretende Verordnungen[1671]) verfügen können und, wenn ja, unter welchen Bedingungen[1672], ist wiederum strittig. Teile der Lehre vertreten zudem die Ansicht, dass unter dem Begriff Verwaltungsaufgaben bei weiter Auslegung auch Rechtssetzungsbefugnisse verstanden werden könnten, weshalb sich auf Bundesebene neben Art. 164 Abs. 2 BV auch Art. 178 Abs. 3 BV als Grundlage für die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private eigne. Diese Rechtssetzungsbefugnisse seien aber auf *«rein sekundäre Regelungen»* bzw. gesetzesvollziehende Verordnungen beschränkt; der Spielraum der Gesetzesdelegation an Private sei daher gering.[1673] Auch wenn die grundsätzliche Möglichkeit zum Erlass (untergeordneter) Rechtsnormen durch Private tendenziell bejaht wird, wird im selben Atemzug oft gleich wieder die Frage aufgeworfen, ob es sich bei von Privaten erlassenen Normen wirklich um Rechtsnormen handle oder ob diese nicht viel

1670 In diesem Sinne wohl WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 14 f.; nach ERRASS, S. 242 ff. und 250 ff., kann die Kompetenz zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungen auf Bundesebene nur an den Bundesrat und das Parlament übertragen werden, da die Bundesverfassung die Empfänger solcher Kompetenzen abschliessend bestimme.

1671 WIEDERKEHR, Rz. 80, welcher die Gesetzesdelegation an Private als zulässig erachtet (in der alten Auflage [Rz. 68] noch explizit gestützt auf Art. 164 Abs. 2 BV); a.M. TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 164 Rz. 35; nach wiederum anderer Meinung richten sich die Übertragungsmöglichkeiten auf Private aber nach Art. 178 Abs. 3 BV und beschränken sich somit auf Verwaltungs- bzw. Vollzugsaufgaben. Rechtssetzungsbefugnisse könnten demnach nicht übertragen werden, vgl. dazu etwa den Hinweis bei SÄGESSER, RVOG (1. Aufl.), Art. 2 Rz. 130, neu aber weniger deutlich SÄGESSER, RVOG, Art. 2 Rz. 90; nochmals a.M. aber BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 178 Rz. 24, welcher abschliessend festhält, dass der Spielraum bei der Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen an Private so oder anders gering sei.

1672 Nach MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 515 f., 520, und 532, kann das Verfassungsrecht Private auch zum Erlass wichtiger Normen ermächtigen; ferner MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155; nach BRUNNER, S. 140 und 148 f., ist grundsätzlich sowohl eine verfassungsmässige als auch eine gesetzliche Grundlage erforderlich.

1673 BIAGGINI, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 178 Rz. 29; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 515 f., 520 und 532; ERRASS, S. 231, welcher den Erlass von Vollziehungsverordnungen aber nicht als Rechtssetzung im eigentlichen Sinne, sondern als Verwaltung versteht; vgl. auch TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 164 Rz. 35, welcher sich in der Vorauflage aber noch deutlich ablehnender äusserte und dort eine Gesetzesdelegation auf Private gestützt auf Art. 164 Abs. 2 BV als nicht möglich und gestützt auf Art. 178 Abs. 3 BV nur dann als denkbar erachtete, *«wenn man den Begriff der ‹Verwaltungsaufgaben› strapazieren will»* (TSCHANNEN, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 164 Rz. 33); vgl. ferner auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1890; Nach BRUNNER, S. 123 ff. und 147 f., beinhalte die Übertragung von Vollzugskompetenzen an Private u.U. auch gewisse Rechtssetzungsbefugnisse. Diese könnten indes nicht umfassender sein als diejenigen der Exekutive, weshalb Private nur unwichtige Normen erlassen könnten, d.h. weniger wichtige als die Exekutive und wohl auch als die Departemente. Aus demokratischer Sicht sei es ausserdem zu vermeiden, dass Private Regelungen aufstellen, die sie selbst betreffen würden.

eher als Verwaltungsverordnungen[1674] oder private (Selbstregulierungs-) Normen[1675] zu qualifizieren seien.

Fasst man hingegen zusammen, welche Voraussetzungen die heute herrschende Lehre an die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an dezentrale Verwaltungsträger des öffentlichen Rechts und an Private stellt, kommen im Ergebnis wieder etwa dieselben Anforderungen zusammen, welche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch für die Gesetzesdelegation an die Exekutive gelten.[1676] In erster Linie bestimmt somit das massgebende Verfassungsrecht, inwiefern eine Übertragung an dezentrale Verwaltungsträger möglich ist.[1677]

Unterschiedlich Forderungen werden aber hinsichtlich der Frage geäussert, ob dazu eine explizite Ermächtigung durch die Verfassung bestehen muss[1678] oder ob es (im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) ausreicht, wenn das anwendbare Verfassungsrecht die Delegation zumindest nicht ausschliesst.[1679] Einigkeit besteht hingegen darüber, dass die Übertragung der Rechtssetzungskompetenzen in einem formellen Gesetz seine Grundlage finden muss und dass der Gesetzgeber die wichtigen Bestimmun-

1674 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1839.

1675 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 510 ff.; nach ELSER, S. 133 f., führt auch das staatliche Handlungsinstrument der regulierten Selbstregulierung dazu, dass Rechtssetzungsaufgaben auf Private übertragen werden. Sofern die Selbstregulierungsorgane gesetzlich zur Selbstregulierung verpflichtet seien, würden sie staatliche Aufgaben wahrnehmen. Private würden auf diese Weise in die staatliche Aufgabenerfüllung einbezogen, indem ihnen der Staat Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsbefugnisse übertrage. Der Begriff der Selbstregulierung sei daher missverständlich, wenn nicht gar irreführend. Funktionell handelten die Privaten bei der regulierten Selbstregulierung als Staat, weshalb es sich um einen Fall der Beleihung handle. Beauftrage der Staat Private damit, allgemein verbindliche Regeln zu erlassen, handle es sich dabei um staatliche Rechtssetzung.

1676 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155; BRUNNER, S. 107 f. und 140 ff.; BJ, Gesetzgebungsleitfaden, S. 193 und 252 f.; eine Ausnahme besteht aber übereinstimmend für die Delegation an Gemeinden, für welche als Form der vertikalen Delegation andere Voraussetzungen gestellt werden.

1677 ERRASS, S. 272; BGE 118 Ia 245, E. 3 b) S. 247.

1678 So äussert etwa MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155, sein Erstaunen, dass bei der Revision der Bundesverfassung keine Bestimmung aufgenommen wurde, welche sich explizit mit der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Private befasst, obschon diese Frage bereits seit längerer Zeit zunehmend Anlass zum Diskurs bot; demgegenüber vertritt ERRASS, S. 252, die Haltung, dass die Bundesverfassung sich klar dazu äussert: indem sie die Privaten gerade nicht erwähnt, seien diese als Delegationsempfänger ausgeschlossen.

1679 Vgl. etwa BJ, Gesetzgebungsleitfaden, S. 190 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1839; nach MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155, ist hingegen keine verfassungsmässige Grundlage erforderlich; zum (früheren) Diskurs über die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation unter der Geltung der alten Bundesverfassung vgl. BRUNNER, S. 99 ff.

gen und Grundzüge der Materie selbst vorzugeben hat.[1680] Verschiedene Autoren verlangen zudem, dass die von dezentralen Verwaltungsträgern erlassenen Rechtssätze noch weitere Voraussetzungen zu erfüllen haben, wie etwa eine (vorgängige) Genehmigung bzw. Aufsicht durch den Staat[1681] oder eine Publikation.[1682]

Das *Bundesgericht* äusserte sich zu dem Thema in der Vergangenheit wie folgt: In Bezug auf die Rechtssetzungsbefugnisse dezentraler Verwaltungsträger des öffentlichen Rechts richten sich die Delegationsvoraussetzungen – abgesehen vom bundesrechtlichen Minimum[1683] – nach dem kantonalen Verfassungsrecht.[1684] Das kantonale Verfassungsrecht kann auch anderen Institutionen als der Legislative und den Gemeinden, wie etwa öffentlich-rechtlichen Anstalten, originäre Rechtssetzungsbefugnis zuweisen. Damit geht ein gewisser Autonomiebereich einher, der wohl auch zum Erlass von wichtigen Rechtsnormen ermächtigt.[1685] Es handelt sich dann aber nicht um einen Fall der Gesetzesdelegation. Werden öffentlich-rechtliche Anstalten derivativ mit Rechtssetzungsbefugnissen ausgestattet, können sie – in Nachachtung des verfassungsrechtlich garantierten Gewaltenteilungsprinzips, welches die Einhaltung der in der Kantonsverfassung festgelegten Kompetenzordnung garantiert[1686] – nur weniger wichtige Rechtsnomen erlassen.[1687]

1680 BJ, Gesetzgebungsleitfaden, S. 190 und 252 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 14; TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 164 Rz. 34 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1890; MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155; BRUNNER, S. 122, 140 und 148; ERRASS, S. 259 ff.

1681 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155; ERRASS, S. 268.

1682 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 516 f.; ERRASS, S. 270 f.

1683 D.h., «*wenn sie nicht durch das kantonale Recht ausgeschlossen ist, sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selbst enthält, soweit sie die Rechtsstellung der Bürger schwerwiegend berührt*», BGE 118 Ia 245, E. 3 b) S. 247 f.; BGE 128 I 113, E. 3 c) S. 121 f.

1684 BGE 118 Ia 245, E. 3b S. 247 f.; BGE 128 I 113, E. 2 c) S. 116.

1685 BGE 128 I 317, E. 2.2.3 S. 323, betreffend die Rechtssetzungsbefugnisse einer Kirchgemeinde im Zusammenhang mit der Festlegung einer Abgabe (Kirchensteuer), welche verfassungsrechtlich dazu ermächtigt war; vgl. aber auch BGE 118 Ia 245, E. 3 a) ff. S. 247 ff., bei welchem allerdings der Regierungsrat Rechtssetzungsbefugnisse an Berufsschulen subdelegierte, welche – soweit ersichtlich – bloss gestützt auf kantonales Gesetzesrecht (also derivativ) zum Erlass von Bestimmungen befugt waren. Das Bundesgericht hat offengelassen, ob diese Praxis mit der Kantonsverfassung vereinbar war. Unklar ist deshalb auch, inwiefern diese Situation der Weitergabe von Befugnissen an Gemeinden oder andere Selbstverwaltungskörper (also einer vertikalen Delegation) gleichen soll.

1686 BGE 128 I 113, E. 2 e) S. 120.

1687 BGE 128 I 113, E. 2e S. 120 und E. 3e S. 124; in dem Entscheid ging es um die Ausgliederung der psychiatrischen Dienste des Kantons Graubünden in eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt. Das Bundesgericht hatte sich mit der Frage zu befassen,

Betreffend die Rechtssetzungsbefugnisse Privater geht das Bundesgericht schliesslich davon aus, dass den durch Privaten erlassenen Normen nur dann Rechtssatzeigenschaft zukommt, wenn sie *hoheitlich* ergangen sind, d.h., wenn die Privaten gestützt auf eine formell-gesetzliche Grundlage zur Rechtssetzung befugt sind.[1688] Die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe oder die Einräumung der Verfügungsbefugnis allein berechtigen weder einzeln noch in Kombination dazu.[1689] Im Zusammenhang mit der Verweisung auf private Normen hielt das Bundesgericht fest, dass diese im Falle einer statischen Verweisung zu staatlich gesetztem Recht würden, während es sich bei einer dynamischen Verweisung auf von Privaten erlassene Normen um die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen handle. Zudem scheint das Bundesgericht die Gesetzesdelegation an Private nur für weniger wichtigen Normen als zulässig zu erachten – und auch dann nur, wenn eine verfassungsrechtliche Delegationskompetenz die Rechtssetzung durch Private ausdrücklich vorsieht. Sind Normen hingegen von solch untergeordneter Bedeutung, dass sie auch Inhalt von Vollziehungsverordnungen sein können, stellt deren Erlass funktional Verwaltung dar, weshalb es sich um die Übertragung von Verwaltungsaufgaben handelt.[1690]

Ob die Kantonsverfassungen Privaten auch originäre Rechtssetzungsbefugnisse zuweisen können und ob in diesen Fällen dieselben Bedingungen gelten wie bei dezentralen Verwaltungsträgern des öffentlichen Rechts, wurde hingegen – soweit ersichtlich – bisher noch nicht entschieden.[1691]

in welchem Rahmen die öffentlich-rechtliche Anstalt zur Rechtssetzung befugt war. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass *«die Übertragung von Befugnissen des Gesetzgebers [...] nicht schrankenlos erfolgen [könne]»*. Es begründete diese Haltung damit, dass die fragliche Kantonsverfassung die Zuständigkeit für den Erlass wichtiger Ausführungsvorschriften der kantonalen Legislative zuweise und die Exekutive nur für weniger wichtige Bestimmungen zuständig sei; ob diese Schlussfolgerung allgemein gültig ist oder je nach Kanton verschieden ausfallen kann, geht aus dem Entscheid indes nicht hervor.

1688 BGE 135 II 38, E. 4.4 S. 45; das Bundesgericht hatte vorliegend zu prüfen, ob dem Reglement eines privatrechtlichen Vereins, der als Selbsthilfeorganisation im Zusammenhang mit der obligatorischen Pflichtlagerhaltung von Brennstoffen tätig war, Rechtssatzcharakter zukam oder nicht.

1689 BGE 135 II 38, E. 4.5 S. 45 f.

1690 BGE 136 I 316, E. 2.4.1 S. 320.

1691 Vgl. aber die Hinweise bei ERRASS, S. 244, für eine entsprechende Bestimmung zur Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an Träger öffentlicher Aufgaben in § 45 Abs. 3 der Kantonsverfassung Luzern und bei MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 515 inkl. Fn. 1223, für eine entsprechende Bestimmung in Art. 51 der Kantonsverfassung Schaffhausen, welche wohl aber keine Rechtssetzungsbefugnisse umfasst, sofern man diese nicht unter den Vollzugsbegriff subsumieren will.

(iii) Zwischenfazit

Inwiefern die Netzbetreiber im Rahmen der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben Recht setzen können, insbesondere wenn es sich dabei im dezentrale Verwaltungsträger bzw. Private handelt, ist vor dem Hintergrund der soeben gemachten Ausführungen zumindest nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Immerhin kann festgehalten werden, dass sich eine allfällige Rechtssetzungskompetenz in jedem Fall (im Minimum) aus einer genügenden formell-gesetzlichen Grundlage ergeben muss. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen originäre Rechtssetzungsbefugnisse wohl auch den Erlass wichtiger Normen durch dezentrale Verwaltungsträger zu. Hingegen genügt die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe nach Auffassung des Bundesgerichts für sich allein nicht, um im fraglichen Bereich Recht setzen zu können. Eine Ausnahme kann immerhin für Vollzugsnormen bestehen, da es sich dabei funktional um Verwaltung handelt.

6. Schlussfolgerungen

a) Allgemeines

Vieles, was die Rechtssetzungsbefugnisse dezentraler Verwaltungsträger inkl. Privater betrifft, bleibt auch nach Konsultation der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung kaum überschau- und wenig greifbar.[1692] Neben dogmatischen Schwierigkeiten liegt dies unter anderem daran, dass sich die Gesetzesdelegation primär nach dem anwendbaren Verfassungsrecht richtet.[1693] Im föderalistischen Bundesstaat Schweiz bedeutet dies, dass insgesamt siebenundzwanzig (Bund und Kantone) rechtlich unterschiedliche Ausgangslagen bestehen. Deren Abhandlung kann vorliegend nicht erfolgen. Es muss deshalb beim Versuch einer allgemein gehaltenen Übersicht bleiben.

Gleichwohl lassen sich aus der Umschau in Lehre und Rechtsprechung einige wertvolle Erkenntnisse gewinnen: (1.) Dezentrale Verwaltungsträger können demnach sowohl originär als auch derivativ zur Rechtssetzung befugt sein. Massgebend ist in beiden Fällen vorrangig das einschlägige Verfassungsrecht. Tendenziell scheint die Meinung dahin zu gehen, dass originäre Rechtssetzungsbefugnisse dezentrale Verwaltungsträger auch zum Erlass wichtiger Bestimmungen befähigen – ob dies auch für Private gilt, ist allerdings ungewiss. (2.) Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf dezentrale Verwaltungsträger folgt hingegen grundsätzlich – mit Ausnahme der vertikalen Delegation – den bekannten Delegationsvoraussetz-

1692 Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 374a und 1839.

1693 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1872.

zungen, womit der Delegationsempfänger lediglich zum Erlass weniger wichtiger Bestimmungen befugt ist. Unklar ist hingegen, ob mit der Übertragung öffentlicher Aufgaben die Befugnis zum Erlass reiner Vollzugsbestimmungen einhergeht. Im Ergebnis sind es vor allem aber auch die Anforderungen des Legalitätsprinzips, welche den Inhalt und den Umfang der delegierten Rechtsnormen vorgeben.[1694]

b) Rechtsstaatliche Überlegungen

Aus rechtsstaatlicher Sicht stellt Rechtssetzung eine – vielleicht gar die wichtigste – staatliche Angelegenheit dar. Sie muss auf politischem Konsens beruhen, um demokratisch legitimiert zu sein. Bei originären Rechtssetzungsbefugnissen, welche sich direkt auf eine verfassungsrechtliche Grundlage stützen, ist diese demokratische Legitimation immer gegeben, da jede Verfassung der Volksabstimmung unterliegt.[1695] Auch wenn die demokratisch legitimierte Rechtssetzung durch die Legislative bei komplexen und technischen Materien zuweilen gewisse Schwächen offenbart, sind diese aus rechtsstaatlichen Überlegungen hinzunehmen.[1696] Bei der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen findet die demokratische Legitimation ihre Stütze in den bekannten Delegationsvoraussetzungen. Während die Delegation an andere Staatsorgane mit einer etatistischen Rechtsvorstellung noch vereinbar ist, stellt die Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen an Private nicht gerade eine Selbstverständlichkeit, sondern die Ausnahme dar.[1697] Sie sollte somit, wenn überhaupt, nur zurückhaltend erfolgen. Das gilt auch dann, wenn es sich um den Erlass reiner Vollzugsnormen handelt – unabhängig davon, ob darin funktional Verwaltung gesehen wird oder nicht. In jedem Fall gilt nämlich, dass die demokratische Legitimation einer Rechtsnorm mit zunehmender Entfernung vom ordentlichen Rechtssetzungsorgan abnimmt und daher aus rechtsstaatlichen Überlegungen heikel erscheint.[1698]

1694 So auch BRUNNER, S. 143 ff.

1695 Gleichwohl muss kritisch angefügt werden, dass es gerade bei Totalrevisionen von Verfassungen fraglich sein kann, ob das Stimmvolk die Tragweite jeder einzelnen Norm der revidierten Verfassung auch tatsächlich versteht. Sofern die fraglichen Rechtsnormen ohne demokratische Mitwirkungs- oder Referendumsmöglichkeit ergehen, mag dies daher zwar u.U. legal, aber in demokratischer Hinsicht nicht zwingend auch legitim sein.

1696 Im Stromversorgungsrecht zeigt sich dies exemplarisch, vgl. dazu auch die Ausführungen bei MÜLLER, Liberalisierung, S. 39 f.

1697 ERRASS, S. 266 f.; BRUNNER, S. 60.

1698 Ähnlich auch BRUNNER, S. 60; WELTERT, S. 431.

c) Bedeutung im vorliegenden Kontext

Inwiefern dezentrale Aufgabenträger in der Stromversorgung, insbesondere die Netzbetreiber, im Rahmen der von ihnen wahrgenommenen öffentlichen Aufgaben zum Erlass von Rechtssätzen ermächtigt werden können, lässt sich aufgrund des Gesagten nur schwerlich in allgemeingültiger Weise beantworten. Aber auch die konkrete Beantwortung der Frage dürfte sich im Einzelfall aufgrund der verzettelten Zuständigkeiten[1699] nicht als einfach erweisen. Bemerkenswert erscheint jedoch der Umstand, dass die Möglichkeit zum Erlass von Rechtsnormen – etwa durch die Netzbetreiber – überhaupt zu bestehen scheint und u.U. (im Falle von originären Rechtssetzungskompetenzen) wohl gar den Erlass wichtiger Bestimmungen erlauben dürfte (wobei nicht klar ist, ob das auch für Private gilt). Inwiefern die Träger öffentlicher Aufgaben im Bereich der Stromversorgung bzw. die Netzbetreiber die sie betreffenden Rechtsverhältnisse durch Rechtssätze gestalten können, wird demzufolge noch zu klären sein.[1700]

VII. Gerichtliche Durchsetzung des Legalitätsprinzips

Die in Art. 5 BV enthaltenen Bestimmungen bilden in erster Linie Verfassungsgrundsätze; sie sind aber – abgesehen von einigen Ausnahmen[1701] – keine verfassungsmässigen Rechte.[1702] In der Lehre wird in diesem Zusammenhang oft nur bzw. vorwiegend auf die entsprechenden (fehlenden) Rügemöglichkeiten im höchstrichterlichen Verfahren hingewiesen.[1703] Bei voller Kognition der Rechtsmittelbehörde spielt die Unterscheidung zwischen Verfassungsgrundsatz und verfassungsmässigem Recht indes kaum eine Rolle, so dass die Verletzung des Legalitätsprinzips grundsätzlich selbständig gerügt werden kann.[1704] Dasselbe gilt bei der Einschränkung von Grundrech-

1699 Vgl. dazu §§ 6 IV. 7 und 16 III. 3. e).

1700 Vgl. dazu § 16 III. 3. e) (iii) und (iv).

1701 Darunter das Legalitätsprinzip im Abgabe- und Strafrecht sowie der Grundsatz der Rechtsgleichheit, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 322; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 18.

1702 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 18; WIEDERKEHR, Rz. 134; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 322; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 4; BGer 2C_578/2018 vom 4. Februar 2019, E. 4.1.

1703 Vgl. etwa UHLMANN/FLEISCHMANN, S. 24; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 321 f.

1704 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 4; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 18; vgl. aber auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 321; vgl. dazu jüngst auch BVGer A-1706/2023 vom 19. Februar 2024, E. 8 ff., in welchem das Bundesverwaltungsgericht eine vom Bundesrat gestützt auf das LVG erlassene Verordnung auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht hin überprüfte bzw. das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage für das staatliche Handeln zu prüfen hatte.

ten, da das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage Teil des Prüfschemas bildet.[1705] Im Rahmen einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten können sich allerdings dann Einschränkungen ergeben, wenn die Verletzung von kantonalem oder kommunalem Recht gerügt werden soll, was nur bei gleichzeitiger Verletzung von Bundesrecht oder kantonalen verfassungsmässigen Rechten möglich ist (Art. 95 Bundesgerichtsgesetz, BGG).[1706] In Frage kommen dürfte auch hier insbesondere die Geltendmachung der Verletzung des durch sämtliche kantonalen Verfassungen gewährleisteten Gewaltenteilungsprinzips.[1707] Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung der in Art. 5 BV enthaltenen Grundsätze vor Bundesgericht indes nicht selbständig gerügt werden (sofern ihnen nicht ausnahmsweise doch der Rang eines verfassungsmässigen Rechts zuerkannt wird, wie beispielshalber im Abgaberecht), sondern bloss in Verbindung mit der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten. In Frage kommen hier namentlich die Verletzung von Grundrechten, des Grundsatzes der Gewaltenteilung und des Willkürverbotes.[1708]

In der Praxis kommt dem Legalitätsprinzip vor allem im Zusammenhang mit der Einschränkung von Freiheitsrechten (Art. 36 Abs. 1 BV), im Abgaberecht (Art. 164 Abs. 1 lit. d BV) und bei der Verletzung der Delegationsgrundsätze (Grundsatz der Gewaltenteilung) grundlegende Bedeutung zu. Öffentlich-rechtliche Abgaben müssen ihre Grundlage in einem formellen Gesetz finden.[1709] Verordnungsbestimmungen müssen sich in genügender Weise auf eine formell-gesetzliche Grundlage abzustützen vermögen. Masst sich der Verordnungsgeber Kompetenzen des Gesetzgebers an, kann dies dementsprechend selbständig gerügt werden.[1710] Das Bundesgericht hat dazu wiederholt festgehalten, dass grundlegende Fragen einer demokratischen Diskussion und Entscheidung bedürfen, was nur im formellen Gesetzgebungsprozess möglich sei.[1711] Aus dem Grundsatz der aus Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV abgeleiteten staatlichen Wettbewerbsneutralität hat das Bundesgericht zudem gefolgert, dass für unternehmerisches Handeln des Staates ebenfalls eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BV bestehen müsse.[1712]

1705 UHLMANN/FLEISCHMANN, S. 24.

1706 WIEDERKEHR, Rz. 135.

1707 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 321; UHLMANN/FLEISCHMANN, S. 24.

1708 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 322 m.w.H.; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 242 f.

1709 Zur strengen Handhabung des Legalitätsprinzips im Abgaberecht vgl. statt aller HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2762 f.

1710 WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 242 f. m.w.H.

1711 BGE 131 II 13, E. 6.4.2 S. 28 und E. 6.5.1 S. 30.

1712 BGE 143 II 425, E. 4.3 S. 431.

§15 Allgemeine Übersicht zu den einzelnen Regelungsinstrumenten von Verwaltungsrechtsverhältnissen

I. Allgemeines

Wie zuvor dargelegt, qualifizieren die Mehrzahl aller Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Stromversorgung als Verwaltungsrechtsverhältnisse. Auf die Regelungsmöglichkeiten von Verwaltungsrechtsverhältnissen soll an dieser Stelle deshalb näher eingegangen werden. Im Fokus der Betrachtung stehen dabei der Rechtssatz, die Verfügung sowie der verwaltungsrechtliche und der privatrechtliche Vertrag.

II. Rechtssatz

1. Allgemeines

Rechtssätze sind nicht nur Rechtsquelle, sondern gleichzeitig auch verwaltungsrechtliche Handlungsform. Die nähere Ausgestaltung von Verwaltungsrechtsverhältnissen erfolgt denn auch in massgebender Weise durch den Erlass von Verordnungen.[1713] Verwaltungsrechtsverhältnisse können bereits durch Rechtssatz abschliessend geregelt sein, so dass eine Konkretisierung durch Verfügung oder verwaltungs- oder privatrechtlichen Vertrag nicht mehr notwendig ist.[1714] Auf den Rechtssatz als Regelungsgrundlage und auf die Rechtssetzungskompetenzen wurde bereits ausführlich eingegangen, weshalb grundsätzlich auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.[1715]

2. Autonome Satzungen im Speziellen

a) Grundsätzliches

Noch nicht genügend beleuchtet wurde Begriff der autonomen Satzung. Die Lehre behandelt den Begriff der autonomen Satzung nur sporadisch und bleibt dabei eher wortkarg. Im Allgemeinen werden unter autonomen Satzungen generell-abstrakte Normen verstanden, welche durch dezentralisierte Verwaltungsträger oder Verwaltungsbehörden gestützt auf eine ihnen zukommende Regelungskompetenz für ihren Autonomiebereich erlassen

1713 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1102; WELTERT, S. 446.

1714 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 748; RÜEGGER, S. 166, hält die abschliessende Regelung durch Rechtssatz bei Elektrizitätslieferungsverhältnissen nicht für möglich, da mindestens die Höhe des Entgeltes konkretisierungsbedürftig sei.

1715 Vgl. dazu §14.

werden.[1716] Mit dem Erlass der autonomen Satzungen soll der Verwaltungsträger seine Angelegenheiten, d.h. die ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben, weitestgehend selbst, d.h. autonom regeln können.[1717]

Nach einem Teil der Lehre scheinen autonome Satzungen nur von öffentlich-rechtlichen Organisationsformen auszugehen.[1718] Andere Lehrmeinungen bleiben weniger konkret und sprechen lediglich davon, dass autonome Satzungen von Trägern der dezentralen Verwaltung erlassen werden könnten. Sie scheinen aber implizit davon auszugehen, dass damit öffentlich-rechtliche Organisationsformen gemeint sind.[1719] Zur Frage, inwiefern privatrechtliche Organisationsformen zum Erlass autonomer Satzungen befugt sind, äussern sich Teile der Lehre nicht, während andere Lehrmeinungen davon ausgehen, dass auch Verwaltungsträger privatrechtlicher oder privater Gestalt autonome Satzungen erlassen können.[1720] Ob auch Erlasse von Gemeinden zum Begriff der autonomen Satzungen gezählt werden[1721] oder nur Normen von anderen dezentralisierten Verwaltungsträgern (insbesondere Anstalten und anderen Körperschaften)[1722], hängt stark vom Verständnis der Dezentralisierung und der staatlichen Strukturmerkmale ab.

b) Rechtsnatur

Autonome Satzungen werden gewöhnlich den Rechtsnormen des öffentlichen Rechts zugeordnet.[1723] Zum Teil werden aber auch Verwaltungsver-

1716 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 117 und 845; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 172; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 14 f. und 118.

1717 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 117; JAAG, Verordnung, S. 637; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 14 f. und 118; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 323, welche aber anstelle von «autonomen Satzungen» von «Erlassen autonomer Verwaltungsträger und -einheiten» sprechen.

1718 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 117; WELTERT, S. 446.

1719 Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 323, welche darunter auch die Erlasse weisungsfreier Verwaltungseinheiten verstehen; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25.

1720 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 222; unklar WELTERT, S. 430 und 446; JAAG, Verordnung, S. 637.

1721 So etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 118 f., welche den Begriff für die Gemeinden aber gleichzeitig als «unpassend» bezeichnen; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 323 ff.; BGE 89 I 464, E. 3 a) und b) S. 469 f.; KARLEN, S. 86 f.; unklar MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 222 f.

1722 So etwa SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25, welcher argumentiert, die Gemeinden gehörten zum staatlichen Grundaufbau und nicht zur dezentralisierten Verwaltung.

1723 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 117 ff.; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 172; WELTERT, S. 430 und 446.

ordnungen[1724] oder private Erlasse[1725] als autonome Satzungen bezeichnet. Ob autonomen Satzungen Gesetzes- oder Verordnungsrang zukommt, hängt wiederum vom Verständnis ab, wer zum Erlass autonomer Satzungen befugt ist.[1726] Während bei Gemeindeerlassen auf das Verfahren abzustellen ist, in dem die Satzung geschaffen wurde[1727], kommt bei öffentlich-rechtlichen Anstalten und sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften meist nur ein Erlass auf Verordnungsstufe in Frage.[1728] Bei der überwiegenden Mehrheit der als autonome Satzung bezeichneten Erlasse dürfte es sich daher um Verordnungen handeln, da der Terminus meist nur für Erlasse dezentraler Verwaltungsträger bemüht wird, die nicht Gemeinden sind.[1729] Der Erlass autonomer Satzungen stellt nach dem Gesagten grundsätzlich eine Form der Rechtssetzung dar, weshalb dem Verwaltungsträger Rechtssetzungsbefugnisse zukommen (müssen). Oder umgekehrt: Wenn dem Verwaltungsträger keine Rechtssetzungsbefugnisse zukommen, stellen die von ihm erlassenen Normen keine autonomen Satzungen bzw. Rechtsnormen dar.[1730] Die Rechtssetzungsbefugnisse können dem Verwaltungsträger derivativ, d.h. auf dem Weg der Gesetzesdelegation (z.B. im entsprechenden Sachgesetz), einge-

1724 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 327.

1725 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 172; BGE 145 III 400, Regeste, betreffend ein Reglement einer Stockwerkeigentümergemeinschaft.

1726 Als Beispiele von mit Autonomie ausgestatteten Organisationen nennt die Lehre vor allem öffentlich-rechtliche Anstalten (etwa Universitäten, Kantonalbanken) und Körperschaften (insb. Gemeinden, Korporationen und Kirchen), aber auch öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaften (Nationalbank, Post), öffentlich-rechtliche Stiftungen, weisungsfreie Verwaltungseinheiten und private Verwaltungsträger, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 118; MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 222; SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 327 f.; KARLEN, S. 86; JAAG, Verordnung, S. 637; autonome Satzungen sind somit unter verschiedenen Bezeichnungen anzutreffen, wie etwa Gesetz, Verordnung, Reglement, Hausordnung oder dergleichen, TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 323; ob das Organisationsreglement der FINMA eine Verwaltungsverordnung oder eine autonome Satzung darstellt, wurde durch das Bundesgericht offengelassen, vgl. BGer 2C_387/2018 vom 18. Dezember 2018, E. 3.5.2.

1727 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 119.

1728 In diesem Sinne etwa SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 327 f.; JAAG, Verordnung, S. 637; KARLEN, S. 86, scheint auch bei anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften als Gemeinden davon auszugehen, dass den Normen Gesetzes- oder Verordnungsrang zukommen kann; ferner WELTERT, S. 446 betreffend Anstaltsreglemente.

1729 Vgl. etwa die Verwendung bei SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25; KARLEN, S. 90; JAAG, Verordnung, S. 637; WELTERT, S. 446.

1730 In diesem Sinne auch WELTERT, S. 430, welcher zudem darauf hinweist, dass rein organisationsrechtliche Zuweisungsnormen nicht unbedingt auch eine formell-gesetzliche Grundlage für die Gesetzesdelegation darstellen.

räumt werden[1731] oder (originär) auf einer verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung beruhen.[1732] Die Rechtssetzungsbefugnis ist sachlich auf den Autonomiebereich begrenzt, d.h. auf die Verwaltungsaufgaben bzw. öffentlichen Aufgaben, welche dem Aufgabenträger zur eigenständigen Erledigung übertragen worden sind.[1733]

c) Schlussfolgerung

Im Allgemeinen lässt sich festhalten, dass der Begriff der autonomen Satzung relativ konturlos ist und deshalb nur wenig dazu beiträgt, wenn es darum geht, Klarheit zu schaffen. Im Zusammenhang mit Gemeindeerlassen sollte der Begriff ganz vermieden werden, da er dann nur unnötige Verwirrung stiftet.[1734] Der Begriff erweist sich denn auch eher als behelfsmässiger Notnagel für die juristische Einordnung von Normen dezentraler Verwaltungsträger (ohne Gemeinden), welche in der Praxis auftauchen. Im Kern geht es nämlich fast ausschliesslich um die Thematik der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Träger öffentlicher Aufgaben ausserhalb der Zentralverwaltung, manchmal auch um originäre Rechtssetzungsbefugnisse aufgrund einer verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung. Vorliegend werden deshalb nur Normen mit Rechtssatzcharakter, d.h. Rechtsnormen, als autonome Satzungen bezeichnet. Rechtssatzcharakter kommt Normen dezentraler Aufgabenträger nur dann zu, wenn ihnen Rechtssetzungsbefugnisse zukommen.[1735]

1731 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 222; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 119; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 329; WELTERT, S. 430.

1732 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 119; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 329; BGE 89 I 464, E. 3 b) S. 470.

1733 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 330; JAAG, Verordnung, S. 637.

1734 Zwar bilden die Gemeinden einerseits eine Form der dezentralisierten Verwaltung, doch sind sie unbestrittenermassen Teil des staatlichen Grundaufbaus, welcher sich in die Ebenen Bund, Kantone und Gemeinden gliedert. Es ist denn auch unstreitig, dass für die Gemeinden andere Regeln gelten als für die übrigen dezentralisierten Verwaltungseinheiten und dass Gemeinden grundsätzlich (nach kantonalem Recht) befugt sind, Gesetze im formellen Sinn zu erlassen; vgl. zu dazu auch SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 25; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 323 ff.

1735 In welchen Umfang ein Verwaltungsträger selbst Rechtssätze erlassen und die ihn betreffenden Verwaltungsrechtsverhältnisse auf diese Weise regeln kann, lässt sich nicht abschliessend beantworten; zum Geltungsbereich solcher Normen vgl. WELTERT, S. 447 f.

III. Verfügung

1. Allgemeines

Als Verfügung gilt *«ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird»*.[1736] Verfügungen ergehen stets gestützt auf öffentliches Recht.[1737] Das Instrument der Verfügung ermöglicht es einem Verwaltungsträger somit, ein öffentlich-rechtliches Verwaltungsrechtsverhältnis einseitig zu regeln und damit das Recht im Einzelfall anzuwenden.[1738] Anhand ihrer Eigenschaften wird in der Lehre sodann zwischen verschiedenen Verfügungsarten unterschieden.[1739]

2. Verfügungsbefugnis im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe wird dem Aufgabenträger nach einem massgebenden Teil der Lehre grundsätzlich auch die Befugnis zum Erlass von Verfügungen eingeräumt.[1740] Auch dezentralisierten Verwaltungsträgern (inkl. Privaten) kann somit Verfügungskompetenz zukommen.[1741] Handelt ein Verwaltungsträger allerdings privatrechtlich, schliesst dies gleichzeitig die Verfügungsbefugnis aus.[1742] Umstritten ist, ob für die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen eine explizite sachgesetzliche Grundlage erforderlich ist oder nicht. Nach TSCHANNEN/MÜLLER/KERN wird mit der Aufgabenübertragung ohne Weiteres auch die Verfügungsbefugnis übertragen, sofern die Aufgabenerfüllung hoheitliches Handeln erforderlich macht und das Sachgesetz keine abweichende Regelung enthält. Eine ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass von Verfügungen ist nach dieser Auffassung

1736 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 849; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 639; für den Bund vgl. Art. 5 Abs. 1 VwVG; diese Definition gilt gleichermassen für Bund und Kantone, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 852.

1737 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 639 und 672; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 850.

1738 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 854.

1739 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 884 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 682 ff.

1740 So explizit noch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 19; tendenziell ebenso, aber nun etwas differenzierter TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 255; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 855a; ähnlich bereits BUCHLI, S. 270; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1246 ff.

1741 BGE 135 II 38, E. 4.4 S. 45; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 855a; ferner HÄNER, S. 244.

1742 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 865; TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 793.

somit nicht erforderlich.[1743] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN scheinen sich dagegen für das Erfordernis einer expliziten Ermächtigungsnorm für die Verfügungsbefugnis auszusprechen.[1744] Der Standpunkt des Bundesgerichts ist schliesslich nicht ganz klar: In der Vergangenheit ist es schon davon ausgegangen, dass mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auch entsprechende hoheitliche Befugnisse verbunden seien, wobei zumindest die Aufgabenübertragung durch ein formelles Gesetz erfolgen müsse.[1745] Andererseits hat es die Auffassung vertreten, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe nicht automatisch auch eine entsprechende Verfügungskompetenz beinhalte, weshalb sich die Verfügungsbefugnis grundsätzlich aus einer ausdrücklichen formell-gesetzlichen Grundlage ergeben müsse. Die Verfügungsbefugnis lasse sich aber auch implizit aus der Aufgabenübertragung ableiten, wenn sie durch das Sachgesetz nicht ausgeschlossen und für die Aufgabenerfüllung unerlässlich sei (was mittels Auslegung ermittelt werden müsse).[1746] Schliesslich hat das Bundesgericht auch schon dafürgehalten, dass sich die Verfügungsbefugnis, sofern sich dem entsprechenden Sachgesetz keine Aussage entnehmen liesse, auch aus einer *«ausdrücklichen, von der reinen Aufgabenübertragung losgelösten gesetzlichen Grundlage»* herleiten könne.[1747] In der Praxis bereitet die Frage nach der Verfügungsbefugnis deshalb zuweilen Probleme.[1748]

3. Inhalt

Verfügungen konkretisieren das gesetzte Recht im Einzelfall. Ihr Inhalt ist daher von Natur aus eingeschränkt. Bei der Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen durch Verfügung besteht demzufolge keine grosse Gestaltungsfreiheit.[1749] Um dem Einzelfall besser Rechnung tragen zu können, sind aber Nebenbestimmungen (z.B. Befristungen, Bedingungen, Auflagen) zulässig.[1750] Solche Nebenbestimmungen unterliegen zwar wie jedes staatliche

1743 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 255.

1744 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 855a und 1824; so wohl auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 218.

1745 Vgl. BGer 2C_715/2008 vom 15. April 2009, E. 3.2.

1746 Vgl. BGE 138 II 134, E. 5.1 S. 158; BGE 144 II 376, E. 7.1 S. 379; BGer 2C_348/2015 vom 23. Mai 2016, E. 4.2 betreffend die Verfügungskompetenz der Swissgrid im Zusammenhang mit SDL-Kosten.

1747 BGer 2C_386/2014, 2C_394/2014 vom 18. Januar 2016, E. 5.2.

1748 Vgl. dazu auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1246 ff.; BUCHLI, S. 270 f.; TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 793; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2017.247U vom 12. Januar 2018, E. 3.3.

1749 Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 854, 1290.

1750 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 906 ff.

Handeln dem Legalitätsprinzip. Eine explizite Rechtsgrundlage für Nebenbestimmungen ist aber nach herrschender Ansicht nicht erforderlich, falls ein enger Sachzusammenhang mit den hauptsächlich durch die Verfügung geregelten Rechten und Pflichten und deren Zweck besteht.[1751] Sachfremde Nebenbestimmungen sind hingegen ohne entsprechende Rechtsgrundlage unzulässig.[1752] Darüber hinaus müssen Nebenbestimmungen wie jedes staatliche Handeln auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechen.[1753]

4. Sonderfall: Allgemeinverfügung

Allgemeinverfügungen bilden ein Handlungsinstrument zwischen Rechtssatz und Verfügung.[1754] Sie regeln Rechtsverhältnisse in *generell-konkreter* Weise.[1755] Allgemeinverfügungen regeln somit zwar einen konkreten Einzelfall, richten sich dabei aber an einen generellen, d.h. individuell nicht bestimmten, grösseren Adressatenkreis.[1756] Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei Allgemeinverfügungen aber immer noch um Verfügungen und nicht um Rechtssätze. Sie werden deshalb grundsätzlich wie Verfügungen behandelt, wobei den Besonderheiten der Allgemeinverfügung in verschiedener Hinsicht Rechnung getragen wird.[1757]

IV. Verwaltungsrechtlicher (öffentlich-rechtlicher) Vertrag

1. Allgemeines

Verwaltungsrechtliche bzw. öffentlich-rechtliche Verträge haben die Regelung eines Verwaltungsrechtsverhältnisses zum Inhalt. Sie beruhen auf der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung eines Verwaltungsträgers mit einem Dritten. Die Modalitäten im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe werden also konsensual festgelegt. Der verwaltungsrechtliche Vertrag steht aufgrund seiner Eigenschaften zwischen der Verfügung und dem privatrechtlichen Vertrag.[1758]

1751 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 732; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 926.

1752 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 926; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 732.

1753 Besonders wenn ansonsten eine negative Verfügung ergehen müsste, stellen Nebenbestimmungen im Geiste des Verhältnismässigkeitsprinzips die mildere Massnahme dar, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 926 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 732.

1754 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 935.

1755 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 685; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 935.

1756 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 935; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 685.

1757 Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 943 ff.

1758 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1286 f.; ferner MÄCHLER, S. 89.

2. Arten

Werden verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Verwaltungsträgern abgeschlossen, spricht man von koordinationsrechtlichen Verträgen. Schliesst ein Träger öffentlicher Aufgaben einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit Privaten ab, so wird dies als subordinationsrechtlicher Vertrag bezeichnet.[1759] Welche Rechtsform der Verwaltungsträger hat, spielt hingegen keine Rolle.[1760] Die Terminologie ist allerdings etwas irreführend und sagt wenig über die tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisse zwischen den Parteien aus.[1761] Auch Private können öffentliche Aufgaben wahrnehmen.[1762] Ebenso können Verwaltungsträger Empfänger einer Leistung sein, die ein anderer Träger einer öffentlichen Aufgabe erbringt und sich dabei – gleich einem Privaten – in einer subordinativen Position befinden. Korrekterweise sollte deshalb nur dann von koordinationsrechtlichen Verträgen gesprochen werden, wenn sich die Vertragsparteien in ihrer Funktion als Träger öffentlicher Aufgaben auf Augenhöhe begegnen.[1763]

3. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit koordinationsrechtlicher Verträge bietet grundsätzlich keinen Anlass zu Diskussionen, da sich der Vorstellung nach Parteien derselben Stufe gegenüberstehen.[1764]

Bei subordinationsrechtlichen Verträgen stellt sich hingegen die Frage, ob sich der Verwaltungsträger nicht der Form der Verfügung bedienen muss (sog. Vorrang der Verfügung).[1765] Die Zulässigkeitsfrage stellt sich allerdings nur, wenn die Handlungsform nicht bereits durch Rechtssatz festgelegt wurde.[1766] Lehre und Rechtsprechung anerkennen heutzutage aber die Zulässigkeit subordinationsrechtlicher Verträge unter den kumulativen Voraussetzungen, dass (1.) eine Rechtsnorm den verwaltungsrechtlichen Vertrag aus-

1759 WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 190 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 979 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1304 ff., stellen hingegen auf die öffentlich-rechtliche Organisationsform ab, was abzulehnen ist.

1760 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 978; so aber scheinbar HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1304 ff. und 1340.

1761 Vgl. dazu TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 980 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 190 ff.

1762 Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 978.

1763 So auch WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 192 f.

1764 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1304 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 981; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 196.

1765 Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 636; LIENHARD, Grundlagen, S. 212 f.

1766 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1290.

drücklich vorsieht, Raum dafür lässt oder diesen zumindest nicht ausschliesst und (2.) der Vertrag im Vergleich zur Verfügung die geeignetere Handlungsform darstellt, um den Rechtssatz, den er konkretisiert, zu verwirklichen.[1767]

4. Inhalt

Das Legalitätsprinzip[1768] findet auch bei verwaltungsrechtlichen Verträgen seinen Niederschlag. Der Inhalt verwaltungsrechtlicher Verträge muss sich daher im vorgegebenen Rechtsrahmen bewegen, d.h., er darf den rechtlichen Vorgaben nicht widersprechen und muss sich grundsätzlich auf eine Rechtsnorm abstützen können.[1769] Das gilt insbesondere, wenn wichtige Bestimmungen enthalten sind.[1770] Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage und an die Bestimmtheit der Norm sind bei verwaltungsrechtlichen Verträgen allerdings tiefer angesetzt als bei hoheitlich erlassenen Verfügungen.[1771] In welchem Ausmass auf das Erfordernis des Rechtssatzes im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträgen effektiv verzichtet werden kann, geht allerdings weder aus der Rechtsprechung noch aus der Lehre deutlich hervor und ist bis dato ungeklärt.[1772] Das Bundesgericht hält jedenfalls in seiner aktuellen Rechtsprechung dazu fest, dass die Anforderungen an die rechtliche Grundlage geringer als bei Verfügungen seien, da verwaltungsrechtliche Verträge konsensual geschlossen würden.[1773] Nach

1767 BGE 136 I 142, E. 4.1 S. 146 f.; LIENHARD, Grundlagen, S. 212 f.; POLTIER, Rz. 735; WELTERT, S. 309; WALDMANN, Vertrag, S. 14; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1309 f.; DIES., Rz. 1340, fordern aber für verwaltungsrechtliche Verträge zwischen privatrechtlich organisierten Verwaltungsträgern und Privaten eine ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz; m.E. kommt es auf die Rechtsform des Aufgabenträgers aber nicht an; in diesem Sinne auch WELTERT, S. 310.

1768 Da verwaltungsrechtliche Verträge öffentlicher Natur sind, kommen neben dem Legalitätsprinzip auch die übrigen Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns zum Tragen, namentlich die Grundsätze des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit, der Rechtsgleichheit und von Treu und Glauben, vgl. etwa WELTERT, S. 368; BAUMANN, Haftung, S. 50 f.; vgl. zu den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 457 ff.

1769 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1309 f.; WALDMANN, Vertrag, S. 14; MÜLLER, Zulässigkeit, S. 31; BGE 136 I 142, E. 4.1 S. 147; BGer 2C_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 7.6.1; ähnlich auch WELTERT, S. 309; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 993 f.

1770 BGer 2C_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 7.6.1 betreffend die Erhebung einer Konzessionsabgabe für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens für elektrische Leitungen.

1771 BGE 136 I 142, E. 4.1 S. 147; WALDMANN, Vertrag, S. 15.

1772 Vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1317; MÜLLER, Zulässigkeit, S. 30.

1773 BGer 2C_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 7.6.1; ähnlich auch MÜLLER, Zulässigkeit, S. 34 allerdings hinsichtlich des Erfordernisses der Gesetzesform.

LIENHARD eignen sie sich daher auch, um unbestimmte Rechtsnormen in Teilen zu *«kompensieren»*.[1774] Verwaltungsrechtliche Verträge dürfen somit gemäss der aktuellen Auffassung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre auch ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage abgeschlossen werden und Pflichten enthalten, welche (mangels genügender Rechtsgrundlage) nicht verfügt werden können.[1775] Gleichwohl müssten auch diese vertraglichen Pflichten – so das Bundesgericht – auf einer rechtlichen Grundlage beruhen.[1776] Wo hier die Grenze zu ziehen ist, lässt sich kaum abstrakt beantworten. Immerhin dürfte das Bundesgericht in diesem Punkt heutzutage weniger restriktiv sein als auch schon, hat es in der Vergangenheit doch schon dafürgehalten, dass *«das Gemeinwesen beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages an das materielle Recht gebunden ist, wie wenn es eine Verfügung erlassen würde»,* und daraus geschlossen, dass somit auch mittels verwaltungsrechtlicher Verträge nur Leistungen vereinbart werden können, welche auf einer entsprechenden Gesetzesgrundlage beruhen.[1777] Diese Zeiten scheinen passé: Umgekehrt hat das Bundesgericht jüngst nämlich auch schon öffentlich-rechtliche Verträge, die von der Legislative genehmigt wurden, selbst zur genügenden gesetzlichen Grundlage im Sinne des Legalitätsprinzips erklärt, die einen Träger öffentlicher Aufgaben gar zur Gebührenerhebung berechtigten.[1778] Da sich solche Verträge auf dieselbe demokratische Legitimation wie formelle Gesetze stützen können, scheint mir diese Schlussfolgerung (weniger aber das Vorgehen an sich) zumindest vertretbar, auch wenn sie dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 BV streng genommen widerspricht. Aus praktischer Sicht dürfte bei diesen Entscheidungen aber wohl vor allem das Resultat im Vordergrund gestanden haben. Hingegen ist MÜLLER zuzustimmen, dass die tieferen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträgen nur dann Gültigkeit beanspruchen können, wenn weder ein rechtlicher noch ein faktischer Kontrahierungszwang für die Gegenpartei besteht.[1779]

1774 LIENHARD, Grundlagen, S. 453.

1775 BGE 136 I 142, E. 4.2 S. 147; in diesem Sinne etwa LIENHARD, Grundlagen, S. 453; WELTERT, S. 386 f., scheint grundsätzlich von einer weitgehenden Vertragsfreiheit auszugehen. Ob sich diese auch auf öffentlich-rechtliche Verträge erstreckt, bleibt aber unklar.

1776 BGE 136 I 142, E. 4.2 S. 147; vgl. auch MÜLLER, Zulässigkeit, S. 34.

1777 BGE 105 Ia 207, E. 2 b) S. 210; vgl. auch WALDMANN, Vertrag, S. 14; in diesem Sinne auch MÜLLER, Zulässigkeit, S. 31 ff.

1778 Vgl. BGer 2C_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 7.6.1 m.w.H.

1779 MÜLLER, Zulässigkeit, S. 35.

V. Privatrechtlicher Vertrag

1. Allgemeines

Doktrin und Rechtsprechung anerkennen heute schliesslich die Möglichkeit, dass öffentliche Aufgaben auch im Kleid des Privatrechts erfüllt werden können. Gleichzeitig betonen sie aber den Ausnahmecharakter des privatrechtlichen Verwaltungshandelns.[1780] Im Einzelfall kann die Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen mitunter äusserst komplex sein. Die Elektrizitätswirtschaft scheint sogar in besonderem Masse Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zu bereiten.[1781] Auf die Zulässigkeit privatrechtlicher Verträge bei Verwaltungsrechtsverhältnissen ist deshalb näher einzugehen.

2. Zulässigkeit

a) Uneinheitliche Lehre und Rechtsprechung

Unter welchen Voraussetzungen privatrechtliches Verwaltungshandeln zulässig sein soll, lässt sich aufgrund der unterschiedlichen und zum Teil widersprüchlichen Ansichten in der Lehre und der nicht immer konsistenten Rechtsprechung des Bundesgerichts nur schwer beantworten. Tatsächlich scheint beinahe jede grundsätzliche Aussage in diesem Zusammenhang eine Relativierung zu enthalten, nach welcher privatrechtliches Handeln ausnahmsweise doch möglich sein soll.[1782] Es soll deshalb ein kurzer Überblick geschaffen werden.

b) Praxis als Massstab für Zulässigkeit?

Bekanntermassen hält sich die gelebte Praxis nicht immer an die theoretischen Grundlagen – was aber noch lange nicht bedeutet, dass sie richtig ist. In der Praxis bedienen sich Staat und Aufgabenträger jedenfalls des privatrechtlichen Vertrages, um Verwaltungsrechtsverhältnisse zu regeln.[1783] Zum Teil wird in der Lehre daraus der Schluss gezogen, dass es sich dabei um

1780 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184; LIENHARD, Grundlagen, S. 422 und 455 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1378; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 633; DAENIKER, S. 66; ferner BAUMANN, Gemeinderecht, S. 137 ff., für die Rechtslage im Kanton Aargau.

1781 Vgl. dazu allgemein TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 977; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1390 f. und besonders BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 53; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1243 und 1250; WELTERT, S. 394 f.

1782 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1380 ff.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 53 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 971 ff.

1783 Vgl. statt aller HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1379.

Fälle zulässiger privatrechtlicher Verwaltungstätigkeit handelt.[1784] Diese Folgerung ist nach der hier vertretenen Ansicht unzulänglich. Die Zulässigkeit eines Verhaltens richtet sich nicht danach, was effektiv (und womöglich unzulässigerweise und in falscher Annahme) gelebt wird. Die Bestimmung der zulässigen Handlungsform folgt aus der Qualifikation eines Rechtsverhältnisses und nicht umgekehrt.[1785] Die korrekte Schlussfolgerung lautet deshalb schlicht, dass die Vertragsparteien womöglich nur fälschlicherweise davon ausgehen, privatrechtlich zu handeln, sich in Wahrheit aber auf dem Boden des öffentlichen Rechts befinden.[1786] Auf jeden Fall obliegt es nicht den Parteien, die Rechtsnatur des Verwaltungsrechtsverhältnisses selbständig festzulegen.[1787] Die Natur eines Vertrages bzw. Rechtsverhältnisses beurteilt sich nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach dessen objektiver Gestalt und nicht nach der Vorstellung der daran beteiligten Parteien.[1788] Steht die Frage nach der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsnatur eines Vertrages bzw. eines Rechtsverhältnisses im Raum und besteht keine sachgesetzliche Regelung, ist diese anhand der bekannten Abgrenzungskriterien zu beantworten.[1789] Zur Bestimmung der Rechtsnatur von Verträgen stellen das Bundesgericht und die herrschende Lehre heute vorwiegend auf die Funktionstheorie ab. Massgebend ist somit der Gegenstand des vertraglich geregelten Rechtsverhältnisses.[1790] Von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ist somit in der Regel dann auszugehen, wenn dieser *«direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt [hat]»* oder einen durch öffentliches Recht normierten Gegenstand betrifft.[1791] Verträge im Zusammenhang mit Verwaltungsrechtsverhältnissen sind somit grundsätzlich

1784 So scheinbar HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1390; vgl. auch MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184.

1785 Gl.M. RÜEGGER, S. 205; WELTERT, S. 254.

1786 In diesem Sinne auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1244; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1383.

1787 BGE 93 I 228, E. 3 S. 232; WELTERT, S. 283.

1788 BGer vom 27.9.1996, E. 1 c) in: ZBl 98/1997, S. 412.

1789 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1292 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 191; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 51 und 55; eine Zuordnung zum Privatrecht oder öffentlichen Recht kann sich auch implizit aus dem Verweis auf die Zivil- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit ergeben, TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 973.

1790 BGE 134 II 297, E. 2.2 S. 301; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 971.

1791 BGE 134 II 297, E. 2.2 S. 301; anders noch BGer vom 27.9.1996, E. 1 b) in: ZBl 98/1997, S. 411, wo zusätzlich zur öffentlichen Aufgabe noch auf ein besonderes Gewaltverhältnis des Aufgabenträgers zu den Privaten (Energiebezüger) abgestellt wurde; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1294; WELTERT, S. 310; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 974 ff.; LIENHARD, Grundlagen, S. 453; MARTI, ZK ZGB Art. 6 Rz. 200; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 154; KERN, S. 270; vgl. ferner auch MÜLLER/JENNI, S. 1073.

dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Eine privatrechtliche Rechtsbeziehung zwischen Aufgabenträger und Dritten bei der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist aber trotzdem nicht gänzlich ausgeschlossen.[1792]

c) Organisationsform?

Ebenfalls keine Bewandtnis hat heutzutage – wie bereits mehrfach festgestellt – die Rechtsform des Aufgabenträgers.[1793]

d) Abschliessende Regelung durch öffentliches Recht als Ausschlussgrund?

In der Lehre wird zum Teil die Meinung vertreten, dass bei abschliessender Regelung einer Materie durch öffentliches Recht privatrechtliches Handeln ausgeschlossen sei bzw. kein Raum mehr dafür bestehe.[1794] Sofern das Recht Platz für weitere Regelungen lasse, solle sich die Handlungsform danach richten, ob nach dessen Massgabe öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Handeln angezeigt erscheint.[1795] Das Bundesgericht hat diese Meinung teilweise auch vertreten.[1796]

Dieser Ansatz überzeugt in verschiedener Hinsicht nicht. Bereits die Feststellung, ob eine Materie abschliessend geregelt ist, dürfte in der Praxis zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten führen. Ausserdem ist es beinahe ausgeschlossen, dass das Recht einen Sachverhalt dermassen abschliessend regelt, dass kein Raum mehr besteht. Ob öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Handeln als angezeigt erscheint, ist schliesslich – sofern der Gesetzgeber keine entsprechenden Vorgaben gemacht hat – nicht beantwortbar, ohne auf die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht zurückzugreifen.[1797] Bei öffentlichen Aufgaben

1792 Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1378 ff.; EUGSTER, S. 37; TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 784.

1793 Hingegen wurde früher teilweise von der privatrechtlichen Organisationsform auf die grundsätzliche Anwendbarkeit des Privatrechts geschlossen, vgl. etwa BGE 93 I 228, E. 3 S. 232; RUCK, S. 106; JAAG, Dezentralisierung, S. 47; DAENIKER, S. 66; ebenso KRATZ, S. 344, welche aber immerhin darauf hinweist, dass private Organisationen auch mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sein können; vgl. dazu auch WELTERT, S. 388; JAGMETTI, Rz. 1507.

1794 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1380; MARTI, ZK ZGB, Rz. 186 m.w.H.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 53 f.

1795 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1380; MARTI, ZK ZGB, Rz. 186 m.w.H.

1796 Vgl. etwa BGE 103 Ib 324, E. 5 b) S. 332.

1797 Pro memoria: Die Frage nach der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsnatur eines Vertrages bzw. eines Rechtsverhältnisses bestimmt sich in erster Linie nach der sachgesetzlichen Regelung oder (wo diese fehlt) anhand der bekannten Abgrenzungskriterien, vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 972 ff.; in diesem

besteht für den Aufgabenträger folglich meist kein Entscheidungsspielraum betreffend die gebotene Handlungsform.[1798] Privatrechtliches Verwaltungshandeln ist deshalb nur zulässig und möglich, wenn dies entweder durch Rechtssatz so festgelegt ist oder wenn ausnahmsweise die Auslegung dazu führt, dass das Verwaltungsrechtsverhältnis privatrechtlicher Natur ist.[1799]

e) Vorrang des öffentlichen Rechts?

In Anwendung der (modifizierten) Funktionstheorie schliesst ein massgebender Teil der Lehre (und teilweise auch das Bundesgericht) sodann auf die prinzipielle Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts, wo der Staat oder mit öffentlichen Aufgaben betraute Verwaltungsträger handeln.[1800] Dies gelte zumindest so lange, als nicht ausnahmsweise Zivilrecht zur Anwendung komme.[1801] Es wird in diesem Zusammenhang auch explizit oder implizit vom Grundsatz des Vorrangs des öffentlichen Rechts gesprochen bzw. ausgegangen.[1802] Der Vorrang des öffentlichen Rechts soll den Schutz der Bürger vor der Staatsgewalt sicherstellen, da das öffentliche Recht die staatliche oder staatlich verliehene Macht in geordnete Bahnen lenke.[1803] Der Grundsatz des Vorrangs des öffentlichen Rechts gilt nach dieser Meinung auch bei konsensualem, nicht hoheitlichem Auftreten des Aufgabenträgers.[1804] Auch vertragliches Handeln, welches im Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe stehe, erfolge somit in erster Linie auf dem Boden des öffentlichen Rechts, d.h. durch öffentlich-rechtlichen Vertrag.[1805] Die Privatautonomie des Privatrechts biete demgegenüber keine Gewähr für die Einhaltung der rechtsstaatlichen Prinzipien bei der Regelung von Verwaltungsrechtsver-

Sinne auch MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 200; dabei ist laut dem Bundesgericht grundsätzlich von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auszugehen, wenn damit unmittelbar eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird, BGE 134 II 297, E. 2.2 S. 301.

1798 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1134 ff.; kritisch auch LIENHARD, Grundlagen, S. 422.

1799 So auch LIENHARD, Grundlagen, S. 422 und 456; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 154; im Ergebnis gleich auch BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 55 ff.

1800 LIENHARD, Grundlagen, S. 421 f. und 456; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1133 ff.; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 154; in diesem Sinne auch MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184; BGE 134 II 297, E. 2.2 S. 301.

1801 LIENHARD, Grundlagen, S. 421 f. und 456; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1133 ff.; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 154; in diesem Sinne auch MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184.

1802 LIENHARD, Grundlagen, S. 421 f. und 456; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1133 ff.; in diesem Sinne auch MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184.

1803 LIENHARD, Grundlagen, S. 422; ferner TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 785.

1804 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 184; LIENHARD, Grundlagen, S. 421 f.

1805 BGE 134 II 297, E. 2.2 S. 301.

hältnissen. Sollen Verwaltungsrechtsverhältnisse ausnahmsweise durch das Privatrecht beherrscht werden, wird dazu meist eine spezialgesetzliche Ermächtigung gefordert.[1806] Es wird aber auch die Auffassung vertreten, dass privatrechtliches Handeln möglich ist, wenn *«vernünftigerweise nur die Handlungsformen des Zivilrechts in Frage kommen»*.[1807] Zudem behilft sich die Lehre (und auch das Bundesgericht) mit der Feststellung, dass die verfassungs- und rechtsstaatlichen Prinzipien auch bei privatrechtlichem Verwaltungshandeln gelten müssten.[1808]

Diese Auffassung verdient insofern Zustimmung, als sie meistens zum richtigen Ergebnis führt. Da die Funktionstheorie in der Mehrheit aller Fälle für die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht ausschlaggebend ist, unterliegen Verwaltungsrechtsverhältnisse grösstenteils dem öffentlichen Recht. Methodisch erscheint mir die Auffassung jedoch falsch. Meines Erachtens ist zuerst zu prüfen, ob die Natur des Verwaltungsrechtsverhältnis oder die Handlungsform durch Rechtssatz festgelegt worden ist. Ist dies nicht der Fall, muss anhand der bekannten Auslegungsmethoden die Rechtsnatur des Verwaltungsrechtsverhältnisses bestimmt werden. Von der Rechtsnatur kann dann auf die möglichen Handlungsformen (öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag) geschlossen werden. Eine Wahlfreiheit besteht hingegen nach der hier vertretenen Meinung nicht.[1809] Vom Vorrang des öffentlichen Rechts zu sprechen, wäre demnach verfehlt. Im Ergebnis dürfte das Resultat aber tatsächlich überwiegend zu Gunsten des öffentlichen Rechts ausfallen. Insofern kann immerhin vom Grundsatz gesprochen werden, dass Verwaltungsrechtsverhältnisse meist dem öffentlichen Recht zugehörig sind.

f) Fälle privatrechtlichen Staatshandelns

Nicht weiter einzugehen ist auf die Konstellationen, in denen für die Bestimmung der zulässigen Handlungsform an den Staat als Rechtssubjekt angeknüpft wird und nicht an die staatliche Natur einer Tätigkeit. Angesprochen sind jene Fälle, in denen der Staat nicht in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt. Ein Verwaltungsrechtsverhältnis liegt in diesen Fällen nicht vor. Es handelt sich hierbei somit nicht um privatrechtliches Verwaltungshandeln, sondern schlicht um Fälle privatrechtlichen Staatshandelns.[1810]

1806 LIENHARD, Grundlagen, S. 422; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1134 f.

1807 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1135.

1808 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 198 f.; vgl. auch LIENHARD, Grundlagen, S. 456; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 965; BGE 109 Ib 146, E. 4 S. 155.

1809 In diesem Sinne auch VOGEL, S. 213.

1810 Ähnlich auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1138 ff.; vgl. auch WELTERT, S. 220 und 254, welcher dies als nichthoheitliches bzw. fiskalisches Verwaltungshandeln bezeichnet.

Dies trifft insbesondere auf die administrative Hilfstätigkeit und die Verwaltung des Finanzvermögens zu, welche keine Verwaltungsrechtsverhältnisse begründen. In diesen Fällen steht der Staat auf einer Stufe mit den Privaten. Der Staat handelt wie ein privates Rechtssubjekt. Die Rechtsbeziehung ist folglich privatrechtlicher Natur.[1811] Je nach Definition wird auch die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit (auch wirtschaftende Verwaltung genannt) unter diese Fälle subsumiert.[1812] Darauf ist aber sogleich gesondert einzugehen.

g) Wirtschaftende Verwaltung und Leistungsverwaltung

Privatrechtliches Handeln des Staates und von Trägern öffentlicher Aufgaben lässt sich auch in der wirtschaftenden Verwaltung (privatwirtschaftliche Staatstätigkeit) und in der Leistungsverwaltung finden.[1813] Handelt der Staat wie ein privater Marktteilnehmer, d.h. als Wettbewerber im freien Markt, spricht tatsächlich nichts gegen den Abschluss privatrechtlicher Verträge. Im Gegenteil: Da der Staat in diesen Fällen keine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, liegt auch kein Verwaltungsrechtsverhältnis zu den Dritten vor. Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist in diesen Fällen weder angezeigt noch möglich.[1814] Im Bereich der Leistungsverwaltung sieht die Ausgangslage anders aus. Hier übt der Staat oder ein mit der Aufgabenerfüllung betrauter Verwaltungsträger eine öffentliche Aufgabe aus, indem er Leistungen (oft im Zusammenhang mit dem Service public) erbringt.[1815] Zwischen Aufgabenträger und Leistungsempfänger besteht ein Verwaltungsrechtsverhältnis. Ein privatrechtlicher Vertrag kann somit nur abgeschlossen werden, wenn das Sachgesetz dies vorsieht oder die Auslegung ausnahmsweise auf ein privatrechtliches Rechtsverhältnis schliessen lässt. Dem Verwaltungsträger kommt keine Wahlfreiheit betreffend die Handlungsform zu.[1816]

1811 Vgl. statt aller HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1384 ff.

1812 Vgl. etwa WELTERT, S. 254.

1813 Vgl. MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 199; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1388 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 975 f.

1814 In diesem Sinne auch BGE 93 I 228, E. 3 S. 232; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1140; WELTERT, S. 254 ff.; Im staatlichen Innenverhältnis gilt aber weiterhin öffentliches Recht (sog. Zweistufentheorie), vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1388 und 1403; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 975 und 1138.

1815 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 67.

1816 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1134; vgl. ferner auch LIENHARD, Grundlagen, S. 421 f., welcher davon ausgeht, dass im Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben auch dann öffentliches Recht gelte, wenn die Aufgabe unter privatwirtschaftlichen Bedingungen erfüllt werde, namentlich in Bezug auf die Handlungs- und Organisationsformen, das Verfahren und den Rechtsschutz, die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns, die Grundrechte und die sonstigen verfassungsmässigen Rechte und Prinzipien.

h) Zwischenfazit

Aufgrund der gemachten Ausführungen besteht nach der hier vertretenen Ansicht für den Staat bzw. Träger öffentlicher Aufgaben entgegen einer verbreiteten Meinung keine Wahlfreiheit zwischen dem öffentlichen-rechtlichen und dem privatrechtlichen Vertrag, um Verwaltungsrechtsverhältnisse zu normieren.[1817] Sofern die Handlungsform nicht bereits durch Rechtssatz festgelegt ist, hängen die möglichen Regelungsinstrumente von der Rechtsnatur des Verwaltungsrechtsverhältnisses ab. Nur wenn Rechtsverhältnisse privatrechtlicher Natur sind, können sie durch privatrechtliche Verträge ausgestaltet werden. Andernfalls, d.h., wenn sie dem öffentlichen Recht unterstehen, sind Verwaltungsrechtsverhältnisse, sofern sie nicht bereits durch Rechtssatz abschliessend geregelt sind, durch die Handlungsformen der Verfügung oder des verwaltungsrechtlichen Vertrags zu konkretisieren.

3. Inhalt

Über den möglichen Inhalt von privatrechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen und die Anforderungen an das Legalitätsprinzip verlieren die Lehre und Rechtsprechung meist nicht viele Worte.[1818] Oft begnügen sie sich mit der Feststellung, dass die verfassungs- und rechtsstaatlichen Prinzipien auch bei privatrechtlichem Verwaltungshandeln gelten würden.[1819] Regelmässig wird obendrein der Standpunkt vertreten, dass sich die Parteien bei privatrechtlichen Rechtsverhältnissen auf Augenhöhe gegenüberstehen würden,[1820] weshalb das Legalitätsprinzip den Inhalt (wenn überhaupt) nur dem Grundsatz nach vorzeichnen müsse und die Rechtsverhältnisse sich nach der im Privatrecht vorherrschenden Privatautonomie richten.[1821] Dieser Schluss ist weder selbstverständlich noch zwingend. Das Legalitätsprinzip gilt grundsätzlich für die gesamte Staatstätigkeit und alle Staatsorgane unabhängig von der verwendeten Handlungsform. Verwaltungsträger, die im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf dem Boden des Privatrechts handeln, werden ebenfalls vom Legalitätsprinzip erfasst.[1822]

1817 Gl.M. RÜEGGER, S. 188.

1818 Dieselbe Feststellung machend auch VOGEL, S. 135.

1819 MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 198 f.; BGE 109 Ib 146, E. 4 S. 155; ausführlicher aber etwa LIENHARD, Grundlagen, S. 456 m.w.H.; WELTERT, *passim*.

1820 Kritisch dazu auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 238.

1821 Vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1378 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 415 f.

1822 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 19 und 31; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 5 Rz. 6 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 378 und 383; WIEDERKEHR, Rz. 132; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459.

Die Ausgangslage bei Verwaltungsrechtsverhältnissen ist zudem eine gänzlich andere als bei Rechtsverhältnissen unter Privaten. Verwaltungsrechtsverhältnissen ist, auch wenn sie privatrechtlicher Natur sind und durch privatrechtlichen Vertrag geregelt werden, immer ein Abhängigkeitsverhältnis und ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien eigen. Zum Teil wird diesem Argument entgegengetreten, indem darauf hingewiesen wird, dass sich die Parteien auch im privaten Rechtsverkehr nicht immer auf Augenhöhe und im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses begegnen würden.[1823] Das stimmt. Nur ist es eben nicht dasselbe, wenn der Staat oder ein dezentralisierter bzw. privatisierter Verwaltungsträger eine gesetzlich festgelegte Aufgabe wahrnehmen. Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verfolgt andere Ziele als privatwirtschaftliche Tätigkeit.[1824] Aus diesem Umstand bezieht die öffentliche Aufgabe gerade ihre Legitimation.

Wie an anderer Stelle dargelegt, lassen sich die Anforderungen, welche im Einzelfall an das Legalitätsprinzip gestellt werden bzw. aus dem Legalitätsprinzip fliessen, zum Teil kaum noch beantworten.[1825] Dies gilt in besonderem Masse auch für privatrechtliches Handeln des Staates bzw. für Verwaltungshandeln in Privatrechtsform.[1826] Ein privatrechtliches Verwaltungsrechtsverhältnis, das an ein strenges Legalitätsprinzip gebunden ist, erscheint in der Tat wenig sinnvoll. Entsprechend darf wohl zu Recht davon ausgegangen werden, dass in denjenigen Fällen, in denen privatrechtliche Verträge bei Verwaltungsrechtsverhältnissen überhaupt zulässig sind, sei es aufgrund einer entsprechenden Rechtsnorm oder weil das Rechtsverhältnis aufgrund der Auslegung dem Privatrecht zuzuordnen ist, geringere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen sind. Im Falle der rechtssatzmässigen Bestimmung der Handlungsform kann sich die Relativierung des Legalitätsprinzips auf eine nachhaltige demokratische Legitimation abstützten, zumal nur der Bundesgesetzgeber dazu befugt ist.[1827] In denjenigen Fällen, in denen ein Verwaltungsrechtsverhältnis durch Auslegung ausnahmsweise dem Privatrecht zugeordnet wird, dürfte es sich dagegen um relativ unbedeutende Bereiche staatlicher Verwaltungstätigkeit

1823 Vgl. dazu auch WELTERT, S. 386 f.

1824 Vgl. dazu insbesondere auch WIEGAND/WICHTERMANN, S. 3 Fn. 15, welche ausführen, dass es ein grundsätzlicher Unterschied sei, ob der Staat oder Private eine bestimmte Tätigkeit ausüben würden, bzw. umgekehrt dieselben Voraussetzungen gelten müssten, ganz gleich, ob eine öffentliche Aufgabe durch das Gemeinwesen oder Private wahrgenommen werde.

1825 Vgl. dazu § 14 V.

1826 Vgl. auch VOGEL, S. 135.

1827 RÜEGGER, S. 188; MÜLLER/JENNI, S. 1077 und 1082.

handeln, weshalb eine Relativierung des Legalitätsprinzips ebenfalls verhältnismässig erscheint.[1828]

VI. Schlussfolgerungen

Verwaltungsrechtsverhältnisse können ihren Inhalt durch verschiedene Regelungsinstrumente erhalten. In Frage kommt die Ausgestaltung eines Verwaltungsrechtsverhältnisses durch Rechtssatz, Verfügung, verwaltungsrechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag. Inhaltlich werden sie aber allesamt, wenn auch in unterschiedlichem und kaum abstrakt bestimmbarem Ausmass, durch das Legalitätsprinzip beschränkt. Darüber hinaus kommen die verfassungs- und rechtsstaatlichen Prinzipien zur Anwendung, wobei auch diese in unterschiedlichem Ausmass relativiert werden. Wird ein Verwaltungsrechtsverhältnis nicht direkt durch Rechtssatz begründet und/oder inhaltlich abschliessend geregelt, stellt sich oft die Frage nach den Handlungsformen, welcher sich der Aufgabenträger bedienen kann bzw. muss.[1829] In der Lehre und Rechtsprechung werden dazu unterschiedliche Ansätze und Meinungen vertreten. Gerade im Zusammenhang mit dem privatrechtlichen Verwaltungshandeln wird die Frage meines Erachtens aber oft falsch angegangen. Nach der hier vertretenen Ansicht sind die zur Verfügung stehenden Handlungsformen als Folge der Qualifikation des (Verwaltungs-) Rechtsverhältnisses und dessen Zuordnung zum öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zu verstehen, wobei die Handlungsform mit der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses übereinstimmen muss.[1830] Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse können demnach in der Form der Verfügung oder des verwaltungsrechtlichen Vertrages geregelt werden. Für privatrechtliche Rechtsverhältnisse bleibt nur der privatrechtliche Vertrag als Regelungsmöglichkeit. Ein Wahlrecht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Handlungsformen besteht folglich nicht.[1831] Damit wird auch vermieden, dass durch unterschiedliche Merkmale und Anforderungen Widersprüche zwischen der Qualifikation des Rechtsverhältnisses und der Handlungs-

1828 Darüber hinaus bestimmen die übrigen Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns und die Bindung an die Grundrechte den möglichen Vertragsinhalt ebenfalls mit, vgl. MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 198 f.; vgl. auch LIENHARD, Grundlagen, S. 456; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 965.

1829 Dabei kann die Rechtssetzung selbst aber ebenfalls als Regelungsinstrument begriffen werden.

1830 In diesem Sinne auch RÜEGGER, S. 167; ähnlich auch VOGEL, S. 213 f.

1831 Gl.M. RÜEGGER, S. 167 und 188; WELTERT, S. 363; VOGEL, S. 213, führt dazu treffend aus: *«Form und Inhalt staatlichen Tuns sind […] nicht beliebig kombinierbar».*

form entstehen. Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis kann nach dem Gesagten nicht durch privatrechtlichen Vertrag geregelt werden[1832] – eine öffentliche Aufgabe hingegen (ausnahmsweise) schon.

Die Frage nach dem anzuwendenden Regelungsinstrument folgt somit methodisch der Feststellung der Rechtsnatur, d.h. dem Wesen des Verwaltungsrechtsverhältnisses.[1833] Diese ist in erster Linie anhand des entsprechenden Sachgesetzes auf Bundesebene zu beantworten. Bei der rechtssatzmässigen Festlegung der Rechtsnatur handelt es sich nach meinem Dafürhalten zudem stets um einen wichtigen Grundsatzentscheid, der einer formell-gesetzlichen, bundesrechtlichen Grundlage bedarf.[1834] Sofern das Bundesrecht keine spezielle Regelung vorsieht, muss die Rechtsnatur des Verwaltungsrechtsverhältnisses durch Auslegung ermittelt werden.[1835] In aller Regel ergibt sich dabei folgendes Bild: Da es oft an einer gesetzlichen Qualifikation fehlt, dürften Verwaltungsrechtsverhältnisse in Anwendung der modifizierten Funktionstheorie typischerweise dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.[1836] Infolgedessen werden sie prinzipiell einseitig, d.h. hoheitlich durch Verfügung geregelt (sog. Vorrang der Verfügung).[1837] Eine konsensuale Regelung eines Verwaltungsrechtsverhältnis durch verwaltungsrechtlichen Vertrag ist nur möglich, solange das Recht überhaupt einen Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses belässt. Der verwaltungsrechtliche Vertrag muss gegenüber der Verfügung zudem als geeigneteres Mittel erscheinen.[1838] Die Regelung des Rechtsverhältnisses

1832 Vgl. etwa die Ausführungen bei MÜLLER, Rechtsfragen, S. 130, mit Verweis auf die Rechtsprechung, wonach die Tätigkeit von Spitälern auch dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen sei, wenn ihnen ein privatrechtliches Behandlungsverhältnis zugrunde liege. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt dann aber kein privatrechtliches Rechtsverhältnis vor, und zwar auch dann nicht, wenn die Parteien fälschlicherweise davon ausgehen.

1833 In diesem Sinne auch VOGEL, S. 21; RÜEGGER, S. 167.

1834 In diesem Sinne auch BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 3.2.3; BGer vom 27.9.1996, E. 1 c in: ZBl 98/1997, S. 411 ff.; nach LIENHARD, Grundlagen, S. 422 f. Fn. 2571 und S. 456, muss sich die Befugnis zu privatrechtlichem Handeln zumindest dann aus einem formellen Gesetz ergeben, *«wenn damit grundlegende und wichtige Konsequenzen verbunden sind»*; nach HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1671, kann der Gesetzgeber die Festlegung der Rechtsnatur auch dem Aufgabenträger überlassen.

1835 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 217 ff., 1292 ff. und 1378 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 971.

1836 Jüngst etwa BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 4.1 und 5.2.3.

1837 Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 636 und 1133; LIENHARD, Grundlagen, S. 212 f., 421 f. und 456.

1838 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1288 ff.

durch privatrechtlichen Vertrag ist hingegen nur ausnahmsweise möglich, namentlich wenn dies durch Rechtssatz so festgelegt wurde oder das Rechtsverhältnis aufgrund der Auslegung dem Privatrecht untersteht.[1839] Privatrechtliches Verwaltungshandeln bildet somit stets die Ausnahme der Ausnahme[1840] und somit eine Irregularität.[1841] Zudem bleiben die entsprechenden Rechtsbeziehungen immer noch Verwaltungsrechtsverhältnisse. Auch wenn die aus dem Legalitätsprinzip fliessenden Anforderungen bei privatrechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen reduziert sein mögen, bleibt private Willkür dem auf dem Boden des Privatrechts handelnden Staat bzw. Träger öffentlicher Aufgaben somit verwehrt. Die privatrechtliche Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen erscheint daher nicht selten eher als verkomplizierend denn als vereinfachend.[1842]

Die eben gemachten Ausführungen sind zudem nicht bloss theoretischer Natur. Gerade im kostenintensiven Bereich der Infrastrukturen geht es rasch um beträchtliche Summen. Stellt man sich etwa vor, dass der Träger einer öffentlichen Aufgabe, der sich fälschlicherweise in der Sphäre des Privatrechts wähnt, eine Forderung durchsetzen will, ohne sich dabei auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage (oder einen Vertrag) stützen zu können, wird schnell klar, wie weitreichend die Konsequenzen einer falschen Präsumtion über die Rechtslage sein können.[1843] Schliesslich macht es auch einen erheblichen Unterschied, ob mit privatrechtlicher Autonomie gewirtschaftet werden kann oder ob Handlungen auf der Basis von öffentlichen Interessen, Verhältnismässigkeitsüberlegungen, Rechtsgleichheit und Willkürfreiheit beruhen müssen.[1844]

1839 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1292 ff. und 1378 ff.

1840 Erstens sind Verwaltungsrechtsverhältnisse überwiegend öffentlich-rechtlicher Natur und zweitens gilt der Vorrang der Verfügung vor vertraglichem Handeln.

1841 Vgl. dazu auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1133.

1842 In diesem Sinne ferner bereits EUGSTER, S. 39 ff.

1843 Illustrativ betreffend die (gescheiterte) Durchsetzung einer Forderung im Zusammenhang mit der Wasserversorgung auch MÜLLER, Rechtsfragen, S. 131 f.

1844 Vgl. etwa EUGSTER, S. 47 f. und 67 f. mit Beispielen betreffend Liefersperren und Forderungen; Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2023.159 vom 7. Februar 2024, E. 2.1 und 2.2.4.

§ 16 Regelungsmöglichkeiten in der Elektrizitätsversorgung

I. Einleitende Bemerkungen

1. Öffentliche Aufgaben und öffentliches Recht – Problem gelöst?

Mittlerweile dürfte aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest hinsichtlich der Netzanschlussverhältnisse, des Netznutzungsverhältnisses der festen Endverbraucher und bei der Belieferung der festen und freien Endverbraucher fürs Erste eine gewisse Klarheit betreffend die Rechtsnatur – wenn auch nicht zwingend Konsens – herrschen.[1845]

Öffentlich-rechtlicher Natur sind die Rechtsverhältnisse, welche den Netzanschluss, die Netznutzung der festen Endverbraucher und die Belieferung der festen Endverbraucher betreffen. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird hier zudem davon ausgegangen, dass auch die Netznutzungsverhältnisse zwischen Netzbetreiber und freien Endverbrauchern dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.[1846] Bei all diesen Tätigkeiten handelt es sich gleichzeitig um öffentliche Aufgaben, welche aufgrund der gesetzlich statuierten Erfüllungspflicht von den Netzbetreibern wahrgenommen werden müssen. Die daraus entspringenden Rechtsbeziehungen qualifizieren folglich als Verwaltungsrechtsverhältnisse. Keine öffentliche Aufgabe ist hingegen die Belieferung der freien Endverbraucher. Diese Rechtsverhältnisse zwischen dem Endverbraucher und dem Lieferanten unterliegen dem Privatrecht und stellen keine Verwaltungsrechtsverhältnisse dar.[1847]

Wie FÖHSE treffend konstatiert, sind die Unsicherheiten damit aber noch lange nicht geklärt.[1848] Im Gegenteil: Die Zuordnung bestimmter Teile der Elektrizitätsversorgung zum öffentlichen Recht hat nämlich – wie im allgemeinen Teil bereits dargelegt – grundlegende Auswirkungen auf die entsprechenden Rechtsverhältnisse und deren Ausgestaltung. Dasselbe folgt auch aus deren Qualifikation als öffentliche Aufgaben und als Verwaltungsrechtsverhältnisse.[1849]

1845 Vgl. BGE 144 III 111, E. 5.1 und 5.2 S. 113 ff; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1235.

1846 Vgl. dazu § 12.

1847 Vgl. dazu § 11.

1848 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1235; ebenso auch POLTIER, Rz. 733.

1849 Vgl. dazu § 9 und 13; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1235 f.

2. Von historischen Strukturen, einer neuen Marktordnung und falschen Annahmen

Die Krux liegt darin begründet, dass diese Qualifikationen (öffentliche Aufgabe, öffentlich-rechtliche Rechtsnatur und Verwaltungsrechtsverhältnisse) auf die historisch unter kantonalem Recht gewachsenen Strukturen einer Elektrizitätswirtschaft treffen, welche sich zum Teil noch immer kaum in der neuen eidgenössischen Strommarktordnung zurechtfindet.[1850] Hinzu kommt die als Rahmengesetzgebung ausgestaltete Strommarktordnung, welche im Prinzip nur Teile der Elektrizitätsversorgung regeln möchte und stattdessen auf die regulierte Selbstregulierung durch die Branche vertraut.[1851] Welche Rolle das kantonale Recht in diesem Gefüge (noch) spielen soll, lässt der Bundesgesetzgeber überdies weitestgehend offen, wodurch sich Zuständigkeiten zum Teil nur schwer eruieren lassen.[1852] Ergänzend kommt hinzu, dass die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft[1853] und weite Teile der Lehre[1854] im Hinblick auf die neue Strommarktordnung davon ausgegangen zu sein scheinen, dass unter dem StromVG sämtliche (oder zumindest die meisten) Rechtsverhältnisse privatrechtlicher Natur seien. Dasselbe gilt wohl auch für die Kantone und Gemeinden, welche den Grossteil der EVU direkt oder indirekt beherrschen.[1855] Denn die altrechtlichen, die Stromversorgung regelnden kantonalen und kommunalen Erlasse wurden mit Inkrafttreten des StromVG regelmässig aufgehoben oder zumindest einer privatrechtlich bzw. vertraglich ausgestalteten Elektrizitätsversorgung angepasst und entsprechend auf den Vollzug des StromVG beschränkt.[1856] Diese Auffassung kann ihnen kaum verübelt werden, scheint doch selbst die Botschaft zum StromVG dieser Annahme teilweise verfallen zu sein.[1857] Erstaunlich hartnäckig hielt

1850 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236, hält in diesem Zusammenhang prägnant fest: *«Teilweise scheint es gar so, als ob alte Praktiken mehr oder weniger unreflektiert weitergeführt werden […]»*.

1851 Vgl. dazu § 6.

1852 So auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1236.

1853 Vgl. etwa die Entscheide BGE 148 III 172 und BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018, in welchen die klagenden (!) EVU jeweils von zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen ausgingen.

1854 Vgl. etwa WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 28.

1855 Zu der Rolle der Gemeinwesen als Eigentümer vgl. auch MÜLLER, Verantwortung, S. 1097 f.

1856 Entsprechend knapp gehalten ist etwa die Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über die Stromversorgung (StromVG; BGS 941.25) vom 26. Januar 2010 des Kantons Solothurn.

1857 Vgl. Bundesrat, Botschaft StromVG, S. 1635 und 1659.

sich in diesem Zusammenhang auch die weitverbreitete Annahme, dass die Rechtsverhältnisse zwischen privatrechtlich organisierten Elektrizitätsversorgern (Stichwort: formelle Privatisierung) und deren Bezügern zwangsläufig dem Privatrecht unterstünden.[1858] Genauso oft scheint auch der Schluss gezogen worden zu sein, dass vertragliches Handeln per se gleichbedeutend mit privatrechtlichem Handeln sei.[1859] Im Gegensatz zum abgelehnten EMG sieht das StromVG aber gerade keine (implizite) gesetzliche Zuordnung der Rechtsverhältnisse zum Privatrecht vor.[1860] Das heutige Resultat dieser Annahme – welche sich *ex post* als falsch herausstellte – ist eine nach privatem Vorbild konzipierte und ausgestaltete Elektrizitätswirtschaft, die in weiten Teilen dem öffentlichen Recht untersteht. Besser im öffentlichen Recht aufgehoben sind vor diesem Hintergrund staatlich beherrschte EVU, welche der Dezentralisierung und Privatisierung bislang mehr oder weniger entkommen sind und deshalb (oder aus sonstigen Gründen) ihr Handeln weiterhin auf eine gesetzliche Grundlage stützen können – immer vorausgesetzt, dass eine entsprechende Rechtssetzungskompetenz des Trägergemeinwesens bejaht wird.[1861] Die Zuordnung der Rechtsverhältnisse zum öffentlichen Recht wirkt sich deshalb besonders stark auf die nicht vom Staat beherrschten EVU aus, die sich in privater Hand befinden. Da von der Annahme ausgegangen wurde, dass die Elektrizitätsversorgung unter dem StromVG keine öffentliche Aufgabe und deshalb privater bzw. privatrechtlicher Natur sei, dürfte es diesen «echten» privaten EVU oft an den gesetzlichen Grundlagen für ihr Handeln fehlen. Zum Teil wird in der Literatur zwar angemerkt, dass es i.d.R. der Staat oder öffentliche Unternehmen seien, welche die Aufgabe der Elektrizitätsversorgung wahrnehmen würden. Echte private Verteilnetzbetreiber oder Grundversorger seien (wohl) kaum anzutreffen.[1862] Die Betonung muss hier aber auf dem Wort «kaum» liegen. Durch

1858 KERN, S. 268; KRATZ, S. 355.

1859 Vgl. etwa WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 1 Rz. 28; MERKER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 23 StromVG, Rz. 41; ferner FÖHSE, Grundversorgung, S. 1244; ÇELIK, S. 917 m.w.H.

1860 Vgl. KRATZ, S. 348 und 350; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 58.

1861 Wo die Elektrizitätsversorgung weiterhin Teil der Zentralverwaltung eines Gemeinwesens darstellt oder durch eine vom Gemeinwesen beherrschte öffentlich-rechtliche Anstalt wahrgenommen wird, liegen nach der Erfahrung des Autors eher rechtliche Grundlagen vor (z.B. in der Form eines Reglements); so auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1244; ferner FERRARI-VISCA/HÄUSLER, S. 76 f.; nach MÜLLER, Verantwortung, S. 1098 f., spielt es hingegen keine Rolle (mehr), welche Rechtsform ein EVU hat oder ob es sich in staatlicher oder privater Hand befindet. Diese Aussage greift nach dem eben Gesagten m.E. jedoch zu kurz.

1862 Vgl. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1245; ÇELIK, S. 909; MÜLLER, Verantwortung, S. 1099.

die historisch gewachsenen Strukturen der Elektrizitätswirtschaft gibt es sie nämlich auch heute noch – und sie werden durch die Strommarktordnung ebenso in die Pflicht genommen wie staatliche Aufgabenträger. Im Strommarktkonzept und in der juristischen Betrachtung können «echte» private EVU deshalb nicht einfach ignoriert und die damit verbundenen Probleme als Kollateralschaden verbucht werden.

3. Wie regelt man (Verwaltungs-)Rechtsverhältnisse?

Der Begriff «Verwaltungsrechtsverhältnis» weckt unweigerlich die Assoziation zum öffentlichen Recht. Zuvor wurde aber bereits festgehalten, dass Verwaltungsrechtsverhältnisse nicht immer und zwingend dem öffentlichen Recht unterstellt sind, sondern auch privatrechtlicher Gestalt sein können.[1863] Da es meist an einer rechtlichen Zuordnungsnorm durch den Bundesgesetzgeber fehlt[1864] und da Verwaltungsrechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben bestehen, werden sie im Allgemeinen in Anwendung der modifizierten Funktionstheorie allerdings tatsächlich dem öffentlichen Recht zugeordnet.[1865] Im Einzelfall kann es sich aufgrund der Umstände aber dennoch ergeben, dass Verwaltungsrechtsverhältnisse dem Privatrecht zuzurechnen sind.[1866] Es handelt sich dann um Rechtsverhältnisse, die unmittelbar die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Gegenstand haben, aber dem Privatrecht unterstehen. Diese Ausgangslage erscheint auf den ersten Blick etwas paradox, und es treffen in der Literatur und Rechtsprechung nicht selten Aussagen aufeinander, die sich kaum widerspruchsfrei miteinander vereinbaren lassen. Diese Widersprüche betreffen wie zuvor bereits aufgezeigt insbesondere auch die Wahl der Handlungsform bzw. Regelungsinstrumente.[1867] Ein Grossteil der Irrungen, welche in diesem Zusammenhang bestehen, kann allerdings bereits dadurch beseitigt werden, indem man Verwaltungsrechtsverhältnisse anhand ihres Inhalts begreift (d.h. als Rechtsverhältnisse, welche unmittelbar im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen

1863 WELTERT, S. 281, verwendet hingegen den Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses nur für öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse und spricht andernfalls von Privatrechtsverhältnissen; zu vereinfachend m.E. ÇELIK, S. 912 ff., welcher bei öffentlichen Aufgaben grundsätzlich von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis auszugehen scheint.

1864 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1293.

1865 Vgl. dazu § 9 II. 2.; vgl. auch LIENHARD, Grundlagen, S. 421 f.; vgl. aber ferner auch WELTERT, S. 281 f.

1866 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1379.

1867 Dabei handelt es sich keineswegs um eine neue Problematik – aber um eine, die immer wieder auftaucht, vgl. dazu etwa bereits RHINOW, S. 298.

Aufgabe zwischen dem Aufgabenträger und dem Leistungsempfänger bestehen) und losgelöst von den beteiligten Institutionen und Rechtsformen (Zentralverwaltung, dezentrale Verwaltungsträger, öffentlich-rechtliche Anstalt, Private etc.), den verwendeten Handlungsformen bzw. Regelungsinstrumenten (Verfügung, öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag etc.) und dessen Rechtsnatur (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich).[1868] Umgekehrt aber gibt die Rechtsnatur eines Verwaltungsrechtsverhältnisses nach der hier vertretenen Meinung die möglichen Regelungsinstrumente vor.

Mit den Regelungsmöglichkeiten in der Elektrizitätsversorgung unter der Geltung des StromVG haben sich die Lehre und Rechtsprechung bisher noch kaum bzw. nicht vertieft auseinandergesetzt.[1869] Praxis und herrschende Lehre gehen heute für gewöhnlich davon aus, dass die Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung auf vertraglicher Grundlage basieren.[1870] Das gilt grundsätzlich für alle Beziehungen zwischen Produzenten, Netzbetreibern und Endverbrauchern.[1871] Soweit ersichtlich, scheint sich FÖHSE während langer Zeit als einer der wenigen Autoren kritisch mit dem Verhältnis zwischen der Konzeption des StromVG und der gelebten Praxis auseinandergesetzt zu haben.[1872] In allerjüngster Zeit scheint das Bewusstsein für die Problematik in der Literatur allerdings etwas zugenommen zu haben.[1873] Die nachfolgende Betrachtungsweise fokussiert daher auf die Möglichkeiten zur Regelung der Rechtsverhältnisse betreffend den Netzanschluss, die Netznutzung und die Energielieferung aus der Optik der EVU bzw. Netzbetreiber unter der geltenden Strommarktordnung.

II. Ausgangslage und Rahmenbedingungen

1. Ausgangslage: Rekapitulation

Bei der Elektrizitätsversorgung (Netzanschluss, Netznutzung und Energielieferung) handelt es sich de lege lata – mit Ausnahme der Versorgung der

1868 In diesem Sinne auch VOGEL, S. 21; RÜEGGER, S. 166 f.

1869 Für die altrechtliche Rechtslage vgl. demgegenüber WELTERT, S. 339 ff.; RÜEGGER, S. 166 ff.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 85 ff.; JAGMETTI, Rz. 1507 ff.; KRATZ, S. 344; EUGSTER, S. 27 ff.

1870 Vgl. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 33; SCHOLL, Elektrizität, Rz. 13.28 ff.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1243 f.

1871 In diesem Sinne stellt etwa der VSE seinen Mitgliedern zahlreiche Musterverträge zur Verfügung; vgl. dazu auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1243 f.; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 113.

1872 FÖHSE, Strommarktordnung, *passim*; FÖHSE, Grundversorgung, *passim*.

1873 Vgl. etwa BUCHLI, S. 266 ff.; ÇELIK, S. 916 ff.; HÄNER, S. 242 ff.; POLTIER, Rz. 767.

freien Endverbraucher – um eine öffentliche Aufgabe. Träger dieser öffentlichen Aufgabe sind die Netzbetreiber. Bei den Rechtsbeziehungen, welche zwischen den Netzbetreibern und Dritten im Zusammenhang mit der unmittelbaren Erfüllung dieser Verwaltungsaufgaben bestehen, handelt es sich folglich um Verwaltungsrechtsverhältnisse; sie unterstehen dem öffentlichen Recht. Keine öffentliche Aufgabe stellt hingegen die Belieferung der freien Endverbraucher mit Elektrizität dar. Es handelt sich somit auch nicht um Verwaltungsrechtsverhältnisse. Die Rechtsverhältnisse, welche die Belieferung der freien Endverbraucher zum Gegenstand haben, sind privatrechtlicher Natur.

Die Ausgangslage zwischen dem Netzanschluss, der Netznutzung und der Energielieferung an feste Endverbraucher und die Endverbraucher, welche von ihrem Recht auf Netzzugang nicht Gebrauch gemacht haben (Grundversorgung), einerseits und die Energielieferung an freie Endverbraucher andererseits unterscheiden sich somit grundlegend. Diese Tatsache führt zu unterschiedlichen Rahmenbedingungen.

2. Rahmenbedingungen

a) Allgemeine (Rechts-)Grundsätze

In denjenigen Bereichen, in welchen die Elektrizitätsversorgung als öffentliche Aufgabe qualifiziert und wo die damit einhergehenden Rechtsverhältnisse zum öffentlichen Recht zu zählen sind, gelten die bereits im allgemeinen Teil im Detail erläuterten Grundsätze und Folgen, so namentlich das Legalitätsprinzip sowie die Grundsätze des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit, welche dem jeweiligen Handeln zugrunde liegen müssen.[1874] Im Bereich der privaten bzw. privatrechtlichen Rechtsbeziehungen gilt hingegen die Privatautonomie als grundlegende Maxime.

Auf einige Punkte bzw. Unterschiede soll aber hier noch einmal speziell hingewiesen werden: (1.) die Bindung an die Grundrechte, (2.) das Legalitätsprinzip und (3.) den Rechtsweg.

b) Grundrechtsbindung im Speziellen

(i) Grundrechtsbindung im Bereich der öffentlichen Aufgaben

Die Netzbetreiber werden durch das StromVG als primäre Adressaten der öffentlichen Aufgabe «Elektrizitätsversorgung» bestimmt.[1875] Sie sind in ihrer Funktion als Träger öffentlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden

1874 Vgl. dazu auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1245; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 457 ff.; SÄGESSER, RVOG, Art. 2 Rz. 93 ff.; EUGSTER, S. 47 f.; MÄCHLER, S. 90.

1875 Vgl. dazu § 7 und 11.

(Art. 35 Abs. 2 BV).[1876] Die Organisationsform spielt dabei keine Rolle. Eine Lockerung der Grundrechtsbindung scheint zudem nicht möglich. Denn das Bundesgericht nimmt in seiner ständigen Rechtsprechung eine solche Lockerung nur dort an, wo eine öffentliche Aufgabe in Konkurrenz zu anderen Anbietern wahrgenommen wird und wo deshalb die Abhängigkeit der potenziellen Nutzer vom Aufgabenträger eher gering ist.[1877] Aufgrund der natürlichen Monopolstellung des ansässigen Netzbetreibers besteht weder im Bereich des Netzanschlusses noch der Netznutzung eine Konkurrenzsituation. Im Gegenteil: Es liegt ein starkes Abhängigkeitsverhältnis und ein erhebliches Machtgefälle zwischen dem Netzbetreiber und den auf das Netz Angewiesenen vor.[1878] Dasselbe gilt auch für die Versorgung der festen Endverbraucher durch den lokalen Netzbetreiber.[1879] Unabhängig davon, ob man davon ausgeht, dass das StromVG hier ein rechtliches Monopol statuiert oder nicht,[1880] besteht bei der Versorgung der festen Endverbraucher keine Konkurrenz zu anderen Anbietern. Die theoretische, weil gesetzlich nicht verbotene, aber praktisch kaum oder gar nicht vorhandene Möglichkeit zum Bezug der benötigten Elektrizität aus anderen Quellen (z.B. von Parallelnetzen oder aus Eigenproduktion) ändert m.E. daran nichts.[1881] Eine Lockerung der Grundrechtsbindung wäre allenfalls in Bezug auf die Versorgung der Endverbraucher, welche zwar am Markt teilnehmen könnten, von ihrem Recht aber keinen Gebrauch gemacht haben, denkbar. Anders als bei den festen Endverbrauchern obliegt es hier nämlich den freiwillig in der Grundversorgung verbleibenden Endverbrauchern selbst, ob sie eine Konkurrenzsituation herbeiführen oder nicht. Es liegt somit kein zwingendes bzw. gesetzlich festgelegtes Abhängigkeitsverhältnis vor.

1876 Die Grundrechtsbindung gilt auch unabhängig davon, ob das fragliche Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht untersteht. Selbst wenn das Rechtsverhältnis durch den (Bundes-)Gesetzgeber dem Privatrecht unterstellt würde, bliebe sie somit bestehen, vgl. etwa LIENHARD, Grundlagen, S. 151 und 456; ferner MÄCHLER, S. 92; TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 785; spezifisch für die nationale Netzgesellschaft KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 Rz. 73, nach welchen die Swissgrid AG zumindest dort, wo sie eine öffentliche Aufgabe wahrnehme, *«zweifellos an Grundrechte gebunden»* sei; gl.M. BAUMANN, Haftung, S 51.

1877 Vgl. BGE 127 I 84, E. 4 c) S. 90 f.; vgl. auch LIENHARD, Grundlagen, S. 151 f.

1878 BUCHLI, S. 273; FÖHSE, Strommarktordnung, S. 143.

1879 Vgl. dazu auch das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2023.159 vom 7. Februar 2024, E. 2.1.

1880 Ein rechtliches Monopol verneinend BGE 141 II 141, E. 4.4 S. 152 f.; dieses bejahend FÖHSE, Strommarktordnung, S. 140 f.

1881 Zu theoretisch scheint mir deshalb auch die Begründung des Bundesgerichts in BGE 141 II 141, E. 4.4 S. 153, mit welcher es das Vorhandensein eines rechtlichen Monopols in der Grundversorgung verneint; vgl. zum Abhängigkeitsdilemma in der Daseinsvorsorge ferner auch EUGSTER, S. 30 ff.

Die Versorgung der freien Endverbraucher stellt hingegen keine öffentliche Aufgabe dar. Somit ist der Lieferant zumindest qua seiner Funktion nicht an die Grundrechte gebunden. Das gilt selbst dann, wenn es sich beim Lieferanten um den Staat (in welcher Form auch immer) handelt, da er in hier wie ein Privater auftritt.[1882] Diese Annahme gilt zumindest so lange, als nicht davon ausgegangen wird, dass der Staat nicht grundsätzlich zur Wahrung der Grundrechte verpflichtet ist bzw. die Träger von öffentlichen Aufgaben nicht auch dann an die Grundrechte gebunden sind, wenn sie (neben den ihnen gesetzlich übertragenen öffentlichen Aufgaben) auch noch in anderen Bereichen tätig sind.[1883] Das Bundesgericht hat jedenfalls wiederholt bestätigt, dass Träger öffentlicher Aufgaben auch über ihren Aufgabenbereich hinaus einer gewissen Grundrechtsbindung unterstehen können. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um Nebenaktivitäten der öffentlichen Aufgaben handelt.[1884] In Bezug auf die Verteilnetzbetreiber stellte sich somit etwa die Frage, ob diese bei der Belieferung von freien Endverbrauchern ebenfalls an die Grundrechte gebunden sind. Hier könnte aufgrund der sachlichen Nähe zu den von den Verteilnetzbetreibern wahrgenommenen öffentlichen Aufgaben von einer Nebentätigkeit derselben ausgegangen und eine Grundrechtsbindung bejaht werden. Inwiefern auch andere Tätigkeitsbereiche von Verteilnetzbetreibern als Nebentätigkeiten der von ihnen ausgeübten öffentlichen Aufgaben gelten können – etwas im Bereich von Elektroinstallationen –, wäre immerhin prüfenswert. Dabei müsste allerdings der gesetzlich verankerten Trennung der öffentlichen Aufgaben von den übrigen Tätigkeiten (Unbundling) wohl gebührend Rechnung getragen werden. Darauf soll vorliegend aber nicht vertieft eingegangen werden. Es genügt festzuhalten, dass öffentliche Aufgaben für deren Träger grundsätzlich eine Grundrechtsbindung nach sich ziehen (können).

(ii) Folgen der Grundrechtsbindung

Die Auswirkungen, welche die Bindung an die Grundrechte für die Netzbetreiber mit sich bringt, sind nicht bloss akademischer Natur. Vielmehr wirkt die Grundrechtsbindung als direkte Leitlinie und -schranke, welche den Netzbetreibern im Umgang und Rechtsverkehr mit den Leistungsempfängern

1882 Es gilt gemäss Art. 35 Abs. 2 BV der Grundsatz: Ohne öffentliche Aufgabe keine Bindung an die Grundrechte, vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1139.

1883 Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 Rz. 62 und 73 m.w.H.

1884 Vgl. etwa BGE 139 I 306, E. 3.2.2 S. 311 betreffend den privatrechtlich bewirtschafteten Werbebereich der SRG; BGE 138 I 274, E. 2.2 S. 281 ff. betreffend die Nutzung öffentlicher Sachen (Bahnhof) für den Plakataushang (SBB); die Grundrechtsbindung verneinend aber BGE 129 III 35, E. 5.1 ff. S. 40 f. betreffend die Wettbewerbsdienste der Post.

der öffentlichen Aufgaben (Netzanschlussnehmer, Netznutzer, Endverbraucher etc.) zugrunde liegt. Im Vordergrund stehen dabei die beiden Grundrechte der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie der Schutz vor Willkür und die Wahrung von Treu und Glauben (Art. 9 BV). Aber auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) kann eine Rolle spielen.[1885] Nach dem Bundesgericht sind Träger öffentlicher Aufgaben aber in genereller Weise dazu gehalten, *«dem besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte Rechnung [zu] tragen»*.[1886]

Zwar überschneiden sich die aus dem Rechtsgleichheitsprinzip und dem Willkürverbot ableitbaren Rechte zum Teil mit den auch im StromVG statuierten Vorgaben nach diskriminierungsfreiem Verhalten der Netzbetreiber.[1887] Die aus der Grundrechtsbindung fliessenden Ansprüche dürften aber regelmässig insofern weiter gehen, als sie das gesamte Handeln der Netzbetreiber – jedenfalls unstreitig, soweit sie öffentliche Aufgaben ausüben – umfassen und ihnen eine generelle Handlungsmaxime (und nicht nur eine stromversorgungsrechtliche) zugrunde liegt.

c) Legalitätsprinzip im Speziellen

Wo die Netzbetreiber eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen und die Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht unterstehen, d.h. im Bereich des Netzanschlusses, der Netznutzung und der Grundversorgung, gelten m.E. eher strenge Anforderungen an das Legalitätsprinzip.[1888] Das gilt nach der hier vertretenen Meinung grundsätzlich ungeachtet der Tatsache, dass es sich dabei um eine Aufgabe der Leistungsverwaltung handelt.[1889] Ein Sonderstatusverhältnis, welches die Anforderungen an die rechtliche Grundlage herabsetzen würde, liegt in der Stromversorgung zudem nicht vor.[1890] Der Handlungsspielraum der Netzbetreiber ist somit begrenzt. Die Rechtsverhältnisse haben sich nach den Bedingungen zu richten, welche rechtssatzmässig vorgegeben sind. Der Inhalt der Rechtsverhältnisse unterliegt daher grundsätzlich auch nicht der Parteidisposition.[1891] In jedem Fall aber besteht hier kein Platz für Privatautonomie.[1892] Ebenso müssen sich die Netzbetreiber beim Erlass von Verfügungen oder beim Abschluss von Verträgen auf eine recht-

1885 Vgl. etwa PETRIK-HALTINER, S. 19 m.w.H.; EUGSTER, S. 47 f.

1886 BGE 139 I 306, E. 3.2.3 S. 311; ferner BGE 138 I 274, E. 2.2.2 S. 283.

1887 Vgl. etwa Art. 13 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b und d StromVG.

1888 So bereits WELTERT, S. 347 f.

1889 Einlässlich dazu bereits § 14 III. 2. b) sowie § 14 V. 2.

1890 RÜEGGER, S. 189; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1249.

1891 Vgl. statt aller HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218.

1892 Ebenso BUCHLI, S. 268; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1245; ferner MÄCHLER, S. 89.

liche Grundlage abstützen können.[1893] Rechte und Pflichten öffentlich-rechtlicher Natur können nur eingeräumt bzw. auferlegt werden, sofern dafür eine genügende Rechtsgrundlage besteht.[1894] Das gilt in besonderem Masse, wenn öffentlich-rechtliche Pflichten hoheitlich, d.h. durch Verfügung, auferlegt werden sollen.[1895] Insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ist die tatsächliche Tragweite des Legalitätsprinzips aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber unklar.[1896] Wie zuvor bereits angemerkt, führt diese Tatsache insofern zu Problemen, als es sich bei der bundesrechtlichen Strommarktordnung um eine Rahmengesetzgebung handelt. Sofern der Bundesgesetzgeber oder (immerhin) der Bundesverordnungsgeber keine Regelung getroffen hat, stellt sich daher regelmässig die Frage nach der rechtlichen Grundlage für ein bestimmtes Handeln des Aufgabenträgers.[1897] Eine solche kann sich nur noch auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene finden lassen[1898] – sofern nicht davon ausgegangen wird, dass die Aufgabenträger selbst Recht setzen können.[1899] In beiden Fällen braucht es aber eine entsprechende Rechtssetzungskompetenz.

1893 JAGMETTI, Rz. 1513 ff.; WELTERT, S. 337.

1894 WELTERT, S. 430 f.

1895 So etwa auch, wenn die ElCom gestützt auf den neu geschaffenen Art. 22 Abs. 2 lit. e StromVG den Abschluss einer Vereinbarung sowie deren Inhalt zwischen den Parteien verfügen soll, vgl. BBl 2023 2301.

1896 Vgl. BGE 136 I 142, E. 4.2 S. 147; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1317.

1897 Als Beispiel zu nennen ist etwa die – oft auch unter grundrechtlichen Gesichtspunkten – gestellte Frage nach der Zulässigkeit des Einbaus von Münzzählern (Prepaid-Zähler) bzw. einer sog. Stromsperre, d.h. der Einstellung der Elektrizitätslieferung durch den Lieferanten bei Nichtbezahlung des Entgeltes durch den Verbraucher, vgl. dazu etwa WELTERT, S. 482 ff.; nicht selten lassen sich in den von vielen Netzbetreibern verwendeten AGB zudem Bestimmungen finden, wonach sich der Netzbetreiber das Recht vorbehält, nicht benutzte Anschlüsse auf Kosten des «Kunden» zu plombieren. Da in diesen Fällen das Handeln des Netzbetreibers mit Kosten für den Betroffenen verbunden sein soll, stellt sich die Frage nach einer entsprechenden (genügenden) gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip im Abgaberecht) umso mehr; teilweise lässt sich in den AGB von Netzbetreibern auch die Bestimmung finden, wonach die Netzbetreiber Grund und Boden der Netzanschlussnehmer unentgeltlich für eigene Anlagen oder zur Durchleitung nutzen dürfen können sollen.

1898 Vgl. etwa § 21 des Energiegesetzes des Kantons Aargau (EnergieG; SAR 773.200) vom 17. Januar 2012, welcher eine Durchleitungspflicht für sämtliche Grundeigentümer vorsieht, selbst wenn die betroffenen Liegenschaften nicht durch die sie belastende leitungsgebundene Infrastruktur erschlossen wird; vgl. ferner auch § 35 Abs. 1 des Gesetzes über die Industriellen Werke Basel (IWB-Gesetz; SG 772.300) vom 11. Februar 2009, welcher der IWB die Möglichkeit zum Einsatz von Videoüberwachungsgeräten zum Schutz ihrer Anlagen und Leitungen einräumt.

1899 So verpflichtet (und berechtigt) etwa § 5 Abs. 3 des Gesetzes über die Industriellen Werke Basel (IWB-Gesetz; SG 772.300) vom 11. Februar 2009 die IWB zum Erlass technischer Vorschriften (bzw. Ausführungsbestimmungen) in ihrem Aufgabenbereich; vgl. dazu auch das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2023.159 vom 7. Februar 2024, E. 2.2.2 f., wo in den Ausführungsbestimmungen der IWB eine genügende gesetzliche Grundlage zur Anordnung einer Liefersperre gesehen wurde.

Auf Elektrizitätslieferverhältnisse mit freien Endverbrauchern ist hingegen das Privatrecht anwendbar.[1900] Hier gilt es zu unterscheiden: Handelt es sich beim Lieferanten um einen Privaten, kommt das Legalitätsprinzip grundsätzlich nicht zur Anwendung.[1901] Handelt es sich beim Lieferanten jedoch um den Staat, gilt das Legalitätsprinzip trotzdem. Allerdings dürfte es gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung dahingehend relativiert werden, dass eine blosse Ermächtigungsnorm, welche die staatliche Tätigkeit erlaubt, den Anforderungen genügt.

d) Rechtspflege im Speziellen

Zuletzt ergeben sich aus den unterschiedlichen Ausgangslagen auch grundsätzlich andere Bedingungen betreffend die Rechtspflege. Das gilt zumindest in denjenigen Fällen, in denen der Bundesgesetzgeber den Rechtsweg nicht bereits im StromVG vorgegeben hat (vgl. Art. 22 und 23 StromVG).[1902] Während die Rechtsverhältnisse, welche unmittelbar mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der Netzbetreiber zusammenhängen und dem öffentlichen Recht zuordenbar sind, der Verwaltungsrechtspflege unterliegen,[1903] unterstehen privatrechtliche Rechtsverhältnisse der Zivilgerichtsbarkeit (Art. 1 lit. a Zivilprozessordnung, ZPO). Dementsprechend unterscheiden sich auch die Zuständigkeiten und Verfahrensvorschriften erheblich.[1904]

III. Regelungsinstrumente in der Stromversorgung

1. Einleitung

Wie bereits aufgezeigt, kann sich die inhaltliche Konkretisierung von Verwaltungsrechtsverhältnissen direkt aus einem Rechtssatz ergeben oder

1900 Vgl. § 12; ebenso WALDNER, S. 1312.

1901 In BGE 139 I 306, E. 4.1 S. 312 forderte das Bundesgericht allerdings auch für die Verweigerung eines Werbespots im privatrechtlich bewirtschafteten Werbebetrieb der SRG als Eingriff in die grundrechtlich geschützte Meinungsäusserungsfreiheit eine gesetzliche Grundlage und erachtete hierzu die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, da ihnen kein Rechtsnormcharakter zukomme, als unzureichend.

1902 Ob das der Fall ist, kann aber unter Umständen schwierig zu beantworten sein, vgl. etwa FÖHSE, Grundversorgung, S. 1238 f. betreffend die Zuständigkeit bei Kostentragungsfragen des Netzanschlusses (nunmehr geklärt durch BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.5 und 3.6); BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.5 und 3.6; BGE 148 III 172 betreffend den zu beschreitenden Rechtsweg (Zivilgerichtsbarkeit oder Verwaltungsverfahren) bzw. die Zuständigkeit der ElCom für eine Forderungsstreitigkeit im Zusammenhang mit dem Übertragungsnetzbetrieb; ferner HÄNER, S. 244.

1903 LIENHARD, Grundlagen, S. 457 f.; unklar HÄNER, S. 244.

1904 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 219 und 240 m.w.H.; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 31 und 52.

durch Verfügung oder verwaltungsrechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag festgelegt, d.h. geregelt werden.[1905] Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Handlungsformen als Folge der Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Verwaltungsrechtsverhältnis und dessen Zuordnung zum öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zu verstehen, wobei die Handlungsform mit der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses übereinstimmen muss.[1906] Sofern Verwaltungsrechtsverhältnisse nicht bereits durch Rechtssatz abschliessend normiert werden, sind öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse in der Form der Verfügung oder des verwaltungsrechtlichen Vertrages zu konkretisieren.[1907] Für privatrechtliche Rechtsverhältnisse bleibt nur der privatrechtliche Vertrag als Regelungsmöglichkeit. Ein Wahlrecht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Handlungsformen besteht für die Verwaltungsträger demnach nicht.[1908]

Infolge des bundesgesetzgeberischen Entschlusses, den Strommarkt mittels einer Rahmengesetzgebung zu regulieren, regelt das Bundesrecht die Rechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung nicht abschliessend. Einige Bereiche (wie z.B. die Tarifierung) erfahren zwar bereits durch das Bundesrecht eine äusserst detaillierte bzw. abschliessende Regelung und lassen daher kaum oder gar keinen Platz für die weitere Ausgestaltung.[1909] Andere Bereiche werden hingegen bundesrechtlich wenig oder gar nicht geregelt.[1910] Die Rechtsverhältnisse zwischen den Aufgabenträgern und den Dritten bedürfen daher in vielen Bereichen der Konkretisierung.[1911]

Das Bundesgericht fasste die Situation – allerdings noch bevor es weite Teile der Stromversorgung dem öffentlichen Recht zuordnete – wie folgt zusammen: *«Die Rechtsgrundlagen der schweizerischen Elektrizitätsversorgung sind historisch gewachsen und sehr unterschiedlich ausgestaltet. Sie umfassen privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungen auf verschiedensten Stufen und von grosser Vielfalt […]. Das StromVG will nicht die gesamte Stromversorgung abschliessend regeln, sondern dafür einen regulatorischen Rahmen schaffen […]. Es [das StromVG] ersetzt nicht die ganze bisherige Regelung. Bundes-*

1905 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 748 ff. und 843 ff.; LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 448; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 51; RÜEGGER, S. 166; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1246; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 86.

1906 Vgl. dazu § 15 VI.; in diesem Sinne auch RÜEGGER, S. 167; ähnlich auch VOGEL, S. 213 f.

1907 Vgl. dazu auch POLTIER, Rz. 747 ff.

1908 Gl.M. RÜEGGER, S. 167 und 188; VOGEL, S. 213.

1909 Vgl. BGE 138 I 454, E. 3.6.3 S. 463 f.

1910 BGE 141 II 141, E. 4.1 und 4.2 S. 151 f.

1911 Für den Inhalt vgl. etwa BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 44 ff.

rechtlich sind durch das StromVG nur einzelne Aspekte […] abschliessend festgelegt». Und weiter: «*Im Übrigen wird aber die Elektrizitätsversorgung in dem durch das Bundesrecht gezogenen Rahmen nach wie vor in bedeutendem Umfang durch kantonales Recht, Reglemente lokaler oder regionaler Elektrizitätswerke sowie privat- oder öffentlich-rechtliche Verträge geregelt […]. Es ist daher nicht zu erwarten, dass sich sämtliche Antworten auf die vorliegenden Fragen abschliessend aus dem StromVG ergeben.*»[1912] Daraus zog das Bundesgericht folgenden Schluss: «*[V]ertragliche Lösungen sind weiterhin zulässig, soweit das Gesetz nichts anderes regelt (Art. 19 OR). Ebenso bleiben kantonale und kommunale Regelungen anwendbar, soweit sie dem Bundesrecht nicht widersprechen.*».[1913] Bei dieser Beurteilung stützte sich das Bundesgericht offenkundig auf die ältere Lehre und die Botschaft zum StromVG ab, welche mehrheitlich einen privatrechtlichen bzw. vertraglichen Ansatz für die Rechtsbeziehungen im (teil-)liberalisierten Strommarkt verfolgten. Auf den ersten Blick erscheint die Ausgangslage damit klar: Mit Ausnahme des neuen Rahmengesetzes, welches für bestimmte Bereiche verbindliche Vorgaben macht, ändert sich nichts. Wie zuvor aufgezeigt, kann dieser Ansatz – nicht zuletzt aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Rechtsnatur der Stromversorgung – heute aber nicht mehr unbesehen weitergeführt werden. Es gilt ein schweizweit einheitliches Regime bei der Stromversorgung, in welchem manche Teile öffentliche Aufgaben darstellen und dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, während andere Teile privater bzw. privatrechtlicher Gestalt sind. Es steht heute somit nicht mehr im Belieben der Kantone, Gemeinden und Privaten bzw. der «EVU», die Elektrizitätsversorgung nach ihrem Gutdünken frei auszugestalten und dabei zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Handlungsformen beliebig zu wählen.[1914]

Es bietet sich nachfolgend an, mit der Abhandlung derjenigen Rechtsverhältnisse und Handlungsformen zu beginnen, welche am wenigsten Probleme bei der juristischen Aufarbeitung bereiten: der Belieferung der freien Endverbraucher.

2. Bei der Belieferung der freien Endverbraucher

Die Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Versorgung der freien Endverbraucher stellen keine Verwaltungsrechtsverhältnisse dar. Es handelt sich dabei um private Rechtsbeziehung. Sie sind privatrechtlicher Natur und

1912 BGE 141 II 141, E. 4.1 S. 151.

1913 BGE 141 II 141, E. 4.2 S. 152.

1914 Vgl. zur früheren Rechtslage statt aller WELTERT, S. 339 ff.

werden folglich durch privatrechtlichen Vertrag geregelt.[1915] Sofern der Staat bzw. ein Netzbetreiber als Lieferant auftritt, nimmt er als Wettbewerber am freien Markt teil.[1916] Er ist somit grundsätzlich (d.h. je nachdem, ob davon ausgegangen wird, dass der Staat generell bzw. Träger öffentlicher Aufgaben auch in den übrigen Tätigkeitsbereichen, insbesondere bei Nebenaktivitäten zu der von ihnen wahrgenommenen öffentlichen Aufgabe, an die Grundrechte gebunden sind[1917]) nicht oder wohl zumindest weniger stark an die Grundrechte gebunden und wird durch das Legalitätsprinzip in seinem Handeln kaum (Staat) bzw. nicht (Private) beschränkt. Den Vertragsinhalt können die Parteien somit grundsätzlich im Rahmen der Privatautonomie und des zwingenden Rechts frei vereinbaren. Die Frage nach der richtigen Handlungsform stellt sich hier dementsprechend nicht, womit auf diese im Folgenden auch nicht mehr weiter einzugehen ist.[1918]

3. Im Bereich des Netzanschlusses, der Netznutzung und der Grundversorgung

In denjenigen Bereichen der Elektrizitätsversorgung, in denen die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien als Verwaltungsrechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur qualifizieren, stellt sich mangels einer allgemeinen bundesgesetzlichen Regelung hingegen die Frage nach dem Regelungsinstrument bzw. der (richtigen) Handlungsform zur inhaltlichen Konkretisierung der Rechtsverhältnisse.[1919] Dabei kann die Frage auf zwei unterschiedliche Arten gestellt werden: Die eine fragt (*ex ante*) danach, welches Regelungsinstrument bzw. welche Handlungsform im vorliegenden Fall das bzw. die richtige bzw. möglich sei. Die andere fragt (*ex post*) danach, in welcher Form gehandelt wurde. Auf beide Fragen soll nachfolgend zusammen eingegangen werden.

a) Vorfrage: privatrechtlicher Vertrag?

Es wurde bereits dargelegt, dass Verwaltungsrechtsverhältnisse nach der hier vertretenen Ansicht nur dann durch privatrechtlichen Vertrag geregelt

1915 POLTIER, Rz. 757; WALDNER, S. 1312; BGE 144 III 111, E. 5.1 S. 113; ferner WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 79.

1916 Sog. fiskalische Wettbewerbswirtschaft, erwerbswirtschaftliche bzw. privatwirtschaftliche Staatstätigkeit oder wirtschaftende Verwaltung.

1917 Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 Rz. 62 und 73 m.w.H.

1918 Nach VOGEL, S. 213, erweist sich die Verfügung als Handlungsform bei marktwirtschaftlicher Tätigkeit des Staates ohnehin als *«Fremdkörper»* und damit als ungeeignet.

1919 Vgl. auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1245 ff.; unter altem Recht bereits WELTERT, S. 337 und 339 ff.

werden und dem Privatrecht unterstehen können, wenn dies durch Rechtssatz so festgelegt wurde oder die Auslegung im Einzelfall dazu führt, dass das Rechtsverhältnis als privatrechtlich qualifiziert. Eine Wahlfreiheit zwischen der Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts (d.h. eine Festlegung der Natur eines Rechtsverhältnisses durch Rechtssatz) oder des privatrechtlichen Vertrages als massgebende Handlungsform besteht indes nur für den Bundesgesetzgeber. Dem kantonalen oder kommunalen Rechtssetzer und der Verwaltung bleibt diese Möglichkeit verwehrt.[1920]

Vorliegend, d.h. in der Elektrizitätsversorgung, hat der Bundesgesetzgeber weder die Rechtsnatur der Verwaltungsrechtsverhältnisse im Bereich des Netzanschlusses, der Netznutzung oder der Grundversorgung festgelegt noch den privatrechtlichen Vertrag als Handlungsform bestimmt. Soweit sich der Bundesgesetzgeber zur Handlungsform äussert, spricht er bloss von Vereinbarungen bzw. Verträgen und nicht von *privatrechtlichen* Verträgen.[1921] Die Rechtsverhältnisse sind nach der Auslegung dem öffentlichen Recht zugehörig. Privatrechtliche Verträge scheiden als mögliche Handlungsform de lege lata somit aus.[1922]

Tatsächlich dürfte sich aber manch ein Netzbetreiber auch heute noch auf privatrechtlichem Boden wähnen oder zumindest davon ausgehen, dass die (Verwaltungs-)Rechtsverhältnisse mit seinen «Kunden» durch privatrechtlichen Vertrag geregelt werden. So sind etwa die als privatrechtliche Verträge konzipierten Musterverträge des VSE und, in Anlehnung an die privatrechtliche Praxis, allgemeine Geschäftsbedingungen immer noch in reger Verwendung.[1923] Während Erstere immerhin relativ einfach als verwaltungsrechtliche (öffentlich-rechtliche) Verträge qualifiziert werden können (wenn auch mit gewissen Änderungen), lassen sich die AGB hingegen juristisch nur schwer einordnen (dazu sogleich).[1924]

1920 Statt aller RÜEGGER, S. 188; a.M. WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 80; JAGMETTI, Rz. 1507; der Bundesgesetzgeber hat bisher auch stets darauf verzichtet, verbindliche Bestimmungen in der Form von zwingendem Privatrecht zu erlassen, welche die Rechtsverhältnisse in der Energieversorgung normieren würden, vgl. dazu unter altem Recht bereits WELTERT, S. 347; gleichwohl werden bzw. wurden auf kommunaler Ebene die Rechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung z.T. noch während längster Zeit als privatrechtlich qualifiziert, vgl. etwa HÄNER, S. 244.

1921 Vgl. etwa Art. 12 Abs. 3, Art. 17c Abs. 1 (BBl 2023 2301), Art. 20a (BBl 2023 2301) und Art. 33 Abs. 3 StromVG; ohne nähere Begründung von der vertraglichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehung auf die Anwendbarkeit des Zivilrechts schliessend aber etwa MERKER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 23 StromVG, Rz. 41.

1922 In diesem Sinne allgemein auch WELTERT, S. 362 f.; a.M. LEUMANN, S. 5; MERKER, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 23 StromVG, Rz. 41.

1923 Vgl. dazu auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1243 ff.

1924 Vgl. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248 ff.

b) Verfügung oder verwaltungsrechtlicher Vertrag?

(i) Vorrang der Verfügung

Im öffentlichen Recht gilt für die Wahl der Handlungsform im Allgemeinen – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verankerung im anwendbaren Verfahrensrecht – der Grundsatz des Vorrangs der Verfügung.[1925] Die Verfügung ist demnach primäres Handlungsinstrument bei Verwaltungsrechtsverhältnissen. Vertragliches Verwaltungshandeln ist demgegenüber subsidiär.[1926] Sofern die Handlungsform nicht bereits durch Rechtssatz festgelegt worden ist, lautet die Frage deshalb, ob sich ein Verwaltungsträger ausnahmsweise, anstelle der Verfügung, des verwaltungsrechtlichen Vertrages bedienen darf. Dieser ist als Handlungsform nur zulässig, wenn der Gesetzgeber ihn zumindest nicht ausgeschlossen hat und der verwaltungsrechtliche Vertrag im Vergleich zur Verfügung die geeignetere Handlungsform darstellt.[1927] Auch wenn dieser Grundsatz durch die neuen Formen der staatlichen Aufgabenerfüllung, insbesondere der privatisierten, an Bedeutung verloren hat,[1928] gilt er ungebrochen weiter.

(ii) Verfügungsbefugnis in der Praxis als Problem

Wie bereits andere Autoren festgestellt haben,[1929] scheitert der (an sich unbestrittene) Grundsatz des Vorrangs der Verfügung in der Praxis oft an den Anforderungen, welche die Gerichte an die Verfügungsbefugnis stellen.[1930] Spricht man dem Aufgabenträger die Verfügungsbefugnis mangels expliziter gesetzlicher Grundlage im StromVG ab und geht auch nicht davon aus, dass zumindest implizit eine generelle bzw. wenigstens nur punktuelle[1931]

1925 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 636 f.; LIENHARD, Grundlagen, S. 212 f.; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 148 f.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1246; FERRARI-VISCA/HÄUSLER, S. 62 f.; a.M. HÄNER, S. 244 und 249, welche mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, insbesondere BGE 138 II 274 (Plakataushang SBB), bei privatrechtlich ausgestalteten Unternehmen eine explizite gesetzliche Grundlage als notwendig erachtet.

1926 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1246; vgl. aber auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 226, wonach im Rahmen von Privatisierungen die Verfügung als primäres Handlungsinstrument durch vertragliches und formloses Handeln abgelöst wird.

1927 BGE 136 I 142, E. 4.1 S. 146 f.

1928 TSCHANNEN, Verfügung, S. 228.

1929 Vgl. BUCHLI, S. 270 f.; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1246 ff.

1930 Vgl. etwa TSCHANNEN, VwVG, Art. 1 Rz. 25; zum gegenteiligen Schluss kommt freilich HÄNER, S. 246 und 249; Verfügungsbefugnis jeweils verneint in BGer 2C_348/2015 vom 23. Mai 2016 vom 23. Mai 2016, E. 4.2 f.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2017.247 vom 12. Januar 2018, E. 3.3 f.

1931 Z.B. im Zusammenhang mit Anordnungen der nationalen Netzgesellschaft gemäss Art. 20a Abs. 3 und 4 StromVG, BBl 2023 2301.

Verfügungsbefugnis bestehe, kann daraus m.E. aber nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass der Aufgabenträger in der Form des verwaltungsrechtlichen Vertrages handeln kann. Denn der Vertrag ist erstens nicht ohne Grund die subsidiäre Handlungsform zur Verfügung und zweitens nicht schon deswegen «geeigneter», nur weil man dem Aufgabenträger die Verfügungsbefugnis als primäre Handlungsform abspricht. Dann befindet man sich jedoch im luftleeren Raum; der Aufgabenträger ist mangels zulässiger Handlungsformen handlungsunfähig.[1932]

Die einfache Lösung könnte nun darin bestehen, zusammen mit einem massgebenden Teil der Lehre die Verfügungsbefugnis von Trägern öffentlicher Aufgaben auch ohne explizite gesetzliche Grundlage anzunehmen. Da die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf,[1933] sprächen auch kaum rechtsstaatliche oder demokratische Gründe dagegen. Will man an den strengen Anforderungen an die Verfügungskompetenz festhalten und sich beim Erlass einer Verfügung nicht darauf verlassen müssen, dass eine implizite Verfügungsbefugnis besteht, muss dem Aufgabenträger die Verfügungsbefugnis durch entsprechenden Rechtssatz explizit eingeräumt werden.[1934] Dies bedarf aber neben einem entsprechenden (*Ex-ante*-)Bewusstsein für die Problematik auch einer entsprechenden (Rechtssetzungs-) Kompetenz (zur entsprechenden Kompetenz der Kantone sogleich). Fehlt es an der Kompetenz zur rechtssatzmässigen Einräumung der Verfügungsbefugnis für den Verwaltungsträger, bleibt es schliesslich bloss noch bei der Möglichkeit, die Zulässigkeit zum Abschluss verwaltungsrechtlicher Verträge zu bejahen.[1935] Welcher Argumentation in Bezug auf die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge gefolgt wird, dürfte im Ergebnis kaum eine Rolle spielen.[1936]

1932 Ähnlich auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1249.

1933 Vgl. statt aller RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 158.

1934 Ähnlich FÖHSE, Grundversorgung, S. 1247; ferner auch TSCHANNEN, VwVG, Art. 1 Rz. 25; HÄNER, S. 246 und 249.

1935 So etwa auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1247 ff.

1936 Vgl. zur Wahl der Handlungsform auch RÜEGGER, S. 166 ff.

c) Verfügungen zur Regelung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung

(i) Verfügung als taugliche Handlungsform

Sofern der Bundesgesetzgeber in der Strommarktordnung nicht ausdrücklich den Vertrag[1937] als Handlungsform vorschreibt, was kaum der Fall ist (der Bundesgesetzgeber tat dies im StromVG bis vor Kurzem nur ein einziges Mal, und dies bemerkenswerterweise in den Übergangsbestimmungen[1938]; mit dem Mantelerlass wurde die vertragliche Handlungsform allerdings in drei weiteren Fällen explizit vorgeschrieben[1939]), bietet sich die Verfügung durchaus als Handlungsform im Bereich des Netzanschlusses, der Netznutzung und der Grundversorgung an.[1940] Schliesslich dürften Verhandlungen über den Inhalt dieser Rechtsverhältnisse aufgrund des vorhandenen Machtgefälles in der Rechtswirklichkeit nur vereinzelt (namentlich etwa zwischen Netzbetreibern) vorkommen und der Vertrag daher prima vista kaum als das geeignetere Mittel zur Konkretisierung der Rechtsverhältnisse erscheinen.[1941] Konkret wird in der Elektrizitätsversorgung eine Vielzahl gleichartiger

1937 In Frage kommt, wie soeben aufgezeigt, mangels entsprechender Zuordnung durch den Bundesgesetzgeber nur ein verwaltungsrechtlicher Vertrag.

1938 Gemäss Art. 33 Abs. 3 StromVG hat die nationale Netzgesellschaft die für die Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlichen Verfügungsrechte über die Netzanlagen mit den [ehemaligen] Eigentümern der Übertragungsnetze vertraglich festzulegen; zwar erwähnt Art. 12 Abs. 3 StromVG ebenfalls die Möglichkeit einer vertraglichen Regelung, schreibt damit m.E. aber keine Handlungsform vor. Im EnG scheint der Bundesgesetzgeber teilweise zwar ebenfalls implizit von einer vertraglichen Regelung auszugehen (vgl. etwa Art. 73 Abs. 4 EnG), schreibt diese als Handlungsform aber ebenfalls nicht zwingend vor.

1939 Vgl. Art. 8a Abs. 4 StromVG (BBl 2023 2301) betreffend die Energiereserve (vgl. dazu auch Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 81), Art. 17c Abs. 1 StromVG (BBl 2023 2301) betreffend die Nutzung von Flexibilität (vgl. dazu auch Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 96 ff.) und Art. 20a StromVG (BBl 2023 2301) betreffend Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs (vgl. dazu auch Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 52 und 111 ff.); hingegen gibt Art. 12 Abs. 3 StromVG (BBl 2023 2301) die vertragliche Handlungsform ebenfalls nicht explizit vor.

1940 Der Bundesverordnungsgeber scheint dagegen seit Langem implizit davon auszugehen, dass der Strommarkt ganz oder zumindest massgebend durch Verträge geregelt werde (vgl. etwa Art. 5 Abs. 2 und 3, Art. 8c Abs. 3, Art. 23 Abs. 3 und Art. 30 StromVV; Art. 10 Abs. 1, Art. 24 Abs. 4 EnV). Dabei legt er aber in den wenigsten Fällen explizit den Vertrag als anzuwendende Handlungsform fest (vgl. etwa Art. 10 Abs. 1 EnV). Ob er dazu überhaupt befugt ist, erscheint mir zumindest nicht offensichtlich. Klar ist nur, dass auf dem Verordnungsweg kein *privatrechtlicher* Vertrag vorgeschrieben werden kann, vgl. BGer 4A_275/2021 und 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022, E. 3.2.3; a.M. wohl ÇELIK, S. 917.

1941 Ähnlich auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 43 f.; in der Praxis gibt es zwar vereinzelt Verhandlungen. Da der Netzbetreiber aber für gewöhnlich «am längeren Hebel sitzt», ändert dies nichts an der skizzierten Ausgangslage; kritisch zum Vertrag als kooperativer Handlungsform bei bestehendem Machtgefälle auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 232 und 238.

Rechtsverhältnisse einseitig und zu einheitlichen Bedingungen durch den Netzbetreiber geregelt, was wesensmässig ebenfalls auf die Verfügung als geeignetes Handlungsinstrument hinweist.[1942] Dass Stromversorgungsverhältnisse durch Verfügung geregelt werden, wäre denn auch kein Novum in der schweizerischen Rechtslandschaft. Vor dem Inkrafttreten der Strommarktordnung war die Verfügung als Handlungsform nicht unüblich[1943] und zum Teil sogar zwingend erforderlich.[1944] Dass Verwaltungsrechtsverhältnisse primär durch Verfügungen geregelt werden, erfolgt denn auch nicht zum Selbstzweck, sondern bietet unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten Gewähr für ein ordnungsgemässes Verfahren, ein sachgerechtes und überprüfbares Verwaltungshandeln und Rechtssicherheit.[1945] Schliesslich dürfte das Handeln durch Verfügung dem Träger öffentlicher Aufgaben gegenüber dem konsensualen Handel nicht selten auch schlicht gewisse Erleichterungen bringen,[1946] indem es ihm – unter Beachtung der Verfahrensgrundsätze, insbesondere des rechtlichen Gehörs – vorderhand die einseitige (hoheitliche) Regelung eines Rechtsverhältnisses ermöglicht und allfällige Differenzen darüber im Rechtsmittelverfahren geklärt werden.[1947]

(ii) Nachteile der Verfügung als Handlungsform

Die Verfügung hat gegenüber dem Vertrag allerdings den Nachteil, dass sie in Bezug auf die Regelung eines Rechtsverhältnisses lediglich eine Momentaufnahme darstellt, verfahrensrechtlich einem vorgegebenen Ablauf folgt und im Vergleich zum Vertrag weniger Flexibilität und Handlungsspielraum lässt.[1948]

Bei der Elektrizitätsversorgung handelt es sich um Dauerrechtsverhältnisse.[1949] In dieser Hinsicht weist die vertragliche Regelung der Stromversorgungsverhältnisse gegenüber der Verfügung auf den ersten Blick durchaus einen unbestreitbaren Vorteil auf. So verspricht die vertragliche Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses gegenüber dessen Konkretisierung mittels

1942 Vgl. RÜEGGER, S. 170; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1290; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 90; ferner BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 43 f.

1943 Vgl. WELTERT, S. 336 ff.; RÜEGGER, S. 166 ff.; so stellte etwa früher das Telefonabonnement ein durch Verfügung begründetes Verwaltungsrechtsverhältnis dar, vgl. TSCHANNEN, Verfügung, S. 220.

1944 BGE 137 I 120, E. 5.5 S. 126.

1945 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1247; RÜEGGER, S. 169; TSCHANNEN, Verfügung, S. 227 ff.; HÄNER, S. 246; FERRARI-VISCA/HÄUSLER, S. 64.

1946 In diesem Sinne auch HÄNER, S. 246.

1947 Vgl. auch FERRARI-VISCA/HÄUSLER, S. 63 f.

1948 RÜEGGER, S. 169.

1949 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 62.

Verfügung ein Mehr an Flexibilität, so u.a. auch im Hinblick auf die Anpassung an veränderte Verhältnisse. Verträge, auch verwaltungsrechtliche, können in gegenseitigem Einvernehmen grundsätzlich jederzeit angepasst werden. Formell rechtskräftige Verfügungen sind demgegenüber durch Widerruf aufzuheben und es stellen sich dabei regelmässig Fragen hinsichtlich des Vertrauensschutzes;[1950] davor sind jedoch auch die durch verwaltungsrechtlichen Vertrag konkretisierten Rechtsverhältnisse nicht gänzlich gefeit.[1951]

Der Vorteil des grösseren Handlungsspielraums spielt als Argument für den verwaltungsrechtlichen Vertrag hingegen bloss dann eine Rolle, wenn individuelle Gegebenheiten auch tatsächlich berücksichtigt werden, wenn also über den Inhalt des Rechtsverhältnisses verhandelt wird.[1952] Dies dürfte beim Netzanschluss, der Netznutzung und der Grundversorgung, wie zuvor bereits aufgezeigt, bei der überwiegenden Mehrheit aller Fälle, namentlich gegenüber den Endverbrauchern, kaum je gegeben sein. Bei diesen Konstellationen erscheint die Verfügung mit ihrem vorgegebenen Verfahren somit durchaus als probates Instrument zur Regelung der Rechtsverhältnisse. Lediglich in denjenigen Fällen, in denen der Inhalt solcher Rechtsverhältnisse tatsächlich individuell zwischen den Parteien verhandelt wird, erscheint der verwaltungsrechtliche Vertrag nach dem Gesagten als adäquatere Handlungsform gegenüber der Verfügung. Dass auch die Annahme einer verwaltungsvertraglichen Rechtsbeziehung nicht frei von juristischen Problemen ist, wird allerdings gleich noch zu erörtern sein.

Zu beachten ist ausserdem, dass sich die Verfügungsbefugnis der Aufgabenträger in der Stromversorgung nicht mit der Verfügungsbefugnis der ElCom überschneiden darf. Sie kann deshalb nur dort angenommen werden, wo nicht bereits die ElCom zum Erlass von Verfügungen zuständig ist (vgl. Art. 22 StromVG).[1953] Dabei dürfte die Abgrenzung im Einzelfall aber nicht immer einfach sein: So ist nur schon die Antwort auf die Frage, auf welchem Weg eine Forderung aus der Elektrizitätsversorgung einzutreiben ist, nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Die ElCom ist hier nämlich gerade nicht zuständig, obwohl sie gemäss Art. 22 Abs. 1 und 2 lit. a StromVG die Entscheide

1950 Vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 838 ff. und 871 ff.

1951 Vgl. MÄCHLER, S. 91.

1952 RÜEGGER, S. 170.

1953 Vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 150; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1246, je mit Hinweisen; gemäss Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a StromVG ist die ElCom insbesondere zuständig für den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang, die Netznutzungsbedingungen und die Netznutzungstarife und -entgelte und neu explizit auch, wenn es um die Verfügung von Vereinbarungen im Zusammenhang mit Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs i.S.v. Art. 20a StromVG geht (Art. 22 Abs. 2 lit. e StromVG), vgl. BBl 2023 2301.

im Streitfall über die Netznutzungstarife und -entgelte sowie die Elektrizitätstarife trifft. Die Zuständigkeit liegt hier bei den kantonalen Instanzen.[1954] Wohlgemerkt: Die Zuständigkeit bei Streitigkeiten über die *Tarife* selbst liegt wiederum (ausgenommen bleiben hier jedoch wieder die gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a StromVG der kantonalen Rechtspflege unterliegenden Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen[1955]) bei der ElCom,[1956] ohne dass die Endverbraucher im eigentlichen Verfahren zur *Tariffestsetzung* aber Parteistellung beanspruchen könnten.[1957] Nach dem Bundesgericht gilt die Unzuständigkeit der ElCom sodann auch in Bezug auf Streitigkeiten betreffend den Netzanschluss. Diese Streitigkeiten unterliegen ebenfalls der kantonalen Gerichtsbarkeit.[1958] Und gemäss der Botschaft zum Mantelerlass fällt die Zuständigkeit bei Fragen im Zusammenhang mit Vertragsstreitigkeiten *«grundsätzlich in die Kompetenz der [Zivil-]Gerichte»* (sic!).[1959] Daraus kann gefolgert werden, dass die Verfügung als Regelungsinstrument in gewissen Bereichen nicht per se ausgeschlossen ist. Folge davon ist aber auch, dass die ElCom nicht für sämtliche Angelegenheiten aus den Stromversorgungsrechtsverhältnissen entscheidkompetent ist. Somit scheidet auch die Annahme aus, dass der Inhalt der Rechtsverhältnisse durch die ElCom umfassend geregelt werden könne. Immerhin punktuell, soweit nämlich das StromVG der ElCom eine entsprechende Kompetenz zuweist, dürfte eine inhaltliche Konkretisierung der Rechtsverhältnisse durch Verfügungen der ElCom nach der hier vertretenen Ansicht möglich sein;[1960] nach der vorliegenden Meinung gilt dies allerdings auch nur dann, wenn sich aus dem positiven Recht eine genügende gesetzliche Grundlage dafür heranziehen lässt.[1961]

(iii) Problematik der Verfügungsbefugnis zum Zweiten

Folgt man der Ansicht, dass Träger öffentlicher Aufgaben nicht bereits qua ihrer Funktion Verfügungen erlassen können, sieht man sich der Tatsache

1954 Vgl. auch FÖHSE, Strommarktordnung, S. 143; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1242; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2017.247 vom 12. Januar 2018.

1955 Vgl. auch BGE 143 II 283, E. 1.2.4 S. 287 sowie BGer 2C_297/2019 vom 28. Mai 2020, E. 6.5.

1956 BGE 142 II 451, E. 3.6.2 S. 461 f.; BVGer A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 1.1.2.8.

1957 BGE 142 II 451, E. 3.6.1 S. 460 f.

1958 BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.5 und 3.6.1; vgl. aber auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1238 ff.

1959 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 114 f.

1960 So nun ausdrücklich Art. 22 Abs. 2 lit. e StromVG im Zusammenhang mit Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs, vgl. BBl 2023 2301.

1961 Vgl. dazu auch § 6 IV. 4. c) (iii) und (iv).

gegenüber, dass das StromVG den Netzbetreibern keine expliziten und wohl auch keine impliziten generellen[1962] Verfügungskompetenzen einräumt.[1963] Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Kantone bzw. die Gemeinden dazu befugt sind, den auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreibern die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen einzuräumen.[1964]

FÖHSE vertritt die Meinung, dass die Einräumung der Verfügungskompetenz durch die Kantone und Gemeinden *«zumindest so lange möglich sein [dürfte], wie die fraglichen EVU kantonales Recht vollziehen»*.[1965] Ob die Kantone und Gemeinden die Verfügungskompetenz auch dort festlegen könnten, wo die EVU auf bundesrechtlichem Boden handelten, oder ob sich die Verfügungsbefugnis dort nicht mindestens implizit aus dem Bundesrecht ergeben müsse, sei hingegen nicht auf den ersten Blick ersichtlich.[1966] BUCHLI und das Verwaltungsgericht des Kantons Bern scheinen hingegen davon auszugehen, dass die Verfügungsbefugnis im Bereich der gesamten Stromversorgung auch auf kantonaler oder kommunaler Ebene eingeräumt werden kann – zumindest lassen sich den jeweiligen Ausführungen keine entsprechenden Überlegungen entnehmen, wonach zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht unterschieden werden müsste.[1967] POLTIER scheint schliesslich von einer impliziten Verfügungsbefugnis der Netzbetreiber im Zusammenhang mit der Tarifierung auszugehen, welche sich daraus ergebe, dass der Gesetzgeber den Netzbetreibern diesbezüglich eine entsprechende Aufgabe übertrage.[1968]

Meines Erachtens liesse sich argumentieren, dass die Kantone zumindest dort, wo der Bundesgesetzgeber sie ausdrücklich mit dem Vollzug des Bundesrechts[1969] beauftragt, d.h. insbesondere im Bereich des Netzan-

1962 Immerhin scheint die Annahme von punktuellen impliziten Verfügungskompetenzen im StromVG durchaus vertretbar. Die gilt insbesondere mit Blick auf die Anordnungskompetenzen der nationalen Netzgesellschaft im Zusammenhang mit Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs i.S.v. Art. 20a Abs. 3 und 4 StromVG (BBl 2023 2301). Schliesslich entspricht es dem Wesen einer Anordnung, dass diese einseitig und in verbindlicher Weise, d.h. hoheitlich, zu einem bestimmten Verhalten auffordert (vgl. dazu § 10 IV. 2.).

1963 Ursprünglich war hingegen geplant, dass zumindest der nationalen Netzgesellschaft hoheitliche Kompetenzen übertragen werden sollten, vgl. FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 103.

1964 Offengelassen durch FERRARI-VISCA/HÄUSLER, S. 77 f.

1965 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1247; eher ablehnend wohl POLTIER, Rz. 747 ff. und insb. Rz. 754 sowie 772.

1966 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1247.

1967 Vgl. BUCHLI, S. 270 f.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, 100.2017.247U vom 12. Januar 2018, E. 3.3.

1968 POLTIER, Rz. 747.

1969 Vgl. Art. 30 Abs. 1 StromVG.

schlusses, befugt sind, den Netzbetreibern entsprechende Verfügungskompetenzen einzuräumen. Man könnte dafürhalten, dass die Kantone mit der Netzgebietszuteilung gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG im Rahmen ihrer Organisationsautonomie die Träger der öffentlichen Aufgabe «Netzanschluss» auf ihrem Gebiet und deren Kompetenzen festlegen können.[1970] Damit würde auch dem Föderalismusgedanken bzw. dem Vollzugsföderalismus i.S.v. Art. 46 BV entsprochen. Diese Auffassung würde sich ausserdem mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Zuständigkeiten im Zusammenhang mit dem Netzanschluss decken.[1971] In den anderen Bereichen der bundesrechtlich geregelten Stromversorgung, deren Vollzug der Bundesgesetzgeber nicht explizit den Kantonen überlassen hat, so etwa der Grundversorgung, lässt sich eine entsprechende Befugnis der Kantone zur Einräumung der Verfügungskompetenz indes weniger gut begründen. Das dürfte selbst dann gelten, wenn der Netzbetreiber Teil des Gemeinwesens ist, da die Verfügungsbefugnis in der Funktion als Netzbetreiber zur Diskussion steht und nicht des Gemeinwesens an sich. Allenfalls liesse sich noch argumentieren, dass es sich bei der Elektrizitätsversorgung um eine öffentliche Aufgabe der Kantone handelt, sofern sie sich erst aus der kantonalen Netzgebietszuteilung ergibt (was sich aber nicht mit abschliessender Gewissheit beantworten lässt), weshalb die Kantone den auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreibern die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen einräumen könnten. Die Bejahung dieser Möglichkeit zöge aber wiederum weitere Fragen nach sich, die hier nicht vertieft werden sollen: etwa wie es sich bei Netzbetreibern verhält, die in mehreren Kantonen tätig sind,[1972] und in Bezug auf die Einräumung der Verfügungsbefugnis an die nationalen Netzgesellschaft.[1973] Weiter stellten sich Zuständigkeitsfragen beim Instanzenzug zwischen den kantonalen Verwaltungsgerichten und den Bundesrechtspflegeorganen.

Wird die Verfügungsbefugnis bzw. die Möglichkeit zur Einräumung derselben hingegen verneint, sieht man sich wieder mit demselben Problem wie zuvor konfrontiert: Der verwaltungsrechtliche Vertrag erscheint nicht schon deshalb geeigneter als die Verfügung, nur weil eine entsprechende Rechts-

1970 Zur Organisationsautonomie vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 625.

1971 BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.5 und 3.6.1.

1972 Namentlich, ob in einem solchen Fall der Abschluss einer interkantonalen Vereinbarung erforderlich wäre.

1973 Sofern nicht ohnehin davon ausgegangen wird, dass es sich bei sämtlichen Tätigkeiten der nationalen Netzgesellschaft um öffentliche Aufgaben des Bundes handelt, weshalb wohl nur diesem die Möglichkeit zur Einräumung der Verfügungsbefugnis zukommen würde, vgl. dazu § 11 III. 3; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 147 f.

grundlage fehlt, welche die Verfügungsbefugnis einräumt.[1974] Damit fehlte es den Netzbetreibern wiederum an möglichen Handlungsformen zur Regelung der Rechtsverhältnisse. Nimmt man hingegen an, die Kantone seien zwar generell befugt, den auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreibern die Verfügungskompetenz einzuräumen, aber nur dort, wo nicht bereits die ElCom zuständig ist, ergeben sich in der Praxis noch weniger überschaubare Zuständigkeitsfragen als heute.[1975] Es fragt sich daher aus rein praktischer Sicht, ob der verwaltungsrechtliche Vertrag de lege lata nicht doch (und sei es nur aus praktischen Gründen) geeigneter als die Verfügung ist, die Rechtsbeziehungen in der Elektrizitätsversorgung zu ordnen. Die Probleme im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten bei Rechtsstreitigkeiten werden damit freilich nicht gelöst.

Unproblematisch scheint hingegen die Einräumung der Verfügungsbefugnis in denjenigen Bereichen der Elektrizitätsversorgung, in welchen die Kantone weiterhin eigenständig Recht setzen dürfen.

(iv) Schlussfolgerung

Vorderhand bleiben die Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Verfügungsbefugnis der Netzbetreiber bestehen. So dürfte es aus einer praxisorientierten Perspektive zwar ratsam sein, als Kanton bzw. Gemeinde den auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreibern die Verfügungskompetenz vorsorglich durch eine formell-gesetzliche Grundlage einzuräumen.[1976] Allerdings immer im Bewusstsein darum, dass bereits die Befugnis zur Einräumung der Verfügungskompetenz ungewiss ist. Das Problem liesse sich meiner Meinung nach nur befriedigend lösen, indem der Bundesgesetzgeber hier Klarheit

1974 Ebenso wenig ist der verwaltungsrechtliche Vertrag m.E. als geeigneter als die Verfügung anzusehen, nur weil das materielle Recht den Inhalt eines Rechtsverhältnisses oder bestimmte Aspekte davon nur ungenügend oder gar nicht regelt und deshalb keine genügende gesetzliche Grundlage besteht, auf welche sich die Verfügung inhaltlich abstützen kann.

1975 Vgl. auch POLTIER, Rz. 772.

1976 Gl.M. auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1247 und 1250; vgl. etwas die entsprechende Bestimmung in § 26 Abs. 1 des Reglements über Erschliessung, Anschluss und Betrieb der Elektrizitäts- und der Wasserversorgung der Einwohnergemeinde Aarburg vom 21. Juni 2019 gemäss welcher den Werken, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen, Verfügungskompetenz zukommt, sowie § 37 Abs. 1 des Gesetzes über die Industriellen Werke Basel (IWB-Gesetz; SG 772.300) vom 11. Februar 2009, wonach die IWB in denjenigen Bereichen, in denen sie öffentlich-rechtliche Funktionen wahrnimmt, Verfügungen erlässt; Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2023.159 vom 7. Februar 2024, *passim*, betreffend die Anordnung einer Liefersperre mittels Verfügung; vgl. demgegenüber aber auch das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau WKL.2024.5 vom 18. Juni 2024, E. 1.4, wonach (wohl mangels entsprechender Rechtsgrundlage im Kanton Aargau) *«die Einstellung der Stromlieferung und die Trennung vom Stromnetz […] keine hoheitlichen Entscheide [sind]»*.

schaffen würde; entweder durch die ausdrückliche Zuweisung der Verfügungsbefugnis an die Träger der öffentlichen Aufgaben in bestimmten Bereichen der Stromversorgung oder indem er den verwaltungsrechtlichen Vertrag als Handlungsinstrument für diese Bereiche eigens vorschreibt.[1977] Die Rechtsprechung hilft in diesem Fall – wie soeben aufgezeigt – nämlich gerade nicht weiter, da sie den Grundsatz des Vorrangs der Verfügung ohne Not untergräbt.[1978]

Die Annahme der Verfügungskompetenz allein dürfte den Netzbetreibern zur Konkretisierung der von ihnen eingegangenen Verwaltungsrechtsverhältnisse allerdings kaum ausreichen. Fraglich erscheint insbesondere, ob auch in jedem Fall eine genügende rechtliche Grundlage vorhanden ist, auf welche sich die materiellen Erwägungen und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten der jeweiligen Verfügungen abstützen können. Da die bundesrechtliche Rahmengesetzgebung oft keine Regelung enthält, bedürfte es dazu oft anderer bzw. weiterer Rechtsgrundlagen. Dieser Umstand bewirkt bei allen Beteiligten erhebliche Rechtsunsicherheiten.[1979]

Die eben geschilderten Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit der Verfügung als Regelungsinstrument zur inhaltlichen Konkretisierung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung lassen den verwaltungsrechtlichen Vertrag als mögliche Handlungsform wieder in den Vordergrund rücken.

d) Öffentlich-rechtliche Verträge zur Regelung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung?

(i) Vertragliche Beziehung als Norm

Lässt man die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit vertraglichen Handelns[1980] und dem Vorhandensein einer rechtlichen Grundlage für den Vertragsinhalt[1981] im Einzelfall einmal ausser Acht (wobei nach der hier ver-

1977 Gl.M. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1250; ferner auch FERRARI-VISCA/HÄUSLER, S. 77 f.

1978 Gl.M. BUCHLI, S. 270; so aber etwa BVGer A-3505/2011, A-3516/2011 vom 26. März 2012, E. 5.5; BGer 2C_348/2015 vom 23. Mai 2016, E. 4.2.

1979 Vgl. dazu auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2017.247 vom 12. Januar 2018, *passim*; FERRARI-VISCA/HÄUSLER, S. 72.

1980 Aus Art. 12 Abs. 3 StromVG lässt sich m.E. höchstens ableiten, dass der Vertrag als mögliche Handlungsform für die Regelung des Netznutzungsverhältnisses in Betracht kommt bzw. nicht ausgeschlossen ist; jedenfalls für die nationale Netzgesellschaft sieht Art. 33 Abs. 3 StromVG das vertragliche Handeln explizit vor, so dass sich die Frage nach dessen prinzipieller Zulässigkeit nicht mehr stellt.

1981 Es ist der Auffassung von MÜLLER, Zulässigkeit, S. 35, an dieser Stelle aber noch einmal uneingeschränkt beizupflichten, dass beim Vorliegen eines faktischen oder rechtlichen Kontrahierungszwangs aus rechtsstaatlich-demokratischer Sicht keine Erleichterungen beim Erfordernis des Rechtssatzes angezeigt sein können.

tretenen Auffassung insbesondere beim Vorliegen eines rechtlichen oder eines faktischen Kontrahierungszwangs dazu kein Anlass besteht[1982]), muss man sich eingestehen, dass die Vertragsform gegenüber der Verfügung unbestreitbar gewisse Vorzüge aufweist, wenn es darum geht, komplexe Verwaltungsrechtsverhältnisse zu regeln.[1983] Ob Verträge bereits deshalb geeigneter als Verfügungen sind, um die Rechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung zu ordnen, kann an dieser Stelle offenbleiben.[1984] Jedenfalls dürften heutzutage die Mehrheit aller Rechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung wohl – zumindest der Vorstellung nach, d.h., wenn ein gültiges Zustandekommen angenommen wird (dazu sogleich) – durch Verträge geregelt sein.[1985] Immerhin bleibt die Verfügung hier als Auffanginstrument insofern von Relevanz, falls sich die Parteien nicht auf einen Vertragsinhalt einigen können und deshalb (im Rahmen ihrer Zuständigkeit) an die ElCom als Aufsichtsbehörde gelangen (Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 StromVG).[1986]

Vertritt man die Haltung, dass die Rechtsbeziehungen im Bereich des Netzanschlusses, der Netznutzung und der Grundversorgung durch Verträge zu regeln sind bzw. geregelt werden können, kommen nur verwaltungsrechtliche Verträge, genauer subordinationsrechtliche[1987] Verträge, in Frage.

(ii) Diverse Probleme: Schriftform, Konsens, AGB, faktische Vertragsverhältnisse, fehlende Vertragsdogmatik für öffentlich-rechtliche Verträge etc.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag, als Handlungsinstrument der Wahl in der Stromversorgung, bereitet ebenfalls eine Reihe von Schwierigkeiten: Verträge, auch öffentlich-rechtliche bzw. subordinationsrechtliche, basieren auf dem Prinzip der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung gleichberechtigter Partner. Damit ein Vertrag gültig zustande kommt, ist ein Konsens erforderlich.[1988]

Ausgehend von den in der Lehre und Praxis unterschiedenen Verträgen in der Elektrizitätsversorgung (Netzanschlussvertrag, Netznutzungsvertrag, Stromliefervertrag), dürfte sich die tatsächliche Situation in der

1982 Ebenso MÜLLER, Zulässigkeit, S. 35; vgl. dazu auch bereits § 15 IV. 4.

1983 RÜEGGER, S. 171.

1984 Eher ablehnend wohl FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248.

1985 Vgl. statt aller SCHOLL/FLATT, Rz. 192 ff.; kritisch dazu auch POLTIER, Rz. 754 f.

1986 Zur Verfügung als subsidiäres Regelungsinstrument bei vertraglichem Handeln vgl. TSCHANNEN, Verfügung, S. 226 f.

1987 Vgl. auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248; ÇELIK, S. 918; koordinationsrechtliche Verträge kämen aber etwa zwischen Netzbetreibern derselben Netzebene in Frage.

1988 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1342; RÜEGGER, S. 171; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248 m.w.H.; WELTERT, S. 337.

Regel wie folgt präsentieren: Schriftliche Verträge werden in den allermeisten Fällen, wenn überhaupt, lediglich im Bereich des Netzanschlusses zu finden sein. Im Bereich der Netznutzung und der Energielieferung bestehen in der Grundversorgung hingegen für gewöhnlich keine schriftlichen Verträge. Der Endverbraucher bezieht den Strom, das EVU stellt ihm dafür Rechnung.[1989] Dieser Tatsache wird im einschlägigen juristischen Schrifttum für gewöhnlich dadurch Rechnung getragen, indem ein formloses, konkludentes Zustandekommen des Vertrages im Bereich der Stromversorgung angenommen wird.[1990] Oft finden sich in den von den EVU gerne und oft verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen obendrein entsprechende Bestimmungen, wonach das Rechtsverhältnis zwischen dem EVU und dem Kunden mit dem Netzanschluss, der Netznutzung oder dem Bezug von Elektrizität aus dem Netz entstehe und erst wieder mit der ordnungsgemässen Abmeldung ende. Während diese Annahme bei privatrechtlichen Verträgen unter Umständen angehen mag, bedürfen öffentlich-rechtliche Verträge nach in der Lehre und Rechtsprechung herrschender (aber nicht unbestrittener) Auffassung jedoch der Schriftform.[1991] Nach einem massgebenden Teil der Lehre hat die Missachtung der Schriftform gar die Nichtigkeit zur Folge.[1992] Bedeutet diese Tatsache also, dass sämtliche formlosen öffentlich-rechtlichen Verträge im Bereich der Stromversorgung an einem Nichtigkeitsmangel leiden?[1993]

Im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Formvorschriften nimmt das Bundesgericht zwar an, dass die Formmängel unbeachtlich seien und die Berufung auf die Formungültigkeit unstatthaft sei, wenn sie gegen Treu und Glauben verstossen.[1994] Wendet man diese Rechtsprechung auf die Verhältnisse in der Stromversorgung an, ist es aber nicht gerade offensichtlich, inwiefern es gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn sich ein Endverbraucher auf einen Formmangel beruft. Schliesslich hat er, wie bereits aufgezeigt, meist keine andere Wahl, als seinen Strombedarf vom ansässigen Netzbetreiber zu beziehen (jedenfalls aber an das Netz angeschlossen zu

1989 Illustrativ auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248; POLTIER, Rz. 748.

1990 Vgl. WELTERT, S. 303 Fn. 97 und 363; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 44; EUGSTER, S. 33; vgl. ferner RÜEGGER, S. 90 f., im Zusammenhang mit der stillschweigenden Einwilligung in Benützungsordnungen von Anstalten, wobei es sich aber nicht um Verträge, sondern i.d.R. um Verordnungen handelt.

1991 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1342 m.w.H.; RÜEGGER, S. 177; WELTERT, S. 311.

1992 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1359 m.w.H.

1993 Ähnlich auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1249.

1994 BGer 4C.162/2005 vom 18. Mai 2006, E. 3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1359.

sein[1995]), und es ist der Netzbetreiber, welcher sich dazu entschliesst, das Verwaltungsrechtsverhältnis durch Verträge bzw. vorgegebene «allgemeine Vertragsbedingungen» zu regeln.

Geht man mit der Mindermeinung davon aus, dass öffentlich-rechtliche Verträge auch formlos abgeschlossen werden können oder ein Formmangel zumindest nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bewirkt, steht bereits das nächste Problem an: In jedem Fall ist nämlich – bei privaten wie bei öffentlich-rechtlichen Verträgen – ein Konsens erforderlich.[1996] Das Konsens-Problem umfasst neben dem Zustandekommen des Vertrages insbesondere auch den (gültigen) Einbezug der in der Praxis verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen.[1997] Während ein Konsens in Bezug auf die Essentialia der Stromversorgung (Strom gegen Entgelt) durchaus vertretbar, aber nicht zwingend erscheint, deucht einen die Annahme, der «Kunde» würde dabei gleichzeitig auch konkludent in die vom Netzbetreiber aufgestellten AGB (oder sonstige, nicht hoheitlich erlassene Reglemente) einwilligen, aus juristischer Sicht etwas vorschnell.[1998] Eine vorgängige Aushändigung der AGB oder ein entsprechender Hinweis dürften in der Realität kaum vorkommen bzw. schon rein logistisch nicht möglich sein.[1999] Ginge man nun davon aus, dass der Endverbraucher die vom Netzbetreiber für anwendbar erklärten AGB mit dem Bezug von Elektrizität aus dem Netz konkludent akzeptiere, bedeutete dies nichts anderes, als dass der Endverbraucher, welcher eine neue Lokalität (sog. Verbrauchsstätte) bezieht, die allgemeinen Vertragsbedingungen des Netzbetreibers in dem Moment billigt, in dem er das erste Mal den Lichtschalter betätigt oder eine Steckdose verwendet. Diese Annahme erscheint mir indes reichlich gewagt. Aus einer konsensbezogenen Betrachtungsweise ist somit höchst zweifelhaft, ob die AGB überhaupt Bestandteil eines solchen Vertragsverhältnisses geworden sind.[2000] Das Problem der «AGB-Kontrolle» nach privatrechtlichem Vorbild käme dann aber noch dazu: Unklare oder ungewöhnliche Inhalte in den AGB von Netzbetreibern dürften

1995 Etwa um im Fall der Selbstversorgung mittels Photovoltaik fehlende elektrische Energie beziehen bzw. überschüssige Energie ins Netz abgeben zu können.

1996 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1342.

1997 Vgl. auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248.

1998 In diesem Sinne auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248 ff.; kritisch auch WELTERT, S. 463 ff.; POLTIER, Rz. 748; wertungsfrei auf die Tatsache der Verwendung von AGB hinweisend FUCHS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 5 StromVG Rz. 31; a.M. LEITNER/ROTHENFLUH, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 7 StromVG Rz. 9, welche die Verwendung von AGB weiterhin als zulässig erachten.

1999 Vgl. auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248.

2000 A.M. wohl WELTERT, S. 363 f.

den Endverbrauchern als regelmässig schwächere und geschäftsunerfahrenere Partei somit nicht zum Nachteil gereichen.[2001] Die Notwendigkeit eines öffentlichen Interesses sowie Verhältnismässigkeitsüberlegungen kämen angesichts des staatlichen Handelns noch dazu. Darauf soll hier aber nicht mehr näher eingegangen werden.[2002] Stattdessen soll die «AGB-Problematik» gleich aus verwaltungsrechtlicher Sicht weiterverfolgt werden.

Zuvor ist aber noch kurz auf das mögliche Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnisses, die fehlende Vertragsdogmatik sowie weitere Hürden bei der Verwendung verwaltungsrechtlicher Verträge einzugehen.

Fraglich ist, ob durch die Benutzung der Elektrizitätsinfrastruktur bzw. durch den Strombezug aus dem Elektrizitätsnetz von einem *faktischen Vertragsverhältnis* auszugehen ist, falls mangels eines Konsenses oder infolge der Nichtbeachtung von Formvorschriften das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses zu verneinen ist. In der Rechtslehre und Rechtsprechung werden Fälle vertragsähnlicher Rechtsverhältnisse, denen kein gültig zustande gekommener Vertrag zugrunde liegt bzw. die nur auf tatsächlichen Gegebenheiten beruhen, als sog. faktische Vertragsverhältnisse bezeichnet.[2003] Es handelt sich dabei um einen Rechtsbehelf zur Lückenfüllung *per analogiam*, um vertragslose Zustände den vertraglichen Regeln bzw. den mit vertraglichem Handeln einhergehenden Rechtsfolgen zuzuführen.[2004] Faktische Vertragsverhältnisse werden im Zusammenhang mit den unterschiedlichsten Lebenssachverhalten angenommen. Im vorliegenden Kontext von Interesse ist etwa die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses bei der vertragslosen Inanspruchnahme entgeltlicher Leistungen.[2005]

M.E. kann die Frage hier offengelassen werden. Erstens lassen sich viele Fälle, in denen bei der Inanspruchnahme von entgeltlichen Leistungen ein faktisches Vertragsverhältnis zur Debatte steht, durch die schlichte Annahme

2001 Das muss m.E. bei öffentlich-rechtlichen AGB – sofern man solche überhaupt bejahen möchte (dazu sogleich) – ebenfalls gelten. Die für privatrechtliche Verträge entwickelte Dogmatik wäre somit analog anzuwenden. Das ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse, im Gegensatz zu den von der Privatautonomie beherrschten privatrechtlichen Rechtsbeziehungen, durch das Legalitätsprinzip geprägt sind. Die Möglichkeit, einseitig verbindliche Regeln aufzustellen, besteht für den Staat nur im Rahmen der demokratisch legitimierten Rechtssetzung – nicht durch AGB.

2002 Für die Einzelheiten der «AGB-Kontrolle» vgl. stattdessen die immer noch gültigen Ausführungen bei WELTERT, S. 466 ff.

2003 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1185; SYZ, S. 14 f.

2004 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1186 und 1193.

2005 Oft genanntes Beispiel ist die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel, vgl. SYZ, S. 45 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1190.

konkludenten Handels lösen, womit gerade doch vom gültigen Zustandekommen eines Vertrages (zumindest hinsichtlich der Essentialia Leistung gegen Entgelt) auszugehen ist.[2006] Zweitens handelt es sich beim faktischen Vertragsverhältnis nicht um ein Regelungsinstrument, sondern um eine analoge Anwendung vertraglicher Grundsätze durch die Gerichte im Streitfall. Auch bei einem tatsächlich vertragslosen Zustand wird durch das Heranziehen der Figur des faktischen Vertragsverhältnisses als Surrogat vertraglicher Regeln bei fehlendem Rechtsbindungswillen oder wegen sonstiger Gründe, die zur Ungültigkeit eines Vertrags führen, das hier interessierende Problem folglich nicht gelöst (*pro memoria*: die Frage lautet, wie die Rechtsverhältnisse zwischen den öffentlichen Aufgabenträgern, in casu den Netzbetreibern, und Dritten, vorliegend insbesondere den Endverbrauchern, Netznutzern und Netzanschlussnehmern, konkretisiert werden können). Es bestünde somit erst im Falle eines rechtskräftigen Urteils Gewissheit darüber, inwiefern und in welchem Umfang ein faktisches Vertragsverhältnis bzw. die Anwendbarkeit vertraglicher Regeln auf einen vertragslosen Zustand angenommen würde. Während sich durch die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses bei der vertragslosen Inanspruchnahme einer sonst nur gegen Entschädigung angebotenen Leistung (etwa beim Bezug von elektrischer Energie aus dem Netz) wohl relativ einfach eine Entschädigungspflicht durch den Inanspruchnehmenden mittels Analogieschluss herleiten liesse, erscheint die Annahme, damit würden gleichzeitig auch sämtliche bei einem Konsens bestehenden Vertragsbedingungen in gleich verbindlicher Weise gelten, gewagt. Zum einen liegt in solchen Fällen gerade kein Vertrag vor und die vertraglichen Regeln werden durch die Gerichte mittels Auslegung nur analog (und in nicht vorherbestimmbarer Weise) angewendet. Zum anderen können öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse nach der hier vertretenen Ansicht nicht durch AGB konkretisiert werden und ihr Inhalt muss sich auf eine genügende Rechtsgrundlage abstützen können (dazu sogleich). Es wäre deshalb verfehlt, die Möglichkeit zur Verwendung von AGB bzw. deren Geltung in öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen via einen Analogieschluss – und dies wohlgemerkt ausserhalb eines Vertragsverhältnisses – doch noch bejahen zu wollen.

Bekanntermassen existiert – im Gegensatz zum Zivilrecht – auch heute noch kein kodifiziertes «öffentliches Vertragsrecht».[2007] Bestehen keine spezialgesetzlichen Bestimmungen und fehlen vertragliche Regelungen zu einer sich aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Frage, besteht eine Rückfall-

2006 SYZ, S. 45 f.

2007 Vgl. statt aller WALDMANN, Vertrag, S. 9 ff.; MÄCHLER, S. 89 und 95 ff..

position somit zum Vornherein nur bedingt – nämlich nur insoweit, als andere Bestimmungen des Verwaltungsrechts oder schliesslich des Zivilrechts für deren Beantwortung analog herangezogen werden können. Dies wiederum ist nur dann der Fall, wenn sich die Anwendung solcher Bestimmungen *per analogiam* als sachgerecht erweist.[2008] Damit geht unzweifelhaft eine erhebliche Rechtsunsicherheit einher, aber noch mehr: Es zwingt die Vertragsparteien dazu, sich mit dem Regelungsinhalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages noch vertiefter auseinanderzusetzen und sich darüber noch genauer Klarheit zu verschaffen, als es der Tätigkeit der Vertragsausgestaltung ohnehin inhärent ist.[2009] Man könnte nun versucht sein zu sagen: Na und? Es steht den Vertragsparteien schliesslich gut an, sich mit dem Vertragsinhalt gebührend auseinanderzusetzen! Das ist gedanklich freilich zu kurz gegriffen. Es reicht, sich vor Augen führen, dass etwa (meist) keine dedizierten gesetzlichen Regeln für den Umgang mit Willensmängeln, das Vorgehen bei Nicht- oder Schlechterfüllung, für die Fragen nach dem Eintritt der Verjährung und der Höhe von Verzugszinsen oder für die Verrechnung von Forderungen bestehen.[2010] Nebst dem Umstand, dass die Notwendigkeit zur Regelung solcher Punkte den Parteien überhaupt bewusst sein muss (was das vorgelagerte Bewusstsein voraussetzt, auf öffentlich-rechtlichem Boden zu handeln), scheint die Umsetzung im Bereich der Stromversorgung aber bereits aufgrund der vorstehend genannten Punkte zu scheitern. Der Grossteil der Rechtsbeziehungen mit den Endverbrauchern dürfte heutzutage mehrheitlich nicht auf einem schriftlichen Vertrag beruhen. Und falls doch, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass entsprechende Details in AGB geregelt werden, deren Verwendung aus mehreren Gründen problembehaftet erscheint (zu den verwaltungsrechtlichen Gründen sogleich). Andererseits besteht auch beim Vorliegen eines schriftlichen Vertrages kein öffentliches Vertragsrecht, welches beim Fehlen einer vertraglichen Regelung unterstützend zur Seite stehen könnte. Stattdessen bleibt nur mehr der (analoge) Rückgriff auf andere Bestimmungen des Verwaltungsrechts oder gar des Zivilrechts – sofern sie sich für den vorliegenden Fall denn als brauchbar erweisen. Vor allem im Streitfall dürften die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten zum Problem werden.[2011]

2008 WALDMANN, Vertrag, S. 10 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 341, welche dabei allerdings von ungeschriebenem öffentlichem Recht und nicht von einer analogen Anwendung des Zivilrechts ausgehen.

2009 In diesem Sinne auch MÄCHLER, S. 88.

2010 WALDMANN, Vertrag, S. 12 f. und 15 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 399; MÄCHLER, S. 100 f. je mit Beispielen.

2011 WALDMANN, Vertrag, S. 23.

Zuletzt sei noch auf den Umstand hingewiesen, dass selbst die Auflösung öffentlich-rechtlicher Verträge mit gewissen Schranken verbunden ist und sich von ihrem privatrechtlichen Pendant unterscheidet. So können sich im Zusammenhang mit der Beendigung von verwaltungsrechtlichen Verträgen namentlich Fragen des Vertrauensschutzes[2012] und der Gewährung des rechtlichen Gehörs stellen[2013], auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll.[2014]

(iii) AGB aus verwaltungsrechtlicher Sicht

Führt man sich vor Augen, dass im Bereich der Stromversorgung grösstenteils Träger öffentlicher Aufgaben – also staatliche Vertreter – handeln, dies auf öffentlich-rechtlichem Boden tun, und dass die Endverbraucher in den allermeisten Fällen tatsächlich und rechtlich gar keine andere Wahl haben, als ihren Strombedarf durch den Bezug beim lokalen Netzbetreiber zu decken, erscheint die Vorstellung, die Netzbetreiber könnten diese Verwaltungsrechtsverhältnisse mit den Endverbrauchern – wenn auch unter Beachtung des zwingenden Rechts – frei und nach eigenem Belieben durch AGB regeln, aus rechtsstaatlicher Sicht kaum wünschenswert.[2015] Umgekehrt sehen sich aber auch die Netzbetreiber einer unglücklichen Situation ausgesetzt: Das StromVG verpflichtet sie – vorbehältlich bestimmter Ausnahmen – u.a. zum Anschluss der Endverbraucher[2016], zur (diskriminierungsfreien) Gewährung des Netzzugangs[2017] sowie zur jederzeitigen Lieferung der gewünschten Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität[2018], ohne die damit verbundenen Rechte und Pflichten mit der genügenden Dichte zu regeln. Soll die Rechtsbeziehung zwischen den Netzbetreibern und Dritten somit nicht auf das (ungenügende) gesetzliche Minimum beschränkt bleiben,

2012 MÄCHLER, S. 90.

2013 MÄCHLER, S. 92.

2014 Vgl. stattdessen dazu die allgemeinen Ausführungen bei MÄCHLER, S. 87 ff.; ebenfalls nicht näher darauf eingehend das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau WKL.2024.5 vom 18. Juni 2024, in welchem es um die Kündigung des Vertragsverhältnisses betreffend die Energielieferung und Netznutzung durch den Netzbetreiber ging.

2015 Vgl. dazu auch EUGSTER, S. 32 f.; anders verhält es sich im Verhältnis zwischen den Netzbetreibern. Dort sind schriftliche Verträge, welche die Netznutzungsmodalitäten regeln, meist vorhanden. Die Ausführungen zum Problem des Konsenses und der Verwendung von AGB gelten aber gleichsam; zur Verwendung von AGB im Massengeschäft der Elektrizitätsversorgung im Allgemeinen vgl. SCHOLL/FLATT, Rz. 193.

2016 Vgl. Art. 5 Abs. 2 StromVG.

2017 Vgl. Art. 13 Abs. 1 StromVG.

2018 Zumindest gegenüber den festen Endverbrauchern und denjenigen Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG.

muss zwischen den Parteien eine Regelung getroffen werden. Dass die individuelle Aushandlung des Vertragsinhaltes aufgrund der Anzahl an Rechtsbeziehungen hierfür ebenfalls keine praktikable Alternative bietet, bedarf keiner weiteren Erklärung.

Gerade im Zusammenhang mit den AGB, welche vor allem ein Überbleibsel der Vorstellung privatrechtlicher Verträge im liberalisierten Strommarkt sind,[2019] aber auch unter dem alten Recht bereits verbreitet waren,[2020] akzentuieren sich die Probleme des vertraglichen Verwaltungshandelns im Bereich der Stromversorgung deshalb besonders. Neben den Problemen des Formmangels, des gültigen Einbezugs, des Konsenses und der Inhaltskontrolle im Zusammenhang mit der Verwendung von AGB ist nämlich aus verwaltungsrechtlicher Sicht bereits unklar, welche Bewandtnis es überhaupt mit AGB von Trägern öffentlicher Aufgaben auf sich hat.

Privatrechtliche AGB scheiden von vornherein aus, solange das Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht untersteht. Privatrechtliche AGB kommen nur bei privatrechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen in Betracht.[2021] Die naheliegende Annahme wäre, es handle sich dabei um «öffentlich-rechtliche» bzw. «verwaltungsvertragliche» AGB. Meines Erachtens ist diese Möglichkeit bei öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen bzw. öffentlich-rechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen jedoch klar zu verneinen.[2022] Öffentlich-rechtliche Verträge beruhen auf dem Grundsatz, dass sich der Staat und der Bürger ausnahmsweise auf Augenhöhe begegnen, weshalb sich in diesen Fällen ein konsensuales Handeln rechtfertigt. Unter Zuhilfenahme von AGB wird indes eine Vielzahl an gleichartigen Rechtsverhältnissen einseitig und im Voraus durch den Träger der öffentlichen Aufgabe in generell-abstrakter Weise und wenig konsensual geregelt.[2023] Während ein solches Verhalten unter Privaten mit Verweis auf die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit angehen mag, gilt dasselbe nicht für den Staat. Die staatlichen Handlungsformen unterliegen einem Numerus clausus. Wo der Staat ein Rechtsverhältnis einseitig in verbindlicher Weise (d.h. hoheitlich) regeln will, hat er sich an

2019 Vgl. etwa die Ausführungen bei WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 111 ff.; in der Tendenz wohl auch FUCHS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 5 StromVG Rz. 31; KRATZ, S. 350.

2020 Vgl. WELTERT, S. 304 ff. und 456 ff.; BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 44; ferner auch EUGSTER, S. 32.

2021 Vgl. dazu § 15 VI.; ausführlich dazu WELTERT, S. 304 ff., 446 und 456 ff., welcher die Zulässigkeit – mit kritischen Hinweisen – wohl eher zu befürworten scheint.

2022 Eher skeptisch auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1248 f.; a.M. wohl WELTERT, S. 446 und 456; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 114; LEITNER/ROTHENFLUH, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 7 StromVG Rz. 9.

2023 BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 43 f.; ferner auch EUGSTER, S. 33.

die zur Verfügung stehenden Instrumente zu halten: Es sind dies die Verfügung oder der Rechtssatz.[2024] Die einseitige individuell-konkrete Ausgestaltung von Verwaltungsrechtsverhältnissen hat auf dem Weg der Verfügung zu erfolgen, welche sich ihrerseits wiederum auf einen Rechtsatz stützen muss.[2025] Die einseitige generell-abstrakte Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen wird durch Rechtsnormen vorgenommen.[2026] Dass diese Instrumente womöglich nicht dieselben Freiheiten wie eine (privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche) vertragliche Regelung bieten, ist aus rechtsstaatlichen Gründen hinzunehmen – auch wenn es dem Liberalisierungsgedanken widersprechen mag. Ansonsten bestünde für den Staat die Möglichkeit, das Legalitätsprinzip bzw. den Rechtssetzungsprozess durch die Verwendung von AGB zu umgehen. *Privatrechtsähnliche* Flexibilität bei der Aufgabenwahrnehmung wäre nur dadurch zu erreichen, indem die Rechtsverhältnisse durch den Bundesgesetzgeber dem Privatrecht unterstellt würden. Selbst dann bleiben aber die allgemeinen Rahmenbedingungen einer öffentlichen Aufgabe und die des staatlichen Handelns (Grundrechtsbindung, Legalitätsprinzip, Verhältnismässigkeit) mehr oder minder bestehen. Vollkommene privatrechtliche Flexibilität kann nur durch einen Aufgabenverzicht erreicht werden.[2027] Ob dies in der Elektrizitätswirtschaft erstrebenswert ist, darf nach meinem Dafürhalten stark angezweifelt werden[2028] – vor dem aktuellen tatsächlichen und politischen Hintergrund[2029] gilt dies wohl umso mehr.

2024 Ähnlich auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 237.

2025 Vgl. RÜEGGER, S. 168; FÖHSE, Netzgesellschaft, S. 152 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1290.

2026 Vgl. insbesondere auch BGE 139 I 306, E. 4.1 S. 312, wo das Bundesgericht die Möglichkeit der SRG, die Ausstrahlung einer Werbung zu verweigern, vom Bestand einer gesetzliche Grundlage abhängig machte, obschon der Werbebereich keine öffentliche Aufgabe darstellte, privatrechtlich bewirtschaftet wurde und durch AGB geregelt war.

2027 In diesem Sinne im Allgemeinen auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 236 f., welcher zu Recht darauf hinweist, dass bei gleichzeitiger, extensiver Aufnahme von zwingenden Vorgaben für den Rechtsverkehr (also sog. Reregulierung) die Implementierung von Wettbewerbsmechanismen in einem Aufgabenbereich bzw. Markt unterlaufen zu werden droht. Es handelt sich dann, wie zuvor bereits festgestellt, nur um staatlich verordneten Wettbewerb nach eigenen Regeln, vgl. § 4. IV. 4. c) (ii) und § 10. II. 2. c).

2028 Kritisch zum Verlust der Gemeinwohlverpflichtung beim Aufgabenverzicht auch TSCHANNEN, Verfügung, S. 238 f.

2029 Stichworte: Strommangellage, stark gestiegene Strompreise etc.; gleichzeitig schützt die aktuelle Gesetzgebung die Verteilnetzbetreiber bei hohen Strompreisen zu Lasten der festen Endverbraucher, vgl. Mitteilung der ElCom, Stellungnahme ElCom zum Entwurf des Verhandlungsmandats CH-EU vom 16. Januar 2024, S. 3; ferner ROBERT-NICOUD, Approvisionnement de base, S. 2.

Offen bleibt somit noch, ob es sich bei solchen AGB um Rechtsnormen handeln könnte.[2030] AGB können nur dann Rechtsnormen darstellen, wenn dem Netzbetreiber bzw. Aufgabenträger Rechtssetzungsbefugnisse im fraglichen Bereich zukommen.[2031] Nur dann entfalten AGB verbindliche Aussenwirkung im Sinne von Rechtsnormen, die eine Konkretisierung der jeweiligen Verwaltungsrechtsverhältnisse erlauben. Gelangt man hingegen zum Schluss, dass den AGB aufgrund fehlender Rechtssetzungskompetenzen des Erlassers kein Rechtssatzcharakter zukommt, handelt es sich um blosse Verwaltungsverordnungen mit Innenwirkung.[2032] Die Regelung von öffentlich-rechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen durch AGB, denen mangels Rechtssetzungskompetenzen des erlassenden Verwaltungsträgers kein Rechtssatzcharakter zukommt, ist aus rechtsstaatlicher Sicht hingegen bedenklich und nach der hier vertretenen Meinung unzulässig.[2033] In der Konsequenz dürften die in der Praxis oft verwendeten AGB somit unverbindlich sein.[2034]

(iv) Exkurs: Verwaltungsvertragliches Handeln im Lichte des Subsidiaritätsprinzips aus praktischer Sicht

Vertragsverhandlungen gestalten sich in der Praxis bekanntermassen nicht immer einfach. In der Stromversorgung, die auf dem Subsidiaritätsgrundsatz fusst, gilt dies besonders. Zum einen fällt es oft nicht leicht, das zulässige Verhalten bzw. den zulässigen Vertragsinhalt im Rahmen der regulatorischen Vorgaben festzustellen. Das gilt selbst dann, wenn keine Rücksicht auf das Legalitätsprinzip, die Grundrechte und die allgemeinen Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns genommen wird. Jedenfalls führt die mitunter starke (und in der Tendenz weiter zunehmende) Regulierung einzelner Bereiche dazu, dass zum Teil kaum noch von einem nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen ausgestalteten Markt gesprochen werden kann, während andere Bereiche aufgrund der rahmengesetzlichen Ausgestaltung des StromVG

2030 Dass es sich bei den AGB um (Allgemein-)Verfügungen handelt, scheidet ebenfalls aus. Verfügungen regeln Rechtsverhältnisse individuell-konkret bzw. im Falle von Allgemeinverfügungen generell-konkret, vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 685 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 933 ff.; die durch AGB geordneten Rechtsverhältnisse erfahren demgegenüber eine generell-abstrakte Regelung.

2031 Vgl. auch WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 114; WELTERT, S. 430 und 454 ff.; BUCHLI, S. 271.

2032 Vgl. auch die immer noch gültigen Ausführungen bei WELTERT, S. 446; ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1839.

2033 So auch BUCHLI, S. 271.

2034 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1249 m.w.H.; a.M. FUCHS, in: Kommentar zum Energierecht, Band I, Art. 5 Abs. 5 StromVG Rz. 31; WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 114; differenzierend, aber etwas unklar WELTERT, S. 304 ff., 446 und 455 ff.

überhaupt keine bundesrechtliche Regelung erfahren. Gleichzeitig sind die Marktteilnehmer, sprich die Netzbetreiber, Bilanzgruppen, Produzenten, Lieferanten, Endverbraucher etc., zur Zusammenarbeit veranlasst oder gar gesetzlich dazu verpflichtet. Mangels expliziter hoheitlicher Regelungen führen aber insbesondere Fragen betreffend die Kostentragung bei Vertragsverhandlungen immer wieder zu Schwierigkeiten. Während in der «freien» Wirtschaft derartige Probleme gelöst werden können, indem kein Rechtsverhältnis eingegangen wird, entfällt diese Option in der Stromversorgung aufgrund des natürlichen Monopols des Netzbetreibers und der gesetzlichen Kontrahierungspflichten. Da öffentliches Recht zwingendes Recht ist, sind (bei dessen Vorhandensein) vom gesetzgeberischen Grundsatzentscheid abweichende Lösungen der Parteidisposition zudem entzogen, was die Lösungsfindung zusätzlich erschwert. Können sich die Parteien nicht auf einen Vertragsinhalt einigen, kommt normalerweise mangels Konsens kein Vertrag zustande (Art. 1 Abs. 1 Obligationenrecht, OR). Im Bereich der Stromversorgung sind die Konsequenzen, sollten sich die Parteien nicht auf einen gemeinsamen Vertragsinhalt einigen können (bzw. beim Dahinfallen eines bestehenden Vertrages), indes nicht leicht zu fassen. Es stellt sich gar die Frage, ob ein vertragsloser Zustand überhaupt möglich ist, sind die Netzbetreiber gemäss den Vorgaben des StromVG doch zur (der Idee nach wohl vertraglichen) Gewährung des Netzzuganges bzw. des Netzanschlusses und der Netznutzung verpflichtet. Besteht das vertragliche Rechtsverhältnis somit trotzdem (fort) und, falls ja, mit welchem Inhalt? Oder fällt die Rechtsbeziehung inhaltstechnisch auf den gesetzlichen Minimalgehalt zurück, der sich bereits ex lege ergibt? Oder kann hier durch die ElCom Abhilfe geschaffen werden, indem sie den Vertragsinhalt bzw. den Inhalt des Rechtsverhältnisses (sofern eine entsprechende Zuständigkeit besteht) verfügt? Bräuchte es hierfür eine gesetzliche Grundlage, die den Inhalt vorgibt?

e) Rechtssätze zur Regelung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung?

(i) Einleitung

Nachdem nun festgestellt wurde, dass sowohl die Verfügung als auch der verwaltungsrechtliche Vertrag als Regelungsinstrumente für die Rechtsbeziehungen in der Stromversorgung nicht frei von grundlegenden Problemen sind, stellt sich die Frage, ob die entsprechenden Verwaltungsrechtsverhältnisse durch Rechtssätze konkretisiert werden können – oder mangels Alternative sogar müssen.

Einerseits können Verwaltungsrechtsverhältnisse ihren Inhalt direkt aus dem gesetzten Recht erhalten, ohne dass eine weitergehende Konkreti-

sierung mittels Verfügung oder Vertrag erforderlich ist.[2035] Andererseits dienen Rechtssätze im Rahmen des Legalitätsprinzips aber auch als rechtliche Grundlage für den möglichen Inhalt von Verfügungen und von verwaltungsrechtlichen Verträgen. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Stromversorgung mittels Verfügung oder verwaltungsrechtlichen Vertrags geregelt werden, dürfte aufgrund der bundesrechtlichen Rahmengesetzgebung in vielen Fällen eine weitere rechtssatzmässige Ermächtigungsgrundlage erforderlich sein, auf welche sich die Verfügungen und Verträge inhaltlich abstützen können.[2036]

Nicht mehr näher einzugehen ist hier auf die Konkretisierung der Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Stromversorgung durch den Bund.[2037] Ebenfalls keiner näheren Auseinandersetzung bedarf es mehr im Zusammenhang mit den grundsätzlichen Rechtssetzungsbefugnissen der Kantone im Bereich der Elektrizitätsversorgung.[2038] Stattdessen soll der Frage nachgegangen werden, unter welchen Bedingungen und, falls ja, in welchem Umfang die Netzbetreiber als Träger öffentlicher Aufgaben selber zum Erlass von Recht befugt sind, um die Rechtsbeziehungen zu ihren «Kunden» zu regeln.[2039] Gleichzeitig soll auch geprüft werden, inwiefern Kantons- und Gemeinderecht zur Konkretisierung der Rechtsbeziehungen in der Stromversorgung beitragen können.

(ii) Problematik der Rechtssetzungsbefugnis

Für die Qualifikation einer Norm als Rechtssatz spielt es keine Rolle, von wem (Gemeinwesen, dezentralisierte Verwaltungsträger, echte Private) diese erlassen wurde oder unter welcher Bezeichnung bzw. auf welcher Stufe[2040] (Gesetz, Verordnung, Reglement, Benutzungsordnung, autonome Satzung etc.) dies geschah. Massgebend ist allein, dass dem Normsetzer Rechtssetzungsbefugnisse im fraglichen Bereich zukommen. Nur Normen, die durch ein Organ erlassen wurden, welches über Rechtssetzungskompetenz verfügt, setzen Recht und unterscheiden dadurch die Rechtssetzung von anderen Formen der Normgebung.[2041]

2035 WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, § 8 Rz. 86; RÜEGGER, S. 166.

2036 Für den möglichen Vertragsinhalt vgl. etwa BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 44 ff.

2037 Vgl. dazu § 6.

2038 Vgl. dazu § 6 IV. 7.

2039 Für die altrechtliche Situation vgl. WELTERT, S. 433 ff. und 454 f.

2040 Allerdings kann der Erlasser einer Norm im Rahmen der Frage nach der genügenden Normstufe von entscheidender Bedeutung sein.

2041 Vgl. dazu § 14 VII.; ebenso RÜEGGER, S. 189; WELTERT, S. 430 und 446.

Vorstehend wurde bereits festgehalten, dass das tatsächliche Ausmass der Rechtssetzungsbefugnisse dezentraler Verwaltungsträger kaum überschau- und wenig greifbar ist. Es wurde aber festgestellt, dass dezentrale Verwaltungsträger sowohl originär als auch derivativ zur Rechtssetzung befugt sein können. Die Rechtssetzungsbefugnisse bestimmen sich dabei in beiden Fällen vorrangig nach Massgabe des einschlägigen Verfassungsrechts. Während originäre Rechtssetzungsbefugnisse dezentrale Verwaltungsträger auch zum Erlass wichtiger Bestimmungen befähigen, folgt die Übertragung derivativer Rechtssetzungsbefugnisse auf dezentrale Verwaltungsträger (ausgenommen die vertikale Delegation) grundsätzlich den bekannten Delegationsvoraussetzungen und befähigt daher lediglich zum Erlass weniger wichtiger Bestimmungen. Zudem determinieren die aus dem Legalitätsprinzip fliessenden Anforderungen den Inhalt und Umfang der delegierten Rechtsnormen in massgebender Weise.[2042]

Aufgrund des Territorialitätsprinzips kann ein Gemeinwesen indessen nur auf seinem eigenen Hoheitsgebiet Recht setzen oder Rechtssetzungsbefugnisse einräumen.[2043] Da die Netzgebiete nicht zwingend mit den Hoheitsgebieten von Gemeinwesen übereinstimmen, ergeben sich auch bei der Verwendung von Rechtsnormen zur Konkretisierung der Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Stromversorgung Schwierigkeiten grundlegender Natur.[2044] Rechtsnormen bedürfen zudem der formgerechten Publikation.[2045]

Im Gegensatz zur vertraglichen Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen braucht die rechtssatzmässige Ausgestaltung derselben aber immerhin keinen Konsens der beteiligten Parteien, um Gültigkeit zu erlangen. Rechtssätze normieren einseitig und hoheitlich. Der Konsens über den Inhalt

2042 Vgl. dazu §14.

2043 WELTERT, S. 354 f. und 447 f. mit Ausführungen zum Territorialitätsprinzip im interkantonalen und interkommunalen Kontext; gemäss dem Territorialitätsprinzip beschränkt sich der geografische Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts auf das Gebiet desjenigen Staates, welcher die Norm erlassen hat. Aufgrund der territorialen Hoheit anderer Staaten kann ein Land lediglich öffentlich-rechtliche Vorschriften für das eigene Staatsgebiet, nicht aber für fremdes Staatsgebiet, aufstellen. Sofern nicht aufgrund einer entsprechenden staatsvertraglichen Regelung erlaubt, dürfen die schweizerischen Behörden zudem nur das (eigene) schweizerische Recht anwenden. Wirken sich auf ausländischem Territorium stattfindende Sachverhalte ausreichend stark auf das Territorium der Schweiz aus, können diese Sachverhalte indes gleichwohl unter schweizerisches öffentliches Recht fallen, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 308 ff.; Verfügung der ElCom 232-00034 vom 19. Mai 2015, Rz. 27.

2044 Denen aber immerhin durch interkantonale bzw. interkommunale Vereinbarungen grundsätzlich beizukommen ist.

2045 MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155; WELTERT, S. 448 ff.

der durch Rechtssatz konkretisierten Verwaltungsrechtsverhältnisse wird über einen Mehrheitsbeschluss des Gesetzgebers bzw. des Stimmvolkes erreicht.[2046]

(iii) Bundesebene

In einem ersten Schritt soll der Frage nachgegangen werden, ob die Netzbetreiber von Bundesrechts wegen zum Erlass konkretisierender Rechtsnormen befugt sind. Vorab kann dazu festgehalten werden, dass die Bundesverfassung den Netzbetreibern als Trägern öffentlicher Aufgaben keine originären Rechtssetzungsbefugnisse überträgt.[2047] Fraglich erscheint hingegen, ob den Netzbetreibern durch das StromVG derivative Rechtssetzungsbefugnisse übertragen werden. Während die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen, welche zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen ermächtigen würde, klar zu verneinen ist,[2048] scheint mir die Rechtslage betreffend gesetzesergänzende Verordnungen nicht eindeutig. Diskutabel ist namentlich die Rechtsnatur der Richtlinien[2049] i.S.v. Art. 27 Abs. 4 StromVV, zu deren Erlass die Netzbetreiber von Gesetzes wegen verpflichtet sind. Sowohl die ElCom als auch das Bundesverwaltungsgericht vertreten die Auffassung, dass es sich bei den Richtlinien i.S.v. Art. 27 Abs. 4 StromVV nicht um Rechtsnormen handle, da weder die Bundesverfassung noch das StromVG Rechtssetzungsbefugnisse an Private übertragen würden.[2050] Zudem liege auch keine Verweisung vor, welche eine Verbindlichkeit der Richtlinien zur Folge hätte.[2051] Die Richtlinien würden nur die im StromVG und der StromVV statuierten Pflichten konkretisieren (indes: genau das tun Verordnungen ebenfalls).[2052] Ungeachtet der rechtlichen Qualifikation der Richtlinien seien diese aber zu beachten, sofern sie sich als sachgerecht erweisen würden und nicht gegen die Bestimmungen des StromVG und der StromVV verstiessen

2046 WELTERT, S. 348 f. und 428 ff.

2047 ElCom, Rechtsnatur, S. 1 ff.; BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.2; WALTHER, S. 210.

2048 Ebenso ElCom, Rechtsnatur, S. 1 ff.; BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.2; WALTHER, S. 210.

2049 Als illustratives Beispiel für die Handhabe der zu erarbeitenden Richtlinien dienen etwa die Ausführungen in VSE, DC-CH 2020, S. 5; auf die Branchenempfehlungen ist hier nicht mehr einzugehen, da diesen offensichtlich kein Rechtssatzcharakter zukommt, vgl. auch ElCom, Rechtsnatur, S. 5; PETRIK-HALTINER, S. 32.

2050 BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.2; ElCom, Rechtsnatur, S. 1; vgl. dazu ferner auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1249; PETRIK-HALTINER, S. 32.

2051 ElCom, Rechtsnatur, S. 2 f.

2052 BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.2., in welchem es um die Entrichtung des Netznutzungsentgeltes und dessen Konkretisierung mittels Richtlinien ging.

(indes: auch Verordnungen müssen sich im Rahmen des übergeordneten Rechts bewegen).[2053] Den Richtlinien kommt daher in der Praxis – ungeachtet ihrer Qualifikation – eine nicht unerhebliche Bedeutung zu.[2054]

Der soeben ausgeführten rechtlichen Qualifikation kann zwar grossmehrheitlich zugestimmt werden (den Netzbetreibern kommen auf Bundesebene weder originäre noch gesetzesvertretende Rechtssetzungsbefugnisse zu und Verweisungen finden sich ebenfalls nicht).[2055] Gemäss Art. 30 Abs. 3 StromVG kann der Bundesrat aber ausdrücklich private Organisationen zum Gesetzesvollzug beiziehen. Der Vollzug der StromVV wird im 1. Abschnitt der Schlussbestimmungen der StromVV geregelt und enthält heute mit Art. 27 StromVV nur einen einzigen Artikel. Durch Art. 27 Abs. 4 StromVV werden die Netzbetreiber zum Erlass bestimmter Richtlinien verpflichtet, welche über eine einzige, frei zugängliche Adresse im Internet publiziert werden müssen. Können sich die Netzbetreiber nicht einigen oder kommt keine sachgerechte Lösung zustande, kann das BFE stattdessen Ausführungsbestimmungen erlassen. Nach der hier vertretenen Ansicht überträgt der Bundesrat damit Teile des Vollzugs an die Netzbetreiber. Der Vollzug kann auch den Erlass von Vollziehungsverordnungen beinhalten. Durch Vollziehungsverordnungen können zwar keine neuen Rechte und Pflichten begründet werden (weshalb auch die Delegationsvoraussetzungen nicht eingehalten zu werden brauchen), wohl aber gesetzlich vorgesehene Inhalte konkretisiert werden.[2056] Es handelt sich bei Vollziehungsverordnungen somit zwar nicht um einen Fall der Gesetzesdelegation und der Schaffung von neuem, eigenständigem Recht, wie dies bei gesetzesvertretenden Verordnungen der Fall ist. Gleichwohl stellen Vollziehungsverordnungen materielles Recht dar.[2057] Fraglich ist daher, ob die Richtlinien nicht als Vollziehungsverordnungen anstelle blosser Selbstregulierungsnormen zu qualifizieren sind.[2058]

2053 ElCom, Rechtsnatur, S. 5; BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.4.

2054 PETRIK-HALTINER, S. 33; in diesem Sinne auch WALTHER, S. 210.

2055 ElCom, Rechtsnatur, S. 1 ff.; BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.2; WALTHER, S. 210.

2056 TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1025 und 1665 ff.; ERRASS, S. 230 f.; BGE 141 II 169, E. 3.3 S. 172.

2057 WELTERT, S. 431 f.; nach anderer Auffassung handelt es sich bei Vollziehungsverordnungen jedoch funktional um Verwaltung und nicht um Rechtssetzung, vgl. dazu insbesondere ERRASS, S. 231; ferner HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1890.

2058 Ähnlich auch die Auffassung von ELSER, S. 133 f., welcher Normen der regulierten Selbstregulierung zu den staatlichen Rechtsnormen zählt, wenn der Staat die Privaten zum Erlass solcher Normen verpflichtet und diesen eine Bindungswirkung gegenüber Dritten zukommt.

Mit der Qualifikation der Richtlinien als Vollziehungsverordnungen wären jedoch (mindestens) zwei offensichtliche Probleme verbunden: Das erste Problem bestünde darin, dass die Richtlinien nicht amtlich publiziert werden. Betrachtete man die Richtlinien als Vollziehungsverordnungen, müssten diese richtigerweise durch amtliche Publikation bekannt gemacht werden und nicht, wie es die StromVV verlangt, via eine separate Internetadresse.[2059] Aus dem Umstand der nicht vorgesehenen amtlichen Publikation bereits zu schliessen, es handle sich bei den Richtlinien um blosse Selbstregulierungsnormen, erscheint mir indes zu kurz gegriffen.[2060] Gerade bei dezentralen Verwaltungsträgern (und auf Gemeindeebene) ist die Publizität von Rechtserlassen schliesslich ein notorisch bekanntes Problem.[2061] Das zweite Problem beträfe die demokratische Legitimation – wobei diese Problematik aber auch dann bestehen bleibt, wenn von blossen Selbstregulierungsnormen ausgegangen wird: Über den Inhalt der Richtlinien besteht weder ein demokratisch abgestützter noch zwingend ein branchenineterner Konsens.[2062] Den betroffenen Endverbrauchern, Netznutzern und Netzanschlussnehmern steht zudem faktisch weder eine Mitwirkungsmöglichkeit noch eine aufsichtsrechtliche Möglichkeit zur Verfügung, um einseitige Selbstregulierungsmassnahmen vorgängig zu verhindern.[2063] Eine akzessorische Prüfung vermag die vorgängige Kontrolle und Genehmigung von Normen nicht zu ersetzen. Denn bis es zu einer Prüfung solcher Normen kommt, werden Fakten geschaffen, die sich zum Teil kaum noch oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ändern lassen.[2064] Dass die Richtlinien nach Auffassung der ElCom und des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich zu beachten sind, sofern sie nicht gegen Bundesrecht verstossen und sich als sachgerecht erweisen, erscheint daher heikel.[2065] Würde davon ausgegangen, dass es sich bei den Richtlinien um Vollziehungsverordnungen handelt, dürfte deren Inhalt gar nur noch auf die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht, d.h. im Rahmen einer Normenkontrolle, überprüft werden. Ob sich

2059 Vgl. Art. 2 lit. e PublG; vgl. zur Publikation privater Normen auch MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155; ElCom, Rechtsnatur, S. 2.

2060 So etwa die ElCom, Rechtsnatur, S. 2.

2061 WELTERT, S. 448 ff.

2062 Vgl. auch ElCom, Rechtsnatur, S. 3; optimistischer äussert sich WALTHER, S. 200 f. und 210; zur demokratischen Abstützung ferner RÜEGGER, S. 190.

2063 Vgl. auch ERRASS, S. 327.

2064 Mit derselben Forderung für private Normen auch MARTI, Aufgabenteilung, S. 1155.

2065 Nach ELSER, S. 133 f., handelt es sich bei Normen der regulierten Selbstregulierung, deren Erlass vom Staat vorgegeben ist und denen Bindungswirkung zukommt, um staatliche Rechtsnormen.

eine Norm als sachgerecht erweist, spielte hingegen keine Rolle mehr. Ungeachtet dessen, ob es sich bei den Richtlinien i.S.v. Art. 27 Abs. 4 StromVV um Vollziehungsverordnungen oder um Selbstregulierungsnormen handelt, lassen sie sich de lege lata jedenfalls methodisch kaum befriedigend einordnen. Die hier interessierende Fragestellung wird dadurch allerdings kaum berührt und schon gar nicht gelöst: Bei den Richtlinien handelt sich um einheitliche Branchenlösungen für bestimmte Aspekte der Stromversorgung. Sie eignen sich somit denkbar schlecht, um die Rechtsverhältnisse eines einzelnen Netzbetreibers mit seinen «Kunden» in ihrer Gesamtheit – wie etwa AGB, Reglemente oder autonome Satzungen dies tun – zu regeln. Wenn überhaupt, könnte somit bloss davon ausgegangen werden, dass gewisse Aspekte der Rechtsverhältnisse zwischen Netzbetreibern und ihren Kunden durch die als Vollziehungsverordnungen verstandenen Richtlinien hoheitlich geregelt werden – diesen Anspruch haben aber nicht einmal die Richtlinien selbst[2066] –, und die Frage, ob bereits eine abschliessende Regelung vorhanden ist oder eine weitere Konkretisierung durch die Netzbetreiber erfolgen muss, stellte sich weiterhin. Weder das StromVG noch die StromVV sehen ausserdem vor, dass auch die einzelnen Netzbetreiber eigene Richtlinien festlegen könnten.[2067] Selbst wenn dies der Fall wäre, befähigte die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen nicht dazu, eigenständige Rechtsnormen zu schaffen, sondern nur zur Konkretisierung der bereits gesetzlich vorgesehenen Inhalte. In Anbetracht der bundesrechtlichen Rahmengesetzgebung im Bereich der Stromversorgung helfen Vollziehungsverordnungen bei der konkreten Ausgestaltung der einzelnen Rechtsverhältnisse dementsprechend nur beschränkt weiter.

Von Bundesrechts wegen kommen den Netzbetreibern somit keine eigenständigen Rechtssetzungsbefugnisse zu. Fraglich bleibt infolgedessen nur noch, ob die Kantone bzw. die Gemeinden den auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreibern gewisse Rechtssetzungsbefugnisse zur Konkretisierung der Verwaltungsrechtsverhältnisse übertragen können.

(iv) Kantonsebene

Die Kantone sind auch unter der Geltung der neuen Strommarktordnung frei, diejenigen Bereiche der Stromversorgung, welche nicht bereits abschliessend durch Bundesrecht geregelt sind, weiterhin durch Rechtssatz

2066 Vgl. statt aller etwa NA/RR – CH 2019, S. 6, wonach es sich dabei um Selbstregulierungsnormen handle.

2067 Vgl. Art. 27 Abs. 4 StromVV.

auszugestalten,[2068] sofern sie damit nicht gegen den Sinn und Zweck der Stromversorgungsgesetzgebung verstossen.[2069] Dasselbe gilt nach Massgabe des kantonalen Rechts auch für die Gemeinden.[2070] Zu prüfen ist somit, ob den Netzbetreibern gestützt auf kantonales und kommunales Recht Rechtssetzungskompetenzen zukommen können, welche die Konkretisierung der Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Stromversorgung erlauben.

a. Exkurs: Kantonales oder kommunales Recht als Handlungsgrundlage

Werden die Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Stromversorgung unmittelbar durch kantonales oder kommunales Recht geregelt und richten sich die ansässigen Netzbetreiber danach, können sie sich bei ihrem Handeln auf eine gesetzliche Grundlage abstützen.[2071] Durch die (meist vorhandenen) Mitwirkungsmöglichkeiten des Stimmvolkes bei der Rechtssetzung, welches im Endeffekt den überwiegenden Anteil der Stromkonsumenten ausmacht, findet auch ein vorgängiger Ausgleich zu dem Machtgefälle zwischen dem Netzbetreiber und dem einzelnen Endverbraucher bzw. Netznutzer oder Netzanschlussnehmer statt.[2072] Durch kantonales und kommunales Recht kann der Inhalt der Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung, welcher durch das Bundesrecht noch keine Regelung erfahren hat, somit konkretisiert werden.[2073]

2068 Anders als auf Bundesebene besteht für die kantonalen (Rechtssetzungs-)Kompetenzen kein zwingender Verfassungsvorbehalt. Den Kantonen kommt von Bundesverfassungsrechts wegen bereits eine subsidiäre Generalkompetenz zu. Bundesrechtlich setzt jedoch das Legalitätsprinzip Schranken, so dass gleichwohl und allermindestens eine formell-gesetzliche Grundlage für die Kompetenzbegründung erforderlich ist. Ob für die kantonalen Kompetenzen ein Verfassungsvorbehalt gilt oder ob eine gesetzliche Regelung ausreichend ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen (kantonalen) Verfassungsrecht, TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 725 ff. und 789 ff.

2069 Vgl. Botschaft StromVG, S. 1678; BGer 2E_1/2019 vom 30. April 2020, E. 3.5; wo der Bundesgesetzgeber die ElCom für zuständig erklärt, liegen keine kantonalen Regelungskompetenzen vor, vgl. FÖHSE, Grundversorgung, S. 1237 Fn. 22; ÇELIK, S. 917.

2070 Vgl. dazu ferner auch die immer noch gültigen Ausführungen bei RÜEGGER, S. 189 f.; WELTERT, S. 456, scheint hingegen – allerdings noch vor Erlass des StromVG – davon auszugehen, dass die Gemeinden nur dann zur Rechtssetzung im Bereich der Energieversorgung befugt sind, wenn sie selbst ein Energieversorgungsunternehmen betreiben.

2071 Zur altrechtlichen Situation vgl. WELTERT, S. 204 ff.

2072 RÜEGGER, S. 190.

2073 So sieht etwa § 24 Abs. 1 Energiegesetz des Kantons Aargau (EnergieG; SAR 773.200) vom 17. Januar 2012 eine Kostentragungspflicht der Grundeigentümer für die (durch das StromVG nicht geregelten) (Netz-)Anschlusskosten vor.

Auch diese Regelungsmöglichkeit ist jedoch nicht frei von Problemen: Die Ausgestaltung der Strommarktordnung führt dazu, dass sich die verbleibenden kantonalen und kommunalen Rechtssetzungskompetenzen im Bereich der Stromversorgung teilweise nur schwer oder kaum feststellen lassen. Bereits aus diesem Umstand kann erhebliche Rechtsunsicherheit resultieren. Im Weiteren erschwert das Territorialitätsprinzip die Möglichkeit, Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung mittels Rechtssatz zu normieren: Erstens wird die Stromversorgung nicht zwingend durch das (lokale) Gemeinwesen oder eine von ihr kontrollierte Rechtspersönlichkeit (Netzbetreiber) vorgenommen, und zweitens besteht keine zwangsläufige Kongruenz zwischen den Netzgebieten und den Hoheitsgebieten der Kantone und Gemeinden.[2074] Versorgt ein Netzbetreiber mehrere Gebietskörperschaften oder Teile davon mit Strom, benötigt er somit je Hoheitsgebiet eine genügende Rechtsgrundlage. Die einzelnen Rechtsgrundlagen sollten im Idealfall zudem identisch sein, da die Netzbetreiber sonst eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsverhältnisse zu bewältigen haben, was in der Praxis zu Umsetzungsschwierigkeiten und allenfalls Konflikten mit bundesrechtlichen Vorgaben, die eine Vereinheitlichung anstreben, führen dürfte. Für mehrere Gemeinwesen umfassende Netzgebiete erschiene somit eine interkantonale bzw. interkommunale Vereinbarung angezeigt, um die Homogenität des Rechts zu gewährleisten. Der angesprochenen Schwierigkeiten ungeachtet erscheint die rechtliche Ausgestaltung der Stromversorgung auf kantonaler und kommunaler Ebene prinzipiell (weiterhin) als möglich, wenngleich sie sich seit dem Erlass der neuen Strommarktordnung nicht (mehr) als ideal erweist.[2075] Die nächste Schwierigkeit ergibt sich jedoch aus inhaltlicher Perspektive: Die heutigen kantonalen Energiegesetze regeln kaum die gesamten Verwaltungsrechtsverhältnisse, welche die Netzbetreiber im Zusammenhang mit der Stromversorgung eingehen, sondern höchstens einzelne Aspekte davon.[2076] Vergleicht man die kantonalen Energiegesetze mit den AGB etc., welche die Netzbetreiber zur Konkretisierung ihrer Verwaltungsrechtsverhältnisse zu verwenden pflegen, lässt sich deshalb nur

2074 Vgl. dazu § 7 IV. 2. a).

2075 Anders noch früher, als die Versorgung mit Infrastrukturdienstleistungen regelmässig als Gemeindeangelegenheit betrachtet und entsprechend auf kommunaler Ebene normiert wurde, vgl. WELTERT, S. 211.

2076 Vgl. etwa §§ 8 a–e des Energiegesetzes des Kantons Zürich (Ordnungs-Nr. 730.1); vgl. auch das Energiegesetz des Kantons Aargau (EnergieG; SAR 773.200) vom 17. Januar 2012, welches der Stromversorgung (explizit) nur fünf Paragrafen (§§ 23-27) widmet. Daneben sieht das EnergieG (AG) aber in allgemeiner Weise auch weitere Regelungsinhalte vor, wie etwa eine Duldungspflicht der Grundeigentümer für Energieleitungen (§ 21 Abs. 1 EnergieG).

ein Bruchteil der in den AGB enthaltenen Bestimmungen auf eine formell-gesetzliche Grundlage des kantonalen Rechts zurückführen.[2077] Es stellt sich daher auch hier oft die Frage, auf welche rechtliche Grundlage sich die Netzbetreiber bei ihrem Handeln stützen können und ob die Anforderungen, welche das Legalitätsprinzip vorgibt, tatsächlich eingehalten werden. Wer nun darauf hofft, dass sich die Rechtsgrundlage womöglich im kommunalen Recht finden lässt, dürfte meist enttäuscht werden. Die Erfahrung zeigt, dass kommunales Recht im Bereich der Elektrizitätsversorgung Glückssache ist: Sofern es denn überhaupt vorhanden und publiziert ist,[2078] unterscheidet es sich in qualitativer Hinsicht zum Teil erheblich.[2079] Oft findet sich daher nur bei Netzbetreibern, welche noch der Zentralverwaltung angegliedert sind, oder bei öffentlich-rechtlichen Anstalten ein ausführlicher, die Elektrizitätsversorgung regelnder Rechtserlass auf kommunaler Ebene.[2080] Sofern es sich beim Netzbetreiber um eine dezentralisierte Verwaltungseinheit eines regelungskompetenten Gemeinwesens handelt, dürfte immerhin die Möglichkeit, das Gemeinwesen zum Erlass entsprechender Bestimmungen anzuhalten, welche die Elektrizitätsversorgung direkt normieren, eher gegeben sein als bei «echten» privaten Netzbetreibern.[2081] Voraussetzung bleibt aber in jedem Fall, dass das Stimmvolk die entsprechenden Rechtsnormen überhaupt annimmt.

b. Autonome Satzungen und Vollziehungsverordnungen als Handlungsgrundlage

Aufgrund der soeben gemachten Feststellungen bleibt das Bedürfnis der Netzbetreiber, ihre Angelegenheiten selbständig konkretisieren zu können, bestehen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Kantone und Gemeinden den auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreibern die Befugnis einräumen können, ihre Verwaltungsrechtsverhältnisse durch Rechtsnormen näher auszugestalten.

Für die Beantwortung dieser Frage kann dem Grundsatz nach auf die Ausführungen zur Einräumung der Verfügungsbefugnis verwiesen werden: Die grundsätzliche Möglichkeit zur Einräumung von Rechtssetzungsbefugnissen dürfte im Wesentlichen davon abhängen, ob die Netzbetreiber Bundes-

2077 Für den Inhalt vgl. etwa BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 44 ff.

2078 Zur oft problematischen Publizität des Gemeinderechts vgl. etwa WELTERT, S. 449 f.; ferner auch HÄNER, S. 249 betreffend die oftmals fehlenden Rechtsgrundlagen zur Verfügungsbefugnis und zum Rechtsmittelweg auf kantonaler Ebene.

2079 BUCHLI, S. 271.

2080 Demgegenüber bestand früher eine relativ umfassende Regelung der Elektrizitätsversorgung durch kantonales und kommunales Recht, vgl. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge, S. 52; RÜEGGER, S. 189.

2081 Vgl. auch FÖHSE, Grundversorgung, S. 1249.

recht oder kantonales Recht vollziehen bzw. ob es sich um eine öffentliche Aufgabe des Bundes oder der Kantone handelt.[2082] Während beim Vollzug von kantonalem Recht bzw. bei der Annahme einer kantonalen öffentlichen Aufgabe die Übertragung von (untergeordneten) Rechtssetzungsbefugnissen dem Grundsatz nach zulässig sein dürfte, scheint dasselbe beim Vollzug von Bundesrecht bzw. bei einer Bundesaufgabe kaum oder nur in gewissen Bereichen möglich zu sein, namentlich dort, wo der Bund den Vollzug seinerseits den Kantonen überträgt.[2083] Das StromVG selbst überträgt den einzelnen Netzbetreibern jedenfalls keine Befugnisse zur Rechtssetzung (autonome Satzungen) oder zum Erlass von Ausführungsbestimmungen (Vollziehungsverordnungen). Damit ist bereits dargetan, dass auch die Annahme, die Netzbetreiber könnten als Träger öffentlicher Aufgaben unter Umständen gewisse Rechtsnormen oder zumindest Ausführungsbestimmungen selbst erlassen, kaum eine lückenlose Regelung der Verwaltungsrechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Elektrizitätsversorgung zulässt.

Die inhaltliche Tragweite der so an die Netzbetreiber übertragbaren Rechtssetzungskompetenzen lässt sich schliesslich kaum abstrakt und vor allem auch nicht befriedigend beantworten: Die Rechtssetzungsbefugnisse dezentraler Verwaltungsträger sind bereits im Allgemeinen äusserst umstritten und wenig greifbar.[2084] Bestehen von Verfassungs wegen originäre Rechtssetzungsbefugnisse, dürften zwar tendenziell weitgehendere Möglichkeiten bestehen als bei rein derivativ übertragenen Rechtssetzungsbefugnissen. Im Zusammenhang mit den vielschichtigen und verzettelten Verantwortlichkeiten in der Stromversorgung dürfte es im Ergebnis aber – abgesehen von der Einhaltung der Delegationsgrundsätze, falls die Rechtssetzungsbefugnisse derivativer Natur sind – vom Verständnis der aus dem Legalitätsprinzips fliessenden Anforderungen abhängen, welchen Inhalt und Umfang die Rechtsnormen der Netzbetreiber überhaupt haben können.[2085] Ein Sonderstatusverhältnis, welches die Anforderungen an die rechtliche Grundlage herabsetzen würde, liegt in der Stromversorgung nicht vor.[2086]

Trotz der damit verbundenen Unsicherheiten scheint die Übertragung von eigentlichen Rechtssetzungsbefugnissen (autonome Satzungen) oder

2082 Vgl. dazu §16 III. 3. b); POLTIER, Rz. 790; ferner auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 329 f.

2083 Namentlich dort, wo die Kantone ihrerseits Bundesrecht vollziehen, dürfte die Weiterübertragung von Rechtssetzungsbefugnissen u.U. möglich sein.

2084 Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 374a und 1839; illustrativ zur altrechtlichen Situation WELTERT, S. 433 ff.

2085 Ähnlich bereits WELTERT, S. 439 f.

2086 RÜEGGER, S. 189; FÖHSE, Grundversorgung, S. 1249.

zumindest zum Erlass von Ausführungsbestimmungen (Vollziehungsverordnungen) an die Netzbetreiber unvermeidbar, sofern diesen ein Mindestmass an Autonomie bei der Aufgabenerledigung zugestanden werden soll.[2087] Ansonsten fehlt es den Netzbetreibern an der Möglichkeit zur Konkretisierung der sie betreffenden Verwaltungsrechtsverhältnisse. De lege lata dürfte den Kantonen und Gemeinden deshalb – wie bei der Verfügungsbefugnis auch[2088] – angeraten sein, ergänzend zu den eigenen Rechtserlassen, den auf ihrem Territorium tätigen Netzbetreibern die Möglichkeit zum Erlass von Rechtsnormen bzw. von Ausführungsbestimmungen einzuräumen.[2089] Zu beachten sind dabei aber neben den allgemeinen Vorgaben betreffend die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen immer auch die kantonalen Besonderheiten.[2090] De lege ferenda wäre hingegen eine klare Regelung auf Bundesebene wünschenswert.

IV. Zwischenfazit

Die Rechtsverhältnisse, welche die Belieferung der freien Endverbraucher zum Gegenstand haben, werden durch privatrechtlichen Vertrag geregelt. Der Inhalt solcher Rechtsbeziehungen kann im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich frei vereinbart werden; unter dem Gesichtspunkt der vorliegenden Fragestellung bereitet diese Konstellation somit kaum Probleme.

Im Zusammenhang mit der Belieferung der restlichen Endverbraucher, der Netznutzung und dem Netzanschluss stellt sich hingegen die Frage nach der passenden Handlungsform bzw. dem richtigen Regelungsinstrument. Da diese Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht zugehörig sind, scheidet die Regelung durch privatrechtlichen Vertrag zum Vornherein aus.

Inwiefern den Netzbetreibern als Träger öffentlicher Aufgaben die Möglichkeit zum Erlass von Verfügungen zukommt, ist nicht zuletzt aufgrund der teilweise restriktiven Gerichtspraxis, welche die Verfügungsbefugnis nur dort annimmt, wo eine explizite Rechtsgrundlage dafür besteht, unsicher. Dazu gesellen sich teilweise komplexe Abgrenzungsfragen betreffend die Zuständig-

2087 So auch BUCHLI, S. 271.

2088 Vgl. dazu § 16 III. 3. c) (iv).

2089 So auch BUCHLI, S. 271; so räumt etwa § 5 Abs. 3 des Gesetzes über die Industriellen Werke Basel (IWB-Gesetz; SG 772.300) vom 11. Februar 2009 der IWB die Kompetenz zum Erlass technischer Vorschriften (bzw. Ausführungsbestimmungen) in ihrem Aufgabenbereich ein; Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2023.159 vom 7. Februar 2024, E. 2.2.2.

2090 Illustrativ zu den damit verbundenen Schwierigkeiten dienen die Ausführungen bei WELTERT, S. 433 ff., auch wenn die angeführten Beispiele heute nicht mehr gelten mögen.

keit der ElCom und das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen.[2091] Nach der hier vertretenen Meinung können Träger öffentlicher Aufgaben aber auch ohne ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz verfügen. Die Verfügung stellt die primäre Handlungsform von Verwaltungsträgern dar. Der Argwohn gegenüber der Möglichkeit zum einseitigen bzw. obrigkeitlichen Erlass von Verfügungen durch Verwaltungsträger erscheint bei genauer Betrachtung denn auch unbegründet: Durch die Verfügung, welche einerseits auf das geltende Recht verpflichtet ist und andererseits begründet werden muss, wird der Verwaltungsträger gezwungen, sich rechtsstaatlich korrekt zu verhalten, und das Verwaltungshandeln wird in geordnete, überprüfbare Bahnen gelenkt. Unabhängig davon, welche Haltung in Bezug auf die Verfügungskompetenz der Netzbetreiber vertreten wird, erweist sich die Verfügung als Regelungsinstrument für die (Dauer-)Rechtsverhältnisse zwischen den Netzbetreibern und Dritten aber nicht als ideal. Der mögliche Inhalt von Verfügungen wird durch das Legalitätsprinzip und somit durch das gesetzte Recht eng begrenzt. Da sich aus der bundesrechtlichen Rahmengesetzgebung oftmals keine konkrete Antwort auf eine Frage betreffend die Stromversorgung entnehmen lässt, bedürfte es anderer Rechtsgrundlagen, welche den möglichen Verfügungsinhalt vorgeben.

Aber auch die Annahme, die Rechtsverhältnisse in der Elektrizitätsversorgung seien durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu konkretisieren, birgt ihre Tücken. Neben der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Verträgen im Bereich der Stromversorgung – sofern diese Handlungsform nicht ausdrücklich vorgeschrieben wird – ergeben sich insbesondere im Zusammenhang mit der einseitigen Regelung der Verwaltungsrechtsverhältnisse durch allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sowie in Bezug auf die Formvorschriften und den Konsens rechtliche Unsicherheiten. Nach der hier vertretenen Ansicht können öffentlich-rechtliche Verträge jedenfalls nicht einseitig durch AGB von Verwaltungsträgern normiert werden. Das Legalitätsprinzip setzt zudem auch den verwaltungsrechtlichen Verträgen Schranken – wenn auch geringere als bei Verfügungen.

Fraglich scheint zuletzt, ob die Netzbetreiber ihre Angelegenheiten durch den Erlass autonomer Satzungen selbst regeln können bzw. inwiefern auch nach dem Erlass einer gesamtschweizerischen Strommarktordnung kantonales bzw. kommunales Recht zur Konkretisierung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung notwendig ist. Neben den Beschränkungen, welche sich für den räumlichen Anwendungsbereich von Rechtsnormen aus dem Territorialitätsprinzip ergeben, bestehen insbesondere rechtliche Unklarheiten

2091 Vgl. dazu auch POLTIER, Rz. 740.

und Unabwägbarkeiten betreffend die grundsätzliche und konkrete Möglichkeit zur Rechtssetzung durch dezentralisierte Verwaltungsträger. Nach allgemeinem Konsens werden durch die bundesrechtliche Strommarktordnung keine Rechtssetzungsbefugnisse übertragen – wobei diese Schlussfolgerung hinsichtlich der gemeinschaftlich zu erlassenden Richtlinien i.S.v. Art. 27 Abs. 4 StromVV nach der hier vertretenen Ansicht nicht als zwingend erscheint. Es kann aber festgehalten werden, dass das StromVG jedenfalls den *einzelnen* Netzbetreibern keine eigenständigen Rechtssetzungsbefugnisse überträgt. Die Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Stromversorgung können jedoch durch kantonales und kommunales Recht eine Regelung erfahren. Sofern diese Rechtsnormen bundesrechtskonform sind und sich die Netzbetreiber danach richten, dürfte sich das entsprechende Verwaltungshandeln auf eine genügende Rechtsgrundlage abstützen können. Ob den Netzbetreibern gestützt auf kantonales bzw. kommunales Recht die Kompetenz zum Erlass autonomer Satzungen übertragen werden kann, mit Hilfe derer sie ihre Verwaltungsrechtsverhältnisse inhaltlich selbständig konkretisieren können, dürfte schliesslich davon abhängen, ob es sich um den Vollzug von Bundesrecht oder von kantonalem Recht handelt bzw. ob die damit verbundene Aufgabe dem Bund oder den Kantonen zuzuordnen ist. Die Tragweite der so übertragbaren Rechtssetzungsbefugnisse erscheint indes ungewiss und hängt grundlegend vom Verständnis des Legalitätsprinzips und den daraus fliessenden Anforderungen für verwaltungsrechtliches Handeln ab.[2092]

V. Überlegungen zum Mantelerlass und de lege ferenda

Mit der Revision des StromVG im Rahmen des Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Mantelerlass)[2093] wurde einmal mehr die vollständige Öffnung des Elektrizitätsmarkts angestrebt.[2094] Teil der Strommarktöffnung wären u.a. auch das sog. Wahlmodell mit abgesicherter Stromversorgung (WAS-Modell)[2095] und die sog. Ersatzversorgung gewesen.[2096] Der Plan wurde allerdings ebenso rasch wieder verworfen[2097] und damit auch die Lösungsansätze für diese Bereiche.

2092 In diesem Sinne auch BRUNNER, S. 143 ff.

2093 BBl 2023 2301.

2094 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 3.

2095 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 77.

2096 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 78 f.

2097 Vgl. etwa Amtliches Bulletin des Ständerats 2022 1026.

Die Ersatzversorgung wäre dann zum Tragen gekommen, wenn ein Endverbraucher bei der Beendigung seines Elektrizitätslieferverhältnisses nicht rechtzeitig einen neuen Lieferanten gewählt hätte oder wenn der Lieferant ausgefallen wäre. Sie hätte durch den Netzbetreiber erbracht werden müssen, in dessen Netzgebiet sich der Endverbraucher befunden hätte.[2098] Mit der gesetzlichen Verankerung der Ersatzversorgung wäre Klarheit darüber geschaffen worden, was beim Dahinfallen eines Elektrizitätslieferverhältnisses geschieht, sofern der betroffene Endverbraucher kein neues Elektrizitätslieferverhältnis eingeht. Gleichzeitig wäre dadurch auch ein seit Langem bestehendes Problem gelöst worden, welches die Netzbetreiber bis anhin und somit auch zukünftig (vorerst) selbst regeln müssen. Gesetzlich keine Regelung erfahren hätte indessen die Frage, wie es sich mit den übrigen Rechtsbeziehungen, welche mit der Stromversorgung einhergehen, verhält, namentlich dem Netznutzungs- und dem Netzanschlussverhältnis. Eine gesetzliche Regelung in diesen Bereichen wäre de lege ferenda – auch ohne Marktöffnung – durchaus wünschenswert.

Mit der Implementierung des WAS-Models in der Stromversorgung wäre zudem auch die Kategorie der festen Endverbraucher voraussichtlich weggefallen. Kleinverbrauchern wäre es somit freigestanden, ihren Stromlieferanten frei zu wählen. Sollte die volle Strommarktöffnung dereinst kommen, stellte sich die Frage nach der Rechtsnatur der damit einhergehenden Rechtsverhältnisse neu. Ob die Rechtsverhältnisse betreffend die Versorgung von wahlberechtigten Endverbrauchern, welche sich dazu entschliessen, in der Grundversorgung zu bleiben, dann als privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur qualifizieren, hängt von der bevorzugten Auslegungsmethode ab.[2099] Werden diese Rechtsverhältnisse dem Privatrecht zugeordnet, gilt prinzipiell der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Parteien können den Inhalt ihres Vertragsverhältnisses somit – zumindest innerhalb der regulatorischen Schranken[2100] – frei festlegen. Die aufgezeigte Problematik bei der Regelung der Rechtsverhältnisse bliebe aber auch dann zumindest hinsichtlich der Rechtsverhältnisse betreffend die Netznutzung und den Netzanschluss bestehen; an ihrer Qualifikation dürfte sich – mangels expliziter formell-gesetzlicher Normierung auf Bundesebene – nichts ändern.

2098 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 28.

2099 Vgl. dazu § 12 III. 2.

2100 So sind etwa Vorgaben hinsichtlich des Wechselprozesses vorgesehen, welche missbräuchlichen Vertragsbestimmungen bzw. missbräuchlichem Gebaren vorbeugen sollen, vgl. Art. 13a und 17a E-StromVG bzw. Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 89 und 94.

Mit der Revision des StromVG war überdies geplant, die Aufgaben der ElCom im Hinblick auf die Marktöffnung und die übrigen Neuerungen auszuweiten und diese auch in allgemeiner Weise detaillierter bzw. verständlicher zu normieren.[2101] Die Marktöffnung wurde zwar abermals verworfen, doch der abgespeckte Mantelerlass wird dennoch einige Neuerungen in dieser Hinsicht bringen. Für die vorliegende Thematik von einigem Interesse ist die neuerdings explizit statuierte Möglichkeit der ElCom, künftig im Zusammenhang mit Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs nötigenfalls den Abschluss einer Vereinbarung zwischen den jeweiligen Parteien, einschliesslich der Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt, zu verfügen sowie über die Zulässigkeit und die Kostenfolgen von angeordneten Massnahmen bzw. von bei Nichtbefolgung solcher Anordnungen getroffenen Ersatzmassnahmen entscheiden zu können (vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. e StromVG[2102]). Die Kompetenz zur Verfügung von Vereinbarungen und deren Mindestinhalt soll dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs nach allerdings nur betreffend Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs gelten, und die Überprüfungsbefugnis hinsichtlich der Zulässigkeit und Kostenfolgen wird auf *Anordnungen* der nationalen Netzgesellschaft i.S.v. Art. 20 Abs. 2 lit. c StromVG beschränkt.[2103] Nach Auffassung des Autors werden damit allerdings keine neuen Kompetenzen der ElCom geschaffen. Vielmehr liegen diese bereits in der allgemeinen Kompetenz der ElCom gemäss Art. 22 Abs. 1 StromVG begründet, wonach sie die Entscheide trifft und die Verfügungen erlässt, welche für den Gesetzesvollzug notwendig sind.[2104] Art. 22 Abs. 2 StromVG konkretisiert diese Grundsatzkompetenzen lediglich in nicht abschliessender Weise. Es fragt sich gar, ob mit der ausgedehnten exemplifikatorischen Aufzählung von Entscheidkompetenzen nicht das Gegenteil bewirkt und die grundsätzliche Allkompetenz der ElCom im Zusammenhang mit dem Vollzug des StromVG eingeschränkt wird. Wenig hilfreich und etwas kryptisch sind auch die entsprechenden Erläuterungen in der Botschaft zum Mantelerlass, welche festhält, dass die Kompetenz der ElCom deshalb auf Anordnungen der nationalen Netzgesellschaft beschränkt würden, *«da Fragen der Einhaltung beziehungsweise Verletzung vertraglicher Rechte und Pflichten sowie deren Durchsetzung grundsätzlich in die Kompetenz der Gerichte fallen. […] Es ist aber festzuhalten, dass die ElCom sehr wohl Entscheide mit unmittelbarer Auswirkung auf Vereinbarungen fällen*

2101 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 113 f.

2102 BBl 2023 2301.

2103 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 115.

2104 Vgl. dazu bereits § 6 IV. 4. c) (iii) und (iv).

kann. So könnte sie etwa gestützt auf Artikel 20 Absatz 1 [StromVG] überprüfen, ob die in einer Vereinbarung geregelten Massnahmen geeignet sind, um einer Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs zu begegnen.»[2105] Es stellt sich vor dem Hintergrund dieser Erläuterungen nicht nur die Frage, welche Gerichte damit gemeint sind (diejenigen der Kantone oder des Bundes, die Zivilgerichte oder die Verwaltungsgerichte), sondern insbesondere auch, welche Instanz (ElCom oder Gerichte) nun in welchen Bereichen sachlich zuständig sein soll. Auch die Klärung der Zuständigkeiten wäre de lege ferenda höchst wünschenswert. De lege lata dürfte die Zuständigkeitsfrage jedenfalls als wohl (weiterhin) grösster prozessualer Fallstrick bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Stromversorgung bezeichnet werden.

Schliesslich sei im Zusammenhang mit der jüngsten Revision des StromVG noch auf die stetig weiter zunehmende Regulierungsdichte in der bundesrechtlichen Rahmengesetzgebung für den Strommarkt als Folge des zuweilen an seine Grenzen stossenden Subsidiaritätsgrundsatzes hingewiesen. Mit dem Ausbau an generell-abstrakten Regelungen sollen thematische Bereiche reguliert werden, die bis anhin überhaupt nicht oder nur ungenügend normiert waren und bei denen sich die Branche oft schwertat, auf einen gemeinsamen Nenner zu kommen.[2106] Im positiven Sinne hervorzuheben ist, dass mit der zunehmenden und sich verdichtenden Regulierung gleichzeitig immer auch hoheitliche Normen für bestimmte Sachverhalte geschaffen werden, die bis anhin nicht nur regulierungstechnisch, sondern auch im Lichte des Legalitätsprinzips nicht oder nur ungenügend geregelt waren. Die zunehmende Schaffung von rechtlichen Grundlagen ist zweifellos zu begrüssen. Es darf aber an dieser Stelle die Frage aufgeworfen werden, ob es der richtige Ansatz ist, wenn mit öffentlichen Aufgaben einhergehende öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse nur punktuell und oft erst im Nachhinein einer genügenden rechtlichen Grundlage zugeführt werden, oder ob aus rechtsstaatlicher Sicht nicht der umgekehrte Weg vorzuziehen wäre. Es fragt sich auch, ob das Subsidiaritätsprinzip bzw. die regulierte Selbstregulierung vor diesem Hintergrund nicht als gescheitert zu betrachten sind. Im Hinblick auf die zukünftige legislatorische Tätigkeit im Bereich der Stromversorgung wäre es deshalb wünschenswert, wenn sich der Gesetz- und Verordnungsgeber grundlegende Gedanken zu Konzeption des StromVG bzw. der Strommarktregulierung machen würde.

2105 Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 115.

2106 So wurden mit dem neu geschaffenen Art. 20a StromVG etwa die Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs und die Tragung der damit verbundenen Kosten spezifisch geregelt, vgl. dazu auch Bundesrat, Botschaft Mantelerlass, S. 111 ff.; BBl 2023 2301.

F. Schlussfolgerungen und Fazit

§17 Die Liberalisierung der Infrastruktursektoren als Problembereiter in der juristischen Handhabung der Stromversorgung

I. Infrastrukturen, Monopole, Staat und Liberalisierung

Durch Infrastrukturnetze werden Bevölkerung und Wirtschaft mit grundlegenden Gütern versorgt.[2107] Infrastrukturnetze spielen daher eine elementare Rolle für die Gesellschaft.[2108] Aufgrund ihrer existenziellen Bedeutung für den Einzelnen und das Kollektiv werden die Leistungen, welche durch Infrastrukturnetze vermittelt werden, regelmässig durch die Begriffe des «Service public» und der Grundversorgung charakterisiert. Infrastruktursektoren zeichnen sich fast ausnahmslos durch eine Monopolsituation aus. Diese Monopole können auf natürlichen oder rechtlichen Ursachen beruhen. Den Infrastrukturen ist ausserdem gemein, dass der Staat grundsätzlich auf die eine oder andere Weise involviert ist. Während des vergangenen Jahrhunderts hat der Staat viele Infrastrukturaufgaben in Eigenregie wahrgenommen. Ab den 90er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts setzte sich in der Schweiz unter den Schlagworten Liberalisierung, Privatisierung, New Public Management (NPM) und Deregulierung die Überzeugung durch, dass die monopolistischen Strukturen in den Infrastruktursektoren durch Wettbewerb ersetzt werden sollten. Infrastrukturaufgaben sollten zudem nicht länger staatliche Aufgaben sein, die durch den Staat wahrgenommen werden, sondern als privatwirtschaftliche Tätigkeiten von Privaten erfüllt werden. Was die Stromversorgung in der Schweiz anbelangt, so nahmen an diesem Punkt juristische Unklarheiten grundlegender Art ihren Lauf, die bis heute andauern.

II. Öffentliches Recht, Privatrecht, öffentliche Aufgaben und Verwaltungsrechtsverhältnisse

Immer wieder wird die Frage gestellt, ob Rechtsverhältnisse im Bereich der Stromversorgung dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen

2107 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8676; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1189 f.

2108 Bundesrat, Bericht Infrastrukturnetze, S. 8666.

sind und ob es sich dabei um eine öffentliche Aufgabe oder eine privatwirtschaftliche Tätigkeit handelt. Zu Recht, denn die damit verbundenen Konsequenzen sind fundamental.

So kommt der Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht im schweizerischen Rechtssystem ungefähr dieselbe grundlegende Bedeutung zu wie den Infrastruktursektoren für die Gesellschaft. Ein Verzicht auf die Unterscheidung ist folglich ausgeschlossen.[2109] Während im Privatrecht das Prinzip der Privatautonomie gilt[2110] und die Vertragsparteien bei der Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen grundsätzlich frei sind,[2111] gibt im öffentlichen Recht das Legalitätsprinzip die Handlungsmöglichkeiten und den Inhalt von Rechtsbeziehungen vor. Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse richten sich nach dem gesetzten Recht.[2112] Staatliches Handeln muss zudem im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Der Handlungsspielraum ist bei öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen dadurch enger als bei privatrechtlichen und der Inhalt untersteht grundsätzlich nicht der Parteidisposition.[2113] Ob die Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zugehören, ist somit in jeglicher Hinsicht elementar. Insbesondere ergeben sich dadurch aber auch grundlegende Unterschiede bei der Möglichkeit zur Ausgestaltung derselben durch die Parteien.

Dem Begriff der öffentlichen Aufgabe kommt aus mehreren Gründen eine überragende Bedeutung zu: Einerseits dient er als massgebliches Abgrenzungskriterium bei der Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zugehörig ist. Werden Rechtsverhältnisse nicht bereits durch eine formell-gesetzliche Bestimmung des Bundesrechts dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zugeordnet, erfolgt die Abgrenzung – trotz des gelebten Methodenpluralismus des Bundesgerichts – nämlich mehrheitlich anhand der (modifizierten) Funktionstheorie, welche auf das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe abstellt. Ob ein Rechtsverhältnis im Bereich der Infrastruktursektoren dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht untersteht, hängt somit massgebend davon ab, ob es sich bei der fraglichen Tätigkeit um eine öffentliche Aufgabe handelt. Andererseits dient der Begriff der öffentlichen Aufgabe nicht nur der Abgrenzung zwischen

2109 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218.

2110 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 31 und 41.

2111 MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 41 und 43; WELTERT, S. 386 ff.

2112 Wobei im Einzelfall u.U. eine Konkretisierung mittels Verfügung erforderlich sein kann, vgl. MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 42.

2113 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 218; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 Rz. 31 und 42; zum Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung vgl. etwa WELTERT, S. 260 ff.

dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, sondern determiniert damit einhergehende Rechtsverhältnisse bereits selbst in vielfältiger Weise: Es liegt ein Verwaltungsrechtsverhältnis vor.[2114] Wer eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, ist sodann an die Grundrechte gebunden.[2115] Zudem muss die Übertragung öffentlicher Aufgaben an Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts ausserhalb der Verwaltung formell-gesetzlich abgestützt sein.[2116] Aus praktischer Sicht dient der Begriff der öffentlichen Aufgabe schliesslich zahlreichen Gesetzen als Anknüpfungskriterium zur Bestimmung ihres Geltungsbereichs.[2117] Verweist keine spezialgesetzliche Bestimmung des Bundesrechts[2118] auf den Zivilweg, unterliegen Rechtsverhältnisse, welche unmittelbar mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zusammenhängen, der Verwaltungsrechtspflege.[2119] Das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe allein wirkt sich somit bereits auf die Möglichkeiten aus, wie Rechtsverhältnisse (sprich Verwaltungsrechtsverhältnisse) inhaltlich ausgestaltet werden können.

Nach der hier vertretenen Ansicht liegt eine öffentliche Aufgabe vor, wenn eine Tätigkeit aufgrund einer formell-gesetzlichen Grundlage erfüllt werden muss. Eine Erfüllungspflicht bzw. eine öffentliche Aufgabe besteht nach Auffassung des Autors schliesslich auch bei rechtlich monopolisierten Tätigkeiten.[2120] Als Träger öffentlicher Aufgaben kommt grundsätzlich jedermann in Betracht. Voraussetzung ist, dass der Aufgabenträger entweder bereits von Gesetzes wegen oder durch rechtsgültige Übertragung der Aufgabe in die Pflicht genommen wird.[2121] Massgebend ist für die vorliegende Frage-

2114 Verwaltungsrechtsverhältnisse beschreiben die Rechtsbeziehungen zwischen einem Träger öffentlicher Aufgaben und Dritten, welche im Zusammenhang mit der unmittelbaren Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bestehen, vgl. §13.

2115 Ob die Bindung an die Grundrechte für sämtliche Tätigkeiten gilt oder nur in denjenigen Bereichen, in welchen der Träger einer öffentlichen Aufgabe seinem gesetzlich übertragenen Auftrag nachkommt, ist umstritten, vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, §4 Rz. 62 und 73 m.w.H.; §

2116 Art. 178 Abs. 3 BV; RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153; BGE 138 I 196, E. 4.4.3 S. 201.

2117 RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 153 f. mit Beispielen.

2118 Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf es dafür zwingend einer formell-gesetzlichen Grundlage auf Bundesebene; vgl. auch BGE 148 III 172, E. 3.2.2 und 3.2.3 S. 179 ff.

2119 LIENHARD, Grundlagen, S. 457 f.

2120 Die «öffentlichen Aufgabe» und verwandte Termini sorgen in der Lehre aber immer wieder für Diskussionen und in der Praxis oft für Verwirrung. Allein die Frage, was als öffentliche Aufgabe zu gelten habe bzw. welche Tätigkeiten darunter zu subsumieren sind, bietet bereits Raum für endlose Diskussionen, vgl. dazu bereits §10.

2121 Auf welchem Weg und unter welchen Voraussetzungen diese Inpflichtnahme erfolgen soll bzw. kann, wird in der Lehre und Praxis aber genauso unterschiedlich beurteilt wie der Begriff der öffentlichen Aufgabe selbst, vgl. RÜTSCHE, öffentliche Aufgaben, S. 158; MÜLLER/JENNI, S. 1073 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1817;

stellung somit, ob im Bereich der Stromversorgung im Einzelfall eine öffentliche Aufgabe vorliegt und ob ein die Stromversorgung wahrnehmendes Rechtssubjekt Träger einer öffentlichen Aufgabe ist und in dieser Eigenschaft handelt. Wurden die Fragen mit «Ja» beantwortet, handelt sich um Verwaltungsrechtsverhältnisse und es gelten die entsprechenden Konsequenzen (siehe oben).

Je nachdem, ob die entsprechenden Verwaltungsrechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind,[2122] ergeben sich weitere Konsequenzen (siehe dazu ebenfalls oben). Diese betreffen auch die möglichen Regelungsinstrumente, d.h. die Handlungsformen, welcher sich der Aufgabenträger zur inhaltlichen Konkretisierung der Verwaltungsrechtsverhältnisse bedienen kann – sofern diese nicht bereits durch Rechtssatz begründet und/oder inhaltlich abschliessend geregelt werden. Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Handlungsformen als Folge der Qualifikation des (Verwaltungs-)Rechtsverhältnisses und seiner Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht zu verstehen. Die Handlungsform muss daher mit der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses übereinstimmen. Für öffentlich-rechtliche Verwaltungsrechtsverhältnisse bieten sich demnach die Verfügung oder der verwaltungsrechtliche Vertrag an. Privatrechtliche Rechtsverhältnisse werden hingegen zwingend durch privatrechtlichen Vertrag geregelt. Ein Wahlrecht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Handlungsformen besteht für den Aufgabenträger nicht.

Durch das StromVG werden den Netzbetreibern diverse öffentliche Aufgaben im Zusammenhang mit der Stromversorgung auferlegt. Neben der eigentlichen Pflicht zum Netzbetrieb sind auf Verteilnetzebene insbesondere die Anschluss- und Lieferpflichten als Teil der Grundversorgung (Service public) hervorzuheben. Den Netzbetreibern werden aber auch durch andere Bundeserlasse öffentliche Aufgaben übertragen, welche zwar mit der Elektrizitätswirtschaft in Verbindung stehen, nicht jedoch zwingend mit dem ei-

BGE 138 I 196, E. 4.4.3 S. 201; BGE 140 II 112, E. 3.1.1 S. 117; das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage ergibt sich darüber hinaus in allgemeiner Weise auch aus dem Legalitätsprinzip sowie aus dem Umstand, dass sich jede öffentliche Aufgabe selbst auf eine formell-gesetzliche Grundlage stützen muss, weshalb auch für die Übertragung dieser Aufgabe unweigerlich eine Gesetzesbestimmung im formellen Sinne als notwendig erscheint.

2122 Die Zuordnung eines (Verwaltungs-)Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht erfolgt – wie zuvor aufgezeigt – anhand der Festlegung durch den Gesetzgeber oder durch methodenpluralistische Auslegung. Allerdings steht es nach der hier vertretenen Ansicht nur dem Bundesgesetzgeber frei, die Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses mittels Rechtsatz festzulegen, vgl. auch BGE 148 III 172, E. 3.2.2 und 3.2.3 S. 179 ff.; a.M. BGer 2C_339/2017 vom 24. Mai 2018, E. 1.2.2, welches diese Möglichkeit auch dem kantonalen und kommunalen Recht zugesteht.

gentlichen Netzbetrieb. Im Weitern sind auch die Kantone befugt, die Netzbetreiber mit weiteren Leistungsaufträgen auszustatten. Dieses Vorgehen führt zu einer Kumulation öffentlicher Aufgaben bei den Netzbetreibern. Eine klare Trennung zwischen dem Netzbetrieb und weiteren Tätigkeiten (Unbundling) ist daher bereits von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Gehen die Netzbetreiber im Rahmen der Erfüllung der ihnen gesetzlich zugewiesenen öffentlichen Aufgaben Rechtsbeziehungen ein, welche die unmittelbare Erfüllung der öffentlichen Aufgabe zum Gegenstand haben, handelt es sich um Verwaltungsrechtsverhältnisse. Mangels einer bundesrechtlichen Qualifikation der Rechtsnatur dieser aus dem Stromversorgungsrecht und weiteren Erlassen abgeleiteten Verwaltungsrechtsverhältnisse hat deren Bestimmung durch Auslegung zu erfolgen. Die Neustrukturierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes hat dazu beigetragen, dass die Natur der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung heute grundsätzlich für die gesamte Schweiz einheitlich beantwortet werden kann: Während die Rechtsverhältnisse betreffend die Netznutzung, den Netzanschluss und die Grundversorgung dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind, ist die Versorgung der freien Endverbraucher de lege lata privatrechtlicher Natur. Diese Auffassung, wonach weite Teile des schweizerischen Strommarktes von öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen geprägt werden und welche auch vom Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung geteilt wird[2123], scheint zwar in der Lehre vermehrt Zustimmung zu finden, hat aber in der Rechtswirklichkeit teilweise einen unvermindert schweren Stand. Eine Erklärung für diese Tatsache dürfte darin liegen, dass diese Rechtsauffassung in einem gewissen Widerspruch zum Gedanken eines liberalisierten, wettbewerbsorientierten und rahmengesetzlich kodifizierten Elektrizitätsmarkts steht. Der zweite Grund dürfte darin zu sehen sein, dass diese Qualifikation unter der Geltung der heutigen Strommarktordnung mit ihrem Konzept der regulierten Selbstregulierung zu einer Vielzahl an juristischen Unklarheiten und Umsetzungsschwierigkeiten führt. Davon wird insbesondere auch die Frage erfasst, wie die Rechtsverhältnisse, welche mit der Stromversorgung zusammenhängen, durch den Aufgabenträger bzw. die Parteien inhaltlich konkretisiert werden können. Aufgrund der Zuordnung der meisten Rechtsverhältnisse zum öffentlichen Recht stehen nur die Verfügung und der öffentlich-rechtliche Vertrag bereit. Es sei denn, dem Aufgabenträger kämen selbst Rechtssetzungsbefugnisse zu.

2123 Wenn auch die Frage nach der Rechtsnatur des Netznutzungsverhältnisses der freien Endverbraucher (unnötigerweise) offengelassen wurde, vgl. BGE 144 III 111, E. 5.1 ff. S. 112 ff.

III. Legalitätsprinzip, Autonomie, Rechtssetzung

Das Legalitätsprinzip bildet nicht nur die grundlegende Maxime des öffentlichen Rechts, sondern es bindet darüber hinaus den Staat in all seinen Erscheinungs- und Handlungsformen. Es gilt daher auch für Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen bzw. auf öffentlich-rechtlichem Boden tätig sind und damit funktionell als Staat handeln. Das Vorliegen von öffentlich-rechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen in weiten Bereichen der Stromversorgung führt daher zu einer breiten Anwendbarkeit des Legalitätsprinzips.

Dem Grundsatz nach muss somit für jedes staatliche Handeln eine genügende rechtliche Grundlage bestehen («Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht»).[2124] Rechtsfreies staatliches Wirken widerspricht dem Legalitätsprinzip. Das Recht bildet somit die Grundlage, die dem Staat sein Handeln überhaupt erst erlaubt (sog. Vorbehalt des Gesetzes), und begrenzt gleichzeitig den Umfang des staatlichen Tuns (sog. Vorrang des Gesetzes). Wo keine rechtliche Grundlage für staatliches Handeln besteht, darf der Staat – so der Grundgedanke – nicht tätig werden.[2125] Viele Bereiche der Stromversorgung verlangen demnach nach einer genügenden gesetzlichen Grundlage für das Handeln der Netzbetreiber, welche als Träger öffentlicher Aufgaben funktional dem Staat zuzurechnen sind. Nicht einfach zu beantworten ist allerdings die Frage nach den konkreten Anforderungen. Insbesondere von Vertretern liberalisierungsfreundlicher Gesinnung wurde eine strenge Handhabung des Legalitätsprinzips in den letzten Dekaden wiederholt – und mit einigem Erfolg – kritisiert. In der Folge wurden vor allem im Zusammenhang mit der dezentralisierten und privatisierten Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Leistungsverwaltung, bei technisch anspruchsvollen und sich rasch wandelnden Materien und bei der wirtschaftenden Verwaltung die Anforderungen an das Legalitätsprinzip herabgesetzt. Besonders akzentuiert äusserten sich die ausgedünnten Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für staatliches Handeln im Bereich der staatlich beherrschten Infrastruktursektoren, so auch im Bereich der Elektrizitätsversorgung. Die heutige Ausgestaltung der Elektrizitätsversorgung wirft schliesslich unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses einer rechtlichen Grundlage für staatliches Handeln nochmals neue Fragen auf. Der rahmengesetzliche Marktordnungserlass und die regulierte Selbstregulierung stehen in einem kaum zu bewältigenden Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit.

2124 Art. 5 Abs. 1 BV.

2125 Vgl. statt aller JAGMETTI, Rz. 1621 ff.

Konträr zu den Anforderungen, welche sich aus dem Legalitätsprinzip ergeben, steht der Wunsch nach der Autonomie von Trägern öffentlicher Aufgaben. Der Aufgabenträger soll dadurch befähigt werden, die ihm übertragene öffentliche Aufgabe selbstbestimmt und flexibel wahrzunehmen.[2126] Je höher die Anforderungen sind, welche an das Legalitätsprinzip gestellt werden, desto weniger Autonomie verbleibt dem jeweiligen Aufgabenträger bei der Aufgabenerfüllung und vice versa. Heute ist prinzipiell anerkannt, dass sich die rechtliche Grundlage für staatliches Handeln aus einer Vielzahl von Rechtsquellen ergeben kann. Darunter fallen insbesondere auch vom Aufgabenträger selbst erlassene Normen (sog. autonome Satzungen). In besonderem Masse autonom ist der Aufgabenträger folglich dann, wenn ihm Rechtssetzungsbefugnisse übertragen werden, d.h., wenn er die gesetzliche Grundlage für sein Handeln selbst schaffen kann. Aus der Perspektive der wirkungsorientierten Verwaltungsführung, der Dezentralisierung, der Privatisierung und der Liberalisierung ist diese Vorstellung begrüssenswert – aus der Perspektive der Gewaltenteilung, der Rechtsstaatlichkeit und der demokratischen Mitwirkung hingegen weniger.[2127] Es stellt sich in diesem Zusammenhang immer wieder die zentrale Frage, welchen Stellenwert das Legalitätsprinzip und das Prinzip der Gewaltenteilung (noch) haben sollen.[2128] Die Autonomie eines Trägers öffentlicher Aufgaben hängt somit im Wesentlichen davon ab, wie das Legalitätsprinzip verstanden und welche Bedeutung ihm zugemessen wird. Im Rahmen der vorliegenden Fragestellung stellt sich deshalb die Frage, welche Autonomie den Netzbetreibern bei ihrer Aufgabenerfüllung im Bereich der Stromversorgung zukommt und ob sie ihr Verwaltungshandeln auf eine genügende Rechtsgrundlage abstützen können – oder diese gar selbst zu schaffen im Stande sind.

Ob ein Träger öffentlicher Aufgaben, vorliegend also ein Netzbetreiber, selbst Recht setzen kann, hängt schliesslich vom Umstand ab, ob ihm Rechts-

2126 Meist wird diesbezüglich angeführt, dass der Aufgabenträger aufgrund seiner Nähe zur fraglichen Materie dazu sowieso besser geeignet sei als der Gesetz- oder Verordnungsgeber. Ausserdem entfalle der langwierige Prozess eines (formellen) Gesetzgebungsverfahrens, was die raschere Anpassung an aktuelle Umstände ermögliche. Gern beschworen werden in diesem Zusammenhang auch der Erlass von Rahmengesetzen und die (regulierte) Selbstregulierung, vgl. dazu auch § 4.IV. 3. b).

2127 Eine Ausnahme bilden hier immerhin die Gemeinden. Unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten macht es einen gewaltigen Unterschied, ob es sich bei einem dezentralisierten Verwaltungsträger um den ordentlichen kommunalen Gesetzgeber handelt, welchem der Kanton Gesetzgebungskompetenzen zuweist und der schlussendlich in diesem Bereich legiferiert, oder um eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft, Anstalt oder gar um einen Privaten; mit Kritik an der Übertragung von hoheitlichen Befugnissen an Private im Allgemeinen auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 785 f

2128 Vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1583 f.

setzungsbefugnisse zukommen. Da Rechtssetzung eine staatliche (hoheitliche) Angelegenheit ist, bedarf sie der speziellen Legitimation.[2129] Nur wenn diese Legitimation gegeben ist, handelt es sich bei den von Aufgabenträgern erlassenen Normen um staatliches Recht – andernfalls bloss um sonstige Normen (private Normen, Verwaltungsverordnungen etc.).[2130] Auch hier ist es aber insbesondere das Legalitätsprinzip, das den Inhalt und Umfang der Rechtssetzungsbefugnisse vorgibt.[2131]

Im Bereich der Stromversorgung scheint die herrschende Auffassung dahin zu gehen, dass den Netzbetreibern von Bundesrechts wegen keine Rechtssetzungsbefugnisse übertragen worden sind. So stellen insbesondere die Richtlinien, zu deren Erlass die Netzbetreiber durch die StromVV verpflichtet werden, keine Rechtsnormen dar.[2132] Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint diese Meinung zwar nicht als zwingend. Es kann aber festgehalten werden, dass das Bundesrecht jedenfalls den *einzelnen* Netzbetreibern keine eigenständigen Rechtssetzungsbefugnisse überträgt. Da sich aufgrund der Konzeption des StromVG auf Bundesebene rechtssatzmässige Lücken ergeben (die geschlossen werden müssen, sollen die Verteilnetzbetreiber mangels einer rechtlichen Grundlage, auf welche sie sich bei ihrem Verwaltungshandeln abstützen können, nicht handlungsunfähig sein), stellt sich daher die Frage, ob die Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Stromversorgung durch kantonales und kommunales Recht eine Regelung erfahren können. Diese Möglichkeit besteht nach der hier vertretenen Auffassung. Voraussetzung dafür ist selbstredend, dass die entsprechenden Rechtsnormen bundesrechtskonform sind und überhaupt Raum für den Erlass von kantonalem und kommunalem Recht besteht. Ob den Netzbetreibern gestützt auf kantonales bzw. kommunales Recht gar die Kompetenz zum Erlass

2129 Vgl. MARTI, Aufgabenteilung, S. 1154.

2130 Kritisch ELSER, S. 133; teilweise wird aber auch die Meinung vertreten, dass die Übertragung von Verwaltungsaufgaben (öffentlichen Aufgaben) ausserdem das Recht zum Erlass von Vollzugsnormen auf Verordnungsstufe beinhalte, wobei es sich aber funktional um Verwaltung bzw. Vollzug und nicht um Rechtssetzung handle, vgl. ERRASS, S. 231.

2131 So auch BRUNNER, S. 143 ff., welche kritisiert, dass der Gesetzgeber den Inhalt der privaten Normen nicht besonders stark vorgeben müsse, wenn man von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgehe, wonach die Anforderungen an das Legalitätsprinzip bei sehr technischen oder sich rasch ändernden Materien herabgesetzt seien. Im Gegenteil seien aber gerade bei der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an Private hohe Anforderungen an die gesetzgeberische Vorzeichnung der Normen zu stellen und diese müssten einer Rechtskontrolle unterliegen. Zudem müsse bereits der Gesetzgeber organisatorische und verfahrensrechtliche Bestimmungen festlegen. Dieser Schluss von BRUNNER aus dem Jahre 1982 ist auch heute noch gültig.

2132 Vgl. ElCom, Rechtsnatur, S. 5; BVGer A-1682/2010 vom 4. Mai 2011, E. 4.4.

autonomer Satzungen übertragen werden kann, mit Hilfe derer sie ihre Verwaltungsrechtsverhältnisse inhaltlich selbständig konkretisieren können, dürfte schliesslich davon abhängen, ob es sich um den Vollzug von Bundesrecht oder von kantonalem Recht handelt bzw. ob die damit verbundene Aufgabe dem Bund oder den Kantonen zuzuordnen ist.

IV. Vorläufige Schlussfolgerungen aus verwaltungsrechtlicher Sicht

Fasst man die vorangehenden Erkenntnisse zusammen, ergibt sich, von der juristischen Warte aus betrachtet, die folgende Sichtweise betreffend die Auswirkungen der (Teil-)Marktliberalisierung auf die Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung:

Dem Liberalisierungsgedanken folgend sollten spätestens seit den 90er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts vom Staat wahrgenommene Aufgaben, insbesondere im Bereich der Infrastruktursektoren, so auch der Stromversorgung, durch Dezentralisierungs-, Privatisierungs- und Deregulierungsmassnahmen sowie durch NPM möglichst vom staatlichen Einflussbereich losgelöst und näher an die Privatwirtschaft bzw. an das Privatrecht herangeführt werden. Damit verbunden stellen sich stets dieselben Fragen: Was ist eine öffentliche Aufgabe bzw. stellt eine konkrete Tätigkeit eine solche dar? Ist das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur? Liegt ein Verwaltungsrechtsverhältnis vor? Und sich daraus ergebend: Was ist unter Autonomie bei der Aufgabenerfüllung zu verstehen? Können Verwaltungsrechtsverhältnisse beliebig konkretisiert werden? Vermag ein dezentralisierter bzw. privatisierter Aufgabenträger gar Recht zu setzen – und, wenn ja, in welchem Ausmass? Und schliesslich besonders entscheidend: In welchem Verhältnis steht das Legalitätsprinzip zu diesen Fragen[2133] und dem Wunsch nach Effizienz und Flexibilität? Allen Fragen ist gemein, dass sie sich aufgrund der äusserst heterogenen Ansichten in der Regel kaum oder nur mühsam und selten allgemein gültig beantworten lassen.[2134] Diese Tatsache wurde daher von verschiedenen Autoren unter dem Schlagwort der «Flucht ins Privatrecht» als chaotisch und rechtsstaatsfeindlich kritisiert[2135] und führt nicht selten zu Widersprüchen.[2136] Die rechtliche

2133 Vgl. auch LIENHARD/KETTIGER, Deregulierung, S. 459.

2134 Vgl. auch BGE 103 Ia 369, E. 5 und 6 S. 381 f.

2135 Vgl. MARTI, ZK ZGB, Art. 6 Rz. 202; ähnlich auch EUGSTER, S. 85, welcher im umgekehrten Fall, d.h., wenn Private öffentliche Aufgaben privatrechtlich wahrnehmen, vom «Beharren im Privatrecht» spricht.

2136 JAAG, Dezentralisierung, S. 48.

Ausgestaltung der Stromversorgung stellt hier keine Ausnahme dar, sondern leidet im Gegenteil in besonderem Mass darunter.

Nach der hier vertretenen Meinung ist eine solche Flucht des Staates ins Privatrecht bei öffentlichen Aufgaben und in Verwaltungsrechtsbeziehungen nur in äusserst begrenztem Ausmass überhaupt möglich bzw. zulässig. Wenn eine Aufgabe aufgrund eines gesetzlichen Auftrages erfüllt werden muss, handelt es sich immer um eine öffentliche Aufgabe, ganz gleich, ob sie durch die Zentralverwaltung oder einen dezentralisierten, privatisierten oder privaten Aufgabenträger wahrgenommen wird. Ergo gelten grundsätzlich dieselben Regeln und Grundsätze bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Das Legalitätsprinzip ist und bleibt daher der tragende Leitsatz.[2137] Eine *vollständige* Flucht in die Gefilde privatautonomer Rechtsbeziehungen ist dementsprechend bei öffentlichen Aufgaben zum Vornherein ausgeschlossen. Möglich scheint unter Umständen nur, aber immerhin, eine Annäherung an diese.[2138] Das gilt selbst dann, wenn der Bundesgesetzgeber die Rechtsverhältnisse dem Privatrecht zuordnet. Die Dezentralisierung bzw. Privatisierung einer öffentlichen Aufgabe darf deshalb nicht missverstanden werden: Sie vermag die Natur der Aufgabe nicht zu unterminieren. Eine Ausnahme bildet lediglich der allein dem Gesetzgeber zustehende Aufgabenverzicht, womit jedoch auch die gesetzliche Grundlage und das Prädikat «öffentliche Aufgabe» wegfallen. In gewissen Punkten können sich durch die Dezentralisierung und Privatisierung der Aufgabenerfüllung allerdings Unterschiede im Vergleich zur zentralisierten Aufgabenwahrnehmung ergeben.[2139] Wäre dies nicht der Fall, brächte die Dezentralisierung bzw. Privatisierung einer öffentlichen Aufgabe schliesslich nichts. Die Unterschiede beschränken sich indes überwiegend auf die internen Strukturen und die Willensbildung, d.h. auf die Trennung politischer und «unternehmerischer» Verantwortung.[2140] Im Aussenverhältnis liegen hingegen Verwaltungsrechtsverhältnisse vor, sofern die entsprechenden Rechtsbeziehungen unmittelbar mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe zusammenhängen. Diese Rechtsbeziehungen unterstehen i.d.R. dem öffentlichen Recht. Nur in Ausnahmefällen, d.h., sofern vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich normiert oder durch Auslegung ermittelt, kommt das Privatrecht zur Anwendung. Sie bleiben aber auch dann Verwaltungsrechtsverhältnisse. De lege lata stellt die Stromversorgung heute in

2137 Vgl. auch WELTERT, S. 431.

2138 In diesem Sinne etwa BGE 127 I 84, E. 4 c) S. 90; zur Flucht ins Privatrecht vgl. aber auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1379 ff.; MÜLLER/JENNI, S. 1072 Fn. 14; EUGSTER, S. 85.

2139 Für eine allgemeine Übersicht vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1622.

2140 Vgl. dazu etwa Bundesrat, Bericht Grundversorgung, S. 4584.

weiten Teilen bereits von Bundesrechts wegen eine öffentliche Aufgabe dar. Die damit einhergehenden Rechtsverhältnisse sind mehrheitlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Die Flucht ins Privatrecht scheint unter diesen Umständen nicht möglich bzw. nur dort, wo weder eine öffentliche Aufgabe noch ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vorliegt.

V. Erkenntnisse und Konsequenzen für die Regelung von Rechtsverhältnissen in der Stromversorgung aus praktischer Sicht

Die Regelung von Rechtsverhältnissen in der Stromversorgung durch die Netzbetreiber hängt im Grundsatz von zwei wesentlichen Faktoren ab:

Der primäre Faktor betrifft die juristische Qualifikation eines Rechtsverhältnisses. Es gilt in einem ersten Schritt festzustellen, ob das zu konkretisierende Rechtsverhältnis eine öffentliche Aufgabe zum Gegenstand hat, demzufolge also ein Verwaltungsrechtsverhältnis darstellt, und ob das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist. Als Folge dieser Qualifikationen ergeben sich die möglichen Handlungsformen und der denkbare Inhalt des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses. Der zweite Faktor betrifft die Frage, welche Anforderungen das Legalitätsprinzip für staatliches Handeln vorgibt.

Wie die vorliegende Untersuchung zeigt, lassen sich de lege lata jedoch nur diejenigen Rechtsbeziehungen in der Stromversorgung befriedigend regeln, welche keine Verwaltungsrechtsverhältnisse darstellen und privatrechtlicher Natur sind. Es sind dies bloss diejenigen Rechtsverhältnisse, welche die Belieferung der Endverbraucher betreffen, welche von ihrem Recht auf freien Netzzugang Gebrauch gemacht haben. Hingegen scheint die Regelung derjenigen Rechtsbeziehungen, welche als Verwaltungsrechtsverhältnisse zu gelten haben und dem öffentlichen Recht zugehören, in der Mehrzahl aller Fälle durch die Netzbetreiber kaum möglich. Bereits die Frage, welcher Handlungsform sich ein Netzbetreiber als Träger der öffentlichen Aufgabe «Stromversorgung» zu bedienen hat, lässt keinen eindeutigen Schluss zu, stösst doch jede Handlungsform an einem gewissen Punkt auf beinahe unüberwindbare Hindernisse. Das gilt sowohl für die Verfügung, den verwaltungsrechtlichen Vertrag als auch für den Rechtssatz.

Insbesondere die Netzbetreiber, als primäre Adressaten öffentlicher Aufgaben der Stromversorgung, sehen sich mit einer kaum lösbaren Situation konfrontiert: Davon ausgehend, dass im neuen Strommarkt der (privatrechtliche) Vertrag das bevorzugte Instrument sei, wurden vielerorts AGB geschaffen und kommunale Rechtsgrundlagen aufgehoben oder zumindest ausgedünnt. Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, erwies sich diese

Prämisse im Nachhinein aber als falsch. Die Geltung solcher «AGB» ist daher mehr als fraglich. Folgt man der Rechtsprechung, dürften die meisten Netzbetreiber auch nicht einfach auf die Verfügung als Regelungsinstrument zurückgreifen können, und falls doch, dürfte es aufgrund der bundesrechtlichen Rahmengesetzgebung oft an einer rechtlichen Grundlage fehlen, um die Verfügung materiell abzustützen. Die bundesgesetzlichen Rahmenerlasse helfen in diesem Punkt naturgemäss nicht ausreichend weiter, da sie nur das Grundsätzliche regeln und die Ausgestaltung der Stromversorgung ansonsten den Marktteilnehmern und den Kantonen bzw. Gemeinden überlassen wollen. An einer materiellen Rechtsgrundlage dürfte es daher auch bei der Annahme verwaltungsrechtlicher Verträge in vielen Punkten fehlen. Dabei geht es neben der Frage, ob überhaupt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag abgeschlossen werden kann, folglich auch um dessen Inhalt. In Praxis und Lehre wird das Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträgen zwar oft erheblich abgeschwächt. Problembehaftet ist die Annahme verwaltungsrechtlicher Verträge aber auch deshalb, weil es vielerorts bereits am Schriftformerfordernis fehlen dürfte. Der Erlass eigener Rechtssätze zur inhaltlichen Regelung der sie betreffenden Verwaltungsrechtsverhältnisse, d.h. von autonomen Satzungen, dürfte schliesslich für die meisten Netzbetreiber auch nicht ohne Weiteres zu bewerkstelligen sein – sofern diese Vorgehensweise überhaupt als zulässig erachtet wird.[2141]

Vor diesem Hintergrund stehen die Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung in weiten Bereichen im juristischen Niemandsland oder, wie FÖHSE sagt, *«auf tönernen Füssen»*.[2142] Die juristische Tragweite der neuen Strommarktordnung in Bezug auf die Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung und insbesondere auf deren Konkretisierung durch die Marktteilnehmer darf deshalb selbst nach über eineinhalb Dekaden seit Inkrafttreten als noch kaum geklärt bezeichnet werden. Es bleibt zu hoffen, dass es nicht noch einmal so lange dauert, bis die Rechtslage an Klarheit gewonnen hat. Dauerhaft Abhilfe schaffen kann hier nur der Bundesgesetzgeber.[2143] In der Zwischenzeit müssen die Rechtsbeziehungen zu den Kunden aber trotzdem irgendwie geregelt werden. Egal, welcher Weg gewählt wird: Es bleibt nur die Hoffnung auf das gute Gelingen.

2141 Im Bereich der Elektrizitätsversorgung wurden indes nach Auffassung der ElCom gar keine Rechtssetzungsbefugnisse auf Private übertragen, vgl. ElCom, Rechtsnatur, S. 5; damit obliegt die Rechtssetzungsbefugnis in der Elektrizitätsversorgung – insbesondere von wichtigen Bestimmungen – weiterhin dem ordentlichen Gesetzgeber bzw. dem Volk, vgl. dazu allgemein auch GÄCHTER, § 22 N 18.

2142 FÖHSE, Grundversorgung, S. 1250.

2143 Ebenso FÖHSE, Grundversorgung, S. 1250; im Allgemeinen ferner auch TSCHANNEN, Hoheitliches Handeln, S. 796 f.

Über den Autor:
Simon R. Lang studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bern (BLaw, 2012; MLaw, 2013). Nach Abschluss seines Studiums absolvierte er Praktika bei der Staatsanwaltschaft, in einer Wirtschaftskanzlei und auf dem Bezirksgericht. Nach der Erlangung des Rechtsanwaltspatents im Jahr 2017, war er in zwei im Energierecht spezialisierten Anwaltskanzleien beratend und prozessierend tätig. Daneben verfasste er eine Dissertation im Stromversorgungsrecht. Seit 2023 ist er als Legal Counsel bei der nationalen Netzgesellschaft, Swissgrid AG, tätig.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern hat vorliegende Arbeit am 17. Oktober 2024 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Dr. Markus Kern und Prof. Dr. Markus Müller, als Dissertation angenommen und mit dem Prädikat *«magna cum laude»* versehen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

062 – Marc Thommen: **Der Staatsanwalt als Richter. Dürfen Freiheitsstrafen in Strafbefehlen ausgefällt werden?**
061 – Pauline Meyer: **La cybersécurité des infrastructures critiques et la gestion de cyberincidents en droit suisse**
060 – Luca Ranzoni: **Gerechte Strafen ohne Gleichheit?**
059 – Delphine Brun: **Dangerosité : du juge influencé par l'expert au juge indépendant**
058 – Olga Uehlinger: **Auswirkungen des BEPS-Projekts der OECD auf die Steuerordnung der Schweiz: Umsetzung des Aktionspunkts 5**
057 – Dana Mareckova: **Blockchain and Collective Rights Management of Copyright and Related Rights at the Global Level**
056 – Saskia Thomi: **Die Verantwortungsgemeinschaft**
055 – Sena Hangartner: **Strafrechtliche Dopingbekämpfung in der Schweiz**
054 – Sonja Mango-Meier: **Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters bei geringfügigen Widerhandlungen gegen das schweizerische Strassenverkehrsrecht durch eine unbekannte Täterschaft**
053 – Yannick Weber: **Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht**
052 – Arezoo Sang Bastian: **Between Islamic and Secular Law**
051 – APARIUZ XXIV: **Der Prozess**
050 – Ricarda Stoppelhaar: **Die Indirekte Stellvertretung**
049 – Martin Seelmann: **Strafzumessung und Doppelverwertung**
048 – Benjamin Clément: **Die strafbare Unterlassung der allgemeinen Lebensrettungspflicht**
047 – Luca Ruggiero: **Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européen**

046 – Miriam Lüdi: **Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung**
045 – Corina Ingold: **Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht**
044 – Alex Attinger: **Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik**
043 – Myriam Christ: **Le profilage dans le cadre d'une procédure d'embauche entre particuliers**
042 – Andreas Wehowsky: **Expedited Procedures in International Commercial Arbitration**
041 – Lukas Valis: **Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer ex-ante Regulierung?**
040 – Constance Kaempfer: **Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses**
039 – Ruedi Ackermann: **Der Mietvertrag mit mehreren Mietern**
038 – Lukas Hussmann: **International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände**
037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory**
036 – Jeremias Fellmann: **Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht**
035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: **Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen**
034 – Nora Camenisch: **Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen**
033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: **20 ans de la transparence à Genève**
032 – Nicolas Leu: **Kritik der objektiven Zurechnung**
031 – Martin Klingler: **Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren**
030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**
026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law** (2nd edition, 2022)
025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**

024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendungmissbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)**
022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft**
021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
020 – Raphaël Marlétaz: **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale**
019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
017 – Monika Pfyffer von Altishofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen**
016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d'entreprises**
015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**
012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration**
010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private**
009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**

Die Bücher 001 – 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis,*
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 9. Mai 2025
© 2025 Simon R. Lang
Abdruck der von der Rechtswissenschaflichen Fakultät der Universität Bern genehmigten Dissertation.

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert (CC BY 4.0 – https://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-63-6
DOI: 10.38107/063
Korrektorat: Christoph Meyer
Gestaltung: Müller+Hess, Basel
Druck: Ebner & Spiegel, Ulm
Zentrales Auslieferungslager in der EU ist die GVA Göttingen,
Anna-Vandenhoeck-Ring 36, 37081 Göttingen, info@gva-verlage.de

sui generis Verlag, Viaduktstrasse 21, 8005 Zürich
www.suigeneris-verlag.ch, info@suigeneris-verlag.ch

063

EINORDNUN
GESTALTUNG
VERHÄLTNIS
STROMVERS

In seiner Dissertation mit dem Titel «Einordnung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung – Auswirkungen der teilweisen Marktliberalisierung auf die Möglichkeiten zur Regelung der Rechtsbeziehungen» widmet sich der Autor einer Thematik, die im Schrifttum in dieser Ausrichtung und Tiefe bislang noch nicht behandelt worden ist und in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten führt. Untersucht werden u.a. die Fragen, ob die Elektrizitätsversorgung oder gewisse Aspekte davon eine öffentliche Aufgabe darstellen, wie die Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse nach der teilweisen Marktliberalisierung zu beurteilen ist und welche Handlungsformen zu deren Gestaltung herangezogen werden können. Dabei nimmt der Autor u.a. eine Rückschau auf das alte Recht vor, legt seiner Analyse die Prinzipien des allgemeinen Verwaltungsrechts zu Grunde und reichert die Ausführungen mit erhellenden Beispielen aus dem Rechtsalltag und Hinweisen für die Praxis an.

sui generis
ISBN 978-3-907297-63-6
DOI 10.38107/063