

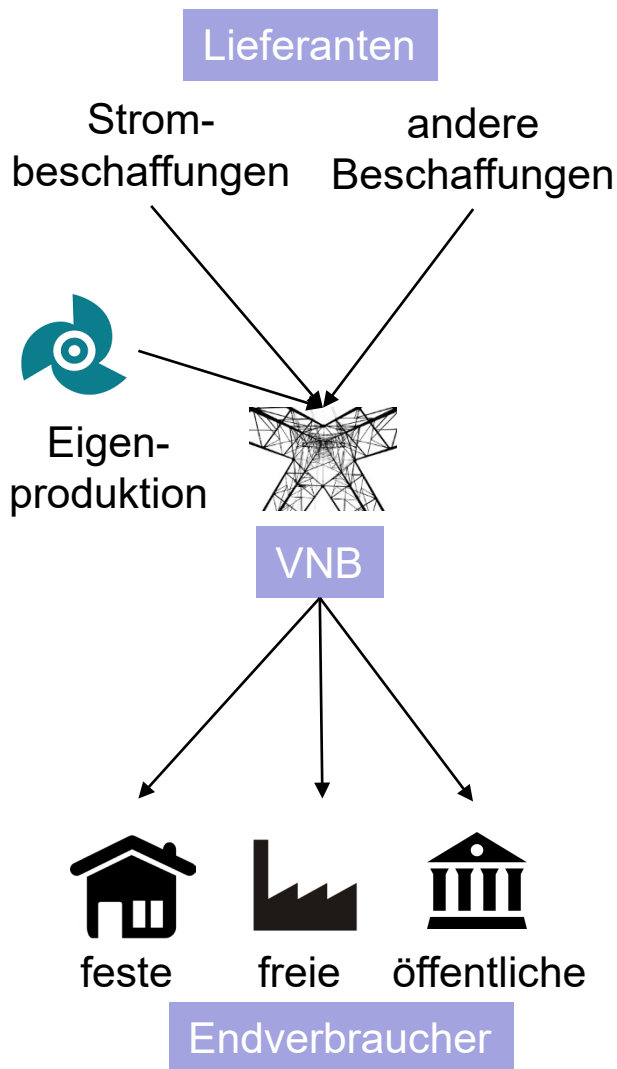
# Strommarkt und Beschaffungsrecht



VSE ROUND TABLE 2019  
PROF. DR. NICOLAS DIEBOLD  
6. NOVEMBER 2019

DER REFERENT ÄUSSERT SEINE PERSÖNLICHE AUFFASSUNG

# Übersicht



- EVU/VNB als dem Beschaffungsrecht unterstellte «öffentliche Auftraggeber»
  - Wegfall der Ausnahme für Strombeschaffungen
  - Ausnahme bei Beschaffungen zwecks Wettbewerbstätigkeit
  - Ausklinken des Sektors
  - Ausnahme für «quasi-in-house» Einkäufe
  
- Strom als dem Beschaffungsrecht unterstellte «Leistung»
  - Ausnahme für Einkäufe im Monopol
  - Ausnahme für Einkäufe an der Börse
  - Ausnahme für «quasi-in-house» Einkäufe

# Strombeschaffung

## Beschaffungsrechtliche Ausgangslage in den 1990er Jahren

- Zum Zeitpunkt der Gründung der WTO 1994 ist die Stromversorgung in **Monopole** geordnet (kantonales Recht)
- GPA 1994 → **Ausnahmen** für Strombeschaffung
  - Anhang 1, Annexe 1+2: «Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par des entités mentionnées dans cette annexe et **portant sur** des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications»
  - Anhang 1, Annex 3: «Aux marchés passés pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie.»
- VGer ZH, [VB.2000.00406](#) v. 6. Juni 2001 E. 4a  
Auftrag zur Lieferung elektrischer Energie ist kein öffentlicher Auftrag i.S.v. GPA, Art. 5 BGBM und IVöB

→ **Abbildung des faktischen/rechtlichen Monopols im Beschaffungsrecht**

# Strombeschaffung

## Öffnung der Monopole

- Kartellrecht (BGE 129 II 497 – Freiburger EW) von 2003
- Erlass StromVG von 2007

## Beschaffungsrechtliche Bedeutung der Marktöffnung

- unter dem GPA 1994? Neuauslegung der Ausnahme?
- unter dem nationalen Beschaffungsrecht?

## Entwicklung in Praxis und Rechtsprechung

- Ausschreibung von Strombeschaffungen nach Beschaffungsrecht (z.B. [Winterthur](#))
- BVGer B-4288/2014, Zwischenentscheid v. 25. September 2014 E. 3.6.2: «Demnach führt die Note 1 zu Annex 1 Anhang I GPA unter Berücksichtigung der Ansicht Beyelers nicht ohne Weiteres dazu, dass der Einkauf von Strom vom Geltungsbereich des GPA ausgenommen ist.»

# Strombeschaffung

## Umsetzung im neuen Beschaffungsrecht

- GPA 2012
  - **Wegfall der Ausnahmen** für Strombeschaffung in Annexe 1-6
  - Neue Ausnahme für Beschaffungen im **Monopol** in Annex 7<sup>B/2</sup>
    - «Annex 7 enthält einen funktionalen Ansatz, um zu gewährleisten, dass Beschaffungen bei Einrichtungen mit einem ausschliesslichen Recht für die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen – wie beispielsweise Trinkwasser oder Strom – keine dem GPA 2012 unterstellte Beschaffungen sind.» Botschaft revGPA, [BBI 2017 2053](#), 2109
- BöB 2019 / E-IVöB
  - Keine Ausnahme für Strombeschaffung
  - Botschaft revBöB (zur Wettbewerbsausnahme):
    - «Kauft beispielsweise ein Verteilnetzbetreiber Strom und liefert er diesen ausschliesslich an freie Endverbraucher, dann ist das Beschaffungsgeschäft freigestellt. Der Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt sorgt dafür, dass der Einkauf zu effizienten Bedingungen erfolgt» [BBI 2017 1851](#), 1903

# Strombeschaffung

Fazit: Strom gilt als eine dem Beschaffungsrecht unterstellte «Leistung» und Beschaffung von Strom gilt als «öffentlicher Auftrag»

Bedeutung für

1. Stromeinkauf durch «**öffentliche Verbraucher**» zwecks Eigenverbrauch?
2. Stromeinkauf **durch EVU** zwecks
  - a. Weiterverkauf an **Grosskunden im Wettbewerb**?
  - b. Weiterverkauf an **feste Endverbraucher**?

# Strombeschaffung

## 1. Grundsatz

Stromeinkauf durch «**öffentliche Verbraucher**» zwecks Eigenverbrauch untersteht dem Beschaffungsrecht

## Ausnahmen

- Ausnahme für Beschaffung bei Anbieter «mit **ausschliesslichem Recht**»? (revGPA Annex 7<sup>B/2</sup>; Art. 10<sup>3/a</sup> revBöB)
  - StromVG begründet kein rechtliches Monopol (BGE 141 II 141 E. 4.4)
  - Beschaffungsrechtliche Bedeutung des Wahlrechts nach StromVG?
- Ausnahme für Beschaffungen an der **Börse** (Art. 21<sup>2/g</sup> revBöB)
  - Direkter Einkauf an der Strombörse
  - Auftrag an VNB zur Beschaffung von Strom an der Börse?

# Strombeschaffung

## 1. Grundsatz

Stromeinkauf durch «**öffentliche Verbraucher**» zwecks Eigenverbrauch untersteht dem Beschaffungsrecht

## Ausnahmen (Forts.)

- Ausnahme für **In-state** Beschaffung
  - revGPA Annex 7<sup>B/1</sup>: Beschaffungen zw. zwei unterstellten Auftraggebern, ohne weitere Einschränkung
    - Strombeschaffung Stadt-VNB untersteht idR **nicht** dem revGPA
  - Art. 10<sup>3/b</sup> revBöB:
    - Beschaffungen zw. zwei unterstellten Auftraggebern
    - **soweit** der Auftraggeber diese Leistung nicht im Wettbewerb erbringt
    - Strombeschaffung Stadt-VNB **untersteht** idR dem revBöB / revIVöB



# Strombeschaffung

## 1. Grundsatz

Stromeinkauf durch «**öffentliche Verbraucher**» zwecks Eigenverbrauch untersteht dem Beschaffungsrecht

## Ausnahmen (Forts.)

- Ausnahme für **In-house** Beschaffung (Art. 10<sup>3/c</sup> revBöB)
  - «make or buy»-Entscheid im Ermessen der Beschaffungsstelle
  - Beschaffung bei unselbstständiger Einheit der Auftraggeberin (Stadt Zürich – ewz?)
- Ausnahme für **Quasi-in-house** Beschaffungen (Art. 10<sup>3/d</sup> revBöB)
  - Auftraggeber kontrolliert Leistungserbringer «wie eigene Dienststelle»
  - Keine Beteiligung von Privaten am Leistungserbringer
  - Leistungserbringer ist «im Wesentlichen» für Auftraggeber (und nicht am Markt) tätig

# Strombeschaffung

## 2. Grundsatz

Stromeinkauf **durch EVU** zwecks Weiterverkauf untersteht dem Beschaffungsrecht

## Ausnahmen

- Ausnahme für Beschaffungen zwecks **Weiterverkauf im Wettbewerb** (Art. II<sup>2/a/ii</sup> revGPA; Art. 10<sup>1/a</sup> revBöB), d.h. Weiterverkauf an freie Endverbraucher
- Ausnahme für **In-state** Beschaffungen bei Lieferant, der selber als «öffentlicher Auftraggeber» dem Beschaffungsrecht untersteht:
  - revGPA Annex 7<sup>B/1</sup>: umfassende Ausnahme
  - Art. 10<sup>3/b</sup> revBöB: Ausnahme, sofern Lieferant die Leistung nicht im Wettbewerb erbringt

# Strombeschaffung

## 2. Grundsatz

Stromeinkauf **durch EVU** zwecks Weiterverkauf untersteht dem Beschaffungsrecht

## Ausnahmen (Forts.)

- Ausnahme für Beschaffung aus **Eigenproduktion**?
  - Produktion durch unselbstständige Einheit der EVU (in-house Ausnahme)
  - Produktion durch selbstständige Einheit der EVU
    - bei Tochtergesellschaft (quasi-in-house Ausnahme)
    - bei Schwester- oder Muttergesellschaft? (horizontale / inverse Quasi-in-house Ausnahme; vgl. Art. 12 Abs. 2 [RL 2014/14/EU](#))

# Ausklinkung

## De lege lata

- Freistellung der **gem. BAöB** unterstellten Sektoren ([Art. 3<sup>5</sup>](#))
  - Andere Unternehmen haben die Möglichkeit, die Tätigkeit «in demselben geografischen Gebiet zu den im Wesentlichen gleichen Bedingungen» anzubieten (**Wettbewerb** im relevanten Markt)
  - Diese Bestimmung gilt unter den oben genannten Bedingungen ebenfalls für die von den Anbietern von Dienstleistungen des Schienenverkehrs, den im Bereich der Energieversorgung **mit Ausnahme der Stromversorgung** tätigen Vergabestellen und den privaten Vergabestellen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen, vergebenen Aufträge, sobald diese Sektoren **liberalisiert** sind.
- Art. 2 VöB / Verordnung UVEK über Nichtunterstellung

# Ausklinkung

## De lege ferenda

- Ausdehnung auf **gem. GPA** unterstellte Sektoren (revGPA Annex 3, Anm. 2) → inkl. Strommarkt

Aufträge, die von den Beschaffungsstellen bei der Durchführung einer in diesem Annex aufgezählten Tätigkeit vergeben werden, wenn diese Tätigkeit dem **uneingeschränkten Wettbewerb** des Marktes ausgesetzt ist.

– WTO [Committee](#) on Gvt Procurement: Kriterien gem. Art. XIX<sup>8/b</sup>

- Umsetzung in Art. 7 revBöB

Herrscht in einem Sektorenmarkt nach Artikel 4 Absatz 2 **wirksamer Wettbewerb**, so befreit der Bundesrat auf Vorschlag einer Auftraggeberin oder des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) in einer Verordnung die Beschaffungen in diesem Markt ganz oder teilweise von der Unterstellung unter dieses Gesetz.

- formelles Verfahren auf Antrag Auftraggeber / InöB (UVEK)
- WEKO-Gutachten zur Wettbewerbssituation

# Ausklinkung Strommarkt in Deutschland

EU Ausklinken gem. **Sektorenvergabe-RL [2014/25](#)**, Art. 34

- Zugang nicht beschränkt, d.h. Umsetzung der Strombinnenmarkt-RL [2009/72/EG](#)
- Unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt, z.B. Marktanteil der Hauptakteure, Konzentrationsgrad, Stellung Marktgegenseite

## Erzeugung und Grosshandel (d.h. Erstabsatz) von Strom

- Antrag Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft 2011
- Durchführungsbeschluss 2012/218 ([ABI 2012 L 114/21](#))
  - Indikatoren zeigen, dass Erzeugung / Grosshandel von konventionellem Strom in Deutschland einem gewissen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind
  - Kein Wettbewerbsdruck für «EEG-Strom»

# Ausklinkung Strommarkt in Deutschland

## Einzelhandel von Strom (und Gas)

- Antrag Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft 2016
  - Grossverbraucher
  - Kleinverbraucher mit verhandelten Preisen (Sonderversorgung)
  - Nicht erfasst: Grundversorgungskunden / Heizstromprodukt
- Durchführungsbeschluss 2016/1674 ([ABI 2012 L 114/21](#))
  - Marktanteil der drei größten Einzelhändler 36,8 %
  - Hohe Wechselquote bei Grosskunden (11 %) und Kleinverbraucher (mind. 67 % haben von Grund- zu Sonderversorgung gewechselt)
  - Steigende Bedeutung der Strombörse neben OTC im Grosshandel und sinkende Preise
  - Einzelhandelspreise (nach staatlichen Abgaben) etwa im EU-Durchschnitt

# Strommarkt und Beschaffungsrecht



NICOLAS.DIEBOLD@UNILU.CH