

Prof. Dr. Bernhard Rütsche

**Round Table des Verbandes Schweizerischer
Elektrizitätsunternehmen**

Rechtsnatur der Stromversorgung

23. November 2016

Bern

Übersicht

1. Qualifikation von Rechtsverhältnissen im Allgemeinen

- Formel «Methodenpluralismus»
- Funktionstheorie
- Was sind öffentliche Aufgaben?

2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

- **Grundversorgung**: Verteilnetzbetreiber – feste Endverbraucher
- **Stromlieferung**: Stromlieferant – freie Endverbraucher
- **Netzzugang**: Verteilnetzbetreiber – freie Endverbraucher
- **Nutzung Übertragungsnetz**: Swissgrid – Dritte

3. Konsequenzen der Qualifikation

1. Qualifikation von Rechtsverhältnissen im Allgemeinen

Formel «Methodenpluralismus»

BGer, 4A_582/2014 vom 17. April 2015, E. 2.1:

«Für die Abgrenzung von Privat- und öffentlichem Recht hat die Lehre mehrere Methoden entwickelt, namentlich die Interessen-, Funktions- und Subordinationstheorie. Das Bundesgericht nimmt die Abgrenzung gestützt auf verschiedene Methoden vor, wobei keiner a priori der Vorrang zukommt (**Methodenpluralismus**). Vielmehr **prüft es in jedem Einzelfall**, welches Abgrenzungskriterium **den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht** wird. Damit trägt es dem Umstand Rechnung, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht **ganz unterschiedliche Funktionen** zukommen, die sich nicht mit einem einzigen theoretischen Unterscheidungsmerkmal erfassen lassen (...).»

- Formel bewirkt **Rechtsunsicherheit**
- Formel **entspricht nicht der Rechtswirklichkeit** (geltendes Recht und Rechtsprechung)

1. Qualifikation von Rechtsverhältnissen im Allgemeinen

Funktionstheorie

• Definition

Gemäss Funktionstheorie wird ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zugeordnet, wenn das entsprechende Handeln **unmittelbar der Besorgung von Verwaltungsaufgaben (= Staatsaufgaben, öffentliche Aufgaben) dient**, sofern das einschlägige Gesetz dieses Handeln nicht (ausnahmsweise) dem Zivilrecht unterstellt.

• Verankerung der Funktionstheorie in der Rechtswirklichkeit

- Art. 35 Abs. 2 BV: **Grundrechtsbindung** («Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ...»)
- Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG: **Geltungsbereich Verwaltungsverfahrensgesetz** («... Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen.»)
- Art. 3 lit. h DSG: **Bundesorgane nach Datenschutzgesetz** («..., Personen, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind»)

1. Qualifikation von Rechtsverhältnissen im Allgemeinen

- **Verankerung der Funktionstheorie in der Rechtswirklichkeit (Forts.)**
 - Art. 1 Abs. 1 lit. f VG: **Geltungsbereich Verantwortlichkeitsgesetz** («... Personen, insoweit sie **unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut** sind.»)
 - Art. 61 Abs. 1 OR: **Geltungsbereich kant. Staatshaftungsgesetze** («... Schaden, den sie **in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen** verursachen, ...»)
 - Art. 110 Abs. 3 StGB: **Beamte im Sinne des Strafgesetzbuches** («... sowie die Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder provisorisch bei einer öffentlichen Verwaltung oder der Rechtspflege angestellt sind oder vorübergehend **amtliche Funktionen ausüben.**»)
 - BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f.: **Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts** – Definition des öffentlichen Auftrags («On se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que «demandeur» [«Nachfrager»], acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour **exécuter ses tâches publiques.**»)

1. Qualifikation von Rechtsverhältnissen im Allgemeinen

- **Verankerung der Funktionstheorie in der Rechtswirklichkeit (Forts.)**
 - Art. 8 Abs. 1 lit. d FKG: **Unterstellung unter die Eidg. Finanzkontrolle** («Körperschaften, Anstalten und Organisationen jeglicher Rechtsform, denen durch den Bund **die Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragen** wurde»)
 - BGE 128 III 250 E. 2b S. 253 f.: **Qualifikation verwaltungsrechtlicher Verträge** («Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag lässt sich dadurch charakterisieren, dass er **direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt** hat ...»)

Fazit

Die Qualifikation von Rechtsverhältnissen **richtet sich nach der Funktionstheorie** – ausser das anwendbare Gesetze bestimme explizit etwas Anderes.

1. Qualifikation von Rechtsverhältnissen im Allgemeinen

Was sind öffentliche Aufgaben?

- (1) Aufgaben, die**
- (2) im Auftrag des Gesetzgebers**
- (3) erfüllt werden müssen (= Erfüllungspflicht)**

Beispiele für ausgelagerte öffentliche Aufgaben

- Behandlung von Patientinnen und Patienten in öffentlichen und privaten Spitälern im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung
- Tätigkeit von privaten Krankenkassen im Bereich der Grundversicherung
- Die SRG, ein privatrechtlicher Verein, erfüllt im Programmbereich eine öffentliche Aufgabe (service public), nicht aber im Werbebereich.
- Grundversorgung durch Post und Swisscom (beides spezialgesetzliche Aktiengesellschaften)
- Öffentliche Beurkundung durch Notare

1. Qualifikation von Rechtsverhältnissen im Allgemeinen



2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

Grundversorgung: Verteilnetzbetreiber – feste Endverbraucher

1. Aufgabe

- Versorgung mit Elektrizität

2. Auftrag des Gesetzgebers

- «Versorgungssicherheit» bzw. «Gewährleistung der Grundversorgung» (Überschriften vor Art. 5 ff. StromVG)
- Lieferpflicht gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG: «jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen»

3. Erfüllungspflicht

- Übertragung der Aufgabe an VNB: Zuteilung von Netzgebieten durch die Kantone (Art. 5 Abs. 1 StromVG)
- Gewährleistungspflichten des Bundes:
 - Art. 8 Abs. 5 StromVG: Ersatzvornahme des Bundes, wenn sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz nicht gewährleistet
 - Art. 9 StromVG: Massnahmen des Bundesrates bei Gefährdung der Versorgung mit Elektrizität

2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

Grundversorgung: Verteilnetzbetreiber – feste Endverbraucher

Zwischenfazit

1. Die Elektrizitätsversorgung von festen Endverbrauchern sowie Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, ist eine **öffentliche Aufgabe**, die von den VNB erfüllt wird.
2. Das Rechtsverhältnis zwischen VNB und festen Endverbrauchern untersteht gemäss Funktionstheorie somit dem **öffentlichen Recht**.
3. Entsprechende Energielieferverträge sind somit **verwaltungsrechtliche Verträge**.

So auch das **Bundesgericht** in:

- **BGE 131 II 1 E. 3.2 S. 5 f.**
Versorgungsauftrag nach kantonalem Recht GR;
vgl. bereits BGE 105 II 234
- **BGer, Urteil 4A_582/2014 vom 17. April 2015, E. 2.2**
Versorgungsauftrag nach StromVG, seither mehrmals bestätigt

2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

Stromlieferung: Stromlieferant – freie Endverbraucher

1. Aufgabe

- Versorgung von Elektrizität (Gewinnung, Umwandlung, Lagerung, Bereitstellung von Elektrizität)

2. Auftrag des Gesetzgebers?

- Kein gesetzlicher Auftrag in Bezug auf freie Endverbraucher (Art. 6 Abs. 1 StromVG e contrario)
- Art. 4 Abs. 2 EnG: «Die Energieversorgung ist Sache der Energiewirtschaft.»

3. Erfüllungspflicht?

- Keine Übertragung von Versorgungsaufgaben in Bezug auf freie Endverbraucher an bestimmte Energieversorgungsunternehmen oder sonstige Unternehmen
- Keine Gewährleistungspflichten des Staates für die Energieversorgung im Allgemeinen
immerhin Art. 6a EnG: Massnahmen von Bund und Kantonen zur Förderung von Produktionskapazitäten im Inland

2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

Stromlieferung: Stromlieferant – freie Endverbraucher

Zwischenfazit

1. Die Elektrizitätsversorgung von freien Endverbrauchern ist **keine öffentliche Aufgabe**.
2. Das Rechtsverhältnis zwischen Stromlieferanten und freien Endverbrauchern untersteht gemäss Funktionstheorie somit dem **Privatrecht**.
3. Entsprechende Stromlieferverträge sind somit **privatrechtliche Verträge**.

So auch das **Bundesgericht** in:

- **BGE 138 I 454 E. 3.6.3 S. 463 f.**

Sowohl Rechtsverhältnisse zwischen Produzenten und Energieversorgungsunternehmen (Wiederverkäufer) als auch zwischen Energieversorgungsunternehmen und freien Endverbrauchern sind privatrechtlich; seither mehrmals bestätigt

2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

Netzzugang: Verteilnetzbetreiber – freie Endverbraucher

1. Aufgabe

- Transport von Strom

2. Auftrag des Gesetzgebers?

- Pflicht, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren (Art. 13 Abs. 1 StromVG)
- Es handelt sich um eine Kontrahierungspflicht zur Gewährleistung von Wettbewerb – für die Aufgabe des Stromtransports zugunsten der Allgemeinheit (inkl. freie Endverbraucher) existiert jedoch kein gesetzlicher Auftrag

3. Erfüllungspflicht?

- Gewährleistungspflichten des Bundes nach Art. 8 und 9 StromVG beziehen sich nur auf feste Endverbraucher
- Für den Stromtransport an sich haben VNB keine Leistungsaufträge

2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

Netzzugang: Verteilnetzbetreiber – freie Endverbraucher

Zwischenfazit

1. Der Stromtransport für freie Endverbraucher ist **keine öffentliche Aufgabe**.
2. Das Rechtsverhältnis zwischen VNB und freien Endverbrauchern untersteht gemäss Funktionstheorie somit dem **Privatrecht**.
3. Entsprechende Netznutzungsverträge sind somit **privatrechtliche Verträge**.
4. Aber: **Streitigkeiten über den Netzzugang** selber sind öffentlich-rechtlicher Natur und werden von der ElCom beurteilt (Art. 22 Abs. 2 lit. a StromVG)!

Bundesgericht:

- Soweit ersichtlich bisher kein klares Urteil über die Rechtsnatur von Netznutzungsverträgen
- Jedoch Urteile, dass Streitigkeiten über den Netzzugang öffentlich-rechtliche Angelegenheiten sind (z.B. Urteil 2C_12/2016 vom 16. August 2016)

2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

Nutzung Übertragungsnetz: Swissgrid – Dritte

1. Aufgabe

- Betrieb des Übertragungsnetzes

2. Auftrag des Gesetzgebers

- «Die Netzgesellschaft sorgt dauernd für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz.» (Art. 20 Abs. 1 StromVG)

3. Erfüllungspflicht

- Gesetzgeber konstituiert eine nationale Netzgesellschaft (Art. 18 StromVG) und überträgt ihr die Aufgabe, das Übertragungsnetz zu betreiben (Art. 20 StromVG).
- Es handelt sich um ein öffentliches (von Kantonen und Gemeinden beherrschtes) Unternehmen, das eigens für die Erfüllung eines gesetzlichen Auftrags geschaffen wurde und die gesetzliche Pflicht hat, diesen Auftrag zu erfüllen.

2. Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse im Energiebereich

Nutzung Übertragungsnetz: Swissgrid – Dritte

Zwischenfazit

1. Der Betrieb des Übertragungsnetzes durch Swissgrid ist eine **öffentliche Aufgabe**.
2. Das Rechtsverhältnis zwischen Swissgrid und Nutzern des Übertragungsnetzes untersteht gemäss Funktionstheorie somit dem **öffentlichen Recht**.
3. Entsprechende Netznutzungsverhältnisse sind somit **verwaltungsrechtliche Verträge**.

Anders das Bundesverwaltungsgericht in A-3505/2011 vom 26. März 2012 (BVGE 2013/3)

3. Konsequenzen der Qualifikation

- **Grundrechtsbindung**
Nur Träger öffentlicher Aufgaben sind an die Grundrechte gebunden
- **Rechtsweg**
Zivilgerichte – öffentlich-rechtlicher Rechtsweg (insb. verwaltungsrechtliches Klageverfahren) – Sonderzuständigkeiten ElCom
- **Datenschutz**
Datenschutzgesetz des Bundes mit Aufsicht EDÖB) - kantonale Datenschutzgesetze mit Aufsicht kantonale Datenschutzbeauftragte
- **Privatrechtliche Haftung – Staatshaftung**
- **Strafrecht**
Sonderdelikte von «Beamten», kantonale Meldepflichten gegenüber Staatsanwaltschaft bei Kenntnis von Verbrechen und schweren Vergehen
- **Beschaffungsrecht**
Anwendbarkeit Beschaffungsrecht setzt Beschaffung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben voraus
- **Finanzkontrolle**
Nur Träger öffentlicher Aufgaben unterstehen der Finanzkontrolle

Fazit

- **Es herrschen Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit**
- **Gesetzgeber sollte eine ausdrückliche und einheitliche Regelung treffen**

Z.B. analog zu Art. 11 POG in Bezug auf die Post und Art. 18 TUG in Bezug auf die Swisscom (Rechtsbeziehungen und Haftung richten sich nach den Vorschriften des Privatrechts)