

# Die Ausschreibepflicht der Gemeinden für die Vergabe von Verteilnetzen

## Anmerkungen zum Gutachten der Wettbewerbskommission vom 22. Februar 2010

Die Wettbewerbskommission hat am 16. April 2010 ein Gutachten veröffentlicht, wonach die Gemeinden Konzessionen zugunsten privater Elektrizitätsunternehmen für die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Verteileranlagen nicht einfach verlängern dürfen, sondern öffentlich ausschreiben müssen. Der vorliegende Beitrag erörtert das Gutachten aus rechtlicher Sicht und diskutiert die wirtschaftlichen Auswirkungen einer allfälligen Ausschreibungspflicht.

### Daniel Emch

Letztes Jahr begannen die Luzerner Gemeinden, ihre Konzessionsverträge mit den Centralschweizerischen Kraftwerken (CKW AG) für die Verteilnetze zu erneuern. Im Zusammenhang mit der anstehenden Erneuerung durch die Gemeinde Emmen hat die Interessengemeinschaft Glasfaser und Energie Luzern (IGEL) vorgebracht, die Konzessionserteilung müsse im Verfahren der öffentlichen Ausschreibung erfolgen. Die Wettbewerbskommission (Weko) hat diese Auffassung in ihrem Gutachten vom 22. Februar 2010 bestätigt.

### Rechtliche Überlegungen

Die Weko stützt sich in ihrem Gutachten auf die am 1. Juli 2006 in Kraft gesetzte Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM). Danach hat «[d]ie Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private [...] auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren».

Die Auslegung dieser sehr kurz und knapp gehaltenen Gesetzesbestimmung bereitet Schwierigkeiten, da weder der bundesrätlichen Botschaft noch den parlamentarischen Beratungen konkretisierende Hinweise darüber zu entnehmen sind, in welchen Fällen eine solche Ausschreibungspflicht genau besteht und welche Anforderungen ein allfälliges Ausschreibungsverfahren erfüllen muss.

So ist unter Juristinnen und Juristen umstritten, ob unter diese Bestimmung nur die Konzession an rechtlichen Monopolen fallen, d. h. Monopole, welche auf einem Gesetz oder der Verfassung beruhen (bspw. kantonale Gebäudeversicherung oder kommunale Kehrriechtabfuhr), oder ob die Bestimmung auch die faktischen Monopole erfasst, welche ihre Grundlage in tatsächlichen Gegebenheiten finden, insbesondere im Eigentum über öffentliche Sachen. Die Wettbewerbskommission hat sich für eine extensive Auslegung entschieden und will auch die faktischen Monopole unter die Ausschreibungspflicht stellen.

Der Betrieb eines Verteilnetzes ist nur möglich, wenn das Gemeinwesen dem Netzbetreiber die Nutzung des öffentlichen Grundes und Bodens erlaubt. Um Parallelnetze zu vermeiden, wird diese Sondernutzungskonzession regelmässig nur einem Unternehmen gewährt. Entsprechend handelt es sich bei Verteilnetzen um ein faktisches Monopol. Würde man den Anwendungsbereich der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungs-

Der vorliegende Artikel gibt ausschliesslich die Meinung des Autors wieder. Sie muss sich nicht mit derjenigen der Redaktion oder der Verbände VSE und Electrosuisse decken.

pfligt auf die rechtlichen Monopole beschränken, müssten Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung und den Betrieb von Verteilnetzen auf öffentlichem Grund und Boden nicht von Bundesrecht wegen ausgeschlossen werden.

### Entstehungsgeschichte von Art. 2 Abs. 7 Binnenmarktgesetz

Für eine Nichtunterstellung faktischer Monopole unter Art. 2 Abs. 7 BGBM gäbe es überzeugende Argumente. Aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung ergibt sich nämlich, dass der Gesetzgeber die rechtlichen und nicht die faktischen Monopole regulieren wollte. So wurde gemäss der Botschaft zum revidierten Binnenmarktgesetz ursprünglich geprüft, ob die Kompetenz der Kantone und Gemeinden zur Schaffung rechtlicher Monopole eingeschränkt werden sollte.

Letztlich wurde aus verfassungsrechtlichen Gründen die Möglichkeit der Monopolisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten nicht verändert, dafür wurde aber die Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM eingeführt. Entsprechend wäre es naheliegend gewesen, die Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die vom Gesetzgeber avisierten rechtlichen Monopole zu beschränken.

### StromVG als *lex specialis*

Ein weiterer juristisch durchaus vertretbarer Ansatz wäre es gewesen, eine Ausschreibungspflicht zu verneinen, weil das Stromversorgungsgesetz (StromVG) in diesen Bereich als *lex specialis* dem Binnenmarktgesetz vorgeht. So regelt das StromVG nämlich die für den Betrieb eines Verteilnetzes erforderliche Netzgebietszuteilung. Gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG ist es Sache der Kantone, die Netzgebiete in einem diskriminierungsfreien Verfahren zu erteilen.

Der Gesetzgeber hat beim Erlass dieser Bestimmung darauf verzichtet, eine über das Diskriminierungsverbot hinausgehende Ausschreibungspflicht für die Zuteilung von Verteilnetzgebieten zu

statuieren. Rechtlich könnte argumentiert werden, dass es sich hierbei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt und dass eine sich möglicherweise aus dem Binnenmarktgesetz ergebende Ausschreibungspflicht durch Art. 5 Abs. 1 StromVG verdrängt wird.

### Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Als Nächstes sind der Zweck von Art. 2 Abs. 7 BGBM und die volkswirtschaftlichen Folgen einer Ausschreibungspflicht für Verteilnetze zu diskutieren.

#### Zweck von Art. 2 Abs. 7 BGBM

Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM wurde auf Druck der Economieuisse und der Wettbewerbskommission aufgenommen. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft soll die Ausschreibungspflicht zum Ziel haben, den Marktzugang zu erleichtern.

Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass ein Wettbewerb zwischen den Elektrizitätsunternehmen darüber ermöglicht werden soll, wer in einer spezifischen Gemeinde das Verteilnetz betreiben darf. Es soll also neu ein Wettbewerb um das Netz eingeführt werden. Gemäss Gutachten soll die Ausschreibungspflicht dazu führen, dass das Gemeinwesen für das Netz den effizienten Konzessionspreis erzielt, d.h. die Differenz aus den diskontierten künftigen Erträgen und Kosten des Konzessionärs. Weiter soll die Ausschreibungspflicht dafür sorgen, dass der Konzessionär das Netz effizient betreibt.

#### Aufwand der Ausschreibungen

Gemäss bundesrätlicher Botschaft soll bei Art. 2 Abs. 7 BGBM das öffentliche Beschaffungsrecht analog zur Anwendung kommen. An eine Ausschreibung im Strombereich wären somit hohe Anforderungen zu stellen. Insbesondere müsste das Gemeinwesen nicht nur die Höhe des Entgelts für die Konzession, sondern auch die angebotenen Leistungen beurteilen und vergleichen. Die Durchführung der Ausschreibung, d.h. die Definition der Vergabekriterien, die Prüfung der Dossiers, allfällige Beschwerdeverfahren gegen den Vergabeentscheid, ist sowohl auf der Seite des Gemeinwesens als auch auf der Seite der Unternehmen mit einem nicht zu unterschätzenden Aufwand verbunden.

Ebenfalls müsste ein sinnvoller Mechanismus gefunden werden, welcher die Eigentumsübergabe der Netzinfrastruktur

bei einem Wechsel zu einem anderen Verteilnetzbetreiber regelt. Dabei bedingt der Wechsel der Konzession eine aufwendige Bewertung des Verteilnetzes, da der alte Konzessionär entweder von der Gemeinde (Heimfallentschädigung) oder vom neuen Konzessionär für die Netzinfrastruktur entschädigt werden muss.

#### Wirkung auf Investitionen

Der Betrieb eines Verteilnetzes erfordert eine langfristige Planung. Ein Elektrizitätsunternehmen ist nur dann bereit, die nötigen Investitionen für den Aufbau, die Erneuerung und den Unterhalt der Netzinfrastruktur zu tätigen, wenn ihm eine langfristige Nutzung dieses Netzes zugesichert wird und den investierten «sunk costs» langfristig Einnahmen gegenüberstehen.

So dürfte ein Netzbetreiber kurz vor Ablauf der Sondernutzungskonzession nicht mehr bereit sein, in die Infrastruktur zu investieren, wenn Unsicherheit darüber besteht, ob er für diese Investitionen im Falle einer Vergabe der Konzession an einen Dritten voll entschädigt wird (sog. Hold-up-Problem). Insofern dürfte die Ausschreibungspflicht investitionshehmende Wirkungen haben.

#### Strukturverzerrung

Ein weiteres Problem liegt darin, dass nur die Vergabe der Sondernutzungskonzession an private Unternehmen vom Binnenmarktgesetz erfasst ist. Die Vergabe an staatliche Unternehmen, d.h. Unternehmen, welche zu 100% im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, muss nicht ausgeschrieben werden. Die Vergabe an die CKW hingegen, obwohl zu 85,1% in staatlichem Eigentum, muss ausgeschrieben werden. Dies benachteiligt private Unternehmen klar.

Diese Unterscheidung schafft falsche Anreize, weil sie bspw. eine mittelgrosse Stadt dazu bewegen könnte, von einer Privatisierung oder der Beteiligung Privater am eigenen Verteilnetzbetreiber abzusehen.

#### Nutzen der Ausschreibung

Die Weko fügt in ihrem Gutachten relativierend hinzu, dass der Nutzen der Ausschreibung wohl nur sehr gering sein dürfte, weil die Netzzugangsgebühren vom Regulator vorgegeben sind und die mögliche Kosteneffizienz aufgrund des beschränkten wirtschaftlichen Umfangs der mit dem Netzbetrieb verbundenen Leistungen kaum ins Gewicht fallen dürfte. Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

#### Fazit

Gesamthaft betrachtet lässt sich schliessen, dass der Nutzen der Ausschreibungspflicht wahrscheinlich geringer ausfallen wird als die damit verbundenen Kosten. Der eigentliche Zweck der öffentlichen Ausschreibung kann damit nicht erreicht werden. Das Resultat des Gutachtens ist im Lichte der volkswirtschaftlichen Überlegungen unbefriedigend.

Die zu beurteilende Rechtsfrage war offen und hätte es erlaubt, die Ausschreibungspflicht für Verteilnetze zu verneinen. Der Leser des Gutachtens erhält im Übrigen den Eindruck, dass auch die Behörde die Auswirkungen der Ausschreibungspflicht negativ beurteilt. Warum sie sich trotzdem für die Ausschreibungspflicht entschieden hat, bleibt offen. Eine mögliche Erklärung liegt wohl darin, dass es sich hier um einen Grundsatzentscheid handelte, welcher die Weichen auch für alle übrigen Fälle faktischer Monopole (Plakatierung auf öffentlichem Grund, Wassernutzung etc.) gestellt hat. Wäre es ausschliesslich um die Verteilnetze gegangen, hätte die Weko die zugrunde liegende Rechtsfrage möglicherweise anders entschieden.

#### Weiteres mögliches Vorgehen

Die Gemeinde Hitzkirch hat sich dem Gutachten der Wettbewerbskommission widersetzt und anlässlich der Gemeindeversammlung der Verlängerung des Konzessionsvertrags mit der CKW für weitere 25 Jahre zugestimmt. Gemäss der Neuen Luzerner Zeitung vom 27. April 2010 argumentierte der Gemeindepräsident, dass das Gutachten der Wettbewerbskommission nicht seriös sei.

Dieser Auffassung kann sicher nicht zugestimmt werden. Es fragt sich aber trotzdem, ob das Gutachten für die Gemeinden und Gerichte verbindlich ist und mit welchen Konsequenzen eine sich dagegen widersetzende Gemeinde rechnen muss. Zudem stellt sich die Frage, welche gesetzgeberischen Schritte allenfalls zu empfehlen sind.

#### Rechtliche Bedeutung des Gutachtens

Das Gutachten der Weko ist für die Gerichte und Behörden nicht verbindlich, und das Binnenmarktgesetz sieht auch keine strikten Sanktionen gegen die Gemeinden bei Widerhandlungen gegen die Ausschreibungspflicht vor.

Nicht berücksichtigte Konkurrenten haben ein Beschwerderecht und können eine gegen das Binnenmarktgesetz verstossende Zuschlagsverfügung an eine verwaltungsunabhängige Instanz (in der Regel das kantonale Verwaltungsgericht) weiterziehen und damit eine Ausschreibung gerichtlich erzwingen. Auch die Weko ist zur Beschwerde legitimiert, sie kann allerdings nur die Unrechtmässigkeit der Konzessionserteilung feststellen lassen.

In diesem Zusammenhang sollten sich die Gemeinden bewusst sein, dass dem Gutachten in einem allfälligen Beschwerdeverfahren ein sehr grosses Gewicht beigemessen werden dürfte, weil es sich bei der Wettbewerbskommission um die für das Binnenmarktgesetz zuständige Fachbehörde handelt.

### Grosse Tragweite auch für Wasserkraftnutzungskonzessionen

Das Gutachten hat für die Strombranche nicht nur im Bereich der Verteilnetze grosse Auswirkungen. Die Unterstellung faktischer Monopole unter die Ausschreibungspflicht würde auch bedeuten, dass die Erteilung oder Erneuerung von Konzessionen zugunsten Privater für die Nutzung der Wasserkraft der Ausschreibungspflicht unterliegen. Die Betreiber von Wasserkraftwerken müssen künftig aber auch damit rechnen, dass nach Ablauf der Konzession ein Dritter den Zuschlag erhält und die Gemeinden von ihrem Heimfallrecht Gebrauch machen.

### Übergangslösungen

Als Übergangslösung fordert die Weko, dass die Gemeinwesen innert drei Jahren ein Ausschreibungsverfahren festlegen und in der Zwischenzeit Sondernutzungskonzessionen maximal auf fünf Jahre verlängern.

Das Binnenmarktgesetz selbst sieht aber keine solche Übergangsregelung vor, und das Gutachten der Weko ist für

die Gerichte nicht bindend. Aus diesen Gründen ist es theoretisch möglich, dass ein Konkurrenzunternehmen sich gegen eine beabsichtigte Konzessionsverlängerung ohne vorgängige Ausschreibung erfolgreich zur Wehr setzt.

Bereits abgeschlossene Konzessionsverträge können aber nicht mehr durch ein Gericht aufgehoben werden, da in einem solchen Fall die Rechtsmittelinstanz lediglich feststellen kann, inwiefern die angefochtene Verfügung das massgebende Recht verletzt (Art. 9 Abs. 3 BGBM).

### Revision des StromVG

Die Wettbewerbskommission hat die oben diskutierten volkswirtschaftlichen Probleme in seinem sorgfältig und ausgewogen redigierten Gutachten weitgehend selbst erkannt und insbesondere auf die unbefriedigende Bevorzugung von nicht privaten Konzessionären hingewiesen.

Aus diesem Grunde empfiehlt die Weko, dass im Rahmen einer Revision des StromVG eine spezialgesetzliche Lösung getroffen werden sollte. Allerdings geht die Wettbewerbskommission davon aus, dass mit der Gesetzesrevision eine solche Ausschreibungspflicht näher konkretisiert werden sollte.

Denkbar wäre es aber auch, dass das StromVG das Gemeinwesen aufgrund der vielen Unsicherheiten und Kosten des Vergabeverfahrens von der Ausschreibungspflicht explizit befreit. Aus regulierungstheoretischer Sicht sollte auf eine Ausschreibungspflicht verzichtet werden, wenn der damit zu erzielende Nutzen im Vorhergehen als unsicher und/oder sehr gering erachtet wird.

### Angaben zum Autor

Dr. **Daniel Emch**, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Kellerhals Anwälte und berät Klienten schweremässig im Wettbewerbsrecht und in Regulierungsfragen.

Kellerhals Anwälte, 3000 Bern,  
daniel.emch@kellerhals.ch

### Résumé

#### Appel d'offres pour attribuer les réseaux de distribution

#### Remarques sur l'expertise de la Commission de la concurrence du 22 février 2010

Le 16 avril 2010, la Commission de la concurrence a publié une expertise selon laquelle les communes doivent procéder à un appel d'offres pour les concessions en faveur d'entreprises électriques privées en ce qui concerne la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de distribution électriques.

Une telle obligation présuppose que l'art. 2, al. 7 de la loi sur le marché intérieur englobe aussi les monopoles de fait. La genèse de cet article montre que le législateur ne voulait régler que des monopoles de droit. On peut aussi argumenter que la loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI), qui ne prévoit pas d'obligation de procéder à un appel d'offres, passe avant la loi sur le marché intérieur et que, de ce fait, l'art. 2, al. 7 de la loi sur le marché intérieur ne s'applique pas aux réseaux de distribution.

Du point de vue économique, cette obligation n'a pas beaucoup de sens pour les réseaux de distribution. Les coûts seraient probablement plus élevés que l'utilité. Du point de vue de la régulation, il faut renoncer à un appel d'offres dans de tels cas. On pourrait s'imaginer libérer explicitement les pouvoirs publics de l'obligation de procéder à un appel d'offres dans le cadre de la révision de la LApEI.

AES

Anzeige

**Dumme Frage**



**... gibt es nicht.**

**www.technik-forum.ch**