



Bundesamt für Energie
Herr Roman Mayer
Pulverstrasse 13
3063 Ittigen

AAK Anwälte und Konsulenten AG

Prof. Dr. iur. Andreas Abegg, LL.M., Rechtsanwalt
Prof. Dr. iur. Goran Seferovic, Rechtsanwalt
Dr. iur. Patrice Martin Zumsteg, Rechtsanwalt
Dr. iur. Christian Meyer, Rechtsanwalt
PD Dr. iur., dipl. Arch. ETH Oliver Streiff *
Dr. iur. Meinrad Huser *
MLaw Elia Paggiola *

* nicht als Rechtsanwalt zugelassen

Seestrasse 329,
8038 Zürich
Tel. +41 44 523 14 70
Fax +41 44 523 14 75
www.aa-k.ch
info@aa-k.ch

Zürich, 7. März 2023
Wissenschaftliches Gutachten

**Eidgenössisches Starkstrominspektorat ESTI -
Analyse der Corporate Governance**

Prof. Dr. iur. Andreas Abegg, LL.M., Rechtsanwalt*

Dr. iur. Christian Meyer, Rechtsanwalt**

Prof. Dr. iur. Goran Seferovic, Rechtsanwalt***

* Professor an der ZHAW School of Management and Law und Titularprofessor an der Universität Luzern.

** Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der ZHAW School of Management and Law und Habilitand an der Universität Freiburg/Schweiz.

*** Professor an der ZHAW School of Management and Law und Privatdozent an der Universität Zürich.

Zusammenfassung

- 1 Die Organisation (Governance) des Eidgenössischen Starkstrominspektorats (ESTI), das zum privaten Verein Electrosuisse gehört, stand wiederholt in der Kritik. Eine vorangehende Untersuchung kam zum Schluss, dass das ESTI zwar in seiner Aufgabenausführung kaum eingeschränkt sei und von einer schlanken und effizienten Struktur profitiere, das ESTI in der bestehenden Struktur aber nicht ausreichend wirtschaftlich unabhängig sei. Die vorliegende Studie ergänzt diese Untersuchung und prüft die Reformbedürfnisse und -möglichkeiten differenziert nach den verschiedenen Aufgabenbereichen des ESTI.¹
- 2 Das ESTI entstand mit dem Elektrizitätsgesetz im Jahr 1903, als das Schweizerische Post- und Eisenbahndepartement (heute: UVEK) den Schweizerischen Elektrotechnischen Verein (SEV, heute: Electrosuisse) beauftragte, das Starkstrominspektorat zu führen. Der Grund hierfür war, dass in der Bundesverwaltung das Expertenwissen fehlte und der Gesetzgeber eine branchennahe Regulierungsbehörde schaffen wollte. In der Folge wuchs das Aufgabengebiet des ESTI stetig an.²
- 3 Das ESTI übt heute Tätigkeiten unterschiedlicher Art aus: Im Sinne einer sogenannten Ministerialaufgabe erteilt das ESTI insbesondere im Bereich der Starkstromanlagen Genehmigungen und Bewilligungen und führt Kontrollen durch. Des Weiteren ist das ESTI in der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht tätig, vor allem wenn es Elektroinstallationen beaufsichtigt oder die Aufsicht über Elektrogeräte ausübt. Schliesslich ist das ESTI vereinzelt auch «am Markt» tätig, wenn es Tätigkeiten (z. B. für die Electrosuisse in Liechtenstein) ausübt, die nicht durch die Bundesgesetzgebung vorgegeben sind.³
- 4 Da das ESTI als Teil des privaten Vereins Electrosuisse organisiert ist, kommt ihm keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Die Organisation, die administrative Leitung und die Regelung der personellen Belange des ESTI obliegen weitgehend der Vereinsleitung.⁴ Der Verein führt das ESTI als eine getrennte

¹ Kap. I, Rz. 10 ff.

² Kap. II.A, Rz. 13 f.

³ Kap. II.B, Rz. 15 ff.

⁴ Kap. II.B, Rz. 19 f.

Kostenstelle und muss mit einem Ausgleichsfonds allfällige Defizite des ESTI absichern. Gemäss ESTI-Verordnung (ESTI-VO) muss das ESTI eigenwirtschaftlich betrieben und durch Gebühren finanziert werden. Es kann aber nur für bestimmte, in der Verordnung explizit genannte Tätigkeiten Gebühren erheben. Andere Tätigkeiten (z. B. die Untersuchung und statistische Erfassung von Unfällen und Schadensfällen, das Führen von Statistiken sowie die Beantwortung von Anfragen aus Politik und Verwaltung) muss das ESTI durch diese Gebühren finanzieren.⁵

- 5 Der Bund steuert das ESTI vornehmlich mit Gesetzen und Verordnungen sowie mit Leistungsvereinbarungen. Aufsichtsinstanz ist das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), welches für diese Funktion die Koordinationskommission (KKS) eingesetzt hat.⁶
- 6 Organisation und Finanzierung des ESTI sind am Massstab der sogenannten Public Corporate Governance zu messen. Diese zeigt auf, dass ausgelagerte staatliche Organisationen wie das ESTI in einem Spannungsfeld zwischen den Prinzipien Demokratie, Rechtsstaat und effektiver Ausübung der Verwaltungsaufgabe stehen. Der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrats aus dem Jahr 2006 hat verschiedene Steuerungselemente einer Public Corporate Governance identifiziert und Leitsätze festgelegt. Die Herausforderung besteht darin, die zum Teil divergierenden Prinzipien je nach Aufgabe bestmöglich auszutariieren (sogenannte praktische Konkordanz).⁷
- 7 Konkrete Vorgaben an Organisation und Finanzierung des ESTI ergeben sich bereits aus der Verfassung und der Gesetzgebung. Die Bundesverfassung lässt eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf private Organisationen zu, vor allem wenn Private über mehr Fachwissen oder bessere Akzeptanz bei den Betroffenen verfügen. Der Bund muss dabei aber gewährleisten, dass die übertragene Verwaltungsaufgabe dauerhaft und ordnungsgemäss ausgeübt wird und dass die Grundrechte eingehalten werden. Namentlich sind die Verwaltungsaufgaben wettbewerbsneutral auszuüben (Art. 94 BV), und die Behördenentscheide

⁵ Kap. II.D, Rz. 21 ff.

⁶ Kap. II.E, Rz. 26 ff.

⁷ Kap. III.A, Rz. 29 ff.

müssen unabhängig und unparteiisch getroffen werden (Art. 29 BV). Die allgemeinen Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes konkretisieren den Anspruch auf eine unabhängige, objektive und unvoreingenommene Entscheidbehörde.⁸

- 8 Die heutige Governance des ESTI beurteilen die Gutachter wie folgt:
- Nach neuer Beschaffungsgesetzgebung ist die Auslagerung einer öffentlichen Aufgabe, wie sie das ESTI erfüllt, grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Will der Bund von einer öffentlichen Ausschreibung absehen, muss dies spezialgesetzlich geregelt werden. Ob die gegenwärtige Regelung (in EleG und ESTI-VO) dieser Anforderung genügt, ist unsicher. Klärung würde eine eindeutige formell-gesetzliche Grundlage schaffen.⁹
 - Soweit das ESTI Plangenehmigungen erteilt, übt es eine klassisch hoheitliche Aufgabe aus, die als Ministerialaufgabe typischerweise bei der Zentralverwaltung angesiedelt ist. Eine Auslagerung an den privaten Verein wurde vom damaligen Gesetzgeber vor allem mit dem besonderen Fachwissen gerechtfertigt, das beim Verein vorhanden ist. Ob das ESTI heute noch auf das Fachwissen des Vereins angewiesen ist, um die Plangenehmigungen zu erteilen, erscheint zweifelhaft. Eine Überführung des ESTI in die Bundesverwaltung ist gleichwohl kritisch zu sehen, weil grössere strukturelle Veränderungen an der Organisation und insbesondere eine Sitzverlegung die derzeit beim ESTI vereinte Expertise gefährden würden. Dem Typus der Ministerialaufgabe wird insofern Rechnung getragen, als erstens konfliktreichere Fälle beim BFE angesiedelt sind und zweitens in der bestehenden Organisation verschiedene direkte Eingriffsmöglichkeiten der Zentralverwaltung (vor allem des UVEK und des BFE) sicherstellen, dass das ESTI die gesetzgeberische Ordnung unter der Leitung der Regierung ordnungsgemäss umsetzt. Die Governance ist folglich bezüglich Plangenehmigungen sachgerecht.¹⁰

⁸ Kap. III.B, Rz. 42 ff.

⁹ Kap. IV.B, Rz. 59 ff.

¹⁰ Kap. IV.C, Rz. 63 ff.

- Dass die Aufsicht über Elektroinstallationen von einer Abteilung eines privaten Vereins ausgeübt wird, wurde ursprünglich durch die Vorteile der Branchennähe und der vorhandenen Fachkompetenz gerechtfertigt. Während das ESTI heute weiterhin von der Nähe des Vereins zur Normierung (und vor allem den internationalen Kontakten) profitiert, sind die strukturellen und personellen Vorteile der Integration in den Verein Electrosuisse eher gering. Zudem sind die funktionellen, personellen und räumlichen Strukturen innerhalb des Vereins nicht ausreichend von der Aufsichtstätigkeit des ESTI getrennt, um dessen nötige Unabhängigkeit in der Aufsichtstätigkeit zu wahren. Eine vollständige Herauslösung des ESTI aus dem Verein würde zwar die nötige Unabhängigkeit des ESTI als Aufsichtsinstanz herstellen, wäre aber aufwändig, risikobehaftet und somit unverhältnismässig, solange mildere Massnahmen die Unabhängigkeit der Aufsicht ausreichend absichern können: Erstens sollte den Mitarbeitenden des ESTI vorgeschrieben werden, keine Aufgaben zu übernehmen, die mit der Aufsichtstätigkeit in Konflikt stehen könnten – was auch Tätigkeiten im Verein betrifft. Zweitens könnte dem ESTI aufgetragen werden, eine ausreichende Qualitätssicherung, ein adäquates betriebliches Risikomanagement und eine interne Revision einzusetzen – insbesondere um die Unabhängigkeit in den Aufsichtstätigkeiten umfänglich sicherzustellen. Über diese Tätigkeiten wäre der Aufsichtsinstanz jährlich zu berichten. Drittens sollte (wie bereits angekündigt) die KKS durch das UVEK als Aufsichtsorgan abgelöst werden, oder zumindest sollte der Verein keinen Einsitz in das Aufsichtsorgan nehmen können.¹¹
- Im Bereich der Aufsicht über Elektrogeräte werden unmittelbar keine Governance-relevante Interessenkonflikte wahrgenommen. Die Auslagerung der Aufsichtstätigkeit ans ESTI als branchennahe und fachkompetente Behörde ist weiterhin gerechtfertigt, zumal grössere organisatorische Änderungen wie erwähnt aufwändig und risikobehaftet sind.

¹¹ Kap. IV.D, Rz. 75 ff.

Auch der Bereich der Aufsicht über die Elektrogeräte würde aber von den Massnahmen profitieren, die für die Aufsicht über die Elektroinstallationen vorgeschlagen werden,¹² zumal die bestehende Aussenwahrnehmung einer engen Verknüpfung von Electrosuisse und ESTI vermieden werden sollte.¹³

- Bei den weiteren Tätigkeiten des ESTI ist zu unterscheiden, ob es sich um übernommene Staatsaufgaben oder marktwirtschaftliche Tätigkeiten im Wettbewerb handelt. Bei übernommenen Staatsaufgaben, welche das ESTI vor allem akzessorisch zu den oben erwähnten Haupttätigkeiten ausübt, ist die Auslagerung weiterhin gerechtfertigt. Allerdings bestehen bei den Untersuchungstätigkeiten für die SUVA grundlegende Interessenkonflikte, da das ESTI dabei Anlagen zu untersuchen hat, die es vorgängig selbst bewilligt hat. Auch können von den Unfalluntersuchungen Anlagen betroffen sein, welche die Electrosuisse zuvor kontrolliert hat.¹⁴ Marktwirtschaftliche Tätigkeiten (namentlich die Dienstleistungen des ESTI für die Electrosuisse in Liechtenstein) übt das ESTI gestützt auf Ziff. 2 des Vertrags UVEK-Electrosuisse aus, wobei zweifelhaft ist, ob damit eine ausreichende gesetzliche Grundlage für diese Tätigkeit besteht. Im Rahmen der Qualitätssicherung resp. des Prozessmanagements ist überdies sicherzustellen, dass keine Quersubventionierung von Staatsaufgaben in die Wettbewerbstätigkeiten erfolgen kann. Zu überdenken ist zudem die Zuständigkeit des ESTI für das Verwaltungsstrafverfahren, soweit davon Mitglieder des Vereins Electrosuisse betroffen sein könnten.¹⁵
- Das gesetzliche Finanzierungssystem des ESTI lässt kein Gleichgewicht zwischen den Aufgaben des ESTI und den Finanzierungsmöglichkeiten zu: Verschiedene Aufgabenbereiche leiden an einer Unterdeckung, und für Aufgaben des Service public ist keine Finanzierung vorgesehen. Zudem ist eine gezielte Querfinanzierung dieser Unterdeckung durch die

¹² Kap. IV.E, Rz. 87 ff.

¹³ Kap. IV.C, Rz. 63.

¹⁴ Kap. IV.F, Rz. 97 ff.

¹⁵ Kap. IV.F, Rz. 148 ff.

Gebühren des Plangenehmigungsverfahrens aufgrund von Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO unzulässig, und der Ausgleichsfonds dient explizit nicht dazu, eine strukturelle Unterfinanzierung zu kompensieren. Entweder sollte deshalb die ESTI-VO so geändert werden, dass eine Quersubventionierung durch das Plangenehmigungsverfahren explizit ermöglicht wird, oder die Finanzierung der bisher nicht abgegoltenen Leistungen müsste umfassend durch eine Änderung der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen sichergestellt werden.¹⁶ Im Übrigen sollte das ESTI eine Gebührentabelle in der ESTI-VO erhalten oder seine Gebührenansätze publizieren, einen Gemeinkostenzuschlag und eine Fahrtkostenpauschale einführen sowie die Berechnung von Gebühren nachvollziehbar ausweisen.¹⁷

- 9 Vor diesem Hintergrund einer nach Aufgabengebieten differenzierten Sichtweise bewerten wir eine vollständige oder teilweise Verselbständigung des ESTI namentlich in der Form einer öffentlich-rechtlichen Anstalt kritisch: Damit würde zwar die Unabhängigkeit in Aufsichtsverfahren gestärkt. Die Erforderlichkeit einer derartigen strukturellen Änderung lässt sich jedoch nicht aus dem bundesrätlichen Corporate-Governance-Bericht ableiten. Zudem entspräche weder eine verselbständigte öffentliche Anstalt noch eine Rückführung in die Zentralverwaltung vollumfänglich den Prinzipien einer Good Corporate Governance, und solche Strukturänderungen würden grössere Risiken und Kosten mit sich bringen. Deshalb sollte zunächst mit den oben erwähnten Massnahmen versucht werden, die nötigen Veränderungen im Rahmen der bestehenden Strukturen herbeizuführen. Grundsätzlich zu überdenken sind allerdings die bestehenden marktwirtschaftlichen Tätigkeiten des ESTI und dessen Tätigkeiten für Dritte: Ohne klare legitimierende gesetzliche Grundlagen sollten diese Tätigkeiten beendet werden. Unabhängig von der Frage, in welchem Masse das ESTI verselbständigt werden soll, ist die Finanzierung durch ein System zu ersetzen, in dem sich Gebühren und Abgeltungen des Bundes ergänzen.¹⁸

¹⁶ Erste Rechtsgrundlagen zur Ausrichtung von kostendeckenden Abgeltungen traten per 1. Januar 2023 in Kraft.

¹⁷ Kap. IV.G, Rz. 111 ff.

¹⁸ Kap. V, Rz. 143 ff.

Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage und Fragestellung	1
II.	Organisation des ESTI im Überblick	3
	A. <i>Entstehung</i>	3
	B. <i>Aufgaben und Kompetenzen</i>	4
	C. <i>Rechtsform</i>	7
	D. <i>Finanzierung</i>	7
	E. <i>Steuerung und Aufsicht</i>	9
III.	Kriterien einer Good Public Governance.....	11
	A. <i>Grundsätze einer guten Public Corporate Governance in Wissenschaft und Politik</i>	11
	B. <i>Verfassungsrechtliche und gesetzliche Vorgaben und Rechtsprechung</i>	17
	C. <i>Zwischenfazit</i>	22
IV.	Evaluation des ESTI nach Kriterien einer Good Governance	23
	A. <i>Vorbemerkung: Notwendige Differenzierung nach Aufgaben</i>	23
	B. <i>Ausschreibepflicht der Erfüllungsprivatisierung?</i>	24
	C. <i>Bereich Plangenehmigungen</i>	25
	D. <i>Bereich Aufsicht über Elektroinstallationen</i>	31
	E. <i>Bereich Aufsicht über Elektrogeräte</i>	40
	F. <i>Weitere Tätigkeiten</i>	42
	G. <i>Gebührenerhebung</i>	51
V.	Governance-Varianten und deren Beurteilung nach Kriterien einer Good Governance	63
	A. <i>ESTI als eigenständige, ausgelagerte Einheit</i>	63
	B. <i>Verselbständigung einzelner Bereiche oder deren Rücknahme in die Ministerialverwaltung</i>	64
	C. <i>Anpassungen der bestehenden Strukturen</i>	65
	D. <i>Fazit</i>	68
	Abkürzungen.....	69
	Gesetzesverzeichnis	71
	<i>Bundesrecht</i>	71
	<i>Ausländisches und Internationales Recht</i>	73
	Nicht-öffentliche Verträge und Dokumente	75
	Materialienverzeichnis	77
	Literaturverzeichnis.....	80

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage und Fragestellung	1
II.	Organisation des ESTI im Überblick	3
	A. <i>Entstehung</i>	3
	B. <i>Aufgaben und Kompetenzen</i>	4
	C. <i>Rechtsform</i>	7
	D. <i>Finanzierung</i>	7
	E. <i>Steuerung und Aufsicht</i>	9
III.	Kriterien einer Good Public Governance.....	11
	A. <i>Grundsätze einer guten Public Corporate Governance in Wissenschaft und Politik</i>	11
	1. <i>Good Governance</i>	11
	2. <i>Good Public Corporate Governance</i>	13
	a) Allgemeines	13
	b) Die Corporate-Governance-Grundsätze des Bundes.....	14
	3. Normative Wirkung von Governance-Grundsätzen.....	16
	B. <i>Verfassungsrechtliche und gesetzliche Vorgaben und Rechtsprechung</i>	17
	1. Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	17
	2. Bundesgesetzliche Grundlagen	20
	a) Aufsicht.....	20
	b) Verwaltungsverfahrenrecht.....	21
	c) Beschaffungsrecht.....	21
	C. <i>Zwischenfazit</i>	22
IV.	Evaluation des ESTI nach Kriterien einer Good Governance	23
	A. <i>Vorbemerkung: Notwendige Differenzierung nach Aufgaben</i>	23
	B. <i>Ausschreibepflicht der Erfüllungsprivatisierung?</i>	24
	C. <i>Bereich Plangenehmigungen</i>	25
	1. Rechtfertigung der Auslagerung.....	25
	2. Zwischenfazit.....	29
	D. <i>Bereich Aufsicht über Elektroinstallationen</i>	31
	1. Rechtfertigung der Auslagerung: Know-how und Branchennähe.....	31
	2. Kernproblem: mangelnde Unabhängigkeit von den Marktteilnehmern	34
	a) Ausgangslage.....	34
	b) Rechtliche Mindestanforderungen.....	35
	3. Lösungsvorschläge.....	37
	E. <i>Bereich Aufsicht über Elektrogeräte</i>	40
	1. Rechtfertigung der Auslagerung.....	40



	2.	Optimierungsvorschläge.....	41
F.		<i>Weitere Tätigkeiten</i>	42
	1.	Dienstleistung «am Markt».....	42
		a) Allgemeines.....	42
		b) Untersuchung von Unfällen im Auftrag der SUVA.....	44
		c) Aufsichts- und Kontrollbehörde für Liechtenstein.....	46
	2.	Ministerialaufgaben.....	47
	3.	Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht.....	49
	4.	Verwaltungsstrafverfahren.....	50
G.		<i>Gebührenerhebung</i>	51
	1.	Grundproblematik: Querfinanzierung.....	51
		a) Ausgangslage.....	51
		b) Rechtmässigkeit der Querfinanzierung.....	52
		c) Lösungsvorschläge.....	56
	2.	Weitere Kritikpunkte.....	58
		a) Kritik aus der Politik und Empfehlungen des Preisüberwachers.....	58
		b) Rechtliche Bewertung der Kritik.....	59
		(1) <i>Allgemeine Einordnung der Kritik</i>	59
		(2) <i>Abgabe- und verfassungsrechtliche Grundlagen</i>	60
		(3) <i>Parameter des Gesetzgebers</i>	60
		(4) <i>Transparenz des ESTI im Hinblick auf gesetzliche Vorgaben</i>	61
		c) Lösungsvorschläge.....	62
V.		Governance-Varianten und deren Beurteilung nach Kriterien einer Good Governance.....	63
	A.	<i>ESTI als eigenständige, ausgelagerte Einheit</i>	63
	B.	<i>Verselbständigung einzelner Bereiche oder deren Rücknahme in die Ministerialverwaltung</i>	64
	C.	<i>Anpassungen der bestehenden Strukturen</i>	65
		1. Anpassungen von Auftragsbereichen und Kompetenzen.....	65
		2. Anpassungen in der Finanzierung der Aufgaben.....	67
	D.	<i>Fazit</i>	68
		Abkürzungen.....	69
		Gesetzesverzeichnis.....	71
		<i>Bundesrecht</i>	71
		<i>Ausländisches und Internationales Recht</i>	73
		Nicht-öffentliche Verträge und Dokumente.....	75
		Materialienverzeichnis.....	77
		Literaturverzeichnis.....	80

I. Ausgangslage und Fragestellung

- 10 Der Bundesrat erteilte dem BFE den Auftrag, das Eidgenössische Starkstrominspektorat (ESTI) im Hinblick auf die Anforderungen der Good Governance zu prüfen.¹⁹ Ausgangspunkt dieses Auftrags bilden insbesondere die Interpellationen Jauslin (Nr. 18.4179) und Candinas (Nr. 18.4198). Im Übrigen gingen zur Governance des ESTI auch weitere Vorstösse ein.²⁰ Neben dem Gebührenregime²¹ bezieht sich die Kritik an der Governance vor allem auf die Aufsicht des ESTI über die Elektroinstallateure und -kontrolleure.²²
- 11 Im Auftrag des BFE führte die BDO zwischen September 2019 und März 2020 eine Studie betreffend die Governance und Finanzierung des ESTI durch.²³ Mit Schlussbericht vom 30. Januar 2020 schloss die BDO die «Prüfung der Corporate-Governance und der generellen Unabhängigkeit vom Verband Electrosuisse» ab. Die BDO identifiziert verschiedene Möglichkeiten zur Verbesserung der Governance und insbesondere der Unabhängigkeit des ESTI.²⁴ Insgesamt könne dadurch aber kein im Sinne der Good Governance befriedigendes Ergebnis erreicht werden: Namentlich um der Unabhängigkeit umfassend Rechnung zu tragen, erscheine es zwingend, das ESTI entweder mit einer selbständigen Rechtspersönlichkeit auszustatten oder aber in die zentrale Bundesverwaltung einzugliedern.²⁵ Die öffentlich-rechtliche Anstalt wurde hinsichtlich Unabhängigkeit und Corporate Governance als die bestmögliche Organisationsform für das ESTI

¹⁹ Vgl. Beschluss zum Faktenblatt, Bundesgesetz für eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, Revision Energiegesetz und Stromversorgungsgesetz vom 11. November 2020.

²⁰ Interpellation Wettstein (Nr. 21.3526); Interpellation Schneeberger (Nr. 21.4092); Interpellation Trede (Nr. 21.4626); Interpellation Hurni (Nr. 20.4533); Interpellation Buttet (Nr. 14.3061).

²¹ Vgl. dazu auch Empfehlungen PUE.

²² Vgl. dazu auch Sekretariat der WEKO, 041. 1-00089: Totalrevision der Stauanlagenverordnung sowie Veränderungsänderungen im Kernenergiebereich sowie im Anwendungsbereich des Elektrizitätsgesetzes mit Inkrafttreten Anfang 2023, Ämterkonsultation vom 16. Februar 2022.

²³ Die Studie (in zwei Teilen) lag den Gutachtern vor. Sie ist bislang noch nicht veröffentlicht worden. Im Jahre 2016 führten die Fachspezialisten der Abteilung Aufsicht und Sicherheit des BFE ein Audit zu grundsätzlichen Governance-Aspekten durch: Stellungnahme des Bundesrats vom 13. Februar 2019 zur Interpellation Jauslin (Nr. 18.4179); Schlussbericht Corporate-Governance, S. 1 f. Die im Rahmen dieser Untersuchung formulierten punktuellen Empfehlungen zur Verbesserung der Governance wurden von den betroffenen Stellen (ESTI, ES, KKS) umgesetzt.

²⁴ Vgl. im Einzelnen Schlussbericht Corporate-Governance, S. 30 ff.

²⁵ Schlussbericht Corporate-Governance, S. 40.



identifiziert. Für die Finanzierung von Aufgaben des Service public sei eine Abgeltung durch den Bund in Betracht zu ziehen, sofern keine Integration des ESTI in die zentrale Bundesverwaltung erfolge.²⁶

- 12 Die BDO-Studien setzten sich nicht damit auseinander, inwiefern eine differenzierte Beurteilung der verschiedenen Aufgabengebiete des ESTI möglich und gegebenenfalls auch angezeigt ist, um Massnahmen zur Good Governance abzuleiten.²⁷ Eine solche Sichtweise ist aber angesichts der Risiken und Kosten einer grundlegenden Neustrukturierung besonders wichtig. Dies umso mehr, als die BDO-Studien grundsätzlich zum Schluss gelangen, dass das ESTI im heutigen Konstrukt in seiner Aufgabenausführung kaum eingeschränkt ist und von einer schlanken und effizienten Struktur profitiert.²⁸ Die BDO-Studien sollen deshalb mit der vorliegenden Studie entsprechend ergänzt werden, um die Optimierung der Good Governance des ESTI differenziert nach Aufgabenbereichen diskutieren und über mögliche Massnahmen entscheiden zu können.

²⁶ Schlussbericht Finanzierung, S. III f.

²⁷ Das ESTI nimmt Aufgaben unterschiedlicher Art wahr, bei denen verschiedenste verfassungsrechtliche Garantien und Governance-Interessen bestehen; siehe unten Rz. 18 ff.

²⁸ Schlussbericht Corporate-Governance, S. III und 40.

II. Organisation des ESTI im Überblick

A. Entstehung

13 Im Jahr 1889 wurde der Schweizerische Elektrotechnische Verein (SEV, heute: Electrosuisse) gegründet mit dem Zweck, die Sicherheit elektrischer Anlagen zu fördern. Zu diesem Zeitpunkt fehlte es in der Bundesverwaltung weitgehend am entsprechenden technischen Fachwissen. Im Jahr 1896 rief der SEV ein Technisches Inspektorat ins Leben, das die Einhaltung der vom Verein erlassenen «Sicherheitsvorschriften über den Bau und Betrieb elektrischer Starkstromanlagen» überwachte.²⁹ In der Folge prägte der SEV mit seiner Expertise die Entwicklung der Elektrogesetzgebung wesentlich.³⁰ Nach dem Inkrafttreten des EleG im Jahr 1903 wurde der SEV vom Schweizerischen Post- und Eisenbahndepartement (heute: UVEK) vertraglich beauftragt, das Eidgenössische Starkstrominspektorat (ESTI) zu führen.³¹ Dies geschah auf nachdrückliches Verlangen der Expertenkommission des Gesetzgebungsprojekts, die mit der Aufgabenzuteilung an den SEV eine «günstige Einwirkung auf die Entwicklung der elektrischen Industrie der Schweiz» prognostizierte.³² Nicht durchsetzen konnten sich damit Gegenstimmen, die es als «unthunlich» ansahen, einer privaten Inspektion solch wichtige Aufgaben zu übertragen, und für eine «feste Amtsstelle mit einem sachverständigen Beamtenpersonal» plädierten.³³

²⁹ Dass die «in verdienstlicher Weise vom schweizerischen elektrotechnischen Verein ins Leben gerufene», private und nicht obligatorische Kontrolle und Inspektion der Starkstromleitungen nicht mehr genügen konnte, wurde «durch den Brand der Telephoncentrale in Zürich offenkundig» (vgl. Botschaft EleG 1899, S. 787).

³⁰ Vgl. Botschaft EleG 1899, S. 803, wonach bei der Wahl in die Expertenkommission zur Fortentwicklung der Vorschriften nach dem Stand der Elektrotechnik insbesondere die Mitglieder des Schweizerischen elektrotechnischen Vereins zu berücksichtigen waren.

³¹ MARTY, S. 30

³² Weiter sprach für eine Aufgabenauslagerung, dass bereits zuvor einzelne Kantone für die auf ihrem Gebiet befindlichen Starkstromanlagen die Inspektion des SEV für verbindlich erklärt hatten. Zudem hatte der Bund bereits in ähnlicher Weise dem Inspektorat des Vereins der Dampfkesselbesitzer die Inspektion über die Dampfkessel der Fabriken und der Dampfschiffe anvertraut; Botschaft EleG 1899, S. 808 f. Noch heute betreibt der Schweizerische Verein für technische Inspektionen (SVTI) im Auftrag des Bundes das Kesselininspektorat, das Eidgenössische Inspektorat für Aufzüge und das Eidgenössische Rohrleitungsinspektorat; <https://www.svti.ch>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2022.

³³ Vgl. Botschaft EleG 1899, S. 809.

14 Mit dem Ausbau der Regulierung im Bereich der Elektrizität wuchs auch das Aufgabengebiet des ESTI immer weiter an: Wichtige Stationen sind im Jahr 1949 die Aufgabenausweitung infolge der allgemeinen Prüf- und Kennzeichnungspflicht. Ab den 1970er Jahren nahm die Bedeutung und Komplexität der Plangenehmungen zu. Seit dem Jahr 1997 verlangt der Vertrag zwischen dem UVEK und dem SEV, dass das ESTI als ein mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauter Bereich des SEV von den anderen Bereichen des SEV abgegrenzt wird. Ferner obliegt dem ESTI seit geraumer Zeit auch die Mitwirkung in europäischen Marktüberwachungsgremien sowie die Abklärung von Elektrounfällen.³⁴

B. Aufgaben und Kompetenzen

15 Das ESTI ist Aufsichts- und Kontrollbehörde für elektrische Anlagen, die nicht dem Bundesamt für Verkehr (BAV) unterstehen.³⁵ Es sorgt dafür, dass diese Anlagen (Stark- und Schwachstromanlagen) sicher und umweltgerecht geplant, erstellt und gewartet werden.³⁶

16 In diesem Zusammenhang nimmt das ESTI heute vielzählige Aufgaben wahr, die (wie soeben erwähnt) historisch gewachsen sind³⁷ und sich heute entweder unmittelbar aus dem Gesetzes- und Verordnungsrecht des Bundes³⁸ oder aber aus vertraglicher Vereinbarung ergeben.³⁹ Zusätzliche Aufgaben, die sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz oder dem Vertrag zwischen der Electrosuisse und

³⁴ Vgl. MARTY, S. 30 f.; siehe auch detailliert <https://www.electrosuisse.ch/de/ueber-electrosuisse>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2022.

³⁵ Art. 1 Abs. 1 ESTI-VO; vgl. ferner Vereinbarung BAV-ESTI.

³⁶ <https://www.esti.admin.ch/de/esti-startseite>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2022, umschreibt den Zuständigkeitsbereich wie folgt: «Die Aufsichts- bzw. Kontrolltätigkeiten des ESTI umfassen Niederspannungsinstallationen, Stark- und Schwachstromanlagen sowie die Marktüberwachung bei elektrischen Erzeugnissen.»

³⁷ Vgl. MARTY, S. 30 f.; siehe auch bereits oben Rz. 13 f.

³⁸ Vgl. Art. 2 ESTI-VO; ferner Art. 16 ff., 21 Ziff. 2, 26, 57 Abs. 2 EleG; Art. 32 EleG (im weitesten Sinne); Art. 8a und 22a Schwachstromverordnung; Art. 16, 18 Abs. 2 und 19 Abs. 2 Starkstromverordnung; Art. 1 und 2 Abs. 3 Verordnung Übertragung Untersuchungskompetenzen; Art. 1 Abs. 2, 4, 5 und 9a VPeA; Art. 15, 23, 25 und 26 NEV; Art. 6, 8 Abs. 4, 11, 12, 20, 21, 34, 39, 40, 44 Abs. 7 NIV; Art. 17 Abs. 2 VGSEB; Art. 67 BBG i. V. m. Art. 69 und 69a BBV; Art. 9 und 10 PrSG.

³⁹ Vgl. etwa Vertrag SUVA-Electrosuisse; zum Ganzen auch Übersicht Aufgaben ESTI.

dem UVEK («Vertrag ES-UVEK»)⁴⁰ ergeben, darf das ESTI (gemäss vertraglicher Vereinbarung) nur im Einvernehmen mit ihrer Aufsichtsbehörde, der vom UVEK eingesetzten Koordinationskommission (KKS), übernehmen.⁴¹

17 Soweit es zur Erfüllung der ihm übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben notwendig ist, kommt dem ESTI Verfügungsgewalt zu.⁴²

18 Die Anforderungen der Good Governance und insbesondere die entsprechenden rechtlichen Anforderungen können je nach Art der zu erfüllenden Aufgabe variieren. Die nachfolgenden Kategorien entsprechen den im Corporate-Governance-Bericht des Bundesrats getroffenen Unterscheidungen:⁴³

- Die Ministerialaufgaben umfassen insbesondere die Politikvorbereitung und «Dienstleistungen, die einen ausgeprägt hoheitlichen Charakter aufweisen».⁴⁴ Eine hoheitliche Tätigkeit liegt vor, wenn ein Rechtsverhältnis einseitig geregelt wird und die Behörde der betroffenen Person gegenüber übergeordnet auftritt.⁴⁵ Das ESTI ist insbesondere hoheitlich tätig, wenn es Genehmigungen und Bewilligungen erteilt, Kontrollen durchführt und hierzu Gebühren erhebt.⁴⁶ In den entsprechenden Verfahren gilt das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes.⁴⁷ Ferner sind die Verfahrensgrundrechte der Bundesverfassung anwendbar.⁴⁸

⁴⁰ Vertrag vom 19./28. Juni 2018 zwischen dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und Electrosuisse, Verband für Elektro-, Energie- und Informationstechnik betreffend die Führung des Eidgenössischen Starkstrominspektorates (ESTI).

⁴¹ Vertrag ES-UVEK Ziff. 2. Zur Frage der ausreichenden gesetzlichen Grundlage solcher Tätigkeiten siehe unten Rz. 93 f.

⁴² Vgl. BGE 138 II 134 E. 5 [Pra 2012 Nr. 100]; 130 III 524 E. 1.2.3; UHLMANN, VwVG-Praxiskomm., Art. 5 N 23.

⁴³ Corporate-Governance-Bericht, S. 8234 und 8258 ff.; Eignerstrategie Bundesrat, S. 13 f.; siehe auch ELSENER, S. 4 ff.

⁴⁴ Corporate-Governance-Bericht, S. 8234.

⁴⁵ UHLMANN, VwVG-Praxiskomm., Art. 5 N 21.

⁴⁶ Z. B. Genehmigung von Starkstromanlagen nach Art. 16 Abs.2 EleG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 lit. b ESTI-VO; Plangenehmigungen nach Art. 16 ff. EleG sowie entsprechende Abnahmekontrolle nach Art. 13 VPeA; Bewilligungen für Installationsarbeiten nach Art. 7 und 9 NIV; vgl. auch BIAGGINI, OFK-BV, Art. 178 N 24, der derartige Aufgaben des ESTI explizit der «traditionellen Administrativtätigkeit» zuordnet.

⁴⁷ Soweit die Elektrizitätsgesetzgebung keine besonderen Vorschriften vorsieht, ist demnach grundsätzlich das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren anwendbar; vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG; TSCHANNEN, VwVG-Komm., Art. 1 N 24.; siehe ferner explizit für das Plangenehmigungsverfahren Art. 16a EleG.

⁴⁸ Vgl. Art. 29 ff. BV.

- Auch Tätigkeiten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht⁴⁹ sind hoheitlicher Natur, wobei diesen Aufgaben eine justiznahe Funktion zukommt. Das ESTI nimmt derartige Aufgaben der Sicherheits- und Wirtschaftsaufsicht wahr, wenn es Elektroinstallationen beaufsichtigt (sogenannte Hausinstallationen)⁵⁰ oder die Aufsicht über Elektrogeräte nach NEV ausübt.⁵¹
- Das ESTI führt ferner die Untersuchungen der Verwaltungsstraftatbestände nach Art. 55 f. EleG durch.⁵² Die Entscheidkompetenz in diesen Angelegenheiten verbleibt beim BFE.⁵³ Die entsprechenden Verfahren sind nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht durchzuführen.⁵⁴ Es gelten ferner die strafprozessualen Verfahrensgarantien der Bundesverfassung.⁵⁵
- Dienstleistungen am Markt sind weitgehend marktgesteuert. Aus dem Gesetz kann sich indes ein öffentliches Interesse an einem Mindestversorgungsgrad ergeben. Ob das ESTI aktuell tatsächlich solche Leistungen ausübt, etwa wenn es im Auftrag der SUVA Unfälle untersucht oder im Auftrag der Electrosuisse Kontrollen in Liechtenstein durchführt, wird noch zu diskutieren sein.⁵⁶

⁴⁹ Sicherheitsaufsicht bezieht sich auf den Schutz vor «spezifischen Gefahren» (z. B. Swissmedic oder das ENSI). Die Wirtschaftsaufsicht betrifft die «Funktionsweise von Märkten» (z. B. WEKO oder Preisüberwacher). Diese beiden Grundtypen können sich – wie beim ESTI – vermischen; vgl. MÜLLER, Anforderungen, S. 3 f.

⁵⁰ Vgl. Art. 34 NIV.

⁵¹ Insbesondere die Kontrollen, ob in Verkehr gebrachte Niederspannungserzeugnisse den Vorschriften der NEV entsprechen, und die Überwachung von Geräten, Schutzsystemen und Hilfseinrichtungen mit elektrischen Zündquellen sowie von elektrischen Installationen in explosionsgefährdeten Bereichen (Art. 14 Abs. 1 und 2 lit. a VGSEB i. V. m. Art. 21 Ziff. 2 EleG und PrSG). Ebenso die Kontrolle, ob in Verkehr gebrachte Niederspannungserzeugnisse den Vorschriften der NEV entsprechen (Art. 4 Abs. 1 und Art. 23 NEV i. V. m. PrSG).

⁵² Unten Rz. 109 ff.

⁵³ Art. 3 Verordnung Übertragung Untersuchungskompetenzen.

⁵⁴ Vgl. Art. 1 VStrR.

⁵⁵ Art. 32 BV; vgl. BIAGGINI, OFK-BV, Art. 32 N 2.

⁵⁶ Siehe unten Rz. 96 ff.

C. *Rechtsform*

19 Die Electrosuisse ist ein als Verein (nach Art. 60 ff. ZGB) organisierter Fachverband für Elektro-, Energie- und Informationstechnik.⁵⁷ Sie unterstützt ihre Mitglieder insbesondere durch Brancheninformationen, Normung, Prüfung und Zertifizierung sowie durch Wahrung der Branchen- und Berufsinteressen in der Öffentlichkeit. Zudem erbringt die Electrosuisse Leistungen im Zusammenhang mit Elektro-, Energie- und Informationstechnik:⁵⁸ Sie bietet als akkreditierte und zertifizierte Inspektionsstelle Unterstützung bei der technischen Kontrolle von Hoch- und Niederspannungsinstallationen, übernimmt für ihre Kunden deren Aufgaben gegenüber dem ESTI, erstellt den Sicherheitsnachweis (Sina) und vertritt ihre Kunden bei Rechtsfragen zu Elektroinstallationen. Als akkreditierte und zertifizierte Inspektionsstelle⁵⁹ bietet die Electrosuisse auch periodische Kontrollen von Hoch- und Niederspannungsanlagen in der ganzen Schweiz an und erstellt Sicherheitsnachweise nach Art. 36 NIV sowie Akkreditierungen für alle technischen Bereiche.⁶⁰

20 Die Electrosuisse führt das ESTI als «besondere Dienststelle mit eigener Rechnung» im Auftrag des Bundes.⁶¹ Damit kommt dem ESTI keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Die Organisation und administrative Leitung des ESTI obliegt der Electrosuisse,⁶² ebenso wie die Regelung der personellen Belange.⁶³

D. *Finanzierung*

21 Die Electrosuisse führt das ESTI als eine getrennte Kostenstelle, sodass die finanziellen Verhältnisse mit einem gewissen Detaillierungsgrad (zwecks

⁵⁷ Vgl. <https://www.electrosuisse.ch/de/ueber-electrosuisse>, zuletzt besucht am 7. Dezember 2022.

⁵⁸ Art. 22 der Statuten vom 12 Mai 2022, vgl. <https://www.electrosuisse.ch/de/ueber-electrosuisse>, zuletzt besucht am 7. Dezember 2022.

⁵⁹ Die dazu notwendige Bewilligung erteilt das ESTI gemäss Art. 26 Abs. 2 NIV.

⁶⁰ Vgl. <https://www.electrosuisse.ch/de/inspektion-engineering/realisation/pruefung-gemaess-niv>, zuletzt besucht am 7. Dezember 2022. Nach Auskunft von Electrosuisse tritt gegenüber dem ESTI stets der Kunde auf.

⁶¹ Vertrag ES-UVEK, Ziff. 2; Art. 1 Abs. 2 ESTI-VO.

⁶² Vertrag UVEK-Electrosuisse, Ziff. 4.

⁶³ Vertrag UVEK-Electrosuisse, Ziff. 7.

Kostenwahrheit) dargestellt werden können.⁶⁴ Die Electrosuisse hat aus eventuellen Überschüssen der Betriebsrechnung des ESTI einen Ausgleichsfonds zu äufnen, der allfällige Defizite der Betriebsrechnung des ESTI deckt. Der Bestand dieses Ausgleichsfonds beträgt mindestens 35 % und höchstens 100 % eines Jahres-Umsatzbudgets des ESTI. Fallen die Mittel des Ausgleichsfonds unter 35 %, kann die KKS auf Gesuch von Electrosuisse beim Bund einen vorübergehenden Deckungsbeitrag für die Sicherstellung der Tätigkeiten des ESTI beantragen.⁶⁵

- 22 Die ESTI-VO gibt vor, dass das ESTI eigenwirtschaftlich zu betreiben ist und es seine Tätigkeit durch die Erhebung von Gebühren finanziert.⁶⁶ Es kann aber nur für die in Art. 2 Abs. 1 lit. a-f ESTI-VO definierten Tätigkeiten Gebühren erheben.⁶⁷ Für die nicht genannten Aufgaben (insbesondere Aufgaben des Service public,⁶⁸ Untersuchung und statistische Erfassung von Unfällen und Schadensfällen, Führen von Statistiken, Mitwirkung bei der Gesetzgebung) dürfen keine Gebühren erhoben werden.⁶⁹ Konkret erzielt das ESTI knapp 60 % des Umsatzes aus den Gebühren für Plangenehmigungen, die mehr als kostendeckend sind. Demgegenüber decken bei anderen Tätigkeiten die erhobenen Gebühren die verursachten Kosten nicht immer. Die erwähnten diversen Aufgaben, für die nicht unmittelbar eine Gebühr erhoben werden kann, werden seit dem 1. Januar 2023 immerhin teilweise durch andere Abgaben oder Abgeltungen finanziert;⁷⁰ sie sind zwangsläufig aus Gebühren, die nicht unmittelbar für jene Tätigkeiten entrichtet wurden, oder mit allfälligen Gewinnen aus den Dienstleistungen am Markt zu finanzieren.

⁶⁴ Vertrag UVEK-Electrosuisse, Ziff. 10.

⁶⁵ Vertrag UVEK-Electrosuisse, Ziff. 9 lit. b und c.

⁶⁶ Art. 3 Abs. 1 ESTI-VO; vgl. auch Art. 1 ESTI-VO und Vertrag UVEK-Electrosuisse, Ziff. 2 («mit eigener Rechnung»).

⁶⁷ Diese Aufzählung ist abschliessend; vgl. Art. 6 Abs. 1 ESTI-VO. Das Erheben von Gebühren ist eine hoheitliche Aufgabe und bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage: BGE 136 I 142, E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2762; vgl. Art. 3a Abs. 1 und 3b EleG.

⁶⁸ Z. B. Gewährleistung der Angebote in allen Landessprachen, Beantwortung von Anfragen und allgemeine Informationspflichten gegenüber der Öffentlichkeit.

⁶⁹ Schlussbericht Finanzierung, S. 7, wonach insbesondere Aufsichtsaufgaben gemäss EleG und diversen Verordnungen durch die entsprechenden Gebühren nicht vollumfänglich gedeckt sind. Ursprünglich war offenbar gedacht, dass die Electrosuisse diese Kosten trage.

⁷⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 1 ESTI-VO; zu den neuen Rechtsgrundlagen unten Rz. 123 bei Fn. 319.

- 23 Die Berechnung der Gebühr unterscheidet sich je nach Tätigkeit. Bei der Genehmigung von Planvorlagen richten sich die Gebühren gemäss der Gebührentabelle in Art. 8 Abs. 1 ESTI-VO nach den geschätzten Erstellungskosten. Ergeben sich hieraus Gebühren, die den Aufwand für die Bearbeitung der Plangenehmigungsgesuche übersteigen, sind die Gebühren zu reduzieren. Verursacht das Einspracheverfahren im Einzelfall einen erheblichen Mehraufwand, ist ein Zuschlag entsprechend dem effektiven Zeitaufwand zulässig, der aber höchstens 100 % betragen darf.⁷¹
- 24 Für andere Verfügungen erhebt das ESTI eine Gebühr von höchstens 3'000 Franken. Die konkrete Gebühr wird nach dem Aufwand bemessen, der tatsächlich für eine Verfügung benötigt wurde.⁷²
- 25 Die Gebühren für die übrigen Tätigkeiten des ESTI werden nach Zeitaufwand bemessen, zuzüglich eines Zuschlags von höchstens 20 %. Die Berechnungsgrundlage sind die in der Privatwirtschaft üblichen Ansätze für gleichartige Arbeiten.⁷³

E. Steuerung und Aufsicht

- 26 Die Steuerung des ESTI erfolgt in erster Linie über die Gesetzgebung. Bundesgesetze und Verordnungen enthalten Regelungen über die Kompetenzen, Organisation und Verfahren des ESTI.⁷⁴ Ein weiteres Steuerungsinstrument sind vertragliche Vereinbarungen, welche die Bundesverwaltung mit der Electrosuisse abschliesst.⁷⁵
- 27 Die Tätigkeit des ESTI unterliegt der Aufsicht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK). Das UVEK hat die Koordinationskommission (KKS) eingesetzt, um diese Funktion auszuüben. Das unmittelbare Aufsichtsorgan über das ESTI ist demnach die KKS.

⁷¹ Art. 8 ESTI-VO.

⁷² Art. 9 Abs. 1 ESTI-VO.

⁷³ Art. 10 ESTI-VO.

⁷⁴ Vgl. insbesondere das EleG und die ESTI-VO.

⁷⁵ Insbesondere Vertrag UVEK-Electrosuisse. Vgl. zudem Vertrag SUVA-Electrosuisse.

Diese besteht aus vier stimmberechtigten Mitgliedern.⁷⁶ Ferner nehmen der Geschäftsführer der Electrosuisse und der Leiter des ESTI an den Sitzungen der KKS mit beratender Stimme teil.⁷⁷ Das Sekretariat der KKS wird vom ESTI geführt.⁷⁸ Die konkreten Aufgaben der KKS ergeben sich aus dem Vertrag ES-UVEK und werden insbesondere in Ziff. 2 des Reglements KKS konkretisiert. Es ist allerdings geplant, dass in Zukunft das UVEK die Aufgaben der KKS übernimmt.⁷⁹

28 Die Wahl des Leiters oder der Leiterin des ESTI erfolgt durch die Electrosuisse. Die Wahl bedarf indes der Genehmigung durch das UVEK.⁸⁰ Ferner kann das UVEK im Rahmen seiner Aufsichtskompetenz dem ESTI bezüglich seiner amtlichen Tätigkeiten Weisungen erteilen.⁸¹

⁷⁶ Zwei vom UVEK bestimmte Vertreter des Bundes, ein Vertreter der Electrosuisse und ein Vertreter der SUVA.

⁷⁷ Zudem erstattet der Vertreter von Electrosuisse dieser regelmässig Bericht über die Tätigkeiten der KKS; Reglement KKS, Ziff. 5.

⁷⁸ Vertrag UVEK–Electrosuisse, Ziff. 6.

⁷⁹ Siehe unten Rz. 86 bei Fn. 216.

⁸⁰ Vertrag UVEK–Electrosuisse, Ziff. 7; vgl. aber kritisch Schlussbericht Corporate-Governance, S. 14, wonach der Bund keinerlei Anforderungen und Vorgaben definiert. Das Wahlrecht bzw. das Genehmigungsrecht wird nicht auf Basis eines klar definierten Anforderungsprofils des Bundes vorgenommen.

⁸¹ Vgl. z. B. explizit Art. 9 PrSG; siehe auch Vertrag UVEK–Electrosuisse, Ziff. 5. Bei einer Weisung handelt es sich um eine generell-abstrakte, verwaltungsinterne Handlungsanweisung einer vorgesetzten Behörde an die ihr unterstellte Verwaltungseinheit und deren Personal. Weisungen können organisatorische Angelegenheiten betreffen (Spesenvergütung, Öffnungszeiten oder Hausordnungen etc.). Sie können aber auch der Vollzugslenkung oder der Optimierung von Verwaltungsabläufen dienen. Es handelt sich mithin auch um ein betriebliches Führungsinstrument der Verwaltung. Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 81 und 1575; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 N 11 und 31.

III. Kriterien einer Good Public Governance

A. Grundsätze einer guten Public Corporate Governance in Wissenschaft und Politik

1. Good Governance

29 Das Governance-Konzept hat seinen Ausgangspunkt in der Entwicklungspolitik. Seine Leitbildfunktion erstreckt sich heute aber auch auf die entwickelten Industriestaaten.⁸² Im Kontext der öffentlichen Verwaltung ist damit eine gute Staats- oder Regierungsführung gemeint. Ein einheitliches Verständnis oder eine international anerkannte Definition von *Good Governance* existiert darüber hinaus allerdings nicht.⁸³ Governance wird in der Wissenschaft umfassend verstanden: Sie erstreckt sich auf alle Regeln, Verfahren und Tätigkeiten, welche die Möglichkeiten zur Interessenvertretung, Ressourcenverwaltung und Machtausübung in einer Gesellschaft bzw. einem politischen System betreffen.⁸⁴ Als «gut» kann die Governance deshalb bezeichnet werden «[i]n dem Masse, in dem die Konzepte Menschenrechte, Demokratisierung und Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Zivilgesellschaft, Dezentralisierung und effiziente öffentliche Verwaltung [...] an Bedeutung und Relevanz gewinnen».⁸⁵ Es geht mithin um Massstäbe (sogenannte «Benchmarks») zur Beurteilung der Anforderungen an den modernen, demokratischen Rechtsstaat mit «westlichem Wertehorizont».⁸⁶

30 Vor diesem Hintergrund haben Wissenschaft und Politik grundlegende Prinzipien formuliert, an denen sich die Bemühungen um eine Good Governance ausrichten können. Diese Prinzipien unterscheiden sich je nach Kontext leicht. Die Europäische Kommission formuliert in ihrem Weissbuch zur EU-Regierungstätigkeit fünf Grundsätze des guten Regierens, namentlich: Transparenz, Partizipation, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz.⁸⁷

⁸² CZADA, S. 201.

⁸³ BAUMANN, S. 33.

⁸⁴ EU-Mitteilung, S. 3 f.

⁸⁵ EU-Mitteilung, S. 4.

⁸⁶ Vgl. CZADA, S. 209 f.

⁸⁷ EU-Weissbuch, Ziff. II; CZADA, S. 206 ff.; BAUMANN, S. 34; ähnlich auch zu den Grundsätzen von Good Governance im Sport: LINDEN, S. 24.



- Transparenz: Entscheide müssen nachvollziehbar und verständlich sein. Nur so kann auch gegenüber komplexen Institutionen Vertrauen geschaffen werden.
 - Partizipation: Die betroffenen Akteure sind in politische und administrative Prozesse miteinzubeziehen. Dies stärkt das Vertrauen in die getroffenen Entscheide und steigert ihre Akzeptanz.
 - Verantwortlichkeit: Die Rollen müssen auf allen Ebenen klar verteilt sein. Die Institutionen sind für die korrekte Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben verantwortlich.
 - Effektivität: Staatliches Handeln muss wirksam sein. Regelungen haben basierend auf klaren Zielen und Folgeabschätzungen das Notwendige vorzusehen.
 - Kohärenz: Regierungsentscheide und ihre Umsetzung müssen in sich schlüssig sein.
- 31 Die «Worldwide Governance Indicators» der Weltbank sind die Folgenden: Partizipation und Verantwortlichkeit, politische Stabilität und Gewaltenkontrolle, Effektivität, Qualität regulativer Politik, Rechtsstaatlichkeit und Korruptionskontrolle.⁸⁸ Sie sind den Kriterien der EU ähnlich. Die Unterschiede in der Gewichtung dürften daher rühren, dass die Kriterien auf den Kontext der Entwicklungshilfe ausgerichtet sind.
- 32 Die Prinzipien einer Good Governance der OECD von 1995 überschneiden sich ebenfalls weitgehend mit den genannten Kriterien: Rechtsstaatlichkeit, Transparenz, Rechenschaftspflichten gegenüber demokratischen Institutionen, Fairness und Gleichheit, Effizienz und Effektivität, Konsistenz und Kohärenz sowie hohe ethische Verhaltensstandards.⁸⁹

⁸⁸ CZADA, S. 204 f.

⁸⁹ CZADA, S. 206 f.; LIENHARD, Entwicklungen, S. 351.

2. Good Public Corporate Governance

a) Allgemeines

33 Das Konzept der *Corporate Governance* kommt aus dem privatwirtschaftlichen Kontext. Es gibt den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens vor. Den Interessen der verschiedenen Stakeholder soll einerseits durch ein austariertes Verhältnis von Führung und Kontrolle sowie andererseits durch eine hohe Entscheidungsfähigkeit und Effizienz Rechnung getragen werden.⁹⁰ Von *Public Corporate Governance* ist die Rede, wenn es um die Organisation und Steuerung ausgelagerter Verwaltungsträger geht.⁹¹ Regelmässig wird dieses Konzept allerdings explizit auf öffentliche Unternehmen bezogen; es setzt insofern eine Form staatlicher Eignerschaft voraus.⁹² Die Aussagekraft von Prinzipien der *Corporate Governance* (wie etwa die «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» der Economiesuisse) ist daher mit Blick auf die Good Governance des ESTI begrenzt. Die Standards können nur insoweit beigezogen werden, als sie auch für private Unternehmen, die öffentliche Aufgaben übernommen haben, passen.

34 Zur *Public Corporate Governance* haben Wissenschaft und Politik Kriterien entwickelt. So formulieren die bereits erwähnten Prinzipien der OECD Leitsätze zur *Corporate Governance* in staatseigenen Unternehmen. Die Empfehlungen betreffen allerdings nicht die Frage, in welchen Organisationsformen der Staat öffentliche Aufgaben wahrnehmen soll. Vielmehr dienen die Leitsätze der guten Leitung und Überwachung staatseigener Unternehmen und betreffen insbesondere die Umsetzung der entsprechenden Eigentümerpolitik und die jeweiligen Aufgaben und Verantwortlichkeiten der mit der Umsetzung betrauten staatlichen Stellen.⁹³ Zudem schält die Schweizer Lehre aus den diversen Leitsätzen bisweilen bestimmte Kernelemente einer guten *Public Corporate Governance* heraus,

⁹⁰ THURNHERR/FUHRMANN, S. 64.

⁹¹ Vgl. LIENHARD, *Entwicklungen*, S. 354; LINDEN, S. 16 ff.

⁹² Vgl. THURNHERR/FUHRMANN, S. 65; insbesondere LIENHARD et al., S. 9; SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER; so im Übrigen auch Bundesrat, *Corporate-Governance-Bericht*, S. 8242: «Nicht im Anwendungsbereich des Steuerungsmodells liegen Unternehmen, die zwar Bundesaufgaben wahrnehmen, jedoch weder Eigentum noch eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung des Bundes darstellen».

⁹³ OECD-Leitsätze, S. 15 ff.

wobei insbesondere THURNHERR/FUHRIMANN konkrete operative Rahmenbedingungen formulieren.⁹⁴

35 Diese grundsätzlichen Überlegungen zur Good *Public Corporate Governance* zeigen bereits, dass die Organisation, die Strukturen und die operativen Prozesse des ESTI – wie im Übrigen auch dessen Beaufsichtigung – in einem Spannungsfeld zwischen Demokratie, Rechtsstaat und effektiver Ausübung der Verwaltungsaufgaben stehen. Die Herausforderung besteht darin, diese Interessen je nach Aufgabe bestmöglich auszutarieren. So umfassen Ministerialaufgaben insbesondere die Politikvorbereitung und hoheitliche Aufgaben, weshalb sie regelmäßig von der Zentralverwaltung ausgeübt werden und ein hohes Mass an demokratischer Legitimation, politischer Steuerung und Koordination erfordern.⁹⁵ Dagegen kommt der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht eine beinahe justizielle Funktion zu, weshalb Unabhängigkeit von politischer Einflussnahme⁹⁶ und Unabhängigkeit gegenüber der beaufsichtigten Branche bzw. den einzelnen Marktteilnehmern anzustreben ist.⁹⁷

b) Die Corporate-Governance-Grundsätze des Bundes

36 Anlass für den «Corporate-Governance-Bericht» des Bundesrats im Jahr 2006 war der Mangel an einheitlichen Kriterien für die Auslagerung von Aufgaben an verselbständigte Einheiten des Bundes. Zudem wurden deren zum Teil sehr unterschiedliche rechtliche Konzeption und Steuerung zunehmend als unbefriedigend erachtet.⁹⁸ Der Bericht formuliert Leitsätze zu den acht Steuerungselementen: Rechtsform, Organe, Bundesvertreter, Haftungen, besondere Kompetenzen,

⁹⁴ Es sind dies: Geeignete Organisationsform und Führungsstrukturen der ausgelagerten Einheit, hinreichende Autonomie bei der Aufgabenerfüllung, abgestimmte Steuerungskreisläufe, ausgebautes Steuerungsinstrumentarium, transparentes Berichtswesen, sachgerechte Strukturen des Trägergemeinwesens, angemessene Aufsicht und Oberaufsicht; vgl. THURNHERR/FUHRIMANN, S. 68; ferner auch SCHEDLER/GULDE/SUTER, insbesondere S. 56 ff., die indes Demokratieaspekte noch stärker betonen; ferner eher an Grundsätzen orientiert: LINDEN, S. 11 ff.

⁹⁵ Zu den Ministerialaufgaben des ESTI vgl. oben Rz. 18 sowie unten Rz. 63 ff. und 103 ff.

⁹⁶ Deshalb werden Behörden der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht häufig von der Zentralverwaltung ausgelagert; vgl. auch Art. 21 Abs. 1 Mustererlass Anstalten. Dieser Aspekt ist bei der Aufsichtstätigkeit des ESTI allerdings zu relativieren; vgl. unten Rz. 38 und 75.

⁹⁷ Vgl. zur FINMA BAUER, S. 308 f.; differenziert zum ENSI MÜLLER, Anforderungen, S. 59 ff. Zu den Aufsichtsaufgaben des ESTI vgl. unten Rz. 75 ff. und 87 ff.

⁹⁸ Corporate-Governance-Bericht, S. 8234.

strategische Ziele, Kontrolle, Oberaufsicht sowie Finanzen und Steuern.⁹⁹ Nicht im Anwendungsbereich des Berichts liegen dagegen erstens Unternehmen, an welchen der Bund eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung hält, und zweitens Unternehmen, die zwar Bundesaufgaben wahrnehmen, aber nicht im Eigentum des Bundes stehen – wozu das ESTI gehört.¹⁰⁰ Dennoch enthält der Bericht wichtige Grundsätze, die auch eine Good Governance des ESTI anleiten.

37 Der Grundsatz zur Wahl der Rechtsform lautet gemäss Bericht: «Für Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen oder Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen, ist grundsätzlich die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt, für die Einheiten mit Dienstleistungen am Markt die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft vorzusehen.»¹⁰¹ «Andere privatrechtliche Rechtsformen bzw. öffentlich-rechtliche Organisationsformen in weitgehender Anlehnung an das Privatrecht sind nur in begründeten Ausnahmefällen zu wählen.»¹⁰² Demnach ist eine vom Grundsatz abweichende Rechtsform zulässig bzw. zu wählen, «soweit sich die Notwendigkeit dafür begründen lässt».¹⁰³ Die Leitsätze sind für die Verwaltung grundsätzlich verbindlich, und Abweichungen sind zu begründen (sogenanntes *comply or explain*-Prinzip).¹⁰⁴

38 Allerdings will der Corporate-Governance-Bericht eine ausgelagerte Aufgabe nur dann dem Aufgabentypus der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht und somit der Rechtsform der öffentlichen Anstalt zuordnen, wenn deren politische Unabhängigkeit durch den Gesetzgeber ausdrücklich gewünscht wird.¹⁰⁵ Mit Blick auf die Aufsichtstätigkeit des ESTI hat der Gesetzgeber – anders als in anderen sicherheitsrelevanten Branchen wie z. B. der Nuklearaufsicht¹⁰⁶ – kein

⁹⁹ Corporate-Governance-Bericht, S. 8234 f.

¹⁰⁰ Corporate-Governance-Bericht, S. 8242.

¹⁰¹ Corporate-Governance-Bericht, S. 8235; Leitsätze EFD, Ziff. 1.

¹⁰² Leitsätze EFD, Ziff. 1.

¹⁰³ Erläuternder Bericht EFV, S. 18.

¹⁰⁴ Eignerstrategie Bundesrat, S. 17 f.

¹⁰⁵ Corporate-Governance-Bericht, S. 8265.

¹⁰⁶ Vgl. dazu MÜLLER, Nuklearaufsicht, S. 203 f.; vgl. grundlegend SCHINDLER, Verwaltungsermessens, N 456, wonach es verfehlt wäre, von grosser Sachkunde automatisch auf das Bedürfnis nach Unabhängigkeit zu schliessen: «Für eine weitgehende Entkoppelung müssen vielmehr zusätzliche Gründe sprechen, etwa wenn

erhebliches Interesse an politischer Unabhängigkeit geäussert. Folglich lässt sich aus den Corporate-Governance-Grundsätzen des Bundes nicht ableiten, dass das ESTI bzw. seine Aufsichtstätigkeit als öffentlich-rechtliche Anstalt zu organisieren sei.¹⁰⁷

3. Normative Wirkung von Governance-Grundsätzen

39 Ein Hauptkritikpunkt am Konzept der Good Governance ist ihre Wirkungsweise. Entsprechende Leitsätze oder Prinzipien sind oft kaum unmittelbar anwendbar bzw. belassen einen weiten Interpretationsspielraum. Welche konkreten Anforderungen sich etwa aus Begriffen wie Demokratie, Transparenz, Rechtsstaatlichkeit oder Effizienz ergeben, liegt keineswegs auf der Hand.¹⁰⁸ Entsprechendes gilt auch für die operativen Massstäbe einer guten Organisation von ausgelagerten Verwaltungsstellen (sogenannte Public Corporate Governance): Welcher Grad an Autonomie hinreichend ist oder was unter einem ausgebauten Steuerungsinstrumentarium zu verstehen ist, bleibt im konkreten Einzelfall und anhand der jeweiligen Aufgabe zu bestimmen.

40 Leitlinien, Mustergesetzgebungen und ähnliche Richtlinien bieten demnach zwar eine wertvolle Orientierung bei der Beurteilung von Governance-Fragen, eine abweichende Ausgestaltung muss aber vorbehalten bleiben.¹⁰⁹ Zentral ist letztlich, die materiellen Anforderungen an die Aufgabenerfüllung adäquat zu berücksichtigen. Insbesondere kann eine möglichst präzise Befolgung von Richtlinien einer sachgerechten Beurteilung möglicher Vor- und Nachteile einer Auslagerung entgegenstehen.¹¹⁰

die Gefahr droht, dass die Fachbehörde in Zielkonflikt mit politischen Absichten der Regierung oder anderer Verwaltungsstellen gerät».

¹⁰⁷ Wie noch zu zeigen sein wird, rechtfertigt sich für das ESTI eine andere Organisationsform als jene der öffentlichen Anstalt selbst unter der Anwendung des *comply or explain*-Prinzips. Im Folgenden wird daher auf dieses Prinzip im Sinne eines Argumentum «a fortiori» Bezug genommen.

¹⁰⁸ Soweit Good Governance als universalistisches Konzept verstanden wird, kann es zudem in Konflikt mit der nationalen Souveränität und demokratischen Selbstbestimmung treten; CZADA, S. 209 ff.

¹⁰⁹ Vgl. zu den Leitsätzen gemäss Corporate-Governance-Bericht explizit Erläuternder Bericht EFV, S. 9: «Die grosse Vielfalt der Bundesaufgaben bedingt jedoch, dass dem Steuerungsmodell nur Referenzcharakter zukommt».

¹¹⁰ Vgl. mit Blick auf Aufsichtsbehörden MÜLLER, Anforderungen, S. 10.

41 Zudem wird anhand der dargestellten Konzepte bereits deutlich, dass die unterschiedlichen Kriterien einer Good Governance teilweise gleichgerichtet sind, sich aber auch widersprechen können. Es ist mithin nicht möglich, alle Kriterien maximal bzw. absolut zu verwirklichen. In Wissenschaft und Praxis wird der Umgang mit derartigen Abwägungsproblemen bei Verfassungsinteressen als Herstellung praktischer Konkordanz beschrieben.¹¹¹ Ähnlich verhält es sich auch bei den Governance-Interessen: Kollidieren zwei oder mehrere Kriterien, ist eine vorschnelle Güter- oder Wertabwägung auf Kosten des einen und zugunsten des andern Kriteriums zu vermeiden. Vielmehr ist zwischen den betroffenen Governance-Interessen (z. B. Transparenz und Effizienz) ein optimaler Ausgleich zu suchen.¹¹²

B. *Verfassungsrechtliche und gesetzliche Vorgaben und Rechtsprechung*

1. *Verfassungsrechtlicher Rahmen*

42 Der Begriff «Good Governance» kommt in der Bundesverfassung nicht vor, und es lässt sich auch keine spezifische Bestimmung ausmachen, welche den Gedanken der Good Governance prägnant zum Ausdruck bringt.¹¹³ Letztlich ist die Bundesverfassung als Ganzes aber Ausdruck des schweizerischen Verständnisses von guter Staatsführung. Zahlreiche Verfassungsbestimmungen betreffen unmittelbar oder mittelbar den Good-Governance-Gedanken (Grundrechte, rechtsstaatliche Garantien, Subsidiaritätsprinzip, demokratische Instrumente etc.). Im Folgenden wird der Fokus allerdings auf die mit Blick auf das ESTI besonders wichtigen Bestimmungen mit Bezug zur Corporate Governance gelegt.

¹¹¹ Vgl. BGE 144 II 77 E. 5.7; 139 I 16 E. 4.2.2; 123 I 152 E. 3b; EHRENZELLER, N 345 und 610; KRADOLFER, S. 19 ff.

¹¹² Vgl. LIENHARD, Organisation, S. 1173: «[Bei der Ausgestaltung der Auslagerung] bedarf es einer umfassenden Abwägung zwischen gebotener Autonomie und notwendiger staatlicher Verantwortung, zwischen Eigner- und Trägerinteressen sowie zwischen Politik und Management.» Zur Corporate Governance THURNHERR/FUHRMANN, S. 64, wonach die Interessen der unterschiedlichen Anspruchsgruppen des Unternehmens zu einem «möglichst effizienten Ausgleich» zu bringen sind; mit Blick auf die Problematik bei Aufsichtsbehörden MÜLLER, Anforderungen, S. 10: «Der Gesetzgeber muss bei der Schaffung respektive Ausgestaltung von Aufsichtsbehörden eine Symbiose zwischen den Anforderungen organisationsrechtlicher Natur und den sachgesetzlichen, respektive regulierungsrechtlichen Anforderungen herstellen.»

¹¹³ Vgl. demgegenüber das «Recht auf eine gute Verwaltung» nach Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

- 43 Nach Art. 178 Abs. 1 BV sorgt der Bundesrat für die zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung und eine zielgerichtete Erfüllung ihrer Aufgaben.¹¹⁴ Dabei kann er Verwaltungsaufgaben durch Gesetz auch Organisationen des privaten Rechts übertragen, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen (sogenannte Erfüllungsprivatisierung).¹¹⁵
- 44 Der Bundesrat ist indes bei all seinem Handeln an die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze gebunden, wie insbesondere an das öffentliche Interesse und das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV.¹¹⁶ Auch im Rahmen seiner Organisationsautonomie ist der Bundesrat demnach prinzipiell verpflichtet, sich auf Änderungen zu beschränken, die mit Blick auf ein legitimes öffentliches Interesse zweckmässig und erforderlich sind. Das öffentliche Interesse an einer effektiven Aufgabenerfüllung kann daher etwa eine Auslagerung auf Private rechtfertigen, weil diese über mehr Fachwissen oder bessere Akzeptanz bei den Betroffenen verfügen als staatliche Stellen.¹¹⁷ Bei einer Neuordnung von Verwaltungsstrukturen ist das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Gebot der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel ebenfalls zu berücksichtigen.¹¹⁸ Die angestrebten öffentlichen Interessen (z. B. Sicherung ausreichender Unabhängigkeit einer Behörde) sind demnach stets mit geringstmöglichem Aufwand und Risiko zu verwirklichen.
- 45 Nach Art. 35 Abs. 2 BV sind auch private Träger staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Die Auslagerung von öffentlichen Aufgaben oder von Verwaltungsbefugnissen an einen Privaten hebt die verfassungsrechtliche Pflicht des Bundes zur Achtung der Grundrechte nicht auf. Er muss daher gewährleisten, dass auch Private, die staatliche Aufgaben erfüllen, die Grundrechte achten.¹¹⁹ Der Grundsatz der

¹¹⁴ Die Kompetenz des Bundes im Bereich der Elektrizität ergibt sich aus Art. 91 BV. Demnach steht es dem Bund insbesondere auch zu, Vorschriften über den Elektrizitätsmarkt und zur Gefahrenabwehr zu erlassen; BIAGGINI, OFK-BV, Art. 91 N 2 ff.

¹¹⁵ LIENHARD, *Entwicklungen*, S. 361; LIENHARD, *Organisation*, S. 1166; ELSER, S. 22 f. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen LIENHARD, *Organisation*, S. 1167 ff.

¹¹⁶ Vgl. BIAGGINI, OFK-BV, Art. 5 N 24.

¹¹⁷ HETTICH/FREYER, S. 115; HAFNER, S. 304.

¹¹⁸ Vgl. Art. 43a Abs. 5 BV.

¹¹⁹ BGE 127 I 84 E. 4.c; BGer 2C-39/2018 vom 18. Juni 2019 E. 2.4; BIAGGINI, OFK-BV, Art. 35 N 9 und 13.

Gleichbehandlung¹²⁰ sowie das Willkürverbot¹²¹ stehen dabei besonders im Fokus.¹²² Soweit der private Aufgabenträger eine Verfügung erlässt, greifen zudem die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien.¹²³

46 Die Verfassung verpflichtet den Bundesrat dazu, sämtliche Träger von Bundesaufgaben zu beaufsichtigen.¹²⁴ Wie intensiv diese Aufsicht ausgeübt wird und welche Mittel zur Verfügung stehen, entscheidet in erster Linie der Gesetzgeber. Die Aufsichtsstrukturen und -instrumente sind an die spezifischen Interessen und Besonderheiten des fraglichen Aufgabenbereichs anzupassen.¹²⁵ Abstrakt gesehen geht es darum, die Einhaltung der verfassungsmässigen und gesetzlichen Vorgaben zu garantieren.¹²⁶ Im Zentrum stehen dabei in der Regel die Rechtmässigkeit, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung sowie die Ordnungsmässigkeit der Haushaltsführung.¹²⁷

47 Bei der Auswahl der privaten Aufgabenträger sind konkrete Vorgaben zu beachten: Bei wettbewerbsnahen Tätigkeiten ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nach Art. 94 BV von zentraler Bedeutung.¹²⁸ Soweit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht erfüllt werden, sind zudem die Anforderungen an dessen Unabhängigkeit ähnlich einer Justizbehörde: Art. 30 BV garantiert eine Entscheidbehörde, die «organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem äusseren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den (Wirtschaft-)Parteien unabhängig und unparteiisch» ist.¹²⁹ Nicht vorausgesetzt ist, dass sie in die ordentliche Gerichtsstruktur eingegliedert ist.¹³⁰ Unparteilichkeit meint insbesondere, dass bei einer objektiven Betrachtung kein

¹²⁰ Art. 8 BV.

¹²¹ Art. 9 BV.

¹²² BIAGGINI, OFK-BV, Art. 35 N 13; vgl. BGE 127 I 84 E. 4c.

¹²³ Art. 29 ff. BV; vgl. im Einzelnen zu den rechtsstaatlichen Garantien ELSER, S. 61 ff.

¹²⁴ Art. 187 Abs. 1 lit. a BV.

¹²⁵ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 187 N 5.

¹²⁶ ELSER, S. 237.

¹²⁷ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 187 N 8.

¹²⁸ Vgl. BIAGGINI, OFK-BV, Art. 178 N 27.

¹²⁹ BGE 126 I 228 E. 2a/bb.

¹³⁰ BGE 139 III 98, 104 E. 4.2; BGE 126 I 228 E. 2a/bb; BIAGGINI, OFK-BV, Art. 30 N 3a.

Anschein von Voreingenommenheit und Befangenheit besteht.¹³¹ Entsprechende Gründe können in der Person der Entscheidungsträger liegen, aber auch in äusseren Gegebenheiten funktioneller bzw. organisatorischer Natur.¹³²

2. Bundesgesetzliche Grundlagen

a) Aufsicht

48 Auf gesetzlicher Ebene konkretisiert das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) die Organisations- und Aufsichtskompetenzen des Bundes. Demnach hat der Bundesrat für eine zweckmässige und den Verhältnissen angepasste Organisation der Bundesverwaltung zu sorgen und die Leistungs- und Innovationsfähigkeit zu fördern.¹³³ Nach Massgabe der besonderen Bestimmungen beaufsichtigt er die dezentralisierten Verwaltungseinheiten und die Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören.¹³⁴ Ferner legt der Bundesrat, soweit zweckmässig, die strategischen Ziele fest für die folgenden verselbständigten Einheiten: Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der zentralen Bundesverwaltung angehören, durch die Bundesgesetzgebung geschaffen worden sind oder vom Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht werden und mit Verwaltungsaufgaben betraut sind.¹³⁵ Diese gesetzliche Definition entspricht den Unternehmen und Anstalten des Bundes, die der Bundesrat nach den eignerpolitischen Grundsätzen des Corporate-Governance-Berichts (bzw. den entsprechenden Leitsätzen) steuert.¹³⁶

49 Das ESTI als Teil des Vereins Electrosuisse ist indes weder von der Bundesgesetzgebung geschaffen worden noch ist das ESTI vom Bund beherrscht. Der Einfluss des Bundes ist deshalb begrenzt, und die erwähnten Grundsätze sind nur, aber immerhin sinngemäss anzuwenden.

¹³¹ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 30 N 7.

¹³² BGE 139 I 121, 125 E. 5.1 f.; BGE 114 Ia 50 E. 3b.

¹³³ Art. 8 Abs. 1 und 2 RVOG.

¹³⁴ Art. 8 Abs. 4 RVOG.

¹³⁵ Art. 8 Abs. 5 RVOG.

¹³⁶ https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/unternehmen_anstalten.html, zuletzt besucht am 6. Dezember 2022.

b) Verwaltungsverfahrensrecht

50 Es finden sich in der Elektrizitätsgesetzgebung nur vereinzelt konkretisierende Verfahrensnormen. So ist der betroffenen Person vor der Anordnung einer Prüfung im Rahmen der Marktüberwachung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.¹³⁷ Besondere Bestimmungen zum Ausstand enthält die Elektrizitätsgesetzgebung hingegen nicht.

51 Subsidiär regelt demnach weitgehend das VwVG das Verfahren zum Erlass von Verfügungen durch das ESTI.¹³⁸ Art. 10 VwVG enthält die Ausstandsregeln und stellt damit sicher, dass keine Person, bei der ein Anschein von Befangenheit besteht, am Erlass einer Verfügung beteiligt ist. Die Bestimmung konkretisiert den verfassungsrechtlichen Anspruch von Art. 29 Abs. 1 BV auf eine unabhängige, objektive und unvoreingenommene Entscheidbehörde.¹³⁹

c) Beschaffungsrecht

52 Seitdem das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist, muss die Übertragung öffentlicher Aufgaben unter bestimmten Voraussetzungen öffentlich ausgeschrieben werden: Nach Art. 9 BöB gilt die Erfüllungsprivatisierung als öffentlicher Auftrag, wenn die Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte eingeräumt erhält, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zufließt.¹⁴⁰ Mit spezialgesetzlichen Regelungen kann von der Ausschreibungspflicht abgesehen oder es können konkrete Regelungen vorgegeben werden (Art. 9 Satz 2 BöB). Die Anwendung von Art. 9 BöB ist bislang noch mit Unsicherheiten behaftet, da sich noch keine gefestigte Praxis entwickeln konnte.¹⁴¹

¹³⁷ Art. 25 Abs. 2 NEV.

¹³⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 VwVG; vgl. unter expliziter Nennung des ESTI TSCHANNEN, VwVG-Komm., Art. 1 N 24.

¹³⁹ BGE 140 I 326 E. 5.1; 140 I 240 E. 2.2; 139 III 120 E. 3.2.1 (Pra 2013 Nr. 97). Die strengeren Anforderungen an die Unabhängigkeit von Gerichten, die sich aus Art. 30 Abs. 1 BV ableiten, sind indes nicht ohne Weiteres auf Verwaltungsbehörden übertragbar (vgl. BGE 125 I 119 E. 3f.).

¹⁴⁰ Massgebend ist demnach nicht die Form der Aufgabenübertragung, sondern ihre Wirkung als Übertragung der Erfüllungsverantwortung. Erhält der Private hoheitliche Befugnisse eingeräumt, wird auf jeden Fall auch die Erfüllungsverantwortung übertragen; TRÜEB/CLAUSEN, N 7 und 14.

¹⁴¹ Vgl. TRÜEB/CLAUSEN, N 2.

C. *Zwischenfazit*

53 Das Konzept der Good Governance dient einer Staatstätigkeit, die Menschenrechte achtet und Interessen von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Dezentralisierung sowie Effizienz und Effektivität verpflichtet ist. (Good) Public Corporate Governance hat die Organisation und Steuerung ausgelagerter Verwaltungsträger im Blick. Sie bezieht sich indes regelmässig explizit auf öffentliche Unternehmen und kaum auf Private (wie die Electrosuisse resp. das ESTI), die staatliche Aufgaben erfüllen.

54 Zentrale Elemente einer (weit verstandenen) Good Public Corporate Governance ergeben sich unmittelbar aus der Bundesverfassung, dem Gesetz und der Rechtsprechung. Staatliche Aufgaben dürfen grundsätzlich an Private ausgelagert werden, wenn eine gesetzliche Grundlage vorliegt und die Auslagerung im öffentlichen Interesse sowie verhältnismässig ist. Die Privaten müssen sich bei der Aufgabenerfüllung an die Grundrechte halten und ihre Aufgabe in wettbewerbsneutraler Weise ausüben. Wo Private verfügungsweise handeln, ist das einschlägige Verfahrensrecht einzuhalten. Der Bund hat überdies im Rahmen seiner Aufsicht sicherzustellen, dass die privaten Aufgabenträger ihre Tätigkeit nach Gesetz und Verfassung ausüben.

55 Aufgrund der Totalrevision des BöB stellt sich zudem die Frage, ob die Übertragung der öffentlichen Aufgaben an das ESTI dem Beschaffungsrecht unterliegt.

56 Insgesamt zeigt sich, dass verfassungsrechtliche und gesetzliche Vorgaben die Good Governance des ESTI im Rahmen von dessen Organisation und Tätigkeit normativ festlegen. Das bedeutet insbesondere, dass Rechtsverletzungen im Einzelfall gerichtlich überprüft werden können. Das Konzept der Good Governance verlangt darüber hinausgehend aber auch, dass die unterschiedlichen Governance-Interessen je nach Verwaltungsaufgabe optimiert werden.

IV. Evaluation des ESTI nach Kriterien einer Good Governance

A. Vorbemerkung: Notwendige Differenzierung nach Aufgaben

57 Mit Blick auf Inhalt und Form der Auslagerung öffentlicher Aufgaben des Bundes ist das ESTI ein historisch gewachsener Spezialfall.¹⁴² Das ESTI führt unterschiedliche Aufgaben aus, die nicht einheitlich nach denselben Kriterien der Good Governance beurteilt werden können; für Ministerialaufgaben, Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sowie Leistungen am Markt gelten grundsätzlich unterschiedliche Massstäbe und Gewichtungen der Governance-Interessen.¹⁴³ In der bestehenden Governance des ESTI (d. h. in der Spezialgesetzgebung wie auch in den vertraglichen Vereinbarungen und internen Prozessen) kommt die entsprechend notwendige Differenzierung bislang allerdings nur zum Teil zum Ausdruck.¹⁴⁴

58 Die Corporate-Governance-Leitsätze des Bundes sind nicht unmittelbar auf das ESTI anwendbar und räumen zudem einen Spielraum ein, um von den Leitsätzen abweichende Regelungen zu finden, soweit dies sachlich begründet ist (*comply or explain*-Prinzip).¹⁴⁵ Die Kriterien der Good Governance und insbesondere der Public Corporate Governance sollten folglich differenziert auf das ESTI angewendet werden. Zu beachten ist dabei stets, weshalb eine bestimmte Aufgabe ans ESTI ausgelagert wurde und ob diese Gründe weiterhin überzeugen oder ob allfällige Gegenargumente überwiegen. Als zentraler (historischer) Grund für die Auslagerung staatlicher Aufgaben ans ESTI gilt das besondere technische Fachwissen, das zur Aufgabenerfüllung notwendig ist. Zudem wollte der Gesetzgeber eine branchennahe Lösung und eine «günstige Einwirkung auf die Entwicklung der elektrischen Industrie der Schweiz».¹⁴⁶ Es ging somit vor allem um

¹⁴² Oben Rz. 13 f.

¹⁴³ Oben Rz. 18.

¹⁴⁴ Nach der Public-Corporate-Governance-Lehre sollte Aufsichtsbehörden gegenüber Marktteilnehmern einerseits und der Politik andererseits ein hoher Unabhängigkeitsgrad zukommen. Dagegen ist ein Weisungsrecht im Rahmen von Ministerialaufgaben sinnvoll. Vgl. auch Empfehlungen PUE: Trotz mehrmaligen Nachfragens ist der Preisüberwacher nicht auf Dokumente oder Regelwerke gestossen, die eine saubere Aufteilung der Ausführung, Kontrolle und Aufsicht dokumentieren würden.

¹⁴⁵ Vgl. oben Rz. 37.

¹⁴⁶ Vgl. oben Rz. 13 f.

die effektive Ausübung der Verwaltungsaufgabe und die Akzeptanz der Branche.

B. Ausschreibepflicht der Erfüllungsprivatisierung?

59 Die Auslagerung von öffentlichen Aufgaben ist nach dem neuen Art. 9 BöB grundsätzlich auszuschreiben.¹⁴⁷ Das ESTI erfüllt derart ausgelagerte öffentliche Aufgaben, womit sich die Frage stellt, ob der Bund diese Aufgaben des ESTI auszuschreiben hat.

60 Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen den Regelungen des BöB vor; mit einer genügenden gesetzlichen Grundlage kann also das Verfahren zur Vergabe verändert oder es kann grundsätzlich von einer Ausschreibepflicht abgesehen werden.¹⁴⁸ Folglich übersteuert der neue Art. 9 BöB ältere Sachgesetze nicht, wenn diese weniger strenge Anforderungen an das Auswahlverfahren stellen.

61 Nach Art. 1 Abs. 1 ESTI-VO ist das ESTI die Aufsichts- und Kontrollbehörde für elektrische Anlagen, die nicht dem Bundesamt für Verkehr unterstehen. Diese Norm stellt eine spezialgesetzliche Ausnahme von der Ausschreibungspflicht dar, weil das ESTI direkt vom Verordnungsgeber mit den genannten Aufgaben betraut wird.¹⁴⁹ Die Existenz des ESTI und seine Zuständigkeit im Plangenehmigungsverfahren sowie für die Kontrolle von Schwachstrom- und Starkstromanlagen ergibt sich zudem aus dem EleG.¹⁵⁰ Insbesondere bezieht sich Art. 21 Ziff. 2 EleG auf ein «vom Bundesrat zu bezeichnendes Inspektorat». Ob eine solche rudimentäre formal-gesetzliche Bestimmung i. V. m. präziseren Regelungen auf Verordnungsstufe ausreicht, um öffentliche Aufträge gänzlich von Art. 9 BöB auszunehmen, wird in der Literatur bislang kaum thematisiert.¹⁵¹ Auch Rechtsprechung zu dieser Frage fehlt soweit ersichtlich noch.¹⁵² In der Praxis finden sich umfassende Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht üblicherweise zwar

¹⁴⁷ Vgl. unter expliziter Bezugnahme auf Art. 21 Ziff. 2 EleG; Botschaft BöB, S. 1901.

¹⁴⁸ Art. 9 BöB, letzter Satz.

¹⁴⁹ «Aufsichts- und Kontrollbehörde für elektrische Anlagen, die nicht dem Bundesamt für Verkehr unterstehen, ist das Eidgenössische Starkstrominspektorat (Inspektorat)».

¹⁵⁰ Vgl. Art. 3a und 16 ff. und 21 f. EleG.

¹⁵¹ TRÜEB/CLAUSEN, N 16, scheinen der Meinung, dass die Verordnungsstufe ausreicht.

¹⁵² Das neue BöB ist am 1. Januar 2021 in Kraft getreten.

in Gesetzen im formellen Sinn.¹⁵³ Indes verweist die Botschaft zur Totalrevision des BöB auf die Verordnung über den Flugsicherungsdienst, in der Skyguide explizit für die Erfüllung von Flugsicherungsaufgaben bestimmt wird. Die Normstufe wird dabei nicht problematisiert.¹⁵⁴

62 Der Bundesgesetzgeber selbst dürfte demnach zwar davon ausgehen, dass die ESTI-VO in Kombination mit dem EleG eine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, um die Aufgabenübertragung an das ESTI von der submissionsrechtlichen Ausschreibungspflicht nach Art. 9 BöB auszunehmen. Ob das Bundesgericht diese Auffassung aber im Streitfall stützen würde, ist keineswegs gewiss.¹⁵⁵ Anzustreben ist daher, bei nächster Gelegenheit eine klare formell-gesetzliche Grundlage zu schaffen.

C. *Bereich Plangenehmigungen*

1. **Rechtfertigung der Auslagerung**

63 Die Durchführung der Plangenehmigungsverfahren durch das ESTI scheint in der Praxis (abgesehen von der Gebührenfrage)¹⁵⁶ als unproblematisch wahrgenommen zu werden:¹⁵⁷ Die Electrosuisse steht zwar nicht im Wettbewerb mit den Gesuchstellern, weil sie selbst keine Leitungen baut. Soweit die Electrosuisse allerdings die Gesuchsteller berät oder Stromleitungen nach Art. 17 Starkstromverordnung kontrolliert,¹⁵⁸ könnte dies in der Aussenwahrnehmung (insbesondere auch bei Verfahrensparteien bzw. Beaufsichtigten) Verwirrung stiften und zu Interessenkollisionen Anlass geben. Das ESTI und die Electrosuisse sind in der Aussenwahrnehmung nämlich eng verbunden, bzw. Drittpersonen scheint eine klare Trennung der Tätigkeiten von ESTI und Electrosuisse schwerzufallen; die hoheitliche Autorität des ESTI wird von den Betroffenen bisweilen mit dem

¹⁵³ Z. B. Art. 3 Abs. 1^{bis} Exportförderungsgesetz; Art. 3 Abs. 1^{bis} Bundesgesetz zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz; vgl. auch TRÜEB/CLAUSEN, N 17.

¹⁵⁴ Botschaft BöB, S. 1901, mit Verweis auf Art. 2 Abs. 2 VFSD (vgl. aber vor allem Art. 6 Abs. 1 VFSD).

¹⁵⁵ Vgl. insbesondere Art. 164 Abs. 1 lit. e und g BV.

¹⁵⁶ Dazu ausführlich unten Rz. 111 ff.

¹⁵⁷ Die Rechtsgrundlagen für die Zuständigkeit des ESTI finden sich vorab in Art. 16 ff. EleG, Art. 2 Abs. 1 lit. b und c ESTI-VO, Art. 8a Schwachstromverordnung sowie Art. 2 ff. VPeA.

¹⁵⁸ Zu den Tätigkeiten der Electrosuisse vgl. oben Rz. 13 und 19.

Verein assoziiert.¹⁵⁹ Auch wird die Electrosuisse durch ihre Nähe zum ESTI einen gewissen Reputationsgewinn erzielen. Eine Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität (Art. 27 BV/Art. 94 BV) mag dies allerdings nach der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zu begründen.¹⁶⁰

64 Bei der Plangenehmigung handelt es sich um eine klassische hoheitliche Aufgabe, die als Ministerialaufgabe typischerweise von der Zentralverwaltung ausgeübt wird.¹⁶¹ Der Corporate-Governance-Bericht bezeichnet Ministerialaufgaben grundsätzlich als nicht zur Auslagerung geeignet. Es ist daher zu begründen, weshalb sich eine Auslagerung konkret in diesem Fall rechtfertigt und wie die Aufgabenerledigung durch die Governance-Strukturen sichergestellt wird (*comply or explain-Prinzip*).¹⁶²

65 Plangenehmigungen können sich als besonders komplexe Verfahren erweisen, in denen vielfältige gesetzliche Grundlagen und Interessen zu berücksichtigen sind und verschiedene Fachstellen zusammenarbeiten müssen. Aus diesem Grund sind Plangenehmigungsverfahren einfach, schnell und koordiniert durchzuführen.¹⁶³ So sollen etwa im Interesse der Konzentration des Entscheidungsverfahrens alle Einwände gesamthaft geprüft werden und in den Plangenehmigungsentscheid einfließen können.¹⁶⁴

66 Die Durchführung eines Plangenehmigungsverfahrens erfordert in den jeweiligen Bereichen eine hohe, vor allem auch technische Fachkompetenz. Der Verein und das ESTI sind aufgrund des vorhandenen Fachwissens im Bereich der Elektrizität besser geeignet als die Zentralverwaltung, die Plangenehmigung für

¹⁵⁹ Dies könnte etwa dann zu Unverständnis bei den Betroffenen führen, wenn das ESTI im Rahmen eines Plangenehmigungsverfahrens andere Anforderungen stellt, als sie Electrosuisse im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit kommuniziert, oder wenn das ESTI Unfälle bei Anlagen abzuklären hätte, die vormalig von der Electrosuisse kontrolliert wurden.

¹⁶⁰ BGE 138 I 378. Vgl. in Bezug auf öffentliche Unternehmen KARLEN, S. 394: Gewisse Wettbewerbsverzerrungen, die sich etwa aus der besonderen Reputation des Staates ergeben, lassen sich kaum vermeiden; vgl. kritisch BAUMANN, N 234 und 432 («Umbrella-Branding»): Zu unterlassen sind jedenfalls gemeinsame Werbeaktionen von privatwirtschaftlich und öffentlich tätigen Bereichen.

¹⁶¹ Zum Begriff oben Rz. 18.

¹⁶² Oben Rz. 37.

¹⁶³ Vgl. insbesondere das Bundeskoordinationsgesetz von 1999, mit dem gesamtschweizerisch einheitliche Regeln und Verfahren geschaffen wurden.

¹⁶⁴ BVGE 2016/13 E. 1.3.4.

elektrische Anlagen zu betreuen. Während einerseits das ESTI heute im Bereich der Plangenehmigungen selbständig arbeitet und kaum noch auf die Expertise des Vereins angewiesen ist, hat sich andererseits die bestehende Aufgabenteilung zwischen dem ESTI und der Zentralverwaltung bewährt, was kürzlich auch die BDO-Studien bestätigt haben. Diese Einschätzung stimmt im Übrigen mit der Auffassung des Bundesrats überein, der im Rahmen der Botschaft zum Bundeskoordinationsgesetz ähnlich argumentierte.¹⁶⁵ Die heute vom ESTI durchgeführten Plangenehmigungsverfahren sind denn auch ein Massengeschäft, bei dem elektrotechnische Aspekte im Vordergrund stehen. Das ESTI erledigt pro Jahr über 7'000 Plangenehmigungsverfahren, davon ca. 80 % im vereinfachten Verfahren.¹⁶⁶ Überdies ist das ESTI auch für die Um- und Durchsetzung der Plangenehmigungsverfügungen fachlich die kompetente Behörde; aufgrund der Technizität ist es geboten, dass das ESTI sowohl die Bewilligungen ausstellt und die Ausführung hiernach beaufsichtigt. Für Konfliktfälle ist hingegen nicht das ESTI, sondern das BFE zuständig: Bis zum 1. Januar 2023 war das Verfahren unmittelbar vom BFE zu behandeln, wenn innerhalb von sechs Monaten nicht mit allen Einsprechern und Behörden eine Einigung erzielt werden kann. Eine solche Zweistufigkeit der Zuständigkeit bei umstrittenen Verfahren ist mit Blick auf die Good Governance grundsätzlich sinnvoll, kann allerdings auch zu längeren Verfahrensdauern führen. Um dieser Problematik entgegenzuwirken, wurden die Art. 5 und 6 VPeA per 1. Januar 2023 revidiert.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Botschaft Bundeskoordinationsgesetz, S. 2628: «Zuständig für die Plangenehmigung von elektrischen Anlagen war bisher das Eidgenössische Starkstrominspektorat (ESTI). Diese Regelung hat sich bewährt und wird grundsätzlich beibehalten. Das Plangenehmigungsgesuch wird beim ESTI eingereicht, dieses organisiert die Publikation und die Vernehmlassung bei den betroffenen Kreisen. Es nimmt Einsprachen und Stellungnahmen entgegen und versucht, allfällige Differenzen zu bereinigen. Ist es erfolgreich, so kann es das Verfahren mit der Plangenehmigung abschliessen. Können Einsprachen nicht einvernehmlich erledigt werden oder verbleiben Differenzen mit Bundesbehörden, so geht das Verfahren an das Bundesamt für Energie (BFE) über. Dieses wird über strittige Einsprachen entscheiden und die Plangenehmigung erteilen. Auch die Durchführung eines allfälligen Bereinigungsverfahrens mit den interessierten Bundesbehörden ist Sache des BFE. Diese Aufteilung entspricht den Anforderungen der Verfahrenskoordination. Nach der Kombination des Enteignungsverfahrens mit dem ordentlichen Plangenehmigungsverfahren ist das BFE besser geeignet, bei den teilweise komplexen Vorhaben mit ihren u. U. erheblichen Auswirkungen auf Raum und Umwelt die notwendige umfassende Abwägung aller massgeblichen Gesichtspunkte vorzunehmen als das vorwiegend technisch ausgerichtete verwaltungsexterne ESTI.» Vgl. ferner auch die Botschaft Um- und Ausbau Stromnetze, S. 3875 und 3892.

¹⁶⁶ Tätigkeitsbericht ESTI 2020, S. 3 und 5.

¹⁶⁷ Das ESTI wird durch die Neuregelung umstrittene Plangenehmigungsverfahren rascher und unbürokratischer an das BFE überweisen können; Medienmitteilung BFE; vgl. neu Art. 6b VPeA.

- 67 Mit dieser Aufgabenteilung wird somit einerseits die Zentralverwaltung von einem «Massengeschäft» entlastet, und andererseits kann das ESTI als Teil eines privaten Vereins seine Organisation spezifischer auf das Geschäft hin anpassen und stärker an betriebswirtschaftlichen Prinzipien ausrichten, als es die Zentralverwaltung könnte. Die primäre Zuständigkeit des ESTI für die Plangenehmigung von elektrischen Anlagen ist somit insgesamt sachlich begründet.
- 68 Das UVEK als zuständiges Departement hat die Auslagerung der Plangenehmigungsverfahren ans ESTI durch Governance-Massnahmen abzusichern. Da es bei Ministerialaufgaben darum geht, die gesetzgeberische Ordnung unter Leitung der Regierung effektiv und koordiniert umzusetzen, ist es folgerichtig, dass die Zuständigkeit, wie soeben dargestellt, bei umstrittenen Plangenehmigungen auf das UVEK bzw. das BFE übergeht.¹⁶⁸ Zudem steht dem UVEK in zweierlei Hinsicht eine Weisungskompetenz gegenüber dem ESTI zu:
- Erstens übt das UVEK die Aufsicht darüber aus, dass das ESTI seine Aufgaben im Rahmen der Plangenehmigungen ordnungsgemäss erfüllt. Das UVEK hat dem ESTI im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion Weisungen zu erteilen, wenn dieses gegen klares materielles Recht verstösst, wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt oder wichtige öffentliche Interessen ausser Acht lässt.¹⁶⁹
 - Nach dem Vertrag UVEK–Electrosuisse steht dem UVEK ein Weisungsrecht bei «amtlichen Tätigkeiten» des ESTI zu.¹⁷⁰ Da dieses Weisungsrecht seine Grundlage in einer bilateralen Vereinbarung hat, kann es keinerlei Rechtswirkung gegenüber Drittpersonen (z. B. im Rahmen des Plangenehmigungsverfahrens) entfalten, sondern bezieht sich primär auf organisatorische Belange des ESTI. Weil die Konfliktfälle der Plangenehmigungen ohnehin dem BFE zugeteilt sind, entsteht durch dieses begrenzte Weisungsrecht keine Regelungslücke.

¹⁶⁸ Soeben Rz. 66 f.

¹⁶⁹ VOGEL, VwVG-Komm., Art. 71 N 17.

¹⁷⁰ Vertrag UVEK–Electrosuisse, Ziff. 5; zur Aufsicht des UVEK oben Rz. 27.

- 69 Überdies bedarf das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen der Koordination mit verschiedenen Stellen des Bundes, was die Autonomie des ESTI bei der Verfahrensleitung ebenfalls relativiert.¹⁷¹
- 70 Unabhängig davon, welche Stelle das Plangenehmigungsverfahren durchführt, werden die Interessen der Good Governance im Weiteren durch das Verwaltungsverfahrenrecht sichergestellt. Wenn der objektive Anschein einer Befangenheit eines Mitarbeitenden des ESTI besteht, führt dies zu einer Ausstandspflicht.¹⁷² Allein aufgrund der – gesetzlich vorgesehenen – Eingliederung des ESTI in die Electrosuisse ist die Unabhängigkeit des ESTI i. S. v. Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 10 VwVG aber nicht in Frage gestellt. Vielmehr müssten im konkreten Einzelfall objektive Anhaltspunkte bestehen, dass das ESTI bzw. die mit dem Fall befassten Mitarbeitenden als befangen erscheinen. Rein subjektive Eindrücke der Betroffenen genügen nicht.¹⁷³ Überdies können Gesamtbehörden als solche gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht in den Ausstand treten.¹⁷⁴ Die Unabhängigkeit der Entscheidbehörde ist somit durch die allgemeinen Verfahrensregelungen ebenso gesichert wie die Partizipation der Betroffenen (Art. 10 und 26 ff. VwVG, Art. 29 ff. BV).¹⁷⁵

2. Zwischenfazit

- 71 Die Auslagerung des Plangenehmigungsverfahrens an das ESTI ist weiterhin gerechtfertigt: Erstens kann sich das ESTI als Teil einer privaten Organisation besser als die Zentralverwaltung darauf einstellen, dieses Massengeschäft effizient

¹⁷¹ Vgl. insbesondere Art. 1e VPcA.

¹⁷² Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG: «Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, treten in Ausstand, wenn sie aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten».

¹⁷³ Vgl. explizit zum Genehmigungsverfahren betreffend eine Hochspannungsleitung BVerger A-5374/2010 vom 15. August 2012 E. 6; siehe auch BVerger 1E.18/2001 vom 10. Dezember 2001 E. 2.

¹⁷⁴ BGE 139 I 121 E. 4.3. Nur unter ausserordentlichen Umständen ist von der Befangenheit sämtlicher Mitglieder einer bestimmten Entscheidbehörde auszugehen. Die Behörde kann in diesem Fall ihre gesetzlich vorgesehene Aufgabe nicht mehr wahrnehmen, sodass ein Spannungsverhältnis zum Anspruch auf Beurteilung durch die gesetzliche Entscheidbehörde besteht (vgl. BGE 122 II 471 E. 3b).

¹⁷⁵ Vgl. auch Art. 5 VPcA, der weitere für Plangenehmigungsverfahren typische Verfahrensinstitute nennt, um die Transparenz, Effektivität, Kohärenz und Partizipationsmöglichkeiten im Verfahren zu stärken (Publikation des Gesuches, Stellungnahmen, Begehungen und Vermittlung). Die Bestimmung wurde indes per 1. Januar 2023 aufgehoben, weil sie nichts enthält, was sich nicht schon aus dem Gesetz ergibt.

zu erledigen. Zweitens verfügt das ESTI über das nötige spezifische, technische Fachwissen, das bei der Zentralverwaltung (derzeit) nicht vorhanden ist.

72 Die Interessen der Good Governance sind in diesem Bereich durch die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Verfahrensgarantien ausreichend gewährleistet. Zudem hat die zentrale Bundesverwaltung bei strittigen Fällen einen erheblichen Einfluss auf die Plangenehmigungsverfahren, und das UVEK kann im Rahmen seiner Aufsichtskompetenzen stets korrigierend eingreifen.¹⁷⁶ Dieser erhebliche Einfluss der Bundesverwaltung auf das ESTI ist sachgerecht, weil es sich bei Plangenehmigungen um sogenannte Ministerialgeschäfte handelt, bei welchen die gesetzliche Ordnung in umfassender und koordinierter Weise unter Leitung der Regierung zu verwirklichen ist.

73 Das ESTI steht bezüglich Plangenehmigungen nicht in der Kritik. Möglichen Interessenkonflikten, die sich durch Tätigkeiten der Electrosuisse ergeben könnten, sollte aber – soweit organisatorisch sinnvoll – vorgebeugt werden.¹⁷⁷ Dass es zwischen den Mitgliedern von Fachverwaltungen (wie dem ESTI) und den Rechtsunterworfenen (wie den Gesuchstellern für eine Plangenehmigung oder betroffenen Dritten) gewisse Berührungspunkte gibt, ist üblich. Entsteht jedoch im Einzelfall der Eindruck, dass die Entscheidbehörde nicht mehr unparteiisch und unvoreingenommen entscheidet, haben die betroffenen Behördenmitglieder nach Art. 10 VwVG (von sich aus) in den Ausstand zu treten.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Die Aufsichtsbehörden auferlegen sich indes regelmässig eine gewisse Zurückhaltung und belassen der Behörde einen eigenständigen Beurteilungsspielraum. Sie greifen nur ein, wenn eine wiederholte Verletzung von klaren Rechtsvorschriften oder von wichtigen öffentlichen Interessen vorliegt bzw. wenn konkrete Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, die das Verhalten der Behörde als klar rechtsfehlerhaft oder als klaren Verstoss gegen öffentliche Interessen erscheinen lassen; vgl. BGE 136 II 457 E. 3; VOGEL, VwVG-Komm., Art. 71 N 17.

¹⁷⁷ Dazu unten Rz. 143 ff.

¹⁷⁸ Problematisch ist etwa eine Geschäftsbeziehung oder ein Anstellungsverhältnis zwischen einem am Entscheid beteiligten Behördenmitglied und einem Verfahrensbeteiligten. Jedoch liegt es in der Natur der Sache, dass qualifizierte Fachkräfte regelmässige berufliche Kontakte zu den wenigen Fachkollegen haben (vgl. SCHINDLER, Befangenheit, S. 116 f.). Unproblematisch ist etwa die Beteiligung eines Behördenmitglieds als Redner an einem vom Verband der Parteien organisierten Seminar, soweit dabei nicht auf hängige Verfahren eingegangen wird (BVGer B-2775/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 3.2.2).

74 Wie bereits erwähnt, ist die Gebührenerhebung im Plangenehmigungsverfahren gesondert zu prüfen. Dieser Aspekt wird weiter unten im Gesamtkontext der Gebührenordnung eingehend untersucht.¹⁷⁹

D. Bereich Aufsicht über Elektroinstallationen

1. Rechtfertigung der Auslagerung: Know-how und Branchennähe

75 Für die Auslagerung von Aufsichtsaufgaben, die politisch unabhängig ausgeführt werden müssen, gilt gemäss Corporate-Governance-Bericht der Grundsatz der Organisationsform der Anstalt.¹⁸⁰ Das Bedürfnis nach politischer Unabhängigkeit hat der Gesetzgeber allerdings – wie bereits erwähnt – im Bereich der Aufsicht über Elektroinstallationen nicht artikuliert; ein solches Bedürfnis lässt sich jedenfalls dem Gesetz nicht entnehmen.¹⁸¹

76 Die heutige Rechtsform des ESTI hat in erster Linie historische Gründe. Der damalige SEV wurde mit dem Elektrizitätsgesetz von 1903 vom Bund beauftragt, das gesetzliche Starkstrominspektorat zu führen. Gründe für diese Auslagerung an das ESTI als Teil des SEV lagen vor allem in der besonderen Fachkenntnis und Branchennähe des SEV.¹⁸² Seither hat der Bund dem ESTI weitere Aufgaben übertragen. Bereits die Starkstromverordnung von 7. Juli 1933 sowie die NIV vom 6. September 1989 sah explizit die Zuständigkeit des ESTI als Aufsichtsorgan vor. Heute ergibt sich die Zuständigkeit des ESTI für die Aufsicht über Elektroinstallationen aus der geltenden NIV vom 7. November 2001.¹⁸³ Der Corporate-Governance-Bericht stammt hingegen aus dem Jahr 2006.

¹⁷⁹ Unten Rz. 111 ff.

¹⁸⁰ Oben Rz. 37 f.

¹⁸¹ Oben Rz. 38.

¹⁸² Vgl. oben Rz. 13.

¹⁸³ Vgl. insbesondere Art. 6 NIV. Seit der Teilrevision der NIV, die am 1. Januar 2018 in Kraft trat, führt das ESTI offenbar selbst keine Kontrollen der Installationen mehr durch, sondern fokussiert sich primär auf die Rolle als Aufsichts- und Kontrollbehörde für elektrische Anlagen; vgl. Schlussbericht Finanzierung, S. 6.

- 77 Im Bereich der Aufsicht über Elektroinstallationen hat das ESTI konkret folgende Aufgaben zu erfüllen:
- Aufsicht über Betreiber von elektrischen Anlagen, die nicht dem BAV unterstehen.¹⁸⁴
 - Beaufsichtigung von Kontrollorganen und Inhabern einer allgemeinen oder zeitlich begrenzten Installationsgenehmigung. Unterstützung von anderen Kontrollorganen bei der Überwachung der Anlagenkontrolle und Anordnung der hierzu notwendigen Massnahmen. Kontrolle von elektrischen Anlagen, die weder von einer unabhängigen Kontrollstelle noch von einer akkreditierten Inspektionsstelle kontrolliert werden.¹⁸⁵
 - Überwachung der Sicherheitsnachweise und der periodischen Kontrollen.¹⁸⁶
 - Durchsetzung der periodischen Kontrollen und Mängelbehebung bei Eigentümern von Niederspannungsinstallationen.¹⁸⁷
 - Diverse Aufsichtsaufgaben im Bereich der Starkstromanlagen¹⁸⁸ inkl. Zuständigkeit für Unfalluntersuchungen.¹⁸⁹
 - Kontrollaufgaben im Bereich der Schwachstromanlagen.¹⁹⁰

78 Die ursprünglichen Gründe für die Auslagerung der Aufsicht über Elektroanlagen, besonderes Fachwissen und Branchennähe, treffen auch heute grundsätzlich noch zu und rechtfertigen insofern weiterhin eine wirksame Aufsicht im Schosse des privaten Vereins Electrosuisse: Die Einbettung im Verein gewährleistet nach wie vor auch eine gewisse Branchennähe, und das nötige Fachwissen für die Aufsicht ist heute im ESTI unbestritten vorhanden. Ob und inwiefern das ESTI dabei vom Verein Electrosuisse profitiert, ist allerdings ambivalent zu beurteilen:

¹⁸⁴ Art. 21 Ziff. 2 i. V. m. Art. 3 EleG; Art. 2 Abs. 1 lit. a ESTI-VO.

¹⁸⁵ Art. 34 NIV.

¹⁸⁶ Art. 34 NIV, Art. 36 und 35 Abs. 3 NIV, Art. 36 NIV.

¹⁸⁷ Art. 36 NIV, Art. 40 Abs. 3, 3^{bis} und 4 NIV, Art. 39 NIV.

¹⁸⁸ Art. 17 ff. Starkstromverordnung; vgl. auch LeV.

¹⁸⁹ Art. 16 Starkstromverordnung.

¹⁹⁰ Art. 22a ff. Schwachstromverordnung.

- Ein spezifischer Vorteil ist die Nähe zur Normung: Über die Electrosuisse bestehen direkte Kontakte zu den Personen in den nationalen Fachgremien und zu den europäischen Partnern, womit das ESTI rasch und einfach Zugang zu internationalem Fachwissen und der internationalen Regulierungspolitik erhält.
- Das ESTI profitiert im Verbund mit dem Verein von gewissen Skaleneffekten, um die nötige Infrastruktur (vor allem Bürogebäude und IT-System) zu betreiben.¹⁹¹ In Bezug auf die IT erweist sich die Verbindung indes auch als nachteilig, weil ein gemeinsam genutztes System nicht konsequent auf die Bedürfnisse des Inspektorats ausgerichtet werden kann.¹⁹²
- Ähnlich wie bei der Infrastruktur verhält es sich im Bereich Personal. Die Electrosuisse und das ESTI verfügen zwar über eine gemeinsame Personalabteilung, massgebliche Vorteile des ESTI bei der Rekrutierung ergeben sich hieraus indes nicht. Zudem gilt das Personalreglement des Verbands auch für die Mitarbeitenden des ESTI, wobei der Erlass eines eigenen Reglements möglich und angebracht wäre.¹⁹³ Ein interner bzw. informeller Austausch von Know-how zwischen Mitarbeitenden des Vereins und des ESTI findet heute kaum mehr statt. Vielmehr wird der Grundsatz gelebt, dass legitimer fachlicher Austausch öffentlich stattfinden soll (z. B. an öffentlich zugänglichen Informationsveranstaltungen). Während das bestehende Personal den Standort Fehraltorf im Zürcher Oberland durchaus schätzt, erweist er sich für die Rekrutierung

¹⁹¹ Vgl. Ziff. 1 der Antwort des Bundesrats auf die Anfrage Marchesi (Nr. 22.1043).

¹⁹² Im Übrigen gelten für das ESTI als Behörde regelmässig strengere Anforderungen als an den privaten Verein Electrosuisse. Dies zeigt sich in der IT-Sicherheit und beim Datenschutz exemplarisch, wo es dem ESTI schwerfällt, die bundesrechtlichen Vorgaben umzusetzen – auch weil die entsprechenden Aufwendungen für den Verein nicht nötig wären; Auskunft ESTI, Besprechung vom 6. Oktober 2022.

¹⁹³ Die Bedürfnisse des ESTI im Bereich Personal weichen als Bundesbehörde von jenen der Electrosuisse ab (z. B. italienisch- und französischsprachige Mitarbeitende sowie besondere Arbeitseinsätze). Zudem könnten in einem eigenen Reglement spezifische Treuepflichten und Anforderungen an die Unabhängigkeit formuliert werden.

bisweilen als Nachteil, namentlich wenn für die Erfüllung der Staatsaufgaben französische oder italienische Sprachkenntnisse vorausgesetzt sind.¹⁹⁴

2. Kernproblem: mangelnde Unabhängigkeit von den Marktteilnehmern

a) Ausgangslage

79 Das ESTI ist organisatorisch in den Verein Electrosuisse eingebunden und verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit.¹⁹⁵ Dies führt im Bereich der Aufsicht über die Elektroinstallationen zu einer wahrgenommenen Nähe zwischen der Aufsichtsbehörde (ESTI) und den Beaufsichtigten, die teilweise Mitglieder von Electrosuisse sind. Zudem bietet die Electrosuisse als akkreditierte und zertifizierte Inspektionsstelle selbst technische Kontrollen von Hoch- und Niederspannungsinstallationen an.¹⁹⁶ Die Verflechtung zwischen ESTI und Electrosuisse zeigt sich in verschiedenen Dimensionen:

- Räumlich und auch digital besteht keine strikte Trennung zwischen dem ESTI und dem Verein Electrosuisse. Das ESTI hat seine Büros in einem eigenen Stockwerk, aber im selben Gebäude wie Electrosuisse. Es besteht zwar die Möglichkeit, den Zugang über ein Batch-System zu kontrollieren. Faktisch haben die Mitarbeitenden des Vereins ohne Weiteres Zugang zu den Räumlichkeiten des ESTI. Im IT-System bestehen zwar getrennte Mandate, bestimmte Mitarbeitende des Vereins (vor allem Mitarbeiter der IT und Mitarbeitende des Rechnungswesens) haben aber Zugriff auf die Datenablage des ESTI.¹⁹⁷
- Die Buchhaltung wird durch den Verein und die Kostenteilung zwischen Verein und ESTI von der Geschäftsleitung (bisweilen offenbar durchaus

¹⁹⁴ Auskunft ESTI, Besprechung vom 6. Oktober 2022.

¹⁹⁵ Vgl. oben Rz. 20.

¹⁹⁶ Vgl. oben Rz. 19.

¹⁹⁷ Nach Art. 4 ESTI-VO sind die Organe und Angestellten der Electrosuisse zur Verschwiegenheit verpflichtet, wenn sie über dienstliche Angelegenheiten des Inspektorats Kenntnis erhalten.

kontrovers) diskutiert und bestimmt. Buchhaltung und Umlageschlüssel sind von der KKS zu genehmigen.¹⁹⁸

- In der Aussenwahrnehmung (insbesondere auch bei Verfahrensparteien und Beaufsichtigten) sind das ESTI und die Electrosuisse eng verbunden bzw. scheint eine klare Trennung der Tätigkeiten schwerzufallen. Die hoheitliche Autorität des ESTI wird von den Betroffenen bisweilen mit dem Verein assoziiert. Dies kann zu Unverständnis bei den Betroffenen führen, etwa wenn das ESTI im Rahmen eines Plangenehmigungsverfahrens tatsächlich andere Anforderungen stellt, als es Electrosuisse im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit kommuniziert hat.¹⁹⁹

80 Diese enge Verbindung zwischen dem ESTI und Electrosuisse ist mit Blick auf das Erfordernis der Unabhängigkeit der Aufsichtsinstanz von den Marktteilnehmern problematisch. Die zentrale Frage ist, ob im Rahmen der bestehenden Organisationsform Massnahmen, die das notwendige Mindestmass an Unabhängigkeit gewährleisten, möglich sind oder ob das ESTI (oder zumindest dessen Aufsichtstätigkeit über Elektroinstallationen) zwingend organisatorisch von Electrosuisse getrennt und mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet werden muss.

b) Rechtliche Mindestanforderungen

81 Aufsichtsbehörden sollen in doppelter Hinsicht unabhängig sein: Einerseits wird Unabhängigkeit von politischer Einflussnahme verlangt,²⁰⁰ weshalb Behörden die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht grundsätzlich von der Zentralverwaltung auszulagern haben.²⁰¹ Andererseits muss die Aufsichtsbehörde ihre Unabhängigkeit gegenüber der beaufsichtigten Branche bzw. den einzelnen Marktteilnehmern wahren.²⁰² Im gängigen Modell werden vier

¹⁹⁸ Verwendet werden überwiegend die Schlüssel pro Kopf bzw. pro Fläche. Insgesamt resultiere eine Mischrechnung, die für das ESTI stimme; Auskunft ESTI, Besprechung vom 6. Oktober 2022.

¹⁹⁹ Vgl. auch oben Rz. 63.

²⁰⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 1 Mustererlass Anstalten.

²⁰¹ Wie bereits oben erwähnt (Rz. 38 und 75), spielt diese Dimension der Unabhängigkeit mit Blick auf das ESTI indes keine zentrale Rolle.

²⁰² Vgl. zur FINMA BAUER, S. 308 f.; differenziert zum ENSI MÜLLER, Anforderungen, S. 59 ff.

Dimensionen der Unabhängigkeit unterschieden: institutionelle, funktionale, personelle und finanzielle Unabhängigkeit.²⁰³ Die Aufsichtsbehörden sind darüber hinaus den einschlägigen Rechtsgrundlagen, den technischen (Eigen-)Gesetzlichkeiten sowie wissenschaftlichen Erkenntnissen verpflichtet. Entsprechendes Fachwissen wird daher vorausgesetzt.²⁰⁴ Das Gegengewicht zur politischen Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde bilden Steuerungs- und Kontrollinstrumente, Rechenschaftspflicht und Transparenzgebote sowie die richterliche Überprüfung der Einzelfallentscheide.²⁰⁵

82 Bezüglich politischer und wirtschaftlicher Unabhängigkeit gilt grundsätzlich ein strenger Massstab, der mit demjenigen von Art. 30 BV vergleichbar ist. Demnach darf bei einer objektiven Betrachtung kein Anschein von Voreingenommenheit und Befangenheit bestehen – sei dies aufgrund persönlicher, funktioneller oder organisatorischer Gründe.²⁰⁶ Eine absolute Unabhängigkeit bzw. dass keinerlei Verbindungen zwischen Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigten bestehen, wird jedoch nicht verlangt. Zu strenge Anforderungen an die Unabhängigkeit können sich gerade in der «kleinen» Schweiz als nicht praktikabel erweisen, weil nur wenige Personen oder Organisationen über das für eine Fachaufsicht notwendige Wissen verfügen. Derartige Überlegungen hat auch das Bundesgericht für den Bereich der Finanzmarktaufsicht angestellt.²⁰⁷

²⁰³ STÖCKLI, S. 127 ff.

²⁰⁴ MÜLLER, Anforderungen, S. 73 f., der die explizite Auffassung vertritt, dass es die Eigengesetzlichkeit von Technik ist, welche es zulässt, dass mit dem ESTI ein privatrechtlicher Verein im Bereich der Elektrizitätsgesetzgebung zu hoheitlichem Handeln berechtigt ist. Siehe auch HETTICH/FREYER, S. 136, wonach Aufsichtsbehörden regelmässig auch – oder vor allem – technokratisch legitimiert sind.

²⁰⁵ Vgl. zur FINMA BAUER, S. 310.

²⁰⁶ Vgl. ferner Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 10 VwVG.

²⁰⁷ Nach Art. 24a Abs. 1 FINMAG kann die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person beauftragen, Prüfungen bei Beaufsichtigten durchzuführen. Wie «unabhängig» diese Person zu sein hat, definiert das Gesetz nicht näher. Im Kern geht es darum, die verfassungsrechtliche Garantie der Unbefangenheit sicherzustellen. Der Ausgang des Verfahrens muss für alle Beteiligten offen erscheinen. Die Beurteilung des Sachverhalts bzw. die Prüfung darf folglich nicht jemandem anvertraut werden, bei dem der Anschein besteht, er habe sich bereits im Voraus festgelegt. Im Bereich der Finanzmarktaufsicht verhält es sich so, dass Grossbanken bei Rechtsstreitigkeiten regelmässig die Dienste von wenigen Anwaltskanzleien in Anspruch nehmen. Diese Kanzleien scheidet nun aber nicht bereits deshalb infolge Befangenheit als potenzielle Prüfbefauftragte nach Art. 24a FINMAG aus, zumal oft nur diese Kanzleien fachlich qualifiziert sind. Der Anschein fehlender Ergebnisoffenheit besteht immerhin dann, wenn die bisherigen Mandate des Prüfbeauftragten im Zusammenhang mit dem finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren gegen die Beaufsichtigten standen bzw. stehen; BGer 2C_399/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 6.2, 7.5 und E. 8.

83 Das Interesse an einer möglichst unabhängigen Aufsichtsinstanz muss zudem mit anderen Governance-Interessen abgewogen werden (im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz).²⁰⁸ Führt eine verstärkte Unabhängigkeit der Aufsichtsinstanz etwa zu einem übermässigen Verlust von Fachwissen oder Effizienz, ist die wirksame Aufsicht gefährdet. Zu beachten ist im Übrigen, dass je nach konkretem Aufsichtsbereich und den dabei involvierten Risiken dem Interesse an Unabhängigkeit ein unterschiedliches Gewicht zukommt.

3. Lösungsvorschläge

84 Die derzeitige Governance des ESTI vermag der rechtlichen Vorgabe an eine Aufsichtsbehörde, den Anschein von Voreingenommenheit und Befangenheit zu vermeiden, nicht vollends Rechnung zu tragen; angesichts der bestehenden Strukturen und Massnahmen²⁰⁹ erscheint die Unabhängigkeit des ESTI von der beaufsichtigten Branche bzw. den Marktteilnehmern im Bereich der Aufsicht über Elektroinstallationen als nicht genügend abgesichert. Aufgrund der Verbindungen und Überschneidungen zwischen ESTI und Electrosuisse könnten die Beaufsichtigten Kenntnisse von aufsichts- resp. wettbewerbsrelevanten Informationen erhalten oder einen Einfluss auf das ESTI ausüben. Dabei ist nicht massgebend, ob sich diese Risiken tatsächlich verwirklichen. Denn auch ein (objektiv begründeter) Eindruck mangelnder Unabhängigkeit oder Befangenheit ist zwingend zu beseitigen.

85 Liesse sich die Unabhängigkeit des ESTI im Rahmen der heutigen Strukturen organisatorisch durch zusätzliche Vorgaben verbessern, dann wäre eine solche «interne» Reform einer Abspaltung oder Rückführung in die Bundesverwaltung als milderer Mittel (im Sinne eines verhältnismässigen Vorgehens)²¹⁰ vorzuziehen. Denn bei einer Abspaltung entstehen erhebliche Kosten, und es drohen Risiken wie namentlich der Verlust an Personal resp. Know-how. Zu prüfen sind somit Möglichkeiten, über Vorgaben in Verordnung, Leistungsauftrag oder Vertrag zusätzliche organisatorische und wirtschaftliche Unabhängigkeit von Electrosuisse zu gewinnen, ohne dass damit die grundsätzlich effizienten Strukturen im

²⁰⁸ Dazu oben Rz. 35 und 39 ff.

²⁰⁹ Oben Rz. 79 f.

²¹⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV.

Verhältnis Electrosuisse-ESTI aufgelöst werden müssen. Sollte sich eine interne Reform nicht bewähren, könnten in einem nächsten Schritt immer noch weitergehende Lösungen in Betracht gezogen werden.

86 Im Wesentlichen bestehen nach Ansicht der Gutachter folgende Lösungsansätze:

- Vorgaben zur organisatorischen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Mitarbeitenden des ESTI könnten in der Verordnung, einem eigenen Personalreglement²¹¹ und in der Vereinbarung mit der Electrosuisse adressiert werden. Namentlich sollte verlangt werden, dass Mitarbeitende des ESTI keine Aufgaben übernehmen, die mit der Aufsichtstätigkeit in Konflikt stehen könnten. Das würde die Übernahme von Aufgaben innerhalb des Vereins weitgehend ausschliessen.²¹² Damit würden Interessenkonflikte vermieden, und es würde die Gefahr reduziert, dass Aussenstehende Handlungen des ESTI als solche der Electrosuisse und *vice versa* wahrnehmen.
- Die Vorgabe, ein Qualitätsmanagement zu führen,²¹³ könnte ergänzt werden durch die Pflicht, eine (der Grösse der Organisation angepasste) Qualitätssicherung, ein adäquates betriebliches Risikomanagement und eine interne Revision einzusetzen.²¹⁴ Im Wesentlichen müsste das ESTI dann die wichtigsten betrieblichen Prozesse definieren und durch eine interne Revision kontrollieren lassen, um wettbewerbsrechtliche

²¹¹ Vgl. oben Rz. 78 bei Fn. 193.

²¹² Vgl. etwa Art. 3 ff. ENSIV. Auszunehmen wäre die Einsitznahme von ESTI-Mitarbeitenden in strategischen Gremien des Vereins, um die Interessen des ESTI zu vertreten.

²¹³ Für Kontrollen gemäss der Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (NIV) wie auch für Inspektionen von elektrischen Hoch- und Niederspannungsanlagen und in Bezug auf Sicherheit und Umweltverträglichkeit liess sich das ESTI 1994 als Inspektionsstelle akkreditieren. 1996 erfolgte die Akkreditierung als Zertifizierungsstelle für elektrische Erzeugnisse gemäss der Verordnung über elektrische Niederspannungserzeugnisse (NEV). Das ESTI ist folglich als Inspektionsstelle (Akkreditierungsnummer SIS 010) und als Zertifizierungsstelle (Akkreditierungsnummer SCESp 033) anerkannt. Des Weiteren ist das Qualitätsmanagement von Electrosuisse ISO 9001 zertifiziert. Indes sind nur wenige Tätigkeiten im Schnittpunkt von Electrosuisse und ESTI als Prozesse erfasst (z. B. Spesen und Rechnungsstellung). Eine interne Revision des Prozessmanagements sei – auch mangels Ressourcen – nicht durchwegs systematisiert. Die Überprüfung der selbst definierten Prozesse erfolge durch die einzelnen Abteilungen auf Anweisung der Geschäftsleitung. Elemente eines Compliance-Systems sind intern zwar in Diskussion, jedoch ist eine Implementierung nicht absehbar; Auskunft ESTI, Besprechung vom 6. Oktober 2022.

²¹⁴ Vgl. dazu Art. 2 Abs. 1 ENSIV: «Das ENSI betreibt ein Qualitätsmanagementsystem, welches sämtliche Geschäftsbereiche abdeckt. Dieses System muss von einer unabhängigen Stelle zertifiziert sein».

- Informationen zu sichern. Im Vordergrund steht dabei eine klare funktionale, räumliche und personelle Abgrenzung der geschäftlichen Prozesse zwischen ESTI und Electrosuisse (sogenannte «Chinese Walls») – mit klaren Zugangsschranken und Zugriffsrechten.²¹⁵ Wo solche klaren Abgrenzungen nicht möglich sind, ist eine strukturelle Trennung zu vollziehen (z. B. die Errichtung eines eigenen IT-Systems).²¹⁶ Das Prozesssystem sollte durch ein Compliance-System abgesichert werden, damit die Einhaltung der einschlägigen Prozesse überwacht und insbesondere laufend verbessert wird. Wenn sich ein Compliance-System nach ISO-Norm als zu aufwändig erweist, könnte ein reduziertes System eingeführt werden. Über die Vorgaben (d. h. über die kontrollierten Prozesse und die angeordneten und umgesetzten Massnahmen) sollte jährlich an die Aufsicht berichtet werden. Derartige organisatorische Massnahmen würden zwar zusätzlichen Aufwand mit sich bringen, würden aber sicherstellen, dass der Aufsichtsbereich des ESTI ausreichend vom übrigen Verein getrennt ist und die zentralen Vorgaben einer Good Public Corporate Governance eingehalten werden.
- Derzeit nimmt ein Vertreter von Electrosuisse in der KKS, dem unmittelbaren Aufsichtsgremium des ESTI, Einsitz. Am 6. Mai 2022 wurde jedoch die Auflösung der KKS beschlossen, sodass diese in Zukunft als Aufsichtsorgan entfällt. Neu wird die Aufsicht direkt durch das UVEK wahrgenommen.²¹⁷ Dies ist zu begrüßen, weil damit die bestehenden Verflechtungen zwischen Electrosuisse bzw. ESTI und der beaufsichtigenden Instanz aufgelöst werden. Das UVEK erscheint als Aufsichtsinstanz tauglich, weil es (anders als das BFE im Bereich der Plangenehmigungen)²¹⁸ nicht in die operativen Tätigkeiten des ESTI involviert ist.

²¹⁵ MÜLLER, Nuklearaufsicht, S. 203.

²¹⁶ Vgl. zu den auch operativ ambivalenten Auswirkungen der engen Bindung an die Electrosuisse oben Rz. 78.

²¹⁷ Vgl. Ziff. 3 der Antwort des Bundesrats auf die Anfrage Marchesi (Nr. 22.1043).

²¹⁸ Vgl. oben Rz. 66 ff.

- Überdies könnte zur Verbesserung der Unabhängigkeit des ESTI auch auf Seiten der Electrosuisse angesetzt werden. Die bestehenden Verbindungen zwischen Behörde und Verein würden zusätzlich entproblematisiert, wenn die kommerziellen Tätigkeiten der Electrosuisse im Bereich der NIV aus dem Verein ausgegliedert würden (z. B. in eine Tochterfirma).²¹⁹ Diese Massnahme könnte indes nicht durch die Bundesverwaltung angeordnet werden, sondern bedarf einer Vereinbarung oder (freiwilligen) Umsetzung durch die Electrosuisse. Insbesondere mit Blick auf die Aussenwahrnehmung der Verflechtung von Electrosuisse und ESTI dürfte sich diese Massnahme als besonders griffig erweisen und könnte andere Massnahmen (zumindest im erwähnten Ausmass) erübrigen.

E. Bereich Aufsicht über Elektrogeräte

1. Rechtfertigung der Auslagerung

87 Die Gründe für die Auslagerung der Aufsicht über die Elektrogeräte liegen ähnlich wie bei den bereits dargestellten Elektroinstallationen: Auch diese Aufgabe ist dem ESTI historisch bedingt aufgrund dessen besonderen Fachwissens und der Branchennähe zugewiesen worden.²²⁰ Analog zur Aufsicht über die Elektroinstallationen trifft diese Begründung der Auslagerung heute insofern immer noch zu, als die Einbettung im Verein eine gewisse Branchennähe gewährleistet und das nötige Fachwissen für die Aufsicht heute im ESTI unbestritten vereint ist.

88 Die Zuständigkeit des ESTI für die Aufsicht über Elektrogeräte («elektrische Niederspannungserzeugnisse») und deren Umfang ergibt sich heute aus verschiedenen Sachgesetzen. Konkret hat das ESTI zu kontrollieren, ob in Verkehr gebrachte Niederspannungserzeugnisse den Vorschriften der NEV entsprechen.²²¹ Zudem überwacht es Geräte, Schutzsysteme und Hilfseinrichtungen mit

²¹⁹ Eine entsprechende Lösung wurde für den Schweizerischen Verein für technische Inspektionen (SVTI) geschaffen. Dessen Tochtergesellschaft Swiss Safety Center AG ist mit verschiedenen Dienstleistungen, Produkten und Qualifizierungen im Sicherheits- und Qualitätsbereich kommerziell tätig (vgl. <https://www.safetycenter.ch/ueber-uns-0>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2022).

²²⁰ Vgl. oben Rz. 13 f. und 76.

²²¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1, Art. 23 NEV, THG, PrSG und den Vertrag UVEK-Electrosuisse.

elektrischen Zündquellen sowie elektrische Installationen in explosionsgefährdeten Bereichen.²²²

89 Mit dem Erlass der Verordnung über elektrische Niederspannungserzeugnisse (NEV)²²³ hat der Bundesrat zuletzt explizit an der Zuständigkeit des ESTI für die Aufsicht über Elektrogeräte festgehalten. Die Zuständigkeit des ESTI als branchennahe Organisation, die über das nötige Know-how verfügt, scheint aktuell denn auch unumstritten zu sein. Insbesondere die Unabhängigkeitsproblematik, die bei der Aufsicht über Elektroinstallationen zu Diskussionen Anlass gibt,²²⁴ besteht hier nicht. Steht der Erlass einer Verfügung in Aussicht, gelten für die Behördenmitglieder im Übrigen die bereits erwähnten Ausstandsgründe nach Art. 10 VwVG.²²⁵

90 Die Auslagerung der Aufsicht über Elektrogeräte an das ESTI ist somit weiterhin gerechtfertigt, zumal eine Änderung der Organisationform einen erheblichen Aufwand und Risiken mit sich brächte. Allerdings führen die Verflechtungen zwischen ESTI und Electrosuisse in der Aussenwahrnehmung zu Intransparenz,²²⁶ weshalb eine bessere Abgrenzung von ESTI und Electrosuisse auch in diesem Bereich den Anforderungen an eine Good Governance entsprechen würde.

2. Optimierungsvorschläge

91 Inhaltlich geht es um die bereits mit Blick auf die Aufsicht über die Elektroinstallationen dargestellten Möglichkeiten, die Aufsicht zu stärken und von der Electrosuisse unabhängiger auszugestalten. Bis zu welchem Grad die Unabhängigkeit der Elektrogeräte-Aufsicht gestärkt werden soll, ist aber mangels besonderer Risikofaktoren vor allem eine Optimierungsfrage:

²²² Vgl. Art. 14 Abs. 1 und 2 lit. a VGSEB in Kombination mit Art. 21 Ziff. 2 EleG und PrSG.

²²³ In Kraft seit dem 20. April 2016.

²²⁴ Vgl. oben Rz. 79 ff.

²²⁵ Vgl. oben Rz. 51 und 70.

²²⁶ Vgl. oben Rz. 63.

- Es können griffigere Vorgaben zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Mitarbeitenden im Bereich Elektrogeräte gemacht werden.²²⁷
- Analog zum Bereich der Elektroinstallationen-Aufsicht können ein erweitertes Qualitätsmanagementsystem und ein Compliance-System eingerichtet werden. Die Wirksamkeit dieser Massnahmen kann mit einer Berichterstattungspflicht des ESTI an die Aufsicht und allenfalls mit einer Kontrolle durch eine externe Fachinstanz gesichert werden.²²⁸

F. Weitere Tätigkeiten

92 Neben den hervorgehobenen Aufgaben der Markt- und Sicherheitsaufsicht sowie den Plangenehmigungsverfahren übt das ESTI zahlreiche weitere Aufgaben aus.²²⁹

1. Dienstleistung «am Markt»

a) Allgemeines

93 Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass Träger öffentlicher Aufgaben auch privatwirtschaftliche Leistungen anbieten. Ob aber eine privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, im Sinne einer Teilnahme des Gemeinwesens am Wirtschaftsleben in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft, eine gesetzliche Grundlage voraussetzt, ist differenziert zu beurteilen und teilweise umstritten.²³⁰ In Bezug auf das ESTI geht es konkret um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine privatrechtliche Unternehmung (beziehungsweise die Electrosuisse), die öffentliche Aufgaben ausführt, daneben auch privatwirtschaftlich tätig sein darf.

94 Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage ist einerseits der Umstand, dass es sich bei Electrosuisse um einen privaten Verein handelt. Andererseits hat der Bund dem ESTI Staatsaufgaben übertragen, und der Verein Electrosuisse führt

²²⁷ Vgl. analog oben Rz. 86.

²²⁸ Vgl. oben Rz. 86.

²²⁹ Vgl. Übersicht Aufgaben ESTI.

²³⁰ Vgl. für einen Überblick der Argumente ABEGG/FREI, S. 143 ff. und 153.

das ESTI im Auftrag des Bundes als besondere Dienststelle des Vereins mit eigener Rechnung:²³¹

- Electrosuisse ist es als privater Verein unbenommen, privatwirtschaftliche Tätigkeiten auszuüben, auch wenn dem ESTI als Teil des Vereins Staatsaufgaben übertragen wurden. In seinen privatwirtschaftlichen Möglichkeiten, die durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) abgesichert sind, würde der Verein nur dann begrenzt, wenn sich Beschränkungen (insbesondere infolge Good-Public-Governance-Kriterien) auf ein Gesetz oder eine Vereinbarung stützen können.²³²
- Weil es sich beim ESTI um eine besondere Dienststelle des Vereins handelt, welche im Auftrag des Bundes mit Staatsaufgaben betraut wurde, wird es als staatliches Organ wahrgenommen. Deshalb darf das ESTI privatwirtschaftliche Tätigkeiten nur dann ausüben, wenn eine genügende gesetzliche Grundlage dafür besteht. Dies folgt aus Rechtsprechung und Lehre, nach welcher eine privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates stets eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erfordert.²³³ Der Vertrag UVEK-Electrosuisse stellt keine genügende Legitimation für eine privatrechtliche Tätigkeit des ESTI dar.²³⁴

95 Unabhängig von der Beurteilung des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage sind privatwirtschaftliche Tätigkeiten klar von den übertragenen Staatsaufgaben zu trennen. Ist es vom Gesetzgeber gewollt, dass das ESTI Leistungen am Markt (und sei dies für die Electrosuisse) anbietet, ist eine klare finanzielle und buchhalterische Trennung von den Staatsaufgaben sicherzustellen. Die Kosten sind transparent auszuweisen und die Einkünfte zu versteuern. Es ist sicherzustellen, dass der Umsatzerlös einer Leistung ausreicht resp. ausreichen muss, um die

²³¹ Oben Rz. 20.

²³² So z. B., wenn – wie oben vorgeschlagen – der Vertrag UVEK-Electrosuisse vorsehen würde, dass bestimmte kommerzielle Tätigkeiten aus dem Verein auszulagern sind; vgl. dazu oben Rz. 86 sowie Fn. 219.

²³³ BGE 138 I 378; BAUMANN, N 301, mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

²³⁴ Problematisch ist diesbezüglich, dass gemäss Ziff. 2 des Vertrags UVEK-Electrosuisse die Electrosuisse das ESTI «im Einvernehmen mit der Koordinationskommission Starkstrominspektorat (KKS) auch mit Aufgaben betrauen [kann], die nicht Gegenstand dieses Vertrages sind».

inkrementellen Kosten dieser Leistung zu decken.²³⁵ Schliesslich ist zu regeln, ob bzw. in welchem Mass allfällige Gewinne zur Querfinanzierung der gebührenfinanzierten Leistungen einzusetzen sind.²³⁶ Diese Fragen wären mit entsprechenden Prozessen zu regeln und im allfälligen Compliance-System zu integrieren. Über die Einhaltung der entsprechenden Prozesse und Regeln müssten die interne Revision und sodann die externe Revision wachen, und es wäre der Aufsicht darüber Bericht zu erstatten.

96 Nachfolgend ist zu prüfen, ob das ESTI aktuell tatsächlich Leistungen am Markt erbringt und ob diese Tätigkeiten ausreichend legitimiert sind.

b) Untersuchung von Unfällen im Auftrag der SUVA

97 Das ESTI selbst hat die Untersuchung von Unfällen im Auftrag der SUVA zwar als Dienstleistung am Markt eingeordnet, was indes so zu verstehen sei, dass auch andere Organisationen befähigt wären, diese Aufgaben durchzuführen.²³⁷ Je nach Kontext kann die Untersuchung von Unfällen aber durchaus eine Staatsaufgabe darstellen.²³⁸ Der Vertrag zwischen der SUVA und Electrosuisse findet seine Grundlage denn auch explizit in Art. 85 Abs. 3 UVG, wonach die SUVA ermächtigt ist, «mit geeigneten Organisationen Verträge über besondere Durchführungsaufgaben auf dem Gebiet der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten abzuschliessen». Es handelt sich demnach nicht um eine privatwirtschaftliche Leistung, sondern um eine Staatsaufgabe.²³⁹

98 Diese Rolle des ESTI ist im Kontext der historischen Entwicklung wie auch der aktuellen Rechtslage einzuordnen. Das notwendige Fachwissen zur Untersuchung von Elektrounfällen war lange nur beim ESTI vorhanden. Heute verfügen aber auch forensische Institute, Polizei, Feuerwehr und insbesondere die

²³⁵ Vgl. analog Art. 48 Abs. 1 VPG.

²³⁶ Vgl. etwa Art. 30 FGV.

²³⁷ Vgl. Dokument Übersicht Aufgaben ESTI. Grundlage der Aufgabenerfüllung bildet der Vertrag SUVA-Electrosuisse.

²³⁸ Vgl. etwa Art. 16 Starkstromverordnung i. V. m. Art. 21 EleG. Demgegenüber werden Sachverständigen-gutachten im Rahmen eines UVG-Verfahrens von (verwaltungsunabhängigen) Privaten erstellt; vgl. Art. 44 ATSG und Art. 12 Abs. 1 lit. e VwVG.

²³⁹ Vertragspartner sind zwar die SUVA und Electrosuisse, das ESTI ist gemäss Art. 2 Vertrag SUVA-Electrosuisse jedoch als Untersuchungsorgan vorgesehen.

Schweizerische Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST) über die Fähigkeiten und Ressourcen, um Elektrounfälle zu untersuchen.²⁴⁰ Gesetzlich ist das ESTI durch die Starkstromverordnung zur Untersuchung von Elektrounfällen verpflichtet, wobei hier der Präventionsgedanke zentral ist.²⁴¹ Ausgenommen bleiben elektrische Anlagen von Eisenbahnen und Trolleybusanlagen, die im Zuständigkeitsbereich des BAV liegen.²⁴² Ferner ist das ESTI auch gemäss Art. 2 ESTI-VO verpflichtet, Unfälle und Schadensfälle im Zusammenhang mit elektrischen Anlagen zu untersuchen und statistisch zu erfassen.²⁴³ Die Kompetenz des ESTI als Untersuchungsorgan der SUVA ergibt sich folglich weder aus dem Gesetzes- noch Verordnungsrecht. Dass das ESTI mit dieser Staatsaufgabe betraut wird, ist somit aus Governance-Sicht möglich, aber nicht zwingend.

99 Schliesslich ist auch auf einen gewissen Interessenkonflikt des ESTI hinzuweisen. Das ESTI untersucht im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags wie auch im Auftrag der SUVA Elektrounfälle bei Anlagen, die das ESTI im Rahmen des Plangenehmigungsverfahrens und der Aufsicht selbst kontrolliert (und als sicher eingeschätzt) hat. Problematisch ist im Übrigen auch, wenn die Unfalluntersuchungen Anlagen betreffen, die von Electrosuisse kontrolliert worden sind.

100 Im Ergebnis wäre es mit Blick auf die Good Governance somit vorzuziehen, wenn eine fachkompetente, aber von Electrosuisse und ESTI unabhängige Untersuchungsbehörde die Untersuchung von Unfällen nach der Starkstromverordnung sowie UVG durchführt. Eine solche Untersuchungsbehörde könnte analog zur Schweizerischen Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST) ausgestaltet werden. Auch Polizei und Staatsanwaltschaften verfügen heute über das nötige Fachwissen, um solche Unfälle zu untersuchen. Zudem könnten sie das ESTI als Bundesfachstelle bei Expertisen beizuziehen – wie das heute schon geschieht.

²⁴⁰ Heute ist die SUST zuständig im Bereich elektronischer Anlagen, die dem BAV unterstehen; vgl. Art. 1 Abs. 1 ESTI-VO i. V. m. Vereinbarung BAV-SUST; vgl. auch die VSZV.

²⁴¹ Vgl. insbesondere Art. 14 ff. Starkstromverordnung.

²⁴² Vgl. Art. 1 Abs. 5 Starkstromverordnung i. V. m. Art. 42 EBV. Die Untersuchungen werden wie erwähnt (Fn. 240) von der SUST durchgeführt.

²⁴³ Ausgenommen sind wiederum elektrische Anlagen, die dem BAV unterstehen; vgl. Art. 1 Abs. 1 ESTI-VO.

c) *Aufsichts- und Kontrollbehörde für Liechtenstein*

101 Aufgrund staatsvertraglicher Vereinbarung sind die NEV und die VGSEB auch auf dem Staatsgebiet des Fürstentums Liechtenstein anwendbar. Entsprechend ist das ESTI auch in Liechtenstein für den Vollzug der Marktüberwachung zuständig.²⁴⁴ Im liechtensteinischen Recht ist die Tätigkeit des ESTI (inkl. Gebührenregime) in der Verordnung über das Starkstrominspektorat geregelt.²⁴⁵ Aus Schweizer Sicht handelt es sich hierbei um die Ausführung einer Staatsaufgabe, was aufgrund der staatsvertraglichen Grundlage ausreichend legitimiert ist.²⁴⁶

102 Zu unterscheiden davon sind die übrigen Tätigkeiten, welche die Electrosuisse gestützt auf einen Vertrag mit der Regierung des Fürstentums in Liechtenstein ausführt.²⁴⁷ Eine staatsvertragliche Grundlage hierfür besteht nicht. Diese Tätigkeit ist folglich aus schweizerischer Sicht eine privatwirtschaftliche Leistung, zu welcher die Electrosuisse als privater Verein berechtigt ist.²⁴⁸ Soweit allerdings das ESTI als Dienstabteilung zu diesen Tätigkeiten zugezogen werden sollte, müsste dies nach unserer Auffassung durch eine (schweizerische) gesetzliche Grundlage oder einen Staatsvertrag legitimiert werden. Soweit die Electrosuisse hingegen Mitarbeitende des ESTI zur Aufgabenerfüllung in Liechtenstein zuzieht und diese Mitarbeitenden als Mitarbeitende von der Electrosuisse auftreten, stünden diesem Personaleinsatz die derzeitigen Corporate-Governance-Regelungen eher nicht entgegen.²⁴⁹ Für die Zukunft regt der vorliegende Bericht aber eine stärkere Abgrenzung der Mitarbeitenden von ESTI von den Vereinstätigkeiten an.²⁵⁰

²⁴⁴ Vereinbarung BFE-Amt für Volkswirtschaft/LI; vgl. Vertrag Anschluss LI an CH-Zollgebiet, Anlage I.

²⁴⁵ VO-Starkstrominspektorat/LI; siehe ferner Elektrizitätsgesetz/LI.

²⁴⁶ Vertrag Anschluss LI an CH-Zollgebiet, Anlage I. Staatsaufgaben können sich auch aus dem Völkerrecht ergeben; CAMENISCH, S. 192; vgl. auch Art. 5 Abs. 4 BV.

²⁴⁷ Z. B. Kontrolle der Starkstromanlagen und Maschinen, die nicht von der PTT kontrolliert werden, Prüfung und Genehmigung der Planvorlagen neuer Starkstromanlagen, Untersuchung von Unfällen; vgl. ausführlich Aktennotiz BDO.

²⁴⁸ Oben Rz. 94.

²⁴⁹ Legt man das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für privatwirtschaftliche Tätigkeiten eng aus, so müsste auch ein «Personalverleih» in eine privatwirtschaftliche Tätigkeit entsprechend legitimiert werden. Vgl. oben Rz. 93 f.

²⁵⁰ Oben Rz. 86. Die Tätigkeiten für Liechtenstein sollten entweder durch das ESTI gestützt auf einen staatsrechtlichen Vertrag oder durch die Electrosuisse durchgeführt werden.

2. Ministerialaufgaben

103

Neben den bereits im Detail dargelegten Plangenehmigungsverfahren führt das ESTI zahlreiche weitere Ministerialaufgaben aus. Diese Aufgabenteilung ist vor allem im EleG angelegt.²⁵¹ Differenziert nach den präzisierenden Verordnungen können die Aufgaben des ESTI wie folgt aufgelistet werden:

- ESTI-Verordnung:²⁵² Mitwirkung bei Gesetzgebung und die Beantwortung von Anfragen aller Art zum Fachbereich. Dazu gehören mithin die Unterstützung des BFE bei der Beantwortung von parlamentarischen Anfragen, Stellungnahmen zu Handen des BAV im seilbahnrechtlichen Verfahren,²⁵³ die Beachtung des Öffentlichkeitsprinzips und allgemein die Informationspflicht gegenüber der Öffentlichkeit sowie Mitteilungen des ESTI für die Branche;²⁵⁴ Vertretung der Schweiz in internationalen Gremien;²⁵⁵ Untersuchung von Unfällen und Schadensfällen im Zusammenhang mit elektrischen Anlagen;²⁵⁶ Teilnahme am Enteignungsverfahren;²⁵⁷ Führung von technischen Statistiken über elektrische Anlagen.²⁵⁸
- Verordnung über elektrische Niederspannungserzeugnisse:²⁵⁹ Verwaltung der Zertifizierungsstelle des freiwilligen Sicherheitszeichens; Gewährung des freiwilligen Sicherheitszeichens.²⁶⁰
- Niederspannungs-Installationsverordnung:²⁶¹ Entscheidung über die Gleichwertigkeit von Ausbildungsabschlüssen;²⁶² Eignungsprüfungen

²⁵¹ Art. 3a EleG.

²⁵² Erlassen gestützt auf die Art. 3, 3a, 3b und 21 Ziff. 2 EleG.

²⁵³ Vereinbarung BAV-ESTI, Ziff. 4.

²⁵⁴ Art. 2 Abs. 1 lit. h ESTI-VO.

²⁵⁵ Art. 2 Abs. 3 ESTI-VO.

²⁵⁶ Art. 32 EleG, Art. 16 Starkstromverordnung, Art. 2 Abs. 1 Bst. g ESTI-VO.

²⁵⁷ Art. 2 Abs. 1 lit. d ESTI-VO.

²⁵⁸ Art. 2 Abs. 1 lit. i ESTI-VO.

²⁵⁹ Erlassen gestützt auf die Art. 3 und 55 Abs. 3 EleG, in Ausführung des PrSG und THG.

²⁶⁰ Art. 15 NEV.

²⁶¹ Erlassen gestützt auf Art. 3, 3a, 3b und 55 Absatz 3 EleG.

²⁶² Art. 8 Abs. 4 und 10a Abs. 7 NIV.

für die Gleichwertigkeit von Ausbildungen;²⁶³ Organisation von Prüfungen zur Erlangung von eingeschränkten Installationsberechtigungen;²⁶⁴ Beschwerdeinstanz bei Praxisprüfungen; Erteilung der Erlaubnis zur Installation und Führen des Verzeichnisses der Installationsgenehmigungen;²⁶⁵ Erteilung einer befristeten Erlaubnis zur Installation;²⁶⁶ Erteilung von eingeschränkten Installationsgenehmigungen für Arbeiten an betriebseigenen Installationen und für Arbeiten an besonderen Einrichtungen;²⁶⁷ Berechtigung für unabhängige Kontrollorgane und akkreditierte Inspektionsstellen;²⁶⁸ Führen eines Registers der Kontrollberechtigungen;²⁶⁹ Bewilligung von Abweichungen zu Verordnungen (Ausnahmegenehmigungen);²⁷⁰ Vollzug Energieeffizienzverordnung der EnEV (Teil Elektrogeräte) für das BFE.²⁷¹

- Schliesslich bestehen verschiedene zu den explizit geregelten hoheitlichen Aufgaben akzessorische Tätigkeiten: Teilnahme als Vorinstanz an Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht; Eintreibung von Gebühren (Inkasso); Massnahmen zur Gewährleistung von Daten- und Informationsschutz.

104 Die Auslagerung von Ministerialaufgaben ist, wie bereits erwähnt,²⁷² zu begründen. Das Motiv dürfte grundsätzlich (analog zum Plangenehmigungsverfahren)²⁷³ darin liegen, dass beim ESTI das zur wirksamen und effizienten Aufgabenerfüllung notwendige Fachwissen vorhanden ist. Damit begründet denn auch die Botschaft zum Elektrizitätsgesetz den Grundsatzentscheid, das

²⁶³ Art. 69a BBV und Art. 8 Abs. 4 NIV sowie V-UVEK.

²⁶⁴ Art. 21 NIV.

²⁶⁵ Art. 7, 9 und 20 NIV.

²⁶⁶ Art. 11 NIV.

²⁶⁷ Art. 12 ff. NIV.

²⁶⁸ Art. 26 Abs. 2 NIV.

²⁶⁹ Art. 29 NIV.

²⁷⁰ Art. 1 Abs. 4 NIV, Art. 34 Abs. 4 NIV.

²⁷¹ Gemäss Leistungskatalog des Dienstleistungsauftrags BFE.

²⁷² Oben Rz. 37.

²⁷³ Vgl. dazu oben Rz. 66 bei Fn. 165.

Inspektorat auf das ESTI auszulagern.²⁷⁴ In der Folge wurde bei der weiteren Aufgabenzuteilung an das ESTI teilweise bekräftigend auf dessen besondere Sachkenntnisse hingewiesen.²⁷⁵ Die Tätigkeiten gemäss ESTI-VO, NIV und NEV, die sich unmittelbar auf das EleG abstützen, wurden entsprechend im Gesetzgebungsverfahren begründet, wobei diese Begründung aber bereits weit zurückliegt.

105 Teilweise fehlt im Rahmen der Gesetzgebungsprojekte, welche die Aufgaben des ESTI begründen, eine entsprechend aktualisierte Überprüfung, ob die Aufgaben- auslagerung an das ESTI weiterhin sachlich begründet ist. Die gilt namentlich für die Möglichkeit zur Kompetenzübertragung an das ESTI zur Verfolgung der Ver- waltungsstraftatbestände des EleG.²⁷⁶

106 Bei den zu einer hoheitlichen Aufgabe akzessorischen Tätigkeiten (z. B. Inkasso, Gebühren, Teilnahme Beschwerdeverfahren, Daten- und Informationsschutz) folgt die Rechtfertigung aus der entsprechenden Haupttätigkeit.

107 Bei den Aufgaben des Service public wie auch den Ministerialaufgaben, für die keine kostendeckenden Gebühren erhoben werden, stellt sich im Übrigen die (nachfolgend eingehend zu thematisierende) Frage der adäquaten Finanzie- rung.²⁷⁷

3. Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht

108 Im Zusammenhang mit der Aufsicht über die Elektrogeräte und Elektroinstalla- tionen kommt dem ESTI auch die Aufgabe zu, technische Weisungen zu

²⁷⁴ Oben Rz. 13 ff.

²⁷⁵ Botschaft EntG, S. 57; Botschaft Postorganisationsgesetz, S. 1350 und 1383 (Art. 21 Abs. 2 EleG); Botschaft Bundeskoordinationsgesetz, S. 2628 (Plangenehmigungsverfahren). In späteren Gesetzgebungsprojekten wird die Frage der Begründung der Auslagerung hingegen nicht wieder aufgeworfen; vgl. ferner ebenfalls ohne (erneute) explizite Auseinandersetzung mit der Frage der Begründetheit der Auslagerung ans ESTI Botschaft Um- und Ausbau Stromnetze, S. 3875 und 3892 (Plangenehmigungsverfahren), Botschaft Ände- rung EntG, S. 4741.

²⁷⁶ Art. 57 Abs. 2 EleG; vgl. Botschaft Verwaltungsstrafrecht, S. 1020 und 1081 f. Eine (implizite) sachliche Begründung ist indes nicht ausgeschlossen, zumal das ESTI zum Zeitpunkt dieser Aufgabenübertragungen schon seit Jahrzehnten als Aufgabenträger im Bereich der Elektrizitätsgesetzgebung gewirkt hatte.

²⁷⁷ Dazu unten Rz. 111 ff. und 148 ff.

erarbeiten und herauszugeben.²⁷⁸ Hierbei handelt es sich um Verwaltungsverordnungen im Sinne einer Zusammenfassung der Praxis oder Rechtsauffassung des ESTI.²⁷⁹ Diese Tätigkeit steht insofern in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Aufsichtstätigkeit und dient deren Transparenz und der Rechtssicherheit.²⁸⁰

4. Verwaltungsstrafverfahren

109 Gemäss der «Verordnung des UVEK über die Übertragung von Untersuchungskompetenzen in Verwaltungsstrafverfahren an das Eidgenössische Starkstrominspektorat» identifiziert das ESTI Fälle von Verstössen gegen die Art. 55 f. EleG aus eigener Initiative oder aufgrund einer Anzeige und führt erste Ermittlungsmassnahmen durch.²⁸¹ Das BFE ist für den Entscheid in der Sache zuständig.²⁸²

110 Auch im Bereich der Verwaltungsstrafverfahren besteht die bei der Aufsicht über Elektroinstallationen angesprochene Unabhängigkeitsproblematik.²⁸³ Denn die Vereinsmitglieder von Electrosuisse oder der Verein selbst können als Beschuldigte in ein Verwaltungsstrafverfahren nach Art. 54 f. EleG involviert sein. Dabei sind die allgemeinen strafprozessualen Verfahrensgarantien und die Ausstandsbestimmungen der Strafprozessordnung zu beachten, die grundsätzlich auch in Verwaltungsstrafverfahren gelten.²⁸⁴ Die bereits entwickelten Lösungsvorschläge zur Stärkung der Unabhängigkeit des ESTI²⁸⁵ sind daher auch mit Blick auf dessen Rolle im Verwaltungsstrafverfahren relevant. Die Zuständigkeit des

²⁷⁸ Vgl. <https://www.esti.admin.ch/de/dokumentation/esti-weisungen/esti-weisungen> (zuletzt besucht am 7. Dezember 2022); siehe Art. 4 Abs. 3 Starkstromverordnung, Art. 3 Abs. 3 NIV.

²⁷⁹ Verwaltungsverordnungen sind behördenintern verbindlich, grundsätzlich nicht aber für die Gerichte. Bei der richterlichen Nachprüfung sind sie indes «mitzuberücksichtigen», sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen; vgl. BGE 146 I 105 E. 4.1; 142 II 182 E. 2.3.3 und 2.4; 141 II 103 E. 3.5; siehe eingehend BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, S. 4 ff.

²⁸⁰ Vgl. oben Rz. 75 ff. und 87 ff.

²⁸¹ Gestützt auf Art. 57 Abs. 2 EleG; vgl. auch Art. 28 NEV.

²⁸² Art. 3 Verordnung Übertragung Untersuchungskompetenzen.

²⁸³ Vgl. oben Rz. 79 ff.

²⁸⁴ Art. 6 EMRK; Art. 32 BV; Art. 2 VStrR i. V. m. Art. 4 und Art. 56 ff. StPO.

²⁸⁵ Vgl. oben Rz. 86.

ESTI für Untersuchungen im Verwaltungsstrafverfahren sollte allerdings grundlegend überdacht werden.

G. *Gebührenerhebung*

1. **Grundproblematik: Querfinanzierung innerhalb der Staatsaufgaben**

a) *Ausgangslage*

111 Gewisse Aufgaben, die das ESTI gemäss Gesetz und Verordnungen auszuführen hat, generieren mehr Kosten als Gebühreneinnahmen. Dies betrifft im Wesentlichen folgende Tätigkeiten:²⁸⁶

- Untersuchungshandlungen und Strafanzeigen bei Verletzungen von Bestimmungen des EleG samt Verordnungen;²⁸⁷
- Prüfung von Gleichwertigkeiten ausländischer Ausbildungen;²⁸⁸
- Durchsetzung von periodischen Kontrollen im Sinne von Art. 36 NIV;
- Marktüberwachung bei elektrischen Niederspannungserzeugnissen.²⁸⁹

112 Im Rahmen seiner Aufgaben erbringt das ESTI zudem Leistungen, die man als Service public ansehen kann. Dem ESTI kommt regelmässig keine Kompetenz zu, für diese Aufgaben Gebühren zu erheben. Dies betrifft namentlich:²⁹⁰

- Untersuchung und statistische Erfassung von Unfällen und Schadensfällen;²⁹¹
- Mitwirkung bei der Gesetzgebung über elektrische Anlagen;²⁹²

²⁸⁶ Vgl. Kurzanalyse Finanzierung ESTI.

²⁸⁷ Art. 55 f. EleG.

²⁸⁸ Art. 8 Abs. 4 NIV; Art. 10a Abs. 7 NIV.

²⁸⁹ Art. 34 NEV. Seit dem 1. Januar 2023 ist hier eine kostendeckende Finanzierung mittels Abgeltungen vorgesehen (vgl. Medienmitteilung BFE); vgl. neu Art. 23 Abs. 7 NEV und Art. 26a NEV.

²⁹⁰ Vgl. Art. 6 ff. ESTI-VO; Kurzanalyse Finanzierung ESTI.

²⁹¹ Art. 2 Abs. 1 lit. g ESTI-VO.

²⁹² Art. 2 Abs. 1 lit. h ESTI-VO.

- Informations- und Auskunftspflichten im Zusammenhang mit parlamentarischen Anfragen, Informationsgesuchen nach BGÖ²⁹³ oder der Erfüllung der Informationspflicht gegenüber der Öffentlichkeit;
- Erfüllung gesetzlicher Standards für Bundesbehörden: Anbieten der Leistungen in allen Landessprachen, Datenschutz, Cybersicherheit etc.

113 Die Unterdeckung der Kosten in diesen Bereichen hat das ESTI bislang hauptsächlich über Gebühren für Plangenehmigungen ausgeglichen.²⁹⁴ Theoretisch wäre auch bei den gemäss Art. 10 ESTI-VO erhobenen Gebühren (nach in der Privatwirtschaft üblichen Ansätzen) ein «Gewinn» möglich, sodass ein Potenzial für die Querfinanzierung anderer amtlicher Tätigkeiten bestünde. In der Praxis verhält es sich aber so, dass der Zuschlag zur Deckung von allgemeinen Kosten dient (Verwaltung, Rechnungswesen etc.). Die Berechnung der Gebühr erfolgt so, dass der marktübliche Ansatz die Maximalgebühr darstellt, wovon 20 % abgezogen werden.²⁹⁵

b) Rechtmässigkeit der Querfinanzierung

114 Im Bereich der Elektrizitätsgesetzgebung ist das Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip beim Erlass der Gebührenregelungen zu beachten.²⁹⁶ Als allgemeine Grundsätze des Kausalabgaberechts begrenzen die beiden Prinzipien überdies die zulässige Gebührenhöhe, soweit die Bemessung der Gebühren durch das Gesetz nicht bereits detailliert vorgegeben ist.²⁹⁷

115 Das Äquivalenzprinzip dient einem verhältnismässigen und willkürfreien Gebührenregime. Demnach darf eine Gebühr im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen, und deren Höhe muss sich in vernünftigen Grenzen halten. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den der Gebührenpflichtige aus der

²⁹³ Vgl. aber immerhin Art. 17 BGÖ, wonach nur in bestimmten Konstellationen keine Gebühr erhoben werden darf.

²⁹⁴ Vgl. Kurzanalyse Finanzierung ESTI.

²⁹⁵ Auskunft ESTI, Besprechung vom 6. Oktober 2022.

²⁹⁶ Art. 3b Abs. 2 EleG.

²⁹⁷ BGE 135 I 130, E. 7.2 (Pra 2010 Nr. 1); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2762 und 2795 ff.

Leistung zieht, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs. Dabei ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen aber nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind.²⁹⁸

116 Das Kostendeckungsprinzip besagt, dass der Gesamtertrag der Gebühren die Gesamtkosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen darf.²⁹⁹ Den massgebenden Gesamtaufwand zu bestimmen ist komplex, da nicht nur laufende Ausgaben, sondern auch angemessene Rückstellungen, Abschreibungen und Reserven zu berücksichtigen sind.³⁰⁰ Die Äufnung des Ausgleichsfonds ist folglich nur in dem Masse zulässig, als dies mit der Bildung von Rückstellungen oder Reserven begründet werden kann.³⁰¹ Der Begriff «Verwaltungszweig» umfasst die jeweils sachlich zusammenhängenden Verwaltungsaufgaben.³⁰² Insofern stellt der Kompetenzbereich des ESTI insgesamt einen Verwaltungszweig dar. Ob allfällige, im Verwaltungszweig erzielte Erträge mit Blick auf das Kostendeckungsprinzip anzurechnen sind, ist umstritten.³⁰³ Allenfalls hätte sich das ESTI also Erträge aus seinen Dienstleistungen am Markt mit Blick auf das Kostendeckungsprinzip anrechnen zu lassen.

117 Bei der für das Plangenehmigungsverfahren erhobenen Gebühr handelt es sich um Verfahrenskosten bzw. eine Verwaltungsgebühr, mithin das Entgelt für eine bestimmte, von der abgabepflichtigen Person veranlasste Amtshandlung. Die Verwaltungsgebühr soll die Kosten, welche dem Aufgabenträger durch die

²⁹⁸ BGE 141 I 105 E. 3.3.2; 126 I 180 E. 3a/bb; BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 9.2.1 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2785 ff.

²⁹⁹ BGE 141 I 105 E. 3.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2778.

³⁰⁰ MÜLLER, Kostendeckungsprinzip, S. 493.

³⁰¹ Dem trägt der Vertrag UVEK-Electrosuisse in Ziff. 9 Rechnung, indem der Fonds gedeckelt ist und explizit der Defizitdeckung gewidmet ist.

³⁰² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2779. Es ist beim Verwaltungszweig auf Aufgabenbereiche und nicht etwa auf die Einteilung nach organisatorischer Verwaltungseinheit abzustellen; vgl. BVGer A-769/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 9.1.3; MÜLLER, Kostendeckungsprinzip, S. 498 f.

³⁰³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2780; MÜLLER, Kostendeckungsprinzip, S. 494 ff.

Amtshandlung entstanden sind, ganz oder teilweise decken.³⁰⁴ Das Äquivalenzprinzip beschränkt die maximal zulässige Gebührenhöhe insofern, als die Gebühr stets in einem vernünftigen Verhältnis zum wirtschaftlichen Nutzen für die abgabepflichtige Person stehen muss.³⁰⁵ Bei der Prüfung der Frage, ob die abgabeberechtigten Prinzipien eingehalten sind, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, ob der Gesetzgeber eine Selbstfinanzierung der entsprechenden Verwaltungsbehörde anstrebt.³⁰⁶ Auch sind Schematisierungen zulässig. Dabei sind Gebührenberechnungen anhand eines Prozent- bzw. Promillesatzes der geschätzten Entstehungskosten in Plan- oder Baubewilligungsverfahren durchaus üblich.³⁰⁷

118 Die Grenze des Zulässigen ist nach der Rechtsprechung dann überschritten, wenn eine Verwaltungsgebühr (insbesondere in Fällen mit hohem Streitwert) aufgrund eines starren Tarifs eine Berücksichtigung des tatsächlich entstandenen Aufwandes nicht erlaubt oder eine obere Begrenzung fehlt.³⁰⁸ Namentlich bei hohen Bausummen kann ein starres Abstellen auf einen festen Gebührensatz zu offensichtlich übersetzten, durch den tatsächlichen Verwaltungsaufwand in keiner Weise mehr zu rechtfertigenden Gebühren führen, sodass das Äquivalenzprinzip eine Korrektur der Berechnungsweise gebieten kann.³⁰⁹

119 Vor diesem Hintergrund ist Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO als Konkretisierung des Äquivalenz- und insbesondere des Kostendeckungsprinzips zu sehen. Der Gesetzgeber scheint sich bewusst gewesen zu sein, dass die schematische Gebührenerhebung im Plangenehmigungsverfahren nach Art. 8 Abs. 1 ESTI-VO mit diesen Grundsätzen des Kausalabgaberechts in Konflikt geraten könnte. Das ESTI hat daher nach Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO die «Gebühr nach Abs. 1 zu reduzieren, wenn sich zeigt, dass die Gebühreneinnahmen den Aufwand für die Bearbeitung der Plangenehmigungsgesuche übersteigen». Dem Wortlaut nach statuieren Art. 3b Abs. 2 EleG i. V. m. Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO demnach für die

³⁰⁴ RICHLI/WIEDERKEHR, N 725; den Verfahrensaufwand als Bemessungsgrundlage betonend BGE 128 II 247 E. 3.1.

³⁰⁵ Soeben Rz. 114 f.

³⁰⁶ RICHLI/WIEDERKEHR, N 787; BVGer A-6384/2011 vom 11. Oktober 2012 E. 7.3.

³⁰⁷ RICHLI/WIEDERKEHR, N 789.

³⁰⁸ Vgl. BGE 130 III 225 E. 2.3 f.; BGE 120 Ia 171 E. 4 (Pra 1995 Nr. 162).

³⁰⁹ BGer 2C_517/2007 vom 15. August 2008 E. 2.4.

Gebühren des Plangenehmigungsverfahrens ein strikt auf die Plangenehmigungsverfahren begrenztes Kostendeckungsprinzip. Anders gewendet: Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO definiert die Plangenehmigungsverfahren als eigenen Verwaltungszweig, in dem keine Gewinne angestrebt werden dürfen.³¹⁰

120 Die Praxis zu Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO gestaltet sich wie folgt: Das ESTI nimmt jeweils im Herbst eine Schätzung der Gebühreneinnahmen aus den Plangenehmigungsverfahren für das kommende Jahr vor. Zeigt sich, dass die Gesamteinnahmen mutmasslich höher ausfallen werden als der mutmassliche Gesamtaufwand, reduziert die KKS die Gebührensätze nach Art. 8 Abs. 1 ESTI-VO prozentual. Das ESTI reduziert dann im Folgejahr alle nach Art. 8 Abs. 1 berechneten Gebühren im Einzelfall um den von der KKS festgesetzten Prozentsatz.³¹¹ So wird ein Einnahmenüberschuss von max. 10 % zur Querfinanzierung abgeschöpft, während ein weitergehender Einnahmenüberschuss an die Parteien zurückerstattet wird.³¹² Diese Praxis ist an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum allgemeinen Kostendeckungsprinzip orientiert, wonach die Gebühreneinnahmen die Kosten des gesamten Verwaltungszweigs «geringfügig übersteigen» dürfen. Wenn man aber der wortlautgetreuen Auslegung von Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO folgt, ist eine Gebührenpraxis, die im Plangenehmigungsverfahren gezielt einen Überschuss an Gebühreneinnahmen anstrebt, um damit andere Aufgaben des ESTI zu finanzieren, unzulässig.³¹³ Die Gebührenpraxis im Plangenehmigungsverfahren, die auf eine Querfinanzierung abzielt, erweist sich gleichsam als rechtswidrig.³¹⁴ Es ist indes darauf hinzuweisen, dass das ESTI vom Verordnungsgeber aufgrund von Art. 3 ESTI-VO zu dieser – nach

³¹⁰ Im Allgemeinen bezieht sich das Kostendeckungsprinzip auf den gesamten Verwaltungszweig; vgl. oben Rz. 116.

³¹¹ Auskunft BFE (Roman Mayer, Vizedirektor) vom 7. November 2022.

³¹² Auskunft ESTI, Besprechung vom 6. Oktober 2022.

³¹³ Das Kostendeckungsprinzip lässt prinzipiell keine Regelungen zu, die von vornherein den Gesamtaufwand des Verwaltungszweiges übersteigende Gebühreneinnahmen beabsichtigen bzw. einen Gewinn anstreben; REY, N 3.343, mit Verweis auf BGE 124 I 11 E. 6c; BGer 2C_160/2014 vom 7. Oktober 2014, E. 6.2.2. Genau das geschieht aber für den «Verwaltungszweig Plangenehmigungsverfahren», wenn 10 % überschüssende Gebühren eingeplant werden, um die Gesamtkosten des ESTI zu decken.

³¹⁴ Vgl. nur in der Schlussfolgerung zurückhaltender Empfehlungen PUE, wonach die Art und Weise der Berechnung schwer nachvollziehbar sei. Insbesondere stelle sich die Frage, warum die Gebühr nicht stärker nach Aufwand berechnet werde.

vorliegender Auffassung nicht mit Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO zu vereinbarenden – Praxis gezwungen wird. Gesetz- und Verordnungsgeber haben es versäumt, ein Gleichgewicht zwischen den wachsenden Aufgaben und den gesetzmässigen Finanzierungsmöglichkeiten sicherzustellen. Das gesetzliche Finanzierungssystem des ESTI ist insofern inkohärent.³¹⁵

121 Zusammengefasst:

- Gewisse Aufgabenbereiche leiden an einer Unterdeckung, und für Aufgaben des Service public ist keine Finanzierung vorgesehen.
- Eine gezielte Querfinanzierung von bestimmten Tätigkeiten des ESTI durch die Gebühren des Plangenehmigungsverfahrens ist aufgrund von Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO unzulässig.
- Die Möglichkeit, Defizite der Betriebsrechnung des ESTI durch den Ausgleichsfonds zu decken, besteht zwar. Der Ausgleichsfonds dient aber explizit nicht dazu, einer strukturellen Unterfinanzierung zu begegnen.³¹⁶

c) *Lösungsvorschläge*

122 Da in Bezug auf die Gebührenerhebung wie auch auf die Abgeltungen das Legalitätsprinzip gilt, hat das ESTI aktuell kaum Handlungsspielraum, einen rechtswidrigen Zustand selbständig zu beseitigen. Wie erwähnt wäre eine gewisse Querfinanzierung im Rahmen des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips grundsätzlich zulässig. Es stellt sich daher die Grundfrage, ob der Status quo (teilweise) legalisiert oder aber die bestehende Gebührenordnung mit anderen Finanzierungsmitteln (insbesondere Abgeltungen) ergänzt werden soll.

123 Überblicksmässig stehen folgende Lösungsansätze zur Auswahl:

- Querfinanzierung legalisieren (Status quo): Die Rechtsprechung des Bundesgerichts belässt dem Gemeinwesen bei der Umsetzung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips einen weiten Spielraum. Insbesondere können auch zulässige Schematisierungen dazu führen, dass die

³¹⁵ Vgl. auch Empfehlungen PUE.

³¹⁶ Vgl. Vertrag UVEK-Electrosuisse, Ziff. 9 lit. b und c.

Gebühren den tatsächlichen Verwaltungsaufwand einer bestimmten Tätigkeit übersteigen. Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO schaltet diesen Spielraum aus, verbietet jedenfalls das bewusste Anstreben von Mehreinnahmen in den Plangenehmigungsverfahren. Er wäre daher zu streichen. Mit dem Wegfall dieser Sicherung wäre jedoch zu prüfen, ob die Gebührentabelle gemäss Art. 8 Abs. 1 ESTI-VO vor dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip standhält, dass mithin die Gebühr nicht den Verwaltungsaufwand oder den Vorteil, den der Gebührenpflichtige aus der amtlichen Leistung zieht, offensichtlich übersteigt. Sinnvoll wäre daher eine Gebührenobergrenze.³¹⁷

- Querfinanzierung abschaffen (separate Finanzierung der ungedeckten Aufwände): Einerseits müsste auch in den anderen gebührenpflichtigen Bereichen grundsätzlich die Erhebung kostendeckender Gebühren angestrebt werden. Soweit dies nicht möglich oder gewollt ist, wäre eine Abgeltung durch den Bund im Umfang der Unterdeckung vorzusehen. Andererseits müssten die Aufgaben des Service public (wie parlamentarische Anfragen, Bürgeranfragen, über normale Standards hinausgehende Vorgaben zu Datenschutz und Cybersicherheit etc.) durch den Bund abgegolten werden. Hierzu muss indes eine explizite gesetzliche Grundlage eingeführt werden. Die Verfassungsordnung schreibt die Abgeltungen für bundesrechtliche Aufgaben jedenfalls nicht direkt vor, weshalb es am Gesetzgeber liegt, Entschädigungen zuzusprechen.³¹⁸ Für den Bereich der Elektroaufsicht nach NEV und VGSEB traten am 1. Januar 2023 Regelungen zur Abgeltung nicht gedeckter Kosten in Kraft.³¹⁹

³¹⁷ Art. 7 Abs. 5 ESTI-VO erlaubt es zwar, die Gebühren im Einzelfall aus «wichtigen Gründen» herabzusetzen. Die abgaberechtlichen Grundsätze aber einzig durch eine derart auf den Einzelfall bezogene Regelung zu sichern, wäre nicht sachgerecht und intransparent.

³¹⁸ So Botschaft SuG, S. 395; vgl. auch Art. 9 f. SuG, welche sich mit den Voraussetzungen und der Ausgestaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu Abgeltungen befassen.

³¹⁹ Vgl. Art. 23 Abs. 7 NEV («Das UVEK vereinbart mit der Kontrollstelle den Umfang der Marktüberwachungstätigkeit.») und Art. 26a NEV («Die Kosten des Vollzugs der Marktüberwachung durch die Kontrollstelle werden vom UVEK abgegolten, soweit sie nicht durch Gebühren gedeckt sind, die gestützt auf diese Verordnung erhoben werden.»); Medienmitteilung BFE.

Entsprechende Regelungen sind auch für weitere Bereiche geplant (Aufsicht NIV, Strafuntersuchungen, Gesetzgebungsarbeiten).³²⁰

- Mischlösung: Der Status quo wird legalisiert, aber ergänzt dadurch, dass gewisse Tätigkeiten vom Bund separat abgegolten werden (z. B. Service public oder Tätigkeiten der Aufsicht, die nicht durch Gebühren gedeckt sind).

2. Weitere Kritikpunkte

a) *Kritik aus der Politik und Empfehlungen des Preisüberwachers*

124 Neben der Problematik der Querfinanzierungen besteht weitere Kritik am Gebührenregime des ESTI. Dies hat sich konkret in zwei Interpellationen und einer Beurteilung durch den Preisüberwacher geäußert.

125 Nach der Interpellation Candinas³²¹ stossen die Gebühren des ESTI in Berggebieten immer wieder auf Unverständnis. Da die Auslagen effektiv verrechnet und insbesondere die Anfahrtswege als Stundenansätze verrechnet werden, fallen die Kosten für die gleichen Leistungen in den verschiedenen Regionen unterschiedlich aus. Insbesondere für Beaufsichtigte in abgelegenen Regionen kommen regelmässig höhere Gebühren zustande. Der Bundesrat hält in seiner Stellungnahme fest, dass die Aufsichtstätigkeit in fünf Inspektionsgebiete aufgeteilt ist. Für jedes Inspektionsgebiet sind mehrere Inspektoren zuständig, die ihren Wohn- und Arbeitsort in diesen Gebieten haben und ihre Tätigkeit von dort aus ausüben. Die Aufsichtstätigkeiten werden zudem so geplant, dass im Rahmen einer Dienstreise mehrere Inspektionen durchgeführt und so die mit der jeweiligen Reise verbundenen Auslagen anteilmässig aufgeteilt werden können.

126 Die Interpellation Schneeberger³²² verfolgt eine ähnliche Stossrichtung. Kritisiert wird ein übermässiger Einsatz des Rechtsdienstes, was zu unnötig hohen Verfahrenskosten führe. Dabei wird auch die Angemessenheit eines vollen Stundenansatzes für die Anfahrtszeit in Zweifel gezogen. Mit Blick auf das

³²⁰ Gemäss Auskunft BFE (Cédric Mooser, Leiter Sektion Elektrizitäts- und Wasserrecht) vom 11. November 2022.

³²¹ Nr. 18.4198.

³²² Nr. 21.4092.

Gebührenregime insgesamt verfolgt die Interpellation das Anliegen, die Verfahrenskosten zu reduzieren. Dabei ist auch der Umstand zu beachten, dass bei einer Verrechnung nach effektiven Kosten naturgemäss die Gefahr besteht, zusätzliche Aufwände «zu suchen». Auch kann – unabhängig davon, ob dies tatsächlich zutrifft – in der Öffentlichkeit bzw. bei den Betroffenen der Eindruck entstehen, die Aufsichtsbehörde verhalte sich «übereifrig».³²³

127 Der Preisüberwacher kritisiert – neben der bereits erwähnten Querfinanzierungsproblematik –, dass keine offiziellen Gebührenansätze zu finden sind und folglich nicht abschätzbar ist, ob diese wirklich an den tatsächlichen Aufwand angelehnt sind, so wie es Art. 9 ESTI-VO verlangt. In ähnlicher Weise erachtet er auch die Gebührenerhebung bei den «übrigen Tätigkeiten» nach Art. 10 ESTI-VO (inkl. möglicher Zuschläge) als intransparent. Hier stellt er zudem die Frage, warum «die in der Privatwirtschaft üblichen Ansätze» angewendet werden statt Ansätze, die sich nachweislich am effektiven Aufwand des ESTI orientieren, allenfalls ergänzt um einen angemessenen Gemeinkostenzuschlag. Nicht nachvollziehbar sei ferner, warum nur bei den «übrigen Tätigkeiten» explizit ein Zuschlag zur Finanzierung der Tätigkeiten, für die keine Gebühren vorgesehen sind, erhoben wird.³²⁴

b) Rechtliche Bewertung der Kritik

(1) Allgemeine Einordnung der Kritik

128 Die dargestellten Kritikpunkte setzen auf unterschiedlichen Ebenen an. Auf einer obersten Ebene betreffen sie die Verfassungsmässigkeit des Gebührenregimes (Verhältnismässigkeit, Rechtsgleichheit, abgaberechtliche Prinzipien). Auf der nächsten Ebene richtet sich die Kritik gegen die konkrete Ausgestaltung der Gebührenordnung durch den Gesetz- bzw. Ordnungsgeber (Abrechnung Fahrtzeit, Zuschläge, Ansätze der Privatwirtschaft). Im Kern geht es um den Vorwurf, dass die Gebühren nicht transparent und kohärent sind. Auf einer operativen Ebene bezieht sich die Kritik schliesslich auf die mangelnde Transparenz des ESTI bei der Anwendung der gesetzlichen Grundlage (z. B. Unklarheiten über die Stundenansätze).

³²³ Vgl. allerdings in Bezug auf Plangenehmigungsverfahren Interpellation BUTTET (Nr. 14.3061).

³²⁴ Empfehlungen PUE.

(2) Abgabe- und verfassungsrechtliche Grundlagen

129 Fixe Stundenansätze und der Zeitaufwand sind für gewisse Leistungen grundsätzlich wirklichkeitsnahe Kriterien zur Berechnung der Gebühren. Üblich ist diese Berechnungsart vor allem bei erstinstanzlichen, nichtstreitigen Verwaltungsverfahren.³²⁵ Sie sind insofern grundsätzlich mit dem Äquivalenzprinzip wie auch dem Kostendeckungsprinzip vereinbar.³²⁶

130 Problematisch ist vorliegend aber, dass die Gebührenhöhe gemäss dieser Berechnungsart (auch) davon abhängig ist, wie weit entfernt sich der Beaufsichtigte vom Wohnsitz der Kontrollpersonen befindet. Dass dieses Kriterium die Gebührenhöhe beeinflusst, hält dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) kaum stand, zumal sich aus Art. 27 BV ein besonderes Gleichbehandlungsgebot zwischen direkten Konkurrenten (Gewerbegenossen) ergibt.³²⁷

(3) Parameter des Gesetzgebers

131 Die Gebührenordnung ist durch den Gesetzgeber vorzugeben (Legalitätsprinzip). Neben den dargestellten konkreten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen hat er im Sinne einer Good Governance auch dafür zu sorgen, dass die Gebührenordnung transparent und kohärent ausgestaltet ist.

132 Die geltende Gebührenordnung ist in Bezug auf diese Aspekte teilweise kritisch zu sehen. Neben dem erwähnten Grundproblem der Querfinanzierung³²⁸ ist problematisch, dass das Gesetz offenlässt, was die Zuschläge von bis zu 20 % nach Art. 10 ESTI-VO bezwecken. Der Preisüberwacher scheint davon auszugehen, dass damit nicht gebührenpflichtige Tätigkeiten finanziert werden sollen.³²⁹ Diese Auslegung ist indes keineswegs zwingend. Naheliegender ist vielmehr, dass es sich dabei um einen Zuschlag im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. c AllgGebV handelt, mit dem ein angemessener Anteil an den Kosten für die Leistungen der zentralen Dienste (Gemeinkosten) abgegolten wird. Auch ist nicht

³²⁵ BVerfGE A-773/2011 vom 24. Mai 2013 E. 9.4.1 (Verfahren vor der ComCom, Art. 40 Abs. 1 lit. b und Art. 56 Abs. 4 FMG); BVerfGE A-1200/2012 vom 27. November 2012 E. 4.3.2.3 (Informationszugangsgesuche, Art. 17 BGÖ).

³²⁶ BGE 132 II 47 E. 4.2.

³²⁷ Dazu etwa BIAGGINI, OFK-BV, Art. 27 N 23 ff.

³²⁸ Oben Rz. 111 ff.

³²⁹ Empfehlungen PUE, S. 2.

nachvollziehbar, weshalb ein solcher Zuschlag nur bei den «übrigen Tätigkeiten erhoben wird». Insofern widerspricht der Zuschlag in seiner jetzigen Form den Grundsätzen der Good Governance.

133 Nicht *per se* problematisch ist demgegenüber, dass für die «übrigen Tätigkeiten» die in der Privatwirtschaft üblichen Ansätze als Berechnungsgrundlage dienen. Dem Äquivalenzprinzip ist damit ausreichend Rechnung getragen, da hiermit sichergestellt ist, dass die Gebührenpflichtigen nicht unverhältnismässig mehr bezahlen, als die amtliche Leistung wert ist. Es ist angemessen und vertretbar, dass für Verwaltungsverfahren (Erlass einer Verfügung)³³⁰ eine andere Bemessungsgrundlage herangezogen wird als für die übrigen Tätigkeiten (z. B. Kontrollen).³³¹

(4) Transparenz des ESTI im Hinblick auf gesetzliche Vorgaben

134 Aus der Stellungnahme des Preisüberwachers wird deutlich, dass die Praxis der Gebührenerhebung des ESTI für Aussenstehende (und damit auch die Gebührenpflichtigen) weitgehend undurchsichtig ist.³³² Auch eine abschliessende Beurteilung der Gebührenordnung anhand der abgaberechtlichen Grundsätze ist nur möglich, wenn offenliegt, für welche Tätigkeit welche Gebühren erhoben werden und mit welchen Gebühreneinnahmen welche Tätigkeiten finanziert werden. Das ESTI hat daher nicht nur die Stundenansätze offenzulegen, sondern auch, wie diese zustande kommen.

135 Es stellt sich ferner die grundsätzliche Frage, ob es Leistungen gibt, die zwischen ESTI und dem Verein hin oder her verrechnet werden (z. B. Gemeinkosten, Rechtsdienste). Die Gemeinkosten werden intern gemäss dem vom BFE jährlich genehmigten Budget umgelegt.³³³ Sofern das ESTI Leistungen für Electrosuisse erbringt, erfolgt eine Abgeltung nach dem jeweiligen Satz der internen Leistungsverrechnung (aktueller Stundensatz: 192 Franken).³³⁴ Entsprechende Verrechnungen sind nur *at arm's length* (zu marktwirtschaftlichen Konditionen)

³³⁰ Art. 9 ESTI-VO.

³³¹ Art. 10 ESTI-VO.

³³² Empfehlungen PUE.

³³³ Vgl. oben Rz. 79, zweiter Spiegelstrich.

³³⁴ Das ESTI erbringt kaum noch Leistungen für Electrosuisse (vor allem noch Vorträge). Insbesondere übernimmt der Rechtsdienst des ESTI heute keinerlei Aufträge des Vereins mehr; Auskunft ESTI, Besprechung vom 6. Oktober 2022.

zulässig. Sie sind ferner durch interne Prozesse zu regeln und bedürfen einer Kontrolle durch eine interne und allenfalls eine externe Revision.

c) Lösungsvorschläge

136

Gestützt auf die Analyse der rechtlichen Anforderungen an die Gebührenordnung und unter Berücksichtigung der dargestellten Kritik werden folgende Anpassungen vorgeschlagen:³³⁵

- Publikation der Gebührenansätze nach Art. 9 und Art. 10 Abs. 2 ESTI-VO durch das ESTI oder Aufnahme einer Gebührentabelle in die Verordnung.³³⁶
- Die Möglichkeit eines Zuschlags von 20 % nach Art. 10 Abs. 1 ESTI-VO ist durch einen «angemessenen Gemeinkostenzuschlag und eine Fahrtkostenpauschale» zu ersetzen.³³⁷
- Die Berechnung der Gebühr wie insbesondere auch allfällige Zuschläge sind nachvollziehbar auszuweisen.
- Leistungen, die hin oder her verrechnet werden, sind durch ein Managementsystem zu regeln, das internen Kontrollen und allenfalls einer externen Revision unterliegt.

³³⁵ Auf eine vertiefte Darstellung einer möglichen Legalisierung der Querfinanzierung wird verzichtet. Angesichts der laufenden gesetzgeberischen Entwicklungen kann es ohnehin nur um eine teilweise Verwirklichung dieses Ansatzes gehen. Dies hätte eine relativ inkohärente Gebührenordnung zur Folge. Konkret wäre Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO zu streichen. Damit das Äquivalenzprinzip gewahrt bleibt, wäre stattdessen für das Plangenehmigungsverfahren eine Gebührenobergrenze vorzusehen.

³³⁶ Die Rechtssicherheit wird durch eine Publikation in der Verordnung – statt Publikation durch das ESTI – tendenziell gestärkt, allerdings geht dies auf Kosten der Flexibilität bei der Anpassung der Bemessungsgrundlagen. Die Gebühren werden bereits publiziert: <https://www.esti.admin.ch/de/das-esti/gebuehren>, zuletzt besucht am 4. März 2023.

³³⁷ Damit wird dem ESTI eine faire Verteilung der Fahrtkosten ermöglicht, die unabhängig von der – willkürlichen – Tatsache der Wegstrecke zwischen Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigten ist.

V. Governance-Varianten und deren Beurteilung nach Kriterien einer Good Governance

A. ESTI als eigenständige, ausgelagerte Einheit

137 Soll das ESTI als eigenständige, ausgelagerte Einheit neu geschaffen werden, kommt gemäss den BDO-Berichten primär die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt in Frage. Der hauptsächliche Vorteil dieser Lösung ist, dass das ESTI seine Aufsichtsaufgaben unabhängig von den Marktteilnehmern erfüllen kann, was allerdings auch durch eine Rückführung der Aufgaben in die Zentralverwaltung erreicht werden könnte.³³⁸ Wie realistisch eine solche Verselbständigung oder Rückführung ist, hängt faktisch auch davon ab, ob ein genügend grosser Pool an Expertinnen und Experten existiert, welche über das notwendige Fachwissen verfügen, aber nicht mit der beaufsichtigten Branche verbunden sind.³³⁹ Der Gewinn an politischer Unabhängigkeit ist mit Blick auf die Aufsichtsbereiche des ESTI ein Argument, aber kein zwingendes.³⁴⁰

138 Mit einer derartigen Verselbständigung in der Form einer öffentlich-rechtlichen Anstalt müssten allerdings die bestehenden, historisch gewachsenen und grundsätzlich gut funktionierenden Strukturen des ESTI aufgelöst und neu geschaffen werden. Dies bringt schwer kalkulierbare Risiken mit sich. Die Schaffung einer eigenständigen, ausgelagerten Einheit ist zudem mit hohen Kosten verbunden.³⁴¹ Folglich sind mildere Massnahmen jedenfalls zu prüfen und, soweit sie ein angemessenes Mass an Unabhängigkeit sicherstellen, vorzuziehen (Verhältnismässigkeitsprinzip). Die komplette Neuorganisation des ESTI ist demnach erst in Betracht zu ziehen, wenn mit weniger aufwändigen und riskanten Massnahmen kein angemessenes Mass an Unabhängigkeit erreicht werden kann.

139 Im Übrigen könnte auch mit der Überführung des ESTI *en bloc* in eine öffentlich-rechtliche Anstalt der Idealtypus der Aufsichtsinstanz gemäss Corporate-Governance-Bericht nicht erreicht werden: Die Plangenehmigungsverfahren und

³³⁸ Vgl. Schlussbericht Corporate-Governance, S. III-IV; Schlussbericht Finanzierung, S. III-IV.

³³⁹ Vgl. oben Rz. 82 zu diesem Problem im Bereich der Finanzmarktaufsicht.

³⁴⁰ Oben Rz. 37 f.

³⁴¹ Oben Rz. 85.

weitere Ministerialaufgaben würden in diesem Fall in untypischer Weise durch die «öffentliche Anstalt ESTI» ausgeführt. Zudem sehen die Governance-Grundsätze, wie erwähnt, die öffentliche Anstalt auch für Aufsichtsbehörden nur dann als Idealtypus vor, wenn der Gesetzgeber die politische Unabhängigkeit einer Aufsichtsbehörde besonders gewichtet – was beim ESTI nicht der Fall ist.³⁴²

B. *Verselbständigung einzelner Bereiche oder deren Rücknahme in die Ministerialverwaltung*

140 Eine Aufgabenzuteilung, welche die Unabhängigkeit des ESTI vom beaufsichtigten Markt ins Zentrum stellt und sich dabei möglichst an den Grundsätzen des Corporate-Governance-Berichts orientiert, könnte wie folgt vorgenommen werden:

- Erfüllung sämtlicher Aufgaben der Markt- und Sicherheitsaufsicht durch eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt (insbesondere, wenn der Gesetzgeber ein Interesse an politischer Unabhängigkeit formuliert) oder durch die Zentralverwaltung (soweit kein relevantes Interesse an politischer Unabhängigkeit angenommen wird).
- Das Plangenehmigungsverfahren wird von der Zentralverwaltung durchgeführt (UVEK/BFE), ebenso die restlichen Ministerialaufgaben (Service public, Unterstützung Gesetzgebung, Statistiken führen, Strafverfolgung).
- Die Leistungen am Markt entfallen.

141 Die Vorteile dieser Neuordnung sind die klaren Verantwortlichkeiten. Die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde von den Marktteilnehmern würde gestärkt und die Finanzierungsproblematik entschärft, da eine Querfinanzierung bereits faktisch ausser Betracht fällt.

142 Allerdings würde damit die bestehende Fachkompetenz aufgesplittet. Zudem ist ein Effizienzverlust aufgrund der notwendigen Verdoppelung von Strukturen

³⁴² Oben Rz. 37 f.

wohl unvermeidbar. Zur Durchführung des Plangenehmigungsverfahrens wäre bei der zuständigen Stelle der Zentralverwaltung ein wesentlicher Personalaus-
bau nötig.³⁴³ Zudem bestehen auch hier die erwähnten Risiken und Kosten einer
Neustrukturierung. Folglich stellt sich auch die Frage der Verhältnismässigkeit,
zumal eine umfassende Aufsplittung der Aufgaben im Vergleich zu einer Über-
tragung in eine öffentliche Anstalt *en bloc* wohl noch höhere Kosten verursachen
dürfte. Diese Variante könnte jedoch auch bloss teilweise, durch eine gezielte
Neuzuweisung bestimmter Aufgaben (z. B. die Durchführung der Verwaltungs-
strafverfahren allein durch das BFE), umgesetzt werden.

C. *Anpassungen der bestehenden Strukturen*

1. **Anpassungen von Auftragsbereichen und Kompetenzen**

143 Die Integration des ESTI im Verein Electrosuisse führt zu verschiedenen Ver-
flechtungen institutioneller, organisatorischer, finanzieller und personeller
Art.³⁴⁴ Mit Massnahmen auf verschiedenen Ebenen können diese jedoch aufgelöst
bzw. kann der drohenden Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des ESTI
entgegengewirkt werden.

144 Wie bereits erwähnt ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung aus dem
Corporate-Governance-Bericht des Bundes keineswegs ein Zwang, das ESTI als
selbständige öffentliche Anstalt auszugestalten.³⁴⁵ Die Verwirklichung einer
Good Governance setzt vielmehr voraus, dass die unterschiedlichen Aufgaben-
bereiche im Sinne einer möglichst optimalen Gewichtung der konkreten Gover-
nance-Interessen differenziert geregelt werden.³⁴⁶

145 Die Auslagerung von zahlreichen Aufgaben der Ministerialverwaltung auf das
ESTI ist zwar untypisch, aber sachlich begründet. Die Durchführung der Plange-
nehmigungsverfahren ist in weitem Umfang ein Massengeschäft, das umfassen-
des technisches Know-how erfordert, welches beim ESTI vorhanden ist. Es ist

³⁴³ Insgesamt beschäftigt das ESTI 90 Mitarbeitende; Auskunft ESTI, Besprechung vom 6. Oktober 2022; vgl. auch Übersicht Aufgaben ESTI.

³⁴⁴ Oben Rz. 78 ff.; vgl. auch bereits eingehend Schlussbericht Corporate-Governance, S. 12 ff.

³⁴⁵ Oben Rz. 37 f.

³⁴⁶ Oben Rz. 39 ff.

ferner sinnvoll, dass die Strukturen und das Fachwissen des ESTI genutzt werden, um weitere staatliche Aufgaben zu erfüllen (z. B. die Unterstützung bei der Gesetzgebung, Beantwortung parlamentarischer Anfragen). Die Kritik, die diesen Bereich betrifft, richtet sich denn auch kaum gegen die Aufgabenerfüllung an sich, sondern primär gegen die Gebühren.³⁴⁷

146 Der Bereich der Markt- und Sicherheitsaufsicht steht am stärksten und – wie mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Mindeststandards und die Grundsätze der Good Governance aufgezeigt – zurecht in der Kritik.³⁴⁸ Jedoch kann mit der Umsetzung der vorgeschlagenen Massnahmen auch für diesen Bereich der Aufsicht über die Elektroinstallationen ein genügendes Mass an Unabhängigkeit von Electrosuisse bzw. den Beaufichtigten geschaffen werden. Dieses lässt sich erreichen, indem explizite Vorgaben zur Unabhängigkeit und ein umfassenderes Qualitätsmanagement mit internem und externem Controlling sowie Berichterstattungspflicht eingerichtet werden. In welchem Masse über den verfassungsrechtlichen Mindeststandard hinaus zusätzliche Unabhängigkeit durch einen Eingriff in die bestehenden, effizienten Strukturen «erkauft» werden soll, ist letztlich ein politischer Entscheid. Es liegt mithin am Gesetz- und Verordnungsgeber, die gegenläufigen Governance-Interessen zu bewerten und entsprechend auszutarieren. Hilfreich im Sinne einer Good Governance wäre zudem, wenn die Electrosuisse sämtliche Tätigkeiten im Bereich der NIV aus dem Verein ausgliedern würde. Damit wäre die Unabhängigkeitsproblematik im Bereich der Markt- und Sicherheitsaufsicht für das ESTI weitgehend entschärft, womit andere strukturelle Vorgaben an das ESTI reduziert werden könnten.³⁴⁹

147 Soweit das ESTI als Dienststelle privatwirtschaftliche Tätigkeiten ausüben soll, bedarf es hierzu einer gesetzlichen Grundlage.³⁵⁰ Mit Blick auf die privatwirtschaftlichen Tätigkeiten, die Mitarbeitende des ESTI für die Electrosuisse (z. B. in Liechtenstein) ausüben, sind die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um eine Quersubventionierung von Staatsaufgaben in Wettbewerbstätigkeiten zu

³⁴⁷ Zum Ganzen oben Rz. 63 ff. und 103 ff.

³⁴⁸ Oben Rz. 79 ff.

³⁴⁹ Zum Ganzen oben Rz. 86.

³⁵⁰ Oben Rz. 93 f.

verhindern.³⁵¹ Für die Zukunft ist zu klären, ob die Electrosuisse Mitarbeitende des ESTI bei dieser oder anderen marktwirtschaftlichen Tätigkeiten einsetzen darf.

2. Anpassungen in der Finanzierung der Aufgaben

148 Die Finanzierungsproblematik und insbesondere die Frage der Quersubventionierung hängen eng mit den bestehenden Strukturen zusammen. Zur Lösung der Problematik sind verschiedene Varianten denkbar, die bereits in den Grundzügen dargestellt wurden.³⁵² Diese Überlegungen gelten analog auch für die Aufgabenfinanzierung im Falle einer Neustrukturierung.

149 Für eine Legalisierung des Status quo wäre Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO zu streichen und eine Gebührenobergrenze einzuführen, die verhindert, dass das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip verletzt wird.³⁵³ Gemäss den aktuellen Entwicklungen in der Gesetzgebung scheint diese Variante jedenfalls politisch nicht mehr opportun; mit der jüngsten Revision der NEV und der VGSEB soll die Marktüberwachung im Bereich der Elektrogeräte, soweit sie nicht mittels Gebühren finanziert ist, durch eine Abgeltung des Bundes finanziert werden.³⁵⁴

150 Vorzuziehen ist eine vollständige oder teilweise Neuordnung des Gebührensystems: Bei einer vollständigen Neuordnung würden die Ministerialaufgaben sowie die Aufgaben der Aufsicht (weiterhin) durch Gebühren finanziert. Soweit die Gebühren nicht kostendeckend sind, würden ergänzend Abgeltungen vorgesehen. Die Aufgaben des Service public wären neu grundsätzlich durch Abgeltungen finanziert.³⁵⁵ Möglich wäre auch ein Mischsystem, in dem einzelne

³⁵¹ Oben Rz. 95 und 135.

³⁵² Oben Rz. 111 ff. und 122 f.

³⁵³ Oben Rz. 123.

³⁵⁴ Vgl. Art. 23 Abs. 7 NEV, Art. 26a NEV und Art. 21a VGSEB (in Kraft getreten am 1. Januar 2023); Medienmitteilung BFE.

³⁵⁵ Soll *keinerlei* Querfinanzierung zwischen den unterschiedlichen Tätigkeiten möglich sein, ist Art. 10 Abs. 2 ESTI-VO zu ändern. Die Gebührenberechnung nach den «in der Privatwirtschaft üblichen Ansätze[n] für gleichartige Arbeiten» ist analog Art. 9 ESTI-VO durch die Bemessungsgrundlage des tatsächlichen Aufwands zu ersetzen; vgl. oben Rz. 113.

Tätigkeiten des Service public weiterhin durch die Gebühreneinnahmen im Plangenehmigungsverfahren querfinanziert werden.³⁵⁶

D. Fazit

- 151 Die vorgeschlagenen Anpassungen der bestehenden Strukturen erlauben es, die anerkanntermassen funktionierenden und effizienten Strukturen des ESTI weitgehend zu erhalten. Dieses Vorgehen ist daher im Vergleich zu einer vollständigen oder teilweisen Verselbständigung des ESTI risikoärmer und kostengünstiger.
- 152 Die vorgeschlagenen Änderungen gewährleisten eine im Sinne der verfassungsrechtlichen Mindestgarantien ausreichende Unabhängigkeit des ESTI. Weitergehende Massnahmen zur Stärkung der Unabhängigkeit sind nur sinnvoll, soweit sie gegenläufige Governance-Interessen (wie insbesondere die effektive Aufgabenerfüllung) nicht übermässig beeinträchtigen. Das heisst, die Massnahmen sind am Verhältnismässigkeitsprinzip auszurichten und in praktische Konkordanz mit den weiteren Governance-Interessen zu bringen.
- 153 Die problematische Praxis der weitgehenden Querfinanzierung mittels Gebühren aus dem Plangenehmigungsverfahren lässt sich durch die Schaffung eines Finanzierungssystems auflösen, in dem sich Gebühren und Abgeltungen des Bundes ergänzen. Derart kann die Finanzierung des ESTI im Sinne einer Good Governance effizient, transparent und kohärent gestaltet werden. Diese Anpassungen entsprechen im Übrigen der Stossrichtung der aktuellen Entwicklung auf der Verordnungsebene.³⁵⁷

³⁵⁶ Auch in diesem System wäre der strenge Wortlaut von Art. 8 Abs. 2^{bis} ESTI-VO zu ändern, vgl. oben Rz. 119 ff.

³⁵⁷ Vgl. die Revision der NEV per 1. Januar 2023; FN 319.

Abkürzungen

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Erlasse der Stadt Zürich
Aufl.	Auflage
BAV	Bundesamt für Verkehr
BBl	Bundesblatt
BDO	BDO AG (Wirtschaftsprüfungs-, Treuhand- und Beratungsgesellschaft mit Sitz in Zürich)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BVGE	Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
EG	Europäische Gemeinschaft
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
EN	Europäische Norm
ES	Electrosuisse
EU	Europäische Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote

Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
ISO	Internationale Organisation für Normung
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KKS	Koordinationskommission
KOM	Europäische Kommission
LGBI	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt
LI	Fürstentum Liechtenstein
lit.	litera
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
N	(Rand-)Note
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OFK	Orell Füssli Kommentar
PUE	Preisüberwacher
Rz.	Randziffer
SN	Schweizer Norm
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SIST	Schweizerische Sicherheitsuntersuchungsstelle
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVTI	Schweizerischer Verein für technische Inspektionen
u. U.	unter Umständen
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
WEKO	Wettbewerbskommission
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Gesetzesverzeichnis

Bundesrecht

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101, zitiert als **BV**

Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz) vom 17. Dezember 2004, SR 152.3, zitiert als **BGÖ**

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010, zitiert als **RVOG**

Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021, zitiert als **VwVG**

Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004, SR 172.041.1, zitiert als **AllgGebV**

Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1, zitiert als **BöB**

Bundesgesetz zur Förderung der Information über den Unternehmensstandort Schweiz vom 5. Oktober 2007, SR 194.2

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210, zitiert als **ZGB**

Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0, zitiert als **VStrR**

Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz) vom 13. Dezember 2022, SR 412.10, zitiert als **BBG**

Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung) vom 19. November 2003, SR 412.101, zitiert als **BBV**

Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz) vom 5. Oktober 1990, SR 616.1, zitiert als **SuG**

Verordnung über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat vom 12. November 2008, SR 732.21, zitiert als **ENSIV**

Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz) vom 24. Juni 1902, SR 734.0, zitiert als **EleG**

Verordnung über elektrische Schwachstromanlagen vom 30. März 1994, SR 734.1, zitiert als **Schwachstromverordnung**

Verordnung über elektrische Starkstromanlagen vom 30. März 1994, SR 734.2, zitiert als **Starkstromverordnung**

Verordnung über das Eidgenössische Starkstrominspektorat (ESTI-Verordnung) vom 7. Dezember 1992, SR 734.24, zitiert als **ESTI-VO**

Verordnung des UVEK über die Übertragung von Untersuchungskompetenzen in Verwaltungsstrafverfahren an das Eidgenössische Starkstrominspektorat vom 12. November 2013, SR 734.241, zitiert als **Verordnung Übertragung Untersuchungskompetenzen**

Verordnung über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen vom 2. Februar 2000, SR 734.25, zitiert als **VPeA**

Verordnung über elektrische Niederspannungserzeugnisse vom 25. November 2015, SR 734.26, zitiert als **NEV**

Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung) vom 7. November 2001, SR 734.27, zitiert als **NIV**

Verordnung über elektrische Leitungen (Leitungsverordnung, LeV) vom 30. März 1994, SR 734.31, zitiert als **LeV**

Verordnung über Geräte und Schutzsysteme zur Verwendung in explosionsgefährdeten Bereichen vom 25. November 2015, SR 734.6, zitiert als **VGSEB**

Verordnung über Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. November 1983, SR 742.141.1, zitiert als **EBV**

Verordnung über die Sicherheitsuntersuchung von Zwischenfällen im Verkehrswesen vom 17. Dezember 2014, SR 742.161, zitiert als **VSZV**

Verordnung über die Flughafengebühren vom 25. April 2012, SR 748.131.3, zitiert als **FGV**

Verordnung über den Flugsicherheitsdienst vom 18. Dezember 1995, SR 748.132.1, zitiert als **VFSD**

Postverordnung vom 29. August 2012, SR 783.01, zitiert als **VPG**

Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR 784.10, zitiert als **FMG**

Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1, zitiert als **ATSG**

Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20, zitiert als **UVG**

Bundesgesetz über die Produktesicherheit vom 12. Juni 2009, SR 930.11, zitiert als **PrSG**

Bundesgesetz über die Förderung des Exports vom 6. Oktober 2000, SR 946.14, zitiert als **Exportförderungsgesetz**

Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995, SR 946.51, zitiert als **THG**

Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz) vom 22. Juni 2007, SR 956.1, zitiert als **FINMAG**

Ausländisches und Internationales Recht

Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Energie und dem Amt für Volkswirtschaft über den Vollzug der Verordnung über elektrische Niederspannungserzeugnisse und der Verordnung über Geräte und Schutzsysteme zur Verwendung in explosionsgefährdeten Bereichen auf dem Staatsgebiet des Fürstentums Liechtenstein, abgeschlossen in Bern am 20. Dezember 2017, LGBl-Nr. 2020.005, zitiert als **Vereinbarung BFE-Amt für Volkswirtschaft/LI**

Vertrag zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet, abgeschlossen am 29. März 1923, SR 0.631.112.514, zitiert als **Vertrag Anschluss LI an CH-Zollgebiet**

Gesetz vom 15. Dezember 1982 über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz), LGBl-Nr. 1983.016, zitiert als **Elektrizitätsgesetz/LI**



Verordnung vom 7. August 1984 über das Starkstrominspektorat, LGBI-Nr. 1985.024, zitiert als **VO-Starkstrominspektorat/LI**

Nicht-öffentliche Verträge und Dokumente

Aktennotiz BDO vom 1. April 2020, Tätigkeiten des ESTI im Fürstentum Liechtenstein, im Auftrag des Bundesamtes für Energie, zitiert als **Aktennotiz BDO**

Kurzanalyse betreffend Finanzierung des ESTI in Zukunft vom 22. Februar 2019, verfasst von R. Amstutz, zssitiert als **Kurzanalyse Finanzierung ESTI**

Schlussbericht BDO vom 30. Januar 2020 (mit Ergänzungen vom 14. Februar und 4. Februar 2020), Eidgenössisches Starkstrominspektorat ESTI: Prüfung der Corporate-Governance und der generellen Unabhängigkeit vom Verband Electrosuisse, zitiert als **Schlussbericht Corporate-Governance**

Schlussbericht BDO vom 31. März 2020, Prüfung der mittel- und langfristigen Finanzierung sowie der Organisationsstruktur des Eidgenössischen Starkstrominspektorates (ESTI), zitiert als **Schlussbericht Finanzierung**

Übersicht Aufgaben ESTI, vom auftraggebenden BFE mit E-Mail vom 29. März 2022 den Studienauftragnehmern als Grundakte überlassen, zitiert als **Übersicht Aufgaben ESTI**

Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Verkehr (BAV) und dem Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) betreffend die Regelung der Zuständigkeit für die Genehmigung von Stromversorgungsanlagen für Seilbahnanlagen sowie deren Kontrolle (Überwachung) vom 15. Juli 2014, zitiert als **Vereinbarung BAV-ESTI**

Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen dem Bundesamt für Verkehr (BAV) und der Schweizerischen Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST), Bereich Bahnen und Schiffe, vom 1. September 2021, zitiert als **Vereinbarung BAV-SUST**

Vertrag zwischen dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und Electrosuisse, Verband für Elektro-, Energie- und Informationstechnik betreffend die Führung des Eidgenössischen Starkstrominspektorates (ESTI) vom 19./28. Juni 2018, zitiert als **Vertrag UVEK-Electrosuisse**



Vertrag zwischen der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Suva), Luzern, und Electrosuisse, SEV Verband für Elektro-, Energie- und Informationstechnik, Fehraltorf betreffend Durchführungs- und weitergehender Präventionsaufgaben, genehmigt von der EKAS am 22.03.2007, zitiert als **Vertrag SUVA-Electrosuisse**

Materialienverzeichnis

Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBl 2006 8233 ff., zitiert als **Corporate-Governance-Bericht**

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Erlass eines Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 5. Juni 1899, BBl 1899 III 786 ff., zitiert als **Botschaft EleG 1899**

Botschaft an die Bundesversammlung zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Enteignung vom 21. Juni 1926, BBl 1926 II 1 ff., zitiert als **Botschaft EntG**

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21. April 1971, BBl 1971 I 993 ff., zitiert als **Botschaft Verwaltungsstrafrecht**

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986, BBl 1987 369 ff., zitiert als **Botschaft SuG**

Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1306 ff., zitiert als **Botschaft Postorganisationsgesetz**

Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren vom 25. Februar 1998, BBl 1998 2591 ff., zitiert als **Botschaft Bundeskoordinationsgesetz**

Botschaft zum Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze, Änderung des Elektrizitätsgesetzes und des Stromversorgungsgesetzes, vom 13. April 2016, BBl 2016 3865 ff., zitiert als **Botschaft Um- und Ausbau Stromnetze**

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff., zitiert als **Botschaft BöB**

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Enteignung vom 1. Juni 2018, BBl 2018 4713 ff., zitiert als **Botschaft Änderung EntG**

Eidgenössisches Finanzdepartement, Corporate Governance des Bundes, Übersicht über die 37 Leitsätze, einsehbar unter:

https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html (zuletzt eingesehen am 6. Dezember 2022), zitiert als **Leitsätze EFD**

Eignerstrategie des Bundesrates für die verselbstständigten Einheiten des Bundes, Bericht des Bundesrates vom 26. Mai 2021 in Erfüllung des Postulates 18.4274, Abate Fabio, vom 13. Dezember 2018, zitiert als **Eignerstrategie Bundesrat**

Empfehlungen des Preisüberwachers vom 18. Dezember 2019, Gebührenfinanzierung des ESTI, abrufbar unter: https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/empfehlungen/gebuehrenfinanzierung_des_esti_empfehlungen_des_preisueberwachers.pdf.download.pdf/Geb%C3%BChrenfinanzierung%20des%20ESTI.pdf (zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2022), zitiert als **Empfehlungen PUE**

Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006, abrufbar unter: https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/cgov/Erl%C3%A4uternder%20Bericht%20der%20EFV%20vom%202013.9.2006.pdf.download.pdf/Bericht_EFV_d.pdf (zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2022), zitiert als **Erläuternder Bericht EFV**

Europäische Kommission, Mitteilung, Governance in Entwicklungsländern, KOM (2003) 615 vom 20. Oktober 2003, zitiert als **EU-Mitteilung**

Europäische Kommission, Europäisches Regieren – ein Weissbuch, Amtsblatt C 287 vom 12. Oktober 2001, zitiert als **EU-Weissbuch**

Medienmitteilung des BFE vom 23. November 2022, Bundesrat setzt verschiedene revidierte Verordnungen im Energiebereich in Kraft, einsehbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91843.html> (zuletzt eingesehen am 6. Dezember 2022), zitiert als **Medienmitteilung BFE**

Mustererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht, Stand: 1. Juli 2016, erstellt in Zusammenarbeit zwischen der



Eidgenössischen Finanzverwaltung und dem Bundesamt für Justiz, abrufbar unter: https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/cgov/Mustererlass_Aufsicht_d.pdf.download.pdf/Mustererlass_Aufsicht_d.pdf (zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2022), zitiert als **Mustererlass Anstalten**

OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Ausgabe 2015, abrufbar unter: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-leitsatze-zu-corporate-governance-in-staatseigenen-unternehmen-ausgabe-2015_9789264251526-de#page4 (zuletzt abgerufen am 7. Dezember 2022), zitiert als **OECD-Leitsätze**

Tätigkeitsbericht des ESTI 2020 vom 30. April 2021, abrufbar unter: https://www.esti.admin.ch/inhalte/dateien/ESTI_Taetigkeitsbericht_2020.pdf (zuletzt abgerufen am 6. Dezember 2022), zitiert als **Tätigkeitsbericht ESTI 2020**

Literaturverzeichnis

ABEGG ANDREAS/FREI MARCO, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, in: recht 2018, S. 142-154

AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), VwVG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. VERFASSER, VwVG-Komm., Art. ... N ...)

BAUER THOMAS, Behörde - Aufsicht - Regulierung; Gedanken anlässlich 10 Jahre FINMAG-Botschaft, in: BJM 2017, S. 305 ff.

BAUMANN PHIL, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Diss. Zürich/Basel/Genf 2019

BIAGGINI GIOVANNI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, Reflexionen über ein juristisches Chamäleon, in: ZBl 1997, S. 1 ff. (zit. Verwaltungsverordnung)

BIAGGINI GIOVANNI (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. VERFASSER, OFK-BV, Art. ... N ...)

CAMENISCH LIVIA, Innovationsoffenheit als Verfassungsgrundsatz, Diss. St. Gallen 2021

CZADA ROLAND, Good Governance als Leitkonzept für Regierungshandeln: Grundlagen, Anwendungen, Kritik, in: Benz Arthur/Dose Nicolai (Hrsg.), Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen, Eine Einführung, 2. Aufl. Wiesbaden 2010

EHRENZELLER KASPAR, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch, Diss. St. Gallen 2019, Zürich/St. Gallen 2020

ELSENER MARC, Corporate Governance: Die Politik des Bundes, in: Die Volkswirtschaft, Das Magazin für Wirtschaftspolitik, 2012/6, S. 4 ff.

ELSER DOMINIK, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben, Verfassungsrechtliche Probleme und Spielräume, Diss. Zürich 2020

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., St. Gallen/Zürich 2020

HAFNER FELIX, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, in: BJM 2004, S. 281 ff.

HETTICH PETER/FREYER JULIE, Demokratische Kontrolle unabhängiger Aufsichts- und Regulierungsbehörden: Ein Oxymoron, in: ZBl 2022, S. 115 ff.

KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich 2018

KRADOLFER MATTHIAS, Einheit und Konkordanz der Verfassung, in: ZBl 2022, S. 4 ff.

LIENHARD ANDREAS, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, in: AJP 2002, S. 1163 ff. (zit. Organisation)

LIENHARD ANDREAS, Departement für Öffentliches Recht – Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht, in: Kunz Peter V./Weber Jonas/Lienhard Andreas/Fargnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht – Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 349 ff. (zit. Entwicklungen)

LIENHARD ANDREAS/RIEDER STEFAN/SONDEREGGER ROGER W./LADNER ANDREAS/HÖCHNER CLAUDIA/RITZ MANUEL/ROOSE ZILLA, Beurteilung der Corporate Governance des Bundes anhand der Analyse von vier Unternehmen, Schlussbericht zuhanden der Eidgenössischen Finanzverwaltung, Bern/Luzern/St. Gallen/Lausanne 2019 (zit. LIENHARD et al.)

LINDEN ERIK, Good Governance im Sport, Zürich/St. Gallen 2019

MARTY DARIO, 111 Jahre Eidgenössisches Starkstrominspektorat ESTI, Eine Erfolgsgeschichte für die elektrische Sicherheit, in: Bulletin 4x/2014, S. 30 f., vgl: https://ub.unibas.ch/digi/a125/sachdok/2015/BAU_1_6344725.pdf (zuletzt eingesehen am 7. Dezember 2022)

MÜLLER GEORG, Das Kostendeckungsprinzip als Kriterium für die Bemessung der Flughafengebühren, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 489 ff. (zit. Kostendeckungsprinzip)

MÜLLER RETO PATRICK, Nuklearaufsicht in der Schweiz, Die Ausgestaltung der Sicherheitsaufsicht über Kernanlagen im Wechselspiel zwischen helvetischem Pragmatismus und internationalen Erfahrungen und Empfehlungen, in: Sicherheit & Recht 2015, S. 189 ff. (zit. Nuklearaufsicht)

MÜLLER RETO PATRICK, Anforderungen an die unabhängige Aufgabenerfüllung der Nuklearaufsicht – Gutachten im Auftrag des ENSI-Rats, erstattet am 9. Februar 2021, St. Gallen/Zürich 2021 (zit. Anforderungen)

REY ALEXANDER, 3. Teil: Allgemeine Voraussetzungen der Bewilligungsfähigkeit von Bauten und Anlagen / IV. Erschliessung, in: Griffel Alain/Liniger Hans U./Rausch Heribert/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2016, S. 173 ff.

RICHLI PAUL/WIEDERKEHR RENÉ, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Bern 2014

SCHEDLER KUNO/GULDE ALEXANDER/SUTER SIMONE, Corporate Governance öffentlicher Unternehmen – Ausgewählte Fragen zur Führung staatlicher Beteiligungen, St. Gallen 2007

SCHEDLER KUNO/MÜLLER ROLAND/SONDEREGGER ROGER W., Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, Public Corporate Governance für die Praxis, 2. Aufl., Bern 2013

SCHINDLER BENJAMIN, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002 (zit. Befangenheit)

SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich/St. Gallen 2010 (zit. Verwaltungsermessen)

STÖCKLI ANDREAS, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure – Organisatorische Fragen/IV.-VI., in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), 7. Forum für Verwaltungsrecht, Bolligen 2019, S. 124 ff.

THURNHERR DANIELA/FUHRMANN FLORIAN, Public Corporate Governance, in: BJM 2016, S. 61 ff.



TRÜEB HANS RUDOLF/CLAUSEN NATHALIE, Kommentar zu Art. 9 BöB, in: Oesch Matthias/Weber Rolf H. /Zäch Roger (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht II – VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, 2. überarbeitete und erweiterte Aufl., Zürich 2021

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. VERFASSER, VwVG-Praxiskomm., Art. ... N ...)