



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und
Kommunikation UVEK

Bundesamt für Energie BFE

Bericht vom 12.05.2016

Regelungskompetenzen und Ermessensspielräume auf dem Gebiet der Infrastrukturgesetzgebung



Datum: 12.05.2016

Ort: Bern

Impressum:

Bolz+partner consulting ag

Gutenbergstrasse 14

3011 Bern

www.bolzpartner.ch

Autor:

Dr. iur. Peter Müller, bolz+partner consulting ag

Autor:

Wir verdanken die Mitarbeit von Laura Bertoni, Studentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

Für den Inhalt und die Schlussfolgerungen sind ausschliesslich die Autoren dieses Berichts verantwortlich.

Bundesamt für Energie BFE

Mühlestrasse 4, CH-3063 Ittigen; Postadresse: CH-3003 Bern

Tel. +41 58 462 56 11 · Fax +41 58 463 25 00 · contact@bfe.admin.ch · www.bfe.admin.ch

Inhaltsverzeichnis

	Zusammenfassung	4
1	Ausgangslage	5
1.1	Vollzugsschwierigkeiten auf dem Gebiet der Energieversorgung	5
1.2	Auftrag des Bundesamtes für Energie (BfE)	5
1.3	Art der Studie und methodisches Vorgehen	6
2	Einschlägige Urteile des Bundesverwaltungsgerichts	6
3	Probleme der heutigen Praxis	8
3.1	Fehlende Rechtsgrundlagen	8
3.2	Kleiner Ermessensspielraum für Regulatoren	8
3.3	Lange Verfahren - blockierte Entscheidungen	10
4	Das Institut des Regulators	11
4.1	Aufgaben und Rechtsform	11
4.2	Motive für die Schaffung von Regulatoren	12
4.3	Die Elektrizitätskommission im Besonderen	13
4.3.1	Aufgaben	13
4.3.2	Organisation	14
4.4	Mangelhafte Einordnung der Regulatoren in das Behördensystem	15
5	Vorschläge zur Stärkung der Stellung von Regulatoren	16
5.1	Rechtsetzende Kompetenzen der EICom	16
5.2	Ermessensspielraum der EICom	18
6	Schlussfolgerung und Empfehlungen	20
7	Anhang: Einschlägige Gerichtsfälle	21
8	Literaturverzeichnis	28

Zusammenfassung

Mit der Schaffung von Regulatoren, sei es in Form von Behördenkommissionen oder öffentlich-rechtlichen Anstalten, ist ein neues Element in die traditionelle Behördenstruktur des schweizerischen Staatswesens eingeführt worden. Der Grund hierfür liegt darin, dass für die Aufsicht in sicherheitstechnisch heiklen Bereichen und die Überwachung des Marktgeschehens in bestimmten Gebieten besonders sachkundige und unabhängige Instanzen zuständig sein sollen.

Ein wesentliches Merkmal der Regulatoren besteht darin, dass sie zum Teil Funktionen vereinen, die im gewaltenteiligen Staat grundsätzlich getrennt sind: sie üben nicht nur Verwaltungs-, insbesondere Aufsichtsaufgaben aus, sondern zum Teil rechtsetzende und judikative Funktionen. Das bedeutet, dass ihnen institutionell gesehen nicht nur Kompetenzen ähnlich jenen der Ämter der zentralen Verwaltung, sondern auch jenen des Gesetzgebers und insbesondere der Gerichte zukommen.

Dieser besonderen Stellung der Regulatoren trägt aber die geltende Rechtsordnung zu wenig Rechnung. Indem die Entscheidungen von Regulatoren vom Bundesverwaltungsgericht nicht nur auf Rechtmässigkeit, sondern auch auf Angemessenheit überprüft werden können, wird die Entscheidungsfindung namentlich im Bereich der Stromwirtschaft stark erschwert und verzögert mit teils schwerwiegenden finanziellen und technischen Konsequenzen. Dabei erscheint fraglich, ob in der Sache selber bessere Lösungen resultieren, sind doch äusserst komplexe technische Fragen zu beantworten, für die ein Gericht eher weniger qualifiziert ist, als die hierfür geschaffene Spezialbehörde. Zudem gibt es für die betreffenden Streitfragen oftmals keine allgemein anerkannten Standards, so dass ein Gerichtsverfahren den Charakter eines Expertenstreits annimmt.

Blockiert werden die Entscheide aber auch darum, weil Entscheidungen der Regulatoren vom Gericht mangels ausreichender rechtlicher Grundlage zurückgewiesen werden. In technologisch und wirtschaftlich sich derart rasch verändernden Sachgebieten kann indes der formelle Gesetz- und möglicherweise auch der Verordnungsgeber die Entwicklung nicht mehr sach- und zeitgerecht steuern, er muss Rechtsetzungs- oder eben Regulierungsaufgaben delegieren.

Deshalb werden im vorliegenden Beitrag Regelungsansätze zur Diskussion gestellt, die einerseits die Ermessens- nicht aber die Rechtskontrolle des Verwaltungsgerichts gegenüber Entscheidungen der Regulatoren einschränken bzw. ausschliessen, andererseits diesen zusätzliche Regelungskompetenzen zuweisen. Es handelt sich dabei zum Teil um Vorschläge, die in einem Spannungsverhältnis zur herrschenden Rechtsprechung und Lehre stehen, die sich aber im Rahmen der geltenden Verfassung sollten realisieren lassen.

1 Ausgangslage

1.1 Vollzugsschwierigkeiten auf dem Gebiet der Energieversorgung

Auf dem Gebiet der Energie und insbesondere auch der Stromversorgung sind die Elektrizitätskommission (ElCom) und auch das Bundesamt für Energie mit einem raschen technologischen Wandel und damit einhergehend mit komplexen, technischen, wirtschaftlichen, rechtlichen und auch politischen Fragestellungen konfrontiert.¹ In Ausübung ihrer Aufsichts- und Regulierungstätigkeit haben sie oftmals Entscheidungen von weitreichender Bedeutung zu treffen, ohne dass sie sich dabei auf präzise gesetzliche Vorgaben stützen können.² Auch gibt es bezüglich vieler wirtschaftlicher und technischer Fragen keine gefestigten Meinungen oder „good practices“, sondern muss Neuland betreten werden. Aber auch in anderen Sachgebieten werden Verfügungen der Regulatoren und von Bundesämtern oft vor Bundesverwaltungs- und vor Bundesgericht angefochten. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft dabei nicht nur die Rechtmässigkeit, sondern auch technische und wirtschaftliche Fragen eingehend. Dabei entscheidet es oft nicht reformatorisch, das heisst korrigiert nicht gerade selber die Entscheidungen, sondern weist die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanzen zurück.

Die entsprechenden Gerichtsverfahren und die daraus folgenden zusätzlichen Abklärungen der Vorinstanzen sind aufwändig und langwierig. Auch bedarf es um die vom Gericht festgestellten Lücken im Rechtssystem zu beheben, immer wieder neuer Rechtsetzungsverfahren. Das hat zur Folge, dass wichtige Entscheide auf sich warten lassen. Auch scheinen gewisse Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts in der Praxis nicht umsetzbar. Das alles führt zur Rechtsunsicherheit, kann Bauprojekte zum Teil wesentlich verteuern und hemmt tendenziell Innovationen.

Hinter der Frage, wie die Entscheidungskompetenzen zwischen Gericht und Regulator bzw. Amt verteilt werden soll, steht die grundsätzliche Thematik, ob und wie das Recht den rasanten technologischen Wandel auffangen kann, ein Problem, das sich namentlich mit der fortschreitenden Digitalisierung in zahlreichen andern Wirtschaftsbereichen – z.B. der Telekommunikation, der Automobil- und Luftfahrtindustrie, der Post – zeigt. Dabei tut sich folgendes Dilemma auf: Technologische Neuerungen oder auf moderner IT beruhende neue Businessmodelle fügen sich häufig nicht in die bestehenden Regulatorien ein. Andererseits sind innovative Firmen auf einen gewissen rechtlichen Rahmen angewiesen, damit sie das unternehmerische Risiko in Grenzen halten können; sie wollen nicht Produkte entwickeln, welche später von den Behörden nicht für den Markt zugelassen werden.

1.2 Auftrag des Bundesamtes für Energie (BFE)

Vor diesem Hintergrund hat das BFE Dr. Peter Müller (bolz+partner consulting ag) mit einer Studie beauftragt. Es soll darin

„anhand einschlägiger Verfahren der Frage nachgegangen werden, wie den Regulierungsbehörden mehr Ermessens- und Gestaltungsspielräume eingeräumt werden können, damit sie

¹ Vgl. Kratz/Zeller, S. 84.

² Zum Problem einer vorgängigen generell-abstrakten Regelung vgl. Müller, S. 348 f.

ihre Rolle (,regulieren‘ und nicht nur ,vollziehen‘) gerecht werden und auf sich ändernde Umstände zeitgerecht reagieren können. Dadurch soll auch das Zusammenwirken zwischen Verwaltung/Regulatoren und Justiz effizienter gestaltet werden. “

In der vorliegenden Arbeit soll mithin untersucht werden, wie vor dem beschriebenen Hintergrund die Regulierungskompetenzen, Entscheidungskompetenzen und Ermessensspielräume zwischen Gesetzgeber, Bundes- und Bundesverwaltungsgericht und Regulatoren zweckmässig zugeteilt werden. Zu prüfen ist, wie Entscheide rechtsstaatlich genügend legitimiert, aber auch sach- und zeitgerecht getroffen werden können. Dabei stellt sich die Frage, ob dies im Rahmen der geltenden Rechtsordnung möglich ist oder hierfür Änderungen der rechtlichen Grundlagen nötig wären.

Nach Absprache mit dem Auftraggeber soll die Studie sich nicht auf Ausführungen zur Situation auf dem Strommarkt beschränken, sondern wo angezeigt und möglich, auch Ausführungen zu Stellung und Funktionsweise der Regulatoren im Allgemeinen machen.

1.3 Art der Studie und methodisches Vorgehen

Die Studie enthält Vorschläge bezüglich der Gestaltung von Funktionen und Kompetenzen der Regulierungsbehörden. Sie nimmt zwar Bezug auf die einschlägige Literatur und Judikatur, dies aber ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Es handelt sich bei ihr nicht um ein Rechtsgutachten im klassischen Sinn, sondern um ein Diskussionspapier, das bestehende rechtliche Institute und Argumentationsmuster ein Stück weit hinterfragt. Die Ausführungen in der Arbeit sind zudem geprägt von den praktischen Erfahrungen des Autors als Führungsverantwortlicher in einem Infrastrukturamt des UVEK.

Anlass für die vorliegende Arbeit gaben vorab Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Eidg. Elektrizitätskommission (EiCom). In ihrem Zuständigkeitsbereich gibt es Verfahren, anhand derer die vorliegenden Fragestellungen exemplarisch beurteilt werden können. Es wird in der Studie daneben aber auch auf Entscheide Bezug genommen, welche das BfE und das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) betreffen. Zudem hat der Autor Gespräche geführt mit Dr. Christoph Bandli, Richter am Bundesverwaltungsgericht, dem Präsidenten und einem Mitglied sowie dem Sekretär der Elektrizitätskommission wie auch mit dem Direktor und Juristen des Bundesamtes für Energie.

2 Einschlägige Urteile des Bundesverwaltungsgerichts

Die vorliegende Arbeit basiert auf folgenden vom Bundesamt für Energie (BfE), von der Elektrizitätskommission (EiCom) und vom Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) ausgewählten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts:

- **BKW gegen Swissgrid AG und EiCom betreffend Definition Übertragungsnetz³ (zit. Definition Übertragungsnetz)**

³ Vgl. Anhang Ziff. 1.

- Verschiedene Kraftwerke gegen Swissgrid AG und ECom betreffend Bewertung Übertragungsnetz⁴ (zit. Bewertung Übertragungsnetz)
- Alpiq AG und andere gegen Swissgrid AG und ECom betreffend Kosten und Tarife für die Netznutzung und Systemdienstleistungen⁵ (zit. Systemdienstleistungen)
- Centralschweizerische Kraftwerke AG gegen Politische Gemeinde Arth und vonRoll casting⁶ (zit. Anrechenbare Kosten)
- EGL Grid AG gegen Swissgrid AG und ECom betreffend Kosten und Tarife 2011 für Netznutzung⁷ (zit. Tarife 2011)
- Nutzungstarife für Übertragungsnetz 2009 (verschiedene Urteile)⁸
- vonRoll casting gegen Centralschweizerische Kraftwerke und ECom betreffend Energiekosten für das Geschäftsjahr 2008/2009⁹ (zit. Energiekosten)
- Verschiedene Privatpersonen gegen Gesellschaft Obere Rhoneabteilung und Bundesamt für Energie, betreffend Plangenehmigung für den Bau einer kV-Hochspannungsleitung¹⁰ (zit. Plangenehmigung)
- Gemeinde Riniken und Mitbeteiligte gegen die Axpo AG und Bundesamt für Energie betreffend Freileitung Beznau-Birr¹¹ (zit. Freileitungen)
- Board of Airlines Representatives gegen Flughafen Zürich AG und Bundesamt für Zivilluftfahrt in Sachen Flughafengebühren¹² (zit. Flughafengebühren)

Die erwähnten Gerichtsurteile zeigen eine Reihe von Schwierigkeiten auf, mit denen sich Regulatoren konfrontiert sehen. Das Grundproblem besteht darin, dass viele Entscheidungen der Regulatoren entweder erst nach sehr langwierigen und aufwändigen Verfahren oder gar nicht umgesetzt werden können. Dies hängt vorab damit zusammen, dass beispielsweise im Strommarkt grosse Interessen aufeinander prallen und die Akteure sehr viele Entscheide vor dem Bundesverwaltungsgericht anfechten. Nach Auffassung des Gerichts basieren die Entscheide vielfach nicht auf einer genügenden rechtlichen Grundlage. Zudem kommt das Gericht in der Sache selber oft zu andern Schlüssen als die Vorinstanz. Es entscheidet recht häufig nicht reformatorisch, das heisst in der Sache selber, sondern weist die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Regulatoren zurück, zuweilen ohne präzise Vorgaben.

⁴ Vgl. Anhang Ziff. 2.

⁵ Vgl. Anhang Ziff. 3.

⁶ Vgl. Anhang Ziff. 4.

⁷ Vgl. Anhang Ziff. 5.

⁸ Vgl. Anhang Ziff. 6.

⁹ Vgl. Anhang Ziff. 7.

¹⁰ Vgl. Anhang Ziff. 8.

¹¹ Vgl. Anhang Ziff. 9.

¹² Vgl. Anhang Ziff. 10.

3 Probleme der heutigen Praxis

3.1 Fehlende Rechtsgrundlagen

Im Urteil betreffend Definition Übertragungsnetz¹³ hat das Bundesverwaltungsgericht einer fachtechnisch einleuchtenden, durchaus vertretbaren Definition des Übertragungsnetzes durch die EICom eine enge, am Wortlaut des Gesetzestextes orientierte Interpretation entgegengesetzt, die in der Sache selber nicht mehr überzeugt als die Auffassung der EICom. Zwar wird in der Botschaft zum StromVG¹⁴ ausdrücklich anerkannt, dass „mit dem raschen Fortschritt der Wissenschaft und der internationalen Entwicklungen die Begriffe im technisch komplexen Bereich der Stromversorgung schnell angepasst werden können müssen.“¹⁵ Das Gericht weist jedoch darauf hin, dass die Definition wie von der EICom verwendet, schon auf Ebene der Verordnung, das heisst durch den Bundesrat hätte festgelegt werden müssen. Auch wenn diese Auffassung im Einklang mit traditionellen Interpretationskriterien steht, erscheint doch fraglich, ob der Verordnungsgeber praktisch jeweils in der Lage ist, für den Zeitpunkt, in welchem sich die Frage stellt, schon die nötigen Begriffsklärungen vorzunehmen.

Die Frage, ob der Verordnungsgeber sach- und zeitgerecht reagieren kann, hat sich auch im Fall der Abgeltung für grenzüberschreitende Transitflüsse (Fall Systemdienstleistungen)¹⁶ gestellt. Die Festlegung der Kosten für grenzüberschreitende Transitflüsse ist eine sehr komplexe Angelegenheit sowohl was deren technische Grundlagen anbelangt wie auch in Bezug auf die betriebswirtschaftlichen Rechnungsmethoden und die rechtliche Situierung. Es ist nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber die Frage, ob „Mindererlöse“ zu den „Kosten der Netznutzung durch grenzüberschreitende Lieferungen“ zu zählen seien, nicht voraus sehen konnte und sich zu diesem Thema im Gesetz weder eine materielle Bestimmung noch eine Delegationsklausel findet.

Ein Blick auf die deutsche Gesetzgebung zeigt im Übrigen, wie schwerfällig und für den Laien kaum mehr nachvollziehbar eine Gesetzgebung ausfallen kann, die versucht, alle technischen Details im formellen Gesetz zu regeln. Ein solches Gesetz ist nicht stufengerecht in dem Sinne als ein Parlament weder von seiner Funktion her berufen noch von seiner Expertise her in der Lage ist, derartige Technizitäten zu regeln.¹⁷

3.2 Kleiner Ermessensspielraum für Regulatoren

Das Bundesverwaltungsgericht hat in verschiedenen Urteilen ausgeführt, dass es die bei ihm angefochtenen Verfügungen grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition prüfe, das heisst nicht nur auf die Rechtmässigkeit, sondern auch auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalt wie auch auf Angemessenheit.¹⁸ Es auferlege sich dabei jedoch eine gewisse Zurückhaltung, wenn die Natur der Streitsache, dies sachlich rechtfertige beziehungsweise gebiete. Das sei regelmässig der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme

¹³ Vgl. Anhang Ziff. 1.

¹⁴ Vgl. Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621; BGBl. I S.254).

¹⁵ Vgl. BBl 2005, 1643.

¹⁶ Vgl. Anhang Ziff. 3.

¹⁷ Vgl. etwa Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) vom 07.07.2005.

¹⁸ Art. 49 VwVG.

oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag.¹⁹ Im Rahmen des sog. Technischen Ermessens "darf" der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, vorausgesetzt, diese hat die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt.²⁰ Soweit beispielsweise die EICom als Vorinstanz betroffen ist, anerkennt das Gericht, dass es sich bei dieser um keine gewöhnliche Vollzugsbehörde handelt, sondern um eine „Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung“. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung von Entscheiden der Kommission. Angesichts der technischen und ökonomischen Komplexität der zu beurteilenden Fragen stehe der Kommission wie überhaupt den Behördenkommissionen ein eigentliches „technisches Ermessen“ zu.²¹

Ob das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition unterschiedlich handhabt, je nachdem, ob es sich bei der Vorinstanz um eine "gewöhnliche" Behörde oder um eine Behördenkommission handelt, wird aber im konkreten Fall jeweils nicht klar. Das Konzept der Kognition wie es das Bundesverwaltungsgericht umschreibt erscheint in der Theorie zumindest überzeugend. Es geht davon aus, dass das einschlägige Spezialwissen der Verwaltungsbehörde im Zweifelsfall gegenüber dem eher generellen Wissen des Gerichts Priorität hat. Auf diese Weise besteht eher Gewähr, dass ein sachlich richtiges Urteil zustande kommt und die Streitsache beförderlich behandelt wird.

In der Praxis allerdings auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht auch gegenüber von Regulationsbehörden wenig Zurückhaltung, weil es sehr viele Fragen als Rechtsfragen qualifiziert bei deren Prüfung es seine Kognition nicht beschränkt. Eine eindeutige Trennung zwischen Rechts- und Fachfragen, ja selbst Ermessenfragen gibt es jedoch nicht.²² Ob beispielsweise die Vermaschung ein Kriterium bei der Definition des Übertragungsnetzes sein soll (Fall „Definition Übertragungsnetz“)²³, ist einerseits eine fachtechnische Frage; da sie aber eine wesentliche, insbesondere auch wirtschaftliche Bedeutung hat, kann man die Frage, wie das Bundesverwaltungsgericht dies getan hat, als Rechtsfrage behandeln. Ähnliches gilt für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Festsetzung der Netznutzungstarife nach der synthetischen Methode und nicht auf Grund Anschaffungs- und Herstellungskosten zu erfolgen hat (Fall „Energiekosten“).²⁴ Ob in einer finanztechnisch unklaren Situation gewisse Annahmen betreffend Überwälzung der Kosten auf Dritte gemacht werden dürfen, ist eine Expertenfrage, deren Beantwortung zwar weitreichende Bedeutung haben kann, die sich aber mit herkömmlichen juristischen Kriterien nicht lösen lässt (Fall Systemdienstleistungen).²⁵

Es entsteht der Eindruck, dass es bei den Beschwerdeverfahren oft eigentlich gar nicht um Rechtsfragen im eigentlichen Sinn, das heisst um das normkonforme Handeln der EICom geht.

¹⁹ Moser/Beusch/Kneubühler, N 2.154, S. 90; Tschannen/Zimmerli/Müller, N 29, S. 223.

²⁰ Vgl. für viele A-7097/2013, S. 20.

²¹ Vgl. A-120/2011 E.4.

²² Vgl. Kratz, N 15; Müller, S. 347.

²³ Vgl. Anhang Ziff. 1.

²⁴ Vgl. Anhang Ziff. 7.

²⁵ Vgl. Anhang Ziff. 3.

Denn die einschlägigen Normen in Gesetz und Verordnung enthalten für die komplexen finanztechnischen Fragen keine Vorgaben, so dass es letztlich zu einem Expertenstreit in technischen und betriebswirtschaftlichen Belangen sowie in Fragen des Rechnungswesens kommt, so zum Beispiel bei der Bewertung des Übertragungsnetzes oder bei der Berechnung der Zinsen bei Rückzahlungen infolge von Neufestsetzungen der Tarife für die Netznutzung. Kriterien sind dabei – mehr oder weniger anerkannte – branchenspezifische Standards, denen aber kein rechtsverbindlicher Charakter zukommt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Gericht in der Praxis seine Kognition weiter fasst als es in seinen theoretischen Überlegungen selber proklamiert. Auf jeden Fall würde eine zurückhaltendere Praxis nicht im Widerspruch zu seinen generellen Ausführungen zur Kognition stehen.

3.3 Lange Verfahren - blockierte Entscheidungen

Die lange Dauer von Beschwerdeverfahren, aber auch die Begründung des Gerichts in der Sache selber bereitet vor allem bei der Festsetzung von Tarifen grosse Probleme.

Ein Grund für die langwierigen Verfahren liegt insbesondere darin, dass das Gericht vielfach nicht reformatorisch entscheidet, sondern die Sachen „im Sinne der Erwägungen“ zurückweist, mithin ohne präzise Vorgaben zu machen. Eigentlich steht eine solche Praxis im Widerspruch zum Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), wo festgehalten wird, dass die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst entscheidet und diese nur ausnahmsweise und mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück weist.²⁶ Diese Rückweisungspraxis des Gerichts hat zur Folge dass beispielsweise komplexe Bewertungsverfahren wieder von neuem aufgenommen werden müssen, was aufwändig ist und sehr viel Zeit beansprucht. Das Urteil im Fall „Bewertung Übertragungsnetz“²⁷ etwa ist in seinen Konsequenzen offenbar derart unklar, dass die ECom nun versucht, gemeinsam mit den Parteien, das sind alle ehemaligen Übertragungsnetz-eigentümer und Swissgrid, eine Lösung zu finden (Fall „Tarife 2011“).²⁸ Es ist vorstellbar, dass auch eine neue Verfügung der ECom dannzumal wieder mit der Begründung angefochten wird, die Vorgaben des Gerichts seien von der Vorinstanz nicht richtig umgesetzt worden. Ein anderes Beispiel betrifft die Festsetzung der Netznutzungstarife für das Jahr 2009, welche erst im Jahr 2015, das heisst sechs Jahre später, vorgenommen werden konnte.²⁹ Und als Folge des Urteils betreffend die anrechenbaren Energiekosten hat die ECom entschieden, sämtliche hängige Verfahren in dieser Angelegenheit bis zum Vorliegen des Urteils des Bundesgerichts zu sistieren.³⁰ Die Kommission verzichtet bis zur Klärung der Rechtslage auch auf die Durchsetzung der so genannten 95-Franken-Regel (Vertriebskosten der Verteilnetzbetreiber dürfen max.

²⁶ Art. 61 Abs. 1 VwVG.

²⁷ Vgl. Anhang Ziff. 2.

²⁸ Vgl. Anhang Ziff. 5.

²⁹ Vgl. Anhang Ziff. 6.

³⁰ Vgl. Anhang Ziff. 6.

CHF 95 pro Rechnungsempfänger betragen) und wird diesbezüglich keine Untersuchungen eröffnen. Das vom Bundesverwaltungsgericht zur Anwendung gebrachte Regulierungskonzept kann in der Praxis wohl nicht umgesetzt werden (Fall Tarife 2011).³¹

Ähnlich verhält es sich im Übrigen auch beim Fall der Flughafengebühren.³² Parteien und auch die Behörde sehen sich ausserstande, all die aufwändigen Abklärungsaufträge des Gerichts nochmals durchzuführen. Dass mit den bestehenden Verfahren zum Teil Infrastrukturentscheide innert nützlicher Frist gar nicht mehr herbeigeführt werden können, belegen zudem eindrücklich die gerichtlichen Auseinandersetzungen in den Fällen „Plangenehmigung“³³ und „Freileitungen.“³⁴

Faktisch kann dies bedeuten, dass die Regulatoren in der Sache nicht mehr selbständig eine neue Verfügung erlassen, sondern in Verhandlungen mit den Parteien versuchen, eine einvernehmliche Lösung zu finden, die dann nicht mehr angefochten wird. Dies auch darum, weil Rückweisungsentscheide nach der Praxis des Bundesgerichts als Zwischenentscheide im Sinne des Bundesgerichtsgesetzes gelten, die nur beim Bundesgericht angefochten werden können, wenn sie einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil bewirken oder auf diese Weise sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden oder ein aufwändiges Beweisverfahren vermieden werden kann.³⁵ Eine solche Konstellation liegt in den hier aufgeführten Fällen nicht vor. Dass unter diesen Umständen die Rechtmässigkeit des Entscheides leiden und die Funktion der Regulatoren beeinträchtigt werden kann, liegt auf der Hand.

4 Das Institut des Regulators

4.1 Aufgaben und Rechtsform

Das Institut des Regulators stammt aus dem angelsächsischen Rechtskreis und findet seinen Platz in der schweizerischen Rechtsordnung erst allmählich. Zwar sind in jüngerer Zeit zunehmend Aufgaben der staatlichen Aufsicht und Regulierung auf Behörden ausserhalb der zentralen Bundesverwaltung übertragen worden³⁶, doch sind die damit verbundenen Konsequenzen für das staatliche Behördensystem insgesamt noch wenig reflektiert worden. Eine Einordnung wird etwa versucht in der Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle betreffend die Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung³⁷, indem die verschiedenen Regulationsbehörden nach ihren Aufgaben und Funktionen und nach ihrer Rechtsform klassifiziert werden. Dabei wird unterschieden zwischen Aufsichts-

³¹ Vgl. Anhang Ziff. 5.

³² Vgl. Anhang Ziff. 10.

³³ Vgl. Anhang Ziff. 8.

³⁴ Vgl. Anhang Ziff. 9.

³⁵ Art. 93 Abs. 1 Bst. a und b BGG.

³⁶ Vgl. etwa Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 6. Oktober 2015 „Sicherstellung und Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden“, BBl 2016 1713.

³⁷ Evaluation der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung – Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 2. Februar 2015, BBl 2016 1723.

aufgaben, sog. klassischen Verwaltungsaufgaben, justizähnlichen Aufgaben und Dienstleistungsaufgaben. Was die Rechtsform anbelangt, trifft man auf die Figuren der öffentlich-rechtlichen Anstalt und der Behördenkommission.³⁸ Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) und die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) etwa sind als öffentlich rechtliche Anstalten organisiert.³⁹ Die Wettbewerbskommission (WEKO), die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom), die Postkommission (PostCom), die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE) und eben auch die ECom sind Behördenkommissionen, das heisst Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung. Die letzteren vier Kommissionen sind administrativ dem Generalsekretariat zugewiesen⁴⁰, die Wettbewerbskommission dem WBF als solchem.⁴¹ Des Weiteren zeichnen sich Regulatoren durch eine mehr oder weniger ausgeprägte Unabhängigkeit in funktionaler, institutioneller, personeller und finanzieller Hinsicht aus.⁴² Einen einheitlichen rechtlichen Typus des Regulators gibt es jedoch nicht. Zumindest in Bezug auf die Unabhängigkeit des Regulators empfiehlt die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates denn auch dem Bundesrat, ein Konzept zu erarbeiten, um die Regelung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulationsbehörden zu vereinheitlichen.⁴³

4.2 Motive für die Schaffung von Regulatoren

Regulatoren werden geschaffen, um in bestimmten staatlichen Aufgabenbereichen eine möglichst unabhängige und sachkompetente Entscheidungsfindung zu gewährleisten. Sie sollen nicht nur von der Politik, sondern auch von den zu beaufsichtigenden Wirtschaftakteuren unabhängig sein. Sie zeichnen sich aus durch besondere Expertise, von der man annimmt, dass sie sich in der Zentralverwaltung nicht finden oder organisieren lässt.⁴⁴ Regulatoren werden insbesondere eingesetzt um Infrastrukturen mit hohen Sicherheitsrisiken zu beaufsichtigen (Sicherheitsaufsicht) und um den wirtschaftlichen Wettbewerb in Märkten mit (teilweise) monopolistischen Strukturen zu gewährleisten (Wettbewerbs- und Wirtschaftsaufsicht).⁴⁵ Im Corporate Governance Bericht des Bundesrates aus dem Jahr 2006 ist dazu festgehalten, dass Einheiten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht zwar hoheitliche Aufgaben ausführen und insofern auch in der zentralen Bundesverwaltung eingegliedert sein könnten, dass ihnen aber der Gesetzgeber, um die Glaubwürdigkeit und Effektivität der Aufgabenerfüllung zu erhöhen, einen hohen Grad an Unabhängigkeit eingeräumt habe.⁴⁶

Ein besonderes Charakteristikum von Regulatoren besteht darin, dass sie, eher anders als die Zentralverwaltung, recht unterschiedliche Funktionen wahrnehmen. Im Materialienband zum

³⁸ In der Sprache des Verwaltungsorganisationsrechts handelt es sich dabei um eine ausserparlamentarische Kommission nach Artikel 57a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010).

³⁹ Art. 1 Abs. 1 ENSIG; Art. 4 FINMAG.

⁴⁰ Art. 14, 16, 17, 17a OV-UVEK.

⁴¹ Art. 15 OV-WBF und Art. 19 Kartellgesetz.

⁴² Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden, Bericht der Geschäftsprüfungskommission vom 6. Oktober 2015, BBl 2016 1711 ff., 1740.

⁴³ BBl 2016 1715.

⁴⁴ Vgl. Kratz/Zeller, S. 82; Weber/Biaggini, S. 45.

⁴⁵ Vgl. Anhang 1 Ziff. 2 RVOV.

⁴⁶ BBl 2006 8285.

Bericht der Verwaltungskontrolle⁴⁷ wird wie erwähnt zwischen „klassischen“ Verwaltungsaufgaben, Aufsichtsaufgaben, justizähnlichen Aufgaben und Dienstleistungen unterschieden. Man kann die Tätigkeit der Regulatoren aber auch so umschreiben, dass diese zum Teil exekutive, rechtsetzende und rechtsprechende Funktionen miteinander wahrnehmen. Diese „Dreifaltigkeit“ der Aufgabe ist namentlich auch bei der ECom bis zu einem gewissen Grad zu beobachten.⁴⁸

4.3 Die Elektrizitätskommission im Besonderen

4.3.1 Aufgaben

Die Organisation der Elektrizitätsversorgung in der Schweiz ist komplex. Für die Elektrizitätsversorgung zuständig sind Unternehmen der Kantone und Gemeinden und auch private Akteure. Gemäss StromVG ist es Aufgabe des Bundes dafür zu sorgen, dass mit diesem System von Leistungserbringern die Versorgungssicherheit gewährleistet ist. Der Bund hat aber auch darauf zu achten, dass auf dem Gebiet der Elektrizitätsversorgung im Interesse einer kostengünstigen Leistungserbringung bis zu einem gewissen Grad Wettbewerb herrscht. Allerdings soll er nur subsidiär tätig werden, die primäre Verantwortung für die Erreichung dieser Ziele liegt bei der Elektrizitätswirtschaft.⁴⁹

Die ECom ist ein Regulator in Form einer Behördenkommission. Sie hat darüber zu wachen, dass die Vorgaben des StromVG eingehalten werden. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit besteht darin, den diskriminierungsfreien Zugang für Endverbraucher zu den Stromnetzen zu gewährleisten, das heisst die Nutzungsbedingungen und die Netznutzungstarife zu überprüfen und allenfalls festzulegen. Die Kommission soll aber auch dafür sorgen, dass die Elektrizitätstarife für die Stromkonsumenten, die ihren Lieferanten noch nicht frei wählen können, angemessen sind.⁵⁰

Klassische Verwaltungsaufgaben nimmt die ECom etwa wahr, wenn sie die Tarife und Entgelte für die Netznutzung überprüft⁵¹ oder wenn sie die Entwicklung der Elektrizitätsmärkte oder den Zustand des Übertragungsnetzes überwacht.⁵² Diese Aufsichtstätigkeit kann in vielfältigen Formen erfolgen: durch Abklärungen, Vereinbarungen mit der Branche, durch Mahnungen, aber insbesondere auch durch den Erlass von Verfügungen, das heisst durch konkrete Anordnungen im Einzelfall. So hat sie etwa von Amtes wegen die Netznutzungstarife und –entgelte überprüft, Bescheide erlassen über die Höhe der Einspeisevergütung oder die Rechtmässigkeit technischer Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen.⁵³

Die Aufsichtstätigkeit der ECom kann sich naturgemäss aber nicht auf Anordnungen im Einzelfall beschränken, sondern erfordert zum Teil auch Weisungen an die Branche, zum Beispiel

⁴⁷ Evaluation zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Materialien zum Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 5. Februar 2015 in: [www.parlament.ch>Organe](http://www.parlament.ch/Organe) und Mitglieder>Kommissionen>Parlamentarische Verwaltungskontrolle>Veröffentlichungen.

⁴⁸ Vgl. Kratz/Zeller, S. 82.

⁴⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 StromVG.

⁵⁰ Vgl. Art. 22 StromVG.

⁵¹ Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG.

⁵² Art. 22 Abs. 3 StromVG.

⁵³ Siehe im Einzelnen <https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/verfuegungen.html>.

über Netzverstärkungen, über die Rechnungsstellung für die Netznutzung oder die Berechnung des Zinssatzes für betriebsnotwendige Vermögenswerte.⁵⁴ Ihre Tätigkeit umfasst auch über den Einzelfall hinausgehende generell-abstrakte Entscheidungen. So hat sich zwar die Frage der Definition des Übertragungsnetzes⁵⁵ oder der Bestimmung der Kosten für die Netzbeanspruchung bei grenzüberschreitendem Stromtransit und deren Anlastung⁵⁶ in einem konkreten Streitfall gestellt, die Antwort darauf hat aber zumindest teilweise generellen Charakter, nähert sich mithin der Rechtsetzung. Ausdrücklich eine legislative Kompetenz wird der ECom zudem in Art. 17 Abs. 1 Strom VG erteilt, allerdings nur eine zur Regelung des Verfahrens bei Auktionen für grenzüberschreitende Übertragungskapazitäten. Eine Rechtsetzungskompetenz betreffend materielle Fragen hat die ECom keine. Auf Verordnungsebene finden sich Aufträge an die Netzbetreiber und die nationale Netzgesellschaft rechtsetzungsähnliche Richtlinien zu erlassen⁵⁷; zudem werden Rechtsetzungsbefugnisse an das UVEK⁵⁸ und das BFE⁵⁹ delegiert.

Von wesentlicher Bedeutung ist schliesslich die judikative Funktion bzw. Schiedsfunktion der ECom. Diese hat Streitigkeiten über den Netzzugang, die Netznutzungstarife und –entgelte sowie über die Elektrizitätstarife zu entscheiden.⁶⁰ Darunter fallen etwa Differenzen zwischen Netzbetreiber und Swissgrid betreffend die Definition des Übertragungsnetzes und dessen Bewertung⁶¹ oder bezüglich der Bestimmung der anrechenbaren Netzkosten⁶² oder unterschiedliche Auffassungen zwischen einem Netzbetreiber und einem Endverbraucher betreffend die Netznutzungstarife.⁶³

4.3.2 Organisation

Diese Kumulation von Funktionen bei der ECom verleiht ihr bis zu einem gewissen Grad eine besondere Stellung innerhalb der staatlichen Organisation. Sie ist nicht in die normale Verwaltungshierarchie eingebettet und ihre Mitglieder müssen über ein besonderes Profil verfügen. Sie sollten selber über Expertise im Bereich der Stromwirtschaft verfügen – im Bereich der Elektrotechnik, der Betriebswirtschaft und des Rechts – das heisst die einschlägige Fachkunde sollte nicht auf das Sekretariat der Kommission beschränkt sein. Die Kommission wird vom Bundesrat gewählt, nimmt aber bei ihren Entscheiden keine Weisungen von diesem entgegen und erst recht nicht vom UVEK oder andern Verwaltungsbehörden. Sie hat im Gegenteil ihrerseits Weisungsbefugnisse gegenüber dem BFE, welches Amt sie auch für ihre Arbeiten beziehen kann. Sie organisiert sich selber, wobei ihr Organisationsreglement allerdings der Genehmigung des Bundesrates bedarf. Ihre Kosten werden durch Verwaltungsgebühren gedeckt. Zugleich sollen

⁵⁴ Siehe <https://www.elcom.admin.ch/de/home/dokumentation/weisungen.html>.

⁵⁵ Vgl. Anhang Ziff. 1.

⁵⁶ Vgl. Anhang Ziff. 3.

⁵⁷ Art. 27 Abs. 4 und 23 Abs. 2 StromVV.

⁵⁸ Art. 13 Abs. 3bis, Art. 15 Abs. 1 Bst. c und Art. 21 Abs. 1 StromVV.

⁵⁹ Art. 5 Abs. 6, Art. 27 Abs. 2 StromVV.

⁶⁰ Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG.

⁶¹ Vgl. Anhang Ziff. 1 und 2.

⁶² Vgl. Anhang Ziff. 5 und 6.

⁶³ Vgl. Anhang Ziff. 7.

aber die Kommissionsmitglieder in keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zur Stromwirtschaft stehen.⁶⁴ Wie sonst eine Verwaltungseinheit untersteht sie aber der parlamentarischen Oberaufsicht, wobei diese jedoch bei Aufsichts- und Regulierungsbehörden generell zurückhaltender als gegenüber Einheiten der zentralen Bundesverwaltung ausgeübt wird.⁶⁵

4.4 Mangelhafte Einordnung der Regulatoren in das Behördensystem

Die ECom ist wohl vor allem auch mit Blick auf das angestrebte Stromabkommen mit der EU geschaffen worden, welches eine solche Behörde vorsieht.⁶⁶ Sieht man von diesem Motiv ab, ist an sich auch vorstellbar, dass die entsprechenden Aufgaben von einem konventionellen Bundesamt erfüllt werden, wenn dieses mit den nötigen fachlichen Kompetenzen ausgestattet wird. Nachdem das Institut des Regulators nun aber einmal im Recht und in der Organisation des Bundes existiert, scheint es folgerichtig, dass dieses Auswirkungen auf die Funktionsweise der andern Staatsgewalten, insbesondere der Judikative und der Legislative, hat, wenn die staatliche Tätigkeit auf dem entsprechenden Aufgabengebiet insgesamt kohärent sein soll.

Der organisatorischen Sonderstellung von Regulatoren im Allgemeinen und der ECom im Besonderen ist soweit ersichtlich bislang in der Schweiz nur wenig Rechnung getragen worden.⁶⁷ Zwar wird vom Bundesverwaltungsgericht anerkannt, dass die ECom keine gewöhnliche Vollzugsbehörde sei, sondern eine Behörde mit besonderen Kompetenzen.⁶⁸ Wo sich die Literatur damit beschäftigt, tut sie dies aber zumeist in einem eher defensiven Sinn, indem sie fragt, ob die Tätigkeit von Regulatoren genügend demokratisch legitimiert und rechtsstaatlich abgesichert sei. In Bezug auf die Rechtsetzungstätigkeit im Bereich der Stromwirtschaft wird zwar anerkannt, dass diese sich wegen des sich im Umbruch befindenden Umfelds sehr schnell anpassen müsse, aber zum Teil daraus der Schluss gezogen, dass halt Parlament und Bundesrat eine dynamische Gesetzgebung betreiben müssten, eine Forderung, die sich in der Praxis nur schwerlich realisieren lässt. Was die Rechtsprechungs- bzw. Schiedsfunktion anbelangt wird in der Literatur auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass entsprechende Entscheide von Behördenkommissionen richterlich müssen überprüft werden können.⁶⁹

Indes scheint eine Argumentation gleichsam im umgekehrten Sinn auch sachgerecht und vertretbar. So leuchtet ein, dass ein Regulator nicht nur ähnliche Aufgaben wie eine Einheit der Zentralverwaltung wahrnehmen soll, sondern er wegen seiner besonderen Expertise und seiner Unabhängigkeit gleichsam parallel zu den traditionellen Gewalten bzw. an deren Stelle gewisse legislatorische und judikative Funktionen übernehmen soll. Oder umgekehrt, dass die klassischen für Gesetzgebung und Rechtsprechung zuständigen Gewalten sich gegenüber dem Regulator einer gewissen Zurückhaltung befleißigen sollten. Eine solche Sicht der Dinge hätte den Vorteil einer systemischen Logik. Denn wenn für einen Regulator in Bezug auf die Rechtsetzungskompetenzen und den Ermessensspielraum die gleichen Schranken gelten würden

⁶⁴ Art. 21 StromVG.

⁶⁵ Weber/Biaggini, S. 78; BBl 2016 1713.

⁶⁶ Vgl. BBl. 2005, 1679 f. mit Verweis auf die Strommarkttrichtlinie 2003/54/EU.

⁶⁷ Vgl. aber Kratz, N 17 ff.

⁶⁸ A-5141/2011.

⁶⁹ Vgl. Uebersax, S. 701.

wie für eine Einheit der Zentralverwaltung, dann ist nicht einsichtig, weshalb eine derartige Spezialbehörde geschaffen wird. Es geht mithin darum, diese richtig in das bestehende System der Staatsgewalten einzupassen.

5 Vorschläge zur Stärkung der Stellung von Regulatoren

Nach dem oben Gesagten kann man – wohl entgegen der herrschenden Meinung – die These vertreten, dass einem Regulator wie der EICom wesensgemäss mehr Rechtsetzungskompetenzen und ein grösserer Ermessensspielraum zukommen sollte als sonst einer Vollzugsbehörde. Die Frage ist, wie weit sich eine solche Konzeption innerhalb der Verfassung bzw. der einschlägigen Rechtsprechung realisieren lässt.

5.1 Rechtsetzende Kompetenzen der EICom

Wichtige rechtsetzende Bestimmungen sind in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Die Bundesverfassung gibt Anhaltspunkte, nach welchen Gesichtspunkten die Wichtigkeit bestimmt werden kann.⁷⁰ Für den vorliegenden Fall am ehesten relevant ist dabei das Kriterium „Gegenstand und Bemessung von Abgaben.“⁷¹ Allerdings hat der Gesetzgeber bei der Frage, welche Bestimmungen ins formelle Gesetz aufgenommen werden sollen, einen grossen Ermessensspielraum. Er hat dabei nicht nur das demokratiepolitisch und rechtsstaatlich motivierte Interesse an der Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns zu berücksichtigen, was für möglichst bestimmte Normen spricht, er muss auch dem Umstand Rechnung tragen, dass sich in gewissen Bereichen die tatsächlichen Verhältnisse sehr schnell ändern und neue Fragen auftauchen, was offene Normen nötig macht, die den vollziehenden Behörden ein vergleichsweise grosses Ermessen belassen.⁷² In solchen Fällen erlässt der Gesetzgeber Rahmengesetze oder er schafft Zielnormen.⁷³

Das Parlament kann seine Rechtsetzungsbefugnisse auch an die Exekutive delegieren, das heisst auch den Erlass von sogenannten primären Normen, die, anders als gewöhnliche Ausführungsbestimmungen, an sich den Rang eines formellen Gesetzes haben.⁷⁴ Üblicherweise überträgt es diese Kompetenzen an den Bundesrat, es ist aber auch eine Delegation an ein Amt oder auch an eine Behördenkommission möglich, sofern in einem Bundesgesetz oder einem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss vorgesehen.⁷⁵ Der Delegation sind allerdings insofern Grenzen gesetzt, als sie sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken muss und im formellen Gesetz bereits die wichtigsten Regelungen enthalten sein müssen.⁷⁶

Man kann sich mit Fug fragen, ob diese Einschränkung wirklich gerechtfertigt ist. Es liesse sich nämlich auch argumentieren, dass die Gesetzgebungskompetenz des Parlaments auch die

⁷⁰ Art. 164 Abs. 1 BV.

⁷¹ Art. 164 Abs. Bst. d BV.

⁷² Häfelin/Müller/Uhlmann, N 391, S. 93, S.99; Müller, S. 346; Tschannen/Zimmerli/Müller, N 2, S. 213.

⁷³ Vgl. für das StromVG Kratz, S. 4 f.

⁷⁴ Art. 164 Abs. 3 BV.

⁷⁵ Art. 48 Abs. 2 RVOG; Rhinow/Krähenmann, S. 202; Wyss/Wytenbach in BSK, Art. 164 BV, N 39 f.

⁷⁶ BGE 118 Ia 305, S. 310; Tschannen in St. Galler Kommentar, Art. 164 BV, N 35.

Kompetenz mit einschliesst, unter bestimmten Umständen, wenn das Parlament nicht in der Lage ist zeit- und sachgerechte Regelungen zu erlassen, es diese Aufgabe an eine untergeordnete Behörde delegieren kann. Auch wenn sich eine Analogie nicht ohne weiteres machen lässt, ist doch darauf hinzuweisen, dass in der Betriebswirtschaftslehre zum Teil von einem umfassenderen Delegationsbegriff ausgegangen wird. Verantwortung soll an jene Stelle in der Hierarchie delegiert werden, die am besten in der Lage ist, diese wahrzunehmen.⁷⁷ Und der Verwaltungsrat im Obligationenrecht hat zwar gewisse Kernkompetenzen, die er selber wahrnehmen muss – insbesondere die Festlegung der Unternehmensstrategie, die Organisation des Unternehmens und die Ausgestaltung des Rechnungswesens – kann aber ansonsten einen grossen Teil seiner Aufgaben delegieren.⁷⁸ Indes ist bislang ein solcher Ansatz in der Gerichtspraxis und der herrschenden Lehre kaum diskutiert worden.

Immerhin hat der Gesetzgeber erkannt, dass die Materie sich in verschiedener Hinsicht nicht im Detail regeln lässt. Er hat deshalb mit dem StromVG ein Rahmengesetz mit Zielnormen erlassen, welches in besonderem Masse konkretisierungsbedürftig ist.⁷⁹ Folgerichtig hat er den Bundesrat nicht nur mit den Ausführungsbestimmungen betraut, sondern ihn zusätzlich ermächtigt, dem Bundesamt für Energie den Erlass technischer und administrativer Vorschriften zu übertragen. Auch können private Organisationen beim Vollzug des Gesetzes beigezogen werden.⁸⁰

Mit Blick auf die beschriebene Sonderstellung des Regulators erstaunt es aber, dass nicht auch diesem im Gesetz mehr Regelungskompetenzen eingeräumt werden. In der Sache wäre es wohl angezeigt, der EICom wie dem BfE den Erlass von technischen und administrativen Vorschriften zu übertragen. Es würde dem Institut eines Regulators wie der EICom aber noch mehr entsprechen, wenn dieser, etwa im Bereich der Netznutzungstarife oder bezüglich des Auktionsverfahrens von grenzüberschreitenden Kapazitäten eine eigentliche Regelungskompetenz eingeräumt würde, analog etwa wie dies bei der FINMA⁸¹ oder dem ENSI⁸² der Fall ist, und nicht nur eine irgendwie geartete „Überprüfungsbefugnis“.⁸³ Man könnte sich vorstellen, dass auch gewisse Materien, die heute in der Verordnung des UVEK⁸⁴ geregelt sind bzw. Ausführungsvorschriften dazu in die Kompetenz der Kommission gegeben werden.

Eine entsprechende Formulierung im Strom VG könnte etwa lauten (es geht dabei nur um eine Illustration, dem Autor fehlen die Kenntnisse, um im Detail festzulegen, welche Materien sinnvollerweise allenfalls an die EICom delegiert werden können):

Die EICom kann Ausführungsvorschriften erlassen:

- a. *zur Berechnung der Elektrizitätstarife;*
- b. *betreffend den Netzzugang;*
- c. *zur Berechnung der Netznutzungskosten und das Netznutzungsentgelt;*

⁷⁷ Guserl/Hofmann, S. 39.

⁷⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30 N 29 ff.; Müller/Lipp/Plüss, S. 153 f.

⁷⁹ Vgl. Kratz/Zeller, S. 83.

⁸⁰ Art. 30 Abs. 2-4 StromVG.

⁸¹ Art. 7 Abs. 1 FINMAG.

⁸² Art. 6 Abs. 6 Bst. f ENSIG.

⁸³ Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG.

⁸⁴ Verordnung des UVEK über Ausnahmen beim Netzzugang und bei den anrechenbaren Netzkosten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz, SR 734.713.3.

- d. zur Durchführung von Auktionen für grenzüberschreitende Kapazitäten;
- e. betreffend Systemdienstleitungen und Finanzgruppen;
- f. etc.

Oder in Anlehnung an die Regelung für das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat⁸⁵ könnte im StromVG dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt werden, der EICom gewisse Regelungsaufgaben zu delegieren:

Die EICom erlässt die ihr vom Bundesrat delegierten Ausführungsbestimmungen.

Um gleichwohl eine gewisse Kontrolle des Parlaments oder des Bundesrates als Gesetz und Verordnungsgeber zu gewährleisten, können Berichterstattungspflichten und Genehmigungsvorbehalte vorgesehen werden, etwas nach dem Beispiel des FINMAG.⁸⁶

Die EICom erörtert mit dem Bundesrat einmal jährlich die Strategie ihrer Aufsichtstätigkeit sowie aktuelle Fragen der Energiepolitik.

5.2 Ermessensspielraum der EICom

Geht man davon aus, dass einem Regulator in der Staatsorganisation eine besondere Stellung zukommt und er über einen grösseren Handlungsspielraum verfügen soll als sonst eine Einheit in der Zentralverwaltung, so stellt sich die Frage, wie weit seine Entscheidungen gerichtlich überprüft werden sollen.

Angesichts der grossen wirtschaftlichen und technischen Tragweite der Entscheidungen der EICom versteht es sich aber, dass diese nicht von einer richterlichen Überprüfung ausgenommen werden können. Die Rechtskontrolle muss gewährleistet sein wie dies die Bundesverfassung gebietet. Der einschlägige Artikel 29a BV verlangt indes nur eine Rechts-, nicht aber Ermessenskontrolle und dies gilt auch für Art. 6 EMRK.⁸⁷ Gerade die Ermessenskontrolle aber ist es in erster Linie, die zu den oben beschriebenen ausgedehnten zweifachen Überprüfungen und langen Verfahren führt.⁸⁸ Eine solche Ermessenskontrolle scheint denn auch nur beschränkt zweckmässig und zum andern rechtsstaatlich nicht unbedingt erforderlich.

Beschränkt zweckmässig ist sie darum, weil definitionsgemäss ein Regulator in einem komplexen Sachgebiet über eine besondere Expertise verfügt, die dem Gericht fehlt. Das Bundesverwaltungsgericht selber anerkennt diese Schwierigkeit nicht nur für den Bereich der Energieversorgung, sondern auch auf andern Gebieten, zum Beispiel im Wettbewerbsrecht. Es muss sich deshalb recht häufig auf externe Gutachter stützen und sieht sich vor die Frage gestellt, wie viel technische und ökonomische Expertise es auch „inhouse“ bereitstellen soll.⁸⁹ Wie oben gezeigt⁹⁰ anerkennt das Gericht zwar, dass es sich bei der EICom um eine besondere Behörde handle, der ein gewisser Ermessensspielraum belassen werden „dürfe“, aber eben nur „wenn die

⁸⁵ Art. 6 Abs. 6 Bst. f ENSIG.

⁸⁶ Art. 21 Abs. 2 FINMAG.

⁸⁷ BGE 115 Ia 189; Kley, N 63.

⁸⁸ Vgl. oben Ziff. 3.2 und 3.3.

⁸⁹ Vgl. zum Thema Sachkompetenz im Bundesverwaltungsgericht Anja Martina Binder, Technisches Fachwissen am Bundesverwaltungsgericht, in: Justice – Justiz – Giustizia 2015/4.

⁹⁰ Vgl. oben Ziff. 3.2.

Streitsache dies sachlich rechtfertigt beziehungsweise gebietet“, nur im Rahmen des „Technischen Ermessens“, nur bei der Beurteilung von „ausgesprochenen Fachfragen“ und unter der Voraussetzung, dass die Behörde „die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchführt hat“. Diese Formulierungen führen in der Praxis wiederum zu einem umfassenden Prüfungsprogramm für das Gericht.

Rechtsstaatlich nicht unbedingt erforderlich erscheint eine Ermessenskontrolle darum, weil ein Regulator im Allgemeinen und die ECom im Besonderen einen Grad an Unabhängigkeit aufweisen, der normalen Verwaltungsbehörden nicht eigen ist und der sich jenem von Gerichten annähert. Wie bei den Gerichten kann das Parlament auf Entscheide der ECom keinen Einfluss ausüben, es hat lediglich ein Oberaufsichtsrecht. Anders als die Richter werden die Mitglieder der ECom zwar nicht vom Parlament, sondern vom Bundesrat gewählt. Doch hat die Kommission in fachlicher Hinsicht weder von diesem noch vom UVEK Weisungen entgegenzunehmen. Die politische Unabhängigkeit bei der Überprüfung eines Sachverhalts, ein Wesensmerkmal der gerichtlichen Kontrolle, ist mithin auch bei der ECom gegeben. Unter diesen Umständen scheint es im Interesse einer beförderlichen und eindeutigen Entscheidungsfindung auf dem Gebiet des Strommarktes vertretbar, für Entscheide der ECom nur eine Rechtskontrolle vorzusehen.⁹¹

Möglicherweise ist damit jedoch noch nicht allzu viel gewonnen. Denn solange gemäss wohl noch herrschender Lehre, die aber ein Stück weit in Frage gestellt wird⁹², die Überprüfung der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht als Ermessens-, sondern als Rechtskontrolle gilt, bleibt für das Bundesverwaltungsgericht eine recht weite Kognition. Im Rahmen einer Gesetzesrevision könnte man mit einer entsprechenden Formulierung allenfalls klar stellen, dass auch bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe der ECom ein wesentlicher Entscheidungsspielraum zukommen soll. Mit einer solchen Regelung würde zwar dogmatisch gesehen wohl Neuland beschritten, praktisch gesehen handelt es sich aber eigentlich lediglich um eine andere Umschreibung der Unzulässigkeit einer Ermessensüberprüfung.

Eine entsprechende Formulierung von Art. 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes könnte etwa wie folgt lauten:

„Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen:

...

- a. *die Rüge der Unangemessenheit ist ferner unzulässig, wenn eine Behördenkommission (oder konkreter; die ECom, ComCom etc.) verfügt hat. Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, weicht die Beschwerdeinstanz nur bei eindeutigen Fehlern in der Auslegung (nicht ohne Not) vom Entscheid der Kommission ab.*

⁹¹ Vgl. Kratz, N 27.

⁹² Häfelin/Müller/Uhlmann, N 415, S. 97, mit Verweis auf Schindler, N 271 ff, der Zweifel an der Zweckmässigkeit der Dichotomie von Rechtsanwendung und Ermessenausübung äussert.

6 Schlussfolgerung und Empfehlungen

Es ist offensichtlich geworden, dass mit dem rasanten technologischen und wirtschaftlichen Wandel und insbesondere der alle Lebens- und Wirtschaftsbereiche durchdringenden Digitalisierung die Steuerungsfunktion des Rechts zum Teil in Frage gestellt wird. Aber auch für die staatlichen Behörden stellt sich die Frage, ob sie angesichts der neuen Herausforderungen zweckmässig organisiert sind.

Mit der Einsetzung von Regulatoren und gerade auch der EICom soll an der Schnittstelle zwischen öffentlicher Verwaltung und Privatwirtschaft ein neuer, zweckmässiger Steuerungsmechanismus geschaffen werden. Das Institut des Regulators hat jedoch noch vergleichsweise vage Konturen. Nach der hier vertretenen Meinung müssen den Regulatoren zum Teil zusätzliche Kompetenzen namentlich im Bereich der Rechtsetzung und in ihrer Funktion als Schiedsbehörde zuerkannt und die Befugnisse von Gesetzgeber und Bundesverwaltungsgericht entsprechend angepasst werden.

Im Einzelnen sind unseres Erachtens folgende Spuren weiter zu verfolgen:

- Im Rahmen der von der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates angestossenen Diskussion um die Unabhängigkeit von Regulatoren ist zu überlegen, welches die am besten geeignete Rechtsform für Regulatoren ist: Behördenkommission oder öffentlich-rechtliche Anstalt.
- Bei einer nächsten Revision des Stromversorgungsgesetzes könnten die Regelungskompetenzen der EICom und damit einhergehend jene des Gesetz- und Verordnungsgebers neu justiert werden.
- Sollten Gesetz- und Verordnungsgeber in grösserem Umfang als bisher Befugnisse an Regulatoren delegieren, sind kompensatorische Massnahmen, insbesondere ein geeignetes Reporting des Regulators an Legislative und Exekutive, in Erwägung zu ziehen.
- Das Bundesverwaltungsgericht könnte von sich aus sich bei der Überprüfung von Ermessensfragen eine grössere Zurückhaltung auferlegen. Die argumentative Grundlage hierfür hat das Gericht bereits gelegt. Allenfalls sind die Gerichts- und Verfahrensgesetze entsprechend anzupassen.
- Vielleicht gibt es Möglichkeiten, Interessenkonflikte zwischen dem Regulator und Akteuren mittels bestimmter Formen von Mediation auszugleichen statt auf gerichtlichem Weg auszutragen.

7 Anhang: Einschlägige Gerichtsfälle

Zusammenfassung der der Studie zu Grunde liegenden Entscheide von Bundes- und Bundesverwaltungsgericht:

1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Juli 2011 in Sachen **BKW Übertragungsnetz AG gegen Swissgrid AG und Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom betreffend Definition und Abgrenzung Übertragungsnetz (A-120/2011)**

Gegenstand der angefochtenen Verfügung der EICom war die Frage, welche Teile des Schweizerischen Elektrizitätsnetzes als Übertragungsnetz zu qualifizieren und entsprechend auf die nationale Netzgesellschaft zu übertragen seien. Die EICom kam durch Auslegung von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h des Bundesgesetzes über die Stromversorgung (StromVG; SR 734.7) zum Schluss, dass die Vermaschung ein wesentliches Merkmal des Übertragungsnetzes sei. Zum Übertragungsnetz gehöre somit das vermaschte 220/380 kV-Netz, inkl. den erforderlichen Nebenanlagen. Auch T-Leitungen seien Teil des Übertragungsnetzes, da sie untrennbar mit dem vermaschten Netz verbunden und im Störfall Rückwirkungen auf das Übertragungsnetz nicht ausgeschlossen seien. Nicht zum Übertragungsnetz gehörten jedoch Stichleitungen, welche über eine Schaltanlage oder ein Schaltfeld mit dem Übertragungsnetz verbunden seien. Denn diese seien abtrennbar und nicht für die Übertragung über grosse Distanzen vorgesehen.

Das Kriterium der Vermaschung ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h StromVG. Im Rahmen einer teleologischen Auslegung gelangte die EICom jedoch zum Schluss, dass (nur) diejenigen Teile des Netzes zum Übertragungsnetz gehören sollten, welche zur Verwirklichung des Zwecks des StromVG – sichere Elektrizitätsversorgung und wettbewerbsorientierter Elektrizitätsmarkt – erforderlich seien. Die Vermaschung erweise sich aus technischer Sicht als ein für die Versorgungssicherheit relevanter Aspekt eines Elektrizitätsnetzes, worauf auch die Botschaft zum StromVG am Rande hinweise.⁹³

Das Bundesverwaltungsgericht gelangte hingegen zum Ergebnis, dass das Kriterium der Vermaschung weder aus dem Wortlaut von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h StromVG noch mittels anderer Auslegungsmethoden hergeleitet werden könne. Die historische Auslegung ergebe vielmehr, dass der Gesetzgeber grundsätzlich das Eigentum am gesamten 220/380 kV-Netz habe überführen wollen. Die teleologische Auslegung spreche für eine weite Auslegung des Begriffs des Übertragungsnetzes. Daher seien alle 220/380 kV-Leitungen, d. h. auch Stichleitungen, Bestandteil des Übertragungsnetzes.

Sowohl die EICom als auch das Bundesverwaltungsgericht verfolgten bei der Auslegung des Begriffs „Übertragungsnetz“ einen primär spannungsbasierten Ansatz. Während das Bundesverwaltungsgericht keine weiteren Kriterien hinzuzog, sind nach Ansicht der EICom nur diejenigen (vermaschten) Netzbestandteile dem Übertragungsnetz zuzurechnen, welche für einen zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb desselben erforderlich sind. Zudem berücksichtigte die

⁹³ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005, S. 1619, (Tabelle 1).

EICom zusätzlich das im Gesetz verankerte Kriterium der Übertragung von Elektrizität über grosse Distanzen und erachtete dieses bei den Stickleitungen nicht als gegeben.

2. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. November 2013 in Sachen verschiedene Kraftwerke gegen Swissgrid AG und EICom betreffend Bewertung Übertragungsnetz für die Überführung an Swissgrid (A-5581/2012)

Die rund 40 ehemaligen Übertragungsnetzeigentümer mussten ihre Übertragungsnetzanteile von Gesetzes wegen an Swissgrid überführen (Art. 33 StromVG). Die EICom hat mit Verfügung vom 20. September 2012 festgehalten, dass sich die Entschädigung, also der für die Überführung des Übertragungsnetzes bzw. die Zuteilung von Aktien massgebende Wert, nach dem regulierten Wert des Übertragungsnetzes richtet. Der regulierte Wert basiert auf den historischen Anschaffungs- und Herstellkosten. Die Übertragungsnetzeigentümer haben diese Auffassung in einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht bestritten.

Mit Urteil vom 11. November 2013 (A-5581/2012) hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerden gutgeheissen und die Sache an die EICom zurückgewiesen. Es führte in E. 6.8.2.1 Folgendes aus: „Bei der Bewertung von Sacheinlagen gilt der Verkehrswert als massgebender Richtwert im Sinne einer Obergrenze. Die Ermittlung des Verkehrswertes erfolgt mittels gängiger Marktwerte, sofern für den eingelegten oder übernommenen Gegenstand überhaupt ein Markt besteht. Kann für die Sacheinlage bzw. -übernahme kein Marktwert ausgemacht werden, muss der Verkehrswert anhand von Hilfwerten eruiert werden. Wegen ihrer leichten Feststellbarkeit und Überprüfbarkeit werden dabei oft die historischen Anschaffungs- oder Herstellkosten beigezogen. Den technischen und wirtschaftlichen Wertverminderungen (Abnutzung infolge Gebrauchs und technische Überalterung) ist dabei Rechnung zu tragen. Der auf der Basis der Anschaffungs- und Herstellkosten ermittelte Restwert ist dem Wiederbeschaffungswert für eine vergleichbare Sache gegenüber zu stellen, wobei der niedrigere der beiden Werte als höchster zuverlässiger Verkehrswert gilt (HWP, a.a.O., S. 18)“.

Die Erwägungen des Gerichts sind nicht klar und lassen die gesamte Palette zwischen (dem vom BVGer im Dispo aber abgelehnten) regulatorischen (historischen) Werten und den Wiederbeschaffungswerten offen. Dies macht einen Unterschied von mehreren hundert Millionen CHF aus. Zudem hat das Gericht als Beurteilungszeitpunkt das Jahr 2006 angeordnet. In diesem Jahr existierten die entsprechenden Unternehmen jedoch noch nicht.

3. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. März 2013 in Sachen Alpiq AG, Alpiq Swiss SA, Kernkraftwerk-Beteiligungsgesellschaft AG gegen Swissgrid AG und Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom betreffend Kosten und Tarife für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen (A-2842/2010)

Zwischen den europäischen Übertragungsnetzbetreibern besteht ein multilaterales Abkommen betreffend die gegenseitige Abgeltung für die Netzbeanspruchung durch grenzüberschreitende Transitflüsse (sog. Inter transmission system Operator Compensation for Transits; ITC). Das Abkommen sieht vor, dass der Swissgrid AG nur diejenigen ITC-Erlöse vergütet werden, welchen marktbasierend vergebene Kapazitäten der Schweiz zu Grunde liegen, Kapazitäten also, die

über Auktionen vergeben werden. Für grenzüberschreitende Stromflüsse, welche auf langfristigen internationalen Energiebezugs- und -lieferungsverträgen (sog. Long Term Contracts, LTC) basieren, entfällt somit die Vergütung, was bei der Swissgrid AG zu einem Mindererlös führt.

Die EICom hat die Anlastung dieser Mindererlöse an die Schweizer Vertragsparteien von LTC's gemäss StromVG⁹⁴ angeordnet. Sie stützte sich dabei auf die Bestimmungen in der StromVV⁹⁵, wonach Mindererlöse für die grenzüberschreitende Netznutzung den Verursachern in Rechnung gestellt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangte zum Ergebnis, dass der Begriff „Mindererlös“, welcher in der StromVV verwendet wird, nicht durch den Begriff der „Kosten der Netznutzung durch grenzüberschreitende Lieferungen“ im StromVG⁹⁶ gedeckt sei und dass das StromVG⁹⁷ entsprechend keine genügende Gesetzesdelegation für die angewendeten Verordnungsbestimmungen darstelle. Ein finanzieller Eingriff von derart erheblicher Tragweite müsse zudem als wichtige rechtsetzende Bestimmung i. S. v. Artikel 164 Absatz 1 BV zwingend im formellen Gesetz selbst verankert sein.

In praktischer Hinsicht hat das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Folge, dass die durch nicht marktbasierend vergebenen grenzüberschreitenden Lieferungen verursachten Mindereinnahmen nicht den Schweizer Parteien der entsprechenden LTC, das heisst den Stromhandelsunternehmen angelastet werden können. Damit verringern sich die für die Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes zu verwendenden Einnahmen aus der grenzüberschreitenden Nutzung des Übertragungsnetzes.⁹⁸ Die ungedeckten Kosten müssen daher auf das Netznutzungsentgelt aufgeschlagen werden. Sie werden damit indirekt von den Schweizer Endverbrauchern getragen, was Artikel 16 Absatz 1 StromVG widerspricht, wonach Kosten aus der grenzüberschreitenden Nutzung des Übertragungsnetzes nicht inländischen Verbrauchern angelastet werden dürfen.

4. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Januar 2013 in Sachen Central-schweizerische Kraftwerke AG gegen Politische Gemeinde Arth und vonRoll casting (emmenbrücke) ag und Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom betreffend Überprüfung der anrechenbaren Kosten des Netzes für das Geschäftsjahr 2008/2009 (A-5141/2011)

In diesem Fall ging es um die Ausgestaltung der Netznutzungstarife für das Verteilnetz der Centralschweizerischen Kraftwerke AG (CKW). Die EICom hatte die Kosten festgelegt, welche die CKW ihren Tarifen für die Nutzung ihres Leitungsnetzes zugrunde legen durfte. Diese anrechenbaren Kosten hatte die EICom aufgrund der ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellkosten berechnet, gemäss Art. 13 Abs. 2 StromVV. Dabei ging sie davon aus, dass die Konsumenten die Anlagen zu einem Teil bereits bezahlt hätten, weil entsprechende Anlagen nicht in

⁹⁴ Art. 17 Abs. 2 StromVG.

⁹⁵ Art. 14 Abs. 3 letzter Satz und 15 Abs. 1 Bst. c StromVV.

⁹⁶ Art. 16 StromVG.

⁹⁷ Art. 16 Abs. 3 StromVG.

⁹⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 2 Strom VV.

einem Inventar bzw. nicht in einem sog. Anlagegitter verzeichnet seien und setzte die Tarife entsprechend niedriger an (Vermeidung einer Doppelverrechnung).

In ihrer Beschwerde vertrat die CKW demgegenüber die Meinung, da die einschlägigen buchhalterischen Grundlagen nicht mehr vorlägen, sei die sog. synthetische Methode gemäss Art. 13 Abs. 4 der StromVV anwendbar, welche vom Wiederbeschaffungspreis ausgeht und von diesem auf die Anschaffungs- und Herstellkosten zurück rechnet.

Das Gericht gelangte zur Auffassung, dass im vorliegenden Fall die synthetische Methode anwendbar sei und die ECom zu Unrecht von einer Doppelverrechnung ausgegangen sei. Es wies die Sache an die Vorinstanz zurück mit dem Auftrag auf der Grundlage der synthetischen Methode neu zu berechnen.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts führt im Ergebnis dazu, dass Kapitalkosten, welche auf einer synthetischen Bewertung von Anlagen basieren, auch dann anrechenbar sind, wenn handfeste Hinweise darauf bestehen, dass sie in der Vergangenheit bereits den Endverbrauchern in Rechnung gestellt worden sind. Eine derartige Doppelverrechnung kann demnach nur berücksichtigt werden, wenn sie von der ECom explizit nachgewiesen werden kann. Der ECom obliegt mithin der Beweis, dass der Netzbetreiber die fraglichen Anlagen bereits über die Stromtarife den Kunden in Rechnung gestellt hat. Dieser Beweis ist im Kontext einer synthetischen Bewertung naturgemäss kaum abschliessend erbringbar, während umgekehrt ein Netzbetreiber in der Regel in der Lage sein sollte, eine anderweitige Finanzierung (z. B. durch Veräusserung von Beteiligungen) plausibel darzulegen. Es geht bei diesem Urteil mithin um einen finanztechnischen Expertenstreit zwischen ECom und Bundesverwaltungsgericht.

5. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2015 in Sachen EGL Grid AG gegen Swissgrid AG und ECom betreffend Kosten und Tarife 2011 für Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen (A-8638/2010)

In dieser Entscheidung ging es unter anderem um die finanztechnischen Fragen, ob bei der Ermittlung der Netzkosten bzw. der Festsetzung der Tarife, die ursprünglichen Anlagekosten oder der Kaufpreis massgeblich sei, ob der Anschaffungswert mit dem Buchwert identisch sei, in welchem Umfang die sog. synthetische Methode zur Anwendung kommt und welcher Index für die Rückindexierung anzuwenden sei. Zudem hielt das Gericht fest, dass zur Ermittlung der Grundstückswerte anstelle des Hörsple ein für Grundstücke geeigneter offiziell ausgewiesener Preisindex und ein angepasster Korrekturfaktor anzuwenden sei. Es hob die Verfügung der ECom in verschiedenen Punkten auf und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

Ein adäquater Index für Grundstücke auf nationaler Ebene existiert gemäss den Auskünften des Bundesamtes für Statistik und des Bundesamtes für Wohnungswesen nicht, einen alternativen Index konnten diese Amtsstellen nicht empfehlen. Damit ist der Entscheid des BVGer so nicht umsetzbar. Das weitere Verfahren verzögert sich, da die ECom gemeinsam mit den Parteien nach einer Lösung sucht.

6. Nutzungstarife für Übertragungsnetz 2009 (verschiedene Urteile)

Mit Verfügung vom 6. März 2009 (952-08-005) legte die EICom unter anderem für BKW die anrechenbaren Netzkosten für das Tarifjahr 2009 fest. Am 22. April 2009 erhoben die beteiligten Parteien gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil vom 11. November 2010 (A-2606/2009) hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der beteiligten Parteien teilweise gut. Gegen diesen Entscheid erhoben die beteiligten Parteien Beschwerde beim Bundesgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 3. Juli 2012 (2C_25/2011, 2C_58/2011) teilweise guthiess. Es wies die Sache zur Neufestsetzung der Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 unter Berücksichtigung der anrechenbaren Betriebs- und Kapitalkosten der BKW Übertragungsnetz AG im Sinne der Erwägungen an die EICom zurück. Die EICom legte für die BKW mit Verfügung vom 15. April 2013 die anrechenbaren Kosten für die Netznutzung der Netzebene 1 für die BKW neu fest und verpflichtete Swissgrid, die Differenz inkl. Verzinsung zu bezahlen. Swissgrid erhob gegen die Verfügung der EICom Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte eine andere Methode für die Verzinsung. Diese andere Methode hatte Swissgrid erstmals im Beschwerdeverfahren geltend gemacht und nicht bei ihrer Anhörung vor der Neuverfügung vom April 2013. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 21. Oktober 2014 ab, soweit es darauf eintrat. Swissgrid erhob dagegen Beschwerde beim Bundesgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 4. Juni 2015 ebenfalls abwies. Damit stehen nun die Zahlungen, welche der BKW für die Netznutzung 2009 zustehen, sechs Jahre später fest. Die von den Stromkunden zu bezahlenden aufgelaufenen Zinsen sind deutlich höher als Kapital, das zu Marktbedingungen verzinst werden muss.

7. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Juni 2015 in Sachen vonRoll casting (Emmenbrücke) gegen Centralschweizerische Kraftwerke AG und Elektrizitätskommission EICom betreffend Rechtsverweigerung und Überprüfung anrechenbare Energiekosten für das Geschäftsjahr 2008/2009 (A-1107/2013)

Mit diesem Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht die bisherige Praxis der EICom zur Überprüfung der Elektrizitätstarife nicht geschützt. Es ging dabei, sehr vereinfacht ausgedrückt, um die Frage wie bei der Festlegung der Tarife neben den Produktions- auch die Handels- und Vertriebskosten zu berücksichtigen sind und in welcher Art dem Umstand Rechnung zu tragen sei, dass die Energie an verschiedene Kunden, an solche mit fester Grundversorgung und solche mit Netzzugang geliefert wird. Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hatte auf Antrag der EICom gegen das Urteil Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht. Der im Verfahren beteiligte Endverbraucher hat ebenfalls beim Bundesgericht Beschwerde erhoben. Die Materie weist eine grosse betriebswirtschaftliche und finanztechnische Komplexität auf, weshalb das Verfahren vor Bundesgericht noch einige Zeit in Anspruch nehmen dürfte.

8. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Januar 2013 in Sachen verschiedene Privatpersonen gegen die einfache Gesellschaft Obere Rhoneabteilung und Bundesamt für Energie, betreffend Plangenehmigung für den Bau bzw. Umbau einer kV-Hochspannungsleitung (A-4795/2011)

Die Gesellschaft Obere Rohneabteilung plante das im Oberwallis vorhandene kV-Übertragungsnetz durch eine kV-Doppelleitung zu ersetzen. Dabei sollen teilweise kV- Leistungsstränge der Schweizerischen Bundesbahn (SBB) mitgeführt werden. Diese sog. Gommerleitung wurde am 21. August 2002 vom Bundesrat in den Sachplan Übertragungsleitung (SÜL) aufgenommen.

Nach zahlreichen Einsprachen gegen das Plangenehmigungsgesuch der einfachen Gesellschaft Obere Rohneabteilung beim Eidgenössischen Strominspektorat (ESTI) überwies dieses die Angelegenheit an das Bundesamt für Energie (BFE).

Mit Verfügung vom 30. Juni 2011 genehmigte das BFE das Plangenehmigungsgesuch und wies sämtliche Einsprachen ab, soweit es darauf eintrat.

Dagegen gingen beim Bundesverwaltungsgericht wiederum zahlreiche Beschwerden ein, die in einem gemeinsamen Verfahren beurteilt wurden. Die Beschwerdeführer forderten die Aufhebung der Genehmigungsverfügung und die Rückweisung der Angelegenheit an das BFE. Dadurch sollte insbesondere erreicht werden, dass die Gommerleitung statt als geplante Freileitung in Stollen verlaufen soll (Erdverlegung/Verkabelung). Diese Möglichkeit sei zum Zeitpunkt der Aufnahme des Projekts in den SÜL unzureichend geprüft worden und sei für den Erhalt einer möglichst naturbelassenen Landschaft die notwendige Lösung. Dies solle durch das Einholen eines Gutachtens von der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) bestätigt werden.

Die Beschwerdegegner hielten dem entgegen, dass die Prüfung einer neuen Linienführung (als Kabel) sich nur rechtfertigen lasse, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände seit der Aufnahme des Vorhabens in den SÜL derart verändert hätten, dass eine solche unerlässlich wäre. Dies sei zu verneinen. So würden die Kosten für die Verkabelung der Gommerleitung, jene einer Freileitung trotz technischer Fortschritte immer noch deutlich übersteigen. Ausserdem käme die Verkabelung der SBB Leitung nur sehr begrenzt in Frage, da sonst die Betriebssicherheit beeinträchtigt werden könnte. Dadurch würde eine Erdverlegung der restlichen Leitungen das Landschaftsbild ohnehin nur begrenzt entlasten.

Das Bundesverwaltungsgericht folgte den Beschwerdeführern in der Ansicht, dass das für die Gommerleitung durchgeführte SÜL-Verfahren unvollständig und mangelhaft war. Ausserdem verwies es auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die sich in Bezug auf die Verkabelung von Hochspannungsleitungen dahingehend verändert habe, dass nicht mehr nur bei höchst schützenswerten Landschaften, sondern schon bei lokalen Landschaftsschutzzonen die Verkabelung geboten sei. Das Bundesverwaltungsgericht hob schliesslich die Verfügung des BFE auf und wies die Angelegenheit mit dem Auftrag an die Vorinstanz zurück, die Notwendigkeit einer Verkabelung (genauer) abzuklären.

9. Urteil des Bundesgerichts vom 5. April 2011 in Sachen Gemeinde Riniken und Mitbeteiligte gegen die Axpo AG⁹⁹ und Bundesamt für Energie, betreffend Plangenehmigung für eine Starkstromleitung (1C_398/2010)¹⁰⁰

⁹⁹ Bis 1. Oktober 2009: Nordostschweizerische Kraftwerke AG (NOK).

¹⁰⁰ Veröffentlicht in BGE 137 II 266.

Mit Verfügung vom 31. Oktober 2006 erteilte das Bundesamt für Energie (BfE) die Teil-Plangenehmigung für die von der Axpo AG geplante Freileitung Benznau-Birr (Teilstrecke Rüfenach bis Habsburg). Dagegen erhobene Einsprachen wies das BfE ab, woraufhin die Beschwerdeführer an die Eidgenössische Rekurskommission (REKO/INUM) gelangten. Am 1. Januar 2007 übernahm das Bundesverwaltungsgericht die hängigen Verfahren und wies die Beschwerden am 2. Juli 2008 ab.¹⁰¹ Dieses Urteil wurde am 29. Januar 2009 vom Bundesgericht, aufgrund der Verletzung des Rechts auf eine öffentliche Verhandlung aufgehoben.¹⁰² Am 1. Juli 2010 fällte das Bundesverwaltungsgericht erneut ein Urteil, in welchem es die Beschwerden wiederum abwies.¹⁰³ Dagegen erhoben die Gemeinde Riniken und Mitbeteiligte Beschwerde beim Bundesgericht. Sie rügten die Verletzung des rechtlichen Gehörs, da das Bundesverwaltungsgericht die von ihnen eingereichten Gutachten, die sich für eine Teilverkabelung der Stromleitung aussprachen, nicht berücksichtigt habe. Das Bundesgericht erachtete die Gutachten als wesentlich für die Interessenabwägung und sah eine Verletzung des rechtlichen Gehörs als gegeben an. Um das Verfahren durch eine Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht nicht noch mehr in die Länge zu ziehen, klärte das Bundesgericht die Frage, ob eine Teilverkabelung geboten sei gleich selbst. Dabei konnte es sich auf den vorangehenden, ausführlichen Austausch von Standpunkten zwischen den Beschwerdeführern und den Beschwerdegegnern stützen. Schliesslich befand das Bundesgericht, dass die Argumente, die für eine Teilverkabelung sprechen überwiegen würden und verpflichtete die Axpo AG somit, ein entsprechendes Projekt auszuarbeiten.

10. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2015 in Sachen Board of Airlines Representatives in Switzerland gegen Flughafen Zürich AG und Bundesamt für Zivilluftfahrt (A-7097/2013)

Nach ergebnislosen Verhandlungen mit den Fluggesellschaften legte die Flughafen Zürich AG dem Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) am 5. September 2013 einen Tarif für die *Benutzungsgebühren* zur Genehmigung vor. Dieser basiert auf einer umfassenden Kostenberechnung nach Massgabe der Verordnung vom 25. April 2012 über die Flughafengebühren (SR 748.131.3). Bereits zuvor hatte das Bundesgericht die Flughafen Zürich AG verpflichtet, die *Lärmgebühren* anzupassen¹⁰⁴ und später eine Verfügung des BAZL aufgehoben, in welcher das Amt einen entsprechenden Vorschlag der Flughafen AG genehmigt hatte. Dabei wies das Gericht die Sache an das Amt zurück mit der Weisung eine neue Lärmgebührenverordnung auszuarbeiten.¹⁰⁵

Das BAZL genehmigte die Gebühren mit Verfügung vom 14. November 2013 mit verschiedenen Änderungen und zusätzlichen Anordnungen. Gegen diese Verfügung führten verschiedene Airlines, unter ihnen namentlich die Swiss, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, in welcher sie u.a. beantragten, es seien die Flugbetriebsgebühren um mindestens 26 Prozent tiefer festzulegen; zudem stellten sie eine Reihe von verfahrensleitenden Anträgen. Umstritten war im Grundsatz, welche Flächen und Räume des Flughafens dem Flugverkehr dienen und deren Kosten deshalb vollumfänglich den Airlines verrechnet werden dürfen, und welche Flächen und

¹⁰¹ Urteil A-2016/2006.

¹⁰² Urteil 1C_386/2008.

¹⁰³ Urteil A-954/2009.

¹⁰⁴ Urteil 1C_58/2010 vom 22. Dezember 2010, publiziert in BGE 137 II 58.

¹⁰⁵ Urteil A-769/2013 vom 30. Oktober 2013.

Räume zum kommerziellen, nicht flugbetriebsrelevanten Bereich gehören, für deren Kosten die Airlines nicht aufzukommen haben. Das Gericht holte zu dieser Frage ein Gutachten ein. Es genehmigte auch einen Teilvergleich der Parteien.

In seinem Entscheid stellte das Gericht fest, dass die Vorinstanz in verschiedener Hinsicht Verfahrensrechte der Parteien verletzt habe. Unter anderem hätte das Amt ein Gutachten betreffend die Berechnung des WACC's – das Amt hatte es zur Vorbereitung seiner Genehmigungsverfügung in Auftrag gegeben – den Parteien zur Stellungnahmen zukommen lassen müssen. Zudem hätte es den Flughafennutzern Gelegenheit zur Stellungnahme zu einem nachgebesserten Vorschlag der Flughafen AG geben müssen, obwohl aufgrund des einschlägigen EU-Rechts der Entscheid so schnell als möglich zu erfolgen habe. In einem obiter dictum hielt das Bundesverwaltungsgericht ausserdem fest, dass es unter dem Gesichtspunkte des Kostendeckungsprinzips fraglich sei, ob als Grundlage für die Genehmigung einer Gebühr ein Vergleich mit den Gebühren anderer Flughäfen herangezogen werden dürfe. Des Weiteren verfügte es, dass die sog. Segmentberichterstattung, das heisst die Richtigkeit der Zuweisung der Kosten auf die Bereiche Flugverkehr, Luftsicherheit und Personen mit reduzierte Mobilität, von der Vorinstanz nochmals überprüft werden müsse. Das Gleiche gelte für die Zurechnung der Einnahmen aus der Werbung auf Säulen und Wandflächen (Promotionsflächen). Ferner müsse die Verteilung der Anlagekosten für die Betriebsflächen betreffend den flugbetriebsrelevanten Bereich einerseits und den kommerziellen Bereich andererseits geändert werden. Schliesslich müsse genauer untersucht werden, ob die angemessene Kapitalverzinsung aufgrund des Marktwertes und nicht des Buchwertes zu erfolgen habe. Auch die Frachtgebühren seien noch einmal zu überprüfen.

Verschiedenes in diesem Urteil bereitet der Praxis erhebliche Probleme, Zum Ersten: Wenn auch rechtlich nicht zu beanstanden, so ist doch die vom Gericht verlangte wiederholte Konsultation der Flughafennutzer bei Änderungen des Gebührevorschlags innert nützlicher Frist kaum machbar. Zweitens: Um die Angemessenheit einer Gebührenfestsetzung beurteilen zu können, erlaubt die Verordnung der Behörde einen Vergleich mit den Gebühren von Flughäfen mit ähnlichem Profil. Dieses ökonomische sinnvolle Vergleichs- oder Benchmark-Konzept steht nach Auffassung des Gerichts möglicherweise im Widerspruch zu dem im Verwaltungsrecht geltenden Kostendeckungsprinzip. Erstaunlich ist sodann, dass das Gericht die sog Segmentberichterstattung wie auch die Festsetzung des WACC's und der Frachtgebühren nicht etwa zur Neufestsetzung, sondern lediglich zur Überprüfung zurückweist – was bedeutet, dass der Entscheid des Amtes doch richtig sein könnte. Was schliesslich die Verteilung der Anlagekosten angeht, sagt das Gericht zwar, diese müssten anders festgelegt werden. Dies ist aber wiederum eine ungemein aufwändige, zeitraubende Arbeit, weshalb sich die Parteien entschlossen haben, sich gütlich auf einen neuen Vorschlag zu einigen, den das BAZL nun genehmigt hat.

8 Literaturverzeichnis

GUSERL RICHARD/HOFMANN MICHAEL: Das Harzburger Modell. Idee und Wirklichkeit und Alternative zum Harzburger Modell, 2. Aufl. Wiesbaden 1976 (nachfolgend zitiert: Guserl/Hofmann, S. ...)

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/ UHLMANN FELIX: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. Zürich/St. Gallen 2016 (nachfolgend zitiert: Häfelin/Müller/Uhlmann, N ..., S. ...)

KLEY ANDREAS: Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art. 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1993 (nachfolgend zitiert: Kley, N ...)

KRATZ BRIGITTA: Angemessene Grundversorgungstarife: Unbestimmter Rechtsbegriff oder Entscheidungsspielraum?, in: Jusletter 30. November 2015 (nachfolgend zitiert: Kratz, N ...)

KRATZ BRIGITTA/ZELLER NICOLE: Rolle und Gestaltungsspielraum der Regulierungsbehörde El-Com im Schweizer Strommarkt, ab S. 81, in : Kawann Cornelia (Hrsg.) Energie im Wandel, Essen 2014 (nachfolgend zitiert: Kratz/Zeller, S. ...)

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007 (nachfolgend zitiert: Meier-Hayoz/Forstmoser, § ... N ...)

MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ: Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. Basel 2013 (nachfolgend zitiert: Moser/Beusch/Kneubühler, N ..., S. ...)

MÜLLER GEORG: Zuständigkeit und Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte, ab S. 336, in Leupold Michael/Rüetschi David/Strauber Demian/Vetter Meinrad (Hrsg.) Der Weg zum Recht. Festschrift für Alfred Bühler, Zürich/Basel/Genf 2008 (nachfolgend zitiert: Müller, S. ...)

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN: Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Zürich/Basel/Genf 2014 (nachfolgen zitiert: Müller/Lipp/Plüss, S. ...)

RHINOW RENÉ A./KRÄHENMANN BEAT: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Ergänzungsband zur 5. (und unveränderten 6.) Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1990 (nachfolgend zitiert: Rhinow/Krähenmann, S. ...)

SCHINDLER BENJAMIN: Verwaltungsermessen – Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich/St.Gallen 2010 (nachfolgend zitiert: Schindler N...)

TSCHANNEN PIERRE: Kommentar zu Art. 164 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Reiner J./Vallender Klaus A (Hrsg.) St. Galler Kommentar: Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2014 (nachfolgend zitiert: Tschannen in St. Galler Kommentar, Art. 164 BV, N ...)

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. Bern 2014 (nachfolgend zitiert: Tschannen/Zimmerli/Müller, N ..., S. ...)

UEBERSAX PETER: Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes - ein rechtliches Risiko?, in: Sutter-Somm Thomas/Hafner Felix/Schmid Gerhard/Seelmann Kurt (Hrsg.) Risiko und Recht. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Genf/München 2004 (nachfolgend zitiert: Uebersax, S. ...)

THOMAS/HAFNER FELIX/SCHMID GERHARD/SEELMANN KURT: (Hrsg.) Risiko und Recht. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Genf/München 2004 (nachfolgend zitiert: Uebersax, S. ...)

WEBER ROLF H./BIAGGINI GIOVANNI: Rechtliche Rahmenbedingungen für verwaltungsunabhängige Behördenkommissionen. Untersuchung am Beispiel der geplanten Fernmelde- und Medienkommission, Zürich/Basel/Genf 2002 (nachfolgend zitiert: Weber/Biaggini, S. ...)

WYTTENBACH JUDITH/WYSS KARL-MARC: Kommentar zu Art. 164 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.) Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (nachfolgend zitiert: Wyttenbach/Wyss in BSK, Art. 164 BV, N ...)