

10.480

Parlamentarische Initiative
Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze

**Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie
des Nationalrates**

vom 21. Februar 2011

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit diesem Bericht unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zu einer Änderung des Wasserrechts- und des Stromversorgungsgesetzes. Gleichzeitig erhält der Bundesrat Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Kommission beantragt, dem beiliegenden Entwurf zuzustimmen.

21. Februar 2011

Im Namen der Kommission

Der Präsident: Jacques Bourgeois

Übersicht

Die Wettbewerbskommission (WEKO) stellte in ihrem Gutachten vom 22. Februar 2010 gestützt auf das Binnenmarktgesetz fest, dass eine Ausschreibungspflicht für die Vergabe von Konzessionen im Zusammenhang mit dem Elektrizitätsverteilnetz bestehe. In der Medienmitteilung zum Gutachten hat sie weiter angemerkt, dass die Ausschreibungspflicht auch für die Nutzungsübertragung anderer faktischer Monopole an Private gelte, namentlich für Konzession zur Nutzung der Wasserkraft. Ob die Konzessionen tatsächlich unter die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht fallen, ist umstritten. Um mögliche Unsicherheiten, die mit dem WEKO-Gutachten entstanden sind, auszuräumen, beschloss die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats (UREK-N), eine spezialgesetzliche Regelung zu schaffen. Sie arbeitete im Rahmen der parlamentarischen Initiative «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze» (10.480) eine Vorlage aus, welche klarstellt, dass bei der Nutzung des öffentlichen Grundes für Stromnetze sowie bei der Wasserkraftnutzung für die jeweiligen Konzessionsbehörden keine Ausschreibungspflicht besteht. Zudem wird festgehalten, dass die Vergabe der Konzessionen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren erfolgen muss.

Bericht

1 Ausgangslage

1.1 Kommissionsinitiative

Am 6. Juli 2010 hat die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats (UREK-N) beschlossen, die Kommissionsinitiative «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze» (10.480) auszuarbeiten. Deren Ziel ist, das Stromversorgungsgesetz vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) so zu ändern, dass Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) für das nationale Stromübertragungsnetz und für die Stromverteilnetze nicht gilt. Artikel 2 Absatz 7 BGBM schreibt für die Vergabe kantonaler und kommunaler Monopole an Private eine Ausschreibung vor. Anlass für die parlamentarische Initiative war ein Gutachten der Wettbewerbskommission (WEKO), die in diesem Bereich eine Ausschreibungspflicht bejaht hatte.

Mit der Kommissionsinitiative wird zudem das Anliegen der Motion Freitag «Öffentliches Bestimmungsrecht bei Wasserkraft- und Verteilnetzkonzessionen» (10.3469) aufgenommen, die der Ständerat am 28. September 2010 angenommen hat. Die Motion Freitag will nicht nur für die Konzessionen betreffend die Stromversorgungsnetze, sondern auch für jene der Wasserkraftnutzung eine spezialgesetzliche Ausnahme von der Ausschreibungspflicht festschreiben.

Am 6. September 2010 hat die UREK des Ständerats (UREK-S) im Rahmen der Vorprüfung nach Artikel 109 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (ParlG; SR 171.10) dem Beschluss ihrer Schwesterkommission zugestimmt.

Ob Konzessionen der erwähnten Art unter die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht fallen, ist umstritten. Es gibt mehrere Gutachten zum Thema, wobei der Meinung der WEKO teilweise widersprochen wird. Die UREK-N beschloss, auf dem Gesetzgebungsweg zügig Klarheit zu schaffen. Bei ihrer Arbeit wurde die Kommission vom Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) unterstützt.

Die Kommission hat dem Gesetzesentwurf am 21. Februar 2011 einstimmig zugestimmt.

1.2 Das Gutachten der Wettbewerbskommission

Gemäss dem Gutachten der WEKO vom 22. Februar 2010, welches sie am 16. April 2010 veröffentlichte, handelt es sich bei der Erneuerung einer Konzession zur Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie durch einen Privaten um einen ausschreibungspflichtigen Tatbestand i.S. des erst mit der Revision im Jahre 2006 neu eingefügten Artikel 2 Absatz 7 BGBM. Die WEKO begründet ihre Ansicht damit, dass das StromVG keine Bestimmungen enthalte, welche als *lex specialis* dem Artikel 2 Absatz 7 BGBM vorgehen und dessen Anwendung ausschliessen würden, dass eine Unterscheidung zwischen rechtlichen und faktischen Monopolen aufgrund der in Artikel 2 Absatz 7 BGBM gewählten Formulierung und den Gesetzesmaterialien nicht als gerechtfertigt

erscheine und die Erteilung einer Sondernutzungskonzession gestützt auf Artikel 1 Absatz 1 BGBM zwingend im Rahmen eines diskriminierungsfreien und wettbewerbsorientierten Verfahrens erfolgen müsse. Werde das Ausschreibungsverfahren angewendet, seien beispielsweise Vorteile in Bezug auf einen kosteneffizienten Betrieb zu erwarten. Die WEKO räumt jedoch auch ein, dass diese Vorteile durch die den Wettbewerbsumfang beschränkenden Faktoren (weitgehend vorgegebene Einnahmen oder Netznutzungsentgelte, Ausschreibungspflicht beschränkt sich nur auf die Netze von «Privaten», d.h. nicht auch auf Netze in öffentlicher Hand) geschmälert würden und die konkrete Umsetzung erhebliche – im Gutachten exemplarisch aufgezählte – Schwierigkeiten bieten würde.

Demzufolge empfiehlt die WEKO dem Bundesrat gestützt auf Artikel 8 BGBM, die für eine Ausschreibung erforderlichen Bedingungen mittels Schaffung einer spezialgesetzlichen Regelung im StromVG festzulegen.

Die Verleihung des Rechts zur Nutzung der Wasserkraft, die sog. Wasserrechtskonzessionen, erwähnt die WEKO nur im Rahmen der Medienmitteilung zum Gutachten, indem sie erklärt, die Ausschreibungspflicht bestehe für die Nutzungsübertragung auch anderer faktischer Monopole an Private und mithin weiterer Sondernutzungskonzessionen wie u.a. die Nutzung der Wasserkraft. Damit misst die WEKO dem Gutachten eine über den von ihr untersuchten Sachverhalt hinausgehende Bedeutung zu.

1.3 Konzessionen

Mit einer Konzession verleiht der Staat Privaten das Recht, eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, die ursprünglich ihm vorbehalten ist (staatliches Monopol). Staatliche Monopole gründen entweder auf einem Rechtssatz (rechtliches Monopol) oder auf tatsächlichen Gegebenheiten wie zum Beispiel der Sachherrschaft über den öffentlichen Grund (faktisches Monopol). Das Recht zur ausschliesslichen Nutzung einer öffentlichen Sache wird mit einer Sondernutzungskonzession erteilt. Zu diesen gehören u.a. die Wasserrechtskonzession und das Recht, Stromleitungen über öffentlichen Grund zu führen.

1.4 Situation heute

1.4.1 Rahmen Stromversorgungsgesetz

Das StromVG regelt nur gewisse Aspekte der Elektrizitätsversorgung. So ermöglicht es – in zwei Öffnungsschritten, d. h. zunächst für grosse und später für alle Endkunden – die freie Wahl des Stromlieferanten, was einen diskriminierungsfreien Netzzugang voraussetzt. Gleichzeitig sichert das StromVG aber auch die Grundversorgung. Betreffend die Netze gibt es ferner zum Folgenden Regeln: Das Netznutzungsentgelt ist reguliert und wird durch die Elektrizitätskommission (ElCom) überwacht. Das Übertragungsnetz wird der nationalen Netzgesellschaft (swissgrid AG) zugewiesen. Im Zusammenhang mit der Grundversorgung müssen die Kantone Netzgebiete zuweisen. Damit soll verhindert werden, dass verwaiste Netzgebiete entstehen. Eine Grundlage für Netzkonzessionen bietet das StromVG nicht. Laut Botschaft zum StromVG soll das Netz als natürliches Monopol sodann keinem

direkten Wettbewerb unterliegen (BBl 2005 1619). Bewilligungen für den Leitungsbau richten sich nach dem Elektrizitätsgesetz vom 24. Juni 1902 (EleG; SR 734.0).

1.4.2 Situation in den Kantonen (Stromnetze und -versorgung)

Die Elektrizitätswirtschaft ist historisch gewachsen und in den Kantonen bzw. Gemeinden – sofern diese zuständig sind – entsprechend unterschiedlich organisiert, auch nach Inkrafttreten des StromVG. Ein aktueller Überblick über die Verhältnisse in den Kantonen existiert derzeit nicht.

Unterscheidung Netze und Stromlieferung

Es ist zwischen *Elektrizitätsverteilung*, womit die Netze (Infrastruktur) gemeint sind, und *Elektrizitätsversorgung*, der eigentlichen Belieferung mit Strom, zu unterscheiden. Im StromVG soll lediglich für die Elektrizitätsverteilung, also die Netze, eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht festgeschrieben werden. Zur Versorgung ist aber immerhin festzuhalten, dass jene Kantone, die die Elektrizitätsversorgung an ein (öffentliches oder privates) Elektrizitätswerk (EVU) übertragen haben (durch Rechtssatz, Konzession, Vertrag etc.), im Rahmen dieser Übertragung bislang häufig auch die Netzaspekte (z.B. Nutzung des öffentlichen Grunds) geregelt haben; eine getrennte Betrachtung (von Verteilung und Versorgung) hat bisher wohl kaum stattgefunden. Was die Elektrizitätsversorgung angeht, ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Kantone seit dem Inkrafttreten des StromVG nicht mehr gleich frei sind wie zuvor. So können sie einem EVU z.B. nicht mehr ein exklusives Stromlieferungsrecht für ein bestimmtes Gebiet einräumen (vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005 1678), weil dies im Widerspruch zum Wahlrecht der von der Strommarktöffnung profitierenden Endkunden stünde. Ein wesentlicher Versorgungsaspekt ergibt sich sodann neu aus Bundesrecht, nämlich die Pflicht des Netzbetreibers gemäss Artikel 6 bzw. 7 StromVG, im zugewiesenen Netzgebiet (Art. 5 StromVG) die Grundversorgung zu garantieren.

Verschiedenartigkeit der kantonalen Konzessionen

Artikel 5 StromVG verpflichtet die Kantone, Netzgebiete zu bezeichnen und zuzuweisen. Dieser Vorgang betrifft zwar die (Verteil-)Netze, ist aber nicht mit dem deckungsgleich, was die Kantone oder Gemeinden bisher über Versorgungs- bzw. Netzkonzessionen oder ähnliche Verleihungen vergeben haben. Soweit das Netz betreffend, ist mit diesen Konzessionen v.a. das Recht, den öffentlichen Grund zu nutzen, erteilt worden. Bisweilen ist auch die Befugnis, Stromleitungen zu bauen und zu betreiben, konzessioniert worden. Die Situation in den Kantonen ist bzw. war jedenfalls sehr unterschiedlich. Wenn das Gemeinwesen selbst, etwa eine kantonale Anstalt oder ein Gemeindegewerk, die Stromversorgung besorgt, ist keine Konzession erforderlich (in einem solchen Fall fehlt es im Übrigen bereits auch schon an einer Übertragung an Private im Sinne von Artikel 2 Absatz 7 BGBM). Fest steht, dass die Kantone die Nutzung öffentlichen Grunds auch unter dem StromVG weiterhin per Konzession vergeben können (Botschaft StromVG, BBl 2005 1678). Dass kantonale Konzessionen zum Bau und Betrieb von Leitungen noch zulässig sind, wird in mehreren Gutachten zum Thema bestritten (u.a. mit Verweis auf das bundes-

rechtlich und abschliessend geregelte Plangenehmigungsregime nach EleG). Weitgehend unbestritten ist jedoch, dass sich eine allfällige Monopolisierung von Bau und Betrieb des Netzes, wenn schon, aus dem kantonalen Recht ergeben muss. Aus dem StromVG kann ein solches Monopol nicht abgeleitet werden. Es sind mithin die oben beschriebenen, im kantonalen Recht gründenden – und entsprechend verschiedenartigen – Konzessionen, die als Folge des WEKO-Gutachtens der Ausschreibungspflicht unterliegen würden; in Kantonen ohne Konzessionen käme es zu keiner Ausschreibung.

Verhältnis kantonalen Konzessionen zu Art. 5 StromVG

Die Netzgebietszuweisung ist, wie erwähnt, bundesrechtlich vorgeschrieben (Art. 5 StromVG), ist aber eine kantonale Aufgabe. Mit der Zuteilung werden allfällige konzessionsrechtliche Rechte und Pflichten, wie es sie bisher gab, nicht per se hinfällig. Namentlich die Nutzung des öffentlichen Grunds (Durchleitung) ist eine – von Artikel 5 StromVG unberührte – Sondernutzung, die die Kantone weiterhin über eine Konzession bewilligen können (BBl 2005 1678). Artikel 5 StromVG bzw das Bundesrecht räumt den Privaten – anders als z.B. das Fernmelderecht – kein solches Benutzungsrecht ein. Für das Zuteilungsverfahren ist aber immerhin vorgeschrieben, dass es diskriminierungsfrei erfolgen muss. Der Botschaft ist aber auch zu entnehmen, dass die bisherigen Eigentumsverhältnisse an den Netzen soweit wie möglich zu wahren sind (BBl 2005 1644). Sodann geschieht die Gebietszuteilung in den Kantonen heute zumeist in der Form der einfachen Verfügung.

1.4.3 Rahmen Wasserrechtsgesetz

Die Wasserkraft ist schweizweit die aus wirtschaftlicher Sicht am einfachsten und besten nutzbare Ressource zur Erzeugung elektrischen Stroms. Weil sie zudem relativ konstant verfügbar und teilweise auch direkt speicherbar ist, ist sie für die Sicherstellung der Versorgungssicherheit von grosser Bedeutung.

Die heute geltenden Rahmenbestimmungen des Wasserrechtsgesetzes vom 22. Dezember 1916 (WRG; SR 721.80) sehen für Wasserrechtskonzessionen weder eine ausdrückliche Ausschreibungspflicht vor, noch schliessen sie eine solche ausdrücklich aus. Artikel 41 WRG bestimmt lediglich, welchem Bewerber (im Rahmen des üblichen Konzessionsverfahrens) der Zuschlag zu erteilen ist, wenn sich mehrere Personen um die Verleihung des gleichen Wasserrechts bewerben. In einem solchen Fall ist der Zuschlag demjenigen Bewerber zu erteilen, dessen Projekt dem öffentlichen Wohl am besten entspricht und – wenn die Projekte diesbezüglich gleichwertig sind – demjenigen, dessen Projekt das Gewässer am wirtschaftlichsten nutzt.

Die Verfahrensbestimmungen finden sich je nachdem, ob es sich um eine Bundeskonzession, eine kantonale oder kommunale Konzession handelt, abschliessend im WRG, zusätzlich in den einschlägigen Bestimmungen der Standortkantone und der Standortgemeinden.

Danach gestaltet sich das Konzessionsverfahren heute in aller Regel und zusammengefasst wie folgt:

Die für die Verleihung zuständige Behörde wird (bei einer bislang noch nicht konzessionierten Gewässerstrecke) von einem oder mehreren Interessenten bzw. (vor dem Ablauf einer bestehenden Konzession) dem bisherigen Konzessionär oder anderen

Interessenten kontaktiert. Erst nach umfangreichen und kostenintensiven Vorarbeiten der Interessenten (Erstellung technischer Studien und eines Umweltverträglichkeitsberichts, Definition der zu ergreifenden Umweltkompensationsmassnahmen, Ausarbeitung Konzessionsgesuch usw.) kann und muss die Behörde das Konzessionsgesuch und das Projektgenehmigungsgesuch publizieren und öffentlich auflegen (vgl. Art. 60 Abs. 2 und 62c WRG). Mit der Publikation wird nicht nur die Möglichkeit geboten, die einem Projekt konkret entgegenstehenden Interessen und Rechte (soweit nicht bereits im Rahmen der Vorarbeiten berücksichtigt) geltend zu machen. Zusätzlich haben andere Interessenten die Möglichkeit, ihr eigenes Interesse an einer entsprechenden Konzession anzumelden. Bei Bundeskonzessionen müssen zudem die betroffenen Kantone angehört werden (vgl. Art. 6, 7, 52 und 62c WRG). Während in Bezug auf Bundeskonzessionen seit der Revision im Jahre 1999 ein einstufiges, konzentriertes Verfahren zur Anwendung gelangt, in welchem mit der Konzession auch alle notwendigen Bewilligungen erteilt werden, erfolgt die Verleihung bei kantonalen und kommunalen Konzessionen zumeist in einem zwei- bzw. dreistufigen Verfahren. Hierbei werden die Verleihung der Konzession und die Erteilung der erforderlichen Bewilligungen in separaten Verfahren behandelt. Weil die Konzessionsentscheide in letzter Instanz auch der öffentlichrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen und die Umwelt- und Naturschutzverbänden kraft Bundesrechts beschwerdeberechtigt sind, werden die Entscheide i.d.R. in den Publikationsorganen der betroffenen Gemeinden und Kantone publiziert.

Dieses einfache und durch die Interessenten initiierte Verfahren entspricht dem Umstand, dass das über die Gewässerhoheit verfügende Gemeinwesen im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien – gemeint sind insbesondere das Legalitätsprinzip und die Grundsätze der Rechtsgleichheit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben – grundsätzlich in eigenem Ermessen darüber befinden kann, ob, an wen und unter welchen Bedingungen es sein Wassernutzungsrecht an einen Dritten verleihen will. Denn gemäss Lehre und Rechtsprechung besteht auch dort kein Anspruch auf die Erteilung einer Konzession, wo die Nutzung der Wasserkraft aufgrund der geltenden Rechtslage grundsätzlich statthaft wäre. Sehen die konkret anwendbaren Verfahrensbestimmungen zur Verleihung der Wasserrechte nicht ein Verwaltungsverfahren, sondern ein demokratisches Verfahren vor, kommt diesem Aspekt erhöhte Bedeutung zu.

Das heutige Verfahren kann insbesondere auch deshalb als diskriminierungsfrei und wettbewerbsorientiert bezeichnet werden, weil das BFE die technischen Daten und die Dauer bestehender Konzessionen von Zentralen mit einer Leistung von mehr als 300 kW in der Statistik über die Wasserkraftanlagen der Schweiz (WASTA) öffentlich zugänglich macht. Einzelne Kantone haben zudem diejenigen Gewässerabschnitte ausdrücklich und ebenfalls öffentlich zugänglich bezeichnet, bei welchen (noch) Ausbaupotential vorhanden ist und deren Nutzung grundsätzlich als sinnvoll und erwünscht erscheint. Die an der Nutzbarmachung der Wasserkräfte interessierten Personen haben damit ohne Weiteres Kenntnis davon, wann welche Konzessionen erneuert und welche Konzessionen voraussichtlich neu erteilt werden.

1.4.4 Situation in den Kantonen (Wasserkraft)

Die Kantone haben im Rahmen des Bundesrechts die Kompetenz, die Verfahrensvorschriften zur Verleihung einer kantonalen Wasserrechtskonzession zu erlassen (vgl. Art. 60 Abs. 1 WRG). Sie haben damit die Möglichkeit, ein Ausschreibungsverfahren generell oder in Bezug auf bestimmte Fälle vorzusehen. Bislang hat jedoch kein einziger Kanton ein Ausschreibungsverfahren eingeführt oder tatsächlich ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt.

Einzelne Kantone haben die Gewässerhoheit im Rahmen ihrer eigenen Bestimmungen an die Gemeinden oder Korporationen weiterdelegiert. Soweit ersichtlich haben aber auch diese bislang keine Ausschreibungsverfahren durchgeführt.

2 Grundzüge der Vorlage

2.1 Allgemeines

Eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach Artikel 2 Absatz 7 BGBM kann sich auch aufgrund eines impliziten spezialgesetzlichen Ausschlusses ergeben, z.B. aus Sinn und Zweck des jeweiligen Gesetzes. Der Klarheit willen soll für die Bereiche Elektrizitätsnetze und Wasserkraftnutzung nun aber trotzdem im Spezialgesetz (StromVG und WRG) explizit festgeschrieben werden, dass keine Ausschreibungspflicht besteht. Die Vorlage mit Bestimmungen im WRG und StromVG ist als Mantelerlass gestaltet.

Ausgangspunkt für das Gutachten der WEKO und der parlamentarischen Initiative waren die Stromnetz-Konzessionen. Darum wird in diesem Bericht zuerst die StromVG- und erst danach die WRG-Problematik behandelt, obwohl die beiden Gesetze in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts gerade umgekehrt eingereiht sind.

2.2 Vernehmlassung

Mit den Bestimmungen im StromVG und im WRG wird die etablierte, bewährte Praxis übernommen. Die Vorlage schafft die eindeutige rechtliche Grundlage, damit die gängige Praxis unverändert weiter geführt werden kann. Es wird keine materielle Gesetzesänderung vorgenommen. In Erwägung dieser Tatsachen hat die Kommission beschlossen, auf ein Vernehmlassungsverfahren im Rahmen dieser Vorlage zu verzichten. Damit sind auch die Voraussetzungen für eine möglichst rasche Umsetzung gegeben.

2.3 Stromversorgungsgesetz

Die UREK-N bzw. Ständerat Freitag haben bereits zahlreiche Gründe, die gegen eine Ausschreibungspflicht bei den Elektrizitätsnetzen sprechen, angeführt, als sie ihre Vorstösse einreichten. Die wichtigsten sind die Folgenden:

- Netzbetrieb ist im StromVG nicht wettbewerblich ausgestaltet (Versorgungssicherheit);

- Wettbewerb ergibt im Netzbereich keinen Sinn;
- Ausschreibungspflicht brächte Bürokratie und würde die Kosten unnötig in die Höhe treiben, wobei ein allfälliger Nutzen bescheiden wäre;
- (zwingende) Ausschreibung zöge Umsetzungsschwierigkeiten nach sich.

Weitere Gründe sind:

- Ausschreibungspflicht beeinträchtigt Planungssicherheit und Investitionsneigung (falscher Anreiz);
- neue Konzession und Netzeigentum fallen auseinander: es werden Enteignungen nötig;
- uneinheitliche Ausschreibungen wegen Verschiedenartigkeit der Konzessionen in den Kantonen.

Zentrales Ziel des StromVG ist die Gewährleistung der Versorgungssicherheit. Der Netzbetrieb wurde deshalb bewusst nicht wettbewerblich ausgestaltet, sondern vielmehr reguliert; die Botschaft hält explizit fest, das Netz als natürliches Monopol unterliege keinem direkten Wettbewerb (BBl 2005 1619). Gerade auch wegen der Regulierung, namentlich der Vorgaben zum Netznutzungsentgelt und dessen Kontrolle durch die ElCom, ist fraglich, ob zusätzlicher Wettbewerb, wie er mit einer Ausschreibung ja erreicht werden soll, punkto (Kosten-)Effizienz viel bringen würde. Dass die Vorteile nicht allzu gross sein dürften, räumt ja auch die WEKO selber ein. Wie erwähnt, war mit dem StromVG nicht Wettbewerb *um die Netze* beabsichtigt, sondern Wettbewerb *auf dem Netz*. Wichtig ist mithin, dass die Infrastruktur zuverlässig funktioniert und dass sie diskriminierungsfrei nutzen darf, wer dies will. Diesen Anliegen trägt das StromVG bereits Rechnung. Elektrizitätsverteilnetze sind sodann langlebige Infrastrukturen mit Amortisationsdauern von bis zu 50 Jahren. Angesichts dessen kann die Planungssicherheit leiden, wenn Ausschreibungen vorgesehen sind. Die Neigung der Eigentümer bzw. der Betreiber, in die Netze zu investieren (Ausbauten, Unterhalt etc.), kann abnehmen, was sich wiederum negativ auf den Zustand der Netze und auf die Versorgungssicherheit auswirken kann. Ein weiteres Problem entsteht ferner genau dann, wenn eine Konzession einem neuen Inhaber zugeteilt wird (dies zu ermöglichen, ist ja genau Ziel von Ausschreibungen), der dann aber nicht Eigentümer (oder Berechtigter) des betreffenden Netzes ist. Die Leitungen gehören jenem EVU, das sie gebaut oder erworben hat (Art. 15a EleG; vgl. auch Art. 676 Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210). Mit der Konzession wird derweil nicht auch dieses Eigentum übertragen, sondern z.B. nur das Recht, den öffentlichen Grund zu nutzen. Ein solches Auseinanderklaffen von Konzession und Eigentum am Netz dürfte häufig nur über eine Enteignung zu lösen sein, zumal gütliche Einigungen in diesen Fällen selten sein dürften. Eine Ausschreibungspflicht würde sodann die Autonomie der Kantone erheblich einschränken. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Kantone teilweise ganz unterschiedliche Befugnisse per Konzession vergeben; allenfalls ist gar kein Raum für irgendeine Konzession (vgl. oben Ziff. 1.4.2). Das würde somit dazu führen, dass die Ausschreibungen – je nach Kanton – unterschiedlichen Inhalts wären, sofern überhaupt eine Ausschreibung stattfinden müsste. An dieser Uneinheitlichkeit, die es zu vermeiden gilt, würde auch nichts ändern, wenn im StromVG die Bedingungen und das Verfahren für die Ausschreibung geregelt würden, wie dies die WEKO in ihrer Empfehlung fordert. Insgesamt ist somit mit zusätzlicher Bürokratie, komplizierten Auseinandersetzungen und langen Verfahren (unter Umständen bis vor Bundesge-

richt) zu rechnen. Ausschreibungen dürften denn auch ganz generell mit hohen Transaktionskosten verbunden sein; anspruchsvoll ist z.B. die Bewertung der vorhandenen Infrastruktur (Transformatoren, Messinstrumente, Masten, Leitungen etc.). Für die Elektrizitätsversorgung dürften sich Ausschreibungen von Konzessionen unter dem Strich somit kostenerhöhend auswirken – dies bei einem unter (Kosten-)Effizienzgesichtspunkten wohl eher bescheidenen Nutzen.

Aus diesen Gründen ist es somit sinnvoll, im StromVG festzuhalten, dass die Kantone keine Ausschreibungen durchführen müssen, wenn sie im Bereich der Stromnetze Konzessionen vergeben.

Beim StromVG soll die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht auf die Netze beschränkt sein. Diese Beschränkung könnte den Umkehrschluss nahe legen, dass eine Ausschreibungspflicht besteht, sobald eine Konzession Versorgungsaspekte regelt. Ein solcher Umkehrschluss ist allerdings nicht per se zulässig, jedenfalls dann nicht, wenn der Versorgungsaspekt nur untergeordnet erscheint oder eng mit der Grundversorgung zusammenhängt. Sofern ein Gemeinwesen z.B. die Beleuchtung der öffentlichen Strassen per Konzession vergibt, soll es hierfür keine Ausschreibung durchführen müssen, was nicht heisst, dass eine solche nicht doch sinnvoll sein kann. Generell ist anzumerken, dass – aufgrund des Umkehrschlusses – eine Ausschreibungspflicht nur insoweit bestünde, als eine Ausschreibung aufgrund von Artikel 2 Absatz 7 BGBM überhaupt nötig ist (sie es z.B. nicht, wenn eine Konzession nicht an «Private» übertragen wird) und soweit Artikel 5 StromVG überhaupt noch Raum für Konzessionen lässt.

Gleichzeitig mit der Ausnahme von der Ausschreibungspflicht ist es jedoch angezeigt, explizit festzuschreiben, dass das Verfahren diskriminierungsfrei und transparent sein muss. Das sind allgemeine, letztlich aus der Bundesverfassung fließende rechtsstaatliche und zeitgemässe Prinzipien. Generell soll der Staat, gerade auch bei Vergaben, bei denen naturgemäss nur ein Bewerber berücksichtigt werden kann, auf möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse hinwirken und sich wettbewerbsneutral verhalten müssen. Da es sich um allgemeine Grundsätze handelt, hatten sich die Vergabebehörden bereits auch bisher daran zu orientieren. Materiell bringt die Ergänzung somit keine eigentliche Neuerung, sondern nur eine formale Festschreibung dieser Prinzipien.

2.4 Wasserrechtsgesetz

Gegen die Pflicht zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens bei der Erteilung von Wasserrechtskonzessionen sprechen die folgenden Argumente, auf welche Ständerat Freitag zur Begründung der von ihm eingereichten Motion teilweise bereits hingewiesen hat:

- Das Entscheidungsmessen des über die Gewässerhoheit verfügenden Gemeinwesens würde unnötig beschränkt, indem der Zuschlag zwingend gemäss den vorgängig definierten Zuschlagskriterien erfolgen müsste, obwohl ein anderer Mitbewerber den im Zuschlagszeitpunkt geltenden Bestimmungen und Bedürfnissen allenfalls besser entsprechen würde.
- Die Konzessionsbehörde müsste die umfangreichen, kosten- und zeitintensiven Arbeiten zur Erstellung der Ausschreibungsgrundlagen auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko hin durchführen.

- Der i.d.R. vor der Gesuchseinreichung stattfindende und zur Projektoptimierung notwendige Diskurs zwischen der Konzessionsbehörde, den Bewerbern und allenfalls Vertretern von weiteren Nutzungs-, aber auch Schutzinteressen könnte nicht mehr stattfinden. Dieser Diskurs erfolgt nota bene nicht nur im Sinne einer besseren wirtschaftlichen Nutzung, sondern vor allem auch im Sinne des Umweltschutzes und letztlich auch der Verhinderung von unnötigen Rechtsmittelverfahren.
- Das bereits heute sehr komplexe Verfahren würde durch eine Ausschreibungspflicht weiter belastet; die Verfahrensdauer sowie die Kosten des Verfahrens (inkl. Kosten aller Mitbewerber) würden voraussichtlich steigen und der Aufwand der Konzessionsbehörden erhöht.
- Es bestünde die Gefahr, dass ein bereits ausgeschriebenes Konzessionsprojekt aufgrund veränderter Umstände (Gesetzesänderungen, technischer Fortschritt, Veränderung der Bedürfnisse, etc.) nochmals ausgeschrieben werden müsste, was zu nochmals längeren und teureren Verfahren führen würde.
- Das Ausschreibungsverfahren müsste – wie von der WEKO im Zusammenhang mit den Elektrizitätsnetzen bereits darauf hingewiesen – im WRG spezialgesetzlich näher geregelt werden.
- Bei internationalen Gewässerstrecken fiele aufgrund der in der EU nicht vorhandenen Ausschreibungspflicht eine Ausschreibung ausser Betracht, was im Vergleich zu innerschweizerischen Wasserkraftwerken zu ungleich langen und ungleich teuren Verfahren führen könnte (vgl. auch Ziff. 5.3).
- Der mit der Einfügung von Artikel 58a WRG gesetzte Anreiz zur Förderung von Modernisierungs- und Erweiterungsarbeiten an bestehenden Wasserkraftwerken während der laufenden Konzessionsdauer würde faktisch entfallen.

3 Erläuterungen zu den einzelnen Änderungen

Mit den zwei vorgeschlagenen Bestimmungen, die lauten, die Konzessionen «könnten ohne Ausschreibung erfolgen» wird zum Ausdruck gebracht, dass es keine Ausschreibungspflicht gibt. Den Kantonen oder – je nach kantonaler Zuständigkeitsordnung – den Gemeinden bleibt es indes unbenommen, trotzdem eine Ausschreibungspflicht vorzuschreiben oder tatsächlich Ausschreibungen vorzunehmen, entweder generell oder in bestimmten Fällen.

3.1 Änderung des StromVG

Art. 3a (neu)

Die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht soll – anknüpfend an die Begriffe «Übertragungs-» und «Verteilnetz» gemäss Artikel 4 Buchstaben h und i StromVG – für Konzessionen (oder ähnliche Verleihungen) zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens im Zusammenhang mit Netzen, und zwar allen Netzen, gelten. Darüber hinaus soll die Ausnahme aber auch für allfällige weitere Netzkonzessionen

greifen. Das Übertragungsnetz (auf gesamtschweizerischer Ebene) wird zwar bis Ende 2013 im Eigentum der nationalen Netzgesellschaft sein (Art. 18 Abs. 2 und 33 Abs. 4 StromVG), weshalb sich die Frage von Ausschreibungen betreffend das Übertragungsnetz kaum stellen dürfte. Trotzdem wird auch das Übertragungsnetz explizit erwähnt, nicht zuletzt mit Blick auf die Übergangszeit für die Netzübergabe bis Ende 2013, wegen heiklen Abgrenzungsfragen und weil zum Übertragungsnetz auch Nebenanlagen gehören wie z.B. Transformatoren oder Schaltanlagen. Konzessionen, die bei solchen Nebenanlagen – Artikel 2 Absatz 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) zählt sie auch zum Übertragungsnetz – allenfalls nötig sind, sollen ebenfalls nicht ausgeschrieben werden müssen. Wie unter Ziffer 1.4.2 erläutert, ist die (mit einfacher Verfügung vorgenommene) Zuteilung der Netzgebiete gemäss Artikel 5 StromVG nicht mit dem deckungsgleich, was die Kantone per Konzession vergeben, auch wenn Überlappungen sehr wohl bestehen. Sollte diese Zuteilung dereinst als kantonales oder kommunales Monopol i.S.v. Artikel 2 Absatz 7 BGBM verstanden werden, würde die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht auch für diesen Tatbestand gelten, was sich durch die systematische Einordnung von Artikel 3a bei den allgemeinen Bestimmungen ohne weiteres ergibt.

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass der vorgeschlagene Artikel 3a generell von Ausschreibung spricht und nicht speziell auf Artikel 2 Absatz 7 BGBM Bezug nimmt. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass eine Ausschreibungspflicht auch nicht aus anderen Normen (als Art. 2 Abs. 7 BGBM) oder Grundsätzen abgeleitet werden kann. Vorbehalten bleiben allfällige zwischenstaatliche Verpflichtungen der Schweiz, die für solche Fälle zwingend eine Ausschreibung vorsehen.

Schliesslich wird in Artikel 3a festgehalten, dass die Verfahren diskriminierungsfrei und transparent sein müssen.

Art. 5 Abs. 1

Dass das Verfahren transparent und diskriminierungsfrei sein muss, soll auch im bestehenden Artikel 5 zur Netzgebietszuweisung festgeschrieben werden. Es handelt sich hierbei nur um eine Ergänzung um das Erfordernis der Transparenz; dass die Zuteilung diskriminierungsfrei sein muss, steht schon heute im Gesetz.

3.2 Änderung des WRG

Art. 60 Abs. 3^{bis} (neu) und 62 Abs. 2^{bis} (neu)

Wie bereits einleitend zu Ziffer 3 darauf hingewiesen, wird es der Konzessionsbehörde im Rahmen der im konkreten Fall anwendbaren Verfahrensbestimmungen auch weiterhin möglich sein, ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Sie kann damit insbesondere auch dort die Wasserkraftnutzung vorantreiben, wo kein Energieproduzent sein Interesse an der Nutzung der Wasserkraft bekundet.

Um Missverständnissen vorzubeugen, ist der neue Absatz nicht nur unter dem Untertitel «I. Bei kantonalen Gewässern», sondern auch unter dem Untertitel «III. Bei Bundeskonzessionen» aufzunehmen. Damit kann ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass die Ausnahme auch auf die sog. Bundeskonzessionsverfahren zur Anwendung gelangt, bei welchen der Bund zwar formell für die Kon-

zessionserteilung zuständig ist, die Gewässerhoheit aber nach wie vor bei den Kantonen bzw. Gemeinden verbleibt (vgl. Urteil Bundesgericht 2A.179/2000 und 2A.183/2000 vom 4. Dezember 2000, Erw. 2a).

Wie bereits im Zusammenhang mit den Stromnetzen ausgeführt wurde (vgl. Ziff. 2.3), stellt der Satz, wonach die Verleihung der Wasserrechtskonzessionen in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu erfolgen hat, materiell keine eigentliche Neuerung dar.

4 Auswirkungen

Die Vorlage bezweckt, dass die bisher geübte Praxis zur Verleihung von Konzessionen sowohl bei den Elektrizitätsnetzen als auch bei der Wasserkraftnutzung unverändert fortgeführt werden kann. Es wird nun ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Verleihung der Konzessionen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu erfolgen hat. Weil sich diese Grundsätze aber bereits heute aus rechtsstaatlichen Prinzipien ergeben und teilweise gar verfassungsrechtlich geboten und damit für die Konzessionsbehörden zu beachten sind, ist nicht mit grösseren finanziellen und personellen Auswirkungen sowie auch nicht mit grösseren Vollzugsproblemen zu rechnen.

Für das Stromnetz ist nicht damit zu rechnen, dass der unter Ziffer 2.3. beschriebene mögliche Umkehrschluss grössere Auswirkungen haben wird.

5 Verhältnis zum europäischen Recht

5.1 Allgemeines

Das Verhältnis zum europäischen Recht muss insofern besonders beachtet werden, als die Schweiz mit der EU derzeit über ein Energieabkommen verhandelt. Weil dabei auch die Abweichungen zwischen den EU-Vorschriften und dem heutigen schweizerischen Recht diskutiert werden, ist es soweit möglich zu vermeiden, dass die Schweiz neue Bestimmungen erlässt, die nicht oder nur bedingt mit dem Recht der EU vereinbar sind.

Bereits aus den Grundverträgen der EU ergibt sich, dass Konzessionen grundsätzlich nach transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren vergeben werden müssen. Die Richtlinie 2009/72/EG vom 13. Juli 2009 hat zudem die Richtlinie 2003/54/EG vom 26. Juni 2003 ersetzt. Sie bezweckt eine noch vollständigere Öffnung der Elektrizitätsmärkte, enthält jedoch wie ihre Vorgänger-Richtlinie keine allgemeine Ausschreibungspflicht. Auch nach Artikel 8 der neuen Richtlinie kommt das Ausschreibungsverfahren oder ein «hinsichtlich Transparenz und Nichtdiskriminierung gleichwertiges Verfahren» nur dann zwingend zur Anwendung, wenn die im Wege des normalen Genehmigungsverfahrens geschaffenen Erzeugungskapazitäten bzw. die getroffenen Energieeffizienz- oder Nachfrigesteuerungsmassnahmen die Versorgungssicherheit allein nicht gewährleisten können. Die Mitgliedstaaten müssen die neuen Vorschriften per 3. März 2011 umgesetzt haben. In diesem Rahmen haben sich die Mitgliedstaaten bislang dafür entschieden, den Wettbewerb im Elektrizitätserzeugungsmarkt durch ein transparentes Genehmigungsverfahren und nicht durch ein zwingendes Ausschreibungsverfahren zu gewährleisten.

Wie schon erwähnt müssen die Verfahren auch in der Schweiz bereits heute diskriminierungsfrei und transparent ausgestaltet werden. Die Anforderungen an die schweizerischen Verfahren sind deshalb mit den Anforderungen an die Genehmigungsverfahren der EU-Mitgliedstaaten vergleichbar.

Zu beachten ist schliesslich, dass sich auch das europäische Beihilfenrecht als Teil des europäischen Wettbewerbsrechts in den letzten Jahren in besonderem Masse weiterentwickelt und ausgedehnt hat. Mithin ist auch der Energiesektor wiederholt in den Fokus des Beihilferegimes der EU-Kommission geraten. Bei einer Aufnahme der neuen Gesetzesbestimmungen müsste deshalb gegenüber der EU proaktiv aufgezeigt werden, dass es sich hierbei angesichts der bereits heute zur Anwendung gelangenden und auf ein offenes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren gerichteten Verfahrensbestimmungen nicht um eine gemäss europäischem Recht unerlaubte Beihilfe handelt.

5.2 Elektrizitätsnetze

Da sich die vorgeschlagene Ausnahmebestimmung auf die Elektrizitätsnetze beschränkt, sollte mit dem vorgeschlagenen Artikel 3a StromVG kein Widerspruch zum EU-Recht entstehen. Nach der erwähnten Richtlinie 2009/72/EG bzw. dem heutigen Stand des EU-Rechts ist für Vergaben betreffend die Netze im Regelfall keine Ausschreibung notwendig.

5.3 Wasserkraftnutzung

In seinem wegweisenden Urteil vom 10. September 2009 (C-206/08) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) klargestellt, dass Konzessionen in der Wasserwirtschaft nicht als Dienstleistungsaufträge, sondern als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren sind, wenn der «Auftragnehmer» das wirtschaftliche Betriebsrisiko vom öffentlichen «Auftraggeber» ganz oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt. Damit hat der EuGH auch entschieden, dass die Richtlinie 2004/17/EG vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste in Bezug auf Wasserrechtskonzessionen nicht zur Anwendung gelangt und mithin keine förmliche Ausschreibungspflicht besteht.

Das Land Baden-Württemberg, mit welchem sämtliche Konzessionen am Hochrhein abzustimmen sind, hat in Bezug auf die Wasserkraftnutzung im Rahmen der unter Ziffer 5.1 genannten Bestimmungen und der Bestimmungen der Bundesrepublik Deutschland eigene Bestimmungen erlassen, die mit den schweizerischen vergleichbar sind. So ist nach dem Recht des Landes Baden-Württemberg beim Zusammentreffen mehrerer und nicht miteinander vereinbarter Anträge auf Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung primär demjenigen Vorhaben den Vorrang zu geben, welches den grössten Nutzen für das Wohl der Allgemeinheit erwarten lässt. Sekundär ist demjenigen Unternehmen der Vorrang zu geben, welches schon vorhanden ist. Schliesslich werden die stärkere Gebundenheit eines Unternehmens an einen bestimmten Ort, die geringere Belästigung anderer sowie die grössere Sicherheit, welche die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragsstellers für die Ausführung und den Fortbestand des Unternehmens bieten, als massgebende

