

Stromversorgungsgesetz – Beispiel einer Marktregulierung

Von der Schwierigkeit, das richtige
Mass zu finden



Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 258 10 00
isabelle.haener@bratschi-law.ch

Der Weg zur Liberalisierung der Stromversorgung ist mit einigen Stolpersteinen versehen, so dass bereits zwei Jahre nach Inkraftsetzung dieses neuen Gesetzes eine Gesetzesrevision ansteht. Die ersten Gerichtsentscheide bei der Anwendung des Stromversorgungsgesetzes zeigen, dass dessen praktische Umsetzung häufig schwierig ist.

1. Der Fall „Geralfingen“: Einmal frei, immer frei?

Die Stahlwerke Geralfingen wollten, nachdem ihr Energieliefervertrag mit der AEK Energie AG abgelaufen war, diesen nicht mehr erneuern und nach der Inkraftsetzung des Stromversorgungsgesetzes per 1. Januar 2009 ihre Energie wieder im Rahmen der Grundversorgung beziehen. Dies hatte für das energieintensive Unternehmen weitreichende Bedeutung, da der durch Tarif festgelegte Energiepreis merklich tiefer lag als der Preis, den es auf dem freien Markt hätte bezahlen müssen. Der Streit entfachte sich deshalb, weil der Bundesrat in den Ausführungsbestimmungen zum Stromversorgungsgesetz für diejenigen sogenannten Grosskunden, d.h. für Kunden mit einem Konsum von mehr als 100 MWh, das Wahlrecht zwischen Grundversorgung und freiem Netzzugang ausgeschlossen hatte, wenn diese bereits vor der Inkraftsetzung gestützt auf einen festen Liefervertrag Energie auf dem freien Markt bezogen hatten. Wer sich somit schon vor der Inkraftsetzung des neuen Gesetzes auf dem freien Markt bewegte, war – so der Wille des Bundesrates – nicht mehr befugt, in die Grundversorgung zurückzukehren und damit auch den Tarifschutz in Anspruch zu nehmen.

Das Bundesverwaltungsgericht, welches über den Fall zu urteilen hatte, kam zum Schluss, dass der

Bundesrat mit seinen Ausführungsbestimmungen zum Stromversorgungsgesetz, das heisst in der Stromversorgungsverordnung, die Schranken des Gesetzes überschritten habe. Es sei nie die Meinung gewesen, das Wahlrecht für Grosskunden zwischen Grundversorgung und freiem Netzzugang auszuschliessen. Offenbar wollte der Bundesrat mit der entsprechenden Verordnungsbestimmung die Marktliberalisierung etwas beschleunigen, was jedoch vom Gesetzgeber so nicht gewollt war. Der Fall zeigt, dass die Konkretisierung des Gesetzes durch den Bundesrat unter Umständen nicht entsprechend dem gesetzgeberischen Willen erfolgt.

2. Der Fall der „Gommerkraftwerke“

Im Fall der Gommerkraftwerke zeigte sich der Bundesrat demgegenüber weniger marktorientiert, als es der Gesetzgeber beabsichtigte. Der Gesetzgeber hat in Bezug auf die Nutzung der Elektrizitätsnetze die Regel aufgestellt, dass das Netznutzungsentgelt von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten ist. Es gilt dementsprechend strikt das Verursacherprinzip. Im Netznutzungsentgelt enthalten sind die sogenannten Systemdienstleistungen. Diese umfassen die Systemkoordination, die Spannungshaltung im Netz etc. Diese Systemdienstleistungen werden von der Übertragungsgesellschaft erbracht und den Netzbetreibern weiterverrechnet, welche ihrerseits auch diese Kosten an die Endverbraucher überwälzen dürfen. Somit sollte auch hier das Verursacherprinzip zum Zuge kommen. Der Bundesrat hat in der Stromversorgungsverordnung jedoch nunmehr festgehalten, dass nicht sämtliche Kosten für die Systemdienstleistungen auf diese Weise überwälzt werden dürfen. Vielmehr müsste ein Teil dieser Kosten, wenn diese 0.4 Rp./kWh übersteigen von den Kraftwerken über 50 MW getragen werden.

Die Gommerkraftwerke wehrten sich vor Bundesverwaltungsgericht erfolgreich dagegen. Kraftwerke verfügen häufig über keine direkte vertragliche Beziehung zu den Endkunden, um ihnen diese Kosten zu überwälzen. Das Bundesverwaltungsgericht kam dementsprechend zum Schluss, dass die vom Bundesrat erlassene Ausführungsbestimmung, dass die Kraftwerke mit Kosten aus Systemdienstleistungen belastet werden dürfen, dem sogenannten im Gesetz ausnahmslos vorgesehenen Ausspeiseprinzip und damit dem Verursacherprinzip widerspreche. Der Bundesrat hat somit mit den Ausführungsbestimmungen auch hier das Gesetz missachtet.

3. Weitere Unklarheiten im Gesetz

Weitere Unklarheiten im Gesetz bestehen ferner in Bezug auf die Höhe der Energietarife, die den Preis für die Energielieferung in der Grundversorgung bestimmen. Das Gesetz verlangt einzig, dass der Tarif *angemessen* sein muss. In den Ausführungsbestimmungen versucht der Bundesrat, den Begriff des angemessenen Tarifs zu konkretisieren, indem er festhält, dass sich der Tarif an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers zu orientieren habe. Wenn die Gestehungskosten die Marktpreise überschreiten, orientiert sich der Tarifanteil an den Marktpreisen. In diesem Fall ist der Tarif somit herabzusetzen. Dass sich die Preise an den vorgegebenen Kriterien bloss zu orientieren haben, weist zwar darauf hin, dass die Faktoren zur Berechnung der Gestehungskosten nicht abschliessend aufgezählt sind. Deutlich ist auch, dass der Marktpreis die obere Grenze des Tarifs bildet. Welche weiteren Faktoren bei der Berechnung der Gestehungskosten berücksichtigt werden dürfen, ist indessen offen.

4. Grenzen des freien Marktes

Das Stromversorgungsgesetz ist ein typisches Beispiel dafür, in welchem es dem Gesetzgeber einerseits aufgegeben ist, einen ausreichenden Service Public sicherzustellen und andererseits aber ebenso dafür zu sorgen, dass die Marktkräfte spielen können und zu einer Effizienzsteigerung führen. Im Bereich der Stromversorgung kann zwar die Energielieferung dem freien Markt überlassen werden. Die Stromnetze hingegen sind hierzu nicht geeignet. Pa-

rallelnetze, wie sie namentlich im Fernmeldebereich anzutreffen sind, sind bereits aus Kostengründen nicht denkbar und würden zu explodierenden Stromkosten für die Verbraucher führen. Kernelement in Bezug auf die Verteilnetze ist im Bereich der Stromversorgung hingegen der diskriminierungsfreie Zugang zu den Netzen, damit keine Marktverzerrungen auftreten. Dies wiederum hat ebenso der Gesetzgeber zu regeln. Das Stromversorgungsgesetz ist ein verhältnismässig junges Gesetz. Der erste Teil wurde im Jahr 2008, der zweite Teil des Gesetzes im Jahr 2009 in Kraft gesetzt. Im Jahr 2013 sollte ein weiterer Liberalisierungsschritt gemacht werden, indem das Wahlrecht zum Wechsel in den freien Markt auch den Endverbrauchern mit einem Verbrauch unter 100 MWh zukommen soll. Dennoch zeichnet sich bereits heute ein Revisionsbedarf des Gesetzes ab und sind die ersten Arbeiten hierzu auch in Angriff genommen worden, um die Unzulänglichkeiten, die nach den ersten praktischen Anwendungen aufgetreten sind, zu korrigieren. Zudem ist absehbar, dass ebenso Forderungen des Klimaschutzes an den Gesetzgeber gestellt werden.

5. Bundesrätliche Verordnungen im praktischen Alltag

Im praktischen Alltag zeigen die genannten Beispiele deutlich, dass Ausführungsbestimmungen des Bundesrates immer wieder kritisch hinterfragt werden sollen, gerade wenn es um derart komplexe Regelungen geht. Wenn die Verordnung, d.h. die Ausführungsbestimmung, etwas festschreibt, heisst dies noch lange nicht, dass damit das Gesetz korrekt umgesetzt worden ist. Dieselben Schwierigkeiten in Bezug auf die bundesrätlichen Ausführungsbestimmungen zeigen sich im Übrigen auch im ebenso komplexen Regelungsbereich des Fernmelderechts. Auch in diesem Bereich hat das Bundesgericht verschiedentliche Verordnungsbestimmungen des Bundesrates für gesetzeswidrig erklärt. Es soll dabei nicht verkannt werden, dass es nicht nur im Rahmen des Erlasses der Ausführungsbestimmungen schwierig ist, das richtige Mass der Marktregulierung zu finden, um die Grundlagen für den Wettbewerb zu schaffen. Dies trifft umso mehr zu, wenn gleichzeitig ein gewisser Service Public garantiert werden muss. Dementsprechend steht bereits der Gesetzgeber vor der Schwierigkeit, die treffende

Regulierung zu finden. Bundesgesetze sind von den Gerichten aber zwingend anzuwenden. Bundesrätliche Verordnungen hingegen werden auf ihre Gesetzmässigkeit hin geprüft. Entsprechend ratsam ist es dementsprechend, diese zu hinterfragen. Gerade auch im Streitfall sollte stets der kritische Blick dafür offen gehalten werden.

Bratschi Wiederkehr & Buob in Kürze

Bratschi Wiederkehr & Buob, eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 60 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Zürich Bahnhofstrasse 70, Postfach 1130, CH-8021 Zürich
Telefon +41 58 258 10 00, Fax +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi-law.ch

Bern Bollwerk 15, Postfach 5576, CH-3001 Bern
Telefon +41 58 258 16 00, Fax +41 58 258 16 99
bern@bratschi-law.ch

St.Gallen Vadianstrasse 44, Postfach 262, CH-9001 St.Gallen
Telefon +41 58 258 14 00, Fax +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi-law.ch

Basel Gerbergasse 14, CH-4001 Basel
Telefon +41 58 258 19 00, Fax +41 58 258 19 99
basel@bratschi-law.ch

Zug Unter Altstadt 28, CH-6300 Zug
Telefon +41 58 258 18 00, Fax +41 58 258 18 99
zug@bratschi-law.ch

www.bratschi-law.ch

© Bratschi Wiederkehr & Buob, Vervielfältigung bei Angabe der Quelle gestattet