

An alle Gemeinden mit einem
CKW-Konzessionsvertrag

Luzern, 13. November 2009

Konzessionsvertrag CKW - Ausgangslage im Jahr 2010, Ergänzungsgutachten

Sehr geehrte Damen und Herren Gemeindepräsidenten
Sehr geehrte Damen und Herren Gemeinderäte

Das Jahr 2010 rückt näher und damit auch die Frage vieler Gemeinden, was es bedeutet, wenn der neue Konzessionsvertrag mit CKW nicht bis 31. Dezember 2009 unterzeichnet wird. Aus diesem Grund hat der VLG ein weiteres Gutachten bei Dr. Rechtsteiner (Vischer Anwälte und Notare, Zürich), in Auftrag gegeben. Er hat bereits ein Gutachten für den VLG zum Inhalt des neuen CKW-Konzessionsvertrages erstellt (http://www.vlg.ch/uploads/media/090603_CKW_Konzessionsvertrag_Gutachten.pdf). Es geht im vorliegenden Gutachten insbesondere um die Frage, wie der alte Konzessionsvertrag unter dem Stromversorgungsgesetz (StromVG) zu handhaben ist. Das Gutachten vom 10. November 2009 kommt zu folgenden Schlüssen:

Alter Konzessionsvertrag ab 2010

Wenn der neue CKW-Konzessionsvertrag nicht abgeschlossen wird, gilt der bisherige Vertrag weiter. Teile des bisherigen Vertrages sind allerdings im Rahmen des StromVG nicht mehr gültig:

Unter dem alten Konzessionsvertrag werden die Konzessionsabgaben auf dem gesamten Strompreis (für die Komponenten Netz und Energie) erhoben. Das StromVG sieht jedoch eine strikte Trennung von Netz und Energie vor. Konzessionsabgaben, welche für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens entrichtet werden, werden dem Netz zugerechnet.

Der Gutachter kommt zum Schluss, **dass derjenige Teil der Konzessionsgebühr, welcher auf dem Energie-Anteil berechnet wird, nicht mehr entrichtet werden darf.** Sicher gilt das für den Energie-Anteil, der auf den Bezug von marktberechtigten Kunden (Kunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh) entfällt: Denn dort herrscht bereits seit dem 1. Januar 2009 Wettbewerb und somit Wahlfreiheit. Die an marktberechtigten Kunden gelieferte Energie beträgt im CKW-Verteilnetz ca. 65 % der gesamten gelieferten Energie.

Für nicht marktberechtignte Kunden, für welche bis zum 31. Dezember 2013 noch kein Wettbewerb gilt, ist unklar, ob ein Gericht die Abgabe auf ihrem Energieanteil als zulässig erachten würde oder nicht. Zumindest besteht eine erhebliche Gefahr, dass auch dieser Anteil der Konzessionsabgabe in Zukunft entfallen könnte. **Sicher ist jedoch, dass nach dem 1. Januar 2013 nach erfolgter voller Marktöffnung die Abgabe auf dem Energieteil aller Kunden entfällt.**

Wenn CKW die Konzessionsabgabe nur noch auf der Komponente Netznutzung bei ihren Kunden einziehen darf, haben **diejenigen Gemeinden mit dem alten Konzessionsvertrag aufgrund der tieferen prozentualen Ansätze im alten Vertrag bedeutend weniger Einnahmen als bisher:** Je nachdem, an welcher Netzebene die Kunden angeschlossen sind, können die Mindereinnahmen einen bis zwei Drittel ausmachen.

Rabatte

Rabatte in der heutigen Form sind gemäss dem Gutachten mit dem Stromversorgungsgesetz und wohl auch mit dem kantonalen Strassengesetz nicht mehr zu vereinbaren: Klarerweise dürfen Rabatte auf der Preiskomponente Netznutzung von CKW künftig nicht mehr geleistet werden. Der Gutachter kommt zudem zum Schluss, dass Rabatte auf der Preiskomponente Energie dann dem im Stromversorgungsgesetz festgehaltenen Prinzip der Gleichbehandlung entsprechen, wenn alle Gemeinden von solchen Rabatten profitieren können. Dieser gesetzlichen Gleichbehandlungspflicht kann aber weder rechtlich noch faktisch gefolgt werden, wenn es Gemeinden mit altem und solche mit neuem Vertrag gibt: Bei Unterzeichnung des neuen Vertrages wird wohl eine einmalige Entschädigung für wegfallende Rabatte bezahlt. Wirtschaftlich betrachtet wäre das gemäss dem Gutachten dasselbe, wie wenn weiterhin Rabatte ausbezahlt würden. Da an Gemeinden mit dem alten Vertrag aber – wenn überhaupt – nur noch Rabatte auf dem Energieanteil ausbezahlt werden können, wäre hier auch wirtschaftlich betrachtet eine Ungleichbehandlung die Folge.

Ab 1. Januar 2010 wird CKW damit den Gemeinden keine Rabatte mehr gewähren dürfen.

Entschädigungszahlung

Die mit der Zahlungsverpflichtung von CKW angebotene Entschädigungszahlung u.a. für den Wegfall der Rabatte wird nur gewährt, wenn der neue Konzessionsvertrag auf den 1. Januar 2010 abgeschlossen wird. Das wurde in den Verhandlungen zwischen dem VLG und CKW unter der Prämisse der Gleichbehandlung aller Gemeinden so vereinbart und allen Gemeinden mit einer bereits unterzeichneten Zahlungsverpflichtung von CKW schriftlich bestätigt.

Die Zahlungsverpflichtung fällt also dahin, wenn eine Gemeinde dem Konzessionsvertrag nicht in diesem Jahr zustimmt.



WEKO-Verfahren

Seit dem Einleiten des Prüfungsverfahrens durch die WEKO ist bereits einige Zeit vergangen. Der VLG hatte Sie mit Schreiben vom 16. September 2009 über die Auswirkungen dieser Prüfung informiert. Bisher wurde noch keine Empfehlung seitens der WEKO ausgesprochen.

Wir wiederholen an dieser Stelle, dass den Luzerner Gemeinden, welche in diesem Jahr den neuen Konzessionsvertrag unterzeichnen, wegen der eingeleiteten WEKO-Abklärung kein Nachteil erwächst. Durch die Erklärung der CKW, welche Sie ebenfalls im September erhalten haben, **ist sichergestellt, dass der Vertrag in einem rechtskonformen Verfahren abgeschlossen werden kann.**

Zusammenfassung

Wenn eine Gemeinde den neuen Konzessionsvertrag mit CKW nicht bis 31. Dezember 2009 unterzeichnet, läuft der bisherige Vertrag weiter. Der bisherige Konzessionsvertrag widerspricht in einigen Teilen dem Stromversorgungsgesetz (StromVG). Das hat folgende Konsequenzen:

1. Die Einmalentschädigung, welche CKW den Gemeinden bei Unterzeichnung des neuen Vertrages bis 31. Dezember 2009 ausrichtet, entfällt.
2. Die bisher gewährten Rabatte entfallen.
3. Konzessionsabgaben dürfen bei marktberechtigten Kunden (mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh pro Jahr) nur noch auf der Preiskomponente Netznutzung erhoben werden. Das heisst, dass zwischen einem und zwei Dritteln (je nachdem, an welcher Netzebene die Kunden angeschlossen sind) an Abgaben wegfallen können.

Wir empfehlen Ihnen aus diesen Gründen, das Genehmigungsverfahren betreffend dem neuen CKW-Konzessionsvertrag weiter zu führen und den Vertrag den Stimmberechtigten noch vor Ablauf des Jahres 2009 zur Abstimmung vorzulegen und bei Zustimmung zu unterzeichnen. Mit dem neuen Konzessionsvertrag ist durch das Erheben der Abgaben auf Basis der Netznutzungsentgelte und dem angepassten Prozentsatz für die Abgabe sichergestellt, dass die Gemeinde konstante Einnahmen erzielt. Konstante Einnahmen werden auch dann erzielt, wenn ein Kunde den Strom nicht mehr von CKW bezieht.

Gerne unterstützen wir Sie zusammen mit der CKW, allfällige offene Fragen zu beantworten.



Freundliche Grüsse

Verband Luzerner Gemeinden VLG

A handwritten signature in black ink, appearing to read "R. Amrein". The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the end.

Ruedi Amrein
Präsident

A handwritten signature in black ink, appearing to read "L. Peyer". The signature is more compact and stylized than the one above, with a prominent initial "L" and "P".

Ludwig Peyer
Geschäftsführer

Beilage:
Gutachten Rechtsteiner

Memorandum

An: Verband Luzerner Gemeinden (VLG)
Von: Dr. Stefan Rechsteiner
lic. iur. Felix Kesselring
Datum: 10. November 2009
124683\zusatzgutachten\000026.doc
Betrifft: Beurteilung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit bestehenden Konzessionsverträgen und dem Stromversorgungsgesetz

INHALTSVERZEICHNIS

I.	SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG	2
II.	RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN	3
III.	BESTIMMUNGEN, DIE DEM STROMVG NICHT MEHR ENTSPRECHEN, SOWIE WEITERE BEMERKUNGEN	3
A.	Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag, die dem StromVG nicht mehr entsprechen	3
1.	Art. 1 lit. b) Abs. 1 (Versorgungspflicht)	3
2.	Art. 9 lit. a) (Konzessionsgebühr).....	5
3.	Art. 9 lit. b) (Rabatte)	6
B.	Weitere Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag	7
1.	Art. 1 lit. a) Abs. 2 (Beitrag zu umweltfreundlicher Produktion).....	7
2.	Art. 1 lit. b) Abs. 2 (Netzanschluss).....	8
3.	Art. 1 lit. b) Abs. 3 (Massnahmen bei Versorgungsengpässen)	9
4.	Art. 2 Abs. 2 (Natur- und Heimatschutz)	10
5.	Art. 5 (Abnahme erneuerbarer Energie)	10
6.	Art. 6 (Rechtsverhältnis zwischen Kunden und CKW)	10
7.	Art. 7 (öffentliche Beleuchtung)	11
8.	Art. 8 (Hausinstallationen)	11
9.	Art. 9 lit. c) (Ergielieferung für die öffentliche Beleuchtung)	12
IV.	ANPASSUNG DER BESTIMMUNGEN AN DAS STROMVG.....	12
A.	Rechtsnatur einer Konzession	12
B.	Primär: Teilnichtigkeit von Bestimmungen eines Konzessionsvertrages als Folge von Inkrafttreten neuen Rechts	13
C.	Subsidiär: Interessensabwägung und Anwendung der clausula rebus sic stantibus als Folge von Inkrafttreten neuen Rechts	14

VISCHER

D.	Anpassung der Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag, die dem StromVG nicht mehr entsprechen	16
1.	Art. 1 lit. b) Abs. 1 (Versorgungspflicht)	16
2.	Art. 9 lit. a) (Konzessionsgebühr).....	16
3.	Art. 9 lit. b) (Rabatte)	17
V.	RISIKEN EINER GEMEINDE, DIE DEN NEUEN KONZESSIONSVERTRAG NICHT ABSCHLIESST	17
VI.	VORGEHEN DER CKW, FALLS EINE GEMEINDE DEN NEUEN KONZESSIONSVERTRAG NICHT ABSCHLIESSEN WILL.....	18
VII.	ZUSAMMENFASSUNG/ANTWORTEN.....	19
VIII.	LITERATURVERZEICHNIS.....	20
IX.	MATERIALIEN	21
X.	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	21

I. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

- 1 Der Verband Luzerner Gemeinden (im Folgenden "VLG") einerseits und die Centralschweizerische Kraftwerke AG (im Folgenden "CKW") andererseits haben einen Entwurf für einen neuen Sondernutzungskonzessionsvertrag zwischen der CKW und den einzelnen Einwohnergemeinden des Kantons Luzern ausgehandelt. Dieser neue Konzessionsvertrag soll die aktuellen Konzessionsverträge (im Folgenden "aktueller Konzessionsvertrag") zwischen CKW und den einzelnen Einwohnergemeinden ersetzen.
- 2 Der VLG beauftragte VISCHER AG mit E-Mail vom 16. Oktober 2009 mit der Beantwortung folgender Fragen:
 - Gibt es Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag, welche dem StromVG nicht mehr entsprechen?
 - Wie können die Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag, die dem StromVG nicht mehr entsprechen, dem StromVG angepasst werden?
 - Welche Risiken hat die jeweilige Gemeinde, wenn sie den neuen Konzessionsvertrag mit den CKW nicht auf den 1. Januar 2010 abschliesst?
 - Wie ist seitens der CKW vorzugehen, falls eine Gemeinde den neuen Konzessionsvertrag nicht abschliesst?

II. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

- 3 Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für den Strommarkt und für die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen verweisen wir auf unser Gutachten vom 3. Juni 2009 (Gutachten zum Entwurf eines Konzessionsvertrages zwischen der Centralschweizerischen Kraftwerke AG und den einzelnen Einwohnergemeinden des Kantons Luzern, erstattet im Auftrag des Verbands Luzerner Gemeinden [VLG] vom 3. Juni 2009, Rzn. 3-39).

III. BESTIMMUNGEN, DIE DEM STROMVG NICHT MEHR ENTSPRECHEN, SOWIE WEITERE BEMERKUNGEN

- 4 Nach Analyse des aktuellen Konzessionsvertrages sind Bestimmungen auszumachen, die dem Bundesgesetz über die Stromversorgung (StromVG¹) nicht entsprechen (unten A.). Sodann sind Bestimmungen vorhanden, zu denen weitere Bemerkungen angebracht erscheinen (unten B.).

A. Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag, die dem StromVG nicht mehr entsprechen

1. Art. 1 lit. b) Abs. 1 (Versorgungspflicht)
- 5 In Art. 1 lit. b) Abs. 1 übernehmen die CKW die Verpflichtung, im Gemeindegebiet elektrische Energie in der Menge und Qualität zu liefern, wie ein gut eingerichtetes, den technischen Anforderungen entsprechendes Elektrizitätswerk sie liefert.
- 6 Zu lit. b) Abs. 1 ist vorab zu bemerken, dass er nicht Gegenstand eines typischen Konzessionsvertrages ist, da er nicht die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden betrifft.
- 7 Das StromVG sowie die Stromversorgungsverordnung (StromVV²) verankern eine umfassende Grundversorgungspflicht zu Gunsten der festen Endverbraucher, d.h. Haushalte und andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von unter 100 MWh pro Verbrauchsstätte³. In einer Übergangsphase fallen auch Endverbraucher mit einem Verbrauch von über 100 MWh, die auf den Netzzugang verzichten, in die Grundversorgung.⁴ Die Grundversorgung beinhaltet die jederzeitige Lieferung der gewünschten Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu angemessenen Tarifen.⁵ Art. 1 lit. b) Abs. 1 des aktuellen

¹ SR 734.7.

² SR 734.71.

³ Art. 6 Abs. 1 und 2 StromVG.

⁴ Art. 6 Abs. 1 und 2 StromVG; Art. 2 Abs. 1 lit. f, Art. 11 Abs. 2 StromVV.

⁵ Art. 6 Abs. 1 StromVG.

Konzessionsvertrages betrifft nach seinem Wortlaut - im Gegensatz zum StromVG - nicht nur die nach StromVG unter die Grundversorgung fallenden, sondern sämtliche Endverbraucher. Art. 1 lit. b) Abs. 1 enthält - im Gegensatz zum StromVG - keine Bestimmung über den Tarif.

- 8 Soweit sich Art. 1 lit. b) Abs. 1 auf die nach StromVG Grundversorgten bezieht, geht die Regelung des StromVG über die Pflichten der CKW, wie sie in Abs. 1 festgelegt sind, hinaus. Art. 6 StromVG bestimmt, dass die Betreiber bezüglich der Gewährleistung der Grundversorgung verpflichtet sind, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit sie in ihrem Netzgebiet den Grundversorgten jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen liefern können. Das StromVG geht den konzessionsvertraglichen Pflichten vor.
- 9 Soweit Art. 1 lit. b) Abs. 1 die restlichen Endverbraucher betrifft, ist festzuhalten, dass das StromVG für sie keine Grundversorgungspflichten vorsieht. Jedoch können die Kantone mit der Zuteilung des Netzgebietes auch Leistungsaufträge verbinden.⁶ Beispiele solcher Leistungsaufträge sind nach der Botschaft unter anderem über das StromVG hinausgehende Versorgungspflichten.⁷ Wie weit solche Versorgungspflichten gehen können, ist ungeklärt. Unzulässig ist eine eigentliche Ausdehnung der Grundversorgung auf freie Kunden, da diese bundesrechtlich zwingend dem Wettbewerbsbereich zugeordnet sind. Kantonale oder kommunale Regulierungen im bundesrechtlich festgelegten Wettbewerbsbereich sind unzulässig.

Zuständig zur Erteilung von Leistungsaufträgen sind die Kantone. Im Kanton Luzern kann der Regierungsrat die Leistungsaufträge erteilen⁸, was nach unserer Kenntnis bislang nicht erfolgt ist. Die diesbezügliche Luzerner Verordnung zum StromVG wird zur Zeit überprüft. Das StromVG und das kantonale Recht lassen für kommunale Leistungsaufträgen keinen Raum. Die in Art. 1 lit. b) Abs. 1 vorgesehene Lieferpflicht ist (soweit sie nicht Grundversorgte betrifft) heute unzulässig.

Ohnehin beinhaltet diese Bestimmung lediglich eine Lieferpflicht. Diese Lieferpflicht unterscheidet sich von der umfassenderen Grundversorgungspflicht nach StromVG: Die Grundversorgungspflicht nach StromVG beinhaltet die Pflicht zur jederzeitigen Lieferung der gewünschten Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu angemessenen Tarifen. Die Lieferpflicht in Art. 1 lit. b) Abs. 1 enthält - im Gegensatz zum StromVG - keine Bestimmung über den Preis.

⁶ Art. 5. Abs. 1 StromVG.

⁷ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz (BBl 2005 1611 ff., 1644).

⁸ § 4 lit. a der Luzerner Verordnung zum Stromversorgungsgesetz vom 9. Dezember 2008 (SRL 772).

2. Art. 9 lit. a) (Konzessionsgebühr)
- 10 Art. 9 lit. a) Abs. 1 statuiert die Pflicht der CKW, für die Erteilung der Konzession der jeweiligen Gemeinde eine Konzessionsgebühr zu entrichten. Die Höhe dieser Konzessionsgebühr bemisst sich nach den in der jeweiligen Gemeinde zu den jeweils gültigen Tarifen erzielten Stromeinnahmen und beträgt 6% auf der Energieabgabe an Haushalt, Gewerbe und Landwirtschaft, 4% auf der Energieabgabe an die allgemeine Industrie und 3% auf der Energieabgabe an die Grossindustrie. Die Einnahmen aus den Abonnements, auf welchen der Gemeinderabatt gewährt wird, werden dabei nach Abs. 2 nicht in die Berechnung der Konzessionsgebühr einbezogen. Die Konzessionsgebühr wird nach Abs. 3 vierteljährlich abgerechnet.
- 11 Mit dem StromVG hat der Bundesgesetzgeber den schweizerischen Strommarkt umfassend neu geregelt: Es schafft im *Bereich der Lieferung elektrischer Energie* Wettbewerb. Mit Ausnahme der Grundversorgung sollen sich die Preise für elektrische Energie nach Angebot und Nachfrage richten und damit einen Anreiz für eine effiziente Stromversorgung setzen.⁹ Im *Bereich der Netze* geht der Gesetzgeber dagegen weiterhin von den hergebrachten (monopolistischen) Strukturen aus. Die Endverbraucher haben in diesem Bereich keine Wahl des Netzbetreibers. Das StromVG sieht daher vor, dass die Netznutzungsentgelte und -tarife durch das StromVG abschliessend geregelt werden.¹⁰
- 12 Konzessionsgebühren aus Konzessionen für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens werden dem Bereich Netz zugerechnet, weil sie für den Betrieb des Netzes erforderlich sind.¹¹ Konzessionsgebühren für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens, die sich vollständig oder teilweise aus den Einnahmen des Konzessionärs im Energiegeschäft berechnen, sind mit der strikten Trennung von Netz und Energiegeschäft unter dem StromVG nicht zu vereinbaren. Mit der Konzessionserteilung wird dem Konzessionär lediglich das Recht erteilt, den öffentlichen Grund und Boden für Bau und Betrieb eines Stromnetzes zu nutzen. Die Konzession vermittelt dem Konzessionär jedoch keine Vorzugsstellung im Energiegeschäft. Da sich die Konzessionsgebühren gemäss § 25 Abs. 2 des Luzerner Strassengesetzes (StrG¹²) u.a. am wirtschaftlichen Vorteil des Berechtigten zu orientieren haben, sind unter dem StromVG Konzessionsgebühren, die sich lediglich an den Einnahmen an Netznutzungsentgelten bemessen, vorzusehen.

⁹ Art. 1 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und 3, Art. 10 StromVG; Art. 4 StromVV; WEBER/KRATZ, § 2 N 10 ff.

¹⁰ Art. 10 und 13 StromVG; WEBER/KRATZ, § 4 N 2.

¹¹ Vgl. Art. 6 Abs. 3, Art. 12 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1 StromVG; Art. 7 Abs. 3 lit. k, Art. 10, Art. 15 Abs. 3, Art. 16 Abs. 1 und 2 StromVV.

¹² SRL 755.

- 13 Nach Art. 9 lit. a) Abs. 1 wird die Konzessionsgebühr auf den "Energieabgaben" berechnet. Dieser Begriff ist im Sinne der Preise für Netznutzung und Energie zu verstehen, da er von den Parteien zu einer Zeit verwendet wurde, als die Trennung in die Bereiche Netz und Energie noch nicht vorgenommen wurde ("All-in"). Die genannte Bestimmung nimmt die vom StromVG geforderte Trennung zwischen Netz und Energiegeschäft daher nicht vor.
- 14 Weiter sieht Art. 9 lit. a) Abs. 1 eine nach Nutzergruppen (Haushalt, Gewerbe, Landwirtschaft, allgemeine Energie, Grossindustrie) gegliederte Abstufung vor. Da sich die Konzessionsgebühren nach dem Luzerner Strassengesetz u.a. an der Nutzungsintensität, Nutzungsdauer und dem wirtschaftlichen Vorteil des Berechtigten zu orientieren haben¹³, ist die Zulässigkeit einer Abstufung nach Nutzergruppen fraglich, aber nicht offensichtlich unzulässig.
3. Art. 9 lit. b) (Rabatte)
- 15 Art. 9 lit. b) gewährt auf den Abonnements und/oder Kostenbeiträgen für Gemeindegzwecke einen Rabatt von 20% auf den jeweiligen Tarif, sofern die Anlage durch die Gemeinde oder einen Gemeindeverband finanziert und betrieben wird und der Öffentlichkeit dient. Sinngemäss anwendbar ist diese Bestimmung für öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich getragene Anlagen, bei welchen die Gemeinde das Defizit vollständig trägt. Vom Rabatt ausgeschlossen sind in jedem Fall Restaurationsbetriebe. Die Einnahmen aus den Abonnements, auf welchen der Gemeinderabatt gewährt wird, werden nicht in die Berechnung der Konzessionsgebühr einbezogen (lit. a) Abs. 2).
- 16 Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz. 11), sieht das StromVG im *Bereich der Lieferung elektrischer Energie* mit Ausnahme der Grundversorgung Wettbewerb vor. Im *Bereich der Netze* besteht nach StromVG kein Wettbewerb und das StromVG regelt diesen Bereich abschliessend.
- 17 Es ist unter dem StromVG fraglich, ob Rabatte überhaupt noch zulässig sind. Denn die Konzessionserteilung betrifft nach ihrer Natur die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens für den Netzbau und damit den Netzbereich. Es gilt das strikte Gleichbehandlungsgebot für Netznutzungstarife, das individuelle Rabatte grundsätzlich ausschliesst.¹⁴ Es ist also zumindest fraglich, ob die Regelung von Art. 9 lit. b) mit dem StromVG vereinbar ist.
- 18 Weiter ist fraglich, ob Rabatte nicht dem Luzerner Strassengesetz widersprechen. Da die Rabatte Teil der Gegenleistung für die Konzessionserteilung darstellen, bilden sie wirtschaftlich betrachtet Teil der

¹³ § 25 Abs. 2 StrG.

¹⁴ Art. 14 Abs. 3 lit. c, Art. 13 Abs. 1 StromVG.

Konzessionsgebühr. Nach dem kantonalen Strassengesetz hat sich die Konzessionsgebühr insbesondere an der Nutzungsintensität, der Nutzungsdauer und dem wirtschaftlichen Vorteil für den Berechtigten zu orientieren.¹⁵ Rabatte sind nicht vorgesehen. Es ist daher vertretbar, die Rabatte (auch) aus diesem Grund als unzulässig zu qualifizieren.

- 19 Wird jedoch grundsätzlich von der Zulässigkeit von Rabatten ausgegangen, so gilt Folgendes: Im *Bereich Netz* sind Rabatte unzulässig. Im Bereich der *Lieferung elektrischer Energie* ausserhalb der Grundversorgung können die Energiepreise zwischen dem Elektrizitätsunternehmen und dem Endverbraucher individuell vereinbart werden; daher sind auch Rabatte zulässig. Im Bereich der *Lieferung elektrischer Energie* für Grundversorgte sind die Endverbraucher gleich zu behandeln.¹⁶ Rabatte sind also an die grundversorgten Endkunden gleichermassen zu gewähren.
- 20 Die jeweiligen Gemeinden sind wohl¹⁷ mehrheitlich als Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichtet haben, und damit als Endverbraucher mit Grundversorgung zu qualifizieren¹⁸. Daher sind die Gemeinden gleich wie die anderen Endverbraucher mit Grundversorgung zu behandeln. Art. 9 lit. b) sieht aber eine solche Gleichbehandlung gerade nicht vor, denn der Rabatt gilt nur zu Gunsten der Gemeinden (resp. deren Anlagen). Die Regelung von Art. 9 lit. b) ist unter diesem Aspekt unzulässig.
- 21 Dass Rabatte bei Konzessionen für den Gebrauch von Grund und Boden im *Bereich Netz* unzulässig sind, ergibt sich e contrario auch daraus, dass das StromVG nur für bestehende Wasserrechtskonzessionen die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht angewandt haben will.¹⁹ Eine entsprechende Bestimmung betreffend Konzessionen für die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden fehlt dagegen im StromVG.

B. Weitere Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag

1. Art. 1 lit. a) Abs. 2 (Beitrag zu umweltfreundlicher Produktion)
- 22 Art. 1 lit. a) Abs. 2 enthält die Bestimmung, wonach sich die Gemeinde und die CKW gemeinsam bemühen, zu einer sinnvollen und umweltver-

¹⁵ § 25 Abs. 2 StrG.

¹⁶ Art. 6 Abs. 3, Art. 14 Abs. 3 lit. c StromVG.

¹⁷ Dieser Sachverhalt wurde im vorliegenden Zusammenhang nicht genauer überprüft. Gemäss unserer Instruktion verfügen die Gemeinden (fast) ausschliesslich über Verbrauchsstätten unter 100 MWh und werden auf Basis Allgemeiner Geschäftsbedingungen versorgt und nicht aufgrund von individuell ausgehandelten Verträgen.

¹⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG; Art. 2 Abs. 1 lit. f StromVV.

¹⁹ Art. 14 Abs. 5 StromVG.

träglichem Produktion und Anwendung der elektrischen Energie beizutragen.

- 23 Weil von der Gemeinde und den CKW nur ein "gemeinsames Bemühen" gefordert ist und den beiden Parteien keine konkreten Pflichten auferlegt werden, hat Art. 1 lit. a) Abs. 2 primär nur programmatischen Charakter. Was die Produktion betrifft, so ist diese kein typischer Gegenstand eines Konzessionsvertrages, weil die Produktion nicht die Beanspruchung des öffentlichen Grund und Bodens tangiert. Auch nicht typischer Gegenstand eines Konzessionsvertrages ist die Anwendung der elektrischen Energie, wobei der Zusammenhang zum öffentlichen Grund und Boden eher gegeben ist.
- 24 Im StromVG wird die Pflicht zur umweltverträglichen Produktion nicht erwähnt. Die Pflicht zur umweltverträglichen Produktion wird jedoch im eidgenössischen Energiegesetz (EnG²⁰) geregelt. Dieses bezweckt die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung der Energie. Das Luzerner Energiegesetz bezweckt ebenfalls die Verminderung der Umweltbelastung bei der Anwendung von Energie.²¹ Diese eidgenössischen und kantonalen Normen machen die Regelung in Art. 1 lit. a) Abs. 2 des aktuellen Konzessionsvertrages betreffend umweltverträglicher Produktion und Anwendung der elektrischen Energie obsolet.
- 25 Art. 1 lit. a) Abs. 3 (Erstellung von Anlagen zur Elektrizitätserzeugung aus erneuerbarer Energie)
- 26 Art. 1 lit. a) Abs. 3 enthält die Pflicht der CKW sowie der Gemeinden, die Erstellung von erfolgsversprechenden Produktionsanlagen zur Gewinnung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien zu unterstützen.
- 27 Wie Art. 1 lit. a) Abs. 2 (vgl. dazu oben Rzn. 22 ff.) ist auch dieser Absatz primär programmatischer Natur. Zudem werden die erneuerbaren Energien heute durch das EnG und das Luzerner Energiegesetz geregelt. Das EnG bestimmt, dass es die verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien bezweckt.²² Das Luzerner Energiegesetz bezweckt ebenfalls die Förderung des Einsatzes von erneuerbaren Energien.²³ Insofern ist die Regelung in Art. 1 lit. a) Abs. 3 des aktuellen Konzessionsvertrages obsolet.
2. Art. 1 lit. b) Abs. 2 (Netzanschluss)
- 28 Art. 1 lit. b) Abs. 2 bestimmt, dass den CKW die Entscheidung vorbehalten bleibt, Anschlüsse von Energieverbrauchern zu beliefern, die ei-

²⁰ Art. 1 Abs. 2 lit. a EnG; SR 730.0.

²¹ § 1 des Luzerner Energiegesetzes; SRL 773.

²² Art. 1 Abs. 2 EnG.

²³ § 1 des Luzerner Energiegesetzes.

ne unzulässige Beeinflussung bzw. Belastung der Anlagen oder keine Kostendeckung voraussehen lassen.

- 29 Das StromVG bestimmt, dass die Netzbetreiber die technischen und betrieblichen Mindestanforderungen veröffentlichen müssen.²⁴ Die Regelung von Art. 1 lit. b) Abs. 2 ist damit vereinbar, da die nach StromVG vorgesehenen Netznutzungsbedingungen in gewissem Rahmen Einschränkungen enthalten dürfen. Entscheidend ist jedoch die Anschlusspflicht im StromVG, wonach die Netzbetreiber verpflichtet sind, in ihrem Netzgebiet alle Endverbraucher innerhalb der Bauzone und ganzjährig bewohnte Liegenschaften und Siedlungen ausserhalb der Bauzone sowie alle Elektrizitätserzeuger an ihr Netz anzuschliessen.²⁵ Diese Pflicht geht der Bestimmung von Art. 1 lit. b) Abs. 2 vor.
3. Art. 1 lit. b) Abs. 3 (Massnahmen bei Versorgungsengpässen)
- 30 Art. 1 lit. b) Abs. 3 beinhaltet das Recht der CKW, bei sich abzeichnenden Problemen in der Beschaffung von elektrischer Energie oder anderen nicht von den CKW zu vertretenden Gründen Massnahmen zu ergreifen, die im Interesse der Aufrechterhaltung einer ausreichenden und sicheren, wirtschaftlichen und umweltschonenden Versorgung mit elektrischer Energie als notwendig erscheinen.
- 31 Im Bereich der Grundversorgung ist diese Bestimmung heute weitgehend obsolet, da die Versorgungspflicht im StromVG geregelt ist: Der Netzbetreiber hat die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit er jederzeit die von den Grundversorgten gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität liefern kann.²⁶
- 32 Zudem sieht das StromVG vor, dass der Bundesrat unter Einbezug der Kantone und der Organisationen der Wirtschaft Massnahmen treffen kann, falls die sichere und erschwingliche Versorgung mit Elektrizität im Inland trotz der Vorkehren der Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft mittel- oder langfristig erheblich gefährdet ist. Diese Massnahmen können die Steigerung der Effizienz der Elektrizitätsverwendung, die Beschaffung von Elektrizität oder die Verstärkung und den Ausbau von Elektrizitätsnetzen betreffen.²⁷ Weiter kann der Bundesrat wettbewerbliche Ausschreibungen für die Steigerung der Effizienz der Elektrizitätsverwendung und die Beschaffung von Elektrizität durchführen. Dabei legt er in der Ausschreibung die Kriterien in Bezug auf die Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit fest.²⁸ Soweit überhaupt noch eine kommunale Kompetenz besteht, sind Massnahmen nach Art. 1

²⁴ Art. 12 Abs. 1 StromVG.

²⁵ Art. 5 Abs. 2 StromVG.

²⁶ Art. 6 Abs. 1 StromVG; Art. 2 Abs. 1 lit. f StromVV.

²⁷ Art. 9 Abs. 1 StromVG.

²⁸ Art. 9 Abs. 2 StromVG.

- lit. b) Abs. 3 nur soweit zulässig, als sie den aufgezeigten bundesrechtlichen Massnahmen nicht widersprechen.
- 33 Was die umweltschonende Versorgung betrifft, so kann auf oben Rz. 24 verwiesen werden.
4. Art. 2 Abs. 2 (Natur- und Heimatschutz)
- 34 Art. 2 Abs. 2 bestimmt, dass bei der Erstellung der Verteilanlagen auf die Natur und die Umgebung gebührend Rücksicht zu nehmen ist. Es ist darauf zu achten, dass sich die Anlagen gut in die Umgebung einfügen.
- 35 Dieser Bereich wird vom StromVG nicht thematisiert. Jedoch regelt das Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (EleG²⁹) die Berücksichtigung von Natur- und Heimatschutzanliegen im Plangenehmigungsverfahren für den Bau von Verteilanlagen abschliessend. Insofern ist Art. 2 Abs. 2 bundesrechtswidrig.
5. Art. 5 (Abnahme erneuerbarer Energie)
- 36 Nach Art. 5 Abs. 1 sind die CKW zur Abnahme von überschüssiger, dezentral erzeugter Elektrizität, insbesondere solcher aus Kleinwasserkraftwerken oder anderen Anlagen, verpflichtet. Nach Abs. 2 vergüten die CKW die abgenommene Elektrizität mindestens nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen.
- 37 Die Thematik der dezentral erzeugten Elektrizität wird heute vom EnG bundesrechtlich geregelt.³⁰
- 38 Art. 5 Abs. 2 bestimmt weiter, dass - um die Betriebssicherheit der elektrischen Versorgungsnetze zu gewährleisten - der Eigentümer der Energieerzeugungsanlage die diesbezüglichen Vorschriften des Bundes und der Elektrizitätsverteilwerke einzuhalten hat.
- 39 Diese Pflicht trifft den Eigentümer der Energieerzeugungsanlage und nicht die Parteien des aktuellen Konzessionsvertrages. Da Verträge nur zwischen den vertragsschliessenden Parteien gelten, hat die genannte Pflicht gegenüber den Eigentümern der Energieerzeugungsanlage keine direkte Wirkung.
6. Art. 6 (Rechtsverhältnis zwischen Kunden und CKW)
- 40 Dieser Artikel behandelt Aspekte des Rechtsverhältnisses zwischen den CKW und deren Kunden.

²⁹ SR 734.0.

³⁰ Art. 7 EnG.

- 41 Der aktuelle Konzessionsvertrag besteht jedoch zwischen den CKW und der entsprechenden Gemeinde. Da Verträge nur zwischen den Vertragsparteien gelten, haben die Bestimmungen in Art. 6 des aktuellen Konzessionsvertrages für die Kunden der CKW keine direkte Wirkung.
- 42 Abs. 2 bestimmt, dass bei der Erstellung von Hausinstallationen die jeweils gültigen Werkvorschriften, welche die CKW in Anwendung des Elektrizitätsgesetzes und der Niederspannungsinstallationsverordnung erlassen, zu beachten sind.
- 43 Massgebend sind jedoch nicht die jeweils gültigen Werkvorschriften der CKW, sondern vorab das EleG und die Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallations (NIV³¹) selbst.
7. Art. 7 (öffentliche Beleuchtung)
- 44 Art. 7 regelt die Erstellung, Reparatur und den Unterhalt der öffentlichen Beleuchtung durch die CKW. Diese Aufgaben werden nach dem aktuellen Konzessionsvertrag der CKW übertragen.
- 45 Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt³², die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen³³ sowie die dazugehörigen Vergaberichtlinien³⁴, das Luzerner Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen³⁵ sowie die Luzerner Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen³⁶ gelten zwar auch für die Gemeinden. Jedoch sieht das StromVG ausdrücklich vor, dass die Zuteilung eines Netzgebietes mit einem Leistungsauftrag an den Netzbetreiber verbunden werden kann.³⁷ Nach der Botschaft zum StromVG kann sich dieser Leistungsauftrag insbesondere auf die öffentliche Beleuchtung beziehen.³⁸
8. Art. 8 (Hausinstallationen)
- 46 Nach Art. 8 wird den in der Gemeinde wohnhaften Bewerbern für das ganze Versorgungsgebiet der CKW die Bewilligung für die Ausführung von elektrischen Hausinstallationen erteilt, sofern sie die gesetzlichen Anforderungen erfüllen.
- 47 Diese Bestimmung ist im Hinblick auf das StromVG nicht problematisch. Das Thema ist aber heute in der NIV geregelt.

³¹ SR 724.27.

³² BGBM; SR 943.02.

³³ IVöB; SRL 733a.

³⁴ VRöB.

³⁵ öBG; SRL 733.

³⁶ öBV; SRL 734.

³⁷ Art. 5 Abs. 1 StromVG.

³⁸ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz (BBl 2005 1611 ff., 1644); siehe auch oben Rz. 9.

9. Art. 9 lit. c) (Energieförderung für die öffentliche Beleuchtung)
- 48 Art. 9 lit. c) Abs. 1 legt fest, dass die Rechnungsstellung für die Elektrizitätsabgabe an die öffentliche Beleuchtung in Form eines Pauschalabonnements mit 20% Rabatt erfolgt. Abs. 2 enthält eine Selbstkostenregelung zu Lasten der CKW, Abs. 3 einen Vorbehalt für den Fall veränderter Verhältnisse.
- 49 Solche Rabatte sind zulässig. Bei ihnen handelt es sich um Leistungen mit Konnex mit der Nutzung der Strassen für das Stromnetz. Die entsprechenden Kosten sind daher als Abgaben an das Gemeinwesen zu erfassen.

IV. ANPASSUNG DER BESTIMMUNGEN AN DAS STROMVG

- 50 Verschiedene Bestimmungen des aktuellen Konzessionsvertrages entsprechen den Vorgaben des StromVG nicht mehr (vgl. oben Rzn. 5 ff.). Sie sind an die neue Rechtslage (d.h. an das StromVG) anzupassen. Zur Begründung der Notwendigkeit von solchen Anpassungen steht vorab das Institut der Teilnichtigkeit und sodann eine Interessensabwägung bzw. die *clausula rebus sic stantibus* zur Verfügung. Zum besseren Verständnis ist vorab kurz auf die Rechtsnatur einer Konzession einzugehen.

A. Rechtsnatur einer Konzession

- 51 Das Bundesgericht qualifiziert die Konzession als einen gemischten Akt und unterscheidet zwischen einem Verfügungsmässig und einem vertraglich begründeten Teil der Konzession. Der Verfügungsmässige Teil ist einseitig, der vertragliche zweiseitig.³⁹
- 52 Zum Verfügungsteil gehören diejenigen Konzessionsbestimmungen, die durch das Gesetz weitgehend festgelegt sind und Pflichten des Konzessionärs regeln, an deren Erfüllung ein wesentliches öffentliches Interesse besteht.⁴⁰
- 53 Zum vertraglichen Teil gehören diejenigen Konzessionsbestimmungen, bei welchen die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage gering und damit der Spielraum für die Ausgestaltung des Konzessionsverhältnisses im Einzelfall gross ist.⁴¹
- 54 Durch die Erteilung einer Konzession kann zu Gunsten des Privaten ein wohlverworbene Recht begründet werden. Wohlverworbene Rechte sind

³⁹ BGE 130 II 18, 21; 127 II 69, 76; 123 III 395, 399; 121 II 81, 85; 109 II 76, 77 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1091 ff. sowie 2593; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 24 f.; KLEIN, S. 45.

⁴⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1093 und 2593; KLEIN, S. 45; STRUB, S. 94 ff.; POLEDNA, N 169 ff.

⁴¹ GRISEL, S. 283 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2593.

vermögenswerte Ansprüche der Privaten gegenüber dem Staat, die sich durch ihre besondere Rechtsbeständigkeit auszeichnen.⁴² Dem Staat selbst stehen keine wohlerworbenen Rechte zu.⁴³ Der wesentliche Inhalt ("die Substanz") eines wohlerworbenen Rechts steht unter dem Verfassungsrecht des Vertrauensschutzes und ist grundsätzlich auch durch Gesetz nicht abänderbar.⁴⁴ Zudem steht er unter dem Schutz der Eigentumsgarantie; er kann grundsätzlich nur auf dem Weg der formellen Enteignung und gegen Entschädigung entzogen oder beschränkt werden.⁴⁵ Ein Teil der neueren Lehre und das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich stehen der Annahme der Begründung wohlerworbener, gesetzesbeständiger Rechte kritisch gegenüber.⁴⁶ Das Konzept sei untauglich, wo es um Rechtsänderungen des übergeordneten Gemeinwesens geht.⁴⁷

B. Primär: Teilnichtigkeit von Bestimmungen eines Konzessionsvertrages als Folge von Inkrafttreten neuen Rechts

- 55 Eine verfügungsrechtliche Bestimmung eines Konzessionsvertrages ist nach der so genannten Evidenztheorie teilnichtig, wenn der Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist, zudem die Rechtssicherheit durch die Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird und die Fehlerhaftigkeit nur eine von mehreren Anordnungen der Konzession betrifft, wobei die Konzession auch beim Wegfall dieser nichtigen Bestimmung ihren Zweck erreichen kann.⁴⁸
- 56 Welche Folge das Inkrafttreten von dem verwaltungsrechtlichen Vertrag widersprechenden Rechts auf eine vertragliche Bestimmung hat, ist wenig geklärt und in der Lehre umstritten. Die Praxis ist spärlich.⁴⁹ Die Teilnichtigkeit soll nach h.L. auch auf vertragliche Bestimmungen Anwendung finden.⁵⁰
- 57 Die Teilnichtigkeit ist Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips und ermöglicht Differenzierungen der Rechtsfolgen. Es lassen sich damit massgeschneiderte, an den jeweiligen Einzelfall angepasste Lösungen

⁴² RHINOW, S. 1 f.; POLEDNA, N 24.

⁴³ Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2000, ZBI 2001, S. 368 ff., 373.

⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1008; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 43 ff.; RHINOW, S. 9.

⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2594; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 N 43 ff.; RHINOW, S. 16 ff.; MÄCHLER, S. 334; BGE 107 Ib 140, 144 ff.; 119 Ia 154, 161 f.; 117 Ia 35, 39; 113 Ia 357, 362; 112 Ia 275, 278.

⁴⁶ MÜLLER, S. 231 ff.; WEBER-DÜRLER, S. 60 f. und 226; Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2000, ZBI 2001, S. 368, 373 f.; WALDMANN, S. 19.

⁴⁷ Urteile des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2000, ZBI 2001, S. 368, 377 sowie vom 2. März 2000, ZBI 2000, S. 596, 597 ff.; MÄCHLER, S. 376.

⁴⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 956; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 N 15 ff.; BGE 98 Ia 568, 571; BGE 132 II 21, 27; 130 III 430, 434; 129 I 361, 363.

⁴⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1109; WALDMANN, S. 15; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 35 N 3.

⁵⁰ KLEIN, S. 139 f.; HUGUENIN, Vertrag, S. 512 ff.

finden.⁵¹ Ob eine Bestimmung teilnichtig ist, ist eine Wertungsfrage, die eine Interessenabwägung erfordert. Abzuwägen sind die Interessen am Fortbestand der Bestimmung gegenüber den Interessen an deren Änderung.⁵²

- 58 Folge einer allfälligen Teilnichtigkeit ist die fehlende Rechtswirkung der entsprechenden Bestimmung. Jeder (auch Dritte) können sich auf die Teilnichtigkeit berufen. Anstatt der nichtigen Bestimmung ist eine neue Bestimmung zu schaffen, die sich bei den verfügungsrechtlichen Bestimmungen am hypothetischen Willen der verfügenden Behörde, bei den vertraglichen Bestimmungen am hypothetischen Willen der Parteien orientiert, d.h. an dem, was die Behörde resp. Parteien vernünftigerweise vereinbart hätte(n), wenn sie um das neue Recht schon bei Vertragsabschluss gewusst hätte(n).
- 59 Für die Teilnichtigkeit spricht sich auch die StromVV aus. Nach ihr sind Bestimmungen von bestehenden Verträgen, die gegen Vorschriften über den Netzzugang oder das Netznutzungsentgelt verstossen, teilnichtig.⁵³ U.E. ist diese Vorschrift deklaratorischer Natur und gilt für sämtliche Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag, die nicht mehr dem StromVG entsprechen.

C. Subsidiär: Interessensabwägung und Anwendung der clausula rebus sic stantibus als Folge von Inkrafttreten neuen Rechts

- 60 Ist eine Bestimmung des Konzessionsvertrages nicht teilnichtig im oben beschriebenen Sinn, so kommt eine Anpassung aufgrund einer Interessensabwägung bzw. aufgrund der Anwendung der so genannten clausula rebus sic stantibus in Betracht.
- 61 Eine verfügungsrechtliche Bestimmung eines Konzessionsvertrages kann der neuen Rechtslage angepasst werden, wenn das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung den Interessen an der Rechtssicherheit und am Vertrauensschutz überwiegt.⁵⁴
- 62 Eine vertragsrechtliche Bestimmung eines Konzessionsvertrages kann unter Zuhilfenahme der clausula rebus sic stantibus an die neue Rechtslage angepasst werden. Die (privatrechtliche) clausula rebus sic stantibus besagt, dass ein Vertrag bei erheblichen, unvorhersehbaren und dauernden Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse durch den Richter angepasst werden kann.⁵⁵ Rechtsprechung und Lehre gehen einhellig davon aus, dass diese Klausel auch bei öffentlich-rechtlichen

⁵¹ KLEIN, S. 140.

⁵² HUGUENIN, Vertrag, S. 513, m.w.H.

⁵³ Art. 30 Abs. 1 StromVV.

⁵⁴ Ausführlich dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 947 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 N 21 ff.; SALADIN, S. 548 ff.

⁵⁵ HUGUENIN, N 298 und 300; GAUCH/SCHLUEP, N 1280 ff.

Verträgen grundsätzlich anwendbar ist.⁵⁶ Ob dies nur bei der Veränderung von tatsächlichen, oder auch – wie hier – bei rechtlichen Veränderungen nach Abschluss des Vertrages gilt, wird von der Lehre bejaht, vom Zürcher Verwaltungsgericht in einem neueren Entscheid offengelassen.⁵⁷ Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – dazu noch nicht geäußert. Die Voraussetzungen dürfen nach der herrschenden Lehre im öffentlichen Recht nicht zu streng angewandt werden.⁵⁸ Ein Grund dafür liegt darin, dass gerade bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen ein erhöhtes Bedürfnis besteht, auf eine veränderte Rechtslage flexibel reagieren zu können. Ein anderer Grund liegt in der Verantwortung für das Gemeinwohl und die Beachtung von öffentlichen Interessen. Die herrschende Lehre räumt somit dem Legalitätsprinzip ein grosses Gewicht ein. Neuere Tendenzen befürworten nicht nur eine leichtere Anwendung der *clausula rebus sic stantibus*, sondern fordern eine umfassende Interessensabwägung.⁵⁹ In diese Interessensabwägung sind z.B. der Vertrauensschutz sowie die wohlerworbenen Rechte miteinzubeziehen. Dabei ist zu beachten, dass die privaten Interessen nicht unbedingt für den Weiterbestand des Vertrages, sondern umgekehrt auch für dessen Abänderung oder Aufhebung sprechen können.⁶⁰

- 63 Rechtswirkung ist die Anpassung des Vertrages an die neue Rechtslage.⁶¹ Das Vertragsverhältnis als solches bleibt bestehen und nur die nicht mehr mit dem neuen Recht zu vereinbarenden Bestimmungen werden der neuen Rechtslage angepasst. Nur falls nicht anders möglich, ist der Vertrag gänzlich aufzuheben. Diese Rechtsfolgen ergeben sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip.⁶²
- 64 Zuständig für die Anpassung sind in erster Linie die Parteien. Können sie sich nicht einigen, so ist das zuständige Gericht anzurufen.

⁵⁶ BGE 122 I 328, 341; 103 Ia 31, 37; 113 II 209, 211; 2A.432/2005, Erw. 3.5; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 2. März 2000, ZBI 2000, S. 602; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1124; KLEIN, S. 208 ff.; MÄCHLER, S. 343; RÜSSLI, S. 365; RIVA, S. 355; POLEDNA, N 173 und 236.

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen KLEIN, S. 214 ff.; RICKLI, S. 162; Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2000, ZBI 2001, S. 368 ff., 372.

⁵⁸ KLEIN, S. 209; VPB 1979, S. 368; RB 2007, S. 189; KÖLZ, S. 181 f.

⁵⁹ KLEIN, S. 209 f.

⁶⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 956 f.; a.M. SALADIN, der auf die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit oder Aufhebbarkeit gänzlich verzichten möchte (S. 548 ff.).

⁶¹ KLEIN, S. 211 und 217; Verwaltungsrechtlicher Vertrag zwischen einer Gemeinde im Kanton Obwalden und einem Grundeigentümer, ZBI 1993, S. 233; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 2. März 2000, ZBI 2000, S. 602.

⁶² KLEIN, S. 217.

D. Anpassung der Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag, die dem StromVG nicht mehr entsprechen

1. Art. 1 lit. b) Abs. 1 (Versorgungspflicht)

65 **Soweit sich die Bestimmung auf die nach StromVG Grundversorgten bezieht, haben sich die CKW neu an die Vorgaben des StromVG zu halten.** Das StromVG geht vor. Art. 6 StromVG bestimmt, dass die Betreiber bezüglich der Gewährleistung der Grundversorgung verpflichtet sind, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit sie in ihrem Netzgebiet den Grundversorgten jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen liefern können.

66 **Soweit sich die Bestimmung auf die nach StromVG nicht von der Grundversorgung erfassten Endverbraucher bezieht, entfällt die Lieferpflicht der CKW.**

2. Art. 9 lit. a) (Konzessionsgebühr)

67 Der Begriff der "Energieabgaben" in Art. 9 lit. a Abs. 1 ist so zu verstehen, dass die Konzessionsgebühr auf Grundlage beider Teile (Netz und Energie) berechnet wird. Die Bestimmung nimmt die vom StromVG geforderte Trennung zwischen Netz und Energiegeschäft nicht vor.

68 Nach unserer Auffassung beschlägt die Unvereinbarkeit mit dem StromVG jedoch nicht die ganze Bestimmung sondern lediglich denjenigen Teil der **Konzessionsgebühr**, der nach dem StromVG von den Gemeinden nicht mehr eingefordert werden kann. Dies ist der Energieanteil (für die Grundversorgung sind beide Positionen vertretbar). Zum genauen Umfang der Unvereinbarkeit ist der Parteiwille zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des aktuellen Vertrages im Lichte der heutigen Rechtslage zu eruieren. Daraus ist abzuleiten, welcher Teil der Konzessionsgebühren sich damals auf die Netznutzung und welcher Teil sich auf das Energiegeschäft bezog. **Die Unvereinbarkeit beschlägt nur den Teil des Energiegeschäfts; dieser beträgt als grober Erfahrungswert je nach Netzebene einen Drittel (Netzebene 7) bis zwei Drittel (Netzebene 3). Im Umfang dieser Anteile müssen die Konzessionsgebühren gesenkt werden.**

69 Sind auf den Teil des Energiegeschäfts seit Inkrafttreten des Netzzugangs nach StromVG bereits Konzessionsgebühren geleistet worden, so ist nicht auszuschliessen, dass die CKW darauf zurückkommen.

70 Was die nach Nutzergruppen (Haushalt, Gewerbe, Landwirtschaft, allgemeine Energie, Grossindustrie) gegliederte **Abstufung** angeht, so sollten diese **an die Vorgaben des Luzerner Strassengesetzes angepasst werden.**

3. Art. 9 lit. b) (Rabatte)
- 71 Wird von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Rabatten und von der Qualifikation der Gemeinden als Grundversorgte ausgegangen, so ist Art. 9 lit. b) wie folgt anzupassen.
- 72 **Rabatte auf dem Netzteil sind nicht mehr zulässig. Rabatte auf dem Energieteil können der jeweiligen Gemeinde grundsätzlich gewährt werden, jedoch sind alle Gemeinden in der Grundversorgung gleich zu behandeln.**
- 73 **Diese Rabatte sind zudem als Abgaben an die jeweilige Gemeinde zu qualifizieren, weil sie Teil des Konzessionsvertrages sind.⁶³ Als solche sind sie zu veröffentlichen und bei der Rechnungsstellung auszuweisen.⁶⁴ Ausserdem sind sie in der Kostenrechnung der CKW separat auszuweisen.⁶⁵ Diese Angaben können pauschalisiert angegeben werden.⁶⁶**
- 74 Die Gemeinden, welche auf diese Weise einen Rabatt erhalten, werden im Vergleich zu denjenigen Gemeinden, die den neuen Konzessionsvertrag bereits abgeschlossen haben, nicht notwendigerweise ungleich behandelt: Im neuen Konzessionsvertrag werden zwar keine Rabatte mehr gewährt, jedoch wird stattdessen eine Einmalzahlung an die Gemeinden geleistet. Diese Einmalzahlung stellt wirtschaftlich eine aufgerechnete Vorwegnahme von Rabatten dar.
- 75 Abschliessend ist zu bemerken, dass ein gewisses Risiko besteht, dass ein mit solchen Fragen befasstes Gericht die Zulässigkeit von Rabatten überhaupt verneinen wird, weil es die Ansicht vertritt, dass Rabatte gegen das Gleichbehandlungsgebot für Netznutzungstarife und/oder gegen das Luzerner Strassengesetz verstossen.

V. RISIKEN EINER GEMEINDE, DIE DEN NEUEN KONZESSIONS- VERTRAG NICHT ABSCHLIESST

- 76 Wie oben dargelegt (vgl. Rzn. 55 ff.), ist der aktuelle Konzessionsvertrag nicht als solches nichtig. Die Nichtigkeit betrifft lediglich einzelne Bestimmungen (sog. Teilnichtigkeit). Diese Bestimmungen sind an das StromVG anzupassen (vgl. oben Rzn. 65 ff.), das Konzessionsverhältnis zu den CKW als solches bleibt jedoch weiterhin bestehen.
- 77 Eine Gemeinde, welche den neuen Konzessionsvertrag auf den 1. Januar 2010 nicht abschliesst, bleibt an den aktuellen (und an das

⁶³ WEBER/KRATZ, § 4 N 25.

⁶⁴ Art. 6 Abs. 3 und 4, Art. 12 Abs. 1 und 2 StromVG; Art. 10 StromVV.

⁶⁵ Art. 7 Abs. 3 lit. k StromVV.

⁶⁶ Weisung 4/2009 der ElCom vom 13. Juli 2009.

StromVG anzupassenden) Konzessionsvertrag gebunden. Sie erhält weiterhin die Einnahmen aus den Konzessionsgebühren, allerdings um rund einen Drittel (Anteil Energie; Netzebene 7) bis zwei Drittel (Anteil Energie; Netzebene 3) reduziert.

- 78 Der Entwurf für einen neuen Sondernutzungskonzessionsvertrag zwischen den CKW und den einzelnen Einwohnergemeinden des Kantons Luzern setzt das StromVG u.E. korrekt um (vgl. unser Gutachten vom 3. Juni 2009). Für eine Gemeinde, welche diesen auf den 1. Januar 2010 nicht abschliesst, besteht die Notwendigkeit, in Verhandlungen die Details der Anpassungen an das StromVG zu regeln. Solche Anpassungen setzen Einigung voraus. Ist eine solche nicht möglich, so müsste das zuständige Gericht darüber entscheiden.
- 79 Der jeweiligen Gemeinde steht es offen, den aktuellen Konzessionsvertrag zu kündigen. Nach Art. 13 des aktuellen Konzessionsvertrages gilt der Vertrag mindestens 20 Jahre. Zwei Jahre vor Ablauf kann er gekündigt werden. Wird er nicht gekündigt, so bleibt er mit der gleichen Frist für jeweils weitere zwei Jahre in Kraft. Kündigt die Gemeinde den Konzessionsvertrag, so fallen ihr daraus keine Konzessionsgebühren mehr zu. Ausserdem fallen die Verteilanlagen der CKW nicht in das Eigentum der Gemeinden, sondern bleiben bei den CKW.⁶⁷ Faktisch bedeutet das, dass eine Regelung über die Nutzung des öffentlichen Grundes gefunden werden muss, um den Netzbetrieb und die Stromversorgung aufrecht zu erhalten.

VI. VORGEHEN DER CKW, FALLS EINE GEMEINDE DEN NEUEN KONZESSIONSVERTRAG NICHT ABSCHLIESSEN WILL

- 80 Wie oben dargelegt (vgl. Rzn. 55 ff.), ist der aktuelle Konzessionsvertrag nicht als solches nichtig, sondern nur einzelne Bestimmungen (sog. Teilnichtigkeit). Diese Bestimmungen sind an das StromVG anzupassen (vgl. oben Rzn. 65 ff.), das Konzessionsverhältnis zu den jeweiligen Gemeinden als solches bleibt jedoch weiterhin bestehen.
- 81 Die CKW werden nach dem Gesagten nicht gezwungen sein, die noch laufenden Konzessionsverträge zu kündigen mit der Begründung, dass sie nicht mehr dem Gesetz entsprechen. Vielmehr laufen die aktuellen Konzessionsverträge weiter, bis sie gekündigt werden. Allerdings sind die nötigen Anpassungen vorzunehmen. Diese Anpassungen sind primär auf dem Verhandlungsweg zu klären.
- 82 Auch den CKW steht es offen, den aktuellen Konzessionsvertrag zu kündigen. Zu den Kündigungsvoraussetzungen siehe Rz. 79.

⁶⁷ Art. 2 Abs. 3 des aktuellen Konzessionsvertrages.

- 83 Solange die CKW Netzbetreiber im Sinne des StromVG sind, bleiben die Netzbetriebs- und die Grundversorgungspflicht der CKW jedoch auch ohne Konzessionsvertrag aufrecht.

VII. ZUSAMMENFASSUNG/ANTWORTEN

- Folgende Bestimmungen im aktuellen Konzessionsvertrag entsprechen nicht mehr dem StromVG und müssen primär über das Institut der Teilnichtigkeit dem StromVG angepasst werden:
 - Art. 1 lit. b) Abs. 1 (Versorgungspflicht der CKW; siehe Rzn. 65 f.)
 - Art. 9 lit. a) (Konzessionsgebühr; siehe Rzn. 67 ff.)
 - Art. 9 lit. b) (Rabatte; siehe Rzn. 71 ff.)
- Eine Gemeinde, die den neuen Konzessionsvertrag mit den CKW nicht auf den 1. Januar 2010 abschliesst, trägt das Risiko der Kürzung der Konzessionsgebühren um etwa ein Drittel (Netzebene 7) bis zwei Drittel (Netzebene 3). Ausserdem sind die Details der Anpassungen an das StromVG zu verhandeln. Es steht ihr frei, den aktuellen Konzessionsvertrag zu kündigen, wobei eine neue Regelung über die Nutzung des öffentlichen Grundes gefunden werden muss, um den Netzbetrieb und die Stromversorgung aufrecht zu erhalten.
- Die CKW sind nicht gezwungen, die noch laufenden Konzessionsverträge zu kündigen. Allerdings sind die nötigen Anpassungen vorzunehmen, was u.E. Verhandlungen erfordert. Ist auf dem Verhandlungsweg keine Einigung möglich, wäre die Anpassung der Konzessionsverträge gerichtlich zu klären. Es steht den CKW jedoch offen, den aktuellen Konzessionsvertrag zu kündigen. Solange die CKW Netzbetreiber im Sinne des StromVG sind, bleiben die Netzbetriebs- und die Grundversorgungspflicht der CKW auch ohne Konzessionsvertrag aufrecht. Es müsste eine neue Regelung für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens gefunden werden.

* * *

VIII. LITERATURVERZEICHNIS

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008

GRISEL ANDRE, Traité de droit administratif, 2 Bd., Neuchâtel 1984

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008

HUGUENIN CLAIRE, Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: ZBJV 1982, S. 489 ff. (zit. Vertrag)

KLEIN FRANK, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Diss., Zürich 2003

KÖLZ ALFRED, Intertemporales Verwaltungsrecht, in: ZSR 1983 II, S. 101 ff.

MÄCHLER AUGUST, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zürich 2005

MÜLLER THOMAS P., Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft: eine systemtheoretische Analyse von Verträgen zwischen dem Gemeinwesen und Privaten mit Hinweisen auf die rechtsdogmatischen Konsequenzen, Diss., Basel 1997

POLEDNA TOMAS, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994

RHINOW RENÉ A., Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBI 1979, S. 1 ff.

RIVA ENRICO, Kostentragung für den Unterhalt und die Erneuerung von Kreuzungsbauwerken Schiene - Strasse, in: ZBI 1993, S. 333 ff.

RÜSSLI MARKUS, Nutzung öffentlicher Sachen für die Verlegung von Leitungen, in: ZBI 2001, S. 350 ff.

SALADIN PETER, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989

STRUB DOMINIK, Wohlerworbene Rechte: insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Diss., Fribourg 2001

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009

VISCHER

WALDMANN BERNHARD, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007

WEBER ROLF H. / KRATZ BRIGITTA, Stromversorgungsrecht - Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009

WEBER-DÜRLER BÉATRICE, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983

IX. MATERIALIEN

BBl 2005 1611 ff. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetzes vom 3. Dezember 2004 (04.083)

X. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CKW	Centralschweizerische Kraftwerke AG
EiCom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
EleG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (SR 734.0)
EnG	Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (SR 730.0)
EnV	Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 730.01)
f./ff.	und folgende Seite(n)

VISCHER

Fn.	Fussnote
h.L.	herrschende Lehre
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (SRL 733a)
kWh	Kilowattstunde
lit.	litera
MW	Megawatt
MWh	Megawattstunde
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote
NE	Netzebene
NIV	Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen vom 7. November 2001 (SR 734.27)
öBG	Gesetz des Kantons Luzern über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (SRL 733)
öBV	Verordnung des Kantons Luzern zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (SRL 734)
Rz.	Randziffer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
StrG	Strassengesetz des Kantons Luzern vom 21. März 1995 (SRL 755)
StromVG	Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (SR 734.7)
StromVV	Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (SR 734.71)
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
VLG	Verband Luzerner Gemeinden

VISCHER

VRöB Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001

Ziff. Ziffer

* * *