

VISCHER

Dr. Stefan Rechsteiner  
Tel +41 44 254 34 81  
srechsteiner@vischer.com  
www.vischer.com

**Zürich**  
Schützengasse 1  
Postfach 6139  
CH-8023 Zürich  
Tel +41 44 254 34 00  
Fax +41 44 254 34 10

**Basel**  
Aeschenvorstadt 4  
Postfach 526  
CH-4010 Basel  
Tel +41 61 279 33 00  
Fax +41 61 279 33 10

Eingetragen im  
Anwaltsregister des  
Kantons Zürich

## Gutachten

zum Entwurf eines Konzessionsvertrages zwischen der  
Centralschweizerischen Kraftwerke AG und den einzel-  
nen Einwohnergemeinden des Kantons Luzern

erstattet im Auftrag des

Verbands Luzerner Gemeinden (VLG)

von

Dr. iur. Stefan Rechsteiner, Rechtsanwalt und  
lic. iur. et Dipl. Natw. ETH Michael Waldner, Rechtsanwalt

am 3. Juni 2009

**INHALTSVERZEICHNIS**

<b>I.</b>	<b>AUFTRAG UND FRAGESTELLUNG .....</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DEN STROMMARKT ..</b>	<b>4</b>
A.	Ausgangslage vor Inkrafttreten des StromVG .....	4
B.	Bundesrechtliche Regulierung des Strommarktes durch das StromVG.....	5
1.	Schaffung von Wettbewerb im Bereich Energie .....	6
2.	Flächendeckende Versorgungssicherheit (Grundversorgung).....	7
C.	Verordnung zum StromVG des Regierungsrats des Kantons Luzern ....	9
<b>III.</b>	<b>RECHTLICHER RAHMEN FÜR DIE ERTEILUNG VON SONDERNUTZUNGSKONZESSIONEN .....</b>	<b>10</b>
A.	Abschliessendes bundesrechtliches Bewilligungsregime für elektrische Netze .....	10
B.	Kantonalrechtlicher Rahmen bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen .....	11
C.	Funktion von Sondernutzungskonzessionen im geltenden rechtlichen Rahmen.....	12
<b>IV.</b>	<b>GESAMTBEURTEILUNG DES ENTWURFS.....</b>	<b>14</b>
A.	Zweck und Kernelemente des Entwurfs.....	14
B.	Gesetzeskonformität und Ausgewogenheit des Entwurfs .....	17
<b>V.</b>	<b>BEURTEILUNG AUSGEWÄHLTER ASPEKTE DES KONZESSIONSVERTRAGES .....</b>	<b>18</b>
A.	Konzessionsdauer (Art. 9.1) .....	18
B.	Fehlen einer Heimfallklausel .....	19
1.	Vorbemerkung zu Zweck und Herkunft von Heimfallklauseln .....	19
2.	Beurteilung des konkreten Falls .....	21
C.	Rechtsnachfolgeklausel (Art. 8) .....	22
<b>VI.</b>	<b>GESAMTZUSAMMENFASSUNG / ERGEBNIS .....</b>	<b>23</b>
<b>VII.</b>	<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>25</b>
<b>VIII.</b>	<b>MATERIALIEN .....</b>	<b>26</b>

VISCHER

**IX. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS ..... 27**

## **I. AUFTRAG UND FRAGESTELLUNG**

- 1 Die Centralschweizerische Kraftwerke AG (CKW) einerseits und der Verband Luzerner Gemeinden (VLG) haben einen Entwurf für einen neuen Sondernutzungskonzessionsvertrag zwischen der CKW und den einzelnen Einwohnergemeinden des Kantons Luzern ausgehandelt. Dieser neue Konzessionsvertrag soll die bestehenden, teilweise nicht mehr bundesrechtskonformen Konzessionsverträge zwischen CKW und den einzelnen Einwohnergemeinden ersetzen.
- 2 Den Gutachtern wurde vom VLG folgende Fragestellung zur rechtlichen Abklärung unterbreitet:

*In einem ersten Teil soll der zwischen der Centralschweizerischen Kraftwerke AG, Luzern (CKW) und dem Verband Luzerner Gemeinden (VLG) ausgehandelte Konzessionsvertrag darauf hin untersucht werden, ob er im Wesentlichen den bundesrechtlichen Vorgaben entspricht und insgesamt ausgewogen erscheint.*

*Im zweiten Teil sollen folgende Aspekte des Konzessionsvertrages speziell auf ihre Übereinstimmung mit dem Bundesrecht und ihre sachliche Rechtfertigung untersucht werden:*

- a) *die vorgesehene Konzessionsdauer von 25 Jahren (Art. 9.1);*
- b) *das Fehlen einer Heimfallklausel;*
- c) *die Rechtsnachfolgeklausel (Art. 8).*

## **II. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DEN STROMMARKT**

### **A. Ausgangslage vor Inkrafttreten des StromVG**

- 3 Der schweizerische Elektrizitätsmarkt war und ist durch überwiegend im direkten oder indirekten Eigentum der öffentlichen Hand stehende Unternehmen geprägt. Während auf interkantonaler Ebene vor allem die grossen Überlandwerke tätig sind, bestehen auf kantonaler und kommunaler Ebene eine Vielzahl von Kantons- und Gemeindewerken<sup>1</sup>.
- 4 Diese Akteure - Überlandwerke, kantonale und kommunale Elektrizitätswerke - agierten bis zum Inkrafttreten des Stromversorgungsge-

---

<sup>1</sup> Zur Struktur des schweizerischen Elektrizitätsmarktes vgl. RICCARDO JAGMETTI, Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. VII, Basel 2005, N 6402 ff.; ROLF H. WEBER / BRIGITTA KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, § 3 N 1 ff.

setzes<sup>2</sup> (StromVG) im Energiegeschäft regelmässig in mehr oder weniger abgegrenzten Versorgungsgebieten. Die Versorgungsgebiete folgten dabei der räumlichen Ausdehnung des in ihrem Eigentum stehenden Leitungsnetzes. Die Herrschaft über das Netz war gleichbedeutend mit der Herrschaft über das Energiegeschäft im Versorgungsgebiet. In vielen Fällen wurde diese beherrschende Stellung durch kantonale oder kommunale Versorgungsmonopole rechtlich abgesichert.

- 5 Unter dem Eindruck der Liberalisierungsbestrebungen in der Europäischen Union begann sich jedoch die Erkenntnis durchzusetzen, dass der Elektrizitätsmarkt nicht notwendigerweise monopolistisch strukturiert sein muss, wobei die Bereiche Netz und Energie je getrennt zu betrachten sind: Elektrizitätsnetze weisen die Eigenschaft natürlicher Monopole auf und die Errichtung paralleler Netze ist aus verschiedenen Gründen unerwünscht<sup>3</sup>. Wettbewerb im Bereich des Baus und Betriebs elektrischer Netze ist daher wenig sinnvoll. Dagegen besteht im Bereich der Produktion von und des Handels mit elektrischer Energie potentiell Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern, der eine Steigerung der Effizienz in diesen Bereichen erwarten lässt und daher erwünscht ist.
- 6 Dieser Erkenntnis folgend hat der Gesetzgeber bereits mit dem Elektrizitätsmarktgesetz (EMG)<sup>4</sup> einen ersten Versuch unternommen, um den Strommarkt zu liberalisieren. Nachdem das EMG im Referendum im Jahr 2001 vom Volk abgelehnt wurde, unternahm der Gesetzgeber mit dem StromVG einen zweiten Anlauf. Anders als das EMG trägt das StromVG den Bedenken der Bevölkerung hinsichtlich Versorgungssicherheit im liberalisierten Markt Rechnung<sup>5</sup>, so dass kein Referendum ergriffen wurde und das StromVG in mehreren Schritten in Kraft treten konnte.

## **B. Bundesrechtliche Regulierung des Strommarktes durch das StromVG**

- 7 Mit dem StromVG hat der Bundesgesetzgeber den schweizerischen Strommarkt umfassend neu geregelt.
- 8 Regelungsschwerpunkte bilden:
- Bestimmungen, mit denen im Bereich Energie Wettbewerb geschaffen werden soll;

---

<sup>2</sup> SR 734.0.

<sup>3</sup> Zum Begriff des natürlichen Monopols vgl. z.B. RICCARDO JAGMETTI, N 2431; ROLF H. WEBER / BRIGITTA KRATZ, § 7 N 126 f.

<sup>4</sup> BBl 1999 7469 ff; Botschaft: BBl 1999 7370 ff.

<sup>5</sup> Vgl. ROLF H. WEBER / BRIGITTA KRATZ, Stromversorgungsrecht - Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 2 N 5.

- Bestimmungen, mit denen die Versorgungssicherheit flächendeckend sichergestellt werden soll.

9 Vor allem Bestimmungen über die Versorgungssicherheit bildeten früher auch Gegenstand von Konzessionsverträgen. Mit dem Inkrafttreten des StromVG besteht für viele dieser konzessionsvertraglichen Regelungen zur Versorgungssicherheit entweder kein Bedürfnis mehr oder sie werden sogar bundesrechtswidrig und fallen damit *ex lege* dahin.

### 1. Schaffung von Wettbewerb im Bereich Energie

10 Das StromVG 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.

11 Im Bereich der Netze geht der Gesetzgeber dagegen weiterhin von den hergebrachten (monopolistischen) Strukturen aus. Im Wissen darum, dass elektrische Netze natürliche Monopole darstellen, sieht das Gesetz für diesen Bereich keinen Wettbewerb vor.

12 Um angesichts der weiterhin monopolistischen Strukturen im Bereich der Netze den angestrebten Wettbewerb im Bereich Energie in Gang zu bringen, sieht das StromVG im Einzelnen Folgendes vor:

- **Entflechtung:** Energieunternehmen müssen die Unabhängigkeit des Netzbetriebs sicherstellen. Sie müssen ihre Verteilnetzbereiche zu diesem Zweck zumindest buchhalterisch von den übrigen Tätigkeitsbereichen trennen. Quersubventionierungen anderer Tätigkeitsbereiche durch Einnahmen aus dem Geschäftsbereich Netze sind verboten<sup>6</sup>.
- **Freier Netzzugang:** Als zentrales Instrument zur Schaffung von Wettbewerb im Bereich Energie sieht das StromVG in Art. 13 Abs. 1 den freien Netzzugang für Dritte vor. Netzbetreiber müssen Dritten ihr Netz diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen, so dass die Versorgung von Endverbrauchern im Versorgungsgebiet eines Netzbetreibers durch einen Drittlieferanten möglich wird.
- **Regulierung der Netznutzungsentgelte:** Das StromVG stellt abschliessende Regeln zur Berechnung der Netznutzungsentgelte auf. Das Netznutzungsentgelt ist kostenbasiert und darf gemäss Art. 14 Abs. 1 StromVG die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen nicht übersteigen. Als anrechenbar gelten dabei die Betriebs- und Kapitalkosten ei-

---

<sup>6</sup> Vgl. Art. 10 StromVG.

nes sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes<sup>7</sup>. Netznutzungsentgelte sind also kostengünstig festzulegen, zugleich aber so hoch, dass sie die Sicherheit der Stromversorgung langfristig gewährleisten.

- **Überwachung des Netzzugangs durch die ECom:** Die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ECom) hat eine umfassende Kompetenz zur Überwachung des diskriminierungsfreien Netzzugangs<sup>8</sup>. Die ECom kann insbesondere von Amtes wegen oder auf Gesuch hin die Netznutzungsentgelte und übrigen Netznutzungsbedingungen einer umfassenden Überprüfung unterziehen. Sie kann namentlich überhöhte Netznutzungsentgelte senken und andere diskriminierende Netznutzungsbedingungen aufheben.

## 2. Flächendeckende Versorgungssicherheit (Grundversorgung)

13 Gestützt auf die Erfahrungen im Zusammenhang mit der Ablehnung des EMG im Jahr 2001 hat der Gesetzgeber im StromVG den Bestimmungen zur Versorgungssicherheit grosses Gewicht gegeben. Um flächendeckende Versorgungssicherheit zu schaffen, auferlegt er den Netzbetreibern weitgehende Pflichten sowohl was den Bau und Unterhalt ihrer Netze betrifft als auch in Bezug auf die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie (Grundversorgung).

14 Im Einzelnen stellt das StromVG insbesondere folgende Vorschriften mit Bezug zur Versorgungssicherheit auf:

- **Unterhalt und Betrieb der Netze:** Die Netzbetreiber haben von Gesetzes wegen die Pflicht, ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz zu gewährleisten. Sie müssen die Netznutzung organisieren und das Netz regulieren. Es trifft sie die Pflicht, Reserveleitungskapazität bereitzustellen und die technischen und betrieblichen Anforderungen für den Netzbetrieb zu erarbeiten<sup>9</sup>.
- **Bezeichnung von Netzgebieten durch die Kantone:** Gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG bezeichnen die Kantone die Netzgebiete der auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreiber. Für den Vollzug dieser Bestimmung sind die Kantone zuständig, die zu diesem Zweck kantonale Anschlussgesetze zum StromVG erlassen (im Kanton Luzern ist das die Verordnung des Regierungsrats vom 9. Dezember 2008, SRL 772. Vgl. dazu unten, Rz. 15 ff.). Die Bezeichnung der Netzgebiete erfolgt auf dem Weg einer einseitigen

---

<sup>7</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 1 StromVG.

<sup>8</sup> BBl 2005 1660ff.

<sup>9</sup> Art. 8 Abs. 1 StromVG.

Verfügung durch den Kanton<sup>10</sup>. Die Zuteilung eines Netzgebiets kann mit einem (kantonalen) Leistungsauftrag verbunden werden<sup>11</sup>. Die Bezeichnung von Netzgebieten ist zentral, da sie sowohl die Anschlusspflicht als auch Grundversorgungspflicht des betroffenen Netzbetreibers bewirkt (vgl. sogleich unten).

- **Anschlussgarantie:** Netzbetreiber sind verpflichtet, in dem ihnen vom Kanton zugeteilten Netzgebiet alle Endverbraucher innerhalb der Bauzone und ganzjährig bewohnte Liegenschaften und Siedlungen ausserhalb der Bauzone anzuschliessen. Zudem besteht die Pflicht, sämtliche Energieerzeuger innerhalb und ausserhalb der Bauzone ans Netz anzuschliessen, wobei die Kosten grundsätzlich vom Energieerzeuger zu tragen sind<sup>12</sup>. Die Kantone haben die Möglichkeit, im Rahmen der kantonalen Anschlussgesetzgebung zum StromVG die Anschlussgarantie auszudehnen. Der Kanton Luzern hat in der Verordnung des Regierungsrats zum StromVG von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht (vgl. unten, Rz. 19).
- **Lieferpflicht zugunsten kleiner Verbraucher:** Das StromVG auferlegt den Netzbetreibern die Pflicht, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit sie in ihrem Netzgebiet den Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von unter 100 MWh, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der gewünschten Qualität liefern können. In einer Übergangsphase gilt diese Lieferpflicht auch noch zugunsten von Endverbrauchern mit einem Verbrauch von über 100 MWh, die bisher noch nicht gestützt auf einen individuellen Vertrag beliefert worden sind<sup>13</sup>.

In den ersten fünf Jahren nach Inkrafttreten des StromVG sind die Endverbraucher mit einem Verbrauch von unter 100 MWh noch an die Grundversorgung durch ihren lokalen Netzbetreiber gebunden. Nach Ablauf dieser Frist sollen auch sie das Recht auf Netzzugang und damit auf Teilnahme am Strommarkt erhalten<sup>14</sup>.

Die Modalitäten der Grundversorgung werden durch das StromVG umfassend reguliert. Dies betrifft sowohl den Umfang und die Qualität der Leistungserbringung, als auch die Preise (Tarife), die gemäss StromVG "angemessen" sein müssen<sup>15</sup>, was in der

---

<sup>10</sup> STEFAN RECHSTEINER / MICHAEL WALDNER, Netzgebietzuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP 2007, 1288 ff., 1289 f.

<sup>11</sup> Art. 5 Abs. 1 StromVG, im Kanton Luzern umgesetzt durch § 4 der Verordnung des Regierungsrats vom 9. Dezember 2008 zum Stromversorgungsgesetz.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 5 EnV.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 StromVV.

<sup>14</sup> Art. 34 Abs. 3 StromVG sieht vor, dass die volle Marktöffnung fünf Jahre nach Inkrafttreten des StromVG durch einen dem Referendum unterstehenden Bundesbeschluss eingeführt wird.

<sup>15</sup> Art. 6 Abs. 1 StromVG und Art. 7 Abs. 1 StromVG.

StromVV dahingehend konkretisiert wird, dass sie sich an den Gestehungskosten bzw. langfristigen Bezugsverträgen der Verteilnetzbetreiber zu orientieren haben<sup>16</sup>. Grundversorgte Endkunden sind durch die Regulierung der Tarife vor den Risiken kurzfristiger Marktpreisschwankungen weitgehend geschützt.

- **Überwachung der Grundversorgung durch die ECom:** Die ECom hat eine umfassende Zuständigkeit, um die Einhaltung der Bestimmungen zu Versorgungssicherheit und Grundversorgung zu überwachen und nötigenfalls einzugreifen.<sup>17</sup> Sie kann sich unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips sämtlicher verwaltungsrechtlichen Mittel bedienen, die erforderlich sind, um das bundesrechtlich vorgeschriebene Mass an Effizienz und Versorgungssicherheit durchzusetzen. Kommt ein Netzbetreiber seinen Pflichten nicht nach, kann sie Ersatzmassnahmen oder - als *ultima ratio* - die Enteignung eines Netzes verfügen. Im Bereich der Grundversorgung kann sie im Streitfall den Inhalt und die Modalitäten der Grundversorgung festlegen. Zudem hat sie die Kompetenz, die Elektrizitätstarife von Amtes wegen oder auf ein Gesuch hin zu überprüfen.

### C. **Verordnung zum StromVG des Regierungsrats des Kantons Luzern**

- 15 Art. 30 Abs. 1 StromVG beauftragt die Kantone mit dem Vollzug der Bestimmungen über die Zuteilung der Netzgebiete und die Anschlussgarantie sowie über die Angleichung unverhältnismässiger Unterschiede bei den Netznutzungstarifen.
- 16 Diesem Auftrag folgend hat der Regierungsrat des Kantons Luzern die Verordnung zum Stromversorgungsgesetz vom 9. Dezember 2008 erlassen<sup>18</sup>.
- 17 Gemäss § 3 Abs. 1 dieser Verordnung teilt der Regierungsrat nach Anhörung der Netzbetreiber und der Netzeigentümer sowie der Gemeinden den Netzbetreibern flächendeckende Netzgebiete zu. An diese Zuteilung knüpfen sich die genannten Anschluss- und Grundversorgungspflichten der betroffenen Netzbetreiber.
- 18 § 4 der Verordnung gestattet es dem Regierungsrat, Leistungsaufträge zu erteilen, namentlich um die Grundversorgung oder die Versorgungssicherheit im Netzbereich sicherzustellen.

---

<sup>16</sup> Art. 4 Abs. 1 StromVV.

<sup>17</sup> BBl 2005 1660 ff.

<sup>18</sup> SRL 772.

- 19 Mit den §§ 5 und 6 dehnt die Verordnung die bundesrechtliche Anschlussgarantie auf Endverbraucher ausserhalb des Versorgungsgebiets eines Netzbetreibers sowie auf Endverbraucher ausserhalb der Bauzone, die nach dem StromVG keinen Anspruch auf Anschluss haben, aus.
- 20 Schliesslich gibt § 7 der Verordnung dem Regierungsrat die Kompetenz, Massnahmen zur Angleichung unverhältnismässiger Unterschiede der Netznutzungstarife zu treffen.

### **III. RECHTLICHER RAHMEN FÜR DIE ERTEILUNG VON SONDERNUTZUNGSKONZESSIONEN**

#### **A. Abschliessendes bundesrechtliches Bewilligungsregime für elektrische Netze**

- 21 Das Verfahren für den Bau elektrischer Netze ist abschliessend bundesrechtlich geregelt. Gemäss den Art. 16 ff. des Elektrizitätsgesetzes<sup>19</sup> (EleG) werden Starkstromanlagen, zu denen die Elektrizitätsnetze aller Netzebenen gehören, in einem bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahren bewilligt<sup>20</sup>. Mit der Plangenehmigung werden dem Netzbetreiber sämtliche nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt. Kantonale Bewilligungen und Pläne sind gemäss Art. 16 Abs. 4 EleG nicht erforderlich.
- 22 Dieses abschliessende Bewilligungssystem schränkt die Kompetenz der Kantone und Gemeinden, polizeilich motivierte Regelungen im Bereich des Baus und Betriebs elektrischer Netze aufzustellen ebenso ein, wie es die Einführung rechtlicher Monopolen für Bau und Betrieb solcher Netze ausschliesst<sup>21</sup>.
- 23 Keine Einschränkung durch das EleG erfährt die Hoheit der Kantone bzw. Gemeinden über die Nutzung ihres öffentlichen Grund und Bodens. Wer ein elektrisches Netz neu errichten will, oder den Bestand eines bereits existierenden Netzes sichern will, muss sich vom zuständigen Gemeinwesen nach Massgabe des kantonalen oder kommunalen Rechts eine entsprechende Bewilligung bzw. eine Sondernutzungskonzession erteilen lassen.

---

<sup>19</sup> SR734.0.

<sup>20</sup> Im Sinne einer verfahrensmässigen Erleichterung ist für die Errichtung von Niederspannungsverteilsnetzen - im Gegensatz zu allen anderen Netzanlagen - lediglich eine Genehmigung durch das Eidg. Starkstrominspektorats erforderlich (Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen vom 2. Februar 2000, SR 734.25).

<sup>21</sup> Vgl. STEFAN RECHSTEINER / MICHAEL WALDNER, 1295.

## **B. Kantonalrechtlicher Rahmen bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen**

- 24 Das Strassengesetz<sup>22</sup> (StrG) des Kantons Luzern erklärt in Art. 23 Abs. 1 die Sondernutzung<sup>23</sup>, insbesondere durch ständige Bauten auf, über, unter oder in der Strasse für konzessionspflichtig. Die Errichtung bzw. der Beibehalt elektrischer Leitungen stellt angesichts ihres dauernden Charakters regelmässig eine Sondernutzung dar, welche gemäss der genannten Bestimmung des StrG konzessionspflichtig ist.<sup>24</sup>
- 25 Für die Sondernutzung von öffentlichem Grund, der nicht vom Geltungsbereich des StrG erfasst wird, besteht gestützt auf § 113 des Planungs- und Baugesetzes<sup>25</sup> des Kantons Luzern eine Bewilligungspflicht. Da sich diese Bestimmung jedoch nur auf die Nutzung des öffentlichen Grundes für private Zwecke bezieht, die Stromversorgung jedoch eine öffentliche Aufgabe darstellt, ist ihre Anwendbarkeit auf die Errichtung elektrischer Netze fraglich. Weil aber in der Praxis die Nutzung des Strassenraumes ohnehin im Vordergrund steht, soll diese Frage für den vorliegenden Zweck nicht vertieft abgeklärt und im Folgenden von der strassenrechtlichen Konzessionspflicht ausgegangen werden.
- 26 Die Zuständigkeit für die Erteilung der Konzessionsbewilligung liegt bei Kantonsstrassen bei der Dienststelle Raumentwicklung, Wirtschaftsförderung und Geoinformation<sup>26</sup>, bei Gemeindestrassen bei der Gemeinde<sup>27</sup>. Gemäss § 10 lit. c Ziff. 4 des Gemeindegesetzes<sup>28</sup> (GG) sind Konzessionsverträge der Gemeinde von den Stimmberechtigten zu genehmigen.
- 27 Gemäss § 23 Abs. 4 StrG kann die Konzession erteilt werden, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Sie ist zu befristen.
- 28 Aus der "*kann*"-Formulierung ist zu schliessen, dass der kantonale Gesetzgeber dem Gesuchsteller keinen Anspruch auf Erteilung einer Konzession vermitteln wollte<sup>29</sup>. Auch die herrschende Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, dass kein Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungskonzession besteht. Es ist jedoch zu beachten, dass dem Elektrizitätsunternehmen gestützt auf Art. 43 Abs. 1 EleG ein gesetzli-

---

<sup>22</sup> SRL 755.

<sup>23</sup> Zum Begriff der Sondernutzung vgl. ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich 2006, Rz. 2418.

<sup>24</sup> Baudepartement des Kantons Luzern, Erläuterungen zum Strassenverkehrsgesetz (StrG) vom 21. März 1995, 1997, S. 20; RICCARDO JAGMETTI, Rz. 6264.

<sup>25</sup> SRL 735.

<sup>26</sup> § 23 Abs. 2 StrG.

<sup>27</sup> § 1 Abs. 4 der Strassenverordnung (SRL 765) i.V.m. § 17 Abs. 2 StrG und § 23 Abs. 2 StrG.

<sup>28</sup> SRL 150.

<sup>29</sup> Baudepartement des Kantons Luzern, Erläuterungen zum Strassenverkehrsgesetz (StrG), S. 20.

ches Enteignungsrecht zusteht, das es nötigenfalls auch gegen das Gemeinwesen ausüben kann<sup>30</sup>.

29 Die Gemeinde kann für die Erteilung der Sondernutzungskonzession vom Konzessionär eine Gebühr erheben (§ 25 Abs. 1 StrG). Diese hat sich gemäss § 25 Abs. 2 StrG insbesondere an der Nutzungsintensität, der Nutzungsdauer und dem wirtschaftlichen Vorteil für den Berechtigten zu orientieren. Die Höhe und die Art der Gebühr sind von den Gemeinden in einem Reglement zu regeln<sup>31</sup>. Da sie regelmässig im Konzessionsvertrag selbst verankert sind, stellt der Konzessionsvertrag in diesem Umfang ein Reglement dar, das gemäss § 10 lit. b Ziff. 2 GG von den Stimmberechtigten der Gemeinden zu genehmigen ist.

30 Gemäss ausdrücklicher Bestimmung<sup>32</sup> stehen die konzessionierten Bauten und Anlagen im Eigentum des Konzessionsnehmers und werden von diesem unterhalten.

### **C. Funktion von Sondernutzungskonzessionen im geltenden rechtlichen Rahmen**

31 Die Hauptfunktion der Sondernutzungskonzession ist es, dem Konzessionsnehmer das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens einzuräumen und die dafür geschuldete Entschädigung festzulegen. Diese notwendigen Elemente ergeben sich bereits ausdrücklich aus den oben dargestellten Vorschriften des kantonalen Rechts.

32 In der Vergangenheit wurden in Konzessionsverträgen zusätzlich zu diesen Kernelementen weitere Bestimmungen aufgenommen, mit denen dem Konzessionär Grundversorgungspflichten auferlegt, oder mit denen auf die Tarifbildung des Konzessionärs Einfluss genommen wurde.

33 Das StromVG regelt heute sowohl die Grundversorgung als auch die Festlegung von Netznutzungsentgelten und Elektrizitätstarifen umfassend. Ein öffentliches Interesse an einer zusätzlichen Verankerung im Konzessionsvertrag ist nicht ersichtlich, soweit in diesem Bereich konkurrierende Bestimmungen in Konzessionsverträgen überhaupt zulässig sind.

34 Betroffen sind insbesondere folgende häufige Regelungsgegenstände von altrechtlichen Konzessionsverträgen:

---

<sup>30</sup> Vgl. STEFAN RECHSTEINER / MICHAEL WALDNER, 1294; RICCARDO JAGMETTI, Rz. 6264.

<sup>31</sup> Es handelt sich um das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage (Baudepartement des Kantons Luzern, Erläuterungen zum Strassenverkehrsgesetz (StrG), S. 21; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Rz. 2693 ff.).

<sup>32</sup> § 24 Abs. 1 StrG.

- **Versorgungspflichten:** Das StromVG verankert eine umfassende Grundversorgungspflicht zugunsten der Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von unter 100 MWh (und in einer Übergangsphase auch von Endverbrauchern mit einem Verbrauch von über 100 MWh, die auf den Netzzugang verzichten; vgl. oben, Rz 14). Die in altrechtlichen Verträgen häufig anzutreffende Verankerung von Grundversorgungspflichten wird dadurch weitgehend bedeutungslos. Soweit dem Netzbetreiber überhaupt über das StromVG hinausgehende Versorgungspflichten auferlegt werden dürfen, geschieht dies gemäss § 4 lit. a der Verordnung zum StromVG im Rahmen eines Leistungsauftrages durch den Regierungsrat. Diese Bestimmung dürfte die Aufnahme von über das StromVG hinausgehenden Grundversorgungspflichten in Konzessionsverträgen ausschliessen.
- **Versorgungsmonopole:** Versorgungsmonopole zugunsten des Konzessionärs sind unter dem StromVG unzulässig und sind mit dem Inkrafttreten des StromVG *ex lege* dahin gefallen<sup>33</sup>.
- **Tarifgestaltung des Konzessionärs:** Die Netznutzungsentgelte und -tarife werden durch das StromVG abschliessend geregelt. Bestimmungen zu den Netznutzungsentgelten und -tarifen in Konzessionsverträgen sind damit unzulässig. Im Bereich Energie gilt unter Vorbehalt der Grundversorgung von Gesetzes wegen Wettbewerb. Eine Einflussnahme auf die Preisbildung im Energiebereich ist daher systemwidrig und unzulässig. Im Bereich der Elektrizitätstarife für die Grundversorgung besteht wiederum eine umfassende bundesrechtliche Regelung, die keinen Raum für ergänzendes kantonales Recht lässt.
- **Konzessionsgebühren auf der Basis der Einnahmen im Energiegeschäft:** Konzessionsgebühren, die auf der Basis der Einnahmen des Konzessionärs im Energiegeschäft bemessen werden, 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 StrG am wirtschaftlichen Vorteil des Berechtigten zu orientieren haben, sind unter dem StromVG Konzessionsgebühren, die sich an den Einnahmen an Netznutzungsentgelten bemessen, vorzuziehen. Sie setzen sich in der Praxis dementsprechend auch durch.

---

<sup>33</sup> ROLF H. WEBER / BRIGITTA KRATZ, § 2 N 11.

#### **D. Exkurs: Konzessionsvertrag und Grundversorgung**

35 Immer wieder Anlass zur Verunsicherung gibt gemäss Auftraggeber offenbar das Verhältnis zwischen dem Konzessionsvertrag und der Grundversorgungspflicht bzw. dem Grundversorgungsanspruch.

36 Dazu ist Folgendes festzuhalten:

37 Der Bundesgesetzgeber hat mit den Art. 5 bis 7 StromVG ein neuartiges System geschaffen, das den Anspruch auf Grundversorgung zu bundesrechtlich festgelegten Bedingungen umfassend regelt. Das Gesetz legt insbesondere abschliessend fest, wer nach StromVG grundversorgungsberechtigt ist (Art. 6 Abs. 1 StromVG).

38 Der Überprüfung des Grundversorgungsanspruchs und des Inhalts der Grundversorgung liegt in der Kompetenz der ElCom (Art. 22 Abs. 2 StromVG). Diese trifft ihren Entscheid gestützt auf die bisherige Versorgungssituation und insbesondere gestützt auf allfällige (individuelle) Vereinbarungen zwischen Endverbraucher und Grundversorger.

39 Der Konzessionsvertrag kann als kommunaler Erlass nicht in das bundesrechtliche Grundversorgungsmodell eingreifen. Insbesondere kann er nicht zum Verlust von Grundversorgungsansprüchen von Endverbrauchern führen.

#### **IV. GESAMTBEURTEILUNG DES ENTWURFS**

##### **A. Zweck und Kernelemente des Entwurfs**

40 Mit dem Entwurf für einen neuen Konzessionsvertrag (E-KV) verfolgen CKW und Gemeinden das Ziel, die Rechte und Pflichten der Parteien im Zusammenhang mit der Nutzung des öffentlichen Grundes durch die CKW den neuen gesetzlichen Anforderungen des StromVG anzupassen und dadurch langfristige Rechtssicherheit für beide Seiten zu erlangen.

41 Die Hauptpflicht der Gemeinde gemäss E-KV besteht darin, der CKW ein ausschliessliches Recht für die Nutzung des öffentlichen Grundes zu erteilen (Ziff. 3.1 E-KV). Als Gegenleistung schuldet die CKW der Gemeinde eine an den Netznutzungsentgelten der CKW orientierte Konzessionsgebühr (Ziff. 2.5 E-KV). Es handelt sich bei diesem Leistungspar um den vertragstypischen, wesentlichen Inhalt eines Sondernutzungsvertrages. Daneben auferlegt der E-KV der CKW Pflichten im Bereich Netzbetrieb und Energielieferung.

42 Die oben erwähnten wesentlichen Elemente des E-KV erscheinen uns als gesetzeskonform und zweckmässig. Im Einzelnen möchten wir dazu folgende Bemerkungen machen:

43 Zu den Verpflichtungen und Leistungen der Gemeinde

- Mit **Ziff. 3.1.1 E-KV** erteilt die Gemeinde der CKW das ausschliessliche Recht, den öffentlichen Grund durch ihre elektrischen Verteilanlagen in Anspruch zu nehmen, sowie ihre Stromleitungen im öffentlichen Grund zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten, soweit dies bundes- und kantonrechtlich zulässig ist.
- Gemäss **Ziff. 3.1.2 E-KV** hat die CKW Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungskonzession gemäss Ziff. 3.1.1 für weitere elektrische Verteilanlagen, wobei die Lage der elektrischen Verteilanlagen vorgängig von der Gemeinde zu bewilligen ist. Dieser zuletzt genannte Bewilligungsvorbehalt dürfte seinerseits unter dem Vorbehalt des bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahrens stehen, so dass er letztlich nur bei jenen Anlagen zum Zuge kommt, für die kein Plangenehmigungsverfahren durchgeführt werden muss, d.h. bei den Niederspannungsverteilnetzen der NE 7 (vgl. oben, Rz. 21 und Fn. 20).
- In **Ziff. 3.1.3 E-KV** wird die Ausschliesslichkeit der Konzessionserteilung dahingehend präzisiert, dass die Gemeinde von sich aus keinem Dritten die gleichen Rechte wie der CKW gewährt und auch selbst keine elektrische Verteilanlagen erstellt. Diese Bestimmung ist geeignet, um langfristige Investitions- und Planungssicherheit zu schaffen. Da auch das StromVG implizit vom Bestand eines natürlichen Monopols im Bereich der Netze ausgeht, scheint die Verankerung der Ausschliesslichkeit der Sondernutzung sinnvoll<sup>34</sup>.
- Hingewiesen sei auch auf **Ziff. 3.1.4 E-KV**, wonach die CKW die Nutzungsrechte auch in Bezug auf Grundstücke im Finanzvermögen der Gemeinde beanspruchen kann. Ziff. 3.1.4 E-KV räumt der CKW einen Anspruch auf Abschluss entsprechender Dienstbarkeitsverträge ein. Da auf die Nutzung des Finanzvermögens nicht öffentlichrechtliche, sondern privatrechtliche Regeln zur Anwendung gelangen<sup>35</sup>, handelt es sich bei Ziff. 3.1.4 um eine rein zivilrechtliche Klausel, die aber als solche auch im ansonsten öffentlichrechtlichen Konzessionsvertrag verankert werden kann.

---

<sup>34</sup> Im Einzelfall sind Enteignungsrechte gemäss Art. 43 Abs. 1 EleG vorbehalten.

<sup>35</sup> ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Rz. 2359.

#### 44 Zur Gemeindeentschädigung (Konzessionsgebühr)

- Gemäss **Ziff. 2.5 E-KV** entrichtet die CKW der Gemeinde als Gegenleistung für das Erteilen der Sondernutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie der damit verbundenen Durchleitungsrechte und anderen Dienstbarkeiten eine Konzessionsgebühr.

Diese Netznutzungsgebühr wird als Prozentsatz aus den Netznutzungsentgelten für die im Gemeindegebiet aus den elektrischen Verteilanlagen der CKW ausgespeisten Energie berechnet, wobei der Prozentsatz je nach NE zwischen 5 % (NE 3) und 10 % (NE 7) beträgt.

Die Bemessung der Konzessionsgebühr als Prozentsatz der Netznutzungsentgelte entspricht den gesetzlichen Vorgaben des StromVG an die Entflechtung der Verteilnetze und ist damit systemkonform. Aus Sicht der Gemeinde sichert die Anknüpfung der Konzessionsgebühr an die Netznutzungsentgelte langfristig gleichmässige Erträge. Bei einer ohnehin nicht mehr zulässigen Anknüpfung an die Erträge im Energiegeschäft würde die Gemeinde bei sinkendem Marktanteil der CKW einen Rückgang der Konzessionserträge erleiden.

Die Höhe der Prozentsätze entspricht in etwa den aus unserer Erfahrung heute üblichen Ansätzen in neuen Konzessionsverträgen. Sie scheinen in einem angemessenen Verhältnis zum gesamtwirtschaftlichen Nutzen des Baus und Betriebs der Netze zu stehen. Letztlich sieht sich die Gemeinde bei der Festlegung der Konzessionsstarife einem Interessenkonflikt gegenüber, da die Konzessionsgebühren von Gesetzes wegen durch die CKW auf die Endverbraucher in ihrem Versorgungsgebiet zu überwälzen sind (Art. 14 Abs. 1 StromVG). Höhere Konzessionserträge auf der einen Seite bedeuten damit auf der anderen Seite höhere Netznutzungspreise für die Endverbraucher in ihrem Gebiet.

#### 45 Zu den übrigen Verpflichtungen und Leistungen der CKW

- **Ziff. 2.1 E-KV** auferlegt der CKW Pflichten als Netzbetreiberin. Dazu gehören die Erstellung, der Unterhalt und Betrieb eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Stromnetzes (Ziff. 2.1.1.); Anschlusspflichten (Ziff. 2.1.2) und die Pflicht, den Endverbrauchern in der Gemeinde diskriminierungsfreien Netzzugang zu verschaffen.

Soweit sich die genannten Pflichten nicht bereits aus dem StromVG oder der kantonalen Verordnung zum StromVG ergeben, stehen sie auf jeden Fall mit dem StromVG nicht in Widerspruch. Diese Pflichten bleiben auch dann in Kraft, wenn die ent-

sprechenden Pflichten je im Gesetz aufgehoben werden sollten; dies zumindest dann, wenn sie nicht mit dem neuen Bundesrecht in Widerspruch geraten.

- **Ziff. 2.2 E-KV** behandelt die Pflichten der CKW als Stromlieferantin. Als Stromlieferantin gilt sie, wenn sie entweder von Gesetzes wegen zur Stromlieferung verpflichtet ist, d.h. in Grundversorgungsverhältnissen nach Art. 6 bzw. Art. 7 StromVG steht, oder wenn sie mit dem Endverbraucher einen Stromliefervertrag abgeschlossen hat. In diesen Fällen sichert CKW den Gemeinden im Gemeindegebiet eine sichere, ausreichende, wirtschaftliche Versorgung mit elektrischer Energie zu marktkonformen Preisen zu.

Die Bedeutung dieser Preisbestimmung ist limitiert, da im Bereich der Grundversorgung eine weitgehend abschliessende Zuständigkeit der ElCom zur Tarifregulierung besteht. Im Bereich der Belieferung freier Endverbraucher geht zudem ein abweichender Parteikonsens Ziff. 2.1.3 E-KV vor.

- **Ziff. 2.3 E-KV** auferlegt der CKW im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen die Pflicht, Anlagen zur dezentralen Erzeugung von Energie sowie zur Übernahme dieser Energie ans Netz anzuschliessen.

Ziff. 2.3 E-KV verankert dabei eine Pflicht, die sich bereits aus dem Energiegesetz ergibt (Art. 7a EnG für KEV-Produzenten; Art. 28a EnG für MKF-Produzenten und Art. 7 EnG für die Energie der übrigen Produzenten). Aus Ziff. 2.3 E-KV lässt sich keine über das Gesetz hinausgehende Verpflichtung der CKW ableiten. Umgekehrt kann der relativ enge Wortlaut "dezentrale Produzenten" in Ziff. 2.3 E-KV die gesetzlichen Anschluss- und Energieabnahmepflichten auch nicht einschränken, so dass die gesetzlichen Ansprüche sämtlicher Produzentengruppen gewahrt werden.

- **Ziff. 2.4 E-KV** verpflichtet die CKW, die Installationen der öffentlichen Beleuchtung zu liefern, erstellen, erweitern, unterhalten und entsorgen. Da die öffentliche Beleuchtung im Eigentum der Gemeinde steht, gewährt CKW der Gemeinde einen Rabatt von 30 % des für die öffentliche Beleuchtung zu entrichtenden Netznutzungsentgelts. Dieser Rabatt stellt nicht eine Leistung an die Gemeinde i.S. von Art. 14 Abs. 1 StromVG dar und ist daher beim Netznutzungsentgelt auch nicht separat auszuweisen.

## **B. Gesetzeskonformität und Ausgewogenheit des Entwurfs**

46 Der E-KV erfüllt die Anforderungen an einen zeitgemässen Sondernutzungsvertrag. In seinem Zentrum stehen die Hauptpflichten der Partei-

en: Gewährung der Sondernutzung und Bezahlung der Konzessionsgebühr. Die Konzessionsgebühr ist in ihrer Struktur StromVG-konform und entspricht in ihrer Höhe dem heute üblichen Rahmen.

- 47 Die neben den Hauptpflichten im E-KV verankerten Pflichten der CKW bilden teilweise gesetzliche Pflichten aus dem StromVG, dem EnG und der kantonalen Verordnung zum StromVG ab. Soweit die Pflichten darüber hinausgehen, sind sie gesetzeskonform.
- 48 Der E-KV enthält keine Bestimmungen, die gemessen am heute üblichen Standard als ausserordentlich oder ungewöhnlich bezeichnet werden müssten. Dies trifft auf die Art der Rechte und Pflichten ebenso zu wie auf deren Verteilung zwischen den beiden Parteien.
- 49 Insgesamt ist der E-KV unseres Erachtens ausgewogen. Kombiniert mit der - ebenfalls angemessenen (vgl. unten) - Konzessionsdauer von 25 Jahren ist er geeignet, für beide Parteien die gewünschte Investitions- und Planungssicherheit zu erhalten und die wesentlichen Pflichten zur Sicherung der Stromversorgung langfristig zuzuordnen.

## **V. BEURTEILUNG AUSGEWÄHLTER ASPEKTE DES KONZESSIONS- VERTRAGES**

- 50 Im Folgenden sollen drei Aspekte des E-KV einer gesonderten Betrachtung unterzogen werden.

### **A. Konzessionsdauer (Art. 9.1)**

- 51 Die Dauer der Konzession kann von den Parteien grundsätzlich frei festgelegt werden. Aus rechtlicher Sicht ergibt sich lediglich die Einschränkung, dass Sondernutzungskonzessionen nicht unbefristet erteilt werden dürfen, da sich das Gemeinwesen sonst der Hoheit über die öffentlichen Sachen gänzlich entäussern würde, was unzulässig ist<sup>36</sup>.
- 52 Welche Dauer für eine Sondernutzungskonzession angemessen ist, beurteilt sich im Wesentlichen aus ihrer Funktion. Dabei sind in erster Linie die Aspekte der Investitionssicherheit und der Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu berücksichtigen. Sollen gestützt auf die Sondernutzungskonzession Anlagen errichtet werden, die hohe Investitionskosten verursachen, spricht dies für eine längere Konzessionsdauer. Eine lange Konzessionsdauer gibt dem Konzessionär die Sicherheit, dass die Investitionen, die er tätigt, einen langfristigen Ertrag generieren. Aus Sicht des Gemeinwesens stellt eine lange Konzessionsdauer sicher, dass der Konzessionär nicht vor nötigen Investitionskosten zurück-

---

<sup>36</sup> ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Rz. 2423 m.w.H.; BGE 127 II 69, 74 f.

schreckt und dass er die errichteten Anlagen nicht zu rasch, sondern über sachgerechte Nutzungsdauern abschreiben kann.

- 53 Da die Errichtung von Elektrizitätsnetzen relativ hohe Investitionskosten verursacht, ist dem Aspekt der Investitionssicherheit bei der Festlegung der Konzessionsdauer ein hoher Stellenwert einzuräumen.
- 54 Gemäss Ziff. 9.1 E-KV dauert die Sondernutzungskonzession 25 Jahre ab dem Inkrafttreten am 1. Januar 2010, d.h. bis am 31. Dezember 2034. Wird er nicht zwei Jahre vor Ablauf gekündigt, so bleibt er mit der gleichen Kündigungsfrist jeweils weitere fünf Jahre in Kraft (Ziff. 9.2 E-KV).
- 55 Eine Konzessionsdauer von 25 Jahren für die Errichtung eines elektrischen Netzes bewegt sich am unteren Rand des heute Üblichen. Typischerweise werden Konzessionsdauern von 25 bis 30 Jahren vereinbart.
- 56 Angesichts der typischen Abschreibedauer der einzelnen elektrischen Anlageklassen (z.B. unterirdische Kabel 35 - 40 Jahre; Trafostationen 30 - 35 Jahre)<sup>37</sup> ist eine Konzessionsdauer von 25 Jahren unseres Erachtens eher kurz, wobei zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass das Netz ständiger Erneuerung und Verstärkung bedarf, so dass es bei Ablauf der Konzession ohnehin nie ganz abgeschrieben ist.
- 57 Indessen ist eine einvernehmlich ausgehandelte Konzessionsdauer von 25 Jahren aus unserer Sicht vertretbar und auch nicht aussergewöhnlich.

## **B. Fehlen einer Heimfallklausel**

### **1. Vorbemerkung zu Zweck und Herkunft von Heimfallklauseln**

- 58 Die Anlagen, die ein Konzessionär gestützt auf eine Sondernutzungskonzession auf eigene Kosten errichtet, stehen regelmässig in seinem Eigentum. Im Kanton Luzern ergibt sich aus § 24 Abs. 1 StrG sogar ausdrücklich, dass der Konzessionär Eigentümer der konzessionierten Anlagen ist. Der Konzessionär trägt damit das wirtschaftliche Risiko ebenso wie er den Nutzen aus dem Eigentum zieht.
- 59 Bei Ablauf der Sondernutzungskonzession fällt das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grundes auf das Gemeinwesen zurück, während das Eigentum mangels einer anderen Vereinbarung beim Konzessionär verbleibt. Mit dem Wegfall des Nutzungsrechts wird dem Konzessionär die Grundlage für den Fortbestand seines Eigentums entzogen. Diese

---

<sup>37</sup> Vgl. Netznutzungsmodell für das Schweizerische Verteilnetz, NNMV-CH, Ausgabe 2007, Ziff. 7.3.

rechtliche Schwebesituation ist aufzulösen und Eigentum und Nutzungsrecht am öffentlichen Grund sind wieder in einer Person zu vereinigen.<sup>38</sup>

- 60 Dies kann einerseits dadurch geschehen, dass das Gemeinwesen dem Konzessionär erneut eine Sondernutzungskonzession erteilt oder dass sich der Konzessionär und Eigentümer das Nutzungsrecht am öffentlichen Grund auf dem Enteignungsweg vom Gemeinwesen einräumen lässt<sup>39</sup>.
- 61 Andererseits können sich Gemeinwesen und Konzessionär im Sondernutzungsvertrag einigen, dass die vom Konzessionär errichteten Anlagen nach Ablauf der Konzession ins Eigentum des Gemeinwesens übergehen (sog. Heimfall<sup>40</sup>). Für diesen Eigentumsübergang ist regelmässig eine angemessene Entschädigung geschuldet, was sich bereits aus der Eigentumsgarantie von Art. 26 BV ergibt.
- 62 Ein Eigentumsübergang auf das Gemeinwesen nach Ablauf der Sondernutzungskonzession ist in folgenden Fällen sinnvoll bzw. gesetzlich ausdrücklich vorgesehen:
- **Bei Wassernutzungskonzessionen:** Gemäss Art. 67 des Wasserrechtsgesetzes<sup>41</sup> (WRG) ist das Gemeinwesen befugt beim Erlöschen der Konzession die Anlagen zum Stauen, Fassen, Zu- und Ableiten ("nasse Anlageteile") unentgeltlich und die Anlagen zur Erzeugung und Fortleitung elektrischer Energie gegen ein billiges Entgelt zu übernehmen.
  - **Bei Überlassen eines vom Gemeinwesen errichteten Wirtschaftsgutes:** Dieser Fall kann beispielsweise vorliegen, wenn sich eine Gemeinde entschliesst, den Betrieb *des von ihr errichteten* Stromnetzes auf einen Konzessionär auszulagern und diesem für die Dauer der Konzession das Eigentum am Netz überlässt.
- 63 Die Ratio des Eigentumsübergangs ist in diesen Fällen, dass das Gemeinwesen dem Konzessionär ein vom Gemeinwesen geschaffenes bzw. dem Gemeinwesen von Gesetzes wegen zustehendes Wirtschaftsgut überlassen hat, das nach Ablauf der Konzession auf das Gemeinwesen zurück übertragen werden soll.
- 64 Konzessionär und Gemeinwesen können im Konzessionsvertrag prinzipiell auch in anderen als den genannten Fällen einen Übergang der al-

---

<sup>38</sup> So auch TOMAS POLEND, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, 1994, S. 254 f.

<sup>39</sup> Zum Enteignungsrecht des Elektrizitätsunternehmens gestützt auf Art. 43 Abs. 1 EleG vgl. oben, Rz. 28.

<sup>40</sup> Vgl. dazu TOMAS POLEND, S. 254 ff.

<sup>41</sup> SR 721.80.

lein vom Konzessionär finanzierten Anlagen auf das Gemeinwesen vor-  
sehen. Dies setzt jedoch voraus:

- dass der Eigentumsübergang bei Ablauf der Konzession von Anfang an **vereinbart** wurde; eine einseitige Anordnung des Eigentumsübergangs durch das Gemeinwesen würde das Eigentumsrecht des Konzessionärs verletzen (Art. 26 BV);
- dass das Gemeinwesen eine volle **Entschädigung** für die zu übertragenden Anlagen bezahlt.

## 2. Beurteilung des konkreten Falls

65 Gemäss Ziff. 4 E-KV bleiben sämtliche auf öffentlichem Grund und Boden der Gemeinde erstellten elektrischen Verteilanlagen der CKW auch nach Ablauf des Konzessionsvertrages in deren Eigentum.

66 Diese Bestimmung stimmt inhaltlich mit Art. 2 Abs. 3 des alten Musterkonzessionsvertrages zwischen der CKW und den Gemeinden überein, der ebenfalls festlegt, dass die Verteilanlagen nach Ablauf des Vertrages im Eigentum der CKW bleiben.

67 Ein Eigentumsübergang (Heimfall) auf die Gemeinde ist also im E-KV nicht vorgesehen. Das ist im vorliegenden Fall sachgerecht:

- Die Anlagen der CKW im Gebiet der Gemeinden wurden in der Vergangenheit von CKW auf ihre Kosten und auf ihr wirtschaftliches Risiko errichtet. Es liegt damit keiner der oben aufgeführten Fälle vor, in denen die Gemeinde der CKW ein von ihr geschaffenes Wirtschaftsgut (Stromnetz) zur Nutzung überlassen hätte.
- Eine Heimfallklausel wurde in der Vergangenheit nie vereinbart. Bereits der bisherige Vertrag bestimmt, dass das Eigentum bei der CKW verbleibt. Es besteht damit keine rechtliche Grundlage für die Einführung einer Heimfall- oder Eigentumsübertragungsklausel. Eine solche Klausel würde in der gegebenen Situation gegen das Eigentumsrecht der CKW verstossen und würde in jedem Fall eine volle Entschädigungspflicht des Gemeinwesens auslösen.

68 Wir erachten das Fehlen einer Heimfallklausel aus den genannten Gründen für folgerichtig. Es entspricht im Übrigen der gängigen Praxis, dass die elektrischen Netze nach Ablauf der Sondernutzungskonzessionen beim Konzessionär verbleibt. Ein Anspruch auf eine Heimfallklausel lässt sich rechtlich nicht begründen.

**C. Rechtsnachfolgeklausel (Art. 8)**

- 69 Gemäss Ziff. 8 E-KV kann CKW den Konzessionsvertrag nur mit Zustimmung der Gemeinde an einen Dritten übertragen. Die Gemeinde wird der Übertragung zustimmen, wenn ihr der Dritte Gewähr bietet, die vertraglichen Bedingungen zu erfüllen.
- 70 Diese Klausel ist einschränkender als die entsprechende Klausel im alten Musterkonzessionsvertrag, der in Art. 11 keinen Bewilligungsvorbehalt der Gemeinde enthielt, sondern lediglich vorsah, dass CKW berechtigt und verpflichtet ist, den Vertrag auf einen allfälligen Rechtsnachfolger mit allen Rechten und Pflichten zu übertragen.
- 71 Die neue Klausel soll es der CKW ermöglichen, das von ihr errichtete Netz oder Teile davon auf einen Dritten zu übertragen. Gleichzeitig soll die Gemeinde ein Vetorecht erhalten, falls der Übernehmer ihr keine Gewähr bietet, dass er die vertraglichen Pflichten erfüllen wird.
- 72 Diese Regelung entspricht dem heute gängigen Standard. Sie ist insofern sachgerecht, als im Bereich der Stromnetze zurzeit ein starker Umstrukturierungsprozess im Gange ist. Dieser Umstrukturierungsbedarf ergibt sich einerseits aus den neuen Entflechtungs-Vorschriften des StromVG, die einzelne Energieunternehmen veranlassen, ihre Netzbereiche rechtlich auszulagern bzw. ganz zu veräussern. Andererseits besteht ein Bedarf, historisch gewachsene Netzstrukturen auf ihre Effizienz zu überprüfen und nötigenfalls zu bereinigen.
- 73 Diese Prozesse sollten im Interesse günstiger Netznutzungspreise grundsätzlich nicht behindert werden, weshalb eine Klausel, welche die Übertragung des Netzeigentums auf einen Dritten zulässt, unseres Erachtens sinnvoll ist.
- 74 Umgekehrt ist den berechtigten Interessen der Gemeinde an der korrekten Erfüllung des Konzessionsvertrages Rechnung zu tragen. Dies geschieht durch den im E-KV vorgesehenen Bewilligungsvorbehalt. Es ist indessen sachgerecht, dass die Gemeinde die Zustimmung nicht willkürlich, sondern nur dann verweigern darf, wenn der neue Konzessionär keine Gewähr bietet, dass er den Pflichten aus dem Konzessionsvertrag nachkommen wird. So wie Ziff. 8 E-KV formuliert ist, obliegt der Nachweis, dass der Nachfolger Gewähr für die ordentliche Vertragserfüllung bietet, bei CKW bzw. dem Rechtsnachfolger. Die Gemeinde dürfte zudem bei ihrer Prüfung einen gewissen Ermessensspielraum geniessen.
- 75 Zu beachten ist schliesslich, dass die Interessen der Gemeinde heute bereits durch das StromVG weitgehend geschützt werden. Denn der neue Konzessionär wird als neuer Netzbetreiber automatisch von Gesetzes wegen alle im StromVG vorgesehenen Pflichten übernehmen

müssen. Es betrifft dies die Pflichten zum Unterhalt und Ausbau der Netze ebenso wie die Grundversorgungspflichten zugunsten der Endverbraucher. Der neue Netzbetreiber steht diesbezüglich unter der Aufsicht der ElCom, die nötigenfalls sämtliche verwaltungsrechtlichen Mittel besitzt, um bei einer Vernachlässigung der Netzbetreiberpflichten einzugreifen (vgl. oben, Rz. 12 und 14).

76 Wir erachten daher die Rechtsnachfolgeklausel in der Form von Ziff. 8 E-KV für sachgerecht und sinnvoll.

## **VI. GESAMTZUSAMMENFASSUNG / ERGEBNIS**

77 Die Aufgabe des vorliegenden Gutachtens ist es, den E-KV darauf hin zu überprüfen, ob er insgesamt und in Bezug auf ausgewählte Aspekte mit den anwendbaren gesetzlichen Vorgaben im Einklang steht, sachgerecht und ausgewogen ist.

78 Die Untersuchung hat zu folgendem Ergebnis geführt:

- Der E-KV entspricht den wesentlichen rechtlichen Vorgaben des Bundesrechts, namentlich des StromVG, des EnG und des EleG; insbesondere ist die Konzessionsgebühr mit den Vorgaben des StromVG systemkonform und sind die der CKW auferlegten Pflichten mit dem StromVG vereinbar;
- der E-KV regelt alle wesentlichen Punkte, die unter den heutigen bundesrechtlichen Rahmenbedingungen in einem Sondernutzungskonzessionsvertrag für die Errichtung elektrischer Netze geregelt sein müssen;
- der E-KV ist unseres Erachtens insgesamt sachgerecht und ausgewogen; er entspricht dem heute üblichen Stand für derartige Sondernutzungskonzessionsverträge;
- die Dauer der Konzessionserteilung von 25 Jahren ist unseres Erachtens angesichts der auf dem Spiel stehenden Investitions- und Rechtssicherheitsinteressen eher kurz, lässt sich jedoch vertreten;
- da die Anlagen der CKW in der Vergangenheit von dieser selbst finanziert wurden, und da in der Vergangenheit kein Heimfall von Anlagen vereinbart wurden, besteht keine rechtliche Grundlage für die Aufnahme einer neuen Heimfallklausel in den E-KV;
- die Übertragbarkeit der Konzession ist sachlich gerechtfertigt; dem Interesse der Gemeinden an der Erfüllung der konzessionsvertraglichen Pflichten wird mit dem (eingeschränkten) Vetorecht angemessen Rechnung getragen.

VISCHER

Zürich, 3. Juni 2009

Dr. Stefan Rechsteiner

Michael Waldner

\* \* \* \* \*

## **VII. LITERATURVERZEICHNIS**

BAUDEPARTEMENT DES KANTONS LUZERN, Erläuterungen zum Strassenverkehrsgesetz (StrG) vom 21. März 1995, 1997

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich 2006

JAGMETTI RICCARDO, Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. VII, Basel 2005

POLENDAS TOMAS, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994

RECHSTEINER STEFAN / WALDNER MICHAEL, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP/PJA 2007, 1288 ff.

VERBAND SCHWEIZERISCHER ELEKTRIZITÄTSUNTERNEHMEN VSE, Netznutzungsmodelle für das Schweizerische Verteilnetz, NNMV-CH, Ausgabe 2007

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

WEBER ROLF H. / KRATZ BRIGITTA, Elektrizitätsmarktrecht, Bern 2005

### **VIII. MATERIALIEN**

- |                   |   |
|-------------------|---|
| BBl 1999 7370 ff. | Botschaft zum Elektrizitätsmarktgesetz vom vom 7. Juni 1999 (99.055)  |
| BBl 1999 7469 ff. | Entwurf Elektrizitätsmarktgesetz (EMG)  |
| BBl 2005 1611 ff. | Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetzes vom 3. Dezember 2004 (04.083) |

**IX. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CKW	Centralschweizerische Kraftwerke AG
E-KV	Entwurf Konzessionsvertrag
EiCom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
EleG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (SR 734.0)
EMG	Elektrizitätsmarktgesetz vom 15. Dezember 2000
EnG	Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (SR 730.0)
EnV	Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 730.01)
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (SR 711)
f./ff.	und folgende Seite(n)
Fn.	Fussnote
GG	Gemeindegesezt des Kantons Luzern (SRL 735)
KEV	Kostendeckende Einspeisevergütung
kWh	Kilowattstunde
lit.	littera
MKF	Mehrkostenfinanzierung
MWh	Megawattstunde
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
NE	Netzebene

VISCHER

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 (BBl 2007 2335 ff.)
StromVV	Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (SR 734.71)
VLG	Verband Luzerner Gemeinden
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80)
Ziff.	Ziffer

\* \* \* \* \*