

Urteilstkopf

144 III 111

13. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_305/2017 vom 18. Januar 2018

Regeste (de):

Art. 1 lit. a ZPO; Elektrizitätsversorgung; Qualifikation als zivil- oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Bestimmung der Rechtsnatur des Netzanschlussverhältnisses im Rahmen des Stromversorgungsgesetzes (E. 5.1-5.3).

Regeste (fr):

Art. 1 let. a CPC; approvisionnement en électricité; affaire de droit civil ou de droit public?

Détermination de la nature juridique de la relation portant sur le raccordement au réseau dans le cadre de la loi sur l'approvisionnement en électricité (consid. 5.1-5.3).

Regesto (it):

Art. 1 lett. a CPC; approvvigionamento di energia elettrica; controversia di diritto civile o di diritto pubblico?

Determinazione della natura giuridica della relazione concernente l'allacciamento alla rete elettrica nel quadro della legge sull'approvvigionamento elettrico (consid. 5.1-5.3).

Sachverhalt ab Seite 111

BGE 144 III 111 S. 111

Die B. AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin) betreibt ein Verteilnetz, über welches Abnehmer mit Elektrizität beliefert werden. Die A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) ist als Endverbraucherin an dieses Verteilnetz angeschlossen. Das Netzanschlussverhältnis der Parteien wurde seit 1967 durch sich ablösende Netzanschlussverträge geregelt, zuletzt durch den Netzanschlussvertrag vom 6. März 2007. In diesem belief sich die bezugsberechtigte Leistung, die zuvor sukzessive erhöht wurde und wofür die Beklagte jeweils ein Entgelt entrichtete, auf 1'850 Kilovoltampere (kVA). Am 1. Januar 2008 trat das Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) grösstenteils in Kraft.

BGE 144 III 111 S. 112

Die Beklagte bezog später eine grössere Leistung als die im Netzanschlussvertrag vorgesehenen 1'850 kVA. Ausgehend von einer Erhöhung der bezugsberechtigten Leistung auf 3'100 kVA forderte die Klägerin einen einmaligen "Netzkostenbeitrag" von Fr. 135'000.-, was die Beklagte jedoch verweigerte. Bis Ende 2013 war die Beklagte eine marktzugangsberechtigte Endverbraucherin, die auf den Netzzugang verzichtete; sie war al-

so bis dahin eine Endverbraucherin im Bereich der Grundversorgung (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Auf Anfang 2014 machte sie von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch (Art. 13 Abs. 1 StromVG). Seither bezieht sie ihre Elektrizität nicht mehr von der Klägerin, sondern von einer anderen Lieferantin. Die angerufenen kantonalen Zivilgerichte erachteten die Streitigkeit um den einmaligen Netzkostenbeitrag als zivilrechtlicher Natur und hiessen die Klage gut. Das Bundesgericht beurteilt das strittige Netzanschlussverhältnis als öffentlich-rechtlich, hebt den Entscheid der Vorinstanz auf und tritt auf die Klage nicht ein. (Zusammenfassung)

## Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Das StromVG bezweckt, die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung und einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen. Wesentliches Element ist dabei die Entflechtung von Netzbetrieb und Elektrizitätsproduktion (Art. 10 ff. StromVG), was erst einen diskriminierungsfreien Netzzugang erlaubt. Das Gesetz legt abschliessend fest, welche Komponenten der Strompreis für den Endverbraucher enthalten darf, nämlich (1) die anrechenbaren Kosten für die Netznutzung, (2) die Kosten für die Energielieferung sowie (3) die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen (BGE 138 I 454 E. 3.6.3 S. 463 f.). Damit wird im StromVG zwischen dem Netznutzungsverhältnis einerseits und dem Energielieferungsverhältnis andererseits unterschieden. Was in diesem Zusammenhang genau unter Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen (i.S.v. Art. 14 Abs. 1 StromVG) zu verstehen ist, insbesondere ob und unter welchen Voraussetzungen Netzanschluss- und Netzkostenbeiträge darunter zu subsumieren sein könnten (siehe zur Thematik etwa DANIELA WYSS, Tarife in der Stromversorgung, in: Kausalabgaben, Häner/Waldmann [Hrsg.], 2015, S. 208-211, auch 215;

BGE 144 III 111 S. 113

dieselbe, in: Kommentar zum Energierecht, Bd. I, 2016, N. 12 zu Art. 22 StromVG), interessiert vorliegend nicht und auf den diesbezüglichen Disput der Parteien braucht nicht eingegangen zu werden; relevant ist hier einzig die Abgrenzung zwischen Zivil- und öffentlichem Recht. Im (Verteil-)Netznutzungsverhältnis ist die Obergrenze des Entgelts für die Netznutzung bundesrechtlich vorgegeben und diese Entgelte unterliegen der Regulierung durch die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom). Dieses Verhältnis ist jedenfalls im Bereich der Grundversorgung (Art. 6 Abs. 1 StromVG) als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren (Urteil 4A\_582/2014 vom 17. April 2015 E. 3 in fine, wo im Bereich der Grundversorgung nicht zwischen Netznutzungs- und Energielieferungsverhältnis differenziert wird; PHYLLIS SCHOLL, Rechtsnatur des Stromlieferungsvertrags, Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar [dRSK]26. April 2016 Rz. 12, bezeichnet diese Einordnung als plausibel, auch wenn sie diese Verträge in einer früheren Publikation als privatrechtlich einstufte, vgl. dieselbe, Elektrizität, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 519 f. Rz. 13.32). Zur Qualifikation dieses Verhältnisses ausserhalb der Grundversorgung brauchte sich das Bundesgericht bislang noch nicht abschliessend zu äussern (vgl. aber immerhin Urteile 2C\_300/2014 vom 9. Februar 2015 E. 1.4.3, nicht publ. in: BGE 141 II 141; 2C\_857/2014 vom 16. Juli 2015 E. 5.3 f.; 2C\_12/2016 vom 16. August 2016 E. 3.3.2 und 3.3.3; jeweils e contrario). Denn aufgrund der gesetzlichen Bestimmung, wonach Streitigkeiten über den Netzzugang, die Netznutzungsbedingungen sowie die Netznutzungstarife und -entgelte von der ElCom zu entscheiden sind (Art. 22 Abs. 2 lit. a StromVG), stellen sich regelmässig keine Fragen über den zu beschreitenden Rechtsweg und anderweitig war diese Qualifikation bislang noch nicht von Relevanz. Beim Energielieferungsverhältnis ist

zu unterscheiden: Bei freier Wahl des Lieferanten, wenn also ein Recht auf Netzzugang besteht (Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG e contrario) und davon auch Gebrauch gemacht wurde (Art. 13 Abs. 1 StromVG), untersteht das Verhältnis nicht mehr der Grundversorgung, die Preise sind verhandelbar - die Beziehung ist diesfalls als zivilrechtliche einzustufen (BGE 142 II 451 E. 4.2.1 S. 464 f.; BGE 138 I 454 E. 3.6.3 S. 463; Urteil 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 E. 3.3). Im Bereich der Grundversorgung (Art. 6 Abs. 1 StromVG), also insbesondere bei festen Endverbrauchern, ist

#### BGE 144 III 111 S. 114

der Stromtarif hingegen im StromVG vorgegeben - er muss "angemessen" sein - und wird von der ElCom reguliert (BGE 142 II 451 E. 4 S. 464 ff.). Die Energielieferungsverhältnisse im Bereich der Grundversorgung wurden im zit. Urteil 4A\_582/2014 als öffentlich-rechtlich eingestuft (siehe auch BGE 142 II 451 E. 4.2.1 S. 464; zit. Urteil 2C\_12/2016 E. 3.3.2). Vorliegend geht es allerdings weder um das Netznutzungsverhältnis noch um das Energielieferungsverhältnis, sondern um das Netzanschlussverhältnis (diese drei Verhältnisse unterscheidend auch etwa SCHOLL, a.a.O., S. 518 f. Rz. 13.29; ebenso bereits bezüglich des abgelehnten Elektrizitätsmarktgesetzes BRIGITTA KRATZ, Zu den Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden - eine Momentanaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage, AJP 2003 S. 347).

5.2 Ein Netzanschluss ist faktisch Voraussetzung dafür, dass das Elektrizitätsnetz (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a StromVG) überhaupt genutzt und Strom darüber bezogen werden kann (KRATZ, a.a.O., S. 344; JÄGER/SCHNEIDER, in: Kommentar zum Energierecht, Bd. I, 2016, N. 26 zu Art. 5 StromVG). Mit anderen Worten können in der Praxis Netznutzungs- und Energielieferungsverhältnisse regelmässig nicht ohne die diesen vorgelagerten Netzanschlussverhältnisse bestehen. Den Netzanschluss rechtlich sicherzustellen, ist daher ein wesentlicher Bestandteil der Grundversorgung, worunter im betroffenen Gebiet insbesondere das Anschlussrecht der Endverbraucher an das Elektrizitätsnetz zu angemessenen Preisen verstanden wird (Botschaft vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2005 1644 Ziff. 2.2.2.1 i.V.m. 1618 Ziff. 1.2.2). Aus diesem Grund haben die Kantone den auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreibern Netzgebiete zuzuteilen, wobei sie diese Zuteilung zusätzlich mit Leistungsaufträgen verbinden können (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Art. 5 Abs. 2 StromVG verpflichtet die Netzbetreiber, in dem ihnen zugeteilten Netzgebiet alle Endverbraucher innerhalb der Bauzone, die ganzjährig bewohnten Liegenschaften und Siedlungen ausserhalb der Bauzone sowie alle Elektrizitätserzeuger an ihr Netz anzuschliessen. Diese von den Netzbetreibern zu erfüllende Anschlussgarantie kann von den Kantonen zudem auf Endverbraucher ausserhalb des Netzgebiets ausgedehnt werden (Art. 5 Abs. 3 StromVG). Weiter werden die Kantone ermächtigt, Bestimmungen über Anschlüsse ausserhalb der Bauzone

#### BGE 144 III 111 S. 115

sowie über deren Bedingungen und Kosten zu erlassen (Art. 5 Abs. 4 StromVG). Dies soll ihnen ermöglichen, zu verhindern, dass der Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs durch prohibitiv hohe Anschlusskosten unterlaufen wird (BBl 2005 1645 Ziff. 2.2.2.1). Die Grundversorgung mit Elektrizität ist Teil des "Service public" (BBl 2005 1618 Ziff. 1.2.2; SCHOLL, a.a.O., S. 515 f. Rz. 13.17). Der Bundesrat hat im Einklang damit denn auch die notwendigen Massnahmen zu treffen, wenn die sichere und erschwingliche Versorgung mit Elektrizität im Inland gefährdet sein sollte (Art. 9 StromVG). Netzanschlüsse und damit auch Netzanschlussverhältnisse sind unabdingbar, um die Grundversorgung der von dieser erfassten Endverbraucher (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG) zu gewährleisten. Konsequenterweise verpflichtet das StromVG die Netzbetrei-

ber in den in Art. 5 Abs. 2-4 StromVG (gegebenenfalls i.V.m. kantonalem Recht) genannten Fällen, solche Netzanschlussverhältnisse einzugehen; die Netzbetreiber unterliegen also einem Kontrahierungszwang. Dass die Grundversorgung mit Elektrizität und infolgedessen auch die Netzanschlussverhältnisse in diesem Bereich öffentlichen Interessen dienen und damit öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, bedarf keiner weiteren Worte. Dass § 6 Abs. 1 des kantonalen Stromversorgungsgesetzes [des Kantons Luzern] vom 12. Dezember 2011 (SRL 772; nachfolgend: kStromVG) dem Netzbetreiber in seinem Netzgebiet das ausschliessliche Anschlussrecht einräumt (siehe dazu auch Botschaft vom 24. Mai 2011 zu den Entwürfen eines Kantonalen Stromversorgungsgesetzes und eines Kantonsratsbeschlusses über die Volksinitiative "Für tiefere Strompreise und sichere Arbeitsplätze", ad § 6 kStromVG), dessen natürlichem Monopol also gar ausdrücklich ein rechtliches zur Seite stellt (was im StromVG nach BGE 141 II 141 E. 4.4 S. 152 f. nicht der Fall ist; kritisch dazu KATHRIN S. FÖHSE, Die Leiden der jungen Strommarktordnung - aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung, recht 2015 S. 140 ff.), bekräftigt zusätzlich, dass mit dem Netzanschluss öffentliche Interessen und Aufgaben verfolgt werden. Für die vorzunehmende Qualifikation ist diese kantonale rechtliche Regelung aber nicht entscheidend, weshalb es sich erübrigt, näher darauf einzugehen und insbesondere deren Zulässigkeit im Hinblick auf die nachträgliche derogatorische Kompetenz des Bundes in diesem Bereich und auch

BGE 144 III 111 S. 116

mit Blick auf Art. 94 Abs. 4 BV zu prüfen (kantonale Anschlusspflichten als bundesrechtswidrig erachtend etwa JÄGER/SCHEIDEGGER, a.a.O., N. 28 zu Art. 5 StromVG Fn. 50). Netzanschlussverhältnisse im Bereich der Grundversorgung mit Elektrizität sind nach dem Gesagten - ebenso wie die ihnen nachgelagerten Netznutzungs- und Energielieferungsverhältnisse (vgl. E. 5.1 hiavor) - als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Im Gegensatz zu anderen Branchen, in denen es ebenfalls um die Sicherstellung von Grundversorgung geht, besteht hier keine spezialgesetzliche Vorschrift, die Streitigkeiten darüber der Zivilgerichtsbarkeit unterwerfen würde (vgl. für Fernmeldedienste Art. 14 ff. des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG; SR 784.10] i.V.m. Art. 18 f. des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes [TUG; SR 784.11] und für Postdienste Art. 13 ff. des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 [PG; SR 783.0] i.V.m. Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post [POG; SR 783.1]).

5.3 Zu prüfen bleibt, ob sich die Rechtsnatur des umstrittenen Netzanschlussverhältnisses änderte, weil die Beschwerdeführerin - noch bevor die Beschwerdegegnerin ihre Klage einreichte - ihr Recht auf Netzzugang ausübte und deshalb seither keine Endverbraucherin im Bereich der Grundversorgung mehr ist. Um ihren Energielieferanten tatsächlich frei wählen zu können, sind marktzugangsberechtigte Endverbraucher, die von diesem Recht Gebrauch machen, auf (diskriminierungsfreien) Netzzugang angewiesen, besteht doch für das elektrische Leitungsnetz ein natürliches Monopol der Netzbetreiber (zit. Urteil 2C\_12/2016 E. 3.3). Die Entflechtung von Netzbetrieb und Elektrizitätsproduktion ist entsprechend ein wesentliches Element, um einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen, wie dies das Stromversorgungsgesetz gemäss Art. 1 Abs. 1 bezweckt (BGE 138 I 454 E. 3.6.3 S. 463). Dank nationalem Wettbewerb soll einerseits Druck auf die Strompreise ausgeübt, andererseits die Innovation in der Elektrizitätsbranche und das Wachstum der gesamten Schweizer Wirtschaft begünstigt werden (BB1 2005 1642 Ziff. 2.2.1). Zu den netzseitigen Voraussetzungen, damit der freie Strommarkt in der Praxis funktionieren kann, gehört, dass das Gesetz die Verteilnetzbetreiber verpflichtet, Endverbraucher und Elektrizitätserzeuger erstens an das Netz anzuschliessen und ihnen (mit Ausnahme der festen Endverbraucher) zweitens

den Netzzugang zu gewähren, d.h. ein Netznutzungsverhältnis einzugehen (BGE 143 I 395 E. 4.2). Die rechtlichen Grundlagen dafür hat der Gesetzgeber mit Art. 5 und 13 StromVG geschaffen. Die Anschlussgarantie nach Art. 5 Abs. 2 StromVG und ebenso die entsprechenden Netzanschlussverhältnisse dienen demnach (ausser bezüglich der festen Endverbraucher) auch der Verwirklichung des mit dem StromVG angestrebten Zwecks, einen wettbewerbsorientierten Strommarkt zu schaffen. Mit der Realisierung einer bestimmten Wirtschaftsordnung im Bereich der Energieversorgung werden letztlich überindividuelle, öffentliche Interessen verfolgt, weshalb Netzanschlussverhältnisse im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 StromVG ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur sind. Dass das Grundstück der Beschwerdeführerin innerhalb der Bauzone liegt und infolgedessen von der Anschlussgarantie nach Art. 5 Abs. 2 StromVG erfasst wird, ist unbestritten.