

Neues Beschaffungsrecht fordert Energieversorger in vielerlei Hinsicht – nicht nur in der Strombeschaffung

Auswirkungen des revidierten Beschaffungsrecht

Markus Flatt Dr. oec. HSG, geschäftsführender Partner
EVU Partners, Aarau, markus.flatt@evupartners.ch
Datum: 30. April 2021

Lead

Das revidierte Beschaffungsrecht stellt die Energieversorger vor Herausforderungen. Neu ist nicht nur die Beschaffung für die Grundversorgung nach Art. 6 StromVG vom Beschaffungsrecht erfasst. Das Beschaffungsrecht bzw. dessen Auslegung führt auch zu möglichen Einschränkungen bei Netzübertragungen sowie im Kontext von Konzernstrukturen. Dabei zeigt sich, dass dem Schweizer Recht für den Energiesektor wichtige Ausnahmebestimmungen im Vergleich zum EU-Recht fehlen. Es bleibt zu hoffen, dass die Auslegung der bestehenden Ausnahmebestimmung im Sinne der betroffenen Unternehmen erfolgt und das Schweizer Recht bei nächster Gelegenheit entsprechend nachgebessert wird. Im Rahmen der vollständigen Strommarktöffnung wäre ein «Ausklinken» des ganzen Sektors im Sinne von Art. 7 BÖB zu prüfen.

1. Einleitung

Per 1. Januar 2021 ist in der Schweiz das revidierte Beschaffungsrecht auf Stufe Bund in Kraft getreten.¹ Gleichzeitig befindet sich die revidierte, interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in den meisten Kantonen in der Einführung.² In diesem Rahmen wurde auch das Binnenmarktgesetz (BGBM) per 1. Januar 2021 angepasst. Alle diese Bestimmungen zusammen definieren das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz weitgehend. Die kantonalen Gesetze und Verordnungen präzisieren diese in der Regel nur noch (inkl. den massgeblichen Schwellenwerten). Die Regelungen in den revidierten Fassungen des BÖB, der IVöB 2019 und des BGBM stimmen nun weitgehend überein.³ Art. 5 BGBM enthält Mindeststandards für öffentliche Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler oder

¹ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21.6.2019 (BöB; SR 172.056.1) sowie Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12.1.2020 (VöB; SR 172.056.11).

² Bspw. wurde im Kanton Aargau die IVöB vom Grossen Rat am 23. März 2021 verabschiedet.

³ So auch WEKO (2021) Binnenmarktrechtliche Empfehlung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen, Rz. 5.

kommunaler Aufgaben. Dazu gehören auch Netzbetreiber und Energieversorger. So gelten Netzbetreiber unabhängig ihrer Rechtsform und Eigentümerschaft im Sinne des revidierten Beschaffungsrechts als Unternehmen, welche «öffentliche Dienstleistungen» erbringen und mit «ausschliesslichen oder besonderen Rechten» im Bereich des Netzbetriebes ausgestattet sind.⁴ Sie gelten damit als sog. ausschreibepflichtige Sektorauftraggeber. Damit sind sowohl integrierte Energieversorger als auch Netzgesellschaften subjektiv dem öffentlichen Beschaffungsrecht hinsichtlich der Bereitstellung oder dem Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, der Fortleitung oder der Verteilung von elektrischer Energie oder Versorgung dieser Netze mit elektrischer Energie unterstellt.⁵ Gleiches gilt sinngemäss auch für Wasser-, Gas- und Wärmeversorger.⁶

Aufgrund dieser subjektiven Unterstellung der Energieversorger und Netzbetreiber ist der objektive Geltungsbereich inkl. der Bestimmung des Auftragswertes und der Schwellenwerte für die jeweiligen Verfahrensarten von Bedeutung. Gemäss dem objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts werden Beschaffungen in den Bereichen Bau, Warenlieferungen und Dienstleistungen erfasst. Je nach Leistungsart und abhängig vom Staatsvertragsbereich gelten unterschiedliche Schwellenwerte für die Verfahrensart. Anhang 4 des BöB bzw. Anhang 2 der IVöB nennt die massgeblichen Schwellenwerte im und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs sowie die jeweils anwendbaren Verfahren. So sind bspw. für Stromnetzbetreiber als Sektorunternehmen Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich ab CHF 700'000 öffentlich auszuschreiben. Gemäss der für die Verteilnetzbetreiber massgeblichen kantonalen Beschaffungsgesetze, welche sich künftig an der revidierten IVöB zu orientieren haben, liegen die Schwellenwerte für Dienstleistungen ausserhalb des Staatsvertragsbereiches jedoch deutlich tiefer bei CHF 250'000 für offene und selektive Verfahren und CHF 150'000 für Einladungsverfahren. Aufträge unterhalb von CHF 150'000 können freihändig erteilt werden. Zu beachten ist dabei, dass der jeweilige Auftragswert nach den Bestimmungen von Art. 15 BöB bzw. Art. 15 IVöB sich über die Vertragslaufzeit bzw. bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit über vier Jahre errechnet.

Eine generelle Freistellung vom Beschaffungsrecht wäre nach Art. 7 BöB mit einem sog. «Ausklinken» des Stromsektors im Kontext der Strommarktliberalisierung denkbar. Voraussetzung dazu ist ein wirksamer Wettbewerb und eine entsprechende Verordnung des Bundesrates auf Antrag hin.

Neben der Beschaffung von Strom für die Wahrnehmung der Aufgabe als Grundversorger nach Art. 6 Stromversorgungsgesetz (StromVG), stellen sich im Rahmen der strukturellen Weiterentwicklung des Sektors auch beschaffungsrechtliche Fragen im Zusammenhang bei Übertragungen oder im Zusammenhang mit Konzernstrukturen. Der vorliegende Artikel beleuchtet vor diesem Hintergrund die beschaffungsrechtlichen Aspekte in Bezug auf die Übertragung der Aufgabe des Netzbetreibers im Sinne des StromVG, Leistungen im Konzernverbund sowie im Hinblick auf die Strombeschaffung.

2. Übertragung der Aufgabe des Netzbetriebs

Art. 9 des BöB bzw. Art. 9 der IVöB unterstellt die Übertragung öffentlicher Aufgaben im Grundsatz unter das Beschaffungsrecht. So gilt die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession als öffentlicher Auftrag, wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen diesem Grundsatz jedoch vor. Weiter gibt Art. 2 Abs. 7 des BGBM vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonalen und kommunalen Monopole auf Private auf

⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. b. BöB bzw. Art. 4 Abs. 2 lit. b. IVöB.

⁵ Gemäss Art. 4 Abs. 3 BöB bzw. Art. 4 Abs. 3 IVöB, jedoch nicht für Beschaffungen ausserhalb dieser Sektordefinition.

⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. a BöB bzw. 4 Abs. 2 lit. a IVöB (Trinkwasser) sowie Art. 4 Abs. 2 lit. g BöB bzw. Art. 4 Abs. 2 lit. g IVöB (Gas- und Wärme).

dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf.

Im StromVG hat der Gesetzgeber mit Art. 3a StromVG als *lex specialis* demgegenüber eine Ausnahmebestimmung geschaffen: Kantone und die Gemeinden können Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz, insbesondere das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens, ohne Ausschreibung erteilen. Sie müssen jedoch ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren gewährleisten. Inwiefern diese Ausnahme auch für die Übertragung von einem Energieversorgern auf eine rechtlich getrennte Netzgesellschaft oder auf ein anderes Energieversorgungsunternehmen (z.B. im Rahmen einer Fusion) gilt, bleibt zumindest aufgrund des Wortlauts offen. Während die Zuweisung des Netzgebietes und damit des Netzbetreiberstatus im Sinne von Art. 5 Abs. 1 StromVG durch den Kanton abgedeckt sein sollte, ist die eigentliche Aufgabenübertragung auslegungsbedürftig.

In einem Verfahren vor Bundesgericht zwischen einer Solothurn Einwohnergemeinde als Verpächterin und einem integrierten Energieversorger als möglicher Pächter hielt die WEKO fest, dass entgegen des erstinstanzlichen Urteils des Solothurner Verwaltungsgerichts die Vergabe einer Netzpacht durch die in diesem Fall betroffene Gemeinde dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht.⁷ Insbesondere lehnte die WEKO in diesem Fall die Anwendung von Art. 3a StromVG explizit ab, wenn das Gemeinwesen lediglich bestimmte Tätigkeiten im Kontext mit dem Netzbau, Netzbetrieb und Unterhalt sowie der Energieversorgung (bspw. aus Kosten- und Effizienzgründen) zeitlich befristet an einen Dritten auslagert, ohne dass das ausschliessliche Recht zur Nutzung des öffentlichen Grundes übertragen wird. In diesem Fall wird aus ihrer Sicht keine Konzession erteilt, sondern es kommt vielmehr ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag zwischen dem Gemeinwesen und dem Dritten zu Stande, der hinsichtlich der Ausschreibungspflicht und des massgeblichen Verfahrens nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts zu beurteilen ist.⁸ Das Bundesgericht selber liess in seinem Urteil diese Frage unbeantwortet. Es hielt aber fest, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Verpachtung oder Konzessionierung eines kommunalen Stromleitungsnetzes in den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen und die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 9 Abs. 1 BGBM Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung haben könnte.⁹

Dieser Beurteilung wäre zumindest für Pachtmodelle ab dem 1. Januar 2021 die Ausnahmebestimmung gemäss revidiertem Art. 10 Abs. 1 lit. b BÖB bzw. Art. 10 Abs. 1 lit. b IVÖB entgegenzuhalten. So findet das BÖB bzw. die IVÖB keine Anwendung auf den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, Bauten und Anlagen sowie der entsprechenden Rechte daran. Inwiefern diese Ausnahmebestimmung jedoch auch für die Verpachtung seitens Gemeinden oder von Unternehmen gilt, ist weiterhin auslegungsbedürftig. Eine Auslegung, wonach auch die Verpachtung von Verteilnetzanlagen im Grundsatz vom Beschaffungsrecht ausgenommen ist, wäre dabei sehr zu begrüssen. Dies würde auch vergleichbarem europäischem Recht entsprechen. So führt die vergleichbare Ausnahmebestimmung hinsichtlich «Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderen unbeweglichem Vermögen» bspw. im deutschen Recht dazu, dass weder die Eigentumsübertragung noch die Verpachtung von Netzen vergaberechtlich relevant ist.¹⁰

⁷ Vgl. WEKO, RPW 2020/2, B 2.8, 3.

⁸ WEKO, RPW 2020/2, B 2.8, 3, Rz. 36.

⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_335/2019, 2C_789/2019 vom 17. August 2020, E. 6.2.2.

¹⁰ Vgl. Manka/von Oelhafen, Praxishandbuch Entflechtung, S. 105.

3. Leistungen im Konzern

Während Leistungen innerhalb der gleichen juristischen Körperschaft als sog. «Inhouse-Vergabe» gemäss Art. 10 Abs. 3 lit. c BöB bzw. Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB ausgenommen sind, ist die Regelung bei Leistungen innerhalb eines Verbundes von mehreren juristischen Körperschaften (sog. «Quasi-Inhouse») auslegungsbedürftig. Der Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB bzw. Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB bezieht sich dabei ausschliesslich auf Vergaben von öffentlichen Auftraggeberinnen, welche über ausgelagerte Anbieterinnen «Kontrolle» ausüben. Dabei müssen die Anbieterinnen überwiegend Leistungen für die Auftraggeberinnen erbringen. In der Botschaft zum BöB verweist der Bundesrat dabei auf die sog. «Teckal»-Kriterien gemäss Rechtsprechung des EuGH.¹¹ Diese drei Kriterien sind kumulativ zu erfüllen:¹²

- 1) Kontrolle der Auftraggeberin über die Auftragnehmerin
- 2) Leistungen der Auftragnehmerin im Wesentlichen nur für die kontrollierende Auftraggeberin (mind. 80% vom Umsatz)
- 3) Keine Beteiligungen von Privaten an der Auftragnehmerin

Im Fall einer rechtlichen Trennung sind diese Bedingungen bspw. im «Tochtermodell» zwischen der Mutter (Energie AG) und Tochter (Netz AG) grundsätzlich eingehalten; jedoch erfüllt nur die Tochter die «Teckal»-Kriterien als Anbieterin. In der Regel sind aber, gerade im Fall einer «schlanken» Netzgesellschaft überwiegend Leistungen der Mutter (Energie AG) an die Tochter (Netz AG) geplant. Diese inverse Leistungsbeziehung sowie auch die Beziehung unter Schwestergesellschaften im Konzern wären damit aufgrund des Wortlauts nicht von der Ausnahmebestimmung von Art. 10 Abs. 3 lit. c BöB bzw. Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB erfasst, was dazu führen würde, dass sämtliche Leistungen der Netzgesellschaft, welche diese beim integrierten Energieversorger bezieht, analog zu Leistungen von Dritten ausgeschrieben werden müssen.¹³ Dies kann aus Sicht des Autors nicht Sinn und Zweck der Bestimmung sein, da damit ansonsten eine rechtliche Trennung von Geschäftsfeldern eines Energieversorgers zu einem massiven Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit hinsichtlich der Art der Leistungserbringung im Konzern führen würde.

In der EU besteht zu diesem Zweck eine sog. «Intragroup» Ausnahme gemäss Art. 29 RL 2014/25/EU zur Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste. Diese zusätzliche Ausnahme berücksichtigt die Sektorstrukturen im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste explizit und wirkt daher unabhängig von der Richtung der Leistungserbringung. Aus Sicht des Autors sollte auch diese Ausnahmeregelung in Konzernsituationen im Sinne und Zweck des BöB für Sektorunternehmen auch unter Schweizer Recht zur Anwendung gelangen können. Damit wäre in Konzernverhältnissen die Richtung der Leistungserbringung (Mutter-Tochter, Tochter-Mutter, Schwester-Schwester, etc.) nicht massgebend. Ebenfalls wäre in dieser Konstellation von Konzernen der im Schweizer Recht nicht explizit vorhandene Ausschluss von Beteiligungen Privater nicht anzuwenden. So gibt auch Art. 29 der besagten RL 2014/25/EU lediglich eine «Beherrschung», nicht aber eine 100% Beteiligung vor. Voraussetzung bleibt jedoch auch unter europäischem Recht, dass die Leistungserbringerin nicht mehr als 20% Dienstleistungen an Dritte erbringt.¹⁴

¹¹ BBl 2017, S. 1907, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 18. Nov. 1999, Teckal Srl, Rs. C-107/98, Slg. 1999 I-08121, ECLI:EU:C:1999:562. Gleichzeitig hält der Bundesrat ausdrücklich fest, dass hier eine autonome, GPA-konforme und nicht notwendigerweise dynamische Kodifikation der «Teckal»-Praxis erfolgt. Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung sind somit für die Auslegung von Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB nicht bindend.

¹² Vgl. dazu weiterführend im Kontext des Strommarktes: DIEBOLD / LUDIN, Beschaffungen von Strom, S. 45 f.

¹³ Gemäss den vorgegebenen Verfahrensarten unter Berücksichtigung der massgeblichen Schwellenwerte.

¹⁴ So bspw. auch im deutschen Recht; vgl. etwa Manka/von Oelhafen, Praxishandbuch Entflechtung, S. 105 f.

Bilden mehrere integrierte Energieversorger gemeinsam eine rechtlich entflochtene Netzgesellschaft (sog. «Fusionsausgliederung»), so gelten unter europäischem Recht auch die Beschränkung der Dienstleistungen für Dritte nicht mehr. Art. 30 der RL 2014/25/EU sieht bei solchen «Gemeinschaftsunternehmen» eine vollständige Ausnahme vom Beschaffungsrecht für Leistungen zwischen den Mutterunternehmen und der gemeinsamen Tochter. Der Schweizer Gesetzgeber ist somit angehalten, diese Ausnahmebestimmungen für Sektorunternehmen spätestens im Zeitpunkt eines Abschlusses eines Stromabkommens mit der EU auch im Schweizer Beschaffungsrecht explizit zu verankern. Bis dahin wäre auch unter dem neuen BÖB bzw. der IVöB eine sinngemässe Auslegung wünschenswert.

4. Beschaffung von Strom

Während in Bezug auf Leistungsbeziehungen noch Rechtsunsicherheit und erheblicher Auslegungsbedarf besteht, ist die Beschaffung von Strom im revidierten BÖB nicht mehr per se von der Ausschreibungspflicht ausgenommen. In der Botschaft zum BÖB hält der Bundesrat explizit fest, dass die Strombeschaffung eines Verteilnetzbetreibers nur zur ausschliesslichen Belieferung freier Endverbraucher vom Beschaffungsrecht freigestellt ist. Als Begründung dafür wird der Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt angeführt.¹⁵ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Strombeschaffung des für die Grundversorgung nach Art. 6 StromVG zuständigen Netzbetreibers dem Beschaffungsrecht untersteht.¹⁶ Gemäss den neuen Schwellenwerten kann damit der Strom für die Grundversorgung nur bis zu CHF 150'000 freihändig bzw. von CHF 150'000 bis CHF 250'000 im Einladungsverfahren beschafft werden. Beschaffungen ab CHF 250'000 sind öffentlich auszusprechen, was in der Regel der Fall sein wird.

Relevant ist dabei aber die Ausnahme der Marktbeschaffung. So kann die Strombeschaffung an der Börse unabhängig vom Vertragswert ohne Ausschreibung erfolgen. Gleiches gilt unter bestimmten Voraussetzungen auch für Beschaffungen über OTC-Plattformen.¹⁷ Wichtig ist aber dabei, dass der Energieversorger in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt und den unter Wettbewerbsbedingungen zu Stande gekommenen Börsenpreis zu bezahlen hat. Im Fall von Dienstleistungsmodellen gilt dabei ein entsprechendes Entgelt auf den effektiven Börsenpreisen als ausschreibungspflichtig, sofern die Schwellenwerte überschritten werden.¹⁸ Gleiches gilt für entsprechende Dienstleistungspauschalen von Beschaffungsdienstleistern.

Im Kontext von Konzernstrukturen stellen sich dabei wiederum die gleichen Fragen hinsichtlich der Auslegung der Ausnahmebestimmung wie im obigen Kontext der Dienstleistungen. Auch hier bezieht der Netzbetreiber oftmals seinen Strom nicht direkt am Markt, sondern vom integrierten Energieversorger (oder mit ihm verbundenen Unternehmen).

5. Fazit

Die vorstehenden, nicht abschliessenden Ausführungen zeigen, dass das neue Beschaffungsrecht für Energieversorger und Netzbetreiber von erheblicher Bedeutung und je nach Konstellation mit massgeblichen Einschränkungen in der Art der Beschaffung verbunden ist. Es obliegt jedem Unternehmen, die massgeblichen Vorgaben des kantonalen Beschaffungsrechts im Rahmen der Inkraftsetzung der IVöB je nach Kanton zu

¹⁵ BBI 2017, S. 1903.

¹⁶ So auch DIEBOLD / LUDIN, Beschaffungen von Strom, Rz. 87.

¹⁷ Vgl. dazu WEKO (2021) Binnenmarktrechtliche Empfehlung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen, Rz. 52. Als Voraussetzungen gilt dabei bspw. die anonymisierte Abwicklung über eine Plattform mit möglichst vielen Marktteilnehmern.

¹⁸ Vgl. WEKO (2019) Schreiben Stadt Bern vom 12. Dezember 2019 i.S. bernmobil, Ziff. 6.

überprüfen und die Einhaltung der revidierten Bestimmungen sicherzustellen. Dabei sind allfällige Risiken je nach Auslegung des neuen Rechts aufzuzeigen und durch Einhaltung der entsprechenden Beschaffungsvorgaben zu minimieren. Dies gilt insbesondere – aber nicht ausschliesslich – in den vorliegenden behandelten Themenkreisen der Übertragung der Aufgabe des Netzbetreibers, von Leistungen im Konzernverbund und der Strombeschaffung.