

VSE – Infos und Fakten
01.01.2022

Öffentliches Beschaffungsrecht in der Strombranche - Q&A

Die nachfolgenden Ausführungen stellen Grundsätze und allgemeinen Leitlinien im Beschaffungsrecht dar. Die konkrete Anwendung und Auswirkung des Beschaffungsrechts bedarf immer einer spezifischen Einzelfallprüfung im konkreten Beschaffungsgeschäft.

Ausgangslage:

Seit dem Inkrafttreten des revidierten öffentlichen Beschaffungsrechts des Bundes (BöB/VöB) am 01.01.2021 und der laufenden Anpassung der kantonalen Regelungen, insbesondere der Verabschiedung des interkantonalen Konkordats (IVöB) vom Dezember 2019, erfährt das Thema auch in der Strombranche wieder vermehrte Aufmerksamkeit. Am 22.03.2021 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Empfehlung zur «Anwendung des Beschaffungsrechts und des Binnenmarktgesetzes (BGBM) für Stromlieferungen» veröffentlicht. Mit dem vorliegenden Q&A sollen die relevanten Fragestellungen und Grundsätze für die Strombranche und deren Unternehmungen in der Schweiz, welche als Sektorenauftraggeber grundsätzlich unter den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fallen, aufgenommen und anhand konkreter Sachverhalte die beschaffungsrechtliche Relevanz geklärt werden.

<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/themen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/praxis_binnenmarktgesetz/beschaffungen/weko.html

Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeines
2. Stromhandel
3. Stromproduktion
4. Stromverteilung/Netzbetrieb
5. Sonderfälle als Ausnahmen vom Beschaffungsrecht
6. Spezifische Fragen betreffend das öffentliche Beschaffungsrecht in der Strombranche
7. Rechtsfolgen und Sanktionsmöglichkeiten
8. Fallbeispiele für die wichtigsten Arten von Strombeschaffungen

Anhang 1: Rechtsgrundlagen im öffentlichen Beschaffungsrecht

1. Allgemeines:¹

Das öffentliche Beschaffungsrecht regelt die Beschaffung von Bauten, Gütern (z.B. Strom) und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand oder Organisationen (auch privatrechtliche), welche im Auftrag der öffentlichen Hand tätig sind. Es bezweckt im Wesentlichen einen **wirtschaftlichen Einsatz der Steuergelder**, die Sicherstellung **gleich langer Spiesse für alle Anbieter**, einen fairen Zugang aller Anbieter zu öffentlichen Aufträgen sowie einen möglichst **transparenten Beschaffungsprozess**.

Der Begriff **Sektorenauftraggeber** beschreibt öffentliche sowie privatrechtliche Auftraggeber und Unternehmen, die für bestimmte Gebiete (Sektoren) zuständig sind. Sektorenauftraggeber lassen sich definieren als öffentliche Auftraggeber oder juristische Personen nach Privatrecht, die in den Sektoren Energieversorgung, Verkehr und Trinkwasserversorgung tätig sind.

Gemäss Art. 4 Abs. 3 BöB/IVöB unterstehen die Sektorenauftraggeber dem öffentlichen Beschaffungsrecht nur bei Beschaffungen für den beschriebenen Tätigkeitsbereich, nicht aber für ihre übrigen Tätigkeiten.²

2. Strombeschaffung:

Wann kommt das öffentliche Beschaffungsrecht bei der Beschaffung von Strom zur Anwendung?

Die Beschaffung von Strom gilt als öffentlicher Lieferauftrag und untersteht grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht, wobei zu unterscheiden ist, ob der Strom zur Versorgung fester Endkunden oder von Kunden mit Netzzugang beschafft wird. Strombeschaffungen für Endkunden mit freiem Netzzugang unterliegen nicht dem Beschaffungsrecht. In diesem Fall nimmt der Gesetzgeber an, dass die Stromlieferanten selbst das Interesse daran haben, den Strom effizient zu beschaffen, da sie diesen selbst unter wettbewerblichen Bedingungen weiterverkaufen müssen. Umgekehrt bedeutet dies, dass der Strom zur Versorgung der festen Endkunden (Grundversorgung) mangels Wettbewerbs unter den Lieferanten grundsätzlich nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts beschafft werden muss.

Bei vorhandenem Wettbewerb befreit der Gesetzgeber die Beschaffungen von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht. Neben der Strombeschaffung an der Börse dürfte dies auch bei einem zukünftigen WAS-Modell eine Möglichkeit sein, die Wahlfreiheit des Endkunden im Sinne eines Vorhandenseins eines Wettbewerbs zu interpretieren.

Auch wenn eine Strombeschaffung unter das öffentliche Beschaffungsrecht fällt, kann gemäss den geltenden Schwellenwerten Strom für Endkunden im Wert unter 150'000 CHF freihändig und Strom mit einem Beschaffungsvolumen zwischen 150'000 CHF und 250'000 CHF im sog. Einladungsverfahren beschafft werden. Strombeschaffungen von über 250'000 CHF sind hingegen

¹ Rechtsgrundlagen vgl. Anhang 1

² (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergabeverfahrens, Zürich etc. 2012, Rz. 511)

grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Bei einem Grosshandelspreis von 10 Rp. pro kWh könnte dementsprechend eine Strommenge von bis zu 2.5 GWh ohne öffentliche Ausschreibung beschafft werden.

Bei der Prüfung des Schwellenwertes weist der Gesetzgeber explizit darauf hin, dass ein öffentlicher Auftrag nicht aufgeteilt werden darf, um Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts zu umgehen (Art. 15 Abs. 1 BöB/IVöB). Man darf also in unserem Beispiel den Auftrag nicht dahingehend aufspalten, dass die zu beschaffende Strommenge weniger als 2.5 GWh beträgt, um eine öffentliche Ausschreibung zu umgehen.

3. Stromproduktion:

Wie ist die Stromproduktion vom öffentlichen Beschaffungsrecht betroffen?

Gemäss revidiertem BöB/IVöB bleibt auch die Stromproduktion von öffentlichen Unternehmen grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt. Damit wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass ein grosser Teil der Schweizer Stromproduktion aus Wasserkraft stammt und erst aufgrund von Wasserrechtskonzessionen der öffentlichen Hand möglich wird. Die politische Diskussion im Rahmen der BöB-Revision drehte sich um die Frage, ob im Hinblick auf eine vollständige Strommarktliberalisierung die Stromproduktion neu nicht mehr unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallen sollte. Vor dem Hintergrund der Diskussion zur Versorgungssicherheit und angesichts des Umstandes, dass die in der Stromproduktion tätigen Unternehmungen heute mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand sind und wohl auch bleiben werden, dürfte die Frage um eine allfällige Befreiung von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht im Rahmen der Revision StromVG (mögliche vollständige Liberalisierung) nochmals aufgenommen werden.

4. Stromverteilung/Netzbetrieb:

Inwieweit unterliegen die Übertragungsnetz- (ÜNB) und Verteilnetzbetreiber (VNB) dem öffentlichen Beschaffungsrecht?

Swissgrid als nationale Netzgesellschaft:

Gemäss StromVG ist Swissgrid als nationale Netzgesellschaft für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes (Netzebene 1) als Grundlage für eine sichere Stromversorgung der Schweiz verantwortlich (Art. 20 StromVG). Gemäss ihrem gesetzlichen Auftrag nimmt Swissgrid eine Funktion wahr, welche nicht nur ausserhalb des Marktes liegt, sondern selbst eine Voraussetzung und wesentliche Grundlage für marktwirtschaftliches Handeln im Strombereich darstellt. Damit ist die Tätigkeit von Swissgrid «per definitionem» eine öffentliche Aufgabe, welche umfassend dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht. Als nationale Netzgesellschaft untersteht Swissgrid somit dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB).

Verteilnetzbetreiber (VNB) / Stromlieferanten (EVU) für die Grundversorgung:

Die Betreiber der Verteilnetze (VNB; Netzebenen 3 - 7) sind gemäss StromVG dafür verantwortlich, dass in ihrem Netzgebiet die festen Endverbraucher und diejenigen Endverbraucher, welche auf den freien Netzzugang verzichtet haben, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen erhalten (Art. 6 StromVG). Bei der Lieferung von Strom für feste Endverbraucher durch VNB (Grundversorgung) besteht kein Wettbewerb. Die Endkunden in der Grundversorgung haben keinen Zugang zu einem (Strom-) Markt und damit auch keine Alternative zum Angebot ihres Verteilnetzbetreibers. Um den fehlenden Wettbewerb unter den VNB zu kompensieren, unterstellt der Gesetzgeber die Beschaffung von Strom für feste Endverbraucher dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Zur Anwendung kommen die jeweiligen kantonalen Regelungen, insbesondere die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Ebenso unterliegt die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb der Stromnetze (Ebenen 1 bis 7) dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

5. Sonderfälle als Ausnahmen vom Beschaffungsrecht:

- **In-state-Beschaffungen**

Die Beschaffung erfolgt bei anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit diese Auftraggeber die Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen (Art. 10 Abs. 2 lit b IVöB). In-state-Geschäfte sind Zusammenarbeitsformen zwischen verschiedenen öffentlich-rechtlichen Auftraggebern, vor allem in interkantonalen Zweckverbänden (z.B. Abfallentsorgung, Strassenunterhalt, IT-Support). In Bezug auf die Beschaffung von Strom dürften die Voraussetzungen der In-state-Ausnahmen mangels Wettbewerbsneutralität in der Regel nicht erfüllt sein, da die Anbieterin von Strom selber im Wettbewerb tätig ist, private Beteiligungen aufweist oder anderweitig gewinnstrebig tätig ist³. Wettbewerbsneutralität kann insbesondere dann nicht mehr gewährleistet werden, wenn mit der Beauftragung einer staatlichen oder staatsnahen Organisation direkt oder indirekt kommerzielle Tätigkeiten finanziert werden und dadurch der Wettbewerb zu Lasten Dritter verzerrt wird.

- **(«Echte») Inhouse-Beschaffungen**

Von einer sog. Inhouse-Beschaffung ist die Rede, wenn eine grundsätzlich dem Vergaberecht unterstellte Beschaffung hausintern, d.h. innerhalb derselben juristischen Person bzw. Körperschaft getätigt wird (z.B. zwischen verschiedenen Ämtern des Kantons). Der Wortlaut des Gesetzes erwähnt für die Inhouse-Ausnahme einzig die Voraussetzung, dass es sich beim Leistungserbringer um eine unselbständige Organisationseinheit des Auftraggebers

³ vgl. Diebold/Ludin, öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt, S. 62 Rz. 141

handelt (Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB). In der Literatur wird unter Hinweis auf das Wettbewerbsverfälschungsrisiko (und die einschlägige europäische Rechtsprechung) überwiegend der Standpunkt vertreten, es müsse als ungeschriebene Voraussetzung zusätzlich gefordert werden, dass die leistungserbringende interne Organisationseinheit nicht zugleich anbietende Marktteilnehmerin sein dürfe. Es wird der schweizerischen Rechtsprechung überlassen sein, zu klären, ob (und allenfalls in welchem Umfang) die Markttätigkeit eines internen Leistungserbringers einer vergaberechtsfreien In-house-Beschaffung entgegensteht. In der europäischen Rechtsprechung gilt der Grundsatz, dass die Leistungserbringerin höchstens 20% ihrer Inhouse-Leistungen für Dritte (d.h. also auf dem Markt) erbringen darf.

- **Quasi-inhouse-Beschaffungen**

Von einer dem Beschaffungsrecht nicht unterstellten sog. Quasi-inhouse-Beschaffung ist die Rede, wenn eine grundsätzlich dem Vergaberecht unterstellte Beschaffung bei einer Leistungserbringerin getätigt wird, zu der ein besonderes Näheverhältnis besteht (z.B. Tochterunternehmung ohne relevante Markttätigkeit). Massgebend für eine zulässige Quasi-inhouse-Beschaffung sind zwei kumulativ zu erfüllende Kriterien: Das **Kontrollkriterium** (d.h. die öffentliche Auftraggeberin muss einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen als auch auf die wesentlichen operativen Entscheidungen der Leistungserbringerin ausüben) und das **Tätigkeitskriterium** (d.h. die Tätigkeit der direkt beauftragten Unternehmung muss zu mindestens 80% für den öffentlichen Auftraggeber erfolgen). Auch hier gilt der Grundsatz, dass bei der Beurteilung der Frage, ob diese Kriterien erfüllt sind, der jeweilige Einzelfall zu betrachten ist.

Als konkrete Fallkonstellationen von Quasi-inhouse-Beschaffungen können beispielhaft folgende Fälle aufgeführt werden:

- **Klassisches Quasi-inhouse-Geschäft:** Der öffentliche Auftraggeber vergibt einen Auftrag direkt an den durch ihn kontrollierten Leistungserbringer («Mutter-Tochter-Konstellation»)
- **Inverses (vertikales) Quasi-inhouse-Geschäft:** Die kontrollierte juristische Person vergibt einen Auftrag an die sie kontrollierende öffentliche Auftraggeberin («Tochter-Mutter-Konstellation»). Zusätzlich darf keine private (Kapital-) Beteiligung an der «Mutter» oder der «Tochter» bestehen.
- **Indirektes Quasi-inhouse-Geschäft:** Die Auftraggeberin vergibt einen Auftrag nicht an eine Tochtergesellschaft, sondern direkt an ihre (Ur-) Enkelgesellschaft (sog. «Grossmutter-Enkel-Konstellation»). Dies ist dann zulässig, wenn im Einzelfall feststeht, dass die ausschlaggebende Einflussnahme direkt oder indirekt gesichert ist (Kontrollkriterium muss auf allen Beteiligungsstufen erfüllt sein, was bei längeren «Kontrollketten» kritisch sein kann).
- **Horizontales Quasi-inhouse-Geschäft:** Sowohl die Auftraggeberin als auch die Leistungserbringerin befinden sich unter der dienstähnlichen Kontrolle einer gemeinsamen «Mutter» («Schwester-Schwester-Konstellation»). In Bezug auf das Tätigkeitserfordernis

dürfte hier zu verlangen sein, dass die auftragsnehmende Schwester ihre Tätigkeit überwiegend (> 80%) im Konzern erbringt, d.h. ihre Marktaktivität < 20% ist.

- **Joint-Quasi-inhouse-Geschäft:** Die öffentliche Auftraggeberin vergibt einen Auftrag an eine Einrichtung, die nicht von ihr allein, sondern mit anderen öffentlichen Auftraggeberinnen gemeinsam kontrolliert wird («Elternteil-Tochter-Konstellation»).

Generelle Anwendungsfälle

- **Strombezug des Auftraggebers aus einem ihm allein gehörenden Kraftwerk, das über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt:**

Dies stellt eine (echte) Inhouse-Vergabe gemäss Art. 10 Abs. 2 lit c IVöb dar. Diese Beschaffung untersteht grundsätzlich nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Als problematisch könnte es sich erweisen, wenn das Kraftwerk seinerseits den von ihm produzierten Strom nicht nur an seinen Eigentümer, sondern direkt an Dritte liefert. Diesfalls könnte eine vergaberechtlich unzulässige Marktbeeinflussung angenommen werden.

- **Strombezug des Auftraggebers aus einem Kraftwerk, das einer 100%-igen Tochtergesellschaft gehört:**

Gehört das Kraftwerk einer rechtlich selbständigen Kraftwerksgesellschaft, die ihrerseits zu 100% dem Auftraggeber gehört (Tochtergesellschaft) und nicht relevant am Markt tätig ist (d.h. der erzeugte Strom wird zu mind. 80% an die Mutter geliefert), dürfte in der Regel eine vergaberechtsfreie Quasi-inhouse-Beschaffung vorliegen.

- **Strombezug des Auftraggebers aus einem Partnerwerk (Joint Venture):**

In der Praxis kommt es oft vor, dass sich mehrere öffentliche Unternehmen im Rahmen eines Gründungs- und Partnervertrags zum Zweck der Errichtung und Betriebs eines gemeinsamen Kraftwerkes zusammenschliessen. Bei solchen Partnergesellschaften handelt es sich in der Regel um rechtlich selbständige Unternehmen, die indessen wirtschaftlich unselbständig, d.h. von den Partnern abhängig sind. Sämtliche Kosten werden von den Partnern getragen und die vom Kraftwerk produzierte Energie wird ausschliesslich an die Partner abgegeben. Vor dem Hintergrund dieser Zweckbestimmung der Partnerwerk-Konstruktion mit einem ausschliesslichen Energiebezug durch die Partner kann je nach Ausgestaltung des Gründungs- und Partnervertrags von einer wettbewerbsneutralen Tätigkeit des Partnerwerkes ausgegangen werden, welche nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterliegt.

6. Spezifische Fragen betreffend das öffentlichen Beschaffungsrecht in der Strombranche:

a) Preisprüfungsmethode ELCOM gemäss StromVG und Ausschreibungspflicht gemäss Beschaffungsrecht

Art. 6 StromVG regelt die Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher. Die Elektrizitätstarife werden von den Verteilnetzbetreibern nach den Vorgaben von Art. 6 StromVG festgelegt und von der ELCOM überprüft (Art. 22 Abs. 2 lit. b StromVG). Die Tarife sollen angemessen sein. Die WEKO stellt dazu fest, in der Schweiz werde die Stromlieferung den grundversorgten Endkunden *über staatlich administrierte Tarife*, die auf den Gestehungskosten basierten, in Rechnung gestellt. Die Weiterveräusserung erfolge insofern nicht unter Wettbewerbsbedingungen. Das Beschaffungsrecht setze jedoch einen uneingeschränkten Wettbewerb voraus, damit eine unterstellte Sektortätigkeit vom Geltungsbereich ausgenommen werden könne. Die Verteilnetzbetreiber seien somit gestützt auf GPA 2012 verpflichtet, Strombezüge zur Versorgung von nicht netzzugangsberechtigten Endkunden nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu tätigen. Die Verteilnetzbetreiber agierten diesbezüglich als Monopolanbieter und die betreffenden Tätigkeiten unterstünden nicht dem freien Wettbewerb. Die Vorgaben im StromVG betreffend Tarifgestaltung (insbesondere auch Art. 6 Abs. 5 StromVG) und Tarifüberprüfung ändern nichts daran, dass es sich um einseitig («staatlich») festgelegte Strompreise handelt, die von den festen Endverbrauchern selbst nicht beeinflusst («verhandelt») werden können.

b) Anwendbarkeit der Präponderanz-Methode (Schwergewichtsmethode)

In der Praxis erfolgt in Bezug auf die Strombeschaffung keine Trennung zwischen gebundenen (grundversorgten) und freien Endkunden. Die Verpflichtung der EVU, den Strom für den Weiterverkauf an gebundene Endkunden nach beschaffungsrechtlichen Vorgaben einzukaufen, zieht grundsätzlich zwangsläufig eine getrennte Beschaffung von Strom für die Grundversorgung und für die Marktkunden nach sich. Auf jeden Fall darf die Präponderanzmethode nicht dazu führen, dass die Pflicht zur Ausschreibung der Strombeschaffung in der Grundversorgung mit der Argumentation umgangen wird, die konkrete Beschaffung erfolge überwiegend für freie Endkunden und sei folglich nicht ausschreibungspflichtig. Lässt sich allerdings nachvollziehbar begründen oder nachweisen, dass die gemeinsame Beschaffung von Strom für freie und gebundene Endkunden – im Vergleich mit einer separaten öffentlichen Ausschreibung des Stroms für gebundene Kunden – letztlich zu günstigeren Tarifen für die gebundenen Endkunden führt, dürfte die Anwendung der Präponderanzmethode auch beschaffungsrechtlich zulässig sein.

c) Ab wann gelten die neuen Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts?

Es ist das Ziel, dass die kantonalen Beschaffungsvorgaben die Anpassungen des Bundes gemäss BöB übernehmen. Dies wird im Rahmen der laufenden Arbeiten zum interkantonalen Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) umgesetzt. Die revidierten Gesetzesvorgaben wurden auf Bundesebene mit der entsprechenden Verordnung (BöB/VöB) auf den 01.01.2021 in Kraft gesetzt. Für den Strombereich gelten die neuen Regelungen direkt gestützt auf das GPA ebenfalls seit dem 01.01.2021 (vgl. GPA 2012, Anhang 1, Annex 3, Ziffer II).

Die «Fachkonferenz öffentliches Beschaffungswesen FöB» (<https://www.dtap.ch/foeb/ueberfoeb/>) ist als Fachorgan der kantonalen Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK: <https://www.dtap.ch/de/bpuk/>) das ständige Koordinations- und Verbindungsorgan zwischen den Verantwortlichen für das öffentliche Beschaffungswesen aller Schweizer Kantone. Die Konferenz koordiniert die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedern sowie zwischen Bund und Kantonen. Der Sitz der Konferenz befindet sich am Domizil der Geschäftsstelle der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK: <https://www.dtap.ch/bpuk/organisation/geschaeftsstelle/>).

Die Harmonisierung der rechtlichen Grundlagen für das öffentliche Beschaffungsrecht auf kantonaler Ebene finden sich im interkantonalen Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; <https://www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/>).

Dem heute gültigen Konkordat aus dem Jahre 2001 sind alle Kantone beigetreten. Die Kantone haben an der Sonderplenarsitzung der InöB vom 15. November 2019 die Anpassung an das revidierte BöB einstimmig verabschiedet. Das Inkrafttreten der neuen Regelungen in den einzelnen Kantonen hängt von der jeweiligen Übernahme ins kantonale Recht ab.

<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/themen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

d) Sind private Unternehmen auch dem Beschaffungsrecht unterstellt?

Die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht gilt auch für private Unternehmen (privatrechtliche Gesellschaften), soweit dies die Grundversorgung oder die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb der Stromnetze betrifft.

Massgebend für die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht ist nicht die Rechtsform der beschaffenden Unternehmung (privatrechtliche Gesellschaft wie eine Aktiengesellschaft, selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts, Körperschaften des öffentlichen Rechts etc.), sondern die Art der Beschaffung bzw. die Frage, ob die Beschaffung unter wettbewerblichen Bedingungen in einem Marktumfeld stattfinden kann. Solange die Grundversorgung nicht liberalisiert ist, unterstehen diesbezügliche Beschaffungen generell dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

7. Rechtsfolgen und Sanktionsmöglichkeiten

Vertragssicherheit (insb. bei LTC's) / Möglichkeit von Eingriffen in bestehende Verträge

Eine dem Beschaffungsrecht unterstellte Auftraggeberin, die ungeachtet einer bestehenden Ausschreibungspflicht einen Stromliefervertrag direkt an einen Lieferanten vergibt, handelt rechtswidrig. Sie geht das Risiko eines möglichen Beschwerdeverfahrens beim zuständigen kantonalen Gericht ein (Beschwerde erheben kann sowohl ein sich benachteiligt fühlender Konkurrent als auch die WEKO). Das Gericht kann die Auftraggeberin zur inskünftigen öffentlichen Ausschreibung verpflichten (unter Androhung von Ungehorsamsstrafe nach StGB Art. 292). Ebenso besteht das Risiko, dass sie zur vorzeitigen Kündigung/Auflösung des abgeschlossenen Vertrags verpflichtet wird. Diesfalls könnten zivilrechtliche Schadenersatzansprüche des Vertragspartners als Folge der vorzeitigen Vertragsauflösung zur Diskussion stehen.

Strafrechtliche Sanktionsfolgen

Das Fehlverhalten von öffentlichen Vergabestellen kann unter Umständen auch den strafrechtlichen Tatbestand des Amtsmissbrauchs (Art. 312 StGB) sowie der ungetreuen Amtsführung (Art. 314 StGB) erfüllen. Im Kontext von VNB, welche keine Behörde im eigentlichen Sinn darstellen, aber trotzdem als öffentliche Vergabestellen gelten können, dürfte primär die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Abs. 1 StGB zur Diskussion stehen. Sollte das Fehlverhalten aufgrund mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden können, würde wohl die subsidiäre Unternehmenshaftung gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB zum Tragen kommen.

Administrative («Sanktions-») Möglichkeiten

Die WEKO verfügt auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts über ein Beschwerderecht, «um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt» (Art. 9 Abs. 2 bis BGBM). Die WEKO kann somit beim zuständigen Gericht die Feststellung beantragen, dass eine freihändige Beschaffung zu Unrecht erfolgt ist und eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags hätte erfolgen müssen. Weitere Sanktionsmöglichkeiten stehen der WEKO auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht zur Verfügung.

Das grösste Risiko eines allfälligen Beschwerdeverfahrens dürfte für den involvierten Auftraggeber die damit verbundene *negative Publizität* und das Risiko eines entsprechenden *Image-Schadens* sein. Dieser Aspekt ist insbesondere in einem stark von der Politik beeinflussten Umfeld nicht zu vernachlässigen.

8. Fallbeispiele für die wichtigsten Arten von Strombeschaffungen

Sachverhalt 1: Beschaffung von Strom für den Grundbedarf bei einer Tochtergesellschaft (EVU hat Tochtergesellschaft für Stromproduktion)

Auch die Beschaffung von Strom aus einer Tochtergesellschaft unterliegt grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Nicht zur Anwendung gelangt das öffentliche Beschaffungsrecht im Falle einer «**Quasi-inhouse-Vergabe**» (vgl. weiter vorne unter «Spezifische Ausnahmen vom Beschaffungsrecht»), wenn die Muttergesellschaft einerseits einen beherrschenden Einfluss auf die Tochterunternehmung ausübt (sog. **Kontrollkriterium**) und andererseits die Tochterunternehmung nicht oder nur in sehr geringem Umfang auf dem Markt tätig ist (sog. **Tätigkeitskriterium**). Gemäss Rechtsprechung bedeutet das Kontrollkriterium, dass die Muttergesellschaft über die Tochter eine Kontrolle wie über eine eigene (hausinterne) Dienststelle ausübt (wirksame, strukturelle und funktionelle Kontrolle). Zur Erfüllung des Tätigkeitskriteriums darf die Tochtergesellschaft höchstens 20% ihrer Geschäftstätigkeit mit Dritten abwickeln. Diese Grundsätze gelten auch, wenn mehrere dem Beschaffungsrecht unterstellte Auftraggeber kollektiv die Kontrolle über ein Tochterunternehmen ausüben.

Sachverhalt 2: Beschaffung von Strom für den Grundbedarf bei einer Beteiligung (EVU hat z.B. Beteiligung von 10% an Stromproduzenten)

Die Beschaffung von Strom aus einer Beteiligungsgesellschaft, die ihrerseits auf dem Strommarkt tätig ist, unterliegt grundsätzlich immer dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Eine solche Beschaffung gilt weder als Inhouse-Beschaffung noch als Quasi-inhouse-Beschaffung. Eine Ausnahme kann dann bestehen, wenn es sich beim Stromproduzenten um ein Partnerwerk handelt, welches das EVU gemeinsam mit anderen EVU beherrscht und welches keinen eigenen nennenswerten Marktauftritt aufweist (Marktumsatz <20%).

Sachverhalt 3: EVU (ohne eigene Stromproduktion) beauftragt Dritten zur Beschaffung von Strom

Die Beauftragung eines Dritten zur Beschaffung von Strom für die Grundversorgung unterliegt dem Beschaffungsrecht, sofern die Schwellenwerte überschritten sind (vgl. auch Sachverhalt 7). Der Dritte selber muss den Strom für das EVU entsprechend den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts beschaffen: Eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht kann nicht umgangen werden, indem eine EVU die Beschaffung auslagert.

Sachverhalt 4: Stromkauf an der Börse

Die Beschaffung von Strom an der Börse kann freihändig erfolgen und muss nicht ausgeschrieben werden (Art. 21 Abs. 2 lit. g IVöB). Die Warenbörse ermöglicht eine gewisse Preisstabilität und Vorhersehbarkeit unter Einhaltung der Grundsätze des Vergaberechts (transparentes Verfahren, wirksamer Wettbewerb, Gleichbehandlung der Anbieter, wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel).

Die WEKO hat in ihrem Schreiben vom 12. Dezember 2019 an den Gemeinderat der Stadt Bern für den Strombezug von BERNMOBIL mittels Day-Ahead-Auktion am EPEX-Spotmarkt das Vorliegen eines vergaberechtlichen Ausnahmetatbestandes (Bezug von Gütern an einer Warenbörse) ebenfalls bejaht, falls der Strom effektiv an der Börse eingekauft und physisch geliefert wird. Der Preis für solche Geschäfte komme unter Wettbewerbsbedingungen zustanden und erfülle die Anforderungen an eine Warenbörse.



Sachverhalt 5: OTC-Handel

Auch den direkten ausserbörslichen Handel von Strom im Rahmen des sog. OTC-Handels erachtet die WEKO gestützt auf den Ausnahmetatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. g IVöB grundsätzlich als zulässig. Als Voraussetzung gelte, dass das Stromgeschäft anonymisiert über eine Plattform ablaufe, ohne dass die potenziellen Vertragspartner wissen würden, wer hinter dem Angebot bzw. der Nachfrage stehe. Es müssten die für die Börse geltenden Transparenzvorschriften eingehalten werden.

Sachverhalt 6: Gemeinsame Beschaffungsplattformen

Gemeinsame Beschaffungsplattformen sind beschaffungsrechtlich dann zulässig, wenn die gleichen Voraussetzungen wie für den OTC-Handel erfüllt sind. Das heisst, grundsätzlich muss auch hier die Anonymität zwischen Anbieter und Nachfrager sichergestellt sein und die Plattform muss möglichst vielen Anbietern offenstehen, damit der Wettbewerb spielen kann.

Sachverhalt 7: Beauftragung eines Dritten zur Strombeschaffung

Die Mandatierung eines Dritten zur Beschaffung von Strom an der Börse, im OTC-Handel oder über eine gemeinsame Beschaffungsplattform untersteht grundsätzlich dem Beschaffungsrecht, sofern die Schwellenwerte überschritten werden. Falls der Dienstleister unbefristet beauftragt wird, ist für die Ermittlung des Schwellenwerts der Auftragswert von 4 Jahren massgebend (Art. 15 BöB/IVöB). In der Regel dürfte das Entgelt an den Dritten unterhalb des Schwellenwerts von CHF 250'000.-- liegen, welcher eine öffentliche Ausschreibung nach sich zieht. Liegt das Auftragshonorar zwischen CHF 150'000.-- und CHF 250'000.--, so muss der Auftrag im sog. «Einladungsverfahren» erteilt werden (d.h. Einholung von mind. 3 Offerten).

Sachverhalt 8: Strombezug aus Vollversorgungsverträgen und strukturierte Beschaffungen

Es ist grundsätzlich von einer Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht auszugehen. Sofern nicht ein Ausnahmetatbestand nach Art. 10 Abs. 2 IVöB oder eine freihändige Beschaffung in Frage kommt, sind solche Verträge und Beschaffungen durch die öffentlichen Auftraggeber auszuschreiben. Auch in diesen Fällen ist eine Beurteilung des konkreten Einzelfalles erforderlich.

Sachverhalt 9: Strombezug aufgrund Rücklieferung von Kleinproduzenten im eigenen Netzgebiet

Gemäss Art. 15. Abs. 1 des Energiegesetzes (EnG) vom 30. September 2016 haben Netzbetreiber in ihren Netzgebieten die ihnen angebotene Elektrizität aus erneuerbaren Energien und aus fossil und teilweise fossil befeuerten Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen sowie das ihnen angebotene Biogas abzunehmen und angemessen zu vergüten. Die Pflicht zur Abnahme und Vergütung von Elektrizität gilt nur, wenn diese aus Anlagen stammt mit einer Leistung von höchstens 3 MW oder einer jährlichen Produktion von höchstens 5000 MWh, abzüglich Eigenverbrauchs (Art. 15 Abs. 2 EnG). Wo der Netzbetreiber von Gesetzes wegen zur Abnahme und Vergütung von Elektrizität verpflichtet ist, kommt das öffentliche Beschaffungsrecht nicht zur Anwendung. Demgegenüber unterliegt die Strombeschaffung aus Anlagen ohne Abnahmepflicht gemäss Art. 15. Abs. 2 EnG grundsätzlich dem Beschaffungsrecht und es ist im Einzelfall zu prüfen, welches Verfahren anwendbar ist.

Sachverhalt 10: Strombeschaffung im Zusammenhang mit Wirkverlustenergie der Verteilnetze (Netzverluste)

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass auch Strombeschaffungen von Netzbetreibern im Zusammenhang mit Wirkverlustenergie der Verteilnetze dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen. Es handelt sich letztlich auch hier um Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber zum Eigengebrauch. Es ist im konkreten Fall zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine öffentliche Ausschreibung (z.B. Erreichung der Schwellenwerte) gegeben sind oder ob ein Ausnahmetatbestand im Sinne einer zulässigen Inhouse-Beschaffung i.w.S. (innerhalb eines Konzerns) vorliegt.

Sachverhalt 11: Strombezug aus inländischen Erneuerbaren im Eigentum Dritter

Gemäss Art. 6 Abs. 5bis StromVG dürfen die Betreiber der Verteilnetze, soweit sie die festen Endverbraucher mit Elektrizität aus erneuerbaren Energien beliefern, die Gestehungskosten dieser Elektrizität in die Tarife einrechnen und müssen Preisvorteile nach Art. 6 Abs. 5 StromVG nicht miteinrechnen. Diese tarifliche Bestimmung des StromVG schliesst die Unterstellung des Strombezugs unter das Beschaffungsrecht nicht aus. Auch hier werden letztlich Endkunden in der Grundversorgung beliefert.

Sachverhalt 12: Contracting-Verträge

Contracting, verstanden als Beratung, Planung Finanzierung und Betrieb einer Anlage durch einen Anbieter (Contractor), untersteht grundsätzlich ebenfalls dem öffentlichen Beschaffungsrecht, wenn es sich beim Contracting-Nehmer um einen öffentlichen Auftraggeber handelt.⁴

Auch beim Contracting muss aufgrund der Umstände im Einzelfall beurteilt werden, ob sich eine allfällige Nichtunterstellung unter das Beschaffungsrecht begründen lässt.

Rechtskommission Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE)

Der VSE ist der Branchendachverband der schweizerischen Stromwirtschaft. Seine Mitglieder produzieren, übertragen, verteilen oder handeln mit Elektrizität. Der VSE tritt für eine sichere, wettbewerbsfähige und nachhaltige Stromversorgung in der Schweiz ein. Der VSE beschäftigt rund 40 Mitarbeitende und vertritt über 400 Branchenmitglieder und Assoziierte Mitglieder mit insgesamt rund 22'000 Mitarbeitenden, die über 90% der Schweizer Stromversorgung gewährleisten.

Auskünfte: Jürg Müller, Sekretär Rechtskommission

Tel: 062 / 825 25 40 oder 079 / 223 14 69

Mail: juerg.mueller@strom.ch

⁴ vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 2021, S. 176 ff

Anhang 1: Rechtsgrundlagen im öffentlichen Beschaffungsrecht:

Welches sind die relevanten Rechtsgrundlagen im öffentlichen Beschaffungsrecht?

Das öffentliche Beschaffungsrecht regelt die Beschaffung von Bauten, Gütern (z.B. Strom) und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand oder Organisationen (auch privatrechtliche), welche im Auftrag der öffentlichen Hand tätig sind. Es bezweckt im Wesentlichen einen **wirtschaftlichen Einsatz der Steuergelder**, die Sicherstellung **gleich langer Spiesse für alle Anbieter**, einen fairen Zugang aller Anbieter zu öffentlichen Aufträgen sowie einen möglichst **transparenten Beschaffungsprozess**.

Die rechtlichen Vorgaben finden sich:

- auf **internationaler Ebene (Government Procurement Agreement; GPA / Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens):**

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19940096/index.html>

<https://www.fedlex.admin.ch/de/sector-specific-agreements/EU-acts-register/2>

- auf **Bundesebene (BöB/VöB/BGBM):**

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19940432/index.html>

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19950538/index.html>

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/1738_1738_1738/de

- auf **kantonaler Ebene (IVöB, kantonale Beschaffungsgesetze, Binnenmarktgesetz, Vergleichsdokument BöB/IVöB):**

<https://www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/>

<https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2003/196.pdf>

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19950280/index.html>

<https://www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019/>

- auf **kommunaler Ebene (Gemeindegeseztgebung z.B. BE, ZH):**

Stadt Bern:

<https://www.bern.ch/wirtschaft/beschaffung/gesetzesgrundlagen-fur-das-offentliche/downloads/VBW.pdf>

Stadt Zürich:

https://www.stadt-zuerich.ch/fd/de/index/finanzen/beschaffung.html#reglemente_und_richtlinien