

Phyllis Scholl / Etienne Schön

## **Konzessionsabgaben für die Nutzung öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen**

### **Bundesgericht klärt Grundsatzfragen**

---

Viele Gemeinwesen erheben eine Konzessionsabgabe für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen. Das Bundesgericht hat mehrere Urteile betreffend Konzessionsabgaben erlassen; das Urteil vom 28. Mai 2018 klärt mehrere bisher offene Fragen. Dieser Beitrag zeigt auf, welche Punkte es aus Sicht des Gemeinwesens und aus Sicht des Netzbetreibers zu beachten gilt, damit die Konzessionsabgabe rechtsgültig von Endverbrauchern erhoben werden darf.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Energie- und Umweltrecht

Zitiervorschlag: Phyllis Scholl / Etienne Schön, Konzessionsabgaben für die Nutzung öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen, in: Jusletter 12. November 2018

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Voraussetzungen für die Erhebung der Konzessionsabgabe im Allgemeinen
  - 2.1. Gegenstand der Abgabe
  - 2.2. Kreis der Abgabepflichtigen
  - 2.3. Art der Anknüpfung und Höhe der Abgabe
3. Die Bemessung der Konzessionsabgabe im Besonderen
  - 3.1. Massgebliche Prinzipien
    - 3.1.1. Kostendeckungsprinzip
    - 3.1.2. Äquivalenzprinzip
  - 3.2. Konkretisierung der Art der Anknüpfung
  - 3.3. Konkretisierung der Höhe der Abgabe
  - 3.4. Zusätzlich einzuhaltende Bedingungen
4. Überwälzung der Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an Endverbraucher
5. Fazit und Empfehlungen

### 1. Einleitung

[Rz 1] Für die Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen erheben viele Schweizer Gemeinden und einige Kantone eine Konzessionsabgabe. Gegenstand der Konzessionsabgabe ist die Nutzung des öffentlichen Bodens für den Bau und Betrieb der elektrischen Leitungen. In der Regel stellt das Gemeinwesen die Konzessionsabgabe gestützt auf einen Konzessionsvertrag dem auf dem Gebiet des Gemeinwesens tätigen Verteilnetzbetreiber in Rechnung und dieser verrechnet die Konzessionsabgabe eins zu eins seinen Kunden (Endverbrauchern) weiter. Von der Idee her agiert der Netzbetreiber bloss als «Inkassostelle» für das Gemeinwesen.<sup>1</sup>

[Rz 2] Gemäss Art. 12 Abs. 2 des Stromversorgungsgesetzes («StromVG») müssen alle Abgaben an Gemeinwesen auf der Rechnung des Netzbetreibers separat ausgewiesen werden, und sie sind gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a und b StromVG der Überprüfung durch die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom («ElCom») entzogen.<sup>2</sup> Im Unterschied zu Entschädigungen für die Nutzung von privaten Grundstücken sind die Konzessionsabgaben nicht Teil der Betriebskosten des Netzbetreibers gemäss Art. 15 Abs. 2 StromVG.

[Rz 3] Zu Fragen rund um das Thema *Konzessionsabgaben für die Nutzung öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen* hat das Bundesgericht in den letzten Jahren mehrere Entscheide erlassen.<sup>3</sup> Das jüngste Urteil des Bundesgerichts bestätigte die bisherige Rechtsprechung und klärte mehrere, bis anhin offene Fragen (2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 in Sachen

---

<sup>1</sup> Das Insolvenzrisiko des Endverbrauchers liegt jedoch beim Netzbetreiber (und nicht beim Gemeinwesen). Der Netzbetreiber kann Debitorenverluste mittels der sog. Deckungsdifferenzen in die Netznutzungstarife einrechnen und so dieses Debitorenrisiko ökonomisch praktisch auf null reduzieren. Dies setzt voraus, dass der Netzbetreiber bemüht ist, die nicht einbringlichen Debitorenguthaben mittels geeigneter Massnahmen wie z.B. Vorauskasse möglichst gering zu halten. Andernfalls dürften die Debitorenverluste nicht als anrechenbare Kosten gelten.

<sup>2</sup> Werden Abgaben an Gemeinwesen gegenüber den Endverbrauchern ausgewiesen, prüft die ElCom von Amtes wegen oder auf Antrag immerhin, ob überhaupt eine gesetzliche Grundlage vorliegt, aus welcher hervorgeht, dass die Abgabe geschuldet ist und ob diese korrekt angewendet wurde. Hingegen überprüft die ElCom nicht, ob es sich um eine genügende gesetzliche Grundlage handelt und verweist die Netzbetreiber und Endverbraucher für diese Frage im Streitfall auf den kantonalen oder kommunalen Rechtsweg (Mitteilung der ElCom vom 17. Februar 2011, publiziert auf der Webseite der ElCom, [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch)).

<sup>3</sup> Vgl. etwa BGE 138 II 70; Urteil des Bundesgerichts 2C\_169/2010 vom 17. November 2011 (Pra 2011 Nr. 86, S. 576 ff.); Urteil des Bundesgerichts 4A\_582/2014 vom 17. April 2015; Urteil des Bundesgerichts 2C\_1100/2016 vom 17. März 2017.

vonRoll Casting/CKW betreffend Konzessionsabgabe an eine Gemeinde im Kanton Luzern). Dieser Beitrag ist anhand folgender Grundsatzfragen gegliedert und legt die Rechtsprechung des Bundesgerichts dar:

- a. Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit rechtsgültig eine Konzessionsabgabe erhoben werden darf?
- b. Wie wird die Abgabe bemessen (Anknüpfungspunkt und Höhe)?
- c. Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit die Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an den Endverbraucher überwältzt werden darf?

## 2. Voraussetzungen für die Erhebung der Konzessionsabgabe im Allgemeinen

[Rz 4] Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts qualifiziert eine Konzessionsabgabe für die Nutzung des öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen als Kausalabgabe.<sup>4</sup> Kausalabgaben stellen die Gegenleistung für eine besondere Leistung des Staates oder für besondere durch den Staat gewährte Vorteile dar.<sup>5</sup> Sie sind von den Steuern abzugrenzen. Steuern sind Abgaben, welche von den Rechtssubjekten an das Gemeinwesen bezahlt werden, um sich voraussetzungslos, d.h. unabhängig von einer konkreten Gegenleistung seitens des Staates, an den Kosten zu beteiligen, die dem Gemeinwesen durch Erfüllung seiner Aufgaben entstehen.<sup>6</sup>

[Rz 5] Die wesentlichen Elemente einer Kausalabgabe müssen in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein.<sup>7</sup> Ein Gesetz im formellen Sinn ist ein Erlass, der vom Stimmbürger oder Parlament im Verfahren der Gesetzgebung beschlossen wird. Nicht dazu gehören Verordnungen oder Konzessionsverträge, welche bloss von der Exekutive erlassen bzw. unterzeichnet werden. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für Kausalabgaben liegt im Bedarf an politischer Legitimation der Abgaben begründet und beinhaltet damit einerseits den Entscheid, dass überhaupt eine Konzessionsabgabe erhoben wird und andererseits den Entscheid über die Bemessungsgrundlage (und damit letztlich die Höhe) der Konzessionsabgabe. In der Praxis sind Konzessionsabgaben für die Nutzung des öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen relativ häufig bloss in Verordnungen der Exekutive oder in einem *nicht* von der Legislative erlassenen Konzessionsvertrag verankert.<sup>8</sup> Wie gesehen, stellen diese Verwaltungsakte gemäss bundesgerichtlicher

---

<sup>4</sup> Vgl. z.B. BGE 138 II 70, 74, E. 6.1; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 6.2.4; Die Frage, ob eine Konzessionsabgabe für die Nutzung des öffentlichen Grunds durch elektrische Leitungen als sogenannte «Gemengsteuer» (d.h. Verbindung einer Gebühr mit einer Steuer) ausgestaltet werden dürfte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Jusletter-Beitrags; für Hinweise dazu siehe BGE 131 I 386, 392, E. 3.3 f. Das Bundesgericht hatte im Urteil 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 6. zu beurteilen, ob es sich bei der Konzessionsabgabe um eine Konsumsteuer handelt und verneinte dies.

<sup>5</sup> BGE 138 II 70, 73, E. 5.3; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 2758; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 57 N 18.

<sup>6</sup> BGE 138 II 70, 73, E. 5.3; BGE 122 I 305, 309, E. 4b; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 57 N 7.

<sup>7</sup> DANIELA WYSS, Kausalabgaben, Diss. Basel 2009, 196; BGE 121 I 230, 236, E. 3e; BGE 131 II 735, 740, E. 3.2; kommunale Erlasse qualifizieren als Gesetze im formellen Sinn, wenn sie von der durch das kantonale Recht ermächtigten Gemeindelegislative beschlossen werden oder sie stattdessen dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstehen (vgl. BGE 127 I 60, 66, E. 2e).

<sup>8</sup> So auch KEREM KERN, Privatisierung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Diss. Zürich 2004, 252 f.

Rechtsprechung grundsätzlich keine genügende gesetzliche Grundlage dar. Ein Konzessionsvertrag bildet hingegen eine genügende gesetzliche Grundlage, wenn (i) der Grundsatz, dass für die Benützung des öffentlichen Grundes Gebühren erhoben werden, in einem kommunalen oder kantonalen Gesetz enthalten ist und (ii) der Vertrag dem (fakultativen) Referendum unterlag.<sup>9</sup>

[Rz 6] Zu den wesentlichen Elementen der Kausalabgaben gehören (i) der Gegenstand der Abgabe, (ii) der Kreis der Abgabepflichtigen sowie (iii) mindestens in den Grundzügen die Art der Anknüpfung und die Höhe der Abgabe (Bemessungsgrundlage). Die Festlegung der absoluten Höhe der Abgabe kann indessen der vollziehenden Behörde überlassen werden, sofern das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip eine Begrenzung der Höhe zulassen.<sup>10</sup> Im Einzelnen bedeutet das bezogen auf die hier interessierende Kausalabgabe:

## 2.1. Gegenstand der Abgabe

[Rz 7] Gegenstand, d.h. der abgabebegründende Tatbestand, ist die Nutzung des öffentlichen Bodens durch den Bau und Betrieb von elektrischen Leitungen und sämtlichen Nebenanlagen.<sup>11</sup> Die Nutzung des Bodens erfolgt entweder unterirdisch (z.B. durch unter der Strasse verlegte Kabel in Kabelrohrblöcken) oder oberirdisch (Freileitungen, Transformatorenstationen, Standort der Unterwerke).

## 2.2. Kreis der Abgabepflichtigen

[Rz 8] Da der öffentliche Boden vom Netzbetreiber für die Verlegung der elektrischen Leitungen samt den Nebenanlagen genutzt wird, muss gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Abgabepflicht beim Netzbetreiber und nicht beim Endverbraucher liegen.<sup>12</sup> Die Endverbraucher nutzen selber nicht den öffentlichen Boden, sondern das darauf oder darunter gebaute Verteilnetz<sup>13</sup>. Das Gesetz hat somit die Netzbetreiber als abgabepflichtig zu bezeichnen; ob und inwieweit der Netzbetreiber die Abgabe auf den Endverbraucher weiterwälzen kann, ist eine Anschlussfrage, welche separat davon zu behandeln ist (siehe unten 4.).

## 2.3. Art der Anknüpfung und Höhe der Abgabe

[Rz 9] Die ersten beiden wesentlichen Elemente für eine genügende gesetzliche Grundlage der hier interessierenden Kausalabgabe sind somit klar fassbar. Die Umsetzung der Theorie bezüglich des dritten wesentlichen Elements der Art der Anknüpfung und der Höhe der Abgabe (Bemessungsgrundlage) ist in der Praxis hingegen anspruchsvoll. Entsprechend müssen diese Elemente

---

<sup>9</sup> Bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 7.6.2; Wenn bereits das Gesetz die wesentlichen Elemente der Konzessionsabgabe enthält, dient der Konzessionsvertrag bloss der operativen Umsetzung der Gebührenerhebung (wie z.B. Abrechnungsmodalitäten) und muss nicht auch noch dem Referendum unterstellt sein.

<sup>10</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, (FN 5), N 2799 f.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 59 N 3.

<sup>11</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 59 N 3.

<sup>12</sup> BGE 138 II 70, 75, E.6.2 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dazu die Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 lit. i StromVG.

im Speziellen vertieft analysiert werden.<sup>14</sup> Hierzu vorab folgende allgemeine Bemerkungen: Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts können die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für die Bemessung der Abgabe dann herabgesetzt werden, wenn die Höhe der Abgabe durch das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip begrenzt werden kann.<sup>15</sup> Diese verfassungsrechtlichen Prinzipien haben somit gemäss Bundesgericht die Funktion eines Surrogats für eine formell-gesetzliche Grundlage. Ist die Einhaltung dieser Prinzipien überprüfbar, so genügt auch eine gesetzliche Grundlage, die die sonst geltenden Mindestanforderungen bezüglich der Bemessungsgrundlage nicht erfüllt.<sup>16</sup> Umgekehrt ausgedrückt: Je schwieriger es ist, die Bemessung der Abgabe durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip (siehe dazu sogleich unten) zu überprüfen, desto umfassender muss die Bemessung der Abgabe im Gesetz selbst geregelt sein (und z.B. nicht bloss in einem von der Exekutive genehmigten Konzessionsvertrag).<sup>17</sup>

### **3. Die Bemessung der Konzessionsabgabe im Besonderen**

#### **3.1. Massgebliche Prinzipien**

##### **3.1.1. Kostendeckungsprinzip**

[Rz 10] Kausalabgaben dienen dazu, diejenigen Kosten zu decken, die dem Staat durch eine bestimmte Leistung an den Abgabepflichtigen insgesamt entstehen. Die Abgabe soll daher grundsätzlich nicht höher sein als die tatsächlichen Kosten des Staates (Kostendeckungsprinzip).<sup>18</sup> Entstehen dem Staat mit der Erbringung der Leistung (bzw. Einräumen des Vorteils) keine Kosten, spricht man von kostenunabhängigen Kausalabgaben.<sup>19</sup> Für kostenunabhängige Kausalabgaben gilt das Kostendeckungsprinzip nicht, und es kann somit auch keine begrenzende Funktion entfalten.<sup>20</sup>

[Rz 11] Die Nutzung des öffentlichen Bodens durch elektrische Leitungen führt beim Staat in der Regel zu keinen Kosten.<sup>21</sup> Alle direkt dem Netzbetreiber zuweisbaren Kosten (wie z.B. Grabarbeiten) werden vom Netzbetreiber getragen und in Form von Betriebskosten im Rahmen der sogenannten «Cost plus»-Regulierung an die Endverbraucher weiterverrechnet (Art. 14 und 15 StromVG).<sup>22</sup> Auch Lehre und Rechtsprechung qualifizieren Konzessionsabgaben für die Benut-

---

<sup>14</sup> S. dazu nachfolgend Rz. 10 ff.

<sup>15</sup> BGE 132 I 117, 121, E. 4.2.

<sup>16</sup> BGE 121 I 230, 235, E.3e mit Verweis auf PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Bd. III, Bern 1992, 366; LUKAS WIDMER, *Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht*, Diss. Zürich 1988, 56 f., 105.

<sup>17</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, (FN 5), N 2807; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 59 N 10 f.

<sup>18</sup> BGE 132 II 47, 55, E. 4.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, (FN 5), N 2760; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 58 N 13.

<sup>19</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, (FN 5), N 2760.

<sup>20</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, (FN 5), N 2760; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 58 N 14.

<sup>21</sup> Bemerkenswert in dieser Hinsicht ist, dass im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12. August 2010, Nr. 100.2010.83U folgende Kostenpositionen der Gemeinde unbestritten waren: Einmessung und Dokumentation der Werkanlagen, Nachführung Leitungskataster, Kosten aufgrund der Verkomplizierung von Bauvorhaben.

<sup>22</sup> PHYLLIS SCHOLL, in: *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 13.37.

zung des öffentlichen Bodens typischerweise als kostenunabhängige Kausalabgabe.<sup>23</sup> Folglich ist das Kostendeckungsprinzip für die Bestimmung der zulässigen Höhe der hier interessierenden Konzessionsabgabe nicht relevant und kann somit auch keine begrenzende Funktion ausüben.

### 3.1.2. Äquivalenzprinzip

[Rz 12] Relevant ist hingegen die Begrenzung durch das Äquivalenzprinzip, welches auch auf kostenunabhängige Konzessionsabgaben Anwendung findet und für den Bereich der Kausalabgaben das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot konkretisiert. Das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot sind verfassungsrechtliche Schranken für den Gesetzgeber. Auch bei einer formell genügenden gesetzlichen Grundlage ist daher zu untersuchen, ob sie inhaltlich rechtmässig ist.<sup>24</sup> Ist die konkrete Abgabe willkürlich, kann das sie enthaltende Gesetz entsprechend korrigiert oder aufgehoben werden.<sup>25</sup>

[Rz 13] Nach dem Äquivalenzprinzip müssen die Höhe einer Kausalabgabe im Einzelfall und der objektive Wert, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen hat, in einem vernünftigen Verhältnis stehen.<sup>26</sup> Der objektive Wert der staatlichen Leistung bemisst sich bei kostenunabhängigen Kausalabgaben nach dem Nutzen, den die Leistung dem Abgabepflichtigen verschafft, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen.<sup>27</sup> Im hier interessierenden Fall geht es um eine Konzessionsabgabe, welche der Netzbetreiber an die Gemeinde bezahlt als Gegenleistung für das Recht, den öffentlichen Grund für die Leitungen benützen zu dürfen. Da gemäss Bundesrecht die Abgabe letztlich jedoch vom Endverbraucher zu entrichten ist (vgl. nachfolgend 4.), ist die Äquivalenz der Abgabe nicht ausschliesslich aus der Optik des Netzbetreibers zu beurteilen, sondern auch aus der Optik des Endverbrauchers.<sup>28</sup>

[Rz 14] Ist ein Marktwert für die betreffende Leistung vorhanden, insbesondere weil vergleichbare Leistungen auch von Privaten angeboten werden, lässt sich der objektive Wert der staatlichen Leistung gut bestimmen. Gemäss Auffassung des Bundesgerichts besteht für die Benützung des öffentlichen Grundes durch elektrische Leitungen kein solcher Marktwert.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> BGE 131 II 735, 740, E. 3.2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, (FN 5), N 2760; das Kostendeckungsprinzip gilt mangels Kostenabhängigkeit allgemein nicht für Konzessionsgebühren, vgl. BGE 101 Ib 462, 468, E. 3b; BGE 121 II 183, 187, E. 4a; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 58 N 17; Gemäss BGE 121 II 183, 188, E. 4a, dürfen Konzessionsgebühren auch zu fiskalischen Zwecken erhoben werden und dürfen einen Gewinn abwerfen, solange das Äquivalenzprinzip eingehalten wird.

<sup>24</sup> Bestätigt im Urteil des Bundesgerichts BGer 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 7.7.

<sup>25</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 58 N 23a.

<sup>26</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, (FN 5), N 2761; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 58 N 19; BGE 132 II 47, 55, E. 4.1.

<sup>27</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 58 N 20; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12. August 2010 (Nr. 100.2010.83U), E. 2.3.2.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 8.4.3.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 8.4.2; Mittels Vergleich mit der Entschädigung, welche für die Nutzung privater Grundstücke durch elektrische Leitungen bezahlt wird (Dienstbarkeitsentschädigung), liesse sich aber wohl ein Marktwert ermitteln (vgl. dazu PHYLLIS SCHOLL, Konzessionsabgaben für die Nutzung öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen, in: Jusletter vom 30. November 2015, N 16).

[Rz 15] Fehlt ein Marktwert, verfügt der Gesetzgeber grundsätzlich über einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Bemessung der Abgabenhöhe, und dem Äquivalenzprinzip kommt kaum begrenzende Funktion zu.<sup>30</sup>

### 3.2. Konkretisierung der Art der Anknüpfung

[Rz 16] In jedem Fall ist aber gemäss Bundesgericht ein sachlich haltbarer Anknüpfungspunkt für die Bemessung der Abgabe notwendig, wobei verschiedene Lösungen zulässig sind. Je nachdem, ob eher die Leistung des Gemeinwesens (Zurverfügungstellung öffentlichen Grundes) oder eher der Nutzen des Netzbetreibers bzw. des Endverbrauchers (Erzielen von Netznutzungsentgelten bzw. Nutzen aus der Durchleitung von Strom) betrachtet wird, können daher gemäss Bundesgericht unterschiedliche Modelle für die Bemessung der Konzessionsabgabe sachlich vertretbar sein. Dementsprechend kann nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts die Abgabe nach Massgabe der transportierten Elektrizitätsmenge (also unabhängig von der beanspruchten Fläche) bemessen werden. Es ist jedoch auch zulässig, die effektiv beanspruchte Fläche öffentlichen Grundes zu berücksichtigen, da dies dem Motiv der Abgabe (Beanspruchung des öffentlichen Grundes) Rechnung trägt.<sup>31</sup> Dannzumal wird der so ermittelte Betrag, der für den öffentlichen Boden durch den Verteilnetzbetreiber zu bezahlen ist, auf die auf dem jeweiligen Gebiet ausgespiesene Anzahl kWh umgelegt. Damit Endverbraucher mit einem sehr hohen Strombedarf nicht übermässig und unverhältnismässig belastet werden, kann die Belastung pro Endverbraucher auf eine bestimmte Anzahl Gigawattstunden pro Jahr limitiert werden.<sup>32</sup>

[Rz 17] In der Praxis stellen viele Gemeinden ohne eine konkrete Berücksichtigung der benutzten Fläche des Gemeindebodens für die Bemessung der Abgabe auf die reine Menge transportierter bzw. ausgespielter Energie ab (gemessen in Kilowattstunden, kWh). Diese Bemessungsgrundlage ist die einfachste Lösung, da die Zahl der ausgespierten kWh pro Endverbraucher auch für die Rechnungsstellung des Netznutzungsentgelts verwendet wird. Die transportierte Elektrizitätsmenge ist identisch mit derjenigen, welche an die Summe aller Endverbraucher ausgespeist und von diesen verbraucht wird (abgesehen von den Wirkverlusten).<sup>33</sup> Es stellt sich auch hier die Frage, ob und inwieweit eine Begrenzung der Belastung von Endverbrauchern mit besonders hohem Stromverbrauch zur Wahrung der Verhältnismässigkeit angezeigt ist.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, (FN 5), § 58 N 20 und N 23a; Aus dem oben erwähnten Zusammenhang zwischen der erforderlichen Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage und dem Äquivalenzprinzip folgt unseres Erachtens, dass bei Fehlen eines Marktwerts das Gesetz selbst die Anknüpfungsgrosse enthalten und ausserdem festlegen muss, wie hoch die Abgabe ist oder maximal sein wird (und nicht bloss die Grundzüge der Bemessungsgrundlage); In diese Richtung auch BGE 121 I 230, 238, E.3g) bb).

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 8.4.5 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung des Bundesgerichts.

<sup>32</sup> Im Kanton Tessin sind dies beispielsweise 8 GWh pro Endverbraucher und Jahr, vgl. Art. 10c Regolamento della legge cantonale di applicazione della legge federale sull'approvvigionamento elettrico (RLA-LAEI) (del 23 novembre 2010).

<sup>33</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 8.5.2.

<sup>34</sup> Vgl. dazu vorne Rz. 16 und Fn. 32.

### 3.3. Konkretisierung der Höhe der Abgabe

[Rz 18] Die Höhe der Abgabe berechnet sich aus der Anzahl der aus dem Verteilnetz ausgespiessenen kWh multipliziert mit einem bestimmten Rappenbetrag. Zum zulässigen Rappenbetrag musste sich das Bundesgericht bisher nicht ausdrücklich äussern. Zur Vermeidung des Vorwurfs von willkürlich hohen Abgaben ist zu empfehlen, einen Vergleich mit anderen Gemeinden bzw. Kantonen vorzunehmen.<sup>35</sup> Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es zulässig, für die Abgabenhöhe eine Spannweite zu statuieren und die Festlegung innerhalb dieser Spannweite an die Exekutive zu delegieren.<sup>36</sup> Wie hoch der jeweilige Rappenbetrag sein darf, lässt sich in absoluten Zahlen nicht abschliessend fixieren.<sup>37</sup>

### 3.4. Zusätzlich einzuhaltende Bedingungen

[Rz 19] Sodann ist anzumerken, dass der verfassungsmässige Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt, dass das Gemeinwesen auch für die Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens durch andere unterirdische Leitungen (z.B. Gasleitungen) eine Kausalabgabe erheben muss. Jedoch ist zu beachten, dass für die Benutzung von Grund und Boden durch Leitungen des Fernmeldedienstes gemäss Art. 35 Abs. 4 des Fernmeldegesetzes (FMG) ausser kostendeckende Gebühren keine Entschädigung verlangt werden darf.

## 4. Überwälzung der Konzessionsabgabe vom Netzbetreiber an Endverbraucher

[Rz 20] Gemäss StromVG setzt sich das Netznutzungsentgelt aus den anrechenbaren Kosten sowie den Abgaben und Leistungen an die Gemeinwesen zusammen und ist gemäss dem Ausspeiseprinzip von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten (Art. 14 Abs. 1 und 2 StromVG).<sup>38</sup> Bislang war ungeklärt, ob Art. 14 Abs. 2 StromVG als Grundlage für eine Überwälzung von Abgaben und Leistungen an die Endverbraucher ausreichte oder ob es zusätzlich eine Überwälzungsnorm in einem kantonalen oder kommunalen Gesetz<sup>39</sup> benötigte. Es stellt sich die Frage, ob Art. 14 Abs. 2 StromVG selber eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage zur Weiterverrechnung der Konzessionsabgabe an die Endverbraucher ist.

[Rz 21] Das Bundesgericht hat diese Frage nun klar bejaht<sup>40</sup>: Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung können die in das Netznutzungsentgelt integrierten Abgaben an Gemeinwesen

---

<sup>35</sup> Einen solchen Vergleich stellte auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern in seinem Urteil vom 12. August 2010 Nr. 100.2010.83U an, in welchem es im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle eines Gemeinderatsbeschlusses zum Schluss kam, dass die von der Stadt Bern erhobene Konzessionsabgabe verhältnismässig und entsprechend nicht willkürlich hoch angesetzt sei.

<sup>36</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_116/2014 vom 16. August 2016, E. 10.2.2.

<sup>37</sup> Im Kanton Tessin wurden zwischen 2014 und 2018 beispielsweise zwischen 0.76 Rp./kWh bis 0.95 Rp./kWh verrechnet. In anderen Kantonen gibt es Rappenbeträge von bis zu 1.5 Rp./kWh.

<sup>38</sup> Art. 14 Abs. 1 und 2 StromVG:<sup>1</sup> Das Entgelt für die Netznutzung darf die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen.<sup>2</sup> Das Netznutzungsentgelt ist von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten.

<sup>39</sup> Wobei darunter auch ein entsprechend legitimierter Konzessionsvertrag fallen könnte; vgl. dazu vorne Rz 5.

<sup>40</sup> Im Urteil des Bundesgerichts 4A\_582/2014 vom 17. April 2015, E. 3, streifte das Bundesgericht die Frage am Rande und liess die Frage offen.

unmittelbar gestützt auf das StromVG auf die Endverbraucher überwältzt werden, ohne dass es einer zusätzlichen gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage bedürfte.<sup>41</sup> Aufgrund der in Art. 15 StromVG statuierten «Cost Plus»-Regulierung, wonach die Netzbetreiber alle ihre betriebsnotwendigen Kosten den Endverbrauchern in Rechnung stellen dürfen, und des Ausspeiseprinzips gem. Art. 14 Abs. 2 StromVG ist diesem Entscheid unseres Erachtens zuzustimmen. Dies wird auch durch Art. 12 Abs. 2 StromVG untermauert, mit welchem geregelt wird, wie die Ausweisung der Abgaben und Leistungen auf der Rechnung des Verteilnetzbetreibers auszusehen hat.

## 5. Fazit und Empfehlungen

[Rz 22] Im Sinn eines Fazits der bisherigen Rechtsprechung werden nachfolgend Empfehlungen zur Umsetzung bei der Einführung bzw. Überprüfung von Konzessionsabgaben festgehalten. Unsere Empfehlungen ersetzen aber nicht die detaillierte Prüfung und Anpassung auf den Einzelfall. Die Empfehlungen haben das Ziel, das Risiko einer erfolgreichen Klage durch einen Endverbraucher (im Rahmen einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle) zu minimieren:

[Rz 23] *Erlass eines (kantonalen bzw. kommunalen) Gesetzes*, worin alle wesentlichen Elemente der Konzessionsabgabe enthalten sind:

- a. Gegenstand der Abgabe nennen: Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen.
- b. Abgabepflichtiges Subjekt bezeichnen: Die auf dem Boden des Gemeinwesens tätigen Netzbetreiber.
- c. Bemessungsgrundlage festlegen: Anzahl aus dem Verteilnetz ausgespiesenen Kilowattstunden (kWh) multipliziert mit einem Rappenbetrag pro kWh (Spannweite zulässig). Kompetenz zur Festlegung des Rappenbetrages innerhalb der Spannweite an Exekutive delegieren.

[Rz 24] *Abschluss eines Konzessionsvertrages zwischen Gemeinde (erlassen von Exekutive) und Netzbetreiber zur Regelung von operativen Umsetzungsthemen wie z.B. Akontozahlungen*: Der Konzessionsvertrag sollte auch eine Vereinbarung enthalten für den Fall, dass ein Endverbraucher die Rechtmässigkeit der Abgabe in Frage stellt und die auf ihn gewälzte Abgabe nicht mehr an den Netzbetreiber bezahlt.

[Rz 25] Wird für die Nutzung des Bodens durch elektrische Leitungen eine Abgabe erhoben, sollte auch für die Nutzung des Bodens durch andere Leitungen (wie z.B. Gasleitungen) eine Abgabe erhoben werden. Für Leitungen des Fernmeldedienstes dürfen und müssen jedoch keine Abgaben erhoben werden.

---

PHYLLIS SCHOLL ist Rechtsanwältin und als Partnerin bei Baryon AG tätig.

DR. ETIENNE SCHÖN ist Rechtsanwalt und General Counsel bei der Centralschweizerischen Kraftwerke AG.

---

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 9.1.