

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Elektronisch an: cornelia.perler@bj.admin.ch

29. Februar 2016

Francis Beyeler, Direktwahl +41 62 825 25 40, francis.beyeler@strom.ch

Stellungnahme zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) vertritt als Dachverband die Interessen der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft entlang der gesamten Wertschöpfungskette von der Produktion, über den Handel bis zur Übertragung und Endverteilung von Strom. Die Elektrizitätsunternehmen erfüllen Aufgaben von öffentlichem Interesse, für welche sie insbesondere im Bereich der Übertragung und Verteilung von Strom und der Nutzung der Wasserkräfte zur Stromproduktion auf die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für öffentliche Güter angewiesen sind. 90 Prozent der Schweizer Stromunternehmen befinden sich zudem direkt oder indirekt im Besitz der öffentlichen Hand. Die Änderung der Bestimmungen über die Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, insbesondere bei Entscheiden auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens, der öffentlichen Konzessionen und des Zugangs zu Infrastrukturanlagen, sind für die Strombranche relevant. Der VSE nimmt deshalb gern die Möglichkeit wahr, zur vorgeschlagenen Revision des Bundesgerichtsgesetzes Stellung zu nehmen.

Der VSE begrüsst grundsätzlich die Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Er unterstützt das Ziel, die Belastung des Bundesgerichts dahingehend zu reduzieren, als es sich auf grundlegende Rechtsfragen fokussieren kann und von der Beurteilung weniger bedeutender Fälle befreit wird. Diese Klärung und Straffung des Zugangs zum Bundesgericht unterstützt das Anliegen der Strombranche nach effizienten und zügigen Verfahren, welches ebenfalls im Rahmen des ersten Massnahmenpakets der Energiestrategie 2050 namentlich durch eine zusätzliche Ausnahme im Katalog gemäss Art. 83 BGG verfolgt wird.

Die drei oben genannten, für die Strombranche relevanten Bestimmungen des vorgeschlagenen Ausnahmekatalogs von Art. 83 BGG werden im Folgenden kurz kommentiert:

Art. 83 Abs. 1 lit. e BGG (Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen)

Der VSE lehnt die vorgeschlagene Änderung ab. In der geltenden Fassung von Art. 83 lit. f BGG müssen für eine Beschwerde an das Bundesgericht zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Erstens das Erreichen des massgebenden Schwellenwerts nach BöB oder dem Abkommen EU/CH vom 21. Juni 1999 und zweitens das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Mit der neuen Fassung in Art. 83 Abs.

1 lit. e in Kombination mit Art. 83 Abs. 2 soll künftig in allen Fällen von grundsätzlicher Bedeutung oder in anderen besonders bedeutenden Fällen eine Beschwerde unabhängig vom Auftragsvolumen möglich sein. Damit wird die Beschwerdemöglichkeit nicht wie angestrebt auf bedeutende Fälle beschränkt, sondern im Gegenteil mit dem Weglassen der Voraussetzung des Schwellenwertes auf alle Fälle ausgeweitet. Zudem hat die Ausweitung auf das Einzelkriterium «Vorliegen von besonders bedeutenden Fällen» erhebliche Unsicherheiten zur Folge, da für diese Beschwerdevoraussetzung weder eine Gerichtspraxis besteht noch aus dem Gesetz oder den Ausführungen im erläuternden Bericht klar wird, wie diese Beschwerdevoraussetzung auszulegen ist. Weiter ist die Unterscheidung zwischen den Kriterien «Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» und «besonders bedeutender Fall» unklar. Die Aufnahme dieser neuen, selbständigen Beschwerdevoraussetzung, auch wenn diese nur im Sinne einer Ausnahme erfolgen soll, läuft dem Ziel der vorliegenden Revision (Verfahrensbeschleunigung, Entlastung des Bundesgerichtes von Bagatellfällen) klar zuwider und führt zusammen mit dem Wegfall des Kriteriums des Schwellenwertes auch zu einer Verschlechterung der Situation für die Auftraggeber.

Der VSE beantragt deshalb, an der geltenden Fassung der Ausnahme auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen festzuhalten.

Antrag

Art. 83 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 sind wie folgt zu ändern:

Art. 83 Ausnahmen

¹ Die Beschwerde ist unzulässig gegen:

e. Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen;

1. wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens nicht erreicht,
2. wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt;

² Stellt sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder liegt aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vor, so ist die Beschwerde gegen Entscheide nach Absatz 1, mit Ausnahme der Buchstaben p und u, zulässig. Für Buchstabe e gelten in jedem Fall die Voraussetzungen von Abs.1 lit. e.

Art. 83 Abs. 1 lit. f BGG (Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen)

Mit der Neuformulierung der Bestimmungen über Beschwerden auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs, des Radios und des Fernsehens sowie der Post sollen nicht mehr nur Konzessionen aus der Regelung dieser genannten Bereiche, sondern aufgrund ihrer engen Verwandtschaft mit dem öffentlichen Beschaffungswesen neu sämtliche Entscheide über «öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen» vom Zugang zum Bundesgericht ausgenommen werden. Gemäss erläuterndem Bericht ist etwa an die Erteilung einer Konzession für Spielbanken zu denken (S. 20). Die allgemeine Formulierung kann jedoch auch dahingehend interpretiert werden, als beispielsweise auch Konzessionen über die Nutzung von Fließgewässern zur Stromproduktion oder von öffentlichem Grund und Boden für Stromnetzinfrastrukturen erfasst werden. Als Begründung für die neue Ausnahme führt der Bericht aus, dass Streitigkeiten rasch aus dem Weg ge-

räumt werden müssen, weil sonst Leistungen zugunsten der Öffentlichkeit nicht rechtzeitig erbracht werden können (S. 20). Dieses Argument mag für eine Konzession für Spielbanken oder Leistungen im öffentlichen Verkehr zutreffend sein, greift aber in der auf langfristige Investitionen ausgerichteten Strombranche viel zu kurz. Konzessionen für Stromleitungen und in noch stärkerem Ausmass für die Nutzung der Wasserkraft werden für Jahrzehnte erteilt und sind mit der Erstellung komplexer Bauten verbunden. Eile bei der Vergabe solcher Konzessionen ist weder angebracht noch zweckdienlich. Vielmehr ist es sogar entscheidend, dass angesichts der langjährigen Folgen und der damit verbundenen bedeutenden Investitionen der Rechtsweg in jedem Einzelfall bis an das Bundesgericht beschritten werden kann. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass kantonale und kommunale Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz, insbesondere das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens, sowie Konzessionen bei kantonalen Gewässern und Bundeskonzessionen über die Wassernutzung gemäss Stromversorgungsgesetz und Wasserrechtsgesetz ausdrücklich ohne Ausschreibungsverfahren verliehen werden (Art. 3a StromVG sowie Art. 60 Abs. 3 und Art. 62 Abs. 2 WRG). Die Vergabe solcher Konzessionen unterliegt somit nicht einem vergleichbaren Verfahren wie Vergaben im Rahmen öffentlicher Beschaffungen oder Konzessionsverleihungen wie beispielsweise im Fernmeldewesen.

Die Möglichkeit, den Rechtsweg zu beschreiten, wird gerade im Bereich der Wassernutzungskonzessionen künftig an Bedeutung gewinnen. In Anbetracht neuerer kantonaler Wassernutzungsstrategien dürfte künftig Art. 41 WRG über die Verleihung von Wasserrechten bei mehreren Bewerbern um eine Konzession vermehrt angewendet werden. Bisher besteht jedoch keine Gerichtspraxis über die Anwendung dieser bundesrechtlichen Bestimmung durch die kantonalen Behörden. Deren Überprüfung auf Bundesebene ist deshalb unabdingbar. Bei Streitigkeiten zwischen dem Konzessionär und der Verleihungsbehörde bestimmt Art. 71 Abs. 2 WRG, dass grundsätzlich in erster Instanz die zuständige kantonale Behörde und in zweiter Instanz das Bundesgericht angerufen werden kann. Der vorgeschlagene Art. 83 Abs. 1 lit. f BGG steht somit im Widerspruch zum WRG, indem er eine Überprüfung des erstinstanzlichen Entscheids verunmöglicht und damit den Grundsatz der zweifachen Rechtsweggarantie verletzt. Angesichts der grossen volkswirtschaftlichen Bedeutung von Wassernutzungskonzessionen ist die Sicherstellung des Rechtsschutzes durch das Bundesgericht in zweiter Instanz jedoch zwingend notwendig.

Der VSE beantragt deshalb, die Konzessionen, die keiner Ausschreibungspflicht unterliegen, vom Geltungsbereich von lit. f auszunehmen:

Antrag

Art. 83 Abs. 1 lit. f ist wie folgt zu ändern:

Art. 83 Ausnahmen

¹ Die Beschwerde ist unzulässig gegen:

- f. Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen, insbesondere Entscheide betreffend die Bestellung von Angeboten des öffentlichen Verkehrs. Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide über Leistungsaufträge und Konzessionen, die keiner Ausschreibungspflicht unterliegen;

Art. 83 Abs. 1 lit. p BGG (Entscheide über die Gewährung des Zugangs zu Fernmeldediensten)

Der VSE begrüsst die Verschlankung der Regelung bezüglich Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs, des Radios und des Fernsehens sowie der Post. Zu unterstreichen ist aus Sicht des VSE der Vermerk im erläuternden Bericht, wonach die Bestimmung in der neuen lit. p explizit nicht auf den Zugang zu Infrastrukturanlagen wie Elektrizitätsnetze oder Rohrleitungen anwendbar ist (S. 20). Der Zugang von anderen Anbietern zu passiven Infrastrukturanlagen setzt ein Abwägen von Interessen voraus. So steht beispielsweise das Interesse an Fernmeldediensten demjenigen einer auch für künftige Entwicklungen ausreichenden Elektrizitätsinfrastruktur gegenüber. Entscheide zu Ungunsten der Netzinfrastruktur können unter Umständen die sichere Stromversorgung beeinträchtigen, die Planbarkeit der Netzinfrastruktur für die Elektrizitätsversorgung erschweren und Zusatzkosten verursachen, wenn ursprünglich eingeplante Leerrohre für andere Nutzungen vergeben werden und später fehlen oder teuer nachgebaut werden müssen. Ferner können Fragen der betrieblichen Sicherheit und der Personensicherheit beim Zugang Dritter zur Strominfrastruktur strittig sein. Der VSE beurteilt es deshalb als vorrangig, dass der Zugang an das Bundesgericht für diese Fragen auch weiterhin offen bleibt, dies zumal der Bundesrat mit einer Revision des Fernmeldegesetzes eine Erweiterung des Zugangsrechts für Breitbandinfrastrukturen beabsichtigt (Bericht des Bundesrates zur Entwicklung im schweizerischen Fernmeldemarkt und zu den damit verbundenen gesetzgeberischen Herausforderungen vom 19. November 2014 und Entwurf des Fernmeldegesetzes gemäss Vernehmlassungsvorlage vom 11. Dezember 2015), welches potenzielle zusätzliche Konflikte und neue Rechtsfragen aufwerfen kann.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

VSE / AES

A blue ink signature in cursive script, appearing to read 'M. Frank'.

Michael Frank
Direktor

A blue ink signature in cursive script, appearing to read 'S. Muster'.

Stefan Muster
Leiter Bereich Wirtschaft und Regulierung